

DISSERTAÇÃO INAUGURAL

PARA O ACTO

DE

CONCLUSÕES MAGNAS

NA

FACULDADE DE DIREITO

DA

UNIVERSIDADE DE COIMBRA

POR

Lucas Fernandes Falcão



COIMBRA

IMPrensa DA UNIVERSIDADE

1868

MEMORIA

DE

D. MARIA LEOPOLDINA DO AMARAL

O céo é a patria dos anjos, e por isso muitas vezes Deos entra no seio d'uma familia, e leva para si os seres que ella mais amava e para quem vivia.

Vós ereis um d'esses seres. Os vossos talentos, e sobre tudo a candura e pureza inexcitaveis da vossa alma, faziam com que fosseis a alegria e gloria de vossos paes, e a admiração de todos os que vos conheciam. Hoje, que vossos paes choram amargamente a vossa falta, permiti que eu tambem inscreva uma palavra de saudade numa das primeiras paginas d'este livro, que é mais obra vossa do que minha; porque, se não foreis vós, o auctor não se teria elevado um pouco acima do pó da terra em que nasceu e viveu os primeiros annos da sua existencia. Bem o sei: o livro não é digno de vós, porque é imperfeito e incompleto. Mas, assim como o vosso ardente amor pela verdade, pelo bem e pelo bello, profundamente gravados na vossa alma, vos faziam triumphar dos obstaculos materiaes que

se oppunham á sua traducção externa; do mesmo modo, eu, colhendo forças do vosso exemplo, procurarei aperfeiçoar e completar uma obra que recorda a vossa passagem sobre a terra. Assim esta minha esperança não seja mallograda pelo pouco valor do monumento que vos dedico.

Não ha ainda muitos dias que tínhamos tenção de fazer um prefacio a este livro, em que expozessemos em largos traços a conveniencia de profundar certas doutrinas do direito, sem a perfeita intelligencia das quaes esta bella sciencia, que governa o homem, considerado individual e socialmente, pode degenerar em especulações mais ou menos ocas, ou numa pratica rotineira e materialista, que a degradam. Este trabalho é-nos hoje impossivel, e por isso, appellando para melhores dias, limitar-nos-emos a pedir a indulgencia de nossos dignissimos mestres para uma obra certamente imperfeita, mas que, ainda assim, procurámos, quanto em nós coube, tornar digna da corporação, a que desejamos pertencer. Ás pessoas entendidas na materia, que tiverem o incommodo de ler este livro, pedimos com o maior empenho que por sua bondade nos indiquem os defeitos e lacunas que nelle encontrarem, porque, se o concurso de todas as in-

telligencias é sempre util nas diversas produções do espirito, muito mais o é num ramo da sciencia ainda em estado de formação, e reputado pelos grandes jurisconsultos de todas as nações como o mais difficil da difficillima sciencia do direito. Com esta collaboração fraternal ganhariam a sciencia e o paiz, e o auctor se daria por bem pago do trabalho e sacrificios que as obras d'esta natureza custam entre nós a quem as emprehende.

ARGUMENTO

Quaes os principios de direito internacional privado em que deva basear-se a reforma da respectiva legislação patria?

PARTE GERAL

DO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO

PARTE GERAL

DA HISTORIA E PRINCIPIOS GERAES DO DIREITO
INTERNACIONAL PRIVADO

CAPITULO PRIMEIRO

Da historia do direito internacional privado

SECÇÃO PRIMEIRA

**Da historia do direito internacional privado
na antiguidade**

1 Tendencia da legislação dos povos modernos para a unidade, e causas que obstaram a ella entre os antigos. 2 Grande diversidade que deviam apresentar as suas leis. 3 Maneira por que se decidiam os conflictos que entre ellas se levantavam. 4 Numero limitado de prescripções da legislação romana sobre os conflictos. 5 Sua enumeração, na parte relativa ao direito. 6 Indicação de outras relativas á interpretação dos contractos, e á differente capacidade dos *cives, latini et peregrini*. 7 Instituições do processo, e grande separação que houve ao principio entre os cidadãos romanos e os estrangeiros. 8 Extinção d'esta separação, e unidade de legislação.

1 A tendencia que se observa na legislação dos povos modernos para a unidade explica-se facil-

mente pela origem commun das suas leis (1), e pelas relações activas que entre elles existem, donde resulta certa communhão de vida, de ideas, e de sentimentos (2), que acabará um dia por triumphar dos obstaculos materiaes e moraes que ainda hoje os separam. O espectaculo que sob este respeito nos offerecem as nações da antiguidade é inteiramente diverso, porque a mingoa de productos do solo e da industria, a similhança d'esses mesmos productos, e a difficuldade de communicações fizeram com que se conservassem durante muitos seculos

(1) É inquestionavel que o direito romano é a fonte do direito civil moderno, e que será difficil encontrar neste instituição a que naquelle não corresponda outra similhante. Este trabalho de paciente confrontação encontra-se feito em M. Biret, *Applications au Code Civil des Institutes de Justinien et des Cinquante Livres du Digeste*, 2 vol., Paris, 1824; e tambem nos *Codes et Lois Usuelles* par MM. Augustin Roger et Alexandre Sorel, 1 vol., Paris, 1866.

(2) Facilmente nos convenceremos d'isto, se attendermos a que o viajante, que visita as diversas nações da Europa, America, e ainda os logares da Asia, Africa e Oceania, onde ha estabelecimentos europeos, em toda a parte encontra as mesmas instituições civis, scientificas e artisticas; e, o que é muito mais, a mesma alimentação, vestuario, etc., salvas alterações insignificantes, procedentes da natureza do clima. As mesmas instituições politicas, que á primeira vista parecem differir essencialmente umas das outras, apresentam entre si notavel similhança.

num estado de insulamento quasi completo. D'este insulamento resultaram, como era de esperar, as vocações especiaes que caracterisaram aquellas nações (1), a desigualdade da sua civilisação, e uma antipathia tão profunda, que, passando de geração em geração, ainda hoje, desgraçadamente, se não acha de todo extincta (2).

(1) Ninguem de certo confundirá a vocação *guerreira* dos medos e persas com a vocação *mercantil* dos phenicios e carthaginezes; nem a vocação *scientifica*, e sobre tudo *artistica*, dos gregos com a vocação *essencialmente juridica* dos romanos.

(2) A natureza especial d'este nosso trabalho, restricto ao estudo do conficto das leis internacionaes, não permite que desenvolvamos as proposições apresentadas no texto; mas quem quizer ver nos escriptores coevos as ideas erroneas que os povos mais civilisados da antiguidade tinham sobre a escravidão e sobre o commercio, tomada esta palavra na sua accepção lata e restricta, veja Aristoteles, *Politique* (traducção franceza de J. B. Saint-Hilaire), liv. 1.º, cap. 1.º, § 5.º, cap. 2.º e cap. 3.º, § 23; Platão, *Le Politique* (vol. 11 das obras completas, traducção de V. Cousin), p. 346; *Lois*, liv. 11 (vol. 8.º da traducção), p. 291 e seguintes, e liv. 12, p. 355 e seguintes; e Plutarcho, vida de Lycurgo, § 40.

Em um dos logares acima citados de Aristoteles (*Politique*, liv. 1.º, cap. 1.º, § 5.º) diz este insigne philosopho: «et les poètes ne se trompent pas en disant:

Oui, le Grec au Barbare a droit de commander,

2 As consequências d'esta funesta situação não podiam tambem deixar de manifestar-se nas suas

puisque la nature a voulu que Barbare (i. é, estrangeiro) et esclave ce fût tout un.» Os sentimentos hostis que os gregos alimentavam contra todos os outros povos acham-se perfeitamente traduzidos nestas poucas palavras de Tito Livio, liv. 31, cap. 29:

«cum alienigenis, cum barbaris aeternum omnibus Graecis bellum est eritque.»

Em quanto aos romanos é bem conhecido aquelle texto das XII taboas, que diz:

«adversus hostem aeterna auctoritas esto»;

assim como aquell'outro inserto no Digesto (L. 5, § 2, de *Captiv.*, etc.), onde se reconhece que, não obstante os habitantes d'um paiz, com o qual não havia relações de amizade ou de hospitalidade, não poderem considerar-se precisamente como inimigos, se conclue todavia por dizer que os seus bens podiam ser confiscados, e elles mesmos reduzidos a escravidão, se fossem encontrados no territorio romano: «Si cum gente aliqua neque amicitiam, neque hospitium, neque foedus amicitiae causa factum habemus: hi hostes quidem non sunt: quod autem ex nostro ad eos pervenit, illorum fit: et liber homo noster ab eis captus servus fit et eorum. Idemque est, si ab illis ad nos aliquid perveniat. Hoc quoque igitur casu postliminium datum est.»

Pode consultar-se a este respeito: H. Scherer, *Histoire du Commerce de toutes les Nations*, vol. 1.º; Wheaton, *His-*

leis, que, sendo o resultado da combinação de certas ideas geraes, communs a toda a humanidade, com outras puramente locaes, filhas das circumstancias particulares em que se acha cada nação, haviam; necessariamente, de apresentar entre si differenças tão notaveis como as que entre si apresentavam os povos para que eram feitas (1).

3 A maneira por que se decidiam as collisões ou conflictos (2), que deviam resultar da applicação d'aquellas leis á decisão das relações juridicas litigiosas com ellas em contacto, é-nos absolutamente desconhecida, salvo no que diz respeito á legislação romana. Mas é provavel que as questões d'esta natureza fossem julgadas na conformidade do direito do lugar onde se suscitavam, ou destituídas de protecção legal, como ainda hoje acontece a uma classe importante de obrigações imperfeitas, cujo cumprimento repousa exclusivamente sobre a boa fé e probidade do devedor (3).

4 A mesma legislação romana, tão rica em de-

toire des Progrès du Droit des Gens, introdução; e Hefster, *Le Droit International Public de l'Europe*, edição de 1857, § 6.º

(1) Veja-se a este respeito Story, *Commentaries on The Conflict of Laws*, Boston, 1865, § 1.º; e Savigny, *Traité du Droit Romain*, Paris, 1851, vol. 8.º, p. 6.

(2) Empregamos estas duas expressões como synonymas.

(3) Story, § 2.º

cisões sobre outras materias, offerece-nos a respeito d'esta um numero limitado de prescripções directas e positivas, que apresentaremos em resumo, não só porque o direito romano é ainda hoje o direito commun de algumas nações (1), mas tambem por causa da influencia que o conhecimento imperfeito das mesmas prescripções tem exercido sobre a theoria e pratica modernas (2).

5 Estas prescripções são: 1.º uma lei que declarou as leis romanas sobre a usura applicaveis aos *socii et latini*, crédores dos cidadãos romanos (3); 2.º um senatusconsulta do tempo de Adriano, em virtude do qual o filho nascido d'um

(1) A auctoridade legal que o direito romano exerceu entre nós expira logo que se ponha em execução o novissimo codigo civil portuguez, actualmente em curso de publicação no *Diario de Lisboa*.

(2) Eis como a este respeito se exprime Savigny, p. 2: «Ici comparativement à d'autres matières nous ne trouvons en droit romain qu'un petit nombre de prescriptions directes et positives; mais il importe de les bien connaître, car les décisions des auteurs et des tribunaux sont en grande partie fondées sur une interprétation saine ou erronée des règles et des principes du droit romain, dont souvent l'influence s'exerce presque à l'insu de ceux qui la subissent.» Vejam-se alem d'este outros logares parallellos a pp. 9 e 80 da obra citada.

(3) Livius, lib. XXXV, cap. 7: «... plebesque scivit, ut cum sociis ac nomine latino pecuniae creditae jus idem,

casamento contrahido *secundum leges moresque peregrinorum* nasce estrangeiro, isto é, segue a condição do pae, quando na epocha do nascimento só a mãe tinha obtido o direito de cidade romana (1); 3.º um texto de Gaio, donde se vê que a obrigação do *fidepromissor* passava aos herdeiros do peregrino, quando isto era permittido pela lei do fallecido, o que não tinha logar por direito romano (2); 4.º um outro logar do mesmo jurisconsulto, segundo o qual a prescripção de dous annos, que por direito romano extinguiu a obrigação dos *sponsores et fidepromissores*, não era applicavel aos cidadãos das provincias, ainda quando gozassem do direito de cidade romana (3); 5.º um fragmento de Ulpiano, quod cum civibus romanis, esset.» Veja-se tambem Savigny, pp. 80 e 81.

(1) Gaius, lib. 1.º, § 92: «Item peregrina quoque si vulgo conceperit, deinde civis romana facta sit, et pariat, civem romanum parit; si vero ex peregrino, (cui) secundum leges moresque peregrinorum conjuncta est, videtur ex senatusconsulta, quod auctore divo Hadriano factum est, peregrinus nasci, nisi patri ejus civitas romana quaesita sit.» Veja-se tambem o § 89, e combine-se tudo com Savigny, p. 81.

(2) Gaius, lib. III, § 120: «Praeterea sponsoris et fidepromissoris heres non tenetur, nisi si de peregrino fidepromissore quaeramus, et alio jure civitas ejus utatur.» Veja-se tambem Savigny, p. 82.

(3) Gaius, lib. III, §§ 121 e 122. Veja-se tambem Savigny, p. 82.

donde se vê que uma certa classe de libertos (*deditiorum numero*) não podia fazer testamento, em razão de não serem nem cidadãos romanos, nem de outra cidade determinada, na conformidade de cujas leis podessem testar (1); 6.º uma passagem de Gellio, donde igualmente se vê que o direito especial das cidades latinas, sobre o casamento, foi abolido, quando obtiveram o direito de cidade romana (2).

¶ Alem d'estes logares, concernentes á collisão das leis, outros ha ainda que, na opinião dos antigos e d'alguns dos modernos juriconsultos, legislam tambem sobre esta materia; hoje porem reconhece-se geralmente que uns têm por objecto regular a interpretação dos contractos na conformidade dos *costumes locales* (3) (que convem não confundir com o *direito local*, que é cousa muito differente); e outros (os que dividem os habitantes livres do im-

(1) Ulpian., XX, § 14: «*Latinus junianus, item is, qui deditiorum numero est, testamentum facere non potest... qui deditiorum numero est, quoniam nec quasi civis romanus testari potest, cum sit peregrinus, nec quasi peregrinus, quoniam nullius certae civitatis civis est, ut adversus leges civitatis suae testetur.*» Veja-se tambem Savigny, p. 83. Este logar de Ulpiano encontra-se no *Juris Civilis Promptuarium*, etc., *Parisiis*, 1855.

(2) Gellius, lib. IV, c. IV, citado por Savigny, p. 84.

(3) Vejam-se estes textos em Savigny, pp. 85 e 86 notas 1—o.

perio, em *cives, latini, peregrini*) designar as differentes capacidades d'estas tres classes de pessoas, das quaes a primeira tinha o *connubium* e o *commercium*, a segunda só o *commercium*, e a terceira nem uma nem outra cousa (1).

¶ Pelo que respeita á garantia dos direitos, sabemos que nos primeiros tempos de Roma a justiça era administrada aos estrangeiros (*peregrini*) (2) por juizes especiaes, chamados recuperadores (*recipatores, recuperatores*), nomeados em virtude de tractados feitos entre Roma e outras cidades independentes, para decidirem as questões que se suscitassem não só entre ellas, mas tambem entre os seus respectivos habitantes (3). Como porem depois da submissão da Italia affluisse a Roma grande numero de estrangeiros, e os recuperadores não podessem mais satisfazer ás necessidades creadas por esta nova ordem de cousas, nomeou-se então um magistrado especial, chamado pretor pe-

(1) Savigny, pp. 86 e 87. Em Charles Maynz, *Éléments de Droit Romain*, vol. 1.º, § 33, p. 69, se podem ver quaes eram os direitos inherentes ao *connubium* e *commercium*.

(2) A palavra *peregrini* designava tanto os subditos romanos das provincias, como os estrangeiros, que não tinham relações com a republica. Veja-se Maynz, § 33, p. 69, nota 82.

(3) Ortolan, *Explication Historique des Instituts*, etc. vol. 1.º, n.º 165; e Maynz, § 36, p. 81.

regrino (*praetor peregrinus*), a quem foi incumbida a decisão das questões que se suscitassem entre os cidadãos e os estrangeiros, ou entre os estrangeiros sómente (*qui inter cives et peregrinos jus dicit; qui inter peregrinos jus dicit*), não segundo as regras estreitas do direito civil (*jus civile*), mas sim segundo os principios mais largos da equidade e da justiça (*jus gentium*), applicaveis a todos os homens (1). Era em nome d'estes principios salutaes que o pretor peregrino illudia as prescripções rigorosas do direito civil, concedendo aos estrangeiros, por meio d'uma ficção que os suppunha cidadãos romanos (*fingere civitatem*), as diversas especies de acções, a que segundo o direito civil só estes tinham direito.

§ A separação rigorosa, que houve ao principio entre os cidadãos romanos e os estrangeiros, foi comtudo gradualmente desaparecendo em consequencia de tractados que concederam o direito de cidade aos habitantes de varias cidades da Italia (2); direito, que, tendo sido depois concedido a todas as outras cidades d'esta mesma provincia pelas leis *Julia et Plautia, de civitate* (3), foi por ultimo

(1) Ortolan, n.º 222; e Maynz, § 27, p. 55, e § 33, pp. 69 e 70.

(2) Por exemplo, aos sabinos, e etruscos. Maynz, § 30, p. 63, e § 31, p. 64.

(3) Maynz, § 32, p. 65, e § 33, p. 71.

egualmente concedido a todos os habitantes livres do imperio por uma constituição de Caracalla (1). Cumpre porem advertir que no tempo d'este imperador a assimilação era tal, que, na opinião do nosso grande historiador, o sr. Alexandre Herculano, esta constituição, longe de poder considerar-se uma revolução profunda nas instituições romanas, não fez mais do que sancionar um facto já consummado (2). A esta communhão de direito por todos os subditos do imperio, isto é, por quasi todos os povos então conhecidos deve attribuir-se no entender de Huber o pequeno numero de prescripções que o direito romano apresenta sobre a collisão das leis (3).

(1) Ortolan, n.º 380.

(2) Historia de Portugal, vol. 1.º, p. 40 (edição de 1853).

(3) Eis as proprias palavras de Huber, citado por Story, p. 3: «In Jure Romano non est mirum nihil hac de re extare, cum populi Romani per omnes orbis partes diffusum, et aequabili jure gubernatum imperium, conflictui diversarum legum non aequae potuerit esse subjectum.»

SECÇÃO SEGUNDA

Da historia do direito internacional privado
na idade-media

9 Invasão dos barbaros. Seu procedimento para com os povos vencidos. Estabelecimento das leis pessoas, e em que estas differiam das leis reaes. 10 Enumeração das disposições das leis pessoas da idade-media sobre os conflictos. 11 Leis geraes que dominavam as leis pessoas.

9 O abatimento material e moral, a que havia chegado o imperio romano, proporcionou aos *godos, borgonhezes, francos e lombardos* o ensejo de conquistarem as suas mais bellas provincias da Europa, e de ahi se estabelecerem. O procedimento d'estes barbaros para com os povos vencidos tem sido apreciado de diversos modos pelos historiadores; mas, se é certo terem-lhes causado ao principio grandes prejuizos, apoderando-se da maior parte das suas propriedades (1), e matando-lhes grande numero de pessoas, é tambem certo que não tentaram destruir a entidade moral chamada nação, sujeitando-a a uma escravidão rigorosa, ou dirigindo contra ella uma perseguição calculada e systematica (2). Longe d'isto, aquelles barbaros conquistado-

(1) Montesquieu, *De L'Esprit des Loix*, liv. 30, capp. 7—11.

(2) Savigny, *Histoire du Droit Romain au Moyen Age*, vol. 1.º (edição franceza de 1830), cap. 3.º, p. 84.

res, não sabemos se irreflectidamente se por politica, deixaram aos povos vencidos a liberdade de continuarem a governar-se por suas leis, continuando elles tambem por sua parte a governar-se pelas leis e costumes germanicos (1). O resultado d'este seu procedimento foi, no mesmo paiz e na mesma cidade, os lombardos, os borgonhezes, os francos, os godos e os romanos viverem sob o regimen de suas respectivas leis e costumes: facto que por si só bem nos explica a passagem d'uma carta do bispo Agobardo a Luiz, o Pio, onde se lê: «vêem-se muitas vezes conversar junctas cinco pessoas, nenhuma das quaes obedece á mesma lei (2)». É do contraste d'estes diversos direitos que na idade-media se formou a chamada theoria dos *direitos ou leis pessoas* (3), segundo a qual cada uma das nações, que habitavam o territorio d'um mesmo Estado, se governava por suas leis e costumes par-

(1) Montesquieu, obra citada, capp. 6 e 10; Savigny, obra e logar citado.

(2) Savigny, obra citada, p. 85.

(3) É preciso não confundir as *leis pessoas* da idade-media com as chamadas *leis pessoas ou estatuto pessoal* de hoje. A differença entre umas e outras consiste em que *aquellas* regiam *todos* os actos da vida dos individuos, salva disposição expressa em contrario da lei geral; em quanto que *estas* regem apenas *alguns*, como sejam o seu estado, capacidade, etc. O regimen das leis pessoas, usadas na idade-media, ainda se comprehendia naquella epocha, em

ticulares, em opposição á chamada *theoria dos direitos ou leis reaes*, que, *fundando-se no territorio*, sujeita ao dominio da lei de cada Estado não só a propriedade nelle situada e os diversos actos nelle passados, mas tambem todas as pessoas que ahi se encontram (1).

10 As noticias que encontramos sobre a collisão das leis pessoas na idade-media limitam-se ao seguinte: As mulheres seguiam o direito de seus maridos, mas no caso de viuvez continuavam a ser regidas pela lei da sua nação. Note-se que a mudança era facultativa, de sorte que a mulher casada podia, ainda em vida do marido, continuar a estar sujeita á lei da nação a que pertencia pelo nascimento (2). Os filhos estavam sujeitos á lei do pae, disposição tanto mais justa por ser esta tambem a lei, a que, em regra, a mãe estava sujeita. As leis lombardas são expressas a este respeito. Em con-

que as relações locais e individuaes eram quasi nullas; o que não se comprehende é como ainda em 1840 os habitantes de Breslau fossem regidos *por cinco direitos particulares differentes*; de sorte que muitas vezes não só o direito variava de rua para rua, e de casa para casa, mas succedia a mesma casa estar sujeita a dous direitos diversos. Este facto singular é referido por Savigny, *Traité etc.*, vol. 8.º, p. 23, nota (c).

(1) Savigny, obra citada, pp. 84 e 85.

(2) Idem, obra citada, p. 105. Veja-se tambem Montesquieu, obra citada, liv. 28, cap. 2.º

sequencia d'isto entre os lombardos, e tambem provavelmente entre os outros povos, os filhos naturaes escolhiam a lei que mais lhes convinha, visto não terem pae conhecido. O lombardo que se ordenava podia renunciar ao direito da sua nação; mas os filhos que havia tido antes d'isso continuavam a ser regidos pela lei lombarda (1). Em geral os clérigos eram regidos pelo direito romano, ainda que lhes era permittido continuarem a reger-se pela lei da sua nação (2). As egrejas, consideradas como pessoas moraes, seguiam o direito romano (3). A respeito dos libertos o direito dos differentes povos não era uniforme. Assim vemos que entre os borgonhezes seguiam a lei da nação onde tinham nascido, e entre os lombardos a de seus senhores (4). A composição devida por um delicto regulava-se pela qualidade do offendido (5). O grande numero de direitos pessoas que havia na Italia fez com que se introduzisse o costume de indicar nos documentos o direito que seguiam as partes e as teste-

(1) Savigny, obra citada, pp. 104 e 105; Montesquieu, obra e lugar citados.

(2) Idem, obra citada, p. 105.

(3) Idem, obra citada, p. 105.

(4) Idem, obra citada, p. 107; Montesquieu, obra e lugar citados.

(5) Idem, obra citada, p. 125.

munhas (1). Pelo que respeita á decisão das causas ha exemplos de na França os *escabinos* francos, godos e romanos intervirem nella simultaneamente (2). Parece que nos processos civis se seguia o direito do réo; pelo menos no anno de 797 os *escabinos* romanos julgaram na conformidade do direito romano uma acção intentada pelo rei dos francos contra a abbadia de Prum. Mais tarde este principio parece ter sido abandonado (3). Os juizes podiam, quando o julgassem conveniente, obrigar as partes a apresentar as leis por que se regiam (4), costume sancionado pelas leis (5) e pratica mo-

(1) Savigny, obra citada, pp. 108 e 109. Este costume era conhecido pelo nome de *profissões*; a formula d'estas era a seguinte: *N. Alemanus*, ou *ex genere Alemanorum*. Mais tarde julgou-se conveniente ajunctar a designação do direito, dizendo: *legibus vivens Langobardorum*, ou *qui professus sum legibus vivere Langobardorum*.

(2) Idem, obra citada, p. 110.

(3) Idem, obra citada, pp. 125 e 126.

(4) Idem, obra citada, p. 126.

(5) Codigo civil portuguez, art. 2406; Codigo civil de Berne, art. 5.º; e Esboço do codigo civil brasileiro (fasciculo primeiro, Rio de Janeiro, 1860), de que é auctor o sr. Augusto Teixeira de Freitas, onde se lê o seguinte:

«Art. 6.º A applicação das leis estrangeiras nos casos em que este Codigo a auctorisca nunca terá logar senão a requerimento das partes interessadas, incumbindo a estas,

derna (1). A validade dos actos unilateraes, que exigiam a presença do juiz, regulava-se segundo o direito do auctor d'esses actos. Esta regra applicava-se aos juramentos, aos actos recognoscitivos d'uma obrigação, e aos testamentos. As successões ab intestato regulavam-se pela lei do defuncto. Comtudo entre os borgonhezes era permittido fazer as doações e testamentos na conformidade do direito borgonhez ou do direito romano. Os ripuarios podiam tambem libertar os seus escravos segundo as prescripções do direito romano. Os casamentos eram celebrados na conformidade da lei do marido, ha-

como prova d'um facto allegado, a da existencia de taes leis.

Art. 7.º Exceptuam-se aquellas leis estrangeiras, que no Imperio se tornem obrigatorias, ou em virtude de lei especial, ou por convenções diplomaticas.»

(1) Na *Gazeta dos Tribunaes*, n.º 1021, encontra-se um caso pratico d'esta especie; e vem a ser que, disputando-se em Portugal sobre uns bens vinculados existentes no Brazil, uma das partes, no intuito de instruir os juizes portuguezes das disposições da lei brasileira, que regia a materia, requereu, e obteve da legação d'aquelle imperio em Lisboa, uma certidão da lei brasileira de 6 de outubro de 1835, que prohibiu o estabelecimento de morgados, capellas e quaesquer outros vinculos, de qualquer natureza ou denominação, e declarou extinctos os existentes naquella epocha pela morte dos administradores legitimos, que então os possuiam.

viendo noticia de terem sido annullados alguns, feitos segundo a lei da mulher. Mais tarde esta causa de nullidade foi prohibida por um concilio, mas por motivos puramente religiosos (1). O possuidor d'um immovel, cuja propriedade era disputada, seguia o direito do auctor (2). A reivindicação d'um escravo julgava-se segundo o direito do senhor reivindicante, e a prescripção só tinha logar sendo o senhor romano ou lombardo (3).

¶ Concluiremos, finalmente, observando que a auctoridade das leis pessoaes da idade-media não era absoluta, porque alem d'ellas havia outras geraes, que obrigavam os romanos e germanos. A esta classe pertenciam as leis, por meio das quaes uma tribu conquistadora regulava os direitos d'outra tribu conquistada. E assim, por exemplo, parece que sob o dominio das leis pessoaes o roubo feito a um romano devia ser punido pela lei romana, e o feito a um franco pela lei franca, qualquer que fosse a nação do roubador; mas não succedia isto, porque a lei salica estabeleceu em favor dos francos que o roubo feito por estes a um romano seria punido com a multa de trinta soldos, e o feito por um romano a um franco com a de sessenta soldos e meio. Já se vê pois que nesta parte a lei pessoal dos

romanos era dominada pela lei franca. Um exemplo semelhante se encontra na lei lombarda, segundo a qual as usucapiões entre as egrejas e os lombardos eram reguladas pela lei lombarda, não obstante as egrejas serem regidas pela lei romana (1). Alem d'estas leis havia outras d'uma natureza ainda mais geral, como eram as do imperio franco (*capitulária*), cujas prescripções obrigavam todas as nações que lhe estavam sujeitas, quaesquer que fossem as disposições em contrario das diversas leis pessoaes por que cada uma d'ellas se governasse (2).

(1) Savigny, obra citada, pp. 127 e 128.

(2) Idem, obra citada, pp. 128 e 129.

(1) Savigny, obra citada, pp. 126 e 127.

(2) Idem, obra citada, p. 127.

(3) Idem, obra citada, p. 127.

SECÇÃO TERCEIRA

Da historia do direito internacional privado
em Portugal

12 Invasão dos barbaros na Peninsula hispanica. Estabelecimento das leis pessoas, e sua sanção legal pelo chamado *Codigo de Eurico* e pelo *Breviario de Aniano*. Unidade de direito estabelecida pelo *Fuero-Juzgo*. 13 Invasão dos arabes; sua moderação para com os povos vencidos, e restabelecimento do regimen das leis pessoas. 14 Fundação da monarchia portugueza, e extrema variedade e incerteza no direito d'aquella epocha. 15 Como se resolviam os conflictos que d'aqui resultavam. 16 *Junctas* ou *medianidos*, e sua competencia nas causas crimes. 17 Que direito applicavam. 18 De que causas conheciam. 19 Leis pessoas dos mouros e judeus. 20 Competencia dos tribunaes nestas causas. 21 Direito que lhes era applicavel. 22 Prescripções relativas á garantia dos direitos. 23 Publicação das Ordenações Manuelinas, e extincção dos direitos pessoas dos mouros e judeus. 24 Concessão de juizes conservadores a algumas nações estrangeiras, e direito de albinagio. 25 Poucas providencias que se encontram na legislação portugueza sobre os conflictos, e principios que devem regular a legislação sobre esta materia. 26 Indicação dos auctores portuguezes que mais ou menos escreveram sobre ella. 27 Resultado dos estudos contidos nas tres secções do capitulo primeiro.

12 O systema das leis pessoas, que acabamos de esboçar, tambem lançou profundas raizes na Peninsula hispanica, em consequencia de os wisigodos, que nella vieram estabelecer-se, continuarem a governar-se depois da conquista pelas leis e costumes germanicos, e os hispano-romanos pelas leis romanas, que até ali os haviam regido (1). Este re-

(1) Sobre a invasão e conquista da Peninsula hispanica pelos godos, veja-se, em geral, a *Memoria terceira para a*

gimen das leis pessoas foi bastantes annos depois da conquista sancionado legalmente pela publicação do chamado *Codigo de Eurico*, onde foi compilado o direito barbaro; e pela do *Breviario de Aniano*, onde egualmente foi compilado o direito dos hispano-romanos (1). A separação que houve ao principio entre as raças conquistada e conquistadora, foi, como era de esperar, desaparecendo gradualmente sob o influxo benefico das relações mo-
raes e materiaes que uma convivência diaria entre ellas estabelecera, e da influencia que os hispano-romanos exerciam sobre os wisigodos, graças á maior cultura d'aquelles, e á tendencia que estes,

historia da legislação e costumes de Portugal, por Antonio Caetano do Amaral, inserta no vol. 6.º, pp. 127 e seguintes, das *Memorias de Litteratura Portugueza*, publicadas pela Academia Real das Sciencias de Lisboa; assim como o excellente cap. 3.º, §§ 19—28 da *Historia Juris Civilis Lusitani* do sr. Paschoal José de Mello Freire; e os §§ 16—37 do *Ensaio sobre a Historia do Governo e da Legislação de Portugal*, etc., pelo sr. M. A. Coelho da Rocha. Entre os auctores hespanhoes consultem-se os excellentes *Elementos del Derecho Civil y Penal de España*, precedidos de una *Reseña Historica*, por los doctores D. Pedro Gomez de la Serna y D. Juan Manuel Montalban, 3 vol., Madrid, 1865.

(1) Em quanto ao *Codigo de Eurico*, e *Breviario de Aniano*, veja-se Gomez de la Serna, *Reseña Historica*, §§ 52—57 e 98—117.

mais do que nenhuma outra nação barbara, manifestavam para as letras; de sorte que a assimilação das duas raças pode julgar-se consummada pela publicação do *Fuero-Juzgo* (1), cuja influencia salutar sobre os destinos da Peninsula nos é descripta por um juiz competente nos termos seguintes: «O direito pessoal ou de raças, que tão longo tempo havia dominado na Hespanha, que havia conservado a sua força, ainda depois que os vencedores abraçaram a religião dos vencidos, desaparece legalmente, e dá lugar ao direito territorial, que ha de reger d'ahi em diante todos os habitantes da Peninsula. Desapparece tambem a linha divisoria traçada pela prohibição de contrahir enlaces entre as familias dos wisigodos e dos hespanhoes; e, ao permittil-os, a lei de *Receswintho* constitue um novo penhor de união solida e permanente entre todos os seus vassallos. Pode, por tanto, dizer-se que é nesta epocha que se funda d'um modo completo a unidade nacional. O *Fuero-Juzgo* é o symbolo d'esta unidade no direito, por isso que a sua força obrigatoria se estende sobre toda a monarchia. O codigo primitivo e a *lei romana* deixam então de existir como corpos legaes, e passam a ser considerados unicamente como monumentos historicos» (2).

(1) Veja-se a historia e analyse do *Fuero-Juzgo* em Gomez de la Serna, *Reseña Historica*, §§ 88—97 e 98—117.

(2) Gomez de la Serna, *Reseña Historica*, § 88, e sr. A.

13 Tal era o estado das cousas na Peninsula, quando os arabes desembarcaram nella pela primeira vez (1). A moderação com que estes novos conquistadores procederam para com os povos vencidos é geralmente reconhecida pelos escriptores nacionaes e estrangeiros, avultando entre todos o sr. A. Herculano, o qual, escrevendo sobre esta materia, nos diz que: «pelos territorios sujeitos aos serracenos a indole da sociedade wisigothica sobrevivera á conquista em tudo aquillo que era compativel com a nova situação politica da Peninsula: a ingenuidade e a servidão, a nobreza e a inferioridade de castas, os direitos e deveres que entre os individuos resultavam da organização da propriedade, tudo ficara subsistindo sob o governo arabe. O que se alterara fôra a contribuição, e varias outras relações de direito publico (2).» É portanto

Herculano, *Historia de Portugal*, vol. 1.º, p. 30 (edição de 1853).

(1) Sobre a invasão e conquista da Peninsula hispanica pelos arabes veja-se, em geral, a *Memoria quarta para a historia da legislação e costumes de Portugal*, por Antonio Caetano do Amaral, inserta no vol. 7.º, pp. 60 e seguintes, das *Memorias de Litteratura Portuguesa*, publicadas pela Academia Real das Sciencias de Lisboa. Vejam-se tambem os srs. Paschoal José de Mello Freire, *Historia*, etc., cap. 4.º, §§ 29—33; e M. A. C. da Rocha, *Ensaio*, etc., §§ 38—54.

(2) Sr. A. Herculano, *Historia de Portugal*, vol. 3.º,

evidente que, depois da conquista arabe, houve duas especies de leis pessoas na Hespanha: a mussulmana, por que se regiam os arabes; e a wisigothica, por que se regiam os hispano-godos.

14 Com a fundação da monarchia portugueza a unidade de direito, estabelecida pelo *Fuero-Juzgo* para os hispano-godos, que, como vimos ha pouco, continuara a regel-os sob a dominação arabe, desapareceu completamente em Portugal, ou porque o conhecimento das leis d'aquelle codigo se tornasse impossivel aos magistrados do tempo, em consequencia da extrema ignorancia em que a sociedade hispano-gothica tinha recahido por causa das guerras incessantes que sustentava contra os mouros (1), ou porque a sua auctoridade fosse insensivelmente

p. 270 (edição de 1849). Veja-se este mesmo vol., pp. 170 e 171; e o vol. 4.º (edição de 1853), p. 32.

(1) Esta ignorancia era tal, que poucos juizes sabiam escrever. Fallando ácerca d'isto diz-nos Fr. Joaquim de Santa Rosa de Viterbo, no *Elucidario*, nota á palavra «*Sigillar*»... «he de notar que por aquelles tempos poucos juizes sabiam escrever: os que sabiam pegar na penna escreviam um mandado de citação, que se dizia «*Carta*»: os que não sabiam escrever entregavam uma cruz, cifra, sinal, ou grifo arbitrario, que nada dizia, mas que era reconhecido, tido, e havido por seu sinal, feito com pena, ou impresso com sinete. E este era o «*Sinal*», ou «*Sello*» com que o Mordomo, Sayão, ou Porteiro hiam «*Sigillar*» isto he, citar ou penhorar.»

diminuindo diante de novos usos e costumes, e de grande numero de foraes, ou pequenos codigos particulares, que os primeiros monarchas portuguezes concederam a muitas terras do reino, a exemplo do que na mesma epocha se praticava na Hespanha, no intuito de favorecerem o augmento da população e defesa do territorio (1). Este estado, verdadeiramente cahotico, da legislação (2), que tanto devia difficultar as relações juridicas dos cidadãos, era ainda aggravado pela circumstancia de os judeus e mouros se regerem por leis particulares (3), pela pretensão do clero em ser regido

(1) Sobre as causas do *desuso* entre nós do Codigo Wisigothico, veja-se Henri Schaefer, *Histoire de Portugal*, edição de 1858, pp. 128 e 129; e M. A. C. da Rocha, *Ensaio*, etc., § 89. Em quanto á historia dos foraes na Hespanha, veja-se Gomez de la Serna, *Reseña historica*, §§ 118—171.

(2) Pode fazer-se uma idea da incerteza, que naquello tempo havia sobre o direito, por uma doação feita pelo infante D. Affonso Henriques, que elle queria que fosse regida pelo direito wisigothico, franco, ou... (não sabemos se romano ou lombardo; porque perdemos a nota que tinhamos sobre isto), segundo o que fosse mais favoravel á sua validade.

(3) Em relação aos mouros, veja-se H. Schaefer, pp. 34 e 35, e as *Ordenações Affonsinas*, liv. 2.º, tit. 99 e outros adiante citados. Em quanto aos judeus, vejam-se as mesmas *Ordenações Affonsinas*, liv. 2.º, tit. 71 e outros tambem adiante citados.

pelo direito canonico, e de applical-o á decisão dos negocios de que conhecia (1), e pela auctoridade que mais tarde alcançou o direito romano (2).

15 A maneira por que se resolviam as collisões entre estes diversos direitos é-nos quasi absolutamente desconhecida, em consequencia da grande obscuridade que envolve a historia do nosso direito dos primeiros tempos da monarchia (3). Parece com tudo que, nos conflictos de direito local, o foro era determinado nas causas sobre immoveis pela situação dos mesmos (*forum rei sitae*) (4); e

(1) Sobre a *introducção do direito canonico em Portugal* consulte-se a Memoria de João Pedro Ribeiro, publicada nas *Memorias de Litteratura Portugueza*, vol. 6.º, pp. 5 e seguintes; e tambem Mello Freire, *Historia*, etc., § 63; e Rocha, *Ensaio*, § 94.

(2) Em quanto á *introducção do direito romano*, veja-se a *Memoria* publicada no vol. 5.º, p. 377 e seguintes, das *Memorias de Litteratura Portugueza*. Veja-se egualmente Mello Freire, *Historia*, § 62; e Rocha, *Ensaio*, § 95.

(3) Sr. A. Herculano, *Historia de Portugal*, vol. 4.º, pp. 192 e 193 (edição de 1853); Schaefer, *Histoire de Portugal*, p. 145.

(4) Idem, obra e vol. citados, p. 201: «Quanto ás causas civeis, o concelho a que materialmente pertencia o objecto disputado determinava a competencia da magistratura duumviral...»; e p. 202: «Nos costumes da Guarda ha uma provisão singular, a qual nos mostra indirectamente que a localidade dos bens submettia os seus possuidores ao foro ou jurisdicção do municipio em que esta-

que, por isso, o direito applicavel era tambem o da situação, visto nestes casos o direito coincidir sempre com a jurisdicção. Nas outras especies de causas civeis julgamos que o auctor seguia o foro, e portanto, em regra, o direito do réo (1). Estes principios, ainda que abonados por alguns foraes (2), e logares das Ordenações Affonsinas (3), e tambem pelas tradições do direito romano, cuja influencia sobre os costumes e leis da idade-media é hoje bem conhecida, podiam com tudo soffrer excepções, em virtude da extrema diversidade que caracterisava as instituições d'aquella epocha. É preciso todavia confessar que a opinião, que seguimos, não é adoptada por todos os escriptores, pois, segundo al-

vam situados, embora esses possuidores fossem pessoalmente estranhos áquelle gremio municipal.» A instituição a que o illustre historiador se refere ainda hoje existe na Allemanha, e é conhecida pelo nome de *landsassiat*.

(1) Sr. A. Herculano, obra e vol. citados, p. 202: «De uma concordia celebrada entre D. Diniz e o concelho de Lisboa vê-se que na epocha precedente os moradores de outros concelhos, que tivessem a *demandar alguma coisa nesta cidade*, eram obrigados a litigar perante os alvasis.» Nos costumes de Beja, concelho da primeira formula, determina-se que: «O homem que vem pôr demanda, e não é vizinho, avenha-se com o mordomo,» etc.

(2) Vejam-se os logares citados em as duas notas precedentes.

(3) Liv. 2.º, titt. 92, § 2.º, e 100, § 1.º

guns (1), o réo seguia o foro, e portanto, em regra, o direito do auctor. Mas isto parece-nos menos exacto, não só pelas razões já expostas, mas também porque os foraes do *Touro* (2) e de *Leiria* (3), em que pretendem fundar-se, longe de dizerem que o réo seguia o foro do auctor, limitam-se a ordenar que as questões dos habitantes d'esses territorios com os de outros territorios *limitrophes* (4), fossem decididas nas extremidades dos mesmos, ou sobre a ponte que os unia, quando a sua linha divisoria era traçada por um rio; o que, de certo, não é o mesmo que dizer que o réo seguia o foro do auctor. Acresce ainda que as disposições d'estes dous foraes se referem provavelmente ás causas crimes, que em geral se decidiam por meio do combate ju-

(1) Veja-se o § XI da *Memoria* de José Alvares da Silva sobre a forma dos juizos nos primeiros seculos da Monarchia Portugueza, publicada no vol. 6.º, p. 35, das *Memorias de Litteratura Portugueza*. Veja-se também Schaefer, *Histoire de Portugal*, p. 147.

(2) Et homines de Touro, qui debuerint habere iudicium, aut juncta cum hominibus de vestris terris, habeant illud in capite suorum terminorum.

(3) Et si habitator de Lirena habuerit intentionem cum extraneo habeat iudicium in ponte de Lirena.

(4) *Limitrophes*, dizemos nós, porque só d'este modo se conseguiria o fim das *junctas*, e a reunião d'estas na fronteira ou raia de seus concelhos (in capite suorum terminorum), como diz o foral de Touro.

diciario, ou dos chamados *juizos de Deos*, na presença das *junctas* ou *medianidos*, de que vamos occupar-nos.

16 O julgamento das causas crimes, em que se achavam interessadas pessoas de territorios limitrophes, tinha lugar nas extremidades dos mesmos pelas auctoridades judiciais de ambos, á reunião das quaes se dava o nome de *juncta* ou *medianido* (1). Esta instituição liberal tinha por fim obstar a que os magistrados d'um territorio, em virtude da affeição natural, que os prendia aos seus conterraneos, ou da pressão que estes, seus parentes e amigos, podiam exercer sobre elles, não os favorecessem, em prejuizo dos direitos dos seus adversarios, pertencentes a gremios differentes. Quando os crimes eram praticados entre pessoas de territorios distantes, parece (2) que o julgamento tinha lugar no territorio do réo. Esta opinião porem mal pode admittir-se, não só por causa dos grandes inconveniências e perigos a que se exporiam os juizes, seus accessores e officiaes, transportando-se a concelhos distantes, numa epocha em que as vias de comunicação e a segurança eram imperfeitissimas, mas também porque o fim das *junctas* ou *medianidos*, que era alcançar a imparcialidade dos

(1) Sr. A. Herculano, *Historia de Portugal*, vol. 4.º, pp. 194 e 195.

(2) Idem, obra, vol. e logar citados.

juizes, difficilmente poderia conseguir-se, indo os magistrados d'uma das partes a logares distantes, onde lhes faltaria o apoio dos seus conterraneos para procederem com a mesma independencia e liberdade com que procederiam na juncta ou medianido, reunido em um logar neutro, sob a protecção immediata dos povos interessados na contenda. A instituição das *junctas* ou *medianidos* não era geral, porque alguns foraes mandavam julgar as causas crimes no logar onde o réo e o auctor se encontrassem (1); e outros, que os crimes praticados num logar por individuos de fóra fossem julgados pelos magistrados d'esse mesmo logar, seguindo o costume da terra (2).

17 Uma das cousas que tambem ignoramos é se a pena applicada pelas *junctas* ou *medianidos* era determinada pela lei do logar do delicto, se pela do offendido, se pela do aggressor. O que parece induzir-se da leitura dos foraes de Monsancto, Numão, Urros e Freixo (3), é que não havia a este respeito principio determinado. Cumpre todavia notar que a maior parte das vezes o *combate judicario*, e os chamados *juizos de Deos*, cujo uso se protrahiui entre nós até ao seculo treze (4), eram os

(1) Sr. A. Herculano, obra e vol. citados, p. 199.

(2) Idem, obra e vol. citados, p. 200.

(3) Idem, obra e vol. citados, p. 195 e 196.

(4) Idem, obra e vol. citados, p. 198.

meios de que as partes geralmente se serviam para a decisão das causas crimes na presença das *junctas* ou *medianidos*: vindo assim as provas da criminalidade ou da innocencia, a condemnação ou a absolvição dos contendores, a depender da sua propria força e destreza, e de outras circumstancias meramente fortuitas, mais absurdas, se isto é possível, do que aquellas.

18 A generalidade com que se exprimem os foraes, que fallam nas *junctas* ou *medianidos*, auctoritaria a supposição de que estas assembleas julgavam tambem as causas civeis, em que intervinham individuos de territorios differentes; mas, em vista da comparação dos textos de alguns d'elles, inclinamo-nos a que conheciam sómente das crimes (1). Esta opinião parece-nos tanto mais provavel em consequencia do apparatus e maior numero de solemnidades que sempre se usaram no julgamento d'estas causas.

19 Vejamos agora o que succedia com os direitos pessoaes, por que se regiam os mouros e judeus. Inspirado pelo exemplo dos precedentes conquistadores, e convencido da utilidade que havia em reter no reino, que fundara, tão falho de povoação e cultura (2), uma população pacifica, laboriosa é

(1) Sr. A. Herculano, obra e vol. citados, pp. 198 e 199.

(2) Schaefer, *Histoire de Portugal*, p. 124.

intelligente, D. Affonso Henriques concedeu aos mouros livres de Lisboa, e de outras terras do reino (1), permanecerem nelle, mediante o pagamento de certos tributos, permittindo-lhes em compensação continuarem a governar-se por suas leis e magistrados: privilegio que mais tarde lhes foi não só confirmado pelos reis D. Affonso III e D. Fernando, mas ainda ampliado pela importante concessão que lhes fizeram de os seus pleitos com os christãos serem decididos pelos magistrados mouros, quando o réo fosse mouro, e pelos magistrados christãos, quando o réo fosse christão (2). Eguaes motivos, sem duvida, fizeram tambem que os mesmos privilegios fossem concedidos aos judeus, como se vê das Ordd. Aff., liv. 2.º, titt. 92 pr. e § 1.º, 71 pr., e 81. Como porem repugnasse aos christãos verem julgadas as suas contendas com os mouros e judeus pelos magistrados d'estes, representaram por seus procuradores nas côrtes, reunidas em Lisboa por D. Fernando, contra um costume que julgavam «*defeso per direito, e pela Sancta Escriptura*»; concluindo por pedir que os magistrados mouros julgassem unicamente as causas que os mouros tivessem entre si, e os dos judeus as dos judeus, ficando

(1) Ord. Aff., liv. 2.º, tit. 99. Este privilegio foi depois ampliado, como se vê do § 4.º da ord. citada, a todas as outras communas dos mouros.

(2) Ord. Aff., liv. 2.º, tit. 100, pr.; e tit. 92, pr. e § 1.º

para os magistrados christãos o julgamento de todos os pleitos que os christãos tivessem entre si, com os mouros, e com os judeus. (1). Esta pretensão dos povos não foi attendida por D. Fernando, *per conselho da sua corte*, com o fundamento de que os mouros e judeus haviam privilegio, outorgado pelos reis, que ante elle tinham sido, e *por alguãs razões aguisadas*, uma das quaes não podia deixar de ser a parcialidade com que os magistrados christãos decidiam estas especies de causas mixtas, quando d'ellas conheciam (2). Os desejos dos povos foram comtudo um pouco mais tarde quasi inteiramente satisfeitos por D. João I pela criação em algumas terras do reino de *certos juizes deputados pera conhecerem dos feitos, e contendas, e debates, que fossem entre os Chrisptaãos, e os Mouros* (3).

20 São estas as noticias que encontramos sobre as leis pessoaes, por que se regiam os mouros e judeus, até á publicação das Ordenações Affonsinas. As prescripções que este nosso primeiro codigo dedicou a esta materia, limitam-se ao seguinte: 1.º que as causas crimes entre judeu e judeu, e entre mouro e mouro, de todas as communas do reino, continuassem a ser julgadas pelos seus magistrados, na conformidade de *suas leis e costumes*, como

(1) Ord. Aff., liv. 2.º, tit. 92 pr., e § 1.º

(2) Idem, liv. 2.º, tit. 88, § 2.º

(3) Idem, liv. 2.º, tit. 100, § 1.º

até alli sempre se usara, e que das suas sentenças houvesse appellação e agravo para o rei e seus officiaes, nos casos em que estes recursos, *que deviam ser julgados pelo direito dos judeus e dos mouros*, fossem permittidos pelas ordenações (1); 2.º que as causas civeis entre christãos e judeus, entre christãos e mouros, e entre judeus e mouros, continuassem a ser julgadas pelos juizes especiaes para isso deputados por D. João I em certas terras do reino, e que naquellas em que os não houvesse, o auctor seguisse o foro do réo, *assy como per direito he ordenado entre Chrisptaads* (2); 3.º que todas as causas crimes, entre judeus e christãos, e entre mouros e christãos, e entre judeus e mouros fossem julgadas pelo juiz do crime do logar onde o delicto fosse praticado (3); 4.º que as causas sobre dizimas, portagens, sizas, e quaesquer outros direitos reaes, fossem julgadas, na conformidade do *direito commum*, pelos magistrados, a quem competia o seu julgamento (4).

21 Do resumo que acabamos de apresentar das prescripções das Ordenações Affonsinas sobre a collisão das leis, por que se regiam os mouros, judeus e christãos, vê-se que a competencia dos tribunaes,

(1) Ord. Aff., liv. 2.º, titt. 71 pr., e § 1.º, e 99, § 4.º

(2) Idem, liv. 2.º, titt. 92, § 2.º, e 100, § 1.º

(3) Idem, logares citados.

(4) Idem, liv. 2.º, titt. 92, § 3.º, e 101, § 5.º

que deviam conhecer e julgar os pleitos suscitados entre estas tres classes de pessoas, se achava rigorosamente determinada: mas succederia o mesmo com o direito? Em quanto ao direito applicavel ás hypotheses mencionadas em os numeros primeiro e quarto, não pode haver duvida, porque os logares citados das ordenações são expressos. Pelo que respeita porem ás hypotheses mencionadas na primeira parte do numero segundo, e á do numero terceiro, parece-nos que lhes seria applicavel o *direito commum* do reino, não só porque, em regra, a jurisdicção determina o direito, mas tambem por causa da natureza rigorosamente obrigatoria de todas as leis que dispõem sobre as collisões. Na hypothese da segunda parte do numero segundo devia applicar-se o direito do réo: em primeiro logar, porque a intima relação que existe entre a jurisdicção e o direito assim o exigia; e em segundo, porque era esta a pratica seguida antes das innovações introduzidas noCodigo Affonsino.

22 Em quanto á garantia dos direitos, dispunham as Ordenações Affonsinas que os contractos entre christãos e judeus fossem celebrados na presença do juiz, e, na falta d'elle, de dous tabelliães e de tres homens bons, deferindo-se juramento ás partes em como não havia entre ellas *conlujo nenhuũ de onzena* (1); que nas causas entre christãos e ju-

(1) Ord. Aff., liv. 2.º, tit. 73, §§ 3.º e 4.º

deus não valesse só o testemunho do judeu contra o christão, nem o do christão contra o judeu; mas que nas entre judeus valesse o testemunho do christão; e nas entre christãos o do judeu, sendo acompanhado com outro de christão: e que, finalmente, nos feitos crimes, em que coubesse *pena de corpo*, sendo commettidos em lugar ermo, solitário, ou de noute, em tempo que não podessem ser vistos ou testemunhados por algum christão, o julgador acceitasse ou recusasse o juramento do judeu, segundo as qualidades da pessoa, que o prestava, e as circumstancias do caso sobre que depunha (1): que o juramento fosse deferido na forma da religião do ajuramentado (2); e que as escripturas e mais documentos passados pelos tabelliães judeus ou mouros fossem escriptos em letra *ladinha portuguez*, *christengua portugues*, e não em *abraico* ou em letra *araviga*, sob pena de morte, a qual, parecendo *muito odiosa* aos redactores das Ordenações Affonsinas, foi por elles reduzida, não tendo sido empregada qualquer d'aquellas letras para occultar falsidade, á de açoites e perda do officio, com o fundamento de que *segundo Direito e comunal razom a pena deve sempre corresponder ao meleficio* (3).

(1) Ord. Aff., liv. 2.º, tit. 88.

(2) Idem, liv. 2.º, tit. 73, § 4.º

(3) Idem, liv. 2.º, titt. 93 e 116.

23 Causa de sessenta annos depois da publicação das Ordenações Affonsinas foram publicadas as **Manuelinas** (1). Por este novo codigo o direito portuguez tomou o character exclusivamente territorial, em consequencia de as leis pessoas por que se regiam os mouros e judeus serem abrogadas. Esta medida realisaria, em quanto a nós, um grande progresso, se fora permittido aos mouros e judeus continuarem a viver no reino, não só porque a unidade de legislação, hoje tão geral e justamente appetecida, facilitaria singularmente as relações entre todas as classes de pessoas que habitavam o paiz, mas tambem porque contribuiria para a sua mais rapida e completa fusão numa só familia politica. Desde o momento porem que aquelles infelizes, que, se não eram nossos irmãos pelas crenças, o eram em grande parte pela origem, pelos costumes, e pela affeição que os prendia á terra em que tanto elles como seus paes tinham nascido, foram obrigados a renegar as suas crenças religiosas, ou a retirar-se para fóra do reino, dentro d'um praso insufficiente, *sob pena de morte, e de perderem suas fazendas para quem os accusasse* (2), a lei tornou-se cruel, e lançou na historia do nosso paiz uma mancha indelevel, para que todos os estrangeiros ainda hoje apontam,

(1) Rocha, *Ensaio*, etc., § 167 e seguintes; Mello Freire, *Historia*, etc., § 174.

(2) Ord. Manuelina, liv. 2.º, tit. 41.

avaliando muitas vezes as nossas idéas e costumes actuaes pelas idéas e costumes d'uma epocha de profunda corrupção e decadencia, não obstante o brilho facticio que a circumda.

24 O procedimento deshumano de D. Manuel para com os mouros e judeus portuguezes contrasta sobre tudo com os privilegios concedidos por elle e alguns dos seus antepassados aos mercadores estrangeiros, que vinham mercadejar ao reino. Parece que os primeiros privilegios d'esta natureza foram concedidos aos allemães (1), e os segundos aos genovezes. Os privilegios dos genovezes foram depois concedidos por D. João I aos inglezes por carta de 10 de agosto de 1400; posteriormente, D. Affonso V augmentou-lh'os pela concessão que lhes fez em 29 de outubro de 1450 d'um juiz *conservador*, para julgar os seus pleitos com os portuguezes. O mesmo D. Affonso V tambem concedeu privilegio aos flamengos, allemães, francezes, e breões, por carta de 28 de março de 1452. Pela sua parte D. Manuel concedeu privilegio aos moradores da cidade de Augusta, e de outras villas de Allemanha, por alvará de 7 de fevereiro de 1495; e tão importantes, que na sua opinião *nenhuns outros, nem ainda aos proprios subditos tinham sido concedidos*. Estes privilegios foram depois da restauração

(1) Assento 2.º, de 23 de março de 1786.

de Portugal confirmados por tractados feitos por D. João IV, e seus successores, com a Inglaterra, Estados da Hollanda, França, etc. (1). Ultimamente, as *conservatorias* estrangeiras foram todas abolidas pela lei de 12 de março de 1845. A conservatoria ingleza, já anteriormente abolida pelos artt. 17 e 18 do tractado feito entre Portugal e a Inglaterra em 29 de julho de 1842, foi depois temporariamente restabelecida pelo decreto de 5 de maio de 1847, e definitivamente extinta pelo decreto de 18 de fevereiro de 1848. Os juizes conservado-

(1) Veja-se a este respeito a *Collecção dos Tractados, Convenções*, etc., pelo sr. José Ferreira Borges de Castro, vol. 1.º, pp. 206 e seguintes, e tambem o vol. 2.º Veja-se igualmente Mello Freire, *Inst. Jur. Civ. Lus.*, lib. II, tit. I, § XI. Pelo que respeita ao *chamado direito de albinagio*, a que tambem se refere este lugar, não sabemos se foi ou não exercido em Portugal; o que não admitte duvida é que o governo portuguez tem feito tractados em diferentes epochas com outras potencias para a sua abolição, e que ainda em 23 de dezembro de 1865 foi ratificada uma convenção feita neste sentido com os ducados de Saxonia-Coburgo e Gotha. (Collecç. Off. de Leg. Portug. de 1865, p. 509). Veja-se sobre esta materia Rocha, § 203, e uma *Memoria* do sr. João de Sousa dos Sanctos Ferreira, publicada na *Gazeta dos Tribunaes* n.º 79. Note-se que este *pretendido direito*, ainda admittido pelos artt. 726 e 921 do Codigo civil francez, foi definitivamente abolido em França pela lei de 14 de julho de 1819.

res eram portuguezes, e julgavam segundo as leis portuguezas (1).

25 Na legislação portugueza, posterior ás Ordenações Manuelinas, não se encontram nenhuma providencias sobre a collisão das leis (2), e nem isso admira, porque, não obstante a sua importancia, esta parte do direito tem merecido até hoje pouca attenção aos legisladores de todos os paises (3). Temos d'isto um bello exemplo na Inglaterra e nos Estados Unidos, que, apezar do seu immenso commercio, e dos numerosos conflictos que todos os dias se levantam entre as suas leis, e entre as suas leis e as leis estrangeiras, ainda não estabeleceram a este respeito prescripções algumas directas e positivas; deixando d'este modo ao prudente arbitrio dos seus tribunaes a decisão de todas as

(1) Veja-se a este respeito a *Gazeta dos Tribunaes* n.º 161. Em outros numeros da *Gazeta* encontram-se tractadas algumas questões relativas ás conservatorias, que não indicamos, porque não têm hoje nenhuma importancia.

(2) O novissimo Código civil portuguez apresenta a este respeito algumas prescripções, mas não tantas, quantas fora para desejar, como melhor veremos no decurso d'esta obra.

(3) O *Esboço do Código civil brasileiro* pelo sr. Augusto Teixeira de Freitas (cinco fasciculos publicados no Rio de Janeiro desde 1860 a 1864) constitue sob este ponto de vista uma excepção importante, em consequencia de nelle se encontrarem muitas prescripções relativas ao conflicto das leis internacionaes.

questões d'esta natureza (1). Este procedimento é tanto mais para notar em relação aos Estados Unidos, porque o activo commercio que reina entre os diversos Estados de que se compõe a União, cada um dos quaes se rege por leis proprias, dá logar todos os dias a grande numero de conflictos, que pela maior parte se evitariam logo que uma lei geral, que dominasse nesta materia todas as leis particulares, estabelecesse certo numero de regras, claras e terminantes, com que os cidadãos podessem conformar os seus actos. Não queremos com isto dizer que a doutrina dos auctores e a jurisprudencia dos tribunaes sejam para desprezar, porque estamos profundamente convencidos de que, sem o concurso de uma e outra, a sciencia do direito, tão nobre e difficil, longe de progredir e de aperfeiçoar-se, como todas as outras, cairia dentro em pouco numa pratica rotineira, superficial e materialista, similhante á dos primeiros tempos do direito romano: queremos dizer tão sómente que, assim como seria desarrazoado um código casuistico, que pretendesse regular *a priori* todas as questões que podessem suscitar-se na pratica, não é tambem menos desarrazoado deixar á decisão, mais ou menos arbitraria dos tribunaes, grande numero de questões, que podem ser perfeitamente resolvidas pela

(1) Veja-se Story, § 24.

lei, com grande utilidade publica e dos cidadãos. Neste ramo, pois, do direito, assim como em todos os outros, a prudencia manda que o legislador regule tudo o que é susceptivel de regular-se; e que confie ao prudente arbitrio dos tribunaes a decisão das hypotheses menos frequentes e difficeis de prever, em cujo julgamento deverão estes compenetrar-se do *espírito geral* da legislação do seu paiz, e das circumstancias especiaes que acompanharem cada uma d'ellas.

26 Os escriptos dos nossos jurisconsultos são quasi tão pobres sobre esta materia como as nossas proprias leis, por isso que, não obstante a diligencia que empregamos, só em Valasco (1) encontramos algumas noticias sobre a antiga theoria dos estatutos pessoaes, reaes e mixtos: theoria, que, tendo sido primeiramente esboçada na Italia por Bartholo por causa dos frequentes conflictos que se levantavam entre os diversos direitos particulares por que se regiam as cidades livres italianas, foi depois principalmente aperfeiçoada pelos jurisconsultos hollandezes (2). O sr. M. A. Coelho da Rocha dá-nos tambem algumas ideas sobre a natureza das leis pessoaes e reaes, e sobre a forma dos actos ju-

(1) Consultas 133, 175 e 182.

(2) Savigny, *Traité*, p. 121; e Foelix (*Traité du Droit International Privé*, etc., 2 vol., Paris, 1856) numeros 5 e 6.

ridicos passados em paiz estrangeiro, mas tão escassas, que pouca ou nenhuma luz derramam sobre a materia (1). Esta deficiencia dos nossos escriptores é até certo ponto attenuada pela *Gazeta dos Tribunaes*, na qual se encontram tractadas algumas questões d'esta natureza, de que daremos noticia nos logares competentes, quando o julgarmos conveniente (2).

(1) *Instituições de Direito Civil Portuguez*, §§ 31, 201, e 203.

(2) Vejam-se os n.ºs 24, 154, 304, 458, 684, 967, 1021 a 1029 e 1101, 1071, 1087, 1526, 1527, 1948, 1992, 2157, 2280, 2384, 2668, 3361, 3436.

RESULTADO

27 A digressão historica que acabamos de fazer, com quanto não seja tão fértil em resultados, como era para desejar, mostra-nos comtudo que a solução dos conflictos suscitados entre as leis d'um ou de diversos Estados mereceu sempre aos legisladores mais ou menos attenção. E, se é certo as legislações da antiguidade e da idade-media offerecerem-nos sobre isto um numero limitado de prescripções positivas, não o é menos que estas prescripções, auxiliadas por outras do direito romano e fecundadas pela doutrina dos auctores e jurisprudencia dos tribunaes de todas as nações, têm contribuido poderosamente para a formação e desenvolvimento do direito internacional privado, sob cujos auspicios devemos esperar num futuro proximo, quando não seja uma completa unidade de legislação, ao menos grande uniformidade na decisão d'um numero consideravel de relações juridicas importantes, em contacto com diversos direitos, como sejam as que dizem respeito á nacionalidade, ao estado e capacidade das pessoas, ao regimen da propriedade móvel e immovel, aos contractos, á familia, ás successões, á forma externa dos actos juridicos, etc. Estes nossos estudos confirmam-nos tambem na crença de que no mundo moral, do mesmo modo que no mundo physico, nada se faz aos saltos (*natura non*

facit saltum), e que tal instituição, que muitas vezes se nos afigura nova, não é mais do que o resultado da evolução d'uma idea antiga, que a sabedoria e a experiencia dos tempos têm affeioado ás necessidades do tempo presente. É por esta e outras razões que os estudos historicos sobre o direito, a que podemos chamar o estudo do pensamento humano nas suas manifestações externas mais nobres e elevadas, tem modernamente attrahido tanto a attenção dos juriconsultos mais illustres, aos trabalhos dos quaes devemos não só um conhecimento muito mais perfeito das instituições e monumentos juridicos da antiguidade e da idade-media, mas tambem uma boa parte dos progressos que no século actual tem realisado a sciencia do direito.

CAPITULO SEGUNDO

Dos principios geraes do direito internacional privado

SECÇÃO PRIMEIRA

Da importancia e noção do direito internacional privado,
e em que differe do direito publico internacional

28 Revolução profunda operada na vida dos povos modernos pelos descobrimentos de novas terras, e pela applicação do vapor e da electricidade á locomoção, á industria, e á transmissão do pensamento. 29 Extraordinario augmento nas relações humanas que d'aqui tem resultado. 30 Grande numero de collisões a que isto dá lugar. 31 Objecto e definição do direito internacional privado. 32 Em que differe da antiga theoria dos estatutos. 33 Que materias comprehende. 34 Em que differe do direito publico internacional.

28 Os descobrimentos de novas terras, feitos pelos nossos maiores e por outras nações da Europa, produziram uma mudança consideravel na vida dos povos modernos, em virtude da grande quantidade de productos de todas as especies, até ahí raros ou desconhecidos, que começaram a trocar-se entre elles, e da fundação de colonias europeas nas diversas partes do globo, algumas das quaes são hoje imperios poderosos e florescentes. Este grande acontecimento não pode comtudo reputar-se senão como o precursor da profunda revolução que em nossos dias se tem operado na industria, e nas relações

internas e externas das nações, proveniente da applicação do vapor e da electricidade a uma e outras, de cujo acontecimento tem resultado um augmento extraordinario na producção e troca de todos os objectos uteis ou necessarios á vida, e uma rapidez, segurança e eerteza admiraveis nas viagens de terra e mar, e na transmissão do pensamento ás regiões mais longinquoas.

29 Em consequencia d'esta facilidade de communicações entre os diversos povos, e do agasalho e protecção que as nações civilisadas prestam hoje geralmente aos estrangeiros, equiparando-os aos seus nacionaes, em tudo ou quasi tudo o que respeita ao gozo dos direitos civis, as viagens de recreio, de instrucção, e com fim lucrativo, têm augmentado prodigiosamente; pois não só é vulgar ir estabelecer-se em as nações estrangeiras grande numero de artistas, de commerciantes, de industriaes, e de empresas de todas as especies, que por meio do concurso esclarecido do trabalho, do commercio, da industria e do capital tendem a fazer da terra um centro commum de vida; mas tambem não é raro ver povoações inteiras ou quasi inteiras de algumas nações da Europa abandonarem a terra natal, a que estavam ligadas por tantas tradições e affeições intimas, para irem procurar alem do oceano os meios que nella lhes falleciam; e sobre tudo a terra, esse instrumento de trabalho tão ap-

petecido pelos habitantes das communas ruraes de todos os paizes da Europa.

30 Como porem a unidade de vida, para que a humanidade caminha a passos largos, esteja ainda muito longe da perfeição de que é susceptível; e o desenvolvimento desigual dos principios do direito, e a situação particular de cada nação, não permitam que todas adoptem por em quanto nos seus codigos as mesmas prescripções juridicas (2); e aconteça achar-se hoje grande numero de individuos sujeitos ao mesmo tempo a diversas leis (29), como succederá, por exemplo, ao portuguez, que tiver bens na Hespanha, que passar uma letra de cambio na Belgica para ser paga na Inglaterra, que casar na França, fizer testamento na Prussia, e praticar um crime na Italia: nada mais natural do que perguntar qual é a lei que deve regular cada uma d'estas relações juridicas: se é a lei portugueza, a que está sujeito pelo nascimento ou pela naturalisação; se é a hespanhola, belga, ingleza, franceza, prussiana ou italiana, a que parece ter querido sujeitar-se, praticando naquelles paizes os diversos actos que acabamos de mencionar (1).

(1) No decurso d'esta obra tractaremos estas e muitas outras questões, motivo por que nos limitamos por agora a enuncial-as. Observaremos comtudo de passagem que qualquer das relações juridicas, a que nos referimos no texto, pode ser regida por um, dous ou mais direitos, como va-

31 É o estudo d'estas questões complicadas, ácerca das quaes, em geral, os codigos modernos

mos ver do exemplo seguinte: Supponhamos que um portuguez, que tem bens immoveis na Hespanha, pretende vendel-os. Se effectua a venda naquelle paiz, é a lei hespanhola que unicamente a regula, visto ser ella que neste caso determina todos os requisitos internos e externos necessarios para a validade do contracto, e até a capacidade do vendedor portuguez, quando este, sendo inhabil para contractar pela lei portugueza, for habil para fazel-o pela lei hespanhola. Supponhamos que a venda é feita em Portugal: neste caso a lei hespanhola regula certo numero de condições necessarias para a sua validade, como sejam os effectos d'este contracto em relação ás pessoas que nelle intervêm e a terceiros (inscripção no registro das hypothecas, na conformidade dos artt. 2.º e 5.º da lei hypothecaria hespanhola), o pagamento da contribuição de registro, etc. A capacidade dos contractantes ainda tambem neste caso deve ser regulada pela lei portugueza ou hespanhola, segundo uma ou outra for mais favoravel á validade do contracto; mas a forma externa d'este, i. é, a escriptura publica por que deve ser feito, excedendo o valor a 50\$000 réis, é regulada pela lei portugueza, na conformidade do principio *locus regit actum*. Supponhamos, por ultimo, que a venda é feita em França: neste caso tem ainda logar o que se disse no precedente, menos em relação á forma externa do contracto, que é regulada pela lei franceza, na conformidade do principio supracitado. Sobre os requisitos necessarios para a transmissão da propriedade immovel na Hespanha, veja-se Gomez de la Serna, *Elementos del Derecho Civil*, vol. 2.º, liv. 4.º, n.º 147.

pouco legislam (25), e os auctores se acham quasi sempre na mais flagrante contradicção (1), que constitue o dominio proprio do direito internacional privado, que poderemos definir *o complexo de regras, segundo as quaes devem decidir-se as collisões levantadas entre as leis dos diversos Estados independentes em materia civil, commercial, do processo, e penal* (2).

32 As collisões de que se occupava a antiga theoria dos estatutos, a que já noutra parte nos referimos (26), tinham geralmente logar entre os diversos direitos particulares por que se regia um mesmo Estado; em quanto que as do moderno direito internacional privado dão-se geralmente entre os direitos por que se regem os Estados independentes. A maior differença que ha entre umas e outras consiste em que as collisões entre os diversos direitos particulares d'um mesmo Estado podem facilmente resolver-se d'uma maneira uniforme pela promulgação d'uma lei geral, que nesta parte domine todas as leis particulares; ao passo que as collisões entre as leis dos Estados independentes só poderão resolver-se com a mesma uniformidade por meio de tractados ou pela adopção por

(1) Dentro em pouco teremos muitas occasiões de nos convencermos d'esta triste verdade.

(2) Veja-se Foelix, n.º 1 e 8; e Wheaton, *Éléments du Droit International*, Leipzig, 1858, pp. 101 e 102.

todos elles d'um código commum de direito internacional (1). A adopção de um tal código, que só Deos sabe quando se realizará, é contudo em grande parte supprida pela boa intelligencia e esforços que empregam os juriseconsultos e tribunaes de todos os paizes para que as questões d'esta natureza sejam resolvidas em conformidade com os principios da justiça e da equidade, de cuja observancia tanto dependem o commercio internacional, e os progressos da civilisação. Note-se que as collisões entre os diversos direitos particulares d'um mesmo Estado vão diminuindo todos os dias consideravelmente, em consequencia do empenho com que as nações procuram estabelecer no seu territorio a unidade de legislação, urgentemente reclamada pelo interesse dos povos.

33 Da definição que démos do direito internacional privado (31) vê-se que comprehendemos nelle o direito do processo e o direito penal, não obstante estes dous ramos da sciencia juridica serem geralmente reputados partes integrantes do *direito publico* (2). Pareceu-nos porem que não po-

(1) A idea d'um código de direito internacional encontra-se theoricamente traduzida no *Saggio di Codificazione del Diritto Internazionale*, por Augusto Paroldo, Torino, 1851; e no *Précis d'un Code du Droit International*, par Alphonse de Domin-Petrushevecz, Leipzig, 1861.

(2) Podem consultar-se sobre isto: Ahrens, *Philosophie*

diamos deixar de fazer entrar na definição estas duas especies de leis, não só porque a divisão do direito em *publico* e *privado* é inexacta, em razão de haver no chamado direito privado muitas leis de interesse e ordem publica, com as quaes as partes têm necessariamente de conformar-se, sob pena de incorrerem na sanção nellas estabelecida; e no chamado direito publico muitas leis de mero interesse particular; mas tambem porque, podendo dar-se as collisões tanto entre as leis do processo e penaes, como entre as outras, a definição seria incompleta não as comprehendendo todas. Cumpre-nos todavia dizer que, tencionando dar bastante desenvolvimento á parte d'este nosso trabalho relativa aos conflictos entre as leis civis dos diversos Estados, nos veremos por isso mesmo obrigados a dizer pouco sobre os conflictos entre as leis do processo, e nada sobre os conflictos entre as leis penaes. Esta lacuna será porem um dia por nós preenchida, se tivermos vida e saude, e se a approvação dos nossos sabios mestres e do publico nos animar a completar este trabalho.

du Droit, edição de 1860, pp. 205 e seguintes; Eschbach, *Introduction Générale à l'Étude du Droit*, Paris, 1856, §§ 31 e 35; Falck, *Encyclopédie Juridique*, Paris, 1841, §§ 37 e 38; Den Tex, *Encyclopaedia Jurisprudentiae, Conimbricae*, 1855, §§ 84 e 117; Foelix, n.º 1, e a nota de Demangeat, a p. 2.

34 O estreito parentesco que ha entre o direito internacional privado e o direito publico internacional pedia, talvez, que nos esforçassemos por precisar as diferenças que existem entre um e outro; mas, como a experiencia de todos os dias nos atteste a difficuldade que ha em demarcar rigorosamente as raías, que separam os diversos ramos da mesma sciencia, ou de sciencias irmãs, limitar-nos-emos a dizer que o direito internacional privado se occupa da resolução das questões nascidas do conflicto das leis de diversos Estados em materias de *immediato interesse particular*; e o direito publico internacional, da resolução das questões suscitadas entre diversos Estados em materias de *immediato interesse publico* (1).

(1) Veja-se Foelix, n.º 1; e Wheaton, obra citada, pp. 101 e 102.

SECÇÃO SEGUNDA

Do fundamento da applicação das leis estrangeiras,
e dos principios que a regulam

35 Exposição da theoria que funda a applicação das leis estrangeiras na *comitas* e na *utilidade* reciproca das nações. 36 Refutação d'esta theoria. 37 Theoria fundamental da applicação das leis estrangeiras. 38 Casos em que a applicação d'aquellas leis não tem logar. 39 Principios que devem regular os tribunaes a este respeito. 40 Objecções que se têm feito contra a applicação das leis estrangeiras, e sua refutação.

35 Na opinião de muitos jurisconsultos, que têm escripto sobre o direito internacional privado, o direito de soberania que as nações independentes exercem dentro dos limites do seu territorio auctorisas a submeterem ao imperio unico e exclusivo das suas leis e tribunaes todas as cousas e pessoas ahi existentes, e a prohibir d'um modo absoluto que as leis estrangeiras exerçam nelle a minima auctoridade, quer a respeito das cousas moveis e immoveis nelle situadas, quer a respeito das pessoas nelle domiciliadas, residentes, ou de passagem, qualquer que seja a nação a que pertençam, quer a respeito dos actos que nelle hão de produzir os seus effeitos; e que, se as nações modernas consentem, em geral, tacita ou expressamente no contrario, i. é, que as leis estrangeiras sejam applicadas pelos seus tribunaes, quando a natureza especial das relações juridicas com ellas em contacto assim o pede, é isso

devido á benevolencia que preside ás suas relações, e á utilidade (*ex comitate, ob reciprocam utilitatem*), que todas d'ahi tiram, e não a um dever rigoroso de justiça, incompativel com a sua independencia e soberania (1).

36 Em quanto a nós, o direito de soberania que gozam as nações independentes não pode ser arbitrariamente violado, quando é por ellas racionalmente exercido; porque, se o fora, equivaleria isso a desconhecer a natureza moral e livre dos seres humanos que as compõem; mas ninguém, de certo,

(1) Estes principios acham-se enunciados em Huber (citado por Story, § 29, p. 29) da maneira seguinte: «*Leges cujusque imperii vim habent intra terminos ejusdem reipublicae, omnesque ei subjectos obligant, nec ultra. 2.º Pro subjectis imperio habendi sunt omnes, qui intra terminos ejusdem reperiuntur, sive in perpetuum, sive ad tempus ibi commorentur. 3.º Rectores imperiorum id comiter agunt, ut jura cujusque populi intra terminos ejus exercita teneant ubique suam vim, quatenus nihil potestati aut juri alterius imperantis ejusque civium praejudicetur.*» Estes mesmos principios encontram-se tambem desenvolvidos em Story, §§ 18, 20 e 23, donde passaram para Foelix, n.ºs 9, 10 e 11, e d'este para Wheaton, vol. 1.º, pp. 101 e seguintes, e para Westoby, *Résumé de Législation Anglaise*, etc., 1 vol. Bruxelles, 1853, pp. 47 e seguintes. Veja-se tambem Vattel, *Le Droit des Gens*, 3 vol., Paris, 1830 e 1833, liv. 2.º, cap. 8.º, § 99 e seguintes; Klüber, *Droit des Gens*, 1 vol., Paris, 1861, §§ 54 e seguintes; e Savigny, p. 27 e seguintes.

pretenderá que sob o pretexto do direito de soberania uma ou mais nações, dominadas talvez pela ignorancia ou por velhos preconceitos, desconheçam a auctoridade moral das outras, e dos principios da justiça universal, obstando á diffusão do direito e da sociabilidade humana, que todas devem fomentar e favorecer, quanto em si caiba. Querer dar ao principio da soberania um character absoluto seria, por exemplo, desconhecer a obrigação moral que têm as nações civilisadas de fazer entrar no seu gremio uma infinidade de povos, mais ou menos barbaros, que ha seculos se definham sob a pressão da mais extrema ignorancia e do mais feroz despotismo (1); seria desconhecer a obrigação moral que têm as mesmas nações de compor por meios pacificos, e, sendo necessario, pela força, as lutas sanguinolentas em que muitas vezes algumas d'ellas desgraçadamente se empenham, sem motivos bastante ponderosos, com grande prejuizo do commercio dos outros povos e desdouro da humanidade (2); seria, finalmente, sancio-

(1) Referimo-nos ás nações asiaticas, prestes a sahir do seu insulamento secular, graças á bem entendida pressão que neste sentido têm exercido sobre ellas a Inglaterra e a França. O commercio completará, estamos certos, dentro em pouco, pelos meios pacificos a obra civilisadora, que aquellas grandes nações começaram pelas armas.

(2) Se os governos das nações, a que em a nota pre-

nar o insulamento, a barbaridade, e a antipathia, que caracterisaram as relações dos povos da antiguidade (1). Na presença d'isto parece-nos evidente que a applicação das leis estrangeiras não pode fundar-se *unicamente* na benevolencia e utilidade reciproca das nações, porque, sendo a benevolencia e a utilidade cousas essencialmente relativas e contingentes, dependeria, não poucas vezes, da vontade arbitraria d'uma ou mais d'ellas obstar a

cedente nos referimos, se compenetrassem d'estas nossas ideas, não veriamos, como desgraçadamente estamos vendo, os povos da America do Sul empenhados numa guerra quasi fraticida, que, em vista dos pequenos resultados até hoje obtidos, parece dever ser tão duradoura como a famosa guerra de Troia. No entretanto, o commercio d'aquelles povos, e o de todas as nações da Europa, soffre com isso immensos prejuizos. Muitas fortunas particulares, feitas á custa de muito trabalho e de muito tempo, desmoronam-se de um dia para outro; e um paiz, cujo credito ainda ha pouco ia muito alem das suas necessidades, i. é, que encontrava sempre aberta a bolsa dos grandes e pequenos capitalistas, vê-se obrigado a inundar-se de papel moeda, por não ter quem lhe empreste dinheiro em termos accetaveis! São mais vinte annos, pelo menos, perdidos no caminho do progresso, e vinte annos são quasi a vida d'uma geração!

(1) A limitação dos direitos de soberania de uma nação pelos direitos de soberania das outras, é reconhecida por Heffter, § 34, p. 70, nos termos seguintes: «Le principe de la souveraineté et de l'indépendance de chaque nation n'a pas un caractère absolu et exclusif au point de faire con-

que as outras realisassem o seu fim, e a communhão de vida a que justamente aspiram (1).

37 Rejeitando pois como *insufficientes* os principios da benevolencia e da utilidade, em que aquelles auctores (35) pretendem fundamentar a applicação das leis estrangeiras, entendemos com outros muitos, que ella se funda antes no desenvolvimento proprio do direito, que por toda a parte tende para a unidade sob o impulso do christianismo e do direito romano, do commercio e da civilisação (2), e

sidérer des lois et des actes émanés des souverains étrangers comme dépourvus de toute autorité hors du territoire. Une pareille exclusion ne s'accorderait guère avec le respect mutuel que les nations se doivent les unes aux autres. Il faut ajouter en outre que certaines causes les obligent à avoir égard aux rapports nés sous l'influence des lois étrangères.»

(1) A theoria da benevolencia e da utilidade, em que se pretende fundamentar a applicação das leis estrangeiras, é apreciada por Heffter, § 9, p. 25, do modo seguinte: «Parmi ces théories si diverses dont nous venons d'esquisser l'analyse rapide, on rencontre au point extrême celle qui donne au droit international pour base unique l'intérêt des États, soit l'intérêt individuel de chaque État en particulier, soit l'intérêt collectif de tous. Montesquieu d'abord et tout récemment Jérémie Bentham ont professé cette théorie. Le vrai utile sans doute s'identifie avec les commandements de la morale: néanmoins il faut convenir en même temps que ce mot se prête facilement à des malentendus.»

(2) A influencia que o Christianismo e o direito romano

no reconhecimento fraternal da auctoridade moral, legislativa e jurisdiccional das outras nações, na conformidade do mutuo respeito e da egualdade que deve presidir ás relações d'umas e outras, na sua qualidade de pessoas moraes, e de principaes órgãos do direito e da justiça (1).

têm exercido sobre os progressos da sociabilidade humana é assim apreciada por Heffter, § 6, p. 9: «Au Christianisme néanmoins échu la noble mission de diriger les peuples dans une nouvelle voie. Son amour de l'humanité, son précepte: fais du bien aussi à tes ennemis, ne pouvaient guère s'accommoder avec un état d'hostilité permanente. Les circonstances suivantes surtout méritent d'être remarquées comme ayant contribué à rapprocher entre eux les États chrétiens de l'Europe et à faire admettre des droits communs réciproques, savoir:

I. La réunion de l'Église occidentale sous un chef spirituel. Rome a eu le mérite de provoquer par son autorité morale la suppression de nombreux usages barbares dans le commerce des peuples;

II La Chevalerie et les croisades;

III La propagande du droit romain avec son caractère de droit commun de toute la Chrétienté.

Sous cette triple influence s'est formé le droit public européen dont les bases positives furent les principes du christianisme et du droit romain, ce dernier dans les limites tracées par l'Eglise.» Veja-se tambem Savigny, p. 31.

(1) Pedimos licença para transcrever ainda a seguinte passagem de Heffter, por isso que, sendo a materia de que nos occupamos d'uma importancia fundamental, muito ga-

38 Mas é claro que o dever moral que as nações têm de applicar as leis estrangeiras ás relações jurídicas com ellas em contacto, não é tão absoluto, que não admitta numerosas excepções, a determinação rigorosa das quaes constitue uma das partes mais difficeis e importantes do direito internacional privado. E assim, por exemplo, nenhuma nação deve consentir na applicação d'aquellas leis, quando for incompativel com a sua soberania ou segurança — com os principios fundamentaes do seu go-

nhará ella em auctoridade sob o patronato d'este illustre juriconsulto. Diz elle no § 37, p. 76: «Le principe territorial, par cela même qu'il s'impose à tous les rapports civils nés sur le territoire, semble, au premier abord, peu favorable à l'application des lois étrangères. La loi civile, de même que la loi pénale, étant essentiellement territoriale, son autorité semble expirer aux limites même du territoire. Mais ce raisonnement repose sur une erreur profonde. En effet l'État qui voudrait nier l'autorité d'un droit civil en dehors de celui par lui établi, nierait en même temps la liberté de la personnalité humaine: c'est ce qu'il ne peut pas, n'étant lui-même qu'un organe spécial du genre humain. Tous les hommes pouvant prétendre au même titre, du moins moralement, à être admis à la jouissance du droit civil, chaque État doit y contribuer. Mais comme le droit civil, dans ces développements, a besoin de la sanction du pouvoir souverain, une nation doit admettre l'autorité fraternelle de l'autre, à laquelle cette sanction est échue, conformément aux règles de l'égalité et du respect mutuel des nations.»

verno e instituições — com a conscienciosa observancia dos seus deveres e da justiça — ou quando produzirem effeitos contrarios aos das suas proprias leis — ou estiverem em opposição com os legitimos interesses dos seus nacionaes — ou forem fundadas num egoismo estreito, como seriam as que concedessem favores e privilegios aos seus nacionaes em prejuizo dos estrangeiros. É em observancia d'estes principios que as nações da Europa não toleram no seu territorio a escravidão — os effeitos da morte civil, quando esta não é admittida pelos seus proprios codigos — os castigos e crueldades auctorisados pelas leis e costumes de algumas nações barbaras — a aquisição de immoveis pelas corporações de mão morta estrangeiras, ou a instituição e conservação de vinculos e de fideicommissos por estrangeiros, quando isto é prohibido ás corporações e aos cidadãos do paiz da situação dos bens — a execução de quaesquer convenções ou disposições contrarias á moral — os casamentos incestuosos — a polygamia, etc. (1).

39 Em vista d'estes e d'outros exemplos, que opportunamente desenvolveremos, o primeiro dever dos juizes, que tiverem de julgar qualquer relação juridica litigiosa em contacto com as leis

(1) Veja-se a este respeito Story, § 25; Foelix, n.º 15; Savigny, pp. 38—40; e Heffter, § 37.

d'uma ou mais nações estrangeiras, é examinar se as leis do seu paiz estão ou não de accordo com aquellas leis; e se dizem, não o estando, a maneira por que hão de ser decididas as collisões, que existirem entre umas e outras, em cuja hypothese elles juizes devem necessariamente conformar-se na sua decisão com as prescripções da lei do seu paiz, quaesquer que sejam em contrario as suas ideas particulares ou theoricas, ou as prescripções das leis estrangeiras. Na falta de declaração expressa da lei do seu paiz a este respeito, cumpre então aos juizes examinar se dos motivos e discussão da mesma lei se pode inferir qual fosse a vontade do legislador, com a qual ainda neste caso devem conformar-se, visto este modo de manifestação da vontade do legislador equivaler a uma lei sobre as collisões (1). Falhando qualquer d'estes dous meios da

(1) A parte 3.^a do art. 3.^o do codigo civil francez offerece-nos uma applicação d'esta regra, porque, não obstante limitar-se a dizer que o estado e capacidade dos francezes, residentes em paiz estrangeiro, serão regulados pela lei franceza, os tribunaes e jurisconsultos d'aquella nação concordam geralmente que o estado e capacidade dos estrangeiros residentes em França são também regidos pela lei do seu paiz, não em virtude do principio da reciprocidade, em que a lei não falla; mas porque, dizendo o art. 3.^o do projecto apresentado pelo governo — que a lei obrigava todos os que habitavam o territorio — este artigo foi substituido pelo actual, em razão de o tribuno Tronchet ter ob-

manifestação da vontade do legislador, devem os juizes examinar se as leis estrangeiras, que regem a relação juridica, se oppõem em alguma cousa á natureza *moral, politica e economica* das leis do seu paiz, em cuja hypothese deverão applicar estas exclusivamente; mas, não se oppondo, deverão applicar aquellas. Assim, pois, as frequentes relações que existem entre os diversos povos exigem que na applicação das leis meramente suppletivas d'uns e outros, e na das leis absolutas ou rigorosamente obrigatorias, que têm por fim garantir o exercicio dos direitos puramente individuaes, se estabeleça a mais perfeita e completa communhão. No que respeita, porem, ás leis absolutas ou rigorosamente obrigatorias, que se fundam em motivos *moraes, politicos e economicos*, o interesse publico das nações, que ellas têm por fim assegurar, não consente que a sua execução possa ser prejudicada no mais pequeno ponto pela applicação de quaesquer leis estrangeiras (1).

servado que os estrangeiros não estavam sujeitos ás leis civis que regulam o estado e capacidade das pessoas. Vejam-se a este respeito os *Motifs, rapports et opinions des orateurs qui ont coopéré à la rédaction du code civil*, edição Didot, de 1855, vol. 2.^o, p. 8; e Foelix, n.^o 32.

(1) Veja-se sobre isto Foelix, n.^o 17; Heffter, § 37; Savigny, pp. 29, 34—41, 129 e 130, e 272; e Wheaton, p. 103.

A doutrina d'este numero encontra-se regulada no art.

40 -As objecções que se têm apresentado contra a applicação das leis estrangeiras, fundadas nas difficuldades que os juizes terão em sabel-as e interpretal-as, não nos parecem tão importantes como á primeira vista se afigura. É inquestionavel que estas difficuldades existem, mórmente em relação ás legislações não codificadas, e ao direito fundado nos costumes e arestos dos tribunaes, como succede, por exemplo, com o direito inglez, e ainda hoje até certo ponto com o nosso; mas nem por isso as julgamos de tal importancia que devam obstar á applicação do principio saudavel da communhão do direito internacional, sem cuja observancia succederia não poucas vezes que muitos contractos, validos pela lei do paiz a que estavam sujeitos, seriam nullos pela do tribunal d'outro paiz, onde se requeresse a sua execução ou cumprimento ju-

5.º do *Esboço do Código Civil Brasileiro* da maneira seguinte:

«Art. 5.º Não serão applicadas as leis estrangeiras:

1.º Quando sua applicação se oppozer ao direito publico e criminal do Imperio, á religião do Estado, tolerancia dos cultos, e á moral e bons costumes.

2.º Nos casos em que sua applicação for expressamente prohibida neste Código, ou for incompativel com o espirito da legislação d'este Código.

3.º Quando forem de mero privilegio.

4.º Quando as leis d'este Código, em collisão com as estrangeiras, forem mais favoraveis á validade dos actos.

dicial. Estas objecções parecem-nos tanto menos importantes, se attendermos a que a applicação do direito reveste nestes casos a natureza d'um facto, que as partes têm obrigação de allegar e provar (**10**), a exacta apreciação do qual será quasi sempre facil ao jurisconsulto versado nos principios geraes de direito, communs a todos os povos civilisados. Alem d'isto, a similhança que existe entre as prescripções dos codigos modernos, e a facilidade com que qualquer juiz medianamente instruido os pode consultar na propria lingua, ou numa traducção, facilitam de tal modo o conhecimento das leis estrangeiras, que poucas vezes haverá verdadeira difficuldade em conhecel-as e applical-as. É certo que os juizes terão com isto mais algum trabalho do que teriam applicando unicamente as leis do seu paiz; mas, como foram instituidos para interesse das partes e não para sua commodidade, é ao interesse d'estas e não ao seu commodo que se deve attender (1).

(1) Veja-se sobre isto Mailher de Chassat, *Traité des Statuts*, 1 vol., Paris, 1845, n.ºs 86 e 240; e Foelix, n.º 18.

SECÇÃO TERCEIRA

Das diversas theorias que têm apparecido
para a resolução dos conflictos

41 Theorias apresentadas pelos jurisconsultos para a resolução dos conflictos. 42 Primeira theoria. 43 Segunda theoria. 44 Terceira theoria. 45 Quarta theoria. 46 Quinta theoria. 47 Insufficiencia d'estas theorias. 48 Resultado. 49 Transição.

41 A conveniencia, que haveria em determinar d'uma maneira exacta a séde das relações juridicas, em contacto com os diversos direitos d'um mesmo ou de differentes Estados, fez com que os jurisconsultos de diversas epochas se esforçassem por descobrir um principio superior, que, dominando todos os casos possiveis de collisão, mostrasse ao mesmo tempo o direito que lhes era applicavel. Estas tentativas, porem, não podiam ser coroadas de bons resultados; porque as relações juridicas em que o homem pode intervir são tantas e tão complexas, que nos parece impossivel submettel-as sob este ponto de vista a uma regra geral e absoluta. Conscios d'isto os jurisconsultos modernos concordam geralmente que estas theorias devem ser abandonadas, não obstante as applicações verdadeiras de que são susceptiveis, e que no julgamento das questões, em contacto com o direito de diversos Estados, se deve attender unicamente á natureza particular de cada uma d'ellas. Mas, como o conheci-

mento d'aquellas theorias, não obstante a sua insufficiencia e defeitos, seja ainda hoje de bastante utilidade, em razão da grande influencia que algumas d'ellas exerceram e continuam a exercer sobre este ramo do direito, apresental-as-emos aqui em resumo.

42 *Primeira theoria.* A mais antiga e importante d'estas theorias é a dos estatutos (1), que, tendo sido, como vimos (26), primeiramente esboçada por Bartholo, foi depois principalmente aperfeiçoada pelos jurisconsultos hollandezes do decimo sexto seculo, por causa dos frequentes conflictos, que se levantavam entre os diversos direitos particulares por que se regiam as provincias de que se compunham os Estados da Hollanda. O fundamento d'esta theoria consiste em dividir todas as leis em pessoaes, reaes e mixtas (*statuta personalia, realia, mixta*), entendendo-se, segundo os antigos juricon-

(1) A palavra estatuto deriva-se de *statutum*, nome com que na Italia e noutros paizes da Europa se designava, e ainda hoje se designa, o direito particular de cada cidade ou provincia, em opposição ao direito commun ou geral d'um mesmo Estado. Esta palavra será por nós empregada na accepção larga de lei. Veja-se sobre isto, e em geral sobre a theoria que vamos expor, Story, §§ 12—16; Foelix, n.ºs 19—24; Massé, *Le Droit Commercial*, etc. (4 vol., Paris, 1861 e 1862), vol. 1.º, n.ºs 536—539; Marcadé, *Exposition Théorique et Pratique du Code Napoléon*, 1.º vol. (edição de 1859), p. 49 e seguintes; Merlin, verbo *Statut*; e Savigny, p. 121 e seguintes.

sultos, por estatutos pessoaes todas as leis que legislam ácerca das pessoas; por estatutos reaes, todas as leis que legislam ácerca das cousas; e por estatutos mixtos, todas as leis que legislam ácerca das pessoas e das cousas (1), ou, segundo outros, todas as leis que legislam ácerca das solemnidades dos actos (2). Os jurisconsultos modernos, porem, apartam-se um pouco d'esta divisão, fundados em que, dispondo, em geral, todas as leis ao mesmo tempo sobre as pessoas e sobre as cousas, devem ellas ser unicamente divididas em pessoaes e reaes (*statuta personalia, realia*), segundo nellas predominar o elemento pessoal ou real (3); e entendem por

(1) Rodenburg, citado por Foelix, n.º 21: «Aut enim statutum simpliciter disponit de personis, aut solummodo de rebus, aut conjunctim de utrisque.»

(2) Paulo Voet, citado por Foelix, n.º 21: «Mixta dicentur meo sensu quae, licet forte vel in rem vel in personam loquerentur, non tamen principaliter de re vel de persona disponant, verum de modo vel solemnitate in omnibus negotiis et causis sive judicialibus sive extrajudicialibus adhibenda.»

(3) Merlin, *Répertoire de Jurisprudence*, verbo—Statut: «Quelques auteurs distinguent une troisième espèce de Statuts, qu'ils appellent mixtes: ce sont, suivant eux, les Statuts qui concernent tout-à-la fois les personnes et les biens; mais de cette manière, la plupart des Statuts seraient mixtes, n'y ayant aucune loi qui ne soit faite pour les personnes, et aussi presque toujours par rapport aux biens. A dire vrai, il n'y a point de Statuts mixtes, ou du

estatutos pessoaes todas as leis que têm por objecto principal as pessoas (1), e accessoriamente as cousas; e por estatutos reaes, todas as leis que têm por objecto principal as cousas (2), e accessoriamente as pessoas. A divisão das leis em pessoaes e reaes (*statuta personalia, realia*) offereceria inquestionavelmente grandes vantagens praticas se fora possível fazer uma distincção rigorosa entre umas e outras; porque, concordando a maior parte dos escriptores que as leis pessoaes acompanham o homem por toda a parte, e que as reaes não exercem auctoridade fóra do territorio da nação para que são feitas, os tribunaes de todos os paizes teriam um padrão seguro por onde guiar-se na decisão das collisões das leis internacionaes. Infelizmente, a demarcação rigorosa entre as leis ou estatutos pessoaes, e as leis ou estatutos reaes, é absolutamente impossivel; porque, dispondo a maior

moins qui soient autant personnels que réelles; car il n'y a point de Statut qui n'ait un objet principal; cet objet est réel ou personnel, et détermine la qualité du Statut».

(1) Isto é, o estado e capacidade *geral* das pessoas, e os bens moveis. Adiante demonstraremos a falsidade d'estas distincções arbitrarías, que não têm concorrido pouco para o atraso da sciencia.

(2) Isto é, os bens immoveis, e o estado e capacidade *particular* das pessoas. Mais adiante veremos que estas distincções não têm maior fundamento do que as da nota precedente.

parte das leis ao mesmo tempo sobre as pessoas e as cousas, succede muitas vezes que as leis que uns jurisconsultos reputam pessoas, reputam-nas outros reaes, e *vice-versa*. D'este conflicto de opiniões nasceram noutro tempo muitas distincções arbitrarías e subtis, cuja influencia desastrosa sobre os progressos d'este ramo do direito ainda hoje se conhece nas obras dos jurisconsultos modernos. Um exemplo memoravel d'estas distincções arbitrarías se encontra nas obras de Bartholo, na opinião do qual as leis eram reaes ou pessoas, segundo primeiramente se referiam ás cousas ou ás pessoas! (1)

(1) Eis como a este respeito se exprime Story (§ 14), cujo logar transcrevemos, não só pela sua importancia, mas tambem por causa dos textos de Hert, e de Bartholo, que nelle se acham transcriptos: «In the application of this classification to particular cases, there has been no inconsiderable diversity of opinion among the civilians. What particular statutes are to be deemed personal, and what real; when they may be said principally to regard persons, and when principally to regard things; these have been vexed questions, upon which much subtlety of discussion, and much heat of controversy have been displayed. The subject is in itself full of intrinsic difficulties; but it has been rendered more perplexed by metaphysical niceties and over-curious learning. Hertius admits, that these subtilities have so perplexed the subject, that it is difficult to venture even upon an explanation. His language is: *De collisu le-*

43 *Segunda theoria*. Reconhecendo a insufficiencia e defeitos da antiga theoria dos estatutos, alguns dos modernos jurisconsultos allemães sustentam que, em geral, no caso de duvida, o direito applicavel a cada relação juridica deve ser regulado pelo domicilio da pessoa a que ella diz respeito. Mas esta theoria é tambem inadmissivel pelas razões *anceps, difficilis, et late diffusa est disputatio, quam nescio, an quisquam explicare totam aggressus fuerit*. And in another place, he adds: *Caeterum Junioribus plerisque placuit distinctio inter statuta, realia, personalia, et mixta. Verum in iis definiendis mirum est, quam sudant Doctores*. Bartolus has furnished a memorable example of these niceties. After remarking upon the distinction between personal and real statutes, and the mode of distinguishing the one from the other, and that in England the custom obtains of the eldest son's succeeding to all the property, he says: *Mihi videtur, quod verba statuti seu consuetudinis, sunt diligenter intuenda. Aut illa disponent circa res; ut per haec verba, «Bona decedentis, ut veniant in Primogenitum»; et tunc de omnibus bonis judicabo secundum usum et statutum, ubi res sunt situatae, quia jus affecit res ipsas, sive possideantur a cive, sive ab advena. Aut verba statuti seu consuetudinis disponent circa personas; ut per haec verba, «Primogenitus succedat»; et tunc, aut ille talis decedens non erat de Anglia, sed ibi haberet possessiones; et tunc tale statutum ad eum et ejus filios non porrigitur, quia dispositio circa personas non porrigitur ad forenses. Aut talis decedens erat Anglicus, et tunc filius primogenitus succederet in bonis, quae sunt in Anglia, et in aliis succederet de jure communi.*»

zões seguintes. É inquestionavel que muitos jurisconsultos entendem ser o domicilio o vinculo que sujeita as pessoas a um direito local determinado; mas esta doutrina parece-nos menos exacta; porque, como veremos mais tarde, o estado e capacidade das pessoas devem ser regidos ou pela lei do seu paiz, ou pela lei do paiz onde intervierem os actos, ou pela lei do paiz onde os actos houverem de produzir os seus effeitos, segundo a que for mais favoravel á sua validade. Quando, porem, fosse exacto o estado e capacidade das pessoas serem regidos pela lei do seu domicilio, isso nada provaria em favor d'esta theoria, porque entre o direito que rege as pessoas e o direito que rege as relações juridicas em que ellas intervêm não ha dependencia precisa. O direito local do domicilio das pessoas pode, não ha duvida, ser tambem applicavel ás relações juridicas em que ellas intervêm, e nestes casos a regra é verdadeira; mas, como esta coincidencia é meramente accidental, segue-se que será em muitos outros falsa e incapaz de applicação. Um outro defeito apresenta ainda este systema, e vem a ser que, figurando muitas vezes na mesma relação juridica pessoas com diversos domicilios, a regra não nos ensina o meio de conhecermos entre ellas aquella, cujo domicilio deve determinar o direito applicavel, de preferencia ao das outras. Finalmente, a mesma forma por que a regra está enun-

ciada é defeituosa; por quanto, comprehendendo-se nella todos os casos em que a applicação d'um direito local differente do direito do domicilio se não acha claramente determinada, terão as partes, á maneira do que succede no processo com a prova dos factos por ellas allegados, de demonstrar por meio de argumentos plausiveis, deduzidos da razão, da doutrina dos auctores e da jurisprudencia dos tribunaes, o direito que é applicavel, quando a regra devia precisar o dominio do direito a que cada relação juridica está sujeita em virtude da sua natureza particular (1).

44 *Terceira theoria.* As duas theorias precedentes são rejeitadas por outros jurisconsultos allemaes, na opinião dos quaes todas as relações juridicas devem ser decididas na conformidade da lei da nação a que pertencer o juiz que houver de julgar-as. Este systema funda-se no direito de soberania, que as nações independentes exercem sobre o seu territorio, em virtude do qual não são obrigadas a admittir nelle o concurso das leis estrangeiras, e no dever que têm os juizes de julgar os pleitos, que se ventilam perante elles na conformidade das leis do seu paiz, as unicas que são obrigados a conhecer e applicar (35 e 40). Mas nós já vimos que o direito de soberania das nações não obsta a

(1) Veja-se Savigny, pp. 124—126.

que reconheçam a auctoridade moral, legislativa e jurisdiccional umas das outras, permittindo tacita ou expressamente que os seus tribunaes decidam os pleitos que se ventilarem perante elles na conformidade das leis estrangeiras, quando isso for reclamado pela natureza dos mesmos pleitos, e não se oppozer á letra e espirito das suas proprias leis e instituições (36—39). E é assim effectivamente que as nações civilisadas hoje geralmente procedem; porque, não obstante o pequeno numero de prescripções, que se encontram nos seus codigos sobre a decisão dos conflictos, é certo que todas ellas têm nesta parte concedido aos seus tribunaes a mais plena liberdade, de que estes têm usado em geral com o maior acerto, julgando os casos de collisão submettidos ao seu julgamento, segundo a natureza intima e necessidades de cada um d'elles, sem attenção aos limites territoriaes de cada Estado e de suas leis (25). Quanto á missão dos juizes, não ha duvida que, em regra, se limita á applicação das leis do seu paiz; mas tambem é certo — que as devem applicar unicamente ás pessoas e ás cousas para que foram feitas —; cumprindo-lhes por tanto applicar as leis estrangeiras, quando isto for reclamado pela natureza das relações juridicas com ellas em contacto, e não se oppozer á letra e espirito das leis e instituições do seu proprio paiz (38 e 39). As difficuldades, que os juizes terão em sa-

ber as leis estrangeiras, é tambem mais apparente do que real, visto neste caso a applicação do direito revestir a natureza d'um facto, que as partes têm obrigação de allegar e provar (40). Emfim, se attendermos a que muitas vezes os tribunaes de diversos paizes são egualmente competentes para a decisão da mesma causa, e que o auctor pode nestes casos escolher o que bem lhe parecer, ficando d'este modo a escolha do direito applicavel á questão dependente da vontade arbitraria d'uma das partes, facilmente concluiremos pela rejeição d'este systema (1).

45 Quarta theoria. Os defeitos das theorias precedentes fizeram com que muitos jurisconsultos adoptassem o principio de que todas as relações juridicas devem ser julgadas pelo direito do logar onde nasceram. Mas esta regra é tambem inadmissivel: em primeiro logar, porque o local onde nascem as relações juridicas não pode por si só, independentemente de quaesquer outras considerações, determinar o direito applicavel; e, em segundo, porque esta regra, com quanto pareça o contrario, é meramente formal, visto o logar onde nascem as relações juridicas não poder ser-nos revelado, juridicamente fallando, senão por um estudo profundo da natureza individual de cada uma d'ellas. Ora, a questão de logar assim proposta, longe de ajudar-

(1) Savigny, pp. 126—131.

nos nesta investigação, só serve para embaraçar-nos (1).

46 *Quinta theoria.* Finalmente, na opinião de outros jurisconsultos, as relações jurídicas devem sempre ser julgadas na conformidade do direito local, que mantem os direitos bem adquiridos. Mas esta regra não passa d'uma petição de principio; porque, para saber se os direitos são bem ou mal adquiridos, é preciso primeiramente saber qual é o direito local por que deve julgar-se a sua aquisição (2).

47 Na presença da rapida exposição e exame, que fizemos das principaes theorias, que têm apparecido para regular as collisões das leis dos diversos Estados, facilmente se conclue que nenhuma d'ellas satisfaz completamente ao fim que seus auctores se propozeram, não obstante o grande numero de applicações verdadeiras de que algumas são susceptiveis; devendo portanto limitar-nos, em vista da impossibilidade que ha de submeter esta materia a uma regra geral e absoluta, a procurar, livres de quaesquer preoccupações ou presumpções geraes, o dominio do direito a que cada relação jurídica está sujeita, tendo para isso unicamente em consideração a natureza intima e necessidades de cada uma d'ellas.

(1) Savigny, p. 131.

(2) Idem, p. 131.

RESULTADO

48 As materias sobre que escrevemos nas tres secções d'este capitulo são d'um character essencialmente theorico, e por isso mais proprias do dominio da doutrina dos auctores e da jurisprudencia dos tribunaes do que da lei. Entretanto, sem querremos de modo algum confundir estes dous campos da sciencia juridica, parece-nos que o moderno legislador portuguez teria feito bem inserindo no codigo civil um artigo onde estabelecesse d'um modo categorico que as causas submettidas á decisão dos tribunaes portuguezes seriam julgadas na conformidade das leis estrangeiras, quando a natureza das mesmas causas assim o exigisse, e isto se não oppozerse aos legitimos interesses das pessoas, que tivessem contractado sob o imperio da lei portugueza, e á natureza das nossas instituições. Esta disposição teria a dupla vantagem de manifestar claramente aos juizes o pensamento do legislador sobre este importante objecto, e de abrir um vasto campo á communhão do direito internacional. É isto o que se acha estabelecido no art. 5.º do Esboço do codigo civil brasileiro, transcripto a p. 66.

TRANSIÇÃO

49 Havendo concluido a parte geral do nosso trabalho, cumpre-nos agora passar á parte especial. Sem entrarmos no desenvolvimento dos motivos que nos fizeram adoptar o systema de exposição, que nos propomos seguir, limitar-nos-emos a dizer que esta segunda parte constará de diversos capitulos em que tractaremos do direito applicavel ás principaes relações juridicas e da sua garantia.

PARTE ESPECIAL

DO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO

PARTE ESPECIAL

DO DIREITO APPLICAVEL ÁS PRINCIPAES RELAÇÕES JURIDICAS
E DA SUA GARANTIA

CAPITULO PRIMEIRO

Da nacionalidade

SECÇÃO PRIMEIRA

Da aquisição da qualidade de cidadão portuguez

50 Razão d'ordem. 51 Prescripções da carta constitucional sobre a aquisição e perda da qualidade de cidadão portuguez. 52 Dietas do codigo civil sobre o mesmo objecto. 53 Quaes as que tomamos para objecto dos nossos estudos. 54 Alterações que conviria fazer na redacção e doutrina do n.º 1.º do art. 18 do codigo civil. 55 Systemas que regulam a nacionalidade dos nascidos de pae estrangeiro no territorio nacional. 56 Apreciação e refutação do systema seguido pela ordenação e pelo codigo civil italiano. 57 Apreciação e refutação do systema seguido pela constituição politica de 1822 e pelo projecto do codigo civil portuguez. 58 Apreciação e refutação do systema seguido pela carta constitucional. 59 Apreciação e refutação do systema seguido pela constituição politica de 1838 e pelo codigo civil, e alterações que convirá fazer na doutrina do codigo. 60 Razões por que preferimos o systema do codigo ao do projecto, e refutação das reclamações do governo hespanhol ácerca

da nacionalidade dos nascidos em Portugal, de pae hespanhol. **61** Adições que conviria fazer á doutrina do código. **62** Systemas que regulam a nacionalidade dos nascidos no estrangeiro, de pae portuguez, e apreciação da doutrina do n.º 3.º do art. 18 do código. **63** Apreciação da doutrina dos n.ºs 4.º, 5.º e 6.º do art. 18 do código. **64** Exposição, apreciação e alteração que conviria fazer na doutrina do § unico do art. 19 do código. **65** Exposição da doutrina do n.º 1.º do art. 19 do código. Objecções do sr. Ferrer contra a doutrina d'este numero, e sua refutação. **66** Exposição da doutrina do n.º 2.º do art. 19 do código. Objecções do sr. Ferrer contra ella, e sua refutação. **67** Adições que conviria fazer ao art. 19 do código.

50 Depois de termos tractado na parte geral da historia e principios geraes do direito internacional privado, cumpre-nos agora tractar na parte especial do direito applicavel ás principaes relações juridicas e da sua garantia (**49**). Mas, como todas ellas têm por centro as pessoas, e seja da maior utilidade determinar os principios que devem regular a aquisição e perda dos direitos de cidade, vejamos, antes de tudo, quaes são as regras que se encontram em a nossa legislação a este respeito, e as alterações e addições que por ventura convirá fazer nellas.

51 Estas regras são, por em quanto, as dos artt. 7.º e 8.º da carta constitucional, concebidos nos termos seguintes:

Art. 7.º São cidadãos portuguezes:

§ 1.º Os que tiverem nascido em Portugal, ou seus dominios, que hoje não forem cidadãos brazi-

leiros, ainda que o pae seja estrangeiro, uma vez que este não resida por serviço da sua nação.

§ 2.º Os filhos de pae portuguez, e os illegitimos de mãe portugueza, nascidos em paiz estrangeiro, que vierem estabelecer domicilio no reino.

§ 3.º Os filhos de pae portuguez, que estivesse em paiz estrangeiro em serviço do reino, embora elles não venham estabelecer domicilio no reino.

§ 4.º Os estrangeiros naturalisados, qualquer que seja a sua religião: uma lei determinará as qualidades precisas para se obter carta de naturalisação.

Art. 8.º Perde os direitos de cidadão portuguez:

§ 1.º O que se naturalisar em paiz estrangeiro.

§ 2.º O que sem licença do rei acceitar emprego, pensão, ou condecoração de qualquer governo estrangeiro.

§ 3.º O que for banido por sentença.

52 As disposições da carta constitucional foram porem bastante alteradas (1) pelos artt. 18—23 do novissimo código civil portuguez; de sorte que, logo que este for posto em execução, esta materia ficará sendo regulada do modo seguinte:

Art. 18. São cidadãos portuguezes:

1.º Os que nascem no reino, de pae e mãe por-

(1) Sobre a constitucionalidade ou não constitucionalidade dos artt. 7.º e 8.º da Carta, veja-se o sr. Ferrer, *Reflexões sobre os sete primeiros titulos do livro unico da parte primeira do Projecto do código civil portuguez*, pp. 66—68.

tuguezes, ou só de mãe portugueza sendo filhos illegítimos;

2.º Os que nascem no reino, de pae estrangeiro, comtanto que não resida por serviço da sua nação, salvo se declararem por si, sendo já maiores ou emancipados, ou por seus paes ou tutores, sendo menores, que não querem ser cidadãos portuguezes;

3.º Os filhos de pae portuguez, ainda quando este haja sido expulso do reino, ou os filhos illegítimos de mãe portugueza, bem que nascidos em paiz estrangeiro, que vierem estabelecer domicilio no reino, ou declararem por si, sendo maiores ou emancipados, ou por seus paes ou tutores, sendo menores, que querem ser portuguezes;

4.º Os que nascem no reino, de paes incognitos, ou de nacionalidade desconhecida;

5.º Os estrangeiros naturalisados, seja qual for a sua religião;

6.º A mulher estrangeira, que casa com cidadão portuguez.

§ 1.º A declaração exigida no n.º 2.º será feita perante a municipalidade do logar em que o declarante tiver residido; e a exigida no n.º 3.º, perante os respectivos agentes consulares portuguezes, ou perante a competente auctoridade estrangeira.

§ 2.º O menor, chegando á maioridade ou sendo emancipado, poderá, por meio de nova declaração,

feita perante a municipalidade do logar que eleger para seu domicilio, reclamar a declaração que, durante a sua menoridade, houver sido feita por seu pae ou tutor, nos termos do n.º 2.º

Art. 19. Podem ser naturalisados os estrangeiros, que forem maiores ou havidos por maiores, em conformidade da lei do seu paiz e da lei portugueza:

1.º Tendo capacidade para grangearem salario pelo seu trabalho, ou outros recursos para subsistirem;

2.º Tendo residido um anno, pelo menos, em territorio portuguez.

§ unico. Podem comtudo ser naturalisados, sem dependencia da clausula do n.º 2.º, os estrangeiros descendentes de sangue portuguez por linha masculina ou feminina, que vierem domiciliar-se no reino.

Art. 20. O governo pode dispensar todo ou parte do tempo de residencia, exigida no n.º 2.º do artigo antecedente, ao estrangeiro casado com mulher portugueza, e áquelle que tenha feito, ou seja chamado para fazer á nação, algum serviço relevante.

Art. 21. As cartas de naturalisação só produzirão o seu effeito, depois que forem registadas no archivo da camara municipal do concelho, onde o estrangeiro estabelecer o seu domicilio.

Art. 22. Perde a qualidade de cidadão portuguez:

1.º O que se naturalisa em paiz estrangeiro; pode porem recuperar essa qualidade, regressando ao reino com animo de domiciliar-se nelle, e declarando-o assim perante a municipalidade do logar que eleger para seu domicilio;

2.º O que sem licença do governo acceita funcções publicas, graça, pensão ou condecoração de qualquer governo estrangeiro; pode comtudo reabilitar-se por graça especial do governo;

3.º O expulso por sentença, em quanto durarem os effeitos d'esta;

4.º A mulher portugueza que casa com estrangeiro, salvo se não for, por esse facto, naturalisada pela lei do paiz de seu marido. Dissolvido porem o matrimonio, pode recuperar a sua antiga qualidade de portugueza, cumprindo com o disposto na 2.ª parte do n.º 1.º d'este artigo.

§ 1.º A naturalisação em paiz estrangeiro, de portuguez casado com portugueza, não implica a perda da qualidade de cidadão portuguez, em relação á mulher, salvo se ella declarar, que quer seguir a nacionalidade de seu marido.

§ 2.º Da mesma forma, a naturalisação, em paiz estrangeiro, de portuguez, ainda que casado com mulher de origem estrangeira, não implica a perda da qualidade de cidadão portuguez em relação aos

filhos menores, havidos antes da naturalisação; salvo se estes, depois da maioridade ou emancipação declararem, que querem seguir a nacionalidade de seu pae.

Art. 23. As pessoas, que recuperarem a qualidade de cidadãos portuguezes, conforme o que fica disposto no artigo antecedente, só podem aproveitar-se d'este direito desde o dia da sua reabilitação.

53 Na presença d'estas duas legislações é evidente que devemos tomar a ultima para objecto dos nossos estudos; mas, como entre ella e as que a precederam ha um grande numero de pontos de contacto, comparal-a-emos com aquellas, todas as vezes que nos parecer conveniente.

54 As disposições do art. 18 n.º 1.º do codigo civil portuguez, em que se declaram portuguezes os nascidos no reino, de pae e mãe portuguezes, são razoaveis, não só porque é este o meio mais facil e natural de perpetuar a associação politica chamada Estado (1), fóra da qual o homem não pode viver nem desinvolver-se; mas tambem porque os vinculos materiaes e moraes, que nos ligam á terra onde nascemos e passamos os primeiros annos da vida, fazem com que, ordinariamente, lhe tenhamos mais

(1) Sobre a acquisição do direito de cidade pelos nascidos no territorio nacional de paes indigenas, veja-se Vattel, *Le Droit des Gens*, liv. 1.º, § 212.

afeição do que a nenhuma outra (1). Mas é certo que esta declaração da lei portugueza, fundada na vontade presumida dos individuos, e no direito de soberania, que a nação portugueza exerce sobre as cousas e pessoas existentes no seu territorio, não obsta a que mais tarde mudem de nacionalidade; pois nem ao Estado convem para cidadãos pessoas que não queiram supportar voluntariamente os encargos publicos, nem a liberdade do homem pode ser tolhida no uso de uma das suas manifestações externas mais importantes, obstando-se a que mude de nacionalidade, quando lhe convenha. No que respeita á redacção, parece-nos que se teria feito melhor, omitindo as palavras — e mãe —, já porque são inteiramente inuteis, visto os filhos legitimos seguirem sempre a condição do pae, já porque d'este modo se evitaria a duvida, que naturalmente occorre ás pessoas menos instruidas, se os nascidos no reino de pae portuguez e mãe estrangeira devem tambem reputar-se portuguezes. Felizmente, esta duvida não tem fundamento, logo que se atenda a que pelo n.º 6.º se declara portugueza a mulher estrangeira, que casa com cidadão portuguez, e que pelo n.º 2.º se declaram portuguezes os nascidos no reino, de pae estrangeiro; donde fa-

(1) Esta affeição encontra-se muito bem interpretada nas palavras do conselheiro d'estado Treillard, adiante transcriptas.

cilmente se conclue *a fortiori* que tambem são portuguezes os nascidos no reino, de pae portuguez, muito embora a mãe seja de origem estrangeira. Na ultima parte d'este numero o codigo declara portuguezes os filhos illegitimos de mãe portugueza, nascidos no reino. Esta disposição é tambem razoavel, porque estes infelizes, a quem a sua má fortuna privou do nome e protecção paterna, não poderiam sel-o, sem grande injustiça, da que o Estado concede a todos os nascidos no reino de matrimonio legitimo, não sentindo elles pela terra natal menos affeição do que estes. Todavia, como podem ser filhos de pae estrangeiro, e este os pode legitimar ou perfilhar, parece-nos que conviria ter adoptado a seu respeito a mesma disposição que se adoptou em o n.º 2.º a respeito dos nascidos no reino, de pae estrangeiro, i. é, declarar-os portuguezes, resalvando-lhes o direito de declararem por si, sendo já maiores ou emancipados, ou pelo pae estrangeiro, que os legitimar ou perfilhar, ou por seu tutor, sendo ainda menores, que querem ser estrangeiros (1).

(1) A doutrina do codigo é conforme á do art. 6.º, n.º 3.º da constituição politica de 1838. A do texto está de accordo com a estabelecida na constituição politica de 1822, art. 21, n.º 2.º No mesmo sentido legisla o n.º 4.º do art. 7.º do codigo civil de Genebra. Veja-se Foelix, n.º 28, e tambem Marcadé, commentario ao art. 8.º do codigo civil francez.

55 Em o n.º 2.º do art. 18 o código declara portuguezes os que nascem no reino, de pae estrangeiro, com tanto que não resida por serviço da sua nação (restricção que sempre se subentenderá, embora por brevidade a não mencionemos), salvo se declararem por si, sendo já maiores ou emancipados, ou por seus paes ou tutores, sendo menores, que não querem ser cidadãos portuguezes. Nesta parte as disposições da nossa legislação têm variado bastante, porque na Ord. liv. 2.º, tit. 55, § 1.º se estabelecia que não seria havido por natural o nascido nestes reinos de pae estrangeiro e mãe natural d'elles, salvo quando o pae estrangeiro tivesse seu domicilio e bens no reino, e nelle vivesse ha dez annos continuos, porque em tal caso os filhos que lhe nascessem no reino seriam havidos por naturaes; no § 5.º do art. 21 da constituição politica de 1822, que eram cidadãos e gozavam d'esta qualidade os filhos de pae estrangeiro, que nascessem e adquirissem domicilio no reino, com tanto que chegados á maioridade declarassem, por termo assignado nos livros da camara do seu domicilio, que queriam ser cidadãos portuguezes; no art. 7.º, § 1.º da carta, que eram cidadãos portuguezes os que tivessem nascido em Portugal ou seus dominios, que na epocha em que a carta foi decretada não fossem cidadãos brazileiros, ainda que o pae fosse estrangeiro, uma vez que não residisse por serviço

da sua nação; no art. 6.º, n.º 2.º da constituição politica de 1838, que eram cidadãos portuguezes os filhos legitimos de mãe portugueza e pae estrangeiro, nascidos em territorio portuguez, se não declarassem que preferiam outra naturalidade; e no art. 18 n.º 2.º da edição do projecto do código civil, publicada em 1865, que eram portuguezes os nascidos no reino, de pae estrangeiro, com tanto que não residisse por serviço da sua nação, se declarassem, chegando á maioridade ou sendo emancipados em conformidade da legislação do seu paiz, que desejavam gozar da qualidade de cidadãos portuguezes (1). O systema seguido pela carta, pela constituição de 1838 e pelo código civil é de origem feudal (2); e o seguido pela constituição de

(1) A doutrina d'esta edição do projecto apenas differe na forma da doutrina da edição do mesmo projecto publicada em 1859. A sua fonte é o art. 9.º do código civil francez.

(2) Segundo a theoria feudal da soberania o homem constituia apenas um accessorio de territorio, transmissivel como elle por venda, doação, herança ou legado. Escrevendo acerca d'isto diz Vattel, liv. 1.º, § 225: «Un prince, un seigneur, comptait ses sujets dans le rang de ses *biens propres*; il en calculait le nombre, comme celui de ses troupeaux; et à la honte de l'humanité, cet étrange abus n'est pas encore détruit partout.» Veja-se tambem no mesmo sentido Chassat, n.º 66. O systema seguido pela carta será por nós designado pelo nome de *systema territorial puro* para

1822 e pelo projecto do código civil, de origem romana (5 n.º 2.º) (1): o systema das ordenações é um termo medio entre os dois (2).

56 Em quanto ao merecimento d'estes diversos systemas, as breves considerações que vamos fazer sobre cada um d'elles mostrarão que todos apresentam seus inconvenientes, convindo por tanto escolher o que offerecer menos. Começando pela ordenação diremos que o systema seguido por ella (*systema mixto*) nos parece inadmissivel, não obstante

o distinguirmos do seguido pela constituição politica de 1838 e pelo código civil, a que daremos o nome de *territorial modificado*. O systema territorial puro é seguido pela legislação ingleza, como pode ver-se no *Codex Legum Anglicanarum, or a Digest of Principles of English Law*, by George Blaxland, edição de 1839, p. 206, e na *Concordance entre les Codes Civils Étrangers*, vol. 2.º, pag. 207, n.º 7.º Este systema foi tambem adoptado pelo art. 1.º, n.º 1.º da constituição politica hespanhola de 23 de maio de 1845.

(1) Designaremos este systema pelo nome de *pessoal*. Este systema parece ter sido introduzido nas legislações modernas pelo art. 9.º do código civil francez, d'onde passou para muitos outros.

(2) Designaremos este systema pelo nome de *mixto*. No art. 8.º do código civil italiano adoptou-se como regra o systema da ordenação, permittindo-se comtudo aos filhos dos estrangeiros, domiciliados no paiz ha dez annos, declararem que querem ser estrangeiros; e aos nascidos de pae estrangeiro, domiciliado ha menos de dez annos, que querem ser italianos.

ter sido adoptado ainda ha pouco com algumas modificações, que o não alteram na essencia, pelo art. 8.º do código civil italiano. As razões em que nos fundamos para regeital-o são as seguintes: Em primeiro logar este systema apresenta o grande inconveniente de os nascidos de pae estrangeiro, que falleceu antes de ter completado os dez annos continuos de residencia no reino, exigidos pela lei, serem declarados estrangeiros, não obstante continuarem a residir no territorio nacional, e serem talvez filhos de mãe indigena. É verdade que pelo código civil italiano podem reclamar a qualidade de cidadãos, dentro do anno que se seguir á sua maioridade; mas, como não são obrigados a fazel-o, e pode até convir-lhes não fazel-o, aqui temos reproduzido o grande defeito do systema pessoal, em declarar estrangeiros os filhos de pae estrangeiro, nascidos e domiciliados no territorio nacional, quando seria mais conforme aos dictames da sua vontade presumida e aos interesses do Estado declarar-os cidadãos, deixando-lhes a liberdade de declararem por si, sendo já maiores ou emancipados na conformidade da lei portugueza, e por seu pae ou tutor, sendo ainda menores, que querem ser estrangeiros. Em segundo logar este systema pode fazer com que individuos nascidos no mesmo paiz, do mesmo pae, pertençam a nacionalidades diver-

sas, não se retrotrahindo os effeitos dos dez annos continuos de domicilio aos filhos nascidos antes d'esta epocha, em cuja hypothese os nascidos e domiciliados no reino ha oito ou nove annos seriam estrangeiros, em quanto que seus irmãos, nascidos ha menos tempo, mas depois dos dez annos continuos de domicilio, seriam cidadãos portuguezes. Mas, quando mesmo se retrotráiam os effeitos dos dez annos continuos de domicilio no reino, nem por isso deixará de existir o facto singular de individuos, que a lei hoje declara estrangeiros, serem por ella ámanhã tidos por nacionaes, em consequencia de uma mera circumstancia de tempo, sem que elles por seus paes ou tutores tenham concorrido para isso. Finalmente, o lapso de dez annos é arbitrario, porque é de presumir que o estrangeiro domiciliado no paiz ha um ou dois annos, que casou, adquiriu bens, ou fundou nelle algum estabelecimento, lhe tenha mais affeição do que muitos outros que residem nelle ha dez e mais annos.

53 O systema seguido pela constituição politica de 1822 e pelo projecto do codigo civil (*systema romano ou pessoal*) tem em seu favor a auctoridade de muitos auctores (1), e de não poucos codigos

(1) Vattel, liv. 1.º, § 212, no fim; Foelix, n.ºs 27 e 28; Marcadé, commentario ao art. 9.º do codigo civil francez, e muitos outros, que por brevidade não citamos.

modernos (1). Os bons fundamentos em que assenta este systema são em parte incontestaveis; porque por um lado attende á affeição que liga os individuos ao paiz onde nasceram e passaram a sua mocidade, permittindo-lhes reclamar a qualidade de cidadãos d'esse paiz, logo que forem maiores ou emancipados; e por outro cimenta e facilita as relações moraes e juridicas da familia, dispondo que os filhos sigam a nacionalidade do pae, seu tutor e protector natural. Apesar d'isto entendemos que deve ser regeitado, porque da sua adopção pode resultar formar-se no reino uma colonia numerosa de pretendidos estrangeiros, que, não obstante nascerem, viverem e gozarem nelle da mesma protecção e direitos civis que os cidadãos (2), não estão

(1) Codigo civil francez, art. 9.º; Projecto do codigo civil hespanhol (edição de 1851), art. 23, etc.

(2) O artigo 17 do codigo civil declara que só os cidadãos portuguezes podem gozar plenamente de todos os direitos, que a lei civil reconhece e assegura; e o 26, que os estrangeiros, que viajam ou residem em Portugal, têm os mesmos direitos e obrigações civis dos cidadãos portuguezes, em quanto aos actos que hão de produzir os seus effeitos neste reino; excepto nos casos em que a lei expressamente determine o contrario, ou se existir tractado ou convenção especial, que determine e regule de outra forma os seus direitos. Não sabemos quaes são as incapacidades dos estrangeiros a que estes dous artigos se referem, porque, havendo-as procurado no codigo, só encontramos a men-

contudo sujeitos aos encargos pessoaes que recaem sobre estes. É isto o que parece ter succedido em França, em consequencia de os descendentes dos estrangeiros transmittirem de geração em geração esta qualidade a seus filhos; o que obrigou o legislador francez a cohibir este abuso escandaloso, declarando pelo art. 1.º da lei de 7 de fevereiro de 1851 que é francez todo o individuo nascido em França d'um estrangeiro egualmente ali nascido, salvo reclamando dentro do anno que se seguir á sua maioridade na conformidade da lei franceza a qualidade de estrangeiro por meio d'uma declaração feita perante a auctoridade municipal do logar da sua residencia, ou perante os agentes diplomaticos ou consulares acreditados em França pelo governo estrangeiro (1). Pelo que respeita ás relações dos paes e dos filhos, este systema parece até certo

cionada no artigo 1966 n.º 1.º, que os inibe de serem testemunhas nos testamentos. A doutrina do art. 17 ficou prejudicada pela do art. 26, e por isso aquelle artigo só serve, como muitos outros, para avolumar o codigo. Em quanto a nós, o codigo teria feito melhor declarando, como fez o artigo 3.º do codigo civil italiano, que os estrangeiros gozariam dos mesmos direitos civis que os portuguezes. D'este modo, sem alteração essencial nas suas disposições, a moderna lei portugueza apresentaria um caracter muito mais justo e liberal.

(1) Esta lei encontra-se transcripta em Marcadé, commentario ao art. 9.º do codigo civil francez, p. 87.

ponto favorecer-as, estabelecendo a par da unidade moral da familia a unidade juridica, pela submissão de todos os seus membros á mesma lei. Todavia esta vantagem é mais apparente do que verdadeira; porque a circumstancia de os filhos pertencerem a uma nação differente da nação do pae não prejudica em cousa alguma a justa auctoridade que este exerce sobre elles. Quanto aos direitos e obrigações reciprocas dos paes e dos filhos, sujeitos a leis diversas, parece-nos que deverão ser reguladas pela lei da nação do pae, em consequencia de ser esta que preside á constituição da familia pelo matrimonio (1).

(1) As vantagens do systema *territorial* sobre o *personal* foram reconhecidas pelo relator da lei franceza de 22 de março de 1849, que modificou alguma cousa a doutrina do art. 9.º do codigo civil francez, dizendo: «L'ancien droit français, conforme sur ce point au droit général européen, déterminait la nationalité par le lieu de la naissance; ce système avait de grands avantages, car il rattachait la qualité de citoyen à un fait matériel, saisissable, et le plus souvent très-facile à constater. Le Code, au contraire, s'est séparé profondément de cette législation; se rapprochant davantage en cette matière des principes du droit romain; il a voulu que le rapport de filiation seul, et non le lieu de naissance, pût conférer la nationalité; en un mot, inhérente à l'origine, la qualité de Français ne se transmet plus aujourd'hui qu'avec le sang. Cependant il existe dans le cœur de l'homme une affection naturelle

58 O systema seguido pela carta constitucional (*systema territorial puro*), parece-nos tambem inadmissivel na parte em que declara portuguezes todos os nascidos no territorio portuguez, de pae estrangeiro, sem distinguir se continuam ou não a residir nelle depois do seu nascimento. Que a carta declarasse portuguezes os nascidos no reino, de pae estrangeiro, que continuassem a residir nelle depois do seu nascimento, ou, que, tendo-se retirado para o estrangeiro, viessem depois estabelecer nelle o seu domicilio, nada mais justo, porque o facto material do nascimento, acompanhado da residencia, auctorisava a supposição de que desejavam ser cidadãos d'um paiz, que havendo, talvez, proporcionado meios de subsistencia a seus paes, lhes abria a elles as portas da cidade, e os equiparava em tudo aos nascidos de paes indigenas. Mas declarar portuguezes os nascidos no territorio nacional, de pae estrangeiro, que se retiraram logo ou pouco depois do seu nascimento para fóra do reino, sem lhe ficarem vinculados pelos laços da familia nem pelos dos haveres, que não vieram depois domiciliar-se nelle, é malbaratar o título de cidadão, concedendo-o a pessoas que talvez o não tenham

pour le sol où il est né; la loi ne pouvait méconnaître la réalité et la puissance de cet attachement instinctif.» Veja-se Rogron, commentario ao art. 9.º do codigo civil francez, edição de 1863, pp. 6 e 7.

em conta alguma, salvo a não ser para illudirem os seus deveres civicos na terra para onde se retiraram, reelamando, quando lhes convenha, da nação que tão generosa e facilmente os adoptara, a protecção que só é devida aos verdadeiros cidadãos, i. é, áquelles que por meio do imposto e de serviços pessoaes auxiliam o Estado no desempenho de suas funcções (1).

59 O systema seguido pela constituição politica de 1838 e pelo codigo civil (*systema territorial modificado*) avantaja-se ao da carta em permittir expressamente aos nascidos no reino, de pae estrangeiro, a declaração de que não querem ser portuguezes. Este systema porem claudica como o precedente em considerar portuguezes os nascidos ac-

(1) Neste mesmo sentido se exprimia o tribuno Gary (*Motifs, Rapports et Opinions*, etc., p. 47), quando dizia: «On a reconnu qu'il serait trop injuste et trop peu convenable à la dignité nationale, que le fils d'une étrangère, qui lui aurait donné naissance en traversant le territoire français, et qui, emmené aussitôt par ses parents dans le lieu de leur origine, n'aurait ni résidé, ni manifesté le désir de s'établir en France, y pût jouir de tous les bienfaits de la loi civile. Ces bienfaits ne sont dus qu'à ceux qui se soumettent aux charges publiques, et dont la patrie peut à chaque instant réclamer les secours et l'appui. C'est un devoir pour quiconque est adopté par la loi d'un pays, de se montrer digne de cette faveur, et d'associer sa destinée à celle de sa patrie adoptive, en y établissant sa résidence.»

cidentalmente em territorio portuguez, de pae estrangeiro, independentemente de continuarem a residir nelle depois do seu nascimento, ou de virem nelle domiciliar-se, no caso de terem sabido do reino; pois, segundo a doutrina d'um e outro, o nascido em Portugal, de paes hespanhoes, que tiverem vindo tomar banhos a uma de nossas praias, será em face da lei portugueza tão portuguez como o nascido em Portugal, de pae estrangeiro, que ahi continue a viver até á maioridade ou depois d'ella, ou ainda como o filho de paes indigenas. Os inconvenientes que d'aqui resultam são evidentes. Em primeiro logar a affeição ao territorio, um dos mais solidos fundamentos da nacionalidade, não existe, porque mal pode desejar para patria a terra do seu nascimento aquelle que a deixou logo ou pouco depois de haver nascido, que d'ella não levou ou não conserva lembrança alguma, ou que apenas as conserva vagas e fugitivas (1). Em segundo logar este

(1) Foi nesta affeição do territorio que se fundou o conselho d'estado Treillard para justificar a doutrina do art. 9.º do codigo civil francez, dizendo: «Quant au fils de l'étranger qui reçoit accidentellement le jour en France, on ne peut pas dire qu'il ne naît pas étranger; mais ses premiers regards ont vu le sol français, c'est sur cette terre hospitalière qu'il a souri pour la première fois aux caresses maternelles, qu'il a senti ses premières émotions, que se sont développés ses premiers sentiments: les impressions

systema pode acarretar facilmente questões internationaes; pois que, acontecendo, por exemplo, o nascido accidentalmente em Portugal, de paes hespanhoes, ser recrutado na Hespanha, pode elle reclamar a protecção do governo portuguez, com o fundamento de que é portuguez, por haver nascido em Portugal. Mas é evidente que esta reclamação, fundada numa disposição arbitraria da lei portugueza, não pode ser attendida, já porque é injusta em si, já porque declarando não menos arbitrariamente o art. 1.º, n.º 2.º da constituição hespanhola de 23 de maio de 1845, que são hespanhoes os filhos de pae ou mãe hespanhoes, ainda que hajam nascido fóra da Hespanha, o governo hespanhol não ha de infringir a lei fundamental do seu paiz para satisfazer a uma reclamação fundada na lei fundamental portugueza (38). Em vista d'estas considerações parece-nos evidente que a doutrina do codigo deve ser alterada no sentido de declarar portuguezes os filhos de pae estrangeiro, nascidos e

de l'enfance ne s'effacent jamais; tout lui retracera dans le cours de la vie ses premiers jeux, ses premiers plaisirs: pourquoi lui refuserait-on le droit de réclamer, à sa majorité, la qualité de Français, que tant et de si doux souvenirs pourront lui rendre chère? C'est un enfant adoptif qu'il ne faut pas repousser quand il promettra de se fixer en France, et qu'il y établira de fait son domicile.» *Motifs, Rapports et Opinions*, etc., vol. 1.º, p. 41.

domiciliados em Portugal; e nestes termos redigiríamos o art. 18, n.º 2.º do modo seguinte: — 2.º os filhos de pae estrangeiro, nascidos e *domiciliados* no reino, com tanto que o pae não resida por serviço da sua nação, salvo se declararem por si, sendo já maiores ou emancipados *na conformidade da lei portugueza*, ou por seus paes ou tutores, sendo ainda menores na conformidade da mesma lei, que não querem ser cidadãos portuguezes. — A addição das palavras *na conformidade da lei portugueza* é importante, considerada pelo lado da clareza; porque, com quanto isto em rigor se subentenda, é certo que d'este modo se evitarão as questões que lá fóra têm apparecido por falta d'uma declaração semelhante no art. 9.º do codigo civil francez (1). O art. 18, n.º 2.º da edição do projecto, publicada em 1865, tinha sido nesta parte mais providente, dispondo, embora isto tambem em rigor se subentendesse, que a maioridade ou emancipação dos nascidos no reino, de pae estrangeiro, seria regulada pela lei do seu paiz.

60 Da comparação do systema seguido pelo art. 18, n.º 2.º do codigo com os systemas adoptados pelo projecto e pela carta (57 e 58), vê-se claramente que elle é uma transacção entre os dous,

(1) Veja-se Marcadé, commentario ao art. 9.º do codigo civil francez; Rogron, idem; e Foelix, n.º 41.

em consequencia da faculdade que concede aos nascidos no territorio nacional, de pae estrangeiro, de declararem por si, sendo já maiores ou emancipados, ou por seu pae ou tutor, sendo ainda menores, que não querem ser portuguezes. Não obstante esta concessão o systema do codigo diverge muito do systema do projecto, porque ao passo que este declara estrangeiros os nascidos no territorio nacional, de pae estrangeiro, aquelle os declara portuguezes; e como a maior parte d'elles por patriotismo, incuria ou vergonha deixarão de fazer a declaração de que não querem ser portuguezes, o systema do codigo apresenta sobre o do projecto a vantagem de sujeital-os como cidadãos aos mesmos encargos pessoaes a que estão sujeitos os cidadãos filhos de paes indigenas. É preciso porem advertir que a concessão liberal feita pelo codigo aos nascidos no reino, de pae estrangeiro, de declararem por si ou por seu pae ou tutor que não querem ser portuguezes — concessão que põe termo ás reclamações feitas por algumas potencias contra a doutrina do art. 7.º, § 1.º da carta, na parte em que declara portuguezes os nascidos no reino, de paes estrangeiros — é um acto puramente *gracioso*; porque na sua qualidade de nação soberana a nação portugueza é a *unica* competente para regular a condição das pessoas existentes no seu territorio, sem que nenhuma outra tenha direito de tomar-lhe con-

tas do seu procedimento, salvo quando este for manifestamente opposto aos principios de sociabilidade humana, e aos legitimos interesses dos estrangeiros. E nestes termos não podemos deixar de protestar contra as pretensões da nação vizinha, que, ao passo que declara hespanhoses *todos* os nascidos no seu territorio, pretende reivindicar esta mesma qualidade para os filhos dos hespanhoses nascidos em Portugal, sem se lembrar que o art. 1.º, n.º 2.º da constituição hespanhola, que os declara hespanhoses (1), não tem valor algum fóra do territorio hespanhol; e que a nação portugueza tem tanto direito para declarar os portuguezes como a nação hespanhola para declarar hespanhoses os filhos dos portuguezes nascidos na Hespanha. Bem hajam os tribunaes portuguezes, que na sua qualidade de órgãos da lei nacional, não têm hesitado em applical-a fielmente (2), tendo em maior conta a força

(1) *Constitucion de la Monarquía Española* promulgada en 23 de Mayo de 1845:

Artículo 1.º Son Españoles:

1.º Todas las personas nacidas en los dominios de España.

2.º Los hijos de padre ó madre españoles, aunque hayan nacido fuera de España.

(2) Accordãos da Relação de Lisboa do 1.º de março de 1856 e do Supremo Tribunal de Justiça de 14 do mesmo mez, proferidos contra um filho de paes hespanhoses, nascido em Portugal, que pretendia ser eliminado do re-

do direito, de que o direito da força, perante o qual o governo parece ter cedido algumas vezes (1).

¶ Concluiremos as nossas observações sobre o art. 18 n.º 2.º do código dizendo que a sua doutrina nos parece não só defeituosa, senão ainda deficiente; porque, alem do caso especial para que legisla, outros ha em que a qualidade de cidadão portuguez deve ser concedida *ipso jure* ou por meio d'uma simples declaração áquelles que a pretenderem; e assim a doutrina do código ficaria mais completa declarando-se portuguezes os nascidos accidentalmente no estrangeiro, de pae estrangeiro domicílio eleitoral, com o fundamento de ser hespanhol. O conhecimento d'estes dous accordãos foi-nos ministrado pelo *Manual do Processo Eleitoral*, dos srs. A. M. do Couto Monteiro, e A. J. Gonçalves Lima, p. 2, nota.

(1) As reclamações do governo hespanhol, e não sabemos se de mais alguns, contra as disposições do art. 7.º, § 1.º da carta constitucional, na parte em que declara portuguezes os nascidos em Portugal, de paes estrangeiros, têm obrigado por vezes o governo a interpretar d'uma maneira puramente arbitraria o referido § 1.º do art. 7.º da carta, como pode vêr-se no decreto regulamentar (inedito) de 24 de março de 1847, publicado na *Gazeta dos Tribunaes* n.º 822 e na portaria de 20 de fevereiro de 1862. As reclamações do governo hespanhol a este respeito parece terem tomado por vezes um caracter pouco amigavel. Pessoa muito competente nos disse que a nomeação do sr. conde de Avila para nosso ministro em Madrid tinha sido motivada por uma questão d'esta natureza.

liado em Portugal, com tanto que viessem domiciliar-se no reino; porque d'este modo se evitava que estes individuos perdessem a qualidade de portuguezes por causa d'um acontecimento fortuito, ou que ficassem privados de nacionalidade, não sendo reconhecidos como cidadãos pela lei do paiz do seu nascimento, ou pela da nação de seu pae (1). A equidade pede tambem que se permita aos menores, nascidos no estrangeiro, de pae estrangeiro, que veio domiciliar-se em Portugal, e os trouxe consigo, a faculdade de declararem, quando forem maiores ou emancipados na conformidade da lei do seu paiz e da lei portugueza, que querem ser portuguezes (2). Sabemos que estes individuos podem facilmente obter esta qualidade naturalisando-se, nos termos do art. 19; mas, como o processo da naturalisação é mais incommodo, demorado e dispendioso, do que o que propomos, eis a razão do nosso alvitre. Notamos tambem que o codigo não diz nada sobre a nacionalidade dos filhos illegitimos de mulher estrangeira, nascidos e domiciliados em Portugal, tendo legislado em os n.ºs 1.º e 3.º

(1) O art. 5.º, n.º 4.º do codigo civil da Hollanda contem uma disposição d'esta natureza.

(2) O art. 9.º, n.º 2.º do codigo civil da Polonia vai mais longe, porque declara polaco, subdito do reino da Polonia, todo aquelle que nasceu fóra ou dentro do reino, d'um estrangeiro domiciliado na Polonia.

acerca dos filhos illegitimos de mulher portugueza, nascidos dentro e fóra do reino. Esta lacuna é importante, e por isso, em harmonia com a alteração que propozemos á doutrina do n.º 1.º, e com a opinião dos auctores ahí citados (34), parece-nos que deveriam tambem declarar-se portuguezes os filhos illegitimos de mãe estrangeira, nascidos e domiciliados em Portugal, facultando-lhes comtudo declararem por si, sendo já maiores ou emancipados, na conformidade da lei portugueza, e por sua mãe, ou pae natural estrangeiro que os houver legitimado ou perfilhado, ou por seu tutor, sendo ainda menores, que querem ser estrangeiros (1).

62 No art. 18, n.º 3.º o codigo declara cidadãos portuguezes os filhos de pae portuguez, ainda quando este haja sido expulso do reino, ou os filhos illegitimos de mãe portugueza, bem que nascidos em paiz estrangeiro, que vierem estabelecer domicilio no reino, ou declararem por si, sendo maiores ou emancipados, ou por seus paes ou tutores, sendo menores, que querem ser portuguezes. O systema adoptado pelo codigo differe do adoptado pelos nossos codigos politicos de 1822, 1826 e 1838 em

(1) Esta disposição não tem tanto em vista a nacionalidade d'estes individuos, porque essa está regulada em o n.º 2.º, como salvaguardar os direitos da mãe e do pae natural estrangeiro, em relação á escolha da nacionalidade de seus filhos menores.

permittir aos nascidos no estrangeiro, de pae portuguez, a declaração de que querem ser portuguezes, independentemente de virem estabelecer domicilio no reino (1). Na edição do projecto do código civil, publicada em 1865, havia-se adoptado um systema inverso do seguido actualmente pelo código, pois que nelle se declaravam portuguezes os filhos de pae portuguez, ainda quando este houvesse sido expulso do reino, ou os filhos illegitimos de mãe portugueza, bem que nascidos em paiz estrangeiro; salvo, se, chegando á maioridade ou sendo emancipados, declarassem que não queriam ser portuguezes (2). As considerações que podiamos fazer sobre os diversos systemas, que tanto entre nós como lá fóra têm regulado e regulam esta materia, são em geral as mesmas que fizemos em os numeros (56—59); motivo por que nos absteimos de repetil as (3). Entrando pois na apreciação

(1) Constituição politica de 1822, art. 21, n.º 1.º e 2.º; Carta constitucional, art. 7.º, § 2.º; Constituição politica de 1838, art. 6.º, n.º 3.º Veja-se tambem a Ordenação, liv. 2.º, tit. 55, §§ 2.º e 3.º

(2) Note-se que esta doutrina differe muito da estabelecida na edição do projecto publicada em 1859, onde se declaravam cidadãos portuguezes os filhos legitimos, legitimados ou perfilhados, de pae portuguez, ou illegitimos de mãe portugueza, nascidos em paiz estrangeiro, se viessem estabelecer no reino o seu domicilio.

(3) As legislações ingleza e hespanhola consideram cida-

da doutrina do código, diremos que ella nos parece inferior á da carta, por causa da ultima parte, onde se lê — ou declararem por si, sendo maiores ou emancipados, ou por seus paes ou tutores, sendo menores, que querem ser portuguezes —. As razões em que nos fundamos são as seguintes: primeiro, porque a disposição contida nas palavras citadas dá logar a que os filhos de muitos portuguezes, nascidos e domiciliados no estrangeiro, sem idea alguma de virem domiciliar-se em Portugal, reclamem, perante os nossos consules, a qualidade de cidadãos portuguezes, com o fim de subtrahir-se á prestação dos serviços pessoaes que lhes podem ser exigidos no paiz do seu nascimento e domicilio; vindo assim a lei portugueza a favorecer a fraude, que todas devem combater; segundo, porque, não exercendo a lei portugueza auctoridade alguma legal fóra do territorio portuguez, os governos e tribunaes estrangeiros recusarão acquiescer a quaesquer reclamações que o governo portuguez ou es-

dados os filhos nascidos no estrangeiro dos seus nacionaes, quando, em vista do systema por ellas adoptado, em relação á nacionalidade dos nascidos no seu territorio, de pae estrangeiro, os deviam considerar estrangeiros. Veja-se a nota 2 a p. 93 e a nota 1 a p. 106. O art. 10.º do código civil francez declara francez o nascido em paiz estrangeiro, de pae francez. O art. 4.º do código civil italiano estabelece o principio geral de que é cidadão o filho de pae cidadão.

tes individuos lhes fizerem em nome d'ella, todas as vezes que as suas prescripções estiverem em opposição com as prescripções das suas proprias leis, mórmente se estas tiverem por objecto salvaguardar interesses de ordem publica (39). Alem d'isto, é bem sabido que, resolvendo-se todos os factos humanos na troca de serviços, o Estado não deve conceder a qualidade de cidadãos a individuos que, podendo em virtude d'este titulo reclamar a sua protecção, lhe não prestam comtudo serviço algum por meio do pagamento do imposto ou do exercicio de funcções publicas (1); e foi, sem duvida, fundada em considerações d'esta ordem, que a lei prussiana de 13 de dezembro de 1842 declarou perderem a qualidade de prussianos os prussianos ausentes da Prussia por dez annos (2). Parece-nos pois que o legislador portuguez, sem ir tão longe como o legislador prussiano, satisfaria aos principios da justiça, aos direitos do sangue, e aos dictames da sua vontade presumida, declarando só portuguezes os nascidos no estrangeiro, de pae portuguez, que

(1) «A sociedade resolve-se em reciprocidade e troca de serviços» diz o sr. Adrião Pereira Forjaz no § 6.º dos seus *Novos Elementos de Economia Politica e Estadistica*. Veja-se neste mesmo sentido a opinião do tribuno Gary, transcripta em a nota 1 a p. 101.

(2) Veja-se a *Concordance entre les Codes Civils Étrangers*, vol. 3.º, p. 192.

viesses domiciliar-se em Portugal. Mas, como esta declaração, fundada na vontade presumida d'aquelles individuos, pode estar em opposição com a sua vontade expressa, e não seja justo negar-lhes o que se concede aos filhos de pae estrangeiro, nascidos e domiciliados em Portugal, a lei procederia coherentemente resalvando-lhes o direito de declararem por si, sendo maiores ou emancipados, na conformidade da lei do seu paiz, e por seus paes ou tutores sendo menores, que não querem ser portuguezes, não obstante virem fixar o seu domicilio em Portugal.

63 A doutrina dos n.ºs 4.º, 5.º e 6.º, e dos §§ 1.º e 2.º do art. 18, parece-nos boa, pois que nella se attende aos principios geralmente seguidos pelos auctores e codigos modernos, e, o que é bem melhor, aos principios da natureza e da justiça. Parece-nos comtudo que conviria accrescentar ao n.º 6.º as palavras seguintes: — mesmo ficando viuva, salvo se declarar que não quer ser portugueza. — A ultima parte do § 1.º, onde se lê — e a exigida no n.º 3.º perante os respectivos agentes consulares portuguezes ou perante a competente auctoridade estrangeira — deve ser supprimida, adoptando-se a emenda que propozemos áquelle numero.

64 O art. 19 do codigo reproduz, salvas algumas modificações, que o não alteram na essencia, o art. 21 do projecto publicado em 1859. Seguindo

as pisadas do art. 1.º do decreto de 22 de outubro de 1836, cujas doutrinas fielmente reproduziu, o projecto exigia como primeiro requisito para ser concedida a carta de naturalisação que os estrangeiros naturalisandos tivessem vinte e cinco annos completos, ou fossem havidos legalmente por maiores; no que procedia de accordo com a doutrina do art. 290, onde declarava que o menor chegando á idade de vinte e cinco annos podia dispor livremente da sua pessoa e bens, nos termos da lei geral, não havendo causa legitima de interdicção. Mas, como a illustrada commissão revisora do projecto adoptou no art. 287 da edição publicada em 1863 a idade de vinte e um annos para a maioridade das pessoas d'um e outro sexo, declarou ella tambem no art. 19 da citada edição que podiam ser naturalisados os estrangeiros que fossem maiores ou havidos por maiores, segundo a lei portugueza. Nas suas *Reflexões*, pp. 73 e 74, sobre o art. 21 do projecto o sr. Ferrer havia perguntado se a emancipação dos estrangeiros, a que a primeira parte d'este artigo se referia, havia de ser regulada pela lei portugueza ou pela da nação a que pertencia o naturalisando, a que respondeu o illustre auctor do projecto que isto estava declarado no art. 32 (hoje 27 do código), onde se dizia que a capacidade civil dos estrangeiros era regulada pela lei do seu paiz (1). A

(1) *Resposta ás Reflexões* do sr. Ferrer, pp. 25 e 26.

illustrada commissão revisora, porem, não se conformou com isto, declarando, como já vimos, que podiam ser naturalisados os que fossem maiores ou havidos por maiores, segundo a lei portugueza; no que nos parece ter seguido a verdadeira doutrina, pois seria realmente contradictorio que a lei de um paiz, onde a maioridade fosse estabelecida aos vinte e cinco annos, que não julgasse habeis os seus nacionaes de praticarem os diversos actos da vida civil antes d'esta epocha, consentisse a um estrangeiro de vinte e um annos, já maior pela lei do seu paiz, praticar um acto que o fazia recahir na menoridade, segundo a lei do seu paiz adoptivo. Todavia, talvez em consideração á lei da nação do naturalisando (37), a mesma commissão revisora adoptou no art. 19, § inic. da edição do projecto por ella publicada em 1865, o principio de que podiam ser naturalisados os estrangeiros maiores, ou havidos por maiores, em conformidade da lei do seu paiz e da lei portugueza; obstando assim a que um estrangeiro, maior pela lei portugueza e menor pela lei da sua nação, renuncié á sua nacionalidade para se naturalisar portuguez. Não obstante a redacção do art. 19, § inic. do código ser preferivel á do art. 21, § inic. do projecto publicado em 1859, parece-nos que ainda não satisfaz aos requisitos d'um bom systema de legislação, em consequencia de não subordinar a concessão da carta de natura-

lisação ao estabelecimento do domicilio do naturalizando no reino; dando assim logar a que os individuos que quizerem sophismar as leis do seu paiz venham residir um anno em Portugal, obtenham a carta de naturalisação, e se retirem depois cobertos pela bandeira d'um povo, cuja protecção podem reclamar contra o seu proprio paiz de origem. Julgamos pois que o art. 19, § inic. do codigo ficaria melhor, declarando-se nelle que podem ser naturalisados os estrangeiros que estabelecerem domicilio permanente no reino, sendo maiores ou havidos por maiores na conformidade da lei do seu paiz e da lei portugueza.

64 O n.º 1.º do art. 21 do projecto, onde se exigia que os naturalisandos tivessem meios de subsistencia, foi vigorosamente impugnado pelo sr. Ferrer (1), com o fundamento de que, sendo impossivel fixar a qualidade e quantidade d'estes meios, ficaria ao arbitrio do executor da lei fixal-os, o que era inadmissivel: alem de que todo o homem, só porque é homem, tem um grande valor; não devendo receiar-se o augmento excessivo da população, porque a emigração e a morte se encarregam de a reduzir inexoravelmente aos limites possiveis: que, gritando-se contra a emigração portugueza para o Brazil, com o fundamento de Portugal po-

der sustentar maior população do que tem, não se devia pôr embaraços á naturalisação dos estrangeiros, antes facilital-a, eliminando este numero do artigo citado. A isto responderen o illustre auctor do projecto (1) que por meios de subsistencia devia entender-se não só os capitaes fixos e circulantes, senão ainda a aptidão para exercer qualquer industria; que a doutrina do projecto assim entendida lhe parecia acceitavel; no entretanto, que a sabia commissão revisora decidiria o que julgasse mais conveniente. Em conformidade com esta declaração, e tambem com o que havia sido legislado no art. 22 da constituição politica de 1822, a sabia commissão revisora aclarou a doutrina do projecto, estabelecendo no art. 19, n.º 1.º da edição de 1863, como segundo requisito para obter a carta de naturalisação, ter o naturalisando capacidade para grangear salario pelo seu trabalho, ou outros meios de subsistencia. Esta redacção foi ainda depois um pouco alterada pelo art. 19, n.º 1.º da edição de 1865, donde passou para o art. 19, n.º 1.º do codigo civil. Mas seriam justas as objecções do sr. Ferrer contra a doutrina do projecto? Em quanto a nós, salvo o muito respeito que devemos a tão eminente jurisconsulto, estas objecções não têm fundamento. Não ha duvida que os recursos necessarios para a vida va-

(1) *Reflexões* citadas, pp. 74 e 75.

(1) *Resposta* citada, p. 26.

riam com as necessidades, e estas com a posição dos individuos; e que nestes termos é impossivel determinál-os com precisão, visto a quantia que é sufficiente para uns ser insufficiente para outros, e *vice-versa*. Mas, porque isto offerece difficuldades, não se segue que o titulo de cidadão, que confere direitos e sujeita a obrigações, deva conceder-se ao primeiro que o solicitar, sem attender se pode ou não satisfazer aos deveres que este titulo lhe impõe, se pode subsistir honestamente por meio dos seus capitaes, ou dos recursos que lhe ministra o seu trabalho. E, com effeito, que titulos pode allegar em seu favor, para ser recebido como cidadão, o que, sendo incapaz de prestar serviços á cidade, carece ainda para viver do auxilio d'aquelles a que pretende associar-se? O infortunio é, sem duvida, uma excellente recommendação para a beneficencia, porque todo o homem, só porque é homem, tem direito á protecção dos seus semelhantes; mas, para alcançar o direito de cidade pela naturalisação é necessario mais alguma cousa do que a simples qualidade de homem: é necessario que o naturalizando tenha recursos com que possa subsistir e contribuir para as despesas do Estado, e que se não torne pelos seus vicios elemento dissolvente da sociedade de que pretende fazer parte (1). Sem en-

(1) Bem diversa da opinião do sr. Ferrer era nesta parte

trarmos nas questões se Portugal pode ou não sustentar maior população do que tem, se precisa do concurso da população estrangeira para augmental-a, e se as nações são tanto mais ricas e fortes, quanto maior é a sua população; não podemos, contudo, deixar de observar que não é a facil aquisição do direito de cidade que attrahe os emigrantes a qualquer paiz; porque, em geral, e nós sabemos-o por experiencia propria e de muitos outros, o homem honrado, que vive longe da patria, só renuncia a ella expressamente, quando circumstancias imperiosas o obrigam a isso. O que attrahe os emigrantes não é, repetimos, a facil aquisição do direito de cidade: é sim certa communidade de origem, de lingua, de religião e de costumes, acompanhada da esperanza de que poderão alcançar fortuna no paiz para onde se dirigem, exercendo livremente a sua actividade sobre a terra, extrahindo os seus productos, transportando-os, modificando-os

a opinião do conselheiro d'estado Treilhard, pois dizia elle (*Motifs, Rapports, etc.*, p. 41): «Cependant cette communication facile, établie pour nous enrichir de la population et de l'industrie des autres nations, pourrait aussi quelquefois nous apporter leur écume: tout n'est pas toujours bénéfice dans un pareil commerce, et l'on ne trouva quelquefois que des germes de corruption et d'anarchie, où l'ont avait droit d'espérer des principes de vie et de prospérité.»

e vendendo-os; a persuasão de que serão recebidos como amigos e não como concorrentes perigosos, e de que serão protegidos pelo poder social no gozo e exercício dos seus direitos civis, como se foram indígenas. Diremos pois, concluindo, que a doutrina do n.º 1.º do art. 19 do código nos parece excellente, porque, sem obstar á naturalisação dos estrangeiros, procura proteger a cidade contra os elementos nocivos que poderiam prejudicá-la.

65 O n.º 2.º do art. 21 do projecto do código, onde se estabelecia como 3.º requisito para alcançar a carta de naturalisação haver o estrangeiro naturalisando residido por espaço de dois annos no territorio portuguez, tambem foi vigorosamente impugnado pelo sr. Ferrer (1) com os fundamentos seguintes: 1.º que esta especie de noviciado não podia servir para o governo conhecer dos costumes e moralidade do estrangeiro naturalisando, visto o projecto não auctorisar o a recusar a carta de naturalisação; 2.º que não servia para o estrangeiro conhecer as leis e costumes do paiz, e determinar-se a pedir a carta de naturalisação com conhecimento de causa, em consequencia de isto dizer respeito á prudencia particular do estrangeiro, e o código não ser um livro de philosophia, de moral, ou de politica; 3.º que não servia para o estrangeiro dar pro-

vas do seu desejo de ser cidadão portuguez, e o governo ter a certeza de que seria um bom patriota, porque nem pelo lado do gozo dos direitos civis havia perigo em conceder-lhe de prompto a naturalisação, visto o projecto do código os conceder aos estrangeiros com restricções insignificantes, nem pelo lado dos direitos politicos podia haver tambem inconveniente em conceder-lh'a, antes de dous annos de residencia, visto o art. 68 n.º 2.º da carta não permittir a eleição dos naturalisados para deputados, e o art. 106 estabelecer que não podem ser ministros d'Estado, os unicos casos em que a carta julgou, com razão, perigosos os estrangeiros naturalisados; concluindo por dizer: «Desterremos do código a doutrina do decreto de 22 d'outubro de 1836, resto da farragem das nossas ordenações. Parece que ellas queriam isolar o reino com o mesmo espirito que edificou a muralha, que separa a China da Tartaria.» A isto respondeu o illustre auctor do projecto (1): 1.º que não se oppunha a que o praso fosse reduzido a um anno, como se acha adoptado em algumas nações; mas que lhe parecia inconveniente prescindir absolutamente d'uma residencia qualquer, principalmente entendendo-se o n.º 1.º na generalidade em que elle o entendia; 2.º que o nosso distincto publicista, o sr. Sil-

(1) *Reflexões*, pp. 75—77.

(1) *Resposta citada*, pp. 26 e 27.

vestre Pinheiro, cujas ideas liberaes eram bem conhecidas, não só não prescindia no seu systema dos meios de subsistencia, mas até exigia uma abo-nção de moralidade: que em todo o caso não concordava com a idea do illustre censor, de que o governo não podia recusar a carta de naturalisação, porque mil circumstancias podiam tornar necessaria esta recusa: que este arbitrio era admittido em todas as nações, e que os abusos que o governo podia praticar, denegando injustamente as cartas de naturalisação, tinham remedio na responsabilidade a que ficava sujeito. Em quanto a nós, as razões em que se fundou o sr. Ferrer para impugnar a doutrina d'esta parte do projecto são tambem inadmissiveis. Em primeiro lugar, a asserção do sr. Ferrer, de que o governo não pode recusar as cartas de naturalisação, porque o codigo o não auctorisa para isso, é de tal modo inexacta, que não pode deixar de ser filha de mero descuido, a que ainda os talentos mais transcendentos estão sujeitos; e com effeito, desde que o codigo subordina a concessão do direito de cidade a certas condições, é evidente que aquelles que não satisfazem a ellas não podem alcançal-o, sem offensa do mesmo codigo, de que o governo nesta parte é executor. Quanto aos abusos a que isto pode dar logar por parte do governo, concedendo ou denegando injustamente as cartas de naturalisação, um tal argumento prova

de mais, porque todos sabem que a lei não pode deixar de confiar ao prudente arbitrio dos seus executores a decisão de certos negocios, que por si não pode regular convenientemente. Nesta parte, pois, a lei não faz mais do que em muitas outras, na persuasão de que os seus órgãos legitimos não faltarão aos deveres da sua consciencia e ao que devem ao paiz, que lhes confiou uma parte do poder publico, abusando da sua auctoridade. O segundo argumento do sr. Ferrer tambem nos parece contestavel, porque a disposição de que se tracta não tem tanto em vista obstar a que os naturalisandos tomem uma resolução precipitada, como proporcionar ao governo um meio seguro de conhecer se são dignos do titulo que pretendem. E nem se diga que o codigo não é um livro de philosophia, de moral e de politica; porque a prova de que é tudo isto, temol-a no empenho com que o sabio auctor do projecto, o mesmo sr. Ferrer, e tantos outros jurisconsultos e homens eminentes se esforçaram para que sahisse de suas mãos o mais perfeito possivel. O codigo, de certo, não procura convencer os cidadãos da excellencia das suas prescripções, apresentando-lhes as razões em que se fundam; mas não é menos certo que essas razões existem, e que as regras practicas que nelle se contém não são mais do que a sua expressão escripta. O terceiro argumento do sr. Ferrer tambem nos parece inexacto; porque a espe-

cie de noviciado, a que estão sujeitos os estrangeiros naturalisandos, não pode deixar de servir para o governo conhecer se são ou não dignos da qualidade de cidadãos, que pretendem; já porque este titulo confere ao Estado e aos naturalisandos direitos e obrigações reciprocas, já porque d'este modo se evita que o Estado se veja obrigado a expulsar do seu territorio individuos, a quem ha pouco concedera os foros de cidadãos. Nesta parte a doutrina dos codigos modernos, ainda dos paizes que mais carecem de população, protesta solemnemente contra a opinião do sr. Ferrer; pois que em todos elles se exige para a concessão da carta de naturalisação que os naturalisandos tenham meios de subsistencia, que tenham residido durante certo tempo no territorio nacional, e que se indague ácerca do seu procedimento e moralidade (1). Longe pois de poder considerar-se um resto da farragem das nos-

(1) Veja-se, em relação ao Mexico, o *Diccionario Razonado de Legislacion y Jurisprudencia*, por Don Joaquin Escriche, verbo *Naturalizacion*; em relação aos Estados-Unidos, França e outros paizes, o *Dictionnaire Général de la Politique*, verbo *Naturalisation*; e em relação á Inglaterra, Westoby, pp. 40 e seg. Na Prussia não é necessaria a residencia previa para a concessão da carta de naturalisação; mas exige-se que o naturalisando tenha meios de subsistencia, e dê provas do seu bom comportamento. Veja-se tambem Foelix, n.º 52—55.

sas ordenações, a doutrina do codigo está em harmonia com a dos codigos modernos, e satisfaz, em geral, aos dictames da razão; porque, a par das justas precauções que toma para a concessão do direito de cidade, procura attrahir os estrangeiros ao reino, concedendo-lhes os mesmos ou quasi os mesmos direitos civis que aos cidadãos indigenas (1): dando assim logar a que o paiz por meio do commercio externo vá acompanhando, ainda que lentamente, os grandes progressos que lá fóra se vão todos os dias realisando na agricultura, na industria, nas artes e nas sciencias, e que os seus naturaes obtenham em troca dos seus productos os productos estrangeiros de que carecem. A disposição do § unico do art. 19 parece-nos razoavel, motivo por que nos abstemos de quaesquer commentarios a seu respeito.

66 Não obstante a doutrina do art. 19 merecer a nossa approvação, mórmente se nelle se declarasse que a naturalisação ficaria sem effeito não estabelecendo o naturalisando o seu domicilio no reino, entendemos que ficaria mais perfeita dispondo-se em novo § que a naturalisação seria unicamente concedida nos termos do referido artigo aos que apresentassem passaporte, passado pelas auctoridades do seu paiz, e legalizado pelos agen-

(1) Veja-se a nota 2 a p. 97.

tes diplomaticos ou consulares competentes; elevando-se na falta d'elle a residencia de que falla o n.º 2.º a cinco annos (1). A utilidade d'esta addição parece-nos obvia; pois, ao passo que cimentaria as boas relações que devem existir entre as nações, fortaleceria tambem a justa auctoridade que exercem sobre os seus nacionaes, obstando a que os criminosos, e os mancebos obrigados ao serviço militar, abandonem o seu paiz, e se vão naturalisar estrangeiros, com o fim de mais facilmente escaparem, aquelles á punição de seus crimes, e estes á prestação do referido serviço. Não sabemos se alguem se lembrará de impugnar a utilidade d'esta medida, com o fundamento de ser indifferente ao paiz, onde qualquer pretende naturalisar-se, saber os motivos por que o faz, comtanto que se porte honradamente na patria adoptiva; mas facilmente se conhece que esta objecção não tem fundamento, logo que se attenda a que a regeneração moral do homem não é obra d'um dia, e que o dever e interesse das nações reclamam que observem nas suas relações os mesmos principios de justiça que regulam as rela-

(1) Esta addição foi-nos suggerida pelo § 183 do *Précis d'un Code du Droit International*, onde se lê: «Aucun état ne naturalisera les sujets d'un autre état aussi longtemps que ceux-ci ne sont pas licenciés de la part du dernier. Ce licenciement ne sera jamais dénié si le sujet a rempli les devoirs civils et militaires envers son état.»

ções dos particulares. Partidario do livre transito, somos, em regra, inimigo de quanto possa embarçal-o; e por isso desejamos que qualquer individuo podesse percorrer todo o continente europeu sem que os empregados das alfandegas e da policia o incomodassem, revolvendo-lhe a bagagem, ou exigindo-lhe um titulo de identidade, a maior parte das vezes inutil; já porque os criminosos quasi sempre têm artes de subtrahir-se ás pesquisas da policia, mórmente quando esta não lhes anda na pista; já porque as boas relações que existem entre os diversos Estados europeus permitem que se obtenha facilmente a sua prizão e extradicação. As razões que apresentamos por incidente a favor da abolição dos passaportes entre os diversos paizes da Europa não procedem em relação aos paizes situados alem mar, motivo por que deverão ser conservados, no interesse dos Estados e dos proprios particulares. O codigo não diz nada sobre a nacionalidade da mulher e dos filhos menores do estrangeiro que se naturalisar portuguez, dispondo alias nos §§ 1.º e 2.º do art. 22 que a mulher e filhos menores de portuguez, que se naturalisar estrangeiro, não perdem por este facto a qualidade de portuguezes, não declarando desde logo a mulher que quer seguir a nacionalidade de seu marido, e os filhos, quando forem maiores ou emancipados, a de seu pae. É evidente que neste logar se devia apresentar uma dis-

posição semelhante á do art. 22, e é isto o que effectivamente fez o código civil italiano, dispondo no art. 10 que a mulher e filhos menores do estrangeiro, que se naturalisar italiano, adquirem por este facto a qualidade de cidadãos, estabelecendo o seu domicilio no reino, ficando livre aos filhos renunciar a ella dentro do anno que se seguir á sua maioridade. Adiante nos occuparemos mais largamente d'esta materia, motivo por que ficamos agora por aqui. A doutrina dos artt. 20 e 21 parece-nos boa, razão por que tambem nos abtemos de quaesquer commentarios a seu respeito.

SECÇÃO SEGUNDA

Da perda da qualidade de cidadão portuguez

68 Apreciação e addição que conviria fazer á doutrina do n.º 1.º do art. 22 do código **69** Apreciação e alteração que conviria fazer na doutrina do n.º 2.º do art. 22 do código. **70** Exposição da doutrina do n.º 3.º do art. 22 do código, e opiniões dos srs. Moraes Carvalho e Ferrer a respeito d'ella. **71** Exposição, discussão e alterações que conviria fazer na doutrina dos §§ 1.º e 2.º do art. 22 do código. **72** Resultado. **73** Doutrina do código civil italiano sobre a aquisição e perda dos direitos de cidade.

68 Nos artt. 22 e 23 o código tracta dos diversos modos por que se perde a qualidade de cidadão portuguez. A doutrina do código differe alguma cousa da estabelecida nas diversas edições do projecto, razão por que nos demoraremos um pouco na sua apreciação. No art. 22, n.º 1.º, diz o código que perde a qualidade de cidadão portuguez o que se naturalisa em paiz estrangeiro, podendo contudo recuperar esta qualidade regressando ao reino com animo de domiciliar-se nelle, e declarando-o assim perante a municipalidade do lugar que eleger para seu domicilio. Esta disposição reproduz, salva a redacção, a das diversas edições do projecto. A doutrina do código traduz o grande principio da liberdade humana, segundo o qual o homem pode escolher para patria o paiz que bem quizer, comtanto que pela sua moralidade e industria se torne digno de ser recebido nelle como cidadão (**65**). A crença

profunda de que uma população numerosa era indispensavel para a riqueza e força dos Estados fez com que noutras epochas os legisladores das diversas nações da Europa prohibissem com penas severas a naturalisação dos seus nacionaes em paiz estrangeiro (1). Felizmente hoje todas as nações se vão convencendo de que as medidas absurdas, que haviam adoptado no intuito de obstarem á emigração e naturalisação dos seus nacionaes, não só eram contrarias aos principios da justiça, senão ainda prejudiciaes aos seus proprios interesses; razão por que as suas leis differem muito actualmente sob este ponto de vista do que eram ainda ha poucos annos. O direito que o homem tem de emigrar, e de naturalisar-se estrangeiro, com quanto seja um direito natural (2), não pode comtudo ser por em

(1) Por exemplo, a condemnação perpetua ás galés, a perda de parte dos seus bens, etc. Veja-se Chassat, n.º 102; e o *Précis d'un Code du Droit International*, §§ 65 e 182, onde se falla no pretendido direito de detracção, ainda admittido por Vattel, liv. 2.º, § 113, e tambem, pelo sr. Antonio da Rosa Gama Lobo, nos seus *Principios de Direito International*, vol. 1.º, pp. 123 e 124. A este pretendido direito dá com razão Heffter (§ 59) o epitheto de *barbaro*.

(2) Escrevendo ácerca do direito de emigração diz Heffter, § 15: «Aucun individu n'est attaché irrévocablement à la glèbe de l'État, qui l'a vu naître. La terre est la patrie commune de tous les hommes. L'individu a la faculté de choisir son domicile là où il croit pouvoir se mouvoir

quanto reconhecido d'uma maneira absoluta pelas nações da Europa; porque, desde o momento que o fôra, um grande numero de mancebo's deixaria a patria, para subtrahir-se d'este modo á prestação do serviço militar: e é sem duvida com o fim de obstarem principalmente a isto que algumas nações se reservam o direito de conceder aos seus nacionaes a faculdade de emigrarem e de se naturalisarem estrangeiros (1). Se as nações da Europa tive-

le plus librement. Bien plus il peut, pour sauvegarder sa liberté, se trouver dans la nécessité de chercher une nouvelle patrie dans une autre partie du globe. Le droit d'émigration est donc un droit imprescriptible, limité seulement par des engagements volontaires ou forcés, la patrie étant le pays des liens moraux et non pas des liens physiques. L'ancienne théorie de même que l'ancienne pratique des États n'avaient qu'une intelligence très-imparfaite d'un principe, qui aujourd'hui ne fait plus l'objet d'aucun doute. M. de Haller même admet le droit d'émigration comme un droit fondamental.»

(1) Veja-se sobre isto o *Dictionnaire Général de la Politique*, verbo *Naturalisation*. Quanto ao direito que o governo tem de regular a emigração, e vinculos moraes que continuam a subsistir entre os emigrados e o seu paiz natal, diz Heffter, § 59: «L'État qui dans ses limites concourt à l'oeuvre générale du développement du genre humain, ne doit pas méconnaître le caractère essentiellement libre des rapports de sujétion, auxquels les regnicoles ont la faculté de renoncer en s'expatriant. Le droit d'émigration,

rem porem um dia a fortuna de reduzir a praga dos enormes exercitos permanentes, que actualmente as empobrecem, ao stricto necessario para a

une fois reconnu, peut sans doute être réglementé par l'État. Les lois peuvent notamment imposer l'obligation d'en donner un avis préalable aux autorités locales, avis qui fournira à ces dernières le moyen de s'assurer si l'émigrant a satisfait à tous ses engagements, et d'exiger de lui une caution destinée à assurer l'accomplissement de ceux qu'il doit remplir encore. Autrefois il était d'usage d'exiger des émigrants le sacrifice d'une portion de leur patrimoine. Les traités internationaux n'ont pas encore aboli tous les restes de cette coutume barbare.

À la question d'émigration vient se rattacher naturellement une autre. Le sujet d'un État peut-il être à la fois sujet d'un autre ou sujet mixte? Cette double nationalité, bien que tolérée dans une grande partie de l'Europe, a été proscrite expressément par plusieurs législations, qui dans ces cas exigent que la personne choisisse entre son domicile actuel et celui de son origine.

Tant que les rapports de sujétion n'ont pas été dissous par l'émigration, la loi internationale accorde à l'État certains droits, en même temps qu'elle lui impose certaines obligations. Ces droits et ces obligations se résument dans les règles suivantes:

I. L'État doit appuyer les justes réclamations de ses re-gnicoles à l'étranger, défendre ses sujets par les voies internationales, lorsqu'ils sont l'objet de poursuites arbitraires, et exiger la réparation des lésions commises à leur préjudice (*jus protectionis civilis, in specie jus repraesentationis omnimodae*).

sua segurança interna, de sorte que a melhor remuneração da milicia convide os cidadãos a alistarem-se nella voluntariamente, é claro que neste caso a acção dos governos, em relação á emigração, deverá limitar-se unicamente a examinar se os emigrandos deixam o paiz com o fim de subtrahir-se á punição de algum crime, ou ao cumprimento de alguma obrigação; e a tomar no interesse d'elles as medidas protectoras, aconselhadas pela

tationis omnimodae). Aussi la confédération germanique s'est-elle chargée expressément d'une représentation solidaire des différents États qui la composent.

II. L'État peut rappeler ses sujets établis à l'étranger, dès qu'il le juge convenable (*jus avocandi*). Néanmoins, pour obtenir leur retour, il ne dispose d'aucun mode de coercition, et il ne peut réclamer à cet effet l'assistance des autorités étrangères. C'est une conséquence du droit de cité universelle. Aussi un gouvernement n'est-il pas même tenu d'autoriser sur son territoire la publication des lettres de rappel envoyées par un gouvernement étranger.

III. Le sujet d'un État continue, pendant son séjour à l'étranger, à être soumis à la juridiction et aux lois de sa patrie. C'est en observant ces lois seulement qu'il y conserve ses droits civils et politiques.

Néanmoins la juridiction souveraine d'un État sur ses regnicoles ne peut empêcher que les engagements contractés par eux à l'étranger ne produisent leurs effets, pourvu qu'ils ne soient pas contraires aux lois de la mère-patrie ou qu'ils ne soient destinés à y recevoir leur exécution. Ainsi les lois fiscales d'un pays ne sont pas applicables aux

humanidade (1). O código civil italiano declara no art. 12 que a perda da qualidade de cidadão não exime da obrigação do serviço militar, nem das penas impostas aos que tomam as armas contra a patria. Parece-nos que o nosso legislador teria procedido acertadamente inserindo no código um artigo semelhante, vindo assim as leis especiaes, que regulam estas materias, a ser outras tantas leis complementares do código civil.

69 Em o n.º 2.º do art. 22, o código declara

immeubles situés dans un autre, bien que les anciens traités et usages n'aient pas toujours suivi cette règle, notamment lors de l'établissement d'un impôt sur les revenus.

IV. Le sujet d'un État ne peut invoquer l'intervention d'un gouvernement étranger, et le rendre juge des démêlés avec son propre gouvernement. Tout au plus le premier pourra-t il intercéder en sa faveur par des voies amiables. Autrefois il n'était pas rare de voir les sujets porter plainte contre leurs princes devant le Saint-Siège: c'est ce qu'on appelait «*denunciatio evangelica*». Cette voie de recours est aujourd'hui rejetée partout.»

(1) Referimo-nos ás providencias administrativas de que nos dão noticia as excellentes notas que se encontram a pp. 236 e seg. do código administrativo, edição de 1865. Advertimos porem que estamos muito longe de nos conformarmos com algumas d'estas providencias, e sobre tudo com a penalidade, que em virtude do seu extremo rigor dará muitas vezes logar a que as auctoridades fechem os olhos, por causa da justa repugnancia que terão em applicar penas fóra de toda a proporção com os delictos.

que perde a qualidade de cidadão portuguez o que sem licença do governo acceita funcções publicas, graça, pensão ou condecoração de qualquer governo estrangeiro; podendo comtudo reabilitar-se por graça especial do governo. A redacção d'este numero differe alguma cousa da do art. 24 n.º 2.º do projecto publicado em 1859, em consequencia de os srs. Moraes Carvalho e Ferrer terem impugnado a palavra — serviço — de que o projecto se servia. Em quanto a nós, o legislador portuguez teria procedido mais acertadamente limitando-se a declarar que perdia a qualidade de cidadão o que sem licença do governo acceitasse funcções publicas d'um governo estrangeiro, ou, como dizem os artt. 11 n.º 3.º do código civil italiano, e 19 e 21 do projecto do código civil hespanhol, o que sem licença do governo acceitasse emprego d'um governo estrangeiro, ou entrasse no serviço militar de outra nação, unicos casos em que pode haver, segundo nos parece, incompatibilidade de funcções. Mas declarar estrangeiro o individuo a quem um soberano amigo deu uma pensão por causa de serviços prestados á sua pessoa, ou ao seu paiz, ou a quem conferiu um título nobiliario qualquer, ou honrou com uma condecoração, é levar a intervenção governamental muito alem do justo. Se com estas prohibições se obstasse a concluios criminosos contra os interesses ou independencia da patria, seriamos os

primeiros a applaudil-as; mas todos sabem que, se a historia do nosso paiz tiver de registrar no futuro os nomes de alguns traidores, não será o premio do seu crime nenhuma pensão decretada publica e antecipadamente, nem nenhuma d'essas bagatellas, que por ahi vemos tão prodigalisadas e apreciadas.

30 A doutrina do art. 22 n.º 3.º do codigo reproduz, salva a redacção, a dos artt. 8.º n.º 3.º da carta, e 24 n.º 3.º do projecto. A disposição do n.º 4.º não vem na carta nem nas constituições politicas de 1822 e de 1838. Este numero differe principalmente do n.º 4.º do art. 24 do projecto em se lhe ter addicionado a clausula «salvo se não for, por esse facto, naturalisada pela lei de seu marido». A redacção do projecto estava de accordo com a do art. 25 do projecto do codigo civil hespanhol; a do codigo está-o com a do art. 14 do codigo civil italiano. A addição que se fez á doutrina do projecto é importante, porque, não adquirindo, por exemplo, a mulher estrangeira, que casa com um inglez, a qualidade de ingleza, a mulher portugueza, que casasse com um subdito d'aquella nação, ficaria privada de nacionalidade, visto a lei portugueza a considerar estrangeira, por ter casado com estrangeiro, e a lei ingleza a não reconhecer por ingleza (1). O

(1) Marcadé, commentario ao art. 19 do codigo civil francez; Demangeat, nota (a) ao n.º 35 de Foelix, pp. 82 e 83.

sr. Moraes Carvalho rejeitou a doutrina do projecto por se poder questionar a sua constitucionalidade, e até mesmo a sua utilidade, especialmente com relação a uma nação pequena, que assim podia ficar sujeita a reclamações, que alias, diz elle, não teriam cabimento. O sr. Ferrer pelo contrario, approvou-a como justa e sancta, visto a mulher dever seguir a condição de seu marido. Pela nossa parte confessamos que não podemos atinar com os motivos que auctorisariam as reclamações a que o sr. Moraes Carvalho se refere, nem com as razões por que Portugal, a Belgica, a Hollanda, e muitos outros Estados soberanos ainda mais pequenos, não possam adoptar nos seus codigos as mesmas regras juridicas que as grandes nações adoptam nos seus; pois é bem sabido que no campo do direito nem o pygmeo differe do gigante, nem a republica do valle de Andorra da sua poderosa vizinha e protectora, a França.

31 No § 1.º do art. 22, o codigo estabelece que a naturalisação em paiz estrangeiro de portuguez casado com portugueza não implica a perda da qualidade de cidadão portuguez em relação á mulher, salvo se ella declarar que quer seguir a nacionalidade de seu marido; e no § 2.º que a naturalisação em paiz estrangeiro, de portuguez, ainda que casado com mulher de origem estrangeira, não implica a perda da qualidade de cidadão portuguez

em relação aos filhos menores, havidos antes da naturalisação; salvo se estes, depois da maioridade ou emancipação, declararem que querem seguir a nacionalidade de seu pae. Estas disposições não se encontram na primeira edição do projecto; mas, como convinha estabelecer algumas providencias a este respeito, a illustre commissão revisora dispoz no art. 22 § unico da edição do projecto por ella publicada em 1863 que a naturalisação em paiz estrangeiro de portuguez casado com portugueza não implicava a perda da qualidade de cidadão portuguez em relação á mulher, nem aos filhos menores havidos antes da naturalisação, salvo se esta desde logo, ou estes, chegando á maioridade ou sendo emancipados, declarassem que queriam seguir a nacionalidade de seu marido ou pae. A doutrina do § 1.º é seguida por Marcadé, Demangeat e outros jurisconsultos francezes por elles citados (1). A do § 2.º foi adoptada pelo art. 4.º da lei belga de 27 de setembro de 1835, e pelo art. 2.º da lei franceza de 7 de fevereiro de 1851 (2). O argumento apre-

(1) Marcadé, commentario ao art. 19 do codigo civil francez, p. 118; Demangeat, nota (a) ao n.º 35 de Foelix, p. 82; dicta (a) ao n.º 40, pp. 93 e 94; dicta (a) ao mesmo numero, pp. 94 e 95.

(2) Veja-se a lei belga nos *Cinq Codes en vigueur en Belgique*, edição de 1863, pp. 4—6 do *Code civil*; e a lei franceza nos *Codes et Lois Usuelles*, p. 277.

sentado por Marcadé e Demangeat em favor da disposição do § 1.º limita-se a dizerem que «não pode depender da vontade do marido tirar á mulher a qualidade de membro d'uma corporação, d'uma sociedade a que talvez quer continuar a pertencer (1)»; sendo por isso indispensavel para que perca a sua nacionalidade de origem pela naturalisação do marido em paiz estrangeiro que renuncie a ella expressamente. Desde o momento porem que demonstrarmos que o primeiro d'estes jurisconsultos é contradictorio, e que a doutrina do referido paragrapho é inadmissivel, considerada theorica e praticamente, teremos tambem demonstrado a necessidade de substitui-la por outra. Ora, para prova da contradicção de Marcadé basta abrir o commentario ao art. 19 do codigo civil francez, p. 118, onde elle, querendo provar a superioridade da lei franceza sobre a lei ingleza, na parte em que reconhece como franceza a mulher estrangeira que casa com um francez, e como estrangeira a franceza que casa com um estrangeiro (20), diz: «É inutil dizer que nesta contradicção entre a lei franceza e a lei ingleza é a nossa que se mostra mais sabia e logica, por isso que confirma esta idea do christianismo, idea tão verdadeira e tão natural, tão bella

(1) Marcadé, commentario ao art. 12 do codigo civil francez, p. 95. Vejam-se tambem os logares citados em a nota penultima.

e tão profunda, que a mulher é como o accessorio e complemento do homem, *adjutorium simile sibi*, destinada a formar com elle um só todo, um só ser, até então incompleto, *duo in carne una*. Mas, dizemos nós, se a mulher que casa com um estrangeiro perde por este facto a sua nacionalidade, e adquire a de seu marido, em consequencia de tornar-se pelo casamento como que um accessorio e complemento d'este, é evidente que a mulher portugueza, casada com um portuguez, que se naturalisa estrangeiro, deve tambem por este facto perder a sua nacionalidade, e adquirir a de seu marido, visto a communhão de vida moral e material que existe entre os conjuges pertencentes á mesma nação pelo nascimento não ser nem menos completa, nem menos intima, nem menos necessaria do que a que existe entre os esposos pertencentes a nações diversas. A circumstancia de no primeiro caso a mulher saber que perdia a sua nacionalidade, casando com um estrangeiro, e de no segundo a perder por um acto da vontade de seu marido, pouco ou nada importa; já porque pelo facto do casamento ella se sujeitou implicitamente a esta eventualidade; já porque na determinação da nacionalidade da mulher casada o legislador deve attender menos aos dictames da sua vontade presumida do que á unidade e interesses da familia; convindo notar que, se a mudança de nacionalidade pode uma ou outra

vez ser prejudicial á mulher, outras ha em que lhe pode ser util, como succederá, por exemplo, á ingleza casada com um inglez, que se naturalisar portuguez, francez ou italiano, visto em qualquer d'estes casos a sua condição melhorar consideravelmente em tudo o que respeita ao gozo e exercicio dos direitos civis. Quanto á affeição pela terra natal, essa é de tal modo intima e particular, que nada obsta a que a mulher portugueza naturalisada estrangeira, pelo facto da naturalisação de seu marido, continue a ser portugueza pelo coração. Mas é sobre tudo pelos seus inconvenientes praticos que a doutrina do codigo e dos auctores citados se torna inadmissivel; pois que, divergindo bastante as leis das diversas nações ácerca dos direitos e obrigações reciprocas dos conjuges, é da maior utilidade que estes estejam sujeitos á mesma lei pessoal, porque d'este modo se evitam as difficuldades que resultam da sua submissão a leis differentes. E assim, por exemplo, se um portuguez casado com uma portugueza se naturalisar inglez, e a mulher não seguir a sua condição, será ella, na conformidade da lei portugueza, meeira nos bens existentes em Portugal e na Inglaterra, no caso de haver casado segundo o costume do reino; podendo portanto, na conformidade da mesma lei, dispor livremente para depois da sua morte dos bens que lhe pertencerem, não tendo descendentes ou ascendentes; em quanto que pela lei ingleza não

pode dispor de coisa alguma (1). Mas, como os tribunaes inglezes não consentirão que a lei portugueza regule, com prejuizo da auctoridade da lei ingleza, a disposição dos bens situados na Inglaterra, pertencentes a um subdito inglez, segue-se que os herdeiros da fallecida terão de contentar-se com a parte disponivel dos bens existentes em Portugal, os unicos sobre que a lei e os tribunaes portuguezes podem exercer a sua auctoridade. Ora, as demandas e despesas que trazem consigo estas disposições contradictorias das leis portugueza e ingleza, evitam-se perfeitamente, logo que a mulher do que se naturalisar estrangeiro siga a condição de seu marido. Demangeat (2), um dos auctores que seguem a doutrina do codigo, confessa que o systema em favor de que temos propugnado offerece a vantagem de prevenir conflictos difficeis de resolver entre as leis pessoas dos esposos; comtudo entendeu dever rejeital-o, como iniquo e contrario ao pensamento do legislador francez. Ora, pelo que respeita ao labéo de iniquo, parece-nos ter demonstrado que é mal cabido; e em quanto ao pensamento do legislador francez, nada temos com

(1) As prescripções da lei ingleza ácerca do regimen da propriedade dos esposos na falta de convenções particulares, encontram-se na *Concordance entre les Codes Civils Étrangers*, vol. 2.º, p. 267.

(2) Nota (a) ao n.º 40 de Foelix, pp. 93 e 94.

elle. A opinião d'este auctor, de a lei pessoal dos esposos ser determinada pelo seu domicilio, não sendo por isso necessario debaixo d'este ponto de vista que sigam a mesma nacionalidade, tambem nos parece inaceitavel, porque, como veremos no capitulo segundo, o estado e capacidade das pessoas são regidos pela lei do seu paiz (1). Em quanto á doutrina do § 2.º parece-nos que o unico argumento que se pode allegar em seu favor é—que os filhos menores não podem perder a sua nacionalidade de origem por um acto de vontade do pae.—Mas este argumento é inexacto: —1.º porque, sendo os paes os tutores e protectores naturaes de seus filhos menores, a lei não pode razoavelmente inhibil-os de declararem que querem que estes sigam a sua propria nacionalidade; e tanto assim é, que o codigo, não obstante considerar portuguezes os nascidos no reino, de pae estrangeiro (art. 18, n.º 2.º), os auctorisa a fazerem estas declarações; —2.º porque o Estado não tem interesse algum em declarar

(1) Estas nossas ideas não devem divergir muito das do sr. Ferrer, por isso que, escrevendo ácerca da doutrina do n.º 4.º do art. 24 do projecto, disse elle: «Approvo a doutrina d'este numero, apezar de ser nova, e não se encontrar na carta constitucional. É ella sancta e justa. A mulher deve segu'r a condição do marido, como já disse em outro lugar. Aparto-me da opinião do sr. Moraes Carvalho nesta parte.

portuguezes os nascidos no territorio nacional, de pae estrangeiro, que se retiraram com elle, ainda menores, para fóra do reino, e que não vieram depois de maiores estabelecer neste o seu domicilio; — 3.º porque, ainda que tivesse algum interesse nisso, a disposição da lei portugueza poderia ser annullada por uma disposição contraria da lei do paiz onde estivessem domiciliados; — 4.º porque da doutrina do codigo podem facilmente resultar conflictos entre as leis a que ficam sujeitos os paes e os filhos no que respeita aos seus direitos e obrigações reciprocas, conflictos que canvem evitar, sujeitando-os a uma só, todas as vezes que razões de interesse e ordem publica não se oppozerem a isto. Concluindo: parece-nos que o legislador portuguez teria feito melhor declarando nos §§ 1.º e 2.º do art. 22 do codigo civil: — 1.º que a naturalisação em paiz estrangeiro de portuguez casado com portugueza implica a perda da qualidade de cidadão portuguez para a mulher, podendo contudo recuperá-la, no caso de viuvez, vindo domiciliar-se no reino, e declarando que quer ser portugueza perante a camara municipal do logar que escolher para seu domicilio; — 2.º que a naturalisação de portuguez em paiz estrangeiro implica a perda da qualidade de cidadão portuguez em relação a seus filhos menores, havidos antes da naturalisação, podendo contudo estes recuperá-la depois

de maiores ou emancipados na conformidade da lei do seu paiz e da lei portugueza, vindo domiciliar-se no reino, e declarando que querem ser portuguezes perante a camara municipal do logar que escolherem para seu domicilio. A nossa opinião está de accordo com a de Foelix e de Zacarias (citado por Marcadé a p. 118), e com as disposições dos artt. 11, n.º 3 do codigo civil italiano, e 181 do *Précis d'un Code du Droit International*, já por vezes citado (1). A disposição do art. 23 é justa, por isso que confirma o principio da não retroactividade das leis.

(1) Veja-se Foelix, n.º 40, pp. 92 e 93. No *Précis* diz-se que só perderão a sua nacionalidade pela naturalisação do pae os menores que tiverem menos de quatorze annos. Esta restricção parece-nos arbitraria, e portanto rejeitamos-a.

RESULTADO

22 O estudo de legislação comparada, a que procedemos neste capitulo, mostra a grande desharmonia que ha entre as leis dos diversos povos ácerca da aquisição e perda do direito de cidade, e a conveniencia que haveria em as principaes nações da Europa adoptarem a este respeito certas regras communs, que dentro em pouco se tornariam universaes, graças ao seu prestigio e influencia. Em quanto não fizerem isto, este ramo importante da sciencia juridica continuará a ser regulado por principios mais ou menos arbitrarios, em virtude da difficuldade que as ideas largas e generosas dos grandes jurisconsultos modernos terão em triumphar das ideas mais estreitas e em parte obsoletas dos jurisconsultos antigos, profundamente enraizadas nas leis das diversas nações, e dos sentimentos egoistas que ainda hoje presidem muitas vezes á redacção d'estas, na parte relativa a assumptos internacionaes. Em todo o caso o seu triumpho é certo, porque a manifestação e victoria da verdade sobre o erro são uma lei providencial que as circumstancias podem retardar, mas nenhum poder humano impedir. As nossas ideas ácerca do merecimento e defeitos da legislação que dentro em pouco vai reger-nos, ficam expostas no corpo do capitulo, onde qualquer as poderá encontrar facil-

mente por meio do summario collocado na sua frente; e por isso não insistiremos aqui sobre ellas. Não podemos comtudo deixar de observar que as reflexões que fizemos sobre os diversos artigos do novo codigo civil portuguez, relativos a esta materia, foram unicamente inspiradas pelo desejo de responder á these que nos foi dada, e não de alardear conhecimentos que não temos, nem podemos ter, havendo sahido ainda hontem dos bancos da eschola. A liberdade com que procedemos na apreciação das doutrinas do referido codigo, não obstante a grande consideração em que temos o saber do seu illustre auctor e dos eminentes jurisconsultos e publicistas que trabalharam na sua revisão, é uma prova évidente do nosso desejo de acertar. Effectivamente, a subserviencia, que em todos os casos é indigna do homem de bem, seria neste um grave erro, considerada pelo lado da sciencia, porque esta só pode progredir e aperfeiçoar-se por meio d'uma grande independencia de opiniões e do concurso de todas as intelligencias.

23 A doutrina do codigo civil italiano sobre a aquisição e perda do direito de cidade é notavel pela clareza, e espirito liberal que a domina; razões por que julgamos fazer um bom serviço ás

peessoas que lerem este livro, e não tiverem aquelle codigo, transcrevendo-a neste logar.

4. È cittadino il figlio di padre cittadino.

5. Se il padre ha perduto la cittadinanza prima del nascimento del figlio, questi è riputato cittadino, ove sia nato nel regno e vi abbia la sua residenza.

Può nondimeno entro l'anno dalla età maggiore determinata secondo le leggi del regno, eleggere la qualità di straniero facendone la dichiarazione davanti l'uffiziale dello stato civile della sua residenza, o, se si trova in paese estero, davanti i regi agenti diplomatici o consolari.

6. Il figlio nato in paese estero da padre che ha perduto la cittadinanza prima del suo nascimento, è riputato straniero.

Egli può tuttavia eleggere la qualità di cittadino, purchè ne faccia la dichiarazione a norma dell'articolo precedente e fissi nel regno il suo domicilio entro l'anno della fatta dichiarazione.

Però, se egli ha accettato un impiego pubblico nel regno, oppure ha servito o serve nell'armata nazionale di terra o di mare, od ha altrimenti soddisfatto alla leva militare senza invocarne esenzione per la qualità di straniero, sarà senz'altro riputato cittadino.

7. Quando il padre sia ignoto, è cittadino il figlio nato da madre cittadina.

Ove la madre abbia perduto la cittadinanza prima del nascimento del figlio, si applicano a questo le disposizioni dei due articoli precedenti.

Se neppure la madre è conosciuta, è cittadino il figlio nato nel regno.

8. È riputato cittadino il figlio nato nel regno da straniero che vi abbia fissato il suo domicilio da dieci anni non interrotti: la residenza per causa di commercio non basta a determinare il domicilio.

Egli può tuttavia eleggere la qualità di straniero, purchè ne faccia dichiarazione nel tempo e modo stabilito dell'articolo 5.

Ove lo straniero non abbia fissato da dieci anni il suo domicilio nel regno, il figlio è riputato straniero, ma gli sono applicabili le disposizioni dei due capoversi dell'articolo 6.

9. La donna straniera che si marita a un cittadino acquista la cittadinanza e la conserva anche vedova.

10. La cittadinanza si acquista dallo straniero anche colla naturalità concessa per legge o per decreto reale.

Il decreto reale non produrrà effetto se non sarà registrato dall'uffiziale dello stato civile del luogo dove lo straniero intende fissare od ha fissato il suo domicilio, e se non sarà da lui prestato giuramento davanti lo stesso uffiziale di essere fedele al re e di osservare lo statuto e le leggi del regno.

La registrazione deve essere fatta sotto pena di decadenza entro sei mesi dalla data del decreto.

La moglie e i figli minori dello straniero che ha ottenuto la cittadinanza, divengono cittadini, semprechè abbiano anch'essi fissato la residenza nel regno: ma i figli possono scegliere la qualità di straniero, facendone dichiarazione a norma dell'articolo 5.

11. La cittadinanza si perde:

1. Da colui che vi rinunzia con dichiarazione davanti l'uffiziale dello stato civile del proprio domicilio, e trasferisce in paese estero la sua residenza;

2. Da colui che abbia ottenuto la cittadinanza in paese estero;

3. Da colui che, senza permissione del governo, abbia accettato un impiego da un governo estero, o sia entrato al servizio militare di potenza estera.

La moglie ed i figli minori di colui che ha perduto la cittadinanza, divengono stranieri, salvo che abbiano continuato a tenere la loro residenza nel regno.

Nondimeno possono riacquistare la cittadinanza nei casi e modi espressi nel capoverso dell'articolo 14, quanto alla moglie, e nei due capoversi dell'articolo 6, quanto ai figli.

12. La perdita della cittadinanza nei casi espressi nell'articolo precedente non esime dagli obblighi

del servizio militare, nè dalle pene inflitte a chi porti le armi contro la patria.

13. Il cittadino che ha perduto la cittadinanza per alcuno dei motivi espressi nell'articolo 11, la recupera, purchè:

1. Rientri nel regno con permissione speciale del governo;

2. Rinunzi alla cittadinanza straniera, all'impiego od al servizio militare accettati in paese estero;

3. Dichiarì davanti l'uffiziale dello stato civile di fissare, e fissi realmente entro l'anno il suo domicilio nel regno.

14. La donna cittadina che si marita a uno straniero, diviene straniera, semprechè col fatto del matrimonio acquisti la cittadinanza del marito.

Rimanendo vedova, recupera la cittadinanza se risieda nel regno o vi rientri, e dichiarì in ambidue i casi davanti l'uffiziale dello stato civile di volervi fissare il suo domicilio.

15. L'acquisto o il riacquisto della cittadinanza nei casi precedentemente espressi non ha effetto, se non dal giorno successivo a quello in cui furono adompiute le condizioni e formalità stabilite.

CAPÍTULO SEGUNDO

Do estado e capacidade das pessoas

74 Razão d'ordem, e indicação dos diversos systemas que regulam o estado e capacidade das pessoas sob o ponto de vista do direito internacional privado. **75** Refutação do systema que regula o estado e capacidade das pessoas pela lei do seu domicilio. **76** Refutação do systema que regula o estado geral das pessoas pela lei do seu domicilio ou pela lei do seu paiz, e a sua capacidade particular pela lei do logar da situação dos bens, ou pela do logar do contracto, ou pela do juiz que conhece do negocio. **77** Refutação do systema que regula o estado geral e particular das pessoas pela lei do seu paiz, e opinião do auctor a este respeito. **78** Opinião do auctor ácerca da lei que deve regular o estado e capacidade dos portuguezes residentes ou domiciliados no estrangeiro em relação aos contractos por elles ali celebrados que hão de produzir os seus effeitos em Portugal. **79** Casos em que o estado e capacidade das pessoas são regidos exclusivamente pelas leis do paiz onde os seus actos hão de produzir os seus effeitos. **80** Regras que se encontram nos codigos modernos sobre a determinação das leis que regulam o estado e capacidade das pessoas, e sua rapida apreciação. **81** Dictas que se encontram no codigo civil portuguez sobre este mesmo objecto, e alterações que conviria fazer nellas. **82** Resultado.

74 Examinados os requisitos necessarios para a aquisição e perda da qualidade de cidadão portuguez, segue-se agora examinarmos quaes são as leis que regulam o estado e capacidade (1) dos portu-

(1) «L'état est la position des citoyens dans la société, une qualité à laquelle la loi attache certains droits, et d'où résulte la capacité: l'état d'enfant légitime, d'enfant naturel reconnu, de majeur, etc. La capacité est le pouvoir de faire

guezes e dos estrangeiros, debaixo do ponto de vista do direito internacional privado, e as alterações que convirá fazer nos artt. 24 e 27 do codigo civil, que regulam esta materia. A este respeito, assim como sobre todos os mais, as opiniões dos antigos e modernos jurisconsultos, que têm escripto sobre a collisão das leis, divergem muito umas das outras; porque no entender de uns o estado e capacidade das pessoas são regidos pela lei do seu domicilio; no de outros pela lei do seu paiz; e no de outros o estado geral das pessoas (qualificações das pessoas em si) pela lei do seu domicilio ou pela lei do seu paiz (1), e a capacidade especial (effeitos das qua-

certaines actes: la capacité de se marier, de tester, etc. Ces lois s'appellent personnelles, parce qu'elles sont inhérentes à la personne, et la suivent partout.» Rogron, Commentario ao art. 3.º do codigo civil francez, edição de 1863.

(1) Dizemos pela lei do seu domicilio ou do seu paiz, porque, não obstante esta distincção ser principalmente adoptada pelos partidarios do primeiro systema, é certo que tambem a encontramos seguida por alguns do segundo, como seja Foelix, na opinião do qual (n.º 22) «Le statut personnel est une loi dont les dispositions affectent directement et uniquement l'état de la personne, c'est-à-dire l'universalité de sa condition, de sa capacité ou incapacité de procéder aux actes de la vie civile; une loi qui imprime à la personne une qualité générale, sans aucun rapport avec les choses, si ce n'est accessoirement et par une conséquence de l'état ou de la qualité de l'homme, objet principal du législateur.» Veja-se tambem o n.º 56 d'este mesmo escri-

lificações) pela lei do logar da situação dos bens, ou pela do logar onde intervêm os actos, ou pela do juiz que conhece do negocio.

75 O systema que regula o estado e capacidade das pessoas pela lei do seu domicilio conta em seu favor a auctoridade de muitos jurisconsultos antigos e modernos, entre os quaes figura o illustre Savigny (1). Confessamos que o grande respeito que nos inspiram as opiniões d'este eminente jurisconsulto nos fez hesitar muito antes de rejeitarmos este systema; todavia, pareceu-nos que não deviamos deixar de fazel-o pelas razões seguintes: a primeira deduz-se da propria denominação de leis pessoas por que são conhecidas as leis que regulam o estado e capacidade das pessoas; pois, desde o momento que todos os jurisconsultos concordam que estas leis acompanham as pessoas por toda a parte (2), é manifesto que o estado e capacidade que a lei de qualquer paiz imprime nos individuos que

ptor; e Pardessus, *Cours de Droit Commercial*, vol. 4.º, n.º 1483.

(1) *Traité de Droit Romain*, vol. 8.º, p. 133; Story, §§ 51 e 51 a; Demangeat, nota (a) ao n.º 29 de Foelix, p. 57; e o *Esboço do código civil brasileiro*, artt. 26 e 27. Em quanto aos jurisconsultos antigos veja-se Story nos logares citados.

(2) «Qualitas personam, sicut umbra sequitur» diz energeticamente um jurisconsulto antigo, citado por Story.

lhe estão sujeitos pelo nascimento ou naturalisação, não podem ser alterados pelo facto de irem domiciliar-se no estrangeiro. Se o foram, a denominação de leis pessoas seria inexacta, porque em vez de acompanharem, como geralmente se diz, as pessoas por toda a parte, mudariam estas de lei, e portanto de estado e capacidade, tantas vezes quantas mudassem de domicilio; donde resultaria não só uma grande confusão e incerteza para todos os direitos, mas tambem o absurdo de o maior de vinte e um annos pela lei do seu paiz ou do seu domicilio actual poder recahir na menoridade, indo domiciliar-se num paiz onde a maioridade fosse fixada aos vinte e cinco. Nesta parte não podemos até deixar de notar, embora o façamos com repugnancia, certa contradicção em Savigny, porque, tendo demonstrado por meio de excellentes argumentos que o direito de cidade, e não o do domicilio, é que determinava por direito romano o direito applicavel ás pessoas (1), sustenta depois a doutrina contraria, em

(1) «Je tiens pour incontestable que quand une personne avait le droit de cité et un domicile dans des villes différentes, le droit local qui devait la régir était déterminé par le droit de cité et non par le domicile. Voici les motifs qui militent en faveur de cette opinion. D'abord, si l'on compare le droit de cité au domicile qui dépendait d'une volonté arbitraire ou capricieuse, le droit de cité était un lien plus étroit et supérieur en soi. Secondement, il était le plus

relação ao direito moderno (1), sendo perfeitamente applicaveis a este as razões por elle adduzidas em relação áquelle. Nos conflictos entre os diversos direitos particulares, costumes ou estatutos locais, por que noutro tempo se regiam, e ainda hoje se regem, as diversas partes do territorio d'uma mesma nação, era indispensavel que o estado e capacidade das pessoas fossem regulados pela lei do seu domicilio, porque só assim se podiam determinar com exactidão os seus direitos e obrigações. Em relação porem aos conflictos entre as leis dos diversos Estados soberanos as cousas mudam de figura, porque não pode deixar de ter-se em consideração a qualidade que estas imprimem nos seus nacionaes, qualidade que os acompanha por toda a parte, em quanto não mudam de nacionalidade (2). A diffi-

ancien; car il remontait à l'époque de la naissance, et le domicile ailleurs existant ne pouvait être que le résultat d'un acte postérieur de volonté libre: l'on ne voit donc aucune raison de changer le droit territorial une fois établi pour la personne.» *Traité*, etc., p. 89.

(1) P. 133.

(2) A importancia da antiga theoria dos estatutos pode bem avaliar-se pelas seguintes palavras de Demolombe (*Cours de Code Napoléon*, vol. 1.º, n.º 339, p. 555 da edição de 1860): «Les questions de domicile étaient autrefois très-nombreuses et très-importantes, lorsque plus de trois cents coutumes, se partageant le territoire français, différaient entre elles sur les sujets les plus graves, sur l'épo-

culdade que ha em distinguir a residencia do domicilio, oppõe-se tambem a que adoptemos este systema, porque, differindo este d'aquella em ser acompanhado da intenção de residir, nem sempre será facil provar semelhante intenção, em consequencia de os factos externos donde pode induzir-se estarem muitas vezes em opposição com a vontade dos individuos (1). E assim, por exemplo, nada ha mais vulgar do que muitos portuguezes estabelecidos no estrangeiro, que lá casaram, adquiriram bens de raiz, e fundaram estabelecimentos importantes, terem o firme proposito de voltarem para o seu paiz

que de la majorité, sur les régimes matrimoniaux, sur la faculté de disposer à titre gratuit, sur la dévolution des biens ab intestat, etc., lorsque dès lors la solution de ces questions capitales, relatives au fond même, à l'existence même du droit des parties, pouvait être si différente, suivant que la personne était domiciliée dans le ressort de telle ou telle autre coutume; et voilà bien ce qui avait fait, dans l'ancien droit, la grande importance de la théorie des statuts réels, et personnels.» Veja-se tambem Massé, *Le Droit Commercial*, etc., vol. 1.º, n.º 540, p. 438.

(1) O codigo civil francez pretendeu evitar esta difficuldade definindo (art. 102) domicilio o lugar onde qualquer tem o seu principal estabelecimento, no que não adiantou nada, porque isto mesmo se achava já declarado na bella definição de domicilio dada pela L. 7, C. de *incolis*. Quanto ás características que podem servir para distinguir o domicilio da residencia, veja-se Demolombe, vol. 1.º, n.º 344 e seguintes; e tambem Story, § 39 e seguintes.

natal, logo que as circumstancias lh'o permittam. Isto mesmo reconhecem os artt. 17 do codigo civil francez, e 8.º do codigo civil italiano, quando dispõem que a residencia do estrangeiro por causa de commercio não basta para determinar o domicilio: convindo ainda notar que, segundo Demolombe e a jurisprudencia ultimamente adoptada pelos tribunaes inglezes, o domicilio nacional só se perde por meio d'uma mudança expressa e definitiva de nacionalidade (1). A circumstancia de

(1) Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, vol. 1.º n.º 349, p. 573: «...l'établissement du Français en pays étranger, tant qu'il ne s'y fait pas naturaliser, ne présente pas ces caractères de durée, de fixité, qui constituent le domicile; le Français est toujours présumé conserver l'esprit de retour, et n'être dès lors que plus ou moins temporairement en pays étranger.»

Quanto ás decisões dos tribunaes inglezes lê-se em Story, § 49 b: «The result of the more recent English cases seems to be that to a change of national domicil, there must be a definite and effectual change of nationality. In the language of Lord Kingsdown in the latest case where the subject is discusst in the House of Lords «a man must intend to become a Frenchman instead of an Englishman.»It is obvious, therefore, that to a change of national domicil, there must occur an absolute and definitely fixed determination to abandon one nationality and acquire another. So long as there exists ever so indefinite a purpose or desire to return ultimately to the former domicil, —in the language of Goldsmith's Traveller «here to return

o homem poder ter ao mesmo tempo dous ou mais domicilios, ou não ter nenhum, tambem se oppõe a que adoptemos este systema (1). E assim, por exemplo, em relação á primeira d'estas hypotheses, qual é a lei que deve regular o estado e capacidade do portuguez que vive alternadamente em Lisboa, Madrid e Paris, onde tem estabelecimentos commerciaes? Estará elle sujeito ao mesmo tempo á lei portugueza, hespanhola e franceza, ou só a uma d'ellas? Suppol-o sujeito ao mesmo tempo a estas tres leis, parece-nos impossivel, não só por causa da contradicção que d'ahi pode re-

and die at home, at last»—there can occur no effectual change of national domicil, so that all the controversy upon the point of change of national domicil must ultimately come to Lord Kingsdown's rule; the party must intend to put off one nationality, and put on another.»

(1) Em geral os juriconsultos francezes entendem que ninguem pode ter mais d'um domicilio, em razão de o art. 102 do codigo civil francez definir domicilio o lugar onde qualquer tem o seu principal estabelecimento; e reciprocamente que ninguem pode deixar de o ter, porque conserva em todo o caso o de origem, que lhe provem do nascimento. O codigo civil portuguez legisla a este respeito nos artt. 43 e 45. No entretanto quem quizer profundar a questão veja Foelix, n.º 63, bem como a nota (a) de Demangeat a este logar, p. 121; Marcadé, commentario ao art. 103 do codigo civil francez; e sobre tudo Demolombe, vol. 1.º, n.ºs 347 e 348, pp. 563 e seguintes.

sultar de o mesmo individuo ser ao mesmo tempo maior e menor; habil e inhabil para praticar os mesmos actos da vida civil (1), mas tambem porque neste caso as pessoas que tivessem contractado com elle poderiam invocar em seu favor a lei que fosse mais favoravel ás suas pretensões, de cujo arbitrio lhe poderia resultar grande prejuizo. Suppol-o sujeito a uma só lei tambem não é facil, porque, desde o momento que se admittir que o estado e capacidade das pessoas são regidos pela lei do seu domicilio, não ha razão plausivel para que esteja sujeito á lei portugueza de preferencia á hespanhola, ou á hespanhola de preferencia á franceza. Em quanto á hypothese de o individuo não ter domicilio, ou porque nunca o constituiu, ou porque, havendo-o constituido, o perdeu, é evidente que este systema tambem não satisfaz, porque neste caso seria necessario regular o seu estado e capacidade, ou pela lei

(1) Esta objecção encontra-se muito bem formulada, ainda que debaixo d'um ponto de vista alguma cousa diverso, no seguinte texto de Rodenburg, transcripto em quasi todos os auctores que tractam d'esta materia. «Cum enim ab uno certoque loco statum hominis legem accipere necesse esset, quod absurdum, earumque rerum naturaliter inter se pugna foret, ut in quot loca quis iter faciens, aut navigans, delatus fuerit, totidem ille statum mutaret aut conditionem; ut uno eodemque tempore hic sui juris, illic alieni futurus sit; uxor simul in potestate viri, et extra eadem sit; alio loco habeatur quis prodigus, alio frugi.»

do paiz do seu nascimento, ou pela lei do logar do contracto, ou pela lei do logar onde fosse encontrado. Finalmente, este systema parece-nos tambem inadmissivel por causa das fraudes a que se presta, mórmente nos paizes regidos por diversos direitos particulares, pois, admittido elle, será facil a qualquer illudir as leis a que estiver sujeito, indo domiciliar-se temporariamente num logar, cujas leis lhe permittam praticar os actos que aquellas lhe prohibem. Em quanto a vantagens, não sabemos que se possa allegar em favor d'elle senão que as pessoas que contractam com estrangeiros no logar do seu domicilio podem facilmente saber se são ou não habeis para fazel-o; mas esta vantagem é bem pequena, se attendermos a que a maior parte das vezes será impossivel aos que contractarem com elles fóra d'este logar saber o que as leis do mesmo dispõem ácerca do seu estado e capacidade. Demangeat (1), um dos modernos jurisconsultos francezes que seguem este systema, diz que a doutrina do art. 3.º do codigo civil francez não se lhe oppõe, em consequencia de suppor um francez *residente*, e não *domiciliado* no estrangeiro. Mas esta opinião é inexacta, porque a palavra *residente*, empregada por aquelle codigo, deve tomar-se numa accepção lata, que comprehenda tambem o domicilio, ac-

(1) Nota (a) ao n.º 40 de Foelix, pp. 93 e 94.

cepção em que muitas vezes se emprega na linguagem vulgar e juridica. As palavras de Portalis, relator do titulo primeiro do codigo civil francez, abaixo transcriptas (1), não deixam duvida de que é neste sentido lato que deve entender-se a palavra referida, e é effectivamente assim que a entendem Marcadé e outros (2). Em quanto a nós, é tambem neste sentido que deve entender-se a palavra *residem*, empregada pelo art. 24 do codigo

(1) «S'agit-il des lois ordinaires? On a toujours distingué celles qui sont relatives à l'état e à la capacité des personnes, d'avec celles qui règlent la disposition des biens. Les premières sont appelées *personnelles*, et les secondes *réelles*. Les lois personnelles suivent la personne partout. Ainsi la loi française, avec des yeux de mère, suit les Français jusque dans les régions les plus éloignées; elle les suit jusqu'aux extrémités du globe... il suffit d'être Français pour être régi par la loi française, dans tout ce qui concerne l'état de la personne... Les différents peuples, depuis les progrès du commerce et de la civilisation, ont plus de rapport entre eux qu'ils n'en avaient autrefois. L'histoire du commerce est l'histoire de la communication des hommes. Il est donc plus important qu'il ne l'a jamais été, de fixer la maxime que, dans tout ce qui regarde l'état et la capacité de la personne, le Français, quelque part qu'il soit, continue d'être régi par la loi française.» *Motifs, Rapports et Opinions*, etc., pp. 28 e 29.

(2) Marcadé, commentario ao art. 3.º do codigo civil francez, vol. 1.º, p. 55; Savigny, pp. 145 e 146; e Massé, n.º 540.

civil portuguez. Note-se que Foelix emprega como synonymas as expressões — logar do seu domicilio, e territorio da sua nação ou patria — signal evidente de que, segundo elle, o individuo que deixa o seu paiz, não perde o seu domicilio de origem, em quanto não muda de nacionalidade (1). O mesmo Savigny parece tambem empregar algumas vezes a palavra domicilio como synonymo de nacionalidade (2).

¶ O systema que regula o estado geral das pessoas (qualificações das pessoas em si) pela lei do seu domicilio ou do seu paiz, e a capacidade particular (effeitos das qualificações), pela lei do logar da situação dos bens, ou pela do logar onde intervêm os actos,* ou pela do juiz que conhece do negocio, é tambem inadmissivel: A refutação d'este systema, feita por Savigny, nada deixa a desejar, motivo porque lhe daremos a palavra, limitando-nos a dizer que as razões por elle apresentadas são applicaveis tanto á theoria que regula o estado e

(1) Foelix, n.º 28, no fim. Vê-se d'este logar, que a doutrina de Foelix combina com a jurisprudencia ultimamente adoptada pelos tribunaes inglezes (nota (1) a p. 158), de que o domicilio nacional se conserva em quanto se não muda de nacionalidade. Veja-se em sentido contrario Demangeat, nota (a) ao n.º 28 de Foelix, p. 57.

(2) *Traité*, etc., p. 151: «Pour le sujet prussien la capacité d'agir se juge d'après le droit prussien, le droit de son domicile, quel que soit le lieu du contrat, la Prusse ou un autre pays.»

capacidade das pessoas pela lei do seu domicilio, a que especialmente se refere, como á que os regula pela lei do seu paiz (1). Eis aqui como se exprime o grande jurisconsulto prussiano (2): «Não devemos porem exaggerar o valor d'este assentimento geral (ao principio de que o estado e capacidade das pessoas são regidos pela lei do seu domicilio), porque é em grande parte apparente. Com effeito, propoz-se noutro tempo uma distincção que tem sido reproduzida e sustentada recentemente com muito calor (3). É preciso distinguir, dizem, as qualificações juridicas da pessoa em si e os effeitos juridicos d'estas qualificações, i. é, os direitos e incapacidades que resultam d'ellas para a pessoa. As qualificações propriamente dictas julgam-se segundo o direito local do domicilio, os effeitos juridicos d'estas qualificações julgam-se, não segundo o direito do domicilio, mas segundo um outro direito local; veremos mais tarde qual é este direito. Assim pois os partidarios d'esta distincção não acceitam senão para as qualificações a doutrina geralmente adoptada, e o direito consuetudinario que lhe é inherente. O sentido d'esta distincção sobresáe com evidencia das

(1) Veja-se a nota (1) a p. 153.

(2) *Traité de Droit Romain*, vol. 8.º, pp. 133—139.

(3) Hert, § 5, 8, 11, 22; Meier, p. 14; Mittermaier, *Deutsches Recht*, § 30, p. 118, 7.º éd.; mais surtout Wächter, II, pp. 163, 175—184. Nota de Savigny a p. 134.

aplicações seguintes. Entre as qualificações comprehendem-se o estado de pupillo, de impubere, de menor, de prodigo, de mulher, de esposos, de filhos legitimos ou naturaes, etc. A questão que se suscitara sobre a menoridade d'um individuo, i. é, sobre o termo da menoridade, julga-se segundo o direito do domicilio. Pelo contrario, os direitos e incapacidades do menor entram nos effeitos juridicos do seu estado, e, segundo os partidarios d'esta distincção, não se julgam segundo o direito do domicilio. Em todos os tempos um grande numero de auctores, não admittindo a distincção entre as qualificações e as suas consequencias juridicas, ensinaram que umas e outras se julgam segundo o direito determinado pelo domicilio da pessoa (1). Junto-me a elles para rejeitar absolutamente a distincção proposta; considero-a como arbitraria e inconsequente, e não correspondendo a cousa alguma real. Quando se examina com attenção a natureza das cousas, eis aqui a que se reduzem todas as distincções: muitos estados da pessoa são designados por um nome es-

(1) *Argentraeus*, n. 47, 48, 49; *Rodenburg*, t. I, c. III, § 4—10; *Boullenois*, t. I, p. 145—198; *Huber*, § 12; *Foelix*, p. 126 (application aux femmes mariées et à la tutelle du sexe). Beaucoup d'autres partisans de cette opinion sont cités dans *Wächter*, II, p. 167. Nota de Savigny, p. 135. Veja-se neste mesmo sentido o logar de *Story*, transcripto em a nota (1) a p. 170.

pecial, outros não. Uma circumstancia tão accidental e tão indifferente não poderia motivar a applicação de direitos locaes diversos. Chamamos maior o que possui a plenitude da capacidade civil conferida pela idade; é isto pois um nome dado a certas consequencias juridicas, contrastando com as incapacidades anteriores da menoridade. Da mesma sorte chamamos menor o que não possui ainda a capacidade civil completa; é um nome que exprime a negação da capacidade completa. Ora, se uma lei estabelece differentes gráus de capacidade para os menores, sem dar a estes gráus nomes especiaes, não ha certamente motivo para não julgar estes diversos gráus de capacidade segundo o direito do domicilio, da mesma sorte que a aquisição da capacidade completa. O exemplo seguinte tornará esta verdade bem clara. Os partidarios da distincção admittem que um francez da idade de vinte e um annos é maior e completamente capaz de contractar na Prussia, onde a maioridade não começa senão aos vinte e quatro annos, e nos Estados regidos pelo direito romano, onde não começa senão aos vinte e cinco annos, porque o art. 488 do codigo francez lhe confere o titulo de maior, e é isto uma qualificação em si, que se julga segundo o direito do domicilio. Mas o mesmo codigo concede aos menores de quinze annos, de dezaseis annos, e dezoito annos, certas capacidades restrictas, sem designar por no-

mes particulares estas differentes classes de individuos (1). Segundo os nossos adversarios, não são isto qualificações em si, mas effeitos juridicos, restricções impostas á pessoa, e ás quaes não se applica o direito do domicilio. Eis aqui um outro exemplo do mesmo genero. Segundo as leis de muitos paizes, as mulheres têm, em razão do seu sexo, um tutor que deve coadjuval-as nos seus actos juridicos; segundo outras leis, as mulheres casadas têm necessidade para contractar da auctorisação de seu marido. Supponhamos agora um acto juridico feito por uma mulher em paiz estrangeiro: resultaria da doutrina dos nossos adversarios, que deveria julgar-se unicamente segundo o direito do domicilio a qualificação da pessoa em si, i. é, se é uma mulher por opposição a um homem, ou uma mulher casada por opposição a uma mulher solteira, ou a uma viuva. Mas a necessidade da coadjuvação do tutor, a auctorisação do marido não deveriam julgar-se segundo o direito do domicilio, porque são effeitos juridicos, restricções impostas á pessoa (2). Vejamos agora

(1) Code civil, art. 903, 904, 977, 978. Nota de Savigny, a p. 136.

(2) C'est ainsi effectivement que l'entend Wächter, II, p. 180; et par là il se trouve amené directement à appliquer aux actes des femmes prussiennes en pays étrangers des règles de collision tout autres que celles appliquées en

qual é o direito local, differente do direito do domicilio, que applicam os partidarios da distincção, quando se tracta de apreciar os effeitos juridicos das qualificações pessoas. Eis aqui as diversas opiniões emittidas sobre este ponto. Antigamente tentou-se applicar aqui os estatutos reaes, quando se tractava de bens immoveis, de sorte que uma pessoa podia ter para os seus bens situados fóra do seu paiz uma capacidade civil inteiramente diversa da que tinha para o resto de seus bens. Esta opinião encontrou poucos partidarios na Allemanha (1). Outros enfendem que os effeitos das qualificações pessoas devem julgar-se segundo o direito do lugar onde intervem o acto juridico (2). Motivos particulares devem fazer rejeitar esta opinião independentemente dos que já dei para a combater em geral (45). Se aquelle que faz um contracto fóra do seu paiz tivesse uma capacidade civil maior no lugar do seu domicilio do que no lugar do contracto, não pode d'aqui inferir-se que quiz sujeitar-se a um direito local que não admitte a validade do contra-

Prusse aux actes des femmes étrangères. Nota de Savigny, a p. 137.

(1) Wächter, II, 163—164. Nota de Savigny, a p. 138.

(2) Meier, p. 14. L'opinion contraire est soutenue par Mittermaier, Deutsches Recht, § 31, p. 120. Nota de Savigny, a p. 138.

cto. Se, pelo contrario, o mesmo individuo tivesse uma capacidade civil menor no lugar do seu domicilio, do que no lugar do contracto, de sorte que não podesse contractar validamente no seu domicilio, a lei que prohibe este contracto não poderia sem inconsequencia permittir-o por meio de uma pequena viagem; e deve prohibir tanto a submissão a um direito estrangeiro como o proprio contracto, sem que para justificar esta interdicção haja necessidade de fazer intervir a intenção de illudir a lei (*in fraudem legis*). O ultimo auctor que sustentou a doutrina da distincção pretende pelo contrario que os effeitos juridicos das qualificações pessoas devem julgar-se segundo o direito local do juiz chamado a pronunciar sobre cada caso particular (nota 3 a p. 164). A esta opinião opponho em primeiro lugar os argumentos que produzi contra a distincção entre as qualificações pessoas e os seus effeitos, depois os motivos geraes que impedem de se admittir como regra absoluta o direito local do juiz chamado a pronunciar (44); e lembrarei por fim quanto seria dura e tyrannica a applicação d'esta doutrina nos paizes onde o *landsassiat* (1)

(1) O *landsassiat* é uma instituição de origem feudal, que ainda hoje existe em alguns paizes da Allemanha, segundo a qual os estrangeiros que possuem qualquer propriedade no territorio d'esses paizes são considerados como

tem toda a sua extensão. D'este modo, quem possuisse o menor immovel num d'esses paizes poderia pela vontade do seu adversario ver-se sujeito para o julgamento dos effeitos das suas qualificações pessoaes a um direito que lhe é completamente estranho. Penso, pois, que, quando se tracta das qualificações pessoaes, cada um deve ser julgado segundo o direito do seu domicilio, qualquer que seja o tribunal chamado a pronunciar, e qualquer que seja o objecto do litigio, a qualificação pessoal, ou os seus effeitos juridicos (1).»

subditos, e sujeitos pessoalmente ás suas leis e tribunaes. Veja-se Foelix, n.º 58; e tambem Savigny, p. 129, nota *.

(1) Story tambem não admitte a distincção entre as qualificações e os seus effeitos, pois diz elle no § 51: «All laws, which have for their principal object the regulation of the capacity, state, and condition of persons, have been treated by foreign jurists generally as personal laws. They are by them divided into two sorts; those which are universal, and those which are special. The former regulate universally, the capacity, state, and condition of persons, such as their minority, majority, emancipation, and power of administration of their own affairs. The latter create an ability or a disability to do certain acts, leaving the party in all other respects with his general capacity or incapacity. But, wether laws purely personal belong to the one class or to the other, they are for the most part held by foreign jurists to be of absolute obligation everywhere, when they have once attached upon the person by the law of his domicil.»

77 O systema que regula o estado e capacidade geral e particular das pessoas (qualificações e seus effeitos) pela lei do seu paiz encontra-se adoptado por grande numero de jurisconsultos e codigos modernos (1). Em quanto a nós este systema é pre-

(1) Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, vol. 1.º, n.ºs 76, 97 e seguintes; Marcadé, *Explication Théorique et Pratique du Code Napoléon*, vol. 1.º, pp. 54 e 55; Portalis, citado em a nota (1) a p. 162; *Précis d'un Code du Droit International*, § 177; J. L. Klüber, *Droit des Gens*, § 55; Heffter, *Le Droit International Public de l'Europe*, § 38; Gomez de la Serna, *Elementos del Derecho Civil y Penal de España*, vol. 1.º, n.º 36, p. 275; sr. M. A. C. da Rocha, *Instituições de Direito Civil Portuguez*, §§ 31 e 201; e *Gazeta dos Tribunaes*, n.º 24. Os logares citados de Heffter, Gomez de la Serna, e da *Gazeta dos Tribunaes* parecem-nos dignos de ler-se, razão por que os transcrevemos.

Diz o primeiro: «Tout ce qui concerne l'état civil des personnes, leur capacité de contracter, de faire tels ou tels actes, de tester, de succéder, est compris sous la dénomination de statut personnel (*statutum personale*) et régi par les lois de la nation à laquelle elles appartiennent. Ce ne sont pas seulement les lois civiles de leur nation qui les régissent, même pendant leur séjour à l'étranger: elles continuent aussi à être soumises à sa juridiction contentieuse et volontaire (*jurisdictio voluntaria mixta*). Ainsi, pour parvenir à la nomination d'un tuteur, d'un conseil judiciaire, etc., il faut avoir recours aux tribunaux du domicile d'origine. Les lois d'origine suivent la personne partout où elle se trouve. Le séjour plus ou moins prolongé en

ferível aos precedentes, já porque está mais em harmonia com a noção das leis pessoaes (25); já porque os vínculos que prendem o homem ao seu paiz

pays étranger ne fait pas cesser les effets des lois personnelles, qui continuent à régir la capacité civile, tant qu'un changement de nationalité n'est pas survenu. On est allé jusqu'à soutenir qu'un changement de nationalité ne peut pas modifier l'état civil d'une personne, par exemple l'époque de sa majorité. C'est aller évidemment trop loin, bien que certains traités, notamment celui conclu entre la Prusse et la Saxe, contiennent une disposition formelle à ce sujet.»

Pelo que respeita a Gomez de la Serna, diz elle: «El estatuto personal es la ley que se refiere directa y exclusivamente al estado civil de la persona, y por lo tanto á su condicion y á su capacidad para los actos de la vida civil. El estatuto personal sigue al hombre donde quiera que esté, y le sujeta á la ley del pais á que pertenece. Con arreglo á ella se decide si uno es nacional ó extranjero, si está en el ejercicio de sus derechos civiles, si puede adquirir domicilio y cambiarlo, si es padre ó hijo de familia, si es legítimo ó ilegítimo, mayor ó menor de edad: se determinan la estension, derechos y deberes de la autoridad paterna, la legitimacion, la adopción y la emancipación; la constitucion, naturaleza, facultades y responsabilidad de los guardadores de los menores é incapacitados, el llamamiento de los que han de desempeñar estas funciones, la capacidad para contraer matrimonio, la validez intrínseca de este acto, sus efectos civiles respecto á la autoridad marital, tanto en lo que concierne á las personas como á los bienes de cada uno de los cónyuges y de los de la sociedad conyugal, la disolucion del matrimonio, ó la separa-

são mais antigos e duradouros do que os vínculos que o prendem ao seu domicilio; já porque, finalmente, seria não só contradictorio, se não ainda

cion de los casados respecto al tálamo y habitacion, la capacidad de obligarse y de obligar á otros, la de disponer de los bienes muebles, la de comparecer en juicio, la de testar y adquirir por testamento, y la de transmitir y adquirir por sucesion intestada. En todas estas materias, el extranjero que está en los dominios españoles sigue sujeto á la ley del pais á que pertenece, como lo está á las de su patria el español que reside en el extranjero ó se halla allí accidental ó transitoriamente, mientras conserva su nacionalidad.»

Em quanto á Gazeta dos Tribunaes citada, lê-se ahi em resposta a uma consulta feita á Associação dos Advogados de Lisboa: «...as leis respectivas ao estado e capacidade pessoal acompanham os subditos portuguezes a qualquer paiz onde quer que elles se achem; em quanto elles não perderem esta qualidade pela desnaturalisação, não poderão fraudar a lei do seu paiz para menoscarbar direitos legítimos, adquiridos por terceiros em Portugal..... Taes são as razões que têm os abaixo assignados para sustentar que a Ord. liv. 4.º, tit. 48 é uma lei pessoal, e por consequencia que ella acompanha o subdito portuguez por onde quer que vá: e pela reciprocidade que deve existir entre os tribunaes de todas as nações illustradas do mundo, assim o deveriam julgar os tribunaes estrangeiros, na certeza de que em casos identicos os nossos tribunaes saberiam respeitar a lei do domicilio matrimonial.»

Finalmente, pelo que respeita ás disposições dos codigos modernos, veja-se o n.º 80.

muito inconveniente, que os individuos mudassem de estado e capacidade tantas vezes quantas mudassem de domicilio (1). Entretanto parece-nos que este systema não pode ser adoptado d'uma maneira absoluta, porque, com quanto estejamos convencidos da necessidade da applicação das leis estrangeiras, não podemos tambem deixar de reconhecer que será muitas vezes extremamente difficil, para não dizermos materialmente impossivel, aos que contractarem com estrangeiros, saber o que os juriconsultos mais habeis poucas vezes poderão dizer-lhes, i. é, os seus differentes gráus de capacidade, para contractarem validamente, segundo as leis do seu paiz. Esta grave difficuldade, que é tambem inherente, como vimos (§ 5) e reconhece expressamente Savigny (2), ao systema que regula o estado e capacidade das pessoas pela lei do seu domicilio, não podia deixar de ser tomada em consideração pelos legisladores e juriconsultos; e, com effeito, no intuito de remedial-a estabeleceu o § 6.º do codigo do processo civil da Prussia que todo o individuo, qualquer que seja a nação a que pertença, se reputa maior, e portanto habil para praticar os diversos actos da vida civil, logo que tenha vinte e cinco annos, o que, seja dicto de passagem,

(1) Veja-se a nota (1) a p. 160.

(2) *Traité*, etc., p. 140.

não é mais do que uma especie de advertencia feita aos que contractarem com estrangeiros, de que poderão ver repellida a sua pretensão pelos tribunaes, por meio da excepção de incapacidade, no caso de não verificarem se elles têm aquella idade, a mais elevada que as legislações modernas estabelecem para a maioridade (1). Todavia esta disposição está longe de obviar aos inconvenientes referidos, porque, quando muito, apenas os remediará na parte relativa á capacidade geral ou ás qualificações das pessoas, ficando subsistindo todos os que são inherentes ás capacidades particulares ou effeitos d'essas qualificações, que são os mais importantes. Ora, foi certamente com o fim de remediar estes ultimos que o § 35 da introdução do codigo civil prussiano estabeleceu que a capacidade do estrangeiro, que contractar na Prussia sobre objectos ali existentes, é regulada pela lei que for mais favoravel á validade da convenção (2), e que a lei allemã sobre as letras de cambio de 27 de novembro de 1848, ao passo que estabelece que a capacidade dos estrangeiros é regulada pela lei do seu domicilio, accrescenta que todo o individuo que intervem no estrangeiro numa letra de cambio se reputa capaz de obrigar-se, se a lei d'esse paiz o

(1) Veja-se Foelix, n.º 32, p. 71, e n.º 88 pp. 185 e 186; e Massé n.º 544.

(2) Foelix, n.º 32 p. 71; e Savigny, p. 143 nota (d).

reconhece como tal (1). A doutrina do § 35 do código civil prussiano é razoavel, e podia na opinião de Savigny (2) ser adoptada pelos codigos de todas as nações, sem prejuizo d'esta communhão de direito tão desejavel, que tende a estabelecer-se entre ellas para o julgamento dos casos de collisão. Demolombe (3) e Vallete (4), dous dos mais distinctos jurisconsultos francezes modernos, seguem uma doutrina identica á do código civil prussiano, porque, não obstante reconhecerem que a capacidade das pessoas é regida *em regra* pela lei do seu paiz, entendem que a dos estrangeiros, que contractarem em França, deve ser regulada pela lei franceza, quando da applicação das leis estrangeiras, a que estiverem sujeitos, resultar prejuizo para um interesse francez publico ou particular. Esta opinião é fortemente combatida por Foelix (5), com o fundamento de que, sendo o estado e capacidade das pessoas regidos pela lei do seu paiz, o estado e capacidade dos estrangeiros que contractarem em França devem ser regidos pela lei da nação a que pertencerem; cumprindo por tanto aos francezes que contractarem com elles informar-se ácerca da sua ca-

(1) Savigny, p. 150.

(2) *Traité*, etc., p. 143.

(3) Vol. 1.º, n.º 98 no fim.

(4) Citado por Foelix, n.º 88, p. 182.

(5) N.º 88, pp. 180 e seguintes.

pacidade, ou sujeitar-se, não o fazendo, ás consequências da sua negligencia, a qual não pode crear um titulo em seu favor. A doutrina de Foelix difere contudo menos do que parece da dos seus illustres adversarios, porque, seguindo elle a opinião de que o estatuto pessoal rege unicamente a capacidade geral das pessoas (1), segue-se que as capacidades particulares, que são as mais numerosas e difficeis de conhecer, são regidas pela lei do logar do contracto, ou pela do paiz onde este tiver de produzir os seus effeitos. Em todo o caso, a doutrina d'este jurisconsulto é inaceitavel, não só porque o interesse geral das nações não permite que os seus naturaes deixem de contractar com os estrangeiros pelo facto de não saberem o que as leis d'estes dispõem ácerca do seu estado e capacidade, mas tambem porque seria injusto e contradictorio que a lei portugueza, por exemplo, não reconhecesse a validade dos actos praticados por pessoas habeis para contractar segundo as leis d'um outro paiz onde celebrassem esses actos, ou segundo a propria lei portugueza, havendo esses actos de produzir os seus effeitos em Portugal. E nestes termos, não obstante reconhecermos a bondade relativa da doutrina do § 35 da introdução do código civil prussiano, e sermos tambem partidarios, *em*

(1) Veja-se a nota (1), a p. 153.

regra, do systema que regula o estado e capacidade das pessoas pela lei do seu paiz: entendemos, de accordo com a lei allemã sobre as letras de cambio de 27 de novembro de 1848 acima citada, que a lei portugueza devia dispor — que a capacidade dos estrangeiros, pertencentes á mesma ou a diversas nações, que celebrassem entre si ou com portuguezes quaesquer contractos, fóra ou dentro de Portugal, que houvessem de produzir os seus effeitos no territorio portuguez, seria regulada pela lei d'esses estrangeiros, ou pela lei do logar d'esses contractos, ou pela lei portugueza, segundo a que fosse mais favoravel á sua validade, salvo nos casos em que por motivos de interesse e ordem publica o devesse ser exclusivamente pela lei portugueza, nos termos do numero 79.

78 Pelo que respeita aos portuguezes, que celebrarem no estrangeiro quaesquer contractos, que hajam de produzir os seus effeitos em Portugal, parece-nos que o legislador portuguez teria tambem dado um grande exemplo de imparcialidade e de justiça, dispondo que o seu estado e capacidade seriam regidos pela lei do logar da celebração d'esses contractos ou pela lei portugueza, segundo a que fosse mais favoravel á sua validade, não só porque os estrangeiros que contractarem com elles podem encontrar grande difficuldade em saber o que a lei portugueza dispõe ácerca do seu estado e ca-

pacidade, mas tambem porque d'este modo se facilitariam as transacções e a communhão de direito entre os povos (1). Dizemos mais: a capacidade dos portuguezes, residentes ou domiciliados no estrangeiro, que ahi celebrassem entre si quaesquer contractos, que houvessem de produzir os seus effeitos em Portugal, devia tambem ser regida pela lei do logar da celebração d'esses contractos, ou pela lei portugueza, segundo a que fosse mais favoravel á sua validade (2). Effectivamente a ficção, em vir-

(1) A antiga lei prussiana sobre as letras de cambio era expressa a este respeito; porque, segundo ella, a capacidade do prussiano que intervinha no estrangeiro numa letra de cambio era regida pela lei do logar do contracto — regra que na opinião de Savigny poderia applicar-se a todas as outras relações juridicas, sem fazer violencia aos principios. Veja-se o mesmo Savigny, pp. 153—155.

(2) Apartamo-nos nesta parte da doutrina da lei prussiana sobre as letras de cambio, citada em a nota precedente, segundo a qual a capacidade dos prussianos que intervinham entre si no estrangeiro numa letra de cambio era regida pela lei prussiana: regra que Savigny pretende justificar, dizendo que de outro modo bastaria aos prussianos passar a fronteira para escaparem ás restricções que o direito prussiano estabelecia ácerca do contracto de cambio. Em quanto a nós, o abuso que se pode fazer de qualquer regra juridica não auctorisa a sua supressão; o que cumpre é distinguir entre o uso e o abuso. As difficuldades a que podem dar logar as distincções que fizemos no texto nada provam contra ellas, porque a sciencia do direito

tude da qual se suppõe que todos sabem as leis a que estão sujeitos, não pode aqui ter logar, já porque os portuguezes domiciliados no estrangeiro (muitos dos quaes foram para lá sendo ainda menores) terão muitas vezes grande difficuldade em obter o texto d'essas leis, já porque a intelligencia d'ellas não é cousa tão facil que esteja ao alcance de qualquer. Cumpre todavia notar que esta concessão liberal da lei portugueza em favor da communhão de direito não devia por forma alguma auctorisar a fraude, e que nestes termos todas as convenções que os cidadãos portuguezes fossem celebrar no estrangeiro, com o fim de illudirem as prescripções da lei do seu paiz, deviam ser nullas, e destituidas de quaesquer effeitos em Portugal.

39 As regras que apresentámos nos dous numeros precedentes sobre o estado e capacidade das pessoas não podem comtudo deixar de soffrer algumas restricções, fundadas em motivos de interesse e ordem publica. Os exemplos seguintes, extrahidos de Savigny (1), que não são mais do que applicações da doutrina dos numeros 38 e 39, mostram os casos em que os juizes devem applicar á capacidade das pessoas as leis da sua nação.

consiste em mais alguma cousa do que na applicação material e inintelligente das regras jurídicas.

(1) *Traité*, etc., pp. 159—162. Veja-se tambem Story, §§ 91 e 92; e Foelix, n.º 15.

I Nos paizes onde se admitta a polygamia o homem casado pode contractar muitos casamentos subsequentes; mas o juiz d'um Estado christão recusa a similhantes actos a protecção da lei, e applica a esta especie de capacidade não o direito do domicilio (1) da pessoa, mas o do seu proprio paiz.

II Se um individuo, privado na sua patria da capacidade juridica como heretico, acquire direitos ou pratica actos juridicos num paiz, que repelle como immoral esta especie de incapacidade, ou tem como religião a doutrina qualificada noutra parte de heresia, o juiz d'este paiz deve applicar o seu direito nacional, e não o do domicilio do individuo (2).

III Quando as leis d'um paiz restringem a capacidade de adquirir dos estabelecimentos ecclesiasticos (bens de mão morta), os estabelecimentos ecclesiasticos dos paizes estrangeiros estão egualmente

(1) Pedimos que se advirta que é Savigny quem falla, e que, segundo o que temos dicto, o estado e capacidade das pessoas são regidos *em regra* pela lei do seu paiz, e não pela lei do seu domicilio, como pretende este illustre jurisculto.

(2) Hert, § 8, nota 3. — Il n'en est pas de même de l'incapacité de succéder dont serait frappé un moine étranger. Ce droit de son pays qui appartient à la capacité d'agir ordinaire, et qui repose sur la volonté libre de la personne, doit être observé chez nous. Hert, § 13; Bornemann, Preusz. Recht, vol. I, p. 53, nota 1. — Nota de Savigny, p. 160.

sujeitos a estas restricções. Reciprocamente, os estabelecimentos ecclesiasticos d'um Estado, onde existem estas restricções, não estão sujeitos a ellas nos Estados onde estas leis restrictivas não existem. Assim nestes dous casos a capacidade civil julga-se não segundo o direito do lugar onde estes estabelecimentos têm a sua séde, mas segundo o direito do Estado de que depende o juiz que tem de julgar (1).

IV Se a lei d'um paiz declara os judeus incapazes de adquirir immoveis, esta lei é applicavel tanto aos judeus estrangeiros como aos nacionaes; mas estes ultimos podem adquiril-os nos Estados onde esta lei não existe. Assim nos dous casos o direito local do domicilio da pessoa fica sem applicação. Da mesma sorte uma lei franceza bem conhecida não permite aos judeus de alguns departamentos d'êste (uma parte dos quaes foi mais tarde reunida á Allemanha) emprestar dinheiro senão debaixo de condições restrictivas muito rigorosas. Nestes departamentos esta lei obriga todos os judeus, nacionaes ou estrangeiros; mas os judeus nacionaes não estão sujeitos a estas restricções nos Estados onde não existem. Aqui pois o direito applicavel não é o do domicilio.

V Em todos os casos, que acabo de enumerar, a

lei que se tracta de applicar á capacidade juridica ou á capacidade civil é uma lei d'uma natureza positiva e rigorosamente obrigatoria (1). No caso sobre que vou fallar a excepção á regra geral do direito do domicilio funda-se em que uma instituição particular d'um Estado não é reconhecida noutro Estado.

VI Tal é a incapacidade juridica ligada á morte civil pelo direito francez e da Russia. O juiz d'um Estado onde a instituição da morte civil é desconhecida não applicará esta incapacidade, pondo assim de parte o direito do domicilio.

VII O mesmo deve dizer-se da incapacidade juridica d'um negro escravo, se for posta em duvida num Estado que não reconheça a instituição da escravidão.

§§ As regras que se encontram nos codigos modernos sobre o estado e capacidade das pessoas differem tambem muito umas das outras, e nem podia deixar de ser assim, em vista da influencia que a doutrina dos auctores exerce sobre a das leis. Estas regras podem reduzir-se aos quatro systemas seguintes:

(1) Je n'ai pas besoin de rappeler que le mérite des différentes lois citées ici comme exemple est indifférent à la question qui nous occupe, et qu'ainsi je n'ai pas à le discuter. Nota (c) de Savigny, pp. 161 e 162.

I O primeiro é-nos fornecido pelo código civil dos Paizes-Baixos, o qual, ao passo que dispõe no art. 6.º que as leis relativas aos direitos, estado e capacidade das pessoas obrigam os neerlandezes, ainda quando se achem em paiz estrangeiro, declara depois no art. 9.º que o direito civil do reino é applicavel tanto aos neerlandezes como aos estrangeiros, salvo nos casos em que a lei declare expressamente o contrario (1). A doutrina d'este código encontra-se tambem adoptada nos artt. 5.º e 6.º do código civil do reino das Duas-Sicilias (2), e na legislação da Russia (3). Em quanto a nós este systema deve ser rejeitado: 1.º porque, declarando estes codigos que os seus nacionaes, residentes no estrangeiro, se conservam sujeitos ás leis do seu paiz, concernentes aos seus direitos, estado e capacidade, deviam tambem declarar que os estrangeiros residentes nos Paizes-Baixos, nas Duas-Sicilias, e na Russia se conservavam sujeitos ás leis dos seus respectivos paizes, relativas aos seus direitos, estado e capacidade. D'esta falta de reciprocidade pode resultar a applicação do principio de retorsão por parte dos outros Estados, declarando que as

(1) Foelix, n.º 32, p. 72.

(2) Idem, p. 73, e a *Concordance entre les Codes Civils Étrangers*, vol. 1.º, p. 1.

(3) Idem, p. 74.

leis estabelecidas nos seus codigos sobre os direitos, estado e capacidade das pessoas são as unicas applicaveis aos neerlandezes, napolitanos e russos, residentes ou de passagem no seu territorio; 2.º porque, não exercendo as leis de qualquer nação auctoridade legal fóra do seu territorio, nenhuma pode decretar que os direitos, estado e capacidade dos seus nacionaes, residentes ou de passagem no estrangeiro, continuarão a ser regidos por suas leis; por quanto, sendo a applicação d'estas por parte das outras nações um acto de mera deferencia, qualquer d'ellas pode recusar-se a pratical-o, declarando sujeitos em tudo ás suas leis os estrangeiros, residentes ou de passagem no seu territorio, como fizeram os proprios codigos dos Paizes-Baixos, das Duas-Sicilias e da Russia; 3.º porque, não sendo muitas vezes possivel aos que contractam com estrangeiros saber o que as leis d'estes dispõem ácerca da sua capacidade, convem antes estabelecer que esta será regulada pela lei do seu paiz, ou pela do logar do contracto, ou pela do paiz onde este houver de produzir os seus effeitos, segundo a que for mais favoravel á sua validade; porque só d'este modo se pode conseguir a communhão de direito entre as nações, e obstar a que muitos contractos feitos na melhor boa fé entre pessoas habeis para contractar pela lei do logar onde foram celebrados, sejam depois declarados nullos, a titulo de incapa-

cidade d'um ou mais dos contractantes, em virtude das disposições d'uma lei, que não podiam talvez conhecer.

II O systema seguido pelo codigo civil do Cantão de Berne é preferivel ao precedente, porque, fiel ao principio da reciprocidade, o legislador d'aquelle pequeno Estado estabeleceu no art. 4.º do dicto codigo que os seus nacionaes no estrangeiro, e os estrangeiros em Berne, seriam julgados em quanto á sua capacidade pessoal segundo a lei da sua respectiva patria (1). Igual disposição se encontra tambem nos artt. 3.º do codigo civil de Fribourg (2), e 6.º do Cantão de Lucerne (3). O novo codigo civil italiano mostrou-se egualmente fiel ao principio da reciprocidade, estabelecendo no art. 6.º das disposições preliminares que o estado e capacidade das pessoas e as relações da familia são julgadas pela lei da nação a que pertencem.

III O codigo civil francez limita-se a dispor no art. 3.º que as leis concernentes ao estado e capacidade das pessoas regem os francezes ainda quando residentes em paiz estrangeiro. O silencio que guarda este codigo sobre a lei que regula o estado e capacidade dos estrangeiros residentes em França faz

- (1) Foelix, p. 73, e *Concordance*, etc., vol. 4.º, p. 31.
- (2) Idem, p. 73, e *Concordance*, etc., vol. 4.º, p. 87.
- (3) Idem, p. 73, nota (a), e *Concordance*, etc., vol. 4.º, p. 210.

com que os jurisconsultos francezes se achem divididos a este respeito, porque, em quanto uns, fieis ao principio da reciprocidade, sustentam serem o seu estado e capacidade regidos pela lei do seu paiz, outros, pelo contrario, entendem que o são pela lei franceza (1). A doutrina d'este codigo tambem nos parece inaceitavel: Em primeiro lugar, porque é deficiente não legislando ácerca do estado e capacidade dos estrangeiros residentes ou de passagem em França; e em segundo, porque lhe são tambem applicaveis algumas das objecções que fizemos contra a do codigo civil dos Paizes-Baixos e outros (I, n.ºs 2.º e 3.º). Não obstante porem a sua deficiencia e defeitos encontramol-a adoptada pelos artt. 3.º do codigo civil da Belgica (2), 2.º do codigo civil do Cantão de Vaud (3), 12 do codigo civil da Sardenha (4), 7.º do regulamento legislativo dos Estados Romanos (5), e 7.º do projecto do codigo civil hespanhol.

IV O systema que regula o estado e capacidade das pessoas pela lei do seu domicilio tem encontrado

- (1) Foelix, pp. 64 e seguintes, e nota de Demangeat ao numero citado, p. 65; e Demolombe, vol. 1.º, n.º 98, pp. 112 e seguintes.

(2) Idem, p. 72.

(3) Idem, p. 73, e *Concordance*, etc., vol. 1.º, p. 1.

(4) Idem, p. 73, e *Concordance*, etc., vol. 1.º, p. 2.

(5) Idem, p. 74, e *Concordance*, etc., vol. 2.º, p. 172.

poucos partidarios entre os legisladores modernos, por isso que apenas o encontramos adoptado pelos codigos da Austria, da Prussia, e pelo Esboço do codigo civil brasileiro. O primeiro d'estes codigos estabelece no § 4.º que os subditos austriacos, mesmo em relação aos actos por elles praticados no estrangeiro, continuam sujeitos ao codigo, i. é, ás leis do seu domicilio, na parte em que estas restringem a sua capacidade pessoal relativamente a estes actos; e no § 34, que a capacidade dos estrangeiros para praticarem actos juridicos se julga segundo as leis do logar a que estão sujeitos em razão do seu domicilio (1). Em quanto ao codigo da Prussia esta-

(1) Foelix, pp. 68 e 69; *Concordance*, vol. 1.º, pp. 1 e 4; e Savigny, pp. 143—145. As traducções que se encontram nos logares citados dos §§ 4 e 34 do codigo austriaco differem bastante entre si. No texto seguimos a traducção franceza de Savigny. A traducção de Foelix é a seguinte:

«§ 4.º Les lois civiles sont obligatoires pour tous les citoyens appartenant au pays pour le quel ces lois ont été promulguées. Les citoyens demeurent soumis aux lois civiles pour les affaires et actes conclus hors du territoire de l'État, en tant que la capacité d'y concourir est modifiée par ces lois, et en tant que les actes et affaires dont il s'agit sont destinés à produire des effets légaux dans le territoire de l'Empire. § 34. La capacité personnelle des étrangers aux actes de la vie civile doit, en général, être jugée d'après les lois auxquelles l'étranger est soumis, soit comme étant celles du lieu de son domicile, soit, lorsqu'il n'a pas de do-

belece elle no § 23 da introdução que as qualificações pessoaes e direitos de cada um se julgam segundo as leis do tribunal, em cuja circumscripção tem o seu domicilio; e no § 34 que os subditos dos Estados estrangeiros, que residem ou contractam na Prussia, devem ser egualmente julgados segundo as disposições precedentes. Todavia, como os que contractassem na Prussia com estrangeiros, ahi não domiciliados, podiam ter grande difficuldade em saber o direito estabelecido no logar do seu domicilio, o código prussiano resolveu esta difficuldade, estabelecendo no § 35 que a capacidade civil dos estrangeiros que praticassem na Prussia quaesquer actos, relativos a bens ahi situados, devia ser julgada pela lei mais favoravel á validade dos mesmos actos (1). Finalmente, pelo que respeita ao Esboço do codigo civil brasileiro, diz elle no art. 26: «A capacidade ou incapacidade, quanto a pessoas domici-

micile, parce qu'il se trouve, par sa naissance, sujet du pays régi par les mêmes lois; à moins que les lois n'en aient ordonné autrement dans des cas particuliers.» O § 35 d'este codigo, que parece á primeira vista conter uma disposição similhante á do § 35 do codigo da Prussia sobre a capacidade civil dos estrangeiros, que contractarem na Austria, legisla, assim como os §§ 36 e 37, sobre o direito applicavel aos contractos. Veja-se Savigny, p. 145, nota (g).

(1) Foelix, pp. 69 e 71; e Savigny, pp. 140—143.

liadas em qualquer secção do territorio do Brazil, ou sejam nacionaes ou estrangeiras, serão julgadas pelas leis d'este codigo, ainda que se tracte de actos praticados em paiz estrangeiro, ou de bens existentes em paiz estrangeiro»; e no art. 27: «A capacidade ou incapacidade, quanto a pessoas *domiciliadas* fóra do Brazil, ou sejam estrangeiras ou nacionaes, serão julgadas pelas leis do seu respectivo *domicilio*, ainda que se tracte de actos praticados no imperio.»

A legislação anglo-americana não contem disposições positivas sobre esta materia. Segundo Story (1) as regras adoptadas a este respeito pela jurisprudencia dos tribunaes d'aquellas duas nações são as seguintes: 1.º Em geral o estado e capacidade das pessoas são regidos pela lei do seu domicilio. 2.º Mas, em relação aos contractos celebrados no estrangeiro, a capacidade dos contractantes é regulada pela lei do logar do contracto. 3.º Entretanto as incapacidades que não são admittidas por todos os paizes, que são particulares á patria do estrangeiro (por exemplo, a escravidão, a infamia resultante d'uma sentença), não são reconhecidas. 4.º São nulos no domicilio dos contractantes os actos passados no estrangeiro, quer por uma

pessoa incapaz (menor, interdicto, mulher casada, etc.), quer por qualquer outra para fraudar as instituições da sua patria.

§1 A legislação portugueza anterior ao codigo civil não contem, que nós saibamos, disposição alguma directa e positiva sobre esta materia. No art. 33 do codigo commercial diz-se, é verdade, que todo o estrangeiro, que celebrar actos de commercio no territorio portuguez, fica sujeito por esse mesmo facto aos tribunaes portuguezes, e leis que regem esses actos, seus resultados e incidentes; mas esta disposição parece-nos ter menos em vista legislar ácerca da capacidade dos estrangeiros, do que estabelecer a competencia dos tribunaes portuguezes, e o direito applicavel aos actos commerciaes praticados por elles em Portugal. O codigo civil contem dous artigos que legislam sobre isto. No 24 estabelece que os portuguezes que viajam ou residem em paiz estrangeiro se conservam sujeitos ás leis portuguezas, concernentes á sua capacidade civil, ao seu estado, e á sua propriedade immobiliaria situada no reino, em quanto aos actos que houverem de produzir nelle os seus effeitos; e que a forma externa dos actos será regida pela lei do paiz onde forem celebrados, salvo nos casos em que a lei expressamente ordene o contrario. No art. 27 estabelece a regra de que o estado e capacidade civil dos estrangeiros são regulados pela

(1) Citado por Foelix, n.º 32, p. 75.

lei do seu paiz. Entrando na apreciação da doutrina do código diremos que a do art. 24 nos parece inaceitavel, quer na forma, quer na materia. Na forma, porque, legislando ácerca de tres assumptos differentes, egualmente importantes, como são — a determinação da lei que rege o estado e capacidade dos portuguezes que contractarem no estrangeiro — a determinação da lei que regula a sua propriedade immobiliaria situada no reino em relação aos contractos que fizerem sobre ella no estrangeiro — e a determinação da lei que regula a forma externa dos actos por elles praticados fóra do reino, que houverem de produzir nelle os seus effeitos: convinha antes dedicar a cada um d'estes assumptos artigos distinctos, de maneira que ficassem bem destacados uns dos outros. Na materia, porque, segundo o que dissemos em o n.º 78, seria preferivel estabelecer que o estado e capacidade dos portuguezes, *residentes ou domiciliados* no estrangeiro, que fizessem entre si ou com estrangeiros quaesquer contractos, que houvessem de produzir os seus effeitos em Portugal, seriam regidos pela lei do logar d'esses contractos, ou pela lei portugueza, segundo a que fosse mais favoravel á sua validade. Mas, como por outra parte esta regra não podia deixar de soffrer algumas restricções, fundadas em motivos de interesse e ordem publica (79), e mesmo se não devia permittir que os cidadãos por-

tuguezes fossem celebrar maliciosamente fóra do seu paiz contractos que não poderiam celebrar nelle (80), a regra apresentada deveria ser restringida neste sentido; de maneira que a doutrina e redacção da parte do art. 24, de que tractamos, poderia ser a seguinte: — O estado e capacidade dos portuguezes, *residentes ou domiciliados* no estrangeiro, serão regidos, em relação aos contractos por elles ali celebrados, entre si ou com estrangeiros, que houverem de produzir os seus effeitos em Portugal, pela lei do logar d'esses contractos, ou pela lei portugueza, segundo a que for mais favoravel á sua validade, salvo nos casos seguintes: — 1.º Quando não sendo *residentes* ou *domiciliados* no estrangeiro ali forem contractar com o fim de fraudar as prescripções da lei portugueza. — 2.º Quando por motivos de interesse e ordem publica deverem ser regidos exclusivamente pela lei portugueza. — A disposição do art. 27, relativa aos estrangeiros, não nos parece tambem a melhor, e por isso, de accordo com a doutrina dos numeros 77 e 79, diriamos: — O estado e capacidade dos estrangeiros serão regidos em *regra* pela lei do seu paiz; todavia, em relação aos contractos por elles celebrados entre si ou com portuguezes, fóra ou dentro de Portugal, que houverem de produzir os seus effeitos em Portugal, o seu estado e capacidade serão regidos ou pela lei do seu paiz, ou pela lei do logar da celebração

d'esses contractos, ou pela lei portugueza, segundo a que for mais favoravel á sua validade, salvo nos casos em que por motivos de interesse e ordem publica o deverem ser exclusivamente pela lei portugueza.

RESULTADO

82 Da exposição e analyse que fizemos dos diversos systemas que regulam o estado e capacidade das pessoas, debaixo do ponto de vista do direito internacional privado, vê-se que as opiniões dos jurisconsultos antigos e modernos, que têm escripto sobre esta materia, divergem muito umas das outras, e que as mesmas leis positivas, onde estas opiniões mais ou menos se reflectem, estão longe de apresentar aquella unidade de pensamento que tanto era para desejar, mórmente hoje que o commercio tende a fazer do mundo um vasto mercado, onde todos os povos permutam vantajosamente os productos de seu solo e industria. Em quanto a nós, esta divergencia de opiniões provem menos da difficuldade intrinseca da materia do que da maneira inconveniente por que tem sido tractada pelos jurisconsultos e legisladores de todas as nações, não attendendo quanto deviam ás diversas relações em que o homem pode collocar-se, nem se elevando acima de certas preocupações mesquinhas, que, sem garantirem os interesses da cidade, prejudicam comtudo o augmento da sua riqueza, por causa dos embaraços que oppõem ao livre desenvolvimento do seu commercio com as outras nações. As regras que estabelecemos no fim do numero 81 parecem-nos isemptas d'estes defeitos, por quanto, ao passo que

facilitariam as transacções internacionaes, obstaríam também a que os cidadãos portuguezes fraudassem a lei do seu paiz, indo celebrar no estrangeiro os actos que não poderiam praticar nelle validamente. No entretanto a nossos illustres e sabios mestres compete decidir até que ponto aquellas regras seriam dignas de ser convertidas em lei.

CAPITULO TERCEIRO

Dos bens moveis e immoveis

SECÇÃO PRIMEIRA

Determinação da lei que rege os moveis e immoveis

83 Razão d'ordem. **84** Os moveis e immoveis são regidos pela lei do logar da sua situação. **85** Exposição dos argumentos com que alguns pretendem sustentar que os moveis são regidos pela lei do domicilio dos seus proprietarios. **86** Refutação d'estes argumentos **87** Refutação em especial dos apresentados por Story. **88** Grande numero de excepções que os partidarios d'esta doutrina se vêem obrigados a admittir, e opinião dos mais distinctos juriconsultos allemães e francezes a este respeito. **89** Disposições dos codigos modernos sobre esta materia. **90** Dictas da legislação portugueza; sua deficiencia, e como deveria ser remediada.

83 Depois de termos tractado do estado e capacidade das pessoas, segue-se tractarmos dos bens, que são a materia sobre que as pessoas exercem os seus direitos. Mas, como ellas os podem exercer tanto sobre cousas determinadas, como sobre os actos de pessoas também determinadas, tractaremos neste capitulo dos bens moveis e immoveis, e no seguinte do direito das obrigações.

84 A determinação da lei a que estão sujeitos os bens moveis e immoveis não devia offerecer grandes duvidas, porque, não exercendo as leis estrangeiras auctoridade legal fóra do territorio da

nação para que são feitas, e sendo estes bens, em regra, de natureza visível, é manifesto que tanto uns como outros devem ser regidos pela lei do lugar da sua situação (*lex rei sitae*). Pelo que respeita aos immoveis este principio é geralmente admittido (1), e com razão, porque, se assim não fora, o direito de soberania, que as nações exercem sobre o seu territorio, deixaria de existir, e as fracções em que este se divide poderiam ser regidas por tantas leis quantas fossem as nacionalidades dos seus respectivos proprietarios (2). O que é preciso

(1) Foelix, n.º 61; Massé, n.º 554; Demolombe, vol. 1.º, n.º 90; Marcadé, vol. 1.º, n.º 75, p. 54; *Motifs, Rapports et Opinions*, etc., pp. 29 e 35; Gomez de la Serna, n.º 37, p. 276; Savigny, p. 170; Heffter, § 38, pp. 79 e 80; *Précis d'un Code du Droit International*, § 186; Wheaton, p. 106; Westoby, pp. 49 e 50; Story, § 424; e muitos outros escriptores por elle citados neste paragrapho e nos seguintes.

(2) Neste mesmo sentido se exprimiu o illustre Portalis, relator do titulo preliminar do código civil francez, dizendo: «Les lois qui règlent la disposition des biens sont appelées réelles: ces lois régissent les immeubles, lors même qu'ils sont possédés par des étrangers.

Ce principe dérive de ce que les publicistes appellent le *domaine éminent du souverain*.

Point de méprise sur les mots *domaine éminent*; ce serait une erreur d'en conclure que chaque État a un droit universel de propriété sur tous les biens de son territoire.

Les mots *domaine éminent* n'expriment que le droit qu'a

é não exaggerar o alcance d'esta regra, dando-lhe um caracter absoluto, como fazem geralmente os

la puissance publique de régler la disposition des biens par des lois civiles, de lever sur ces biens des impôts proportionnés aux besoins publics, et de disposer de ces mêmes biens pour quelque objet d'utilité publique, en indemnisant les particuliers qui les possèdent.

Au citoyen appartient la propriété, et au souverain l'empire. Telle est la maxime de tous les pays et de tous les temps; mais les propriétés particulières des citoyens, réunies et contiguës, forment le territoire public d'un État; et, relativement aux nations étrangères, ce territoire forme un seul tout, qui est sous l'empire du souverain ou de l'État. La souveraineté est un droit à la fois réel et personnel. Conséquemment, aucune partie du territoire ne peut être soustraite à l'administration du souverain, comme aucune personne habitant le territoire ne peut être soustraite à sa surveillance ni à son autorité.

La souveraineté est indivisible. Elle cesserait de l'être, si les portions d'un même territoire pouvaient être régies par des lois qui n'émaneraient pas du même souverain.

Il est donc de l'essence même des choses, que les immeubles, dont l'ensemble forme le territoire public d'un peuple, soient exclusivement régis par les lois de ce peuple, quoiqu'une partie de ces immeubles puisse être possédée par des étrangers.» *Motifs, Rapports et Opinions*, etc., vol. 1.º, p. 29.

Demolombe (vol. 1.º, n.º 90, pp. 102 e 103) justifica tambem a necessidade da submissão dos immoveis ao dominio da *lex rei sitae* nestas breves e energicas palavras: «.....la nationalité est dans le sol comme dans le sang des

jurisconsultos anglo-americanos (1), porque, como veremos mais adiante (92—94), casos ha em que a *lex rei sitae* não pode deixar de reconhecer cer-

habitants; le territoire est français, comme les personnes sont françaises; et on ne pouvait pas, sans porter atteinte à l'indépendance et à la souveraineté nationales, le soumettre à des lois étrangères. D'autre part, l'application de toutes ces lois diverses, contraires souvent les unes aux autres, ignorées d'ailleurs des citoyens et des magistrats, n'eût été qu'une source de confusion et de désordre.» Veja-se no mesmo sentido Marcadé, vol. 1.º, n.º 75, p. 54.

(1) Segundo Story a propriedade immovel, situada nos paizes regidos pela *common law*, i. é, na Inglaterra e nos Estados-Unidos, só pode ser adquirida, transferida e perdida na conformidade das disposições d'esta lei. Entretanto elle mesmo reconhece, não obstante ser grande partidario d'esta doutrina exclusivista e anti-social, que ella não é geralmente acceita pelos jurisconsultos e tribunaes anglo-americanos; e muito menos pelos jurisconsultos e tribunaes das outras nações. Eis aqui as suas proprias palavras (§ 424): «And, here, the general principle of the common law is, that the laws, of the place where such property (immovable) is situate, exclusively govern in respect to the rights of the parties, the modes of transfer, and the solemnities which should accompany them. The title, therefore, to real property, can be acquired, passed, and lost only according to the *lex rei sitae*. This is generally, although (as we shall presently see) not universally, admitted by courts and by jurists, foreign as well as domestic.» Vejam-se tambem os §§ 430, 435, 445 e 463; assim como Foelix, n.º 58; Wheaton, p. 107; e Westoby, p. 50.

tos effeitos ás leis estrangeiras em relação a estes bens (1).

§5 Em quanto aos moveis as opiniões dos jurisconsultos acham-se profundamente divididas, porque ao passo que uns os consideram sujeitos, da mesma sorte que os immoveis, ao dominio da *lex rei sitae* (2); outros, pelo contrario, não obstante re-

(1) Isto mesmo reconhecem os proprios auctores anglo-americanos, a que nos referimos em a nota precedente, porque, segundo Wheaton, p. 107: «D'après le droit international privé reconnu par les diverses nations du continent de l'Europe, un acte de vente, donation, ou testament, fait avec les formalités requises par les lois du pays où l'acte est passé, est valide, non-seulement quant aux meubles, mais aussi quant aux immeubles, n'importe dans quel pays ces derniers sont situés, pourvu que, d'après les lois de ce pays, les biens immobiliers puissent être aliénés par acte *inter vivos* ou par testament; en en exceptant toutefois les cas où ces lois prescrivent des formalités qu'on ne peut observer que dans les lieux où les biens sont situés, tel que l'enregistrement d'un contrat de vente, donation, ou testament.» Veja-se no mesmo sentido Westoby, p. 50.

(2) Chassat, n.ºs 61—65; Marcadé, vol. 1.º, n.º 78, pp. 56 e 57; Demolombe, vol. 1.º, n.º 96, p. 111; Savigny e outros escriptores por elle citados, pp. 170 e seguintes; e Mühlénbruch, *Doctrina Pandectarum*, vol. 1.º, § 72, editio quarta, Halis Saxonum, 1838, onde se lê: «Jura, quae proxime rebus sunt scripta, velut ea, quae ad dominii causam spectant, vel ad vectigalium tributorumque onus, vel ad pignorum in judicati executionem et capiendorum et

conhecerem isto mesmo em principio, mostram-se depois infieis a esta sã doutrina, dizendo que estes bens são regidos pela lei do domicilio das pessoas a que pertencem (1) com os frívolos fundamentos: 1.º de que, não occupando os moveis um lugar determinado do espaço, depende da vontade das pessoas a que pertencem (*a quibus legem situmque ac-*

distrahendorum, tum etiam rerum apud iudicem petendarum persequendarumve rationem, et quae sunt reliqua ex hoc genere, aestimantur ex ejus loci legibus, ubi res, de quibus agitur, sitae sunt ac collocatae, nullo rerum immobilium et mobilium habito discrimine.»

(1) A contradicção de Foelix a este respeito é bem manifesta, porque, havendo primeiramente dicto (n.º 9, pp. 19 e 20): «que les lois de chaque État affectent, obligent et régissent de plein droit toutes les propriétés immobilières et mobilières qui se trouvent dans son territoire...» diz depois (n.º 61, p. 111) que «la règle d'après laquelle la loi du territoire régit tous les biens qui y sont situés s'applique uniquement aux immeubles et ne s'étend pas sur les meubles.» Na mesma contradicção cahiram também Wheaton e Westoby, como se vê comparando o que diz o primeiro na p. 101 com o que diz na p. 109; e o que diz o segundo na p. 47 com o que diz na p. 51. Abstrahindo porem d'estas contradicções é certo que a doutrina que submete os moveis ao dominio da lei do domicilio dos seus proprietarios se encontra adoptada por Demangeat, nota (a) ao n.º 64 de Foelix, p. 123; Massé, n.º 554; Heffter, § 38, pp. 79 e 80; Gomez de la Serna, n.º 37, p. 276; e Story, § 376 e seguintes, etc.

ciunt) leval-os para qualquer parte; 2.º que reputando-se em direito ter cada um reunida a sua fortuna no logar do seu domicilio, i. é, na séde principal dos seus negocios, os seus bens moveis reputam-se tambem ahi existir, muito embora lá não existam de facto; 3.º que em virtude de certa ficção estes bens reputam-se seguir as pessoas dos seus titulares, e estarem sujeitos á mesma lei que rege o estado e capacidade d'estas pessoas, á lei do seu domicilio (*mobilia sequuntur personam; mobilia ossibus inhaerent*). Noutros termos: que o estatuto pessoal governa os moveis corporeos e incorporeos, e é a seu respeito real, em consequencia da ficção que os suppõe acharem-se no logar regido por este mesmo estatuto (1). Estas razões, ou, para melhor dizer, estas ficções, parece terem inspirado pouca confiança a Story, um dos mais distinctos partidarios d'esta doutrina, o qual, fiel ás

(1) Foelix, n.º 61; Heffter, § 38, p. 80; Story, § 376 e seguintes, onde se encontram transcriptos muitos textos dos antigos jurisconsultos partidarios d'esta doutrina. Veja-se tambem a nota (e) a p. 170 de Savigny. Note-se que Foelix exprime-se d'uma maneira impropria e inexacta, quando diz: «que o estatuto pessoal governa os moveis corporeos e incorporeos»; porque, como o está mostrando a palavra *pessoal*, este estatuto rege unicamente o estado e capacidade das pessoas. O que o nosso auctor quiz dizer foi que o estatuto real do domicilio das pessoas rege os bens moveis que ellas têm no estrangeiro. Veja-se Massé, n.º 538.

tradições da escola ingleza, julgou dever antes fundamental-a no interesse geral das nações, e sobre tudo no das nações maritimas, dizendo: que se a *lex rei sitae* devesse prevalecer *geralmente* em relação aos moveis, seria muitas vezes absolutamente impossivel aos proprietarios d'estes bens saber a maneira como haviam dispor d'elles durante a sua vida ou para depois da sua morte, não só por causa da incerteza da sua situação no transito de uns logares para outros, mas tambem pela difficuldade que teriam em saber como haviam dispor d'elles por actos entre vivos ou para depois da morte, na conformidade da lei do paiz onde se achassem: que qualquer mudança futura na sua situação poderia dar em resultado ficar nullo o testamento mais bem feito, e que muitas vendas e doações seriam tambem nullas por causa da ignorancia das partes ácerca da lei onde se achavam os moveis que tinham por objecto, na occasião da celebração d'estes actos: que estes males seriam grandes, prejudicariam toda a cidade, bem como os subditos e interesses de todas as nações civilisadas; mas que o damno seria sobre tudo incalculavel para as nações maritimas, cujos rendimentos, poder e gloria dependem do commercio: que foi portanto um sentimento de utilidade geral que primeiramente suggeriu esta doutrina, a qual, logo que foi conhecida, se tornou recommendavel a todas as nações por

causa da sua simplicidade, conveniencia e larga politica (1).

§§ Respondendo a estes argumentos, pela mesma ordem por que se acham enunciados, diremos que a distincção que se pretende fazer entre os bens moveis e immoveis nos parece absolutamente inadmissivel, por quanto, prestando estas duas especies

(1) Eis aqui as proprias palavras de Story, § 379: «If the *lex rei sitae* were generally to prevail in regard to movables, it would be utterly impossible for the owner, in many cases, to know in what manner to dispose of them during his life, or to distribute them at his death; not only from the uncertainty of their situation in the transit to and from different places, but from the impracticability of knowing, with minute accuracy, the law of transfers *inter vivos*, or of testamentary dispositions and successions in the different countries in which they might happen to be. Any change of place at a future time might defeat the best considered will; and any sale or donation might be rendered inoperative, from the ignorance of the parties of the law of the actual *situs* at the time of their acts. These would be serious evils, pervading the whole community, and equally affecting the subjects and the interests of all civilized nations. But in maritime nations, depending upon commerce for their revenues, their power, and their glory, the mischief would be incalculable. A sense of general utility, therefore, must have first suggested the doctrine; and as soon as it was promulgated, it could not fail to recommend itself to all nations by its simplicity, its convenience, and its enlarged policy.»

de bens eguaes utilidades ao homem e ao Estado, não ha razão plausivel para submettel-os a leis diversas. No tempo em que a propriedade immovel constituia quasi exclusivamente a riqueza das nações, e em que estas por isso mesmo a rodeavam de péas e privilegios, ainda se poderia conceber esta distincção; mas hoje, que todas se esforçam por mobilisal-a por meio de instituições de credito; que a riqueza mobiliaria tem assumido proporções enormes; e que as nações mais ricas e poderosas são exactamente aquellas onde ella mais avulta, uma tal pretensão é inadmissivel. A circumstancia de os moveis não occuparem um logar determinado do espaço, de serem transportaveis de uns logares para outros, segundo a vontade dos seus proprietarios, é inteiramente secundaria, porque em virtude do direito de soberania, que as nações independentes exercem sobre todas as pessoas e cousas existentes no seu territorio, qualquer d'ellas pode prohibir a exportação d'estes bens, sem se importar com a nacionalidade das pessoas a que pertencem (1). A estreita rela-

(1) Os partidarios da distincção não negam nem podem negar esta verdade, e por isso vemol-a formalmente reconhecida nas suas obras. E assim, por exemplo, segundo J. Voet as leis que têm um caracter politico, como são as que prohibem a exportação dos cereaes, exercem uma auctoridade absoluta sobre todos os moveis que se acham nos Estados do legislador. Veja-se Savigny, nota (L), p. 173; Chassat, p. 96; e Foelix, n.º 62, p. 120.

ção que se diz existir entre os moveis e as pessoas dos seus proprietarios (*mobilia ossibus inhaerent*), (1) também não justifica esta doutrina, não só porque os objectos estreitamente unidos ao homem, que formam por assim dizer um accessorio ou complemento da sua pessoa, são poucos e de pouca importancia, mas também porque, podendo estes mesmos objectos servir de garantia aos direitos de terceiros, o Estado onde elles se acharem é o unico competente para regular o seu destino. E assim, por exemplo, não obstante a bagagem do viajante constar geralmente de cousas do seu uso, o art. 882, n.º 2.º, do codigo civil portuguez dispõe com razão que ella serve de garantia ao albergueiro que lhe deu albergaria ou pousada, porque, não sendo obrigado a dar-lha gratuitamente, nem razoavel que vá demandal-o no logar do seu domicilio pelo cumprimento d'uma obrigação que tem por séde o logar onde foi contrahida, é justo que retenha para seu pagamento os objectos que o hospede tiver na pousada, quaesquer que sejam a este respeito as disposições das leis da nação a que este por ventura pertença. A ficção que suppõe os moveis no domicilio dos seus proprietarios, muito embora lá não este-

(1) Esta formula é muito usada pelos jurisconsultos modernos. Diz Savigny, nota (e), p. 170, que a sua origem é desconhecida, e que se não encontra nas obras dos jurisconsultos antigos.

jam, tambem não tem importancia, porque acima de todas as ficções está a realidade dos factos. E tanto assim é, que, não obstante a famosa regra que submette estes bens ao dominio da lei do domicilio dos seus proprietarios, todas as nações, mesmo aquellas onde ella se diz adoptada, regulam os privilegios e outros direitos mobiliarios d'uma maneira geral, sem fazerem distincção entre os moveis pertencentes aos seus nacionaes ou aos estrangeiros. Nem podia ser de outro modo, porque, desde o momento que se admittisse que os moveis eram regidos pela lei do domicilio dos seus proprietarios, seguir-se-ia que os bens d'esta natureza, existentes em Portugal, pertencentes a estrangeiros, aqui não domiciliados, em vez de serem regidos pela lei portugueza, sel-o-iam por tantas leis quantos fossem os domicilios ou nacionalidades d'esses estrangeiros, donde resultaria tal confusão e incerteza, que os direitos, apparentemente mais bem garantidos pela lei portugueza, sob cujo imperio as partes tivessem contractado, poderiam ser preteridos por outros, mais favorecidos pela lei do domicilio do devedor. Ora, este resultado é de tal modo repugnante, que basta enuncial-o para descredito do systema donde se deduz. Alem d'isto a adopção d'esta doutrina traria consigo certas difficuldades, que só por si bastam para condemnal-a. Assim, por exemplo, admittindo por um instante que os moveis são re-

gidos pela lei do domicilio dos seus titulares, pergunta-se, qual é a lei, que deve reger estes bens, quando pertencerem a pessoas com diversos domicilios, ou quando pessoas com diversos domicilios disputarem ácerca da sua propriedade? A maior parte dos partidarios d'este systema dissimularam ou esqueceram-se d'estas hypotheses, aliás hoje muito frequentes; mas é certo que a doutrina por elles adoptada é impotente para resolver-as satisfactoriamente, e que nos conflictos d'esta natureza não podem deixar de seguir-se as disposições da *lex rei sitae* (1). Finalmente, a mesma divisão dos bens

(1) É esta effectivamente a opinião de Foelix, n.º 62, p. 120. Savigny parece dar grande importancia a estas objecções, pois diz elle, *Traité*, etc., pp. 174 e 175: «Les partisans de la doctrine que je combats, et qui soumettent les choses mobilières, non à la *lex rei sitae*, mais à la *lex domicilii*, mettent ordinairement en oubli ou dissimulent le côté le plus faible de leur doctrine. Ainsi, on dit que le droit local applicable est déterminé par le domicile de la personne; mais quelle est cette personne? Celle sans doute qui a droit à la chose en vertu du rapport de droit. Mais cela est très-équivoque, et, lors même qu'on admettrait le principe, suffirait pour en rendre l'application très-vague et très-incertaine. On peut entendre sous cette définition le propriétaire; mais quand il s'agit de la translation de la propriété, on ne sait si elle désigne l'ancien ou le nouveau propriétaire, et, lorsque la propriété est en question, à laquelle des parties il faut l'attribuer. On pourrait, il est vrai, abandonner complètement le propriétaire et lui sub-

em moveis e immoveis protesta contra este systema, porque, reputando algumas leis moveis certos bens e direitos que outras reputam immoveis (1), é claro que a classificação da lei do logar da situação das cousas não pode deixar de prevalecer sobre a da lei do domicilio; d'outra sorte poderiam as leis estrangeiras produzir effeitos contrarios aos da lei nacional, o que é inadmissivel (38). Isto mesmo reconhecem geralmente os partidarios d'esta doutrina (2); convindo notar que Foelix é a este respeito contradictorio, porque, havendo primeiramente dicto que é a *lex rei sitae* que decide se os objectos

stituer le possesseur, ce qui simplifierait et faciliterait beaucoup l'application. Enfin, il y a indépendamment de la propriété divers droits réels qui, lorsqu'ils existent ou sont prétendus, constituent pour d'autres personnes un droit à la chose. Ainsi donc, quand bien même il serait vrai que le droit local se détermine par le domicile de la personne, ce principe serait fort équivoque, car les diverses personnes dont je viens de parler peuvent avoir des domiciles différents, et cette prétendue règle ne sauraient nous fournir la solution pratique du problème à résoudre.»

(1) Por exemplo: O art. 375, n.º 3.º do codigo civil portuguez declara immoveis os fundos consolidados, que se acharem immobilisados perpetua ou temporariamente, em quanto que o art. 529 do codigo civil francez declara que «sont meubles par la détermination de la loi, les rentes perpétuelles ou viagères, soit sur l'État, soit sur des particuliers.»

(2) Veja o n.º 88, nota 2, a p. 216.

corporeos fixos aos immoveis, ou os direitos incorporeos inherentes aos immoveis são moveis ou immoveis, sem attenção á pessoa do proprietario ou do credor (1), disse depois que é o estatuto pessoal que determina a natureza mobiliaria ou immobiliaria das cousas em relação á pessoa do credor (2).

§7 Pelo que respeita aos argumentos adduzidos por Story em favor da doutrina que submette os moveis ao dominio da lei do domicilio dos seus proprietarios, vamos ver que elles ou são tambem improcedentes ou apenas justificam a necessidade de a *lex rei sitae* reconhecer certos effeitos ás leis estrangeiras, não só em relação aos moveis, como pretende Story, senão ainda em relação aos proprios immoveis. O primeiro d'estes argumentos, fundado na impossibilidade que terão os proprietarios dos moveis em transito de uns logares para outros de disporem d'elles validamente por causa da incerteza da sua situação, é inexacto, porque, levando estes bens certo destino, é a lei do paiz para onde se dirigem, onde o contracto ha de ser cumprido, que ha de tambem regular os seus effeitos (3). E nestes termos, não obstante as leis ingleza e franceza disporem que a propriedade da cousa vendida passa para o comprador logo que este e o vende-

(1) Foelix, n.º 60, p. 107.

(2) Idem, n.º 64, p. 122.

(3) Savigny, p. 183.

dor se acordaram sobre a sua qualidade e preço, a venda feita na Inglaterra ou na França de certos objectos em viagem de qualquer d'aquelles paizes para Portugal só transferirá a propriedade dos mesmos para o comprador depois que tiver logar a tradição real ou symbolica, nos termos do art. 471 do codigo commercial portuguez, competindo-lhe portanto contra o vendedor, no caso de este se arrepender, ou de os vender a outrem, em vez da acção real, a que teria direito pela lei d'aquelles dous paizes, a acção alternativa pela entrega da coisa vendida ou indemnisação de perdas e damnos na conformidade do art. 458 do mesmo codigo (1). O segundo argumento adduzido por Story, fundado na

(1) O artigo 454 do codigo commercial estabelece que o contracto de compra e venda mercantil fica *perfeito* logo que se conveiu na coisa e no preço, sem embargo de aquella não ter sido entregue e este pago. Da palavra *perfeito* concluem muitos que o codigo commercial quiz adoptar o systema francez e inglez, hoje geralmente seguido, de que a propriedade da coisa vendida passa para o comprador logo que este concordou com o vendedor ácerca da sua qualidade e preço. Mas esta opinião parece-nos inexacta; porque da confrontação dos artigos 453, 454 e 455 do codigo commercial portuguez com os artigos 1582, 1583 e 1584 do codigo civil francez, que visivelmente lhes serviram de fonte, se conhece que o legislador portuguez quiz seguir a theoria do direito romano, adoptada pelo nosso direito antigo. Com effeito, se assim não fora, o auctor do

impossibilidade que terão os proprietarios dos moveis existentes no estrangeiro de saberein a maneira como hão de dispor d'elles por actos entre vivos ou para depois da morte na conformidade da lei do paiz da sua situação, tambem não justifica a doutrina que submette estes bens ao dominio da lei do domicilio dos seus titulares; porque, desde o momento que se admittisse tal doutrina os inconvenientes que resultariam d'ella seriam muito maiores do que os que se pretendem remediar, em consequencia da impossibilidade que tambem teriam as pessoas que contractassem sobre estes bens no

codigo commercial não teria omittido, como deliberadamente omittiu, no artigo 454 as palavras do artigo 1583 do codigo civil francez, que vão em gripho na transcrição que se segue d'este artigo — Elle (la vente) est parfaite entre les parties, et la propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur, dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé. — Mas, que significa então a palavra *perfeito*, dirão os partidarios da doutrina que combatemos? Uma coisa muito simples, respondemos nós: o direito concedido ao comprador de haver judicialmente do vendedor a indemnisação de perdas e damnos, que poderiam resultar-lhe da falta de cumprimento do contracto, no caso de o vendedor não preferir entregar-lhe a coisa vendida. É isto o que diz o artigo 458 do codigo commercial. Outra duvida, porem, se offerece hoje. Os contractos commerciaes são geralmente regulados pelos usos commerciaes

logar da sua situação em saber as disposições das leis estrangeiras a que estavam sujeitos. O resultado d'isto seria, como já vimos (86), muitos contractos feitos sob o imperio e protecção da *lex rei sitae* serem annullados em virtude das disposições d'uma lei estrangeira, que as partes não podiam nem tinham obrigação de conhecer, o que, repetimos, é inadmissivel. Mas, como por outra parte a submissão absoluta não só dos moveis senão ainda dos proprios immoveis ao dominio da lei do paiz da sua situação traria comsigo os inconvenientes e difficuldades apresentadas por Story, estes incon-

e pelo direito civil; e tanto assim é, que o codigo commercial francez se limita a dizer no artigo 109 quaes são os actos por que se provam as compras e vendas; e o novissimo codigo commercial italiano a estabelecer (artt. 95—105) algumas providencias relativas á compra e venda de mercadorias que se acham em viagem a bordo de navios, etc. Posto isto, pergunta-se, a doutrina do codigo commercial, relativa ao contracto de compra e venda, deverá continuar a subsistir como direito especial, ou ficará prejudicada pela do codigo civil? E em particular, a doutrina do artigo 1549 do codigo civil, onde se adopta o principio que a coisa comprada pertence ao comprador, desde o momento em que o contracto é celebrado, não derogará a doutrina contraria do artigo 454 do codigo commercial? Estes e muitos outros conflictos, que necessariamente hão de dar-se entre as leis civil e commercial, reclamam a instante revisão d'esta.

venientes e difficuldades remedeiam-se facilmente logo que se adoptem a este respeito as excepções consignadas em os numeros 92—94. O que é para sentir é que Story não visse que as considerações por elle apresentadas em relação aos moveis são também applicaveis aos immoveis, em consequencia de os proprietarios d'estes bens, situados no estrangeiro, terem tanta ou maior difficuldade em disporrem d'elles na conformidade da *lex rei sitae* como dos proprios moveis: e que se mostre contradictorio comsigo mesmo sustentando a doutrina exclusivista e anti-social da *common law* na parte em que submette ao imperio unico e exclusivo das suas prescripções todos os immoveis situados nos paizes por ella regidos (1). O terceiro argumento apresentado por Story, fundado no interesse geral das nações, é também inexacto, por quanto o que o interesse geral das nações exige é que os bens moveis e immoveis existentes no seu territorio sejam regidos pelas suas respectivas leis. Que a Inglaterra, nação essencialmente maritima e commercial, tenha interesse em que os moveis sejam regidos pela lei do paiz dos seus proprietarios, isso pode ser, porque d'este modo os immensos capitães mobiliarios que traz espalhados por toda a parte estariam sujeitos ao dominio das suas leis; e é sem duvida por causa d'este interesse egoista que os jurisconsultos

(1) Veja-se a nota 1 a p. 200.

inglezes se mostram geralmente partidarios d'este systema. Mas é claro que, por maior que seja a deferencia que os outros Estados queiram ter para com esta grande nação, nunca ella pode chegar a ponto de lhe sacrificarem os seus proprios direitos de soberania, e os justos interesses das pessoas que contractarem sob o imperio das suas leis, as quaes, seja dicto de passagem, podem muitas vezes ser mais favoraveis aos interesses britannicos do que as proprias leis inglezas.

§§ As razões, que militam contra o systema que submette os bens moveis ao dominio da lei do domicilio dos seus titulares, não podiam deixar de ser tomadas em consideração pelos partidarios d'esta doutrina; e tanto assim é, que elles proprios reconhecem que ella não tem logar nos casos em que estes bens se consideram menos nas suas relações com as pessoas dos seus proprietarios do que em si mesmos, ou em relação aos direitos que terceiros tiverem adquirido sobre elles (1); e que é portanto a *lex rei sitae* que determina a natureza movel ou immovel de certos bens e direitos (2); que a venda dos moveis feita na conformidade da lei do logar da sua situação é valida em toda e qualquer parte (3);

(1) Foelix, n.º 62, p. 120; Massé, n.º 555.

(2) Massé, n.º 553; Story, § 447; Gomez de la Serna, n.º 37, p. 276, etc.

(3) Story, § 384.

que as reclamações e contestações ácerca d'estes bens são reguladas pela lei do logar da sua situação; que é tambem esta lei que rege a maxima — *en fait de meubles, la possession vaut titre* —; que o contracto de penhor e seus effeitos são regulados pela lei do logar onde os moveis são entregues ao credor; que os privilegios mobiliarios são regidos pela lei do logar da situação dos moveis; e que as execuções sobre estes bens são tambem reguladas, no que respeita ás suas formalidades e effeitos, pela lei do logar da sua situação. Finalmente, que a successão do Estado nos moveis, assim como a prohibição ou permissão de alienal-os e exportal-os, são regidos pela lei do logar da sua situação (1). A importancia d'estas excepções é manifesta, e por isso não insistiremos sobre ella. O que admira é os partidarios d'esta doutrina não verem que ellas são tantas e de tal ordem que equivalem á negação da regra por elles adoptada; e que as numerosas difficuldades a que esta dá logar só podem resolver-se satisfactoriamente, adoptando-se a regra contraria, que submette tanto os moveis como os immoveis ao dominio da lei do logar da sua situação. E é isto effectivamente o que faz a maior parte dos modernos jurisconsultos allemães (2), a cuja frente estava

(1) Foelix, n.º 62, p. 120; e Massé, n.º 555.

(2) Savigny, p. 174, nota (p).

o illustre Savigny, o qual, depois de haver demonstrado o nenhum fundamento da doutrina que sujeita os moveis ao dominio da *lex domicilii*, conclue por dizer que estes bens devem ser regidos, da mesma sorte que os immoveis, pela *lex rei sitae*, salva uma ou outra excepção, relativamente rara (1). Esta opinião é tambem partilhada por Demolombe e Marcadé, os dous jurisconsultos francezes modernos mais distinctos, de que temos conhecimento. O primeiro d'estes jurisconsultos, depois de haver perguntado (2) se os bens moveis existentes em França pertencentes a um estrangeiro são regidos pela lei franceza ou estrangeira, e observado que esta questão — da mesma sorte que todas as outras do direito internacional privado, que põe em presença duas leis, duas auctoridades, entre as quaes não ha superior commun, não é susceptível d'uma solução absoluta, conclue todavia por dizer (3) — que os moveis, considerados como uma universalidade, são regidos nas successões ab-intestato pela lei do domicilio dos seus proprietarios, e em todos os outros casos, em que se consideram individualmente, pela lei do logar da sua situação actual. Marcadé vai mais longe do que Demolombe, porque, segundo elle, tanto os moveis como os immo-

(1) *Traité*, etc., p. 179.

(2) *Cours de Code Napoléon*, vol. 1.º, n.º 94, p. 108.

(3) Obra citada, n.º 96, p. 111.

veis existentes em França, pertencentes a estrangeiros, são regidos exclusivamente pela lei franceza (1). Pela nossa parte entendemos que Marcadé exaggera a auctoridade da *lex rei sitae*, porque a successão tanto nos moveis como nos immoveis é regida pela lei do paiz das pessoas a que pertencem. Mas é esta uma questão de que nos occuparemos noutro logar.

§§ Pelo que respeita ás disposições dos codigos modernos sobre o regimen da propriedade mobiliaria existente nos Estados do legislador, pertencente a estrangeiros, pouco podemos dizer, porque a maior parte d'elles ou são omissos a este respeito, ou contêm apenas disposições ambiguas, que se

(1) Marcadé, *Explication Théorique et Pratique du Code Napoléon*, vol. 1.º, n.º 78, p. 56: «Les meubles, tant qu'ils se trouvent en France, nous paraissent soumis, absolument comme les immeubles, à la loi française; ce sont des choses, ils doivent être régis par la loi des choses, par la loi réelle du pays. Ainsi, les meubles d'un étranger résidant en France n'y pourraient être saisis et vendus que conformément à la loi française. Que si ces mêmes meubles tombaient en la possession d'une personne qui, par erreur, s'en croirait propriétaire, cette personne en serait par là même propriétaire aux termes de l'art. 2279, qui veut qu'en fait de meubles, la possession, même instantanée, rende propriétaire par prescription (pourvu qu'elle soit de bonne foi et que le meuble n'ait été ni perdu ni volé). On n'aurait point à consulter là-dessus la loi du pays de l'étranger...»

prestam a diversas interpretações. As disposições terminantes, que nelles se encontram sobre esta materia, são as seguintes: O art. 9.º do projecto do codigo civil hespanhol declara que os direitos e obrigações relativas a bens moveis são regidas pela lei do paiz em que seu dono está domiciliado; e o 7.º das disposições preliminares do codigo civil italiano que os bens moveis estão sujeitos á lei da nação do seu proprietario, salvas as disposições em contrario das leis do paiz onde se acham. O codigo civil da Baviera dispõe na parte I, cap. II, § 17, que *in (causis) realibus vel mixtis* deve seguir-se e observar-se o direito estabelecido *in loco rei sitae*, sem distincção entre as cousas moveis e immoveis (1). O codigo civil de Berne dispõe igualmente no art. 4.º que as leis civis se applicam ás pessoas e ás cousas sujeitas á soberania do Estado, donde se vê que sujeita tanto os moveis como os immoveis ao dominio da *lex rei sitae* (2). O Esboço do codigo civil brasileiro determina no art. 411 que o logar da existencia das *cousas immoveis* no Imperio, ou fóra d'elle, será o da sua situação; e o das cousas moveis aquelle em que se achavam no dia da aquisição dos *direitos reaes* que sobre ellas se allegar, ou no dia da aquisição da sua posse, ou

(1) Savigny, p. 172 e nota (g); Foelix, n.ºs 59 e 65.

(2) *Concordance entre les Codes Civils Étrangers*, vol. 4.º, p. 31.

em que se acharem no dia em que sobre ellas se intentar alguma acção ou procedimento judicial; e no art. 412 que as cousas moveis, que se acharem a bordo de embarcações nacionaes, serão reputadas como existentes no Imperio. Finalmente, segundo Story, os tribunaes da Louisiana applicam aos moveis a *lex rei sitae* (1).

90 Em quanto á nossa legislação, a anterior ao codigo civil não contem, que nós saibamos, disposição alguma directa e positiva sobre esta materia; todavia a maneira generica por que se exprime o art. 33 do codigo commercial auctorisa a supposição de que o legislador portuguez quiz submeter ao imperio da lei portugueza todos os moveis e immoveis existentes no territorio nacional: supposição que nos parece confirmada pelos artt. 4.º e 5.º da lei de 30 de junho de 1860, onde se declaram sujeitos ao pagamento da contribuição de registro todos os actos que operem transmissão de propriedade movel ou immovel situada ou existente em territorio portuguez, tanto do continente como do ultramar, ou a transmissão se verifique entre subditos portuguezes, ou entre subditos estrangeiros, ou entre estrangeiros e portuguezes. O novissimo codigo civil portuguez tambem não contem a este respeito determinação expressa, o que é realmente

(1) Story, § 386.

para lamentar, porque, sendo esta uma das materias sobre que mais questionam os jurisconsultos de todas as nações, muito convinha resolver-a por meio d'uma decisão legal. O código declara, é verdade, no art. 24 que os portuguezes que viajam ou residem em paiz estrangeiro se conservam sujeitos ás leis portuguezas concernentes á sua capacidade civil, ao seu estado, e á sua propriedade *immobiliaria* situada no reino, em quanto aos actos que houverem de produzir nelle os seus effeitos; mas esta disposição, apresentada como por incidente e de mistura com outras, é incompleta, não só porque não diz nada sobre a sua propriedade *mobiliaria*, mas tambem, e principalmente, porque não declara a lei a que estão sujeitos os moveis existentes no reino, pertencentes a estrangeiros, objecto principal da questão. Parece-nos pois, em vista do que temos dicto, que o legislador portuguez teria feito bem dedicando a esta materia um artigo especial, em que determinasse — que todos os bens moveis e immoveis, situados ou existentes no territorio portuguez, posto que pertencentes a estrangeiros, seriam regidos pela lei portugueza, salvo nos casos e para os effeitos em que esta reconhecesse a auctoridade das leis estrangeiras sobre os mesmos bens.

SECÇÃO SEGUNDA

Resolução de algumas questões relativas aos moveis e immoveis

91 Razão d'ordem. 92 Determinação da lei que regula a capacidade de adquirir e alienar os moveis e immoveis. 93 Lei que rege as successões testamentaria e legitima nestes bens. 94 Dicta que rege a forma externa dos actos relativos aos mesmos bens. 95 Impos-tos a que estão sujeitos os moveis e immoveis pertencentes a estrangeiros, e os proprios estrangeiros. 96 Lei que regula os effeitos dos contractos de compra e venda celebrados no estrangeiro sobre bens situados ou existentes em Portugal. 97 Effeitos das hypothecas celebradas no estrangeiro sobre immoveis situados em Portugal. 98 Lei que regula o contracto de penhor. 99 Lei que regula as instituições vinculares, fideicommissarias, e a aquisição de immoveis pelas corporações perpetuas, que não tenham por objecto interesses materiaes. 100 Lei que regula a posse dos bens pertencentes a estrangeiros. 101 Lei que regula a prescripção d'estes mesmos bens. 102 Lei que regula o exercicio da acção da propriedade. 103 Indicação da lei que rege outras relações juridicas. 104 Resultado.

91 Refutada a doutrina que submette os moveis ao dominio da lei do domicilio dos seus proprietarios, e estabelecido o principio de que tanto estes bens como os immoveis são regidos pela lei do lugar da sua situação, examinemos agora algumas questões, que podem suscitar-se ácerca de uns e outros.

92 A primeira d'estas questões versa sobre a capacidade de adquirir e alienar os moveis e immoveis situados no estrangeiro. Segundo Story a opi-

nião geralmente seguida a este respeito pelos jurisconsultos e tribunaes anglo-americanos é que a capacidade de adquirir e alienar os moveis é regida pela lei do domicilio das pessoas, e a de adquirir e alienar os immoveis pela lei do lugar da sua situação. O mesmo Story, porem, reconhece que esta doutrina não é universalmente adoptada na Inglaterra e nos Estados-Unidos; e que os jurisconsultos das outras nações seguem em regra o principio de que as pessoas que são habeis ou inhabeis para adquirir e alienar pela lei do seu domicilio são também habeis para adquirir e alienar quaesquer moveis ou immoveis pela lei do lugar da situação d'estes bens (1). Pela nossa parte é manifesto que, não admittindo o systema, que regula o estado e capacidade das pessoas pela lei do seu domicilio, nem a distincção que se pretende fazer entre os moveis e immoveis, não podemos também admittir as suas consequencias; e que, sendo a capacidade de adquirir e alienar ramos da capacidade civil geral, não temos mais do que applicar aqui as regras dos numeros 77 e 78, sem distincção entre as qualificações e os seus effeitos, salvo no que respeita a certas incapacidades anômalas, exclusivamente regidas pela *lex rei sitae*, a que nos referimos em o nu-

(1) Story, § 51 e seguintes, § 362 e seguintes, § 376 e seguintes, § 430 e seguintes; e Foelix, n.º 58, pp. 104 e 105.

mero 79, como são, por exemplo, as dos artt. 35, 1561, 1669, 1834, 1867 e seguintes, e 2244 do código civil portuguez (1).

93 A determinação da lei, que regula as successões testamentarias e legitimas em relação á ordem e medida dos direitos successorios, é também objecto de grave questão entre os jurisconsultos. A opinião geralmente adoptada a este respeito é que a successão nos moveis é regulada pela lei do domicilio dos auctores das heranças, e nos immoveis pela lei do lugar da sua situação (2). Esta distincção porem deve ser rejeitada, porque, não havendo razão plausivel para estes bens serem regidos por leis diversas, também a não ha para que o sejam na parte relativa ás successões. O estudo d'esta questão ha de ser objecto d'um capitulo especial, motivo por que nos abtemos de entrar aqui em maiores considerações a este respeito.

94 A maneira por que se ha de proceder na

(1) A distincção, que fazem os jurisconsultos anglo-americanos entre a capacidade de adquirir e alienar os moveis e immoveis, é também rejeitada por Savigny (*Traité*, etc., pp. 180 e 181), com a differença que este jurisconsulto, fiel ao seu systema, reputa esta especie de capacidade regulada pela lei do domicilio das pessoas.

(2) Veja-se Story, § 445; Wheaton, p. 106; Gomez de la Serna, n.º 37, p. 277; e principalmente Foelix, n.º 66, pp. 125 e seguintes.

forma externa dos actos, relativos á aquisição ou alienação por titulo oneroso ou gratuito dos bens situados no estrangeiro, é também objecto de controversia entre os jurisconsultos das diversas nações. Os auctores anglo-americanos distinguem ainda nesta parte entre os moveis e immoveis, e dizem que a forma externa dos actos relativos aos primeiros é regulada pela lei do lugar onde são passados; e a dos actos relativos aos segundos, pela lei do paiz da sua situação (1). Estes mesmos auctores porem reconhecem que esta distincção é geralmente rejeitada pelos jurisconsultos das outras nações, na opinião dos quaes todos os actos sobre moveis e immoveis são validos, sendo feitos na conformidade da lei do lugar onde foram passados (*locus regit actum*), e satisfazendo-se posteriormente no lugar da situação a quaesquer solemnidades particulares, que só ahi possam ter lugar, exigidas pelo respectivo direito local (2).

(1) Story, § 435 e seguintes; e Wheaton, p. 107.

(2) Story, § 440; Wheaton, p. 107; Gomez de la Serna, n.º 44, p. 280; e *Précis d'un Code du Droit International*, §§ 188—190.

Pelo direito francez, diz Rogron (commentario ao art. 1582 do codigo civil francez): «La vente est un contrat non solennel; il n'est assujetti à aucune forme particulière. On peut donc le faire par acte authentique, sous seing privé, même verbalement; mais dans ce dernier cas, on ne pour-

95 Os impostos a que estão sujeitos os moveis e immoveis situados ou existentes em Portugal,

rait prouver la vente qu'autant que le prix serait au-dessous de 150 francs (art. 1341); à moins qu'il n'existât un commencement de preuve par écrit, ou quelque autre cas d'exception (art. 1347 e 1348)». O direito portuguez afasta-se alguma cousa do direito francez; porque, segundo o art. 1590 do codigo civil, a venda de bens immobiliarios até ao valor de 50\$000 réis pode ser feita por escripto particular, mas d'ahi para cima só por escriptura publica. Posto isto, pergunta-se, será valida a venda feita em França por escripto particular de bens immobiliarios existentes em Portugal, cujo valor exceda a 50\$000 réis? Á primeira vista parece que não, porque a disposição do art. 1590 do codigo civil é uma lei de interesse e ordem publica, que não pode ser violada impunemente pelas partes. Todavia a opinião contraria é a verdadeira; e tanto assim é, que o proprio codigo estabelece no art. 24 que a forma externa dos actos é regulada pela lei do paiz onde são passados, salvo nos casos em que a lei ordene expressamente o contrario. Ora, como a lei não ordena a este respeito o contrario em parte alguma, e seja principio geralmente recebido por todos os escriptores e legislações que a forma externa dos actos é regida pela lei do lugar onde são passados, parece-nos fóra de duvida que o contracto de compra e venda feito em França por escripto particular, sobre bens immobiliarios existentes em Portugal, é valido, não obstante o valor d'estes bens exceder a 50\$000 réis, logo que em Portugal se paguem os respectivos direitos de transmissão, e se faça o registo, nos termos dos artt. 4 e 14 da lei de 30 de junho de 1860, e artt. 1549 e 1591 do codigo civil.

pertencentes a estrangeiros, são exclusivamente regidos pela lei portugueza; e com razão, porque gozando estes bens da mesma protecção que os pertencentes aos cidadãos portuguezes, é claro que devem tambem estar sujeitos aos mesmos encargos (1). As nossas leis sobre a contribuição predial não fazem a este respeito distincção alguma (2); antes o art. 1.º da lei de 15 de julho de 1857 declara expressamente que todas as verbas da contribuição predial de repartição, quer os predios sejam possuidos por nacionaes, quer por estrangeiros, são sujeitas ao imposto adicional de 15 por % para a construcção e conservação das estradas (3); e o art. 4.º da lei de 30 de junho de 1860 sobre a contribuição de registo que são sujeitos a esta contribuição todos os actos que operem transmissão de propriedade, situada ou existente em territorio portuguez, tanto do continente como do ultramar, ou a transmissão se verifique entre subditos portuguezes, ou entre subditos estrangeiros, ou entre estrangeiros e portuguezes. Reciprocamente, e pe-

(1) Foelix, n.º 58, p. 105; e Gomez de la Serna, n.º 37, p. 276; Klüber, § 68; e Heffter, § 61.

(2) Decreto de 31 de dezembro de 1852, art. 2.º; dicto de 9 de novembro de 1853, art. 85.

(3) Este imposto adicional foi elevado a 20 por % pela lei de 30 de julho de 1860, art. 3.º; e a 40 por % pelo art. 1.º da lei de 16 de abril de 1867.

las mesmas razões, as leis fiscaes portuguezas não exercem imperio algum sobre os bens moveis e immoveis situados ou existentes no estrangeiro, pertencentes a cidadãos portuguezes (1); e com quanto esta regra pareça não ter sido noutro tempo adoptada por todas as nações, é certo que hoje ninguém a contesta (2). As contribuições industrial, pessoal e quaesquer outras, a que estão sujeitos os nacionaes de qualquer paiz, são tambem applicaveis aos estrangeiros; do contrario a sua condição seria preferivel á dos cidadãos, o que é absurdo (3).

¶ Os effeitos dos contractos de compra e venda, celebrados no estrangeiro sobre bens moveis e im-

(1) Esta doutrina acha se confirmada por varios decretos lavrados sobre consultas do conselho de estado, como pode ver-se no *Codigo das Contribuições Directas*, pelo sr. José da Costa Gomes, em a nota (b) ao n.º 2.º do art. 2.º da lei de 30 de junho de 1860 sobre a contribuição de registo; e nota (d) ao art. 4.º da mesma lei. Veja-se tambem a *Gazeta dos Tribunaes*, n.º 3390, verbo *Recurso* n.º 1909.

(2) Veja-se o logar de Heffter transcripto neste livro a p. 133, no fim.

(3) Veja-se o art. 2.º da lei de 30 de julho de 1860 sobre a contribuição industrial, bem como o § 2.º do mesmo artigo, e a nota (c) que lhe corresponde no *Codigo das Contribuições directas*. Veja-se tambem a *Gazeta dos Tribunaes*, n.º 3547, verbo *Recurso* n.º 1847; o art. 7.º da lei de 30 de junho de 1860 sobre a contribuição pessoal; e Klüber, § 68.

moveis existentes em Portugal, são exclusivamente regidos pela lei portugueza. A razão d'isto é simples. Se a lei portugueza não regea todos os effeitos d'estes contractos, as pessoas que tivessem contractado sob o imperio da sua auctoridade poderiam ser prejudicadas por outras, que tivessem contractado sobre os mesmos objectos debaixo do imperio d'uma lei estrangeira, o que é inadmissivel (38). Portanto, todas as vezes que se tractar de moveis ou immoveis situados ou existentes em Portugal, a cousa vendida ficará pertencendo ao comprador, independentemente da tradição material ou symbolica, desde que o vendedor e o comprador se accordarem sobre a sua qualidade e preço, bem como desde esse momento fica o vendedor com direito de haver-o do comprador; mas, em relação a terceiros, a venda de bens immobiliarios só produzirá effeito depois que for registada (1). Da mesma sorte, se a mesma cousa mobiliaria for vendida pelo mesmo vendedor a diversas pessoas, prevalecerá a venda mais antiga em data; e se não for possível verificar a prioridade da data, a feita ao que se achar de posse da cousa; mas em qualquer dos casos responderá o vendedor pelo preço que tiver recebido indevidamente, e por perdas e damnos, além da responsabilidade penal em que tiver incorrido (2). Se a cousa

(1) Código civil portuguez, artt. 715, 1549 e 1591.

(2) Idem, artt. 1578 e 1579.

vendida for immobiliaria, prevalecerá a venda primeiramente registada, e se nenhuma se achar registada a mais antiga em data; se não for possível verificar a prioridade da data, prevalecerá a feita ao que se achar de posse da cousa (1). Finalmente, o contracto de compra e venda não pode ser rescindido com o pretexto de lesão ou de vícios da cousa, denominados redhibitorios, salvo se essa lesão ou esses vícios involverem erro que annulle o consentimento, ou havendo estipulação expressa em contrario (2). O facto de a cousa vendida se achar passageiramente em Portugal, não prejudica em nada estas regras, em virtude de a transmissão da propriedade resultar d'um acto momentaneo, para o qual é bastante um pequeno lapso de tempo (3). Quanto á venda das cousas em viagem, já vimos (p. 211) que é regulada pela lei do lugar para onde se dirigem.

97 Noutro tempo as hypothecas celebradas n'um paiz sobre immoveis situados noutro não produziam neste effeito algum, e os mesmos titulos por que eram constituidas importavam uma simples promessa. É manifesto que este systema exclusivista não podia ser abraçado pelas legislações modernas,

(1) Código civil portuguez, artt. 1578 e 1580.

(2) Idem, art. 1582.

(3) Savigny, p. 183.

porque seria realmente contradictorio que estas, ao passo que permitem aos estrangeiros a livre aquisição e alienação de immoveis, não lhes permitissem hypothecal-os. Em consequencia d'isto os jurisconsultos e legislações estrangeiras são concordes em que os títulos constitutivos de hypothecas, admittidos pela *lex rei sitae*, feitos no estrangeiro, são validos e admissiveis ao registo, satisfazendo-se no paiz da situação dos bens ás solemnidades exigidas pelo respectivo direito local (1). O

(1) Foelix, n.º 58, p. 105; Gomez de la Serna, n.º 37, p. 277; *Précis d'un Code du Droit International*, § 190; e commentario ao art. 5.º da lei hypothecaria hespanhola pelos licenciados em direito D. José M. Pantoja y D. Antonio M. Floret, vol. 1.º, pp. 198 e seguintes, onde se lê: «aconsejamos á los registradores que no inscriban ningun título de esta clase sin venir legalizado en forma por nuestras legaciones residentes en el país en que se hubiese otorgado, y sin que le acompañe una copia de su traduccion, autorizada por la interpretacion de lenguas establecida en el Ministerio de Estado.»

O seguinte trecho de Martou sobre as hypothecas constituidas no estrangeiro parece-nos digno de lêr-se, razão por que o transcrevemos, não obstante ser um pouco extenso. Diz elle (*Des Privilèges et Hypothèques*, etc., vol. 3.º, pp. 90 e seguintes):

«986. L'article 121 de l'ordonnance française de janvier 1629 était ainsi conçu: «Les jugements rendus, contrats ou obligations reçûs ès royaumes et souverainetés étran-

codigo civil portuguez conformou-se com esta sã doutrina, estabelecendo no artigo 964 que as hypothecas contrahidas em paiz estrangeiro, sobre bens existentes no reino, só produzem os seus effeitos, desde o dia que são registadas nas respectivas conservatorias nacionaes; e no artigo 979 que o

gères pour quelque cause que ce soit, n'auront aucune hypothèque ni exécution en notredit royaume, ains tiendront les contrats lieu de simples promesses.»

Cette règle fut adoptée par l'article 2128 du Code Napoléon, qui refusait aux contrats passés en pays étranger l'effet de donner hypothèque, à moins cependant, ce qui était une innovation conforme à l'esprit qui avait dicté les articles 11, 726 et 912, que les lois politiques ou les traités ne contiennent des dispositions contraires. En l'absence de stipulations de ce genre, non-seulement les contrats hypothécaires étrangers étaient dépourvus de force exécutoire en Belgique, mais la constitution même de l'hypothèque y était censée non écrite.

L'article 2128 encourut la censure universelle. La vente, faite en pays étranger dans les formes prescrites par la loi étrangère, d'immeubles situés en Belgique en transfère valablement la propriété. Il n'en est pas autrement d'une donation, d'un testament. Pourquoi frapper d'inefficacité le contrat constitutif d'une hypothèque, droit moins important que la propriété et qui n'est, après tout, que l'accessoire de l'obligation personnelle que rien n'empêche de créer à l'étranger? La logique commande de permettre au propriétaire d'un immeuble situé en Belgique de l'hypothéquer, aussi bien que de le vendre ou de le léguer, par des actes

registo das hypothecas, contrahidas em paiz estrangeiro, só pode ser feito no reino, achando-se o respectivo titulo devidamente legalisado.

98 O contracto de penhor offerece certas difficuldades particulares, em consequencia da grande differença que ha a este respeito entre a legislação

passés sous la loi étrangère. Il n'est pas d'une sage politique, d'ailleurs, de le forcer toujours à recourir à une aliénation, alors qu'il pourrait se contenter, pour le développement de son industrie, pour la consolidation de son crédit, d'un simple engagement hypothécaire. L'aliénation brise le lien qui le rattache à la Belgique, l'hypothèque le maintient. La tendance de notre époque n'est-elle pas, enfin, d'effacer les barrières qui séparent les nations et qui les empêchent d'unir leurs intérêts et d'associer leurs efforts et leurs ressources dans des entreprises communes?

Notre article introduit dans la législation hypothécaire un principe plus rationnel, plus libéral et mieux approprié au progrès des relations internationales modernes, en attribuant aux conventions hypothécaires passées à l'étranger l'effet de doner hypothèque sur des immeubles situés en Belgique.

987. Il ne fallait pas toutefois que les actes étrangers fussent affranchis des conditions requises pour les contrats passés en Belgique. D'après le principe fondamental de l'article 3 du Code civil, toutes les conventions relatives à des immeubles situés en Belgique sont régies par la loi belge. Celle-ci exigeant la forme authentique pour les contrats hypothécaires, les actes étrangers doivent présenter, de même que les actes belges, la condition d'authenticité,

romana e as legislações modernas, e da propriedade que têm os moveis de serem transportaveis de uns logares para outros. Por direito romano o contracto de penhor repousa sobre os principios seguintes: 1.º o direito de penhor como direito real, sus-

lors même que la loi étrangère ne défendrait pas la constitution de l'hypothèque par acte privé.

988. Nous avons vu, sous l'article 2, que, lorsqu'il s'agit d'actes étrangers soumis à la transcription, c'est au conservateur des hypothèques à s'assurer de leur authenticité. Notre article, au contraire, charge le président du tribunal de la situation de l'immeuble de vérifier si l'acte étranger constitutif de l'hypothèque réunit les conditions nécessaires pour son authenticité dans le pays où il a été reçu. C'est seulement par le visa dont le revêt ce magistrat, qu'il a effet en Belgique, c'est-à-dire que le créancier est autorisé à prendre inscription et à recourir ultérieurement à la mise à exécution forcée du titre, s'il y a lieu.

989. Le président du tribunal, de même que le conservateur des hypothèques dans le cas de l'article 2, puisera la preuve de l'authenticité de l'acte dans les légalisations qui y ont été apposées par les autorités politiques.

990. La vérification qu'il est chargé de faire porte à la fois sur le contrat d'hypothèque et sur tous les actes accessoires ou complémentaires qui s'y rattachent, tels que les procurations.

La Cour de Liège, dans un arrêt du 22 août 1852, avait pensé que la nécessité du visa ne s'appliquait à la procuration que lorsqu'elle est accompagnée d'un contrat passé comme elle à l'étranger, et non pas lorsqu'elle a été don-

ceptível de oppor-se a terceiro possuidor, adquirir-se por simples contracto, e independentemente da posse; 2.º o contracto pode ser tacito, porque ha muitos actos juridicos, onde em virtude d'uma regra geral de direito se suppõe que um penhor foi con-

née à l'effet de passer en Belgique l'acte collatif d'hypothèque. Mais cette décision a été cassée, dans l'intérêt de la loi, sur les conclusions de M. le procureur général Leclercq, par un arrêt du 15 janvier 1853 dont j'ai déjà eu l'occasion de parler.

991. L'ordonnance du président est sujette à appel. «Lorsqu'il peut être question des plus importants intérêts du créancier, a dit M. le rapporteur Lelièvre, il est impossible de constituer le président juge souverain dans une matière d'où dépend l'existence du droit hypothécaire lui-même. Le refus du visa est l'annulation de l'hypothèque, il est dès lors nécessaire de pouvoir soumettre la décision à l'appréciation de la Cour supérieure.»

La cour est saisie de l'appel par requête. Elle statue comme en matière d'appel de référé.

992. Il résulte de notre texte que les traités et les lois politiques peuvent déroger à la règle qui subordonne l'efficacité des contrats hypothécaires étrangers à la formalité du visa.

Remarquons, d'après un principe admis par un arrêt de la Cour de cassation de France du 10 mai 1831, que la dispense du visa ne pourrait être invoquée pour les actes étrangers que par les sujets du gouvernement avec lequel la Belgique aurait traité et non par des étrangers qui se trouveraient sur le territoire de ce gouvernement.»

stituido para segurança da obrigação; 3.º não se faz distincção entre os moveis e os immoveis como objecto do direito de penhor; 4.º o contracto expresso ou tacito pode versar não só sobre cousas particulares, mas tambem sobre a universalidade d'um patrimonio. Neste ultimo caso o contracto abrange tudo o que faz actualmente parte do patrimonio, e tudo o que lhe accrescer no futuro, i. é, não só os objectos que não são designados pelas partes, mas tambem aquelles que não podiam sel-o. O direito moderno aparta-se muito d'esta doutrina. E assim, por exemplo, o codigo civil portuguez, distinguindo entre os moveis e immoveis, estabelece em relação aos primeiros (direito de penhor) que o devedor pode assegurar o direito do credor entregando-lhe, ou a quem o represente, algum objecto movel (1); e em relação aos immoveis (direito de hypotheca) que os direitos de certos credores podem ser garantidos de preferencia aos de outros pelo valor de certos bens immobiliarios do devedor, achando-se os seus creditos devidamente registados (2); advertindo que o vinculo que sujeita os bens immobiliarios do devedor pode resultar ou de mera disposição da lei, e existir pelo facto de existir a obrigação (hypotheca legal) (3), ou d'um contracto ou dispo-

(1) Codigo civil portuguez, art. 855.

(2) Idem, art. 888.

(3) Idem, art. 905.

sição de ultima vontade (*hypotheca voluntaria*) (1); e que as *hypothecas* legaes podem ser registadas em relação a todos os bens do devedor, quando não forem especificados no titulo respectivo os immoveis hypothecados, ficando-lhe contudo a liberdade de exigir que o registo se limite aos bens necessários para o cumprimento da obrigação, e a faculdade de designar os que quizer para isso (2); e que as *hypothecas* voluntarias só podem recair sobre bens certos e determinados, e por quantia certa e determinada, ao menos approximadamente (3). Posto isto, pergunta-se, que effeitos produziria um contracto de penhor, expresso ou tacito, feito num paiz regido pelo direito romano sobre os bens do devedor, existentes em Portugal? Na opinião de Savigny este contracto poderia servir, quando muito, de titulo para obrigar estes bens ao credor por meio da tradição ou da inscripção sobre o registo das *hypothecas*, nos termos do art. 911 do codigo civil; e com effeito assim é, porque, sendo o direito de penhor, constituido por simples contracto, uma instituição que o direito portuguez não reconhece, este apenas lhe poderia conceder os effeitos compatíveis com a sua propria natureza. Pelo contrario, intervindo em Portugal um contracto de penhor

(1) Codigo civil portuguez, art. 910.

(2) Idem, art. 909.

(3) Idem, art. 911.

sobre cousas determinadas ou sobre a universalidade d'um patrimonio, e tendo o devedor bens num paiz regido pelo direito romano, nada obsta a que estes bens se reputem obrigados validamente ao credor, em virtude de o direito romano não subordinar a validade do penhor nem ao lugar onde intervem o contracto, nem ao domicilio do devedor. Supponhamos, porem, que um objecto movel, constituido validamente em penhor por contracto expresso ou tacito num paiz de direito romano, foi transportado para Portugal: pergunta-se, continuará o direito de penhor a subsistir, de modo que o objecto possa ser reclamado judicialmente de qualquer possuidor, quer seja o devedor, quer um terceiro, e ser alienado pelo credor, no caso de este obter a sua posse por uma circumstancia accidental, independentemente da tradição? Á primeira vista parece que sim, em virtude de os direitos adquiridos sobre as cousas não deverem ser alterados pelo facto de mudarem de situação: todavia a opinião contraria é a verdadeira, porque, sendo o direito de penhor, constituido por simples contracto, uma instituição inteiramente diversa da instituição do direito de penhor, constituido pela tradição, o credor que quizesse exercer aquelle direito em Portugal invocaria em seu favor uma instituição que o direito portuguez não reconhece, o que é inadmissivel (38). Pelo contrario, o credor, que em Portugal recebesse

um movel em penhor, poderia fazer valer o seu direito num paiz de direito romano, porque reune todas as condições exigidas nesse paiz para a validade do penhor (1). Em quanto aos conflictos entre as leis modernas sobre o direito de penhor, parece-nos fóra de duvida que devem ser decididos pela lei do paiz onde este foi constituido pela tradição, em virtude do principio da submissão voluntaria das partes a esta mesma lei (2).

99 A instituição de vinculos e fideicommissos é tambem um negocio da exclusiva competencia da *lex rei sitae*; de sorte que onde estas instituições forem permittidas aos nacionaes, deverão tambem sel-o aos estrangeiros; e reciprocamente, onde não forem permittidas áquelles, não deverão tambem sel-o a estes (3). Entre nós os morgados foram ex-

(1) Veja-se sobre esta materia Savigny, pp. 189 e seguintes.

(2) Concorde Foelix, n.º 62, p. 120.

(3) Vide os n.ºs 38 e 79; e Savigny, p. 196. Esta materia encontra-se longamente tractada na *Gazeta dos Tribunaes*, n.ºs 1021—1029 e 1101. A especie foi a seguinte: A casa dos viscondes de Asseca possuia muitos bens vinculados no Brazil; mas, tendo a lei brasileira de 6 de outubro de 1835 declarado extinctos todos os vinculos por morte dos seus actuaes administradores legitimos; e tendo o visconde de Asseca fallecido em 5 de junho de 1844; hesitou-se se aquelles bens, sendo pertencentes a portuguezes, se deviam considerar allodiaes e partiveis pelos

inctos pela lei de 19 de maio de 1863, e as instituições fideicommissarias só têm logar nos termos do artigo 1867 e seguintes do codigo civil. A aquisição e conservação de immoveis e direitos immobiliarios pelas associações ou corporações perpetuas ou temporarias, que não tenham por objecto interesses materiaes, qualquer que seja o titulo por que esta aquisição se verifique, é tambem regida pela lei do logar da situação dos bens; vindo d'este modo os artigos 35, 1561, 1669, 1834 e 2244 do codigo civil a ser applicaveis tanto ás corporações nacionaes como ás estrangeiras (38 e 79).

100 A posse, sendo por sua natureza uma relação puramente de facto, é essencialmente regida pela *lex rei sitae*. E assim, em relação aos objectos situados ou existentes em Portugal, é a lei portu-

herdeiros do fallecido administrador, ou se deviam passar para o immediato successor; commettendo-se por isso, para obviar a duvidas futuras, a decisão d'este negocio aos tribunaes portuguezes. Correu a acção os tramites legaes, e por ultimo decidiu-se que aquelles bens tinham perdido a sua natureza vincular, e eram portanto livres e partiveis, com o fundamento de que «é principio de direito internacional e das gentes que a natureza, successão e direitos sobre bens de raiz e suas dependencias são regulados pelas leis do paiz onde esses bens são situados, pois que, fazendo uma parte do seu territorio, não pode um poder estranho nelle intervir.» Sentença da primeira instancia, publicada na *Gazeta dos Tribunaes*, n.º 1022.

gueza que decide quaes são as cousas e direitos que podem ser objecto de posse; os que podem adquirir-a; os modos por que se perde; as pessoas a quem passa por morte do possuidor actual e com que effeitos; os meios por que o possuidor actual pode ser mantido contra quaesquer turbações ou esbulhos; os effeitos que d'ella resultam em relação aos possuidores de boa ou má fé; e o exercicio e duração das acções que lhe são inherentes (1).

101 A aquisição da propriedade pela prescrição dá tambem logar a algumas questões importantes que muito convem resolver. Este modo de adquirir differe da aquisição por simples contracto ou pela tradição em que a aquisição por simples contracto ou pela tradição resulta d'um facto momentaneo, e a aquisição pela prescrição d'uma serie de factos continuados durante um longo espaço de tempo. O fundamento da prescrição é, como todos sabem, muito debatido pelos juriscultos, reputando-a alguns uma instituição meramente civil. Mas esta opinião é inadmissivel; porque, se as leis são fundadas em a natureza das cou-

(1) Vejam-se os artt. 479 e seguintes do codigo civil portuguez; e Savigny, *Traité* etc., pp. 196 e seguintes. Sobre o fundamento das acções possessorias, veja-se Charles Maynz, *Éléments de Droit Romain*, vol. 1.º, § 166; P. Namur, *Cours d'Institutes*, vol. 1.º, § 88; e Savigny, *Traité de la Possession*, edição de 1866, pp. 36 e seguintes.

sas, é manifesto que a natureza e fim da sociedade civil exigem imperiosamente que aquelle que possue publica e pacificamente certos objectos na presença de todos os cidadãos (1), durante um lapso de tempo razoavel, seja reputado proprietario dos mesmos, não se apresentando o verdadeiro proprietario a reivindicar-os dentro do referido lapso de tempo. Se assim não fora, as demandas seriam innumeraveis, e os possuidores em segunda ou terceira geração poderiam ser privados dos bens que elles e os seus antecessores tivessem regado com o suor do seu rosto, ou fecundado á custa dos seus haveres. Esta verdade não podia deixar de ser reconhecida em todos os tempos, e por isso a prescrição, não obstante as subtilizas e argucias dos doutores, é coeva da sociedade civil, e chamada com razão *patrona generis humani* (2). Ora, pelo que respeita á prescrição dos immoveis, todos concordam que é regida pela *lex rei sitae* (3); e nem podia ser d'outra maneira, porque, sendo a prescrição um modo de adquirir as cousas, não pode ella deixar de ser regida pela lei do paiz a que adherem essas cousas. Em quanto porem á prescrição dos

(1) Maynz, obra e logar citados em a nota precedente.

(2) Marcadé, commentario ao art. 2219 do codigo civil francez, pp. 3 e 4 da edição de 1861.

(3) Savigny, p. 184; Foelix, n.º 100, p. 220, nota 1; Massé, n.º 558, etc.

moveis, as opiniões dos juristas acham-se divididas, porque ao passo que uns, de accordo com os verdadeiros principios, a consideram regulada pela lei do lugar da situação d'estes bens (1), outros, pelo contrario, consideram-na regida pela lei do domicilio dos seus proprietarios (2). Mas esta opinião é inaceitavel: 1.º porque, não tendo fundamento economico a distincção que se pretende fazer entre os moveis e immoveis, tambem o não tem a que se pretende fazer entre as regras que regem a sua prescrição; 2.º porque, se a prescrição dos moveis for regida pela lei do domicilio dos seus proprietarios, não só os interesses particulares e de ordem publica que ella tem por fim proteger ficariam compromettidos, senão ainda a propriedade movel, adquirida na conformidade da *lex rei sitae*, poderia em certos casos ser reivindicada por um terceiro em nome d'uma lei estrangeira, vindo d'este modo estas a produzir effeitos contrarios á *lex rei sitae*, o que é, como temos dicto por vezes, inadmissivel. D'onde podemos e devemos concluir que a prescrição dos moveis e immoveis situados ou existentes no territorio portuguez é exclusivamente

(1) Savigny, pp. 184 e 185; e Marcadé, commentario ao art. 2219 do codigo civil francez.

(2) Foelix, n.º 100, p. 220, nota 1, e muitos outros por elle citados.

regida pela portugueza (1). Mas, pergunta-se, como deverá regular-se a prescrição dos moveis que ti-

(1) Eis como a este respeito se exprime Marcadé (commentario ao art. 2219 do codigo civil francez, p. 9): «Pour la prescription acquisitive des choses, comme aussi pour la prescription, soit acquisitive, soit extinctive de droits réels sur ces choses, il n'y a pas de doute possible, et on doit évidemment suivre, comme le décident M. Troplong (n.º 39) et M. Duranton (XXI—113), d'après nos anciens auteurs, la loi du pays où se trouve la chose. Il est évident, en effet, que la loi de la prescription n'est pas alors un statut personnel, mais un statut réel, puisqu'il s'agit de savoir comment, par quel temps et d'après quelles autres conditions *telle chose* se prescrira. Cette chose dès lors, selon qu'elle sera française, anglaise, ou espagnole, c'est-à-dire située en France, en Angleterre ou en Espagne, se prescrira d'après la loi française, anglaise ou espagnole, de quelque pays que soit d'ailleurs la personne à laquelle elle appartient, d'après les principes par nous expliqués sous l'art. 3, n.ºs III e V. Et ce n'est pas seulement aux immeubles que nous appliquons cette règle; les meubles, pour lesquels Pothier (n.º 251) croyait devoir y faire exception en les soumettant à la loi du domicile de leur propriétaire, et pour lesquels M. Duranton (loc. cit.) se contente de signaler la difficulté sans oser la résoudre, suivent selon nous le même principe, par les raisons que nous avons indiquées sous ce même art. 3, n.º VI. Et telle était aussi, pour ce cas, l'opinion de Dumoulin, qui déclare formellement la règle applicable à toute prescription, *rerum corporalium, sive mobilium, sive immobilium*, en ajoutant *inspicitur in-distincte locus ubi res est.*»

verem percorrido diversos paizes, antes de completo o tempo necessario para a prescripção? É manifesto que a deslocação d'estes bens não interrompe a posse, e que portanto a sua prescripção deve ser regulada pela lei do paiz onde ultimamente se acharem, visto a aquisição da propriedade pela prescripção só se verificar depois de decorrido o tempo necessario para ella (1); notando-se que a propriedade, uma vez adquirida pela prescripção na conformidade da lei do paiz onde se achar o objecto prescripto, deve tambem ser reconhecida pela lei do paiz para onde posteriormente for transportado, muito embora esta exija um tempo mais longo para a prescripção (2): e nestes termos o objecto roubado em França, que foi transportado para Portugal, antes de terem decorrido os tres annos necessarios pela lei franceza para a sua prescripção, ficará prescripto pela lei portugueza em favor d'aquelle que o adquiriu na boa fé em Portugal, passados seis annos, a contar do dia em que foi roubado em França; de maneira que, sendo este mesmo objecto depois transportado para a Prussia, onde a propriedade das cousas roubadas só se acquie por uma posse pacifica de quarenta annos (3),

(1) Savigny, p. 185.

(2) Idem, p. 185.

(3) *Concordance entre les Codes Civils Étrangers*, vol. 3.º, p. 277, n.º 648.

a pessoa a quem tivesse sido roubado em França não poderia mais reivindicar-o, em consequencia de a sua propriedade já ter sido adquirida legalmente por outrem na conformidade da lei portugueza (1).

102 O exercicio da acção resultante da propriedade dá tambem logar a algumas questões importantes. Segundo Savigny esta acção pode ser intentada tanto no logar da situação dos bens como no domicilio do réu, em cuja hypothese, diz elle, a lei d'este ultimo logar se applica a todas as questões de direito relativas á propriedade. O mesmo Savigny porem reconhece que esta alternativa deixada ao auctor lhe confere um poder arbitrario, que pode ter seus inconvenientes, que elle, no entretanto, reputa inevitaveis (2). A opinião de Savigny parece-nos inadmissivel, na parte em que diz que a lei do domicilio do réu se applica a todas as questões de direito relativas á propriedade; porque, como temos visto, e elle Savigny melhor do que ninguem demonstrou, o direito applicavel aos moveis e immoveis é o do logar da sua situação (3). Heffter e Gomez de la Serna

(1) *Aliter*, Marcadé, commentario ao art. 2219 do código civil francez, pp. 14 e 15.

(2) Savigny, pp. 185 e seguintes.

(3) A contradicção em que nos parece ter cahido o eminente jurisconsulto é inexplicavel, e não obstante clarissima, salvo erro da nossa parte. Para prova d'isto basta confrontar o logar citado em a nota precedente com o que

ensinam também que as acções que têm por objecto immoveis são inquestionavelmente da competencia dos tribunaes dos logares onde estes bens são situados (1). As restricções impostas pelas diversas legislações ao exercicio da acção resultante da propriedade variam muito umas das outras. O direito romano concede esta acção contra todo o possuidor não proprietario, sem nenhuma indemnisação pelo preço da aquisição pago por este possuidor. O codigo prussiano admite egualmente um direito de reivindicação illimitado, mas com reserva d'uma indemnisação para o possuidor de boa fé. O direito francez não admite a reivindicação das cousas moveis, mas faz a esta regra as excepções seguintes: as cousas roubadas ou perdidas podem ser reivindicadas durante tres annos; os effeitos moveis não pagos podem ser reivindicados dentro de oito dias depois da entrega (2). O codigo civil portuguez admite a reivindicação dos immoveis e direitos immobiliarios dentro dos prazos de 5, 10, 15, 20 e 30 annos, nos termos dos artt. 526—529 do mesmo

elle diz em muitos outros logares da sua obra, por exemplo, a p. 277, onde se lê: «... car la vente d'un immeuble implique toujours un lieu d'exécution déterminé, qui est en même temps le siège de l'obligation, et dont le droit local est seul applicable.»

(1) Heffter, p. 130; Gomez de la Serna, n.º 37, p. 277.

(2) Codigo civil francez, artt. 2279 e 2101, n.º 4.

codigo. Em quanto aos moveis, estes podem ser reivindicados dentro do praso de tres annos, sendo a posse continua, pacifica e acompanhada de justo titulo e boa fé, ou então de dez, independentemente de boa fé e justo titulo. As cousas moveis perdidas ou obtidas por algum crime ou delicto, que passaram a terceiro de boa fé, podem ser reivindicados dentro de seis annos. Finalmente, o que reivindica a cousa, no praso em que o pode fazer, d'aquelle que a comprou em mercado ou praça publica, ou a mercador que negocia com cousas do mesmo genero ou semelhantes, é obrigado a pagal-as ao terceiro de boa fé pelo preço que este houver dado por ella, salvo o regresso contra o auctor do furto ou da violencia, ou contra o achador (1). Cada uma d'estas regras se applica segundo o paiz da situação dos bens é regido pelo direito romano, prussiano, francez ou portuguez. A acção intentada sobre a propriedade podem ligar-se como consequencias especiaes a restituição dos fructos, a indemnisação devida pela perda ou deterioração da cousa reivindicada (2), etc. Todas estas questões accessorias julgam-se egualmente na conformidade da *lex rei sitae* (3).

(1) Codigo civil portuguez, artt. 532—534.

(2) Correa Telles, *Doutrina das Acções*, § 68 e nota 4.ª

(3) Veja-se em geral sobre a materia d'este n.º Savigny, pp. 185—187.

103 Finalmente, do principio por nós adoptado, de que tanto os moveis como os immoveis são regidos pela *lex rei sitae*, segue-se que todos os bens situados ou existentes em Portugal são regidos pela lei portugueza; vindo portanto a ser esta a que define e decide quaes são as cousas susceptíveis de apropriação; as que estão fóra do commercio por sua natureza ou disposição da lei; as que são moveis ou immoveis tanto pela natureza como pela acção do homem e disposição da lei; as que são publicas, communs e particulares; os modos por que se acquirem pela occupação os thesouros, as cousas escondidas, e outros objectos; a pesquisa e lavra das minas; os privilegios creditorios mobiliarios e immobiliarios, assim como toda a materia das hypothecas; os contractos de parceria rural, de arrendamento, de aluguer, de renda ou censo consignativo, de emphyteuse e subemphyteuse, e de censo reservativo; a expropriação por utilidade publica; as servidões; o direito de accessão natural e industrial, e muitas outras relações juridicas, a que já especialmente nos referimos no decurso d'este capitulo, ou a que por brevidade deixamos agora de referir-nos.

RESULTADO

104 Da exposição e analyse que fizemos do systema que sujeita os bens moveis, pertencentes a estrangeiros, ao dominio da lei do domicilio dos seus titulares, vê-se perfeitamente, segundo cremos, que este systema é inteiramente inadmissivel por causa das difficuldades e absurdos que resultariam da sua applicação rigorosa. No entretanto, o despotismo que exercem as falsas doutrinas, uma vez recebidas na sciencia, é tal que muitos jurisconsultos illustados, que reconhecem a falsidade d'este systema, quando o consideram nas suas applicações particulares, não duvidam acceital-o como verdadeiro, quando o consideram como regra juridica geral, sem attenderem a que, devendo estas fundar-se na observação dos factos, se devem regeitar como falsas todas as que estiverem em opposição com os mesmos factos, depois de devidamente observados e apreciados. Na presença d'estas considerações foi com verdadeira surpresa que vimos sancionado no art. 7.º dos preliminares do moderno codigo civil italiano, reputado com razão pelas pessoas entendidas como o mais perfeito dos codigos civis, que os bens moveis estão sujeitos á lei da nação de seus proprietarios, salva disposição em contrario da lei do paiz onde se acham. Ora, como segundo Savigny, Mühlenbruch, Demolombe, Mar-

cadé e muitos outros, e mesmo segundo a propria opinião dos sectarios da doutrina que submette os moveis ao dominio da lei do domicilio dos seus titulares,—estes bens, da mesma sorte que os immoveis, não podem, individualmente considerados, deixar de ser regidos pela lei do paiz da sua situação, sob pena de as leis estrangeiras regularem os privilegios sobre os mesmos, a sua prescrição, etc. —segue-se que o moderno legislador italiano estabeleceu no referido art. 7.º uma doutrina erronea, que pode auctorisar as pretensões mais audaciosas e absurdas dos estrangeiros, titulares d'estes bens. Assim, profundamente convencidos da falsidade da doutrina que submette os moveis ao dominio da lei do paiz dos seus proprietarios, e da grande conveniencia que haverá em regular esta materia na primeira revisão do codigo civil portuguez, concluiremos este capitulo fazendo votos para que nelle se adopte o principio de que tanto os moveis como os immoveis, existentes ou situados em Portugal, pertencentes a estrangeiros, sejam regidos, individualmente considerados, pela lei portugueza: já não assim, quando se considerarem como uma universalidade, porque neste caso a sua transmissão por successão legitima ou testamentaria deverá ser regida pela lei do paiz do fallecido proprietario. É esta a doutrina estabelecida no art. 8.º dos preliminares do codigo civil italiano, onde acertadamente

se dispõe que as successões legitimas e testamentarias, quer em relação á ordem de succeder, quer em relação á medida dos direitos successorios, e á validade intrinseca das disposições, são regidas pela lei da nação a que pertencia o defuncto, qualquer que seja a natureza dos bens, e em qualquer paiz que sejam situados. A justificação d'esta excepção fica para mais tarde.

CAPITULO QUARTO

Das obrigações

SECÇÃO PRIMEIRA

Determinação da séde e do direito
applicavel ás obrigações

105 Razão d'ordem. **106** Diversos systemas que regulam o direito applicavel ás obrigações. **107** Systema de Savigny, e razão por que o adoptamos. **108** Casos em que o direito applicavel ás obrigações é determinado pela declaração expressa da vontade das partes ou pela propria natureza da obrigação. **109** Casos em que o direito applicavel ás obrigações é determinado pelo local onde o devedor tem a séde dos seus negocios e exerce uma actividade continua. **110** Casos em que o direito applicavel ás obrigações é determinado pelo domicilio do devedor. **111** Casos em que o direito applicavel ás obrigações é determinado pelo logar do contracto. **112** Casos em que o direito applicavel ás obrigações é determinado, na falta de convenção expressa em contrario, pelo domicilio do devedor. Contractos feitos por intermedio d'un agente (*commis voyageur*). **113** Direito applicavel aos contractos feitos por dous ou mais estrangeiros, que percorrem junctos diversos paizes. **114** Direito applicavel aos contractos feitos por meio de correspondencia. **115** Direito que rege os diversos contractos particulares de que se compõe o contracto geral de cambio. **116** Regras praticas em que se acha consubstanciada a doutrina dos numeros precedentes. **117** Em que a doutrina d'esta secção differe da geralmente seguida pelos escriptores. **118** Determinação do logar dos contractos. **119** Regras que se encontram nas legislações positivas sobre a materia d'esta secção, e sua rapida apreciação. **120** Transição.

105 Como vimos (**83**), as pessoas podem exercer os seus direitos tanto sobre cousas determina-

das (*direitos reaes*), como sobre os actos de pessoas determinadas (*direito das obrigações*): e por isso, tendo estabelecido no capitulo precedente o direito applicavel aos moveis e immoveis, vamos agora estabelecer o que seja applicavel ás obrigações (1).

(1) A natureza e difficuldades intrinsecas que offerece esta materia encontram-se admiravelmente expostas no seguinte trecho de Savigny (pp. 198 e seguintes), para o qual tomamos a liberdade de chamar a attenção do leitor:

«Les obligations de même que les droits réels font sortir la personne de sa personnalité abstraite, e la font entrer dans le domaine du droit local qui régit le rapport de droit. Ici encore se représente la question de savoir quel est le véritable siège de l'obligation, l'endroit où elle est localisée dans l'espace; car ce siège de l'obligation, cet endroit une fois déterminé, nous saurons quelle est la juridiction spéciale appelée à en connaître, et le droit local auquel elle est soumise.

La réponse à cette question soulève plus de doutes et de difficultés pour les obligations que pour toute autre matière; et en voici les motifs.

D'abord, l'obligation a un objet d'une nature invisible, si on la compare au droit réel qui porte sur un objet matériel accessible à nos sens. Nous devons donc commencer par donner un corps à cet élément invisible de l'obligation.

Ensuite l'essence de l'obligation est de se rapporter à deux personnes différentes: pour l'une, elle constitue une extension de la liberté, l'empire sur une volonté étrangère; pour l'autre, une restriction de la liberté, la soumission à une volonté étrangère. D'après lequel de ces rap-

106 A determinação d'este direito é muito controvertida entre os juriconsultos; porque, ao passo que uns consideram as obrigações regidas pela lei do logar, onde intervêm os actos, de que resultam, outros, pelo contrario, consideram-nas regidas pela

ports étroitement liés, quoique différents, devons-nous déterminer le siège de l'obligation? Évidemment sous le dernier, car la nécessité d'un acte imposé à la personne du débiteur forme l'essence de l'obligation. Cela trouve une double confirmation, d'abord dans la grande influence que le lieu de l'exécution exerce sur la juridiction; car l'exécution résulte principalement de l'activité du débiteur, tandis que le créancier n'agit pas, ou ne joue qu'un rôle accessoire et secondaire; puis dans la relation intime existant entre le droit local et la juridiction toujours subordonnée à la personne du défendeur, qui est ici le débiteur.

Enfin, les obligations synallagmatiques présentent une difficulté particulière; car les deux personnes y figurent comme débiteurs, quoique par rapport à des actes différents; et ainsi la règle que nous venons d'établir sur la prédominance de la personne du débiteur paraît insuffisante. Mais dans toute obligation synallagmatique les dettes sont distinctes, et peuvent toujours être traitées séparément; or, cette division une fois opérée, rien ne nous empêche de déterminer, pour chacune de ces dettes, la juridiction et le droit local d'après la personne du débiteur. Cette distinction faite entre les dettes est même le point de vue primitif et naturel; leur réunion n'est qu'une déduction artificielle, justifiée d'ailleurs par la liaison intime des deux obligations. La vérité de cette doctrine se trouve confirmée par les usa-

lei do logar do seu cumprimento (1). Além d'estas opiniões extremas ha outras intermedias, como seja, por exemplo, a de Foelix, o qual, tendo primeiramente estabelecido a regra — que o valor intrinseco, a substancia, o vinculo das obrigações dependem da lei do logar onde intervêm os actos de que resultam (2) — viu-se depois obrigado a admittir grande numero de excepções a esta pretendida re-

ges des Romains, qui très-souvent formaient un contrat de vente, etc., au moyen de deux stipulations distinctes.»

Veja-se tambem o § 232 de Story, onde este juriconsulto põe egualmente em relevo uma outra ordem de difficuldades, que offerece esta materia, ás quaes, em contraposição ás primeiras, podemos dar o nome de *extrinsecas*, em consequencia de resultarem da grande variedade de costumes, de ideas e de interesses sobre que assentam as leis dos diversos povos, causa dos conflictos que se dão entre ellas.

(1) Estas opiniões contradictorias fundam-se na L. 6, D. *de evic.*, onde se lê: «Si fundus venierit ex consuetudine ejus regionis in qua negotium gestum est, pro evictione cavere oportet.» e na L. 21, D. *de oblig. et act.*, onde se lê: «Contraxisse unusquisque in eo loco intelligitur, in quo ut solveret, se obligavit.» A antinomia real ou apparente que existe entre estas duas leis tem dado que fazer aos doutores. Quem quizer ver as diversas maneiras por que se tem pretendido conciliar-as e explical-as, veja Story § 233 e seguintes; Savigny, pp. 248 e seguintes; Foelix, n.º 98; e Massé, n.ºs 637 e 638.

(2) Foelix, n.º 96.

gra, unico meio de evitar os muitos erros que resultariam da sua applicação incondicional (1). Story tambem seguiu a este respeito uma doutrina media; porque, segundo elle, a validade dos contractos deve ser regulada, geralmente fallando, pela lei do logar onde foram celebrados, salvo no caso de deverem ser cumpridos noutro paiz (2), em cuja hypothese devem ser regidos, de accordo com a vontade presumida das partes, pela lei d'esse paiz, em tudo o que for relativo á sua natureza, interpretação, validade e effeitos (3).

107 A doutrina de Savigny, com quanto não diffira essencialmente nos seus resultados da de Foelix e Story, é muito preferivel á d'estes dous jurisconsultos, em consequencia do character scientifico e systematico que a distingue, razão por que nos acostaremos a elle principalmente. Eis como a este respeito se exprime o grande juriscônulto: «O direito local das obrigações (4) repousa sobre a

(1) Foelix, n.º 97 e seguintes.

(2) Story, § 242.

(3) Idem, § 280.

(4) Os textos de direito romano sobre que Savigny asenta a determinação da séde e do direito applicavel ás obrigações referem-se especialmente á jurisdicção; mas note-se: 1.º que Savigny invoca a auctoridade d'estes textos não *ratione imperii* e sim *imperio rationis*, em que se fundam; 2.º que a relação intima que existe entre a jurisdic-

submissão livre das partes, submissão resultante as mais das vezes d'uma declaração da vontade não expressa mas tacita, e que portanto é sempre excluida pela expressão d'uma vontade contraria. Devemos pois procurar sobre que logar as partes dirigiram a sua esperança, que logar olharam como séde da obrigação, e é nesse logar que devemos collocar o direito da obrigação, fundado sobre a livre submissão das partes. Mas, como a obrigação em si é uma cousa incorporea, que não occupa logar no espaço, devemos procurar no seu desenvolvimento natural algumas apparencias visiveis, a que liguemos a sua realidade invisivel, a fim de lhe dar um corpo. Ora, nós encontramos em toda a obrigação duas apparencias visiveis, que podem servir-nos de guia. Com effeito, toda a obrigação resulta de factos visiveis, toda a obrigação se cumpre por factos visiveis, e uns e outros se passam necessariamente num logar. Assim pois, para determinar a séde da obrigação e o direito que lhe é applicavel, temos de escolher entre o logar onde a obri-

gação e o direito os torna tambem applicaveis a este, como diz o mesmo Savigny a cada passo, e especialmente a p. 248. Antes d'elle já Eichhorn tinha applicado directamente estes textos á determinação da séde e do direito das obrigações, materia sobre que o direito romano e moderno são geralmente omissos. Veja-se o mesmo Savigny, p. 244 n. (a).

gação nasce, e o lugar onde se cumpre, entre o seu começo e o seu fim. Consideradas as cousas d'um modo geral, a qual d'estes dous termos daremos a preferencia? Não será ao primeiro, que em si é um facto accidental e fugitivo, estranho á essencia da obrigação, ao seu desenvolvimento e efficacia ulterior. Se o lugar onde nasce a obrigação tivesse aos olhos das partes uma importancia duravel, que devesse estender-se ao futuro, isto não resultaria por certo unicamente do facto de nelle se passar o acto, mas de circumstancias exteriores, estranhas a esse facto, que provassem que a esperanza das partes se dirigiu expressamente para esse lugar. Não succede o mesmo com o cumprimento, que pertence á essencia da obrigação. Com effeito, a obrigação consiste em fazer certa e necessaria uma cousa, antes incerta e sujeita ao livre arbitrio d'uma pessoa. Ora, a cousa assim feita necessaria e certa é precisamente o cumprimento da obrigação; é nisto que consiste a esperanza das partes, e portanto é da essencia da obrigação que o lugar do cumprimento seja considerado como séde da obrigação, e que neste lugar se colloque o direito da obrigação em virtude da submissão livre (1).

¶ Posta esta doutrina, desçamos á sua applicação, i. é, á determinação do lugar do cumpri-

mento das obrigações, ou, o que equivale ao mesmo, á determinação da séde e do direito que rege as obrigações. O primeiro caso, de que vamos occupar-nos, tem lugar, quando as partes por uma circumstancia accidental designaram expressamente o local do cumprimento da obrigação, ou quando esse local se acha determinado pela propria natureza da prestação. Assim, supponhamos que num contracto relativo ao pagamento de certa somma de dinheiro se designou o paiz onde este deve effectuar-se. Neste caso o direito applicavel á obrigação é o d'esse paiz em virtude da submissão livre das partes. O que acontece com o pagamento de dinheiro acontece tambem com grande numero de outros actos, que podem cumprir-se em qualqter parte, como sejam as prestações pessoases, os trabalhos a executar sobre moveis, e a tradição de mercadorias, etc. Para todos estes actos o lugar do seu cumprimento não pode ser determinado senão pela designação do local ondê deve effectuar-se. Outros actos ha, porem, que estão por sua natureza tão exclusivamente ligados a um lugar especial, que seria impossivel separal-os d'elle. Taes são os trabalhos que têm de executar-se sobre immoveis determinados, a construcção e reparação d'um edificio, o arrendamento d'uma casa ou d'uma propriedade rural. Com effeito, toda a venda obriga o vendedor a entregar a cousa vendida. Ora, como a en-

(1) Savigny, pp 204. — 206.

trega d'um immovel não pode conceber-se senão no logar da sua situação, seria uma formalidade ociosa e inutil prometter por um contracto que a entrega da cousa vendida teria logar no paiz da sua situação. Assim, nas hypotheses d'este numero o logar do cumprimento das obrigações, bem como as suas consequencias, acham-se determinadas ou pela vontade expressa das partes, ou pela propria natureza do acto (1).

109 Passemos agora aos casos numerosos e variados, em que não existe para o cumprimento da obrigação logar rigorosamente determinado. Estes casos referem-se a actos que por sua natureza podem effectuar-se em toda a parte, que não estão necessariamente ligados a um logar determinado, porque, se o estivessem, o logar do cumprimento se acharia fixado como vimos ha pouco. Para todos estes actos devemos procurar em que logar deve effectuar-se o cumprimento da obrigação, segundo a intenção e esperança das partes, e é ahi que devemos collocar a verdadeira séde da obrigação e o direito, por isso que a esperança, que resulta das circumstancias, implica uma designação tacita do logar do cumprimento, e por isso mesmo a submissão voluntaria do réu ao direito d'esse logar. O primeiro caso d'esta especie dá-se quando a obrigação re-

sulta não de actos isolados e fugitivos, mas d'uma actividade continua do devedor, actividade que se sustenta durante um tempo assás longo, e se exerce num logar determinado. Designaremos pelo nome geral de gestão de negocios esta especie de actividade, que num lapso de tempo gera um maior ou menor numero de obrigações particulares. Entre estes casos figura a tutela, a curatela, a gestão dos negocios d'outrem, geral ou especial, como a administração d'uma casa de commercio, d'uma fabrica, etc.; isto quer em virtude d'um contracto (mandato), quer em virtude da vontade do gerente (gestão de negocios); e enfim, a propriedade d'uma casa bancaria, de commissões, etc. Vê-se d'estes exemplos que a gestão dos proprios negocios, ou dos negocios d'outrem, quer em virtude d'um contracto, quer d'um quasi contracto, podem igualmente determinar o direito applicavel ás obrigações. A unica condição essencial é que exista uma relação constante entre a gestão e uma localidade determinada (1).

110 Resta-nos fallar das obrigações que não têm nenhum logar determinado para o seu cumprimento (**108**), ou que não resultam d'uma actividade continua num logar determinado (**109**). Todas ellas devem ter por objecto actos que podem

(1) Savigny, pp. 209—211.

(1) Savigny, pp. 212—215.

effectuar-se em toda a parte, e por causas actos isolados e fugitivos, porque do contrario entrariam nas duas categorias precedentes. Devemos pois indagar sob que condições as partes podem esperar que o logar onde nascem estas obrigações seja tambem o do seu cumprimento, e por tanto a verdadeira séde da obrigação. O primeiro caso que nos apresenta esta ordem de ideas é aquelle em que o devedor contrahe uma obrigação no seu proprio domicilio, por cujo facto se sujeita ao direito ahi estabelecido. Á primeira vista parece superfluo considerar como cousa nova o direito a que o devedor está sujeito d'um modo geral. Mas a importancia d'esta distincção funda-se na possibilidade d'uma mudança ulterior. Assim, quando o devedor transporta para outro paiz o seu domicilio, o direito da obrigação continua a subsistir como direito especial da obrigação, e obriga a seus herdeiros, ainda que domiciliados noutro Estado. Esta regra funda-se em que o devedor subscrevendo a obrigação fez nascer a esperanza de que se submettia ao direito do logar onde a subscreveu: esperanza que não deve ser illudida, porque, com quanto o devedor possa mudar de domicilio, é certo que nem por isso fica desobrigado de cumprir a obrigação que contrahi no seu antigo domicilio, na conformidade do direito ahi estabelecido (1).

(1) Savigny, pp. 216—218.

¶ Mas qualquer pode subscrever obrigações fóra do seu domicilio, e as circumstancias podem auctorisar o credor a julgar que a obrigação ha de ser cumprida no logar onde nasceu. Esta esperanza é legitima, quando um artista emprehende fóra do seu paiz trabalhos que devem durar certo tempo, e toma disposições que auctorisam a esperanza de que entregará os productos da sua industria no logar onde os vendeu, em cuja hypothese se submete para o cumprimento da obrigação ao direito do logar onde intervem o contracto. A convenção feita por um artista é aqui apresentada como exemplo e não como condição exclusiva do direito da obrigação. Assim, quando um individuo faz um contracto fóra do seu domicilio, deve examinar-se, segundo a natureza do contracto, qual foi o pensamento provavel das partes ácerca da sua execução. De maneira que as obrigações provenientes de dividas contrahidas em Portugal por um estrangeiro para satisfazer ás necessidades diarias da vida serão regidas pelo direito portuguez, em virtude da submissão tacita das partes a esse mesmo direito; mas já assim não succederia com as obrigações resultantes de transacções commerciaes, que houvessem de desenvolver-se fóra de Portugal, porque neste caso o direito applicavel seria, de accordo com a vontade presumida das partes, o do logar do seu cumprimento. Como em materias d'esta or-

dem tudo depende da intenção provavel das partes, uma residencia muito curta basta algumas vezes para determinar a applicação do direito local. Assim, por exemplo, o viajante que recusa pagar a despesa que fez numa hospedaria está sujeito ao direito do credor, em consequência de este, segundo o costume geralmente adoptado, contar com o prompto pagamento. Tudo depende pois da relação que existe entre a residencia e o conteudo da obrigação (1).

112 Resta-nos, finalmente, determinar a séde das obrigações, quando faltam os signaes caracteristicos acima enumerados, i. é, quando não existe logar determinado para o cumprimento da obrigação (108), e quando das circumstancias accessorias dos contractos se conhece que as partes não quizeram sujeitar a obrigação ao logar do seu nascimento (109, 110, 111). Tem aqui particular applicação o caso d'um viajante que faz um contracto num paiz onde reside passageiramente. Na falta de designação expressa do logar do cumprimento da obrigação resultante d'esse contracto entende-se que a cumprirá no seu domicilio, para onde deve voltar. De maneira que esta hypothese julga-se precisamente como se julgaria, se o viajante tivesse feito o contracto não em viagem, mas no seu proprio

domicilio (110). Este caso apresenta-se a maior parte das vezes sob a forma seguinte, que exige algumas explicações por causa da natureza equivoca do conteudo da obrigação. Quando o proprietario d'uma fabrica ou d'uma casa de commercio viaja ou manda viajar um agente ou proposto (*commis voyageur*) para arranjar encomendas, e obrigar-se a entregar as mercadorias encomendadas, pode entrar-se em duvida ácerca da obrigação que elle contrahe e do logar do seu cumprimento. Com effeito, a entrega é um acto complexo, que exige certo lapso de tempo. Em primeiro logar as mercadorias são expeditas pelo vendedor, gastam algum tempo no caminho, e chegam finalmente ao poder do comprador. Neste caso podia considerar-se como conteudo verdadeiro da obrigação, ou a remessa das mercadorias, de maneira que a sua recepção não seria mais do que uma consequencia ulterior da execução já perfeita, ou a recepção, de sorte que a remessa não seria mais do que um facto preparatorio da execução real. Na primeira hypothese a obrigação cumpre-se no domicilio do vendedor, e na segunda no domicilio do comprador: d'estes dous pontos de vista qual é o mais conforme aos principios geraes de direito? Em quanto a nós é o primeiro, porque, constituindo a remessa a execução real, o cumprimento da obrigação se colloca no domicilio do vendedor. Esta opinião parece-nos

(1) Savigny, pp. 218—220.

confirmada pelo art. 715 do código civil portuguez, onde se estabelece que nas alienações de cousas certas e determinadas a transferencia da propriedade se opera entre os contractantes por mero effeito do contracto, sem dependencia de tradição ou de posse, quer material, quer symbolica, salvo havendo accordo das partes em contrario; pelo art. 717, onde se estabelece que, se a coisa transferida por effeito do contracto se deteriorar ou perder em poder do alienante, correrá o risco por conta do acquirente, salvo se se houver deteriorado ou perdido por culpa ou negligencia do alienante; e pelo art. 744, onde, finalmente, se estabelece que, se o lugar da prestação se não achar designado, e a dita prestação consistir em objecto movel, deverá ser satisfeita onde esse objecto existir ao tempo do contracto (1).

113 Postas estas regras geraes, vejamos em particular: 1.º quaes são as leis que regem os contractos feitos por dous ou mais individuos, pertencentes a diversas nações, que percorrem junctos diversos paizes; 2.º os contractos feitos por meio de correspondencia epistolar; 3.º os contractos de cambio. Pelo que respeita aos primeiros d'estes contractos entendem Foelix e Massé (2) que são regi-

(1) Veja-se sobre a materia d'este numero Savigny, pp. 221—223; e Massé, n.º 582.

(2) Foelix, n.º 104; e Massé, n.º 578.

dos pela lei do lugar onde interveio o *duorum plurimve in idem placitum consensus*. Esta opinião, porém, é regeitada por outros, e com razão; porque o facto, muitas vezes accidental, de o consentimento intervir num lugar, não basta para determinar a applicação do direito d'esse lugar aos contractos. Assim, na falta de declaração expressa, parece nos que estes contractos devem ser regidos pela lei do paiz de cada um dos contractantes, para onde devem voltar, e á qual naturalmente quereriam sujeitar-se, quando contractaram (1).

114 A determinação do direito que regula os contractos feitos por meio de correspondencia tem sido e continua a ser objecto de grande controversia entre os jurisconsultos, razão por que exporemos rapidamente as principaes opiniões que têm apparecido a este respeito. A primeira d'estas opiniões é a de Grocio, o qual, comparando estes contractos aos feitos no mar ou numa ilha deserta, os julgava isentos de toda a jurisdicção e regidos pelo direito natural (2). Mas esta opinião do eminente publicista deve ser regeitada: 1.º porque, sendo estes contractos celebrados debaixo do imperio de

(1) Tittmann e Woëchter, citados por Foelix, n.º 104.

(2) *De jure belli ac pacis*, lib. 2.º, cap. 11, § 5.º: «Plane aliud erit, si in mari pactio fiat, aut in vacua insula, aut per litteras inter absentes. Talia enim pacta jure solo naturae reguntur....»

leis positivas, não podem deixar de ser regidos por essas mesmas leis: o que convem é determinar quaes estas sejam; 2.º porque, entendendo a maior parte das vezes cada um a seu modo os princípios de direito natural, seguir-se-ia que aquillo que uns reputassem conforme a este direito reputal-o-iam outros contrario; de sorte que o remedio proposto por Grocio seria peor do que o proprio mal. Pela sua parte Story e muitos outros (1) entendem que os contractos feitos por meio de correspondencia são regidos pela lei do lugar onde foi recebida a primeira carta, e d'onde foi expedida a resposta affirmativa, com o fundamento de que, sendo nesse lugar que interveio o mutuo consentimento, é tambem a lei d'esse lugar que os regula. Não obstante, porem, o grande numero de partidarios d'esta doutrina, parece-nos que deve ser regeitada; porque, não havendo dependencia precisa entre o lugar onde intervem o consentimento e o direito que rege o contracto, este direito só pode ser determinado pela manifestação da vontade expressa ou presumida das partes, deduzida neste ultimo caso da natureza e desenvolvimento futuro da obrigação. Finalmente, Massé e outros seguem a este respeito uma opinião diametralmente opposta á precedente; por quanto,

(1) Story, § 285; e Foelix, n.º 105, e auctores por elle citados em a nota 3 da p. 225.

partindo do principio de que aquelle que expediu a primeira carta se pode arrepender antes de receber a resposta affirmativa, ou que esta pode ser retirada ou annullada por uma declaração contraria antes de chegar ao poder do auctor da proposta, entendem que o contracto feito por meio de correspondencia só fica perfeito depois da chegada da resposta affirmativa ao lugar d'onde partiu a primeira carta; e que, sendo portanto nesse lugar que intervem o mutuo consentimento, é tambem o direito d'esse lugar que rege o contracto (1). Mas esta opinião é tambem inadmissivel, não só pela razão, já apresentada, de o lugar onde intervem o consentimento não poder por si só determinar o direito applicavel, mas tambem porque, intervindo este a maior parte das vezes no lugar onde foi recebida a primeira carta, e d'onde foi expedida a resposta affirmativa, se o simples facto do concurso das vontades num lugar podesse determinar o direito, seria este determinado *em regra* pelo local onde chegou a primeira carta. E dizemos *em regra*, porque só quando a primeira proposta fosse seguida d'uma contra-proposta, que a seu turno fosse acceita pelo primeiro proponente, é que o consentimento interviria no lugar d'onde partiu a proposta (2). Mas,

(1) Massé e auctores por elle citados, n.º 579.

(2) O art. 654 do codigo civil portuguez conforma-se com esta doutrina, estabelecendo que quando a resposta

cumprimento notal-o, estes casos de contra-propostas são relativamente raros; porque, não permitindo a celeridade que exigem as transacções commerciaes que se gaste tempo, muitas vezes precioso, em propostas e contra-propostas, as propostas são ordinariamente seguidas d'uma acceitação ou recusa incondicional por parte d'aquelles a quem foram feitas. *Quid juris* neste caso? Savigny distingue entre o logar onde intervem o contracto e o direito que lhe é applicavel. Em quanto ao logar onde intervem o contracto diz elle que é aquelle onde foi recebida a primeira carta, e d'onde foi expedida a resposta affirmativa, porque é ahi que se verifica o mutuo accordo das partes, em consequencia de se suppor que aquelle que escreveu a primeira carta se transportou a casa da outra parte, e recebeu nella o seu consentimento. Pelo que respeita, porem, ao direito applicavel diz Savigny que, podendo quando muito comparar-se o auctor da primeira carta a um viajante, que se transporta a casa d'uma pessoa para contractar com ella, e que, não podendo esta residencia passageira fundar a séde da obrigação com todas as suas consequencias juridicas, o direito do contracto se determina pelo logar da sua execução, se este foi expressamente designado; e que,

envolver modificação na proposta, considerar-se-á esta modificação como nova proposta.

não o tendo sido, cada uma das partes fica sujeita ao direito do seu domicilio (1). Esta opinião do eminente jurisconsulto não nos parece isenta de defeitos, porque, sendo o contracto um e indivisivel, assim como é um e indivisivel o consentimento, deve tambem a parte substancial do mesmo contracto ser regida por um só direito, salvo no que respeita á capacidade das partes. No entanto, como não conhecemos outra melhor, e esta nos parece preferivel ás tres precedentes, não temos duvida em adoptal-a. A determinação do tempo e logar onde intervem o consentimento nos contractos feitos por meio de correspondencia, acha-se regulada debaixo do ponto de vista do nosso direito privado nos artt. 252 do codigo commercial e 651—655 do codigo civil. A doutrina d'este parece-nos melhor do que a d'aquelle em consequencia de marcar os prazos, dentro dos quaes o proponente é obrigado a sustentar a sua proposta sob pena de responder pelas perdas e danos que resultarem á outra parte da sua retractação, e de estabelecer que no caso de contra-proposta esta se considerará como uma nova proposta (2).

115 Pelo que respeita á letra de cambio en-

(1) Savigny, pp. 232—235 e 253—255.

(2) Aqui temos mais uma prova da urgente necessidade que ha de rever sem demora o codigo commercial, a fim de acabar com as contradicções que existem entre muitos

tendem muitos que a regra, em virtude da qual as obrigações são regidas pela lei do lugar do seu cumprimento, lhes é também applicavel (1). Mas esta opinião deve ser, e é effectivamente, regeitada pela maior parte dos juriconsultos modernos; por quanto, podendo a letra de cambio percorrer diversos paizes antes de chegar ao do seu pagamento, não pode razoavelmente suppor-se que as pessoas, que intervieram nella, quizessem sujeitar-se ao imperio de leis que não podiam conhecer: d'onde concluem que cada um dos contractos particulares, de que se compõe o contracto geral de cambio, é regido pela lei do lugar onde foi celebrado (2). Assim, não obstante o art. 321 do codigo commercial exigir que o sacador declare na letra se recebeu do tomador a sua importancia em dinheiro ou em conta, a letra de cambio sacada da Inglaterra sobre Portugal será valida, independentemente d'esta declaração, visto a lei ingleza a não exigir (3). Da

pontos da sua doutrina e a do codigo civil, em materias de puro direito civil. Veja-se a nota a pp. 212—214.

(1) Massé, n.º 589, p. 490; e Foelix, n.º 98, p. 213, nota 1, onde se encontram citados muitos partidarios d'esta doutrina.

(2) Savigny, p. 255; Story, §§ 314 e seguintes; *Précis d'un Code*, etc., § 199; Massé, n.ºs 589—591 e 623 e seguintes; e outros citados por Foelix, p. 213, n.º 1.

(3) Westoby, p. 186.

mesma sorte, o indosso incompleto ou em branco, posto na Inglaterra numa letra de cambio, pagavel em Portugal, transmite a propriedade da mesma ao indossado, na conformidade da lei ingleza (1), não obstante o art. 357 do codigo commercial simplesmente lhe conceder o effeito de procuração para o portador da letra exigir o seu pagamento do sacado, e fazel-a protestar na falta d'elle. Finalmente, do principio enunciado segue-se ainda, que, não obstante a lei ingleza permittir a accumulção dos recambios (2), o sacador e indossantes d'uma letra de cambio, sacada de Portugal sobre a Inglaterra e successivamente negociada na Hespanha, França, Belgica e Hollanda, não serão obrigados a pagar mais d'um recambio, em consequencia de as leis d'estes paizes não permittirem a sua accumulção (3). Esta doutrina acha-se confirmada pelos §§ 936—938 do codigo geral da Prussia, hoje derogados pelo art. 85 da lei allemã de 27 de novembro de 1848 sobre as letras de cambio, commum, segundo julgamos, a toda a Allemanha; e pelo art. 424 do regulamento do codigo commercial do Brazil, transcriptos em o numero 119.

(1) Westoby, pp. 192 e 193.

(2) Idem, p. 206.

(3) Codigo commercial hespanhol, art. 554; francez, art. 183; belga, art. 183; hollandez, art. 194.

116 Resumindo, da doutrina exposta nesta secção vê-se:

I Que o direito applicavel ás obrigações é determinado pelo logar do seu cumprimento, quando este logar foi expressamente designado pelas partes, ou resulta da propria natureza da prestação, ligada a um logar determinado (108);

II Que nas obrigações, resultantes d'uma actividade contínua do devedor, o direito applicavel é o do logar onde este tem a séde dos seus negocios (109);

III Que o direito applicavel ás obrigações é determinado pelo logar do seu nascimento, quando este logar coincide com o domicilio do devedor (110);

IV Que o direito applicavel ás obrigações, resultantes de actos isolados, praticados pelo devedor fóra do seu domicilio, é determinado pelo logar onde intervem o contracto, quando, segundo a vontade presumida das partes, esse logar coincide com o do cumprimento da obrigação (111);

V Que o direito applicavel ás obrigações é determinado pelo domicilio do devedor, quando não houver logar designado para o seu cumprimento, e das circumstancias e accessorios dos contractos se conhecer que as partes não queriam sujeitar-se ao direito do logar onde intervieram os mesmos contractos (112);

VI Que o direito applicavel ás obrigações, resul-

tantes de contractos feitos por duas ou mais pessoas, pertencentes a diversas nações, durante o tempo que percorrem junctas diversos paizes, é determinado pelo logar do cumprimento dos mesmos contractos, tendo esse logar sido expressamente designado; não o tendo sido, cada uma das partes fica sujeita ao direito do seu domicilio (113);

VII Que as obrigações resultantes dos contractos feitos por meio de correspondencia epistolar são regidas pela lei do logar do seu cumprimento, tendo esse logar sido expressamente designado; e, não o tendo sido, pelas leis dos seus respectivos domicilios (114);

VIII Que as obrigações resultantes de letras de cambio são regidas pelas leis dos logares onde intervêm os diversos contractos particulares, de que se compõe o contracto geral de cambio (115) (1).

117 A doutrina que temos apresentado sobre o direito applicavel ás obrigações differe da geralmente adoptada pelos juriconsultos em fundarmos este direito, não no logar onde intervêm os contractos, e sim no logar do seu cumprimento, quer este logar tenha sido expressamente designado pelas partes, quer haja de determinar-se segundo os dictames da sua vontade presumida.

118 A determinação do logar dos contractos,

(1) Confrontem-se estas regras com as apresentadas por Savigny, pp. 223—225, e 244 e 245.

da celebração dos contractos, onde intervêm os contractos (expressões que temos empregado e continuaremos a empregar como synonymas) é também de grande utilidade, em consequencia de este logar coincidir bastantes vezes com o do seu cumprimento, e determinar nestes casos o direito applicavel. O logar onde intervêm os contractos é ordinariamente aquelle onde as partes se acham na presença umas das outras, onde trocam o mutuo consentimento (1); todavia esta regra soffre excepções, porque, podendo as mesmas partes ou a lei submeter os contractos a certas solemnidades, como seja, por exemplo, a sua redacção por escripto perante um official publico, o logar onde intervêm estas solemnidades é também o do contracto, visto até ahí nenhuma das partes estar obrigada (2). Os contractos feitos por meio de agentes ou propostos (*commis voyageurs*), encarregados de arranjar commissões e encomendas de mercadorias, reputam-se celebrados no logar onde interveio o mutuo consentimento, mas o direito applicavel é determinado pelo logar d'onde foram expedidas as mercadorias (112). Os contractos celebrados por dous ou mais individuos, pertencentes a diversas nações, durante o

(1) Código civil, art. 650.

(2) É o que succede nos casos especificados nos artt. 119 n.º 1.º, 123, 1097, 1244, 1250, 1590 e 1646 do código civil.

tempo que percorriam junctos diferentes paizes, julgam-se feitos no logar onde interveio o mutuo consentimento, mas são regidos pelo direito do domicilio de cada um dos contractantes (113). O contracto feito por meio de correspondencia reputa-se feito no logar onde chegou a primeira carta, e d'onde foi expedida a resposta affirmativa, em consequencia de ser nelle que se verifica em geral o mutuo consentimento, do mesmo modo que se verificaria se o auctor da proposta se tivera alli dirigido pessoalmente. No caso, porem, de a proposta ser seguida d'uma contra-proposta, e esta ser acceita pelo auctor da proposta, o logar do contracto ficará sendo aquelle onde chegou a contra-proposta, e d'onde foi expedida a resposta affirmativa (114). Os actos assignados por diversas pessoas em diferentes logares reputam-se feitos no logar onde interveio a ultima assignatura. O contracto de cambio julga-se celebrado em relação ao sacador e tomador no logar onde a letra foi sacada, e em relação aos indossantes e indossatarios no logar onde interveio o accete (115) (1).

119 As regras que se encontram nas legislações positivas, ácerca da determinação da séde e do

(1) Vejam-se sobre a materia d'este numero Savigny, pp. 232—234, c. n. (b) a p. 233; e Massé, n.ºs 577 e seguintes; não esquecendo que este e o geral dos juriconsultos não fazem distincção entre o logar do contracto e

direito applicavel ás obrigações resultantes dos contractos, são geralmente deficientes e contradictorias, consequencia precisa do estado de formação em que se acha o direito internacional privado. Eis aqui as que nos pareceram mais dignas de ser apontadas: O codigo civil de Bade estabelece que a validade (substancia) dos actos passados naquella paiz é regida pelas suas leis (1). Da leitura d'este artigo vê-se que este codigo não distingue entre os actos passados em Bade, que hão de produzir alli os seus effeitos, e os que hão de produzi-los no estrangeiro. Em quanto aos primeiros é inquestionavel que o codigo de Bade pode regular a sua validade ou invalidade como bem quizer, sem se importar com a nacionalidade e leis das pessoas que nelles intervêm; mas já assim não succede com os segundos, porque, muito embora elle determine que a validade, a substancia dos actos passados em Bade é regulada pela lei d'aquella paiz, é certo que as leis das nações, onde estes actos houverem de produzir os seus effeitos, podem determinar o contrario; e que neste conflicto, entre a lei badeza e as leis estrangeiras, não podem estas deixar de prevalecer sobre aquella. O codigo civil

o do seu cumprimento, não obstante serem muitas vezes diversos.

(1) Foelix, n.º 119, p. 245.

da Louisiana evitou o defeito do codigo de Bade, estabelecendo no art. 10 que a forma e effeitos dos actos publicos e privados se regulam pelas leis e usos do paiz onde são feitos ou passados; mas que os effeitos dos actos passados para serem executados num outro paiz se regulam pelas leis do logar da sua execução (1). O pensamento d'este codigo parece-nos bom; mas não a maneira por que se acha formulado. Em quanto a nós o legislador da Louisiana teria feito melhor dando á primeira parte d'este artigo um caracter mais positivo e legal, estabelecendo, como fez o § 912 do Digesto russo — que o estrangeiro pode passar toda a especie de contractos e convenções, quer com um estrangeiro, quer com um indigena, com tanto que o contracto, no caso de dever produzir os seus effeitos no imperio, seja, na substancia e na forma, conforme á legislação do mesmo imperio (2). Pelo que respeita á segunda parte do artigo, é manifesto que o codigo da Louisiana exorbitou legislando para o estrangeiro, falta em que não cahiu o legislador da Russia, guardando silencio a este respeito. Mas, como tambem não approvamos este silencio, parece-nos que o legislador da Louisiana teria feito me-

(1) Foelix, n.º 119, p. 245.

(2) Idem, n.º 119, p. 245. O systema adoptado pela legislação da Russia é tambem adoptado pela legislação da Dinamarca. Obra citada, p. 246.

lhor invertendo a doutrina da segunda parte do artigo citado, e dispondo que os effeitos dos actos passados no estrangeiro para serem executados na Louisiana seriam regulados pela lei da Louisiana. É isto o que fez o art. 4.º do regulamento do código commercial brasileiro, onde se lê que «os contractos commerciaes, ajustados em paiz estrangeiro, mas exequíveis no imperio, serão regulados e julgados pela legislação commercial do Brazil.» A doutrina d'este código parece-nos a verdadeira, mas deficiente em virtude de não estabelecer a maneira por que se ha de determinar o logar do cumprimento das obrigações, lacuna que pretendeu evitar o § 905 do código austriaco, estabelecendo que — quando o logar, onde o contracto deve ser executado, não resultar nem da convenção das partes, nem da natureza ou do fim do negocio, a entrega das cousas immoveis se fará no logar da sua situação e a dos moveis no logar onde a promessa foi feita (1); e que a medida, o peso e as moedas regular-se-ão segundo o logar da entrega (2). Comparando a doutrina d'estes códigos com a do n.º 116 facilmente se concluirá pela adopção d'esta ultima, porque, ao passo que determina o logar do cumprimento das

obrigações segundo a natureza de cada uma d'ellas e a vontade expressa ou presumida das partes, determina, tambem como consequencia correlativa, o direito que lhes é applicavel — razões por que a julgamos digna de ser convertida em lei. Pelo que respeita particularmente á letra de cambio dispunham os §§ 936—938 do código da Prussia: «As negociações de letras de cambio feitas em paiz estrangeiro serão julgadas segundo as leis do logar onde foram concluidas.» — «Em particular, as condições necessarias para a validade d'uma letra de cambio ou d'um indosso são regidas pelas leis do logar onde o acto foi feito e passado (1).» Estas disposições do código da Prussia acham-se, porem, derogadas pelo art. 85 da lei allemã de 27 de novembro de 1848 sobre as letras de cambio, commum, segundo julgamos, a toda a Allemanha, onde se estabelece que «toda a obrigação resultante d'uma letra de cambio se julga segundo a lei do logar onde foi contractada; mas que, se a letra de cambio, defeituosa segundo esta lei, for conforme á lei allemã, os indossos posteriores, feitos na Allemanha, serão validos: e que é egualmente valida a letra de cambio feita em paiz estrangeiro por um nacional a outro nacional, se for conforme ás prescripções da lei allemã (2).» O código commer-

(1) E a de dinheiro no domicilio do credor, accrescenta o art. 701 do código civil de Berne, citado por Foelix, n.º 111, p. 250.

(2) Foelix, n.º 119, p. 250.

(1) Foelix, n.º 119, p. 244.

(2) Idem, n.º 119, p. 244, nota (a).

cial brasileiro também legisla a este respeito no art. 424, onde se lê: «As contestações judiciais, que respeitarem a actos de apresentação de letras de cambio, seu acceite, pagamento, protesto e notificação, serão decididas segundo as leis ou usos commerciaes das praças dos paizes onde estes actos forem praticados.» A doutrina d'este código parece-nos razoavel, e melhor ainda a do art. 85 da lei allemã, e por isso tomamos a liberdade de chamar sobre ella a attenção da illustre commissão revisora do código commercial.

120 As regras que acabamos de expor determinam em geral com exactidão a séde e o direito applicavel ás obrigações, e por tanto podiamos, em rigor, dar por concluida esta materia. Todavia, como os juriconsultos das diversas nações estão em desaccordo ácerca da lei que rege a capacidade das pessoas que intervêm nos contractos e ácerca dos principios que devem regular a sua interpretação, validade e effeitos, dedicaremos uma secção a cada um d'estes assumptos (1).

(1) O mesmo praticaram Foelix, n.º 86 e seguintes, 97 e seguintes; e Savigny, pp. 247 e 259 e seguintes.

SECÇÃO SEGUNDA

Da lei que regula a capacidade das pessoas que intervêm nos contractos

121 O desaccordo, que existe entre os juriconsultos ácerca da lei que regula a capacidade geral das pessoas, encontra-se também no que respeita á sua capacidade particular de contractar. Assim, na opinião de Foelix e Massé, esta especie de capacidade é regida pela lei do paiz dos contractantes (1); na de Savigny pela lei do seu domicilio (2); e na de Story pela lei do logar do contracto (3). Em quanto a nós a parte de verdade que contem cada um d'estes systemas é insufficiente; e por isso, fundindo-os num só, adoptariamos a respeito d'este ramo particular da capacidade civil geral os principios consignados em o numero 81, pp. 193 e 194, que se resumem na regra seguinte: A capacidade de contractar será regida pela lei do paiz dos contractan-

(1) Foelix, n.º 87, p. 179; e Massé, n.ºs 540 e 566. No logar citado de Foelix, lê-se que a capacidade de contractar é regida pela lei do domicilio, mas a palavra domicilio é por elle empregada na accepção de domicilio de origem ou de nacionalidade. Veja se o n.º 28 do mesmo autor.

(2) *Traité*, etc., p. 260.

(3) Story, § 241.

tes, ou pela lei do logar do contracto, ou pela lei do paiz onde este houver de produzir os seus effeitos, segundo a que for mais favoravel á sua validade, salvo nos casos em que por motivos de interesse e ordem publica deva ser exclusivamente regida pela lei d'este ultimo logar. Cumpre porem advertir que esta regra, que nos parece a melhor *de jure constituendo*, é inexacta *de jure constituto*, porque, segundo os artigos 24 e 27 do codigo civil, o estado e capacidade civil das pessoas são regulados pela lei do seu paiz.

SECÇÃO TERCEIRA

Da interpretação dos contractos

- 122** Dificuldades que apresenta a interpretação dos contractos. **123** Doutrina geralmente seguida pelos escriptores a este respeito. **124** Doutrina de Savigny. **125** Duvidas a que se prestam as palavras *geira* e *alqueire*, usadas em Portugal e no Brazil com diversas significações, e em qual devem tomar-se. **126** Dictas a que se prestam as palavras *canada* e *pipa*. **127** Dictas a que se presta a expressão monetaria *réis*, commum aos dous paizes: exemplo. **128** Outro exemplo tirado do emprestimo de dinheiro. **129** Outro exemplo tirado do contracto feito por meio de correspondencia, e em que se toma como expressão monetaria o *peso*. **130** Em que moeda devem ser pagas as letras de cambio sacadas do Brazil sobre Portugal, e *vice-versa*. E tendo-se entre a epocha do saque e do pagamento emittido no logar d'este uma moeda depreciada? **131** E tendo-se augmentado o valor nominal da moeda sem alteração do seu valor intrinseco? E designando-se precisamente as moedas em que deve ser feito? **132** Em que moeda deve ser paga a letra que se refere a moeda estrangeira? **133** Em que accepção deve tomar-se a palavra *uso*? **134** Disposições das legislações positivas sobre esta materia.

122 A interpretação dos contractos é uma das materias mais difficeis do direito, porque, dependendo essencialmente das circumstancias de facto, que os precedem e acompanham, só pode resolver-se satisfactoriamente na presença dos mesmos factos; e é sem duvida esta a razão por que não só as leis positivas, senão ainda os proprios auctores, que costumam dedicar longas paginas ao exame d'outros assumptos de menor valia, pouco dizem sobre este,

e reconhecem que em materia de interpretação a regra soberana, que domina todas as outras, consiste em indagar por todos os meios possiveis qual fosse a vontade das partes contractantes (1). Apesar de reconhecermos isto mesmo em princípio, exporemos aqui resumidamente a doutrina geralmente seguida pelos juriconsultos e codigos modernos a este respeito, acompanhando-a de alguns exemplos que facilitem a sua intelligencia.

123 Na opinião de Foelix e muitos outros a interpretação dos contractos de direito internacional é regida pela lei do paiz onde foram celebrados, em virtude da submissão livre das partes a essa me-

(1) Código civil francez, art. 1156; dicto italiano, art. 1131, que não fizeram mais do que reproduzir a doutrina da L. 219, D. *de verb. signif.*, onde se lê: «In conventionibus contrahentium voluntatem potius, quam verba spectari placuit.»; e Marcadé, vol. 4.º, n.º 474, p. 385. A grande importancia e difficuldades que apresentam em geral as questões de interpretação encontram-se bem caracterisadas nas seguintes palavras de Demolombe (vol. 1.º, n.º 116, pp. 135 e 136): «Quant aux règles qui doivent éclairer, diriger l'interprétation, elles font l'objet de notre cours tout entier... L'interprétation des lois est une oeuvre de raisonnement et de logique, mais aussi de discernement et de bon sens, de sagesse et d'expérience. L'interprétation des lois, c'est la science elle même tout entière! C'est le grand et difficile problème, dont la connaissance fait le juriconsulte vraiment digne de ce nom!»

ma lei (1) — isto não só quando ambas as partes pertencerem a esse paiz, mas tambem quando pertencerem a outro, ou ainda a paizes diversos, visto neste ultimo caso não haver razão plausivel para o contracto ser interpretado pela lei do paiz d'um dos contractantes e não pela do outro (2). Esta regra, porem, não é absoluta, porque estes mesmos escriptores reconhecem que os contractos devem ser interpretados pela lei do logar do seu cumprimento, quando do theor dos mesmos contractos se conhecer que era esta a vontade das partes (3); e que os contractos celebrados por dous estrangeiros, pertencentes á mesma nação devem ser interpretados pela lei do seu paiz, á qual, naturalmente, quizeram referir-se (4).

(1) Foelix, n.º 96, p. 205; e Pardessus, n.º 1492; e Massé, n.º 597. Eis como a este respeito se exprime Burgundus, citado por Foelix: «Si les parties ne se sont pas clairement expliquées, il faut suivre les lois et usages du lieu où le contrat a été passé; ce que les contractants ont omis est supplée par la loi qui est le régulateur de l'État, et dont la voix est entendue par les nationaux comme par les étrangers qui se trouvent dans le pays, et qui ne peuvent s'excuser de leur ignorance; si l'individu ne s'est pas clairement exprimé dans le texte du contrat, il est censé s'en être rapporté à la loi.»

(2) Massé, n.º 597; e Foelix, n.º 96, pp. 208—211.

(3) Idem, n.º 597, p. 498.

(4) Idem, n.º 597; Foelix, n.º 96, p. 208.

124 Este systema de interpretação, em que a manifestação imperfeita da vontade das partes é supprida pela lei do logar do contracto, é rejeitado por Savigny, na opinião do qual, sendo a applicação do direito inteiramente alheia a esta materia, a missão do interprete se limita ao exame d'uma questão de facto, como é a da interpretação das leis, consistente no descobrimento do sentido que as partes ligaram a certas palavras ambiguas, cuja significação varia com os paizes onde se empregam (1). E como as regras da secção primeira, que determinam a séde e o direito applicavel ás obrigações, não são applicaveis a esta materia, entende Savigny que têm aqui logar as seguintes:

I Quando se tractar d'um contracto feito por meio de correspondencia, o logar, cuja linguagem deve tomar-se em consideração, é aquella onde reside o auctor da primeira carta, e não aquella onde foi recebida, ainda que o contracto se reputa concluido neste ultimo logar (115, VI), em virtude de o auctor da carta dever ter na lembrança a linguagem que lhe é familiar (2);

(1) Savigny, pp. 261—265.

(2) Segundo Savigny (p. 262 nota (d), Wächter explica esta regra pelo exemplo seguinte: «Une compagnie d'assurance de Leipzig avait dans ses status imprimés: Excepté le cas où le sinistre résulterait d'une émeute. Relativement à un incendie communiqué du dehors, s'élève la question

II Quando um contracto, verbal ou escripto, se faz no domicilio das duas partes contractantes, deve-se sem duvida alguma applicar a linguagem d'esse logar. Mas nem sempre se deverá fazer isto, quando uma das partes não tiver o seu domicilio no logar do contracto. Neste caso deve examinar-se para cada especie se o estrangeiro que figura no contracto conhecia ou não a linguagem do logar do contracto, e se queria ou não usar d'ella, conhecendo-a;

III Por cujos motivos, quando se tractar da interpretação d'um contracto não devemos sempre tomar como ponto de partida a linguagem usada no logar fixado para a sua execução, ainda que o

de savoir s'il y a lieu d'appliquer les notions juridiques sur l'émeute, qui varient suivant les lois des divers pays. Wächter décide avec raison que l'on doit se conformer au langage des lois saxonnes, sous l'empire desquelles ont été rédigées les conditions qui font la base du contrat d'assurance.» A decisão de Wächter é com effeito exacta; mas parece-nos que o não é inteiramente a regra apresentada por Savigny, porque, como veremos logo, nos contractos feitos por meio de correspondencia as palavras de significação ambigua devem ser interpretadas umas vezes na conformidade da linguagem usada no logar d'onde partiu a proposta, e outras na do logar onde esta foi acceita, segundo os objectos, materia do contracto, tiverem de ser medidos, pesados e pagos no primeiro ou no segundo d'estes logares.

direito local da obrigação seja sempre determinado pelo logar do seu cumprimento. Ainda neste caso devemos indagar se as partes conheceram a linguagem d'este logar, e quizeram usar d'ella. Sem duvida ha nos contractos certas partes, na interpretação das quaes devemos geralmente conformar-nos com a linguagem usada no logar da sua execução. Assim, quando se tem de fazer um pagamento num paiz estrangeiro, quando se tem de ahí entregar mercadorias por peso e medida, ou ainda uma quantidade de terra determinada por uma medida de superficie, e os termos, de que se serve o contracto para designar o dinheiro, o peso e as medidas, têm muitas significações, e exprimem muitos valores ou qualidades differentes, é preciso regularmo-nos pela linguagem usada no local da execução, não só porque as partes tiveram provavelmente em vista a sua moeda, pesos e medidas, mas tambem porque muitas vezes seria impossivel executar o contracto com uma moeda, pesos ou medidas differentes das d'esse logar (1).

125 Postas estas regras, desçamos á sua applicação, e supponhamos, em primeiro logar, que um individuo residente no Porto, que tinha terras na Bahia, as vendeu a outro a tanto por geira. Acon-

tece, porem, que a medida de superficie conhecida no Porto pelo nome de geira differe muito da medida conhecida por este mesmo nome na Bahia; e que, não tendo as partes declarado qual devia regular a medição das terras vendidas, se suscitou depois duvida entre ellas a este respeito. Á primeira vista parece que a medição devia ser regulada pela medida usada no logar do contracto, por ser aquella que as partes deviam ter naturalmente na lembrança quando contractaram; e effectivamente ha neste sentido uma decisão antiga d'um tribunal francez. No entretanto a opinião contraria é a verdadeira, porque, tendo a medição de ser effectuada na Bahia, no logar da situação dos bens, é tambem a medida d'esse logar que a regula, na falta de declaração expressa em contrario (1). Invertamos a hypothese, e applicuemol-a aos moveis. Um individuo, residente na Bahia, deu de aforamento a outro por cem alqueires de milho uma propriedade que tinha no Porto. Como, porem, a medida de capacidade conhecida na Bahia e no Porto pelo nome de alqueire exprima quantidades muito diversas, pergunta-se: por qual d'estas duas medidas deve ser entregue a pensão emphyteutica, não se tendo as partes entendido claramente a este re-

(1) Savigny, pp. 261—264; e Foelix, n.º 98, pp. 212—214.

(1) Vejam-se Massé, n.º 603, e tambem os escriptores citados em a nota precedente.

speito? Como vimos no exemplo precedente, parece á primeira vista que o alqueire devia ser o do logar do contracto, por ser aquelle que as partes deviam ter naturalmente na lembrança quando contractaram: todavia a opinião contraria é a verdadeira, porque, tendo o milho de ser medido e entregue no logar da situação do praso, era tambem a medida d'esse logar que devia regular a sua medição, na falta de declaração expressa em contrario (1).

126 Supponhamos, emfim, que um negociante de Lisboa escreveu a outro da Bahia pedindo-lhe 1:000 canadas de agua-ardente de cana, e que, tendo-lh'as este mandado pela medida da Bahia, que é muito maior do que a de Lisboa, aquelle se recusou a receber e ficar com mais de 1:000 canadas, medida de Lisboa; pergunta-se: como devia ser decidida esta questão? Segundo Savigny (2) o negociante de Lisboa não devia ser obrigado a receber mais de 1:000 canadas, medida de Lisboa, por ser esta a medida de que naturalmente se lembrara, quando fez o pedido; mas esta opinião do eminente jurisconsulto deve ser rejeitada, porque, não sendo o negociante da Bahia obrigado a conhecer a existencia e capacidade da medida conhecida em Lis-

(1) Vejam-se os escriptores e logares citados em as notas precedentes.

(2) Veja-se a nota 2 á p. 290.

boa pelo nome de canada, tinha cumprido com o seu dever mandando 1:000 canadas da Bahia. Invertamos a hypothese, e supponhamos que um negociante de Lisboa propoz a outro do Rio de Janeiro vender-lhe 100 pipas de vinho a tanto por pipa, e que a pipa do Rio de Janeiro era maior do que a de Lisboa: neste caso entendemos com Savigny que o negociante de Lisboa se referia á pipa de Lisboa, visto ser d'ahi que o vinho tinha de ser medido e expedido. O que dissemos ácerca das medidas de superficie e de capacidade é applicavel ás de peso, as quaes, diga-se a verdade, não apresentam entre si as grandes anomalias que apresentam as outras.

127 As duvidas, que resultam das expressões ambiguas, dão-se sobre tudo com a moeda, quando esta sob a mesma denominação exprime valores diversos. Assim, por exemplo, as moedas de ouro portuguezas de 3^{ma}, 547, de toque de 916²/₃ por mil, que em Portugal valem 2\$000 réis, devem valer, segundo o systema monetario do Brazil, 4\$000 réis; e as moedas de prata portuguezas de peso de 12^{ma}, 5 e toque de 916²/₃ por mil, que em Portugal valem 500 réis, devem alli valer 1\$000 réis (1). Posto

(1) Veja-se a lei de 29 de julho de 1854. O valor em réis, que as nossas moedas de ouro e prata devem ter no Brazil, segundo o systema monetario d'aquelle paiz, pouco ou nada deve differir do que mencionamos no texto; com-tudo é possivel que haja alguma differença. Note-se porem

isto, entremos no exame de algumas questões, que podem suscitar-se por causa da expressão monetária *réis*, commum aos dous paizes. Um portuguez, residente em Portugal, que tinha uma propriedade no Brazil, vendeu-a em Portugal a um brasileiro por um conto de réis, pagavel no fim de seis mezes, sem que se declarasse no titulo nem o logar do pagamento nem a moeda em que devia ser feito. Como, porem, depois se suscitasse duvida a este respeito, pergunta-se: onde e em que moeda devia ser effectuado o referido pagamento? Em quanto a nós, o pagamento devia ser feito em Portugal e em moeda portugueza, por ser isto o mais conforme com a vontade presumida das partes, e sobre tudo com a do vendedor, portuguez; e é tambem esta a opinião de Toullier e Pardessus (1). No entretanto, se o credor tivesse de executar o devedor no Brazil, este poderia talvez libertar-se da obrigação, entregando um conto de réis em moeda brasileira, com o fundamento de que fora na intenção de pagar

que, constituindo o papel moeda o principal meio circulante d'aquelle paiz, acontece muitas vezes o ouro e a prata correrem por um valor muito superior ao que têm segundo a lei. Assim, a libra esterlina, que alli tem o valor legal de 8\$800 ou 9\$000 réis, trocava-se ainda ha pouco por 17\$000 réis em papel!

(1) Toullier, citado por Massé, n.º 604, p. 502; e Pardessus, n.º 1492.

na moeda d'aquelle paiz, para onde devia voltar, que contrahira aquella obrigação. Se as partes, porem, sem terem declarado a qualidade da moeda, em que o pagamento devia ser feito, tivessem declarado expressamente que devia ser effectuado no Brazil, então parece-nos fóra de duvida que o devedor satisfaria entregando alli um conto de réis em moeda brasileira, por ser aquella que é vulgar e corrente naquelle imperio, e á qual naturalmente se presume as partes terem querido referir-se quando contractaram (1).

128 Nos empréstimos de dinheiro a somma emprestada deve ser restituída na moeda do paiz em que teve logar o empréstimo, ou noutra equivalente, salva estipulação expressa ou tacita em contrario. Assim, por exemplo, a divida d'um conto de réis, contrahida em Coimbra por um brasileiro, que se retirou para o Brazil, deve alli ser paga em moeda portugueza, ou numa somma equivalente em moeda brasileira, porque do contrario, tendo o empréstimo sido feito, como é de presumir, em moeda portugueza, o mutuante receberia muito menos do que teria emprestado, o que repugna com a natureza d'este contracto. No caso porem d'o mutuario se ter obrigado a pagar aquella somma no Brazil,

(1) Everard e Burgundus, citados por Massé, n.º 604, p. 503; *Aliter* Massé, n.º 605.

sem mais declaração alguma, entendemos que teria satisfeito entregando-a alli em moeda brasileira, em virtude de suppor-se que as partes tinham convencido isto mesmo, e reduzido a moeda portugueza á brasileira (1).

129 Figuremos outra hypothese, relativa ao contracto feito por meio de correspondencia. Um negociante de Malaga escreveu a outro de Vera-Cruz offerecendo-lhe certa marca de vinhos, conhecida nesta cidade, a tantos pesos por pipa, proposta que foi aceita. Como, porem, os pesos hespanhoes valham um pouco mais do que os mexicanos, e não tivesse havido declaração em quaes devia ser feito o pagamento, e se suscitasse depois duvida entre os dous negociantes a este respeito, pergunta-se: em qual d'estas duas especies de moeda devia effectuar-se o referido pagamento? Nós distinguiríamos neste caso: ou os dous negociantes tinham combinado no lugar do pagamento, ou não: não tendo, parece-nos que devia ser realisado em pesos hespanhoes, não só por ser esta a moeda mais familiar ao proponente, mas tambem porque, presumindo-se que queria ser embolsado no lugar d'onde expedia os vinhos, era tambem na moeda vulgar e corrente nesse mesmo lugar que deveria ser pago. No caso, porem, de as partes terem combinado que

(1) Massé, n.º 609.

o pagamento devia effectuar-se em Vera-Cruz, era na moeda vulgar e corrente nessa cidade que o referido pagamento devia ter logar, salva estipulação expressa em contrario (1).

130 Da regra, por nós adoptada, de as sommas a pagar num paiz determinado deverem ser pagas, na falta de declaração expressa em contrario, na moeda d'esse paiz, segue-se que as letras de cambio sacadas do Brazil sobre Portugal, e *vice-versa*, são pagaveis na moeda do paiz do vencimento, e é esta effectivamente a pratica. Supponhamos, porem (do que Deos nos livre), que o governo portuguez se via obrigado a emittir papel moeda, e que este tinha um desconto de 20 por % em rela-

(1) Idem, n.º 606. Na hypothese proposta, e noutras analogas, mal poderia haver duvida entre a nossa moeda e a brasileira; porque, havendo entre o valor d'ellas uma differença consideravel, facilmente se via, pela combinação do preço da proposta com os preços correntes do mercado do proponente e do acceitante, a qualidade da moeda a que aquelle se referia. Effectivamente, se um negociante de Lisboa escrevesse a outro do Rio de Janeiro propondo-lhe a venda d'um carregamento de vinhos a 72\$000 réis por pipa, é manifesto que o auctor da proposta se referia á moeda portugueza, visto os vinhos valerem no Brazil uma quantia muito superior, em consequencia da grande differença que ha entre o valor da moeda dos dous paizes e das despesas que se fazem com elles antes de serem entregues aos compradores.

ção ao metal: poderia o portador d'uma letra de cambio sacada do Brazil sobre Portugal, antes da emissão do papel moeda, ou mesmo depois d'ella, mas sem que o tomador e sacador tivessem d'isso conhecimento, ser obrigado a receber a importancia da mesma letra em papel pelo seu valor nominal? Á primeira vista parece que sim, em virtude de o art. 378 n.º 1.º do código commercial declarar que a obrigação, que resulta d'uma divida pagavel a dinheiro, é sempre da somma numerica enunciada no contracto, disposição confirmada pelo art. 727 pr. do código civil: no entretanto a opinião contraria parece-nos a verdadeira, porque, não obstante os artigos citados não fazerem distincção entre as transacções internas e externas, é certo que os principios, que regem esta materia em relação ás letras de cambio, sacadas do estrangeiro, são diversos dos que regulam as transacções interiores; e tanto assim é, que o decreto de 23 de maio de 1846 (1),

(1) Veja-se este decreto e uma representação do Banco de Lisboa, que o motivou, na *Gazeta dos Tribunaes*, n.º 718. Esta medida parece ter causado uma grande perturbação em todas as transacções, segundo se vê do decreto de 14 de novembro de 1846, digno appenso da ord., liv. 4.º, tit. 22, a que se refere. Veja-se tambem a *Gazeta dos Tribunaes*, n.º 814, onde se encontra um claro exemplo de que nem sempre o numero e graduação dos juizes é uma garantia efficaz para a boa intelligencia e applicação das leis.

que deu curso forçado ás notas do Banco de Lisboa, e as mandou receber pelo seu valor nominal como *dinheiro metallico*, determinou expressamente no § unico do artigo 2.º que eram exceptuadas das disposições d'este artigo as letras de cambio entre a praça de Lisboa e as estrangeiras. Esta excepção importante tem os seus precedentes historicos tanto entre nós (1) como em França, onde se adoptaram tambem medidas particulares a este respeito no tempo da regencia, de Law e dos assignados (2). Quando, porem, se entendesse que pela nossa legislação actual o sacado se desonerava entregando ao portador da letra a sua importancia em papel moeda, nem por isso o portador ficaria inhibido de reaver do sacador ou de qualquer dos indossantes a quantia que tinha dado, recusando receber do sacado o papel moeda pelo seu valor nominal, ou a quantia em que tivesse sido prejudicado, recebendo-o; por quanto, tendo a letra sido sacada e tomada na fé de ser paga em moeda metal pelo valor que tinha na occasião em que o sacador e tomador contractaram, era tambem nessa especie de moeda ou noutra equivalente que devia ser paga (3). Mas restaria neste caso ao sacador algum recurso

(1) Ord., liv. 4.º, tit. 21 pr., combinado com o § 1.º

(2) Pardessus, n.º 1495 bis, p. 258; e Massé, n.º 611.

(3) Idem, n.º 1495 bis, p. 258; e Massé, n.º 611, p. 512.

contra o sacado? A lei portugueza não lh'o podia conceder, visto ter equiparado a moeda papel á metallica; todavia, se o sacado devesse ao sacador especies metallicas, este poderia obrigar-o a satisfazer-lhe a differença executando-o perante os tribunaes do seu paiz (1), e pagando-se pela importancia de quaesquer bens que o sacado alli tivesse (2). Se o sacado, porem, alli não tivesse bens, o direito do sacador caducaria em virtude de os tribunaes portuguezes não poderem condemnar o sacado, nem mandar executar uma sentença obtida contra elle em paiz estrangeiro, em opposição com as disposições da lei portugueza (3). Cumpre notar que no exemplo proposto a letra não podia ser protestada por falta de acceite ou de pagamento, prestando-se o sacado a pagal-a em papel; e que portanto o portador só poderia provar aos indossantes e sacador a recusa do sacado em acceital-a e pagal-a em metal por meio d'um documento passado e assignado por dous negociantes da praça onde devia ter logar o pagamento, em que se certificasse a recusa do sacado de pagar a letra na especie que preten-

(1) Se este, bem entendido, fosse regido por legislação similhante á do art. 14 do código civil francez.

(2) Pardessus, n.º 1495 bis, p. 257; e Massé, n.º 611, pp. 510 e 511.

(3) Idem, logares citados; Massé, logares citados.

dia receber o portador, bem como a alteração que tinha havido na moeda, e o desconto que tinha o papel em relação ao metal (1).

131 A solução que demos á hypothese do numero precedente teria tambem logar no caso de o governo ter augmentado o valor nominal das moedas de prata e ouro em que a letra devia ser paga (2). Já porem assim não succederia se o sacador em logar de dizer «pagará 450\$000 réis em prata ou ouro» dissesse «pagará cem soberanos», porque, constando neste caso o saque de certo numero de moedas determinadas, o sacado era obrigado a entregar-as ao portador, qualquer que fosse o seu valor politico actual em réis (3). Se todavia, entre a epocha do saque e a do pagamento esta moeda tivesse deixado de existir legalmente, o sacado desonerar-se-ia da obrigação pagando em moedas de ouro corrente, calculado o valor d'estas pelo que tinha a moeda estipulada na conjunctura em que deixou de correr (4).

132 A regra, em virtude da qual o pagamento deve ser feito na moeda do paiz do sacado, tem egualmente logar quando na letra de cambio se

(1) Pardessus, n.º 1497, p. 261.

(2) Código commercial, art. 378, n.º 2.º; código civil, art. 727, § unico.

(3) Idem, art. 378, n.º 3.º; idem, art. 724.

(4) Código civil, art. 725.

manda pagar em moeda estrangeira. Assim, segundo o artigo 377 do código commercial, o negociante de Coimbra, contra quem outro de Paris sacou uma letra de 1:000 francos, terá satisfeito ao portador entregando-lhe em moeda portugueza uma quantia equivalente, calculada pelo cambio do dia do vencimento (1). Mas, como entre Coimbra e Paris não ha cotação regular, o cambio deve ser calculado pelo da praça mais proxima de Coimbra, onde houver esta cotação, que vem a ser a do Porto. Ora, suppondo que pelas ultimas cotações era preciso dar no Porto 545 réis para receber em Paris

(1) O artigo citado do código commercial não declara que o cambio deva ser calculado pelo do dia do vencimento; mas entende-se, porque só assim o portador receberia em moeda nacional uma quantia equivalente á que tinha de receber em moeda estrangeira. O artigo 156 do código commercial da Hollanda, que lhe serviu de fonte, bem como o 228 do código commercial italiano, são expressos a este respeito. O artigo 143 do código commercial francez limita-se a dizer que a letra de cambio deve ser paga na moeda que indica; d'onde concluem alguns escriptores d'aquella nação que o saque feito em moeda estrangeira deve ser pago necessariamente naquella moeda. Este respeito supersticioso por uma lei defeituosa, como é nesta parte a lei franceza, é insustentavel em razão dos embaraços em que muitas vezes collocaria o sacado. Bem fizeram pois os códigos commerciaes da Hollanda, Hespanha, Italia e Portugal mandando fazer a redução. Vejam-se no entanto Pardessus, n.º 204, e Riviére, n.ºs 346 e 347.

3 francos, o negociante de Coimbra teria satisfeito ao portador da letra entregando-lhe 181\$666 réis em moeda portugueza.

133 A palavra *uso*, empregada algumas vezes nas letras de cambio, presta-se tambem a equívocos, em consequencia de designar prazos diversos. Assim, o *uso*, que na França, Italia e Portugal designa um lapso de tempo de 30 dias (1), designa noutros paizes o de 14, 15, 16 e até o de 60 (2). Posto isto, pergunta-se, em que accepção deve tomar-se esta palavra — na que lhe ligam no lugar do saque, ou no lugar do pagamento? Segundo Story (3) a palavra *uso* deve tomar-se na accepção que lhe attribuem no lugar do saque; mas esta opinião parece-nos inadmissivel, não só porque o portador e sacado podem ignoral-a, senão ainda porque os officiaes publicos encarregados dos protestos a tomarão no sentido que lhe liga a lei do seu paiz.

134 O ponto de vista restricto, sob que considerámos a interpretação dos contractos de direito internacional, encontra-se sancionado no art. 905 do código austriaco (4), onde se estabelece formal-

(1) Código commercial francez, art. 132; italiano art. 218; portuguez, art.º e 373.

(2) *Concordance entre les codes de commerce étrangers*, quadro a pp. 406—408.

(3) Story, § 271.

(4) Vide n.º 119.

mente que as moedas, pesos e medidas se regulam segundo o logar da entrega. A mesma disposição se encontra também nos §§ 255 e 257 do código da Prússia (1). O auctor do Esboço do código civil brasileiro também não se esqueceu d'esta materia, por isso que no artigo 1061 do referido Esboço se consigna o principio de que «o logar onde o pagamento deve ser feito determinará a especie de moeda, e bem assim as medidas, e pesos para a verificação das quantidades, mas sem prejuizo do que se houver disposto nos actos juridicos.» O código da Baviera (part. 4.^a, cap. 14, § 1.^o) segue uma doutrina diametralmente opposta á dos códigos precedentes, porque, segundo elle, as moedas, os pesos e as medidas são reguladas pela lei do logar do contracto (2). Com esta mesma doutrina parece também terem querido conformar-se os artt. 1134 do código civil italiano e 1159 do código civil francez, em quanto estabelecem que o que é ambiguo se interpreta pelo uso do logar do contracto (3). O art. 1002 do código do commercio de Wurttemberg estabelece que «quando, segundo os termos da con-

(1) Vide Savigny, pp. 258, e Foelix, n.º 122, pp. 250.

(2) Vide Foelix, n.º 122, p. 251.

(3) Segundo Foelix (n.º 120 p. 247) este artigo do código civil francez não se refere aos contractos consentidos em paiz estrangeiro; mas a letra clara do artigo resiste á interpretação arbitraria que Foelix lhe pretende dar.

venção, o pagamento e a execução devem ter logar em paiz estrangeiro, tudo o que for relativo ao pagamento, á execução ou á não execução do acto é regulado pela lei do logar da execução.» (1) A doutrina d'este código está de accordo com a dos códigos austriaco, prussiano e brasileiro, por quanto, desde o momento que estabelece que *tudo* o que for relativo ao pagamento, á execução do acto, é regulado pela lei do logar da execução, é manifesto que as expressões ambiguas, que tiverem diversas significações no logar do contracto, e no logar do seu cumprimento, devem ser interpretadas na conformidade do sentido que se lhes liga neste ultimo logar. O código civil portuguez contem dois artigos (684 e 685) sobre a interpretação dos contractos. As regras d'estes dous artigos, em que o nosso legislador teve naturalmente em vista os contractos de direito privado, ficariam mais completas, addicionando-se-lhes um outro, em que se declarasse que as palavras ambiguas, que tivessem diversas significações em Portugal e no estrangeiro, seriam tomadas na acceção que se lhes ligava em Portugal, quando fossem empregadas em contractos passados no estrangeiro, que houvessem de ser cumpridos no reino.

(1) Foelix, n.º 121, p. 250.

SECÇÃO QUARTA

Da validade dos contractos

135 Razão d'ordem. **136** Da lei que regula a validade das obrigações. **137** Da lei que regula o direito de acção. **138** Da lei que regula as excepções peremptorias. **139** Indicação dos diversos systemas que regulam a prescrição extinctiva das obrigações. **140** Exposição e refutação do primeiro systema. **141** Idem do segundo. **142** Idem do terceiro. **143** Idem do quarto. **144** Idem do quinto. **145** Sexto systema, que é o que adoptamos. **146** Da lei que regula a confirmação ou ratificação dos contractos. **147** Casos em que a validade das obrigações é regida pela lei do logar onde se intenta a acção. **148** Dos contractos que têm por fim introduzir contrabando noutro paiz. **149** Das obrigações resultantes da compra de bilhetes de loterias estrangeiras. **150** Da lei que regula o pagamento das dividas provenientes do jogo. **151** Da lei que rege o contracto da usura. **152** Do trafico da escravatura.

135 A validade dos contractos depende de diversas condições, relativas á sua forma interna e externa. Tractaremos aqui das primeiras, reservando-nos tractar das segundas, quando escrevermos sobre a regra *locus regit actum*.

136 O principio geralmente recebido nesta materia é que a validade das obrigações depende do direito local a que estão sujeitas, direito determinado, segundo os diversos casos, ou pelo logar do seu cumprimento, ou pelo logar onde nasceram, ou pelo domicilio do devedor (**140**). Este principio não é cômmodo applicavel, quando estiver em opposição com uma lei positiva rigorosamente obriga-

toria do logar onde se intenta a acção, porque nos casos d'esta especie os tribunaes de cada paiz applicam unicamente as suas leis (**39**). Mas como o accordo que existe entre os escriptores sobre o direito que rege a validade das obrigações versa sobre tudo sobre a sua validade e nullidade absolutas, e entre a sua validade e nullidade absolutas ha grande numero de casos intermedios, sobre que os escriptores estão em desaccordo, examinaremos aqui alguns d'esses casos (1).

137 O primeiro caso de que vamos occupar-nos versa sobre o direito que rege as acções. Muitos juriconsultos, reputando as acções uma simples instituição do processo, pensam que são regidas pelo direito local do logar onde se intentam. Mas esta opinião é inadmissivel, porque pela palavra — acção entende-se não só o complexo de regras practicas, por meio das quaes se tornam effectivos os direitos, quando são violados, senão ainda um direito *sui generis*, resultante da violação d'aquelles

(1) A regra em virtude da qual a validade das obrigações depende do direito local, a que estão sujeitas, é reconhecida por Foelix e auctores por elle citados em o n.º 96. No que ha grande divergencia é, como vimos (106), na determinação d'este direito. Consulte-se em geral sobre a materia d'este numero Savigny, vol. 8.º, p. 266; e em especial sobre a validade e nullidade absolutas das obrigações o mesmo Savigny, vol. 4.º, §§ 202 e 203.

mesmos direitos (1). Ora, como a violação do direito da obrigação cria entre o devedor e o credor uma nova relação jurídica, que tem por fim a reparação da lesão soffrida pelo credor, é manifesto que esta nova relação jurídica não pode também deixar de ser regida pelo direito que regia a primeira, do contrario a reparação poderia ser inferior ou superior á lesão, o que é inadmissivel (2). Esta doutrina encontra-se formalmente adoptada

(1) Sr. Nazareth, *Elementos do processo civil*, vol. 1.º, § 7.º da introdução, e auctores por elle citados. Querendo distinguir o direito das acções do direito preexistente, em que se funda, diz Bonjean (*Traité des Actions*, vol. 1.º, § 9.º): Le droit nous appartient en vertu de la loi ou en vertu des contrats, qui tiennent lieu de loi entre les parties; l'action suppose quelque chose de plus: pour qu'elle existe, il faut que quelqu'un ait résisté à notre droit. Le droit est donc engendré par un fait licite, l'action par un fait illicite; car c'est toujours un fait illicite, que de méconnaître le droit d'autrui. En d'autres termes, l'action suppose nécessairement deux choses: d'abord, un droit préexistant, et ensuite, le fait illicite qui a méconnu ce droit.»

(2) Savigny, *Traité etc.*, vol. 5.º, p. 5: «... la violation de nos droits n'est concevable que par le fait d'une personne déterminée, fait qui établit entre nous et cette personne un rapport de droit spécial et nouveau; le contenu de ce rapport est en général la réparation de la violation. Cette poursuite à exercer contre une personne déterminée, pour un objet déterminé, a donc le caractère d'une obligation.»

por Savigny, Foelix e Massé, na opinião dos quaes as acções de evicção, *quantum minoris*, de rescisão por causa de lesão e de vícios redhibitorios, etc., são regidas pela lei sob cujo imperio as partes contractaram (1), «as disposições da qual se tornam d'algunha sorte clausulas da convenção (2).» D'este modo, não obstante o artigo 1582 do código civil portuguez determinar que o contracto de compra e venda não pode ser rescindido com o pretexto de lesão ou de vícios da cousa, denominados redhibitorios, salvo se essa lesão ou esses vícios envolverem erro que annulle o consentimento, ou havendo estipulação expressa em contrario, os tribunaes portuguezes devem conceder esta acção todas as vezes que for permittida pela lei que rege a obrigação (3).

(1) Savigny, pp. 267 e 268; Foelix, n.ºs 110 e 111; e Massé, n.ºs 637 e 638. Mas, note-se, repetimos, que estes dous ultimos jurisconsultos consideram, em regra, como direito da obrigação o do logar do contracto. Note-se mais que, não obstante o direito de acção ser regulado pelo da obrigação, em que se funda, nenhum juiz deve conceder o exercicio d'aquelle direito, quando a obrigação, muito embora licita pela lei que a rege, for reputada illicita e immoral pela lei do seu paiz.

(2) Massé, n.º 637, p. 547.

(3) Foelix, n.ºs 93 e 111. Segundo Demangeat (notas a estes dous numeros de Foelix) a acção de rescisão devia ser regida neste caso pela lei pessoal do vendedor ou do comprador. Esta opinião parece-nos inadmissivel: 1.º por-

138 A segunda questão que temos de examinar versa sobre a determinação da lei que rege as excepções peremptorias. Foelix (1), reputando estas excepções uma simples instituição do processo, entende que são regidas pela lei do lugar onde se intenta a acção. Mas esta opinião deve ser rejeitada, porque, determinando as excepções peremptorias até que ponto e sob que formas a validade da obrigação é completa ou incompleta, é manifesto que versam sobre a substancia do direito, e que são regidas pela mesma lei que rege a obrigação. Nesta parte a doutrina de Foelix parece-nos tanto mais digna de reparo, por isso que elle mesmo reconhece que as excepções peremptorias não têm por fim, como as dilatorias, demorar a acção, mas extingui-la no todo ou em parte (2). Assim, concluiremos com Demangeat e Savigny (3) que as excepções dilatorias, que são as que versam sobre a forma do processo,

que, podendo estes dous individuos pertencer a diversos paizes, ou terem diversos domicilios, e serem por tanto regidos por diversas leis, não haveria razão plausivel para optar-se pela lei d'um e não pela lei do outro; 2.º porque, como nos parece ter demonstrado, o direito que rege a obrigação rege tambem a acção.

(1) N.º 100, p. 218.

(2) Idem, idem, nota 8. Veja-se tambem Pereira e Sousa, §§ 123 e 124; e o sr. Nazareth, § 335.

(3) Demangeat, nota (a) ao n.º 100 de Foelix, p. 218; e Savigny, pp. 267 e 268.

são regidas pela lei do lugar onde se intenta a acção; e que as peremptorias, que são as que versam sobre a substancia do direito, são regidas pela mesma lei que rege a obrigação. As regras que acabamos de apresentar não são applicaveis ás excepções peremptorias dos senatusconsultos Macedoniano e Velleiano, porque, sendo fundados na incapacidade das partes, devem ser regidas ou pela lei do paiz a que estas pertencerem, ou pela lei do lugar do contracto, ou pela lei do lugar onde este houver de produzir os seus effeitos, segundo a que for mais favoravel á sua validade (1).

139 O que acabamos de dizer sobre as excepções peremptorias em geral dispensava-nos de entrar em maiores particularidades ácerca d'ellas; mas, como a determinação da lei, que rege a prescrição extinctiva das obrigações, é muito debatida entre os jurisconsultos, não passaremos adiante sem que primeiramente apresentemos e examine-mos os diversos systemas que têm apparecido a este respeito. Estes systemas são os seis seguintes: 1.º a prescrição extinctiva das obrigações é regida pela lei do lugar onde se intenta a acção; 2.º pela lei do domicilio do credor; 3.º pela lei do domicilio do devedor; 4.º pela lei do lugar do con-

(1) Isto theoreticamente fallando, porque, segundo o nosso direito positivo (art. 27 do codigo civil), o estado e capacidade dos estrangeiros são regidos pelo lei do seu paiz.

tracto; 5.º pela lei do logar da execução do contracto, tendo este logar sido designado; e, não o tendo sido, pela lei do domicilio do devedor; 6.º pela lei do logar do cumprimento do contracto.

140 *Primeiro systema.* O systema que regula a prescripção das obrigações pela lei do logar onde se intenta a acção tem em seu favor a auctoridade de muitos jurisconsultos notaveis. O argumento em que se fundam consiste em dizerem que a prescripção e execução das obrigações não dizem respeito á validade do contracto, e sim ao tempo e modo de intentar a acção, a qual constitue por si só um quasi contracto e um negocio separado (1). Esta doutrina parece-nos porem inadmissivel, porque, se o devedor pode libertar-se do cumprimento da obrigação por meio da excepção de prescripção, é manifesto que esta excepção diz respeito á validade, á substancia da obrigação: e como o lapso de tempo necessario para a prescripção é mais ou menos longo, segundo as diversas legislações positivas, é tambem manifesto que a prescripção deve ser regida pela lei que rege a obrigação, á qual as partes se

(1) Ratio haec est, quod praescriptio et executio non pertinent ad valorem contractus, sed ad tempus et modum actionis instituendae, quae per se quasi contractum separatumque negotium constituit. Huber, citado por Massé, n.º 559, pp. 458 e 459. Vejam-se os outros partidarios d'esta doutrina em Foelix, n.º 100, p. 221.

submètteram expressa ou tacitamente para todos os seus effeitos juridicos; do contrario o devedor poderia abreviar arbitrariamente a prescripção, indo domiciliar-se num paiz onde ella fosse mais curta, o que não pode admitir-se.

141 *Segundo systema.* O systema que regula a prescripção das obrigações pela lei do domicilio do credor foi adoptado por Pothier. Segundo este illustre jurisconsulto — «as cousas que não têm situação, como as rendas constituidas, e os moveis, são regidas pela lei que rege a pessoa do seu proprietario, i. é, pela lei do logar do seu domicilio: é pois a lei d'este logar que deve regular a sua prescripção, visto o proprietario não poder ser despojado das cousas que lhe pertencem senão pela lei a que está sujeito.» Esta doutrina parece-nos duplamente inexacta: 1.º em quanto diz que as rendas constituidas e os moveis são regidos pela lei do paiz do seu proprietario, porque, sendo, como demonstrámos no capitulo terceiro, os bens mobiliarios e immobiliarios regidos pela lei do paiz da sua situação, é tambem a lei d'esse paiz que rege a sua prescripção; 2.º em quanto diz, finalmente, que o proprietario não pode ser despojado das cousas que lhe pertencem senão pela lei a que está sujeito, porque, em quanto a nós, o credor que não reclamou o cumprimento da obrigação no tempo devido, que permittiu ao devedor adquirir um direito contrario ao seu, libertar-se

da obrigação, não pode apresentar a sua qualidade de credor como preferível á do devedor, sem dar como decidido aquillo que faz precisamente o objecto da questão: quanto mais que esta maneira de argumentar auctorisaria tambem o devedor a dizer — que não podia ser privado da sua excepção por uma lei a que não estava sujeito (1).

142 *Terceiro systema.* O systema que regula a prescripção das obrigações pela lei do domicilio do devedor conta em seu favor grande numero de partidarios. «A lei que declara uma divida prescripta, dizem elles, não destroe o direito do credor em si; ella não faz mais do que oppor uma barreira á sua perseguição. Ora esta barreira, a quem pertence estabelecê-la? Sem duvida á lei que protege o devedor, e por consequencia á lei do seu domicilio (2).» Em quanto a nós este systema deve tambem ser regeitado. Com effeito, dizer que a prescripção foi introduzida em beneficio do devedor é desconhecer a natureza eminentemente social d'esta instituição, porque todos sabem que ella não foi introduzida em favor d'este ou d'aquelle, e sim em beneficio commum da sociedade. E tanto assim é que as leis positivas prohibem renunciar antecipa-

(1) Veja-se Massé, n.º 559, pp. 456 e 457; e Marcadé, commentario ao art. 2219 do codigo civil francez.

(2) Merlin, citado por Foelix, n.º 100, p. 220.

damente a ella (1), o que de certo não fariam se houvera sido introduzida em favor das pessoas, consideradas individualmente. Em segundo lugar este systema podia facilmente redundar em prejuizo do credor, porque, desde o momento que se admittisse que a prescripção era regida pela lei do domicilio do devedor, este poderia ir domiciliar-se num lugar onde fosse mais curta; de sorte que quando o credor quizesse usar do seu direito de acção, este direito se acharia talvez já extincto. Admittindo porem que a prescripção era regulada pela lei do domicilio do devedor, pergunta-se, que lei deveria regulal-a, mudando elle de domicilio — a do seu domicilio actual, ou a do domicilio que tinha, quando contrahiui a obrigação? As opiniões dos jurisconsultos encontram-se ainda nesta parte divididas, porque, ao passo que uns sustentam que a prescripção devia ser regida pela lei do domicilio actual do devedor, outros, pelo contrario, sustentam que devia sel-o pela do domicilio que tinha quando contrahiui a obrigação. Ora, com quanto Massé (2) repute estas duas opiniões egualmente arbitrarías, parece-nos que a segunda é a verdadeira, não só em virtude do principio da submissão livre das partes a esta lei, senão ainda porque d'este

(1) Codigo civil portuguez, art. 508.

(2) N.º 559, p. 458.

modo se evitavam as mudanças fraudulentas de domicilio, a que ha pouco nos referimos. Marcadé, um dos partidarios d'este terceiro systema, apresenta em favor d'elle um argumento que merece ser referido. Effectivamente, diz este engenhoso escriptor, quando se compara attentamente a prescrição extinctiva das obrigações pessoas com a prescrição acquisitiva das cousas materiaes, vê-se que ha entre ellas uma relação mais profunda do que ordinariamente se julga, porque uma e outra se reduzem em ultima analyse á prescrição d'um direito. Posto isto, continua elle, «as razões que fazem admittir como regra da prescrição em materia real a lei da cousa sujeita ao direito prescripto, a lei da situação da cousa, exigem que se admitta tambem em materia pessoal a lei da pessoa sujeita a este mesmo direito, a lei do domicilio d'esta pessoa. A regra em definitiva é a mesma nos dous casos: em ambos elles se applica a lei da situação (1).» Em quanto a nós o raciocinio de Marcadé não passa d'um sophisma, d'um abuso de dialectica (vicio que lhe é frequente), porque, com quanto seja exacto em ambos os casos prescrever-se um direito, não é menos exacto que a materia d'esse direito é profundamente diversa. Com effeito, como os moveis e immoveis são de natureza visivel, nada ha mais fa-

(1) Commentario ao art. 2219 do código civil francez.

cil do que determinar a lei que rege a sua prescrição, admittido o principio de que ella é regulada pela lei do paiz da sua situação actual. Já porem assim não acontece com a prescrição das obrigações, porque, sendo invisiveis por sua natureza, é preciso procurar alguma apparencia visivel a que se prenda a sua realidade invisivel, apparencia que se encontra no lugar do seu cumprimento. Ora, como as obrigações podem ser cumpridas tanto no domicilio do devedor como noutros logares (116), segue-se, que o argumento de analogia empregado por Marcadé é falso, e que a prescrição das obrigações, como parte substancial do direito, é regida pela lei do lugar do seu cumprimento.

113 *Quarto systema.* O systema que regula a prescrição das obrigações pela lei do lugar do contracto conta tambem em seu favor a auctoridade de muitos juriseconsultos. O raciocinio em que se fundam os partidarios d'este systema é o seguinte: «bem considerada a natureza da prescrição, a duração d'uma acção, fundada numa convenção, é relativa á substancia d'esta convenção e dos seus effeitos immediatos, pois que a obrigação depende da duração da acção; d'onde se conclue que esta duração, ou, o que equivale ao mesmo, que a prescrição é regida pela lei do lugar do contracto (1).

(1) Massé, n.º 559, p. 459; e Foelix, n.º 100, p. 222,

Esta doutrina parece-nos perfeitamente exacta, salvo na parte em que considera como direito da obrigação o lugar do contracto, porque, como vimos (107), o direito da obrigação é determinado pelo lugar do seu cumprimento.

§§§ Quinto systema. O systema que regula a prescrição das obrigações pela lei do lugar do seu cumprimento, quando este lugar foi expressamente designado pelas partes, e na falta d'esta designação pela lei do domicilio do devedor, é tambem adoptado por muitos jurisconsultos. «A razão d'isto é simples, diz Troplong, a prescrição extinctiva é, d'alguema sorte, a pena da negligencia do credor. Ora, em que lugar incorreu o credor nesta falta? Evidentemente no lugar onde devia receber o seu pagamento. Logo incorre na pena estabelecida nesse lugar; logo a prescrição que elle deve soffrer é regulada pela lei do mesmo lugar (1).» A doutrina de Troplong parece-nos exacta, em quanto estabelece que a prescrição é regida pela lei do lugar do cumprimento da obrigação, visto a prescrição ser substancial do direito, e o direito da obrigação ser determinado pelo lugar do seu cumprimento. Esta theoria, porem, parece-nos peccar em duas cousas: onde se encontram citados muitos partidarios d'este systema.

(1) Veja-se Massé, n.º 559, p. 460; e tambem Foelix, n.º 100, pp. 220 e 221.

sas: 1.º em considerar como direito da obrigação o domicilio do devedor, quando as partes não designaram expressamente o lugar da sua execução, 2.º em dizer que o direito do lugar designado pelas partes para cumprimento da obrigação rege a prescrição, em consequencia de ser nesse lugar que o credor foi negligente; razão inexacta (*non causa pro causa*), porque, se o direito do lugar do cumprimento da obrigação rege a sua prescrição, é isso devido á submissão livre das partes a esse mesmo direito para todos os effeitos do contracto, de que resulta a obrigação. O systema de Troplong é combatido por Marcadé com o fundamento, entre outros, de que, estando a prescrição intimamente ligada á acção, cuja extincção opera, deve ella ser regida pela lei do lugar do domicilio do devedor, ainda quando se tenha determinado outro lugar para o cumprimento da obrigação (1). Esta opinião de Marcadé parece-nos inadmissivel, não só porque a prescrição não é uma lei do processo, mas tambem porque entre a lei do domicilio do devedor e a lei que rege a obrigação não ha dependencia precisa. Quanto á refutação que Marcadé faz da doutrina de Troplong, o tom altaneiro por que se exprime auctorisaria ao illustre magistrado a retorquir-lhe que nesta materia espinhosa da prescrição extin-

(1) Commentario ao art. 2219 do codigo civil francez.

ctiva das obrigações ninguém carecia mais da indulgencia do leitor, do que elle Marcadé, em vista dos erros, em que tinha cahido, suppondo a excepção de prescrição uma instituição do processo, quando pertence á substancia do direito; confundindo a séde da prescrição acquisitiva dos moveis e immoveis com a da prescrição extinctiva das obrigações; o direito da obrigação com o do domicilio do devedor; e os principios que regulam a competencia dos juizes com os que regulam o direito applicavel aos negocios sujeitos á sua decisão.

145 *Sexto systema.* O systema que regula a prescrição das obrigações pela lei do logar do seu cumprimento, i. é, pelo direito local da obrigação, parece-nos preferivel a todos os outros. As razões que o abonam encontram-se expostas por Savigny (1) da maneira seguinte: «Segundo os verdadeiros principios, diz elle, não é o direito do logar onde se intenta a acção, e sim o direito local da obrigação que determina o tempo da prescrição; e esta regra, estabelecida mais acima, para as excepções (peremptorias) em geral, adapta-se tanto melhor á prescrição, por isso que os diversos motivos, em que se funda, a ligam á essencia da obrigação. Esta doutrina, adoptada por grande numero

de auctores (1), e conforme ao rigor dos principios, recommenda-se alem d'isso por motivos de equidade, porque, determinando d'uma maneira absoluta a lei da prescrição, impede tudo o que a vontade arbitraria de cada uma das partes poderia emprender em prejuizo da outra. Assim, quando ha muitas jurisdicções competentes, o auctor não pode escolher para intentar a sua acção o logar onde a prescrição é mais comprida. Reciprocamente, o réo, transportando o seu domicilio para um logar onde a prescrição é mais curta, não pode tirar d'isto vantagem, pois que o direito local da obrigação, contractada no seu antigo domicilio, e a jurisdicção especial da obrigação, se acham determinadas d'uma maneira immutavel. Não haveria mesmo inconveniente para o credor se, no logar fixado para a execução, a prescrição fosse mais curta, e o devedor, evitando de proposito apparecer nesse logar, impedisse o exercicio da acção, antes de verificar-se a prescrição, porque o credor pode sempre exercer a sua acção no domicilio do devedor. Se a jurisdicção do logar da execução fosse só competente, o credor devia então recorrer aos meios de direito que protegem contra a pres-

(1) Hert., § 65; Schäffner, § 87; Wächter, II, pp. 408—412, où sont cités encore d'autres auteurs. Nota (u) de Savigny, a p. 270.

(1) PP. 269—272.

cripção aquelles que se acham na impossibilidade de intentar as suas acções.»

146 A determinação da lei, que regula a confirmação ou ratificação dos contractos, que contêm um vicio, que pode dar logar á sua rescisão, presta-se tambem a duvidas, que convem esclarecer. Escrevendo ácerca d'isto dizem Foelix e Massé (1) que a confirmação ou ratificação d'um contracto *nullo*, defeituoso ou rescindivel, está sujeita á lei do logar onde intervem, salvo no que respeita á capacidade da parte confirmante, que é regida pela lei do seu paiz. A doutrina d'estes escriptores parece-nos menos exacta, e por isso faremos sobre ella algumas observações. Em primeiro logar estes juriconsultos confundem, como muitos outros, os actos absolutamente nulos (*nullum ipso jure, inutile*) com os actos simplesmente *annullaveis* ou *rescindiveis*, o que é um grande erro; porque os actos nulos propriamente dictos não podem ser confirmados ou ratificados (2). Effectivamente, como é que

(1) Foelix, n.º 70, 89 e 113; e Massé, n.º 586.

(2) Sobre a distincção entre os actos nulos e *annullaveis* ou *rescindiveis*, veja-se Savigny, *Traité* etc., vol. 4.º, §§ 202 e 203; Marcadé, commentario ao art. 1303 do codigo civil francez, vol. 4.º, pp. 651 e seguintes; e Rogron, commentario ao art. 1303 do mesmo codigo. A differença que ha entre estas duas especies de actos encontra-se bem caracterisada neste ultimo juriconsulto, razão porque nos

se ha de confirmar ou ratificar o que não existe? O unico remedio para tornar effectivos os actos nulos é fazel-os de novo. Em quanto á confirmação ou ratificação dos actos simplesmente *annullaveis* ou *rescindiveis*, parece-nos que não pode ser regida pela lei do logar onde interveio, porque, sendo d'algun modo esta confirmação ou ratificação um novo contracto, que a vontade das partes substitue ao primeiro, deve elle, assim como aquelle, ser regido pela lei do logar do seu cumprimento. Nos casos em que o logar do cumprimento coincide com o da confirmação ou ratificação a doutrina de Foelix e Massé é exacta; mas, como esta coincidência é meramente accidental, parece-nos que deve adoptar-se

parece util transcrevel-a. Diz elle: «Il existe réellement une différence entre la nullité et la rescision; il y a *nullité* lorsque l'acte est entaché d'un vice radical, de manière qu'il ne peut produire aucun effet. Cette nullité a lieu lorsque les formes voulues par la loi n'ont pas été observées; par exemple, si une donation a été faite sous seing privé au lieu d'être passée devant notaires (art. 931); si l'acte est contraire aux lois et aux bonnes moeurs; telles seraient une substitution (art. 896), la vente d'une succession future (art. 1130); ou bien encore s'il a été passé par des personnes auxquelles on ne peut supposer aucune volonté, comme un enfant, un interdit. Il y a *rescision* lorsque l'acte, valable en apparence, renferme cependant un vice qui peut le faire annuler si l'une des parties le demande; par exemple, l'erreur, la violence, le dol, une cause fausse,

em relação á confirmação ou ratificação dos actos juridicos rescindiveis o principio adoptado em relação á validade dos actos em geral, i. é, que ella é regida pela lei do logar do cumprimento do acto confirmado ou ratificado. A forma externa da confirmação ou ratificação, essa sim, é regida pela lei do logar onde interveio.

147 A regra por nós estabelecida (**136**) de que a validade das obrigações depende do direito local a que estão sujeitas soffre restricções importantes, todas as vezes que estiver em contradicção com uma lei positiva rigorosamente obrigatoria do logar onde se intenta a acção; porque, como vimos (**38** e **39**), nos casos d'esta especie os juizes ap-

la minorité, etc. Les *nullités* tiennent, en général, à l'ordre public, et ne peuvent alors être convertes ni par ratification, ni par prescription. Telles sont celles qui résultent d'un mariage qui n'a pas été contracté devant un officier civil (art. 163), ou d'une donation faite sous seing privé (art. 1339). Les tribunaux doivent les prononcer, par cela seul que l'acte nul ne peut produire aucun effet, et sans examiner si les parties sont lésées ou ne sont pas lésées par cet acte; les *rescissions*, au contraire, peuvent être couvertes par la ratification ou le silence des parties, et l'une d'elles ne peut demander la rescision qu'en prouvant que l'acte lui est nuisible. Malgré ces différences, qui existent dans les choses, le Code, fort souvent, n'en met aucune dans les mots, et emploie indifféremment les expressions de nullité et de rescision.» Veja-se tambem o sr. Rocha, § 109, nota.

plicam unicamente a lei do seu paiz. Esta excepção tem logar positiva e negativamente, i. é, o juiz é obrigado a obedecer á lei rigorosamente obrigatoria do seu paiz, ainda quando não exista no logar da séde da obrigação; mas não é obrigado a obedecer á lei rigorosamente obrigatoria do logar da séde da obrigação, quando não for reconhecida pela lei do seu paiz (1).

148 Exemplifiquemos isto: As regras de moral universal, que presidem ás relações dos individuos e das nações, nem sempre são fielmente traduzidas na legislação dos diversos povos; de sorte que não poucas vezes as leis d'um paiz consideram puniveis ou não puniveis certos factos, segundo são praticados para fraudal-as, ou para fraudar as leis d'um outro. Uma prova d'isto nos offerece o art. 1641 do codigo commercial portuguez, onde se estabelece que o dador a risco pode tomar a si pelo contracto o risco de contrabando a fazer em paiz estrangeiro; mas não da importação nestes reinos e dominios de fazendas prohibidas pela lei: que neste caso o contracto é nullo e sem effeito, e que os contrahentes incorrerão alem d'isso nas penas criminaes a esse respeito comminadas (2). Em vista d'esta disposição immoral, contra que não podemos dei-

(1) Savigny, *Traité* etc., vol. 8.º, p. 272.

(2) Sobre estas penas vejam-se os artigos 279—281 do codigo penal.

xar de protestar, é manifesto que os contractos celebrados em Portugal para contrabandear mercadorias no estrangeiro são validos, e que as pessoas que nelles intervieram podem reclamar o seu cumprimento judicial perante os tribunaes portuguezes. Já porem assim não succederia se o pretendessem fazer perante os tribunaes do paiz, onde introduziram ou pretenderam introduzir o contrabando, porque seria realmente o cumulo do absurdo que as leis d'esse paiz protegessem a validade d'uma convenção, feita precisamente no intuito de fraudal-as. Mas, poderia o cumprimento d'estes contractos ser reclamado perante os tribunaes d'um terceiro paiz? Á primeira vista parece que não, porque, tractando-se d'uma negociação apprehendida com o fim de fraudar as leis e interesses d'uma nação, as relações fraternaes, que devem existir entre todas, pediam que a pretensão do auctor fosse repellida, como fundada numa causa illicita: e todavia podia muito bem succeder que o não fosse, porque, devendo os tribunaes de cada Estado applicar positiva e negativamente aos casos d'esta especie as suas proprias leis (147), segue-se que a pretensão do auctor seria attendida, segundo a lei do paiz onde se intentasse a acção julgasse lícito ou illicito contrabandear mercadorias num paiz estrangeiro. A doutrina do nosso codigo commercial é tambem seguida por Pardessus e Mas-

sé (1) com o pretendido fundamento de que o contrabando é um vicio commun a todas as nações, um meio commercial, *que é permittido porque outras o empregam*, e porque, finalmente, restabelece entre as relações commerciaes uma balança, que deixaria de existir, logo que uma nação nimiamente escrupulosa se abstivesse d'um commercio que as nações vizinhas exercem! Mas estas pretendidas razões só provam uma cousa, e vem a ser — que as peores causas encontram muitas vezes os melhores defensores. A opinião de Pardessus e Massé é combatida por Pothier, Delangle e Story (2).

149 As loterias são hoje geralmente reprovadas como immoraes, de sorte que, em regra, os governos dos diversos Estados só auctorisam uma ou outra, cujo producto é destinado para obras de piedade e de beneficencia (3). Posto isto, poderá um individuo, que comprou na Hespanha um ou mais bilhetes d'uma loteria auctorisada naquelle paiz, ser demandado pela sua importancia em Portugal? Á primeira vista parece que sim, porque, sendo a divida contrahida legalmente na Hespanha, a boa fé e communhão de direito, que deve existir entre as nações, pediam que os tribunaes portuguezes concedessem ao credor uma acção con-

(1) Pardessus, n.º 1492; e Massé, n.º 568.

(2) Veja-se Massé, n.º 568; e Story, §§ 245 e seguintes.

(3) Codigo penal portuguez, artt. 270 e 272.

tra o devedor. E comtudo não é assim, porque, reputando a lei portugueza immoral a instituição das loterias, e auctorisando-as unicamente para certos fins, reputados de utilidade publica, os tribunaes portuguezes não podiam proteger uma obrigação, que a lei do seu paiz reputa immoral (1). O que dizemos teria logar *a fortiori*, se a obrigação resultasse da compra feita em Portugal de bilhetes d'uma loteria estrangeira.

150 O jogo é tanto ou mais perigoso e immoral do que as loterias, e por isso as nossas leis não duvidam considerar e punir como vadios todos os que se sustentam ou fazem d'elle a sua principal agencia ou modo de vida (2). E, como uma semelhante industria não pode ser tolerada como meio de adquirir, dispõe muito acertadamente o art. 1542 do codigo civil que as dividas de jogo não podem ser pedidas judicialmente, embora se disfarcem com a apparencia d'outro qualquer contracto ou renovação; e que o jogador que tiver pago o que perdера pode tornar a pedir o que assim pagou, se a somma ou cousa tiver sido paga em resultado de perda em jogo de azar. Mas, como nem todas as legislações são tão rigorosas a este respeito

(1) Ha neste sentido uma decisão de um tribunal francez, referida por Foelix, n.º 99. Veja-se tambem Massé, n.º 570.

(2) Codigo penal, artigo 264.

como a nossa, segue-se que as dividas contrahidas ao jogo em qualquer paiz estrangeiro, onde elle for permittido como meio de adquirir, não podem ser reclamadas judicialmente em Portugal, *embora disfarçadas com a apparencia d'outro qualquer contracto*; e que nos conflictos d'esta natureza os juizes portuguezes devem applicar unicamente as leis portuguezas (1).

151 O contracto de usura (dinheiro a juros) reputou-se noutro tempo immoral, com o frivolo pretexto de que era de todas as acquisições a mais contraria á natureza (2). O tempo, porem, trium-

(1) Savigny, p. 273.

(2) Eis aqui como se exprime Aristoteles (Politique, traduction francaise de J. Barthélemy Saint-Hilaire, liv. 1.º, cap. 3.º, § 23), o orgão mais illustre das ideas que a este respeito corriam na antiguidade: «L'acquisition des biens étant double, comme nous l'avons vu, c'est-à-dire à la fois commerciale et domestique, celle-ci nécessaire et estimée à bon droit, celle-là méprisée non moins justement comme n'étant pas naturelle, et ne résultant que du colportage des objets, on a surtout raison d'exécrer l'usure, parce qu'elle est un mode d'acquisition né de l'argent lui-même, et ne lui donnant pas la destination pour laquelle on l'avait créé. L'argent ne devait servir qu'à l'échange; et l'intérêt qu'on en tire le multiplie lui-même, comme l'indique assez le nom que lui donne la langue grecque. Les pères ici sont absolument semblables aux enfants. L'intérêt est de l'argent issu d'argent, et c'est de toutes les acquisitions celle

phou d'este como de muitos outros erros, de sorte que os legisladores dos diversos paizes viram-se obrigados a auctorisar a estipulação de juros, que elles tiveram comtudo a maior parte das vezes o cuidado de restringir a certa taxa legal. Esta medida, introduzida em beneficio dos devedores, não podia deixar de ser illudida pelos credores usurarios, e d'ahi resultou que a taxa dos juros legaes de medida protectora, que era, se tornou muitas vezes numa medida oppressora e expoliadora. Reconheceu isto o nosso moderno legislador, e optando, com razão, entre o *abuso* praticado á luz do dia, e o *abuso* praticado nas trevas, estabeleceu no art. 1640 do codigo civil que os contrahentes poderão convencionar a retribuição que bem lhes parecer. Ora, como esta lei é uma lei rigorosamente obri-gatoria, e as leis d'esta natureza são applicaveis positiva e negativamente pelos tribunaes dos diversos paizes (138), segue-se que o contracto de dinheiro a juro, nullo pela lei do paiz, a que estiver sujeito em virtude de os estipulados serem superiores á taxa legal d'esse paiz, será, não obstante isso, valido em Portugal.

152 O trafico da escravatura é o mais immoral de todos os commercios, porque não se tracta nelle

qui est le plus contre nature.» Veja-se tambem no lugar citado a interessante nota do traductor.

de direitos sobre as cousas, ou da prestação de factos, e sim da liberdade de seres humanos, reduzidos ou que se pretendem reduzir á qualidade de cousas. É manifesto que todos os contractos d'esta natureza são absolutamente nulos nos paizes, como o nosso, onde a lei civil estabelece como um dos dogmas juridicos, sobre que assentam todos os direitos derivados, que o direito originario da liberdade é inalienavel, e que não podem ser legalmente objecto de contracto os actos contrarios á moral publica (1). E todavia esta materia, aparentemente simples, pode dar logar a questões complicadas, sobre a decisão das quaes nem sempre os jurisconsultos estão de accordo. Assim, suppondo que um individuo comprou a outro no Brazil um escravo, pela importancia do qual lhe passou uma letra, em que declarava *valor recebido num escravo*, e que o devedor veio depois domiciliar-se em Portugal, poderia elle ser aqui demandado pela importancia da referida letra? Não faltarão talvez juriseconsultos que sustentem a affirmativa, com o fundamento de que os tribunaes portuguezes não deveriam preoccupar-se da causa d'uma obrigação celebrada num paiz onde era licita (2). Todavia, como as leis portuguezas repellem como immoraes e attentatorios

(1) Codigo civil portuguez, artigos 359, 361, 368 e 671.

(2) Massé, n.º 569.

da liberdade humana semelhantes contractos, e os juizes de cada Estado devem applicar positiva e negativamente aos negocios d'esta natureza as leis do seu paiz (**136**), não hesitamos em sustentar que a pretensão do auctor devia ser repellida. E com effeito, se os jurisconsultos e tribunaes de alguns paizes são concordes em que as obrigações resultantes da compra de bilhetes da loteria, num paiz onde são permittidas, são nullas e inexecutíveis noutros, onde são prohibidas, com quanta mais razão se não deve declarar nulla a obrigação resultante da compra d'uma pessoa!

SECÇÃO QUINTA

Dos effeitos dos contractos

153 Da lei que regula os effeitos dos contractos. **154** Resultado.

153 Os effeitos dos contractos dividem-se em immediatos e mediatos, segundo resultam da propria natureza dos contractos, ou da sua execução; e uns e outros são regidos pela mesma lei que rege o contracto, i. é, pela lei do logar do seu cumprimento. (1) Nesta parte a doutrina dos auctores não apresenta divergencia em quanto ao principio em si, e porisso limitar-nos-emos a apresentar alguns exemplos, que podem contribuir para a sua melhor intelligencia. Segundo o art. 1549 do codigo civil portuguez a cousa comprada pertence ao comprador, desde o momento em que o contracto é cele-

(1) Sobre isto diz Meyer (*Principes sur les questions transitaires*, p. 36): «À l'occasion de cette difficulté on doit distinguer les suites nécessaires et immédiates d'un acte ou d'un droit, et les conséquences accidentelles et éloignées. Les suites nécessaires ou immédiates sont celles qui dérivent de la nature même de l'acte ou de l'exercice du droit, sans lesquelles il serait de nul effet: les conséquences accidentelles ou éloignées sont celles qui ont lieu à l'occasion de cette exécution, mais qui ne sont pas indispensables pour obtenir l'effet de l'obligation. Dans un contrat de vente la délivrance de la chose vendue, le payement du prix et les actions de l'acheteur comme du vendeur en sont

brado, bem como, desde esse momento, fica o vendedor com direito a haver do comprador o preço estipulado; mas, em relação a terceiro, a venda, sendo de bens immobiliarios, só produzirá effeito, desde que for registrada nos termos da lei. Ora, como os contractos, que têm por objecto bens mobiliarios ou immobiliarios são regidos pela lei do paiz da situação d'estes bens, é manifesto que as disposições d'este artigo são applicaveis a todos os contractos celebrados no estrangeiro sobre bens mobiliarios e immobiliarios existentes ou situados em Portugal, qualquer que seja a disposição da lei do logar da celebração do contracto, ou d'aquelle onde se requerer a sua execução judicial: assim como é tambem manifesto que nos termos do artigo 1582 o contracto de compra e venda de bens existentes ou situados em Portugal não pode ser rescindido

des suites immédiates et nécessaires; le droit de résoudre la vente l'est également d'un pacte de réméré ajouté à ce contrat; mais la rescision pour cause de lésion n'en serait qu'une conséquence accidentelle et éloignée, parcequ'elle n'est pas inhérente au contrat, qui peut recevoir sa pleine et entière exécution, sans qu'il soit question de lésion. Tout ce qui est une suite immédiate et nécessaire d'un acte ou d'un droit doit être censé en faire partie; au contraire les conséquences éloignées sont entièrement étrangères à son exécution.» Veja-se tambem Foelix, n.º 109; e Savigny, pp. 272 e 278.

com o pretexto de lesão ou de vícios da cousa, denominados redhibitorios, salvo se essa lesão ou esses vícios envolverem erro que annulle o consentimento, nos termos declarados na lei portugueza, ou havendo estipulação expressa em contrario; e que a venda a retro de bens existentes ou situados em Portugal será nulla, nos termos do artigo 1587. O que dizemos a respeito dos effeitos do contracto de compra e venda é tambem applicavel a quaesquer outros. Assim, o contracto de arrendamento celebrado no estrangeiro sobre bens immoveis situados em Portugal, cuja data for declarada em titulo authenticico ou authenticado, não se rescinde por morte do senhorio, nem do arrendatario, nem por transmissão da propriedade, quer por titulo universal, quer por titulo singular, salvo nos casos especiaes determinados na lei (1): nem o arrendatario pode exigir diminuição de renda com o fundamento de esterilidade extraordinaria, ou de perda consideravel dos fructos pendentes, por qualquer causa fortuita, salvo se outra cousa tiver sido estipulada (2). Da mesma maneira, em relação ao contracto de usura, celebrado no estrangeiro, quando o pagamento houver de ser feito em Portugal, as partes poderão convencionar a retribuição que bem

(1) Codigo civil portuguez, art. 1619.

(2) Idem, art. 1630.

lhes parecer (1); na falta de convenção a este respeito os juros serão calculados annualmente em cinco por cento do capital (2); mas não serão exigíveis os interesses vencidos de mais de cinco annos, nem interesses de interesses, podendo comtudo os pactuantes capitalisar por novo contracto os interesses vencidos (3). Finalmente, os effeitos do contracto de censo consignativo feito no estrangeiro, sobre bens existentes em Portugal, são tambem regidos pela lei portugueza; de sorte que o censo perpetuo, ou por mais de vinte annos, é distractavel no fim d'este prazo, querendo o censuario, por meio da restituição da somma prestada, muito embora um tal distracte não seja permittido pela lei do logar da celebração do contracto, ou d'aquelle onde se requer o seu cumprimento judicial (4). Podiamos multiplicar os exemplos, mas, como reputamos isso inutil, ficaremos por aqui.

(1) Código civil portuguez, art. 1640.

(2) Idem, art. 1640, § unico.

(3) Idem, art. 1642.

(4) Idem, art. 1648.

RESULTADO

154 Chegados ao fim do capitulo das obrigações, resta-nos agora indicar as regras juridicas que conviria adoptar sobre esta importante e difficil materia. Em geral os codigos modernos são deficientes a este respeito, e o nosso, apesar de ser o ultimo na ordem da data, é-o mais do que nenhum outro. Esta omissão parece-nos grave, e por isso, sem pretendemos que se sobrecarregasse o código com grande numero de prescripções juridicas de direito internacional, parece-nos que o moderno legislador portuguez teria procedido acertadamente fixando por meio de disposições legaes certo numero de questões importantes e frequentes; deixando ao prudente arbitrio dos tribunaes a decisão de todas as outras. Entre as questões que conviria fixar, parece-nos que deveria haver especial cuidado em precisar com a possivel exactidão a séde das obrigações (**116**) — em regular a interpretação dos contractos, fixando a verdadeira intelligencia de certas palavras ambiguas, que variam de significação, segundo os paizes onde se empregam (**124**) — em fixar certos pontos muito controvertidos, como sejam a lei que regula o direito de acção, as excepções peremptorias, e a prescripção extinctiva das obrigações (**137—145**) — em definir até que ponto as obrigações licitas pela lei do paiz, a que estão sujei-

tas, mas illicitas pela lei portugueza, são exigíveis em Portugal (**147—152**)— e em determinar, finalmente, a lei que deve regular os effeitos dos contractos, passados no estrangeiro; mas exequíveis em Portugal (**153**).

CAPITULO QUINTO

Doctrinas finaes

155 Razão d'ordem. **156** Da lei que rege as successões testamentarias e legitimas. **157** Do direito de familia. **158** Da forma externa dos actos. **159** Da competencia das auctoridades judiciais, da maneira de proceder perante ellas, e das custas. **160** Da lei que regula a forma do processo, das cartas rogatorias, e da execução das sentenças proferidas pelos tribunaes estrangeiros. **161** Epilogo.

155 Um acontecimento doloroso e imprevisto fez com que deixassemos de trabalhar neste livro durante algum tempo: tendo porem de defender theses dentro de poucos dias, e não querendo deixar de responder á que nos foi dada para objecto da nossa dissertação inaugural, resolvemos enunciar summariamente neste capitulo, puramente transitorio, os resultados de estudos que só poderemos apresentar ao publico, quando tivermos opportunidade para coordenar e redigir as notas que temos sobre a materia.

156 A primeira questão de que vamos occupar-nos versa sobre a determinação da lei que rege as successões testamentarias e legitimas. A opinião geralmente seguida a este respeito é que a successão nos moveis é regida pela lei do domicilio do auctor da herança, e a dos immoveis pela *lex rei sitae*. Esta distincção, porem, deve ser regeitada,

porque, desde o momento que tal se admittisse, não só a ordem e medida dos direitos successorios sobre os moveis podiam ser diversas das dos immoveis, em relação ao patrimonio de uma mesma pessoa, senão ainda a successão nos immoveis d'esta pessoa podia ser regida por tantas leis, quantos fossem os paizes da sua situação. Os grandes inconvenientes e complicações que resultariam d'este systema remedeam-se facilmente estabelecendo-se que a successão nos moveis, immoveis, direitos e obrigações do auctor da herança é regulada pela lei do seu paiz, salvo no que respeita a certas instituições de interesse e ordem publica, como são os fideicommissos e os morgados, que só serão admittidos, qualquer que seja a lei do paiz do auctor da herança, quando o forem pela *lex rei sitae*. Esta doutrina acha-se confirmada pelo artigo 8.º das disposições preliminares do codigo civil italiano, concebido nos termos seguintes: «As successões legitimas e testamentarias, quer em quanto á ordem de succeder, quer a respeito dos direitos successorios, e da validade intrinseca das disposições, são reguladas pela lei da nação da pessoa, de cuja herança se tracta, de qualquer natureza que sejam os bens e o paiz em que se achem.»

157 O direito de familia constitue um dos capitulos mais importantes do direito internacional privado, e por isso indicaremos tambem a nossa opi-

não sobre as principaes questões que nelle se agitam. A primeira d'estas questões versa sobre a determinação da lei que regula o casamento. Segundo uns o casamento é regulado pela lei do logar da sua celebração, segundo outros pela lei do domicilio, e segundo outros pela lei do paiz do marido. A primeira d'estas opiniões deve ser regeitada, porque a circumstancia, muitas vezes accidental, de o casamento ser celebrado neste ou naquella logar não pode por si só determinar o direito que o rege. A segunda opinião tambem nos parece inadmissivel, não só porque os vinculos que prendem o homem ao seu paiz são mais antigos e duradouros do que os que o prendem ao domicilio, senão ainda porque o facto de poder mudar facilmente de domicilio, e de poder ter ao mesmo tempo mais de um domicilio, pode dar logar a questões mais ou menos complicadas, que convem evitar. A terceira opinião, que é a geralmente seguida pelos juriscultos e codigos modernos, parece-nos a mais razoavel, e com ella se conformou o codigo civil portuguez, estabelecendo no artigo 1065 que o casamento contrahido em paiz estrangeiro, entre portuguezes, não produz effeitos civis neste reino, não sendo contrahido em conformidade da lei portugueza; salvo o que se acha estabelecido na segunda parte do artigo 24 quanto á forma externa do contracto: no artigo 1066 que o casamento contrahido

em paiz estrangeiro, entre portuguez e estrangeira, ou entre estrangeiro e portugueza, produz effeitos civis neste reino, verificando-se, relativamente ao conjuge portuguez, as condições requeridas pela lei portugueza: no artigo 1106 que as convenções ante-nupciaes, estipuladas em paiz estrangeiro, entre subditos portuguezes, regulam-se pelas disposições da lei portugueza: no artigo 1107 que se o casamento for contrahido em paiz estrangeiro entre portuguez e estrangeira, ou entre estrangeiro e portugueza, e nada declararem nem estipularem os contrahentes relativamente a seus bens, entender-se-á, que casaram conforme o direito commum do conjuge varão, sem prejuizo do que se acha disposto neste codigo relativamente aos bens immoveis: e no artigo 2479 que todo o portuguez, que contrahir matrimonio em paiz estrangeiro, deverá, no praso de tres mezes, contados desde o dia em que voltar ao reino, fazer lançar no registro civil do lugar, onde estiver domiciliado, o assento do seu casamento, apresentando ao official do registo civil documento authenticico, pelo qual prove, que o casamento foi legitimamente celebrado. A doutrina do codigo parece-nos razoavel, ainda que deficiente, em consequencia de não regular, como deveria ter feito, algumas questões ácerca das quaes os jurisconsultos se acham em desaccordo. Assim, parece-nos que o legislador portuguez deveria ter estabe-

lecido que, quando os filhos de estrangeiros pertencessem a uma nação e os paes a outra, ou quando o marido e a mulher pertencessem a diversas nações, o poder paternal e marital sobre as pessoas e bens dos filhos e da mulher seriam regulados pela lei do marido sem distincção entre os moveis e immoveis; que as doações entre esposos seriam reguladas pela lei do marido, tanto em relação aos moveis como aos immoveis existentes ou situados em Portugal; que a successão legitima entre os esposos seria regulada pela lei do marido; que a mudança de nacionalidade de um dos esposos não alteraria os direitos resultantes do matrimonio em relação a seus bens; que a legitimação e perfilhação dos filhos naturaes só teria logar nos casos e termos estabelecidos na lei portugueza; e, finalmente, que as pessoas ligadas pelos vinculos do matrimonio não poderiam contrahir outro em Portugal, muito embora o podessem fazer pela lei do seu paiz.

158 «Um principio hoje geralmente adoptado pelo uso das nações é que a forma externa dos actos é regulada pela lei do logar onde são passados, i. é, que para a validade de qualquer acto basta observar as formalidades prescriptas pela lei do logar onde foi redigido: que o acto assim passado exerce os seus effeitos sobre os bens moveis e *immoveis* situados num outro territorio, cujas leis

estabeleçam formalidades differentes, e mais complicadas (*locus regit actum*). Noutros termos, que as leis que regulam a forma dos actos obrigam tanto aos nacionaes como aos estrangeiros, que contractam ou dispõem no paiz, e participam neste sentido da natureza das leis reaes.» O codigo civil portuguez conformou-se com esta sã doutrina, estabelecendo no artigo 24 que a forma externa dos actos será regida pela lei do paiz, onde forem celebrados, salvo nos casos em que a lei expressamente ordenê o contrario; no artigo 1106 que as convenções antenupeciaes, estipuladas em paiz estrangeiro, entre subditos portuguezes podem ser regidas ou pela forma authentica, estabelecida nesse paiz, ou perante os agentes consulares do governo portuguez que ali existem; no artigo 1965 que o testamento, feito por subdito não portuguez fóra de Portugal, produzirá neste reino os seus effeitos legaes, ainda com relação aos bens nelle existentes, observando-se no testamento as disposições da legislação do paiz onde for feito; no artigo 2430 que os documentos authenticos, passados em paiz estrangeiro, na conformidade da lei d'esse paiz, farão prova neste reino, como o fariam documentos da mesma natureza, exarados ou expedidos nelle. O principio *locus regit actum*, o mais util do direito internacional privado, funda-se: «1.º em a necessidade de evitar aos individuos que possuem bens em diversos

paizes o embaraço e difficuldades de redigirem tantos testamentos ou contractos, quantos forem os immoveis situados sob o imperio de leis differentes, ou de preencherem num mesmo testamento ou contracto todas as solemnidades prescriptas nos diversos logares da situação dos bens; 2.º na impossibilidade em que o individuo, surprehendido no estrangeiro por uma doença mortal, pode achar-se de preencher as solemnidades prescriptas no paiz do seu domicilio ou da situação dos bens; 3.º em a necessidade de impedir que os actos feitos de boa fé sejam annullados facilmente sem culpa da parte; 4.º na impossibilidade, para a maior parte dos homens, de conhecerem as formas prescriptas em cada localidade.»

159 «A competencia das auctoridades e a forma de proceder perante ellas são regidas pela lei do paiz onde se intenta a acção, qualquer que seja a lei sob cujo imperio se passaram os factos de que deriva. Com effeito, resulta do principio da independencia dos Estados que a organização e competencia das auctoridades de cada um d'elles não podem depender das leis d'um outro Estado, e que as formalidades que as partes têm de observar para introduzir e dirigir uma acção perante as auctoridades, assim como as regras a seguir por estas, para darem uma decisão, não podem ser reguladas senão pela lei do mesmo territorio; do contrario

estas auctoridades dependeriam de facto do Estado cujas leis lhes traçassem as regras de conducta. Não ha exemplo que uma nação tenha concedido um effeito qualquer no seu territorio ás leis relativas á competencia das auctoridades e á forma de proceder perante ellas. As formalidades, de que acabamos de fallar, são comprehendidas sob a denominação de disposições *ordinariae litis* para as distinguir das que pertencem á substancia da causa, e que se chamam *decisoriae litis*.» Em geral as regras que se encontram nos codigos modernos sobre a competencia dos tribunaes, em materias de direito internacional privado, são incompletas. O codigo civil portuguez é nesta parte tão deficiente como quasi todos os outros, por isso que apenas estabelece no artigo 25 que os portuguezes, que contráem obrigações em paiz estrangeiro, podem ser demandados no reino pelos nacionaes ou estrangeiros, com quem as hajam contrahido, se nelle tiverem domicilio; no artigo 28 que os estrangeiros, sendo encontrados neste reino, podem ser demandados perante as justiças portuguezas, pelas obrigações contrahidas com portuguezes em paiz estrangeiro; e no artigo 29 que os estrangeiros podem, egualmente, ser demandados por outros estrangeiros perante as justiças portuguezas, por obrigações contrahidas no reino, se nelle forem encontrados. As regras que apresentamos em o n.º 116

sobre o direito applicavel ás obrigações são tambem applicaveis á jurisdicção (veja-se a nota 4 a p. 258), e por isso a deficiencia do codigo poderia ser supprida sob este ponto de vista por meio d'ellas. O codigo não diz nada sobre a obrigação que impõem as leis de alguns paizes ao auctor estrangeiro de prestar caução pelo pagamento das custas e perdas e danos em que possa ser condemnado. No silencio de lei entendemos que uma tal caução não lhe deve ser exigida, porque, se o não é ao réo, com o fundamento de a defesa ser de direito natural, não vemos motivo plausivel para que o seja ao auctor, por isso que a perseguição dos nossos direitos é um direito tão natural e legitimo como o da sua defesa. A distincção que a este respeito fazem algumas legislações entre as causas de direito civil e commercial tambem nos parece arbitraria, porque não ha motivo algum para que os credores commerciaes sejam mais favorecidos do que os civis. Em ambos os casos tracta-se d'um direito, e todo o mundo sabe que os direitos, só porque são direitos, são eguaes. O receio de que o auctor intente uma acção acintosa tambem não justifica a caução, porque ordinariamente as demandas trazem consigo tantas despesas e incommodos, que poucos serão os individuos que as intentem temerariamente só com o fim de incommodar o seu adversario. Finalmente, a exigencia da caução ao au-

ctor estrangeiro parece-nos um resto d'essas instituições parciaes d'outras epochas, em que o estrangeiro era considerado mais ou menos como inimigo, instituições condemnadas pela sciencia e pelas relações fraternaes que hoje ligam as nações civilisadas.

160 «A forma do processo é regida pela lei do paiz onde se intenta a acção. Em virtude d'um costume adoptado por todas as nações civilisadas os tribunaes dos diversos Estados prestam-se um auxilio voluntario e reciproco, quando é preciso durante o curso da causa proceder a algum acto de instrucção num lugar situado fóra da sua jurisdicção (cartas rogatorias). O juiz deprecado procede conforme as disposições das leis do seu paiz, ou segundo as formas indicadas na carta rogatoria, com tanto que não estejam em opposição com as leis rigorosamente obrigatorias do territorio. As formalidades que as partes têm de observar para intentar as acções; as relativas ás provas; e as regras seguidas pelos tribunaes para a decisão das questões são reguladas pela lei do paiz onde se intenta a acção. As sentenças com força de cousa julgada podem ser executadas tanto no territorio, onde foram proferidas, como nos paizes onde a sua execução é garantida por tractados ou pelo costume. Entretanto nenhum Estado deveria recusar conceder ás sentenças proferidas pelos tribunaes compe-

tentes no estrangeiro a auctoridade d'um contracto judicial intervindo entre as partes, e por isso deveriam ser executadas, depois de se ter examinado a competencia do tribunal, a regularidade do processo, e que não continham disposição contraria ás leis e instituições do paiz. O mesmo devia tambem observar-se em relação ás sentenças arbitraes; e ás excepções de litis-pendencia e cousa julgada em paiz estrangeiro.» O codigo civil portuguez legisla sobre as sentenças proferidas no estrangeiro no artigo 31, e a novissima reforma judiciaria no artigo 567. Diz o primeiro: «As sentenças proferidas nos tribunaes estrangeiros sobre direitos civis, *entre estrangeiros e portuguezes*, podem ser executadas perante os tribunaes portuguezes, nos termos prescriptos no codigo de processo.» Diz a segunda: «As sentenças extrahidas de processos julgados por tribunaes estrangeiros, não serão exequiveis sem serem revistas e confirmadas por alguma das relações com audiencia das partes interessadas, e assistencia do ministerio publico, excepto quando outra cousa estiver estipulada em tractados, ou as partes no juizo, para ella competente, e por termo nelle assignado, e julgado por sentença, consentirem expressamente na sua execução.» Em quanto a nós a doutrina do codigo e da novissima reforma judiciaria é defeituosa: a do codigo, porque restringe a execução das sentenças pronunciadas pelos

tribunaes estrangeiros ás causas *entre estrangeiros e portuguezes*; d'onde se infere que as sentenças pronunciadas por aquelles tribunaes *entre estrangeiros* não são exequíveis em Portugal. Este systema, fundado num accordão d'um tribunal francez, contra o qual justamente se insurgiram os tribunaes e juriconsultos d'aquella nação, deve ser regeitado, não só porque é iniquo o pretendido principio de que os tribunaes só devem administrar justiça aos subditos da sua nação, mas tambem porque da acceitação de similhante doutrina resultaria que Portugal se tornaria dentro em pouco o asylo da escoria da população das outras nações. Em quanto ao artigo da reforma, parece-nos que deveria exigir unicamente para a execução das sentenças proferidas pelos tribunaes estrangeiros que se examinasse: 1.º a competencia do tribunal; 2.º a regularidade do processo; e 3.º se a sentença continha alguma disposição contraria ás leis e instituições do nosso paiz.

EPILOGO

161 «Quaes são os principios de direito internacional privado em que deva basear-se a reforma da respectiva legislação patria?»

Tal foi a these que nos foi dada pela illustre faculdade de direito para objecto da nossa dissertação inaugural. A resposta a esta these fica consignada nos diversos capitulos d'este livro, e se não é tão completa como desejavamos, é isso devido a circumstancias imprevistas, que nos inhibiram de coordenar e desenvolver as doutrinas finaes. Durante o decurso da obra o leitor não encontrará uma unica vez a palavra *reciprocidade*, de que algumas legislações fazem depender a applicação das leis estrangeiras. A razão d'isto é simples: em a nossa opinião o juriconsulto e legislador devem unicamente preoccupar-se do estabelecimento dos bons principios, sem se importarem se são ou não adoptados pelos outros. A verdade e a justiça não deixam de o ser, porque não são geralmente seguidas. Bem hajam pois aquelles, que, superiores a interesses mesquinhos, só curam do seu desenvolvimento e triumpho.

INDICE

PARTE GERAL

DA HISTORIA E PRINCIPIOS GERAES DO DIREITO
INTERNACIONAL PRIVADO

CAPITULO PRIMEIRO

Da historia do direito internacional privado

SÈCÇÃO PRIMEIRA

**Da historia do direito internacional privado
na antiguidade**

- 1 Tendencia da legislação dos povos modernos para a unidade; e causas que obstaram a ella entre os antigos. 2 Grande diversidade que deviam apresentar as suas leis. 3 Maneira por que se decidiam os conflictos que entre ellas se levantavam. 4 Numero limitado de prescripções da legislação romana sobre os conflictos. 5 Sua enumeração, na parte relativa ao direito. 6 Indicação de outras relativas á interpretação dos contractos, e á differente capacidade dos *cives*, *latini et peregrini*. 7 Instituições do processo, e grande separação que houve ao principio entre os cidadãos romanos e os estrangeiros. 8 Extincção d'esta separação, e unidade de legislação.

SECÇÃO SEGUNDA

Da historia do direito internacional privado
na idade-media

9 Invasão dos barbaros. Seu procedimento para com os povos vencidos. Estabelecimento das leis pessoas, e em que estas differiam das leis reaes. 10 Enumeração das disposições das leis pessoas da idade-media sobre os conflictos. 11 Leis geraes que dominavam as leis pessoas.

SECÇÃO TERCEIRA

Da historia do direito internacional privado
em Portugal

12 Invasão dos barbaros na Peninsula hispanica. Estabelecimento das leis pessoas, e sua sancção legal pelo chamado *Codigo de Eurico* e pelo *Breviario de Aniano*. Unidade de direito estabelecida pelo *Fuero-Juzgo*. 13 Invasão dos arabes; sua moderação para com os povos vencidos, e restabelecimento do regimen das leis pessoas. 14 Fundação da monarchia portugueza, e extrema variedade e incerteza no direito d'aquella epocha. 15 Como se resolviam os conflictos que d'aqui resultavam. 16 *Junctas* ou *medianidos*, e sua competencia nas causas crimes. 17 Que direito applicavam. 18 De que causas conheciam. 19 Leis pessoas dos mouros e judeus. 20 Competencia dos tribunaes nestas causas. 21 Direito que lhes era applicavel. 22 Prescripções relativas á garantia dos direitos. 23 Publicação das Ordenações Manuelinas, e extincção dos direitos pessoas dos mouros e judeus. 24 Concessão de juizes conservadores a algumas nações estrangeiras, e direito de albinagio. 25 Poucas providencias que se encontram na legislação portugueza sobre os conflictos, e principios que devem regular a legislação sobre esta materia. 26 Indicação dos auctores portuguezes que mais ou menos escreveram sobre ella. 27 Resultado dos estudos contidos nas tres secções do capitulo primeiro.

CAPITULO SEGUNDO

Dos principios geraes do direito internacional privado

SECÇÃO PRIMEIRA

Da importadcia e noção do direito internacional privado,
e em que differe do direito publico internacional

28 Revolução profunda operada na vida dos povos modernos pelos descobrimentos de novas terras, e pela applicação do vapor e da electricidade á locomoção, á industria, e á transmissão do pensamento. 29 Extraordinario augmento nas relações humanas que d'aqui tem resultado. 30 Grande numero de collisões a que isto dá lugar. 31 Objecto e definição do direito internacional privado. 32 Em que differe da antiga theoria dos estatutos. 33 Que materias comprehende. 34 Em que differe do direito publico internacional'.

SECÇÃO SEGUNDA

Do fundamento da applicação das leis estrangeiras,
e dos principios que a regulam

35 Exposição da theoria que funda a applicação das leis estrangeiras na *comitas* e na *utilidade* reciproca das nações. 36 Refutação d'esta theoria. 37 Theoria fundamental da applicação das leis estrangeiras. 38 Casos em que a applicação d'aquellas leis não tem lugar. 39 Principios que devem regular os tribunaes a este respeito. 40 Objecções que se têm feito contra a applicação das leis estrangeiras, e sua refutação.

SECÇÃO TERCEIRA

Das diversas theorias que têm apparecido para a resolução dos conflictos

41 Theorias apresentadas pelos jurisconsultos para a resolução dos conflictos. 42 Primeira theoria. 43 Segunda theoria. 44 Terceira theoria. 45 Quarta theoria. 46 Quinta theoria. 47 Insufficiencia d'estas theorias. 48 Resultado. 49 Transição.

PARTE ESPECIAL

DO DIREITO APPLICAVEL ÁS PRINCIPAES RELAÇÕES JURIDICAS E DA SUA GARANTIA

CAPITULO PRIMEIRO

Da nacionalidade

SECÇÃO PRIMEIRA

Da aquisição da qualidade de cidadão portuguez

50 Razão d'ordem. 51 Prescripções da carta constitucional sobre a aquisição e perda da qualidade de cidadão portuguez. 52 Dictas do codigo civil sobre o mesmo objecto. 53 Quaes as que tomamos para objecto dos nossos estudos. 54 Alterações que conviria fazer na redacção e doutrina do n.º 1.º do art. 18 do codigo civil. 55 Systemas que regulam a nacionalidade dos nascidos de pae estrangeiro no territorio nacional. 56 Apreciação e refutação do systema

seguido pela ordenação e pelo codigo civil italiano. 57 Apreciação e refutação do systema seguido pela constituição politica de 1822 e pelo projecto do codigo civil portuguez. 58 Apreciação e refutação do systema seguido pela carta constitucional. 59 Apreciação e refutação do systema seguido pela constituição politica de 1838 e pelo codigo civil, e alterações que convirá fazer na doutrina do codigo. 60 Razões por que preferimos o systema do codigo ao do projecto, e refutação das reclamações do governo hespanhol ácerca da nacionalidade dos nascidos em Portugal, de pae hespanhol. 61 Adições que conviria fazer á doutrina do codigo. 62 Systemas que regulam a nacionalidade dos nascidos no estrangeiro, de pae portuguez, e apreciação da doutrina do n.º 3.º do art. 18 do codigo. 63 Apreciação da doutrina dos n.ºs 4.º, 5.º e 6.º do art. 18 do codigo. 64 Exposição, apreciação e alteração que conviria fazer na doutrina do § unico do art. 19 do codigo. 65 Exposição da doutrina do n.º 1.º do art. 19 do codigo. Objecções do sr. Ferrer contra a doutrina d'este numero, e sua refutação. 66 Exposição da doutrina do n.º 2.º do art. 19 do codigo. Objecções do sr. Ferrer contra ella, e sua refutação. 67 Adições que conviria fazer ao art. 19 do codigo.

SECÇÃO SEGUNDA

Da perda da qualidade de cidadão portuguez

68 Apreciação e addição que conviria fazer á doutrina do n.º 1.º do art. 22 do codigo. 69 Apreciação e alteração que conviria fazer na doutrina do n.º 2.º do art. 22 do codigo. 70 Exposição da doutrina do n.º 3.º do art. 22 do codigo, e opiniões dos srs. Moraes Carvalho e Ferrer a respeito d'ella. 71 Exposição, discussão e alterações que conviria fazer na doutrina dos §§ 1.º e 2.º do art. 22 do codigo. 72 Resultado. 73 Doutrina do codigo civil italiano sobre a aquisição e perda dos direitos de cidade.

CAPITULO SEGUNDO

Do estado e capacidade das pessoas

74 Razão d'ordem, e indicação dos diversos systemas que regulam o estado e capacidade das pessoas sob o ponto de vista do direito internacional privado. 75 Refutação do systema que regula o estado e capacidade das pessoas pela lei do seu domicilio. 76 Refutação do systema que regula o estado geral das pessoas pela lei do seu domicilio ou pela lei do seu paiz, e a sua capacidade particular pela lei do logar da situação dos bens, ou pela do logar do contracto, ou pela do juiz que conhece do negocio. 77 Refutação do systema que regula o estado geral e particular das pessoas pela lei do seu paiz, e opinião do auctor a este respeito. 78 Opinião do auctor ácerca da lei que deve regular o estado e capacidade dos portuguezes residentes ou domiciliados no estrangeiro em relação aos contractos por elles ali celebrados que hão de produzir os seus effeitos em Portugal. 79 Casos em que o estado e capacidade das pessoas são regidos exclusivamente pelas lei do paiz onde os seus actos hão de produzir os seus effeitos. 80 Regras que se encontram nos codigos modernos sobre a determinação das leis que regulam o estado e capacidade das pessoas, e sua rapida apreciação. 81 Dictas que se encontram no codigo civil portuguez sobre este mesmo objecto, e alterações que conviria fazer nellas. 82 Resultado.

CAPITULO TERCEIRO

Dos bens moveis e immoveis

SECÇÃO PRIMEIRA

Determinação da lei que rege os moveis e immoveis

83 Razão d'ordem. 84 Os moveis e immoveis são regidos pela lei do logar da sua situação. 85 Exposição dos argumentos com que alguns pretendem sustentar que os moveis são regidos pela lei do domicilio dos seus proprietarios. 86 Refutação d'estes argumentos. 87 Refutação em especial dos apresentados por Story. 88 Grande numero de excepções que os partidarios d'esta doutrina se vêem obrigados a admittir, e opinião dos mais distinctos juriconsultos allemães e francezes a este respeito. 89 Disposições dos codigos modernos sobre esta materia. 90 Dictas da legislação portugueza; sua deficiencia, e como deveria ser remediada.

SECÇÃO SEGUNDA

Resolução de algumas questões relativas aos moveis e immoveis

91 Razão d'ordem. 92 Determinação da lei que regula a capacidade de adquirir e alienar os moveis e immoveis. 93 Lei que rege as successões testamentaria e legitima nestes bens. 94 Dicta que rege a forma externa dos actos relativos aos mesmos bens. 95 Impos-
tos a que estão sujeitos os moveis e immoveis pertencentes a estrangeiros, e os proprios estrangeiros. 96 Lei que regula os effeitos dos contractos de compra e venda celebrados no estrangeiro sobre bens situados ou existentes em Portugal. 97 Effeitos das hypothecas celebradas no estrangeiro sobre immoveis situados em Portugal. 98 Lei que regula o contracto de penhor. 99 Lei que

regula as instituições vinculares, fideicommissarias, e a aquisição de immoveis pelas corporações perpetuas, que não tenham por objecto interesses materiaes. 100 Lei que regula a posse dos bens pertencentes a estrangeiros. 101 Lei que regula a prescrição d'estes mesmos bens. 102 Lei que regula o exercicio da acção da propriedade. 103 Indicação da lei que rege outras relações juridicas. 104 Resultado.

CAPITULO QUARTO

Das obrigações

SECÇÃO PRIMEIRA

Determinação da séde e do direito applicavel ás obrigações

105 Razão d'ordem. 106 Diversos systemas que regulam o direito applicavel ás obrigações. 107 Systema de Savigny, e razão por que o adoptamos. 108 Casos em que o direito applicavel ás obrigações é determinado pela declaração expressa da vontade das partes ou pela própria natureza da obrigação. 109 Casos em que o direito applicavel ás obrigações é determinado pelo local onde o devedor tem a séde dos seus negocios e exerce uma actividade continua. 110 Casos em que o direito applicavel ás obrigações é determinado pelo domicilio do devedor. 111 Casos em que o direito applicavel ás obrigações é determinado pelo logar do contracto. 112 Casos em que o direito applicavel ás obrigações é determinado, na falta de vonvenção expressa em contrario, pelo domicilio do devedor. Contractos feitos por intermedio d'um agente (*commis voyageur*). 113 Direito applicavel aos contractos feitos por dous ou mais estrangeiros, que percorrem junctos diversos paizes. 114 Direito applicavel aos contractos feitos por meio de correspondencia. 115 Direito que rege os diversos contractos particulares de que se compõe o contracto geral de cambio. 116 Regras praticas em que se acha consubstanciada a doutrina dos nu-

meros precedentes. 117 Em que a doutrina d'esta secção differe da geralmente seguida pelos escriptores. 118 Determinação do logar dos contractos. 119 Regras que se encontram nas legislações positivas sobre a materia d'esta secção, e sua rapida apreciação. 120 Transição.

SECÇÃO SEGUNDA

Da lei que regula a capacidade das pessoas que intervêm nos contractos

SECÇÃO TERCEIRA

Da interpretação dos contractos

122 Difficuldades que apresenta a interpretação dos contractos. 123 Doutrina geralmente seguida pelos escriptores a este respeito. 124 Doutrina de Savigny. 125 Duvidas a que se prestam as palavras *geira* e *alqueire*, usadas em Portugal e no Brazil com diversas significações, e em qual devem tomar-se. 126 Dictas a que se prestam as palavras *canada* e *pipa*. 127 Dictas a que se presta a expressão monetaria *réis*, commum aos dous paizes: exemplo. 128 Outro exemplo tirado do emprestimo de dinheiro. 129 Outro exemplo tirado do contracto feito por meio de correspondencia, e em que se toma como expressão monetaria o *peso*. 130 Em que moeda devem ser pagas as letras de cambio sacadas do Brazil sobre Portugal, e *vice-versa*. E tendo-se entre a epocha do saque e do pagamento emitido no logar d'este uma moeda depreciada? 131 E tendo-se augmentado o valor nominal da moeda sem alteração do seu valor intrinseco? E designando-se precisamente as moedas em que deve ser feito? 132 Em que moeda deve ser paga a letra que se refere a moeda estrangeira? 133 Em que accepção deve tomar-se a palavra *uso*? 134 Disposições das legislações positivas sobre esta materia.

SECÇÃO QUARTA

Da validade dos contractos

135 Razão d'ordem. 136 Da lei que regula a validade das obrigações. 137 Da lei que regula o direito de acção. 138 Da lei que regula as excepções peremptorias. 139 Indicação dos diversos systemas que regulam a prescripção extinctiva das obrigações. 140 Exposição e refutação do primeiro systema. 141 Idem do segundo. 142 Idem do terceiro. 143 Idem do quarto. 144 Idem do quinto. 145 Sexto systema, que é o que adoptamos. 146 Da lei que regula a confirmação ou ratificação dos contractos. 147 Casos em que a validade das obrigações é regida pela lei do logar onde se intenta a acção. 148 Dos contractos que têm por fim introduzir contrabando noutro paiz. 149 Das obrigações resultantes da compra de bilhetes de loterias estrangeiras. 150 Da lei que regula o pagamento das dividas provenientes do jogo. 151 Da lei que rege o contracto da usura. 152 Do trafico da escravatura.

SECÇÃO QUINTA

Dos effeitos dos contractos

153 Da lei que regula os effeitos dos contractos. 154 Resultado.

CAPITULO QUINTO

Doutrinas finais

155 Razão d'ordem. 156 Da lei que rege as successões testamentarias e legitimas. 157 Do direito de familia. 158 Da forma externa dos actos. 159 Da competencia das auctoridades judiciais, da maneira de proceder perante ellas, e das custas. 160 Da lei que regula a forma do processo, das cartas rogatorias, e da execução das sentenças proferidas pelos tribunaes estrangeiros. 161 Epilogo.