

NOVISSIMA APOSTILLA

EM

RESPOSTA

A

DIATRIBE

DO SR.

AUGUSTO TEIXEIRA DE FREITAS

CONTRA O

PROJECTO DE CODIGO CIVIL PORTUGUEZ

POR

ANTONIO LUIZ DE SEABRA.

*Ne quis superagrediatur, neque circum-
veniat... fratrem suum.*

Epistol. PAULI AD THESSAL. I. 4, 6.



COIMBRA
IMPRESA DA UNIVERSIDADE
1859.

AO

DISTINCTO JURISCONSULTO

O EXCELENTÍSSIMO SENHOR

JOSÉ THOMAZ NABUCO DE ARAUJO

EX-MINISTRO DA JUSTIÇA

E DO CONSELHO DE S. M. O IMPERADOR DO BRAZIL

ETC. ETC. ETC.

**EM TESTEMUNHO DE CONSIDERAÇÃO
E RESPEITO**



O AUCTOR.

PRIMEIRA PARTE

CENSURA DO SYSTEMA DE PROJECTO DE CODIGO CIVIL PORTUGUEZ.

Denique sit, quod vis simplex dumtaxat et unum.

HORAT.

É bem a nosso pesar e com a maior repugnancia, que tomamos a penna para responder á Nova Apostilla do Sr. Freitas. Nascidos, como elle, 'nessas regiões, que

O naufrago Cabral saudou primeiro,

e das quaes haviamos sido apartados na infancia por uma d'essas vicissitudes da vida, em que a nossa propria vontade não tem imperio, nutrindo sempre a mais viva saudade por essa terra abençoada, em que os nossos olhos se abri-

ram á luz do dia, e em que não viamos senão objectos de amor e benevolencia, não podia deixar de causar-nos grande surpresa tão extraordinaria aggressão da parte d'um nosso conterraneo; extraordinaria, dizemos, não pela apreciação critica em si mesma, que antes houveramos em conta d'um distincto favor, mas pela fórma apaixonada, violenta, acrimoniosa e atrozmente insultante em que é redigida.

Hesitámos se deveríamos levantar a luva que nos era lançada; mas por fim pareceu-nos que poderíamos desprezar a fórma e cogitar sómente da materia; e que não o fazendo assim correríamos o risco de ser condemnados á revelia por aquelles que têm *preguiça de pensar* por si, e muito mais sendo o assumpto um pouco metaphysico e pouco familiar á maior parte dos nossos concidadãos ou conterraneos.

Mas que ordem seguiríamos? Poderíamos elevar-nos a uma larga synthese, encarar a questão principal (o nosso systema juridico) debaixo do seu ponto de vista cardeal, e discutil-a na sua generalidade em relação ao seu merito intrinseco. Mas este methodo offerecia-nos o inconveniente de podermos ser arguidos de não ter bem comprehendido, ou apreciado com exactidão as ideias do nosso adversario. Poderíamos tambem seguir passo a passo as suas observações, oppondo-lhe as nossas em fórma de commentario analytic. Preferimos este methodo, com quanto por extremo fastidioso, porisso que nos subtrahiria aquelle perigo, e não nos inhibia de subir mais tarde a um ponto

de vista synthetico e geral. 'Nisto mesmo seguiríamos o exemplo, que o nosso adversario nos dera.

Não podemos comtudo deixar de declarar aqui, desde já, que nada mais difficil que discutir com o nosso adversario — a diffusão asiatica do seu estylo, a accumulção excessiva e contínua de incidentes quasi Homericos, a versatilidade e inconsistencia das suas ideias, a frequencia com que rompe e corta o fio do discurso, e salta d'umas cousas para outras de ordem differente, tornam por extremo difficil apanhar o seu verdadeiro pensamento, e convertel-o em uma fórma logica, a que possa responder-se seriamente. Mais d'uma vez tivemos de exclamar com os poetas Venusino e Mantuano

Quo teneam vultus mutantem Protea nodo?
Nunc Leo, nunc arbor, nunc erat hirtus aper.

Em taes termos a polemica é um verdadeiro martyrio para o espirito que procura unicamente a verdade, para aquelles que têm mais alguma cousa que fazer do que entreter-se com enigmas e charadas.

É tempo de entrarmos na liça.

Pondo de parte o exordio, em que o A. faz a historia das impressões e decepções, que soffreu com a noticia e leitura dos nossos trabalhos, não curando da sobrançeria e fatuidade com que nos deprime e se exalta, relegando-nos para os vastos intermundios de Epicuro, ao mesmo tempo que se adjudica exclusivamente o mundo não *ficicio*, a

realidade das cousas; preterindo, em fim, outros incidentes que não passam de artificios puramente oratorios, eis aqui a primeira observação que se nos apresenta, e a que devemos responder. Copiaremos as proprias palavras do A.

«E que é o Direito Civil? O complexo (tal é a resposta da Apostilla) das regras ou disposições legaes, que determinam e regem as relações privadas dos cidadãos entre si. Eis a primeira noção falsa, em que discordamos do nobre A. do Projecto, noção que viciou todo o seu chamado Systema, e o fez exorbitar das linhas do Direito Civil propriamente dicto, de que elle positivamente deveria tractar.»

Commettemos pois um erro e tão importante, que viciou todo o nosso chamado Systema, e nos fez exorbitar das regras do Direito Civil, que devíamos expender. A censura é grave, e temos direito a exigir uma demonstração cabal e irrefragavel. E como prova o A. o seu asserto? Eis aqui os seus argumentos.

«Fechados os livros, meditando e desprendendo-se de preconceitos, o erudicto apostillador em boa fé, achará na sua poderosa intelligencia que o Direito Civil, supposto seja um complexo de regras que determinam as relações dos cidadãos entre si, não abrange todavia todas estas relações. Na accepção lata da Apostilla, o illustre juriconsulto toma o todo pela parte, o genero pela especie e usa

d'uma synecdoche, que não se pôde admittir em discussão de rigor philosophico. Chama Direito Civil o que devêra 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 dicto».

Desafogando o pensamento do A. d'esta alluvião de palavras, temos pois que a nossa definição é falsa; 1.º porque dêmos o titulo de Direito Civil, ao que devíamos chamar Direito Privado; 2.º porque comprehendemos no Direito Civil, propriamente dicto, o Direito Criminal, que faz parte do Direito Privado.

A primeira asserção não tem o menor fundamento. As palavras — Direito Civil — são empregadas vulgarmente em dois sentidos, a saber: no sentido *lato*, que comprehende todo o direito da cidade, ou no sentido *stricto*, que comprehende sómente as relações privadas — o Direito Civil, propriamente dicto, como o A. reconhece. Ora, que nós tomámos estas palavras no segundo sentido e não no primeiro, é o que se mostra evidentemente das mesmas palavras da Apostilla, e do art. 3.º do nosso Projecto, que diz assim:

«Mas se estes direitos e obrigações se limitam ás relações reciprocas dos cidadãos entre si como meros particulares, ou entre os cidadãos e o Estado em questões de propriedade, constituem a sua capacidade civil, denomi-

nam-se direitos e obrigações civis, e são regidos pelo Direito Privado, ou Código Civil, etc.»

O Direito Civil, *sensu lato*, também é denominado Direito Privado (a), e vice-versa. Outros chamam Direito Privado (e esta é a aceção hoje mais vulgar) o Direito Civil *sensu stricto* (b). O nosso adversario segue a primeira opinião, e nós a segunda.

Não ha ahí que censurar, porque eramos livres de escolher as denominações que melhor nos parecessem, comtanto que não alterassemos a natureza das cousas, como não alterámos.

Isto posto, cõe também por terra a asserção, que nos é feita, de havermos comprehendido no Direito Civil, propriamente dicto, o Direito Criminal, que nós, pelo contrario, consideramos com o A. (pelo menos 'neste logar) como parte do Direito Privado, no sentido de Direito Civil *sensu lato*.

Do que fica dicto, infere-se logicamente que, não sendo falsa, antes exacta a noção que demos de Direito Civil, também não podia viciar o nosso chamado Systema.

(a) V. Den Tex, *Encyclop. Jurispr.* § 2.

(b) Hoje, observa Duvergier, nota a Toullier, tom. 1.º, n.º 12, a expressão Direito Civil é geralmente tomada no sentido de Direito Privado, e por opposição á de *Direito Publico*; é assim que o mesmo Toullier a define pag. 202.

Veja-se 'neste sentido Ecbach, *Intr. Gener. a l'étude du Droit*, etc.

Posto que poderamos dispensar-nos por enquanto de entrar na questão da parte do Direito a que pertence o Direito Criminal, como o A. sustenta que este Direito, fazendo parte do Direito Privado, comtudo não pôde fazer parte do Direito Publico, convirá que nos entendamos desde já a este respeito, posto que isso não pareça mui facil.

Vejamos primeiramente como prova o A. que o Direito Criminal não faz parte do Direito Publico.

A primeira razão, que dá, é esta — porque não pôde crer que sigamos 'nisto a opinião da mór parte dos escriptores francezes. Respondemos que uma supposição não é um argumento, e que se engana redondamente, porque de feito seguimos a mesma opinião.

Mas esta convincente razão é reforçada pelas seguintes:

«Se o passado do seu Direito Patrio; se os Estatutos da Universidade, monumento de alta sabedoria — *sicut cymba in oceano*; se a velha distincção, ainda guardada na Refórma Judiciaria de 1841, posto que omittida na posterior legislação do Código Penal, não o tiverem libertado de tão erronea persuasão; se ainda não se tem desquitado das noções tradicionaes d'um Direito Privado — *quod ad singulorum utilitatem pertinet*, e d'um Direito Civil — *quod quisque populus sibi constituit*, abandone agora essas supposições fallazes, que se têm perpetuado á mercê do som das palavras, mas que não acham logar em qualquer espirito, que distingue e fórma ideias sem lhe importar a roupagem dos vocabulos.»

Depois d'esta brilhante demonstração conclue o nosso adversario — 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.

Assim, rebaixados e estigmatizados de ineptos com os maiores jurisconsultos francezes, a nossa condição torna-se menos amargurada. Onde está porém o nosso êrro? Vejamos se é possível decifrar o enigma.

O passado do nosso Direito Patrio. As nossas Ordenações nada dizem, que possa abalar a nossa convicção. Ahi (no liv. 5.º) ha crimes, que só podem ser accusados pelos particulares; mas isto não é dizer, que esses crimes sejam privativamente particulares emquanto á pena, e menos ainda que todo o Direito Criminal pertence ao Direito Privado; porque a quasi totalidade dos crimes, de que se occupa, pertencem á acção publica.

Os Estatutos da Universidade. O que elles nos dizem é que o Direito de impôr penas pertence ao Direito Publico interno (liv. 2.º, tit. 6, cap. 2); e os nossos mais distinctos jurisconsultos sempre entenderam, que o Direito Criminal era um ramo do Direito Publico interno (Vej. Mello Freire, *Instit.* liv. 1.º, tit. 3, §§ 1 e 4).

A velha distincção de crimes publicos e particulares, tambem não pôde conduzir-nos a semelhante conclusão, já porque limita os crimes de accusação particular a mui poucos casos, já porque essa classificação é só feita no ponto de vista da accusação pública ou privada, apparecendo esta excepcionalmente por considerações dictadas

pelo mesmo interesse público. Demais é o nosso mesmo adversario quem reconhece, que a distincção se acha abolida no Codigo Penal, que é a lei actual do paiz.

Os textos romanos, que definem o Direito Privado — *quod ad singulorum utilitatem pertinet*, e Direito Civil — *quod quisque populus sibi constituit*, tambem nada provam, já porque, a classificação romana não é um evangelho, já porque, de qualquer modo que ella seja entendida, nunca pôde demonstrar que o Direito Criminal não seja um ramo do Direito Publico.

Argumentar d'esta sórma (diremos com o nosso adversario) é que pôde dar logar a crer-se que o *A. pensa escrever para nescios e pessoas incapazes de vér nos vocabulos alguma cousa mais do que as letras do alphabeto, ou zomba do bom senso dos outros.*

Mas que entende o nosso adversario por esse Direito Privado a que pertence o Direito Criminal, e que não é nem o Direito Publico nem o Direito Civil propriamente dicto?

Os Romanos dividiam o seu Direito, em relação ao objecto, em Publico e Privado. O Direito Privado subdividia-se em Direito Natural, das Gentes e Civil (*Inst.* liv. 1.º, tit. 1, § 4). Neste sentido o Direito Criminal, não pertencendo ao Direito Publico, não podia deixar de pertencer ao Direito Civil; mas qual era o objecto d'este Direito Civil?

Diz Justiniano (tit. 2, § 2), que é o Direito de que usa o povo romano, por contraposição ao Direito de que usam

os outros povos. Assim, não se achando os limites do Direito Civil, propriamente dicto, marcados claramente, é manifesto que não é a denominação romana de Direito Privado, que o nosso adversario teve em vista.

Entre os modernos acha-se a distincção de Direito Publico e Privado, mas 'numa accepção inteiramente diversa.

No Direito Francez, diz Ferrière na sua traducção das *Institutas* (liv. 4.º, tit. 1, *in fine*), Direito Publico é o que tem por objecto o interesse do Estado e do governo, e que tende ao bem geral de toda a nação. Taes são as leis que concernem á religião, tribunaes, finanças, ou tractados de paz e guerra, os direitos da corôa, e, finalmente, as leis penaes. O Direito Privado é aquelle que tem por objecto principal os interesses de todos os particulares em geral. É egualmente manifesto, que não é 'neste sentido que o nosso adversario emprega a denominação de —Direito Privado; e como nos não sería possível, nem 'nisso haveria utilidade alguma, percorrer todas as classificações imaginadas pelos diversos auctores, esperaremos que elle mesmo nos explique melhor o seu pensamento, para o podermos apreciar devidamente. Por emquanto só 'num ponto ficamos d'accôrdo a este respeito, e vem a ser — que o Direito Criminal não pertence ao Direito Civil propriamente dicto.

«Se tanto nos não quizerem conceder (sc. que o Direito Criminal não pertence ao Direito Privado), continúa o nosso adversario, e uma vez que se não recuse tambem

a distincção entre crimes publicos e crimes particulares, ao menos ser-nos-ha permittido concluir logicamente, que esses crimes particulares entram 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 dicto.»

Estabelecendo, poucas linhas antes, que todo o Direito Criminal pertencia a um Direito Privado, que não é o Direito Publico, não podia agora o A. descer-se a exigir, que ao menos lhe concedamos a minima parte d'esses crimes, os chamados particulares, sem denunciar a inconsistencia dos seus principios. E, posto que não sabiamos ainda o que é o seu Direito Privado, desde já lhe respondemos, que tal concessão lhe não podemos fazer, visto que não convém em que esses crimes pertençam ao Direito Publico, como entendemos; e pela razão já indicada, que para nós o direito de punir não é nem pôde ser senão um attributo do poder social. Os particulares não podem ter outro direito, sendo offendidos, senão o direito da reparação do damno soffrido. A pena é alguma cousa mais, que vae além d'esta reparação individual, e essa alguma cousa mais, só pôde ser estabelecida pela sociedade em proveito commum. E se o Direito Privado do nosso adversario prende na ideia de interesse privado, qualquer que seja a denominação d'esses crimes, ainda não podem entrar por fórmula alguma 'nesse Direito. E não se pense que este principio muda de natureza, ou se obli-

tera, porque a lei permite que o crime seja em tal caso unicamente perseguido pelo offendido. É uma excepção, como já notámos, determinada por motivos de maior interesse público, pelos inconvenientes que resultariam de commetter-se a sua accusação á acção do Ministerio Publico.

«Na peor das hypotheses (continúa o A.) não deixaremos de reconhecer as boas consequencias prácticas d'essa divisão de leis, que distingue os direitos que são de interesse público, d'aquelles que são de méro interesse privado—*unicuique licet contemnere quae 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 synonimo de complexo de leis.»

O A. rompe aqui o fio das ideias, e passa a fallar-nos da distincção de direitos de interesse público e privado, quando cumpria não perder de vista, que a unica questão que se debatia era—se o Direito Criminal pertence ou não ao Direito Publico; mas como somos forçados a seguir-o nas suas mesmas aberrações, vejamos como prova que essa distincção é falsa e funesta.

«A razão é (diz elle) porque conduz a uma eterna impossibilidade de traçar a linha divisoria entre o Direito Publico e o Direito Privado, impossibilidade em que laboram todos os escriptores francezes e allemães.»

Mas em que consiste essa difficuldade? Eis aqui a resposta.

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

A razão de achar-se reduzido o Direito Civil a um circulo mesquinho nem é verdadeira, nem, quando o fosse, seria razão sufficiente para repellir uma distincção fundada na mesma natureza das cousas. Ainda que se separem do Direito Civil muitas disposições que prendem principalmente no principio do interesse público, o que restará será sempre a sua maxima parte. A razão de *volume e peso* póde ser attendivel nos objectos materiaes, mas não nos objectos moraes ou intellectuaes.

Convimos em que algumas vezes será difficil distinguir, se o principio determinante da disposição está ou não mais no interesse público, do que no interesse particular, mas, para resolver semelhantes dúvidas, dará o Direito as regras convenientes, ou deixando o caso ao arbitrio dos tribunaes, ou decidindo-o directamente. É assim, por exemplo, que a lei determina, que o direito de prescrever ou

o direito de partir a causa *commum*, etc. não é renunciavel.

Separar absolutamente o Direito Publico do Direito Privado, nem seria util, nem possivel. Não seria possivel, porque o Direito Privado está sob a tutela do Direito Publico, que apparece a par de cada disposição; não seria util porque muitas vezes teriamos de destacar materias inteiramente connexas, e que portanto ficariam incompletas, e quasi inintelligiveis. O mais que pôde, e deve fazer-se é separar do Direito Privado ou Civil, tudo o que não está intimamente ligado com elle, ou não serve para o definir e regular. Isto posto, os embaraços, em que pôde achar-se o classificador, devem ser para nós de nenhum pêsô. O interesse práctico da sociedade está acima do interesse abstracto. E a prova de que não ha impossibilidade 'neste systema, acha-se em todos os Codigos, e em todos os Tractados de Direito Civil.

Mas, em fim, se apparecer quem nos resolva d'um modo mais satisfactorio este problema, seremos nós os primeiros a prestar-lhe a devida homenagem. E teria o nosso adversario essa boa fortuna? Examinemos o seu alvitre.

«A divisão de todas as leis, diz elle, derivada da distincção e differença das relações juridicas das duas personalidades que funccionam 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 d'essas duas categorias não existe effectivamente lei

alguma. Ella é perfeita e racionalmente exacta, porque o concurso de personalidades individuaes, e d'uma personalidade pública, não pôde dar em resultado, senão ou relações entre aquellas, ou relações com esta».

Sem dúvida: e é porisso que essas relações se consideram debaixo dos dois pontos de vista — interesse público, ou interesse particular. Mas é 'nestas mesmas relações entre as duas individualidades que o A. vae procurar o seu principio discriminador? Certamente não. Ouçamos a sua exposição.

«Em toda a escala de suas manifestações, a personalidade pública mostra-se como poder simplesmente constituido, como poder em acção effectiva, e finalmente desce á arena dos individuos, individualisa-se a par d'elles, e colloca-se no mesmo pé, submettendo-se á applicação das leis pelo poder judicial, e provocando, como individuo, a acção especial d'este poder. Eis a ultima personificação, que toma o poder público, personificação que equivale a uma transformação completa, e o despe do seu character de soberania. Mas ahi 'neste ponto extremo da escala, termina a esphera do Direito Público, e começa a do Direito Privado. Assim, apreciado o poder público, quando representado pelos agentes do seu ministerio, vêm sollicitar justiça aos magistrados e tribunaes, como se fóra um simples particular, acha-se a ideia característica que nos fornece a base d'uma exacta linha de separação entre o Direito Público e o Direito Privado».

Formosum caput! Sed cerebrum non habet! Assim, pertencerá ao Direito Privado, tudo o que pôde entrar na alçada dos magistrados e tribunaes, ou seja por via do ministerio público, ou seja por via dos meros particulares, e sómente pertence ao Direito Público o que não pôde ser submittido a esses mesmos magistrados e tribunaes!

Temos pois, que devendo ser determinada a distincção dos dois direitos, pela diversa natureza das relações entre as duas personalidades pública e privada, não é nestas relações que effectivamente se procura essa distincção, mas nas relações das duas personalidades com uma terceira entidade — o poder judicial: — *la logique est aux abois*, mas vamos ávante.

Temos ainda, que o principio discriminador em vez de ser deduzido da relação do direito em si mesmo, é derivado do facto da sua violação; pois que as duas personalidades só podem comparecer perante o poder judicial, ou para reclamar ou para deffender um direito offendido: facto eventual, secundario que não pôde figurar, como diz Savigny (auctoridade que o A. reconhece como competente nestas materias) na base de nenhum systema geral de classificação.

Antes que se chegue á demanda por violação d'um direito, é necessario que este direito seja definido e reconhecido, aliás é impossivel assentar a competencia dos tribunaes. Ora, como no systema do A. o direito só se define pelo conhecimento dos tribunaes, a consequencia

será — ou a negação de toda a jurisdicção possivel, ou o poder discrecionario da auctoridade judicial. Eis aqui, (para usar da phrase do nosso adversario) uma ideia, que nunca foi escripta, legislada, nem pensada: uma ideia verdadeiramente nova e original.

É um erro confundir os direitos com as suas violações; e definir e classificar o direito por um facto, que só pôde ser consequencia, mas que não é o mesmo direito.

Demais, para estabelecer a existencia d'esse mesmo poder judicial, é preciso um principio de direito anterior, e querer achar na existencia de facto d'esse poder, a natureza d'esse direito, e de todos os outros, que entram na orbita juridica seria o mesmo, que admittir um effeito sem causa. O Direito Privado existe, e distingue-se, porque apparece perante o poder judicial; e o direito público existe e distingue-se, porque não apparece perante esse mesmo poder. Mas porque existe esse mesmo poder, a que ramo de direito pertence? Não é possivel dar-lhe guarida neste mundo juridico, que se diz o unico real.

O systema do nosso illustre adversario semelha-se ao que seguisse o architecto, que, para levantar a sua planta, esperasse que o edificio se achasse construido e acabado, ou quizesse começar pelo telhado.

Para demonstrar-se que o ponto de vista de interesse público e privado é falso e funesto, em relação ao direito como complexo das leis, e á sua justa divisão, não basta imaginar uma certa classificação, fundada em outro principio diverso, é preciso demonstrar que a nova classifica-

ção é mais exacta e racional, e que não offerece nenhum dos inconvenientes que na outra se notam.

Ora, já vemos que o systema do nosso adversario não se abona pelo lado logico. Vejamos agora se pôde abonar-se ao menos nos seus resultados practicos.

Se pertencem ao Direito Privado todas as relações jurídicas, em que a personalidade pública e particular podem vir reclamar justiça perante os tribunaes, temos que ficarão pertencendo ao Direito Privado — 1.º o direito criminal; 2.º o direito administrativo *sensu lato*, comprehendendo o ramo de administração propriamente dicta, e de fazenda; 3.º o direito civil *sensu stricto*, e o direito commercial. E ficará sómente pertencendo ao Direito Publico — a parte do Direito Publico interno, que comprehende o Direito Politico constitutivo e organico. Por esta fórma o que se chama Direito Privado, aproxima-se do sentido em que os romanos tomavam essas palavras. Mas não temos ainda senão uma primeira divisão—Direito Publico e Direito Privado, é-nos indispensavel subdividil-o. E o nosso adversario deve dar-nos algum principio determinante, visto que o primeiro é insufficiente. E qual é esse principio? Eis aqui a resposta.

«Separado e conhecido o que tem sido objecto de legislação penal, todo o resto é o que pertence ao Direito Civil propriamente dicto.»

Mas como se conhece o que pertence ao Direito Penal?

Aqui propõe o A. sua divisão de direitos *absolutos e relativos*; entende por absolutos os originarios da personalidade e os de propriedade, e relativos os que recahem sobre pessoas certas e determinadas. Pois bem, accrescenta — *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.*

Qual é pois o principio distinctivo? Não vemos outro mais que o proprio arbitrio do classificador. A logica a sciencia, nada tem que agradecer-lhe: ha mesmo alguma cousa de repugnante, uma ideia falsa no fundo de semelhante arbitrio. Se pertencem ao Codigo Criminal os direitos originarios, porque são protegidos pelo mesmo Codigo, como exceptuar o direito de propriedade, por maior que seja a restricção que se queira dar a esta ideia? Não é elle egualmente protegido pelo mesmo Codigo? E como excluir do Codigo Civil os direitos originarios, só porque são protegidos pelo Direito Penal? Pois que é o Codigo Civil, senão o desinvolvimento perpétuo d'esses direitos originarios? Será crível que se faça questão de palavras, que se admittam as mesmas cousas, comtanto, que se lhes não dê tal nome, ou que se limite a proscricção sómente ao principio geral synthetico, que resume os seus desinvolvimentos? Pela mesma razão, seria necessario supprimir todo o Codigo Civil, porque a grande maioria dos direitos adqui-

ridos é protegida mais ou menos directamente pelo Código Penal. A contradicção e futilidade da pretensão é manifesta. Demais, temos, pela primeira vez, o direito administrativo *sensu lato*, incluído na esphera do Direito Civil propriamente dicto.

Em materia de systemas de classificação, na ordem racional, sempre se teve até agora como axioma fundamental, que o principio adoptado deve ser não só fundado na natureza das cousas, mas tal que domine todas as subdivisões, que possam tornar-se necessarias, de fórma que o systema se resuma e concentre, por assim dizer, 'numa ideia unica, e se desinvolva como o fio de Ariadne, como um novelo, uma vez achado o principio da linha. O nosso adversario não o entendeu assim: para elle as subdivisões, podem formar-se independentemente da ideia ou divisão principal: de fórma que *nec pes nec caput uni reddatur formae*.

Mas, voltando ao nosso ponto de partida, se a ideia de interesse público e privado offerece algumas vezes difficuldade na sua discriminação, essa difficuldade não apparece por certo no systema do A., porque illude a questão confundindo cousas de sua natureza distinctas, e que até hoje nunca ninguém confundiu, isto é, incluindo no Direito Civil, propriamente dicto, o Direito Administrativo *sensu lato*.

Ainda mesmo que esta ideia fosse admissivel, que o não é nem pôde ser, os termos em que foi concebida a nossa

missão codificadora nos obrigaria a não entender o Direito Civil, senão no sentido em que até agora universalmente tem sido entendido.

Crêmos portanto haver demonstrado que a noção que apresentamos de Direito Civil, nem é falsa, nem erronea como se diz, nem torna impossivel qualquer classificação racional do direito em geral, ainda mesmo que fossemos encarregados de formalisá-la.

Deixando por emquanto de parte a theoria do A. sobre direitos absolutos e relativos, que mais tarde apreciaremos, pondo de parte essas historias legislativas, que se invocam, esse desinvolvimento espontaneo dos povos, que nada vem para o caso, prosigamos na discussão das censuras, que directamente são dirigidas ás nossas doutrinas.

«Não nos devíamos ter occupado, diz elle, dos direitos originarios de personalidade, porque estão declarados na Carta, e devidamente protegidos pelas disposições do Código Penal, sem que haja necessidade de providenciar mais nada a respeito d'elles.»

É verdade que a Carta Constitucional declara esses direitos, e que o Código Penal os protege, mas não é exacto, que não seja necessario declarar nada mais a seu respeito. Emquanto á Carta não faz mais que pôr principios abstractos que precisam de ser desinvolidos e regulados; e as disposições do Código Penal não vão, ou não podem ir além da punição do delicto: áquem do delicto fica a

materia do damno que deve ser reparado, e que não pertence ao Código Penal, e que deviamos reivindicar para o Direito Civil; e reconhecida esta competência, era logicamente necessario consagrar no Código Civil o principio dos direitos correspondentes, e não ha erro em dizer que a lei civil os protege—o erro está em negal-o. Se a Carta os menciona, a repetição não a enfraquece; e se a Carta deixar de existir um dia, não morram ao menos com ella estes principios de eterna justiça, e que podem subsistir em qualquer fórma de governo.

E, finalmente, ainda que não fosse senão por uma razão logica de methodo e ordem, não devia estranhar-se que o Código Civil os mencionasse, visto que são em todo o caso direitos da personalidade ou *individuaes*.

«Levado a esta conclusão (continúa o nosso adversario) 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 de dominio sómente, ou os direitos reaes, em que o dominio se fracciona, mas de involta com os direitos reaes, todos ou a maior parte dos direitos pessoases.»

A falsidade do ponto de partida não existe como vimos: a inutilidade e deslocação d'esses varios assertos, poderia

dar-se no systema do A., mas não em o nosso; e pelo que toca ao vicio da nomenclatura que adoptamos, não limitando a propriedade ao dominio e direitos reaes, logo veremos o que isto significa, e qual de nós está em erro.

«Attenda-se (continúa o nosso adversario) ao conteúdo dos artigos que vamos transcrever; e responda-se em boa fé se elles têm alguma cousa de commum com o Direito Civil propriamente dicto, e se ao menos encerram alguma disposição legal, que sirva de norma de conducta nas relações e controversias da vida civil.»

Vamos responder categoricamente e com a boa fé, que resulta da evidencia dos factos.

Os artigos de 383 a 388 inclusive, que o A. transcreve, consagram os direitos que são garantidos por numerosas disposições do Código, e principalmente as indicadas nos artt. 389, 390, 1641 a 2656, e em geral por uma grande parte das disposições da Parte quarta, afóra outras disseminadas por differentes logares do Código, que será por de mais especificar.

«E de certo (continúa o nosso adversario) sem fallar de muitos outros logares do projecto em que o A. faz applicação de suas ideias erroneas, tomando a propriedade 'num sentido amplo, que não é o do Direito Civil; observa-se que elle define o direito de propriedade da seguinte maneira.»

Artigo 3339.

«Diz-se direito de propriedade a faculdade de gosar e dispôr livremente de qualquer cousa ou *direito*.»

Somos chegados finalmente, ao verdadeiro *casus belli*, ao ponto capital em que a nossa doutrina e a do nosso adversario, se separam profundamente; ao ponto em fim, que para elle e para o seu systema, envolve a questão de vida ou morte; cumpre pois examinal-a reflectida e pausada-mente.

Em que consiste o nosso erro? Consiste, segundo o nosso adversario, em comprehendermos no direito de propriedade, não só a propriedade material, mas ainda a propriedade immaterial — *os direitos*.

E como prova que sómente os objectos materiaes podem ser comprehendidos no direito de propriedade?

«Porque não sabe, responde, como pôde entender-se um direito para reivindicar um direito, uma acção para reivindicar uma acção. — Nos direitos reaes (continúa) dá-se ao menos o *jus quod incidit in rem*, direito que deixa conceber a possível reivindicação d'uma cousa qual-quer no sentido natural, para que sôbre ella o mesmo di-recto se exerça; porém, se no direito pessoal, ainda mesmo para a entrega d'uma cousa em especie, não ha outro ob-jecto senão o facto da pessoa obrigada, que á entrega se deve prestar; como é que se concebe, que um direito

d'esta ordem, com tal objecto, e para tal fim seja apto a ser demandado por uma acção de reivindicação? O di-recto é uma ideia, uma entidade intangivel, e cuja posse, portanto, não se tem, não se perde, e não se reivindica.»

O nosso adversario inspirado por uma dialectica sophis-tica e cavillosa, em vez de collocar-se no campo das nossas ideias para nos convencer de nosso erro, transporta-se a uma ordem de ideias inteiramente diversa das nossas, e arma-se com as consequencias, que deduz sómente dos seus principios para confundir-nos, quando é a si proprio que se confunde, e confunde tudo.

O nosso adversario sabe que para nós o direito é uma faculdade ou poder, e que esta faculdade este poder não pôde ser o objecto sôbre que haja de exercer-se. Ora, esta faculdade, este poder, chama-se direito de propriedade, quando versa sôbre cousas, que dependem da nossa livre disposição, e ainda que os objectos, essas cousas possam ser de differente natureza, o direito é sempre o mesmo, uma entidade intangivel, como elle reconhece. Dizer pois, debaixo d'este ponto de vista, que não pôde haver direito de propriedade senão sôbre objectos materiaes, seria dar ao direito uma natureza que não tem, seria saltar do sub-jectivo ao objectivo, quebrar o encadeamento natural das ideias, e transtornar tudo. É verdade, que os Romanos dis-tinguiam o *jus in re* do *jus in personam*, e chamavam *dominio* sómente o *jus in re*, mas unicamente por força dos seus habitos de linguagem, e por considerarem o direito

objectivamente. Assim mesmo não tardou que se não vissem obrigados a falsear o seu mesmo principio, denominando direitos — *jus*, certas fracções do dominio, ainda que em pequeno numero; quando reivindicavam um predio diziam que reivindicavam, não o direito de dominio, mas o proprio predio; quando reivindicavam uma servidão diziam, que reivindicavam o *direito de servidão*. Mas poderemos nós imaginar, que a intelligencia dos grandes jurisconsultos Romanos fosse tão cerrada, que não pudesse comprehender, que o direito é uma relação abstracta e intellectual, ou como possa existir separadamente do seu objecto? Seria fazer-lhes a maior injúria. E se encarando o direito de propriedade na sua maior generalidade, se abstiveram de dar-lhe a denominação de *dominio*, usaram comtudo d'outros termos que em summa importavam o mesmo; taes são, por exemplo, as palavras — *patrimonio*, *bens*, etc. Tudo isto se explica e comprehende perfeitamente no espirito do formulario sacramental das suas acções.

Mas qualquer que fosse o modo por que os Romanos encaravam o direito de propriedade, é certo que o mundo moderno e civilizado, tem geralmente condemnado e rejeitado essa falsa e mesquinha noção do direito de propriedade. A legislação e a jurisprudencia vivem hoje em perfeito accôrdo a este respeito.

Mas que quer dizer uma acção para reivindicar uma acção, um direito para reivindicar um direito?— Triste sophisma, deploravel argucia! *Pensará* o nosso illustre

adversario (como elle diz), *que escreve para nescios e ignorantes*, ou estará zombando do senso commum? Nas acções, o que se pretende, é fazer cessar a violação d'um direito qualquer. O direito que se demanda não é o direito que é nosso, e que como tal não pôde ser perdido contra nossa vontade, a não ser por disposição da lei: se a violação consiste no esbulho, na usurpação d'uma cousa qualquer, o que se pede é que não sejamos perturbados no exercicio do nosso direito de propriedade, e pouco importa que a cousa seja d'esta ou d'aquella natureza. Se na phrase ordinaria dizemos que se reivindica o predio, a servidão, nem porisso queremos dizer outra cousa; quando se diz que se reivindica um direito, o que se quer dizer, é que se reivindica o exercicio usurpado d'esse direito que é nosso, e que tanto o não precisamos reivindicar, que a violação não pôde cessar sem que o demonstremos.

Diz o nosso adversario que não sabe o que é uma acção para reivindicar uma acção. E nós tambem não entendemos o que o A. quer dizer, e a que isto vem? Se entende acção como synonyma de direito, respondemos com o que fica dicto; se entende acção no sentido de processo, ou demanda judicial, que lhe responda o inventor de tão extravagante ideia, e que de fórma alguma nos pôde ser attribuida (a).

« *Miserabile dictum!* exclama o nosso adversario. Quando

(a) Esta censura é dirigida por Blondeau a Poncet.

Blondeau, dando conta do tractado das acções de Poncet, achou extravagante que elle houvesse assignado á acção real o fim de reclamar, assim a nossa cousa possuida por outrem, como o nosso direito sôbre a cousa de outrem; scilicet, os direitos reaes, visto que só as cousas corporaes eram verdadeiramente susceptiveis de posse ou detenção, e visto que em ultima analyse, todas as acções ficavam reduzidas a reivindicações, que diremos nós vendo que o nobre auctor do projecto transfôrma em cousas corporaes, não só os direitos reaes, senão tambem todos os direitos pessoaes possiveis?»

Miserabile dictum! repetiremos nós por nosso turno; e que diremos nós, e que dirá quem isto lêr ao vêr a desinvoltura e segurança com que o A., para nos arguir, desfigura e falseia as auctoridades que invoca, e inverte as nossas ideias! Blondeau, criticando a definição que Poncet dêra de *acção real*—pergunta—entende Poncet que esta acção comprehende sómente as cousas propriamente dictas corporaes? Assim o creio (responde), lendo em seguida á definição—já não é uma pessoa designada, mas certa cousa que nós perseguimos directamente contra todo o possuidor ou detentor—e sôbre tudo (acrescenta Blondeau) lendo a pag. 82—é a cousa no logar da situação que temos a perseguir, e não se pôde exercer a acção real senão perante o tribunal do logar em que a cousa está situada—. É evidente, com effeito, que as cousas corporaes são as unicas susceptiveis de terem uma situação; e direi mesmo

que são as unicas *verdadeiramente* susceptiveis de posse e detenção. Vê-se pois que Blondeau não censurou Poncet por ter comprehendido cousas incorporaes na acção real, mas por parecer comprehender sómente as corporaes, o que melhor se depreheende do periodo seguinte.—'Nesta hypothese, a petição de herança, as acções pelas quaes se reclame a qualidade de francez, ou o estado de filho legitimo, deixariam de ser acções reaes. Confundirá Mr. Poncet o genero com a especie, a acção real, em geral, com a reivindicação? É verdade que Blondeau diz, que só as cousas reaes são verdadeiramente susceptiveis de reivindicação no sentido proprio d'esta palavra, 'nesta especie d'acção real, mas não quer dizer com isso que não possa dar-se acção real sôbre cousas incorporaes, sôbre os direitos, que na phrase romana não são propriamente o *dominio*: a propriedade no direito moderno, entra incontestavelmente 'nesse genero, assim como todo o direito em que tenhamos livre disposição.

Inverte o A. as nossas ideias, porque nem fallámos de *reivindicação*, nem podiamos comprehender todos os direitos pessoaes possiveis.

- Dissemos que o direito de propriedade era a faculdade de gozar e dispôr livremente de qualquer cousa ou direito.

Ora, se este direito existe e é violado, é certo que deve assistir-nos o direito de fazer cessar a violação—o modo por que isto poderia fazer-se ficou reservado para outro logar, e ahi só estabelecemos os principios reguladores, que têm de ser desinvolvidos no Codigo do processo. E

ahi se diz que, debaixo d'este ponto de vista, as acções são *conservatorias* ou *persecutorias*: fugimos de empregar a palavra *reivindicação* em razão d'essa mesma significação especial de que o A. pretende agora prevalecer-se, e que nos não era precisa para nada.

Dissemos que o direito de propriedade podia comprehender tanto as cousas, como os direitos em que tivessemos livre disposição; mas não dissemos, nem podíamos dizer, que todos os direitos pessoaes podiam ser objecto de *reivindicação*, e eram cousas corporaes. Se nas ideias do A. não pôde haver propriedade, senão em cousas corporaes; se a *reivindicação* não poder ter lugar senão em taes cousas, não admira que repugne á extensão que damos ao direito de propriedade, e que applicemos um meio igual para fazer cessar a violação d'um direito, que verse sôbre cousa material e immaterial. Mas, não estando nós de accôrdo nesta parte, cumpria que, em vez de nos atirar com as suas exclamações, interrogações, e prosopepêas desdenhosas, nos convencesse primeiro do nosso êrro com razões, com argumentos logicos e frisantes.

Vejamos se elles apparecem na continuação da censura.

«Quando se dá o caso natural (diz o A.) d'uma *reivindicação*, sem dúvida 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 sôbre que elle recahe; o objecto da acção real, isto é, d'esse mesmo direito 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 a demandar.»

É a confirmação das idéas que acabamos de expender. Ninguem pôde reivindicar o direito que tem no ponto de vista subjectivo, pela simples razão de que é uma relação immaterial, que não pôde perder contra sua vontade, a não ser por disposição da lei; mas certamente pôde reivindicar o objecto a que se refere esse direito, ou exercicio d'esse direito, se lhe for usurpado — *Mas ad quid perditio haec?* Provará isto que não haja direitos, que possam ser objecto de propriedade, isto é, de que possamos gozar e dispor livremente? Certo que não.

Em seguida diz-nos o A., que «Se os Romanos collocavam entre as cousas incorporeas os direitos pessoaes, as obrigações, e os *jura in re*, e entre as cousas corporeas, e do lado das cousas corporeas essas cousas em si mesmas, como se fosse o direito real do 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.»

Excellentemente: temos pois que o direito não era mesmo para os romanos o objecto d'esse mesmo direito, mas um titulo, e que só por habito de linguagem se confundia, como já havíamos observado, mas — *quid hoc ad edictum Praetoris?* Como se pôde inferir d'aqui, que não possa haver direito de propriedade sôbre coisa incorporea, ou direito, entendendo-se por direito a faculdade de fazer alguma coisa ou de exigir algum facto de outrem?

«Ao contrario (continua o A.) de mais d'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 possibilidade do direito real do dominio, ou do direito de propriedade da legislação civil, com o seu effeito essencialmente physico, só se concebe em relação aos objectos corporaes, coisa, no sentido material 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.*»

Nada mais extraordinario: cansa-se o A. em mostrar, que o direito mesmo para os Romanos, e ainda mesmo no dominio, na coisa corporal propria, era coisa distincta da

mesma coisa, do objecto do direito, e que sómente se confundiam por habito de linguagem, e acaba por affirmar, que o direito real, o dominio segundo os fragmentos das leis romanas e theoria dos grandes escriptores, só se *concebe* em relação aos objectos corporeos. Para conciliarmos esta contradicção do nosso adversario, tanto mais notavel, quanto mais conjuncta, é preciso que supponhamos que ha algum lapso de penna, e êrro typographico na palavra *concebe*: talvez o A. quizesse dizer *concede*. Mas pondo isto de parte, ainda aqui não vemos de modo algum demonstrado, que não possa dar-se direito de propriedade em cousas incorporeas, qualquer que fosse a doutrina do Direito Romano. Teríamos uma auctoridade respeitavel e nada mais, como em outro logar diz o A. — e nós estamos no campo do raciocinio.

«A sabedoria dos seculos (continúa a censura) 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 ás cousas*, ou *peçoas 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*.»

A sabedoria dos seculos sem dúvida tem sempre distinguido as *obrigações* da *propriedade*, mas o que essa

sabedoria de certo não tem feito, é confundir a ideia correlativa da obrigação, o direito, com a ideia passiva, ou com a mesma obrigação em relação ao sujeito passivo ou obrigado. A sabedoria dos seculos tem entendido, como nós, que o homem pôde ter direito ou sobre cousas da natureza não livre, independentemente de factos de outrem, ou sobre cousas de natureza livre, isto é, sobre factos (no sentido mais lato) dependentes da vontade de outrem. A sabedoria dos seculos tem denominado aquelles direitos, geralmente, *reaes* (posta de parte a singularidade do Direito Romano), e estes *personaes*, não porque não fossem todos verdadeiramente *personaes*, mas pela razão de que uns podem existir independentemente d'um acto de pessoa estranha, e os outros não. Ora, todos estes direitos considerados subjectivamente, isto é, em relação ao sujeito activo, constituem, como diz o nosso adversario, e todos, o patrimonio de cada um, estão nos seus bens, são por consequencia *propriedade sua*, como não pôde deixar de ser: negar isto, é negar cousas de pura intuição. Ora, se isto assim é, a propriedade no sentido lato, que lhe demos no art. 2339, não pôde deixar de comprehender cousas e *direitos*. Dizer que nivelamos *direitos reaes e personaes com audacia nunca vista*, não só é dar ás nossas ideias um ponto de vista diverso d'aquelle em que as apresentámos, mas ainda contradizer-se deploravelmente, negando e reconhecendo ao mesmo tempo o mesmo principio a favor d'um mero trocadilho de palavras, ou d'uma ideia obsoleta (o dominio romano) geralmente abandonada.

«Os *direitos personaes* (continúa o A.) são *direitos relativos*, e direitos relativos não podem ser *direitos absolutos*.»

Certamente o que é relativo não é absoluto, e o que é absoluto não é relativo; mas d'ahi não se segue que o direito pessoal, que é relativo emquanto ao sujeito passivo, não seja absoluto emquanto ao sujeito activo, ou, para não darmos logar a equívocos, servindo-nos d'uma phraseologia que não é a nossa, não possa ser um direito de propriedade. Faz-se questão de palavras e nada mais.

«Não é como direito absoluto de propriedade, que esses direitos *personaes* sobre as cousas, apparecem na scena do Direito Civil.»

Erro manifesto. Esses direitos chamados *personaes* apparecem precisamente no Direito Civil ou como direitos absolutos sómente, ou como direitos relativos: apparecem como direitos absolutos, quando dispomos d'elles livremente, ou seja remittindo-os ou doando-os, vendendo-os ou alienando-os, ou modificando-os por qualquer forma; e apparecem sómente como direitos relativos, quando exigimos o cumprimento da obrigação: — é uma verdade esta de primeira intuição.

«Não ha ahí outro direito absoluto que não seja o *direito real*.»

Certamente, no sentido em que o A. toma a palavra absoluto, que nada tem que vêr com a nossa doutrina, pois não curamos de semelhante distincção, nem sentimos que nos fizesse falta em todo o decurso do nosso Projecto de Código Civil. Mas ainda no seu systema é preciso não confundir as relações diversas que temos indicado.

Como o nosso illustre adversario vae passar a outro objecto, e não produz novos argumentos para provar o êrro de que nos argue, diremos alguma cousa mais em abôno da nossa doutrina.

Primeiramente contraporemos á auctoridade do Direito Romano, a auctoridade do Direito Civil moderno.

O Código Francez art. 544 declara, que a *propriedade é o direito de dispor das cousas do modo mais absoluto*; e entre as cousas, (art. 526, 528 e 529), comprehende não sómente os direitos reaes, mas as obrigações e acções que têm por objecto sommas exigiveis ou effeitos mobiliarios, ou acções ou interesses em companhias financeiras, commerciaes, ou industriaes, ou rendas perpétuas ou vitalicias, seja sôbre o Estado, seja sôbre particulares.

Estão conformes com esta doutrina os Codigos Vadense Napolitano, Luisiano, Sardo, Hollandez, Russiano, Parmesano, Modenense, Joniano, Austriaco, Haiticiano, Valesiano, Boliviano, Bernense, Friburguense, Tessinense, Neufchatelense, e finalmente quantos Codigos temos visto, ainda mesmo aquelles que mais se aproximam das theorias romanas, e admittem a doutrina da tradição. Alguns d'esses Codigos são mais explicitos que ou-

tros, mas a sua ideia é essencialmente a mesma—O Código de Soleure diz, por exemplo, no seu art. 49. *Os direitos de propriedade consistem em direitos sôbre as cousas, isto é, sôbre objectos exteriores, que não têm capacidade alguma legal, ou em créditos sôbre pessoas determinadas.*

O Código Austriaco diz, art. 353. *A propriedade d'uma pessoa se compõe de tudo o que lhe pertence, de todos os seus bens corporaes e incorporaes, e no art. 354 considerada como um direito, a propriedade é a faculdade de dispôr livremente da substancia e dos productos d'uma cousa, e de excluir qualquer outra pessoa.*

Entende por cousa (art. 285) tudo o que não é pessoa, e pôde ser util ao homem.

O Código da Prussia, art. 1 (parte 1.^a, tit. 8) diz: *Chama-se proprietario o que é auctorizado a dispor, com exclusão dos outros e por auctoridade propria, por si mesmo ou por terceiro, da substancia d'uma cousa ou d'um direito.*

A nossa legislação patria não se separa d'este accôrdo geral. Veja-se a Ord. liv. 4.^o, tit. 43, § 11; Alv. de 20 de Junho de 1774 preamb. e §§ 17 e 21, etc.

Se o nosso adversario entende que, quando duas nações se accordam no mesmo pensamento legislativo, *ahi está a prova ou pelo menos uma probabilidade de que se tem acertado*: que poderemos nós inferir d'este accôrdo universal? E comtudo o mundo inteiro está no êrro. Estava reservado pela Providencia ao nosso feliz adversario a missão de dissipar as trévas em que vivemos.

De pensado não temos até aqui tocado na censura que o nosso adversario nos dirige, por havermos considerado como possível a posse d'um *direito* (art. 503 do nosso Projecto), porque não devíamos misturar esta materia com a questão de propriedade. É tempo de nos explicarmos a este respeito.

Limitando-nos aos pontos precisos a que se referem os artt. 503 e 595, que o nosso illustre adversario copia para thema das suas observações, não vendo as razões, que poderiam justificar a censura, e apenas assertos de puro arbitrio, bem poderíamos esperar que nol-as appresentasse; mas para que se não pense que assim nos esquivamos á discussão, exporemos os motivos da nossa doutrina.

Toda a questão se reduz a saber, se pôde dar-se *posse* em cousas incorporeas ou direitos. O A. segue resolutamente que não, dizendo — *o direito é uma ideia, uma entidade intangível, e cuja posse portanto não se tem, não se perde, e não se reivindica*. É uma velha questão mil vezes debatida. Consideremol-a primeiramente em relação ao Direito Romano, Canonico, e Direito moderno nacional e estrangeiro: e finalmente em relação ao ponto de vista puramente racional.

Direito Romano. Segundo o Direito Romano não se dava posse verdadeira senão em cousas corporeas, susceptíveis de propriedade — *Possidere autem possunt quae sunt corporalia* (liv. 3.º, pr. ff. de Poss.) *nec possideri intelligitur jus incorporale* (liv. 4.º, § 27, ff. de usurp.).

Mas nem porisso, em relação á usucapião e interdictos, se deixava de admitir a posse nos direitos incorporeas, chamados reaes — *jura in re*.

Assim como, diz o sábio Savigny, a verdadeira posse consiste no exercicio da propriedade, do mesmo modo tem lugar uma posse analoga no exercicio do *jus in re*; e assim como na verdadeira posse se possui a cousa verdadeiramente (*possessio corporis*) e não a propriedade; do mesmo modo não se deveria na verdade fallar de posse da servidão (*possessio juris*). Mas como não temos outro termo a que podessemos ligar aqui a posse, como na propriedade, com a mesma cousa, não podíamos deixar de servirmo-nos d'esta expressão impropria... As ideias dos jurisconsultos romanos a este respeito são mui claras... Em muitas passagens se nega, de feito, a posse d'um modo absoluto, em outras é adoptada (*jus fruendi possidissee*, liv. 7.º, ff. de itiner.; *jus possidet*, liv. 2.º, § 3, de precar. *Nemo ambigit possessionem duplicem esse rationis, aliam quae in jure consistit, aliam quae in corpore*, liv. 10.º, C. de poss.); em outras se exprime o que ha de improprio 'nesta terminologia pelas palavras — *quasi possidere, quasi in possessionem esse*. E posto que o Direito Civil sómente admittisse esta posse nos direitos reaes (*jura in re*), tambem foram introduzidas outras posses pelo *Edicto* como — *possessio haereditatis, libertatis, et servitutis possessio*.

Vê-se pois que, segundo o Direito Romano, era recobida a ideia, bem que em termos restrictos, de posse em

cousas incorpóreas e direitos. Esta ideia foi ampliada pelos jurisconsultos: bem que esta ampliação, segundo observa Savigny, não estivesse no espirito do Direito Romano, pois que ainda que por via de regra todo o direito admitta um exercicio, nem todo o direito pôde ser violentamente perturbado ou prescripto.

Direito Canonico e moderno. Posto que o Direito Romano não admittisse (diz ainda Savigny) a posse senão a respeito da propriedade e direitos reaes, pelo andar do tempo, devia tornar-se extensiva a todo o direito possível. Toda a theoria da posse repousava sobre o principio que consagrava contra as violações commettidas por certo modo, a prática sómente do exercicio d'um direito, sem tomar em consideração alguma a existencia d'esse mesmo direito. Seguia-se d'aqui, que esta protecção não podia estender-se senão aos direitos susceptíveis de serem violados por esse modo, e não conheciamos outros senão a propriedade, e os *jura in re*. Mas a constituição da igreja christã e dos estados europeus creou e ligou á posse e gozo do solo direitos, que os romanos não conheceram, ou pelo menos estavam mui longe de considerar como pertencentes a particulares. Enumera o illustre escriptor alguns d'estes direitos, como o exercicio do episcopado, rendas prediaes, dizimos, etc. e continúa. Mas não sómente a relação que acabamos de descrever é concebível; tem-se tornado mesmo effectiva ha longo tempo.

Questiona-se muitas vezes em Direito Canonico a posse de direitos diocesanos, e d'outros direitos ecclesiasticos,

assim como dos dizimos que lhe estão ligados, e ninguém jámais dūvidou que a jurisdicção e outros direitos da mesma categoria, devem ser protegidos da mesma fórma, que a propriedade contra as perturbações violentas do seu exercicio, posto que os romanos não podessem ter pensado jámais acêrca d'estes direitos no direito de posse. E se esta doutrina não repousa sôbre uma applicação immediata do Direito Romano, é o resultado d'uma applicação mui natural, e mui consequente dos principios d'este direito. E nós diremos ainda da apreciação mais logica da natureza do mesmo direito, e, por assim dizer, da emancipação da primitiva fórma material, que successivamente o Direito Romano foi obtendo por effeito dos progressos da civilisação. De principio não se distingue, não se concebe o direito da propriedade senão incorporado no objecto material; logo, já se concebe um direito real, mas que não se pôde chamar propriedade; por fim, a propriedade não sómente pôde comprehender cousas immateriaes, mas ainda mesmo se manifesta na posse, que como por disfarce se chama *quasi posse*.

A doutrina dos Codigos modernos, que não tinham de obter a precedentes tradiccionaes e menos a formularios verbaes, é unanime em reconhecer a posse em cousas incorpóreas ou direitos, mas com mais latitude que o Direito Romano, e pondo de parte a denominação de *quasi posse*, que Troplong (Prescrip. n.º 243) caracteriza de mera — *pruderie de langage*.

O nosso art. 503 conforma-se com o art. 2228 do Co-

digo Napoleão, que diz assim — *La possession est la detention ou la jouissance d'une chose ou d'un droit, que nous tenons, ou que nous exerçons par nous même, ou par un autre, qui la tient, ou qui l'exerce en notre nom.*

São concordes os Codigos de Prussia, parte 1.^a, tit. 7, art. 78; da Luisiana, art. 3389; de Sardenha, art. 2363; de Vaud, art. 1637; de Napoles, art. 2134; de Servia, art. 199; de Argovia, artt. 413 e 437; de Berne, art. 350; de Friburg, art. 525; de Lucerna, art. 221; de Zurich, art. 539; de Bolivia, art. 2262; de Haiti, art. 1996; de Hollanda, art. 585, e muitos outros.

A nossa Ordenação não cogitou de estabelecer principios geraes, mas a nossa prática tem sempre admittido a quasi posse do Direito subsidiario romano, e as doutrinas do Direito Canonico. E que é a nossa posse civil da herança do Alvará de 9 de Novembro de 1754 senão a posse d'um direito? A posse de direitos reconhece-se em muitas das nossas leis. Vejam as seguintes: Carta de Lei de 22 de Junho de 1846, art. 22, n.º 9; Alvará de 7 de Dezembro de 1789; Decreto de 25 de Março de 1762; Alvará de 26 de Novembro de 1774; Alvará de 15 de Julho de 1779, § 2; Provisão de 30 de Março de 1779; Codigo Administrativo, art. 22, n.º 9.

Razões intrinsecas da doutrina. Considerado o direito em relação ao sujeito a que pertence, e sendo todos os direitos d'uma natureza immaterial, debaixo d'este aspecto, e não podendo desconhecer-se que todos os direitos são susceptiveis, pelo exercicio ou uso que d'elles se faz,

d'uma sorte de detenção moral, equivalente á detenção physica dos direitos que se chamam reaes, era de rigorosa necessidade logica consideral-os todos como capazes de serem possuidos (V. Marcadé, Prescrip. ao art. 2228 do Codigo Napoleão). É certo que ha direitos, que não são susceptiveis, por sua natureza particular, de mera posse ou detenção, ou de serem perturbados no seu exercicio; mas segue-se d'ahi porventura que deva preterir-se a regra geral? Á lei compete marcar as excepções, quando a impossibilidade natural d'essa posse as não torne desnecessarias. Demais é preciso não perder de vista, que a regra de Direito Civil não póde recair senão sobre direitos, que podem entrar na esphera da propriedade.

O que fica dicto parece-nos de sobejo para que se veja o que significa esse deploravel êrro, de que somos accusados com tamanho entono e sobrançeria, de ter comprehendido na *propriedade* e na *posse* cousas incorporeas ou direitos.

«Eis as justas balisas 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.»

Quaes são pois essas justas balisas? A classificação geral de todo o direito, fundada 'numa base falsa, uma apreciação inexacta do direito de propriedade, e uma distinc-

ção de direitos derivada d'um ponto de vista secundario, e que confunde na sua generalidade especies d'ordem differente, e que por fim nada serve, e implica mesmo um falso presupposto.

Depois de nos ter assim increpado por não termos seguido a unica ideia luminosa que nos poderia tirar do caminho da perdição em que nos lançámos, passa, armado com a sua maravilhosa e irrefragavel bitola, a examinar o modo por que nos houvemos na investigação dos elementos juridicos.

Para que se possa apreciar com exactidão o alcance da censura, é indispensavel copiar aqui o pouco que a este respeito escrevemos na primeira Apostilla.

«Qual é o nosso fim? (dissemos). Expôr o Direito Civil na sua ordem mais simples e natural. Ora, essa ordem não pôde ser fundada senão na mesma natureza do direito. E que é o Direito Civil? Sem dúvida o complexo das regras ou disposições legaes, que determinam e regem as relações privadas dos cidadãos entre si. Ora, quaes são os elementos juridicos essenciaes 'nestas relações? O sujeito dos direitos, ou seja o crédor o sujeito da obrigação, ou seja o devedor e o objecto d'esses mesmos direitos e obrigações.

«Poderíamos nós fundar o nosso systema no objecto do direito? Não, certamente, ou se considere esse objecto como cousas, ou como serviços; não as cousas, porque será impossivel resumil-as, classifical-as e comprehendel-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 sôbre principios certos e invariaveis.»

Pararemos aqui, porque o nosso adversario nos dará occasião mais adiante, de proseguir, e nos interrompe desde já com as suas observações.

Depois de nos dirigir algumas expressões indignas não só d'um *cultor da justiça*, mas ainda de qualquer homem medianamente civilizado, e que votamos ao desprezo que merecem, exclama o nosso adversario:

«Se o nobre A. 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,.... 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 differenças; e não em prescrutar os elementos d'essas relações, para em um d'elles fundar isoladamente qualquer systema, e erigir o seu edificio, não sobre uma base inteiriça, mas sobre uma base quebrada.»

Que quer o nosso adversario dizer com este seu logographo? Que para conhecer a natureza das relações juridicas não deveriamos analysar os seus elementos essen-

ciaes? Não, certamente. O nosso proprio adversario pede a pag. 26 que se lhe não faça a injustiça de suppôr que tem por dispensavel e inutil a analyse da ideia complexa, que existe em todos os factos da vida juridica. E com effeito como observar com tento as similhanças e differenças sem conhecer os elementos essenciaes que figuram 'nessas relações? O celebre Telepho parece ter em fim encontrado um successor; aqui temos a lança maravilhosa, debalde procurada pelos antiquarios, que curava as proprias feridas que fazia! Se a classificação não pôde ser instrumento de analyse (e ninguem põe isso em dúvida), nem porisso a analyse deixará de ser o unico instrumento para qualquer classificação racional. Estas asserções magistraes, assim atiradas ad Ephesios, só servem de obscurecer e confundir ideias, e tornar impossivel a investigação da verdade. Se as nossas conclusões, se o resultado a que chegámos, se a base que demos ao nosso systema lhe desagradava, lhe parecia quebrada, condemnasse a conclusão, mas não é condemnando um meio decididamente irreprehensivel, que poderia demonstrar a sua falsidade. Sentindo a debilidade das suas vagas asserções, soccorre-se o nosso adversario á auctoridade do famoso, agudo e judicioso Leibnitz (todos esses epithetos são outros tantos argumentos). «A consideração, disse elle, que só pôde servir de base a uma classificação juridica é a — da differença, que se observa entre os direitos e obrigações. Não são as pessoas e as cousas que se deve distinguir,... mas as suas obrigações e os seus direitos. O terceiro membro —

ações... nada mais são do que consequencias dos direitos; e por occasião d'estes devem ser explicadas, segundo a importante distincção do *jus in re*, e do *jus ad rem*, isto é, do *dominio* e da *obrigação*».

Muito bem. Mas que quer dizer Leibnitz, quando pretende que a classificação juridica seja fundada na *differença dos direitos e obrigações*? Poderia elle na sua penetrante intelligencia suppôr, que era possivel chegar-se ao conhecimento d'essa differença, sem que se analysassem devidamente os elementos em que esses direitos consistem? É evidente que não. A que vem pois a sua auctoridade, senão para provar o contrário do que o nosso adversario pretende, isto é, a racionabilidade do nosso processo? Parece porém que o nosso adversario comprehendeu mal o pensamento do grande philosopho allemão; parece que suppoz que Leibnitz entende que a classificação deve ser tirada não da natureza do mesmo direito, mas da differença entre *os direitos e as obrigações*. É um erro grosseiro; e se o nosso adversario em vez de contentar-se com os extractos de Blondeau, tivesse tido o trabalho de consultar o original, veria que tal não era, nem podia ser, a ideia de Leibnitz, que não ignorava, que a ideia de obrigação é correlativa á ideia de direito; é uma consequencia do direito, que quem diz direito, diz obrigação, e quem diz obrigação, diz direito; que as obrigações e direitos não são finalmente entidades que possam grupar-se por contraposição em qualquer classificação; de fôrma que, ou esta ha de ser feita no ponto de vista dos direitos, ou no

ponto de vista das obrigações. E o que mais nos confirma que o nosso adversario labora 'nesse falso presuppuesto, são as ultimas palavras que cita relativamente ás acções *de jus in re* e *jus ad rem*. Leibnitz só admittia esta distincção na materia das acções, onde na realidade tinha uma certa importancia em relação ao Direito Romano (a), mas não na classificação geral dos direitos; no que se conformava com o mesmo Direito Romano. E para que o nosso adversario acabe de desenganar-se, bastará que examine a applicação que o proprio Leibnitz faz do principio posto. Vej. os §§ 18, 19, 20 e 21, em que Leibnitz apresenta a sua classificação geral (Ediç. de Bon., tom. 4.º).

«Os direitos e obrigações, diz Leibnitz (que nunca se para estas duas ideias), ou versam sobre o nosso corpo, sobre cousas, ou sobre terceiras pessoas. O direito ao nosso corpo, diz-se *liberdade*; o direito sobre cousas, *faculdade*; a qual, se affectar a materia, chama-se *dominio directo*; se a fórma, *dominio util*; se partes da fórma ou qualidade, *servidão*, ou outro direito real. O direito sobre pessoas chama-se *poder* (*potestas*). O vinculo por que alguém é obrigado a não impedir a liberdade, a faculdade, ou o poder de outro, diz-se *obrigação*, que é positiva ou privativa. Se esta obrigação é impedida por alguém, nasce a injúria. O objecto do nosso direito é tudo o que nos pertence.»

Divide depois o direito em tantas partes, quantas são

(a) Vej. Ortolan, *Inst. Expl.* tom. 1.º, pag. 81, n.º 4.

as causas que produzem direitos e obrigações, a saber: 1.ª a natureza, que nos dá a liberdade e a faculdade de obrar sobre as cousas que não são de outrem (*nullius*); 2.ª a successão, por que se transferem aos herdeiros os direitos do finado; 3.ª a posse; 4.ª a convenção; 5.ª a injúria.

Onde aparece a distincção de *direitos* e *obrigações* — *de jus in re* e *jus in rem*? Evidentemente a classificação de Leibnitz é fundada no ponto de vista subjectivo do direito, independentemente da ideia da obrigação ou do objecto: e por consequencia cafu, como nós, no erro deploravel de fundar o seu edificio 'nessa mesma *base quebrada* em que nós fundámos o nosso.

Mas será justo dizer que o systema é fundado em *base quebrada*, fundando-se no direito debaixo do aspecto subjectivo? Ainda aqui ha inexactidão e confusão de ideias, pois que o direito é uma ideia complexa, que arrasta necessariamente na sua esphera os dous outros elementos — a obrigação e o objecto.

«Que razão teria (continúa o nosso adversario) o nobre A. 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 d'algum dos seus elementos? Que tal impossibilidade não se dá, pro-

vam-no as tradições da escola, todos os livros de doutrina, as discussões de todos os tempos, e o reconhece também o proprio apostillador na execução do seu Projecto.»

A razão que tivemos, é a mesma que deve presidir á formação de qualquer systema na ordem intellectual. Esta affectada ignorancia do nosso adversario é um d'esses miseraveis sophismas, que nada aproveitam a quem d'elles se serve. Todo o systema de classificação deve ser logico e racional, e não o póde ser senão partir d'um principio fundamental, que resuma e concentre, como em germe, todos os membros do objecto, que tem de ser classificado. Bem sabemos, que não é impossivel proceder-se d'outro modo; bem sabemos, que effectivamente assim se tem procedido, e que ha escholas, que ha tradições, que ha discussões, mas tudo isso não é bastante para aniquillar a liberdade e independencia do espirito humano, nem para estabelecer a impossibilidade de qualquer melhoramento. É o sophisma *auctoritatis*, que não tem valor no campo do raciocinio.

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

A que vem isto? Que significa? Em vez de nos dar

parte de como fez a sua classificação deveria o nosso adversario provar o defeito da nossa: o argumento — *eu fiz d'outro modo, logo o que tu fizeste não presta*, é na verdade admiravel, mas sómente pela sua impertinencia e fatuidade. Mas poderá dizer-se que a divisão dos direitos em *absolutos* e *relativos*, em nada depende dos elementos componentes das relações juridicas? É preciso não confundir os termos, apreciar os elementos não é *classificar* e *dividir*, ou reduzir a systema. É 'nesta perpétua confusão de termos e de ideias, que o nosso adversario faz prova d'uma força verdadeiramente titanica. Não lha invejamos.

Diz-nos o A. em seguida, que a distincção que fizemos na parte 2.^a do Projecto, tambem não se refere a divisão alguma dos elementos do direito, pois que só é feita no aspecto da *origem* ou *titulo* das faculdades juridicas do homem. *Quid inde?* Ainda o mesmo systema de confusão. Nós não fundamos o nosso systema em classificação alguma dos elementos constitutivos do direito; apreciámos o direito, decompozemos a sua ideia complexa unicamente para achar o elemento dominante, a fim de expômos o direito em relação a esse ponto de vista: mas na exposição d'este direito, considerado como faculdade, essa decomposição desaparece, e o direito fica na sua propria natureza complexa; o direito é a faculdade, e induz necessariamente o objecto e a obrigação. A distincção de direitos *originarios* e *derivativos*, apparece sómente 'num ponto de vista secundario — a *acquisição dos direitos* —

onde nenhum cabimento podia ter a distincção, que fizemos dos elementos de direito para fim inteiramente diverso.

Falla o A. d'outras divisões de direitos — dos *neologismos* de Bentham, o que só serve para abonar a sua erudição; e entra por fim na analyse do nosso texto, que deixámos transcripto. Era tempo.

«*Podíamos nós fundar o nosso systema no objecto do direito?* Sim (responde o A.) certamente, porque vós reconheceis, e ninguem nega, que esse *objecto*, ou são *cousas*, ou *serviços*. Queríeis um systema, queríeis 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 distincção 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 constituam a idéa geral objectiva do direito, para que esta divisão forneça base a uma classificação, a um systema.»

Que o objecto dos direitos são as *cousas* e os *serviços*, certamente ninguem o duvida, tomando as palavras *cousas* e *serviços* em um sentido lato. Mas seguir-se-ha que, porisso que essas *cousas* e *serviços* são o objecto dos direitos, a classificação geral do direito deva ser fundada

'nesse objecto? Era isto o que devia demonstrar-se; bem entendido que quando dizemos *podíamos*, não nos referimos á possibilidade material, mas á possibilidade logica e racional. O nosso adversario sustenta a affirmativa; mas com que razões? Eil-as aqui: porque essas *cousas* e *serviços* estão á flôr da terra, e offerecem uma *dualidade*, e o numero basta, e não basta, para formar uma distincção. Vejamos se é possível desembrulhar esta meada. Qualquer que seja o numero dos objectos materiaes do direito; qualquer que seja a sua apparencia visivel; é sempre certo, que esse objecto faz parte das relações juridicas, ou direitos, mas não são os mesmos direitos; a sua natureza é inteiramente diversa: uma é immaterial, e outra material. Logo a classificação das *cousas* não póde servir de base á classificação dos direitos. Isto posto, é claro que, qualquer que seja o numero das entidades materiaes, e a differença que possam ter entre si, não póde esse numero e differença dar-lhe uma natureza diversa d'aquella que lhe é propria, e portanto nunca as *cousas* e *serviços* podem formar uma base logica d'um systema racional de classificação de direitos; nem ha exemplo de que se haja jámais tentado similhante empreza.

«Diverte-se em seguida o A. com a explicação do que são *cousas* e *serviços*; e, para dar-nos alguma novidade assegura-nos, que *os serviços*, *os factos do homem*, são apenas *percebidos pela razão*, e são em ultima analyse as *pessoas*, porque são *actos da pessoa*: e conclue a final, que

sendo as cousas corporeas e incorporeas, ideias oppostas, como o espirito é a contradicção da materia, e cousas e pessoas (*scilicet* os serviços), entidades anthiteticas, temos indubitavelmente uma differença essencial, uma differença de caracteres constantes, e portanto a melhor base para um systema de direito, systema derivado d'uma perfeita classificação do seu objecto complexo.»

Será possível que isto se escreva? É sem dúvida, porque o vemos impresso em bellos caracteres; mas o que não é possível, é deixar de repetir aqui as palavras do nosso adversario — *estará o A. zombando do bom senso dos outros?*

Não ha nada mais singular que esta transformação dos actos em pessoas? Duvidámos que a propria Circe com todo o seu poder magico conseguisse jámais fazer semelhantes metamorphoses; pelo menos a Mythologia não vae tão longe. E será este esse mundo apparente, que se acha á flôr da terra?

E que objecto complexo é este, que só anthiticamente se concebe e define? Pois o objecto complexo do direito é a mesma cousa, que o objecto material das relações juridicas, ou dos direitos em particular? Não se confundam cousas inteiramente distinctas: a confusão não prova, não convence: é preciso ser claro, e preciso: o objecto do direito são as relações juridicas, o objecto dos direitos são as cousas e serviços. Quando se pretende classificar o direito, é preciso attender a essas relações juridicas na sua

generalidade, nos seus elementos constitutivos, que são: o sujeito do direito, o sujeito da obrigação, e o objecto d'esse mesmo direito e obrigação; e quando se pretende classificar os direitos em particular, em uma ordem secundária ou de subdivisão, nada obsta a que se tenham em vista os objectos materiaes d'esses mesmos direitos e obrigações; comtanto que se não desprendam absolutamente da esphera juridica; mas querer applicar a uma divisão primordial o que só pôde ter logar 'numa divisão secundária, não pôde ser senão um grande principio, não de ordem, mas sim de desordem. Ouça o nosso adversario uma auctoridade, que reconhece como competente, a do *immense* Savigny, como o denomina.

«Na exposição systematica que precede, diz elle, tenho classificado as instituições de direito, segundo os seus caracteres essenciaes, isto é, as suas relações organicas com a natureza mesma do homem. Comparada a estes caracteres essenciaes qualquer outra relação é necessariamente secundária, e não deve figurar na base d'um systema geral do direito. Entre as relações secundárias appresenta-se em primeiro logar o objecto das relações do direito, isto é, a cousa submettida á nossa vontade. Mas esta relação não tem realidade, senão considerando-se o imperio da vontade, como base fundamental das relações de direito. E então perguntar-se-ha naturalmente qual é o objecto submettido ao seu imperio. Esta relação pôde pois ser admittida como subdivisão do direito dos bens, não como divisão principal, etc.»

Já vê o nosso adversario que o *immenso* Savigny pensava como nós ácerca da impossibilidade de fundar-se a classificação do direito no objecto material do direito; mas ainda não é tudo: o mesmo *immenso* Savigny é tambem cúmplice no chamado absurdo da base *quebrada*: tambem esse grande jurisconsulto caíu na insensatez de tomar para ponto de partida do seu systema juridico o ponto subjectivo do direito, esse imperio da vontade de que acaba de fallar.

Ouçamos ainda o grande jurisconsulto: «O direito, diz elle, se nós o considerarmos tal como nos penetra e rodeia por todos os lados na vida real, apparece-nos como um poder do individuo. Nos limites d'este poder a vontade do individuo reina, e reina pelo consenso de todos. A este poder, ou faculdade, damos o nome de direito, e alguns o denominam *direito* no sentido *subjectivo*. O direito nunca se manifesta tão claramente, como quando é negado, atacado, e a auctoridade judicial vem reconhecer a sua existencia e extensão. Mas um exame mais attento nos mostra, que a fórma logica d'uma sentença depende d'uma necessidade accidental, e, longe de exaurir a essencia da cousa, esta fórma presuppõe uma realidade mais profunda—a relação do direito, de que cada elemento não é senão uma face diversa, considerada abstractamente: assim, uma sentença sôbre um direito especial, não é verdadeira e racional, senão quando deriva da intuição completa da relação do direito. Esta relação tem uma natureza organica, que se manifesta, seja pelo complexo de

suas partes constitutivas, que se contrabalançam e limitam mutuamente, seja pelos seus desinvolvimentos successivos, sua origem e decadencia. Esta reconstrucção viva do complexo fórma, dado um caso particular, o elemento intellectual da práctica, e distingue a sua nobre vocação do simples mechanismo que a ignorancia lhe attribue.»

Considerando o direito, na sua essencia, como attributo da vontade livre, é evidente que não podia o illustre jurisconsulto deixar de fundar o seu systema 'nesse mesmo principio, isto é, na actividade juridica, ou no sujeito do direito. Assim, eis aqui a ordem que segue — 1.^a Parte, *Da capacidade juridica*. 2.^a Parte, *Dos factos juridicos*. 3.^a Parte, *Das violações do direito*.

Ver-se-ha que além da base *quebrada*, que ambos nós adoptámos, ainda apparecem outros pontos de contacto entre os nossos systemas. Na primeira e ultima parte estamos de accôrdo; mas á segunda, *factos juridicos*, em que o doutissimo jurisconsulto comprehende os meios de adquirir, junctamos uma terceira, que se occupa da *propriedade* em separado. No restante ha apenas differença na collocação de certas especialidades, o que não altera a natureza do systema em geral.

Sirva-nos ao menos de ante-mural contra as invectivas acrimoniosas do nosso adversario a auctoridade de tão illustre nome.

Aqui passa o nosso adversario a provar-nos com a sua propria auctoridade, com a sua classificação, que diz fundada no objecto do direito, a racionalidade e possibilidade

d'este methodo. Para não interrompermos a discussão da censura, que nos é dirigida, em outro logar nos occuparemos do systema do A.

Dissemos que as cousas *não podiam ser tomadas em si mesmas como fundamento do nosso systema juridico, porque seria impossivel resumil-as, classifical-as e comprehendel-as todas na massa existente e possivel.*

«Certamente (observa o nosso adversario) as *cousas* não podem por si só servir 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 d'ellas, 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 aparelho classificador, protesta energicamente contra a impossibilidade que se suppõe. Conservando-nos porém no estadio da nossa sciencia, quem ha ali 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*... E o proprio projecto tambem assim classifica as *cousas* em *mobiliarias* e *immobiliarias*, etc.»

Quando dissemos que as *cousas* não podiam ser resu-

midas e classificadas todas na massa existente e possivel, dissemos uma verdade, que todos os dias se está demonstrando pelas novas descobertas, que vêm transtornar as classificações feitas, apesar do seu immenso aparelho. Mas comprehende-se bem que não tinhamos meramente em vista a possibilidade do facto em si mesmo, mas a sua conveniencia e possibilidade racional em relação sómente ao direito. E como o nosso adversario nos concede ao menos, que as *cousas* effectivamente, consideradas em si mesmas, não podem servir para fundar um systema de direito, é o que basta para que a nossa proposição subsista. Nem essas classificações que apparecem no direito e no nosso projecto de *cousas fungiveis* e *não fungiveis*, *mobiliarias* e *immobiliarias*, appresentam contradicção alguma, porque não figuram como base do systema geral do direito, mas como necessitadas por applicações especiaes e secundárias.

Não os serviços, dissemos egualmente, *pela sua propria natureza variavel e indefinida.*

«É inteiramente o contrario, responde o nosso adversario, porquanto, no meio d'essa variedade immensa, o espirito humano não tem sido tão pobre em seus juizos e abstracções, que não tenha achado analogias e differenças, *à posteriori*, bem conhecidas e constantemente apreciadas pela importancia de suas applicações juridicas.»

E cita a distincção de *serviços* ou *factos*, que consistem

em *dar e fazer*, segundo Paulo, e a do nosso proprio Projecto, prestação de factos e prestação de cousas.

Não dissemos que os serviços não eram susceptíveis d'uma classificação qualquer, mas sómente que não podiam servir para base racional d'um systema juridico pela *sua propria natureza variavel e indefinida*. Ora, que os serviços, ainda que reduzidos ás duas classes, prestação de cousas e prestação de factos, conservam sempre uma natureza indefinida emquanto ao direito e obrigação; que se ha de necessariamente ir buscar a sua razão de ser em outro principio, no factio juridico, são cousas que não admittem questão.

E não as cousas e serviços (concluimos), porque só accidentalmente apparecem como elemento do direito, e o direito não seria o que é, se não assentasse sobre principios certos e invariaveis.

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

Por este modo nada pôde resistir aos golpes do nosso agudo adversario! Imagina-se um pensamento que possa conduzir ao absurdo, attribue-se ao A. que se combate, e recolhem-se as palmas do triumpho. .

Pois bem, eis aqui a traducção das nossas palavras, que tão obscuras se julgam.

As cousas e serviços não podem servir de fundamento a um systema racional de direito, porque estas cousas e serviços só apparecem accidentalmente como elemento do direito. E porque? Porque o direito, subjectivamente considerado, é uma relação de pessoa a pessoa, o sujeito do direito e o sujeito da obrigação. O objecto é, por assim dizer, o *caput mortuum*, uma entidade variavel, que só apparece secundariamente na relação do direito, e que não tem senão uma fôrma persistente — o valor. Ora, se a parte viva e organica do direito é essa mesma relação juridica, como poderemos racionalmente fundar o direito em um ponto de vista accidental e secundario? Eis aqui o nosso pensamento, e por consequencia demonstrada a estravagancia da ideia, que hypotheticamente se nos attribue, de *direitos mixtos*, de confusão do geral com o particular, e a futilidade do famoso argumento dos doze Apostolos, etc.

Voltemos agora á demonstração práctica da possibilidade de um systema juridico fundado no objecto do direito.

Segundo o nosso adversario, todos os direitos se dividem em *reaes* e *pessoaes*. — *Reaes* são os que têm por objecto immediato as *cousas*, a natureza não livre; e *pessoaes* os que têm por objecto immediato os serviços, as prestações, factos da natureza livre. São os direitos *absolutos* e *relativos*, que o nosso adversario nos havia ap-

presentado como unica base possivel de um systema juridico.

Como esta divisão é generica e absoluta, temos que não sómente devem pertencer aos direitos reaes o dominio no sentido Romano, o *jus in re*, mas ainda todos os direitos reaes, *jura in re*; e que ficam pertencendo aos direitos pessoaes, não sómente as obrigações propriamente dictas, mas tambem as relações de familia, e quaesquer relações civis, em que possa ter logar a prestação de serviços, *sensu lato*.

O nosso adversario não se arroga o merito da invenção de semelhante divisão, mas sómente a gloria de a ter aperfeiçoado.

E em que consiste este aperfeiçoamento? Em comprehender os direitos de familia nos direitos *pessoaes* em geral, e em separar os direitos reaes, *que nunca se tem querido desligar dos direitos pessoaes*, para os reunir ao dominio.

Primeiramente observaremos que nem a divisão é nova, nem o supposto melhoramento. Mais d'um A. tem adoptado essa mesma divisão na exposição do Direito Romano (a).

(a) Ortolan menciona (Instit. Explic. p. 2, tit. 1, § 68) esta distincção de direitos *absolutos e relativos*, que rejeita, mas que julga mais racional, que as distincções do *jus in re*, e *jus ad rem* — e *jus in rem*, e *jus in personam*, e sem relação com a linguagem dos juriconsultos romanos. Esta distincção deve-se originalmente a Vulteio, cuja obra foi abreviada por Corvino na

Mas, deixando isso de parte, vejamos, se com effeito esta distincção pôde offerecer uma base racional d'um systema juridico.

sua *jurisprudencia romana*. Blondeau julga boa esta distincção, posto que reconheça que não pôde servir, como na obra de Vulteio, de base primeira de toda a classificação. O sentido porém, que dá Vulteio a essas denominações, differe d'aquelle, em que o nosso adversario as toma.

Emquanto ao pretendido melhoramento na inclusão dos direitos de familia entre os direitos pessoaes em geral, não ha ahí senão um novo jôgo de palavras, pois que ao mesmo tempo, que se consideram os direitos de familia como direitos pessoaes, são inteiramente separados dos chamados direitos pessoaes nas relações civis, a exemplo dos juriconsultos allemães modernos: nem se pôde imaginar, que effectivamente o nosso adversario pretenda confundir os direitos pessoaes de familia na sua natureza especial, não reductiveis ao denominador moeda, com os direitos pessoaes nas chamadas relações civis, todos reductiveis a esse denominador. O nome pouco importa, e realmente não vemos que 'nisto se melhorasse o systema dos allemães, principalmente attendendo ao logar em que o nosso A. colloca esses direitos de familia.

Emquanto ao melhoramento de separar dos direitos pessoaes, para os reunir aos reaes, direitos que nunca *d'elles se quizeram separar*, não vemos bem em que consista este melhoramento, a não ser em referencia ás denominações privativas do Direito Romano, *jus in re, jura in re*, já effectivamente ampliadas pelo direito moderno; mas, se assim é, a que se reduz a doutrina do dominio, que não é a propriedade, distincção que se sustenta com tamanho affinco? Recorrendo ao desinvolvimento práctico do systema do A., na *Consolidação das leis*, não achâmos senão

Primeiramente será necessario que o A. nos diga o que entende por direito. Pela mesma distincção, que adopta, de direitos pessoaes e reaes, se vê, que encara o direito nas relações privadas, o direito civil propriamente dicto. Neste sentido, o direito não é nem pôde ser senão um *poder*, uma *faculdade*. Ora este poder, esta faculdade implica necessariamente a ideia da obrigação, que apparece no outro extremo da relação juridica. Temos pois, como elementos vivos e activos do direito, o sujeito do direito, e o sujeito da obrigação. Mas, como a relação do direito não pôde conceber-se sem um objecto qualquer sôbre que verse, apparece um terceiro elemento, as cousas, os serviços.

Isto posto, perguntar-se-ha como deve proceder-se na exposição das regras, que governam essas relações entre os homens, os direitos no sentido subjectivo? Se considerarmos a ideia no seu complexo, por certo o problema ficará insolúvel, porque não ha principio nenhum apprehensível que nos forneça a distincção, em que se funde

o direito de prescripção acquisitiva, contado pela primeira vez entre os direitos reaes, mas ahí não vemos senão uma triste confusão de ideias. Se a cousa está prescripta, existe já o direito de propriedade, e que não se distingue de qualquer outro senão pelo principio da aquisição; e se o principio da aquisição é o que determina o assento da materia, não vemos por que razão deixe de entrar aqui a compra, a venda, a troca, e finalmente qualquer outro modo de adquirir. Ainda uma vez o que isto mostra, é a insufficiencia do principio classificador adoptado pelo nosso adversario.

uma ordem qualquer: todos os direitos são 'neste ponto de vista eguaes, e da mesma natureza. É pois indispensavel recorrer aos elementos constitutivos do direito, não para os fraccionar e quebrar, mas para achar um ponto de vista, um ponto de partida. Já vimos que os elementos constitutivos do direito eram — o *sujeito do direito*, o *sujeito da obrigação*, e o *objecto dos direitos*. Resta vêr qual d'estes pontos de vista merece a preferencia.

Deverá preferir-se o objecto? Entendemos que não. A razão não é difficil de perceber; o *objecto* na relação do direito, por pouco que se attente na sua natureza, como pertencente a natureza não livre, só pôde entrar na esphera do direito por força da vontade livre; e por consequencia a sua existencia, na ordem juridica, presuppõe necessariamente a existencia dos outros elementos ou de ambos. O *objecto* appresenta-se como resultado d'uma acção intelligente. Ora, se isto assim é, como se não pôde duvidar, fica evidente que logica e racionalmente se não deve partir do ponto de vista do *objecto* na formação do systema juridico, ainda mesmo pondo de parte mil outros inconvenientes. Resta pois o *sujeito do direito*, e o *sujeito da obrigação*. Aqui estamos sómente no campo da parte organica e viva do direito. A opção pôde parecer mais difficil, porisso que a relação do direito comprehende os dous extremos da mesma natureza: porém, se advertirmos que o direito é um poder, um imperio da vontade livre, se recordarmos o principio trivial — *hominum causa, omne jus constituitur* (L. 3, ff. de Stat. hom. 1, 5), e que a obri-

gação é portanto uma ideia secundária e subordinada (a), não poderemos logicamente deixar de preferir, como ponto de partida, a ideia do sujeito dos direitos.

E com effeito é este o ponto de vista quasi geralmente adoptado, supposto nos desinvolvimentos parciaes das partes do direito se não guarde ordinariamentos o rigor logico, saltando-se frequentemente do ponto de vista do direito para o ponto de vista da obrigação, e vice-versa.

O nosso proprio adversario, inscrevendo as suas grandes divisões—*direitos reaes*, e *direitos pessoaes*, presta involuntariamente homenagem a estas ideias; por mais que diga, que parte sómente do *objecto dos direitos*, unicamente nos apartamos no desinvolvimento logico da mesma ideia.

Suppondo o homem como principio activo do direito, a vontade livre em exercicio, não cogitámos de classificar 'neste primeiro ponto de vista os direitos, segundo o seu objecto; cumpria definirmos o agente na sua capacidade juridica, consideral-o na sua acção, aquisição, fruição, e defeza dos direitos. O objecto dos direitos appareceriam naturalmente no desinvolvimento da acção juridica, e por consequencia em ordem secundária e restricta a cada uma das especialidades, a que a mesma acção da vontade livre se dirigisse.

(a) O direito, diz um illustre publicista moderno, precede a obrigação em data, porque o seu typo está no individuo; e como o individuo tem a vida social por destino, a ideia do dever se apresenta em segundo logar, como consequencia do direito, não sendo o dever senão o respeito para com o direito de outrem.

O nosso adversario, pelo contrário, attende principalmente ao objecto. Não podemos ainda bem apreciar todas as difficuldades em que terá de encontrar-se, mas desde já podemos prever uma boa parte, não fallando do vicio logico que acabámos de indicar.

Qual é o principio discriminador dos direitos *reaes* e *pessoaes*, *absolutos* ou *relativos*, phrases que o nosso adversario julga equivalentes? Esse principio, é que o direito *real* vigora *adversus omnes*, e o direito *pessoal* sómente recae sobre certa e determinada pessoa.

Se esta linha de divisão é geral e exacta, como pretende o A., temos que devem ser comprehendidos entre os direitos reaes todos os direitos individuaes, chamados originarios, e os direitos que regulam a capacidade, e mesmo as relações de familia: porisso que essas relações em regra militam *adversus omnes*, da mesma fórma que os direitos de dominio: nem se diga que nas relações de esposo e filho apparece uma determinada pessoa em especial obrigada, porque essa differença só diz respeito a certas obrigações e direitos especiaes.

Pelo contrário será forçoso involver nos direitos pessoaes direitos, que, posto que recaindo sobre certas e determinadas pessoas, offerecem entre si discordancias profundas, e que terão de separar-se, procurando um novo discriminador, porque o primeiro principio de divisão é ephemero e infecundo.

O vicio d'este systema manifesta-se nos proprios sub-

terfugios, a que o nosso adversario se socorre para illudir as consequencias do principio adoptado.

Em primeiro logar expulsa para fóra da orbita do Direito Civil propriamente dicto os direitos chamados originarios, com os frivolos pretextos de que estão sufficientemente protegidos na lei politica e penal.

Em segundo logar cáe-se sôbre o unico direito, que se deixa na classe dos absolutos, mas desfigura-se, tortura-se, mutila-se para que caiba no leito de Procusta, que se lhe prepara.

O direito de propriedade não será o direito de propriedade, soffrerá uma *capitis diminuição*; e evocar-se-ha do tumulto, em que ha mais de dez seculos repousa, o fantasma do *dominio quiritario* e o *jus in re corporali*—para substituir o moderno direito de propriedade na sua acceção natural philosophica e legal. «A propriedade, diz o nosso adversario, abrange os direitos reaes, e tambem a maior parte dos direitos pessoaes; e não haveria differença entre estes direitos, se o direito absoluto de propriedade fosse o mesmo direito real.» Eis o motivo de tão illogica transformação. A regra é certa, verdadeira e geral; mas para que o seja, é preciso entendel-a de modo que deixe de ser o que é, e se limite e amesquinhe, segundo as vistas do A. Embora: mas com que principio racional se auctorisar o nosso adversario para assim manobrar? A razão, de que desapareceria a differença de direitos reaes e pessoaes, o que demonstra é, que o principio é insufficiente, inexacto,

e não pôde servir para o fim pretendido. A outra razão, que o A. allega, de que *a possibilidade do direito real só se concebe em relação aos objectos corporeos, cousas* no sentido natural da palavra, é um lastimavel sophisma de petição de principios, de mera confusão de termos e ideias. Transforma-se 'o direito de propriedade no *direito real, sensu stricto*, e diz-se que 'a propriedade não pôde conceber-se senão 'nesse mesmo sentido!

Spectatum admissi risum teneatis amici?

A propriedade, *direito*, concebe-se perfeitamente em relação a cousas incorporeas; e tanto se concebe, que nunca se poz isso em dúvida, nem mesmo entre os Romanos, posto que admittissem uma especie particular de propriedade a que chamaram *dominio*. O erro do nosso adversario está em procurar o caracteristico do direito, aonde elle effectivamente não existe. O principio do direito de propriedade, a sua essencia racional consiste na livre faculdade *utendi et abutendi*. Tudo aquillo de que podemos dispôr livremente, ou seja corporeo, ou incorporeo, é, e não pôde deixar de ser, propriedade nossa; embora esta propriedade possa subdividir-se 'nessas duas especies. É indubitavel, que o nosso adversario não ignora isto mesmo; e se trabalha por confundir estas ideias, não é porque não sejam exactas, é por uma deploravel necessidade do systema que imaginára, e que precisa sustentar *pro aris et focis*; e aqui temos a explicação da pertinacia, com que tão infelizmente combatera a nossa definição de direito de propriedade.

Mas não é unicamente o vicio logico, que nos deve apartar de similhante systema: ha ainda alguma cousa mais, que o torna inaceitavel; e essa cousa, são as suas funestas consequencias no ponto de vista do direito pratico. Uma vez assentado que o direito de propriedade não se concebe, nem existe, senão em relação aos objectos corporeos, é necessario apagar da nossa jurisprudencia todas as regras, que regulam essa terceira especie de propriedade, que commumente se chama *direitos e acções*; não se poderão ceder, ou alienar por qualquer fórma similhantes direitos, não poderemos reaver o seu uso, não poderão taes cousas ser penhoradas, arrematadas, etc., e se nos consentem que continuem a occupar o logar que tem, 'nesse caso são uma verdadeira propriedade, e cáe por terra esse edificio tão laboriosamente levantado; e não póde deixar de ser assim, porque lhe faltam os alicerces, é uma estatua *com pés de barro*.

Em terceiro logar, admite uma parte geral, que denomina das pessoas e das cousas, com o fim, sem dúvida, de lançar 'nesse *purgatorio* tudo o que não possa entrar commodamente nos dous ramos da divisão, que todavia comprehende, como diz, todo o direito.

Esta parte geral é a mais completa refutação do systema adoptado pelo nosso adversario, porque nos convence de que a sua classificação não é sufficiente, por mais que a mascare com inscripções fallazes.

E como o A. já fez um ensaio da applicação do seu methodo na (*consolidação*) das leis civis *Brasileiras*, póde qual-

quer verificar por si a concludencia ou inconcludencia do nosso asserto, porque nos não é possivel entrar agora 'nesse exame comparado.

Não podemos comtudo deixar de notar algumas singularidades, que mostram evidentemente a inconsequencia com que o nosso adversario procede, por força do seu erroneo systema.

Onde pensaes que deveria collocar o A. a materia da ausencia? Sem dúvida na parte relativa aos direitos reaes, porisso que se não tracta ahi senão da administração dos bens do ausente. Nada d'isso: esta materia acha-se collocada entre os *direitos pessoaes e as relações da familia*!

Onde pensaes que será collo cada a materia de interdicção ou demencia? Dirieis que entre os direitos reaes, pela mesma razão! Mas é egualmente entre os direitos pessoaes de familia que a vemos figurar!

Por que razão pois aproxima o nosso adversario estas materias d'outras, com que, segundo a sua linha traçada nenhum parentesco têm? A razão é clara: é a inconveniencia e disparate com que se veriam entre os direitos reaes, a que aliás se prendem segundo o principio classificador adoptado, mas das quaes se separam profundamente pela sua razão de existencia. Mas como era forçoso assignar-lhes alguma casa, para não ficarem a *la belle étoile*, aquartelaram-se nos *direitos pessoaes de familia*, com os quaes têm verdadeiramente tanta relação, *quantum sus ad Minervam*, segundo o dicto de Leibnitz.

Em conclusão. Se o nosso adversario pensa que impu-

gnamos a possibilidade de qualquer systema objectivo, emquanto ao *facto* simplesmente, attribuir-nos-ia um pensamento que nunca tivemos, que não podíamos ter; principalmente quando se considerasse o objecto do direito com relação ao mesmo direito; porém, se entende que encaramos a questão pelo lado logico e racional, é certo que o não temos como possível, pelas razões expendidas. As nossas ideias sôbre methodologia juridica reduzem-se em summa ás que achamos consagradas por Savigny, no seu Tractado de Direito Romano (tom. 1.º, pag. 401). «Não devo deixar de advertir (diz elle), que muitas vezes se liga uma importancia exaggerada ás fórmulas da exposição scientifica. Estas fórmulas não são indifferentes, mas é preciso não nos iludirmos ácerca do que ha nellas de verdadeiramente essencial. Quando uma exposição dogmatica do direito destróe a unidade real das instituições; reúne elementos inteiramente distinctos, subverte a harmonia das instituições, e altera por esta confusão o seu valor respectivo, o methodo é então essencialmente vicioso, porque obscurece o assumpto, e obsta á sua perfeita intelligencia. Mas se o auctor tem sabido evitar este perigo, deve ser julgado com indulgencia o plano que adoptar, ainda mesmo, que possam notar-se algumas imperfeições. É em nome d'esta justa tolerancia que temos indicado os defeitos de *Gaio*, sem lhe recusar a nossa admiração: e do mesmo modo podem em nossos dias viver em boa harmonia diversos systemas de classificação, seja qual fór, á primeira vista, a diversidade de seus caracteres. A tolerancia, que eu

recommendo aqui, não é pois indifferença relativamente a qualquer imperfeição, mas uma homenagem devida á independencia do espirito humano no seu desinvolvimento individual, independencia, sem a qual a sciencia verdadeiramente não póde viver.»

Aqui vem o A. com um longo episodio de *direitos mixtos* e das *acções mixtas*, que não tem relação alguma com as nossas ideias, nem com o objecto de que se tracta, e por isso o preterimos; e por fim entretêm-se a demonstrar, copiando alguns trechos da sua obra de *Consolidação das leis civis brasileiras*, que, uma vez que incluimos no direito de propriedade os *direitos pessoaes patrimoniaes*, não podíamos dividir o direito no ponto de vista do seu objecto, que a divisão dos direitos em absolutos e relativos é feita no ponto de vista da sua extensão, e a de direitos reaes e *pessoaes*, no ponto de vista do objecto dos direitos; que nestes varios aspectos apparecem differenças essenciaes; que os direitos absolutos concernentes á individualidade physica e moral do homem e ao estado civil da familia não são direitos reaes, ainda que absolutos, porque reaes são sómente os que têm por objecto uma cousa, etc.

Por onde se manifesta, que mal poderia o A. desinvolver-se dos proprios laços, que se urdira com a sua primeira e capital distincção, se a não sujeitasse a uma segunda, a de direitos reaes e *pessoaes*, restringindo-a assim mesmo aos limites arbitrarios, que mais poderiam convir-lhe, de fórma que estas quatro palavras, direitos *absolutos* e *relativos*, direitos *reaes* e *pessoaes*, são uma especie

de trem onde o A. ora lança mão d'uma ora d'outra arma, segundo o inimigo que tem a combater. Ora um systema qualquer racional não pôde jámais assentar-se em bases tão moveiças.

Entre outras muitas divagações, volta o A. á opinião de Blondeau, que nós esposamos, sôbre a necessidade de contemplar no Codigo Civil os direitos originarios; e que segue, que não basta para justificar-se a omissão, dizer-se que existem no Codigo Penal as penas, que a violação d'esses direitos fizer nascer, pois que pela mesma razão se poderia dispensar a explicação da propriedade.

«A censura, diz o nosso adversario, *é pouco reflectida* (vê-se que o A. francez é tractado com mais polidez do que nós o somos), por quanto além dos delictos que violam a propriedade, reprimidos na legislação penal, ha muitas outras violações da propriedade (a maior parte d'ellas), que não são punidas criminalmente, que têm sómente a sua punição na legislação civil, e que portanto sómente á legislação civil pertencem.»

Agora diremos tambem, por nosso turno: a resposta é pouco reflectida; por quanto, se ha violações de propriedade, que não sejam criminalmente punidas, nem porisso deixa de haver outras que o sejam; e o mais que poderia concluir-se, é que não deveriam entrar no Codigo Civil as que tivessem similhante garantia.

Mas dá-se ainda outra razão, a saber: «que 'nessas vio-

lações a sancção não fica completa com a applicação da pena; falta ainda a restituição da cousa, ou a indemnisação do damno causado, o que se consegue por acções civis.»

A evasiva das acções civis nada prova, porque essas acções civis só podem ser consequencia do direito, que precisa de ser primeiro explicado e reconhecido, e mesmo em muitos casos não é precisa acção civil separada da criminal. Finalmente, se o Codigo Penal não tem outro objecto mais que punir a violação dos direitos; ou este, na hypothese, deve comprehender e definir todos os direitos e identificar-se com o Codigo Civil, ou deve necessariamente existir uma lei, que separadamente defina e regule esses direitos.

O nosso adversario reconhece em seguida, que os direitos absolutos de personalidade *carecem sem dúvida de restricções e explicações*, como carece o direito de propriedade, mas que os primeiros entram na esphera das leis administrativas e particularmente das leis de policia.

É um pensamento mil vezes repetido, uma ideia fixa, uma necessidade no systema do A., mas que não passa d'uma asserção gratuita e sem fundamento racional. Esses direitos são, como os outros, direitos individuaes, fundamento de todos os outros e dignos de não menor protecção. As disposições, que podem entrar no ambito das leis administrativas e policiaes, são excepções, que não podem alterar o principio que rege a competencia do direito; e diremos ainda que por via de regra, 'nesses casos, esses mesmos direitos soffrem não pouco com a especie

de arbitrio, que é inherente a semelhante especie de leis, ou regulamentos.

Recapitulando o que fica dicto, lisongeia-se o A. de ter destruido, até antecipadamente nos seus escriptos anteriores, as nossas repugnantes ideias — *aegri somnia, vanae species* (já vimos de que modo), e passa a combater o principio de classificação, que adoptámos, em relação ao sujeito activo do direito; mas com que argumentos? Porque temos em vista o direito e não o elemento do direito; diz que esta conclusão é logica no vocabulario da Apostilla, mas que no rigor da analyse nada tem de verdadeira, nem se harmonisa com os principios da Apostilla. Aqui estafa-se o nosso adversario, a demonstrar que o direito não é o sujeito do direito, que a obrigação não é o sujeito da obrigação, mas tudo ociosamente, em pura perda, e só para encher páginas; pois ninguém ignora tudo isso, nem nós fizemos tal confusão, pois que, como já temos advertido, e na realidade não era necessario, sómente decompozemos a ideia complexa do direito, para fundar o nosso systema, tendo principalmente em vista algum d'esses elementos; e não para fundar 'nelles exclusiva e absolutamente esse mesmo systema, o que seria um impossivel moral, attenta a natureza complexa do mesmo direito.

Desconhecer isto, e alevantar censuras sôbre taes fundamentos, revela da parte do nosso adyersario um tal espirito de malevolencia, de chicana, e frivolidade, que não podemos comprehender nem conciliar com as provas, que aliás nos appresenta, d'uma razão esclarecida.

Deixemos pois estas miserias, que só podem servir de nos fazer consumir tempo inutilmente; e vejamos se parámos com alguma ideia digna de ser tomada em consideração.

Lemos a pag. 51: «Entendemos mesmo, e sem medo de exaggeração, que na estructura do projecto, e na explicação, que se lhe addiciona, não existe o mais fraco vislumbre d'um 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 mencionámos, e que não tardará a ser publicado.»

Não ha vislumbre, o mais fraco, d'uma ideia de methodo no nosso projecto! É forçoso demonstral-o; mas o nosso adversario parece mostrar-se desde já receoso da empresa, munindo-se de carta tuitiva para não ser julgado senão pelas suas proprias ideias, consignadas nos taes fragmentos. Se o nosso adversario se limitasse a pedir ser julgado pelas regras geraes da methodologia, posto que a exigencia fosse desnecessaria, seria por certo justa e racional; mas exigir ser julgado sómente pelas suas proprias ideias, é impôr-nos uma obrigação que não podemos aceitar assim absolutamente, sem que vejamos primeiro

se as suas ideias são ou não acceptaveis. Vamos á questão. Pondo de parte as considerações geraes, que o A. faz sobre a utilidade e necessidade das classificações na exposição das leis, eis aqui os principios que estabelece:

«A classificação só póde ser o producto d'uma idéa geral, d'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 d'esse principio é a grande difficuldade, e determina as classificações *naturaes* e as *artificiaes*.»

«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 marcam o seu fim providencial.»

«As relações juridicas são susceptiveis d'uma classificação rigorosa, visto que derivam d'um só principio, d'uma base larga, que é o plano immutavel da vida juridica.»

D'estes principios, que de boamente admittimos, deriva o A. os seguintes corollarios:

«As relações juridicas naturalmente se dividem: 1.º pela simples distincção das personalidades que as entretêm— pela razão de existencia, e virtude propria; 2.º pelos su-

bordinados caracteres das condições especificas, modos de acção, e propriedades.»

Acceptámos igualmente os corollarios com todo o seu vago, e nebulosidade.

Isto posto, vamos á applicação:

«O plano do projecto (diz o A.) é explicado e desenvolvido na Apostilla com as ideias e palavras, que fielmente trasladamos, para que nada lhe tiremos do 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 tractar 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 póde adquirir os elementos externos necesarios á sua existencia, e de como os póde fruir, conservar, e defender.*

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

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

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

«3.º *Fruição d'esses meios: (propriedade).*

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

Continúa o nosso adversario: «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 dicta.»

É incrível! É necessario sem dúvida uma audacia extrahumana para negar a evidencia, o que se tem diante dos olhos!!

Não haveria systema sem dúvida fundado na classificação objectiva dos direitos, mas ha um systema manifestamente baseado no ponto de vista do sujeito activo dos direitos. Ha o principio geral dominante, que se exige — a actividade juridica; e ha distincção nas suas diversas acções, que significam outras tantas especies de direitos; e por consequencia mesmo, segundo os principios postos, teriamos um systema ainda sem descer ás subdivisões, que podem ter lugar.

Mas vejamos como se prova a ausencia de todo o vislumbre de methodo.

«Em qualquer d'esses dois aspectos, diz o nosso adversario, para que houvesse um systema, para que houvesse um plano natural e logico, fôra mister que estivesse di-

vidida a massa d'essa 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, se as comparasse entre si, para que surgissem suas differenças e similhanças; que, discriminadas as differenças, se fizessem classes primarias e subordinadas, e que por fim apparecessem essas classes em um só corpo, ligadas umas ás outras, formando um tecido, um aggregado de partes reciprocamente unidas.»

Que amontuado de palavras inuteis, disparatadas e inconcludentes! A que vem aqui essa synthese confusa, ou não confusa? Para que é confundir a face objectiva com a face subjectiva do direito? Não se prevê que tão miseravel subterfugio não póde resistir á mais pequena reflexão? Se nós pretendessemos classificar a massa dos direitos no seu ponto de vista objectivo, teriamos, sem dúvida diante de nós, ao primeiro aspecto, alguma coisa cahotica e confusa, que não poderiamos coordenar sem primeiro a estudar, analysar e comparar entre si; mas partindo nós do ponto de vista subjectivo, tomando como principio a actividade do ente juridico, não precisavamos, para lançar as bases da nossa primeira divisão, de mais que considerar esse ente em si mesmo, no seu principio d'acção, na sua acção, e nos resultados d'essa mesma acção; a unica synthese possivel 'nesta hypothese, é unicamente esta; o que não obsta a que, descendo ás subdivisões de cada um d'esses pontos de vista, possa então

ter logar uma synthese e uma analyse no ponto de vista objectivo, porque, em fim, em alguma cousa ha de ser empregada essa acção do ente juridico.

Se o sujeito do direito é só um, como pôde ser comparado com outros? O systema não podia consistir na classificação dos sujeitos, mas sim na classificação das acções sôbre que principalmente pôde recaír a sua actividade, pois que esse é o unico objecto do direito. Suppôr que não pôde haver systema, senão quando as primeiras ideias, que se appresentam, são essencialmente diversas, é restringir arbitraria e absurdamente a noção, que ligamos geralmente á palavra systema, e desvirtuar a sua mesma natureza.

Razões d'este calibre não precisam refutação—*Verba, inania verba praeterea nihil.*

Demais, se é certo o principio que o nosso adversario estabelecera, isto é, que a classificação só pôde ser o producto d'uma ideia geral, d'um principio dominante, e que se a classificação não é fundada sôbre um principio, não existe systema, porque as classes já não dependem umas das outras, como pôde conceber-se que esse mesmo principio seja um, e multiplique e classificavel em relação a outros principios eguaes e differentes? O principio, a ideia primordial é uma só; o systema só pôde apparecer nos seus desinvolvimentos.

Não é pois a nossa classificação que por similhante razão pôde ser arguida da falta de methodo; mas antes é no chamado systema do nosso adversario, que essa falta se

pôde notar em gráu eminente, segundo os seus mesmos principios; e não precisâmos de sophismar e inverter as ideias para o demonstrar; eis aqui o systema do nosso adversario:

1.º *Direitos pessoaes nas relações de familia.*

2.º *Direitos pessoaes nas relações civis.*

3.º *Direitos reaes.*

E tudo está dicto.—Que vemos nós aqui? uma massa confusa, repartida em tres porções.—Qual é o principio dominante que produz estas tres series; de que essas mesmas series não devem ser mais do que um simples desinvolvimento? Não se vê, não se percebe. E qual é o nexo que prende entre si essas series ou ramos? Não se vê não se percebe, não existe. E qual é a razão de ser d'essas series na sua ordem de collocação e precedencia? Não se vê, não apparece.—É aqui que não existe nem sombra de systema racional, nem poderá jámais apparecer, adoptando-se o ponto de vista material e objectivo. Temos uma divisão secundária e morta; mas nada mais.

Para que se diga que ha um systema, é effectivamente necessario, em qualquer ordem de ideias, ou de cousas, que haja mais alguma cousa que simples series juxtapostas. O que constitue o systema é a dependencia commum de uma causa ou ideia progenitora; é a correlação dos pontos da serie entre si. Assim diz-se systema planetar a ordem dos corpos celestes, que fazem a sua revolução em tórno do sol; e, seja qual fôr o numero dos

systemas analogos do espaço, como todos são regidos por leis communs, o seu complexo constitue o systema do universo. Todos sabem que o systema de Newton é uma serie de fórmulas transformadas em vista de uma hypothese fundamental — a attracção. Diz-se systema o methodo botanico de Linneu, porque as differentes series de plantas têm por base um principio commum — a classificação dos órgãos importantes — cujo uso havia sido demonstrado por Camerario e Grew. O methodo de Tournefort é tambem um systema, porque parte d'um principio — a fórma do periantho. O methodo de Jossiu é egualmente um systema, porque as suas series se reúnem 'num só principio — o germe considerado nos seus lobulos ou cotiladones, etc. Um systema em fim é, segundo a expressão exacta dos ecleticos — a unidade na multiplicidade. Para haver series basta que os objectos, as ideias se dividam e distinguam; mas para haver systema é preciso que as series se prendam entre si por um nexu commum.

Abandonemos pois o A. aos discursos em que se espraia, desorientado pelo seu falso presuppосто, e procuraremos alguma cousa que mereça ser discutida:

« A Parte 1.^a, a 3.^a, e a 4.^a do Projecto (diz o nosso adversario) são manifestamente defectivas, por não conterem tudo aquillo que no rigor do prospecto 'nellas se devia encontrar; queremos dizer, por não conter cada uma d'essas partes um methodico catalogo de todos os direitos regidos pela Legislação Civil, já em relação á facultade

de os adquirir (capacidade civil do Projecto), já na manifestação ultima de sua offensa e reparação. A Parte 2.^a, encarando os direitos no acto da 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 deviam estar, e que serviram para dar corpo ás outras tres partes.»

Segue a demonstração.

« Da Parte 1.^a pertencem á Parte 2.^a todas as disposições concernentes á *paternidade e filiação legitima e illegitima*, ao *parentesco* e á instituição suppletiva da tutela e curatela em razão da incapacidade por minoridade, as quaes disposições, ou como complementares, ou como accessorias, vão naturalmente ligar-se ás da Parte 2.^a do L. 2, tit. 2, Cap. 1.^o, que tracta do *contracto de casamento*.»

E deverão effectivamente passar para a Parte 2.^a todas as disposições concernentes á filiação legitima e illegitima? Entendemos que não; e eis aqui as nossas razões:

Segundo o nosso systema (pouco importa que o nosso adversario nos consinta ou não a propriedade da palavra) propozemo-nos tractar na 1.^a Parte da capacidade civil; ora a capacidade comprehende os impedimentos que a podem supprir na generalidade da sua acção, e por con-

sequencia os meios, que a lei deve estabelecer para supprir esses mesmos impedimentos ou interrupções, no exercicio regular da acção do ente juridico. Nesta ordem de ideias a minoridade, como impedimento do livre exercicio da acção juridica, não podia deixar de pertencer á 1.^a parte, bem como tudo o que diz respeito ao poder paternal e tutela. Agora diz o nosso adversario, que esta materia pertence naturalmente, como complementar ou como accessorio, á Parte 2.^a, L. 2, tit. 2, cap. 1.^o, que tracta do contracto de casamento.

A materia da filiação não é complementar, nem accessoria do contracto de casamento. A filiação póde ter lugar tanto no casamento como fóra d'elle, — a cohabitação legal, e a disposição sóbre os bens não dependem da existencia de filhos mas d'um acto puro da vontade dos contrahentes. Tudo o que diz respeito póde muito bem separar-se, sem que as materias respectivas se possam dizer incompletas. No casamento regulam-se as relações dos empregos entre si; a estes actos na materia de filiação — poder paternal e tutelar — regulam-se as relações entre os paes e os filhos no ponto de vista da sua capacidade ou incapacidade civil. Demais, na Parte 2.^a propozemo-nos expender os direitos que se adquirem por *facto e vontade propria*; e os direitos e obrigações, que constituem o poder paternal, não são dependentes da vontade e arbitrio do homem: têm uma existencia rigorosamente determinada, independentemente da vontade individual, e ligada ao grande todo da natureza; do seu arbitrio só póde de-

pender o facto que póde dar origem á procreação, e por isso justamente é regulado na Parte 2.^a

« As obrigações (dizia Savigny) têm por objecto um acto individual, as relações de familia abraçam toda a pessoa do individuo, como membro do todo organico, que compõe a humanidade. A materia da obrigação é arbitraria de sua natureza, porque qualquer acto do homem póde dar lugar á obrigação. A materia de relações de familias é subministrada pela natureza organica do homem, e tem o cunho de necessidade. A obrigação é ordinariamente temporaria; as relações de familia persistem sempre as mesmas; assim as diversas relações de familia, tomadas no seu complexo, formam uma communnidade debaixo do mesmo nome do principio, que as reúne — a familia —; demais a obrigação tem na realidade mais analogia com a propriedade, porque os bens que abraçam estas duas especies de relações, estendem o poder do individuo além dos seus limites naturaes, emquanto as relações de familia servem de completar o individuo.»

Vê-se pois que illustre auctor allemão comprehendeu, como nós, que as relações, ou direitos, e obrigações de familia, servindo essencialmente para completar o individuo, não podiam confundir-se com os direitos dos bens — *reaes* ou *pessoaes*; — sómente divergimos nas applicações do mesmo principio. Savigny viu a necessidade de formar uma classe especial e separada com esses direitos

de familia, desprendendo-a quasi totalmente do direito civil propriamente dicto — e nós entendemos, que podiam ligar-se intimamente com este direito — não debaixo do ponto de vista objectivo, mas debaixo do ponto de vista subjectivo. E com effeito, se esta instituição serve para completar o individuo na sua capacidade juridica, como é que pôde separar-se do logar em que d'esta nos devemos occupar? É verdade, que Savigny não teria separado a materia de casamento da materia do poder paternal, mas isto nasce de ter encarado a instituição do casamento no complexo das duas partes, que compõem o contracto, em relação ás pessoas: sacramento — e contracto relativo aos bens — o que nós catholicos não podiamos fazer, occupando-nos sómente do que diz respeito aos bens, e apenas dos direitos e obrigações pessoaes, que derivam do vinculo matrimonial no aspecto civil ou temporal.

Demais, ha ahí nas ideias do sabio allemão alguma cousa que deve ser attentamente discriminada. É verdade, que a instituição de familia, considerada no direito marital e paternal, completa o individuo; mas em pontos de vista mui diversos: — O homem completa-se pela mulher no fim natural da reprodução da especie, mas não no ponto de vista juridico; neste ponto de vista o homem ou mulher são entes eguaes e completos. Na relação porém da paternidade, o individuo completa-se pelos paes, não no ponto de vista natural, mas no ponto de vista juridico, ou da sua incapacidade temporaria. Ora, como nós não tinhamos attendido senão a esta relação, é

claro que não deviamos collocar aqui a materia do casamento.

Assim mesmo não poriamos muita difficuldade em chamar para a primeira parte a materia do casamento, como origem regular do poder paternal, se na realidade vissemos que haveria para isso alguma razão preponderante.

«Se essas disposições, continúa o nosso adversario, não pertencem á materia do *casamento*, as consequencias vêm a ser então deploraveis, pois que ainda mais enegrecem o cahos» — e, partindo do falso presupposto de que o poder paternal pôde entrar na classe dos direitos de propriedade na sua maior generalidade — de que nos occupamos na Parte 2.^a, debaixo do ponto de vista da sua aquisição, deduz, a seu talante, consequencias mais ou menos inadmissiveis, que evidentemente não têm cabimento algum na ordem das nossas ideias; pois que o poder paternal sómente se apresenta como meio suppletivo da incapacidade dos filhos. Nem podia o nosso adversario, em boa fé, confundir cousas tão distinctas — comparando os desinvolvements practicos do Projecto com esse mesmo pouco que haviamos expellido na Apostilla, n.º 1.º, p. 22, onde se lê o seguinte:

Definida a capacidade civil em geral, era consequente determinar os impedimentos que essa mesma capacidade poderia soffrer no seu exercicio — por effeito da natureza das cousas, ou de mera disposição da lei, e o modo por que esses impedimentos deviam ser suppridos. Ora, o

poder paternal legitima-se como um meio natural e civil de supprir a incapacidade resultante da menoridade, como se indica na inscripção do titulo 3.º

O que diz respeito á materia da tutela e parentesco, que se liga com ella, funda-se no mesmo principio, e já se vê pois que a desordem e cahos, que o nosso adversario imagina, não existe effectivamente senão na sua propria cabeça, no seu intuito cego e pertinaz de achar que censurar.

O que fica dicto é egualmente sobejo para responder á censura, que o nosso adversario nos faz relativamente á materia de curadoria de ausentes, demencia e outros accidentes, que impossibilitam o individuo de exercer os seus direitos—e que não podem racionalmente ter cabimento em outra parte, salvo imaginando-se, como quizera o nosso adversario, uma classe especial, que no nosso systema não era necessaria.

Em quanto á observação que o nosso adversario faz sôbre a inscripção do L. 3.º, Cap. 2, a saber:— *que por mais poder que se queira dar ao legislador, é innegavel que nesses direitos da curadoria e ausencia e incapacidade, do mesmo modo que em todos os direitos das relações de familia, como sejam conjugaes, e os da paternidade, filiação e parentesco, a verdadeira causa efficiente é só a natureza cujos factos o legislador acceita, promovendo as suas consequencias*—diremos unicamente, que, arredando o que diz respeito a essas materias, comprehendidas na primeira parte, que nada têm que ver

com esta inscripção, na ordem e letra do Projecto, as palavras *por mero facto de outrem ou simples disposição da lei*, apresentam-se como antitheticamente ás inscripções dos dois livros precedentes, que compõem esta parte, a saber: *direitos provenientes de facto e vontade propria unicamente — de facto e vontade propria, e de outrem conjunctamente*. E com effecto, pondo de parte a sancção que a lei presta em geral a todo o direito, pois que sem essa sancção não teriam efficacia social, é comtudo inquestionavel que se pôde dizer que a lei cria todos aquelles direitos, que ella estabelece independentemente da natureza, vontade e facto do homem.

« Da Parte 3.ª (continúa o nosso adversario) pertencem á Parte 2.ª todas as disposições relativas ao usufructo, uso, e habitação, a um celebre— *direito de compascuo*—de que o Projecto fez um capitulo distincto, ás servidões, á accessão industrial, ao direito de accesso ou transito, forçadamente desligaço da materia das 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 in-

demnisação de direitos violados, a indemnisação de um damno causado!

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

« O que em rigor se diz a respeito do usufructo, uso e habitação, é perfeitamente applicavel a todas as espécies de servidão, como sejam a do celeberrimo *compascuo*, a de accesso ou transitio, as de construcções e 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 constituidas, ou por vontade e facto do homem, ou por disposição da lei.

« Mas como esse artigo 2245 nos falla tambem de servidões constituidas pela natureza das cousas, dá elle uma denúncia formal do incompleto da classificação de direitos da 2.^a Parte, a qual, conforme já notámos e verificámos no seu exame comparativo com a Parte 1.^a, não

contém classe alguma em que se possa arranjar esses direitos, a que a sciencia e os legisladores não podem assignar outra causa immediata senão a propria natureza.

« No mesmo caso das servidões 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, cntra visivelmente na inscripção do L. 1.^o da Parte 2.^a, que tracta — *dos direitos que se adquirem por facto e vontade propria, independentemente da cooperação de outrem*; — e tanto isto é verdade, que, 'nesse L. 1.^o da Parte 2.^a, o Projecto tem um titulo, que se inscreve — *do trabalho*. — E porque não abrangeu ahi suas disposições sôbre 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 producções do espirito, e para reprimir a violação dos direitos que ellas conferem? Não bastam as disposições geraes, que regulam a responsabilidade civil connexa com a responsabilidade criminal?

« A restituição e indemnisação provém d'esses 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 póde negar que elles deviam estar collocados no L. 3.^o da Parte 2.^a»

Começaremos pela extranheza que causam ao nosso adversario as expressões—direito de *restituição* e indemnisação dos direitos violados. — Converte-se, diz elle, em restituição de direitos violados a restituição d'um objecto corporeo, e em indemnisação de direitos violados, a indemnisação d'um damno causado! — Quando se fazem censuras d'este jaez, não deveriam, segundo a expressão do nosso mesmo adversario, ter as honras de resposta alguma. Mas, em fim, não se diga que illudimos a questão.

Não confundimos o direito com o objecto corporeo — essa confusão só pôde estar nas ideias do nosso adversario relativamente ao *dominio*; quando nos é restituído um objecto corporeo, não se nos restitue certamente o titulo do direito, visto que esse não podia ser-nos extorquido; mas restitue-se-nos indubitavelmente o direito de fruir e dispôr livremente da cousa; e este direito é connexo com aquelle, sem dúvida alguma; mas nem porisso pôde deixar de existir separadamente, de ser em fim occupado; de outra sorte como distinguir-se a propriedade do usufructo, que todavia podem constituir dois direitos diversos? Demais, usamos da linguagem juridica recebida geralmente. Emquanto á *indemnisação de direitos violados*, ainda menos podemos comprehender a precedencia da censura: se ha violação de um direito qualquer, como pôde dizer-se que a compensação do prejuizo não seja a indemnisação da violação? Onde está aqui o êrro abominavel, que arrepia as carnes e os cabellos do nosso adversario? Vamos ao que mais importa.

«O usufructo, uso e habitação, diz o nosso adversario, deviam ser retalhados, porisso que se adquirem por acto entre vivos, ultima vontade e disposição da lei.» Ahi tem pois o nosso adversario a razão por que estas materias não podiam entrar na Parte 2.^a O fraccionamento seria absurdo; porque, se encaramos o usufructo como proveniente de contracto, ou acto de livre vontade, nada temos que especialisar — lá estão as regras geraes, se o considerámos debaixo do ponto de vista da disposição da lei, esta regula o mesmo usufructo em si mesmo, e não como um direito *adquirendo*: assim vemos que ainda nos codigos, que distinguem os meios de adquirir da propriedade, como direito adquirido, é a materia do usufructo tractada sómente 'nesta ultima parte, como desmembração d'aquelle direito.

O que dizemos do usufructo é applicavel ás servidões, e ao *celeberrimo compascuo*, que tamanha extranheza tem causado ao nosso adversario. Não admira que não tenha noticia d'esta especialidade; o que admira é que nos faça carregar com as consequencias da sua insciencia.

Emquanto á accessão industrial, que o nosso adversario imagina que deveria pertencer ao L. 1.^o da 2.^a Parte, não é necessaria muita perspicacia para vêr do mesmo contexto do Projecto, que o principio, que se adoptou para regular esta materia, não é o factio, a vontade do homem, mas sómente a comparação dos valores das duas propriedades, e que, sendo este o principio regulador, a accessão apresenta-se como um direito inherente á causa,

um direito de propriedade, da mesma fôrma que a acção natural, se bem que debaixo de outro ponto de vista.

Por incidente sômos censurados por termos dado logar no Codigo ao trabalho litterario e artistico, pela razão de que são sufficientes as disposições geraes, que regulam a responsabilidade civil connexa com a responsabilidade criminal. É uma asserção gratuita; um erro palmar. Essa responsabilidade apparece no caso da violação do direito; mas porisso mesmo é preciso que a lei civil o defina préviamente, e muito mais quando esta especie de propriedade tem uma natureza especialissima, que não está nos principios geraes, que não se entenderia, que em parte não existira mesmo, sêm que essa lei a constituisse. Alguns codigos modernos, bem que poucos, como o de Austria, têm porisso dado logar a esta materia com assentimento de grandes auctoridades.

Agora pelo que toca á restituição e indemnisação dos direitos violados ou usurpados: não era possivel completar a exposição do direito de propriedade, sem mencionarmos este direito inherente ao mesmo direito de propriedade, e sem o qual se tornaria em muitos casos insubsistente e inutil.

Este direito faz parte do nosso direito de propriedade e mesmo de todo e qualquer direito. O homem, diz Brukner, tem o direito de pedir reparação á aquelles que são auctores da lesão. O modo mais simples consiste na reintegração do lesado no seu estado antes da lesão. É esta

a primeira cousa que o lesado pôde reclamar, e a menor reparação que os auctores da lesão lhe devem. Exigindo-a, exerce o lesado o direito de *reintegração*, a que corresponde, do lado do aggressor injusto, a obrigação de *restituição*; mas como nem sempre é possivel reparar uma lesão pela reintegração do lesado no seu primeiro estado, e restituir a este ultimo o que a injustiça ou culpa dos outros lhe fez perder; como o lesado não perde porisso os seus direitos á *restituição* que tinha a pedir, se converte esta em compensação da perda que lhe fizeram soffrer. Assim, em vez de fazer-se *reintegrar* no seu estado precedente, exige um equivalente, que o aggressor é obrigado a conceder-lhe, sob o titulo de *indemnisação*. — É isto claro? pois é exactamente o que pretendemos dizer: nem outra cousa se pôde racionalmente entender. — *Rabularum proprium est*, dizia Böhmer, *sophisticè interpretari rem*.

Mas, diz o nosso adversario, que adquirindo-se taes direitos (de *indemnisação* e *restituição*) *por mero facto de outrem, ninguém pôde negar*, que deviam estar collocados no L. 3.º da 2.ª Parte. — Engana-se redondamente o nosso adversario: esta materia, com quanto aqui devesse indicar-se, não podia entrar, debaixo do aspecto do seu desinvolvimento, senão na Parte 4.ª — *violação e defesa de direitos*. A razão é obvia e tão simples, que maravilha que o nosso adversario a não podesse attingir, pois, piamente, não acreditâmos que discorra de má fé.

A Parte 2.ª é consagrada aos *direitos que se adquirem*

por *facto e vontade propria, facto e vontade propria e de outrem, e por facto de outrem ou simples disposição da lei*. Ora, quando é violado o nosso direito por delicto e quasi-delicto, nós não adquirimos direito algum, porisso mesmo que, se o não tivéssemos já, a violação seria impossivel; — a restituição e indemnisação não é mais, que o restabelecimento no que já era nosso. É portanto da maior evidencia, que esta materia não podia entrar na Parte 2.ª, como se pretende. Se o nosso adversario se recordasse do que sem dúvida tem lido em Savigny, e em muitos outros, não lhe dariamos 'nisto novidade alguma: são ideias correntes e triviaes. Bem sabemos que alguns AA. têm reunido, como Domat, a materia da responsabilidade por *delicto* ou *quasi-delicto* aos contractos, porém indevidamente, e porisso tem sido censurados. Os mesmos redactores das Institutas pareciam ter comprehendido esta ideia, collocando os *delictos* e *quasi-delictos* não a par dos contractos (L. 3.º); mas entre as acções (L. 4.º), e depois de terem fechado o tractado das *obrigações* com o titulo — *do modo por que se extinguem*. Com effeito, segundo se exprime Blondeau, *os delictos e quasi-delictos são evidentemente a fonte das acções e excepções, em uma palavra dos direitos estabelecidos para reparar ou prevenir a violação de outros direitos pre-existentes*. Desde que se considerarem as *acções e excepções* como uma classe de direitos, distinctos do que se designa pelo nome de *obrigações* (*jura ad rem*), não é permittido collocar na mesma linha os *contractos* ou

quasi-contractos e os *delictos e quasi-delictos*; pois que a differença mais importante, que se póde assignar entre as *obrigações propriamente dictas, e as acções e excepções, vem a ser, que as primeiras, assim como a propriedade e suas fracções, não suppõe infracção alguma das leis; em quanto as acções não tem jámais nascimento sem que outro direito seja violado, etc.*

Já vê pois o nosso adversario o pouco, ou nenhum fundamento, com que affirma, que não ha na ordem que seguimos *senão ficção puro arbitrio, completa desordem!!! e um erro de que não escapa quem tem preguiça de meditar!!*

Mas teria o nosso adversario alguma outra razão especial, além da indicada, para exprimir-se d'um modo tão arrogante e descomedido? Tinha por certo; — copiaremos literalmente as suas palavras para não atenuar o merito, d'este curioso achado de um sublime espirito, que *não tem preguiça de meditar.*

« Nas *obrigações* (diz o nosso adversario), 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 d'ella já existe outra violação de direitos. Isto mesmo exprime, que uma classe d'essas *obrigações* nasce de factos licitos, ao passo que a outra deriva de factos illici-

tos. Esta diversidade de causas productoras nada influe em um verdadeiro systema, para que estas duas classes sejam separadas, a não ser por uma divisão secundária. Não tardará muito que desinvolvamos melhor o nosso pensamento.»

Eis aqui a que se reduz a demonstração do nosso strenuo pensador. O apóstolo S. Pedro não é o apóstolo S. Paulo : logo o apóstolo S. Paulo é S. Pedro !!

Se existem obrigações provenientes de actos licitos, e outras provenientes de actos illicitos, seguir-se ha d'ahi porventura que devam ser da mesma natureza, que devam equiparar-se? Parece-nos que não seria precisa grande contenção de espirito, grande força de actividade meditada para se chegar a tão estranho resultado!

Parturienti montes, nascetur ridiculus mus.

E como se prova que a diversidade de causas productoras das diversas obrigações nada devem influir na sua classificação? Promettendo-nos maiores desinvolvimentos: adiando-se a questão — forçoso será pois esperar; no emtanto observaremos pela millesima vez, que, partindo as nossas classificações do ponto de vista do sujeito dos direitos, e não do objecto, nem do sujeito da obrigação, todo e qualquer argumento que se funde em outro presupposto, será sempre inadequado e impertinente.

Ha ainda alguma cousa no periodo transcripto, que não pôde passar sem reparo.

Diz o nosso adversario, que 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 — e nas obrigações que nascem dos delictos a violação dos direitos correlativos presuppõe uma violação anterior. Em menos palavras — a acção por obrigação, propriamente dicta, presuppõe uma unica violação de direitos; a acção por obrigação *ex delicto* presuppõe duas violações de direitos. Vejamos o que ha'nisto de exacto e verdadeiro.

Primeira hypothese. — *Ticio* compra a *Sempronio* um cavallo com a promessa de pagar em certo dia —ahi temos um direito e uma obrigação constituida. No dia aprasado *Sempronio* falta ao contracto —ahi temos a violação do direito, e d'esta violação nasce a acção respectiva. Não ha dúbida, que esta acção presuppõe uma unica violação.

Segunda hypothese. — *Ticio* é domno d'um cavallo — eis um direito. Este cavallo é roubado por *Sempronio* — eis a violação do direito, e d'esta violação nasce immediatamente a respectiva acção, que tem por objecto, como a outra, a reparação da lesão causada.

Agora perguntaremos: onde está aqui a violação anterior de outro direito?

Dic quibus in terris, et eris mihi magnus Apollo?

Mas a pergunta não ficará sem resposta, pois que o nosso adversario não é tão falto de recursos, que não saiba perfeitamente como pôde illudir-se o mais cerrado argumento: em ultimo caso conturbam-se as aguas, como fazem as Lullas. — *Et funt tenebrae.*

Eis aqui como o nosso adversario explica o enigma a pag. 7 da sua Apostilla:

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

Incredibile dictu!! Temos portanto que na acção *ex delicto* ha dois direitos violados — o primeiro, no exemplo do cavallo, é sem dúvida o direito de propriedade, violado pelo roubo; o 2.º é o direito de reparação do damno causado. Mas, se isto é exacto, forçoso será concluir, que na acção *ex contractu* existe a mesma duplicada violação. A primeira vem a ser a violação do direito resultante do contracto; a 2.ª a violação do direito de reparar o damno, que nasce da inexecução do contracto. Para que são pois estas miseraveis argucias? — *Turpe est*

difficiles habere nugas, dizia com sobeja razão o Poeta latino.

Se o nosso adversario imagina, que, creando distincções infundadas e arbitrarías, pôde inverter a natureza das cousas, engana-se redondamente. Similhante methodo só pôde servir de pôr em evidencia a nenhuma solidez das suas theorias. O sophisma é uma teia de aranha em que só ficará prêsa a ignorancia ou a irreflexão! É uma arma mais funesta que util áquelles que a manejam.

O que parece dever-se inferir de um tal disparate é, que o nosso adversario foi levado a tão estranho resultado, por effeito de reminiscencias confusas da theoria dos Jurisconsultos Romanos, ácerca da distincção entre acções *personales* e *reales*. 'Nesse ponto de vista recorria-se ao seguinte principio para formar a distincção: — existe ou não existe antes da *litis contestatio* uma obrigação propriamente dicta? No primeiro caso a acção era pessoal; no segundo era real. Mas a existencia ou não existencia de uma obrigação antes da violação não era, como observa Savigny, uma circumstancia que podesse considerar-se como decisiva. O nosso adversario pois, applicando á violação o que se dizia em referencia a *litis contestatio*, e querendo distinguir as obrigações *ex delicto* das obrigações *ex contractu*, viu-se na necessidade de imaginar uma serie de violações, que na realidade não existem.

«O livro 2.º da Parte 4.ª (continúa o nosso censor), que

tracta das *acções*, ou deve ir para a Parte 2.^a, ou então deve sair 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 dicto, ou se devêra dizer, nos tres livros da classificação de direitos da Parte 2.^a; se porém a considerou no segundo sentido, que é a definição de *Heineccio*, cumpre então que de plano confesse a invasão e mutilação que commettera, transportando para o Codigo Civil uma parte das disposições, que genuinamente pertencem ao Codigo do Processo Civil, confundindo o direito theorico com o direito práctico, e as leis que Bentham chama *substantivas*, com as outras que appellida *adjectivas*.»

Esta ignorancia affectada do sentido em que tomamos a palavra *acção*, só serve para dar logar a supposições ridiculas, e a censuras infundadas. É um modo pouco leal de discutir, e que na verdade não honra muito as intenções do nosso adversario.

No artigo 2689 se diz expressamente:

«Por *acção* entende-se o direito, que tem qualquer, de demandar em juizo o que lhe pertence ou lhe é devido.»

É o direito de perseguir, e não a *acção*, demanda, processo.

É debaixo d'este ponto de vista unicamente, que poderá impugnar-se a admissão do direito de *acção* no Codigo Civil.

O nosso adversario reconhece, que 'nesse caso esta materia deve entrar no Codigo; mas, que *debaixo d'este aspecto já tudo está dicto, ou se devera dizer nos tres livros da Parte 2.^a* Temos pois necessidade de que se nos prove, 1.^o que esta materia pertence precisamente a esses tres livros; 2.^o que tudo 'nelles está dicto, ou pelo menos a maior parte, de fórma que apenas haja defeito por deficiencia.

Vejamos como o A. prova o 1.^o postulado. A unica razão, que o A. adduz, é a seguinte — que as *acções* nada mais são do que consequencia dos direitos, e porisso devem ser explicadas por occasião d'estes, como entendia Leibnitz. Respondemos que é verdade que as *acções* são consequencia dos direitos, — mas que nem porisso são uma e a mesma cousa o direito e a *acção*. O direito persiste por si mesmo; mas a *acção*, posto que d'elle dependa, não póde ter logar sem o facto da violação; a sua causa immediata é pois a violação; ora, adoptado o systema de explicar o direito nas suas diversas transformações, o seu principio activo ou razão de ser, a sua aquisição effectiva, o seu gôso, e a sua defeza, fica manifesto, que a *acção* não póde nem deve figurar senão na parte relativa á defeza, em presença ou na prespectiva da violação, que unicamente póde produzir essa mesma *acção*.

Nem ha novidade alguma 'neste nosso modo de enca-

rar o direito de acção — infinitos Jurisconsultos, entre os quaes figuram os nomes mais abalisados na sciencia, têm seguido a mesma doutrina, já entre-vista nas mesmas Institutas. Citaremos unicamente os seguintes: Vulteio, Conrado Lago, Athusio, Vigelio, Pothier, os redactores do Projecto do Codigo Civil dos Paizes Baixos, Zachariae, Blondeau, Savigny, etc. etc.

Deixando de parte as considerações do nosso adversario sóbre a distincção que ha entre acção — *jus persequendi* — e a fórma da acção, que ninguem contesta, e pelo contrario é practicamente reconhecida, deparamos (a pag. 70) com um novo argumento sobre a collocação da materia das obrigações *ex delicto*.

« Assim como, diz elle, attentastes por todos os casos de responsabilidade por offensa de direitos de outrem (art. 2634), tractando porisso da responsabilidade resultante da inexecução dos contractos (art. 2670), e fazendo remissão para o L. 2.º da Parte 2.ª, onde a materia dos contractos fôra exposta; pela mesma razão deverieis ter incluído na Parte 2.ª os direitos derivados do delicto e quasi-delicto, para 'nesse L. 1.º da Parte 4.ª tractar sómente, no ponto de vista da acção, da responsabilidade resultante das obrigações correlativas a esses direitos *ex delicto*. »

Quer dizer, ao que parece, que assim como tractámos no L. 2.º da 2.ª Parte da inexecução das obrigações, que

resultam da inexecução dos contractos, tambem ali deveramos ter tractado das obrigações, que resultam de delicto e quasi-delicto.

Não ha dúvida que, tendo nós reservado para a Parte 4.ª a materia das acções, e por consequencia a materia das violações de direitos, sem as quaes essas acções não podem existir, a responsabilidade que resulta da inexecução dos contractos, ou da sua violação, legitimamente aqui deveria ter logar. Porém, attendendo a que esta scisão em materia tão intimamente connexa, além de ser um pouco difficil, poderia prejudicar a perfeita intelligencia da materia, não hesitámos em commetter esse insignificante desvio. Entretanto, se parecer á illustrada Commissão, que deve julgar o nosso trabalho, que este interesse não deve prevalecer, não tomos dúvida em emendar o nosso Projecto 'neste sentido. Isto posto, já se vê que o argumento da analogia nada provou, porque na materia das obrigações *ex delicto* se não dá a mesma razão.

Aqui julga-se o nosso adversario auctorizado para tirar a conclusão geral dos censuras, que nos tem dirigido, e nós minuciosamente temos examinado.

« Tudo é anarchia, exclama o nosso adversario, tudo arbitrario, desordenado, falta de razão sufficiente, cerebrina confusão de ideias!!! »

Em presença das premissas, dos fundamentos expen-

didos, poderá o leitor imparcial avaliar a justiça da conclusão. Pela nossa parte julgamo-nos auctorisados a repetir com um celebre escriptor ecclesiastico:

« *Hic ut conjicietur, ut calumniatur, aut addit, aut detrahit, aut pervertit, et immutat; quod est sophistarum excellentissimum artificium.* »

Não se creia comtudo, que o furor censorio do nosso adversario se satisfaz com uma só victima; é-lhe precisa uma hecatombe; o seu triumpho seria incompleto sem uma longa cohorte de vencidos. Agora entra em scena o veneravel Bentham, com as suas extravagantes theorias, como cumplice nos nossos extravios; logo virá o illustre Troplong, e todos os Jurisconsultos Allemães e Francezes, sem excepção, com as suas falsas ideias espiritualistas, com o seu estúpido direito incorporal — e nem mesmo (*incrivel ingratião!*) escaparam ás suas acres invectivas os seus proprios mestres, esses famosos Jurisconsultos a quem deve a sua luminosa ideia do *dominio corporal*, o seu *jus in re*, e o seu *jus ad rem*, o seu systema — de *direitos pessoases*, e *direitos reaes!!*

Mas em que consiste esse nosso erro, bebido nas extravagantes theorias de Bentham? — Bentham, responde o nosso adversario, reputou congenitas as noções de delictos, direitos, obrigações e serviços, empregando a palavra *delicto* para significar em geral toda a violação de direitos; e vós, attribuindo a toda a violação de direitos

uma ignota responsabilidade civil, as transformaes em delictos.»

Que a responsabilidade, que resulta da violação de qualquer direito, seja cousa *ignota*, sómente o poderá dizer o nosso censor: as theorias scientificas, as legislações positivas, affirmam geralmente o contrário. E se Bentham ligou á palavra delicto um sentido lato — a ideia de violação do direito, basta ler as inscrições dos capitulos do titulo 2.º e 3.º da nossa Parte 4.ª, para se ver em toda a evidencia, que conservámos á palavra delicto a sua vulgar accepção; assim, nem commettemos o erro que se nos attribue (quando o fósse), nem havia razão para arrastar aqui pelos cabellos o celebre escriptor Inglez.

« Estarão (continúa o nosso adversario) as materias nos logares correspondentes ás indicações nominaes de cada um de seus livros? A *prescripção acquisitiva*, por exemplo, suppõe a existencia de um justo titulo (artt. 605, n.º 3, e 609), como no caso da aquisição. 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 livro 2.º, e não ao 1.º: ella não está no mesmo caso da posse núa, porque a posse núa é a sua unica condição.»

A que absurdos não conduz a rabia infrene de cen-

surar? Será possível que o nosso adversario ignore que o principio acquisitivo na prescripção, não está no titulo, mas sim na posse e boa fé; e que o titulo que se exige não é senão para corroborar essa boa fé? Estamos certos que não.—Contaria o nosso adversario com a ignorancia d'aquelles a quem se dirige? Seria um presupposto ainda menos razoavel.—Seja o que fôr, o certo é que a censura é miseravel.

«A *hypotheca legal* (continúa) não tem a mesma causa productora da *hypotheca convencional*. O titulo de uma, é a simples disposição da lei; e da 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 livro 2.º, onde se acham, e transportar as *legaes* para o livro 3.º? Taes são os embaraços de uma posição falsa, que pensa illudir a inexoravel realidade das cousas! Qual foi o principio dominante d'essa classificação de direitos, que se observa na Parte 2.ª do Projecto?»

O principio classificador dominante acha-se indicado na inscripção do Titulo X, de que as hypothecas formam uma secção, a saber: — *Da garantia dos contractos*. — A hypotheca apresenta-se aqui unicamente como garantia de um direito adquirido; e isto basta para convencer a improcedencia da censura. Ou a hypotheca provenha da convenção, ou da lei, ou do facto simples do homem, é

sempre um direito secundario e subordinado. E posto que a hypotheca possa apparecer algumas vezes como garantia relativa a direitos, que não provém de contracto, não podendo essa circumstancia accidental fazer variar a natureza da causa, pelo menos na parte essencial, é evidente que não devia scindir-se para tractar em separado de cousas que são identicas, e porisso mesmo inseparaveis.

Da pag. 76 a 88, não apparece censura alguma, que não tenha já sido apreciada, ou que mereça discussão: considerações vagas, declamações pedantescas, conclusões deduzidas, em tom de mestre-eschola, de falsos suppostos já rebatidos, paralogismos, vituperios e violentas invectivas contra o A. do Projecto, e outros Jurisconsultos respeitaveis, e nada mais! Resumir em termos simples e claros, esse accervo de incriveis disparates, basta para refutal-os.

— *O Projecto não presta, porque reproduz o erro de Leibnitz (a), (genio que aliás se reconhece admiravel), que funda a sua classificação na causa dos direitos.*

(a) Cumpre rectificar aqui uma ideia falsamente attribuida a Leibnitz, a saber: que reconhecêra, que o *principio classificador verdadeiramente humano e positivo*, era a importante *distincção do jus in re e do jus in rem, do dominio e da obrigação* — o que não só está em contradicção com o systema que na realidade segue, e o nosso mesmo adversario reproduz, mas com as formaes palavras d'esse Jurisconsulto, que se referem unicamente á divisão secundária e subalterna das acções, onde essa distincção era indispensavel, occupando-se do Direito Romano.

— *A hypotheca sempre engendra um direito real: logo não pôde tractar-se na materia dos contractos.*

— *A gestão dos negocios tem similhaça com os contractos; é um quasi-contracto: logo não deve separar-se d'elles.*

— *Confunde-se o lote (na Parte 1.^a) do elemento subjectivo com o lote das relações de familia; a parte geral com a parte especial.*

— *Na Parte 3.^a confunde-se, quanto ás cousas, o elementar e geral, com o especial e composto.*

— *Na Parte 4.^a confunde-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; e as disposições do direito civil theorico com as outras, que ninguém confunde, do direito práctico.*

E por fim, em ar de sainete, apresenta-nos este admiravel theoremata:

— *Só o numero quaterno da sua divisão mestra, ou o ternario da sua divisão da Parte 2.^a do Projecto, são mais que sufficientes para attestar que a sua classificação resiste á verificação logica — em parte porque não é perfeita, e em parte porque é impossivel que quatro d'esses estejam na mesma gradação.*

Em seguida passa o nosso arguto adversario a demonstrar o vicio logico intrinseco da nossa classificação, applicando-lhe o methodo que a attribue a esse mesmo Bentham, cujas ideias ainda ha pouco nos haviam prevertido. Assim, o nosso systema não presta, porque não ha *bifurcação* — não se encontra a *fórmula contradictoria e ex-*

haustiva. Falta-nos o tempo e paciencia para nos demorarmos com tão curiosas locubrações:

..... *quid hoc intersit ab ipso*
Audieris melius.....

É um bello specimen de Philosophia escolastica no gôsto da *Arvore da Sciencia* do celeberrimo Raymundo Lullo (Veja-se a Nota Final).

Por ultimo escreve o nosso adversario:

«A sentença, que condemna o vicioso systema do Projecto do Codigo Civil Portuguez, já de ha muito se acha lavrada por um d'esses juizes, a cuja auctoridade deve-se curvar a cabeça»; e traslada em grossos caracteres, como quem affixa alvará de banimento em fuste de pelourinho, o seguinte trecho de Savigny:

«Para bem conhecer o complexo das relações de direito, tal como funciona na vida real, não basta conhecer o conteúdo de cada uma d'essas relações, e sua acção actual. Cumpre tambem estudar a marcha de sua organização viva, a parte movel de sua natureza, o que comprehende sua origem, sua dissolução, seus desinvolvimentos, suas transformações possiveis, e sobretudo a repressão de sua violação. Fuja-se porém de considerar estas differentes phases da vida organica das relações de direito, como direitos novos collocados na

« mesma linha das relações originarias. Fuja-se de pro-
« curar algum logar que devam ter no edificio do direito.
Um similhante methodo confundiria todas as ideias.»

Accetámos de muito bom grado a sentença. Mas ser-
nos-ha ella tão desfavoravel como pensa o nosso adver-
sario? Parece-nos que as settas se convertem em gre-
lhas; e que o nosso adversario comprehendeu mal o pen-
samento do distincto Jurisconsulto Prussiano. Vejamos
o que na realidade significam as suas palavras.

Cumpra notar, primeiro que tudo, que ha crime de
falsidade na cópia da sentença, onde deslealmente se sup-
primem as palavras—isto é, além do elemento persistente,
que se acham no original; suppressão que altera pro-
fundamente o seu verdadeiro sentido.

Eis o texto de Savigny, segundo a traducção franceza :
— Il faut encore étudier la marche de leur organisation
vivante, *c'est-à-dire, outre l'élément persistant*, la partie
mobile de leur nature, ce que comprend, etc.

Assim restabelecido o texto, qual vem a ser o seu
pensamento? Que para bem conhecer o direito é preciso
estudar:— 1.º o seu elemento persistente; 2.º a ori-
gem, desinvolvimento e dissolução do direito; 3.º a re-
pressão da sua violação.

E qual é o elemento persistente do direito? Sem dú-
vida a capacidade juridica, o sujeito do direito. — Em que
consiste a origem do direito, o seu desinvolvimento e

dissolução? Evidentemente nos factos juridicos. — Em
que consiste a repressão da violação no ponto de vista
puramente civil? Na restituição ou na indemnisação.

Ora, que é este o sentido d'essas palavras, não só-
mente se depreheende da sua letra, mas ainda da impos-
sibilidade de lhe attribuir qualquer outro sem manifesto
disparate.

Ha mais do que isso — confirma-se pelo desinvolvi-
mento práctico, que o A. deu á sua ideia no Tractado de
Direito, a que essa passagem pertence, e que se divide
em tres partes: — 1.ª *Capacidade juridica*, onde o ho-
mem, a pessoa, é considerada como sujeito das relações
de direito (pondo de parte algumas generalidades preli-
minares); — 2.ª *dos factos juridicos*, ou dos aconteci-
mentos que constituem a existencia do direito, o seu
principio e fim; — 3.ª *da violação dos direitos*, ou dos
acontecimentos, ou dos actos livres contrarios á existen-
cia normal dos direitos.

Comparemos agora o nosso systema com o systema do
sabio allemão.

A nossa 1.ª Parte occupa-se da capacidade juridica:
coincidencia perfeita com a sua 1.ª Parte.

A nossa 2.ª Parte tracta dos meios de adquirir: a mesma
coincidencia, porque esses meios não podem ser senão
factos juridicos, que dão principio a direitos, e por con-
sequencia comprehendem o seu fim no ponto de vista
da obrigação correlativa.

A nossa 3.ª Parte tracta da fruição dos direitos, di-

reito de propriedade, gôzo dos direitos adquiridos. Parece á primeira vista uma divergencia do systema allemão; mas na realidade o não é, porque esta parte se acha comprehendida na sua 2.^a

A nossa 4.^a Parte tracta da defeza e violação dos direitos: a mesma coincidencia.

E que quererão dizer as palavras— *mas fuja-se* de considerar estas differentes phases da vida organica das relações de direito, como direitos novos collocados na mesma linha das relações originarias, e de procurar algum logar que devam ter no edificio do direito?

Primeiramente, que entende o A. *por essas relações originarias?* Sem dúvida os direitos chamados originarios, ou que nascem, e sómente acabam com a vida do homem (§. 53, Tract. de D. Rom., tom. 1.^o). E que entende por essas *differentes phases da vida organica do direito?* É a *parte movel da sua natureza*, a saber: a sua origem ou *nascimento*, o *seu fim*, a *sua violação*.

Ora, se estas differentes phases se apresentam como differentes faces do mesmo direito, na verdade não podem ser considerados como direitos novos, ou direitos existentes unicamente *per se*,— e menos ainda serem equiparados aos direitos originarios, para serem collocados na mesma linha. Os direitos originarios, em fim, não têm a mesma natureza dos direitos adquiridos: uns são persistentes e immutaveis, os outros eventuaes e infinitamente variaveis.

Mas quererá isto dizer que essas mesmas phases do

direito não podem, não devem ser consideradas sôbre si, e separadamente? Certamente não: é isso mesmo o que fez o A., tractando em diversas divisões, do nascimento e fim dos direitos e da sua violação. A intelligencia completa do direito não pôde comprehender-se sem dúvida senão no seu complexo; mas o seu estudo não pôde fazer-se senão analyticamente.

E que fizemos nós? Considerámos o direito primeiramente no seu elemento persistente (a capacidade juridica, o sujeito do direito); depois na sua origem e no seu fim (aquisição); depois no seu estado de actualidade normal (a propriedade ou fruição); e, finalmente, na sua transformação accidental pelo factio da violação.

Cada um d'estes aspectos, d'estas phases, não foi considerado como um direito novo, mas como um direito connexo, uma parte integrante, mas distincta, do mesmo direito; nem confundimos os direitos adquiridos com os direitos originarios, antes os collocámos em classes separadas, dando, como cumpria, a estes o primeiro logar, como fonte e origem de todos os outros. É certo que, admittindo os direitos originarios no Codigo Civil, nos separámos do sabio allemão, mas não sem razão sufficiente.

Se é verdade, como não pôde questionar-se, que o Codigo Civil não é mais que a sancção perpétua d'esses direitos, como excluil-os? Como pôde pretender-se racionalmente, que não deve enunciar-se expressamente o principio que prácticamente se desinvolve e realisa?

E que razões de exclusão produz o sabio Jurisconsulto? A razão contraproducente da protecção sufficiente, que esses direitos recebem nas instituições do direito criminal, e do mesmo direito civil, que em outra parte já combatemos, e nada mais.

Era necessario que houvesse alguma razão particular, que o sabio Jurisconsulto não julgou conveniente enunciar; e essa razão porém não é nenhum misterio, que não possa comprehender-se.

O illustre Jurisconsulto deixou-se impressionar pelas consequencias exaggeradas, que se pretendiam deduzir *dos direitos do homem*, d'esses direitos originarios; e viu além d'isso, com a penetração propria do seu espirito, que o seu formal reconhecimento, no Codigo, dos direitos civis, não era muito favoravel ao principio do poder absoluto, ao livre imperio do positivismo; e d'aqui essa exclusão insustentavel, e combatida por Puchtá, e mil outros Jurisconsultos da escola liberal. Emquanto a nós, nem pela tendencia das nossas ideias, nem em presença de uma Constituição politica como a nossa, podiam prevalecer semelhantes considerações.

Seguindo outro norte, nem porisso deixámos de respeitar a opinião de tão abalizado Jurisconsulto; sómente mantemos aquella liberdade e independencia de espirito, sem a qual, como elle mesmo reconhece, a sciencia é impossivel.

Vê-se pois que, salvo 'neste ponto secundario, em vez de sermos condemnados pela sentença do citado Juris-

consulto, podemos antes lisonjear-nos de ter da nossa parte o valioso apoio da sua respeitavel auctoridade.

Savigny indicou, é verdade, um outro plano para a sua parte especial; mas não só não chegou a realisá-lo, mas depois sentiu mesmo a necessidade de o alterar: onde, em fim, se pôde procurar uma ideia completa de systema, é sómente na sua parte geral, distribuida na fórmula indicada.

Aqui acaba a primeira parte da inconcebivel diatribe do nosso adversario, e com ella o penoso trabalho, a que fomos forçados, de rebater ás suas inconsideradas censuras:

« Niun libro, fu mai scritto, ó si potra scrivere, i
« cui sensi non si possano a cotesto modo travolgere, e
« da veri fargli divenir erronei e malvagi. A dir vero
« noi saremo poi dé gran maestri di costume, e di ve-
« ritá, insegnando agli uomini questa nuova *Critica* e
« nuova *Dialetica*.»

SENOVERI.

SEGUNDA PARTE

CRITICA DAS CENSURAS.

Bene adhibita ratio, cernit quid optimum
sit; neglecta multis implicatur erroribus.
CICERO. 4 Tuscul.

'Nesta segunda parte da sua diatribe, propõe-se o nosso adversario avaliar as censuras do sr. Moraes de Carvalho e as nossas respostas, arvorando-se officiosamente em nosso juiz, sem dúvida instigado pelo seu ardente amor da sciencia e da verdade. Nada mais louvavel.

Resta vêr, porém, como se houve no desempenho da missão que se arrogára, pois não ha por certo cousa mais detestavel no mundo, que um juiz parcial e corrupto.

Exforçar-nos-hemos por bem precisar os pontos da questão— os pontos arguidos, e os fundamentos das de-

cisões do nosso julgador; havemos de forçal-o, ainda que isso nem sempre é muito facil, a collocar-se em evidencia, despojando-se das roupagens artificiaes, em que procura involver-se. — *Non ostenditur per se impostura, ne nuda deprehendatur, sed amictu verisimili callide ornata, ita ut imperitioribus videatur externa specie se ipsa veritate veriolem exhibere (a).*

1.^a *Decisão.* A capacidade juridica, o complexo da capacidade politica e civil; não consiste na simples qualidade do ser humano, ou posse possível de direitos, na susceptibilidade de direitos e obrigações.

Em que consiste pois essa capacidade? Era forçoso que o nosso adversario nos dissesse precisamente em que consistia, ou a razão por que essa capacidade juridica não consistia na capacidade politica e civil, mas limita-se a dizer-nos — *que a capacidade civil não é só uma e indivisivel, porque effectivamente ha muitas capacidades.* — Confunde logo a capacidade civil com a juridica, que são causas diversas, e a qualidade subjectiva, que é só uma, com a qualidade objectiva, que pôde variar infinitamente: em vez de demonstrar, não faz mais que illudir a questão por um sophisma de confusão. A capacidade juridica é só uma e indivisivel: pôde denominar-se politica ou civil, segundo a ordem de objectos sobre que se exerce, e no mesmo sentido poderá dizer-se, e effectivamente se costuma dizer, que ha muitas capacidades, segundo os diversos ob-

(a) Ireneus pref. L. 1, advers. haeres.

jectos sobre que se exerce essa capacidade civil; mas nem porisso a capacidade juridica deixará de ser uma e indivisivel, uma qualidade inherente ao ser humano, pois sómente o homem é susceptivel de direitos e obrigações.

2.^a *Decisão.* A palavra *homem*, empregada no 1.^o art., não só pôde, mas deve ser substituida pela palavra *pessoa*.

Para demonstrar a necessidade d'esta emenda, emprega o nosso adversario quinze cansadissimas páginas.

Não permita Deus que a nossa resposta imponha ao leitor tão pesado encargo. A verdade não precisa de ser tão prolixa: poucas palavras lhe bastam.

Restabeleçamos primeiramente o estado da questão.

O primeiro artigo do nosso projecto diz assim:

Sómente o homem é susceptivel de direitos e obrigações: é nisto que consiste a sua capacidade civil.

O sr. Moraes de Carvalho entendeu que a palavra *homem* podia ser substituida mais apropriadamente pela palavra *pessoa*, de accordo com a divisão de pessoas *physicas* e *moraes*.

Não acceitámos a emenda por inutil, e a distincção por inexacta.

Acode agora o nosso adversario, pretendendo que a palavra *homem* deverá ser substituida indispensavelmente pela palavra *pessoa*, se o nosso projecto *podesse servir de alguma cousa, ainda mesmo retocado!*

Muito bem. Mas é preciso que o nosso adversario nos

prove o seu asserto: as suas asserções não bastam para convencer-nos, porque não sabemos como possa aspirar á infalibilidade. Ora, lendo e relendo o seu immenso aranzel, apenas podêmos descobrir uma unica razão, que vem a ser a seguinte: — A palavra *pessoa* é necessaria, porque, empregando-se a palavra *homem*, não serão consideradas como susceptíveis de direitos e obrigações as pessoas moraes, que não se comprehendem 'naquella palavra. Reduz-se pois a questão a saber: se effectivamente ha outros seres, além do homem, que sejam susceptíveis de direitos e obrigações, e não são comprehendidos na palavra *homem*.

Os entes juridicos a que se allude são—as corporações e associações, o estado, os estabelecimentos publicos de caridade, instrucção ou religião, a herança presente.

Ora, nenhuma d'essas chamadas pessoas moraes deixam de ser essencialmente comprehendidas nas expressões — *sómente o homem é susceptivel de direitos e obrigações. A demonstração é facil.*

O direito é uma relação ideal, que tem por principio e fim, e por agente, unicamente o homem. As cousas em si podem ser objecto de direitos, mas não sujeitos de direitos.

No desinvolvimento da sua vida juridica, o homem apresenta-se debaixo de differentes aspectos: primeiramente como individuo isolado; em segundo logar como individuo unido com outros, ou associado; em terceiro logar como individuo, perpetuando o imperio da sua vontade no tempo

e no espaço a favor da garantia da lei, representativamente na pessoa d'outros individuos.

Mas sempre e em todo o caso é o homem, e só elle, que na realidade apparece como sujeito de direitos.

Percorramos agora cada uma das chamadas pessoas moraes indicadas. — O *Estado*: Que é, senão a reunião de individuos, a sociedade representada nos seus agentes? — *As corporações e associações*: Que são, senão os mesmos individuos, unidos por certo interesse? — *Os estabelecimentos de caridade, a instrucção*: Quem ha ahí que possa dizer-se sujeito de direitos, senão os mesmos interessados na fundação, representados pelos gerentes dos mesmos estabelecimentos? A auctoridade de Savigny, a que o nosso adversario se soccorre, não póde convencer-nos, porque é infundada. «Tome-se, por exemplo, diz elle, um hospital: quaes são os individuos, cuja unidade collectiva deve ser encarada como sujeitos proprietarios dos direitos? Não são certamente os doentes tractados no hospital, porque estes são unicamente os objectos de fundação pia: o verdadeiro sujeito do direito, 'neste caso, é uma *abstracção personificada*, uma obra de humanidade, que se deve cumprir em certo logar, segundo um certo modo, e por meios determinados.»

Aquí não ha mais que asserções infundadas. A razão de serem os doentes unicamente o objecto da fundação é contraproducente. Se os doentes são o unico objecto da fundação, isso mesmo prova que são os unicos sujeitos dos direitos, os unicos a que os bens verdadeiramente

pertencem, mediante a administração e applicação estabelecida. Joga-se com a significação equívoca da palavra *objecto*, dando-se-lhe um sentido stricto, que 'neste caso não pôde ter. Estamos no mesmo caso de um legado a benefício dos pobres—o *objecto* e o *sujeito* confundem-se; e se quizessemos distinguir o *objecto* do *sujeito* diríamos—que o *objecto* é a obra de caridade, e o *sujeito* o pobre—da mesma fórma que, no caso do hospital, o *sujeito* a quem pertence o direito é na realidade o doente, e o *objecto* a obra pia. E não se pense que esta differente maneira de ver, alheia da realidade das cousas, seja indifferente: pelo contrário, pôde involver funestas consequências jurídicas.

Se aquelles a quem os direitos pertencem não são mais que uma pura abstracção—a obra pia personificada—seguir-se-há, que ninguem rigorosamente terá direito de reclamar contra o extravio d'esses bens, a não ser essa mesma *personalidade abstracta*, ente fantastico, e por consequencia sem razão nem vontade.

O que dizemos d'estes estabelecimentos é applicavel a qualquer outra especie de fundação, que possa imaginar-se na esphera jurídica.

Mas a herança jacente? Oh! a herança jacente, essa nem mesmo pôde ter a honra de pessoa moral: senão representa a pessoa do defuncto, ou do herdeiro para quem passa no momento da sua morte, não representa cousa alguma; é uma massa de bens sem dono, que seria *primi capientis*, se a lei lhe não dêsse applicação. Entre os ro-

manos a herança foi na verdade considerada como pessoa, mas sómente a certos respeito, privativos das suas instituições civís, como a escravatura e usucapião. (V. Savigny (Tom. 2, pag. 335 e seguintes.)

Em uma palavra, sómente o homem, e só o homem, é susceptível de direitos e obrigações; e não pôde haver instituição jurídica prescindindo d'esse elemento. O mesmo Savigny reconhece expressamente este principio—(Tom. 2, pag. 2.)

Agora, se a palavra *pessoa* vem substituir exactamente a ideia da palavra *homem*, essa substituição é inutil; se vem dizer cousa diversa, rejeitamol-a redondamente; e, se não vem para mais do que dar logar a distincção de pessoas physicas e moraes, como se declara, não admittindo a distincção ou antithese como falsa e desnecessaria, ainda menos podemos consentir na emenda.

Dê-se muito embora a esses estabelecimentos, a essas unidades jurídicas collectivas, o nome de pessoas moraes, como nós fizemos, mas é uma denominação de convenção, como qualquer outra; mas não se diga que ha ideias contrapostas, que ha sêres distinctos na rigorosa censura do direito. São enunciados equívocos, que só servem, como com muita razão observou Dumolombe, para causar embaraços e obscuridade na doutrina e na legislação.

Todo o erro do nosso adversario consiste em pretender converter em sêres diversos e independentes meras modalidades da mesma entidade. Essas modalidades, ou sejam ampliativas ou restrictivas, só podem ter uma exis-

tencia parcial e secundária, e jámais elevar-se a uma categoria diversa e paralela, pondo-se na mesma linha dos entes a que se referem, como muito bem observou Savigny, fallando da classificação dos direitos em geral.

Do que fica dito é forçoso concluir que as expressões do nosso artigo—*Sómente o homem é susceptível de direitos e obrigações*— são profundamente exactas, nada prejudicam, e comprehendem todas as transformações passivas da capacidade jurídica; e que a substituição da palavra *pessoa* não sómente confundiria a realidade com a ficção, a modalidade com a entidade, mas poderia conduzir-nos ao grave erro de suppor que a capacidade das pessoas, chamadas *moraes*, é igual á capacidade do homem ou pessoa individual.

Agora seja-nos permittido lançar uma vista d'olhos sôbre a redacção que o nosso adversario adopta como o *non plus ultra* da perfeição, e que o deve immortalizar.

O primeiro artigo do seu projecto será concebido nos seguintes termos:

Todos os entes, susceptiveis de relações de direitos, são pessoas.

Primeiramente não podemos deixar de maravilhar-nos que 'num Codigo, em que não devem entrar senão prescripções legislativas, no dizer do nosso adversario, logo no primeiro artigo se nos appresente tamanha contradicção.—Que ha ali que prohiba, ou ordene, ou permitta?

Não vemos senão uma definição da palavra *pessoa*. — E com que fim? Se o A. nos não dissesse que é porque precisa d'um termo generico, que comprehenda as duas chamadas entidades juridicas diversas — a *pessoa physica* e a *pessoa moral*— não seria facil por certo adivinhar para que se trocavam as palavras *entes juridicos*, pela palavra *pessoas*— visto que pessoas são os entes juridicos. Na ordem das ideias do A., como não póde haver boa divisão que não seja *bifurcada*, concebe-se a razão do artificio; mas a verdade é, que aqui sacrifica-se a realidade ao artificio, porque as chamadas *pessoas moraes* não podem formar antithese com as pessoas singulares; porque essas pessoas singulares tanto apparecem 'numa como na outra entidade juridica; — a pluralidade não constitue diversidade entre seres da mesma natureza.

É o nosso proprio adversario quem se encarrega de refutar as suas proprias ideias, como lhe acontece a cada passo, reconhecendo que na personalidade se descobre a fracção, unidade e pluralidade: que a fracção se observa na consideração d'uma certa relação de direito, a unidade no complexo da sua natureza viva, e a pluralidade na reunião de diversas pessoas.

Temos pois sempre a mesma entidade em diferentes aspectos; mas, como para prevenir as consequencias logicas do principio, acode o A.— «na primeira e na terceira gradação ha uma unidade metaphysica, que se contrapõe á unidade physica e verdadeira da segunda gradação, na qual se confunde a ideia primitiva de pessoa.

«A ideia de homem é essa ideia primitiva, resumindo em si os designados elementos da criação.»

Mas porque 'num modo a gradação suppõe uma certa differença metaphysica, ou não, segue-se porventura que o ente modificado não seja essencialmente o mesmo? Ora é isso o que o A. reconhece com as suas gradações; e o que põe em relêvo a inconsistencia da sua proposta antithese.

Naturam expellas furca tamen ipsa recurret.

Posta pois de parte esta ideia falsa, vê-se que o nosso adversario applaudiria o nosso primeiro artigo como se acha redigido; pois que reconhece que a primeira cousa que deve fazer-se em umCodigo, é declarar o que constitue a qualidade generica das pessoas, *actor infallivel da scena juridica*.

Não nos demoramos mais com este objecto.—Emquanto aos curiosos episodios, com que o A. procura confundir a questão, já attribuindo-nos doutrinas que nos não pertencem, já contradicções que não existem, já pervertendo com a mais descomedida má fé as nossas ideias, contentar-nos-hemos com remetter o leitor para esse mesmo escripto, a Apostilla a que se allude. Achar-se-ha a resposta na sua simples leitura. Emquanto aos vituperios, esses votamol-os ao desprezo que merecem.

Nas dez páginas seguintes discorre o nosso adversario

sobre a fórma por que umCodigo deve ser redigido, extractando e adoptando em parte as doutrinas de Bentham e Meyeer: condemna em regra tudo o que são definições, ou disposições que não importem preceitos prohibitivos ou imperativos; mas não duvida acceitar, emquanto ás definições, a distincção que indicámos na Apostilla, de accordo com a doutrina de Blondeau.

Passando ao exame do nosso Projecto, julga escusadas quasi todas as proposições do Tit. 1.º da P. 1.ª, principalmente por não pertencerem á privativa esphera do Direito Civil. Julga no mesmo caso o art. 4—42, 43—562, 563, e varios outros. A este respeito explicámo-nos so-bejamente em a nossa Apostilla, e seria inutil repetir o que alli dissemos: sómente tomaremos em consideração algumas proposições curiosas e extravagantes, que o nosso adversario mistura com esta sua censura.

«Ahrens, diz elle, dividiu a parte especial do seu curso de Direito Natural em *Direito individual* e *Direito social*, e o sr. Seabra entendeu, que podia adoptar esta divisão em um projecto de Codigo Civil. Engano desastroso!»— Basta percorrer o Elencho do nosso Projecto para se vêr a manifesta falsidade de semelhante asserção.

As relações de direito não existem como taes no fundo da natureza humana. — É outra asserção inteiramente falsa, pois que as relações de direito só podem conceber-se como tendo o seu fundamento 'nessa mesma natureza humana. É o mesmo que o nosso proprio adversario reconhece contradictoriamente, dizendo, com Savigny, que a

possibilidade e necessidade d'estas relações existe como em germen egualmente em todos os homens.

Não se tractou, na parte onde se devia tractar, da aquisição de todos os direitos, dos direitos que só provêm do facto do nascimento, dos quaes incoherentemente se tractou na Parte 1.^a

O nascimento em si mesmo não é, nem póde ser, considerado como um meio de adquirir; é um facto natural, que não tem valor juridico senão por dependencia da natureza do ente a que se refere.

O homem propriamente não póde ter direitos, nem naturaes nem adquiridos, emquanto não nasce; se os tem nascendo, é porque nasce homem.

Na primeira Parte do Projecto tractou-se de direitos inherentes á personalidade, e o nascimento só apparece alli, como na segunda parte, ou seja emquanto aos direitos originarios, ou emquanto á successão legal, como uma circumstancia ou condição geral, que não póde servir de fundamento a nenhuma classificação especial.

Ao art. 42, que diz que o exercicio dos direitos e obrigações civis é determinado, em diversos casos previstos na Lei, pelo domicilio do cidadão, pergunta: «quaes são esses casos previstos na Lei? O Projecto não o diz.» Bem se vê que o nosso adversario leu com pouca attenção o nosso Projecto; mas devêra ao menos, como Jcto, saber quaes são os casos em que o exercicio dos direitos e obrigações é determinado pelo domicilio. Veja os artigos 47 e 48, todo o cap. 3 do tit. 7, 1.^a Parte, os ar-

tigos 2168 e 2704, e muitos outros que é escusado numerar.

«A definição de posse (art. 563) é erronea, porque não menciona o *animus domini*». Veja-se o que dissemos a este respeito em a nossa resposta ao Sr. Dr. Paes.

«Nada mais extranho do que tractar-se, nos artigos, de sermões, prelecções de mestres, cartas missivas, imprensa, lithographia, gravura, desenho, pinturas, musicas, dramas e comedias, como se essas cousas pertencessem a um Codigo Civil, como se no ponto de vista das relações individuaes não estivessem providenciados no Codigo Penal, e se na parte regulamentar não fossem da alçada do Direito Administrativo!»

Ha 'nesta censura um erro grosseiro. Em todas essas cousas ha uma propriedade, posto que especial, que precisa ser definida e regulada. O Codigo Penal não póde fazer mais que punir as violações do direito, anteriormente definido. Dizer que a definição d'estes direitos pertence aos regulamentos administrativos, é confundir todas as noções do direito civil e administrativo. E talvez a primeira vez que se escreve, que o direito de propriedade deve ser regulado pelas Leis chamadas administrativas!

Não nos faremos cargo de apreciar increpações genericas, taes como: *isto é vago, é inutil, é desnecessario, são generalidades*, etc., porque nos obrigaria a longa

escriptura, para que não temos vagar: bastará que tomemos nota das censuras, que versem sobre pontos que possam ter uma influencia importante nas relações jurídicas.

Fecha o nosso adversario esta sua censura recomendo-nos, que leiamos as cartas de Meyeer sobre a codificação da Legislação Inglesa: vem tarde a sua recommendação, porque desde muito conhecemos as obras d'esse illustre Jcto. Na Europa não ha tanta preguiça de estudar, como o nosso adversario affirma do Brazil.

«É tempo de mostrar (continúa o nosso adversario), que o Projecto e Apostilla laboram em ideias erroneas sobre o que se deva entender por *capacidade civil* e *capacidade politica*, ideias que foram reunidas na ideia generica de *capacidade juridica*. Começaremos pela capacidade civil.»

Como nos é impossivel reduzir a uma argumentação logica a pretendida demonstração d'essa these, iremos seguindo o nosso adversario passo a passo.

No §. 1.º exprime o pasmo em que cahira por vêr que, tendo nós rejeitado a distincção de *homens e pessoas*, e distinguido a *capacidade juridica da sua acção*, digamos que a capacidade civil (dissemos juridica) é uma e indivisivel prerogativa inauferivel do homem como ente livre, que portanto não pôde haver muitas capacidades. Parece que o pasmo consiste em termos

distinguido a potencia do acto, e não termos elevado o acto á categoria de potencia. Isto não precisa refutação. É facil vêr de que parte estará o êrro.

No §. 2.º diz o nosso adversario que, repellida, como está da civilisação actual, a differença entre homens e pessoas, deveriamos tirar a consequencia, que fazendo-se um Codigo Civil, já está subentendida essa capacidade civil, qual a encarou a Apostilla, e qual o mesmo Projecto a define no art. 3.º, por este modo: *se os direitos e obrigações se limitam ás relações reciprocas dos cidadãos entre si, como meros particulares, ou entre os cidadãos e o Estado, e em questões de propriedade, constituem a sua capacidade civil*, etc.

Não vemos como de não haver distincção entre homem e pessoa se siga que o Codigo Civil não deva tractar da capacidade civil. Antes pelo contrario, tendo o Codigo de occupar-se dos direitos civís, é indispensavel que se occupe, primeiro que tudo, de qualificar, em geral, as pessoas ou os agentes do direito; isto é, de definir a capacidade juridica e civil, a que todo o direito deve referir-se. Diz o nosso adversario que essa capacidade se subentende logo que se tracta de fazer um Codigo; e não ha dúvida que assim é; mas, porisso mesmo que se suppõe e existe, é que se torna necessario regulal-a, da mesma fôrma que o Codigo presuppõe a existencia da propriedade e de todos os direitos, e é porisso mesmo que d'elles se occupa; seria na realidade inaudito que a Lei só devesse cogitar do impossivel.

No §. 3.º diz-se: *que, se a capacidade civil do Projecto é a capacidade de querer*, e a acção d'esta capacidade é variavel, deve corresponder-lhe uma capacidade de obrar, e não se deve argumentar d'aquella para esta. — Nem no Projecto, nem nas Apostillas, se podia cahir no absurdo de confundir a capacidade de querer com a capacidade juridica. Protestamos contra este falso testemunho. A capacidade de querer existe no homem, sem d'úvida, como faculdade intellectual; o exercicio do direito é dependente da vontade livre; mas uma cousa é a capacidade juridica, outra cousa a vontade do homem. A vontade, como faculdade, não tem limites — a capacidade juridica, considerada como poder de querer e obrar, é necessariamente restricta ao titulo do direito, ou ao seu principio auctorisante.

Esta capacidade juridica é um attributo generico da natureza humana, é uma e indivisivel; mas não se segue, que effectivamente todos os individuos a possam utilizar ou pôr em acção do mesmo modo; o exercicio da capacidade juridica depende tanto do arbitrio do individuo, como da sua condição particular. Todos têm, por exemplo, igual capacidade juridica de adquirir, ou por seu trabalho, ou por outro modo legitimo; mas nem todos podem exercer igualmente essa capacidade, esse poder. Por outro lado, o exercicio d'esta mesma capacidade pôde achar-se limitado pelo concurso de outras capacidades individuaes em acção, ou esse limite se ache consignado na Lei natural, ou na Lei positiva; mas a capacidade juridica será sempre, em principio, a mesma.

Quando, na phrase vulgar, se diz que ha tantas capacidades, quantos os actos permittidos, — confunde-se a capacidade juridica, em geral, com o seu exercicio ou applicação particular; e, propriamente, deveria dizer-se, que ha 'nesses casos tal ou tal direito, ou faculdade.

Accrescenta o nosso adversario, que argumentamos da capacidade de *querer* para a capacidade de *obrar*. — Em que? e como? É o que nos não explica. Em parte alguma se achará que affirmassemos que tudo o que é *possivel existe*.

No §. 4.º diz-se que, tractando o Projecto de incapacidade por minoridade, demencia, etc., é preciso que a esse estado de incapacidade corresponda um estado de capacidade; e que, se o Projecto emprega o termo para exprimir a capacidade humana, qual será o termo para significar o estado opposto a essa incapacidade?

A resposta é simples e facil: está nos proprios termos do Projecto. A capacidade inherente ao sêr humano é a capacidade juridica em geral; e a capacidade civil é essa mesma capacidade no circulo das relações civís. Ora, se esta capacidade é impedida no seu exercicio, chamamos ao seu impedimento — incapacidade, e por consequencia o termo opposto a esta incapacidade, é a mesma capacidade normal, que, fóra dos casos de impedimento marcados na Lei, se desinvolve e actua livremente.

No §. 5.º tiram-se consequencias do falso presuppuesto de que consideramos a capacidade civil no sentido de capacidade de *querer*: applaude-se o nosso ad-

versario de achar o absurdo de que, não tendo os menores capacidade de *querer*, também não podem ter capacidade *juridica*.

Parece na realidade incrível que se discorra de semelhante maneira—*sana mente!* Que muito, que de absurdos se sigam absurdos! Mas tome-os o nosso adversario todos á sua conta, pois que são unicamente obra sua!

Por ultimo vem a conclusão—logo está demonstrado, que as ideias do Projecto sobre capacidade civil são erroneas—nem soube distinguir a unica e verdadeira acção de capacidade *juridica*!!!

Risum teneatis amici?

Depois de convencido o nosso erro, pelo modo que temos visto, era consequente e justo que o nosso adversario nos fizesse conhecer em que consistia essa unica e verdadeira noção de *capacidade civil*. Eis aqui a sua theoria desembaraçada dos incidentes extranhos, com que se pretende tornar sublime á força de mysteriosa obscuridade.

Uma cousa é a capacidade de *querer*, e outra a capacidade de obrar. Mas como esta capacidade nunca corresponde á capacidade de *querer*, porque nunca se pôde tudo o que se quer; segue-se, que a capacidade civil é uma perpétua incapacidade. Mas, como é forçoso que haja uma capacidade que se contraponha á incapacidade, deve procurar-se um *critério* para esta distincção. Ora, este

critério pôde achar-se em um d'estes tres estados:—
1.º estado em que se não podem exercer direitos nenhuns;
2.º estado em que só se podem exercer certos direitos,
3.º estado em que se pôde exercer o maior numero possível. Tomado um d'estes estados como typo da incapacidade, todo e qualquer outro estado será o de capacidade. Mas qual é d'estes estados o que o A. adopta para o seu *critério*? Nenhum; pois que nos diz logo, que a linha que separa a capacidade da incapacidade não é esse maior ou menor numero de direitos, que se podem exercer, mas a impossibilidade de os exercer voluntariamente por si, ou por outrem, isto é, a necessidade de uma representação *ad instar* da representação voluntaria.

Esta simples exposição basta para fazer saltar aos olhos o absurdo e incoherencia de semelhante doutrina. Ha erro nos principios, ha erro nos meios termos, ha erro nas conclusões.

Primeiramente ha erro em confundir a capacidade de *querer*, com a capacidade *juridica*, como já observámos. Em segundo logar ha erro em considerar como capacidades diversas a capacidade de ter direitos e a capacidade de os exercer, pois que a incapacidade de os exercer não é mais que o impedimento do exercicio d'aquella capacidade. Em terceiro logar ha erro em concluir da impossibilidade em que qualquer pôde achar-se de exercer completamente todos os direitos, para que *juridicamente* se acha authorizado, que realmente não ha capacidade *juridica*—quando a capacidade *juridica* não é

mais que uma authorização moral, um poder que pôde existir, postoque se não exerça. Em quarto logar ha êrro em considerar como criterio da capacidade, ou da incapacidade a differença do numero de direitos que se podem, ou não, exercer; pois que d'ahi só poderia resultar uma gradação de incapacidades, mas não a indicação de uma capacidade, que redondamente se tem negado. Em quinto logar ha êrro em procurar n'um factio *a posteriori* uma regra, que deve reger esses mesmos factos. Em sexto logar ha êrro, e êrro palmar, em tirar uma conclusão, que se não contem nas premissas.

Mas ainda não é tudo. Esse mesmo principio adoptado como criterio — *a representação forçada* — não é decisivo, porque é preciso subordinal-o a certas distincções; porque esta representação só pôde ser exigida a certos respeitos, e então podem apparecer no mesmo individuo — uma capacidade e uma incapacidade — uma incapacidade civil e absoluta, e uma incapacidade civil relativa: d'onde é forçoso concluir, que o *criterio* é insufficiente, ou falso. Mas aonde procurar o *criterio* d'este criterio, o principio determinante d'esta distincção? Aqui apaga-se de novo o *pharol luminoso*, e não vemos outro meio mais que o de abandonar a doutrina, e entregarmo-nos ao arbitrio do legislador! Não ha pois doutrina, não ha systema algum em tudo isto, mas sómente cahos profundo, profunda desordem de ideias: e tudo nascido do mesmo êrro — de confundir a capacidade de *querer* com a *capacidade juridica*.

A final reduz o A. a sua chamada doutrina ao seguinte schema:

- 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 d'esta tabella (observa o A.) deixa vêr, em esqueleto, a falsidade das noções da Apostilla em tudo o que respeita á capacidade juridica, e particularmente á capacidade civil! E nós accrescentaremos — ou para melhor dizer, põe na ultima evidencia a improcedencia da censura, e o disparate das theorias do nosso adversario.

Em seguida passa o A. a mostrar, confundindo sempre a capacidade juridica com o seu exercicio, que a capacidade das pessoas é sempre distincta e divisivel — na ahi alguma cousa de novo, que não devemos deixar ao escuro.

Parece que o A. tenciona formar differentes classes ou gradações de incapazes, e diz-nos que na 1.^a gradação, a capacidade juridica é distincta, porque a capacidade das pessoas moraes não é tão ampla, como a das pessoas physicas. Já fizemos vêr que estas chamadas pessoas moraes não existem, nem podem existir por con-

traposição ás chamadas pessoas phycas — que sómente o homem é susceptivel de direitos e obrigações, o que não impede que esta capacidade, debaixo de certos aspectos, possa ser limitada, como não pôde deixar de ser nas associações.

Diz-nos mais, que na segunda gradação ha tantas capacidades, quantos são os differentes talentos, aptidões, fortunas, etc. Confunde-se a capacidade juridica com o seu exercicio. A capacidade juridica é geral e identica: só pôde variar na sua acção, segundo as circumstancias e meios de cada um.

Diz-nos igualmente, que na terceira gradação são tantas as capacidades, quantas as permissões e prohibições da Lei. Confunde-se a capacidade juridica com as suas restricções legaes. Estes impedimentos só podem chamar-se incapacidades 'neste ultimo sentido.

Diz-se, finalmente, que na ultima gradação, que chama incapacidade civil propriamente dita, tantas são as incapacidades, quantos os estados humanos a que é applicavel a instituição suppletiva das tutelas e curatelas. — Sempre a mesma confusão da potencia com o acto, da capacidade com o impedimento, e sempre o mesmo jogo de palavras: mas aqui não pôde o A. deixar de trahir-se. Se essas tutelas e curatelas são suppletivas, que quer dizer com isso, senão que a capacidade dos direitos continúa, e que sómente ha suspensão no seu exercicio?

Por ultimo vem o retornello costumado — tudo isto prova o êrro e confusão do Projecto e da Apostilla sôbre

a ideia constitutiva da capacidade civil! — Mas como? e em que? — *Ipse dixit*, e tanto basta.

Aqui volta o nosso adversario de novo á supposta confusão, que nos attribue, do direito privado, criminal e civil; e accrescenta — não constituem a capacidade civil todos os direitos e obrigações concernentes ás relações reciprocas dos cidadãos entre si; uma parte d'esses direitos, exprimindo relações de uma pessoa determinada para com todos os outros homens sem distincção, pertence á peculiar alçada da legislação criminal. E quaes são estas obrigações de uma pessoa determinada para com todos os outros homens sem distincção? Sem dúvida as que correspondem aos direitos chamados absolutos. Pois bem, se esses direitos absolutos são violados, se o sujeito da obrigação quebra esse vinculo, necessariamente será obrigado á reparação e indemnisação do mal causado, e eis o ponto por onde essas relações não podem deixar de entrar no Codigo Civil; o que nada tem que vêr com a penalidade propriamente dita, e que pertence a outro ramo, ao ramo dos direitos e obrigações publicas. A citação de Savigny é mal trazida, porque nada prova em contrário.

«Se as palavras do art. 3.º (continúa) como *meros particulares*, indicam algum signal distinctivo, desviando toda a ideia de interesse publico, o direito civil, e a capacidade, teriam de passar pelos transe de uma amputação dolorosa.» Não vemos bem, em que possa consistir essa dolorosa amputação: em todo o caso, não crêmos

que possa imaginar-se alguma mais sanguinolenta, do que essa que o A. propõe relativamente aos direitos absolutos. «Entretanto (ajuncta o nosso adversario) outra parece a intenção do Projecto: elle augmenta, em vez de cortar, uma vez que tambem nos affirma (art. 3.º), que Direito Privado e Codigo Civil são synonymos, exceptuando sómente a parte que respeita aos negocios commerciaes.» Isto não é analysar, não é censurar: é fallar por fallar, mostrar boa vontade, e nada mais!

Por mais que se queira restringir a capacidade civil, havia dito o Sr. Moraes de Carvalho, criticando o nosso Projecto, parece que não se devia deixar de comprehender a capacidade de contractar. «Foi tal a pressão (diz agora o nosso adversario) em que ficou o nobre A. do Projecto, para dizer alguma cousa em repulsa d'esta censura, que, sem o sentir provavelmente, commetteu a mais horrenda apostasia, desmanchando por suas proprias mãos, o descommunal edificio que armára, e que appellidára seu systema.» Não ha nada mais curioso! Vejamos pois como se operou essa apostasia. Eis as nossas palavras, citadas pelo A.: «A capacidade civil comprehende todas essas cousas que o douto censor não vê nella incluídas; como sejam os contractos e testamentos. Confessamos que não comprehendemos como poderíamos satisfazer as exigencias 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 a cada um d'es-

ses actos, seria o Codigo inteiro conculcado na 1.ª Parte do Projecto.»

Agora a demonstração do nosso adversario: «Muito bem dito (diz elle); mas vós delineastes essa primeira Parte do Projecto com a inscripção da capacidade civil, para ser uma parte geral e preliminar do systema: foi o vosso plano, como nos attesta a Apostilla, tractar primeiro de todos os direitos civis no ponto de vista da capacidade, para, em seguimento, expôl-os nas outras phases da sua aquisição—propriedade e violação; e d'esta maneira era forçoso incluir 'nessa primeira Parte, uma por uma as diversas capacidades em relação a todos os direitos, sem omitir nenhum, sem fazer selecções, e as restricções que a censura tão justamente argúe.»

Qual fosse o nosso plano e ponto de vista, está claramente enunciado na Apostilla, e se manifesta no mesmo desinvolvimento práctico do Projecto. Propozemo-nos tractar da capacidade civil; isto é, do sujeito dos direitos civis, debaixo do ponto de vista da sua capacidade juridica em geral. Não cogitámos de formar partes geraes, nem especiaes, porque a capacidade é um elemento permanente e necessario em todo o direito, e porque o Codigo devia ser um todo unico composto de diversas partes da mesma natureza, igualmente importantes. Nem tinhamos que tractar de *capacidades especiaes*, porque a capacidade juridica é só uma e indivisivel, e essas diversas capacidades, que se imaginam, não são mais que modificações da mesma capacidade debaixo do ponto de vista

da sua acção; e todos sabem, *que a multiplicidade de accidentes não importa a multiplicidade de especies.* O erro do nosso adversario está na obstinação com que teima em considerar como *capacidades*, não a qualidade, não a potencia, mas os diversos actos em que a qualidade ou potencia pôde empregar-se — confusão que existe realmente na linguagem vulgar, mas que não pôde invocar-se, quando se tracta de uma apreciação logica e exacta das ideias. D'onde resulta que o argumento do nosso adversario não passa de um triste sophisma de *confusão de termos.*

«Mas se aquella Parte 1.^a do Projecto (continúa) fôsse destinada para conter sómente em sua generalidade a legislação attinente ás pessoas, ou á capacidade civil, abrangeria todos os direitos de que houvesse de tractar a parte especial.»

O mesmo erro, a mesma confusão. Já dissemos que no nosso plano não havia nem parte geral, nem especial, e que sómente cogitámos de tractar da capacidade civil em geral, e não das pessoas consideradas no ponto de vista da sua acção juridica, como o A. as considera: pois que, se assim fôsse, tractar das pessoas seria effectivamente tractar de todos os seus direitos, porque não ha direito que não seja pessoal, ou pertencente ás pessoas. Mas não é assim, e o nosso adversario bem o entende; e sómente pela mais insigne má fé procura dissimular e ob-

scurecer o nosso pensamento, acarretando para aqui impertinentemente as censuras, aliás justas, que se tem feito ao plano das Institutas, e que nos não podem ser applicadas.

«Se tivesse sido o vosso intento (continúa) tractar na primeira Parte da capacidade civil em geral, não estariam alli uma parte dos direitos de familia, e as tutelas e curatelas.»

Pelo contrário é alli que necessariamente deverão estar: pois que, tendo nós de tractar da capacidade civil, não era possivel deixar de ter em vista os impedimentos que pôde soffrer no exercicio da sua propria actividade; e o poder paternal e a tutela apparecem como instituição suppletiva d'essa inhabilidade accidental.

Onde está pois aqui essa horrenda apostasia de que fomos accusados? Como poderia dar-se essa horrenda pressão sem que houvesse alguma causa que realmente a produzisse?

Parturient montes, nascetur ridiculus mus!

Por ultimo quer o nosso adversario provar, que o nosso plano é impossivel, não obstante ser tão possivel, como ahi está practicamente demonstrado; e como prova essa impossibilidade? Dizendo com Blondeau, que nada seria mais confuso, do que começar pela aptidão das pes-

soas, relativamente a 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 a cada especie.

Tambem nós assim o entendemos; mas como não foi nem é a nossa ideia, porque já dissemos que não tivemos em vista senão a capacidade civil na sua generalidade, o que fica manifesto é, que nem um (quando existisse) defeito é impossibilidade, nem essa impossibilidade se pôde referir ao nosso plano, que é fundado em outro presupposto.

«A censura (continúa) do Sr. Moraes Carvalho accusa, com razão, o Projecto pelo que 'nelle se fez. A Apostilla defende-se com o que se não fez.» Nem o Sr. Carvalho nos accusa pelo que fizemos, mas sim, por não termos feito o que elle desejava, nem nós nos defendemos com o que não fizemos; pelo contrario defendemo-nos sómente com o que fizemos.

Tudo isto, (concluiremos com o nosso adversario) *é muito claro e comprehensivel*, e mostra com a ultima evidencia o nenhum fundamento da censura.

Argue-nos o Sr. Moraes Carvalho de não termos tractado, na primeira Parte do matrimonio e registro civil, como cousas respeitantes ao estado das pessoas, que julgára synonymo de *capacidade civil*. Respondemos, que não tractavamos de tal estado, e que a capacidade civil, no nosso ponto de vista, não era o mesmo; que o estado

era uma situação juridica da pessoa, em resultado do desinvolvimento da sua capacidade juridica, mas que não era essa mesma capacidade. Intervem agora o nosso adversario e diz-nos: «que não é possível tractar da capacidade ou incapacidade civil, sem tractar de estados, porque a capacidade ou incapacidade civil resultam precisamente d'esses estados.» Sempre a mesma confusão de ideias!

A capacidade civil resulta não d'este ou d'aquelle estado, mas unica e simplesmente da natureza do ser humano. A faculdade ou a capacidade de direito é o poder de possuir direitos ou de entrar em relações juridicas. Esta faculdade, como o titulo do direito, está na qualidade de homem, como ente racional: e como esta faculdade é innata ao homem, e jámais se pôde perder, tambem o homem em nenhuma circumstancia, e por nenhum facto, pôde perder a faculdade de direito.

«O homem permanece sempre como ente capaz de desinvolver-se e de aperfeiçoar-se, e o direito não existe para elle senão para fornecer-lhe os meios para esse fim. Ha homens a quem falta a razão actual ou em exercicio: taes são, os infantes e alienados; mas têm e conservam a natureza humana: a razão, pôde nascer ou renascer, e o direito exige que a sociedade preencha, a respeito d'estes entes humanos, as condições necessarias, para que elles sejam educados, ou restituídos á razão. A faculdade do direito é pois tão inaufervel como a natureza do mesmo individuo.»

‘Nesta passagem do illustre Ahrens, achará o nosso adversario a confirmação da nossa opinião: a capacidade juridica não provém de estado algum ou de uma situação qualquer em que o homem possa achar-se; provém da sua mesma natureza. É certo sem dúbida que, dada esta ou aquella situação ou estado, a capacidade juridica pôde achar-se modificada na sua acção; mas o estado não é a capacidade como nós affirmamos.

Entendendo-se porém por *estado* o impedimento geral do exercicio da acção juridica, é certo que não é possível tractar da capacidade sem tractar d’esse estado, e é isso o que fizemos. Mas, trazendo o *matrimonio* como exemplo, é evidente que o sr. Carvalho não entendeu, n’este sentido, a palavra *estado*, pois que no matrimonio não ha incapacidade alguma juridica nem para o homem, nem para a mulher: ha certas modificações pessoaes, que provém de outro principio. O nosso adversario portanto não fez mais que argumentar segundo o seu perpetuo systema de confusão de termos e de ideias.

Se não ha homem ou pessoa (continúa o nosso adversario) sem uma situação juridica, está claro que a capacidade ou incapacidade civil não podem derivar senão d’essa mesma situação juridica. A mesma confusão de ideias — aqui temos o sophisma *petitio principii* — *non causa pro causa*. — Certamente é forçoso, que o homem se ache sempre n’uma situação juridica; mas d’ahi não se segue que a capacidade juridica, que é uma qualidade geral e inherente ao homem, proceda d’essa situação; o

que procede d’essa situação pôde ser unicamente uma modificação da sua capacidade natural e civil.

« Sómente se pôde tractar de capacidade ou incapacidade civil em geral, designando as pessoas que são representadas por outras, em razão de não poderem por si mesmas exercer os actos da vida civil. »

A mesma confusão de ideias. É verdade que o direito civil, e assim o practicámos, deve cogitar de supprir por instituições adequadas os impedimentos no exercicio da capacidade civil; mas nem porisso tem feito tudo; precisa tambem definir e regular a mesma capacidade no desinvolvimento da sua acção regular. É esta uma verdade de intuição practicamente demonstrada em todos os codigos.

« Se o patrio poder (continúa a censura) se legitíma como um meio natural e civil de supprir a incapacidade resultante da minoridade, tambem as mulheres casadas são, até certo ponto, incapazes; tem uma incapacidade, se não absoluta, 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 authorização e supplemento de capacidade: e assim o tem reconhecido o Projecto em todo o contexto da Secç. 8.^a, C. 1, T. 2, L. 2, P. 2.^a, specialiter no art. 1239. 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 dos incapazes.»

Começaremos por dizer ao nosso adversario, que sabemos, tão bem como elle, o que dizem os diversos Codigos; que não precisamos que nos ensine a lê-los e a entender o que elles dizem. Bem sabemos qual é o modo por que n'esses Codigos as mulheres são consideradas; mas nada d'isso prova que na realidade as mulheres devem ser contadas no numero dos incapazes, pois que tanto não tem impedimento na sua capacidade juridica, que, na falta do marido, exercem, em regra, as suas attribuições de chefe de familia. A restricção que apparece no exercicio da capacidade civil feminina é determinada, não pela incapacidade da pessoa, mas pelas conveniencias da unidade do governo da familia, em consequencia da natureza das relações juridicas matrimoniaes. Ha aqui tanta incapacidade, como nas restricções que a Lei impõe ao exercicio da capacidade civil em muitos outros casos determinados. Se esta razão procedesse, diriamos que o marido é tambem incapaz, porque não pôde, sem authorisação da mulher, celebrar certos actos e contractos. Do matrimonio não nasce verdadeiramente incapacidade alguma. Suppõe-se que a mulher e o marido formam uma só pessoa — *duo in carne una*; — e como era necessario que houvesse uma outra direcção para que esta sociedade podesse subsistir, attribuiu-se ao homem um certo ascendente, como mais habilitado para o exercer. Finalmente, na ordem das

nossas ideias, a mulher não é considerada como incapaz, e não vemos motivo que nos faça mudar de opinião.

«Se o matrimonio (continúa a censura) é um acto resultante da capacidade civil, um meio de adquirir, tambem o patrio poder o é, tambem o são as tutelas e curatelas, em summa todos os actos e direitos do estado de familia.»

Se considerarmos o matrimonio na sua causa efficiente e no seu fim, de certo se não pôde dizer que o matrimonio seja um meio de adquirir direitos e obrigações: é uma condição natural e necessaria á conservação da especie humana. Mas se considerarmos o matrimonio em relação á sua realisação, como dependente da vontade do homem e da mulher; se attendermos que esse matrimonio não pôde existir sem um contracto, e que este contracto comprehende os bens de um e de outro; não se poderá negar que o casamento pôde ser considerado como um meio de adquirir direitos e obrigações: e effectivamente assim tem sido considerado em todas as legislações. E comtudo hesitámos ácerca do assento que deveriamos destinar no Codigo a esta materia, em razão do duplice aspecto em que se nos appresentava; e por fim, attendendo a que, civilmente fallando, o casamento não é senão um contracto, posto que sanctificado pela Igreja, e que por outro lado esta materia não podia entrar na Parte primeira, porque não tinha relação alguma

especial com a capacidade ou incapacidade civil, não duvidámos consignal-a na Parte segunda. É verdade que ahí apparecem disposições geraes, unicamente provenientes da Lei, ou seja natural, ou civil, ou religiosa; mas, procedemos aqui, segundo a regra, que geralmente adoptámos, de nunca scindir as materias connexas intimamente sem razão de maior conveniencia.

Agora diz o nosso adversario: «se o matrimonio é meio de adquirir, tambem o é o patrio poder, a tutela, a curatela, etc.» Sem dúvida que o facto da paternidade produz direitos e obrigações; mas é absurdo dizer-se que a paternidade é um meio de adquirir, pela simples razão de que esse facto é independente da vontade do homem. O que póde depender da sua vontade é unicamente praticar, ou abster-se dos actos que podem occasionar a paternidade; mas a procreação é outra cousa, é obra simplesmente da natureza em que a vontade do homem não tem imperio. Por outro lado o patrio poder não se legitima, senão como um meio de supprir a incapacidade dos filhos; e tanto assim é, que esse mesmo poder, acaba cessando a incapacidade. Emquanto ás tutelas e curatelas são meros encargos, que existem do mesmo modo, não debaixo do ponto de vista da aquisição de direitos, ou do interesse do tutor e curador, mas como uma instituição meramente suppletiva da incapacidade civil do tutelado, durante o seu impedimento na falta do patrio poder.

Mas o que é sobretudo para admirar, é a conclusão

que o nosso adversario tira d'esses presuppostos; «logo, diz elle, não foi consequente, senão hediondamente inconsequente, o Projecto, deixando de tractar na primeira Parte da capacidade civil para o matrimonio, e transportando-a, de mistura com os contractos, para o L. 2, da P. 2.ª» O que é hediondamente inconsequente é sem dúvida semelhante conclusão. Mostrando-se que o contracto de casamento não era um meio de adquirir direitos e obrigações, ter-se-hia provado que essa materia não pertencia á segunda Parte; mostrando-se que a tutela e curatela era outro meio igual de adquirir, ter-se-hia provado a nossa inconsequencia, inserindo esta materia na primeira Parte, que não tracta dos modos de adquirir; mas, concluir que o matrimonio pertence á primeira Parte, porque na primeira Parte se inseriu a materia das tutelas e curatelas, que na hypothese se consideram meios de adquirir, é uma logica de nova especie, que ninguem poderá admittir. Se as suas premissas fossem exactas, o mais de que poderíamos ser arguidos, era de não ter inserido a tutela e curatela entre os meios de adquirir, e de as termos collocado no primeiro Livro. É nisto que vemos erros sôbre erros, e contradicções sôbre contradicções!

«Nós entendemos (continúa a censura), que para o direito civil o matrimonio é mais alguma cousa do que um contracto; assim como entendemos tambem, que o Projecto não respeitou a religião do Estado, não prestou homenagem a esse sacramento, de que falla a Apostilla.»

A censura é grave; e cumpre que se demonstre com evidencia, para livrar-se da infamia de calumniadora.

Nós dissemos que o matrimonio não podia ser considerado pelo Direito civil senão como um contracto; e de feito, fóra d'este ponto de vista não póde entender-se como possa occupar-se d'elle o mesmo Direito Civil, porque exorbitaria dos limites que lhe são assignados pela natureza das cousas. Mas queremos nós dizer com isto, que o matrimonio não seja, em si mesmo, mais alguma cousa, considerado debaixo de outros *aspectos*? A conclusão não só seria absurda, mas contraria ás nossas formaes declarações. Lê-se no Projecto, art. 1113:

«O casamento é um contracto de direito natural, e civil, que a Lei da Igreja abençoa e sanctifica.»

Temos pois que, tambem para nós, o matrimonio é mais alguma cousa; mas não confundâmos cousas inteiramente distinctas.

Não respeitamos a religião do Estado, não prestamos ao sacramento a devida homenagem? Mas como? e em que? *Hoc opus hic labor*: aqui, na fórma do seu louvavel costume, procura o nosso adversario distraír o leitor, para vêr se escapa á demonstração.

Poderíamos dispensar-nos de segui-lo 'nestas aberrações, mas o intono com que *ex tripode*, nos dirige as suas prelecções exigem algum temperamento.

Diz o nosso adversario que o nexo que vemos entre o

casamento, e a theoria romana do *status* não existe de modo algum, e que não tenhamos a pretensão de querer justificar, o que ninguem poude ainda justificar.

Engana-se redondamente o nosso adversario: esse nexo existe e justifica-se plenamente.

Em Roma, a pessoa civil não era a pessoa natural; o parentesco e a familia civil não era o parentesco e a familia natural; o casamento do direito civil não era o casamento do direito natural, posto que este ultimo fôsse tambem reconhecido pela lei. Em Roma, em cada casa um só homem é o *pater-familias* — o *senhor da familia*; e a familia é o complexo de todas as pessoas e de todos os bens da casa: dinheiro, terras, gados, escravos, filhos, mulher, são outros tantos objectos, que formam a familia, isto é, uma unidade juridica, um patrimonio legal, cuja propriedade integral e indivisivel pertence ao chefe necessariamente unico, e o unico que é capaz de *dominio*, susceptivel de ser proprietario, que se acha nas circumstancias requeridas para pertencer-se a si mesmo — *sui juris*. Qualquer outro, que não seja o *pater-familias*, é incapaz de propriedade: nada póde pertencer áquelle que não pertence a si mesmo. A filha, assim como o filho, está na familia de seu pae; ahí fica sempre, antes e depois do casamento; e como os filhos que nascem da mulher se acham na familia de seu marido, seguia-se que o filho não era jámais da familia da mãe; entre elles não havia parentesco civil; são parentes segundo a natureza — *cognati*, mas não parentes segundo a lei — *adgnati*. Assim,

o filho não herdava da mãe. A lei contudo offerencia um meio de fazer entrar a mulher, por excepção, na familia e poder do marido — *in manu mariti*, e de a tornar parente de seus filhos. Este meio era o rito nupcial, que se operava de varios modos; a mulher tornava-se filha de seu esposo, e por consequencia irmã dos filhos que dava á luz, e que d'outro modo lhe seriam extranhos. Vê-se portanto, na ultima evidencia, que ha na realidade um nexo estreito entre a theoria do *status*, e a doutrina do casamento. A mulher, que passava d'uma familia para outra, soffria na realidade a *capitis diminutio minima*, que correspondia ao estado de familia.

Diz mais o nosso adversario, que entre as codificações modernas, que seguiram mais ou menos o methodo das Institutas, nenhuma ha, que tenha considerado o casamento como simples e puramente um contracto. Engana-se redondamente o nosso adversario, porque effectivamente muitas d'essas legislações assim o têm reconhecido, e são todas as dos povos protestantes, e mesmo não poucas d'entre os povos catholicos. Nesta ultima classe entra o Codigo Francez e Luisiano, que não vdem no casamento senão o contracto civil.

«Quando o padre (diz o judicioso Savigny) pergunta aos esposos, se elles querem prometter-se amor e fidelidade até á morte, e os esposos fazem esta promessa, esta declaração não implica a promessa de certos actos determinados, nem a submissão a um constrangimento juridico, caso estes actos se não cumpram: significa, pelo contrário,

que os esposos conhecem os preceitos do christianismo sobre o casamento, e que estão na intenção de conformar com esses preceitos a sua vida. O reconhecimento do casamento, como relação de direito, depende d'esta declaração de vontades, e com bom direito a denominamos contracto; e não se diga que este modo de vêr as cousas é forçado e arbitrário. Elle é, pelo contrário, tão natural, que necessariamente se appresentará a quem livre de prevenções procurar entrar na razão do casamento. Esta doutrina é formalmente reconhecida por todas as commuhões christãs; e este ponto de vista basta para nos explicar como o padre preside a este acto, que pertence simultaneamente á religião e ao Direito Privado.»

Mas, seja qual fôr o modo por que as diversas legislações consideram o casamento, vê-se da letra expressa do nosso Projecto, que nós não o consideramos simplesmente como um contracto, porque tornamos este contracto dependente da sanção religiosa, para os que professam a lei Evangelica.

«E muito menos (continúa a censura) se encontrará legislação, que desmembrasse o casamento, na parte pessoal, do patrio poder, e de tudo o que pertence á familia.»

É exacto em parte, o que diz o nosso adversario; mas, eis aqui as nossas razões:

Encarada a materia do casamento debaixo do aspecto civil, não vemos, nem podíamos vêr 'nelle, senão o contracto, ou seja emquanto ás relações pessoaes, ou seja emquanto ás relações reaes. E como, segundo o nosso sys-

tema, tudo o que diz respeito á aquisição de direitos e obrigações devia entrar na Parte 2.^a, é claro que não poderíamos, sem quebra d'esse mesmo systema, collocar esta materia na 1.^a Parte. Achado assim o assento da materia, não vimos razão assaz forte para destacar d'elle quaesquer providencias, que tivessem a sua razão efficiente na mesma natureza da cousa.

A desmembração do resto do direito de familia, com que se levanta tamanha celeuma, nada significa, nem importa, como sophisticamente se inculca, desmembração de familia. A familia póde ser considerada sob differentes aspectos, e ser tractada a legislação respectiva em differentes logares do Codigo, sem que essa unidade moral deixe de existir em toda a sua integridade, em todas as suas relações.

Não é porque a materia do casamento seja exposta no 1.^o ou no 2.^o livro d'um Codigo, que o homem terá ou deixará de ter necessidade de *completar-se no seio do organismo geral*; não é porque ha differença entre esta especie de contractos, que o seu principio juridico deixará de ser o mesmo; não é porque uma obrigação seja temporaria, e outra perpetua; nem porque d'uma nasça o estado, e d'outra interesses limitados, que a sua natureza juridica deixará de ser a mesma.

O mais que se póde dizer, é que este contracto é um contracto *sui generis*, um contracto eminentemente mais importante; mas não que não seja um contracto, ou que não deve ser considerado como tal. Não confundamos a poesia, o bello ideal, com as disposições prácticas do direito.

Voltando-se contra a separação, que alguns escriptores allemães têm feito do direito de familia puro e applicado, imagina o nosso adversario, que o Codigo Civil Francez, levado d'essas ideias, separara a parte parcial ou formal do casamento do contracto sôbre bens; se não foi, accrescenta, por influencia das ideias revolucionarias de 1789. Nem uma cousa nem outra. Essas ideias de methodo não eram ainda conhecidas no tempo em que o Codigo foi formulado; nem a divisão, que 'nelle se acha, tem que vêr com as ideias revolucionarias. As ideias revolucionarias o que fizeram, foi proclamar a liberdade da consciencia e dos cultos, e por consequencia impunham a necessidade de separar o contracto do sacramento, mas não que se tractasse dos bens em relação ao matrimonio separadamente do direito pessoal. Se esta separação podesse ser considerada como effeito das ideias revolucionarias de 1789, por certo que não haveria meio de a explicar nas legislações em que existe desde tempos mui anteriores, começando pela nossa (Veja-se a Ord. L. 4, tit. 95 e 96). — Quem muito enfeixa, pouco ata.

Por ultimo, reconhece o nosso adversario, que ha nas relações de familia direitos pessoaes; porém que esta similhaça, que conduz a classificar-os como direitos do mesmo genero, não auctorisa a confundil-os como direitos da mesma especie. E confundimos nós porventura essas relações? Certamente não. O contracto de casamento apparece na classe generica, mas fórma uma especie, a primeira e a mais importante. Não esperavamos que por fim

o nosso adversario destruisse com as suas proprias mãos a teia, que tão laboriosamente acabava de urdir. Mas aqui appareceu-lhe o phantasma do seu proprio plano, que o desconcertou completamente.

E de feito, reduzindo o nosso adversario todo o direito civil aos dois pontos — *direitos absolutos, direitos relativos* — contando entre aquelles sómente a propriedade, é claro que os direitos de familia teriam de entrar no segundo ramo, que se determina sómente pelo character material da obrigação directa sôbre certa pessoa — eis o genero: as especies são o casamento, a compra e venda, o arrendamento, o mutuo, etc. etc. O que pôde em taes termos separar as especies não passará d'um traço de penña, uma simples denominação. Para chegar a este resultado, era escusado fazer tanta bulba.

Deixemos porém estas inconsequencias do nosso adversario, na verdade notabilissimas pelo tom magistral com que se apresentam — vejamos se é possivel deparar com alguma cousa, que demonstre positivamente a censura, que nos é endereçada.

«Que importa (diz elle) que se diga na Apostilla, que ao sacramento do matrimonio cumpre prestar homenagem, e no art. 1113 do Projecto que a lei da Igreja abençôa e sanctifica o casamento, se de facto mostra-se elle no systema como um simples contracto a par dos outros contractos? Que importa dizer-se no art. 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?»

Eis ahí alguma cousa positiva: entremos no seu exame por partes.

— *Appresenta-se o matrimonio como um simples contracto.* Sem dúvida, no ponto de vista das relações civis. E haverá 'nisso offensa da lei da Igreja? Certamente não; salvo, querendo o nosso adversario ligar á palavra — *simples*, a ideia de exclusão de qualquer outro aspecto, o que seria formalmente desmentido pelos mesmos artigos, que cita. A censura e a offensa não pôde entender-se se não no ponto restricto em que consideramos o matrimonio como contracto. E poderá o nosso adversario provar que o casamento não é um contracto; e que como tal não deve ser regulado pela lei civil? Certamente não: ahí estão todas as theorias, todas as legislações, e o mais simples senso commum para o convencer do seu erro. Os mesmos canones sagrados fazem depender o matrimonio do consenso dos contrahentes — *consensus cohabitandi, et individuae vitae consuetudinem*, diz o Direito Canonico. Ora, se este consenso é um acto puramente humano, um contracto, e tão importante para o estado social nas suas consequencias, como poderá asseverar-se que a lei civil nada tenha que provêr a esse respeito? Os doutores mais orthodoxos da Igreja assim o têm reconhecido. *Ma-*

trimonium, diz S. Thomaz (L. 4, Sentent. dist. 34, ques. 1, art. 1) *in quantum est in officium naturae statuitur jure naturae, in quantum est in officium communitatis statuitur jure civili, in quantum est sacramentum statuitur jure divino*. A nossa legislação antiga, posto que haja abandonado ao Direito Canonico o que respeita ao matrimonio, não deixou contudo de regular alguns pontos.

«Posto que elevado (diz Marcadé) á dignidade de sacramento, o casamento não é menos na sua essência um contracto submettido á acção das leis civis, e cujas condições e effectos na ordem civil, seja em relação ás familias, seja em relação aos contrahentes, seja em relação á nova familia, a que estes podem dar nascimento, sempre foi considerado como um contracto especial, e tem sido sempre objecto da maior attenção para os legisladores.»

É certo que os auctores ultramontanos, no proposito de concentrar nas mãos do chefe da Igreja os dois poderes, têm disputado aos soberanos o direito de regular a parte civil do matrimonio. Este erro funda-se no pretexto, que a auctoridade civil e secular não pôde estender-se ás materias espirituaes; mas o sophisma de confusão, que envolve, desde muito se acha refutado pelos DD. da Sorbona. Demais, seguir-se-hia d'aqui que não deveriam considerar-se como válidos, senão os casamentos celebrados segundo a lei da Igreja, como se entendeu depois da famosa ordenação de Blois (1578, art. 40 e 44, Pothier, n.^{os} 347 e segg.). Jurisconsultos profundos, diz Toullier (tom. 5, n. 492), têm demonstrado que as in-

stituições civis e religiosas podem ser separadas 'nesta parte; que o contracto civil e o sacramento, são duas cousas distinctas na sua origem, e que não devem confundir-se: e Luiz XVI mandou redigir 'neste sentido por magistrados instruidos (1787) o edicto, que reconheceu emfim, que o casamento dos não catholicos podia subsistir civilmente.

Tendo a assembleia constituinte proclamado a liberdade dos cultos, era indispensavel separar o sacramento do contracto, como se fez no Codigo Civil Francez.

O mesmo André Nougarede, que na sua historia do casamento impugna que possa unicamente ser considerado como contracto civil, reconhece que se não pôde negar á auctoridade civil o direito de intervir 'nesta materia.

O matrimonio, como contracto civil, não só precedeu a instituição do sacramento, mas ainda o estabelecimento de todas as religiões positivas. A sua data é tão antiga como o genero humano. A lei christã sanctificando-o, não destruiu o seu character primitivo. *Ecclesia*, dizia Tertuliano (de cultu Femin. L. 2), *conciliat, et confirmat oblatio, et obsignat benedictio: angeli renuntiant, Pater rato habet (a)*. É verdade que, com o andar do tempo e progresso ascendente da religião christã, se veio a confundir o contracto com o sacramento, e muitos principes catholicos têm deixado á lei ecclesiastica tudo o que per-

(a) Vêja-se o commentario que Godofredo fez a este texto, L. 3, Cod. Theod. de Nuptiis.

tencia á fórma do casamento; mas não se póde ver 'nesse facto mais que o abandono d'um direito de soberania; e todos sabem que estes direitos são imprescriptiveis (Veja-se Elisondo, tom. 7, cap. 5). Esta competência, accrescenta Troplong (De la influence da christian. sur le droit civil des romains), é uma das conquistas (diria melhor *reivindicações*) da liberdade moderna, e os homens sabios saberão respeitá-la, deixando aos exaggerados de todos os partidos a injúria de *lei athea*, com que se tem procurado malsignar o legislador. Os que sustentam o contrário (diz o illustre Ahrens) são dominados por ideias erroneas em materia de religião; têm querido vêr no contracto civil um facto irreligioso, um aviltamento do sacramento na conversão a uma simples instituição civil. Mas o contracto nada prejudica em relação á natureza íntima do casamento; consagra unicamente um principio vital de toda e qualquer associação humana — o principio da liberdade. O contracto é uma solemnidade preliminar para a formação do casamento; a justiça deixa depois a cada um a liberdade de junctar-lhe os actos religiosos, se o julgær conveniente; uma cousa é a fórma da união, outra cousa é a mesma natureza do casamento; o contracto é a fórma jurídica e moral para a união do casamento: fórma compativel com todas as opiniões, que se podem ter sôbre o fundo d'esta instituição. Os ataques dirigidos d'um ponto de vista religioso contra o contracto civil, provêm unicamente d'uma falsa theoria sôbre as relações do Estado com a religião ou Igrejas; theoria pela qual se pretende

estender o poder da Igreja sôbre instituições, em que o Estado deve proteger a liberdade de todos os seus membros.

Mas nós não fomos tão longe (tornámos a dizel-o), visto que a religião do Reino é a Catholica Apostolica Romana (Carta Const. art. 6), e formalmente declarámos (art. 1115) que o contracto simplesmente não produziria os seus effeitos juridicos sem a benção da Igreja: e se fazemos excepção em favor dos subditos não catholicos, foi porque a mesma Carta os reconhece (art. 7, § 4) e não permite (art. 145, § 4) que alguém seja perseguido por motivo de religião, o que presuppõe, se não o exercicio d'outro culto público em relação aos subditos não catholicos, pelo menos liberdade de sua consciencia, que seria destruida ou violada pela sujeição forçada ás fórmulas d'outra religião. Em que faltámos, pois ao devido respeito para com a religião do paiz? Vê-se, com evidencia, que a censura não passa d'uma infame calúmnia. «Mas não guardastes (continúa o nosso adversario) a separação devida entre a lei civil e religiosa; porque surgem, nos artt. 1252 e seguintes, disposições tão originaes e tão *heterodoxas* (sic), que por certo não podem ter sido escriptas para um paiz, que tem uma religião do Estado, e que vive no gremio da Igreja Catholica Apostolica Romana.»

Não basta dizel-o: é preciso proval-o. E quaes são as provas de tão atrevidas asserções? «O Projecto (responde) institue (artt. 1254 e 1255) um juiz especial para conhecer da separação pessoal dos conjuges; e tudo quanto

concedeu á Igreja foi apenas, que fosse ouvido o respectivo parochio. Ora o Concilio Tridentino anathematiza quem disser que as causas matrimoniaes não pertencem ao juizo ecclesiastico: logo a doutrina do Projecto é heterodoxa, scismatica e contrária á lei do Estado.» Sôbre isto, cita-nos a Reforma Judiciaria de 1837, pag. 2, art. 7, e a de 1841, art. 192 e 210, n. 26, que diz confirmarem essa attribuição da Igreja.

Começaremos pela rectificação das auctoridades, que o nosso adversario invoca e falsifica, e deturpa na fórma do seu costume.

O art. 7 da Reforma de 1837, conformando-se com o art. 177 do Decreto n. 24 de 16 de Maio de 1832, diz assim:

«O juiz ecclesiastico é só competente para conhecimento das cousas *puramente espirituaes.*»

O art. 192 da Reforma de 1841, diz exactamente o mesmo. E o art. 210, n. 26, presuppõe que as causas de divorcio pertencem ao juizo secular.

E quaes são essas causas puramente espirituaes, de que falla a Reforma? É forçoso attermo-nos á interpretação dos canonistas—Causas ecclesiasticas (diz Van Espen *ius eccles. un. p. 3, tit. 2, c. 1*) *communiter dividunt canonistae in ecclesiasticas meras, et non meras. Meras* vocant, quae sunt tales ex natura sua, independenter ab omni positiva constitutione, aut consuetudine. *Non meras.*

quae quamvis sint ex natura sua temporales et profanae justis tamen de causis reservatae sunt Ecclesiasticis Judicibus. Causae merae ecclesiasticae, sive quae tales ex natura sua reputantur sunt, exempli gratia, causae sacramentorum et similes, quae nihil temporalis annexum habent; sed omnino spirituales et ecclesiasticae sunt: atque de his praecipue intelligendi sunt canones, interdicentes laicis omnem cognitionem de causis ecclesiasticis; ideoque, ut Concilium Lateranense sub Innocentio III generaliter prohibuerit, ne super rebus *spiritualibus* compromitteretur in laicum; quia non decet, ut laicus in talibus arbitretur, cap. 8 *de arbitris.*

Ora, se os juizes ecclesiasticos são unicamente competentes para conhecer das causas puramente espirituaes: e se as causas de separação deixam intacta a questão do vinculo espiritual (*foedus*), e versam unicamente sôbre o facto profano da communhão de thoro e mesa, é claro que, segundo os artigos da Reforma, o conhecimento das causas de separação, é da competencia do fôro secular e não do fôro ecclesiastico, como affirma o nosso adversario.—E assim de facto se tem entendido constantemente na prática, desde a publicação d'essas leis (Vejam-se as Instit. de D. Civil do Dr. Rocha, § 238 not., e os excellentes Elementos de Processo Civil do Dr. Nazareth, § 190 e sua nota) (a).

(a) A doutrina que neste ponto se segue hoje em Portugal, desde muito que—*erat in votis*—dos nossos mais distinctos Jurisconsultos. Mello Freire, tendo sido encarregado de redigir o

E poderá dizer-se, que a nossa doutrina e da Reforma Judiciaria é heterodoxa, heretica, e contrária á lei do Estado? Estamos bem certos, que não.

O Concilio Tridentino (Sess. 24, can. 12) exprime-se nos termos seguintes: — *Siquis dixerit causas matrimoniales non spectare ad iudices ecclesiasticos anathema sit.* Ora, comprehendendo o matrimonio ao mesmo tempo um contracto, e um sacramento, um vinculo profano, e um vinculo religioso, como é universalmente reconhecido, até pela mesma Igreja, fica evidente, que o texto do Concilio não pôde entender-se senão das causas matrimoniaes, *quoad foedus sive sacramentum*, e não relativamente á parte de facto, ou profana, que pôde ser considerada independentemente do sacramento.

E não é sómente em Portugal que assim se entende a disposição do Concilio — outras muitas nações não menos catholicas, e que têm recebido o mesmo Concilio, partilham a mesma intelligencia, sem que ninguem se lembrasse ainda de malsinal-as de hereticas. Em França (mesmo

Codigo de Direito Público Nacional em 1789, não duvidou consignar-a expressamente no tit. 2 e 18 do seu projecto; sem que isso causasse estranheza ao Desembargador Antonio Ribeiro dos Santos, censor do Projecto, e que era ecclesiastico, que se limitou a observar que esta doutrina poderia trazer difficuldades, não se harmonizando com a legislação civil.

Nas Provas, diz Mello, *emquanto* ao Direito Canonico, é bem claro, que nenhuma auctoridade pôde ter nos negocios civis e forenses, mas sim e tão sómente nos ecclesiasticos e *meramente spirituales*.

antes da Revolução de 1789) nunca se admittiu outra doutrina.— *Le juge d'église*, diz Ferrière (Diccion. Jurid. verbo, *Separation*) *n'est point competent de connaitre d'une demande ou separation entre mari et femme: l'on ne peut se pourvoir pour un tel-sujet que par devant le juge laic.* (Veja tambem Soefve, tom. 2, Cent. 2, C. 82). O mesmo se observa em Napoles, Parma, Placencia, e Guastala, Austria, etc. etc., e se propõe no recente Projecto de Codigo Civil Hespanhol, art. 75.

Mas supponhamos que a disposição do Concilio effectivamente não faz distincção, e envolve toda e qualquer questão matrimonial, seja qual fôr o aspecto em que se considere; seguir-se-ha d'ahi, que o poder temporal não poderá jámais apartar-se d'essa doutrina sem offensa da Igreja, sem incorrer a nota de heresia? Ainda 'neste caso não concordâmos com as ideias ultramontanas do nosso adversario.

Não ha dúvida que as disposições dos Concilios ecumenicos são infalliveis em pontos de dogma, e implicam obediencia e reconhecimento pleno dos fieis; mas as disposições disciplinares, e que dizem respeito a temporalidades, que transcendem o fôro da consciencia, não podem ter força de lei pública nos paizes, que não estão debaixo do poder temporal da Igreja, sem o beneplacito, sem a sanção dos respectivos imperantes.

É este beneplacito, é esta sanção, que pôde attribuir-lhe a força obrigatoria no fôro externo. Ora, como o poder legislativo é um attributo inalienavel e imprescriptivel da

soberania, segue-se que o mesmo poder que faz a lei, a pôde revogar, se para isso occorrerem fortes motivos.

O Concilio Tridentino foi admittido em Portugal (Alv. de 12 de Novembro de 1564; Prov. de 24 de Novembro de 1564 e 2 de Março de 1568, Alv. de 19 de Março de 1569, Lei de 13 de Dezembro de 1651), e sem restricção alguma, por influencia jesuitica, como se demonstra na *Deducção Chronologica*, 1.^a Parte; mas tamanho escandalo e alvoroço produziu este abandono do poder temporal, que o proprio Summo Pontifice Pio V julgou conveniente tranquillisar os espiritos, declarando que *recebia para Deus o que era de Deus, mas que deixava a Cesar o que a Cesar pertencia na sua jurisdicção temporal*. (Veja-se a Bulla de 5 de Janeiro de 1570, na Historia Sebastica de Fr. Manuel dos Santos, L. 2, c. 8); e effectivamente ficaram sem effeito muitas disposições do Concilio relativas á immunidadec ecclesiastica, a pesar dos seus anathemas (a).

É sabido, que, concluido o Concilio Tridentino, o chefe da Igreja empregou os maiores esforços para o fazer acceitar em toda a christandade (Veja-se a Historia de Pallavicini, cap. ult. que não é suspeita). Em França não foi recebido, assim como em quasi toda a Allemanha. E nos outros paizes sómente o foi com a devida ressalva expressa ou tacita. Filippe 2.^o, a instancias do Papa, a formulou no Alvará de 12 de Julho de 1564 (Noviss. Recopil., L. 1, tit. 1, L. 13); mas em outro Alvará da mesma data resalvou as regalias da Corôa Hespanhola (Goyena, Commentario sôbre o Proj. do Cod. Hesp. Append. 1 ao tom. 1), e havendo opposição no conselho de Flandres insinuou á Duqueza

Ora, se o poder temporal não foi, nem podia ser, aniquilado, ou manietado pelas disposições do Concilio na parte que implica a sua jurisdicção paternal, fica evidente que, se as causas de separação *quoad thorum et mensam* — foram algum tempo processadas entre nós no juizo ecclesiastico, não houve 'nisso mais que uma delegação do poder temporal, e nada podia, ou pôde obstar a sua revogação, entendendo-se que assim convinha ou convem á boa ordem social.

O que fica dicto, põe na última evidencia a leviandade, a insolencia, com que o nosso adversario nos taxa de heterodoxos e hereticos, por não termos attribuido ao fóro ecclesiastico as causas de separação. Abstemo-nos de entrar na exposição dos motivos temporaes, que justificam a doutrina, porque não somos combatidos 'neste ponto de

tregene que o fizesse publicar puramente, porque d'outro modo se acautelariam os inconvenientes ponderados. Ninguém ignora em que tem parado por toda a parte as immunidades ecclesiasticas do Concilio. Vêja-se a historia do recebimento do Concilio de Trento na Dissert. de Courayer, que anda juncta á traducção da historia d'este Concilio por Paulo Sarpi; e Van-Espen—Jus. Eccles., tom. 3 de interpretat. Legum.—O procedimento ambiguo de Filippe 2.^o tinha por fim, como elle mesmo declara na sua carta á Duquesa de Parma, não prejudicar a acceitação do Concilio em outros Estados com essas restricções expressas, vista a immensa preponderancia de que então a Hespanha gozava. Vêja-se no Concilio de Constancia (Sess. 22) o solemne protesto dos embaixadores de D. João 1.^o sôbre a independencia do poder temporal.

vista, nem ha quem d'isso faça questão. (Póde vêr-se com-tudo o commentario do sr. Goyena sôbre o Projecto do Cod. Hesp., tom. 1, append. n. 1.)

Emquanto aos scismas, que o nosso adversario receia que nasçam da nossa doutrina — póde tranquillisar o seu espirito piedoso: ha mais de 30 annos que é lei neste paiz, sem que até agora tenha dado logar a dissensões, e essa longa prescripção nos garante a paz futura. Portugal não está tão atrazado em civilisação, como o nosso adversario imagina.

«Offende-se (diz o nosso adversario) a Constituição, que proclama a Religião Catholica Apostolica Romana como religião do Estado.»

Se na disposição não ha offensa, como temos demonstrado, da Religião Catholica Apostolica Romana, como erroneamente presuppoz o nosso adversario, é claro que não póde haver offença da lei constitucional, que a garante. Offensa haveria, e profunda, d'essa mesma Constituição, se sacrificassemos ao poder ecclesiastico as prerogativas inalienaveis do poder temporal.

«O prurido innovador do Projecto (continúa a censura) não se satisfez unicamente com essa invasão sacrilega: tambem foram 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 legiti-

mas de 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 a esses motivos — a condemnação do conjuge a prisão ou de-gredo perpetuo, as injurias, e até a incompatibilidade de genios; e quanto ao adulterio do marido, apenas o admit-tiu no caso de haver escandalo público, ou abandono da mulher.»

A censura é fundada em erro de facto e erro de di-reito. Erra de facto, asseverando que não ha em paiz, que se diga catholico, outros motivos de separação além dos que aponta. Vê-se que o nosso adversario toma o seu horizonte por limite do mundo, pois que effectivamente ha paizes catholicos em que são admittidos outros moti-vos: e para convencel-o do seu erro, bastará citar-lhe o Direito Francez anterior á revolução de 1789, visto que a França moderna é para elle heretica; o Codigo Bavaro, tit. 6, c. 6, art. 42; de Parma, Placencia e Guastala, art. 63; Proj. Hesp. art. 76 — não fallando nos Codigos de Austria, Bade, Bolivia, Dinamarca, etc. (a).

Erra de direito, porque presuppõe que o poder tem-

(a) O proprio Pontifice Alexandre 3.º admite, como justa causa de separação, a sugestão para maleficio. Cap. 2, § de divortii. Van-Espen. Jus. Eccles., part. 2, tit. 15, C. 2, n. 15.

poral não pôde separar-se da doutrina dos Canones, ainda mesmo em materia, como esta, puramente temporal. O nosso adversario confunde miseravelmente o dogma com a disciplina canonica, e considera erradamente, que tudo o que se acha no Direito Canonico deve ser respeitado como ponto de fé pela auctoridade temporal: quando é principio elementar em Direito Público, e consagrado até pela mesma Constituição Portugueza e Brasileira, que as leis canonicas só podem ter força obrigatoria *quoad temporalia* por effeito da sanção do poder temporal.

A Igreja, permittindo a separação, não declarou dogmaticamente os casos precisos em que poderia ter lugar. O Concilio Tridentino (Sess. 24, Can. 8) limita-se a condemnar a doutrina dos que disserem, que a Igreja erra, admittindo a separação *quoad thorum seu quoad cohabitationem*; e accrescenta, que as causas de separação podem ser muitas — *ob multas causas*. E quaes são essas causas? Não as declara, e reporta-se portanto ao direito canonico, que, por sua obscuridade e deficiencia, se reduz quasi á opinião dos canonistas, que o explicam e commentam. D'aqui as ampliações ou restricções, segundo o modo de vêr de cada escriptor, sem que a nehum d'elles (nem a pessoa alguma) passasse pela ideia, que podiam incorrer em herética pravidade. A maior parte, em vez dos tres casos indicados pelo nosso adversario, não se contenta com menos de sete. (Vid. Torrecilla, *Summa*, tom. 2, p. 635, a n. 6 ad 11; Covarr. Sanches, Julio Clar, Corteada, Salsedo, Abbade, Lambert, Ca-

vallario, Rieger, e o nosso Borges Carneiro, Direito Civil de Portug. L. 1, tit. 11.

O que importaria averiguar, é se esses casos, que se dizem impossiveis e sacrilegamente innovados, são ou não dignos de serem attendidos; mas o nosso adversario limita-se a invocar nesta parte a apreciação dos homens sensatos, como se fôra cousa inquestionavel.

Nós poderíamos egualmente reportarmo-nos a esse arbitrio; mas entraremos na discussão especial d'esses casos impossiveis, porque o nosso fim é esclarecer-nos, achar a verdade, e não illudir as questões, e lançar poeira nos olhos do vulgo, ou aturdil-o com palavrões estrepitosos.

Os casos que se dizem innovados, vem a ser: 1.º (art. 1252, n. 3) a condemnação do conjuge a prisão ou degredo perpetuo; 2.º (ibi n. 4) injúrias graves, e incompatibilidade de genios.

Examinemos cada um d'estes casos separadamente:

1.º caso — Esta disposição do nosso artigo concorda com o disposto em varios Codigés de nações tão catholicos como a nossa, por exemplo — Parma, Placencia e Guastala, Napoles, França e Belgica. Sendo porém de notar que a legislação d'estas nações vae mais longe, porque admite a separação por todo e qualquer delicto, que importe pena afflictiva ou infamante. Nós limitámo-nos á prisão ou degredo perpetuo. E poderia racionalmente impugnar-se esta disposição? Parece-nos que não. A pena de prisão ou degredo perpetuo importa necessariamente um d'esses crimes, que revelam uma profunda depravação

moral; e nem a moral nem a justiça podem exigir, que outro individuo humano, não pervertido, permaneça intimamente ligado ao criminoso, e sujeito á sua vontade. Por outro lado, diz um grave Jurisconsulto—que ha para nós mais caro que a honra, e sobre tudo para aquelles que a não têm perdido? Como exigir d'uma esposa honrada, que continue na mais intima sociedade com o desgraçado, que a lei tem coberto de ignominia e separado da sociedade? Póde haver existencia mais cruel e dolorosa para uma mulher que nunca faltou aos seus deveres? Serão as sevicias e violencias do marido, que póde sempre ser amado, mais graves e pesadas, que o sentimento horrível de vêr-se unida com o crime, e confundida com o malfeitor aos olhos de todos? Não puniria a lei, que impozesse esta sociedade forçada, esta escravidão vergonhosa, a innocencia com pena ainda mais rigorosa que a do proprio criminoso? Não iria mesmo contra o seu proprio fim, que é prevenir o contagio do crime pelo exemplo do seu castigo? Não deve recear que a mulher, que vive com o culpado em intimidade, vencida pelo ascendente do marido vicioso e deshonorado, se corrompa com elle e se abysme na infamia, de que tão perto se acha, e acabe por assimilar-se áquelle, que se lhe impõe por companheiro forçado de seus dias? Por outro lado, se o marido não póde, no caso de prisão perpetua (art. 363), continuar na administração de seus bens, nem conservar sobre a mulher o poder marital, era uma consequencia necessaria auctorisar a mulher para requerer separação de pessoa e bens,

se o julgar conveniente. No caso de degredo, ainda que o marido não perca a administração dos bens, a não ser no caso do art. 369, nem o poder marital, seria uma barbaridade forçar a mulher a soffrer innocente a pena do marido, obrigando-a a seguil-o a longes distancias da sua familia, e a paizes insalubres ou talvez mortiferos.

Passemos á segunda denominada innovação — *injúrias graves e incompatibilidade de genios*. O nosso adversario reconhece que as *sevicias* são uma das causas canonicas de separação: e que entende o Direito canonico por *sevicias*? Diz-se no cap. 13 *de restitut. spoliator.* — *si vero tanta sit viri sevitia ut mulieri trepidanti non possit sufficiens securitas provideri, non solum non debet restitui, sed ab eo potius removeri.* E no cap. 8: — *si autem capitali odio ita mulierem vir persequatur, quod merito de ipso diffidat, alicui probae et honestae mulieri usque ad causam decisionem custodienda studiosè committatur.* — A palavra *sevicias* significa pois, 'nestes textos, a crueldade e máus tractos do marido; ou tal odio, que infunda serios receios á mulher.

Não acreditâmos, comtudo, diz um grande Jcto, que sómente os máus tractos e sevicias, que consistam em pancadas, possam motivar a separação. As afflicções, as penas moraes, as contrariedades continuas podem até um certo ponto collocar-se na mesma linha. Que importa que uma mulher morra victima dos effeitos lentos, mas inevitaveis, da dôr, que lhe causam os ultrajes de um marido que a odeia, ou que expire debaixo dos golpes

assassinos com que a vexa? O marido é homicida tanto 'num caso como no outro; e o remedio da separação não foi menos estabelecido para a primeira, que para a segunda desgraça. O que se deve observar é que certos factos, que são insufficientes para separar esposos da classe indigente e laboriosa do povo, tomam, entre pessoas de uma condição mais elevada, um caracter de gravidade, que pôde ser uma causa legitima de separação. Uns, nascidos em uma condição baixa, têm contrahido costumes e um modo de vida conforme ao seu estado. Costumados desde a infancia a uma linguagem grosseira, aos dictos mais ultrajantes, quasi que os não sentem; as violencias de um marido brutal não deixam vestigio algum de resentimento no coração da mulher; e o socego o mais profundo succede sempre a estas passageiras tempestades. Outros, pelo contrário, educados com melindre e doçura no seio da opulencia, são por extremo delicados e sensíveis; para elles nada é indifferente; um gesto, um olhar pôde tornar-se um ultraje: uma simples palavra, impressa e perpetuada no pensamento, pôde fazer maiores estragos, que a ponta de um punhal. D'ahi esses resentimentos e odios irreconciliaveis, que mais de uma vez têm tornado dois esposos insupportaveis um ao outro; e sua separação não pôde ser condemnada, nem pela moral, nem pela justiça. A letra das Decretaes não pôde portanto ter hoje applicação, senão em relação á primeira classe: *alteri tempi, alteri pensieri*; e não é possível recusar, 'nesta parte, ao juiz, ou seja secular ou ecclesias-

tico, um certo arbitrio racional, e que enunciámos nas palavras—*injúrias graves, e incompatibilidade de genios* (a).

Increpa-nos tambem o nosso adversario por havermos sacrilegamente restringido a separação, por adulterio do marido, sómente ao caso de haver escandalo público, ou abandono da mulher. Começaremos por observar que, se ha 'nisto heresia, não é ella tão singular e nova como o nosso adversario imagina. Entre nós nunca foi recebida 'nesta parte a doutrina do Direito Canonico, mas sim a do Direito Romano. Veja-se a Ord. L. 5, tit. 25, §. 3, e o Alv. de 26 de Set. de 1769; Pereira e Sousa, *Class. de Crim.* pag. 210; Mello Freire, *Inst. Jur. Crim.* tit. 10, §. 2, not.; Borges Carneiro, *Direito Civil*, L. 1, tit. 11, §. 115; O novo *Codigo Penal*, art. 404, só permite, que a mulher accuse o marido por adulterio, *tendo manceba teúda e manteúda na casa conjugal*. Ora, as considerações que justificam esta divergencia do direito criminal, são as mesmas que determinam egual divergencia emquanto ao direito civil, no caso de separação: «A moral, diz Mr. Háus, colloca na mesma linha o adulterio da mulher' e do marido. Mas, se o mal moral é o mesmo; o mal social é maior em um, do que no outro caso. O adulterio da mulher é um delicto mais grave

(a) A necessidade d'este arbitrio é geralmente reconhecida. Veja-se Walter, *Manual de D. Eccl.* §. 314; Merlin, vbo. *Separation de corps*, §. 1.

aos olhos da sociedade, porque importa consequencias mais funestas, e póde fazer entrar na familia legitima, filhos, que não pertençam áquelle que a Lei considera como pae. A Lei penal, restringindo a punição do marido, ou caracterizando sómente como crime o facto do adulterio com *teúda e manteúda na casa conjugal*, procurou assegurar-se de uma prova irrefragavel. Não desaprovamos o escrupulo da Lei; mas poderá dizer-se, que ha difficuldade de prova, ou perigo na investigação em adulterio com *teúda e manteúda fóra da casa conjugal*, e com notoriedade, e escandalo público? Não o cremos, e entendemos que 'nesta parte o direito civil devia prestar á mulher a sua protecção, contra a immoralidade do marido! Vê-se pois que, bem longe de merecer a nossa doutrina o estigma de heretica, por separar-se da Lei canonica, antes deveria merecer do nosso adversario, *rebus sic extantibus*, applauso e louvor por se haver aproximado mais da Lei canonica, do que a Lei vigente.

Por ultimo observaremos, que se a nossa doutrina fôr comparada, emquanto ás causas de separação com a doutrina da maior parte dos Codigos modernos, achar-se-ha que mais razão haveria talvez para sermos arguidos de diminutos, que de excessivos (a).

(a) Devemos aqui advertir que a disposição do n.º 2, do nosso art. 1252 se acha adicionada nas nossas ultimas correções, em conformidade com o art. 464 do Codigo Penal, cuja ideia poderia parecer a alguém não comprehendida 'naquelle numero.

Em seguida diz o nosso adversario que vae occupar-se da condemnação do conjuge a prisão ou degredo perpetuo (que é a materia do n.º 3 do art. 1252); mas na realidade sómente se occupa da incapacidade por effeito da sentença condemnatoria. Copiaremos o seu exordio, que se torna notavel a mais de um respeito: «Aqui (exclama) 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 foram levando ao acaso.» Vejamos agora se a demonstração correspondê a tão enorme hiato!

Começa o nosso censor por distinguir no Projecto tres ideias diversas, constitutivas da incapacidade — a perda de todos os direitos civis; a simples prohibição de exercer alguns direitos civis; e finalmente a privação da administração de bens; e apenas vê 'nesta ultima o caracteristico da incapacidade, partindo do seu principio — *que só existe incapacidade* nos casos em que se admite uma representação de pessoa: accrescenta comtudo que a prohibição de exercer alguns direitos encerra, sem dúvida, uma incapacidade; mas que ninguem dirá que a incapacidade, n'este sentido, esteja no mesmo caso da incapacidade propriamente dicta do Direito civil, para que o Projecto pudesse tractar d'ella com similhante nome; que em um caso diz-se restrição de poder, em outro ha extensão.

Temos pois em summa, que não póde haver incapacidade propriamente dicta, senão quando a representação é pessoal. Mas em que funda o A. o seu principio? Que

ha 'nelle que possa dar logar a que seja considerado como uma verdade absoluta? O nosso censor não fez aqui mais que uma pessima applicação de uma ideia exacta de Savigny. Este illustre Jcto, fallando dos impedimentos que pôde soffrer na sua acção a capacidade natural de obrar, disse que estes impedimentos podiam dar-se restrictivamente, ou ampliativamente (tom. 3, p. 113); restrictivamente, quando certas pessoas são declaradas incapazes de certos actos, ou de todos os actos; extensivamente, quando se admite a representação: mas não passou, nem podia passar, pela ideia do sabio Jcto fixar o criterio da divisão de capazes e incapazes na diversa natureza d'esses impedimentos; e isto pela razão muito simples de que a representação tanto pôde dar-se voluntariamente, como necessariamente: e para existir necessariamente é preciso que se recorra a algum principio anterior, que a justifique, que estabeleça o impedimento; o motivo racional em fim do meio suppletorio. Recorrendo simplesmente á representação, temos um factio voluntario ou determinado pela Lei, e nada mais; e um systema racional não pôde partir de uma ideia secundaria. Por outro lado, se o factio podesse converter-se em principio classificador, teriamos ainda um resultado realmente inadmissivel, a saber: que o Estado, as Corporações, e finalmente todas as chamadas *peçoas moraes*, a mulher casada, etc., deveriam ser collocadas a par dos menores, dementes e prodigos; o que nos daria noções inteiramente falsas sóbre a verdadeira natureza das cousas; pois que a ideia da incapacidade

significa mais alguma cousa, que o direito de fazer-se representar; significa o impedimento que na realidade existe, no sujeito do direito, de o poder exercer; impedimento que não se qualifica, como cumpria, na regra adoptada, dando logar a que monstruosamente se grupem cousas de diversa natureza. Não vemos ahí mais que uma ideia arbitraria, que pôde servir de alguma cousa na ordem das ideias do A., mas que não pôde ser invocada para criterio racional de qualquer systema. Para nós não é a ideia phantastica de restricção ou ampliação, nem a ideia secundaria de representação, ou não representação, que nos serve de ponto discriminador: o principio que nos serve para distinguir a denominada incapacidade (que, no fim de tudo, não é muito propria) é outra, fundada na mesma natureza das cousas — no principio de todo o direito. Segundo a nossa doutrina, a capacidade juridica, ou de ter e exercer direitos, apresenta-se como uma qualidade inalteravel do ser humano, e é porisso que não distinguimos o homem da pessoa. Ora, o homem, a pessoa, pôde ser impedido no desinvolvimento da sua acção juridica por diferentes causas naturaes e legais. Estas causas reduzem-se ás seguintes: — impedimentos provenientes da sua collocação no espaço — ausencia; — provenientes do seu estado de imperfeito desinvolvimento — minoridade; — do seu estado anormal de espirito — demencia, prodigalidade; — e finalmente do seu estado de perversão moral — crime. Não pôde haver incapacidade, ' neste sentido, se não a que provém das causas apontadas; entendendo, como

entendemos, por incapacidade o impedimento do exercicio da capacidade juridica pessoal e humanitaria. D'aqui resulta que, para sermos coherentes com as nossas ideias, não podiamos omitir a incapacidade resultante do crime, verificado pela sentença condemnatoria; e não dissemos incapacidade resultante do crime, porque civilmente o crime não pôde ter-se como existente senão depois de julgado.

Agora, pôde dizer-se: 'nesse caso não ha meio de distinguir entre incapacidades ou impedimentos de um certo genero, de impedimentos ou incapacidades respectivas a certos casos especiaes. A isto respondemos: se o impedimento prende na incapacidade inherente á pessoa, nos termos indicados, abi é comprehendida virtualmente; e se não se expressa, será porque, tendo-se de tractar da materia respectiva em outro logar, será mais conveniente especifical-a 'nesse logar. E se o impedimento não prende nas causas pessoaes, mas em motivos de ordem ou interesse público, só devem ser tomados em consideração nos logares em que se tracte d'essas materias.

« As noções do Projecto (continúa a censura), são escuras e vagas.» Certamente que o serão para o espirito do nosso adversario, em quanto se obstinar em não querer entendel-as, ou em querer aprecial-as unicamente no ponto de vista das suas ideias arbitrarías e phantasticas; mas não o serão para quem, em boa fé, quizer avaliar o nosso systema.

Extranha-se, por ultimo, que hajamos considerado a

embriaguez, ou qualquer accesso de delirio, como incapacidade accidental; e diz-se que o logar proprio para esta materia seria no titulo dos contractos. A resposta, em quanto á primeira parte do reparo, está dada: temos um impedimento nascido da pessoa, e que não devia ser omitido; e não se remetteu para o titulo dos contractos, porque podia abranger actos de outra natureza: era indispensavel apresentar aqui a ideia na sua generalidade, sem prejuizo dos desinvolvimentos, que poderia ter em outros logares (a).

Do pouco que fica dicto se pôde inferir com evidencia a razão por que não consideramos a mulher casada como incapaz. Na sua pessoa não ha effectivamente incapacidade alguma, no sentido em que tomamos esta palavra; e o impedimento, que se apresenta no exercicio de certos direitos, não provém da pessoa da mulher, mas sim da natureza do contracto, ou sociedade conjugal, que imperiosamente exige unidade no governo da familia.

« Mas, insiste o nosso adversario, se a incapacidade é um impedimento no exercicio dos direitos, como é que consideraes incapacidade a perda de todos os direitos

(a) O A. argúe-nos tambem de que nem soubemos distinguir a acção de *rescisão* da acção de *nullidade*. As razões por que não fizemos tal distincção acham-se largamente expendidas na Resposta ás Observações do nosso respeitavel amigo o Sr. Dr. Joaquim José Paes da Silva; são cousas estas, que só por acinte injurioso se podem attribuir a ignorancia.

de que tracta o artigo 362? Ou houve erro no Projecto quando admittiu tantas e tão várias especies de incapacidades isentas da inteira perda de direitos; ou então o Projecto erra agora, e o seu A. não deve levar a mal que seja para sempre riscado esse pavoroso artigo 362.»

Ainda um miseravel sophisma de confusão de termos e ideias. Mil vezes temos dicto, que a palavra incapacidade é empregada por nós no sentido de — impedimento no exercicio da capacidade juridica. — Ora é claro que este impedimento pôde ser geral ou parcial; pôde ser temporario ou perpétuo: e tendo nós de exprimir no citado artigo a ideia do impedimento perpétuo, não tivemos dúvida, para nos fazermos entender, de usar da palavra usual *perda*, como fizemos no art. 5.

A confusão do nosso adversario consiste em não querer entender, que uma cousa é a capacidade juridica inherente ao ser humano, outra cousa o seu exercicio; e que não ha incapacidade possivel senão no sentido de impedimento ao exercicio d'aquella capacidade. É assim que se exprimiu igualmente o illustre Savigny, a quem o nosso adversario, por uma singular excepção, não denega alguma intelligencia no meio das fumaças da sua inqualificavel filaucia. «A capacidade juridica innata em todos os homens, diz Savigny, é sujeita a restrições, que estabelecem uma incapacidade total ou parcial. Podem considerar-se estes differentes estados como diminuições de capacidade, o que abraça tambem a privação comple-

ta.» Distinguindo pois a capacidade juridica do seu exercicio, é facil de vêr que o inauferivel da Apostilla, não é inconciliavel com o auferivel do Projecto.

Mas não se contenta o nosso adversario com a supposta contradicção entre a Apostilla e o Projecto, — vae mais adiante; e pretende mostrar que o proprio Projecto está em contradicção consigo mesmo; o que na realidade é de mais importancia: pois que, na hypothese de ser convertido em Lei, poderia occasionar dúvidas e disputas prejudiciaes á sociedade. Ouçamos o nosso censor:

«Tendo legislado o Projecto no art. 1.º (deveremos dizer doutrinado) — que sómente 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 resultam immediatamente da 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 a essa capacidade civil, que são a personalidade humana, ou pelo menos que essas faculdades que resultam 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 extinguir. Quem não dirá que o Projecto tem feito mais alguma cousa, do que conhecer e regular direitos?» Aqui o nosso adversario não discute, fal-

sifica com a mais insigne má fé, o nosso texto para tirar as consequencias desfavoraveis, que leva em mira. Quando se recorre a meios tão desleaes, mostra-se evidentemente a impossibilidade de triumphar por outros meios. A falsificação dá-se na referencia ao art. 5.º Ahi não se diz que a Lei Civil nada mais faz do que reconhecer e regular esses direitos e obrigações; diz, em seguida, mais alguma cousa: *declara os casos em que o cidadão os póde perder, ou ser inhibido temporariamente do seu exercicio*. E bastaria esta simples advertencia para dar em terra com todo esse cadafalso.

O que mais importa porém, é verificar se a doutrina do Projecto em relação ao *pavoroso art. 362*, deve ou não ser eliminada do nosso Projecto. Vejamos o que diz o artigo, e em seguida examinaremos o pró e o contra.

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 herdeiros tomarão conta de seus bens, como se fóra fallecido.

Neste artigo legisla-se sobre os effeitos da sentença condemnatoria a pena ultima. Se esta pena deve ou não consevar-se em a nossa legislação penal, é questão que não nos pertencia resolver; achámol-a estabelecida na Lei actual; e só nos cumpria pôr em harmonia com ella a Lei civil. Mas não temos a menor dúvida em repetir aqui o que, como Deputado e Ministro, temos official-

mente declarado; a nossa opinião é pela negativa: e é com a maior injustiça, que o nosso adversario nos attribue a honra de ter sido *um dos ferozes codificadores* da Lei Penal, e, mais ainda, de approvarmos tudo quanto ahi se fez, (a).

A questão reduz-se pois a saber, se o condemnado deve, ou não, perder todos os seus direitos civis.

O nosso adversario sustenta, que os não deve perder. Eis aqui as unicas razões, que produz no meio de um immenso arranzel, em que tracta *de todas las cosas y de otras muchas mas.*

1.ª O Codigo Penal, art. 52, havia legislado que o condemnado a pena de morte perde a propriedade, posse e administração de seus bens e não póde fazer testamento. O Projecto requinta a barbaridade, generalizando esses effeitos da pena de morte.

2.ª *Esta doutrina importa violação flagrante da Carta Constitucional.*

Emquanto á 1.ª razão, é evidente que não é na conformidade ou discrepancia d'essas duas opiniões que póde

(a) Para tão destemperada arguição, funda-se o nosso adversario na declaração que viu na Apost. n.º 2, de que haviamos assistido a algumas sessões da commissão do Codigo Penal, sendo Ministro da Justiça.

achar-se o criterio da sua bondade ou ruindade intrinseca. O Codigo Penal podia errar por diminuto, assim como nós podiamos errar por demasia. O que cumpria provar, é que a nossa doutrina é em si mesma iniqua e inadmissivel; que racionalmente e aos olhos da equidade o condemnado a pena ultima não devia ser privado dos seus direitos civis, ou ao menos sê-lo unicamente de certos e determinados direitos. Mas 'nesta questão não quiz entrar o nosso censor; na realidade, é mais comodo, mais facil formular condemnações, vomitar imperios, que demonstrar e provar.

Mas nem ao menos se pôde dizer exacta a comparação, que o nosso censor faz, da doutrina do Codigo Penal com a nossa. Segundo nos afirma, o Codigo Penal priva o condemnado a pena de morte, unicamente da propriedade e posse e administração dos bens, e da faculdade de fazer testamento. Quando, se o nosso sapientissimo censor houvesse lido esse Codigo com mais attenção, acharia, que o condemnado é privado de mais alguns direitos civis,—a saber: perde a authoridade marital; perde o poder paternal; não pôde ser testemunha; não pôde ser tutor, nem exercer as funcções tutelares; não pôde figurar por si em juizo; perde as honras e distincções de nobreza; o direito de trazer armas, de ensinar, dirigir ou concorrer na direcção de qualquer estabelecimento de instrucção, etc.

Ora, se o nosso censor se dêr ao trabalho de analysar o nosso termo synthetico, todos os *direitos civis*,

achará que ha uma quasi perfeita equação entre os direitos de que o Codigo Civil priva parcialmente o condemnado e esses direitos exprimidos pelo termo—*todos*. E se algum ha, que não esteja comprehendido nos termos explicitos do Codigo, não era possivel, sem absurdo, deixar de os comprehender.

Em summa, o condemnado á morte é despojado de todos os direitos de familia; é despojado de todos os direitos patrimoniaes: que lhe resta pois? Não absorverão estas duas privações a totalidade dos direitos civis? E se ha algum outro direito que possa dizer-se civil, esses mesmos, lá se acham especificados.

A arguição pois, de requinte de barbaridade não procede, não passa de uma hyperbole encaminhada a induzir em erro, e prevenir contra o nosso Projecto aquelles a quem estes estudos são extranhos.

Releva também advertir aqui uma outra esperteza do nosso benevolo adversario.

O artigo 362 (diz a censura), a barbara Lei, não admite ahi distincção de direitos civis; fulmina uma perda completa, sem dispensar ao menos esses direitos originarios do art. 382, entre os quaes lá foi até (art. 385) o *pensamento*, cujo sacrario só a elle pertence.

Ora, segundo a letra do art. 392, o condemnado a pena de morte só perde os *direitos civis*. E que são os direitos civis? Responde o art. 3.º: são aquelles que versam sobre as relações dos cidadãos entre si, como meros particulares, ou entre os cidadãos e o estado em ques-

tões de propriedade. E no art. 4.º declara-se que o homem tem direitos, que resultam immediatamente da sua natureza e pôde adquirir outros e contrahir obrigações. Estes direitos, que o homem recebeu da natureza, são os originarios de que se tracta no art. 382.

Temos pois, que se os direitos civis não são os direitos originarios, segundo a doutrina do Codigo, não são egualmente comprehendidos no art. 362. Os direitos originarios, que se reduzem á existencia e liberdade, podem ser aniquilados com a personalidade, pela Lei penal, mas não pela Civil. A Lei civil 'neste caso calcula silenciosa, irresponsavel, os effeitos d'essas penas, nas reciprocas relações dos cidadãos, e só se encarrega de pôr em harmonia os effeitos com a causa.

Passemos agora ao segundo ponto — a violação da Carta. Para demonstrar-se que effectivamente ha violação da Carta na doutrina que estabelece a perda de todos os direitos civis, é necessario que se prove que a mesma Carta prohibe similhante espoliação. É aqui que o nosso adversario se vê obrigado não a *escalar os céus*, mas a descer aos limbos da mais grosseira sophistica. Eis aqui o que podemos apurar no meio d'esse diluvio de palavras, digressões e improprios, com que procura aturdir-nos. Simplificar e apurar o seu pensamento, será refutal-o. Tirados os enfeites e arrebiques, apparecerá o esqueleto em toda a sua hediondez.

1.º *argumento*. — A Carta não admitte que possam per-

der-se os direitos de cidadão portuguez, se não nos tres casos do art. 8; e como 'nestes casos não se comprehende a perda dos direitos civis, segue-se que se violára a Carta, estabelecendo por qualquer fórma a sua perda.

É um grosseiro sophisma: confundem-se os direitos civis com os direitos politicos. A Carta no titulo 2.º falla unicamente na qualidade de cidadão portuguez, nos seus direitos politicos, e bem pôde o cidadão perder estes direitos sem que perca comtudo os seus direitos civis (V. Marcadé, tom. 1, p. 24 e 82). Ora, que a Carta, 'nesse titulo, falla unicamente dos direitos politicos, deprehen-de-se da mesma inscripção do titulo e da natureza da lei constitucional.

E se podesse haver 'nisso dúvida, removida seria pela simples inspecção das fontes proximas e remotas da mesma Carta, a que o nosso adversario contraproducentemente nos remette.

2.º *argumento*. — A perda dos direitos de cidadão é a maior excepção ou restricção que pôde fazer-se, por ser nada menos que a negação absoluta de direitos; e o artigo da Carta não admitte por certo qualquer interpretação extensiva, por minima que seja.

É o mesmo sophisma por outras palavras. A perda dos direitos de cidadão é por certo a negação absoluta d'esses mesmos direitos; mas, se esses direitos não envolvem os direitos civis, é de última evidencia que o que se legislar a respeito d'estes, que são causa diversa, nem será res-

tricção nem extensão d'esses mesmos direitos. A restricção ou extensão só pôde recair sobre cousa identica.

«Entendendo-se que o art. 8 (acrescenta o nosso adversario) comprehende assim os direitos politicos como os civis, evidente é que, fóra dos tres casos ahi declarados, não pôde haver mais caso algum em que o cidadão seja exautorado.»

Mas se é evidente, que não devemos entender comprehendidos os direitos civis na categoria dos politicos, não é menos evidente, que pôde dar-se a perda dos direitos civis sem offensa da Carta.

Sentindo a fragilidade dos seus argumentos, tracta o nosso adversario de reforçal-os com outras razões.

«Entendendo-se (diz elle) que a Carta se refere, como nos diz a Apostilla, aos direitos politicos, tambem é evidente que, por outras causas, não ha caso algum em que se possa perder todos os direitos civis.»

E como o prova? «Porque basta que a Carta não tracte d'essa perda absoluta, para que ella não seja possível.»

E como prova esta asserção? Aqui vê-se o nosso adversario no maior embaraço, e como atolado 'num treme-dal, de que não pôde arrancar-se; mas, fazendo um esforço supremo, sacca-se com esta evasiva:

«A Carta propõe-se proteger os direitos politicos e civis: ora, como não se protege o que se aniquilla, segue-se pois que, quando não ha direitos á protecção e garantia, tornam-se inuteis: é claro, que não pôde dar-se a perda total de direitos. A simples especificação de garantias está brandando, que a suppressão completa de direitos é impossivel.»

Sempre o mesmo sophisma, a mesma confusão de direitos politicos e civis. É certo, que a Carta se propõe em geral á garantia de todos os direitos; mas porque a Carta se propõe este fim, não se segue, de fórmula alguma, que em certos casos não possa dar-se, em relação a certos individuos a perda d'esses direitos, que se propõe proteger em geral: porisso, mesmo que, tendo a Carta em vista' além do interesse particular, o interesse geral da sociedade, este mesmo interesse pôde exigir que, dadas certas circumstancias, taes ou taes cidadãos sejam privados de taes ou taes direitos, e ainda de todos. Isto mesmo se prova pela perda total dos direitos politicos, que a mesma Carta commina; e é forçoso reconhecer que, se o argumento fôsse concludente, esses mesmos casos seriam tão impossiveis como os outros, ou a mesma Carta estaria em flagrante contradicção. Emquanto aos direitos civis, não se acham na verdade declarados os casos em que o cidadão os pôde perder; mas a razão é porque a Carta não se propõe fazer os Codigos Civil e Criminal; 'nesta parte limitou-se a consignar algumas regras, que o legislador e auctoridade

pública deverão ter sempre em vista, recommendando-lhes unicamente emquanto ao mais (como dissemos na Apostilla), *que as leis sejam fundadas nas solidas bases da justiça e da equidade* (art. 145, § 17 da Carta).

Ora, que não pôde ser outra a doutrina da Carta, mostra-se evidentemente, tanto pela sua letra, como pelo desinvolvimento prático de todas as constituições liberaes, onde quer que existem ou tem existido.

Demais, se em materia de direitos não se podem perder senão os que a Carta declara, seguir-se-ha que não só no todo, mas nem mesmo em parte, seria possível a perda dos direitos civis, que a Carta garante especialmente, e envolvem todos os outros, a saber — a liberdade e o direito de propriedade. E poderá dizer-se, que o cidadão não pôde de modo algum ser privado da sua liberdade? Certamente não. A mesma Carta declara (art. 145, § 1), que esta liberdade fica sujeita ás disposições da lei; o que não permite, é que se viole sem auctorisação legal. Por outro lado, manda proceder á organização do Codigo Penal: e seria isto possível, se o cidadão não podesse ser privado da sua liberdade? Nesta parte, o mais que a lei constitucional fez, foi abolir e proscriver certas penas odiosas pelo seu character de barbaridade. Nem vemos mesmo que o nosso adversario se declare contra a pena última; e comtudo, poderá dizer-se que a privação da vida não importe a perda de todos os direitos? Não comprehendrá, não involverá a morte toda a personalidade juridica?

Emquanto á propriedade, diz a Carta (§ 21), que é

garantida em toda a sua plenitude. Mas quererá isto dizer que o cidadão não possa ser privado de fórma alguma d'este direito? Qual seja o sentido da Carta, deprehen-de-se evidentemente da 2.ª parte do §, e do disposto no § 19, que prohibe o confisco. A Carta falla da propriedade no sentido objectivo, e não quer que ninguem seja espoliado sem indemnisação prévia, ou soffra a pena de confisco; mas não, de modo algum, que o cidadão não possa ser privado, em todo ou em parte, d'essa mesma propriedade, nos casos em que essa privação deva constituir uma pena. A Carta falla do cidadão no uso normal dos seus direitos, e não do cidadão que se põe em guerra com a mesma sociedade, roubando, matando, etc. etc. E como poderá conceber-se, que a propriedade do cidadão seja alguma cousa mais digna de respeito, que a sua propria vida e liberdade? Garantir um direito, não é dizer pois que esse direito não possa ser aniquilado pelo facto culposo do homem, mas sómente que ninguem pôde ser privado d'esse direito arbitrariamente, sem lei que o permita, ou contra as formalidades protectoras da justiça.

Passa o nosso adversario a desinvolver a intrepetação que dá ao art. 8 da Carta, a que faremos algumas observações; mas, antes de entrar 'nesta materia tocaremos algumas ideias avulsas, de que ainda nos não fizemos cargo.

«O art. 362 ordena (diz a censura), que os herdeiros do condemnado a pena de morte, tomem conta de seus bens, como se fallecido fôra, e o art. 2121 os manda de-

ferir á fazenda Nacional na falta de herdeiros designados na lei. É claro, que se restabelece o confisco da Ord. L. 4, tit. 81, § 6, e L. 2, tit. 26, § 28, com violação do art. 145, § 20 da Carta.»

Na Apostilla n.º 2 já respondemos largamente a esta censura, que nos fôra endereçada pelo Sr. Moraes de Carvalho: as nossas razões subsistem em toda a sua força, e nem mesmo são impugnadas pelo nosso adversario. Apparece apenas uma ideia de novo, a saber: a d'esse chamado confisco em favor do Estado na falta de herdeiros descendentes, ascendentes, collateraes ou de conjuge.

É certamente a primeira vez, que em jurisprudencia a successão do Estado, no caso de herança jacente, é considerada como confisco.

A Carta § 18, art. 145, diz assim:

Nenhuma pena passará da pessoa do delinquente. Portanto não haverá em caso algum confiscação de bens.

A confiscação envolve pois necessariamente a ideia d'um prejuizo de terceiro, e é com effeito debaixo d'este ponto de vista, que semelhante pena se torna injustificavel e inadmissivel. Ora, no caso do nosso artigo se o Estado succede, não é por effeito da pena; mas por effeito da lei geral, que regula o destino dos bens do fallecido abintestado.

«A escravidão (continúa a censura), segundo o antigo

Direito Romano, como consequencia de certas penas — *servitus penae*, resultava da suppressão completa da capacidade juridica — *capitis diminutio magna*. Contra essa magna decapitação, contra essas diminuições de cabeça sublevou-se a Apostilla em tom magistral. O projecto, ao contrário, faz reviver essa plenissima incapacidade, e pelo identico motivo da *servidão da pena*. Elle aperfeiçoa e melhora a legislação de Portugal com essa instituição odiosa, a que se tem dado o nome de *morte civil*.»

Que embrulhada, que montão de ineptias, que confusão de ideias, que disparates! Em cada palavra ha um erro, uma noção falsa, ou inexacta.

Se a *capitis diminutio maxima* é egual á perda da liberdade, se a perda da liberdade é a escravidão; fica evidente que a *capitis diminuição* não é causa nem effeito da escravidão — são uma e a mesma coisa, fôsse qual fôsse a causa que desse origem a essa escravidão ou *capitis diminuição maxima*. Os delictos sómente davam logar á *capitis diminuição* em certos casos mais graves; entretanto, o Direito Romano não foi sempre o mesmo a este respeito. De principio o Direito Quiritario não permittia, que o cidadão romano fôsse privado da vida, da liberdade ou do direito de cidade; e para que os facinorosos não ficassem impunes, excogitaram, para os expellir da cidade, a interdicção da *agua e do fogo*. (Vej. Cicero in oration. pro Balbo, Ceciuna, e domo sua) Augusto foi o primeiro que introduziu a *deportação* em logar d'esta interdicção

(V. Cujac. L. 6, Observ. C. 39); vieram depois as penas de condemnação aos metaes, ás feras e algumas outras; e como as penas por si mesmas não induziam a escravidão, a *magna capitis diminutio*, e pareceu necessario definir a situação d'estes condemnados em relação aos seus direitos civis, d'ahi veio o adiniculo da escravidão da pena, em certos casos que as leis enumeraram.

Os effeitos d'esta condemnação eram primitivamente os seguintes: se o condemnado era livre, passava a ser considerado como escravo; e se era escravo, ficava desligado do dominio de seu senhor; de fôrma, que ainda que se livrasse, não era restituído ao mesmo senhor. Mas esta mesma servidão da pena foi abolida por Justiniano (Nov. 22, C. 8) em favor, como elle mesmo ahi diz, do matrimonio, que era dissolvido por effeito d'essa declaração. Já se vê pois, que se a *capitis diminutio* importava servidão, nem porisso a servidão da pena era consequencia da suppressão *completa da capacidade juridica*, mas antes uma e a mesma cousa, emanada unicamente da disposição da lei.

«Contra essas diminuições de cabeça sublevou-se a Apostilla em tom magistral.» A Apostilla não precisava de sublevar-se contra doutrinas impossiveis na civilização moderna; apontou apenas essa impossibilidade, debaixo d'um ponto de vista inteiramente diverso, qual foi a theoria do estado.

«O Projecto ao contrário, faz reviver essa plenissima incapacidade, e pelo identico motivo da servidão da pena.»

O Projecto não podia de fôrma alguma fazer reviver uma instituição incompativel com as instituições modernas. Já não temos (é Savigny quem falla) nem *escravos* nem *peregrinos*, e portanto já não pôde haver hoje nem *maxima* nem média *capitis diminutio*, nem morte civil, como a entendiam os Romanos (tom. 2, p. 149). Assim a doutrina da *capitis diminutio*. Rom. Só tem importancia para a historia e exegese; para a prática do direito o nome, e a cousa não tem interesse algum (p. 130); sabe-se, que em todos os tempos o estado das pessoas tem soffrido numerosas modificações; mas reputal-as como *capitis diminutiones*, é procurar, jogando com as palavras, vans e enganadoras analogias (p. 151). «E não só isso, accrescentaremos nós: é querer, com palavrões ominosos, tornar odioso o que na realidade se não pôde impugnar d'outra sorte.»

«O Projecto aperfeiçoa e melhora a legislação de Portugal com essa instituição odiosa, a que se tem dado o nome de *morte civil*.»

Deixando a ironia, que não passa de ridicula pelo seu desconxavo, é necessario muito má fé para achar a morte civil no Projecto.

— *Morte civil*. O termo— morte civil— expressão álias de invenção moderna, não pôde applicar-se racionalmente, senão por contraposição a morte natural, como expressão metaphorica. É a perda do direito de cidade (diz Vul-

teio na Inst. 1, 12, 3, e com elle Borchott e Harprechet—*vel quae salva vita civitatem et libertatem simul, vel etiam civitatem duntaxat adimit.* Aquelles pois que empregam, como o Codigo Civil Francez, esta expressão no caso de morte natural, invertem o seu sentido proprio e natural. Ora, no Projecto não ha perda absoluta dos direitos civis senão no caso de morto natural; logo, não se pôde dizer que tenhamos adoptado similhante instituição. Demais, é palavra essa, que se não acha no nosso Projecto, e portanto manifesta-se a má fé, e não sabemos se ignorancia, com que se falla na lucta, que os Jurisconsultos portuguezes têm contra ella sustentado, quando as suas justas censuras recaíam sómente, salva uma ou outra excepção, sôbre a confusão, que essa palavra produziu no nosso direito, apparecendo indefinidamente pela primeira vez nas Ordenações Philipinas.

«Não é certamente a morte civil do Codigo Francez que o Projecto admite, pois que sómente priva dos direitos civis o condemnado a pena ultima; ao passo que o Codigo Napoleão infligia a privação de taes direitos a outros condemnados. Mas se por este lado o Projecto fez menos do que aquelle Codigo, debaixo d'outro ponto de vista fez muito mais; foi além de todo o rigor, envolvendo os direitos originarios.»

Já demonstrámos que o nosso artigo não comprehende os direitos originarios, nem falla d'elles. Nesse caso po-

derá dizer: pois se o homem conserva os direitos de existencia, de liberdade e apropriação, quem poderá tirar-lh'os? Ninguém, certamente, senão a lei penal. Só esta pôde acabar com a sua existencia, com a sua liberdade e com o seu direito de apropriação, que constituem uma entidade moral inseparavel da individualidade physica. A lei civil protege o homem de dois modos na sua acção juridica; ou fazendo respeitar, nas relações de individuo para individuo, os seus direitos, ou fazendo reparar as violencias que esses individuos se fizerem; mas a lei civil nada tem que vêr com a acção da sociedade, quando armada da lei penal fere e castiga o delicto.

«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 19.º a um rebanho de escravos?»

Isto parece incrível, mas está escripto a pag. 148 da nova Apostilla! Que puerilidade! Que miseria!—Reduz-se a Nação Portugueza a um rebanho de escravos, porque alguns malfeteiros podem ser condemnados á morte com

perda de todos os seus direitos civis? Certamente o intuito do nosso adversario é mostrar-nos, que é na realidade mais habil do que nós o somos na synecdoche! e como pôde concluir-se logicamente da parte para o todo? S. Pedro foi apostolo; ora S. Pedro era homem: logo todos os homens são apóstolos. É assim que se censura um trabalho tão grave e sério, como é um Projecto d'um Codigo?

«O perdão concedido pelo poder moderador (continua a censura) (art. 380), exempta os réus da pena perdoada e da privação dos direitos civis, connexa com a mesma pena: ahí temos um morto que resuscita, porque em verdade ainda não havia soado a hora fatal! A tanto chega a omnipotencia do Projecto.»

Outra argucia do mesmo jaez! — A perda dos direitos é a morte; o homem pôde perder esses direitos em vida, logo, pôde morrer sem morrer; ou por outras palavras: A perda dos direitos é a morte; o gozo dos direitos é a vida; logo, aquelle, a quem os direitos são restituídos, resuscita!! E será isto proprio de homens graves e serios, que procuram sinceramente descobrir a realidade das cousas? Se nós jámais empregámos essas denominações improprias ou metaphoricadas, como é que nos podem ser attribuidas, ou argumentar como se a tal metaphora existisse?

«Pelo art. 7, §. 1.º da Carta são cidadãos portuguezes os nascidos em Portugal, ainda que o pae 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 d'uma manifestação, ao tempo da maioridade ou da emancipação, perante a municipalidade do logar do domicilio eleito.»

A esta censura já respondemos na Apostilla n.º 3, nos termos seguintes:—A Carta Constitucional não falla, na verdade, senão do nascimento no reino; mas no additamento não se offende o principio da Carta: não se faz mais que regular a sua execução nos termos em que racionalmente pôde ter logar. Os filhos de estrangeiros são estrangeiros; a circumstancia de nascerem em outro paiz não dá a este paiz o direito de os haver forçosamente como seus cidadãos, independentemente da sua vontade (a). Ora, esta vontade não pôde ser validamente declarada, senão chegando esses individuos á maioridade, ou achando-se emancipados. Antes d'isso estão debaixo do patrio poder, ou do poder tutelar, que não é tão amplo, que passa arbitrariamente dispôr da nacionalidade do filho ou do tutelado. A Carta não pôde ser entendida d'outro modo sem absurdo. O mais que se pôde dizer é, que, declarada a vontade do individuo, os effeitos da nacionalidade se retrotrahem ao momento do nascimento; o que de bem pouca importancia será, supprimido o direito de albinagio,

(a) Veja-se neste sentido as *observações* do tribunato na discussão do Codigo Francez (em Fenet).

e outras restricções prejudiciaes entre nacionaes e estrangeiros (a).

«O artigo 8.º da Carta (continúa a censura) só enumera tres casos em que se perde os direitos de cidadão portuguez. O art. 24, § 4 do Projecto accrescenta um quarto caso, que é o da mulher portugueza, que casar com estrangeiro. A perda da qualidade de cidadão, segundo a Carta, não é susceptivel de recuperação. O Projecto, nos artt. 24 e 25, permite recuperal-a; introduz dois modos de reabilitação. Lamentamos do fundo d'alma o estado da Legislação Portugueza, o êrro das doutrinas que tem infelizmente prevalecido, os estragos d'esse magestoso edificio, a que ainda se dá o nome de *Carta Constitucional!*»

Estes gemidos de comiserção, que o nosso adversario arranca do fundo d'alma, ao vêr as desventuras da filha do grande rei, são na verdade muito louvaveis. A piedade é um sentimento proprio das almas bem formadas. Mas, quando essa piedade, que se affecta, não tem fundamento; se não procede de ignorancia ou de êrro, será perfidia ou hypocrizia. Seja o que fôr: o que nos importa mostrar

(a) Veja-se sóbre este ponto Marcadé ao art. 9 do Codigo Civil Francez, n. 115—Toullier L. 1, tit. 4, n. 261. A opinião contrária do seu annotador Duvergier funda-se em razões peculiares ao Direito Francez.

é que os estragos, que se apontam, não têm realidade alguma.

A Carta no art. 8.º diz assim—*perde os direitos de cidadão portuguez, § 1, o que se naturalizar em paiz estrangeiro.* Ora, a mulher que casa com estrangeiro naturaliza-se em paiz estrangeiro logo o caso que o Projecto enumera em n.º 4, não é *accrescentado*, está na Carta.

Nada mais se faz do que exprimir especificadamente uma das ideias contidas na sua phrase complexa. Mas demonstremos a menor do syllogismo. Naturaliza-se em paiz estrangeiro o que, não sendo cidadão d'esse paiz, obtem essa consideração por sua vontade, ou seja solicitando-a expressamente por palavras, ou seja practicando factos de que resulte necessariamente. Ora, o casamento da mulher é um facto d'esta especie, segundo a Legislação de quasi todos os estados da Europa civilizada: Logo etc. Veja-se o Codigo Francez, art. 12 e 19; Napolitano, art. 14; Sardo, art. 21; Vadense, art. 6; Austriaco (V. Puttlingen, § 15) Prussiano; (V. Simon 2, p. 575); Bavaro, Edicto de 26 de Maio de 1818; Norueguense (Const. § 53); Parmesano, art. 24; Polaco, art. 19; Serviano, art. 48; Lucernense, art. 23; Tessinense, art. 21; Valense, art. 15; Toscano (Cod. lititu. de *ciscolis*) Neufchatelense, art. 10; Hollandez, art. 6; Joniano, art. 32, etc. etc. A unica excepção de que temos noticia é a do Direito Inglez; caso que tem dado logar a grande controversia entre os Jurisconsultos Francezes; e na realidade demanda uma disposição expressa, que deve ser fundada no principio da

Carta, e será adicionada ao nosso artigo na fôrma seguinte:

§ unico. A disposição d'este artigo não terá logar nos casos em que a mulher não seja naturalisada segundo a lei estrangeira.

Resta o caso da reabilitação, dissolvido o matrimonio. Diz o nosso adversario que esta doutrina é contrária á Carta, porque os direitos perdidos não podem ser recuperados. Porém, o certo é, que a Carta não estabelece semelhante principio, e a regra do direito é que, cessando a razão da lei, deve cessar a sua disposição. É a doutrina adoptada no Codigo Francez, art. 18, e no Decreto de 22 de Outubro de 1836, e, a nosso vêr, com toda a justiça.

O nosso censor pensa que em Portugal se estuda tão pouco como assevera do Brazil; e que as suas decizões serão aqui recebidas sem maduro exame; mas engana-se redondamente; e não andaria mal se se mostrasse um pouco menos insolente ou menos presumido da sua supposta sciencia.

É tempo de passarmos á analyse da theoria do nosso adversario sôbre a intelligencia do art. 8.º da Carta; e que elle nos apresenta como um achado não menos maravilhoso que o da pedra philosophal; e que deve confundir os Jurisconsultos de ambos os mundos, que até'qui têm estado mergulhados nas trévas da mais crassa ignorancia. Este Sr. Freitas é na realidade um homem portentoso, traz-nos á lembrança o celebre Romano, de quem falla Horacio, que apparecia em todos os banquetes unicamente

para ensinar aos convivas em que consistia o verdadeiro sainete das iguarias, que o vulgo estupidamente devorava.

Nomentanus ad hoc, qui siquid forte lateret,
Indice monstraret digito
Longe dissimilem noto celantia succum.

Mas vamos ao caso. Dezesete mortaes páginas emprega o nosso adversario para nos expôr a sua bella theoria, que podem reduzir-se a meia duzia de linhas. Mas não se creia que esta profusão de palavras não tem um fim: a simplicidade e clareza não podem nunca convir a falsas theorias; a obscuridade, o mysterio, é o apanagio dos falsos oraculos.

Eis aqui a que se reduz essa famosa theoria, se bem a podemos extrahir dos seus nebulosos involtorios.

A Carta não distingue senão duas especies de direitos, a saber: os *individuaes* ou *civis*, e os *politicos*. Por direitos politicos, entende os que auctorisam o cidadão para tomar parte por qualquer maneira no exercicio ou estabelecimento do poder público, ou funcções públicas. Todos os mais direitos são individuaes. seja qual fôr o ramo de legislação a que pertençam, isto é, administrativa, criminal ou civil. Ora, a Carta, no art. 8, refere-se aos direitos de que só os cidadãos podem gozar, ou sejam politicos ou não politicos, e no art. 9, falla sómente dos direitos politicos.

Vejamos o que ha de novo 'nesta interpretação.

Emquanto á ideia que o A. liga a *direitos politicos*, é

a mesma que lhe liga o nosso Código Penal no art. 37; e pelo que toca ao sentido do art. 8, também não ha novidade alguma, porque é o mesmo que resulta necessariamente do sentido que lhe demos, affirmando, que a Carta não tractava 'nelle senão da qualidade de cidadão; pois é evidente que, o que não é cidadão, não pôde ter nem exercer direitos alguns, que dependam necessariamente d'essa qualidade; e taes são os direitos politicos de que falla o art. 9 e o Código Penal. O que vemos, é que o A. exprime por differentes palavras a mesma ideia, e marcha ao mesmo fim por caminhos tortuosos; os seus schemas, corollarios é equações, só servem para dar uma fórma apparatusa, e obscurecer o que é simples e claro de sua natureza.

Examinemos agora as differentes censuras, que o A. nos dirige de involta com a exposição da sua theoria.

«O Projecto do Código Civil no art. 375 (diz a censura) presuppõe a condemnação, a perda de todos os direitos politicos, que não pôde dar-se senão nos casos dos §§ do art. 8 da Carta, e o Código Penal ampliou com violação da mesma Carta.»

Não nos pertence defender o Código Penal, nem queremos entrar agora 'nessa questão; para justificar a parte que diz respeito á referencia do nosso art. 375, é bastante que em algum caso possa ter logar esse perdimento de direitos.

«O Projecto (continúa a censura), dizendo que direitos politicos (art. 3) são aquelles que se referem ás relações entre cidadãos e o Estado sôbre cousas de interesse geral, e estes constituem a capacidade politica, e são determinados e regidos pelo Direito Público Nacional, está em guerra com o Código Penal, cuja auctoridade legislativa é de sobra para contestal-o e fazer riscar esse artigo 3.º»

Não ha guerra alguma entre o Código Civil e o Penal a este respeito. O Código Civil define a capacidade politica individual; e tomou-a como cumpria em toda a sua generalidade. O Código Penal define quaes são os direitos politicos, que são comprehendidos na sua penalidade. O nosso mesmo adversario reconhece mais abaixo, que, afóra estes direitos politicos, de que falla o Código Penal no art. 37, ha muitos outros de interesse geral. Aqui somos arguidos de não respeitarmos a auctoridade legislativa do Código Penal, em outra parte já fômos accusados de a termos respeitado; mas isto pouco importa.

«Se os direitos politicos (continúa a censura) fôrem esses que definiu o art. 3 do Projecto, palpa-se o absurdo de negar aos estrangeiros taes direitos assim definidos, como se entre os estrangeiros e o Estado não houvessem relações algumas sôbre cousas de interesse geral. Sim, os estrangeiros não gozam de direitos politicos, porque não podem exercer funcções publicas de qualquer natureza,

mas os estrangeiros, como homens, têm direitos á protecção do Estado, têm direitos para com o Estado, e por isso mesmo tem para com o Estado obrigações. Elles pagam impostos, e applicam-se-lhes, como aos cidadãos, as providencias das leis de policia.»

Sem dúvida, se a Carta podésse referir-se aos direitos politicos, na accepção que lhe damos no art. 3 do nosso Projecto, o absurdo seria manifesto; mas é que a Carta não falla 'nesse artigo como declaramos, senão da qualidade de cidadão portuguez, e perdida esta qualidade, só se podem perder os direitos, que lhe são privativamente inherentes, e não outros.

Quando dissemos na Appostilla, que a Carta se referia unicamente aos direitos politicos, fallavamos precisamente da sua doutrina no art. 2, tendo em vista complexamente os direitos de que tracta nos seus diversos artigos.

Ora, estes direitos são de duas naturezas — ou politicos em geral (*sensu lato*), ou politicos em especial (*sensu stricto*): os primeiros são comprehendidos nos art. 7 e 8, os segundos no art. 9. Segundo a Carta, dissemos nós, a palavra cidadão é equivalente de portuguez ou membro da familia portugueza; em uma palavra, importa a qualidade politica. Assim declara, que são portuguezes os que nascem de portuguezes ou de estrangeiros naturalisados, e que deixam de o ser os que se naturalizam em paiz estrangeiro, os que acceitam emprego do governo estrangeiro, etc. etc. Vê-se que fallámos unicamente dos di-

reitos politicos na primeira accepção, e nada dissemos dos direitos na segunda accepção, porque nada tinham que vêr com a natureza de Direito Civil.

Diz o A. que a divisão do *direito, lei*, em nada corresponde á divisão do *direito faculdade*, e que não é esta a nomenclatura, nem da sciencia, nem das legislações modernas, nem da Carta.

A isto responderemos, que nem a sciencia, nem as legislações modernas, nem a Carta, auctorizam semelhante asserção. A sciencia, antes pelo contrário, a exige, porque a classificação das leis deve fundar-se na classificação do seu objecto; as legislações appresentam-se 'num e 'noutro sentido, e a Carta está precisamente comosco, pois não reconhece senão direitos politicos e direitos civis.

«Se a nacionalidade é 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 secundárias, ao Codigo Civil, e ás legislaturas ordinarias.»

É exacto que a condição da nacionalidade depende da lei constitucional; mas nem porisso as disposições respectivas da lei constitucional devem ser consideradas como estranhas ao Direito Civil, visto que este, em muitos casos, se determina por essa condição. Eis a razão por que entendemos conveniente incorporal-as no primeiro livro do

nosso Projecto, em que se tracta de definir a capacidade juridica, a exemplo da maior parte dos Codigos modernos.

«Mas quaes são (diz o nosso adversario) esses direitos civis privativos da nacionalidade portugueza? Quaes são esses direitos que a lei civil reconhece e protege, e de que sómente os cidadãos portuguezes podem gozar? Não os conhecemos.»

É na verdade para admirar que um Jurisconsulto, que tanto presume de si, que tanto blasona do seu profundo saber, ignore o que qualquer escolar do primeiro anno juridico sabe e conhece. Eis aqui alguns d'esses direitos. A capacidade civil dos estrangeiros é regulada pela lei do seu paiz, ao mesmo passo que a capacidade civil dos portuguezes é regida pela lei civil portugueza (art. 26 e 32): os estrangeiros que intentarem algum pleito perante as justicas portuguezas, são obrigados a prestar fiança, mas não os nacionaes (art. 34): o estrangeiro não póde rse testemunha nos testamentos (art. 2139). Ainda que não existisse senão uma differença importante, qualquer que fosse a causa, isso bastaria para que se não podesse prescindir da distincção de nacionaes e estrangeiros.

Aqui acabam as denominadas *censtras das censtras*. Deixamos sem reparo infinitas asserções falsas, ou inexactas, alheias ao assumpto, porisso que não nos propozemos *enderezar tuertos*, mas unicamente defender o nosso bom direito.

TERCEIRA PARTE

ULTIMAS PALAVRAS.

'Nesta última parte do seu opusculo, promete-nos o nosso adversario occupar-se especialmente do regimen da propriedade, segundo o nosso Projecto. Depois de fallar *das pessoas*, era consequente, segundo o seu methodo, tractar das *cousas*.

Chegado a este ponto importante, a exaltação do nosso adversario não tem limites — *furor arma ministrat*: a sua atrabilis, como que se extravasa, e lhe apaga inteiramente o lume da razão; as palavras succedem-se em turbilhão, e como ao acaso, sem nexo nem unidade: os seus argumentos são injúrias sôbre injúrias.

«Eis consumada, exclama, a mais atrevida conspiração, que se póde fazer contra a realidade das cousas, contra todas as ideias do simples bom senso, contra tudo o que

até agora se tem legislado, escripto e practicado! Em verdade, ainda ninguem aberrou tanto, nem mais é possível aberrar! No aspecto legislativo, no aspecto scientifico, no aspecto litterario tracta-se d'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 sacrificio sobrehumano, que se exige dos portuguezes!!!»

O quadro não pôde ser mais carregado, a sentença mais desabrida! Se 'nelle ha alguma sombra de verdade, se 'nella ha alguma sombra de justiça, que resta? O livro deve sem demora ser queimado pelas mãos do algoz, e o auctor, de sacco e cilicio, coberto de cinza, condemnado a fazer penitencia pública de seus erros, se é que não mereceu peor sorte, que o livro! Mas não nos assustemos.

Aut insanit homo aut versus facit.

Temos visto que os delictos, de que somos accusados até aqui, se reduzem a não havermos seguido a divisão adoptada pelo A. de—*direitos reaes e direitos pessoaes*—e termos considerado como propriedade, não sómente o que os romanos chamavam *dominio*, mas tudo aquillo em que temos livre gozo e disposição. Agora, o unico capitulo que se nos

forma, consiste em termos estabelecido o principio de que a *tradição* não é necessaria nos contractos para a transferencia da propriedade; todas quantas arguições se accumulam não são mais que consequencias do erro presuppuesto: *Et voilà tout!*

Ora, comparando a sentença proferida com os fundamentos em que repousa, parece-nos que é licito duvidar se o juiz, ao lançal-a, estava ou não no seu estado normal. Apontar os fundamentos da sentença, ainda que procedentes fossem, é convencil-a evidentemente da sua iniquidade.

Mas nem porisso deixaremos de entrar no exame do ultimo capitulo; não largaremos o nosso adversario sem o desalojar completamente de qualquer reducto em que pretenda intrincheirar-se.

«É um erro capital admittir que a propriedade possa transferir-se, independentemente da tradição.»

—Será; mas como o prova o nosso adversario? Examinemos as suas razões.

1.^a «Se não houverem (diz elle) 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, adquirir-a independentemente da aquisição effectiva e verdadeira, queremos dizer da posse real, ou livre possibilidade de a ter;

e sendo a má fé tão facil, e infelizmente tão commum entre os homens: qual o meio geral, a providencia para evitar essas fraudes, para infundir confiança nas relações da vida, para prevenir tantos conflictos?»

O argumento reduz-se portanto ao seguinte: a tradição é necessaria na transferencia da propriedade para evitar as fraudes, que podem nascer da falta de publicidade.

Ora, porque no systema contrário possa haver logar a fraudes, não se segue que não seja verdadeiro; porque a tradição póde contribuir para evitar essas fraudes, não se segue que não possa conseguir-se o mesmo fim por outros meios.

Demonstraremos em primeiro logar, que racionalmente a tradição não é necessaria para a transferencia do dominio; e em seguida, como essa tradição não preenche o fim desejado, e é necessario recorrer a outro expediente, como effectivamente recorreremos

Demonstra-se, que a propriedade não depende de tradição para ser transferida, pela razão muito simples de que o direito é uma relação metaphysica, uma ideia que depende unicamente do imperio da vontade intelligente e livre. O objecto do direito póde ser material, mas não é o mesmo direito. Se o direito residisse no seu objecto, a consequencia seria, que quem occupasse o objecto, fôsse qual fôsse o modo, adquiriria necessariamente o direito, o que nos conduziria á impossibilidade de toda a ordem social. Ora, se o direito reside na pessoa, se é uma con-

divis.) *naturali aequitati quam voluntatem domini volentis rem suam transferre ratam haberi*. Concorda a L. 9, ff. de acquir. rer. domin. Todos os escriptores de direito natural a têm adoptado, com rarissimas excepções. Veja-se Grocio, Samuel Coccei, Puffendorfio, Gundling, Burlamaqui, Heinccio, Martini, Barbeyrac, Felice, Ahrens, Belime, Dr. Ferrer, etc. etc.

Entre os rarissimos escriptores, que fazem excepção a este accôrdo geral, distingue-se Rotteck no seu *Direito da razão*; eis aqui os seus argumentos:

1.º «A propriedade não póde transmittir-se pela simples convenção, porque consiste na *união real* da cousa com o homem.

«Se a expressão *união real* quer dizer *união material*, confunde-se o direito com a posse, e sendo o direito uma relação metaphysica dependente da vontade livre, é evidente que póde transferir-se independentemente da posse.

2.º «Se a propriedade é transferida pelo contracto, a execução do contracto resulta da sua mesma formação; e então, se o vendedor é obrigado a entregar a cousa, não é como vendedor, mas como detentor da cousa d'outro; e a razão distingue estas duas hypotheses.»

Sem dúvida, emquanto á origem da detenção, existe essa differença; mas se o simples detentor é obrigado á entrega, muito mais ó fica sendo o detentor, que se constituiu 'nessa obrigação pelo contracto.

3.º «Se a propriedade é transferida *solo consensu*, de-

verá o acquirente supportar a perda do caso fortuito antes da entrega, o que não é justo.»

Mas não se prova que isso não seja justo. O mesmo Direito Romano, e Francez, como observa Belime, assim o ordenam. Pretende-se demonstrar *incertum* por *incertius*.

4.º «Se a cousa é vendida a dez pessoas ao mesmo tempo, talvez por diversos mandatarios, haverá dez proprietarios ao mesmo tempo.»

Se a cousa não foi vendida precisamente ao mesmo tempo, relogio na mão, não ha difficuldade; e se o foi, o que temos é uma bulra, um delicto, que merece severo castigo, mas que não pôde destruir a verdade do principio. Neste caso precisa a lei resolver o conflicto dos direitos obscurecidos pelo crime, e que não podem coexistir simultaneamente. Além d'isso a mesma collisão pôde dar-se no systema da tradição, mormente admittida a posse symbolica.

A unica razão intrinseca, que o nosso adversario apresenta para provar que a propriedade se não pôde adquirir sem tradição, é a seguinte: «que emquanto a tradição se não effectua, o contrahente não tem a cousa em seu poder e não pôde usar d'ella, e mesmo pôde acontecer, que nunca chegue a conseguil-a;—que 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* sôbre esse objecto, fruil-o, transformal-o, e dispôr d'elle como quizer; e outra cousa muito diversa é não ter ainda esse objecto, e não podêl-o ter sem que outrem

se preste a entregar-o. Imaginai um individuo com uma somma immensa de valores, que tenha de haver d'outros, e que nada receba; e esse individuo morrerá de fome se o seu crédito lhe não valer, ou se o não soccorrer o obolo da caridade.»

Temos a mesma confusão em que cáe Rotteck: não se distingue a *propriedade* da *posse*, e que os mesmos Romanos, bem que admittissem a tradição, não deixaram de distinguir — *Nihil commune habet proprietas cum possessione* (L. 12, § 1, ff. de acq. rer. dom.). Certamente o comprador, v. g., não poderá fruir objectivamente a coisa, emquanto não estiver de posse d'ella; mas nem porisso se segue, que o seu direito de propriedade não possa existir.

Similhante principio, sendo admittido, levar-nos-hia ao absurdo de negar todo o direito de propriedade, não se achando o seu objecto na posse material, effectiva e immediata do sujeito, ou não se dando essa união real do sujeito como o objecto de que parece fallar Rotteck; assim, o que tiver, v. g. no Brazil, na India, ou ainda a menor distancia, quaesquer valores, não será pela mesma razão proprietario — e *poderá morrer de fome se o seu crédito lhe não valer, ou o obolo da caridade*. A dependencia em que o comprador fica do vendedor, que se constitue mero detentor pela transferencia do direito, é a mesma em que o proprietario de qualquer coisa se acha em relação a qualquer outro detentor; e comtudo não se póde negar que o seu direito persiste.

Esta doutrina da transferencia do dominio pela unica força do consentimento, que tanto espanta e desorienta o nosso adversario, não é nenhuma utopia em estado de pura abstracção, como elle assevera; é mais do que isso; é já uma ideia encarnada, por assim dizer, na legislação vigente das nações mais civilisadas. É verdade, que apparece formalmente consagrada pela primeira vez no Código Francez, mas já, desde muito, práticamente era recebida no direito d'essa Nação, a quem se não póde negar o primeiro logar entre as Nações civilisadas: ouvi o que a este respeito nos diz um dos mais atilados Jurisconsultos Francezes ao art. 1138 do Código Francez. «A jurisprudencia anterior ao Código (assim se exprime), posto que contrária ao principio da transferencia da propriedade sem tradição, estava comtudo bem proxima d'ella no facto; e os Redactores do Código Civil não precisavam, para consagrar esta regra, (não na fórma mas na realidade) de mais que dar um passo.»

«O Direito Romano não admittia que o contracto e consentimento transferisse a propriedade ou o direito real: só creava a obrigação de o transferir—*dandi*; era necessario a *tradição*. A antiga Jurisprudencia Franceza havia admittido esta doutrina em principio; mas de facto a modificava singularmente, admittindo uma tradição fingida, que as partes podiam sempre operar á sua vontade, sem outra condição, que declarar que assim o queriam. Por exemplo: se vendendo-vos a minha casa sómente para vol-a

entregar no praso de tres mezes, seis, ou um anno, ou declarava despojar-se do direito no mesmo instante, e só continuaria a possuil-a em vosso nome: esta declaração chamada — *clausula constituti, precario, desaisine-saisine*, vos transferia a propriedade desde o mesmo instante, posto que a tradição só devesse ter logar no fim dos tres mezes ou de outro termo (Pothier, n.º 151, Vente, n.º 321). Vê-se pois que, conservando o principio, a ideia de que a propriedade se transmittia pela tradição, a antiga Jurisprudencia permittia ás partes transferil-a, quando lhe aprazia, pela unica força da sua vontade.

«Desde o momento em que se admitte, que o simples consentimento póde transferir a propriedade, e que de facto a transfere, quando as partes declaram querel-o, era facil chegar a dizer que a transfere sempre; era responder ás necessidades e aos costumes do tempo; porque é certo, que entre nós se tem sempre considerado a venda, v. g., como transferindo immediatamente ao comprador a propriedade do objecto vendido.»

Depois do Codigo Francez, muitos outros têm adoptado a doutrina do art. 1138; taes são os seguintes: Codigo Vadense, art. 839; Napolitano, art. 1092; Sardo, 1229, Hollandez, 1273; Luisiano, 1903, 1912, 1914; Projecto do novo Codigo Hespanhol, 981. Já se vê pois que a nossa heresia não é tão disparatada e extravagante como se representa.

Justificada a nossa doutrina no seu principio intrinseco

e racional; e sendo inquestionavel que a maior perfeição a que pôde aspirar o direito positivo é a sua conformidade como a *Philosophia do Direito*, ou seja com o *Direito Natural*, resta vêr se alguma razão imperiosa de conveniencia social, exige que essa *theoria* seja proscripta, ou de algum modo modificada.

O nosso adversario appresenta-nos graves considerações, que devem ser exactamente apreciadas.

«A tradição (diz elle) é indispensavel como signal que revele a transferencia do dominio, e previna as fraudes a que pôde dar logar um contracto, que unicamente se passa entre os contrahen'es, e que não tem a necessaria publicidade.»

Ora, se a tradição sómente se justifica como um meio de publicidade, forçoso será rejeital-a, porque de modo algum preenche o fim indicado.

Que é a tradição? É a entrega e posse da cousa. Ora, esta entrega e posse pôde effectuar-se entre as partes, da mesma fórma que o contracto, sem publicidade alguma, ou com ella tão circumscripta, mormente admittida a tradição *facta*, *symbolica*, e *constituto possessorio*, que mal se pôde considerar como tal. Demais, se a posse pôde existir separadamente do dominio, se a tradição não pôde conferir a propriedade senão precedendo *justa causa*, e sendo feita a *vero domino*, como pôde vêr-se 'nella o signal demonstrativo do dominio? Esse factio, como tal,

póde ter por certo um valor juridico, v. g., nos interdictos, nas prescripções; mas em si mesmo não póde representar o dominio. Os mesmos Romanos, exigindo a tradição na transferencia da propriedade, jámais lhe deram essa importancia: e tanto isto assim é, que emquanto existiu a sua propriedade, por assim dizer, *sagrada*, o dominio quiritario, e cuja transferencia importava sobretudo tornar pública, a tradição lhe não era applicavel, e se exigia a formula — *per aes et libram*, como mais adequada para o sobredito fim.

Ouçã o nosso adversario o que a este respeito diz um distincto Jurisconsulto Belga (Mr. Martou, no seu Commentario sôbre privilegios, hypothecas, Bruxel. 1855):

«Nas antiguidades do Direito Romano (diz elle) a alienação dos direitos reaes era acompanhada de fórmulas proprias para impressionar o espirito dos contrahentes e do público. Tal era a *mancipatio*, especie de processo solemne, que constituia o modo, por excellencia, de adquirir o dominio quiritario: tal era tambem a *in jure cessio*, que consistia em uma reivindicação ficticia, intentada contra o vendedor pelo comprador, como unico e verdadeiro proprietario do objecto do simulado litigio.»

«Estas formalidades tinham a vantagem de patentear a transmissão dos direitos reaes; mas traziam embaraços muito incommodos ás relações da vida civil. E porisso foram pouco e pouco abandonadas e substituidas por uma

instituição do Direito Pretorio, a *tradição* ou immissão do requerente na posse.

«A tradição é sem dúvida o modo mais natural de renunciar a propriedade e investir 'nella outrem, mas não conduz senão a uma publicidade mui imperfeita. Para que se operasse a tradição, bastava que o adquirente possesse o pé no prédio com a intenção de o possuir. Podia este facto esclarecer terceiro? A posse do adquirente não pôde instruir o público no mesmo momento da transferencia da propriedade: para que produza este effeito, é preciso que se prolongue por um certo espaço de tempo. A tradição Pretoria não valia pois, no ponto de vista da publicidade, o systema que os Romanos haviam organizado no primitivo estado da sua legislação. E menos valiosa se tornou ainda, quando no periodo imperial se admittiu que no acto de alienação se podesse convencionar a tradição da propriedade: por outros termos, quando a tradição verdadeira e material foi substituida por uma tradição ficticia. Desde esse momento, as transferencias tornaram-se completamente occultas, á excepção das doações que deviam ser insinuadas, isto é, transcriptas nos registros publicos (L. 25, Cod. de Donat.).

«Esta clandestinidade abriu uma vasta carreira ás fraudes. Vendiam-se os immoveis alheios, gravavam-se de hypothecas propriedades já alienadas ou já gravadas. Nada podia premunir as transações contra as subtlis manobras da má fé. Para remediar taes desordens, promulgaram

os Imperadores pênas terriveis contra o stellionato (L. 21, ff. de L. Corn. de falsis, *Cujac.* ad Pandect, L. 47, t. 21, *Perez* in Cod. de crim. Stellion. n.º 3) e as leis criminaes se propozeram reprimir o que as leis civis não podiam prevenir. Esta ultima phase da Legislação Romana mostra até que ponto a publicidade dos direitos reaes se torna uma necessidade.»

A tradição apparece na Legislação Romana, assim como se acha em quasi todos os povos antigos, como um meio natural de adquirir, porque a distincção da posse e propriedade é uma abstracção um pouco superior á rudeza do seu espirito. Mas, depois que o estado da sociedade, progredindo, tornou indispensavel essa distincção, a tradição achou-se necessariamente reduzida a representar um papel mui secundario na transferencia do dominio, tornou-se inefficaz sem a transferencia do direito pelo acto da vontade do tradente e acceitante, assim como o direito não poderia ser transferido se não por aquelle a quem na realidade pertencia. Desde então a simples posse só póde servir (em relação aos objectos occupados) para base da prescripção, havendo titulo justo e bôa fé, ou para regular os interdictos possessorios, ou para resolver os conflictos de direitos nos casos de bulra; mas não foi conservada no direito como um meio de publicidade, que não póde ministrar.

E tanto isto assim é, que quasi todas as Nações civilizadas, que têm conservado o principio inexacto de que

o dominio se adquire pela tradição, nem porisso têm prescindido d'outros meios de publicidade, sem dúvida porque aquelle meio lhe pareceu insufficiente.

E que responde a isto o nosso adversario? Diz-nos que o Brazil e Portugal, até agora tem vivido menos mal sem essas innovações . . . Quem assim argumenta, apenas merece resposta. Diremos comtudo, que se no Brazil se não sentem os males d'essa falta de publicidade, especialmente nas transferencias da propriedade immobiliaria (a) não acontece assim em Portugal. Sem essa publicidade, o crédito predial é impossivel; e esse crédito é indispensavel á prosperidade agricola.

Foi compenetrados d'esta ideia que procurámos substituir ao systema da tradição, contrário aos principios do direito phylosophico, e inteiramente inutil' neste ponto de vista, o systema do registro das *transmissões*, a exemplo d'outras Nações civilisadas. Não se atrevendo a sustentar que o meio que adoptámos não seja realmente mais efficaç, sáe-se com isto. «O que fizeste nada vale, porque ficastes muito áquem do que outros têm feito. O que se tem feito em todas as Legislações modernas, regulando a constituição e transferencia dos immoveis em relação a terceiros, consiste na manifestação pública de todos os

(a) As asserções do Sr. Freitas são desmentidas pelas discussões que tem havido no Parlamento brasileiro por occasião da Refórma hypothecaria, proposta pelo nosso illustre amigo e distincto Jurisconsulto o Ex.^{mo} Sr. José Thomaz Nabuco de Araujo.

movimentos d'essa grande propriedade, já passando do dominio d'um para o dominio d'outro, já ficando limitada pelo effeito immediato dos differentes direitos reaes (*jura in re aliena*) elementares do mesmo dominio. Ora, o Projecto só quiz dar aos contractos, e nada mais, uma existencia pública.»

Sem dúvida, não passámos além da transmissão por acto entre vivos, ou contractos; mas assim mesmo teriamos, em quanto aos immoveis, removido os inconvenientes, que o nosso adversario attribue infundadamente á falta de tradição. Conhecemos tudo o que se tem feito na Europa em favor da publicidade da propriedade; bem sabemos, que ficámos muito áquem; mas se não fizemos tudo, fizemos alguma cousa: abrimos caminho a ultteriores melhoramentos; e, se não fomos mais longe, é porque cedemos a considerações de opportunidade, que é desnecessario expender 'neste logar. Por emquanto basta para responder ao nosso adversario, que se 'nesta parte fizemos pouco, elle ainda fez menos com o seu systema falso e mesquinho da tradição romana.

Mas, insta o nosso adversario, como supprir a falta da tradição na propriedade mobiliaria? Ahi não ha registro; e se a posse nada vale, mas sómente o contracto, a consequencia será que ninguem se poderá considerar seguro nas suas aquisições. Um contracto com data anterior virá arrebatat-vos a cousa que tinheis já em vosso poder, e consideraveis portanto como vossa. É literalmente o que se contém no vosso artigo 812, que diz assim: «Se a

cousa transferida pelo contracto for alienada de novo pelo obrigado em proveito de terceiro, poderá o lesado reivindicar-a como sua que é.»

É verdade que se acha esse artigo assim concebido na primeira edição do nosso Projecto. Era uma consequencia logica do principio da transmissão pelo simples consenso, que havíamos adoptado; mas, reflectindo que era indispensavel modificá-lo no caso de bulra, de fórma que se evitassem as fraudes a que poderia dar causa, reformámos esse artigo na segunda edição, fazendo referencia ao artigo 1644, e 'neste mesmo artigo será supprimida a *prioridade da data*, e prevaleceria unicamente a prioridade da posse.

Mas ainda que admittamos a posse como meio de resolver o conflicto no caso de bulra, nem porisso deixará de ficar em ser o principio adoptado da transferencia do dominio pelo consenso. É uma excepção determinada por considerações de interesse público, e nada mais. Os interessados, prevenidos de que no caso de fraude prevalecerá o primeiro possuidor, poderão, não tendo a necessaria confiança no alienante, segurar-se com a posse; de contrario a si imputem o prejuizo que soffrerem, e não á Lei, que os previne.

Assim pois cahem por terra todos os argumentos, de que o nosso adversario se prevalece contra a doutrina do consenso para sustentar a sua doutrina da tradição. Mas enganámo-nos; resta ainda um de que não fallámos.

«Verdade é, diz elle, que muitos escriptores Francezes,

em frente dos quaes avulta o respeitavel Troplong, ainda encarecem actualmente o valor d'essa palheta dourada, que reputam um condão do Direito Francez, levando o seu fanatismo a ponto de ainda o julgarem com vida para regular as 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 registada, essa venda necessariamente prevalece á primeira, que não foi registada? Que maldicta propriedade será essa, que fica irrevogavelmente transferida entre o vendedor e o comprador, se aquelle a pôde a *seu salvo* revender e transferir de novo, aproveitando-se da falta ou demora do registo da primeira venda? Concede-se que alguém possa transferir a outrem uma propriedade, que já alienou? »

Não ha em todo este aranzel mais que sophisma e confusão de ideias. O principio é que a propriedade se transfere pelo consenso; porém, como aos olhos da sociedade é preciso que este consenso se torne público, e seria iniquo fazer pesar sôbre terceiro as consequencias de um factó occulto, ou que elle não podesse conhecer, era justo e consequente ordenar um meio de publicidade, que prevenisse essas surpresas, ou estabelecer tal principio, que habilitasse os mesmos interessados para evitar essas surpresas.

'Neste presupposto, diz a Lei, se quereis evitar qual-

quer damno, que possa occorrer, registrai o vosso contracto, se for de cousa immovel, e se versar sôbre movel, assegurai-vos com a posse: se o não fizerdes assim, prevalecerá o primeiro registro, prevalecerá a primeira posse. Que ha ahí que altere o principio do consenão. O principio fica verdadeiro em toda a sua extensão; e tanto assim é, que se fôr prejudicado será sómente porque uma das partes prescinde do seu direito, deixando de cumprir com as formalidades da Lei.

O que vendeu uma vez, não fica com *poder*, juridicamente fallando, *de vender* e menos *a seu salvo*. Se o faz commette uma bultra, um crime, e deve ser punido; não é a sua vontade que opéra uma transferencia que já não podia operar: 'neste caso é a Lei que a effectua, sanccionando um facto em si illegitimo, e que na verdadeira censurá do direito não deveria proceder. Mas fóra d'este caso o consenão deve produzir todo o seu effecto; nem o alienante poderá de modo algum recusar ao acquirente a entrega da cousa que lhe pertence; assim como todo o risco da cousa deve correr por conta do mesmo acquirente.

Accrescenta o nosso adversario: «que, sendo a propriedade um direito absoluto, um direito *adversus omnes*, implica contradicção a supposta transferencia de uma propriedade, que não tem este character essencial, e que só produz effecto entre as partes contractantes. Effecto parcial é aqui impossivel, senão concebe-se a propriedade sem a inseparavel ideia de um *direito absoluto*; e quando

o legislador intenda que póde determinar o contrario, a propriedade deixará de ser propriedade: é falso que exista propriedade.»

Certamente, a propriedade é um direito absoluto no sentido de que deve ser respeitado por todos; mas este character assim generico só póde entender-se no estado normal do direito: quando esse direito a todos é patente e manifesto. É porisso que, rigorosamente, o direito de propriedade, no ponto de vista objectivo, se não póde dizer propriamente um direito absoluto; direito absoluto só póde dizer-se o direito de apropriação, porque é evidente a todos, que sem este direito o fim do homem é impossivel, e até a sua mesma existencia: mas, se descermos ao facto; se attendermos a tal, ou tal objecto apropriado como o vinculo moral, que o prende á pessoa, póde ser equivoco ou desconhecido, é claro que 'neste caso o direito não póde apresentar o mesmo character; e para o ter, é indispensavel que a sociedade ou a Lei declare quaes são as condições que deve reunir para ser havido como tal: e d'aqui a justificação das Leis que regulam a propriedade, e a razão com que de alguma fôrma se tem dicto que a propriedade é filha da Lei, e com ella póde perecer. Sendo isto assim, nada obsta a que, segundo as circumstancias, tal propriedade, objectivamente encarada, possa apparecer debaixo de um character relativo, ou não absoluto. Eis aqui um exemplo: O prédio B pertence ao sujeito A; C entra de posse por um titulo havido a *non domino*, mas com boa fé; passa um certo numero de

annos e C prescreve o prédio ; 'nestes termos sómente C é auctorizado a repellir o direito do sujeito A. Se este d'elle não quizer aproveitar-se, nenhum outro poderá desconhecer o seu direito. E porque se verifica esta excepção? por virtude da Lei, que, attendendo a um motivo de interesse público, declara aos proprietarios, que a sua negligencia pôde importar a perda da propriedade. No caso a que se allude dá-se o mesmo. A Lei diz ao adquirente: a propriedade adquire-se pelo consenso; mas para te segurares contra qualquer fraude, que commetta o alienante, trespassando a cousa a outrem, registrarás o teu contracto, sendo a cousa immovel; ou cuida em metter-te de posse, sendo movel; de contrário, havendo bulra, prevalecerá o primeiro registro, ou a primeira posse. Aqui, como na prescripção, ha um direito perdido por força da Lei, mas que sem dúvida existia, pois que o alienante em nenhum outro caso poderia subtrahir-se á entrega da cousa: ha uma especie de prescripção instantanea, como os Jctos francezes dizem, explicando o principio — *en fait de meubles possession vaut titre*.

Mas 'neste caso, diz o nosso adversario, a propriedade deixa de existir. Certamente; mas se tal caso se não dér, se a cousa fraudulentamente não for alienada, o direito persiste entre os contrahentes; e quando se diz que assim persiste, não se diz que possa existir em ambos a hypotese simultaneamente, porque uma exclue a outra.

Accrescenta o nosso adversario: que, não havendo segunda alienação, não é mistér inventar que a propriedade

se transfere, basta a obrigação *ex contractu*; e é absurdo admitir reivindicação sem posse adquirida. Já vimos como o absurdo só existe 'nesta opinião, porque nas transmissões entre vivos não póde transferir-se o direito senão por effeito do consentimento, como ideia immaterial que é: e agora accrescentaremos, que o absurdo que se vê na reivindicação sem posse adquirida e perdida, só póde dar-se no espirito de quem absurdamente confunde o direito com a posse, ou materializa o direito de modo, que o não sabe discernir do seu objecto. Absurdo e êrro juridico vemos nós n'estas palavras; pois que, ainda mesmo no direito constituido, é certo que póde dar-se reivindicação sem que tenha existido posse effectiva. Por esta fórma é claro, que nenhuma acção de reivindicação poderia ter logar no direito successorio, pois que é certo que 'nessa parte a propriedade se transfere, independentemente da posse effectiva. E não venha o nosso adversario com a invenção da posse civil, pois que, na ordem das suas ideias, a tradição consiste sómente na posse real e effectiva. A posse civil não foi imaginada senão para regular os effeitos da transmissão do direito, mas não para formar a transmissão do mesmo direito. Supponha-se, que um herdeiro vende o seu direito de herança — será preciso, para que o comprador o adquira, que obtenha primeiramente a sua posse? Ninguem o dirá.

Debalde se luta, repetiremos com o nosso adversario, contra a natureza das cousas. A propriedade nas tñsmiões entre vivos não póde adquirir-se, por via de re-

gra, senão pelo consenso; e a reivindicação, como meio de recuperar o que é nosso, não depende necessariamente de uma posse, que póde não ter existido, visto que o direito póde existir independentemente da mesma posse.

Os maleficos effeitos da aberração dos verdadeiros principios, em quanto á transmissão da propriedade entre vivos, revelam-se na arbitrariedade, que reina nas legislações *tradicionarias*. As contradicções apparecem aos montes, porque a Lei diz uma cousa, e a razão ensina o contrario.

Se a propriedade só se adquire pela tradição nos contractos, segue-se: 1.º—que, emquanto essa tradição se não effectua, a cousa necessariamente pertence ao alienante; e por consequencia póde livremente dispôr d'ella em favor de outrem. E que fez o Direito Romano? Para illudir a consequencia viu-se obrigado a imaginar tradições fingidas e symbolicas, que se reduzem a tornar immediatamente effectivo o consenso das partes, independentemente da tradição (Veja. Pothier, *De la propriété*, n. 155 e seguintes; Delaurière, *Glossaire verb. Vest et devest, saisine*; Lord Kaimes 2.º *Essai sur l'origine des lois*). Segue-se: 2.º—que todo o risco será por conta do alienante. —E que determinava o Direito Romano? Que o risco fosse por conta do acquirente (Veja. Dig. *de peric. et commod. rei venditae et non trad.*); e para justificar esta contradicção recorrem os Jctos ao principio — *debitor rei certae ejus interitu liberatur*, que nenhuma applicação aqui podia ter (Veja. Pothier, *Vente*, n. 308), etc.

•

As legislações, que seguem o principio contrário, não laboram 'nestas contradicções, porque têm o seu fundamento na mesma natureza do Direito.

O nosso adversario acha monstruosa e irracional a doutrina do Direito francez, emquanto nas execuções permite a separação da cousa vendida e não entregue. Mas em que se funda? Em que não póde haver reivindicação, porque, não tendo havido posse, não póde haver dominio. Vae coherente com o seu systema, mas que degraçadamente — *corruiť ab imis fundamentis*.

Aqui damos fim a esta enfadonha tarefa: as ultimas páginas da censura contêm apenas uma especie de Epilogo em que o A. *consolida* as injúrias, improperios e arguições, espalhadas profusamente pelo decurso de sua diatribe. Ora, as arguições ficam sobejamente discutidas, e as injúrias e improperios, como reconhece o nosso mesmo adversario, não podem ter senão uma resposta — o desprezo.

FIM.

NOTA FINAL

Sobre as divisões bifurcadas.

« Só o numero quaterno da sua divisão mestra (diz o nosso adversario a pag. 82), ou o ternario da sua divisão da Parte 2.^a 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. »

Não tencionavamos dar consideração alguma a semelhante censura, mas, tendo ultimamente passado pelos olhos a *Chrestomathia* de Bentham, em que o nosso adversario bebeu as suas ideias sobre esta materia, pareceu-nos conveniente entrar em alguns desinvolvimentos, e mostrar a inconcludencia de semelhante doutrina.

A ideia de reduzir as *divisões logicas* a formas regulares e uniformes não é nova: mas emquanto uns têm partido da verdade objectiva, outros têm procurado na *realidade* das ideias geraes — na virtude dos numeros, e na sua symetria, o typo da boa divisão, decidindo-se uns pela

fôrma *dychotomica*, como Ramus e os seus sequazes (a); outros pela fôrma *trichotomica*, como o celebre Hegel (b); outros pela fôrma *tetrachotomica*, como o mathematico Ampère (c); outros finalmente, como o Imperador Justiniano (d) e Affonso X, pela fôrma *heptachotomica* (e).

O bom senso commum tem porém justificado essas opiniões extravagantes, e a doutrina geralmente recebida é que a bondade da divisão consiste na omni-compreensão da cousa dividida — ou na sua *integridade* como dizem os logicos, e não em ser *bifurcada* ou *multifurcada* (f).

E quaes são as razões em que o nosso adversario funda a excellencia da divisão bifurcada? — «É (diz elle) porque a prova da qualidade exhaustiva só pôde ser fornecida pela

(a) Vej. *Institutiones Logicae e Animadversiones Aristotelicae*.

(b) Vej. Proudhon (o socialista) no seu livro *Création de l'ordre*.

(c) Vej. o seu livro sôbre a Classificação das Sciencias.

(d) Justiniano dividiu os Digestos em sete partes; para conformar-se, diz elle, na L. de *Conformat. Digest.*, com as regras da arte, e perfeição numero.

(e) Affonso X seguiu o exemplo de Justiniano, mas no seu exordio enumera, uma por uma, as excellencias do numero septenario. O nosso adversario confere as honras de *Santo* a este Monarcha, mas não sabemos com que bullas. Sôbre as virtudes e excellencias dos numeros podem os curiosos ver — O Commentario de Marcilio Fiscino sôbre o *Cratilo* de Platão: o nosso D. Francisco Manuel de Mello, *Arte Cabalística* — Beerlink, *Theatrum vitae humanae*, verb. *Numerus*, etc.

(f) V. La Logique de Port-Royal, P. 2, C. 15 ou qualquer outra.

divisão bifurcada, onde o signal da negação seja empregado em um ramo de cada par. É o que se póde chamar fórmula contradictoria. Este methodo de bifurcação exhaustiva, além da vantagem de fornecer a prova de sua omni-comprehensão, possui ainda uma outra muito importante, qual a de saber fixar a extensão de cada um dos ramos, estabelecendo de uma maneira clara e distincta as relações mutuas dos dois ramos entre si, como as que existem entre cada ramo e o todo dividido. As primeiras são relações de diversidade e separação, as segundas de identidade e coincidência.»

Ha em tudo isto erro e confusão de ideias, ou falsa applicação de principios aliás exactos.

A divisão bifurcada não póde offerer em si mesma o criterio da omni-comprehensão, senão quando o segundo ramo é negação absoluta do primeiro, como se póde vêr na tabua Pythagorica de Alcmeon, ou em qualquer proposição affirmativa, oppondo-lhe a correspondente negativa. Mas 'neste caso, o unico em que seguramente ha *exhaustão*, não se dá o que se chama divisão logica, ou de um todo homogeneo (em latim *omne*), dá-se antes separação ou distincção por opposição; e porisso, com toda a exactidão diz Bentham, que estas relações são de *diversidade* e *separação*. Na divisão logica de um todo é forçoso, que haja identidade e coincidência a certos respeito, postoque a respeito de outros é forçoso, que haja dissimilhança ou differença, pois que de outra sorte a divisão seria impossivel. É assim que os logicos dividem

qualquer todo em generos e especies. Se um todo comporta subdivisões, a primeira divisão classifica os generos, e a subdivisão dos generos classifica as especies : mas, tanto nos generos como nas especies, é forçoso que haja identidade e differença. Ora, toda a differença, ou seja no genero ou na especie, importa necessariamente a negação da qualidade que constitue a differença nos outros individuos do mesmo todo : e debaixo d'este ponto de vista não ha differença que não seja exhaustiva. Seja ou não expresso o signal da negação.

Exemplo 1.º A extensão, segundo os Geometras, divide-se em — linha, superficie e corpo ou sólido. Na linha ha extensão, na superficie ha extensão, no corpo ha extensão; aqui temos a relação de identidade e coincidência ; mas a linha differe da superficie porque 'naquella considera-se sómente o comprimento, e 'nesta o comprimento e largura ; e o corpo differe da linha e da superficie, porque se considera a extensão no comprimento, na largura e na profundidade. Isto mesmo se póde verificar na divisão do triangulo, em quanto aos lados — em *equilatero*, *isocetes* e *scaleno* ; e em quanto aos angulos, em *oxigono*, *rectangulo* e *amblygono*. Aqui temos pois que cada um d'estes ramos exclue necessariamente o outro como tal, pois que de outro modo a differença desapareceria e por consequencia a possibilidade da divisão. E será esta divisão trifurcada exhaustiva ? Sem dúvida, pois que na extensão ou no triangulo não se podem conceber senão as qualidades mencionadas.

Pedro Ramus reduz a divisão de extensão á fórmula bifurcada do modo seguinte :

*Magnitudo est linea, vel lineatum ;
Lineatum est superficies, vel solidum.*

Não ha aqui differença alguma senão na introdução de um termo fantastico — *lineatum* — para dar logar á divisão bifurcada. Entretanto poderemos nós dizer, que a segunda fórmula é exhaustiva, e que a primeira o não é, porque não apparece o signal da negação. Seria um absurdo, pois que as ideias são identicas, e só ha differença no seu enunciado.

Exemplo 2.º Jussieu dividiu o reino vegetal em tres ramos :

Acotyledones
Monocotyledones
Dicotyledones.

Decandolle (a) julgou, que devia reduzir esta divisão trichotomica á fórma dichotomica, e disse — os vegetaes são :

Cotyledones ou *acotyledones* :

Os cotyledones são :

Monocotyledones ou *dicotyledones*.

(a) Vej. *Flora Francaza* de Lamarck e Decandolle, e a *Botanica Elementar* de Decandolle.

Que ha ahi na segunda divisão que não esteja na primeira? Por que razão a segunda é exhaustiva e a outra não? Se a primeira o não é, tambem o não será a segunda, porque são identicas, e só differem no seu enunciado.

É evidente pois que não é a fórmula que nos póde certificar da *exhaustão*, mas a omni-compreensão da divisão, ou esta seja bifurcada, ou multifurcada. E 'nisto convem o proprio Bentham, apezar da sua predilecção pela fórmula *bifurcada*: « se não se lhe ajunctar, diz elle, a prova da omni-compreensão, não offereceria mais vantagens, que as divisões *multifurcadas*, e podem ser egualmente incompleta »; e em outro logar: « é sobretudo na divisão do ramo *pneumatologico*, que talvez se tirará mais vantagem da bifurcação, porque este ramo comprehende principalmente as operações do espirito humano, e os effeitos produzidos por este instrumento são nada em numero e variedade em comparação d'aquelles, que produz a natureza. »

Mas como tirar a prova da omnicompreensão da bifurcação? A prova tira-se, responde, com Bentham, o nosso adversario, applicando a negação a um dos ramos de cada par. Vejamos o que isto significa no exemplo que Bentham nos offerece, e no exemplo imaginado pelo nosso adversario.

Exemplo de Bentham. Para dividir, diz elle, um tronco em dois ramos, que dêem prova da sua omni-compreensão, é preciso escolher alguma propriedade, que uma parte

do todo possua, e outra não, a fim de se poder applicar a fórmula contradictoria, e dizer de um ramo: *o objecto d'este ramo é dotado d'esta propriedade*; e do outro: *o objecto d'este ramo não é dotado d'esta propriedade*. Tome-se a *Posologia*, ou sciencia que tracta da quantidade dos corpos. A propriedade que escólho é a da consideração das relações da quantidade com a fórma dos corpos; e digo: o primeiro ramo da arte e sciencia, comprehendida 'neste tronco, tracta da quantidade relativa á fórma dos corpos, e o objecto do segundo é a quantidade sem attenção ás suas relações com a fórma; e divido a *Posologia* em *morphoscopica* e *alegomorphic*. É evidente que esta divisão é exhaustiva, porque se não póde nomear ramo algum da *Posologia*, que não seja comprehendido em algum d'estes ramos.

Ora, se a divisão é exhaustiva, porque se não póde nomear ramo algum que não seja comprehendido na mesma divisão, não é a fórmula que nos dá a *exhaustão*, mas a realidade das cousas, que nem sempre se governa pelas nossas concepções.

Se a propriedade antithetica não for bem escolhida, a bifurcação poderá dar-nos um resultado erroneo, como o mesmo Bentham reconhece.

E demais, ha muitos casos em que esta divisão, por antithese formal, não é possível; por exemplo, nas distincções de faculdades, qualidades e relações accidentaes de qualquer substancia.

Por ultimo, a contraprova indicada será uma regra de

composição, mas não uma regra de verificação; porisso que a mesma verificação precisa de ser verificada de outro modo.

Exemplo do nosso adversario. O nosso adversario concede-nos, que a nossa divisão méstra, *tetrachotomica* ou *quarternaria* póde ser verificada pela bifurcação exaustiva, transformando-se da maneira seguinte:

*O direito é
adquirido ou não adquirido.*

*O adquirido é
fruido ou não fruido.*

*O fruido é
violado ou não violado.*

« Não é possível (é phrase do nosso adversario) aberrar mais, nem tanto ». Se a divisão deve necessariamente conter os diversos elementos de um todo, e o direito, que não é adquirido, nem fruido — não é direito, mas a negação do direito, ou nada; fica evidente o absurdo da hypothese. — O nada não póde ser parte do que existe — e porisso já os escolasticos diziam — *negationes et privationes, sumptae per se, genera et especies esse non possunt* (a).

(a) Vej. a Logica de P. Balthazar Telles, P. 1. Disp. 6, Sec. 2. n. 2.

No schema supra — ha repugnancia absoluta entre os dois ramos — o nosso adversario pensou que illudia essa absoluta repugnancia, appresentando as ideias em concreto, ao modo dos antigos Pythagoricos, ainda um pouco atrasados em materia de generalizaçao ; mas a verdade é que a ideia do *direito*, sobre, que faz recahir a qualidade negativa, que deve constituir a differença, é totalmente excluida por essa qualidade; e por consequencia não póde haver divisao.

Não ha pois em tudo isto mais que um vão paralogismo, que nada póde provar, nem contra provar.

Terminaremos esta nota, já demasiadamente extensa para o seu objecto, com algumas palavras de Nicole, na sua arte de pensar, com as quaes nos conformamos inteiramente. « Ramus e os seus sequazes, diz elle, tem-se atormentado para mostrar, que todas as divisoes devem ter unicamente dois membros. Quando isto se poder fazer commodamente será o melhor ; mas a clareza e facilidade é aquillo a que mais se deve attender nas sciencias ; e não se devem rejeitar as divisoes em tres membros, e em mais ainda, sendo naturaes ; ou quando fôr necessario recorrer a subdivisoes forçadas para se fazerem sempre em dois membros. Então, em vez de ajudar-se o espirito, que é o principal objecto da divisao, opprime-se com um grande numero de subdivisoes, que são muito mais difficeis de reter, do que fazendo logo a divisao com mais ramos. »

Não é pois sem razao que Saunderson, J. Harris, Watt, Reid, Kaimes, têm mettido a ridiculo a bifurcaçao exclusiva.

Sobre a impossibilidade, que o nosso adversario descobre, de que uma divisão possa estar em diversa gradação da sua sub-divisão, reservamo-nos para responder-lhe, quando nos provar a sua asserção ; se não bastar para convence-lo do seu erro a opinião em contrario do proprio Bentham, que é confôrme com a doutrina e prática dos maiores philosophos antigos e modernos.

ERRATAS

<i>Pag.</i>	<i>Linh.</i>	<i>Erros</i>	<i>Emendas</i>
10	12	asserção	arguição
18	8	inteiramente	intimamente
30	3	<i>jus</i>	<i>jura</i>
70	6	ordinariamentos	ordinariamente
90	16	depois da palavra — respeito —	<i>acrescente-se</i> — a
		estes	
»	19	empregos	conjuges
»	»	supprimam-se as palavras — a estes actos	
98	23	precedencia	procedencia
123	<i>in fine</i>	Senoveri	Genovesi
126	19	causas	cousas
127	23	deverá	devêra
128	15	presente	jacente
132	8	passivas	possiveis
152	9	o parenthesis — (quando existisse) — deve ser col-	
		locado depois da palavra — defeito	
156	25	outra	unica
160	24	intono	entono
165	2	puro e applicado	em puro e applicado
»	3	parcial	peçoal
172	16	cousas	causas
176	»	na nota falta a chamada — (a)	
»	»	a formulou	o acceitou
177	»	na nota a primeira palavra — tregene —	<i>leia-se</i> —
		regente	
180	5	Circito	Direito
190	19	devem ser tomados	deve ser tomado