

NOVA APOSTILLA

Á CENSURA

DO SENHOR ALBERTO DE MORAES CARVALHO

SOBRE

O PROJECTO DO CODIGO CIVIL PORTUGUEZ

POR

Augusto Teixeira de Freitas

—+E DEPOSEC+—

RIO DE JANEIRO

TYPOGRAPHIA UNIVERSAL DE LAEMMERT

Rua dos Invalidos, 61 B

—
1859

I.

SYSTEMA DO PROJECTO

Scimus, et hanc veniam petimusque, damusque vicissim:
Sed non ut placidis coeant immitia, non ut
Serpentes avibus gementur, tigribus agni.

HORAT.

SYSTEMA DO PROJECTO

A bondade de um respeitavel amigo , a quem o Sr. Antonio Luiz de Seabra favorece com as suas relações, permittio-nos, ao começar deste anno, ter entre mãos por alguns dias o Projecto do Codigo Civil Portuguez. O conhecimento desta recente producção de um Jurisconsulto tão distincto era por nós anciosamente desejado, e varias circumstancias excitavão a sofreguidão de nossa curiosidade.

Um diligente cultor da Sciencia das Leis ama naturalmente os fructos do bello terreno em que trabalha, avalia por elles a efficacia de seus esforços. Occorria ainda a coincidencia notavel de nos ter sido confiada pelo Governo Imperial uma commissão igual a essa , que em Portugal acabava de desempenhar o Sr. Seabra; e commissão já anticipada por trabalhos preparatorios, sob o titulo de — *Consolidação das Leis Civis* —, que o mesmo Governo Imperial se dignára approvar por Decreto de 22 de Dezembro de 1858. E por demais,

recrescia o particular interesse de comparar entre si trabalhos legislativos de dous Povos irmãos, que fallão a mesma lingua, que vivem sob os mesmos costumes. Estes nós de origem commum nunca se desatão, antes nutrem o mais justo sentimento de predilecção.

A verdade é uma só. A humana intelligencia funciona em toda a parte pelos mesmos processos, trabalha com os mesmos instrumentos. Quando em dous paizes se fazem ensaios de reforma legislativa, e chega-se aos mesmos resultados, ali está uma prova, ou pelo menos uma probabilidade, de que se tem acertado. Se nos coubesse a fortuna de ver, que um tão esforçado pensador, como o Sr. Seabra, colhêra de suas investigações sobre o Direito em geral, e sobre o Direito Civil particularmente, as mesmas consequencias, á que nós logicamente fomos conduzidos; que melhor apoio poderíamos ter para dar voga aos nossos trabalhos, e mesmo fortificar-nos na justeza de nossos raciocinios? Infelizmente não tem assim acontecido! Ambos nos elevamos á região dos principios, nós para podermos bem distinguir as relações de uma vida real, elle para descabir em um mundo ficticio. Nossas applicações forão inteiramente oppostas.

O rapido exame, que logo fizemos do Projecto do Codigo Civil Portuguez, foi para nós uma decepção tremenda. Recahira elle antes de tudo sobre o Elencho das materias do Projecto, cuja distribuição e ordem dar-nos-hia de prompto uma idéa do systema seguido pelo nobre autor; e a impressão não podia ser mais

alheia de tudo o que deviamos esperar. Dissemos entre nós, que o nobre autor seguia talvez a opinião dos que nenhuma importancia davão á questões de methodo — *aliàs videri possit hujusmodi opus scholasticum potius quiddam, et methodus, quam corpus legum imperantium* —; e nesta persuasão (tal era o respeito para com a pessoa do autor) fechamos o Livro para mais de espaço examinarmos o interno do trabalho em cada uma de suas disposições. Do systema adoptado não pensamos mais, convencidos como ficamos de que a ninguem seria dado justifical-o.

Ultimamente porém (ha menos de quinze dias) veio-nos á vista um trabalho do mesmo illustrado Jurisconsulto, onde asperamente responde a varias censuras, que á 1ª Parte do Projecto fizera o Sr. Alberto de Moraes Carvalho; e com surpresa observamos, que o eximio autor, dando pelo contrario ás questões de methodologia toda a importancia que merecem — *no ensino e estudo dos conhecimentos humanos* —, e maiormente — *quando esse estudo e ensino tem por objecto os interesses praticos da vida, as relações juridicas do homem* —, desenvolve as bases de seu plano, e julga mesmo ter achado o methodo mais *logico, simples e natural*, que melhor promete explicar em uma exposição, que já se acha nos prêlos.

Poderíamos esperar que esse novo trabalho viesse á luz, para que se nos não taxasse de precipitados; porém cremos de nada mais carecer. Nossa idéa está feita, e com a segurança, que sempre dá toda a convicção intima,

vamos submitter ao criterio dos homens sensatos, e ás meditações do nobre autor do Projecto, este additamento que offerecemos á sua Apostilla sobre as observações do Sr. Alberto de Moraes Carvalho. Estará para nós reservada a mesma sorte do Advogado, que, embrutecido pela *pratica forense*, não se embriaga em perfumes da Philosphia do Direito?

Não vimos as censuras do Sr. Moraes Carvalho, dellas ajuzamos pela propria Apostilla do Sr. Seabra; e, ainda que *o talião estivesse no espirito do direito moderno, e não fosse sempre um triste meio de justificação*, nem mesmo assim approvariamos o desdem, com que o illustre censor fôra tratado. O Sr. Seabra solicitára uma discussão franca na arena da sciencia, não queria, e com razão, criticas estultas, e considerações impertinentes de profanos; e as censuras do Sr. Moraes Carvalho não estavam certamente n'este ultimo caso. Se não estavam, devião ser respondidas com a maior gravidade. Se o estavam, não devêrão ter as honras de resposta alguma.

Os estudos jurídicos são geralmente reputados como aridos e ingratos, os habitos da meditação não são muito vulgares; e na verdade assaz affligem esses golpes, que a *meia-sabedoria* nunca dispensa. Bem afortunado foi o Sr. Seabra, tendo por competidor um jurisconsulto provecto, a quem não fallecem nem luzes nem experiencia para bem aquilatar a sua obra. Quão diversa foi a nossa estrella!

Publicado o primeiro fructo de nossas tenazes lucu-

brações (fallamos da *Consolidação das Leis Civis*), a sua unica censura foi a mudez do silencio, quebrado apenas pelas vozes perdidas de dous *artiguitos*, que inserio o *Diario do Rio de Janeiro*, onde se nos fallou de uns *direitos miolos* que até hoje não conhecemos, e se nos disse que as leis devião ser escriptas em *estyllo biblico*. Se não fossemos de sobejo compensados pelo poderoso acolhimento do sabio MONARCHA, que approvou nossos trabalhos, e que por todos os modos entre nós alimenta o sagrado fogo da Sciencia; se não fôra tambem a outra preciosa recompensa de um doutissimo voto official que precedêra a essa approvação soberana, talvez que tantas vigalias fossem desde logo condemnadas ao mais profundo esquecimento.

O nobre autor do Projecto, que pela sua Apostilla instigou-nos a rever novamente seu trabalho, e a fazer desde já um exame que tínhamos reservado para mais tarde, chegou pelas suas investigações a adoptar um methodo tão artificial, repugnante, e de tão funesta influencia para o fundo do Direito Civil, que, muito a pizar nosso, e só por amor da Sciencia, cumprimos o dever de oppôr-lhe a mais vigorosa resistencia.

Elle por largo tempo cogitou sobre a ordem que devêra seguir na codificação das Leis Civis, não deixou sem maduro exame os methodos até agora adoptados, e as theorias imaginadas pelos mais doutos jurisconsultos. Mas qual o resultado de tantas meditações? Um desalento completo. Ingenualmente patentêa a sua triste convicção

—de que os maiores esforços do espirito humano jámais poderãõ resolver cabalmente o problema, por effeito da mesma natureza complexa do direito—; lealmente reconhece, que o mais a que se pôde aspirar é fazer alguma cousa menos defeituosa do que tudo que até aqui se tem feito.

Nós tambem por largo tempo, em todo o decurso de nossa *pratica forense*, muito pensamos sobre este assumpto, compulsamos os monumentos legislativos, combinamos com elles todas as theorias conhecidas, *fechamos os livros, e interrogamos a natureza das cousas*. E qual o fructo de tanto porfiar? Não achamos por certo a pedra philosophal, não nos desvanecemos com a vaidade de ter feito alguma descoberta; e todavia, convencidos como estamos de que na ordem physica e moral ha uma realidade de cousas com as suas relações apreciaveis, que corresponde a um methodo natural, chegamos á crença intima e firme de ter aproveitado dos trabalhos e pesquisas anteriores uma fundamental distincção, que nos fornece o unico e verdadeiro principio classificador do Direito Civil propriamente dito.

Essa grande distincção é a que marca a differença entre os *direitos pessoaes* e os *direitos reaes*. Ella estava latente em todos os Codigos e Legislações, manifestava-se variadamente por expressões dubias, achava-se, e persistirá eternamente, no pensamento analytico e synthetico do Direito, actuava por effeitos sensiveis e praticos na scena judiciaria, reaparecia na scena economica sob

a face de valor, e ultimamente veio ostentar toda a sua importancia nas novas idéas sobre o regimen hypothecario moderno. Nada mais fizemos do que tirar partido dessa capital distincção, tão exacta para o espirito, como apreciavel na vida real, collhendo della mais uma applicação, que não era para desprezar.

Não é agora occasião de explicarmos e desenvolvermos o nosso systema, e fôra escusado encarecê-lo, na supposição de que o substituisse pelo seu o nobre redactor do Projecto, esperanza que não temos. De nossos trabalhos, e de nossas idéas, sobre a codificação civil, terá elle, e o Sr. Moraes Carvalho, perfeito conhecimento, lendo e meditando a Introducção da *Consolidação das Leis Civis*, que tomamos a liberdade de offerecer-lhes, assim como, em signal de homenagem, ao Sr. Alexandre Herculano, sem duvida o maior vulto litterario de Portugal.

O que temos a fazer aqui é examinar, á luz de uma critica severa, porém desapaixonada e amiga, essas proposições com que o Sr. Seabra justificar procura o que elle chama systema de seu Projecto, — a distribuição de materias desso mesmo Projecto, — e com ella todas as idéas geraes que se discutem na Apostilla, por nós simplesmente adicionada. Censuras, e redarguições, que respeitem á assumptos de segunda ordem, indifferentes para o todo do systema, é essencia do Direito Civil, reputaremos alheias ao nosso proposito.

« Qual é, se diz na Apostilla, o nosso fim? Expôr o Direito Civil na sua ordem mais simples e natural, ordem

que não pôde ser fundada senão na mesma natureza do direito. E o que é o Direito Civil? *O complexo* (tal é a resposta da Apostilla) *das regras ou disposições legais, que determinão e regem as relações privadas dos cidadãos entre si.* » Eis a primeira noção falsa, em que discordamos do nobre autor do Projecto, noção que viciou todo o seu chamado systema, e o fez exorbitar das linhas do Direito Civil propriamente dito, de que elle privativamente devêra tratar. Por mais imbuído que se mostrasse o illustrado escriptor nas idéas de Bentham, não poude ainda assim escapar ao vago desse insigne — *faux-fuyant* —, que se tem chamado Direito Civil, e que infelizmente dá ensanchas para a mais deploravel confusão de idéas.

Fechados os livros, meditando, desprendendo-se de preconceitos, o erudito apostillador em boa fé achará na sua poderosa intelligencia, que o Direito Civil, supposto seja um complexo de regras que determinão as relações dos cidadãos entre si, não abrange todavia todas estas relações. Na accepção lata da Apostilla, o illustre jurisconsulto toma o todo pela parte, o genero pela especie, e usa de uma synecdoche, que não se pôde admittir em discussões de rigor philosophico. Chama Direito Civil o que devia chamar Direito Privado; envolve no Direito Civil o Direito Criminal, que certamente é um ramo do Direito Privado, mas que não é o Direito Civil propriamente dito.

Não pensamos que o nobre redactor do Projecto esteja persuadido, como a mór parte dos Escriptores Francezes,

de que o Direito Criminal seja um ramo do Direito Publico.

Se o passado de seu Direito Patrio, se os Estatutos da Universidade de Coimbra, *monumento de alta sabedoria* — *sicut cymba in oceano* —; se a velha distincção entre crimes publicos e particulares, distincção ainda guardada na Reforma Judiciaria de 1841, posto que omittida na posterior legislação do Codigo Penal; não o tiverem libertado de tão erronea persuasão; se ainda não se tem desquitado das noções tradicionaes de um Direito Privado — *quod ad singulorum utilitatem pertinet* —, e de um Direito Civil — *quod quisque populus ipse sibi constituit* —; abandone agora essas supposições fallazes, que se tem perpetuado á mercê do som das palavras, mas que não achão lugar em qualquer espirito que distingue e firma idéas sem lhe importar a roupagem dos vocabulos.

Se o Direito Criminal não entra na esphera do Direito Publico, é bem claro que não pôde ser outra cousa senão um ramo do Direito Privado. Se tanto nos não quizerem conceder, e uma vez que se não recuse tambem a distincção entre crimes publicos e crimes particulares, ao menos ser-nos-ha permitido concluir logicamente que esses crimes particulares entrão na orbita do Direito Privado, e que portanto o Direito Privado comprehende alguma cousa mais do que as regras ou disposições do Direito Civil propriamente dito.

Na peor das hypotheses, não deixaremos de reconhecer as boas consequencias praticas dessa divisão das Leis, que

distingue os direitos que são de interesse publico daquelles que são de mero interesse privado — *unicuique licet contemnere hæc, quæ pro se introducta sunt* —; porém ao mesmo tempo diremos, que uma tal distincção, tão aproveitavel no ponto de vista das faculdades juridicas, é falsa e funesta em relação ao direito como synonymo de complexo de leis.

Ella conduz a uma eterna impossibilidade de traçar a linha divisoria entre o Direito Publico e o Direito Privado, impossibilidade em que laborão todos ou quasi todos os Escriptores Francezes e Allemães; bem que em seus escriptos não deixem de entrever a idéa caracteristica, que só nos pôde dar a base para uma precisa separação.

E na verdade, a persistir-se em tal ponto de vista, o Direito Civil será reduzido a um circuito mesquinho; pertencendo ao Direito Publico uma grande parte de suas disposições, e ficando o pouco que lhe restar travado assim mesmo de uma mescla, que nem ao mais penetrante classificador consentirá livrar-se de uma perplexidade continua. Eis a razão do irresolvel problema *por effeito da mesma natureza complexa do direito*.

« A divisão de todas as leis (dizemos nós em um outro trabalho preparatorio, que nos foi incumbido pelo Governo Imperial, e que já se acha nos prêlos), derivada da distincção e differença das relações juridicas das duas personalidades, que funcção na vida intelligente, é uma divisão real, fundada na natureza das cousas.

« Ella é perfeita, e confirmada pela analyse de todas as leis; porque fóra dessas duas categorias não existe effectivamente lei alguma. Ella é perfeita, e racionalmente exacta; porque o concurso de personalidades individuaes, e de uma personalidade publica, não pôde dar em resultado, senão ou relações entre aquellas, ou relações com esta.

« Em toda a escala de suas manifestações, a personalidade publica mostra-se, — como poder simplesmente constituido, — como poder constituido e organizado, — como poder em acção effectiva; — e finalmente desce à arena dos individuos, individualisa-se a par delles, e colloca-se no mesmo pé, submettendo-se à applicação das leis pelo Poder Judicial, e provocando como individuo a acção especial deste Poder. Eis a ultima personificação, que toma o poder publico, personificação que equivale a uma transformação completa, e o despe de seu character de soberania. Mas ahi, neste grão extremo da escala, termina a esphera do Direito Publico, e começa a do Direito Privado. »

Assim apreciado o poder publico, quando, representado pelos agentes de seu ministerio, vem solicitar justiça aos Magistrados e Tribunaes, como se fóra um simples particular, acha-se a idéa caracteristica, que nos fornece a base de uma exacta linha de separação entre o Direito Publico e o Direito Privado. Partindo-se de uma distincção neste aspecto, todas as relações protegidas e reguladas pelo Direito Criminal vêm necessariamente arranjar-se na es-

phera do Direito Privado; e consequentemente é de mister separar todos os direitos inherentes a essas relações, para não envolvê-los, ou reproduzil-os inutilmente, nas prescripções do Direito Civil. Separado e conhecido o que tem sido objecto da Legislação Penal, todo o resto (no terreno do Direito Privado) é o que pertence ao Direito Civil propriamente dito, é o que verdadeiramente constitue a materia propria de um Codigo Civil. E qual o limite racional entre o civil e o penal?

As relações juridicas dos cidadãos entre si, (escusado é dizer *privadas*, pois não ha outras dos cidadãos entre si que tenham o nome de *publicas*) correspondem á uma parte desses direitos, que em sua variada phrase a Carta Portugueza denomina *individuaes* ou *civis*; mas, assim como desses *direitos individuaes* alguns ha que não são da alçada do Direito Privado por entrarem na esphera do Direito Administrativo, outros ha que são os *propriamente civis*, por isso mesmo que são os unicos que o Codigo Civil regula e protege, e que racionalmente só deve abranger.

Ora, todos os direitos individuaes, ou são *absolutos*, ou são *relativos*; não ha especie alguma de direitos, que não caia debaixo dessa divisão ampla e dominante. Os primeiros são os originarios da personalidade do homem, e os hypotheticos de propriedade; os segundos são os que recahem sobre pessoas certas e determinadas. Pois bem: quanto aos primeiros, entram todos na comprehensão do Direito Criminal que os protege com a penalidade, e só o de propriedade entra na orbita do

Direito Civil; quanto aos segundos, exceptuados alguns casos especiaes, pertencem em regra ao Direito Civil (*).

Sem prescrutar agora as intimas causas de uma tal separação, que é confirmada por todas as legislações, pelo espontaneo desenvolvimento dos povos, e por sua historia legislativa; causas que se se ligão á maior importancia, ou indole peculiar, dos direitos de personalidade, assim como ás noções constitutivas do verdadeiro *delicto* de Direito Criminal; baste observar nesta occasião, que todos esses direitos de personalidade, seja qual fór a sua nomenclatura, estão declarados na Carta Portugueza, estão devidamente protegidos pelas disposições do Codigo Penal; sem que no Codigo Civil haja necessidade de providenciar mais nada á respeito delles.

Levado á esta conclusão o nobre apostillador não achará muita difficuldade em aperceber-se da falsidade de seu ponto de partida, da inutilidade e deslocação de varios assertos (não disposições legislativas) de não poucos artigos de seu Projecto, e do vicio radical de sua nomenclatura, quando reputa *direito de propriedade*, não o

(*) Tudo o que se acha escripto no Projecto Arts. 2634 á 2670 sobre a —responsabilidade civil em geral, sobre a—repsonsabilidade civil conneza com a responsabilidade criminal, sobre a—responsabilidade meramente civil, confirma exactamente nossos assertos, em accordo com uma Not. da Consolid. das Leis Civ. Introduç. pag. 43. A responsabilidade civil conneza com a criminal (Art. 2641) diz respeito á offensa dos *direitos primitivos* e á dos *direitos adquiridos* (propriedade em geral), reprimidas no Direito Criminal. A responsabilidade meramente civil, resultante da inexecução dos contractos, e de quizesquer outras obrigações (*direitos relativos* —pessoaes), regula-se unicamente pelo Direito Civil.—Como, ainda mesmo errando-se, brilha a verdade!

de *dominio* sómente, ou os *direitos reaes* em que o dominio se fracciona, mas, de envolta com os *direitos reaes*, todos ou a maior parte dos *direitos pessoaes*.

Qual o cabimento, por exemplo, e qual a necessidade ou utilidade da materia da Part. 2.ª Liv. 1.º Tit. 1.º do Projecto, onde se trata dos *direitos originarios*, dizendo-se que o homem os recebe da natureza, e erroneamente que a lei civil os protege? Attenda-se ao conteudo dos artigos que vamos transcrever; e responda-se em boa fé se elles têm alguma cousa de commum com o Direito Civil propriamente dito, e se ao menos encerrão alguma disposição legal, que sirva de norma de conducta nas relações e controversias da vida civil:

Art. 383. O direito de existencia não só comprehende a vida e integridade physica do homem, mas tambem a sua reputação e bom nome, em que consiste a sua vida moral!

Art. 384. O direito de liberdade consiste no livre exercicio das faculdades physicas e intellectuaes; e comprehende o pensamento, a expressão, e a acção!

Art. 385. O pensamento do homem é inviolavel. O homem só é responsavel a Deos pelas suas cogitações!

Art. 386. O direito de expressão é livre como o pensamento; mas o que d'elle abusar em prejuizo da Sociedade ou de outrem, é responsavel segundo o disposto nas leis!

Art. 387. O direito de acção consiste no direito de praticar livremente todos os actos não prohibidos pela lei!

Art. 388. O direito de apropriação consiste na facultade

de adquirir e gozar livremente dos *direitos* ou cousas adquiridas. Este direito considerado objectivamente é o que se chama direito de propriedade!

E de feito, sem fallar de muitos outros lugares do Projecto, em que o autor faz applicação de suas idéas erroneas, tomando a propriedade n'um sentido amplo, que não é o do Direito Civil, observa-se que elle define o direito de propriedade da seguinte maneira:

Art. 2339. Diz-se direito de propriedade a facultade de gozar e dispôr livremente de qualquer cousa, ou *direito!*

E já que todo e qualquer direito se tornou susceptivel da propriedade ou dominio do Direito Civil, como se fossem cousas da natureza material; e a idéa de posse é congenita com a de dominio, o autor, com a sua coherencia inexoravel, não teve duvida em admittir que todo e qualquer direito fosse igualmente susceptivel de posse, retenção, e fruição, e até de prescripção acquisitiva, a que deu o titulo de *prescripção positiva!* Ahí vai o proprio texto do Projecto:

Art. 503. Diz-se posse a retenção ou fruição effectiva de qualquer cousa ou *direito*, abstrahindo da questão de propriedade!

Art. 595. Póde qualquer adquirir pelo facto da posse certas cousas ou *direitos*, ou livrar-se de certas obrigações pelo facto de lhe não serem exigidas, verificando-se as condições e lapso do tempo marcado na lei. E' o que se chama prescripção; no primeiro caso diz-se *positiva*, e no segundo *negativa!*

Art. 596. Podem ser objecto de prescripção todas as cousas *direitos e obrigações*, que estão em commercio, ou não fôrem exceptuados pela lei!

Mirabile dictum! Quando Blondeau, dando conta do *Tratado de Acções de Poncet*, achou extravagante que elle houvesse assignado à *acção real* o fim de reclamar, assim a nossa cousa possuida por outrem, como o nosso direito sobre a cousa de outrem, *scilicet*, — os *direitos reaes*; visto que só as cousas corporeas erão verdadeiramente susceptíveis de posse ou detenção, e visto que em ultima analyse todas as acções ficavão reduzidas á reivindicações; que diremos nós vendo que o nobre autor do Projecto transforma em cousas corporeas não só os *direitos reaes*, senão tambem todos os *direitos pessoaes* possiveis? O que pôde significar um direito para reivindicar um direito, uma acção para reivindicar uma acção?

Nos *direitos reaes* dá-se ao menos o — *jus quod incidit in rem* —, direito que deixa conceber a possível reivindicação de uma cousa qualquer no sentido natural, para que sobre ella o mesmo direito se exerça; porém, se no *direito pessoal*, ainda mesmo para a entrega de uma cousa *em especie*, não ha outro objecto senão o facto da pessoa obrigada, que á entrega se deve prestar, como é que se concebe que um direito desta ordem, com tal objecto, e para tal fim, seja apto á ser demandado por uma acção de reivindicação? O direito é uma idéa, uma entidade intangivel, e cuja posse portanto não se tem, não se perde, e não se reivindica.

Quando se dá o caso natural de uma reivindicação, sem duvida preexiste o direito de dominio, que legitima uma tal acção; mas o que se reivindica não é o direito de dominio violado ou estorvado, é visivelmente a cousa material, cuja posse o agente do direito tem perdido. O objecto do direito real é a cousa corporea sobre que elle recahe; o objecto da acção real, isto é, desse mesmo direito real violado, é a mesma cousa corporea; e consequentemente salta aos olhos, que o objecto do direito real não pôde ser o proprio direito real. Em todas as hypotheses o objecto da acção nunca pôde ser um direito; o direito é só um titulo que nos habilita á demandar.

Se os Romanos com a sua divisão de *res corporales*, e *res incorporales que tangi non possunt*, collocavão do lado destas todos os direitos pessoaes, que particularmente denominavão *obligationes*, e todos os *jura in re aliena*; e do lado das cousas corporeas essas cousas em si mesmas, como se fosse o direito real de dominio — *jus in re propria*; não era porque esse direito de dominio fosse susceptivel de reivindicação, como naturalmente são as cousas corporeas, mas porque o pleno dominio identifica-se por tal modo e tão completamente com as cousas corporeas, seu unico objecto, que os habitos da linguagem vulgar o estão quotidianamente confirmando.

Ao contrario, de mais de um fragmento das Leis Romanas, e da theoria de todos os grandes escriptores, que as têm commentado, e elevado á mais alta Philosophia do Direito, collige-se textual e racionalmente que a possi-

bilidade do direito real de dominio, ou do direito de propriedade da Legislação Civil, com o seu effeito essencialmente physico (da mesma maneira que a posse), só se concebe em relação aos objectos corporeos — cousas — no sentido natural da palavra. *Dominium est jus in re corporali. — Quum itaque incorporales res tangi nequeant, consequens est, ut proprie nec possideantur, nec tradantur, nec in dominio sint; sed in bonis esse intelligantur. — Incorporales res traditionem et usucapionem non recipere manifestum est.*

Taes são as exactas doutrinas do Direito Romano, doutrinas de que damos noticia, não para invocar o apoio de uma autoridade mais que muito valiosa, senão para manifestar verdades que são da primeira intuição.

A sabedoria dos seculos tem sempre distinguido essas duas classes de direitos, que sob o titulo geral de — *propriedade* — constituem o patrimonio de cada um — *in bonis sunt* —, chamados pelos Allemães — *direitos patrimoniaes* —, e comprehendendo *direitos sobre as cousas*, e *direitos ds cousas* ou *pessoaes sobre as cousas*; porém ainda ninguem ousou nivelar essas duas especies de direitos, entre si diametralmente oppostos, applicando-lhes indistinctamente as idéas de *dominio* e de *posse*.

Os *direitos pessoaes* são *direitos relativos*, e *direitos relativos* não podem ser *direitos absolutos*, qual é todo o *direito real*. Não é como direito absoluto de propriedade que esses direitos pessoaes sobre as cousas apparecem

na scena do Direito Civil. Não ha ahi outro direito absoluto, que não seja o *direito real*.

Eis as justas balizas do verdadeiro campo do Direito Civil, que o habil Jurisconsulto, de cujos trabalhos nos occupamos, devêra ter cuidadosamente explorado, para que não entrasse com falsas idéas na investigação dos elementos juridicos, e não tropeçasse com embaraços, ou antes desanimasse ante um problema insolúvel, tendo de escolher o methodo mais conveniente, em que devêra expôr as materias rigorosamente proprias de um Projecto de Codigo Civil. Vejamos como se houve elle na pesquisa desses elementos, e como poudes d'ahi proseguir para o seu estranho resultado.

« Quaes são (palavras da Apostilla) os elementos juridicos essenciaes nestas relações? — O sujeito dos direitos, ou seja o credor, — o sujeito da obrigação, ou seja o devedor, — e o objecto desses mesmos direitos e obrigações.

« Poderíamos nós (ainda palavras da Apostilla) fundar o nosso systema no objecto do direito? Não certamente, ou se considere esse objecto como cousas, ou como serviços: não as cousas, porque seria impossivel resumil-as, classificar-as, e comprehendêl-as todas na massa existente e possivel; — não os serviços pela sua propria natureza variavel e indefinida; — e não as cousas e serviços finalmente, porque só accidentalmente apparecem como elemento do direito, — e o direito não seria o que é, se não assentasse sobre principios certos e invariaveis. »

Quando acabámos de ler essas palavras, digamo-lo

com franqueza, pareceu-nos que o illustre apostillador, ou se deixára persuadir de que escrevia para nescios, e pessoas incapazes de ver nos vocabulos alguma cousa mais que não fossem as letras do alphabeto, ou então zombava do bom senso dos outros.

Antes porém de sujeitarmos á analyse qualquer pensamento que taes expressões encerrem, cumpre desde já fazer uma indispensavel observação preliminar sobre a direcção que se tomára para descobrir o melhor systema de Direito Civil.

Se o nobre autor do Projecto tinha, e devêra ter, por fim expôr em sua ordem mais simples e natural o complexo de todas as disposições legaes, que regem as relações civis dos individuos entre si, relações que correspondem aos direitos que as mantêm, seu trabalho devêra consistir unicamente em observar com tento essas relações e correspondentes direitos, em ordem a conhecer, sob os mais importantes aspectos, suas semelhanças e suas diferenças; e não em prescrutar os elementos dessas relações, para em um delles fundar isoladamente qualquer systema, e erigir o seu edificio, não sobre uma base inteiriça, mas sobre uma base quebrada.

O famoso Leibnitz, que com a agudeza de seu grande espirito fez uma critica tão judiciosa das Institutas de Justiniano, traçou o supremo principio, que deve servir de norma á exposição, ou didactica, ou legislativa, do Direito Civil. A consideração, disse elle, que só pôde servir de base á uma classificação juridica, é a — da

differença que se observa entre os direitos e obrigações. Não são as *personas* e as *cousas* que se deve distinguir (referindo-se á conhecida divisão das mesmas Institutas), mas as suas obrigações e os seus direitos. O terceiro membro — *acções* — é superabundante, porque as *acções* nada mais são do que consequencias dos direitos; e por occasião destes devem ser explicadas, seguindo a importante distincção do *jus in re* e do *jus ad rem*, isto é, do *dominio* e da *obrigação*.

Que razão teria o nobre autor do Projecto, para, em vez de levantar o seu desejado systema sobre a analyse immediata dos proprios direitos em si mesmos, na sua organização viva, ir procural-o na decomposição de seus elementos constitutivos? Teria por impossivel qualquer divisão ou classificação de direitos, que não derivasse da divisão e classificação de algum dos seus elementos? Que tal impossibilidade não se dá, provão-no as tradições da escola, todos os livros de doutrina, as discussões de todos os tempos, e o reconhece tambem o proprio apostillador na execução do seu Projecto.

A grande e importante divisão de todos os direitos existentes e possiveis em *absolutos* e *relativos* é feita no ponto de vista de sua *extensão*, sem em nada depender da classificação e divisão de qualquer dos elementos componentes das relações juridicas.

A outra divisão dos direitos em *originarios* e *derivativos* é adoptada na Parte 2ª do Projecto, e tambem não se refere á divisão alguma dos elementos do direito, pois que só

é feita no aspecto da *origem* ou *título* das faculdades jurídicas do homem.

Existem ainda as divisões de direitos — *civis e politicos*, — *affirmativos e negativos*, — *presentes e futuros*, — *absolutos e condicionaes*, — *determinadores e sancionadores*, e outras, sem fallar dos neologismos de Bentham, as quaes todas não têm por base um ou outro elemento distincto das relações de direito.

Não se nos faça a injustiça de suppôr, que temos por dispensavel e inutil a analyse da idéa complexa, que existe em todos os factos da vida jurídica. Não se creia tambem (no extremo opposto) que reputamos impossivel toda a classificação fundada em algum dos elementos dessa idéa. Pelo contrario, nós sabemos que sem analyse não ha conhecimento perfeito; e brevemente ver-se-ha, que é possivel e acertada a divisão dos direitos (só dos direitos propriamente civis, dos regidos pela legislação civil) no ponto de vista do seu *objecto*. O que não sabemos é, que a classificação possa ser instrumento da analyse.

Poderíamos nós fundar o nosso systema no objecto do direito? Sim certamente, porque vós reconheceis, e ninguem nega, que esse *objecto*, ou são *cousas*, ou *serviços*. Quereis um systema, quereis portanto uma classificação, uma divisão primaria; e a divisão vós a tendes á flôr da terra nessa dualidade de *cousas*, e *serviços*, que são o objecto dos direitos civis em geral. O numero basta para firmar uma distincção, porque o numero exclue a perfeita identidade. Mas, como a distinc-

ção não é differença, pois que o numero, excluindo a identidade, não exclue a semelhança; ainda resta examinar, se as *cousas* e os *serviços* são differentes entre si, posto que constituão a idéa geral objectiva do direito, para que esta divisão forneça base á uma classificação, á um systema.

As *cousas*, *cousas corporeas* na linguagem escolastica, são essas creações da *natureza não livre*, animadas, e inanimadas, com exclusão de tudo o que é *peçoas*; são essa infinidade de objectos materiaes, sujeitos á acção dos sentidos, e destinados á satisfazer as necessidades humanas. *Cousa* é tudo o que não é *peçoas*, como bem define um Codigo moderno.

Serviços (locução do innovador Bentham), *prestações*, são todos os factos do homem, — da *natureza livre*, que podem ser uteis á seus semelhantes, e tambem a omissão desses factos quando são nocivos; e esses factos, pelo contrario, são intangiveis, apenas percebidos pela razão, são as *cousas incorporeas* da velha nomenclatura do Direito Romano, são em ultima analyse as *peçoas*, porque são actos da *peçoas*.

Se essas *cousas incorporeas* são a idéa opposta das *cousas corporeas*, como o espirito é a contradicção da materia, se *cousa* e *peçoas* são entidades antitheticas, temos indubitavelmente uma differença essencial, uma differença de caracteres constantes, e portanto a melhor das bases para um systema do direito, systema derivado de uma perfeita classificação do seu objecto complexo.

Ora, os direitos, que têm por objecto immediato as *cousas*, são precisamente o que se tem chamado, e o que nós chamamos, — *direitos reaes*, — *jus in re* — *jura in re* na phrase do Brachylogo, — dominio e seus direitos elementares, — *direitos mobiliarios e immobiliarios* na phrase gallicana do Projecto.

Os direitos, que têm por objecto immediato as *pessoas*, isto é, os serviços, prestações, factos da natureza livre, e só mediatamente ora as proprias *cousas* ou em especie ou em genero, ora o bem do homem que se não reduz á dinheiro; são exactamente o que se tem custado á chamar, e o que nós chamamos indistinctamente — *direitos pessoases*, para dividil-os depois em *direitos pessoases das relações de familia*, — *jura potestatis*; e em *direitos pessoases das relações civis*, — *direitos pessoases sobre as cousas*, — *jura in rem*.

Este nosso methodo nada tem de novo, nada de original, nem quanto ao seu fundo, nem quanto ás suas denominações. Suas idéas actuavão á cada passo na vida civil, sobresaíão nas discussões do fóro, nas exposições scientificas, no Direito Civil de todos os povos. Suas fórmas já existião nos Codigos conhecidos, posto que em delineamentos mal acabados, obscurecidos por inscrições equivocas, explicados por mil supposições; em modo que o nosso trabalho foi apenas o de um simples aperfeiçoamento.

Os *direitos pessoases de familia*, que nunca se quiz unir aos outros do mesmo genero posto que representaveis por

valores, nós os ajuntamos, para só os distinguir por uma subdivisão especifica. Os *direitos reaes*, que nunca se quiz desligar dos direitos pessoases sobreditos que fazem parte do nosso patrimonio com a commun denominação germanica de — *direitos patrimoniaes* —, nós os separamos para fazerem um genero unico, tendo por cabeça de membros o *dominio*, — o *direito de propriedade das leis civis*; e por membros do mesmo corpo os demais direitos reaes, — fracções do dominio. Eis como entendemos ás dogmaticas inscrições de — *direito das cousas* —, e — *direito das pessoas* —. *Vitavi denique culpam, non laudem merui*.

E' pois bem evidente, que o *objecto do direito* póde dar, e dá, fundamento para o natural systema de um Codigo Civil.

Não as cousas, porque seria impossivel resumil-as, classifical-as e comprehendêl-as todas na massa existente e possivel! — Certamente as *cousas* não podem servir por si só para fundar um systema completo de Direito; mas é porque as *cousas* não são o unico objecto dos direitos, ou antes são o seu objecto no sentido distributivo; é porque além dellas os *factos* tambem são objectos de direitos, como a propria Apostilla reconhece; e não porque as *cousas*, em sua massa existente e possivel, emquanto este mundo não mudar, não sejam perfeitamente classificaveis, e mentalmente divisiveis, por generos, especies, e muitas classes inferiores, umas subordinadas ás outras. A Historia Natural, com o seu immenso apparelho classificador, pro-

testa energicamente contra a impossibilidade que se suppõe.

Conservando-nos porém no estadio da nossa Sciencia, quem ahi ha que ignore a natural e importantissima divisão juridica das cousas em *moveis* e *immoveis*, e outras, como sejam, — *cousas publicas* e *particulares*, — *fungiveis* e *não fungiveis*, etc.

Quem não terá noticia desses titulos das Institutas e dos Compendios, que se inscrevem — *de divisione rerum?*

Essa divisão das cousas em *moveis* e *immoveis*, só applicada aos objectos corporeos, já nos vem do Direito Romano. O Direito Francez a fez extensiva aos direitos e acções — *actio quæ tendit ad mobile, mobilis est; actio quæ tendit ad immobile, est immobilis* —, entendendo até alguns Jurisconsultos que essas qualificações de acções equivalião ás das *acções pessoais* e *acções reais*. E o proprio Projecto, que foi ainda mais adiante, tambem assim classifica as *cousas*, e em relação á ellas, immediata, e remotamente, classifica de envolta os direitos em *mobiliarios* e *immobiliarios*. O Projecto pois faz a classificação das *cousas*, a Apostilla diz que tal classificação é impossivel !

Não os serviços pela sua propria natureza variavel, e indefinida !

E' inteiramente o contrario, porquanto, no meio dessa variedade immensa, o espirito humano não tem sido tão pobre em seus juizos e abstracções, que não tenha achado analogias e differenças, *a posteriori* bem conhecidas, e

constantemente apreciadas, pela importancia de suas applicações juridicas.

Quem ahi ha tambem, que ignore o fragmento de Paulo — *stipulationum quædam in dando, quædam in faciundo, consistunt?* — Esta classificação perfeita, em que se tem feito entrar todas as obrigações dos contractos, applica-se exactamente á todas as outras obrigações, quaesquer que sejam suas causas productoras.

E nada melhor podemos oppôr ás argumentações da Apostilla, do que a proposição do Art. 803 do Projecto, onde se acha escripto, que — *o contracto pôde resolver-se na prestação de factos, ou na prestação de cousas; tratando-se distinctamente em duas Secções parallelas dessas duas especies de prestações*. As *prestações* ou *serviços*, portanto, não obstante a sua natureza variavel e indefinida, são susceptiveis de uma classificação.

E não as cousas e serviços finalmente, porque só accidentalmente apparecem como elemento do direito, e o direito não seria o que é, se não assentasse sobre principios certos e invariaveis! — Qual o pensamento que estas tão bellas palavras envolvem, para que lhes posamos attribuir um sentido qualquer ?

O que podemos comprehender é, que se allude á esses casos especiaes, em que simultaneamente se tem relativamente á um objecto um *direito real* e um *direito pessoal*; uma *acção real* e uma *acção pessoal*. Se não fôr este o pensamento, então será nada, ou denuncia um erro lastimavel. Se o fôr, o sophisma está bem patente.

Investigando a possibilidade de fundar o seu systema no objecto do direito, isto é, de todos os direitos em sua generalidade, e sendo esse objecto composto de dous elementos—*cousas*—e—*serviços*—, o subtil argumentador não devia passar do sentido colectivo para o sentido distributivo, da idéa geral ou exemplar para a de um caso accidental.—Os apóstolos erao doze, S. Pedro era apóstolo, logo S. Pedro era doze. — Abusase da sciencia para embrulhar a verdade e torturar a humanidade, logo as sciencias são prejudiciaes.

Se o objecto de todos os direitos em sua generalidade decompõe-se em dous objectos distinctos as—*cousas*— e os—*serviços*—, é de palmar evidencia, que nem as *cousas* de per si, nem os *serviços* isoladamente, podem ser o objecto de todos os direitos. O genero não é a differença.

Se as *cousas* e os *serviços* têm a propriedade common de serem objecto dos direitos em geral, não se segue que as *cousas* e os *serviços* não tenham propriedades particulares que constituão differença. Se se trata dos direitos em geral, de todos os direitos existentes e possiveis, ha uma *fallacia accidentis* quando se argumenta com o que não é verdade senão em um caso singular.

Cremos não bater em vento, e, se nos enganamos, teremos então um absurdo, — um *simul esse et non esse*, á que induzem preconceitos da escola. Ter-se-hia pensado, que podem haver direitos que tenham ao mesmo tempo

por objecto as *cousas* e os *serviços*, que sejam ao mesmo tempo *direitos reaes* e *direitos pessoaes*? Ter-se-hia por impossivel o systema fundado no objecto do direito, por haverem *direitos amphibios*, que não são nem puramente reaes, nem puramente pessoaes? Pois bem: são estes os taes *direitos mixtos*, de que ao principio fallamos, e cuja omissão nos foi censurada por um Jurisconsulto deste paiz.

Essa erronea crença de haverem—*direitos mixtos*— vem do Direito Romano com as suas denominações de *acções in rem scriptæ*,—*acções mixtas*,—*acções pessoaes-reaes* na phrase de Pothier; denominações que se transmittirão para o direito moderno. Em França Demolombe e Chauveau esforçarão-se já por limpar o Direito dessas teias d'aranha, e nós lhes seguimos a pista, estampando em nossa—*Consolidação das Leis Civis*—o que se lê na Introducção pag. 170 e 171.

« As *acções in rem scriptæ* (dissemos nós), e as chamadas *mixtas*, são tão impossiveis, como impossivel fóra a existencia de *direitos mixtos*, que fossem á um tempo *reaes* e *pessoaes*.

« Esta alliança, ou mistura, de realidade e personalidade, não pôde ser comprehendida, uma vez que os dous caracteres, que constituem de um lado o *direito real*, e do outro lado o *direito pessoal*; são entre si contrarios e incompativeis. A situação possivel, e mesmo muito frequente, é só a da pessoa, que tem, ao mesmo tempo, em relação á um objecto, um direito de *propriedade*, e tambem um direito de *credito*; e debaixo

deste ponto de vista unicamente é que poder-se-ha dizer, que existem *ações mixtas*, ou *personas in rem scriptæ*. »

A impossibilidade pois de systemar o Direito no ponto de vista do seu *objecto*, não estava, nem podia estar, na convicção de um espirito tão pensador e tão cultivado, como o que se revela na Apostilla. Seja-nos licito excluir por este lado mãos juízos, que por certo não seriam merecidos. Havia um *arrière-pensée*, uma dificuldade escondida, que embaraçava a adopção de um methodo sobre aquelle pedestal; e forçoso era superal-a, ainda que á expensas da logica e da verdade, com tanto que uma subtil dialectica, os europeis da linguagem, e o brilho dos conceitos, disfarçassem a profundidade do abismo.

Desde que o redactor do Projecto não estreitou rigorosamente os limites do Direito Civil, já em relação ao Direito Administrativo, e sobretudo em relação ao Direito Criminal; era-lhe impossivel derivar o seu methodo da classificação do *objecto* do direito.

Tendo comprehendido no Projecto os *direitos originarios*, que dividio (Art. 382) em direito de existencia, direito de liberdade, e direito de apropriação; e tendo consequentemente reputado como—*direito de propriedade*—, além deste direito na sua accepção mui restricta e genuinamente civil, todos os *direitos pessoasas patrimonias*; facil é demonstrar-lhe, que elle não podia dividir o direito no ponto de vista do seu *objecto*.

« A divisão dos direitos (dissemos nós na *Consolidação das Leis Civis*) em *absolutos* e *relativos* é feita no

ponto de vista de sua *extensão*; e o ponto de vista da divisão dos direitos em *reaes* e *personas* é o do *objecto dos direitos*. Não ha direitos sem pessoas, não ha direitos sem *objecto*; e nesta primeira face, antes do trabalho *analytico*, os direitos absolutos são semelhantes entre si, e até nem se distinguem dos direitos relativos. Examine-se porém quaes são os *objectos* dos direitos, e apparecem logo differenças essenciaes.

1º Os *objectos*, são corporeos ou incorporeos, isto é, ou cahem debaixo dos sentidos, ou só podem ser percebidos pelo entendimento.

2º Os *objectos* incorporeos, em um caso, não se manifestão exteriormente, porque representão mentalmente o estado de inacção necessaria para o livre desenvolvimento dos direitos de cada um. Em outro caso, são exteriores, isto é, condições fornecidas pela pessoa passiva do direito, e consistentes na prestação de *objectos* corporeos, ou na prestação de serviços *personas*.

« Quando o *objecto* do direito é incorporeo sem manifestação exterior, pôde-se dizer que o direito não tem *objecto*; pois só apparece o sujeito activo do direito, que livremente o exerce, sem observar-se mais nada. Por causa disto, os *Escretores* que temos examinado, ou não fallão do *objecto* dos direitos em tal caso, ou dizem que elle se confunde com a existencia da pessoa, ou que são direitos sobre nossa propria pessoa.

« Quando o *objecto* do direito é corporeo, já não apparece sómente o sujeito activo do direito, senão tam-

bem o objecto corporeo, que lhe está immediatamente submettido de um modo mais ou menos completo.

« Quando o objecto do direito é incorporeo, mas com manifestação exterior da parte do sujeito passivo do direito, o que se observa é o sujeito activo de um lado, e o sujeito passivo do outro lado; abstracção feita da qualidade da prestação, a que o sujeito passivo esteja obrigado.

« O que resulta desta analyse é, que, fazendo-se a divisão dos direitos no ponto de vista de seu *objecto*, os direitos da primeira especie, isto é, os que se confundem com a existencia do sujeito activo, não podem entrar na divisão; mas sómente os direitos das outras duas especies, tendo uns por objecto as cousas corporeas, e os outros as pessoas.

« No primeiro caso, não ha objecto, porque só apparece a pessoa activa.

« No segundo caso, existe a pessoa activa, e o objecto corporeo; mas só se olha a este.

« No terceiro caso, existe a pessoa activa, existe o objecto incorporeo; mas só se olha á pessoa passiva, cujo factó é o mesmo objecto.

« Ora, os direitos da primeira classe são os *direitos absolutos da personalidade*, que desde o principio excluimos da Legislação Civil. Os da segunda são os *direitos reaes*. Os da terceira são os *direitos pessoaes*.

« Os da primeira classe não são os da segunda, comquanto uns e outros sejam *absolutos*, isto é, tenham a mesma extensão; porque os da segunda olhão ao objecto

— *res* —, entretanto que os da primeira não têm objecto exterior.

« Os da primeira classe, por isso que não têm objecto exterior, são inapreciaveis, não têm valor ou preço venal, têm apenas utilidade; porque sobre elles se funda o bem-ser moral e material do homem. Os da segunda classe têm sempre um valor venal, apreciavel em dinheiro. Os da terceira, ou têm um valor apreciavel, que faz parte da nossa fortuna; ou deixão de tê-lo, e não entrão no nosso patrimonio, sendo todavia vantagens que contribuem ao mesmo bem-ser do homem.

« Bem se vê, que a noção de — *direitos reaes e direitos pessoaes* — está subordinada á dos *direitos absolutos e relativos*, supposto o ponto de vista da primeira seja a *extensão*, e o da segunda o *objecto*.

« 1º Para o direito ser relativo, isto é, para estender-se sómente á pessoa, segue-se que deve ser pessoal.

« 2º Se o direito real não é pessoal, se é a idéa opposta, segue-se que é um direito absoluto; porque a idéa opposta ao direito relativo é o direito absoluto.

« 3º Tambem o direito não podia ser real, isto é, não podia dar um poder exclusivo sobre a cousa, se não fosse *adversus omnes*, se todos não se abstivessem de o impedir, se não fosse em summa um direito absoluto.

« Entretanto, se o direito real é absoluto, o direito absoluto pôde não ser real, porque não carece da existencia de uma cousa.

« Não são portanto direitos reaes os direitos absolutos

concernentes á individualidade physica e moral do homem, e ao estado civil, e de familia. Esses direitos podem motivar relações positivas, e desenvolver direitos relativos ou pessoaes; mas é sómente com este caracter de direitos pessoaes, que elles entram na esphera da Legislação Civil. Isto se verifica em dous casos.

« 1° Em sua generalidade, como os direitos absolutos da personalidade não se manifestão activamente, senão no caso de terem sido violados ou offendidos em consequencia de um delicto, ou quasi-delicto; elles dão lugar á obrigações de satisfação ou indemnisação de damno causado. Neste sentido, pôde-se dizer, que elles se resolvem em direitos sobre objectos exteriores incorporeos, isto é, — a prestação necessaria para a satisfação do damno.

« 2° Como o Estado é uma reunião de familias, como os homens estão ao mesmo tempo na grande associação civil, e na associação familiar; esta segunda associação tem suas relações privativas, que produzem uma certa classe de obrigações, consistentes, já em prestações ou factos, que não fazem parte do nosso patrimonio, nem se confundem com as outras obrigações; já em outras prestações, que têm um valor apreciavel.

« Tambem se costuma identificar os *direitos reaes* com os *pessoaes*, dizendo-se que os *direitos pessoaes* existem na sociedade á respeito de todos, do mesmo modo que os *direitos reaes*; — que não ha um direito mais absoluto do que outro, — que a sociedade inteira, a massa de todas

as pessoas, está sempre obrigada á não embaraçar o gozo e exercicio do direito. Temos aqui um falso aspecto, que tambem confunde a materia.

« Quando os *direitos pessoaes* não são encarados em relação á pessoa individualmente obrigada, mas em relação aos outros homens — *adversus omnes* —, elles já não exprimem a mesma relação, a mesma obrigação. Elles são absolutos, exprimem uma relação diversa, já como direitos de personalidade, já como direitos de propriedade.

« De personalidade, se os direitos pessoaes têm sómente uma utilidade, mas não um preço venal.

« De propriedade no outro caso, porque já dissemos que a idéa de propriedade é larga, e abrange assim os direitos reaes, como os pessoaes que fazem parte do nosso patrimonio. Os direitos pessoaes desta ultima especie, considerados como absolutos, são uma parte do direito absoluto de propriedade.

« Por falta desta analyse, sem a qual não é possivel fixar o verdadeiro valor dos signaes da linguagem, e sondar as idéas que elles designão, e podem designar, segundo o aspecto das observações psychologicas, commette-se o erro de alargar a esphera do Direito Civil propriamente dito, deduzindo-se consequencias deploraveis.

« Propõe-se por exemplo (veja-se Blondeau), que hajão no Codigo Civil titulos especiaes para os direitos de *liberdade*, de *segurança pessoal*, e de *reputação* (idéas que o Projecto esposára); arguindo-se que não basta para justificar a omissão, existirem no Codigo Penal

as penas, que a violação desses direitos faz nascer. Não seria o mesmo, se diz, dispensar a explicação da *propriedade*; porque no Código Penal ha penas estabelecidas para os delictos que a violão?

« A censura é pouco reflectida, porquanto, além dos delictos que violão a propriedade reprimidos na legislação penal, ha muitas outras violações da propriedade (a maior parte dellas), que não são punidas criminalmente, que têm sómente a sua sanção na legislação civil, e que portanto sómente á legislação civil pertencem.

« A violação de quasi todos os direitos pessoases — *objectos incorporeos exteriores* —, que fazem parte do nosso patrimonio, só dão lugar á acções civis, e não á acções criminaes. Essa violação só pôde partir da pessoa individualmente obrigada.

« Quanto aos — *objectos corporeos* —, outra parte da propriedade, a violação dos direitos, que sobre elles recahe, produz só acções civis no maior numero de casos. Quando produz acções criminaes, a sanção não fica completa com a applicação da pena, falta ainda, ou a restituição da cousa, ou a indemnisação do damno causado, o que se consegue por acções civis.

« Estes effeitos dimanão da natureza das cousas, já que nos delictos contra a propriedade corporea necessariamente o objecto corporeo está entre o agente e o paciente do delicto, entretanto que a sanção penal é estranha ao destino desse objecto, affectando só a pessoa.

« Ao contrario, nos delictos contra a personalidade, não ha nada de permeio entre o agente e o paciente do delicto. Nestes delictos a acção imputavel, que os constitue, só pôde ser attribuida á uma intenção malevola; ao passo que os direitos de propriedade podem ser violados por ignorancia, por um simples erro, e mesmo por uma impossibilidade da parte da pessoa obrigada.

« A sanção dos delictos contra a personalidade—contra os direitos de *liberdade e segurança* —, fica preenchida em muitos casos com a applicação da pena sómente. Quando não fica preenchida, por haver damno resultante cuja reparação é necessaria, a legislação civil tem providenciado para a satisfação desse damno. Resulta pois, que os direitos de personalidade entrão na legislação civil, tanto quanto se faz preciso que elles entrem, segundo a natureza das cousas.

« Sem duvida, os direitos absolutos de personalidade, quaes são todos os que resultão do desenvolvimento de nossa liberdade, e que têm hoje tantas denominações especiaes, carecem de explicações ou restricções, como carece o direito de propriedade, restricções que os harmonisam com as exigencias do bem social, mas se as explicações da propriedade pertencem em regra geral á alçada da Legislação Civil, as outras entrão na esphera das Leis Administrativas, e particularmente das Leis de Policia.

« Que razão ha para confundil-as? E como se as pôde confundir, se, a respeito da propriedade, o poder publico

desce á arena da individualidade como pessoa collectiva ; quando aliás á respeito dos outros direitos, obra sempre activamente, independente da intervenção do poder judicial ? Se se deseja o reconhecimento legal dos direitos individuaes de personalidade, tão inviolaveis como o de propriedade, é cousa que se tem feito, e que se deve fazer por meio de simples enunciações nas Constituições Politicas.

« Não haja distincção entre as relações juridicas , já do poder publico com os individuos , já dos individuos entre si ; não haja distincção entre os direitos da personalidade, e os da propriedade; não se restrinja tambem a significação da palavra *delicto* ; e será impossivel marcar a linha de separação entre o Direito Civil e o Direito Administrativo, e entre o Direito Civil e o Direito Criminal. Se, no sentido mais philosophico, os direitos da personalidade fôrem considerados como de propriedade, seguir-se-ha fazê-los entrar na orbita da Legislação Civil.

Como que todos estes pensamentos e demonstrações já anticipavão o Projecto do Codigo Civil Portuguez, e as repugnantes idéas do seu muito illustrado redactor, para que lhes servissem de resposta cabal ! E' o proprio Projecto quem agora os confirma, e dá irrecusavel prova de sua exactidão; porquanto, tendo ultrapassado as balisas do Direito Civil para ficar sem o methodo natural e simples desta parte do Direito Privado, tendo tratado de direitos originarios que o homem recebe das mãos da natureza, não contém sobre taes direitos uma só proposição, que

mereça o nome de disposição legislativa. Não ha outros Artigos, que tratem deste assumpto, além dos que já transcrevemos na ordem do mesmo Projecto.

Limitou-se á reconhecer em formula declaratoria direitos já reconhecidos na Carta, e nada mais. Não os podia proteger , não os podia regular, porque isso não era da sua competencia , além de que tudo já estava feito no Codigo Penal, e nas Leis de Policia em vigor. E de resto, quaes serão as circumstancias, em que as prelecções do Projecto sejam susceptiveis de alguma applicação judiciaria ? Que monta mandar-se, que haja uma intangivel propriedade de direitos, que, como os objectos da materia, podem ser possuidos, e adquiridos por prescripção, se tal dominio e posse são realmente impossiveis ? — *Ægri somnia, vane fingentur species !*

Do *objecto do direito* passa a Apostilla para o *sujeito activo do direito*, e para o *sujeito passivo do direito* — *sujeito da obrigação* ; e , ao passo que tambem rejeita este ultimo elemento para fundar seu systema, aceita o outro — o do *sujeito activo do direito* —, como ponto de vista para composição de seu plano. Essa rejeição, e adopção, entre si contradictorias, mostram-se *prima facie* como irreceptiveis ; ellas abalão as convicções mais enraizadas. Examinemos as razões, que as justificão.

O que logo fere a vista é, que o Sr. Seabra já não guarda a mesma terminologia , quando trata do *sujeito passivo do direito*, que elle denominara *sujeito da obrigação*, — *devedor* ; elle o substitue pela propria *obrigação*,

e. o chama — *elemento secundario, idéa relativa, que presuppõe necessariamente a existencia de um direito.*

Ora, se a substituição é possível, se vale o mesmo dizer *sujeito da obrigação, ou obrigação*; tambem se pôde indistinctamente dizer *sujeito activo do direito, ou direito*; e a consequencia á deduzir é, que o systema do Projecto tem em consideração o *direito*, e não um *elemento do direito*, queremos dizer, classificou os direitos em si mesmos, debaixo de um ponto de vista qualquer. A conclusão é logica, no vocabulario da Apostilla; porém no rigor de uma analyse, nada tem de verdadeira, nem se harmonisa com as premissas da propria Apostilla.

Nada tem de verdadeira no rigor de uma analyse, porque a idéa do *sujeito da obrigação, do devedor*, não é a mesma idéa da *obrigação* desse sujeito ou desse *devedor*, — da *divida*, — do vinculo que o adstringe á dar ao seu credor alguma cousa, ou á praticar em proveito d'elle qualquer factio positivo ou negativo. E pois que tal idéa é relativa, e presuppõe necessariamente a existencia de um direito, a idéa do *sujeito activo do direito* — do *credor*, não é a mesma idéa do *direito* desse sujeito activo ou desse *credor*, — do *credito*, — da faculdade juridica que elle tem e pôde exercer contra o seu devedor.

Não se harmonisa com as premissas da propria Apostilla, porque nella se cuidou logo de distinguir a idéa complexa do direito das idéas elementares do direito, de fundar o systema do direito em uma das idéas elementares, e não na idéa complexa. Se estas idéas são distinctas, o

versatil argumentador foi incoherente investigando a fundação de seu systema debaixo do ponto de vista das *obrigações*. Se são identicas, elle não se pôde justificar de ter rejeitado este ponto de vista, aceitando ao mesmo tempo o outro do — *sujeito activo do direito, — dos proprios direitos.*

Jus et obligatio sunt correlata. — Eis o proverbio, que está na crença de todos os Legistas e Jurisconsultos, que está no bom senso de todos os homens; e a Apostilla vem pedir-lhe contas, e o contesta! Se é possível, dirá o mundo inteiro, erigir um systema de legislação civil sob o ponto de vista dos direitos; é igualmente possível levantá-lo sob o ponto de vista das *obrigações*. Nós tambem assim o pensamos, e, se o nobre antagonista o nega, é porque suas inducções não podem deixar de ser defeituosas, uma vez que fôra além dos terminos do que strictamente se pôde chamar *Direito Civil*.

O que ha de commum entre essa investigação especulativa da precedencia original do direito á obrigação, ou da obrigação ao direito, — investigação perfeitamente inutil para os espiritos positivos, e as obrigações da vida real, as obrigações do Direito Civil, que só trata de direitos engendrados, — de direitos adquiridos? Qual será a estudada hypothese do — *direito que pôde nascer, subsistir, e perecer, independentemente da obrigação?* Ter-se-hia em vista o caso raro de algum Robinson, ou a escaldada hypothese de desaparecer o genero humano ficando reduzido á um só homem? Ter-se-hia em vista

esses direitos absolutos, cujo exercicio não carece da parte dos outros senão de um estado de inacção?

O direito quer a vida real, quer a possibilidade de relações do individuo intelligente e livre com os entes, que têm a mesma natureza, e o mesmo destino. Quanto aos *direitos absolutos* (tomados aqui como originarios, pois que em outro sentido o direito de propriedade, aliás derivativo, entra na classe dos absolutos), a Apostilla, com o nome de Thiercelin, não nega a possibilidade de os fundar na obrigação, contestando-a sómente quanto aos *direitos relativos*.

Como se explica este asserto não esperado, se pelo contrario são precisamente esses *direitos relativos* os que nunca se concebem, sem que a obrigação esteja á par do direito, e se pronuncie mais do que algum dos outros elementos? Não haverá aqui uma tenebrosa confusão de idéas? Ou haverá abuso, ou erro, de expressões, cujo sentido não se tem fixado?

E' tão pronunciado o effeito das *obrigações*, quando se trata de *direitos relativos*,—*direitos pessoaes*, que os Romanos os designavão particularmente só pela palavra—*obligatio*—, não porque ás *obrigações* não correspondessem direitos, como em todos os casos; mas porque, indicando especialmente o lado passivo do vinculo juridico (o que virtualmente exprime o vinculo inteiro), fazião dest'arte sobresahir a indole propria desses direitos relativos, que sem duvida repousa nesse lado passivo.

Provavelmente a Apostilla quiz fallar dos *direitos adquiridos*, que Thiercelin contrapõe aos *direitos naturaes*, sendo estes identicos para todos os homens, e aquelles diversos para cada individuo; e nesses *direitos adquiridos* entrão não só os *direitos relativos* ou *pessoaes*, senão tambem os *direitos reaes*, que são tão *absolutos*, no aspecto da *extensão*, como os *direitos naturaes*. Entretanto as vistas de Thiercelin são inteiramente alheias do Direito Civil, e ahi está um caso em que as investigações da Philosophia do Direito de nada servem para as applicações. Toda a especulação metaphysica, de que não resulte um bem pratico, não tem para nós valor algum.

Uma cousa é investigar o direito no ponto de vista de um typo ideal, para com elle aferir as instituições e legislações dos povos; e outra cousa observar analyticamente as relações juridicas, que essas legislações regem, para distingui-las umas das outras, e classificar-as.

No ponto de vista do Direito Natural, collecção de normas divinas ministradas pela Philosophia do Direito, os *direitos naturaes* são sómente os identicos para todos, e os *direitos adquiridos* diversos para cada individuo. Ahi está a grande questão da época, — o problema do *paupe-rismo*. Ahi está a luta constante dos dous principies, á que se remontou o Sr. Alexandre Herculano na sua Historia de Portugal;—*um da ordem moral, intimo, subjectivo*; *outro da ordem material, visivel, objectivo*.

No ponto de vista da Sciencia Politica, da Sciencia da

Legislação, os direitos adquiridos não são diversos para cada individuo, senão identicos, porque ella dicta normas, concede ou prohibe, para entes, que, sendo da mesma natureza, não podem deixar de ter os mesmos direitos.

No primeiro caso, olha-se a somma dos direitos adquiridos, a desigualdade de fortunas; no segundo, a possibilidade de adquirir. Aquillo que é possível legalmente adquirir, segundo as capacidades casuaes de cada um, o Direito Civil legitima e protege. O Direito Natural porém não admite essa possibilidade ampla, *sómente legitima o titulo* (palavras de Thiercelin) *que fixa os limites até onde chega o direito.*

Descendo-se dessa região aerea para a realidade das cousas, é indubitavel que á toda a obrigação corresponde um direito, e á todo o direito uma obrigação, relações regidas pelos dictames da Legislação; e que portanto, assim como a Legislação Civil póde ser methodicamente exposta pelo lado activo dos direitos, tambem o póde ser pelo lado passivo das obrigações. Corrêa Telles precisamente coordenou o seu Digesto pelos dous lados (não, como se diz, pelo lado unico das obrigações); e na verdade este systema duplo nada tem de impraticavel, porque, tratando-se de personalidades da mesma especie, e com a capacidade dos mesmos direitos, quando se tiver exposto todos os direitos, ficão necessariamente descriptas todas as obrigações.

Por esta razão é, que aquillo que se póde fazer no Direito Civil, na descripção das relações juridicas regi-

das pela Legislação Civil; já deixa de ser possível tratando-se de reduzir á systema as relações do Direito Administrativo, systema que até hoje não se tem feito, e que não passa por emquanto de uma resenha de attribuições da organização administrativa. Ahi as personalidades são de diversa natureza, tem fins diferentes, os direitos e obrigações de uma das especies não são os direitos e obrigações da outra especie; e portanto é claro, que não basta expôr os direitos e obrigações de uma dellas, para que se conheça os direitos e obrigações da outra.

Uma e outra idéa, a do *direito* e a da *obrigação*, correlativas entre si, apparecem indistinctamente na exposição das Leis Civis; apenas estão subordinadas á uma influencia, que resulta da natureza das cousas, Como os *direitos reaes* só correspondem á obrigações negativas, ahi o direito manifesta-se mais do que a obrigação; elle actua immediatamente sobre as cousas, e a obrigação fica na sombra. Nos *direitos pessoaes*, pois que recahem immediatamente sobre a pessoa, a obrigação é sempre o que mais sobresahe; e isto prova a justeza da locução romana — *direito das obrigações* —.

O autor do Projecto não pode ter consciencia, de que talhasse o seu chamado systema, nem sob o ponto de vista do *sujeito activo do direito*, como o inculca a Apostilla; nem pelo aspecto das obrigações, que elle exclue; nem pelo dos direitos, como se affirma em outro lugar; nem pelo dos direitos e obrigações junta-

mente. O que parece é, que o seu prisma não fôra o direito—*faculdade*—, mas o direito—*lei*—; que não fôra o direito *faculdade* em sua unidade collectiva, mas o direito *faculdade* em unidade verdadeira; o que varre toda a idéa de classificação e de systema.

Que affirmára ter fundado o seu arrançamento na apreciação proxima dos direitos em si mesmos, e entre si, provao estas palavras da Apostilla:

« Nós fomos unicamente encarregados de redigir o
 « Código Civil: cumpria pois determinar, primeiro que
 « tudo, quaes as materias que se comprehendem nessa
 « vaga denominação. E como poderíamos nós determi-
 « nal-as sem remontar ao unico principio, que podia
 « servir-nos de guia—*a propria natureza dos direitos,*
 « —*sem os definir claramente, sem os classificar com*
 « *exactidão?* »

Esta é a verdadeira theoria da classificação das Leis, é a theoria do immenso Leibnitz, que o autor approva neste lugar, mas para fechar os olhos á luz de seus raios—*video, meliora proboque, deteriora sequor*—.

Que fôra o proposito do autor fabricar seu edificio mediante o exame do *sujeito activo do direito*, elle o diz sem rebuço tambem por esta substancia:

« Restava-nos pois o *sujeito do direito*, e foi esse o
 « ponto de vista, que adoptamos na formação do nosso
 « plano. »

Assim indicadas, com taes contradicções, as bases desse plano, se diz na Apostilla, que elle é—*inteiramente*

novo; — *logico, simples, natural, e completo, pois não pôde haver especie alguma de direitos, que não entre necessariamente em alguma das casas descriptas*; — que—*para ser entendido basta pronuncial-o, e que—para enuncial-o bastão quatro palavras!*

Perdõe-se-nos a nossa temeridade e franqueza, patenteando dos seios d'alma a firme convicção, em que estamos, da inutilidade de toda a dialectica, e de todos os vocabularios, para justificar isso, que o nobre autor, á quem aliás muito acatamos, tem chamado seu plano, e seu systema. Entendemos mesmo, e sem medo de exageração, que na estrutura do Projecto, e na explicação que se lhe addiciona, não existe o mais fraco vislumbre de uma idéa de methodo.

Quaes são as vossas razões, responder-nos-hão; e nós de prompto manifestal-as vamos, com a clausula porém, de que seremos ouvidos, e julgados, á luz dos grandes principios, que constituem a theoria da classificação das leis. Estas idéas, que preliminarmente devemos expender, são fragmentos do trabalho official, que já mencionamos, e que não tardará a ser publicado.

Para a exposição e conhecimento das leis positivas varios meios se têm empregado, diferentes na forma e denominações, mas sempre executados pelo mesmo instrumento. Em todas as applicações do espirito humano, sobre qualquer ramo de Sciencia, acontece exactamente o mesmo; pois que a razão do homem é só uma, e

trabalha por invariavel processo. O instrumento vem á ser a divisão e a classificação, sempre de uma necessidade absoluta, base de todas as Sciencias; visto que sem divisões e classificações não ha systema de conhecimentos.

Em dividir está o grande recurso da nossa debil intelligencia, sem o qual a observação e comparação seriam impossiveis, e a memoria succumbiria ao peso de um prodigioso numero de idéas. Os phenomenos do mundo sensivel, os factos da vida intelligente, os segredos psychologicos, se nos mostram em uma synthese primitiva e confusa; nossa intelligencia os divide, quando os quer estudar e conhecer; dividindo-os, comparando-os, analysando-os, descobre suas relações; e depois desta decomposição, os recompõe de novo, e consegue então uma synthese esclarecida. As leis positivas são factos da vida intelligente, são factos sociaes, que como todos os factos, podem ser observados....

Classificar não é simplesmente dividir, não é sómente designar por uma denominação commum os individuos que se assemelham á certos respeitoes. A divisão é instrumento da analyse; mas, terminada esta, e conhecidas as differenças e semelhanças dos entes ou factos observados; a classificação, instrumento da synthese, os distribue, não em series isoladas, mas em classes superiores e inferiores, subordinadas umas ás outras, e formando um verdadeiro systema, que não é um simples *arranjanento* e *superposição*, mas um tecido, um aggregado de partes reciprocamente unidas.

Para haver essa união, bem se vê, que a classificação só pôde ser o producto de uma idéa geral, de um principio dominante. Se a classificação não é fundada sobre um principio, não existe systema; porque as classes já não dependem umas das outras.. A escolha desse principio é a grande difficuldade, e determina as classificações *naturaes* e as *artificiaes*.

Tem-se negado a possibilidade de um methodo natural, e costuma-se dizer que todas as classificações são *artificiaes*, por não existirem na natureza as noções de classe, genero, e especie, por serem creações do nosso espirito. Mas, se essas noções correspondem aos caracteres proprios e differenciaes dos objectos, suas qualidades distinctivas, suas semelhanças e analogias; certamente não são puras fórmulas do pensamento, e tem sem duvida uma realidade objectiva, tão incontestavel como a variedade dos entes. Desconhecer esta variedade fôra cahir no absurdo da identidade absoluta dos pantheistas.

No extremo opposto, como se o homem não tivesse actividade, entendeu-se que todas as classificações eram *naturaes*; pois que as impressões, que recebemos, não estão á nossa disposição, e tem seu fundamento nas leis da natureza. Como todavia não se deixa de confessar, que as classificações podem ser mais ou menos fundadas nessas leis da natureza; temos em todo o caso um criterio, uma razão, para distinguir as classificações *naturaes* das *artificiaes*.

Distinguem o methodo natural (eis a locução dos

naturalistas) os caracteres, em que elle toma asua origem, — *caracteres fundamentaes*, ou — *subordinados*, isto é, as differenças constantes que se observa nos entes. Os primeiros exprimem a funcção final, a virtude propria do ente que se estuda; e são a base das divisões mais geraes. Os segundos resultão das propriedades que mais attenção merecem, das condições especificas de existencia, do modo de obrar; cujas differenças sao a base das subdivisões.

O que se observa nos entes da Historia Natural achase, com variedade de objecto e de destino, nos entes da Sciencia do Direito, isto é, nos homens considerados em sua vida juridica, e nas relações e factos que a constituem e manifestão.

As leis positivas não são entidades discordantes, que estejam fóra da harmonia geral, e não tenham acima de si leis mais sublimes, leis eternas, leis invariaveis, que constituem a natureza intelligente e livre, e marcão seu fim providencial. O complexo dessa natureza mantem-se pelo vinculo indissolúvel das relações, que ligão todas as suas partes.

As leis, em sua mais ampla significação, não são, como disse Montesquieu, as relações necessarias que derivão da natureza das cousas. Uma lei, como corrigio Tracy, não é uma relação, e uma relação não é uma lei. No mundo moral as leis naturaes (do mesmo modo que no mundo physico) são o principio das relações; as leis positivas seu resultado necessario. As leis naturaes do-

minão *a priori* todas as relações moraes, e consequentemente as relações juridicas, e as leis positivas que destas resultarão. As leis positivas dominão *a posteriori* sómente as relações juridicas.

Eis o grande traço que separa a Moral, o Direito, e a Legislação.

Ora, se as relações juridicas, que a Legislação exprime e á que se applica, manifestão-se por differenças apreciaveis, constantes, e effectivas; essás differenças existem na Legislação, são as mesmas da Legislação, e nella determinão divisões naturaes, susceptiveis de uma classificação rigorosa, visto que derivão de um só principio, de uma base larga, que é o plano immutavel da vida juridica.

Identicas e unicas em seu principio, semelhantes em sua universalidade, mas distinctas e differentes em seu desenvolvimento, as relações juridicas naturalmente se dividem: 1º, pela simples distincção das personalidades que as entretêm, — pela sua razão de existencia, e virtude propria; 2º, pelos subordinados caracteres das condições especificas, modos de acção, e propriedades.

Isto posto, qual o juizo que se deve fazer das classificações e divisões artificiaes, que não exprimem as relações naturaes? Trabalhos taes só tem o valor de um catalogo, mas não têm character scientifico; porque a sciencia não se desvia das indicações da natureza.

O plano do Projecto é explicado e desenvolvido na Apostilla com as idéas e palavras, que fielmente trasladaremos, para que nada lhe tiremos de seu valor:

« Como no sujeito do direito ha necessariamente duas idéas predominantes e distinctas, — o poder, ou seja a autonomia, a faculdade immanente, — e a acção, ou faculdade pratica; cumpria definir a primeira, antes de tratar da segunda. Por outras palavras, era necessario — definir primeiro a capacidade do ente juridico, em que se resume a sua existencia ideal, antes de entrar no exame da vida que lhe é propria, isto é, no reconhecimento dos meios por que pôde adquirir os elementos externos necessarios á sua existencia, e de como os pôde fruir, conservar, e defender.

« Achamos pois, que todo o direito (no sentido determinador ou regulador) necessariamente devia referir-se á quatro pontos capitães, que podião servir como de pontos de triangulação no levantamento da nossa carta juridica, a saber:

« 1º Natureza do ente juridico:— (capacidade).

« 2º Seus meios de vida:— (aquisição).

« 3º Fruição desses meios:— (propriedade).

« 4º Conservação:— (violação, defesa dos direitos). »

Aqui não ha classificação alguma, não ha qualquer systema, ou baseado no ponto de vista do sujeito activo do direito, ou derivado da observação dos direitos, que são protegidos e regulados pela Legislação Civil propriamente dita.

Em qualquer desses dous aspectos, para que houvesse um systema, para que houvesse um plano natural e logico; fôra de mister, que se tivesse dividido a massa dessa

synthese confusa, — o sujeito activo do direito, ou os direitos (*faculdades*); que se a tivesse observado, estudado, e analysado, em cada uma de suas partes; — que, analysadas e bem conhecidas todas as partes, se as comparasse entre si, para que surgissem suas differenças e semelhanças; — que, discriminadas as differenças, se fizessem classes primarias, e subordinadas; — e que por fim apparecêssem essas classes em um só corpo, ligadas umas ás outras, formando um tecido, um aggregado de partes reciprocamente unidas.

Se o illustrado adverso não dividio por qualquer maneira, nem o sujeito activo do direito, nem os direitos; e se, não os tendo dividido, elle não os observou, não inquirio semelhanças e differenças, e não os classificou; é bem claro, que não construiu systema algum, e muito menos um plano que se possa dizer logico e natural.

Não dividio o *sujeito activo do direito*, no sentido philosophico em que o contemplára, *potestas* de Leibnitz, *autonomia* de Kant, *personalidade* de Ahrens, *faculdade immanente* da Apostilla, *capacidade juridica ou civil* do Projecto (erro deploravel!); porque toda essa variedade verbosa não quer dizer nada mais, e nada menos, do que a *vontade humana*; e a *vontade* é uma só, identica a si mesma no mesmo homem, igual em todos os homens, e por isso mesmo indivisivel, não analysavel, sem historia. Só se divide e analisa o que é multiplo, só se faz historia do que muda. Nisto concorda exactamente a Apostilla, porque ella diz:

« Para nós a capacidade jurídica é só uma, e indivisível.... »

Mas, como os homens, sendo iguaes na unidade verdadeira da *vontade*, sendo iguaes perante a lei por essa posse commum de um titulo inalienavel que os confunde — o *poder de querer* —, todavia são desiguaes, individualmente considerados, por mil accidentes e circumstancias; o conspicuo redactor do Projecto os poderia ter dividido neste aspecto exterior, poderia assim tê-los analysado, para achar differenças; e, se tanto lhe fosse possivel, poderia fazer uma classificação, e armar um systema.

Um mecanismo sobre esta base corresponderia em suas partes á essas communs divisões de pessoas, que em delineamentos geraes e preparatorios existem em quasi todos os Codigos, e em todos os Compendios e Tratados. Nada disto se acha no Projecto, e na Apostilla. Trata-se, é verdade, de *pessoas moraes*, o que presuppõe necessariamente *pessoas não moraes*, distingue-se os cidadãos portuguezes e os estrangeiros, os domiciliados, os ausentes, os maiores e menores, os capazes e incapazes; porém todas estas distincções nada tem com as idéas geraes do plano adoptado, apenas influirão para as minimas partituras da Parte 1^a do Projecto.

Não dividio os direitos (*faculdades*), porque elle os encarou, não em sua unidade collectiva e generica, mas em unidade verdadeira, sem distinguil-os entre si, sem apreciar relações; e contemplandc-os apenas, na mesma

unidade, pelas phases de sua vida, — de seu desenvolvimento, á começar do *poder de querer* (*capacidade jurídica, civil*, na phrase do Projecto), até o ponto da sua violação, e da necessidade de sua defesa e conservação. Não ha nisto algum systema de expôr direitos, posto que haja o fructo de um estudo proveitosissimo, sem o qual não se conhece a organização viva do direito; mas que não é, nem pôde ser, base de classificação de um Codigo Civil.

A mesma pessoa, que pôde adquirir direitos, é a mesma pessoa que adquire direitos por alguma das causas juridicas que legitimão a aquisição. A mesma pessoa, que adquire direitos por qualquer dessas causas ou titulos, é a mesma pessoa que faz seus esses direitos, e que os frue. A mesma pessoa, que se apropria direitos, e que os frue, é a mesma pessoa que os defende, quando taes direitos são violados, e que vai ante o poder judicial solicitar a sua conservação. Sempre a mesma pessoa, sempre a mesma mascara da comedia ou do drama!

Os mesmos direitos, que se pôde adquirir, são os mesmos direitos que se adquirem por alguma das causas juridicas que legitimão a aquisição. Os mesmos direitos, que se adquirem por qualquer dessas causas ou titulos, são os mesmos direitos que ficão sendo propriedade, e que se exercem. Os mesmos direitos, que ficão sendo propriedade, e que se exercem, são os mesmos direitos que podem ser violados, cuja defesa é possivel ante o poder judicial, e cuja conservação é necessaria. Sempre os mesmos direitos, sempre a mesma scena!

Não se creia, que o distincto jurisconsulto, tendo dividido o direito (*lei*), isto é, o direito, como se exprime a Apostilla, no sentido determinador ou regulador, necessariamente dividio os direitos (*faculdades*); visto que as Leis Civis, o Codigo Civil, não tratão senão de expôr e regular direitos.

Sem duvida, as Leis Civis regulão as faculdades juridicas da vida civil, e descrevem as relações em que se dão essas faculdades; mas a classificação das leis, operação synthetica, presuppõe divizões, observações, e comparações, de uma analyse perfeita ou imperfeita. A execução do trabalho, que nos occupa, a applicação das idéas da Apostilla, denunciando estão a ausencia completa dessa chimica intellectual. Um plano de distribuição de materias, que não deriva de analyses, não merece o nome de uma classificação scientifica, não pôde dar em resultado um corpo systematico, não pôde ter unidade. Não é isto o que se recommenda na arte de compôr:

« *Denique sit, quod vis, simplex dumtaxat, et unum.* »

E demais, se as linhas divisorias do plano não separão, como está demonstrado, direitos diversos entre si, mas sempre os mesmos direitos, ou antes todos os direitos em massa, em relação á sua possibilidade e ás suas apparencias; o Codigo, que realizar esse plano, não conterà em cada uma de suas partes disposições legislativas concernentes á direitos diversos, porém determinações repetidas sobre todos os direitos, sempre sobre os mesmos direitos, posto que em phases differentes.

Uma applicação rigorosa, uma observancia fiel, dessas linhas de estructura, crearia por certo um corpo de leis inteiramente novo, ainda não visto, mas um corpo monstruoso,

De Rhodes estranhissimo colosso,

que espantaria o mundo, e seria talvez mais fatal do que o poste do Imperador Romano. Só se lhe acharia a malefica virtude de tratar a mente aos vivos, embaraçando o conhecimento das leis, ao inverso do unico fim para o qual se fazem Codigos.

E de resto, traçado como está esse plano só nos *quatro pontos da triangulação* da Apostilla, teria ainda assim de ficar irresoluvel o problema do verdadeiro methodo das Leis Civis. Todos os direitos deverião ser expostos em cada uma das quatro casas, e qual a ordem natural dessa exposição? Qual o aspecto da classificação, qual o fio deste labyrinth? Eis o que se nos não explica na Apostilla, mas o Projecto ahí está para attestar aos olhos o que se fez, e o que se poude fazer.

Que o Projecto não realisara o prospecto da Apostilla, que o proprio factio do operario desmente a possibilidade da applicação de suas idéas, é o que logo *ictu oculi* se conhece por um mero exame superficial.

A Parte 1^a, a 3^a, e a 4^a, são manifestamente defectivas, por não conterem tudo aquillo que no rigor do prospecto nellas se devia encontrar, queremos dizer, por não conter cada uma dessas partes um methodico catalogo de

todos os direitos regidos pela Legislação Civil, já em relação á faculdade de os adquirir (capacidade civil do Projecto), já na phase de sua aquisição realisada (direito de propriedade do Projecto), já na manifestação ultima de sua offensa e reparação. A Parte 2ª, encarando os direitos no acto de sua aquisição, é a que tem mais extensão, é a que unicamente nos offerece uma divisão, e divisão quaternaria, dos direitos ; e ainda assim não é completa pela subtracção que se lhe fez de materias, que nella devião estar, e que servirão para dar corpo ás outras tres Partes.

Da Parte 1ª pertencem á Parte 2ª todas as disposições concernentes á *paternidade e filiação legitima e illegitima*, ao *parentesco*, e á instituição suppletiva da *tutella e curatella* em razão da incapacidade por menoridade, as quaes disposições, ou como complementares, ou como accessorias, vão naturalmente ligar-se ás da Part. 2ª, Liv. 2º, Tit. 2º Cap. 1º, que trata do *contracto de casamento*.

Se essas disposições não pertencem á materia do *casamento* (desprezando-se toda a filiação de idéas), visto que tal materia está debaixo da inscripção da Part. 2ª, Liv. 2º, que meramente trata — *dos direitos que se adquirem por facto e vontade propria e de outrem conjunctamente*, — inscripção de que resvalão os direitos reciprocos entre pais e filhos, e entre parentes, e os da *tutella*, e *curatella* ; as consequencias vêm a ser então deploraveis, pois que ainda mais ennegrecem o cahos. Ahi vão ellas :

Os direitos dos pais para com os filhos, visto que

provêm do facto proprio d'aquelles, qual o casamento, ou coito com a mulher, independentemente da cooperação dos filhos, pertencerião ao Liv. 1º da Part. 2ª, que trata — *dos direitos que se adquirem por facto e vontade propria independentemente da cooperação de outrem*. — E os direitos dos filhos para com os pais, visto que provêm do facto destes, — o mesmo do casamento, ou coito com a mulher, sem haver cooperação dos filhos, pertencerião ao Liv. 3º da Part. 2ª, que trata — *dos direitos que se adquirem por mero facto de outrem*. — Assim que, estas duas classes de direitos, tão estreitamente unidos, por serem indissolueis laços da natureza, não poderião escapar á mais barbara separação, de que nem os livraria o vinculo da reciprocidade.

Os direitos reciprocos entre parentes, e os da *tutella legitima* e *dativa*, passarião para o Liv. 3º da Part. 2ª, que tambem trata — *dos direitos que se adquirem por simples disposição da lei* —. E de feito, suppondo-se que a communhão de sangue nada influe, é a disposição da lei quem marca grãos de *parentesco*, grãos que determinão os direitos reciprocos de alimentos e de *tutella legitima*, do mesmo modo que regula os direitos reciprocos da successão legitima, materia que se comprehendeu nesse Liv. 3º da Part. 2ª.

Os direitos entretanto da *tutella testamentaria*, posto que tambem devêsem ir para o mesmo Liv. 3º da Part. 2ª, não irião comtudo pelo mesmo motivo; porquanto não são direitos adquiridos por disposição da lei, senão

direitos adquiridos por mero facto de outrem, como os que contempla o Projecto por effeito das disposições testamentarias.

As outras disposições da Part. 1^a, que respeitam á curadoria provisoria e definitiva dos bens dos ausentes, e á curadoria dos incapazes por prodigalidade, demencia, e outros accidentes, se não fôrem accommodadas no mesmo Liv. 3^o da Part. 2^a, como tratando de direitos adquiridos por disposição da lei, ficão sem lugar na classificação de direitos, que só se faz nessa Part. 2^a; pois que os direitos, que taes disposições regem, derivão de factos naturaes ou fortuitos, que determinão a sua aquisição, formando uma classe especial, a qual não se depara nas quatro divisões da Part. 2^a, ou antes nas suas tres divisões ostensivas.

E note-se, que a inscripção do Liv. 3^o Parte 2^a diz — que se a adquirem por *simples* disposição da lei —, o que indica só caberem nesta inscripção aquelles direitos que têm por causa productôra a lei pura, e nada mais; entretanto que, por mais poder que se queira dar ao legislador, é innegavel, que nesses direitos da curadoria por ausencia e incapacidades, do mesmo modo que em todos os direitos das relações de familia, como sejam os conjugaes, e os de paternidade, filiação, e parentesco, a verdadeira causa efficiente é só a natureza, cujos factos o legislador aceita, provendo as suas consequencias.

Da Parte 3^a pertencem á Parte 2^a todas as disposições

relativas ao usufructo, uso, e habitação, á um celebre — *direito de compascuo* — de que o Projecto fez um capitulo distincto, ás servidões, á accessão industrial, ao direito de accesso ou transitio forçadamente desligado da materia de servidões, e ao direito de restituição e indemnisação por motivo de delictos e quasi-delictos, que o Projecto com a sua nomenclatura nova chama — *direito de restituição e indemnisação dos direitos violados* —, como se alguém possa conceber que qualquer direito seja susceptivel de uma restituição e indemnisação. O Projecto está nas suas idéas, cuja magia converte em *restituição de direitos violados* a restituição de um objecto corporeo, e em *indemnisação de direitos violados* a indemnisação de um damno causado!

O usufructo, uso, e habitação, cuja constituição, como se reconhece no Projecto (Art. 2364 e Art. 2418), verifica-se por acto entre vivos, ultima vontade, e disposição da lei, deveriao ser retalhados, para entrarem todas as tres especies desses direitos reaes na Parte 2^a; a saber os derivados de acto entre vivos no Liv. 2^o dessa Parte que trata — *dos direitos que se adquirem por facto e vontade propria e de outrem conjuntamente* —; os constituidos por ultima vontade no Liv. 3^o que trata — *dos direitos que se adquirem por mero facto de outrem* —, e os resultantes da mera disposição da lei ainda nesse Liv. 3^o que tambem trata dos direitos adquiridos por este meio.

O que em rigor se diz á respeito do usufructo, uso, e habitação, é perfeitamente applicavel á todas as especies

de servidão, como sejam a do celeberrimo *compascuo*, a de acesso ou transitio, as de construcções, edificações, muros, e paredes meias, e em geral servidões rusticas e urbanas; pois que igualmente reconhece o Art. 2445 do Projecto, que as servidões podem ser constituídas, ou por vontade e facto do homem, ou por disposição da lei.

Mas, como esse mesmo Art. 2445 nos falla tambem de servidões constituídas pela natureza das cousas, dá elle uma denuncia formal do incompleto da classificação de direitos da Parte 2ª, a qual, conforme já notamos e verificamos no seu exame comparativo com a Parte 1ª, não contém classe alguma, em que se possa arranjar esses direitos, á que a Sciencia e os Legisladores não podem assignar outra causa immediata senão a própria natureza.

No mesmo caso das servidões naturaes está a accessão natural, que não tem outra causa senão as leis do mundo physico.

A accessão industrial, que é a que resulta do suor do trabalho de cada um, entra visivelmente na inscripção do Liv. 1º da Parte 2ª, que trata — *dos direitos que se adquirem por facto e vontade propria independentemente da cooperação de outrem* —; e tanto isto é verdade, que nesse Liv. 1º da Parte 2ª o Projecto tem um titulo, que se inscreve — *do trabalho* —. E porque não abrangeu ahí suas disposições sobre o trabalho applicado aos objectos materiaes, mencionando sómente o *trabalho litterario e artistico*? O que tem o Direito Civil com quaesquer disposições necessarias para regular essas

produções do espirito, e para reprimir a violação dos direitos que ellas conferem? Não bastão as disposições geraes, que regulão a responsabilidade civil connexa com a responsabilidade criminal?

A restituição e indemnisação provém desses direitos, que nascem de factos illicitos, segundo a nomenclatura da escola de — *delictos e quasi-delictos*. E pois que taes direitos se adquirem manifestamente por mero facto de outrem, ninguem pôde negar que elles devião estar collocados no Liv. 3º da Parte 2ª.

Da Parte 4ª tambem pertencem á Parte 2ª todas as disposições do Liv. 1º que trata da responsabilidade civil; pois que essas disposições dizem respeito aos direitos *ex-delicto*, de que nós agora mesmo acabamos de fallar como parte integrante dos direitos que se adquirem por mero facto de outrem. E quanto á taes direitos, é na verdade galante, que o Projecto, tendo-os omittido no Liv. 3º da Parte 2ª, os fosse contemplar no Liv. unico da Parte 3ª. E por que modo, e para que fim, ahí se os contemplára? Unicamente para dizer-se, e em um Art. sº (2563), que a restituição e indemnisação erão devidas nos termos do Codigo Civil, e do Processo; e precisamente pela ficticia necessidade systematica de ficarem sendo direitos de propriedade esses da restituição e indemnisação!

A omissão dos direitos *ex-delicto* na classificação da Parte 2ª, se não foi um dos muitos lauces arbitrarios, pelos quaes o Projecto collocou e deslocou aquillo que

lhe pareceu, expondo o Direito Civil em uma completa desordem, denota então um erro, e erro de que não escapa quem tem preguiça de meditar.

Nas obrigações, que nascem dos contractos e quasi-contractos, a violação dos direitos correlativos produz uma acção, sem que anteriormente tivesse havido outra violação de direitos. Nas obrigações que nascem dos delictos, a violação dos direitos correlativos, produzindo uma acção, todavia presuppõe, que antes della já existe outra violação de direitos. Isto mesmo exprime que uma classe dessas obrigações nasce de factos licitos, ao passo que a outra deriva de factos illicitos. Esta diversidade de causas productoras nada influe em um verdadeiro systema, para que estas duas classes sejam separadas, á não ser por uma divisão secundaria. Não tardará muito que desenvolvamos melhor o nosso pensamento.

O Liv. 2º da Part. 4ª, que trata das — acções —, ou deve ir para a Part. 2ª, ou então deve sahir para fóra do Projecto. O nosso espirito distingue bellamente, e na maior clareza, a — acção direito —, e a — acção meio —. Se o Projecto tomou a palavra no primeiro sentido, que é o da definição de Celsus, tudo já está dito, ou se devêra dizer, nos tres Livros da classificação de direitos da Part. 2ª. Se porém a considerou no segundo sentido, que é o da definição de Heineccio; cumpre então que de plano confesse a invasão e mutilação que commettêra, transportando para o Codigo Civil uma parte das disposições que genuinamente pertencem ao Codigo do Processo

Civil, confundindo o direito theorico com o direito pratico, e as leis que Bentham chama *substantivas* com as outras que appellida *adjectivas*.

A acção — *jus persequendi* — é a faculdade complementar do direito, sem a qual o direito não existiria, ou seria illusorio, e por isso disse Leibnitz com todo o criterio, que era superabundante o terceiro membro da triplice divisão de Gaio; porquanto as acções nada mais são do que consequencias dos direitos, que por occasião destes devem ser explicadas.

Não se confunda porém (dissemos nós na Consolidação) a acção — *jus persequendi* — com a sanção do direito, nem com o meio ou forma do processo. Entre o direito abstracto, creado ou declarado pela lei, e a sanção do direito, ha um espaço immenso. Realizado o direito, quando impedido pela resistencia, a acção como — *medium persiquendi* — é o vinculo legitimo entre o direito e a sanção do direito. Para haver porém o meio, o direito deve existir antes. O direito, a acção, o meio e forma da acção, são tres factos que a analyse distingue.

O direito não pôde existir sem a acção, do mesmo modo que a acção não existe sem o direito. A forma da acção porém pôde existir sem a acção, e sem o direito. Ter um direito, ter uma acção, não é o mesmo que formar uma acção, como diz Boncenne; porque a acção muitas vezes se propõe sem haver direito.

Seja como fôr, e aceita a invasão do Projecto, já que nós estamos cotejando as suas diferentes casas em

acordo com as suas próprias inscrições, e com os esclarecimentos justificativos da Apostilla; o que não se pôde contestar é a omissão já increpada dos direitos *ex delicto* nas disposições do Liv. 3º da Part. 2ª, que devêra ter exposto completamente tudo o que respeita aos — *direitos que se adquirem por mero facto de outrem* —.

Assim como no Liv. 1º da Part. 4ª o Projecto, alargando o sentido geralmente adoptado das palavras — *responsabilidade civil* —, attentou para todos os casos de responsabilidade por offensa de direitos de outrem (Art. 2634), tratando por isso da responsabilidade resultante da inexecução dos contractos (Art. 2670), e fazendo remissão para o Liv. 2º da Part. 2ª, onde a materia dos contractos fôra exposta; pela mesma razão devêra ter incluído na Part. 2ª os direitos derivados do delicto e quasi-delicto, para nesse Liv. 1º da Part. 4ª tratar sómente, no ponto de vista da *acção*, da responsabilidade resultante da inexecução das obrigações correlativas a esses direitos *ex delicto*.

Tudo porém é anarchia, tudo arbitrio desordenado, falta de razão sufficiente, cerebrina confusão de idéas contra todos os habitos da linguagem technica. Os *direitos absolutos de personalidade* vierão com este character para a orbita da Legislação Civil, amalgamárão-se com os *direitos relativos*; e o resultado foi, que todas as violações de direitos derão lugar a uma ignota responsabilidade civil, transformárão-se em delictos, e vierão dest'arte a corresponder aos direitos e obrigações *ex maleficio*, que até

o presente, em harmonia com a natureza das cousas, tem constituído uma classe bem distincta de *direitos pessoas*.

Ha nisto um erro bebido nas extravagantes theorias de Bentham, que reputou noções congenitas — *delictos, direitos, obrigações, serviços* —, empregando a palavra *delicto* para significar em geral toda a violação de direitos.

Esta accepção (já nós havíamos notado na Consolidação) é amplíssima, e confundida com as accepções mais restrictas do *delicto criminal*, e do *delicto civil*, não deixa estremar as obrigações *ex delicto*, das obrigações dos contractos e quasi-contractos.

« O Direito Civil (eis as nossas proprias palavras) trata sómente do delicto pelo lado da reparação do damno causado, ou o delicto seja reprimido pela legislação penal, ou o não seja. Se ha uma pena decretada pela lei penal, o delicto é de Direito Criminal. Se não ha essa pena, o delicto é de Direito Civil....

« A violação de um direito (*delicto lato sensu*) é a causa immediata e proxima de todas as acções; mas a violação do direito com intenção perversa (*delicto stricto sensu*) não é a causa primeira de todas as acções.

« Nas acções derivadas *ex contractu* temos a inexecução da obrigação, e nada mais. Nas acções oriundas *ex delicto*, temos: 1º, a inexecução da obrigação de reparar o damno occasionado por um delicto; 2º, a violação de um direito preexistente, que esse *committido delicto* presuppõe.

« Antes da transgressão do contracto só existe o contracto, e antes deste não existe direito algum. Antes da inexecução da obrigação de reparar o damno existe o delicto, e antes do delicto existe outro direito violado. Basta reflectir nisto. Cumprido o contracto, não ha delicto algum. Cumprida a satisfação do damno resultante do delicto, tem existido o delicto, que produziu essa obrigação. O delinquente pôde reparar o damno causado, independentemente de ser demandado pela acção civil. »

Já vê o nosso nobre antagonista, que nada vamos com essas idéas francezas, que proclamam a impossibilidade de separar-se com rigor o Direito Publico do Direito Privado, o Direito Civil do Direito Criminal, e o Direito Civil theorico do Direito Civil pratico, apresentando mil pontos de contacto e de differenças, e reduzindo desta maneira a Sciencia Juridica e a Legislação a uma pasta de confusos elementos. Prosigamos porém em nosso proposito.

Qual o resultado deste nosso exame comparado das Partes 1^a, 3^a e 4^a do Projecto, em relação á Parte 2^a, para que elle podesse exhibir uma execução fiel do prospecto da Apostilla, visto que só na Part. 2^a encontramos divisões indicativas de uma classificação de direitos? O mais deploravel que se pôde imaginar.

De um lado, toda a Part. 4^a teria de desaparecer, ficando reduzida a zero; e as Partes 1^a e 3^a ficarião limitadas á um diminuto numero de Artigos, numero que ainda mais escassearia, se se mondasse o Projecto

dessas proposições didacticas que o peção, e tanto o singularisção, como sejam definições scientificas, prelecções, e explicações, que não são da alçada do legislador, nem se prestão ás applicações praticas da justiça.

Em summa, essas duas Partes, assim excluidas e purgadas, conteriaõ apenas aquellas disposições, que devem constituir a parte geral de um Codigo Civil, por não tratarem ainda de direitos, *scilicet*, dos direitos engendrados, mas tão sómente dos dous elementos—*peccas*—e—*cousas*—. E na verdade, a Part. 1^a do Projecto, assim limpa e desafogada, tratando das *peccas incapazes*; e a Part. 3^a, tratando da *propriedade* (uma vez que se obri-gue a palavra ao seu sentido restricto), e da *exproprição*; satisfariaõ com as precisas correções as exigencias preparatorias de um verdadeiro systema do Direito Civil.

De outro lado, a Part. 2^a ficaria de larguissima extensão, e apesar disto ainda não ficaria completa, visto faltar-lhe uma casa, onde fossem morar esses direitos que immediatamente resultão da natureza, do mesmo modo que os originarios, mas que não são originarios; e tambem faltar-lhe um compartimento em uma das tres casas construidas, que desse aposentadoria aos direitos derivados dos maleficos.

Se essa Part. 2^a fosse accrescentada com os alojamentos de que carece, ella só bastaria para accomodar vastamente todas as disposições constitutivas da parte especial do Direito Civil, e para ser o Codigo Civil inteiro. Não

obstaria o aniquilamento da natural e pratica distincção dos *direitos reaes* e *direitos pessoaes*, uma vez que para o nobre redactor do Projecto, cuja illustração somos os primeiros á reconhecer, — *direitos pessoaes* e *direitos reaes*, — *acções pessoaes* e *acções reaes*, — *contracto* e *dominio*, — *obrigação* e *propriedade*, — *espirito* e *materia*, — *pessôa* e *cousa*, — são uma e a mesma cousa, sem haver a menor differença !

Não sendo essa Part. 2ª accrescentada, — não sendo também as Partes 1ª e 3ª diminuidas, — encarando-se o Projecto tal qual elle se apresenta ; ainda assim por mais que o illustre redactor largasse redeas á sua infrene vontade, para tirar á essa Part. 2ª o que lhe falta, e däl-o ás Partes 1ª e 3ª delineadas em seu fallaz prospecto ; apezar disto o laborioso artificio não poude salvar a desigualdade das proporções. A Part. 2ª ficou com 1957 Artigos, a Part. 1ª com 381, a Part. 3ª com 295, e a Part. 4ª com 392. A Part. 2ª bem criada, e as outras magras e quasi sem vida.

Está fóra da nossa intenção decidirmos do merito de uma classificação qualquer pela predilecção de numero algum, como o santo Monarcha Castelhana que concebeu o *Septenario* e as famosas *Siete-Partidas* ; nem nos importão meras apparencias de uma symetria exterior. De ordinario, porém, a belleza das fórmãs não é predicado das construcções defeituosas, e na ordem physica e moral os exemplos são infinitos.

Aconteceu ao Projecto o mesmo que em França ao

celebre Codigo de Napoleão. Não se cogitou ali de methodo, e o Codigo inteiro quasi que não teve outro objecto, no pensar de Loaré, senão a propriedade, e quasi que ficou reduzido a disposições sobre os modos de adquiri-la, objecto de uma parte immensa, de que as outras são preliminares como notara um de seus collabores. As mesmas causas apresentam os mesmos effeitos. O systema espiritalista desse Codigo foi o adoptado no Projecto, foi ahi exagerado além da meta do possivel ; e a distribuição de materias resentio-se das mesmas consequencias, já anteriormente experimentadas.

Lancemos agora uma ligeira vista d'olhos para o mecanismo dessa Part. 2ª do Projecto, onde todo o Direito Civil teria de ficar agglomerado, se o autor houvesse querido, ao menos nesta divisão mui nutrida, consumir sua obra, e executar á risca o seu plano. Estarão suas materias nos lugares correspondentes ás indicações nominaes de cada um de seus Livros ?

A *prescripção acquisitiva*, por exemplo, suppõe a existencia de um justo titulo (Arts. 605 n. 3, e 609), como no caso da aquisição legitima. A differença só está em que, emanando no outro caso a propriedade *a domino*, na prescripção deriva *a non domino*, é putativa, e fica depois legitimada. Ora, se deve sempre haver um titulo resultante do concurso de vontades de quem aliena e de quem adquire ; a *prescripção de aquisição* pertence ao Liv. 2º, e não ao Liv. 1º. Ella não está no mesmo caso da posse nua, porque a posse não é a sua unica condição.

A *hypotheca legal* não tem a mesma causa productora da *hypotheca convencional*. O titulo de uma é a simples disposição da lei, o de outra o contracto, — a vontade propria com a de outrem conjunctamente. E agradaria ao nobre redactor do Projecto fraccionar a materia das hypothecas, para deixar as *convencionaes* no Liv. 2º, onde se achão, e transportar as *legaes* para o Liv. 3º? Taes são os embaraços de uma posição falsa, que pensa illudir a inexoravel realidade das cousas! Qual foi o principio dominante dessa classificação de direitos, que se observa na Part. 2ª do Projecto?

Quando as Côrtes de 1823 tentarão a redacção do Codigo Civil, sollicitando as luzes dos sabios de Portugal, houve um espirito ardente que se aventurou á emprehendê-la, escrevendo logo um volume onde patenteava as bases de seu plano, e desenhando uma arvore de justiça á semelhança dos arbustos que o cercavão. Deliciosa illusão! Qual novo Gama, elle suspirava

Por mares nunca d'antes navegados;

mas o naufragio foi horrivel, e a sua *carta juridica* foi a causa do seu infortunio.

A empresa actual não está nas mesmas circumstancias, seu executor libra-se em mais alta região, aquece-se aos lumes da boa philosophia, tem um nome, atesta por seus trabalhos, embora por nós contrariados, a posse do mais rico peculio de conhecimentos; mas infelizmente elle foi

naufragar nos mesmos cachopos, illudio-se com o mesmo pharol que perdêra o outro argonauta.

Nascimento, vida, e morte, dos direitos forão as imagens seductoras do Projecto do Dr. Vicente José Ferreira Cardoso da Costa; ou antes nascimento e vida, pois da morte de uns direitos resulta o nascimento de outros. Nas phases do nascimento e da morte, elle comprehendeu todos os direitos, por suas origens e factos productores; na phase da vida accommodou as acções e o processo!

E o que se fez no Projecto senão isso? Não é a sua classificação de direitos na Part. 2ª deduzida dos factos, que os fazem nascer, já o facto proprio da aquisição, já esse facto com o concurso de outrem, já o facto alheio, já o facto da simples disposição da lei? — *Ex facto oritur jus* —. Temos pois uma classificação fundada em analogias e differenças dos factos, não como objectos dos direitos, mas como causas efficientes de direitos.

Este padrão classificador conduzirá sempre a sua victima por um caminho erradio, perigoso, e de mil difficuldades; mas cabe ao Sr. Seabra a gloria de ter errado com Leibnitz, com esse genio admiravel, á quem rendemos as devidas homenagens. Como porém, — *em materias de raciocinio nada prova o que se fez* —; tomamos a liberdade, ou antes tivemos a discrição, de não embrenhar-nos por essa emmaranhada floresta.

Leibnitz ensinou com acerto, que a classificação dos direitos devêra ser inquirida na observação das suas cen-

formidades e diferenças ; e este raio de luz ainda era frouxó para aclarar a direcção do methodo. As diferenças são infinitas na razão da variedade das idéas , cum-pria eleger uma , e o sabio indicou a da — *causa dos direitos* — ; para que as diferenças , sendo observadas neste ponto de vista , determinassem classes distinctas. Elle registrou cinco causas , que fazem nascer , ou cessar , direitos : 1° a *natureza* , 2° o *contracto* , 3° a *posse* , 4° a *successão* , 5° , o *delicto*.

Bem definidos e fixados os valores destes vocabulos , para que não se gaste tempo em inuteis questões de palavras , como são a maior parte das que multiplicação e avolumão os livros de jurisprudencia , sem duvida não haverá direito conhecido , ou possivel no desenvolvimento progressivo das relações juridicas , que esteja fóra de alguma dessas origens ou causas enumeradas ; mas tambem é verdade , que , não differindo os direitos sómente no ponto de vista dessas causas , alguns que apresentam a maior semelhança podem derivar de causas differentes , ao passo que a mesma causa póde produzir direitos que não têm entre si a menor analogia.

As regras das classificações naturaes , de que nos dão exemplo os botanistas , já nós as indicámos. Fugamos de artificios , de construcções puramente nominaes , e divinatorias , que não traduzem os phenomenos da vida , que prescrutão causas sem attender á realidade dos efeitos. E' pelos efeitos , não pelas causas , que se observa ,

compara , e classifica. Aquillo que exteriormente se conhece , aquillo que se sente , que está no bom senso de todos os homens , é o que nesta apreciação de semelhanças e divergencias , deve apoiar nossos juizos.

O proprio Leibnitz nao deixou de reconhecer este principio classificador — *verdadeiramente humano e positivo* — , quando recommendára , que se seguisse a importante distincção do *jus in re* e do *jus in rem* , isto é , do *dominio* e da *obrigação*. Guardando-se porém a recommendada distincção , depois de se ter dividido os direitos na razão de suas causas , já ficaria a distincção aniquilada , como facilmente se verifica pelo exame do Projecto.

Da occupação de cousas sem senhor — *res nullius* — resulta um dominio tão perfeito , como da tradição feita por um proprietario anterior. A posse no caso da occupação é um *modus acquirendi* , que nada tem de *commun* com a posse — um dos elementos da prescripção acquisitiva — *usocapio* ; — e a posse em ambos estes casos nada tem de *commun* com a posse que é protegida por acções possessorias — *posse dos interdictos*. — Desta ultima nascem obrigações *ex delicto* , *direitos pessoaes* ; ao passo que da primeira , e da segunda com os outros elementos da prescripção , derivão *direitos reaes*. Entretanto acha-se tudo isto amalgamado no L. 1° da Part. 2.ª

Os contractos só produzem *direitos pessoaes* , *acções pessoaes*. A *hypotheca* sempre engendra um *direito real* , ou ella provenha do contracto , ou derive da lei , ou da sentença. E no Liv. 2° da Part. 2ª todas as especies de

hypothecas estão misturadas com os contractos, só no aspecto de garantia destes, á par da *fiança*, do *penhor*, e da *antichrese*. Quem não sabe, que toda a importancia da hypotheca só repousa no encargo real, nos effeitos da sequela e preferencia, e mais naquella do que nesta? A quem não repugnarã identificar o direito relativo dos contractos, que só obriga á uma pessoa ou pessoas determinadas, e o direito absoluto da hypotheca, que obriga á todos, e affecta a cousa em mão de todo e qualquer possuidor.

Da *gestão de negocios* trata o Liv. 3º da Part. 2ª, e os direitos que d'ahi resultão *ex quasi contractu* são em tudo semelhantes aos dos contractos, que estão no Liv. 2º. Com esses direitos dos quasi-contractos achão-se no mesmo Liv. 3º os direitos da *herança testamentaria* e da *legitima*, e taes direitos, que são perfeitamente identicos quanto á seus effeitos, transmittindo para os herdeiros os direitos pessoaes e reaes do morto, apparecem, posto que juntos no mencionado Liv. 3º, como differentes em relação á sua causa productora: em um caso — a disposição da ultima vontade, — o facto de outrem; em outro caso — a mera disposição da lei. Veja-se o art. 1867.

Toda esta scena de confusão e desordem, abstrahindo agora da divisão de Leibnitz, mostra-se ainda mais horrivel, já que a divisão de direitos não foi exacta nem completa nessa Part. 2ª, volvendo-se os olhos para as outras partes do Projecto.

Na parte 1ª estão todas as disposições reguladoras das

relações da familia, menos as do *casamento*, que, só como contracto, apparece de envolta com os demais contractos no Liv. 2º da Part. 2ª. Nessa Part. 1ª confunde-se o elemento subjectivo do direito com um lote das relações juridicas de familia já engendradas, — *as pessoas naturaes* — com um lote de direitos dessas pessoas no estado de familia, — a parte geral do Direito Civil com a sua parte especial. Reprodução do mesmo erro da classificação romana, e de muitos Codigos, com o seu — *direito das pessoas*.

Na Part. 3ª dá-se a mesma confusão, quanto ás *cousas*, do elementar e geral com o especial e compôsto. Além disto não se completarão as disposições relativas aos *direitos reaes* do dominio, e suas fracções; porque uma porção delles foi dar vulto aos — *direitos adquiridos por facto proprio* — de que se tratou no Liv. 1º da Part. 2ª, e outra porção, — a das hypothecas, já tinha entrado no Liv. 2º da mesma Part. 2ª.

Na Part. 4ª confundio-se o direito simplesmente com o direito de acção, o direito de acção com a acção, a violação em geral do direito com o delicto, as disposições do Direito Civil theorico com as outras, que ninguém confunde, do Direito Practico. Essa anarchia de idéas deu lugar á que os *direitos originados do delicto*, só ali contemplados, não fossem expostos na parte dos contractos; e, nem ao menos desligados destes (o que já seria uma incoherencia), na parte que expõe os direitos adquiridos por mero facto de outrem! Horrida imagem de um caos!

Rudis, indigestaque moles,

Frigida ubi pugnant calidis, humentia siccis,

Mollia cum duris, sine pondere habentia pondus!

Se tal é o resultado desta ligeira analyse, quem poderá dizer, como se affirma na Apostilla, que ha no Projecto um systema — *logico, simples, natural, e completo?* O que vemos nós ahi é puramente uma superposição de materias, sem nexo algum de systema, e muito menos de um systema natural em accordo com a realidade das cousas.

O completo systematico de um Codigo Civil não consiste, ainda que nada lhe houvesse escapado, ou nada houvesse de repetições e superabundancias, em apresentar um aggregado dessas materias que mais ou menos entram na esphera do Direito Civil. Será por ventura a Compilação Filippina um verdadeiro Codigo, em qualquer dos ramos da Legislação, como em rigor se deve entender?

Com a craveira do seu chamado systema, independente dos soccorros de uma Sciencia feita, e do muito que se tem codificado, o nobre Autor do Projecto, nem á si mesmo, nem aos outros, pôde dar a certeza, de que o seu Codigo seja completo. Só o numero quaterno da sua divisão mestra, ou o ternario da sua divisão da Part. 2ª do Projecto, são mais que sufficientes para attestar á consciencia, que a sua classificação resiste á verificação logica, em parte porque não é perfeita, em parte porque é impossivel que quatro classes estejam na mesma gradação. Algumas palavras de Bentham em seu Livro sobre a

Classificação das Sciencias vão pôr á descoberto o pensamento que queremos enunciar.

O objecto do trabalho (diz Bentham) sendo dividir o campo inteiro da Sciencia, cumpre de necessidade, que o todo das ramificações comprehenda todas as partes do campo. Cada uma das divisões deve ser *exhaustiva*, isto é, com a somma das partes igual ao todo dividido, esgotando, por assim dizer, o conteúdo desse todo. O melhor systema da divisão será pois aquelle, que pela sua fórma dê a prova desta *qualidade exhaustiva*. Este é o unico meio de termos segurança, de que nada se omitira.

Esta prova não pôde ser fornecida senão pela *divisão bifurcada*, onde o signal de negação seja empregado em um ramo de cada par. E' o que se pôde chamar — *formula contradictoria* —. Este methodo de *bifurcação exhaustiva*, além da vantagem de fornecer a prova de sua omnicomprehensão, possui ainda uma outra muito importante, qual a de se saber fixar a extensão de cada um dos ramos, estabelecendo de uma maneira clara e distincta as relações mutuas dos dous ramos entre si, como as que existem entre cada ramo e o todo dividido. As primeiras são relações de diversidade e de separação, as segundas de identidade e de coincidência.

Ora, se essa verificação é possivel quanto ás quatro primeiras divisões do Projecto sob o ponto de vista das phases do Direito, deixa de sê-lo quanto ás secundarias

divisões da Part. 2ª, onde unicamente parece que se teve a intenção de dividir direitos. Pondo á expensas o seu talento superior, o nobre antagonista não será capaz de confirmar estas divisões da Part. 2ª pela operação da *formula contradictoria*.

Quanto ás divisões primarias, a prova seria possível, mediante distincções gradativas, por este modo :

o direito é
adquirido, ou ainda não adquirido;
o adquirido é
fruido, ou ainda não fruido;
o fruido é
violado, ou ainda não violado.

Assim decomposta a cardinal divisão do Projecto e da Apostilla, bem se vê que ella não comprehende só duas classes, uma opposta á outra, senão uma distincção superior, e distincções subordinadas.

Quanto porém á classificação da Part. 2ª do Projecto, toda a verificação logica é impossivel, uma vez que essa classificação não foi omnicomprehensiva, por não ter contemplado os direitos, que nos vem da natureza, sem que de nossa parte haja algum facto e vontade propria para sua aquisição. No Liv. 1º da Part. 2ª o Projecto só trata de direitos originarios, que se adquirem por facto e vontade propria independentemente da cooperação de outrem; e como, além de não tratar desses direitos, cuja origem em nada depende da nossa vontade, também não tratou dos direitos cuja origem é o facto

illicito de outrem; fica fóra de duvida, que tal classificação, ainda por este motivo, é incompleta.

Se o Projecto, do mesmo modo que Leibnitz, houvesse feito uma classificação inteira, não omitindo a natureza e o *delicto*, que são causas efficientes de uma infinidade de direitos, a *formula contradictoria* ser-lhe-hia applicavel por esta outra operação :

natureza — vontade,
vontade legislativa — vontade particular,
concurso de vontades — vontade singular,
vontade singular propria — vontade singular de outrem,
de outrem licita — de outrem illicita.

Mas, ainda quando completa fosse a classificação da Part. 2ª do Projecto, fundada nas indicações de Leibnitz, e nas distincções geraes da formula que acabamos de traçar, nada ahi haveria de natural, como já cabalmente demonstrámos pela analyse das diferentes divisões; e mesmo porque não se pôde apontar uma só applicação pratica importante, que resulte da classificação dos direitos no ponto de vista das origens que lhes podem dar nascimento.

Muito pelo contrario, as consequencias tem sido, e não de ser, funestas; porquanto, collocando-se o legislador no ponto de vista, que o induz á distinguir direitos provenientes da natureza, e direitos originados só da vontade do legislador, como se essa vontade podesse ser arbitraria, cahe nessa ridicula e perigosa apreciação de *direitos naturaes e direitos civis*, mais naturaes

do que *civis*, e mais *civis* do que *naturaes*, que infestara a jurisprudencia franceza, e que ainda hoje alimenta idéas, posto que já menos intensas, do que se tem chamado — *morte civil* —. Foi este o paradeiro do Projecto, como depois veremos.

Savigny, com toda a penetração de sua assombrosa intelligencia, pesquisou completamente toda a materia dos factos, como elemento indispensavel sem o qual o direito não se pôde engendrar; os abrangeu e distinguio em sua generalidade, tirou disto o mais admiravel partido. Savigny porém não dividio e classificou o direito no ponto de vista dos factos, desviou os que não dependião da vontade humana, e não deixou de reconhecer que a natureza delles era por tal modo concreta, que quasi se os não podia separar das materias especiaes, em que a disposição legislativa se fazia precisa.

É isto o que prova a sabedoria dos seculos, porquanto não tem havido Codigo, ou legislação alguma, que tenha ousado fazer uma tal separação.

Os factos, como causas de direitos, são em grande parte acontecimentos fataes, em que não entra a humana vontade. Desviados os factos necessarios, os voluntarios são licitos ou illicitos; e como só os licitos — *actos juridicos* — precisam de ser regulados, a materia dos factos pertence quasi toda só ás materias especiaes dos contractos e testamentos. É o que se tem feito desde o Direito Romano até hoje.

As acções judiciais também são actos juridicos, porém

não é d'agora que a Sciencia Legislativa se tem recusado a envolver estes ultimos actos juridicos, regulados nas Leis do Processo, com os outros que entrão no Codigo Civil.

Não se julgue porém o Projecto pelas irreplicaveis censuras, que mereça particularmente a classificação de cada uma das suas quatro partes componentes. A chave de um systema está no principio dominante da classificação superior. Muito bem, a idéa capital do methodo, explicado na Apostilla, e adoptado no Projecto, não em realidade, mas por simples apparencia de inscrições nominaes, foi a do progressivo desenvolvimento do direito na escala de suas manifestações; e crêmos ter demonstrado, que essa idéa é incapaz de dar em resultado uma classificação de direitos, e por isso mesmo uma classificação systematica das differentes disposições legislativas, que constituem um corpo completo do Direito Civil.

A sentença, que condemna o vicioso systema do Projecto do Codigo Civil Portuguez, já d'ha muito se acha lavrada por um desses juizes, á cuja autoridade deve-se curvar a cabeça:

« Para bem conhecêr o complexo das relações de direito, tal como funciona na vida real, não basta conhecêr o conteúdo de cada uma dessas relações, e sua acção actual. « Cumpre também estudar a marcha de sua

« organização viva, a parte movel de sua na-
 « tureza, o que comprehende sua origem, sua
 « dissolução, seus desenvolvimentos, suas trans-
 « formações possíveis, e sobretudo a repressão
 « de sua violação. Fuja-se porém de considerar
 « estas diferentes phases da vida organica das
 « relações de direito como direitos novos col-
 « locados na mesma linha das relações origi-
 « narias. Fuja-se de procurar algum lugar que
 « devão ter no edificio do direito. — *Um seme-*
 « *lhante methodo confundiria todas as idéas.*

« SAVIGNY. »

Rio de Janeiro 29 de Abril de 1859.

III.

CRITICA DAS CENSURAS

... Justitiam colimus, et boni et æqui notitiam profiteamur, æquum ab
 iniqno separantes, licitum ab illicito discernentes... veram (nisi fallor)
 philosophiam, non simulatam affectantes.

DIG. L. 1ª § 1º DE JUST. ET JUR.

CRITICA DAS CENSURAS

Censura.—Confunde-se a capacidade civil com a capacidade juridica, empregando-se estas locuções, sem distincção, em varios artigos.

Resposta.—Não ha tal confusão. Com as suas erroneas idéas sobre a *capacidade civil*, o Projecto entendeu que era esta uma das especies da *capacidade juridica*, sendo a outra especie a *capacidade politica*. O Art. 4.º é, por assim dizer, preliminar, vem *ab alto* tratando em geral da capacidade juridica como uma idéa generica, para depois descêr ás duas especies, uma da capacidade politica, e outra da capacidade civil, como effectivamente distingue no Art. 3.º

Esta é a pura verdade em relação ás idéas e nomenclatura do Projecto, mas essas idéas são falsas, como depois mostraremos; porquanto a capacidade juridica, significando o complexo da capacidade politica e civil, não consiste na simples qualidade de ser humano,

na posse possível de direitos, na susceptibilidade de direitos e obrigações.

Enganou-se o Projecto com essa Philosophia do Direito, de que a Apostilla faz continuo alarde. A capacidade juridica, como noção geral da capacidade politica e da capacidade civil, para quem applica o que lê á realidade das cousas, não é o *potestas* de Leibnitz, a *autonomia* de Kant, a *personalidade* de Ahrens,—o *titulo e principio justificativo da acção*. Para nós, para quem sabe Direito Civil, para todos os Codigos e Legislações, a capacidade civil não é só uma e indivisivel, porque effectivamente ha muitas capacidades.

Censura.—Seria melhor conservar em harmonia a phrase dos Artigos, dizendo-se em todos, como na rubrica, — *capacidade civil* —.

Resposta.—Procede o que se responde na Apostilla. O nobre censor arguiu muito bem o Projecto, por não ter tratado na Part. 1ª das differentes capacidades em relação ás diversas categorias de direitos, sobre que deve legislar um Codigo Civil, já que outra não podia ser a rigorosa applicação do systema adoptado; mas, quanto á este Art., devêra consentir, que o Projecto fizesse a sua razão d'ordem, e fosse coherente com as suas idéas sobre a capacidade juridica, embora visivelmente erroneas.

Censura.—A palavra *homem*, empregada no Artigo, pôde ser substituida, com mais propriedade, pela palavra

peessoas, de accordo com a divisão dellas em *physicas*, e *moraes*, e com a verdadeira significação juridica.

Resposta.—E' justissima a censura, e, se peccou, foi sómente por não ter usado de uma linguagem terminante, como deve fazer todo o homem que não se satisfaz com meias convicções; e peccou tambem, por não ter dito tudo o que a simples leitura desse Art. 1º suggere. A palavra *homem*, ahi empregada, deveria (e não simplesmente poderia) ser substituida pela palavra *peessoas*, sendo que por mero luxo se quizesse conservar esse Art., e se tratassemos de um Projecto capaz de servir com alguns retoques.

O habil Apostillador não desvaneceu a censura e só muito descarnadamente a sophsimou. Não tem cabimento responder-se, que a proposta emenda importava o restabelecimento da extincta distincção do velho Direito Romano entre *homem* e *peessoa*; quando claramente se deu á perceber, que não se tivera em mente essa distincção banida do Direito moderno, senão unicamente a distincção entre *peessoas physicas* ou *naturaes* e *maraes* ou *juridicas*.

Em boa fé não se responde á isto senão para render culto á verdade. Se a *peessoa moral—juridica* (qualificações sancionadas pelo uso) não é a *peessoa-homem*; está claro, que a palavra *homem*, empregada no Artigo não abrange em sua significação technica ou vulgar o que se chama *peessoa moral*; e por isso mesmo não comprehende todas as entidades susceptíveis de relações de direito. As

personas morales ou *juridicas* entram no quadro dessas entidades, conforme se observa na vida real, como ninguém ousará negar, e como o reconhece o proprio Projecto na epigrapha do Tit. 6.º da mesma Prt. 1.ª, onde precisamente trata das *personas morales*.

E tão fóra de proposito adduzio-se para a polemica a distincção romana de *homo* e *persona*, e se a confundio com a outra de *personas naturales* e *personas juridicas* —, distincção de todos os tempos; que, se a primeira indicava em Direito Romano uma restricção da idéa primitiva de pessoa, recusando á certos individuos a capacidade de direito em todo ou em parte; ao inverso a segunda ampliava essa idéa primitiva, transportando a capacidade de direito para fóra do individuo, e creando artificialmente uma nova personalidade.

Depois de ter illudido o estado da questão, como que para encobrir o golpe de seu adversario, a Apostilla recorreu inutilmente á Toullier, Demolombe, Du Caurroy, e não sabemos ao que mais; e só no fim de todos esses disfarces é que se apercebe da distincção das *personas morales*, que fóra aliás o que simplesmente dera motivo á censura!

E que sahida nos dá á impossibilidade, em que ficára de responder? Prestando-se á substituir na rubrica do Tit. 6º as palavras *personas morales* pela palavra *corporações* ou *associações*, e só pelo desejo de evitar, como nos diz, que algum novo aristarcho venha attribuir ao Projecto idéas, que elle não podia conceber! Que condescendencia tão satisfactoria!

Nomen non attenditur, nec de eo, cum de re constat, curamus. Que nos importa a nós, que a Apostilla se deliberasse á dissimular o seu erro com uma simples mudança de letras, se de facto elle existe? Que monta apparecêr na rubrica do Tit. 6º a palavra *corporações* ou *associações*, supprimidas as palavras *personas morales*, se as *corporações* são realmente *personas morales*, e se na idéa das *personas morales* (note-se bem) entram as *corporações* ou *associações*?

Com a sua Philosophia de Direito a Apostilla insurge-se contra o douto censor, e apoia-se na autoridade de Toullier para concluir, — *que personas em jurisprudencia são entes morales ou abstractos*, — e *que implica contradicção que um ente abstracto seja ao mesmo tempo um ente physico* —. Com effeito, Toullier diz que *persona* em Direito significa o papel, que o homem faz na sociedade, segundo o seu estado juridico, abstracção feita do individuo. Veja-se porém agora, como é habil a Apostilla em seus jogos de espirito.

Quando teve necessidade de demonstrar inutilmente, que não havia distincção entre *homo* e *persona*, rejeitou a autoridade de Toullier, accusou-lhe um erro. Quando porém lhe foi preciso escalar os céos, para convencer que o Art. 1º do Projecto estava muito bom, e muito perfeito, fallando só de *homens*, e não de *personas*; aceita o apoio rejeitado, faz seu o erro de Toullier, e já quer que *personas* em jurisprudencia sejam sómente entes *morales* ou *abstractos*, achando até impossivel que esses vampiros sejam

entes physicos. Nesta ultima sortida volatilisou-se em fumos de espirito, na outra havia descido aos limbos da materia.

A consequencia á inferir-se da ultima demonstração, sendo que se a tome ao serio, ou como um argumento *ad hominem*, nós a suprimos deste modo:— Se a palavra *homem*, empregada no 1º Art. do Projecto para designar o unico ente susceptivel de direitos e obrigações, indica, como synonymo, a pessoa moral ou abstracta; o Projecto fica escoimado da imperfeita redacção, que lhe foi arguida.

Ninguém convirá por certo, em que o Art. 1º do Projecto possa colher proveito dessa illação, que supomos estar implicita na Apostilla, para que suas argucias sejam mais alguma cousa do que palavras soltas. Se a mente da redacção fosse attribuir direitos e obrigações ás *peessoas* como entes *moraes* e abstractos, sem duvida não teria usado da palavra *homem*, palavra de significação tao comesinha e vulgar; salva a crença de serem esses bipedes implumes, nao obstante suas fórmulas visiveis, meras creações de um idealismo puro.

Ainda por outro motivo nada aproveitaria o Projecto. A idéa abstracta de *peessoas* não fica esgotada, quando por ella se indica sómente a situação que o homem occupa na sociedade em relação á seus direitos e deveres, conforme se argumentara na Apostilla com o apoio de Toullier. Indica outrosim, como advertira o mesmo Toullier em toda a clareza de seu estylo, uma outra entidade juridica,

que se compõe de muitos individuos, e que não formão entretanto senão uma só pessoa. Assim que, essa idéa abstracta vem á ser complexa, equivalendo em sua generalidade á uma só abstracção, e, na distincção que ella envolve, duas abstracções diferentes.

E pois, ainda que a Apostilla considere as *peessoas* como entes abstractos, ainda que a palavra *homem* do Art. 1º do Projecto designasse esses entes abstractos; cumpria distinguir por qualquer modo nessa abstracção a entidade individual da entidade collectiva.

A coexistencia dessas duas ordens de *peessoas* a Apostilla de plano o reconhece, repugnando sómente, pela força de sua *Philosophia do Direito*, e em guerra aberta com os habitos da linguagem — *quem penes arbitrium est, et jus, et norma loquendi* —, á que a denominação de *peessoas moraes*, pela qual (diz ella) se designa as entidades juridicas collectivas, possa ser empregada por antithese ou contraposição á *peessoas physicas*.

Isto tambem prova, que, se o Projecto houvesse dito no Art. 1º — *sómente as peessoas são susceptiveis de direitos e obrigações* —, não teria dito por certo — *só a pessoa é susceptivel de ser pessoa* —, tomando a *pessoa* como synonymo de *estado*, isto é, das relações juridicas de uma pessoa debaixo de um certo aspecto.

Em primeiro lugar, o aspecto parcial de uma entidade juridica individual não é o mesmo que o aspecto geral de todas as relações juridicas dessa entidade individual, e tambem não é o mesmo que o outro aspecto das relações

da entidade jurídica collectiva. Em segundo lugar, é liberdade em demasia confundir a situação jurídica da pessoa com essa mesma pessoa, confusão de que por fim de contas a propria Apostilla se abstem.

O que affirmamos em toda a seguridade ao nosso respeitavel contendor é, que, se elle, e a sua Philosophia, não admittem, que as entidades jurídicas singulares sejam *personas physicas*, e que esta denominação se empregue por antithese á de *personas moraes*, pelo menos ahí está a evidencia dos sentidos, a nomenclatura da Sciencia jurídica, a linguagem de todos os povos e de todos os tempos, para lhes oppôr uma resistencia invencível. O proprio Ahrens, por exemplo, cujas investigações e denominações contribuirão não pouco para baralhar as idéas do nobre autor do Projecto, empregou como synonymas as palavras — *pessoa moral, collectiva, jurídica* —, e por antithese á — *pessoa physica, individual* —. Veja-se a 4ª Edição da sua Philosophia do Direito pag. 485.

Não fazemos a apologia destas locuções, não dizemos que ellas exprimão exactamente o que se quer significar; pelo contrario é bem justa a critica de Savigny sobre a denominação — *personas moraes* —, e basta vêr que tão *juridicas* são essas *personas moraes*, como as *personas individuais* ou *physicas*. Não é porém em um Codigo Civil que se corrige a imperfeição da linguagem, e antes cumpre acentual-a sob pena de não serem as leis entendidas; assim como cumpre respeitar muitos habitos e costumes, que a Sciencia legislativa só lentamente pôde ir extirpando.

Se as restricções do poder jurídico — *capitis diminutiones* — forão banidas das Legislações modernas, existe todavia, e sempre existirá, a extensão desse poder, e portanto a distincção entre *personas physicas* e *personas moraes*. O recente Codigo Civil do Chile, a obra mais bem acabada (salvo o methodo), que até hoje se tem feito neste genero, faz dahi o seu ponto de partida, estabelecendo logo em seu começo, que as *personas* ou são *naturaes*, ou *juridicas*.

Se — *implica contradicção que um ente abstracto seja ao mesmo tempo um ente physico* —, pois que por sua natureza são tão distinctos e oppostos, como a *ordem espiritual* o é em relação á *ordem material*, não ha contudo impossibilidade em que essas duas ordens sejam ligadas entre si, unidas por um principio commun superior, obedecendo cada uma ás leis que resultão de sua natureza especial. Tal é a harmonia da creação. Mundo physico, mundo moral; corpo, espirito; regido o primeiro por — *leis fataes* — irresistíveis, á que os seres individuaes não podem subtrahir-se; e dominado o segundo por *leis moraes*, que se referem á intelligencia e liberdade do homem.

A *pessoa* do direito é tão sómente o homem como entidade moral, e já nisto ha uma abstracção, que separa de uma idéa completa um de seus elementos, que não considera na integridade humana senão um de seus dous attributos.

A *pessoa*, que especificamente se denomina — *moral* ou *jurídica*, é essa mesma entidade moral, não em sua

idéa primitiva e natural, mas expandida, em segunda potencia, como uma idéa nova tirada da primeira abstracção, já em maior distancia da idéa complexa; e ahi temos uma outra abstracção, uma abstracção por excellencia, que despe completamente todas as vestes corporeas da humanidade.

E' esta a realidade da vida juridica, porque indubitavelmente existem essas *peçoas juridicas*, por isso mesmo que não existem senão para fins juridicos, as quaes effectivamente nos apparecem ao lado do individuo, como sujeitos de relações de direito.

No primeiro caso, a idéa primitiva de pessoa, ou entidade susceptivel de direitos e obrigações, confunde-se com a idéa de hómem, e a identidade primitiva destas duas idéas, como diz Savigny, póde ser formulada nestes termos: — cada individuo, e o individuo sómente, tem a capacidade de direito. Eis a proposição do 1º Art. do Projecto.

No segundo caso, transporta-se a capacidade do direito para fóra do individuo, — da pessoa natural, — crea-se artificialmente uma pessoa juridica; e acha-se uma entidade, que não póde ser confundida com a pessoa natural, — com o homem (de que falla o Projecto); pois que, além de não existir como pessoa natural senão para um fim juridico, não tem, nem póde ter, a mesma capacidade, a capacidade inteira do ser humano. Os limites da capacidade das *peçoas moraes* ou *juridicas* não passam dos direitos patrimoniaes, todos os direitos de familia lhes são estranhos.

Não podia portanto a Apostilla dizer, que — *o homem é a pessoa* —, que — *a capacidade juridica* (mesmo no improprio sentido em que a tomára) *é só uma e indivisivel* —. A *pessoa moral* ou *juridica*, — entidade susceptivel de direitos e obrigações, não é o *homem*. A capacidade de ter direitos da *pessoa moral* não é identica á capacidade do *homem*, não tem a mesma latitude; e portanto a capacidade juridica não é só uma e indivisivel.

O Estado é a mais importante dessas associações, que são *peçoas juridicas*; é a grande unidade collectiva, a grande universalidade, que dá o character de pessoas ás universalidades subordinadas; e o Projecto reconhece no Art. 3º, que só á questões de propriedade limita-se a capacidade civil do Estado em suas relações com os cidadãos.

Não podia tambem dizer a Apostilla, — que a *denominação de peçoas moraes se tem empregado para designar as entidades juridicas collectivas, não por antithese á peçoas physicas, mas sim ás entidades juridicas singulares* —. Ahi ha outro erro, porque realmente existem *peçoas moraes*, que não são entidades juridicas collectivas. Esta denominação, portanto, contraposta á outra de *entidades juridicas singulares*, seria inexpressiva; comprehenderia menos do que a usada de — *peçoas moraes* —, contraposta á de — *peçoas physicas*.

Os Romanos não tinham algum termo generico, como observa Savigny, applicavel á todas as especies de *peçoas juridicas*; para as designar em geral, contentavao-se

em dizer, que ellas representão uma pessoa — *personæ vice fungitur*, — *personæ vicem sustinet* —; e na verdade, examinadas as pessoas juridicas, taes quaes na realidade existem, deixão vêr differenças que bem as distinguem, e que influem sobre sua natureza juridica.

Em certos casos (palavras de um escriptor moderno), a *pessoa juridica* manifesta-se exteriormente por individuos humanos cujo interesse determina o fim que a constitue, ou seja por um só homem, ou por uma reunião de homens. Em outros casos, o fim que constitue a *pessoa juridica*, não se manifesta por individuos humanos, ou, ao menos, é estranho aos interesses pessoas dos individuos, pelos quaes se pôde manifestar. Esta categoria comprehende um grande numero de especies, entre as quaes se distinguem particularmente os *estabelecimentos de beneficencia e de utilidade publica*, e a *herança jacente*.

Savigny ainda melhor liquida este assumpto com o seu talento investigador. « Algumas vezes (tal é o seu dizer) um certo numero de individuos constitue por sua reunião a *pessoa juridica*; outras vezes falta-lhe esta apparencia visivel, sua existencia é mais ideal, e repousa sobre um fim geral que lhe é assignado. As primeiras se denominão — *corporações* —, expressão que não se pôde applicar á todas as especies de *pessoas juridicas*. As segundas têm o nome de — *fundações* —, têm principalmente por fim o exercicio da religião; comprehendendo porém as fundações pias de toda a natureza, as de cultura de sciencias, artes, e as de caridade. »

« Percebe-se facilmente quanto seria inexacto applicar o titulo de *corporação* á todas as pessoas juridicas. Tome-mos, por exemplo, um hospital. Quaes são os individuos, cuja unidade collectiva deve ser encarada como o sujeito proprietario dos bens? Não são certamente os doentes tratados no hospital, porque estes são unicamente os objectos da fundação pia. O verdadeiro sujeito do direito, neste caso, é uma — *abstracção personificada*, — uma obra de humanidade que se deve cumprir em um certo lugar, segundo um certo modo, e por meios determinados. »

Temos até aqui fallado das *pessoas* para designar tão sómente — *a capacidade de ter direitos em geral* —, e não nos escape lembrar um aspecto de segunda ordem, cujas consequencias praticas (vileza que o Projecto abomina) são frequentes, e da maior importancia. A capacidade, ou possibilidade, de ter direitos em geral, e com differença entre o *homem* e a *pessoa moral*, pôde ser modificada, e de feito soffre muitas restricções. D'ahi resulta, que a capacidade de ter e de exercer direitos, pôde ser encarada em relação á taes direitos determinados, — á um direito determinado.

Neste ponto de vista pratico se diz, que um homem pôde — *sustinere plures personas*, — que uma pessoa pôde fazer as vezes de duas á diferentes respeitos; — *tres personas unus sustineo*, disse Cicero, *summa animi æquitate, meam, adversarii, judicis*. — Não entendemos, por certo, que deste aspecto deva surgir uma terceira

especie de pessoas; mas, como — *o direito é a vida* —, entendemos que esta ultima abstracção juridica não deve ficar na sombra.

Abstrahir da possibilidade em geral de ter direitos, abstrahir da capacidade legal de ter e exercer direitos, abstrahir dos direitos em geral correspondentes á cada capacidade legal, para só considerar uma parte ou fracção desses direitos, e a fracção minima de um só direito em particular, não multiplica por certo os agentes, para quem os direitos são possiveis, e praticaveis em todo ou em parte; não crea nova especie de agentes, ou pessoas novas, além das *physicas* e *moraes*, que todo o Codigo Civil deve abranger, e distinguir. Quando porém esta ultima abstracção se vem reunir ás outras, ha nesta junção uma idéa complexa, que se póde simplificar e reduzir ao que se segue:

Fracção, unidade, pluralidade, são as tres gradações, que a analyse psychologica descobre na contemplação da personalidade, contemplação verificada na vida real, e attestada pelas tradicionaes locuções dos monumentos legislativos, e de uma Sciencia feita.

Ora a personalidade é considerada— *tanquam subjectum certarum obligationum atque jurium certorum* —, isto é, no parcial ponto de vista de uma certa classe de direitos, ou de certos direitos, de uma pessoa; separados esses direitos de outros quaesquer direitos, que a pessoa possa ter.

O que ha neste ponto de vista é uma fracção de direitos,

— parte dos direitos de uma pessoa, não uma pessoa nova; mas por abstracção se suppõe, que essa fracção de direitos corresponde á uma fracção da personalidade, constituindo uma distincta pessoa. Symbolisa perfeitamente esta noção a mascara dos actores do antigo drama, que a linguagem designava pela palavra — *persona* —:

Personam tragicam forte vulpes viderat.

Ora a personalidade é considerada em sua natureza viva, e ahí apparece a noção da unidade, — a unidade natural e verdadeira, que é a de cada um dos individuos que compoem a especie humana; — unidade physica, origem de desigualdades, que na ordem moral se esvae-cem, medidas pelo padrão da *vontade*, — que é sempre uma e indivisivel.

E finalmente a personalidade, posto que envolva, ou pluralidade de pessoas, existindo umas com outras ao mesmo tempo, existindo umas depois de outras em tempos differentes; ou pluralidade de interesses individuaes, á que sempre correspondem as instituições sociaes e humanitarias; é considerada, sempre pelo poder da abstracção, como uma só entidade idéal, como uma só personalidade: — *hominum causa omne jus constitutum est* —.

Na primeira gradação, restringe-se a idéa primitiva de *pessoa*, ou recusando-se á certos individuos a capacidade de ter direitos em parte, o que póde ir quasi até zero, como na Legislação romana, e nos paizes de escravidão;

ou considerando-se distinctamente um estado juridico, e os direitos que o constituem.

Na terceira gradação, amplia-se a idéa primitiva de pessoa, transportando-se a capacidade de direito para fóra do individuo, creando-se artificialmente uma pessoa juridica; mas reduzindo-se a pluralidade de individuos a essa unica abstracção personificada, como se fóra a unidade verdadeira, e reduzindo-se tambem (pois que não pôde ser de outro modo) os limites da capacidade de direito.

Na primeira, e na terceira gradação, ha então uma unidade metaphysica, que se contrapõe á unidade physica e verdadeira da segunda gradação, na qual se confunde a idéa primitiva de *pessoa*. A idéa de—*homem*— é essa idéa primitiva, resumindo em si os designados elementos da criação.

Se tal é a realidade da vida humana, não comprehendemos como essa distincção de *peçoas* possa ser dispensada em um Código Civil, e possa ser um *manancial de obscuridades e embaraços*. Não comprehendemos tambem como essa distincção possa estar expressa ou latente no Art. 1º do Projecto, quando ali só se falla do *homem*, como sendo a entidade unicamente susceptivel de direitos e obrigações, o que sem duvida exclue as outras entidades juridicas, cuja existencia o mesmo Projecto tem contradictoriamente reconhecido, tratando em outro lugar das *peçoas moraes*.

Não ter portanto convindo a Apostilla, em que a palavra *homem* fosse substituida pela palavra *peçoas*, é

certamente querer o impossivel, é persistir em uma redacção tão má, que, sobre conter um pensamento falso, nem ao menos, abstraindo-se da inexactidão, tem por si alguma razão sufficiente, que a possa justificar.

Outra não pode allegar a Apostilla, senão a singularissima de poder entrar em duvida — *se os animaes erão ou não susceptiveis de direitos e obrigações* —, dando-se ao trabalho de lembrar esses casos de processos contra animaes, como se ali não houvesse infallivelmente uma representação de personalidade. Ora, não é por taes extravagancias que se modela um Código Civil, e nem para cohibil-as faz-se de mister que haja o trabalho de legislar. O que fez o Projecto foi reproduzir esta proposição de Ahrens — *le seul sujet du droit est l'homme* —, porém um Código Civil não é um Livro de Philosophia de Direito, um Curso de Direito Natural.

Ainda que o Projecto dissesse— *sómente as peçoas são susceptiveis de direitos e obrigações* —, o que encerra uma verdade eterna, pois que ali está a entidade juridica em todas as suas manifestações; não teria encetado por uma proposição de character legislativo, ou que se possa reputar necessaria.

Na Parte Geral sobre as *peçoas*, o que se deve dizer em um Código Civil, partindo de uma idéa primeira, é o que constitue a qualidade generica das *peçoas*, actor infallivel da scena juridica, que a Parte Especial tem de regular; e isto conseguir-se-hia dizendo-se, que — *todos os entes susceptiveis de relações de direito são peçoas* —.

Será esta a proposição do 1º Art. do Projecto do Código Civil Brasileiro, cuja redacção nos foi incumbida, e cuja perfeição ambicionamos como penhor de recompensa de uma vida futura.

Censura.—A definição de direito, que se dá neste Art., abrange mais que o definido, por isso que a faculdade de praticar, ou deixar de praticar, certos actos, comprehende todos os direitos, inclusivamente os emanados do Direito Natural; e aqui unicamente se trata dos direitos civis.

Resposta.—Nem nos agrada a redacção da censura, nem a reputamos fundada, nem tão pouco nos achamos dispostos a discutil-a, do mesmo modo que as outras subseqüentes, relativas à definição do direito, emprehendida no 2º Art. do Projecto. O que temos só a dizer é, que, em regra geral, as definições são improprias de um Código de leis.

Assim o pensamos, não tanto porque haja sempre perigo em definir, perigo ainda maior na lei, do que na doutrina; mas porque só admittimos em trabalhos legislativos aquellas definições, que restrictamente contiverem uma regra de conducta, ou pela immediata applicação de seus vocabulos, ou pela sua influencia nas disposições de uma materia especial.

Aceitaremos mesmo a distincção, que faz Blondeau, e que a Apostilla reproduz; mas não nos convencemos, e cremos que ninguem se convencerá, da necessidade

dessa definição do que é—*direito*—exarada no art. 2º do Projecto, assim como da de outras muitas em que o Projecto abunda, só para servirem de ninho á essas polemicas sem importancia, qual a de que a propria Apostilla nos dá mostra.

O que pensamos sobre as *definições* estende-se pelos mesmos motivos á toda a materia puramente doutrinal, que a Apostilla chama—*principios juridicos*,—ás diviões e distincções, e ao que se intitula—*disposições ordinarias*—. E para indicar o que por este lado ha de escusado e condemnavel no Projecto, não se faz de mister algum esforço, basta abri-lo á ventura em qualquer de suas paginas, basta folheal-o por simples espirito de superficial curiosidade.

Estão neste caso quasi todas as proposições do Tit. 1º da Part. 1ª, as quaes duplicadamente peccao por nao pertencerem á privativa esphera do Direito Civil. Talvez entendesse o nobre Jurisconsulto, como se entendeu em França, e cré muita gente, que não se pôde fazer um Código Civil, sem que elle defina o que é *lei* e *direito*, e contenha essas declarações sonoras, que retumbão nas Constituições Politicas, como nas de Portugal, e do Brasil. A critica entretanto não tem poupado o Titulo Preliminar do Código Civil Francez, porque *lei* e *direito* não é o mesmo que *lei civil* e *direito civil*.

Desenvolva um professor do alto de sua cadeira magistral esses direitos do homem, essas garantias dos direitos do cidadão, de que fallão as Cartas dos dous

Paizes irmãos ; applique, ou por deducção logica, ou por extensão artificial, essas theses tão brilhantes na phrase, como desmentidas na execução, á tudo o que se passa na vida ; e terá feito o mesmo, que se acha escripto no começo do Projecto, e tambem no começo da Parte 2ª, sobre o que se chama — *direitos originarios* —, planta exotica no estreito terreno do Direito Civil. Vi-se-se, come-se, pensa-se, anda-se e desanda-se, sem que um Codigo Civil ! um Codigo Civil ! nos venha dizer, que tudo isto se faz com o melhor direito.

Qual será o decreto imperativo de uma infinidade de Artigos do Projecto, onde nada se ordena, nem prohibe ? Attenda-se, por exemplo, aos Artigos que vamos transcrever, exceptuado o Artigo 3º cuja estirada prelecção nos desanima :

Art. 4º — Este Artigo, que pelo mesmo motivo tambem exceptuamos da transcripção, nada mais é, do que uma taboa geral contendo as inscripções dos tres Livros, que compoem a Part. 2ª do Projecto. Ahrens dividio a Parte Especial do seu Curso de Direito Natural em — *direito individual e direito social*, — e o Sr. Scabra entendeu que se podia adoptar esta divisão em um Projecto de Codigo Civil. Engano desastroso ! No Direito Civil só se trata de direitos adquiridos, como já precedentemente notámos ; o que significa, no dizer do sabio Savigny, que as relações de direito não existem como taes no fundo da natureza humana, mas vêm de fóra juntar-se-lhe.

A possibilidade e a necessidade destas relações, isto é, seu germen (continúa o mesmo sabio) é só o que existe em gráo igual para todos os homens, e traz comsigo sua necessidade anterior. O desenvolvimento porém deste germen tem um caracter de individualidade e de contingencia, que se manifesta pela variedade indefinida que se observa na extensão dos direitos de cada um.

Mas enganar-nos-hiamos (ainda palavras do mestre), se, restringindo esta definição, acrescentassemos que todos os direitos de uma pessoa se adquirem no curso de sua vida ; porque, se isto é verdade quanto á maior parte dos direitos, ha tambem direitos numerosos e importantes, que começam no mesmo instante do nascimento ; porque se fundão precisamente sobre o proprio facto do nascimento, occorrido em determinadas circumstancias. Os direitos adquiridos podem pois tambem ser direitos innatos.

O Projecto cahio exactamente neste engano, porquanto na Part. 2ª, onde devia tratar da aquisição de todos os direitos, e das causas diversas dessa aquisição, omitio, como já notámos, esses direitos que só provêm do facto do nascimento dos quaes incoherentemente tratara na Part. 1.ª

Ahrens, subdividindo as relações juridicas transitorias, achou — 1º, as obrigações oriundas de situações mais ou menos passageiras da vida social ; 2º, as que podem nascer do acto isolado de uma pessoa ; 3º, as que se

originão de uma declaração reciproca de vontade; e o Sr. Seabra arremedou esse methodo, e com taes modificações que o desfigurou completamente. A *occupação*, *posse*, *prescripção*, e *trabalho*, entrãrao forçadamente na primeira categoria. Nos direitos adquiridos por facto isolado de outrem não entrãrao os *factos illicitos*, os *delictos*, que Ahrens não deixou ne contemplar á par da *gestão de negocios*.

Art. 42. — *O exercicio dos direitos e obrigações civis é determinado, em diversos casos previstos na lei, pelo domicilio do cidadão* —. Art. 43. — *Domicilio é o lugar em que o cidadão tem sua morada ou estabelecimento*. Tudo isto é verdade, salva a severidade da analyse; mas não ha em taes palavras alguma determinação legislativa. Quaes serão esses casos previstos na lei, em que o exercicio dos direitos é determinado pelo domicilio? O Projecto não o diz. Serão esses casos da alçada do Direito Civil theorico? Será o domicilio um estado opposto ao de ausencia?

Art. 562. — *A posse confere ao possuidor certos direitos, que a lei marca e define* —. Art. 563. — *Diz-se posse a retenção ou fruição effectiva de qualquer coisa ou direito, abstrahindo da questão da propriedade* —. Tambem aqui não ha lei, vemos apenas uma enunciação vaga, uma definição escusada, e além disto erronea. Designados os direitos, que a posse confere, ficaria sabido, que a posse confere direitos. A definição de posse em fórmula escolastica não seria melhor, do que

a idéa que exactamente resultasse das disposições do legislador. E finalmente, o que o Projecto define é mais a *detenção*, do que a *posse*; pois que não ha posse sem o *animus domini*. O proprio Ahrens diz, que se entende por *posse* a *detenção de uma cousa com a intenção de a ter, como um direito proprio*.

São completamente inuteis todas as enunciações geraes dos Arts. 658, 660, e 664 (houve erro de numeração), que dizem respeito ao *trabalho*; e nada por certo mais estranho, do que tratar-se nos Artigos subsequentes de — *sermões, preleções de mestres, cartas missivas, imprensa, lithographia, gravura, desenho, pintura, musicas, dramas, e comedias*, como se essas cousas pertencessem á um Codigo Civil, como se no ponto de vista das relações individuaes não estivessem providenciadas no Codigo Penal, e se na parte regulamentar não fossem da alçada do Direito Administrativo!

Veja-se a definição de — *contracto* — do Art. 742, e as definições de diversos contractos nos Arts. 917, 951, 972, 1291, 1375, 1429, 1451, 1493, 1512, 1609, 1671, 1674, e outros; as quaes todas, ou em sua maior parte, não passam de generalidades doutrinaes, ou de noções vulgares, com o que o legislador sempre conta.

Art. 1643. — *Se a mesma cousa fôr vendida pelo mesmo vendedor á diversas pessoas, observar-se-ha o seguinte* —. Poderia este Artigo apparecer assim destacado dos dous que se lhe seguem?

Art. 2342. — *O direito de propriedade, e cada um dos direitos que comprehende, não podem ter outros limites mais que aquelles, que lhes fõrem assignados pela natureza das cousas, por vontade do proprietario, ou disposição expressa da lei.* — Generalidade vã, que só teria cabimento em um Compendio ou Tratado; mas que não contém alguma regra de conducta nas relações dos individuos entre si. Se ella bastasse, o Projecto não teria designado particularmente as differentes restricções do direito de propriedade.

Basta de commentarios, e concluamos com a nãa transcripção dos Arts. 2495, 2635, 2686, 2687, 2688, 2689, não mencionando muitos outros que se achão no mesmo caso:

Art. 2495. — *O direito de transformação comprehende a faculdade de modificar, alterar por qualquer maneira, em todo ou em parte, e mesmo destruir, a substancia da cousa.*

Art. 2635. — *Os direitos podem ser offendidos por factos, ou pela omissão de factos.*

Art. 2686. — *A lei estabelece os meios, por que os lesados, ou ameaçados nos seus direitos, podem ser restituídos, indemnizados, ou garantidos.*

Art. 2687. — *Estes meios são os Juizos, e as acções.*

Art. 2688. — *A organização e jurisdicção dos Juizos é regulada por leis especiaes.*

Art. 2689. — *Por acção entende-se o direito, que tem*

qualquer de demandar em Juizo o que lhe pertence, ou lhe é devido.

Leia o nobre Apostillador, se lhe aprouver, as Cartas de Meijer á Cooper sobre a codificação em geral, e sobre a de Inglaterra em particular, e nellas verá quaes devem ser as qualidades de uma boa legislação. A mais essencial é que a lei não se deve estender senão ao que é dependente da vontade do legislador.

Da mesma maneira que existe uma differença notavel entre a jurisprudencia e a legislação, tambem a lei nada tem de commum com um tratado scientifico do direito. A lei deve ser imperativa, e ou ordene, ou prohiba, deve só exprimir a vontade do legislador.

A definição exacta dos termos, que servem para exprimir essa vontade, não entra em suas attribuições. A definição é do dominio do grammatico e litterato, se a expressão pertence á linguagem ordinaria; e da attribuição do professor, quando a expressão é technica. Em todo o caso ella é estranha á lei, a menos que seja legislativa, isto é, sacramental, e tendo por objecto restringir a significação do termo só ás idéas, que reúnem exactamente todas as condições estabelecidas na lei.

Na doutrina, uma definição pouco exacta ou vaga é um erro, que pôde causar noções falsas, e uma confusão portanto nas consequencias. Na lei, uma definição restricta exclue da disposição casos, que nella se desejaria comprehender; e muito vaga, estende essa disposi-

ção á casos , que não se tinha em vista : é uma falta , cujos resultados são injustiças , e muitas vezes antinomias ou contrariedades , que são o mal que mais se deve receiar em uma legislação.

Quanto ás divisões e distincções , a lei não as pôde mencionar , senão quando a menção fôr imperativa , excluindo formalmente tudo o que não entra nas condições estatuidas. Se ellas são da essencia da sciencia , e facilitão o encadeamento das idéas , e o ensino ; não devem entrar na lei , onde se deve evitar qualquer palavra , que não tenda directamente á uma sanccção legislativa.

O estylo da lei deve ser sempre tão imperativo , que não deixe duvida alguma. A definição , quando fôr indispensavel , deve por sua enunciação provar que é limitativa e exclusiva ; sendo concebida em termos negativos , ou ao menos como tal entendida. A phrase deve ser curta e rapida , toda a prolixidade é enfadonha e perigosa ; as cumulações de expressões prestão-se á obscuridades e incertezas , que cumpre evitar. E' verdade , que todas as linguas não são tão exactas e precisas , que igualmente se prestem á uma boa legislação ; mas em todo o caso muito se consegue , quando o redactor das leis redobra cuidados para attingir á perfeição.

São estas as judiciosas advertencias do grande Escrip- tor , que enriqueceu a Sciencia com a melhor obra sobre o espirito e progresso das instituições judicarias ; e com estes bons preceitos luta diametralmente toda a redacção

do Projecto do Codigo Civil Portuguez ; e tanto mais estranhavel pelos repugnantes neologismos , que a — desfêião , — como sejam — *direitos mobiliarios e im- mobiliarios , operagem , aprendisagem , direito de com- pascuo , direito de accesso , direito de transformação , etc.*

Não confunda a Apostilla a necessidade do methodo com o que ella chama — *principios juridicos , e disposi- ções ordinaes*. Não ha methodo sem a direcção dos grandes principios da Sciencia , sem as classificações de um vasto systema hierarchico , onde as idéas se distri- buão segundo suas relações de subordinação reciproca , ou coordenação collateral ; porém não appareça no Codigo senão o resultado de todos estes trabalhos de composição , e nunca os principios , nunca a filiação das idéas.

Tudo isto pertence ao ensino , pertence ás funcções do magisterio , pertence á exposição de motivos , ou com- mentario justificativo , que , segundo a recommendação de Bentham , Meijer , e de outros Escrip- tores , deve sempre acompanhar a empresa de uma codificação nova. A ordem da legislação codificada não deve ser alterada no ensino , e assim prescreveu-se nos Estatutos da Univer- sidade de Coimbra , assim se pratica em França ; e por isso mesmo muito esmero se deve pôr na escolha do methodo mais natural , para que a Sciencia não seja constringida.

Censura.—A capacidade civil, envolvendo, segundo os principios do Projecto, os direitos e obrigações das pessoas nas suas reciprocas e diversas relações sociaes, pôde ter uma significação muito lata.

Resposta.—E' tempo de mostrar, que o Projecto e Apostilla laborão em idéas erroneas sobre o que se deva entender por — *capacidade civil*, e *capacidade politica*, idéas que forão reunidas na idéa generica de — *capacidade juridica*. — Começemos pela *capacidade civil*.

Se na Apostilla profligou-se tão asperamente (posto que sem motivo) o restabelecimento da distincção romana entre *homens* e *peçoas*, pois que todo o homem é pessoa; se na Apostilla foi assignalada a differença entre a *capacidade juridica* e a *sua acção*, ou *actos que ella pôde praticar*, — *acção que é eventual, variavel, contingente, que pôde, e mesmo deve, ser modificada segundo as circumstancias accidentaes de peçoas, do tempo, e do lugar*; causa pasmo, que, á par de tudo isto, nos venha dizer, que — *a capacidade civil é só uma e indivisivel*, — *que é a prerogativa inaufervel do homem como ente livre*, — e *que portanto não podem haver muitas capacidades*.

Repellida como está da civilização actual, e legislações modernas, a detestavel differença entre *homens* e *peçoas*, devêra ser a consequencia para o autor do Projecto, que, fazendo-se um Codigo Civil, já está subentendida essa *capacidade civil*, qual a encarou a Apostilla, e qual o mesmo Projecto define no Art. 3º por

este modo: — se os direitos e obrigações se limitão ás relações reciprocas dos cidadãos entre si, como meros particulares, ou entre os cidadãos e o Estado em questões de propriedade, constituem a sua *capacidade civil* etc.

Além disto, se a capacidade civil do Projecto é a *capacidade de querer*, e se a Apostilla reconhece que a acção dessa capacidade é variavel; bem claro está, que á possibilidade dessa acção variavel necessariamente corresponde uma outra capacidade — a *capacidade de obrar*, e que não se pôde portanto argumentar daquella para esta — *a posse ad actum non valet consequentia* —.

E ainda mais, se o Projecto trata da incapacidade por menoridade, da incapacidade por demencia, e de outras incapacidades; tambem é claro, que á esse estado de *incapacidade legal* necessariamente corresponde um estado de capacidade. E qual a expressão que deve designar um tal estado de *capacidade legal* ou *civil* por antithese ao de *incapacidade legal* ou *civil*? Se o Projecto e a Apostilla empregarão o termo para exprimir simplesmente a personalidade humana, qual será o seu vocabulo para significar o estado opposto ao dessa *incapacidade legal* ou *civil*?

Attenda-se bem ao infallivel absurdo, que resulta da confusão de idéas do Projecto e da Apostilla, e ao contrario sem duvida das boas intenções de seu proprio Autor.

Se a *capacidade civil* é simplesmente a *capacidade de*

querer, e se a *incapacidade civil* é o estado opposto á essa capacidade, exprimindo a negação della; deve-se rigorosamente concluir, que os menores, mentecaptos, e outros incapazes do Projecto, não tem a *capacidade de querer*, e portanto não são *peçoas*. Disse entretanto a Apostilla, e disse muito bem, que todo o homem é *peço*a, — que a *capacidade de querer* é *prerogativa inauferivel* do homem como ente livre e intelligente.

Este primeiro intuito é de sobra para convencer, que não se estudara e fixára a noção exacta da *capacidade civil*, — que não se distinguira a unica e verdadeira noção de *capacidade jurídica*, que entra particularmente nas idéas de composição de um Código Civil.

Sim: uma cousa é a capacidade de querer, e outra cousa a capacidade de obrar; uma cousa é a capacidade de ter direitos em geral, e outra cousa a capacidade de exercer direitos; — uma cousa é a vontade humana, e outra cousa a acção da vontade; — uma cousa é a igualdade da lei, e outra cousa a desigualdade real dos homens. — *Non omnes possumus omnia* —.

Ora, se a vontade do homem é só uma e indivisivel, ao passo que a capacidade de obrar é variavel; se a capacidade de obrar é sempre limitada, e jámais correspondente á plenitude da capacidade de querer; essa capacidade de obrar nada menos vem á ser do que uma perpetua incapacidade, — do que uma serie de incapacidades, exprimindo o que cada homem não pôde fazer, ou seja pela imperfeição normal de sua natureza, ou seja

por accidentes excepcionaes, ou pelo imperio das circunstancias exteriores.

A Legislação traduz exactamente o estado real da humanidade, porque a Legislação regula todos os direitos, harmonisa-os entre si, harmonisa-os com o bem-ser social, e nega á uns facultades, que aliás permite á outros.

Mas, se neste primario aspecto todos os homens são incapazes, ao passo que nessa incapacidade a Legislação tem achado uma capacidade, distinguindo os capazes dos incapazes; infallivelmente existe um *criterium*, uma causa determinante dessa incapacidade legal.

Esse *criterium* não podia ser outro, senão, ou o estado em que fosse absolutamente impossivel exercer direitos, ou apenas possivel exercer alguns direitos em determinado numero; ou então o estado em que se pudesse exercer o maior numero possivel de direitos. Marcada uma dessas gradações extremas da escala jurídica, ter-se-hia a distincção entre as pessoas capazes e incapazes. Estabelecido o character distinctivo da incapacidade, saber-se-hia quaes erão os capazes; e, *vice-versa*, declarando-se em que consistia a capacidade, estaria dito quaes erão os incapazes.

O Direito Civil scientifico, e o Direito Civil legislado, consideráram a capacidade civil como regra geral, e a incapacidade como excepção. Fizerão consistir a capacidade civil das pessoas — *na facultade de se poderem obrigar por si mesmas, e sem o ministerio, represen-*

tação, ou autorisação de outra — E, sob este ponto de vista, tem unicamente designado os casos de excepção, fóra dos quaes ficava entendido que prevalece a regra geral — *exceptio confirmat regulam — exceptio ubi non repetitur posita, non est a regula recedendum.*

A capacidade natural das pessoas era por dous modos susceptível de ser modificada; pelo da *restrição*, prohibindo-se que certas pessoas exercitassem certos actos; pelo da *extensão*, admittindo-se uma *representação necessaria* para supprir a capacidade de obrar quando esta não existe, e que, *ad instar da representação voluntaria*, multiplica os órgãos juridicos. O que porém constitue a *incapacidade civil* não é a modificação restrictiva da capacidade natural, senão peculiarmente a modificação extensiva.

Em um Codigo Civil, portanto, e mesmo em um Livro de doutrina sobre este ramo do Direito, tratando-se da *capacidade civil*, isto é, das *pessoas*, — um dos elementos das relações juridicas, no ponto de vista da *capacidade civil*; não ha outras distincções ou divisões de *pessoas* a fazer, por maior que seja o numero dos aspectos possiveis, senão restrictamente aquellas que exprimirem um caso de *incapacidade civil*, — uma turma de *pessoas incapazes*. — Todas as outras divisões são ociosas, são distincções inuteis, que logo denunciao conhecimentos imperfeitos e não digeridos.

Tendo sido este o luminoso pharol, que guiou nossos passos na structura da Consolidação das Leis Civis do

Brasil, onde prescindimos da *escravidão*, e cortamos os fios desse Direito Civil myope, cioso, e armado com o seu cutelo de *morte civil*, sôu em nossos ouvidos a noticia de censuras, em que incorremos por não termos exhibido no 1º Titulo da Parte Geral um lindo painel de Gregos e Troyanos, frades, aleijados, tortos, e cegos, e não sabemos o que mais! A nossa resposta foi o silencio, foi um sorriso de piedade.

A *incapacidade civil*, comprehensiva tão sômente de todos os estados, em que as *pessoas* são incapazes de obrar por si mesmas, — em que só podem obrar representadas por outrem, — carece ainda de um derradeiro traço, para que a sua noção fique perfeitamente determinada. Ou as *pessoas* são absolutamente incapazes de obrar, e seus actos não produzem effeito em caso algum. Ou, sendo incapazes até um certo ponto, seus actos podem ter valor em certas circumstancias, e debaixo de certas condições. Ha pois uma *incapacidade absoluta*, e uma *incapacidade relativa*; como, por exemplo, no primeiro caso a dos *menores impuberes*, no segundo caso a dos *menores adultos*.

As linhas deste rapido bosquejo são as que apparecem na seguinte tabella:

Capacidade natural de querer. — Capacidade natural de obrar.
 Capacidade natural de obrar. — Capacidade civil de obrar.
 Capacidade civil de obrar sem
 ministerio de outrem. — Incapacidade Civil.
 Incapacidade civil absoluta. — Incapacidade civil relativa.

A simples inspecção desta Tabella, oude as idéas se mostram distribuidas e graduadas, deixa vêr em esqueleto a falsidade das noções da Apostilla em tudo o que respeita á *capacidade juridica*, e particularmente á *capacidade civil* —. A *capacidade juridica* (se diz) é só *uma e indivisivel* —. Tal é a *capacidade juridica* do Art. 1.º do Projecto, tal é a *capacidade civil* do Art. 3.º. Oh! Como pôde ser isto, se em todas as gradações da capacidade das pessoas, ella é sempre distincta e divisivel?

Na primeira gradação, a capacidade juridica é distincta, porque, como já notámos antecedentemente, a capacidade das *peçoas moraes* não é tão ampla como a das *peçoas physicas*. Todos os direitos de familia são estranhos ás *peçoas moraes*; só lhes competem os direitos patrimoniaes, queremos dizer, — a propriedade, os *jura in re aliena*, as obrigações, as successões como meio de adquirir.

Na segunda gradação, a capacidade natural é tão distincta e divisivel, quantos são diferentes os talentos, aptidões, fortunas, posições sociaes; em summa, quantos são diferentes entre si os individuos da especie humana. E pelo que toca ás *peçoas moraes*, dá-se uma perpetua incapacidade de obrar. Todo o acto suppõe o exercicio do pensamento e da vontade humana, o que por certo não existe á respeito de um ente puramente ficticio, qual é a *peçoas moral*.

Na terceira gradação, são tantas as capacidades e incapacidades, quantas as permissões e prohibições da lei,

para que certas pessoas pratiquem, ou deixem de praticar, certos actos. E neste aspecto é indifferente, que os actos possuão, ou não, ser praticados sem o ministerio ou autorisação de outrem.

Na ultima gradação, — a da *incapacidade civil* propriamente dita, já vimos que ella pôde ser *absoluta* ou *relativa* e além disto, tantas são as incapacidades, quantos os estados humanos, á que applicavel se faz a suppletiva instituição das tutellas e curatellas. A' par dessas incapacidades apparece finalmente a perpetua das *peçoas juridicas* ou *moraes*, sempre representadas por seus syndicos.

Tudo isto prova, na maior luz da evidencia, o erro e confusão do Projecto e da Apostilla sobre a idéa constitutiva da *capacidade civil*; mas, neste mesmo assumpto, ainda houve outro erro, e de consequencias mais desastrosas. Alargou-se tambem a esphera dessa capacidade —, os restrictos limites de seu desenvolvimento proprio, o que foi um corollario da primeira confusão, que já demonstrámos, sobre a linha de separação entre o Direito Publico e o Direito Privado, e entre o Direito Criminal e o Direito Civil em sua accepção verdadeira.

Não constituem a capacidade civil, como diz o Art. 3.º do Projecto, todos os direitos e obrigações concernentes ás relações reciprocas dos cidadãos entre si; uma parte desses direitos, exprimindo relações de uma pessoa determinada para com todos os outros homens sem distincção, pertence á peculiar alçada da Legislação

Criminal. Quando se trata de uma relação puramente negativa, advertio o immenso Savigny, onde todos os homens são postos em presença de um só, cada um é considerado como capaz.

Se as palavras desse Art. 3.º — *como meros particulares* — indicão algum signal distinctivo, desviando toda a idéa de interesse publico ; o Direito Civil, e a capacidade civil terião de passar pelos transe de uma amputação dolorosa. Outra parece no entanto a intenção do Projecto, elle augmenta em vêz de cortar ; uma vez que tambem nos affirma nesse Art. 3.º, que Direito Privado e Código Civil são synonymos, exceptuando sómente a parte que respeita aos negocios commerciaes.

Eis o sentido, em que o Sr. Moraes Carvalho, com o criterio de que deu tantas provas nesta Côrte do Brasil, onde o abona a mais solida reputação, discretamente censurara, que a *capacidade civil* do Projecto podia ter uma significação muito lata.

Censura. — Por mais que se queira restringir a capacidade civil, parece que não se devia deixar de comprehender a capacidade de contractar, — a capacidade de fazer testamento, a capacidade de ser instituido herdeiro, — em summa tudo quanto obviamente se encerra naquelle titulo concreto.

Resposta. — Foi tal a pressão, em que ficara o nobre autor do Projecto, para dizer alguma cousa em repulsa desta censura, que, sem o sentir provavelmente, com-

metteu a mais horrenda apostasia, desmanchando por suas proprias mãos o descommunal edificio que armára, e que appellára seu systema.

« A capacidade civil (tal' é a substancia da repulsa) comprehende todas essas cousas, que o douto censor não vê nella incluídas, como sejam os contractos e os testamentos. — Confesso que não comprehendo como poderia satisfazer a exigencia do douto censor. — Uma nomenclatura simples dos actos que podem resultar da capacidade civil seria impossivel, e no fim de tudo completamente inutil. — Uma exposição completa das materias tocantes á cada um desses actos, seria o Código inteiro conculcado na 1ª Parte do Projecto. »

Muito bem dito : mas vós não delincastes essa 1ª Parte do Projecto, com a inscripção da — *capacidade civil* — para ser uma parte geral ou preliminar do systema : foi o vosso plano, como nos attesta a Apostilla, tratar primeiro de todos os direitos civis no ponto de vista da *capacidade* para em seguimento expôl-os nas outras phases de sua *acquisição, propriedade e violação*; e desta maneira, era forçoso incluir nessa 1ª Parte uma por uma as diversas capacidades em relação á todos os direitos, sem omittir nenhum, sem fazer selecções e as restricções que a censura tão justamente argue.

Se este não fosse o vosso plano, e se aquella 1ª Parte do Projecto fosse destinada para contêr sómente em sua generalidade a legislação attinente ás *pessoas* ou á *capacidade civil* (como nós o pensamos ao lêrmos em

uma Revista do Porto a noticia da publicação dessa 1ª Parte com semelhante titulo), certamente a capacidade civil abrangeria todos os direitos, de que houvesse de tratar a Parte Especial; certamente não fôra de mister que se fizesse, ou uma nomenclatura, ou uma exposição completa, dos actos que podem resultar da capacidade civil. Porém nem isto fizestes, nem tão pouco executastes o vosso plano.

Se tivesse sido o vosso intuito na 1ª Parte do Projecto tratar da capacidade civil em geral para comprehender todos os direitos tambem em geral, não estarião ali uma parte dos direitos da familia, e as tutellas e curatellas. E se a execução do vosso plano houvesse sido rigorosa e fiel, ali estarião, além desses direitos, todos os mais que o Projecto regula nas divisões subsequentes. Agora conhecês vós, que seria isto impossivel, que seria conculcar o Codigo inteiro nessa 1ª Parte! E desta maneira, que é o que fazeis, senão uma formal retractação? Que é o que fazeis, senão renegar as idéas de vosso plano, e confessar a sua impraticabilidade?

Em verdade, a impossibilidade do plano é manifesta; e assim já o tinha observado Blondeau, criticando uma cerebrina interpretação do fragmento de Gaio — *omne jus vel ad personas pertinet, vel ad res, vel ad actiones* —, pela qual se entendeu que a palavra — *acções* — designava, como na accepção vulgar, o mesmo que *factos*, capazes de produzir, ou de fazer cessar, direitos e obrigações. Nada mais confuso, do que começar pela aptidão

das *pessoas* relativamente á cada uma especie de direitos ou obrigações, para depois indicar os modos particulares de adquirir ou perder cada especie, ou os acontecimentos que se referissem ás diferentes especies.

A censura do Sr. Moraes Carvalho accusa com razão o Projecto pelo que nelle se fez. A Apostilla defende-se com o que se não fez, — com o que se devêra ter feito, — com aquillo mesmo que provavelmente o douto censor teria desejado que se fizesse. Tudo isto é muito comprehensivel, não tende á substituir o adoptado plano por outro. A substituição quem a faz é o nobre autor do Projecto, ideando um plano impraticavel, substituindo-o pelo da execução do Projecto, e substituindo-o segunda vez na apostasia da Apostilla.

Censura. — Ainda quando se quizesse conceder, que as expressões — *capacidade civil, e capacidade de contractar e testar, etc.* — erão synonymas, e que na primeira parte de nada mais se devia tratar que do *estado das pessoas*, parecia que assim mesmo devia abrangêr outras materias, como as respeitantes ao matrimonio, e registro do estado civil.

Resposta. — Perde-se aqui o erudito apostillador em mil conjecturas, põe em contribuição todo o seu extenso saber, não quer perceber o que seja o — *estado das pessoas* — em Direito Civil, nem consente que o douto censor o tenha percebido; e, depois de ter deslumbrado com os matizes da mais ardilosa dialectica, accumulando

n'um momento immensas idéas, e saltando com rapidez de umas para outras, remata por estas palavras :

« A resposta está dada. Não nos propuzemos tratar de *estados*, mas sim da capacidade ou incapacidade civil em geral. E como o matrimonio é um acto resultante dessa capacidade, — um meio de adquirir direitos e obrigações, — era consequente deixal-o para o lugar que lhe é assignado pela propria natureza da cousa, etc. »

Se é dado ajuizar destas palavras pelas idéas que ellas significão nos vocabularios das linguas, cremos que ninguem se disporá á aceitar essas explicações, á menos que seja pela crença de uma fé cega e robusta.

Como é possível admittir que o nobre autor do Projecto não se propôz tratar de *estados*, mas sim da capacidade ou incapacidade civil em geral, se impossível é tratar de uma cousa sem tratar da outra. Quem não trata dos *estados* das pessoas no ponto de vista do Direito Civil, certamente não trata da capacidade ou incapacidade civil. Quem trata da capacidade ou incapacidade civil em geral, necessariamente trata do estado das pessoas, pois que a capacidade ou incapacidade resultão precisamente desses *estados*.

Aparte-se daqui a theoria do *status* e *capitis diminutio* do Direito Romano, que inutilmente a Apostilla foi acarretar para a discussão. Já se sabe, que o homem é sempre pessoa, e que não ha *estado* que seja caracteristico da capacidade juridica em sua lata accepção, por antithese á uma incapacidade humana só creada pela lei.

Em outro lugar a Apostilla tem reconhecido (suas textuaes palavras), que — *o estado não é o homem nem a pessoa*, que — *é uma situação juridica do homem ou da pessoa*. E se não ha homem ou pessoa sem uma situação juridica, está claro que a capacidade ou incapacidade civil não podem derivar senão dessa mesma situação juridica, ou antes que exprimem sempre situações juridicas, uma contraposta á outra.

Sem duvida, a incapacidade civil, como já demonstramos, exprime no sentido proprio do Direito Civil o estado de todas aquellas pessoas, que são representadas por outras, em razão de não poderem por si mesmas exercêr os actos da vida civil; e assim, quando se tem designado quaes são essas pessoas, não por individuos, mas por especies e classes correspondentes, certamente se tem tratado, e só deste modo se pôde tratar, da capacidade ou incapacidade civil em geral — *Inclusio unius exclusio alterius* —. Designadas em geral, — por classes, as pessoas incapazes, está sabido que todas as outras são capazes.

Tal é a verdade, sendo muito para notar que a Apostilla, dando a razão de ter incluído o *patrio poder* na 1ª Parte do Projecto, até se mostra muito de accôrdo com estas idéas!

« Definida a capacidade civil em geral, diz ella (que aliás não definio, porque definio erroneamente), era consequente determinar os impedimentos geraes, que essa mesma capacidade poderia soffrer no seu exercicio por

effeito da natureza das cousas, ou mera disposição da lei, e o modo por que esses impedimentos devião ser suppridos!

« Ora o poder paternal (ainda a Apostilla) legitima-se como um meio natural e civil de supprir a incapacidade resultante da menoridade. E como o matrimonio é um acto resultante dessa capacidade, — um meio de adquirir direitos e obrigações, — era consequente deixal-o para o lugar que lhe é assignado pela propria natureza da cousa. Erros sobre erros, contradicção sobre contradicção! »

Em primeiro lugar, prova a ocular inspecção do Projecto, que a sua 1.^a Parte não limitou-se á indicar os impedimentos geraes, que a capacidade poderia soffrer em seu exercicio, e o modo por que esses impedimentos devião ser suppridos. O Projecto foi além dessa generalidade, tratou logo especialmente dos direitos e obrigações da mór parte dos incapazes, quaes os dos filhos-familias, menores, mentecaptos, prodigos, etc.

Em segundo lugar, se o patrio poder legitima-se como um meio natural e civil de supprir a incapacidade resultante da menoridade, ou, por outras palavras, se os menores entrão na classe das pessoas incapazes; tambem as mulheres casadas (livres de toda a influencia das idéas do Direito Romano) são até certo ponto incapazes, tem uma incapacidade senão absoluta ao menos relativa; visto que não podem obrar por si sós, visto que em regra são representadas pelo marido, e visto que em regra são nullos todos os seus actos praticados sem esta authorisação

e supplemento de capacidade. Assim o tem reconhecido o Projecto em todo o contexto da Secç.8.^a Cap.1.^o Tit. 2.^o Liv. 2.^o Part. 2.^a, *specialiter* no Art. 1239, que legisla deste modo :

« A mulher não pôde, sem authorisação do marido, adquirir nem alienar, ou contrahir obrigações, excepto « nos casos em que a lei especialmente o permite. »

E asseguramos ao nosso respeitavel antagonista, que não ha um só Codigo Civil, que com mais ou menos latitude não contemple as mulheres casadas na ordem das pessoas incapazes, ora em termos explicitos como o Codigo do Chile no Art. 1447, o do Mexico no Art. 28 § 1.^o, ora virtualmente, como todos os demais Codigos, pela condição em que as colloca de serem mais ou menos dependentes do marido, e por elle representadas. O Cod. Francez no Art. 217, e do mesmo modo os outros que o imitarão, estabelece que a mulher casada não pôde dar, alienar, hypothecar, adquirir por titulo gratuito ou oneroso, sem o concurso do marido no acto, ou seu consentimento por escripto. Ahi vão todos os actos da vida civil.

Em terceiro lugar, se o matrimonio é um acto resultante da capacidade civil, — um meio de adquirir, o patrio poder tambem o é, tambem o são as tutellas, as curatellas, em summa todos os actos e direitos do estado de familia. E qual o acto da vida civil, qual o meio de adquirir, que não presupponha necessariamente a respectiva capacidade juridica? Não são estes os principios

da Apostilla, e principios verdadeiros? Não é o Projecto quem legisla no Art. 1116 sobre a capacidade para contrahir casamento, assim como no Art. 239 sobre a incapacidade para ser tutor e protutor?

Logó, não foi consequente, senão hediondamente inconsequente, o Projecto, deixando de tratar da capacidade civil para o matrimonio na Part. 1ª, e transportando-a de mistura com os contractos para o Liv. 2º da Part. 2ª.

E tanto mais não foi consequente, porque, entre esses impedimentos geraes, que soffre o exercicio da capacidade civil, está a condição da mulher casada dependente do poder marital, do mesmo modo que a condição do filho-familias e do menor dependente do poder paternal e da tutella, posto que menos intensamente, e por diverso motivo; e sem que por isso se deva dizer que haja o rigor da *capitis diminutio*, a qual passára para o Direito moderno modificada em um e outro caso. O filho-familias, o menor, e a mulher casada, por estarem na dependencia das pessoas que os representam, não se segue que não sejam pessoas.

Para o Direito Civil (acrescenta a Apostilla), o matrimonio não póde apresentar-se senão como um contracto; — o sacramento pertence á outra ordem de idéas, á que sómente nos cumpre prestar homenagem. E nós pelo contrario entendemos, que para o Direito Civil o matrimonio é mais alguma cousa do que um contracto; assim como entendemos tambem que o Pro-

jecto não respeitou a Religião do Estado, não prestou homenagem á esse sacramento de que falla a Apostilla.

Ainda bem que a Apostilla confessa que na maior parte dos Codigos antigos e-modernos (devia dizê-lo em todos) acha-se esta materia collocada no que se tem chamado *direito das pessoas*; e nesta parte nós muito apreciamos a sua liberdade de espirito, pois que tambem a tomamos — *et hanc veniam petimusque damusque vicissim*—. Por certo tem havido nisto um vestigio ou arremêdo do principio classificador das Institutas — *omne jus vel ad personas pertinet, vel ad res, vel ad actiones*—. Cumpre porém dizê-lo, e com a mesma liberdade, que muito mal se houve a Apostilla na apreciação que por este lado fez do methodo romano, e das codificações modernas.

Quanto ao methodo das Institutas, fique sabendo o nosso respeitavel adversario que os direitos de familia, e a theoria do *status*, que se accumulou no — *jus quod ad personas pertinet* —, são assumptos entre si distinctos, embora não formassem, como observa Savigny, uma parte bem estremada; parecendo apenas que a doutrina do *status*, isto é, da natureza e capacidade juridica das pessoas foi como um preliminar, o que está de perfeito accordo com as nossas idéas sobre o methodo natural de tratar o Direito Civil.

Não ha pois esse nexó descoberto pela Apostilla entre as disposições sobre o casamento e a theoria do *status* ou *capitis diminutio*, e nem tenha ella a pretensão de

justificar por qualquer modo satisfactorio o que ainda ninguém pode justificar, mesmo por não ser justificavel. E se nexo houvesse, é bem de ver que as explicações da Apostilla provão de mais; porquanto o que se dá a respeito da mulher *in manu mariti*, procede do mesmo modo á respeito do filho-familias *in patria potestate*.

Quanto ás codificações modernas, que seguirão mais ou menos o methodo das Institutas, não ha nenhuma dellas, que tenha considerado o casamento como simples e puramente um contracto. Todas, como reconhece a Apostilla, ou tratarão do casamento no *direito das pessoas*, ou retalhãrão sua materia na parte que respeita aos bens; mas nenhuma dellas, como fez o Projecto, tratou do casamento só no lugar dos contractos, e muito menos desmembrou na parte pessoal o casamento, — *elemento primordial da familia*, do patrio poder, e de tudo quanto á familia pertence. Estava reservada para o Projecto a triste gloria de consummar essa forçada separação, reduzindo o casamento á um simples contracto.

Essas codificações não passarão dos limites do possível, e nada mais realisárão do que a idéa dos Escriptores Allemaes, que tem emprehendido desligar dos direitos de familia aquelles que privativamente dizem respeito aos bens, distinguindo assim um *direito de familia puro* e um *direito de familia applicado*. Isto não é impossivel, entretanto, como sabiamente nota o mesmo Savigny, resulta o grande inconveniente de não apparecêr no todo a realidade viva das relações da familia,

o que por certo acontece sempre que, depois de se ter estudado a familia, não se passar immediatamente ás influencias que ella exerce sobre os bens.

Se não foi esta a razão pacifica, que preponderou no máo arranjo das materias do Codigo Civil Francez, adoptado em tantos paizes; e se pelo contrario nelle influirão as exagerações da liberdade revolucionaria de 1789; o que nos parece é, que nem a época actual, nem o Paiz para o qual se talhou o Projecto, prestão-se á innovações tão ousadas, como é certamente essa, que não quer vêr no casamento senão um contracto puro e simples.

As relações de familia (ainda palavras de Savigny) mostrão-nos o homem não como existindo por si mesmo, mas como um ente defeituoso, tendo necessidade de completar-se no seio de seu organismo geral. Os contractos têm por objecto um acto individual, as relações de familia tomão a pessoa inteira do individuo, como membro do todo organico, que compõe a humanidade. A materia dos contractos é arbitraria de sua natureza, porém a materia das relações de familia é dada pela natureza organica do homem, e traz o sello da necessidade. A obrigação de ordinario é temporaria, as relações de familia persistem sempre as mesmas. Em summa as familias contêm o germen do Estado, e o Estado uma vêz formado tem por elementos constitutivos as familias, e não os individuos.

Já se vê pois, que ha uma distancia immensa entre

o casamento, — base das relações de familia, e as obrigações eventuaes dos contractos, ou outras das relações da vida civil. O que ha de semelhante entre estas relações da vida civil, e as relações de familia, é que em um e outro caso dão-se direitos pessoaes, tomando-se como objecto do direito o seu sujeito passivo; mas esta semelhança, que conduz à classificar-os como direitos do mesmo genero, não autorisa á confundil-os como direitos da mesma especie. Taes são as idéas dominantes do systema, que seguimos na Consolidação das Leis Civis do Brasil.

Este é o caracter proprio do casamento, puramente considerado em seu elemento juridico; resta porém o elemento moral, e o elemento religioso, os quaes desapparecem no systema do Projecto, e mesmo intrinsicamente forão postergados.

Que importa dizer-se na Apostilla, que ao sacramento do matrimonio cumpre prestar homenagem; e no Artigo 1113 do Projecto, que a lei da Igreja abençoa e santifica o casamento; se de facto mostra-se elle no systema como um simples contracto, á par dos outros contractos? Que importa dizer-se no Artigo 1114, que a lei da Igreja define e regula as condições e effeitos espirituaes do sacramento, e que a lei civil define e regula as condições e effeitos temporaes do contracto; se de facto o Projecto não guardou esta separação; como se fôra uma lei preparada para um Paiz não catholico?

Se o Artigo 1130 está de accordo com as leis da

Igreja recebidas no Reino, mandando que o casamento entre catholicos só possa ser annullado no Juizo Ecclesiastico, e nos casos que marcão aquellas leis; surgem nos Artigos 1252 e seguintes disposições tão originaes, e tão heterodoxas, que por certo não parecem ter sido escriptas para um Paiz que tem uma Religião do Estado, e que vive no gremio da Igreja Catholica Apostolica Romana.

Quem disser que as causas matrimoniaes não pertencem ao Juizo Ecclesiastico — *anathema sit* —. Tal é um dos canones do Sagrado Concilio Tridentino, e de facto e de direito o Juizo Ecclesiastico em Portugal (e tambem no Brasil) tem até hoje estado na posse de conhecer de todas as causas de divorcio, ou seja para dissolução do matrimonio, ou seja para separação quanto ao thoro e mutua cohabitação dos casados. O antigo Direito Portuguez, a Reforma Judiciaria de 1837 Part. 2º Artigo 7º, a de 1841 Artigos 192 e 210 n. 26, reiteradamente confirmão essa attribuição, ou boa, ou má, do Juizo da Igreja. O Projecto entretanto, como se taes antecedentes não existissem, corta afoutamente por essa não contestada jurisdicção, e planta a semente de um schisma.

Nos Arts. 1254 e 1255 erige-se um Juizo especial de conselho de familia para conhecer da separação pessoal dos conjuges, e para decidil-a com homologação do Juiz de direito, e sem appellação nem agravo. Tudo quanto se concedeu á Igreja foi apenas, que fosse ouvido o res-

pectivo Parocho. E que mais é preciso para suscitar com a Curia Apostolica as mais serias difficuldades? Pelo lado da Religião jurada com a Carta Constitucional, que maior brecha se lhe poderia fazer?

O prurido innovador do Projecto não se satisfaz unicamente com essa invasão sacrilega; tambem forão corrigidas as Leis Canonicas com a criação impolitica de casos novos, em que o divorcio póde ser requerido e julgado.

Pelas Leis Canonicas as causas legitimas da separação *quoad thorum et cohabitationem* restringem-se — ao adulterio, — sevicias graves, — apostasia, — mutuo consenso dos conjuges para servirem á Religião. Não ha outros motivos legaes de divorcio em um Paiz, que se diga catholico.

Mas o Art. 1252 do Projecto accrescenta á esses motivos — a condemnação do conjuge á prisão ou degredo perpetuo, — as injurias, — e até — a *incompatibilidade de genios*; e quanto ao adulterio do marido, apenas o admittio no caso de haver escandalo publico, ou abandono da mulher!

Essas innovações impossiveis, e ao mesmo tempo tão perigosas, não carecem de commentarios. Sejam ellas devidamente apreciadas por todos os homens sensatos.

O que nos vai merecer mais um pouco de attenção é o estranho caso da — condemnação do conjuge á prisão ou degredo perpetuo, — o qual tem seu assento no Art. 363 § unico, e Art. 368 do Projecto, fazendo parte de varias disposições concernentes ao que se tem chamado — *inca-*

pacidade por effeito de sentença condemnatoria —. Aqui apparece a profundidade do abysmo em que se precipitára o Projecto, não por consequencia fatal de um erro systematico, mas pelas fatuas luzes de muitos erros que o forão levando ao acaso.

Se na Apostilla tanto se alardeou de conhecimentos philosophicos, profligando-se á cada passo as antigualhas do Direito Romano sobre o estado das pessoas e restricções de sua capacidade natural; dizendo-se tantas vezes que essas velhas doutrinas nenhuma applicação tinhão no Direito moderno; não se devêra por certo esperar que em remate de toda essa vã ostentação se chegasse á descobrir uma — *incapacidade por effeito de sentença condemnatoria*! — Vejamos quaes sejam as idéas constitutivas dessa incapacidade, que deu materia ao Tit. 14 da Part. 1ª do Projecto.

Examinado todo esse Titulo, discernimos tres idéas diversas:

A primeira é a de ausencia completa de capacidade, como litteralmente resulta da disposição do Art. 362, onde se estabelece o seguinte:

« O condemnado em juizo controverso á pena de morte
« perde *todos os seus direitos civis* desde o dia em que
« a sentença tiver passado em julgado, e seus her-
« deiros tomarão conta de seus bens como se fôra
« fallecido. »

A segunda idéa é a da simples prohibição de exercêr alguns direitos civis, já expressamente designados, já

dependentes do arbitrio do juiz, já vagamente denominados — direitos civis privativos dos cidadãos portuquezes ; prohibição que se fulmina: 1º, contra o condemnado á prisão perpetua ; 2º, contra o condemnado á degredo perpetuo ; 3º, contra os condemnados á penas temporarias ; 4º, contra os condemnados á expulsão perpetua ou temporaria do Reino ; 5º, contra os condemnados á perdimento ou suspensão de todos os direitos politicos.

A terceira idéa é a de privação de administração de bens , imposta aos mesmos condemnados , caso em que se commette essa mesma administração ás pessoas a quem ella competiria nos casos de demencia.

Esta ultima idéa é a unica , precisamente a mesma , que caracteriza , como já bem demonstrámos , o que se póde chamar — *incapacidade* — em um Codigo Civil. E de feito, o Projecto equipara o caso desta creada incapacidade ao caso de demencia , identico aos outros em que as pessoas , não podendo obrar por si mesmas , são representadas por outrem que faz suas vezes. Não póde haver nisto questão pelo lado da impossibilidade, senão meramente de simples utilidade ou conveniencia. O legislador póde augmentar o catalogo dos incapazes , mas não deve augmenta-lo.

A idéa da simples prohibição de exercêr laguns direitos civis encerra sem duvida uma incapacidade , como nós tambem já observámos ; mas ninguem dirá, que a incapacidade neste sentido esteja no mesmo caso das

incapacidades propriamente ditas do Direito Civil , para que o Projecto devêsse tratar della com semelhante nome á par da incapacidade por menoridade , da incapacidade por demencia , da incapacidade dos surdos-mudos , e da incapacidade dos prodigos. Em todas estas incapacidades ha uma extensão do poder de obrar mediante a suppletiva instituição das tutellas e curatellas. No caso da incapacidade por uma prohibição , ou prohibição da lei para exercer certos direitos, ha pelo contrario uma restricção, e restricção que se não suppre.

Todas as prohibições, por exemplo , dos Arts. 363 e 375 tinham seus lugares proprios onde deverião estar, sem que houvesse necessidade de se as reputar como especies de incapacidades. A de ser tutor , protutor , e curador , no Artigo 239 , a de ser procurador em Juizo no Art. 1411 , a de ser testemunha em actos publicos nos Arts. 2883 , 2884 , e 2885 , a do exercicio do poder paternal no Art. 141 , a do exercicio do poder marital no Art. 1238.

Não admira que essas diferentes prohibições fossem consideradas como outras tantas incapacidades , porque as noções do Projecto á tal respeito são tão escuras e vagas , que no Art. 361 ainda achamos uma outra especie de incapacidade com o nome de *accidental* , onde nem ao menos transparece a idéa de prohibição alguma. Trata-se ahi do direito de rescindir os actos e contractos celebrados por pessoas accidentalmente privadas do uso da razão por algum accesso de delirio , embriaguez , ou

outra causa semelhante; desmembrando-se este assumpto da Part. 2.ª Liv. 2.ª Tit. 1.ª sobre os contractos, onde precisamente se falla da rescisão destes. E por demais, collige-se dos Arts. 771 e seguintes, que o Projecto nem soube distinguir a acção de rescisão da acção de nullidade. Ora ninguém ignora que a rescisão sempre suppõe um acto valido, posto que vicioso e annullavel.

Tomando o fio cortado com esta pequena digressão, resta fallar da espantosa hypothese do Art. 362, de onde surge a idéa medonha de uma completa perda dos direitos civis; e não se persuade o nobre Apostillador de que vamos entretê-lo com essas bellas passagens de Oradores Francezes, que tem assombrado a famosa — *morte civil* — com negras pinturas da — *inhumação do homem vivo!* — da *consubstanciação da liberdade com a escravidão!* — da *coexistencia da vida e da morte!* — Nosso estylo é raso, o palavrorio nos agrada muito menos que a investigação da essencia das cousas; e permitta-nos o respeitavel redactor do Projecto, que confrontemos esse Art. 362 com as suas proprias idéas, e com a Carta Constitucional de seu Paiz.

Se tambem é incapacidade a perda de todos os direitos civis, como está escripto nesse Art. 362, por ser a completa ausencia de capacidade o estado rigorosamente opposto ao da capacidade civil; escolha-se uma de duas. — Ou houve erro no Projecto, quando admittio tantas e tão variadas especies de incapacidades isentas da inteira perda de direitos; ou então o Projecto erra agora, e o

seu autor não deve levar á mal, que seja para sempre riscado esse pavoroso Art. 362.

Se devemos confiar nesses thesouros de philosophia de direito, que o nosso illustrado adversario espargio em sua Apostilla. e cujas preciosidades aproveitara para o seu Projecto; cremos que, sob pena da mais redonda incoherencia, não hesitará na escolha do louvavel expediente de apagar as letras dessa disposição feroz, que o reduz á não poder justificar-se. Senão pelo amor da humanidade, ao menos pelo amor da logica!

Tendo-nos ensinado a Apostilla, — que a capacidade juridica é só uma e indivisivel, — que é a *prerogativa inaufervel* do homem, como ente livre e intelligente, — que o homem é sempre a pessoa; forçoso é convir, que não ha hypothese possivel, em que o homem não seja pessoa, em que o homem perca essa *prerogativa inaufervel* do ente livre e intelligente. O *inaufervel* da Apostilla é inconciliavel com o *aufervel e auferido* do Art. 362 do Projecto. Ser e não ser é impossivel.

Tendo legislado o Projecto no Art. 1.º (devêramos dizer doutrinado), que somente o homem é susceptivel de direitos e obrigações, e que nisto consiste a sua capacidade juridica; — no Art. 2.º, que a capacidade civil consiste nos direitos e obrigações das relações reciprocas dos cidadãos entre si, como meros particulares; — no Art. 4.º, que o homem tem direitos e obrigações que resultão immediatamente de sua propria natureza, — e no Art. 5.º, que a lei civil nada mais faz do que reconhecer e

regular todos esses direitos e obrigações; parece que essa capacidade jurídica e capacidade civil, que são a personalidade humana, ou pelo menos que essas faculdades, que resultão immediatamente da propria natureza do homem, não podem ser aniquiladas pela legislação. Se a lei civil reconhece e regula direitos, a lei civil certamente não os pôde extinguir. Modificar e aperfeiçoar não é destruir.

Ninguém melhor do que a Apostilla dá realce à essas boas doutrinas, e com estylo mais persuasivo.

« O douto censor (diz ella) labora n'uma deploravel confusão de idéas. Confunde a constituição dos direitos, com as garantias dos mesmos direitos; não distingue, como devêra, os direitos que se adquirem *mediata* ou *imediatamente* por disposição da lei. O erro nasce de estar persuadido que não ha direito, que não seja creado pela Lei Civil, o que conduz ao grave absurdo de suppôr, que os mesmos direitos naturaes são creados pela Lei Civil, — quando esta Lei não faz mais que reconhecê-los e garantil-os...

« Se a Lei Civil é que crea esses direitos, teremos que *poderá o legislador dispôr, como bem lhe parecer, da pessoa e bens do cidadão, — deixal-o livre ou fazê-lo escravo, — espolial-o em seu proveito ou de outrem, sem que possa haver impedimento racional, ou motivo para queixa...* A *escravidão, o confisco, tudo emfim que fôr estabelecido pela Lei, será santo e justo. Para nós o direito (e esta é a opinião geralmente seguida pelos escriptores da philosophia do direito) preexiste à Lei*

Civil: *a Lei não faz mais que prestar-lhe a sua sanção, o apoio da força social, e regular o seu exercicio.* »

Em outro lugar a Apostilla exalta-se ainda com mais elegancia.

« Não é cousa indifferente aos interesses praticos da vida — *que o Direito não é meramente obra da lei* — ; antes pelo contrario, se ha algum principio que deva ser continuamente, e por todos os modos possiveis, proclamado e sancionado, esse principio é este sem duvida. Desde o momento em que o legislador se persuadir, que é a sua vontade que constitue o direito, ou os subditos assim o acreditarem, *aniquilada está a dignidade moral do homem*, — a sociedade não será mais que um *rebanho de escravos* à disposição de um *despota*, — que este seja singular, ou collectivo, pouco importa.

« O caracter essencial do Direito, o que constitue a sua santidade, *não está na vontade caprichosa de quem manda*, — está nos fins racionais do ser humano, nos principios da equidade e do justo. A lei que offende estes principios não é verdadeiramente lei, é um mero acto de violencia que se sustenta pela força, mas que não constitue direito... E' por isso que, enumerando no Art. 4.º os direitos de que o homem é susceptivel, e que tinham de ser desenvolvidos no Codigo, dissemos no Art. 5.º — *A Lei Civil reconhece e regula todos estes direitos e obrigações, etc.* »

Quando se acaba de ouvir todas essas tiradas, reproduzindo sempre o mesmo pensamento em um oceano de

palavras; e em seguida se passa á ler o Art. 362 do Projecto, com os seus échos nos Arts. 1895 § 2.º, 1909 § 2.º, e talvez em outros, onde se manda que hajão homens despojados de todos os seus direitos civis, quem resistirá ás impressões do mais repugnante contraste? Quem não dirá que o Projecto tem feito mais alguma cousa do que reconhecêr e regular direitos? Quem não sentirá nesse Art. 362 o golpe tremendo de uma *vontade caprichosa*, — que *dispôz como bem lhe pareceu da pessoa e bens do cidadão*, — que de *livre* o converteu em *escravo*, — e que ousou *espoliar-o em seu proveito ou de outrem?*

Explicava-se no Direito Romano o estado da escravidão pela differença entre *homem e pessoa*. Ora, se o Art. 362 tem introduzido um caso em que o homem não é pessoa, visto que não é *pessoa* aquelle que não tem direitos alguns; salta aos olhos, que o Projecto quer civilisar Portugal com esse — *progresso retrogrado* — de mais de vinte seculos, segundo a expressão de Marcadé —, restaurando parcialmente o systema da escravidão, reduzindo uma sociedade do seculo XIX á um *rebanho de escravos*.

Se esse Art. 362 ordena, que os herdeiros do condemnado á pena de morte tomem conta de seus bens, como se fallecido fôra; e se o Art. 2121 manda deferir a herança á Fazenda Nacional, quando não hajão herdeiros descendentes, ascendentes, ou transversaes, ou não haja conjuge sobrevivivo; é claro, *que se tem espoliado o cidadão em proveito da Fazenda Nacional, ou de outrem*; é claro, que se tem restabelecido o confisco da Ord. L. 4º T. 81

§ 6º, e L. 2º T. 26 § 28, com violação temeraria do Art. 145 § 20 da Carta Constitucional. Essa espoliação opéra-se pelo *despotismo* de privar o cidadão de todos os seus direitos, e consequentemente do de fazer testamento, impedindo-se que elle deixe seus bens á quem lhe aprouver.

Bem se vê que nada inventamos, que restrictamente, e com a logica mais severa, avaliamos o Art. 362 do Projecto pelas proprias disposições do mesmo Projecto, e pelas proprias idéas, pelas proprias palavras da Apostilla.

A escravidão, segundo o antigo Direito Romano, como consequencia de certas penas — *servitus pœnæ* —, resultava da suppressão completa da capacidade juridica — *capitis diminutio maxima* —. Contra essa magna decapitação, — contra essas *diminuições de cabeça*, sublevou-se a Apostilla em tom magistral. O Projecto ao contrario faz revivêr essa pleníssima incapacidade, e pelo identico motivo da *servidão da penal*. Elle aperfeiçoa e melhora a legislação de Portugal com essa instituição odiosa, á que se tem dado o nome de — *morte civil*.

Todos sabem, que tal expressão metaphorica não existe no Direito Romano; — que foi introduzida na doutrina e na legislação, sobretudo em França, por uma impropria deducção da theoria da — *capitis diminutio* —. O que se teve em vista foi, 1º — a perda simplesmente (*salva libertate*) do direito de cidade — *capitis diminutio media* —, 2º — a escravidão das penas, um dos casos da — *capitis diminutio maxima*.

A *escravidão das penas* havia sido abolida pelo Imperador Justiniano na Novel. 22 Cap. 8º, e antes delle por Valentiniano na L. 8ª de pæn. do Código Theodosiano. O nosso Mello Freire havia advertido, que tal *servidão* nunca houve em Portugal. Lutavão ultimamente os Jurisconsultos Portuguezes, para se descartarem da praga da *morte civil*, com a inadvertencia da Ord. L. 4º T. 81 § 6º, que fallou em *servo da pena*; com os fugitivos échos da Ord. L. 5º T. 120, e 126, e da Cart. Reg. de 16 de Dezembro de 1615; e com a outra inadvertencia ainda mais censuravel do Art. 818 do Cod. do Com. E quando, emprehendendo-se uma legislação nova, devêra-se aproveitar o ensejo para extirpar de uma vêz essas duvidas e esse mal; eis que surge o Projecto com o seu Art. 362, falsêa as esperanças, e lavra á final sua sentença de morte!

No Direito Francez, mais que no de outro qualquer paiz, foi que essa planta bastarda poudede medrar e florescer. O Código Napoleão fulminára a *morte civil* (hoje nominalmente abolida pela Lei de 31 de Maio de 1854) como consequencial de varias condemnações pnaes; mas a morte não era completa, não era verdadeira imagem da morte natural. Fêz-se um catalogo especial dos direitos, que essa *semi-morte* envolvia; e esta legislação detestavel repousava em uma ridicula differença de *direitos naturaes* e de *direitos civis*, impropriamente dedusida da distincção romana entre o — *jus gentium* e o — *jus civile*.

Não é esta certamente a *morte civil*, que o Projecto admite, como em verdade nos diz a Apostilla, pois que sómente priva dos direitos civis o condemnado á pena ultima, ao passo que o Código Napoleão infligia a privação de taes direitos á outros condemnados.

Mas, se por este lado o Projecto fez menos do que aquelle Código, e outros que o imitarão, debaixo de outro ponto de vista fez muito mais, foi além de todo o rigor. *Direitos civis* para o Projecto não são sómente esses que a legislação franceza tem designado, não são sómente esses direitos que os Escriptores Francezes tem vagamente discriminado como mais accessiveis á vontade arbitraria do legislador. Para o Projecto são *direitos civis* (Art. 3.º) todos os que concernem ás relações reciprocas dos cidadãos entre si, — tambem esses direitos (Art. 4.º) que resultão immediatamente da propria natureza do homem, — e que a legislação civil (Art. 5.º) apenas reconhece e regula.

Assim que, mandando o Art. 362 que o condemnado á pena de morte perca *todos os direitos civis*, ficão envolvidos nessa perda total tambem os mencionados direitos que immediatamente resultão da natureza do homem, — os proprios direitos originarios de que tratão os Arts. 382 á 390! E pois que ahi *se legisla*, que são direitos originarios o de comer, pensar, fallar, e andar; segue-se que de tudo isto se tolhe ao homem condemnado á pena ultima, como se elle não vivesse, como se elle houvesse logo morrido desde o instante em

que a condemnação passou em julgado ! Que olympto tão incomprehensível , que troca a vida em morte , e a morte em vida !

O perdão concedido pelo Poder Moderador (Art. 380) isenta os réos da pena perdoada , e da privação dos direitos civis connexa com a mesma pena ; e ahí temos um môrto que resuscita , e que resuscita porque em verdade ainda não havia soado a sua hora fatal ! A' tanto chega a omnipotencia do Projecto !

Assaltou-nos o momentaneo escrupulo de estarmos fazendo ao nobre autor do Projecto uma grande injustiça , porquanto vemos que o Codigo Penal Portuguez , tendo já estragado a Carta Constitucional , acha-se até certo ponto em accôrdo com as falsas idéas do Projecto. Estaria o Sr. Seabra autorizado para codificar livremente e fazer *taboa rasa* ? Dar-se-lhe-hia inteira liberdade , salva a Carta ? Impôr-se-hia à sua honrosa commissão a clausula de respeitar as idéas já infelizmente adoptadas no Codigo Penal ?

Seja o que fór , o Sr. Seabra não protesta contra a ruina das instituições fundamentaes do seu Paiz. Pelo contrario, o Sr. Seabra nos informa em sua Apostilla que fóra um dos ferozes iconoclastas , — elle comparte e approva tudo quanto se fêz no Codigo Penal ; — elle faz mais ainda , pois que prosegue na mesma obra de destruição !

O Artigo 52 do Codigo Penal havia legislado , que o condemnado à pena de morte perde a propriedade,

posse , e administração de seus bens , — que não pôde fazer testamento, sendo de nenhum vigôr o que já tiver feito. O Art. 362 do Projecto requinta a barbaridade , generalizando esses effeitos da pena de morte *quoad bona* , e fulminando a perda completa dos direitos civis que elle definira !

O Art. 55 do Codigo Penal havia dito , que os bens do condemnado à pena de expulsão do Reino fossem regidos como os dos ausentes. Os Arts. 373 e 374 do Projecto accrescentão , que os condemnados desta classe percaõ — *os direitos civis privativos dos Cidadãos Portuguezes* ! Quaes serão esses direitos civis privativos da nacionalidade portugueza ? Quaes serão (Art. 19) esses direitos , que a lei civil reconhece e protege , e de que sómente os Cidadãos Portuguezes podem gozar ? Não os conhecemos , e veremos depois como nisto se houve o Projecto.

Essa deploravel confusão de idéas arrastou o Projecto (Arts. 20 à 25) à tratar do — como se adquire , e se perde , a qualidade de Cidadão Portuguez ; e para que não repetisse *ipsis verbis* a integra dos Arts. 7.º e 8.º da Carta (o que aliás só lhe era permitido , posto que sem necessidade ou utilidade), variou de phrase, aperfeiçoou a Carta com alguns retoques , e mesmo com alguma cousa de novo ; e tambem inutilmente reproduzio o que já estava legislado sobre naturalisações de estrangeiros , assumpto que só pertence ao Direito Publico.

Pelo Art. 7.º § 1.º da Carta são cidadãos portuguezes os nascidos em Portugal, ainda que o pai seja estrangeiro, uma vez que este não resida por serviço de sua nação. A Carta não diz mais nada, não impõe condição de natureza alguma; entretanto que o Art. 24 § 1.º do Projecto addiciona a clausula de uma manifestação, ao tempo da maioridade ou da emancipação, perante a municipalidade do lugar do domicilio eleito.

O Art. 8.º da Carta só enumera tres casos, em que se perde os direitos de cidadão portuguez; o Art. 24 § 4.º do Projecto accrescenta um quarto caso, que é o da mulher portugueza que casar com estrangeiro. A perdida qualidade de cidadão, segundo a Carta, não é susceptivel de recuperação; o Projecto nos Arts. 24 e 25, permite recuperal-a, introduz dous modos de reabilitação.

Lamentamos do fundo d'alma o estado da Legislação Portugueza, o erro das doutrinas que tem infelizmente prevalecido, os estragos desse magestoso edificio a que ainda se dá o nome de — *Carta Constitucional*! — No Brasil tambem pouco se estuda, o espirito é naturalmente preguiçoso; e, por demais, os encantos do ar livre, o azul dos céos, o brilho das estrellas, os gostos da moderna sociedade, são outros tantos algôzes da verdadeira sciencia. Mas, por acaso talvez, ou antes por timidez, as cousas não chegarão ainda ao ponto de lacerar-se a Lei Fundamental nas proprias leis, que a devem mantêr illesa em todas as suas applicações.

Tratando da *morte civil*, os Jurisconsultos Portuguezes, ou erravão, ou mostravão-se perplexos, curvando a cabeça ante esse inextricavel Art. 8.º da Carta, que designava casos de perda dos direitos de cidadão. Elles raciocinavão assim: — os direitos do cidadão são *politicos*, ou *civis*; e como a Carta não distingue, a perda dos *direitos civis* é possível. — Tal foi mais ou menos a mesquinha logica de Liz Teixeira, Correia Telles, e Coelho da Rocha. Tal foi provavelmente (se não houve merò descuido na copia material do Art. 2003 do Codigo Civil Francez) a persuasão do Art. 818 do Cod. do Com., e do Art. 157 do Cod. do Com. do Brasil.

Livrou-se a Apostilla desse escôlho, accusando a *leviandade* do douto censôr do Projecto, procurando explicar a Carta pelas Ordenações do Liv. 5.º, e soberanamente affirmando que o Art. 8.º não cogitou senão dos *direitos politicos*, e não dos *civis*. — Muito bem: o mesmo já havia dito Silvestre Pinheiro, que fallou como publicista, e não no rigôr de uma interpretação juridica; e nós com isso nos contentariamos, se a hermeneutica do Projecto, da Apostilla, e do Codigo Penal, não fosse ainda mais desastrosa e ameaçadôra, do que a outra que se rejeita.

Quem suppunha erroneamente, que se podia perder os *direitos de cidadão*, de que falla o Art. 8.º da Carta, (não os *politicos* e *civis*) ao menos mostrava-se consequente; e parco, não admittindo que, além dos tres casos ali designados, houvesse algum outro caso possível de perda completa de direitos. Os sectarios porém da nova escola, se restrin-

girão a significação das palavras—*direitos do cidadão*—, não foi para sob o mesmo pensamento deduzirem conclusões menos amplas, e só limitadas aos *direitos politicos*, senão para ficarem na mais infrene liberdade, dispondo dos *direitos politicos* e *civis* como melhor lhes parecesse.

Desvanecido o arguido erro da lata intelligencia do Art. 8.º da Carta, nada menos se devêra concluir do que a impossibilidade de perder-se absolutamente os *direitos civis*, logo que se reconhece que delles não cogitara a Carta. E quanto aos *direitos politicos*, haveria então perfeito accôrdo, ficando para sempre entendido que só nos três casos do mesmo Art. 8.º e em nenhum outro mais, poderia a sua perda ter lugar. E' o que se tem entendido no Brasil.

Não obstante, porém, haver só um caso á face da Carta—o do banimento por sentença—, em que a perda dos *direitos de cidadão* (não dos *direitos politicos* unicamente) é consequencia de uma designada condemnação criminal; nós vemos, que os Arts. 29 n. 6, e 37, do Codigo Penal fizeram da perda dos direitos politicos uma pena principal, assim como que os Arts. 30 n. 3, e 40, fizeram a mesma cousa quanto á suspensão dos direitos politicos. E além disto (Arts. 53, 54, e 57,), commina-se essa perda de direitos politicos como effeito de outras penas.

O Projecto do Codigo Civil no Art. 375 já presuppõe isto mesmo, fallando dos condemnados á perdimento ou suspensão de todos os direitos politicos; e fêz ainda mais legislando novamente sobre a perda da qualidade de

cidadão, e achando o novo caso (Art. 24 § 4.º) da mulher portugueza que casar com estrangeiro. Sobre os direitos civis tambem aggravou a transgressão da Carta, como já notámos, visto que o Cod. Pen., suppôsto decretasse no Art. 52 restricções importantissimas, todavia ainda ficou longe da completa suppressão estatuida no Art. 362 do Projecto:

A simples invocação das regras mais triviaes de hermeneutica, um ligeiro estudo da Carta em sua letra e espirito, e em suas fontes, dissipou de prompto toda essa desordem e confusão de idéas, todas essas temeridades de uma legislação tão subversiva.

E' sabido, que todas as leis de excepção ou restricção não são susceptiveis de interpretação extensiva—*quod contra rationem juris receptum est, non est producendum ad consequentias*—. O Projecto aceita abertamente este saudavel preceito, e no proprio assumpto, de que estamos tratando, estabelece no Art. 11 o que se segue:

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

Segue-se pois, que, sendo a completa perda dos direitos do cidadão a maior excepção ou restricção que se pôde fazer, por ser nada menos que a negação absoluta de direitos, o Art. 8.º da Carta Portugueza não admite por certo qualquer interpretação extensiva, por minima que seja.

Entendendo-se que esse Art. 8.º comprehende, assim os direitos politicos, como civis; evidente é, que, fóra dos tres casos ali declarados, não pôde haver mais caso algum em que o cidadão seja exautorado de seus direitos.

Entendendo-se, que só se refere, como nos diz a Apostilla, aos direitos politicos; tambem é evidente, que por outras causas não se pôde perder todos os direitos politicos, e outrosim que não ha caso algum em que se possa perder todos os direitos civis. Se a Carta não trata dessa absoluta perda de direitos civis, tanto basta para que ella não seja possivel.

Não se diga, como na Apostilla, que — a Carta regula os direitos politicos, e deixa, salvas as garantias que expressamente estabelece ácerca de certos direitos civis, toda a liberdade ao legislador na codificação das Leis, limitando-se á recommendar-lhe (Art. 145 § 17) que as Leis sejam fundadas nas solidas bases da justiça e da equidade —. São estas as palavras da Apostilla.

Por certo, a Carta deixou ao legislador toda a liberdade na codificação das Leis, salvas as garantias estatuidas no Art. 145; porém, se essa liberdade fôr tanta, que venha á supprimir e abolir todos os direitos do homem e do cidadão, quem ousará dizer que se está usando da liberdade deixada pela Carta? A Carta presuppõe, que esses direitos nunca podem ser absolutamente supprimidos (exceptuados os casos do Art. 8.º); e por isso mesmo é que especialmente garante e protege alguns desses direitos. A simples especificação de garantias está bradando,

que a suppressão completa de direitos é impossivel. Quem protege direitos, não quer que elles deixem de existir. Quando não ha direitos, a protecção e garantia tornão-se inuteis, por não terem algum caso de applicação.

E que fóra dos tres casos de perda dos direitos de cidadão do Art. 8.º, e dos dous casos da suspensão do exercicio dos direitos politicos do Art. 9º, não se consente ao legislador na codificação das Leis accrescentar outros casos, ou modificar os exceptuados na Lei Fundamental; dil-o categoricamente o Art. 144, reputando *constitucional* tudo — o que diz respeito aos direitos politicos, e individuaes, dos cidadãos —, e vedando que o *constitucional* seja alterado pelas legislaturas ordinarias.

Se neste assumpto podesse posar alguma nevoa de duvida, a rarefacção seria prompta ao calor da luz historica, consultando-se as fontes do regimen constitucional, que fóra implantado pela vigente Carta de 1826, pela do Brasil de 1824, e pela commum anterior de 1822. A fonte proxima foi a Constituição Hespanhola de 1812, cujas disposições até provisoriamente se adoptou para as eleições das Côrtes de 1821; e no Art. 26 dessa Constituição, bem que já estivesse subentendido, acha-se cautamente estabelecido o que se segue:

« Os direitos de cidadão só podem suspender-se, ou « perder-se, pelas causas enunciadas nos artigos prece-
« dentes, e por nenhumaes outras. »

As fontes remotas são todas essas Constituições, em que abundou a França durante o periodo revolucionario.

E no Acto Constitucional do tempo da republica em 1795 (5 Messidor anno 3°), depois de se ter enunciado no Art. 12 as causas que fazem perder o exercicio dos direitos de cidadão, e no Art. 13 as de suspensão desse exercicio, legislou-se no Art. 14 por este modo:

« O exercicio dos direitos de cidadão nem se perderá, « nem se suspenderá, excepto nos casos expressos nos « dous artigos precedentes. »

E' por estes monumentos do regimen constitucional, e não pelas Ordenações Philippinas do Liv. 5.°, e extractos e notas do Repertorio de Jeronymo da Silva, que se deve procurar entender a Carta Portugueza, e o seu Art. 8.° sobre a perda dos direitos de cidadão portuguez.

Se, nos termos desse Art. 8.° §§ 1.° e 2.° da Carta, não ha outras causas, pelas quaes se possa perder a qualidade de cidadão portuguez, senão a de naturalisação em paiz estrangeiro, ou aceitação sem licença regia de emprego, pensão, ou condecoração, de qualquer governo estrangeiro; manifestamente inconstitucional é o Art. 24 § 4.° do Projecto actual, impondo a perda dessa qualidade á mulher que casar com estrangeiro.

Se, nos termos desse mesmo Art. 8.° § 3.°, não ha outra causa para a perda dos direitos de cidadão por effeito de condemnação judiciaria, senão a do — banimento —; inconstitucionaes tambem são o Art. 362 do Projecto fulminando a perda de todos os direitos civis como effeito da condemnação em pena de morte, e o

Art. 375 adoptando o perdimento de todos os direitos politicos, já legislado no Codigo Penal.

E finalmente tudo quanto existe no Codigo Penal sobre a perda, e suspensão, dos direitos politicos, ou como penas principaes, ou como effeito de outra pena, que restrictamente não seja a de — banimento — ali *nominalmente* substituida, e de *caso pensado substituida*, como nos informa a Apostilla, pela de — *expulsão do reino* —; são repetidos golpes desfechados sobre o corpo exangue da Carta.

Chegámos á duvidar de nossos olhos, quando lêmos na Apostilla, que o pretexto de toda essa invasão fôra o sentido em que se tomára as palavras da redacção do § 3.° Art. 8.° da Carta, onde se diz — *o que fôr banido por sentença* —! Essa redacção envolve o mesmo pensamento da Constituição de Cadiz sobre a — *condemnação a penas afflictivas ou infamantes* —, limitado porém só ao caso da condemnação em pena de banimento; e o Cod. Penal e Apostilla querem que esses banidos por sentença sejam os banidos da Ord. L. 5.° T. 126 §§ 7.° e seguintes! O que ha de semelhante entre os condemnados á pena de banimento, e o caso especial dos réos absentes, processados á revelia, e condemnados em outras penas!

O Sr. Ferrão na sua Theoria do Direito Penal já denunciou essas transgressões da Carta Portugueza, e hoje, em face do Art. 362 do Projecto, terá elle mais razão de dizer, que em Portugal — ficarão existindo *cidadãos livres e cidadãos escravos!*

Manifestemos agora a interpretação que damos ao

Art. 8.º da Carta Portugueza, em tudo igual, nas idéas, e nas palavras, ao Art. 7.º da Constituição do Brasil. Nós entendemos, que esse Artigo nem envolve os direitos civis de que pôde tratar um Código Civil, nem abrange unicamente os direitos politicos; e vamos explical-o como, vamos fallar á consciencia de quem quizer reflectir por instantes.

Se na phraseologia da Carta (leia-se todo o seu Titulo final) não ha outros direitos, senão os *direitos civis*, e os *direitos politicos*; e se, não havendo questao sobre a possibilidade de perder-se os *direitos politicos*, fosse ao mesmo tempo possível a perda de todos os *direitos civis*; resultaria o impossivel intrinseco da existencia de um homem, — de um *homem vivo*, sem ter direitos de natureza alguma! — *Le droit c'est la vie*, disse Lerminier; e agora caberia dizer que a vida é o direito.

Esse impossivel intrinseco não escapou á perspicacia do Sr. Seabra, reconhecendo com muito acerto na Apos-tilla (ao inverso do Direito Francez), que a Carta emprega, a palavra — *cidadão* — para designar simplesmente a qualidade de *portuguez*, e pronunciando-se desta sorte:

« Esta intelligencia é confirmada pelo absurdo que « do contrario se seguiria, pois que, se admittissemos « que a qualidade de Cidadão Portuguez, segundo a « Carta, importava mais que a qualidade de Portuguez » ou politica, teriamos, que o que se naturalisasse, ou » aceitasse emprego, em paiz estrangeiro, perderia, « não só essa qualidade, mas tambem os seus direitos

« civis, — supposição á todas as luzes inadmissivel, pois « seria uma pena enormissima, e sem proporção alguma « com o delicto. »

Prosigamos: se o Artigo 8.º da Carta diz — *perde os direitos de cidadão portuguez*, — e se o Artigo 9.º diz — *suspende-se o exercicio dos direitos politicos* —, e não — *suspende-se o exercicio dos direitos de cidadão* —; é forçoso se nos conceda, que — ou a Carta errou variando levanamente de phrase, — ou então que o Artigo 8.º comprehende mais alguma cousa do que meramente os *direitos politicos*.

Sendo inadmissivel a primeira supposição em um legislador, e, o que é mais, em um legislador constituinte que desempenhava a sagrada missão de lançar os fundamentos de um novo regimen politico; só nos resta a segunda conclusão, que nos impõe o dever de meditar, de investigar, de achar esses outros direitos, que necessariamente abrange o Artigo 8.º da Carta, e que não são *direitos politicos*.

Fixemos primeiro a exacta noção dos *direitos politicos*, para que entremos depois na outra dos *direitos civis*, noção comprehensiva, excluidos os *politicos*, de todos os direitos possíveis do cidadão e do homem.

Se nesta primeira investigação fossemos guiar-nos pelas preleções do Projecto, o problema seria insolvel; pois que nelle se commetteu outro erro grave, e muito estranhavel, na definição de — *direitos politicos*, e de *capacidade politica*.

« São *direitos políticos* (eis o texto do Art. 3.º do Projecto), aquelles, que se referem às relações entre cidadãos e o Estado, sobre cousas de interesse geral; e estes direitos constituem a — *capacidade politica*, e são determinados e regidos pelo Direito Publico Nacional. » Nesta parte o Projecto está em guerra com o Codigo Penal, cuja autoridade legislativa é de sobra para contestal-o, e fazer riscar esse Artigo 3.º.

« A pena da perda dos *direitos políticos* (eis o texto do Artigo 37 do Codigo Penal) consiste na incapacidade de tomar parte por qualquer maneira no exercicio, ou no estabelecimento do poder publico, ou funcções publicas. »

Se pois a *incapacidade politica* refere-se unicamente à esses direitos de tomar parte no estabelecimento e exercicio de quaesquer funcções publicas, está claro, que a *capacidade politica* e os *direitos politicos* não se referem em geral às relações entre cidadãos e o Estado, como aliás nos diz o Artigo 3.º do Projecto.

Verdade é, que esse Artigo 3.º como que exclue a generalidade, tendo annexado as palavras — *sobre cousas de interesse geral* —; do mesmo modo que, definindo os *direitos civis*, annexára tambem as expressões — *como meros particulares* —. Que mysterio será este? O que significará essa giria cabalistica? Fatal illusão! Qual será o direito regido pelo Direito Publico, que não seja de interesse geral? Não haverão muitos direitos de interesse geral, regidos pelo Direito Publico, afóra esses

direitos politicos que tão exactamente frisára o Artigo 37 do Codigo Penal?

Se os *direitos politicos* fossem esses, que definio o Artigo 3.º do Projecto, palpa-se o absurdo de negar aos estrangeiros taes direitos assim definidos, como se entre estrangeiros e o Estado não houvessem relações algumas — sobre cousas de interesse geral —. Sim, os estrangeiros não gozão de *direitos politicos*, porque não podem exercer funcções publicas de qualquer natureza; mas os estrangeiros, como homens, tem direito á protecção do Estado, tem direitos para com o Estado, e por isso mesmo tem para com o Estado obrigações. Elles pagão impostos, e applicão-se-lhes, como aos cidadãos, as providencias das Leis de Policia.

O que apaixonára ao illustre redactor do Projecto foi uma certa belleza, — um certo não sei que de symetria, que se lhe afigurou (Artigo 3.º), entre os direitos politicos e os direitos civis, na mesma proporção do Direito Publico para com o Direito Privado ou Codigo Civil (para elle synonymos). Esta porém não é a nomenclatura, nem da Sciencia, nem das Legislações modernas, nem da Carta Constitucional Portugueza. A divisão do direito — *lei* em nada corresponde á essa divisão do direito — *faculdade*.

Não ha qualificação adoptada para designar toda essa massa de direitos, que enchem a esphera do Direito Publico, e que em cada paiz são regidos pelas Leis Fundamentaes, pelas Leis Organicas, e pelas Leis Administrativas.

E note-se que esses direitos não são sómente os dos individuos para com o Estado, senão também os do Estado para com os individuos.

Separados os direitos do Estado para com os individuos, também não ha alguma qualificação conhecida para designar todos os direitos dos individuos para com o Estado. A variedade de epithetos, que apparecem nas Constituições, e nos escriptos dos Publicistas, indica sempre, — de um lado os *direitos politicos*, como todos entendem, isto é, como faculdades de participar mais ou menos immediatamente do estabelecimento e exercicio do poder e funções publicas; — e de outro lado todos os mais direitos com exclusão daquelles, ou sejam regidos pelo Direito Publico, ou sejam regidos pelo Direito Privado.

Côherentemente a Carta Portugueza e a Constituição do Brasil, não denominão — *direitos* — (na esphera do Direito Publico) as faculdades juridicas do Estado para com os individuos; esses direitos tomão o nome de — *poderes politicos* —. E distinguindo os direitos dos individuos, abstrahem das duas espheras do Direito Publico e do Direito Privado em que estes direitos funcionão, e sob outro ponto de vista concebem duas categorias, — uma dos *direitos politicos* naquella accepção restricta e vulgar, — outra dos *direitos não politicos*. Estes *direitos não politicos* ellas designão indifferentemente pelas expressões — *direitos civis* — *direitos individuaes*.

Como se explica essa deficiencia de termos, e de divisões scientificas e legislativas, para estremar os direitos entre si na mesma proporção divisoria das Leis do Direito Publico e das Leis do Direito Privado? Haverá nisto uma prova do atraso da Sciencia, ou da imperfeição da arte de legislar? Será simples obra do acaso, ou necessario effeito de causas naturaes?

Nos signaes da linguagem, nos trabalhos scientificos, nas instituições dos povos, ha sempre uma tendencia espontanea, quasi que instinctiva, para resultados mais conformes com a natureza das cousas. Quando vos parecer que houve um acaso, uma falta, ou um erro, um capricho, uma imperfeição, não condemnai logo, não sêde precipitados em reformar. Estudai bem as necessidades do ser humano, apreciái com tenacidade suas relações; e não deixareis de achar uma razão sufficiente, uma explicação natural. Guiados por essa luz invisivel, por esse tino ou bom senso, imitando de ordinario o que já se fez, seguimos quasi sempre o melhor, e legislamos com acerto, independentemente de um perfeito conbecimento de causas.

Esses direitos, de que falla o Artigo 3.º do Projecto, concernentes ás relações entre cidadãos e o Estado, não são unicamente, como já notámos, os dos individuos para com o Estado, senão também os do Estado para com os individuos. Ora, se esses direitos são os *poderes politicos*, ou antes *attribuições* dos poderes politicos, assim como as obrigações do Estado são *serviços* desses

poderes, ahí está patente a razão de se os ter separado dos direitos dos individuos para com o Estado, que aliás, como elles, pertencem á esphera do Direito Publico.

Todo o direito é um poder, o poder politico é um direito, um complexo de direitos; mas o poder politico, supposto presuppoha o exercicio do direito politico, ou estabelecendo-o e organisando-o, ou funcionando depois de estabelecido e organizado, não é o proprio direito politico. O poder politico é direito do Estado, o direito politico é direito do cidadão. O poder politico é direito de uma pessoa moral, — da primeira pessoa juridica da sociedade; o direito politico é a faculdade da pessoa natural, que na sociedade vive sob o regimen da instituição politica.

O fim da Sciencia Politica, o fim de todas as Constituições Politicas, é dar garantias á inviolabilidade dos direitos do homem e do cidadão (Art. 145 da Carta). Essas garantias quem as dá é a instituição politica, sua organização, sua acção protectôra. A divisão e harmonia dos poderes politicos (Art. 10 da Carta) é o principio conservador dos direitos dos cidadãos, o mais seguro meio de fazer effectivas as garantias estabelecidas.

O que posto, se a divisão dos direitos fôr feita no ponto de vista dessas garantias, os direitos do Estado para com os individuos, no terreno do Direito Publico, não podem entrar em tal divisão. Trata-se de direitos dos cidadãos, de direitos do homem, de direitos que carecem

de garantias, de direitos effectivamente garantidos pelos poderes politicos; e direitos desta ordem, direitos garantidos, destacão-se naturalmente daquelles outros que garantem, — não podem ser com elles envolvidos.

O Estado só protege direitos, mas nunca os viola, nem pôde violar. O Estado é uma *pessoa moral* ou *juridica*, é uma entidade metaphysica, uma criação ideal, com a perpetua incapacidade de obrar; e os abusos do poder publico não são actos deste, mas de seus agentes, reputados pela legislação penal como qualquer outro agente criminoso.

Os direitos do Estado para com os individuos, — os *direitos garantidôres*, é verdade que tambem carecem de garantias, uma vez que podem ser violados do mesmo modo que os direitos individuaes; mas, aos olhos das leis penaes, estas violações estão no mesmo caso dos outros delictos. O Estado, no ponto de vista dessas garantias, encarados os seus direitos na phase da violação possivel, não tem garantias especiaes e diferentes; porque, estando já no terreno do Direito Privado, sem o seu character de soberania, confunde-se com os individuos na qualidade de pessoa juridica, e tem como elles garantias identicas.

Esta indispensavel distincção e separação dos direitos do Estado para com os individuos, direitos que são attribuições dos *poderes politicos*, deixa vêr a justêza e bom senso da peculiar denominação dada ao ramo da Legisla-

ção, que trata desses direitos em acção. Fallamos do Direito Administrativo. Deixa vêr tambem a razão de se ter legislado neste ramo, expondo-se attribuições e serviços do Poder Executivo em todas as suas gradações, e não direitos e obrigações como se faz no Direito Civil.

Sob o mesmo ponto de vista da possível violação e garantias dos direitos, — não haveria igualmente motivo algum de necessidade, ou de utilidade ao menos, para dividir os direitos do homem e do cidadão em duas porções parallelas da divisão das Leis em Direito Publico e em Direito Privado. Ou estes direitos se refirão ás relações dos individuos com o Estado, ou ás relações dos individuos entre si, a violação não muda de natureza, e nem as garantias são diversas na razão da differença das relações.

Pelo contrario, sob o ponto de vista das Constituições Politicas, era necessario e consequente distinguir os direitos do homem e do cidadão em — *direitos civis* ou *individuaes*, e em *direitos politicos*, porque estas duas classes de direitos não competem promiscuamente á todos os individuos; e quando competem, podem ser negados posto que em mui poucos casos, ou não ser garantidos e regulados com a mesma latitude e da mesma maneira.

Sendo os *direitos politicos* os que conferem ao cidadão a faculdade de participar mais ou menos immediatamente do estabelecimento ou exercicio do poder e funcções publicas, é claro, que só competem aos cidadãos — aos nacionaes, e nunca aos estrangeiros. Entra nesta classe

tudo o que pertence ao exercicio de empregos publicos, até os de mais baixa escala; mas, além desta accepção larga, ha uma outra, restricta, e usual do regimen representativo.

Entre os *direitos politicos*, alguns são de caracter verdadeiramente politico, por facultarem aos cidadãos concorrer para a formação dos grandes poderes do Estado; e estes *direitos politicos* em accepção restricta, que não competem com maior razão aos estrangeiros, tambem não competem indistinctamente á todos os nacionaes. A capacidade de exercêr direitos politicos neste sentido, que é propriamente o que se deve chamar — *capacidade politica*, determina uma distincção entre os cidadãos, qual é a de — *cidadãos activos*, e — *cidadãos não activos*. Nesta ultima classe estão as mulheres, e todos os que não podem votar nas assembléas parochiaes.

Quanto aos outros direitos, — os não politicos que a Carta Portugueza e a Constituição do Brasil denominão — *civis* ou *individuaes*, competem em regra á todos os homens, nacionaes, e estrangeiros, salvas em relação á estes algumas limitações. Estas limitações ou restricções, conforme se dispozer nas Leis secundarias, podem ter lugar, não unicamente na esphera do Direito Civil propriamente dito, senão tambem na esphera do Direito Criminal; não unicamente na esphera do Direito Privado (á que pertencem o Direito Civil e Criminal), senão tambem na esphera do Direito Administrativo, — um dos ramos do Direito Publico. O homem com os seus direitos individuaes não

está sómente em relação com os outros homens , o está igualmente com o poder publico.

Com estas investigações é facil entender a Carta Portu- gueza , é facil conhecer as aggressões já commettidas no Codigo Penal , e as novas torturas que o Projecto lhe prepara. Reuniremos os pensamentos da Carta em uma synthese breve , onde as differentes idéas appareçam em suas gradações , e com as suas antitheses :

Direitos politicos no sentido — Direitos politicos no sentido
restricto. lato.

Direitos politicos no sentido — Direitos não politicos , ou
lato. civis na 1.^a acceção.

Direitos não politicos no — Direitos não politicos no
Direito Administrativo. Direito Privado, ou civis
na 2.^a acceção.

Direitõs não politicos no — Direitos não politicos no
Direito Criminal. Direito Civil, ou civis
na 3.^a acceção.

Direitos civis, propriamente ditos,
regidos pela Legislação Civil.

Se o nobre redactor do Projecto quizer tær a benevo- lencia de lançar uma vista d'olhos sobre esta classificação ligeira , seu espirito o obrigará á inferir uma longa serie de corollarios, alguns dos quaes vamos anticipar.

1.^o — Que a somma de todos os direitos regidos pelo Direito Publico Nacional , e pelo Direito Privado , não é igual á somma de todos os direitos politicos e civis na acceção da Carta , e do Direito Publico Constitucional.

Os direitos do Estado para com os cidadãos , tambem regidos pelo Direito Publico Nacional , e na sua acção executiva pelo Direito Administrativo ; — um dos ramos desse Direito Publico , não entrão na classificação. Esses direitos são *poderes politicos* , são *attribuições* do Poder Administrativo , são *serviços*.

2.^o — Que , prescindindo desses direitos do Estado para com os cidadãos , a somma dos direitos dos cida- ãos para com o Estado , — *direitos politicos* do Art. 3.^o do Projecto regidos pelo Direito Publico Nacional , não é igual á somma dos *direitos politicos* da Carta. A somma destes é menor , porque ha direitos dos cidadãos para com o Estado , regidos pelo Direito Administrativo , que não são *direitos politicos* , e que a Carta chama *civis*. São *direitos civis* na 1.^a acceção da nossa tabella.

3.^o — Que , *vice-versa* , a somma dos *direitos civis* do Art. 3.^o do Projecto, regidos pelo Direito Privado , não é igual á somma dos *direitos civis* da Carta. A somma destes é maior , por isso mesmo que a Carta chama *direitos civis* direitos , que não são regidos pelo Direito Privado , em complexo com todos aquelles que são regidos pelo Direito Privado. Idéa completa dos *direitos civis* na 1.^a acceção da nossa tabella.

4.^o — Que a somma dos *direitos civis* do Art. 3.^o do Projecto , regidos pelo Direito Privado , é igual a uma parte dos *direitos civis* da Carta , á saber , aos *direitos não politicos* na esphera do Direito Criminal , e aos *direitos não politicos* na esphera do Direito Civil.

São estes os *direitos civis* na 2.^a acceção da nossa tabella.

5.^o — Que a somma dos *direitos civis* do Art. 3.^o do Projecto , regidos pelo Código Civil , é igual á uma parte ainda menor dos *direitos civis* da Carta , á saber , dos *direitos não politicos* na esphera do Direito Civil propriamente dito. São estes os *direitos civis* na 3.^a acceção da nossa tabella , — os direitos civis propriamente ditos , — os direitos civis regidos pela Legislação Civil.

6.^o — Que não ha portanto correspondencia alguma entre a divisão das Leis em Direito Publico e Direito Privado , e a divisão dos direitos em *direitos politicos* e em *direitos civis*.

7.^o — Que em consequencia tudo quanto existe no Projecto de *direitos civis* regidos pelo Direito Privado , que não entram na esphera do Direito Civil propriamente dito , — um dos ramos do Direito Privado , é materia visivelmente alheia do assumpto proprio de um Código Civil.

8.^o — Que as palavras do Art. 8.^o da Carta --- *perde os direitos de cidadão portuguez* --- não podem abranger todos os direitos , que a mesma Carta tem garantido ; porquanto todos esses direitos não são direitos privativos dos cidadãos , unicos de que falla aquelle Art. 8.^o Entre os direitos garantidos não ha sómente *direitos do cidadão* , ha tambem *direitos do homem*.

9.^o --- Que estas palavras do Art. 8.^o da Carta tambem não abrangem unicamente os *direitos politicos* , como diz

erroneamente a Apostilla ; pois que , além destes *direitos politicos* só privativos dos cidadãos , ha , e podem haver , *direitos civis* que só os cidadãos possam exercitar , ou exercitar com toda a expansão possivel , e não os estrangeiros.

10.^o — Que estas palavras pois do Art. 8.^o da Carta encerrão uma denominação geral antithetica , para exprimir aquelles direitos , de que só os cidadãos podem gozar , ou estes direitos sejam *direitos politicos* ou sejam — *direitos civis* — *não politicos*.

11.^o — Que , se os estrangeiros nunca podem gozar dos *direitos politicos* , ao passo que em regra gozão dos *direitos civis* , salvas as restricções das leis secundarias ; a idéa de nacionalidade é o fundamento — condição essencial e primordial dos *direitos politicos* , mas não dos *direitos civis* ou *individuaes*. Ninguém pôde exercer *direitos politicos* sem ser nacional , mas para exercer *direitos individuaes* , basta a qualidade de individuo , a qualidade de homem , a qualidade de pessoa ou entidade juridica.

12.^o — Que , se a nacionalidade é a condição dos *direitos politicos* , pois que , perdida a qualidade de nacional , perde-se necessariamente os *direitos politicos* ; a designação da qualidade de cidadão só pertence á Carta , só pertence ao Poder constituinte , e nunca ás Leis secundarias , ao Código Civil , e ás Legislaturas ordinarias. E' expresso o Art. 144 da Carta , declarando constitucional tudo o que diz respeito aos *direitos politicos*.

13.^o — Que , se os direitos politicos são faculdades priva-

tivas da nacionalidade, é impossível perder estes direitos isoladamente, sem se perder ao mesmo tempo a nacionalidade. Os direitos políticos, ficando a nacionalidade, são apenas susceptíveis de suspensão, mas nunca de perda. Eis a razão de ter a Carta no Art. 8.º só designado casos de perda da nacionalidade, ao passo que, tratando distinctamente dos direitos políticos no Art. 9.º, variou de expressões, e só fallou de suspensão.

14.º—Que se attentou portanto contra a legislação fundamental da Carta, estabelecendo-se no Código Penal a perda dos direitos políticos, já como effeito de outra pena, que não a do § 3.º Art. 8.º da Carta; já, o que é mais ainda, como uma pena principal. Que o mesmo attentado se deu, quanto á suspensão dos direitos políticos.

15.º—Que, se o gozo dos *direitos civis* ou *individuaes* é independente da qualidade de nacional, e se porisso não pôde haver caso algum da perda destes direitos individuaes, e tanto assim que a Carta em tal não cogitara; o Projecto viola tambem a Carta, já fulminando no Art. 362 a *perda de todos os direitos civis*, já tratando dos casos de aquisição e perda da qualidade de cidadão portuguez, addicionando e modificando as disposições sagradas da Carta. Pelo Art. 7.º da Carta a mulher portugueza não pôde deixar de gozar dos *direitos politicos* na accepção lata da nossa tabella; e o Art. 24 § 4.º do Projecto não quer isso, porque tira-lhe a qualidade de reinicola pelo facto de se casar com estrangeiro.

Todas estas transgressões da Carta, todas estas aberrações,

são desastrosos effeitos de um veneno infiltrado pelo Direito Francez, com os seus innumerados expositores e commentadores. E' raro que os Jurisconsultos, ainda mesmo tratando da theoria geral da Sciencia, não tinjam seus escriptos de uma côr local do Direito de seu Paiz! Imitou-se a *degradação civica* das Leis Francezas, o privilegio de certos *direitos civis* que o legislador á seu talante pôde conceder ou negar, e que os estrangeiros—entes de outra especie—não tem a fortuna de gozar. E todas estas bellas producções são fructos de uma semente velha do antigo Direito Romano,—com o seu—*jus quiritorium*,—*jus proprium civium romanorum*, como o seu—*jus civile quod quisque populus ipse sibi constituit*—, em contraposição á um—*jus gentium*.

Examine o Sr. Seabra a legislação administrativa e civil de seu paiz, e instrua-nos sobre esses — *direitos civis privativos dos cidadãos portuguezes* —, de que elle falla no Art. 373 do seu Projecto. Avultarão por tal modo esses direitos que se nega aos estrangeiros, á ponto de ser necessario formar uma categoria excepcional, e introduzir na legislação civil uma differença de pessoas no ponto de vista da nacionalidade? Nós conhecemos mui poucas excepções na legislação de Portugal e do Brasil; e o nosso bom Mello Freire nas suas Instituições de Direito Civil Luzitano já nos havia dito:

« *Neque ad hodiernos mores aptari possunt, quæ Romani de suorum civium jure, non temere aliis concedendo, nimia tenacitate tradiderunt.* »

E se havião esses — *direitos civis privativos dos cidadãos portuguezes* —, se taes direitos estavam na legislação e nos costumes de Portugal, a occasiao era azada, para que o Projecto as indicasse agora em um capitulo especial; o que tanto mais se devêra esperar, quanto era consequente que assim o fizesse, tendo mettido a fouce na alheia seára da Carta Constitucional, e tendo tratado nos Tít. 2.º e 3.º da Part. 1.ª da aquisição e perda da qualidade de cidadão, e no Tit. 5.º dos estrangeiros residente sem Portugal. — *Nihil, præterea nihil* — Nada se diz, nada se sabe, sobre esses — *direitos civis privativos dos cidadãos portuguezes* —, de que dá falsa noticia o Art. 373!

Pelo contrario, o Art. 28 contém a disposição seguinte:

« Os estrangeiros residentes em Portugal terão os mesmos direitos e obrigações civis, que os cidadãos portuguezes, emquanto aos actos que houverem de produzir seus efeitos neste Reino, excepto nos casos em que a lei expressamente determine outra cousa, ou se existir tratado ou convenção especial, que determine e regule de outra fórma os seus direitos. »

E quaes são esses casos exceptuados, em que a lei tem determinado outra cousa? A disposição do Art. 32 sobre a capacidade civil dos estrangeiros regulada segundo a lei do seu paiz, não é restrictiva e odiosa, senão um effeito da natureza das cousas, — uma consequencia do *statuto pessoal*, sempre inseparavel da pessoa. A unica disposição excepcional e desfavoravel aos estrangeiros é

a do Art. 34, obrigando-os á prestar fiança ao julgado, quando intentarem algum pleito.

Pelo contrario, sendo contestavel que a tutela dativa possa ser exercida por estrangeiros sob pretexto de haver ahi um munus publico, o Projecto, que aliás não olvidou essa idéa, como já o havia feito o Codigo Penal, equiparando (Arts. 363 e 375) o direito de ser tutor e curador aos direitos politicos, todavia abstêve-se no Art. 239 de contemplar essa incapacidade entre as outras, de que ahi se faz menção.

Outras excepções poder-se-hia têr feito, quanto á mineração, terrenos diamantinos, liberdade de imprensa, propriedade litteraria (materias que não pertencem á um Codigo Civil); entretanto que diz o Art. 491 do Projecto que á todos, ou seja Portuguez ou estrangeiro, é permitido fazer pesquisas superficiaes; o Art. 512, que se concede minerar á todo o particular, ou companhia nacional, ou estrangeira. Os Arts. 662 e seguintes, e os Arts. 700 e seguintes, não poem péas á propriedade litteraria e artistica, nem tao pouco á propriedade dos inventos. Apenas o Art. 726 impõe aos inventores estrangeiros a assignatura de um termo de sujeição ás leis do Reino, para que possam obtêr carta de privilegio.

Não passa, portanto, de mero *espanta-lóbos* essa indicação do Artigo 373 sobre — *direitos civis privativos dos cidadãos portuguezes* —; sendo muito digno de reparo, que esses — *direitos civis privativos* — fossem exhumados da antiga Legislação Romana, e transportados

da Legislação Franceza ; ao passo que na perda delles unicamente não é que consiste a — *morte civil* — do Artigo 362! A barbara lei não admittio ahi distincção de direitos civis, fulmina uma perda completa, sem dispensar ao menos esses *direitos originarios* do Artigo 382, entre os quaes lá foi até (Artigo 385) o *pensamento*, cujo sacrario só á Deos pertence!!!

Imbuído em tão falsas idéas, um nosso mui respeitavel publicista, — o Sr. Pimenta Bueno, tambem entendeu na sua ultima obra — *Direito Publico Brasileiro* —, que a qualificação da nacionalidade não pertencia á Carta, e podia ser alterada por lei ordinaria; — que havia um Direito Civil de pura nacionalidade. Preoccupações vâas ! Deos nos livre, de que tão erroneas doutrinas sejam acolhidas ! O Direito Civil, — direito da familia, e da propriedade, é o direito de todos os homens. O direito tende á unidade.

Rio de Janeiro 21 de Maio de 1859.

III.

ULTIMAS PALAVRAS

— *Pluet super eos laqueos* — : non sunt autem peiores laquei, quam laquei legum.

BACON, *Aphor.* 53.

ULTIMAS PALAVRAS

Os elementos constitutivos de todas as relações jurídicas, e portanto das relações jurídicas na esfera do Direito Civil, são—as *personas*, e as *coisas*, de que se compõe toda a natureza creada. Até agora nossas observações quasi que têm exclusivamente recaído sobre o primeiro desses elementos, e resta ainda tratar do outro; resta examinar também qual o regimen, á que o *Projecto do Código Civil Portuguez* tem submettido á constituição e movimento da propriedade. Na época em que vivemos,—época do commercio,—do credito, e—da circulação livre e segura de todos os capitães; esta é sem duvida a parte mais interessante de um Código Civil.

Que é a *propriedade*? Eis uma das primeiras questões, que á si mesmo deve propôr todo aquelle, que se quizer habilitar para a delicada tarefa de redigir a legislação civil de um povo; — todo aquelle, que, bem

penetrado da immensa responsabilidade perante Deos e os homens dessa tão ardua commissão, aspira a doce recompensa de uma consciencia satisfeita.

E' de mister que não se poupem esforços, é de mister exaurir as potencias d'alma; porque um erro, uma noção falsa, é sempre a causa de muitos erros, é um pomo fatal das mais serias calamidades.

Propriedade, — palavra flexivel, tão estudada pelo homem de sciencia, tão meditada pelo philosopho, tão ameaçadora para o estadista europêo, como intuitivamente comprehendida pelo mais rude proletario! — *Isto é meu!* — Eis a linguagem do povo, eis a phrase de todos os paizes, e de todos os dias. Eu trabalharei, trocarei o producto do suor de meu rosto por uma côdea de pão; esse pão será *meu*, matar-me-ha a fome, e a fome de meus filhos! Se eu muito trabalhar, muitas cousas adquirirei; e tudo isso será *meu*, para o amparo da velhice e da enfermidade, para a futura subsistencia da familia!

O Direito Civil não vai além dessa accepção vulgar, — *vilissima*, dessa accepção de *miseria*; e dessa accepção ao mesmo tempo tão significativa como um grito de triumpho do poder humano, tão preciosa como a identificação do rei da natureza com tudo que o cerca, — como penhór de civilização, — como condição de todo o bem-ser material e moral.

Em geral a *propriedade* é uma qualidade, um attributo inherente á todos os objectos animados e inani-

ados; em relação ao homem particularmente exprime todo o *bem* necessario á vida individual e social; exprime mais particularmente ainda esse *bem humano* em relação especial ás faculdades juridicas de toda a especie, susceptiveis de uma medida de valor.

A *propriedade* do Direito Civil tambem é attributo inherente á existencia condicional do ser humano, — é seu *bem*, — é sua riqueza; mas tudo isto ainda não é a *propriedade* em seu ultimo sentido, ainda não é o *dominio*, ainda não é o direito *absoluto-real*, obrigando á todos, dominando soberanamente os objectos materiaes, marcando os limites do *meu* e do *teu*, e contendo cada um na orbita do que é *seu*.

Este *dominio* das Leis Civis, esta *propriedade* só encarada em relação ao poder immediato sobre as *cousas* na significação natural, obrigando á todos, e n'um estado em que as riquezas do globo, — as riquezas de um paiz, estão mais ou menos apropriadas, — são na maior parte emanações do trabalho, — são por todos ambicionadas, — e provocão portanto continuados conflictos, bem se vê, que não póde existir sem a protecção e garantia da lei, sem uma constituição conveniente, sem um systema bem regulado de seus diversos movimentos.

Não ha ahi sómente o *elemento individual*, não ha o simples concurso de dous ou alguns individuos que trabalharão, e que trocáo entre si o producto do trabalho; ha necessariamente o *elemento social*, elemento juridico por excellencia, sem o qual a *propriedade*, tal

qual é, não pôde ser respeitada, ou antes não existe. O regimen legal está para a propriedade, como a sociedade politica está para a plena realisação e inteiro desenvolvimento de todo o direito.

Quando dous ou mais individuos contractão, quando um vende á outro a sua propriedade, não ha ahi mais, aos olhos do Direito Civil, do que um vinculo que desses individuos não passa. Quando porém, depois dessa venda, ha uma propriedade realmente transferida, ha um dominio effectivamente adquirido ; ahi o vinculo já se tem extinguido, já começa um direito novo, que, sem ligar á ninguem especialmente, liga entretanto á todos, porque todos se devem abstêr de violar a propriedade assim legalmente adquirida, todos devem respeitá-la. E como é que um direito pôde obrigar á todos, sem que de todos seja conhecido ?

Os direitos da personalidade humana, que todos se reduzem ao de *liberdade*, antes de sua projecção sobre as cousas da natureza exterior, tambem obrigão á todos ; mas a manifestação desses direitos está estampada na simples presença do homem com toda a sua integridade physica e moral ; e o homem é a humanidade. Com a propriedade não é assim, porque ella está fóra de nós, ella tem a possibilidade de ser adquirida por todos ; e essa aquisição, essa identificação ou assimilação das *pessoas* com as *cousas*, não podem ser conhecidas senão por signaes bem patentes, e definidos na lei, de que a propriedade tem sido effectivamente adquirida.

Se não houverem essas manifestações externas da transmissão e aquisição da propriedade, se a lei as não houver taxativamente designado, se basta contractar para logo depois do contracto adquiril-a, independentemente da aquisição effectiva e verdadeira, queremos dizer, da posse real ou livre possibilidade de a ter ; e sendo a má fé tao facil, e infelizmente tao commum entre os homens ; qual o meio, qual a providencia, para evitar essas fraudes, para infundir confiança nas relações da vida, para prevenir tantos conflictos ?

E demais, entre o simples contracto, embora perfeito e acabado, que nos confere direito para haver uma cousa da pessoa com quem contractamos, e a real entrega dessa cousa, sua transmissão, e sua material aquisição, vai uma distancia immensa e tao grande como do *ter* ao *não ter*. Uma cousa é ter de facto o objecto material, possuil-o, ou poder possuil-o sem necessidade da mediação de pessoa alguma, obrar *recta via* sobre esse objecto, fruil-o, transformal-o, dispôr d'elle como se quizer ; e outra cousa muito diversa é não ter ainda esse objecto, e não podel-o ter, sem que outrem se preste á entregal-o. Imaginai um individuo com uma somma immensa de valores que tenha de haver de outros, e que nada receba ; e esse individuo morrerá de fome, se o seu credito lhe não valer, ou se o não soccorrer o obolo da caridade.

O que illude nesta materia é que o *direito pessoal* é o meio mais commum para chegar a adquirir o *direito real*.

No contracto de venda, por exemplo, — motivo ordinario dos movimentos da propriedade, o comprador tem o direito pessoal para que o vendedor lhe entregue a cousa vendida; esse direito vem á ser a causa pela qual a cousa vendida terá de ser transferida para o dominio do comprador; e certamente não passará a cousa ao dominio do comprador, sem que o vendedor satisfaça a obrigação de entregal-a.

Ha pois uma natural dependencia entre esses dous direitos de natureza tão diversa, parecendo que o direito real é o producto ou resultado do direito pessoal; mas quem não quererá ver, que, antes de satisfeito o direito pessoal ainda não existe o direito real, — que quando o direito real tem o seu primeiro instante de existencia, já o direito pessoal tem produzido todo o seu effeito, e tem deixado de existir? Se a fé do contracto não fôr desempenhada, se houver mesmo uma impossibilidade casual de levar á effeito a transmissão; o comprador ficará no ponto da pretensão pura e simples, mas não chegará á adquirir propriedade.

Está pois na propria natureza das cousas, além de ser indeclinavel condição de todo o direito absoluto, e necessidade imperiosa para a certeza da propriedade no sentido restricto da Legislação Civil, distinguir bem estas phases, marcar por signaes exteriores, e tão publicos quanto seja possivel, o termo onde acaba o *direito relativo*, e o *direito absoluto* começa; onde fenece o *direito pessoal*, e principia o *direito real*; — a linha divisoria em summa entre a

obrigação e o *dominio*, entre o *titulo de adquirir* e o *modo de adquirir*. Sem a demarcação deste limite não ha constituição de propriedade, em relação á terceiros, o que importa dizer que não ha direito *absoluto-real* de propriedade.

Aquillo que é natural, aquillo que é necessario e conveniente para coexistencia dos homens, coexistencia mantida *a priori* pela noção eterna do direito, e *a posteriori* pelos regulamentos da lei escripta, manifesta-se desde logo na vida dos povos, confirma-se pela historia das instituições juridicas, e pela observação de seu desenvolvimento progressivo.

Os Romanos, que quasi se pôde dizer que não legisláram imitando, e que tratarão do direito com intuição viva aperfeiçoando suas applicações, e suas fórmulas, á par e passo das necessidades que se iam pronunciando, até que o elevarão ao modelo da codificação de Justiniano, — typo universal do direito moderno; — nada deixarão á desejar nos factos de sua historia, para que as gerações futuras conhecessem bem a fundamental differença entre o *direito pessoal* e o *direito real*, e quanto importava legalmente estremal-os para a boa ordem da sociedade, para a tranquillidade de todas as relações.

Nos primeiros tempos daquelle povo-rei, em que havia uma propriedade privativa dos cidadãos romanos, — um *dominio quiritario*, — uma distincção de *res mancipi* e *res nec mancipi*, a transmissão desse dominio verificava-se pelos modos mais publicos e solemnes. Quanto ás

cousas moveis, a apprehensão manual (*manu capere*) era sempre indispensavel, e quanto ás immoveis havia a formula sacramental da *mancipação* (*mancipatio*) perante cinco testemunhas, e da *cessão jurídica* (*in jure cessio*), — uma especie de reivindicção simulada, em tudo semelhante ao que ainda hoje se pratica na Inglaterra.

Não se dava nisto, como pensão alguns Escriptores Francezes, uma simples transmissão material de mão á mão quando esta era possível, ou um formalismo inutil e grosseiro, apto á impressionar os sentidos em uma sociedade nascente, e pouco civilisada. O que só determinára essas fórmulas ou modos de transferir a propriedade, embora até certo ponto se resentssem da rudêza dos tempos, foi a necessidade de um signal exterior e publico que revelasse á sociedade as diversas mutações do dominio.

Pelo que respeita á propriedade movel, de facil transporte, rapida circulação, e prompto consumo, não se pôde negar que a transmissão manual é com effeito o meio mais natural de significar que ella tem passado de um proprietario á outro. A posse é o estado preparatorio, a condição preliminar para o exercicio do dominio, é logo immediata e prompta quanto á uma infinidade de objectos moveis indispensaveis á vida quotidiana; e a posse desses objectos não se transfere, e não se adquire, senão pelo meio de operações manuaes.

Pelo que respeita á propriedade immovel, que já não se presta á taes facilidades, ao passo que tambem carece das mesmas manifestações externas para advertencia da

sociedade; não podia deixar de acontecer, que nos modos dessas manifestações houvesse alguma cousa de mais ou menos arbitrario, — de pura convenção ou uso, comtanto que se dessem factos bem positivos e conducentes á fazer notorios os direitos de dominio. Eis a razao da variedade de formulas, que nas differentes legislações se tem ligado á translação do dominio dos immoveis. Abstrahindo porém dessa differença de manifestações physicas, o pensamento dominante dellas tem sido sempre identico.

A' proporção que os Romanos forão communicando com os estrangeiros, á medida que o commercio e civilisação se forão desenvolvendo, e que o direito civil privativo dos cidadãos — *jus civile* — se foi approximando do direito de todos os homens — *jus gentium* —, operou-se surdamente uma fusão da propriedade, sem distincção de individuos e de localidades; e o meio da — *tradição* — foi admittido como sufficiente para transferir os immoveis, da mesma maneira que já o era em relação aos moveis. Não havia igual possibilidade, mas aquillo que naturalmente não se poude conseguir, realisou-se por meio de symbolos e de ficções.

As transacções da vida certamente ganhãrão por este meio uma grande facilidade, entretanto a *tradição*, que produzio este bem, ficou mui longe de substituir as antigas formulas, e de preencher o grande fim que as havia motivado.

E' tudo quanto se pôde increpar á *tradição*, applicada

como foi aos objectos immoveis; mas o que não soffre questão é que nella estava o regulador, que marca o limite — onde a propriedade começa, quando tem sido transferida por um proprietario anterior. As novas e bem conhecidas formulas do Direito Feudal, que tanto medrão na Allemanha, e em parte da França, são uma prova desse bastardeamento, que é só o que se pôde arguir.

Essas boas normas de Direito Romano transmittirão-se para o Direito de Portugal. Na primeira codificação, que foi a das Ordenações Affonsinas, a *tradição*, entrega, e posse, das cousas ou moveis ou immoveis, precedida por um titulo de venda, e pagamento do preço respectivo, foi adoptada como principio determinante da transferencia e da legitima aquisição do dominio. Prevaleceu a regra fundamental da L. 20 Cod. *de pactis — traditionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur* —; e dessa regra derivou por corollario a salutar providencia que devia dirimir os casos possiveis de conflicto, sempre que alguém fosse victima da má fé de um transferente illicidor.

Vendida a mesma cousa á duas differentes pessoas, determinou sabiamente a legislação que preferisse aquelle dos compradores á quem primeiro se fêz a entrega. Tal era a disposição do Direito Romano, que passou para as Partidas de Hespanha (veja-se a 5.^a Partida Tit. 5.^o Lei 50); e essa mesma disposição é a que se acha no Liv. 4.^o Tit. 42 das sobreditas Ordenações Affonsinas. O Codigo Manuelino Liv. 4.^o Tit. 28 repropuzio exac-

tamente a mesma providencia, e o mesmo se tem legislado no Codigo Philippino Liv. 4.^o Tit. 7.^o, que ainda hoje nos rege.

No Alv. de 4 de Setembro de 1810 o legislador portuguez reconhece de plano a sabedoria do grande principio da *tradição*, applica-o em todo o rigor nas vendas feitas — *habitu fide de pretio* —; e ultimamente esse bom principio apparece no Codigo vigente, organizado por José Ferreira Borges, regulando o jôgo de todas as relações commerciaes.

Sendo este o Direito Civil de Portugal, sendo este o regimen de propriedade em que os Portuguezes até hoje têm vivido, e regimen tao natural, tao politico, e tao protectôr; que é o que se devêra esperar da codificação nova, realisada pelo Sr. Seabra? Teria elle procurado melhorar essa legislação, substituindo o imperfeito modo da *tradição* applicada aos immoveis, por algum outro debaixo da mesma idéa, mas preenchendo melhor o seu fim? Teria elle imitado o que ultimamente se tem feito em todas as legislações modernas, que, desperdadas pelas vantagens de um bom regimen hypothecario; crearão um registro geral, onde todos os direitos reaes sobre immoveis forão expostos á luz da publicidade, para que produzissem effeito em relação a terceiros?

Tratando da venda das cousas moveis, o Projecto falla da *entrega* dellas; e de sua *tradição*, por estes termos:

Art. 1634. — A *entrega* das cousas moveis effectua-

se pela *tradição*, ou pelo facto de serem postas á disposição do comprador.

E da venda das cousas immoveis, tambem dispõe o seguinte :

Art. 1636. — A *entrega* dos immoveis, e *direitos*, considera-se feita, logo que o vendedor *entrega* ao comprador o respectivo titulo, abandonando-lhe o gôzo da cousa, ou do *direito*; á não haver estipulação em contrario.

Isto coincide com outra disposição concernente aos contractos em geral, onde se diz :

Art. 832. — Se o lugar da prestação se não achar designado, e a prestação consistir em *objecto movel determinado*, será feita no lugar em que existisse ao tempo do contracto. Em qualquer outro caso será feita no lugar do domicilio do devedor.

§ unico. — A *entrega dos immoveis* entende-se feita pela entrega do respectivo titulo.

Estabelece-se a necessidade do — *registro publico* — em relação aos immoveis, e ao que se chama — *direitos immobiliarios* —, pelo seguinte modo :

Art. 1643. — Em relação á terceiro, a venda não poderá produzir os seus effectos, sendo de *cousas* ou *direitos immobiliarios*, senão desde que fôr registrada nos termos declarados no titulo respectivo.

E de feito, lá está o Cap. 15 do Tit. 2.º Liv. 2.º Part. 2.ª do Projecto, são estas as indicações do Elencho das materias (divergindo porém das do corpo do

Projecto), onde se trata do — *registro de transmissão de bens, e direitos immobiliarios, por effecto de contracto* —, começando-se por esta disposição :

Art. 1841. — As transmissões por contracto ou partilha amigavel, de bens ou *direitos immobiliarios*, sómente produzirão o seu effecto em relação á terceiro, sendo devidamente *registradas*.

§ unico. — Não são comprehendidos nesta disposição os encargos hypothecarios, que são regidos por lei particular.

Assim adoptada a instituição do — *registro publico* — dos *direitos reaes*, inclusive o da *hypotheca*, parecerá, á primeira vista, que o Projecto está em muito boa paz com o antigo e verdadeiro principio da *tradição*, e que só cuidára de alterar e melhorar a sua fórma, para não ficar áquem do progresso da sciencia legislativa, introduzindo em Portugal o que já existe na legislação de todos os paizes da Europa. A realidade porém muito diverge destas primeiras apparencias.

O que se tem feito em todas as legislações modernas, regulando a constituição e transferencia dos immoveis em relação á terceiros, consiste na manifestação publica de todos os movimentos dessa grande propriedade; já passando do dominio de um para o dominio de outro, já ficando limitada pelo effecto immediato dos diferentes *direitos reaes* (*jura in re aliena*), elementares do mesmo dominio. Nessa manifestação pelo meio do registro dos respectivos titulos, que motivarão taes movimentos, ou

se a consiga pela transcripção em teór, ou pela inscripção em resumo, não se cogitou certamente da pura e simples publicação de semelhantes titulos, senão privativamente da transmissão e encargos da propriedade immovel, resultantes dos mesmos titulos, e só se operando por tal meio. Assim que, esse registro não é mais do que a *tradição* do antigo direito, — do que a substituição de uma fórma por outra fórma mais aperfeiçoada.

Não foi este o pensamento do Projecto, e nem podia sê-lo, uma vez que, tendo commettido o peccado original de saborear o vedado fructo de arvores que não vegetão no solo do Direito Civil, pagára o irremissivel tributo de sua intemperança. O Projecto não cogitou da *tradição* dos immoveis, não têve em vista o facto da transmissão da propriedade immovel, nem da sua limitação por effeito dos *direitos reaes*; porém unicamente quiz dar aos contractos, capazes de produzir taes resultados, e só aos contractos, e à nada mais, uma existencia publica, como é facil conhecer pelas proprias disposições desse Cap. que trata — do *registro*:

Art. 1850. — Os *contractos*, que fôrem registrados dentro em quinze dias da sua data, *produzirão o seu effeito* em relação á terceiro desde a *data do respectivo titulo*.

Art. 1851. — Os *contractos*, que fôrem registrados fóra do prazo sobredito, só *produzirão seu effeito* em relação á terceiro desde a data do registro.

Ora, bem se vê que só se trata ahi de *contractos*, e de

effeitos de contractos; e tanto de al se não trata, que, independentemente do registro, os contractos produzem seus effeitos em relação á terceiros desde as datas dos respectivos titulos, sempre que são registrados nos quinze dias subsequentes. Não seria assim, se esses effeitos em relação á terceiros fossem effeitos do registro, visto ser impossivel que o effeito preceda a sua causa.

Deixemos porém deducções, não carecemos dellas; e appareça já e já, em todos os seus horróres, a medonha revolução que o Projecto está tramando contra a *propriedade*, não sómente a dos immoveis, senão tambem a dos bens moveis, que são o alimento das relações humanas de todos os dias, e de todos os instantes. Nisto o Projecto não teve reservas, não guardou conveniencias, não recuou em sua temeridade; levou por diante o seu primeiro erro, até tocar o fundo das ultimas consequencias.

Bastará transcrevêr as palavras do Projecto na parte que respeita aos contractos em geral, para conhecer-se que em nossa censura não ha o mais ligeiro toque de exaggeração:

Art. 795 — Os contractos legalmente celebrados serão *pontualmente cumpridos*.

Art. 797 — Os contractos obrigão tanto ao que é nelles expresso, como ás suas *consequencias* usuaes e *legaes*.

Art. 808 — Nas alienações de cousas certas e determinadas a *transferencia da propriedade* opera-se entre

os contraentes *por meio do effeito do contracto, sem dependencia de tradição ou posse*, quer seja material, quer symbolica, salvo qualquer accôrdo das partes em contrario.

Art. 812 — Se a coisa transferida pelo contracto fôr alienada de novo pelo obrigado em proveito de terceiro, poderá o lesado *reivindicá-la* como sua que é.

Atenda-se agora á outras disposições, na parte que respeita ao contracto de compra e venda, — causa frequente das transmissões da propriedade:

Art. 1613 — A coisa comprada pertence ao comprador desde o momento em que o contracto fôr celebrado...., mas em relação á terceiro a *venda* não poderá produzir os seus effeitos, sendo de cousas ou direitos immobiliares, senão desde que fôr registrada nos termos declarados no titulo respectivo.

Art. 1643 — Se a mesma coisa fôr vendida á diversas pessoas, observar-se-ha o seguinte.

Art. 1644 — Se a coisa vendida fôr mobiliaria, prevalecerá a primeira *em data*; e se não fôr possível verificar a prioridade da data, prevalecerá a venda feita ao que della se achar de posse:

Art. 1645 — Se a coisa vendida fôr immobiliaria, prevalecerá a venda primeiramente registrada (esqueceu a excepção do art. 1850 que dá o prazo de quinze dias para o registro); e, se não se achar registrada, observar-se-ha o disposto no artigo precedente.

Art. 1670 — A venda de bens de raiz não produzirá

seu effeito em relação á terceiro, senão sendo registrada nos termos prescriptos na lei.

Da leitura destas disposições o que resulta claramente é que o Projecto tem levado seu espiritalismo ao maior apuro, e além das balisas do possível, além de tudo o que tem feito até hoje as legislações conhecidas.

Para o Projecto a transmissão da propriedade movel e immovel é logo o effeito immediato e directo dos contractos, sem haver intervallo algum entre o momento da perfeição dos contractos e a transmissão e aquisição realizadas. A tradição e a posse nada valem, — o direito pessoal e o direito real são uma e a mesma coisa, — o contracto é o proprio dominio e o dominio o contracto! Em summa, não ha differença alguma entre o titulo de adquirir e o modo de adquirir, entre a idéa e o facto, entre a causa e o effeito!

Com um golpe de penna pois o Projecto derribou todo esse venerando monumento da Legislação Portugueza, renegou todos os precedentes da Nação para que legislava, subverteu o fundamental pensamento de todas as legislações do mundo desde o Direito Romano até as codificações mais recentes, e fabricou um terrifico apparelho, qual Minerva armada ao sahir da cabeça de um Jupiter. Se esse Projecto tiver de ser adoptado, a confiança fugirá de Portugal, o commercio será impossivel, e todas as relações da vida trocar-se-hão em provanças de um cruel despotismo legislativo.

Quando comprardes alguma coisa, por mais insignifi-

cante que seja, teréis o cuidado de exigir um titulo escripto, por onde a data desse contracto possa ser verificada (Art. 4644). Se não tiverdes esta precaução, o vendedor de má fé poderá logo depois vender a mesma cousa á outra pessoa; e essa pessoa, armada simplesmente com o seu titulo de contracto, virá dizer-vos: — Esta cousa é minha, ahí está o titulo do meu contracto, a vossa posse de nada val, porque á despeito della a lei (Art. 842) dá-me o direito de reivindicação! *Pluet super eos laqueos.*

E ainda assim, vêde bem, não vos julgueis seguros; porque esse vendedor de má fé, embora vos passe um titulo datado, pôde ser que anteriormente já tenha vendido a cousa á outrem, e lhe tenha dado um titulo também datado. Que certeza podereis ter de que não haja esse titulo anterior, e de que a vossa boa-fé não fosse trahida? Em que parte, e por que modo, podereis obter a segurança e tranquillidade que tanto desejais? Qual é a garantia, que o Projecto vos proporciona, para que á cada momento não tenhais o receio de que podem vir tomar-vos a cousa movel que legitimamente adquiristes? Nenhuma, nenhuma absolutamente! *Pluet super eos laqueos.*

Com as suas estupendas idéas jámais fôra possível, que o Projecto dêsse á todos essa garantia, que todos almejam, e de que todos precisam; mas, com grande tropeço para as relações da vida, e fatalmente para as relações do commercio, a incerteza da propriedade movel poderia

ser minorada até certo ponto, impondo-se a necessidade de provas escriptas, e marcando-se uma taxa extremamente baixa, além da qual a fallaz prova de testemunhas não fosse admittida.

Aterrado por tantos males de uma desordem continua, o Projecto, sem lhe importar a economia e riqueza do tempo, viria em tal caso á não consentir que se comprasse sem titulo escripto um alfinete sequer.

Mui diversas forão as idéas do Projecto! Elle não se amedrentou com as consequencias perturbadôras do seu philosophismo. O seu systema de provas está patente nos Artigos que se seguem:

Art. 780 — A validade dos contractos não depende de formalidade alguma externa, salvo nos casos em que a lei expressamente ordene outra cousa.

Art. 1668 — O contracto de compra e venda não depende de formalidade alguma especial, *excepto sendo de cousa immobiliaria.*

Art. 2879 — A prova por testemunhas poderá ter lugar em todos os casos, em que não seja expressamente defêza.

Quaes são esses casos em que expressamente se veda a prova por testemunhas, em razão do valor dos contractos sobre cousas moveis? Folhêa-se todo o Projecto, e só se depara acerca das doações o dispositivo que se segue:

Art. 4518 — A doação pôde ser feita verbalmente, ou por escripto.

Art. 1519 — A doação só pôde ser feita de mão à mão, ou com tradição immediata da cousa doada, não excedendo o seu valor a 50,000 rs.

Art. 1520 — A doação sem tradição immediata, ou de maior valor que o designado no artigo precedente, só poderá effectuar-se por escripto.

E' só portanto no caso menos frequente da doação, que o projecto estabelece taxa de provas. Quanto á venda, vehiculo continuo das relações da vida e do commercio no que toca á transmissão da propriedade movel, o Projecto não prescreve taxa alguma, deixa plena liberdade; e ahi está a porta aberta para uma serie infinda de conflictos, para um estado de desconfiança eterna, visto que por testemunhas será sempre possível provar datas de contractos, e visto que a certeza e segurança da propriedade movel, sempre que tal prova seja possível, repousa unicamente nessas datas.

Antes o Projecto deixasse a Legislação Portugueza com as mesmas idéas do Direito Romano sobre a transmissão da propriedade, antes não tentasse aperfeiçoal-a com a instituição moderna do *registro publico*, oriunda do systema cadastral da Allemanha; do que vir com implacavel logica turbar o bom regimen, — o unico regimen possível da propriedade movel, com o seu meio de transmissão tao natural e espontaneo, qual o da *tradição*, conforme o mesmo Projecto insensivelmente reconhece em varios lugares, como seja nos Arts. 1634, 1519, e 1520.

Se a Legislação Portugueza ficasse como está, quere-mos dizer, se fosse codificada debaixo das mesmas idéas que até hoje tem regulado a transmissão de uma e outra propriedade, o inconveniente não seria muito grave, só consistiria na rejeição de um melhoramento, que sem duvida viria facilitar o movimento de tantos valores inertes. E de feito, até hoje se tem assim vivido em Portugal, e no Brasil, sem conhecer-se mais nada sobre a instituição do registro publico que o registro das hypothecas.

E se o Projecto entendeu que devia fazer este beneficio ao seu Paiz, no intuito de desenvolver o credito territorial em proveito da agricultura principalmente; essa mesma instituição do registro publico da transmissão dos immoveis, e dos encargos reaes, o devêra ter advertido, de que nada podia alterar na parte que respeita á transmissão dos bens moveis.

O registro publico tem por fim patentear á todos os diversos movimentos da propriedade immovel, já por mudanças de proprietarios, já pelas limitações que a podem affectar; e sabido é, que as transacções sobre immoveis, comparativamente ás que versão sobre moveis, são em numero muito menor.

Sendo tão frequentes as transacções sobre bens moveis, como são variadas as produções da industria, como são repetidas e incessantes as necessidades de todos os dias, como é rapido e grandioso o commercio actual; crescendo na mesma razão os perigos da fraude e das trapaças; e não havendo ao mesmo tempo um meio, ou antes não

sendo possível, nem vantajoso, patentear ao publico todas essas evoluções, como é que se nos tira esse meio natural da *tradição*, meio inseparavel das proprias transacções, tao indicativo da posse, e consequentemente do principio e exercicio de toda a propriedade? Se se nos tira esse meio; qual o outro que se nos dá, e se nos pôde dar?

O bom senso do Autor do Projecto não sabemos como não foi acordado por estas considerações, ou ao menos pelo exemplo de tantas legislações, que podião ter-lhe servido de guia. Se elle vio, que as nações modernas desprezarão como insufficiente o meio da tradição para operar a transferencia dos immoveis, e o substituirão pelo da entabulação, transcripção, ou inscripção, de um registro publico; certamente não vio, que a *tradição* deixasse de imperar como *unico regulador* da transmissão dos objectos moveis. O nobre Autor do Projecto não poder-se ha justificar, citando em seu favor algum codigo ou legislação antiga e moderna, que ousassem fazer tanto como elle fizera, dispondo da natureza das cousas, e das relações humanas, como dispõe um visionario dos orbes creados por sua imaginação.

O que existe no Projecto no que toca ao regimen da propriedade movel está na mesma linha de uma *utopia*, *oceana*, ou *cidade do sol*, que fizeram tao celebres nomes dos seus arrojados constructôres. Para que o seu bello ideal livesse realidade, fôra preciso contar com a religiosa observancia do pontual cumprimento dos con-

tractos, como está na predica do Art. 795; mas é loucura esperar, que o evangelho do Projecto venha regenerar a especie humana. E demais, se os homens não são o que são, mas o que devem ser, e se com isto se conta; hem inutil é legislar, e fazer codigos.

Não é nova a idéa de que o contracto só por si basta para operar a tradição dos objectos materiaes, ella muita lisongêa o poder humano, e como que o ennobrece, livrando-o das mortalhas da materia. Grocio foi o primeiro que annunciou essa idéa, depois reproduzida por escriptores mui conhecidos que traçarão regras de um Direito Natural. Ella se inoculou na jurisprudencia franceza, e foi em 1804 esposada pelo Codigo Napoleão. E mesmo em Portugal o nosso Corrêa Telles, mais legista que jurisconsulto, achou-lhe belleza, e a quiz embalde transplantar para o seu paiz. O chamado Digesto Portuguez não têve as honras de um Codigo Legislativo, e com tal exemplo não sabemos o que deva esperar o Projecto actual.

Por mais poder e nobreza que o Codigo Civil Francez quizesse dar á vontade humana, todavia não pode applicar o seu principio espiritualista á transmissão das cousas moveis; e mesmo quanto ás immoveis só incompletamente applicou-o, incoherencia que mui justamente lhe tem sido censurada por muitos de seus jurisconsultos notaveis, e com demasiado ardôr pelo infeliz Jourdan.

Pelo Codigo Francez a norma das transacções sobre moveis, o principio mantenedôr de todo o commercio é

que — *a posse vale titulo* —. Não escapou á perspicacia dos grandes homens, que collaborarão esse Código, tão detestavel pelo methodo e pelas suas idéas de um direito civil privativo, como precioso á outros respeitoes, que sem o principio da tradição e da posse applicado á propriedade movel não era possível viver, e obtêr com segurança até os meios de satisfazer as primeiras necessidades.

Quanto aos bens immoveis, se a tradição substituida pelo registro publico das transmissões e da constituição de direitos reaes não dominou desde logo, applicando-se unicamente ás doações, e olvidando-se o contracto mais commum da compra e venda; esse principio impera hoje sem a menor excepção e reserva por effeito da novissima lei hypothecaria de 23 de Março de 1855. Essa alteração radical que o Código Civil teve em França, já se havia antes feito na Belgica, e em todos os paizes, que por força de circumstancias se virão na necessidade de adoptar aquelle Código. Assim que, a desastrosa idéa da identificação do contracto com o dominio, não foi mais do que uma aberração local, hoje abandonada, já pertencente ao passado, e de simples valor historico.

Verdade é, que muitos Escriptôres Francezes, em frente dos quaes avulta o respeitavel Troplong, ainda encarecem actualmente o valôr dessa palheta dourada, que reputão um condão do Direito Francez; levando o seu fanatismo á ponto de ainda o julgarem com vida para regular as relações entre as partes contractantes, e só

môrto, ou semimôrto, no que toca á relações com terceiros. Não ha nisto sombra de realidade, ha sómente um pyrrhonismo que fecha os olhos á luz da evidencia.

O que monta dizer-se que a propriedade só pelo effeito do contracto fica transferida entre as partes contractantes, se, havendo uma segunda venda, e devidamente registrada, essa venda necessariamente prevalece á primeira que não foi registrada? Que maldita propriedade será essa, que fica irrevogavelmente transferida entre o vendedor e o comprador, se aquelle a pôde á seu salvo revender e transferir de novo, aproveitando-se da falta, ou demora, do registro da primeira venda? Concebe-se que alguém possa transferir á outrem uma propriedade que já alienou? Quem pôde dar o que não tem?

Quando a propriedade fica transferida entre as partes que contractarão, é impossivel que não fique ao mesmo tempo transferida para com todo o mundo; e porisso é tambem impossivel uma segunda transferencia á outrem dessa propriedade já alienada.

Mesmo quando se diz, que essa chamada segunda transferencia prevalece, ali está uma evidente prova, de que não houve anteriormente transferencia alguma.

Sendo a propriedade um *direito absoluto*, — um direito *adversus omnes*, implica contradicção a supposta transferencia de uma propriedade, que não tem este caracter essencial, e que só produz effeito entre as partes contractantes. Effeito parcial é aqui impossivel, se não concebe-se a propriedade sem a inseparavel idéa de um

direito absoluto; e quando o legislador entende que pôde determinar o contrario, a propriedade deixará de ser propriedade, — é falso que exista propriedade.

Embalde se luta com a natureza das cousas. A inculcada transferencia da propriedade só em relação aos contraheutes não é mais do que o contracto, puramente o contracto: a transferencia em relação á terceiros tambem nada menos é do que a verdadeira transmissão do dominio. Se a segunda transferencia prevalece, é porque realmente antes della não houve outra transferencia, senão simplesmente um contracto que não chegou á ser executado (*).

(*) Para o comprador havér a coisa movel vendida, que não lhe foi entregue pelo vendedor, não se faz de mister inventar que entre elles a propriedade dessa coisa ficou transferida, para se cahir no absurdo de uma acção de reivindicção sem posse adquirida, e perdida depois. Não tendo havido uma segunda venda com tradição, estando a coisa em poder do vendedor, e sendo coisa determinada que deva ser entregue *in specie*, o comprador a obtém em virtude do seu direito pessoal —, da natureza desse direito pessoal consistente em uma *obrigação de dar*, usando de sua *acção pessoal reipersecutoria*. Do principio do Direito Francez —, de que a propriedade fica transferida desde logo entre as partes contractantes —, dimana uma só consequencia pratica, que é a seguinte: Havendo *concurso de direitos* com insolvabilidade do devedor commum, ou este concurso seja particular, ou scja o geral da fallencia dos commerciantes; e não tendo sido a posse da coisa revendida já transferida ao segundo comprador, o Direito Francez dá ao primeiro comprador um credito de dominio. Mas, como é idéa elementar do dominio o direito de reivindicção, — a acção de reivindicção que presuppõe uma posse adquirida, e perdida depois, a qual se quer reivindicar (estado inconcebivel quando não tem havido tradição), o Direito Francez inventou um — *direito de distracção* — tendente á distrahir, separar, da massa fallida a coisa *in specie*, que se vendeu, e que não se entregou. E' em virtude desse imaginado dominio, desse inventado *direito de distracção*, que o segundo comprador em data fica preterido pelo primeiro comprador.

Esta legislação extravagante salva sómente o interesse de terceiros, á quem a posse da coisa movel já tenha sido transferida; embora depois da data da primeira venda. No caso da solvabilidade do vendedor bulcão, o

Mire-se o Projecto neste espelho, quando diz em seu Art. 808, — que a transferencia da propriedade opera-se *entre os contraheutes* só por mero effeito do contracto. E já que, em relação á bens moveis, tem elle evitado a contradicção, dando força ao contracto, para realmente transferir a propriedade, isto é, para transferir-a entre os contraheutes e relativamente á terceiros; reflecta por um momento o seu nobre redactor nos desastrosos effeitos desse temerario systema, que até hoje á ninguem occorrêra.

Passé essa tão extraordinaria innovação, e preparem-se as justicas para julgar processos aos milhares, para punir criminosos sem conta. O Projecto não é immoral, não acoroçoa o crime. Elle quer no Art. 812, que o bulcão e illicador seja punido segundo o disposto no Codigo Penal; e não haverão cadêas que bastem para accomodar tantos delinquentes.

Direito Francez pretere o segundo comprador, dando-lhe só o direito de demandar perdas e damnos, ainda pela applicação do mesmo principio.

Pelo nosso Direito, pelo Direito Romano, e mesmo racionalmente, já não é assim, nem pôde ser assim; tudo é coherente, não se inverte a natureza das cousas, — a natureza da reivindicção. Sendo solavel o devedor commum, não se faz de mister forçar a idéa de dominio e reivindicção, para dar prelação ao primeiro comprador; prevalece porém a regra — *prior in tempo e, potior in jure* — Silv. á Ord. L. 4^o T. 7^o princ. n. 31. Sendo insolavel, ou dado o caso da fallencia do commerciante, já que os dous compradores têm direitos iguaes, — direitos da mesma natureza, — *direitos pessoais*; não ha razão para que um se locuplete com prejuizo do outro. Ambos estão na mesma situação, ambos pagarão o preço do contracto, e um não deve ficar de melhor condição do que o outro. A coisa vendida deve ser arrematada, seu preço entra na massa geral, e os dous compradores têm direito ao rateio. Tudo isto é racional, justissimo; porque, se nenhum dos compradores chegou á adquirir posse, é claro que não podia perdê-la, que não tem reivindicção á exercer, que não tem credito de dominio.

A *tradição*, como modo unico legal da transferencia dos bens moveis, assim como é um principio protectôr, tambem é uma medida preventiva de crimes. Ainda que a má fé, ou a miseria, inspirem o pensamento de enganar aos outros pelo artificio de reiteradas transferencias do objecto já transferido, a necessidade da *tradição* impossibilita e difficulta o crime. Quando tem havido uma transferencia, a cousa já não está na posse do transferente; e elle já não pôde enganar á outrem, por si, ou por conluio, porque já não pôde transferir dominio. Se a *tradição* não se fêz, tendo havido o contracto, o principio fica salvo, a coherencia da lei nada soffre, queixe-se o contractante da sua facilidade ou incuria.

Admittido o detestavel systema do Projecto, já que as tradições e as posses são mentaes, já que a prioridade dos contractos é o thermometro das transferencias; nada mais facil do que vender uma cousa duplicadamente e muitas vezes, nada mais facil do que abusar da confiança dos adquirentes, os quaes, coitados! bem sabem que em caso nenhum têm segurança,— que em nada os apadrinha a posse da cousa. Haverá para a miseria, e para a immoralidade e largueza de consciencias, uma tentação continua de armar laços á credulidade dos outros. — *Pluet super eos laqueos!*

Não se faça porém uma apreciação infiel das causas que influirão no Projecto, para que elle attribuisse ao simples contracto a virtude de operar a transmissão da propriedade; ninguém se persuada de que houve imitação, e mais que exagerada, da phantastica theoria do Codigo Civil

Francez. Não; o que houve sómente foi esse primevo peccado, de que já fallámos; — esse erro inicial, de que deriva como torrente impetuosa tudo quanto ha de erros no Projecto. Tanto é verdade, que do fio delgado de uma idéa pende a sorte de um Codigo inteiro.

Dêsde que não se soube fixar os limites do Direito Civil propriamente dito, — desde que entráram no Projecto outros direitos absolutos, outro direito absoluto de propriedade, além do direito *absoluto-real* do dominio com todas as suas faculdades fragmentarias; o corollario infallivel não podia ser outro senão o de nivelar todos os direitos *patrimoniaes*, visto que os *das obrigações* passarão a ser de *propriedade*. Todo o resto foi uma divida, que pontualmente se pagou á logica.

Se o direito pessoal do contracto é já o direito de propriedade, adquirido aquelle, opera-se instantaneamente a aquisição deste. Não podia ser de outra maneira, o Projecto não podia exigir mais nada, não podia exigir a *tradição*, sob pena de ser contradictorio com a idéa capital de seu systema. Que necessidade havia da *tradição* para adquirir a propriedade, se esta ficou adquirida dèsde o momento da perfeição do contracto?

Se o direito pessoal do contracto é já o direito de propriedade, segue-se necessariamente, no caso da venda da mesma cousa pelo mesmo vendedor á desvairadas pessoas, dar preferencia á aquelle dos compradores, que tiver á seu favôr a prioridade de data; e isto não por applicação da regra — *prior in tempore, potior in jure* —, que é a que hoje domina em conflicto de direitos pessoases

consistentes na entrega de cousas certas; mas pela razão de que o dominio é exclusivo,—de que não é possível alienar o que já está alienado.

Se a aquisição do direito é a propria aquisição do dominio, e se não ha dominio sem posse effectiva, ou possível; segue-se tambem que ha uma posse de direitos, pois que essa posse é a mesma posse das cousas. Segue-se do mesmo modo, que ha uma prescripção adquisitiva de direitos; porquanto *direitos* e *cousas* não são entidades diversas.

Se não ha dominio sem direito de reivindicção para o caso da violação possível, e portanto sem acção de reivindicção para o caso da violação realisada, e se dominio é todo e qualquer direito *quoad bona*; segue-se inevitavelmente que toda a violação de direitos é susceptível de ser demandada em Juizo por acções de reivindicção, — qué todas as acções (á não serem meramente conservatorias) são acções de reivindicção.

O Projecto tambem não recuou ante o rigôr desta derradeira consequencia:

Art. 2692. — Emquanto ao seu fim, as acções podem ser conservatorias, ou persecutorias.

Art. 2696. — Acções conservatorias são as que tem por objecto a manutenção da *posse*, ou a conservação de *direitos* ameaçados.

Art. 2697. — Acções persecutorias são as que tem por objecto *restituições de dominio*, ou *cumprimento de obrigações*.

Eis consummada a mais atrevida conspiração, que se pôde fazer contra a realidade das cousas, contra todas as

idéas do simples bom senso, contra tudo que até agora se tem legislado, escripto e praticado!

Não ha mais acções reaes, e pessoas; não ha direitos especificos que lhes correspondão. Tudo se reduz á direitos e acções da mesma natureza. É possível o impossível de haver reivindicção sem posse perdida. Acções de reivindicção não divergem de acções reipersecutorias (eliminou-se a primeira syllaba *rei* no intnito de abafar a idéa de *cousa*) para entrega de cousa certa em especie; e estas duas classes de acções tambem não differem das outras em que se demanda o pagamento de uma quantidade! Já a quantidade, — o *genero*, vale tanto em Direito, como a *especie*! Fique tudo isto abolido, triumphe a logica ainda que o mundo perêça!

Em verdade, ainda ninguém aborreu tanto, nem mais é possível aberrar! E se com esses arrojados devaneios, no que toca ao regimen da propriedade, fôrem sommados os outros desvarios do Projecto, sobre o methodo da codificação, limites do Direito Civil, cerebrina theoria dos direitos civis e politicos, com a sua aquisição e sua perda, transgressão flagrante da Carta Constitucional, abalo das relações de familia pela sua base da união conjugal; assiste-nos, á nós, e á todos, em nome da humanidade, e por bem de um povo inteiro, o direito de soltar um grito de reprobção solemne e publica contra esse Projecto de Codigo, tão original, tão perturbadôr e perigôso, tão adverso á todos os interesses da vida.

No aspecto legislativo, no aspecto scientifico, no aspecto litterario, trata-se de um livro, que não tem escusa

possível, que só pôde gerar calamidades. Incessante desordem nas relações mais triviaes, ruina completa do ensino juridico, abandono de todo o preterito da legislação, de toda a luz da doutrina, de todas as tradições, de todos os costumes e habitos nacionaes; tal é em resumo o sobre-humano sacrificio, que se exige dos Portuguezes.

Esta franqueza um pouco rude, este livre expandir de sentimentos, bem o sabemos, far-nos-ha incorrer no desagrado do nobre autor do Projecto, e talvez de alguém mais; trar-nos-ha dissabôres. Não importa. Está nossa consciencia, e sempre estará, tranquilla.

Em face de uma empresa tão temeraria e descommunal, como essa do Projecto doCodigo Civil Portuguez, sem exemplo nos annaes da historia, não estava em nós pronunciar-nos de outro modo, não havia para nós outra via de cumprir exactamente o sagrado dever, que quizemos impôr-nos. A situação era extrema, pedia remedio heroico, não aceitava meios terminos. Se não fizessemos tudo, e tão bem como podessemos, não deviamos fazer nada.

Tendencia de uma organização infeliz, que aspira ao perfeito, que em toda a parte o busca, e que soffre em meio de tudo que a cerca! Se deste trabalho não redundar algum bem, se o desconhecêrem ou recusarem, a intenção ao menos é magnifica, e nós ficamos satisfeitos. Eis a recompensa, que ninguem nos pôde dar, e tirar.

Rio de Janeiro 28 de Maio de 1859.

SATISFAÇÃO EM TEMPO

Era justa nossa mágoa, resentindo-nos da frieza dos tempos para com os estudos serios, e trabalhos scientificos; e saiba-se, que nem ao menos correspondidos fomos (houverão excepções) em cartas dirigidas á pessoas, que passão por Papinianos, mas de sciencia guardada, só attestada por discipulos que adorão seu mestre, e jurão em suas palavras. Felizmente ainda existem corações nobres, que sentem as pulsações do amor por tudo que é grande, e gloriôso para a patria. Depois de escrevêmos o que se lê na pagina 9.ª, um illustrado Jurisconsulto — o Sr. Antonio Pereira Rebouças, que já particularmente nos havia dado uma prova de apreço aos nossos trabalhos, encetára no *Correio Mercantil* a publicação de varias censuras ao dispositivo de alguns Artigos da Consolidação das Leis Civis, e illustrações de suas Notas. Cordialmente agradecemos ao nosso distincto Collega este tão louvavel expediente. Todos os seus judiciosos

reparos serão cuidadosamente tomados em consideração, ou em artigos destacados e pelo mesmo Jornal, ou em observações addicionaes de uma 2ª edição, para a qual já estamos autorisados pelo Governo. Provavelmente devem haver alguns pontos em que concordemos, e nós mesmos já temos uma boa collecção de apontamentos para algumas rectificações, que só o tempo e a pratica demonstrão. Bem difficil é tomar um á um todos os minimos traços de uma copia em miniatura, que melhor comparação não póde ter a simplificação e consolidação de materias esparsas por um sem numero de actos legislativos. O trabalho é obrigado, e por demais acanhado— *sermocinatur e vinculis*—. Já é tempo de não sêrem as causas precedidas pelos effeitos, de não ser a sabedoria um attributo supposto, una sentelha de prestigio. Muito feliz fôra o Brasil, outro espectaculo apresentaria a sua administração de justiça, se elle contasse muitos homens virtuosos e patriotas, como é o illustre Jurisconsulto, á quem prestamos esta homenagem.

Augusto Teixeira de Freitas.