

As origens do Código Civil de 1966: esboço para uma contribuição

O facto de não ter havido em Portugal um partido fascista, mas uma associação de cidadãos sem partido chamada União Nacional¹, o isolamento do regime em relação às massas populares, o «conúbio monstruoso» operado com o catolicismo (E. Lourenço), o carácter arcaizante, conservador e agrário das suas estruturas, têm sido geralmente apontados como os principais elementos que diferenciam o Estado Novo dos fascismos europeus.

Não é decisivo para o meu trabalho saber se o salazarismo se deve assimilar a um verdadeiro fascismo, a uma ditadura de notáveis (F. e A. Demichel), a uma ditadura militar (Nicos Poulantzas), a um regime sob tutela militar ou intermédio entre a ditadura de partido e a ditadura militar (M. Duverger), ou se se trata antes de uma «inversão fascizante da democracia cristã» (M. Braga da Cruz).

A Alemanha nacional-socialista e a Itália fascista podem não ter sido propriamente uma fonte de imitação para o fascismo português, mas constituíram por certo uma profunda fonte de inspiração.

Fascista ou não, a verdade é que, tal como os Governos de Mussolini e de Hitler, também o Governo de Salazar mandou proceder à elaboração de um projecto de revisão geral do Código Civil.

Na Itália, logo no ano seguinte à marcha das forças fascistas sobre Roma, o Governo foi autorizado a rever o velho *Codice Civile* de 1865, filho do movimento de unificação nacional da burguesia liberal.

Quinze anos duraram os trabalhos de revisão, desde a publicação da lei de autorização de 20 de Dezembro de 1923 até à aprovação, em Dezembro de 1938, do livro I, *Das Pessoas e das Disposições sobre Aplicação das Leis*.

Os restantes livros foram sendo aprovados em anos sucessivos, em 1939 e em Janeiro de 1941, ficando concluída a reforma com a publicação do texto completo e coordenado do Código por decreto real de 16 de Março de 1942.

* Gabinete de Estudos, Legislação e Documentação, do Ministério da Justiça da República de Cabo Verde.

¹ A União Nacional não se definia como partido, mas como «uma associação sem carácter de partido e independente do Estado, que aspira, substancialmente, a congregar o maior número possível de cidadãos, sem distinção de cor política, na obra de apoio ao Estado e na defesa da opinião pública, considerada elemento fundamental da política e da administração do País» (A. Rodrigues Queiró, «O novo direito constitucional português», in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (BFDUC)*, vol. XXII, 1946, p. 65-66).

No discurso *Princípios Fundamentais da Revolução Política*, proferido, em 30 de Julho de 1930, perante o Governo e os representantes de todos os distritos e concelhos do País, Salazar prevenia que «a União Nacional [...] não pode abandonar o campo meramente nacional e patriótico para se imbuir do espírito de partido, porque seria criminoso e, além de criminoso, ridículo acrescentar aos que existem o partido ... dos que não querem partidos».

Com 2969 artigos, antecedidos da «Carta del Lavoro» — repositório dos princípios gerais da ordem jurídica do Estado e sistema de referência obrigatório na interpretação e aplicação da lei — e de 31 artigos contendo disposições preliminares, o novo *Codice Civile* compreende 6 livros: livro I, *Das Pessoas e da Família* (artigos 1.º a 455.º); livro II, *Das Sucessões* (artigos 456.º a 809.º); livro III, *Da Propriedade* (artigos 810.º a 1172.º); livro IV, *Das Obrigações* (artigos 1173.º a 2059.º); livro V, *Do Trabalho* (artigos 2060.º a 2642.º); livro VI, *Da Tutela dos Direitos* (artigos 2643.º a 2969.º), complementados ainda por 256 artigos de disposições executivas e transitórias.

Ao contrário do antigo Código de 1865, elaborado sob a influência directa do *Code Civil*, o Código de 1942 sofreu sobretudo a influência da família jurídica da Europa central, nomeadamente do *Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)* alemão de 1896 e do *Schweizerisches Zivilgesetzbuch (ZGB)* suíço de 1907.

Mas esteve também visivelmente à mercê das influências políticas da época.

No juízo arrebatado de Marcelo Caetano, ele é um «monumento onde o génio jurídico italiano procurou fazer reflectir as grandes tendências da orientação social do futuro, à luz da experiência da revolução fascista»².

A filosofia política do fascismo que informou as leis deste período revela-se nas próprias matérias abrangidas pelo Código, englobando o direito civil, o direito comercial e o direito do trabalho, e na inclusão de normas tradicionalmente consideradas de direito público.

Mais do que pelo desejo de unificação do direito privado, que precede em muito a época mussoliniana, semelhante procedimento deve compreender-se a partir da própria concepção do Estado totalitário.

O *Stato totalitario* manifesta-se em viva reacção contra o liberalismo.

O Estado liberal capitalista tinha separado a sociedade política da sociedade civil e fundado nessa divisão a dualidade direito público/direito privado.

Ao negar aquela separação, o Estado total apagou ao mesmo tempo esta dualidade.

E fê-lo porque o total implica o absoluto. O todo que se afirma é algo de primário e de orgânico, dentro do qual os indivíduos e os grupos ocupam um mero lugar secundário e relativo.

«Para o fascismo», declarava Mussolini, «o Estado é o absoluto perante o qual os indivíduos e os grupos são relativos [...] Indivíduos e grupos só são concebíveis no Estado [...] O Estado tornou-se a verdadeira realidade do indivíduo [...] Para o fascista, tudo existe no Estado e nada de humano ou de espiritual existe ou tem valor fora do Estado.»

A condenação sem complacências do individualismo, motor do projecto liberal, e a identificação da sociedade e do Estado retiram qualquer razão de ser ao direito privado. Os direitos dos indivíduos tornam-se cambiantes do interesse público, imagens dos seus deveres para com o Estado.

Por outro lado, retirando legitimidade da sua própria existência como autoridade política — «o que existe como entidade política é, do ponto de vista jurídico, digno de existir» (Karl Schmitt) —, o Estado totalitário escapa à legitimidade e à legalidade jurídico-formal do Estado constitucional burguês e estabelece um novo nexo com o direito: os códigos, como qualquer lei, transformam-se num instrumento ao serviço da política do Estado, o direito público e o privado tendem a unir-se num único direito social.

O facto de o novo Código se designar por *civil* constitui portanto uma coincidência fortuita. O que se quis foi fazer um *Código Social da Nação Italiana* ou

² Marcelo Caetano, «O novo Código Civil italiano», in *O Direito*, ano 74.º, n.º 6. Cf. também Domenico Rubino, «La Reforma del Código Civil Italiano», in *Revista de Derecho Privado*, Julho-Agosto de 1947, ano xxxi, pp. 527-550.

um *Código do Povo Italiano*, designações que aparecem, aliás, nos relatórios de dois dos seus livros (v e iii).

A palavra *civil* não tem, pois, aqui o sentido de código de cidadãos livres e iguais que lhe emprestou a Revolução Francesa, mas antes a significação clássica, romana e medieval de *jus civile*, oposto ao *jus canonicum*.

Na Alemanha, o legislador nazi, após algumas hesitações quanto ao restabelecimento da unidade da ordem jurídica — em 1938, uma *lei de família* tinha destacado do Código Civil o direito de celebração do casamento e o de divórcio e outra *lei sobre o testamento* procedeu de igual modo em relação ao direito de redacção do testamento e do contrato sucessório —, pôs em marcha, no início da guerra, um plano de substituição do BGB de 1900 por um *Código do Povo* (*Volksgesetzbuch*), destinado a adequar o direito civil ao *ethos* nacional-socialista.

Em 1941, a Academia de Direito Alemão publicou o projecto do Livro I do Código Nacional Alemão, da autoria dos Profs. Hedemann, Lehmann e Siebert.

O projecto, consagrado ao «camarada do povo» (*Volksgenosse*), compreendia cinco secções: 1.ª Personalidade do cidadão; 2.ª Idade e capacidade; 3.ª Perda de direitos civis e políticos; 4.ª Domicílio e residência; 5.ª Morte e sua declaração, sendo precedido por 25 directrizes (*Grundregeln*) em forma de articulado, que deveriam servir de orientação na reforma do direito germânico.

Os traços mais salientes da revisão, para além dos preconceitos racistas e nacionalistas e do radicalismo ideológico que vigorosamente lhe subjazem, particularmente nítidos na *Grundregel* 24, podem encontrar-se na rasura da distinção entre direito público e direito privado e na reacção contra o *Allgemeiner Teil* do Código vigente, que, «pelo grão de humanismo que implicitamente ainda tinha» e pelo seu conceitualismo vazio de vida e desorientador, «embaraçava as *capitis deminutiones* que se queriam introduzir no estatuto dos cidadãos»³ e a sua integração na comunidade nacional.

Em Portugal, só em 1944, pelo Decreto-Lei n.º 33 908, de 4 de Setembro, foi o ministro da Justiça, Adriano Pais da Silva Vaz Serra, «autorizado a promover os trabalhos de elaboração de um projecto de revisão geral do Código Civil» (artigo 1.º)⁴.

³ As aspas são de Orlando de Carvalho, *A Teoria Geral da Relação Jurídica, Seu Sentido e Limites*, Coimbra, Centelha, 1981, p. 62. Para o *Código do Povo* alemão, Cabral de Moncada, «Projecto de um novo Código Civil alemão», in *BFDUC*, vol. XIX, 1943, p. 212, e Franz Wieacker, *História do Direito Privado Moderno*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1980, pp. 560, 592, 619 e 641.

⁴ No entanto, ainda que elaborados sem o propósito de serem integrados no futuro projecto de revisão do Código de Seabra, já anteriormente tinham sido realizados estudos de reforma parcial do direito civil. Na verdade, dando execução ao Decreto-Lei n.º 31 844, de 8 de Janeiro de 1942, que o autorizava «a nomear uma comissão para o efeito de elaborar um projecto de reforma da legislação relativa aos serviços jurisdicionais de menores» (artigo 1.º), o ministro da Justiça nomeou para essa comissão o Prof. Pires de Lima, que depressa se deu conta de «que se impunha, antes de tudo, reformar alguns capítulos da nossa legislação, e designadamente os respeitantes às matérias de *filiação, poder paternal, tutela de menores, emancipação e maioridade*, há muito envelhecidos, e sem o que não se poderia esperar obra aproveitável nem obra duradoura» [F. A. Pires de Lima, «Filiação, poder paternal, tutela de menores, emancipação e maioridade (projecto de reforma)», in *BFDUC*, vol. xx, 1944, p. 516].

Em consequência deste diagnóstico, foi encarregado de elaborar um projecto de reforma sobre as matérias mencionadas — mais amplo, portanto, do que o plano inicial, circunscrito aos Serviços Jurisdicionais de Menores e à competência civil das tutorias de infância —, que o autor viria a publicar no *BFDUC* de 1944.

Com igual intenção se cometera, no mesmo ano, ao Dr. Pires da Cruz o encargo de redigir um projecto de reforma sobre o divórcio, da revisão do qual resultou um outro projecto sobre declaração da morte presumida, e se concluíram dois projectos sobre contrato de locação, o primeiro da autoria do Dr. Pinto Loureiro e o segundo do Prof. Alberto dos Reis (F. Pires de Lima, *ibid.*: Vaz Serra «A revisão geral do Código Civil», in *BFDUC*, vol. xxii, 1946, p. 452).

Proponho-me com este texto dar um contributo para a compreensão das origens do Código Civil de 1966, assumindo embora o risco de ser tomado por franco-atirador ou por caçador furtivo num domínio ainda melindroso.

O que farei analisando:

- 1.º As razões do aparente atraso no início dos trabalhos de revisão do Código de Seabra;
- 2.º Os objectivos perseguidos;
- 3.º O método de trabalho utilizado;
- 4.º O sistema de exposição preferido;
- 5.º As coordenadas essenciais do novo Código Civil.

I. Se tivermos em conta o quanto está em jogo de político na feitura de um Código Civil, as afinidades do regime com os dos países do Eixo, a germanofilia de algumas das suas mais destacadas figuras e que se havia formado, desde 1930, uma forte opinião universitária recomendando a profunda remodelação do Código de Seabra, a data escolhida para o início dos trabalhos de revisão é reveladora de um intrigante atraso.

Ele é contudo mais aparente do que real, como tentarei explicar baseado em duas ordens de considerações.

Em primeiro lugar, na política de neutralidade habilmente seguida pelo Governo Português em relação ao conflito mundial, que lhe permitiu, não tomando partido por nenhum dos beligerantes, negociar com ambos, nomeadamente a exportação de volfrâmio, retirando os benefícios económicos que conhecemos — primeiros saldos positivos da balança comercial (1940-43) desde Setecentos —, e assegurar um equilíbrio que contribuiu para a permanência do regime para além da guerra.

Esta política de expectativa, de esperar o final da contenda para ver que rumo seguir, tornando entretanto inoportuna qualquer reforma jurídica, se poderia ser reflexo de «preguiça mental» e de «subserviência perante o pensamento estrangeiro», como então pensava Marcelo Caetano⁵, veio contudo a revelar-se a única realista e a que efectivamente servia os interesses do fascismo.

Se o calor com que aquele que viria a ser o sucessor de Salazar recebeu a notícia da conclusão dos trabalhos do novo *Codice Civile* pode justificar que tivesse sustentado, dando mostras de um nacionalismo imoderado, que a «reserva de paz» que constituía a nossa neutralidade deveria ser «enriquecida com um pecúlio de ideias novas e úteis que no momento oportuno pudessem servir de farol à Europa conturbada», as propostas de Marcelo Caetano eram no mínimo desadequadas do estilo frio, calmo e vagaroso da ditadura do professor de Finanças.

Segundo Vaz Serra, «dificuldades de vária ordem, entre as quais avultava a complexidade da obra e a intranquilidade causada pelos acontecimentos internacionais, impediram que antes de 1944 se tentasse a empresa»⁶.

Vimos já o sentido das determinações de política externa que impediram que se iniciasse entre nós uma revisão que deu os seus frutos, na Itália e na Alemanha, num período bélico culminante de vitórias sucessivas e de expansionismo militar.

Vejamos agora a segunda ordem de razões atinentes à complexidade da obra.

Qualquer código implica a adopção de um pensamento teórico, reflecte uma prática política e apoia-se em determinada ideologia.

Exige portanto a verificação de certos pressupostos culturais. Estariam eles preenchidos antes de 1944?

⁵ «O novo Código Civil italiano», *loc. cit.*

⁶ «A revisão geral do Código Civil», *loc. cit.*, p. 452.

Sobre o estado da nossa cultura jurídica antes da segunda guerra mundial pode ler-se o artigo de M. Caetano «A cultura jurídica em Portugal e a função d'O Direito», escrito em 1933 sob o ciclo da «seca do mundo forense e jurídico português» (Alves de Sá).

A excepção do *Tratado de Direito Civil*, de Cunha Gonçalves, e dos livros didácticos de José Tavares e Cabral de Moncada, a doutrina reduzia-se então à consulta revisteira — «farinha negra, a sêmea da alimentação quotidiana», chamava-lhe Alves de Sá —, a ciência jurídica cingia-se ao «civilismo empírico, rotineiro e mais ou menos rabulista e questiunculador» dos advogados chicaneiros e argentários, a produção literária amontoava-se num Himalaia de «compilações de textos ou de arestos, anotações, curtos e deficientes comentários, remissões, actualizações, formulários», a exegese predominava nos tribunais e na academia.

E Marcelo Caetano concluía:

Se não fossem as *sebentas*, faltar-nos-ia a possibilidade de uma vista de conjunto, mesmo imperfeita. Vejam isto: se não fossem as *sebentas*.

Haveria um recurso para obstar a esta decadência: o refúgio na filosofia do direito e a elaboração de uma teoria geral.

Mas, como reconhecia, o meio filosófico não estava mais arejado.

É certo que nunca tivemos uma filosofia nacional e que sempre importámos leis, ideias e filósofos, como quem importa modas, mercadorias ou boas maneiras.

Como diz Eça numa das falas d'*Os Maias*, a civilização custa-nos caríssima e, como não é feita para nós, fica-nos curta nas mangas⁷.

O juracionalismo de Wolff fomo-lo buscar à Áustria, adoptando a produção de um seu discípulo, Karl Anton Martini.

Será dele, com efeito, a obra que os *Estatutos da Universidade de Coimbra de 1772* seguirão para a cadeira de Direito Natural, intitulada *Positiones de lege Naturali in Usum Auditorum*.

Em 1844, o compêndio de Martini foi substituído pelos *Elementos do Direito Natural ou Filosofia do Direito*, de Vicente Ferrer Neto de Paiva (1798-1886), introdutor das ideias krausistas no nosso país.

Mais uma vez fomos ao estrangeiro buscar um vulto menor do idealismo, que conhecemos mal através dos seus discípulos⁸.

⁷ «—Enfim — exclamou o Eça — se não aparecerem mulheres, importam-se, que é em Portugal para tudo um recurso natural. Aqui importa-se tudo, leis, ideias, filosofias, teorias, assuntos, estéticas, ciências, estilo, indústrias, modas, maneira, pilhérias, tudo nos vem em caixotes pelo paquete. A civilização custa-nos caríssima, com os direitos da Alfândega: e é em segunda mão, não foi feita para nós, fica-nos curta nas mangas... Nós julgamo-nos civilizados como os Negros de São Tomé se supõem cavalheiros, se supõem mesmo *brancos* por usarem com a tanga uma casaca velha do patrão... Isto é uma choldra torpe.»

⁸ Porquê o «obscuro» Krause em vez do «gigante» Hegel? Teria sido o krausismo uma importação fruto do acaso ou resultado da incapacidade intelectual de Ferrer e dos seus discípulos?

Cremos que não. As principais razões que explicam a preferência dada a Krause talvez se possam encontrar:

- 1.º Nas potencialidades da sua filosofia em dar cobertura às reivindicações ideológicas, políticas e económicas da burguesia liberal portuguesa, em período de jovial florescimento. Os krausistas são, de certo modo, os intelectuais orgânicos da Regeneração.
- 2.º No carácter místico, eticista e humanitarista de muitos elementos do seu pensamento, apesar de ele próprio o definir como «racionalismo harmonioso». O misticismo, o eticismo e o humanitarismo krausistas permitiram a recuperação ou a conservação dos valores cristãos e jusnaturalistas.
- 3.º Na elevada complexidade e rigor lógico do sistema hegeliano, demasiado especulativo e enciclopédico para um Portugal tradicional, pouco dado às coisas do pensamento.

Ao passo que, em Espanha, Sanz del Rio (1814-69) procurou Krause na fonte, deslocando-se, em 1843, a Heidelberg, aconselhado pelo próprio Ahrens⁹, que visitou em Bruxelas, conhecendo na cidade alemã Roeder, jurista, Leonhardi, naturalista e metafísico, Schliepacke e outros discípulos de Krause, Ferrer ficar-se-á por Portugal, folheando o *Cours de Droit Naturel*¹⁰.

Os *Elementos* continuaram a ser o livro único de direito natural até 1889, mesmo após o grande embate sofrido com a publicação da *Filosofia do Direito*, de Joaquim Maria Rodrigues de Brito (filho) (1822-73), onde o krausismo aparece mesclado com um organicismo positivista. Anunciava-se já a entrada em cena de Comte e Littré, de Bentham, Stuart Mill e Spencer, de Ferri e de Garofalo.

Todas estas correntes — jusracionalismo, krausismo, positivismo —, apesar de mal assimiladas, produziram uma escola e contribuíram para a formação de gerações de juristas.

O jusnaturalismo racionalista de inspiração wolffiana prolonga-se por um número considerável de professores de Coimbra — Manuel Pedroso de Lima, Francisco Pires de Carvalho e Albuquerque, Francisco Xavier de Oliveira Matos e Simão de Cordés Brandão e Ataíde, todos comentadores de Martini, como o próprio Vicente Ferrer dos primeiros tempos.

Os trabalhos de Levy Maria Jordão (1831-75) e de João de Pina Madeira Abranches († 1883) no direito penal, de João da Silva Ferrão de Carvalho Martens (1824-95) no domínio da organização das relações jurídicas entre o capital e o trabalho, de António de Sousa Silva Costa Lobo (1841-1913), o «mais eloquente e fiel discípulo português de Krause», autor de uma dissertação, *O Estado e a Liberdade de Associação*, onde pela primeira vez se defende, de um modo consequente, o sistema corporativo¹¹, dão, por sua vez, continuidade ao solidarismo krausista e à mutualidade de serviços.

Finalmente, o organicismo de Ferrer tem seguimento nos estudos de Emídio Garcia (1838-1904), de formação francesa, e de Henriques da Silva (1850-1906), mais permeável ao utilitarismo inglês.

O positivismo, que, no dizer de Moncada, foi a única filosofia que o País compreendeu e assimilou depois do jusnaturalismo escolástico, não se fechou nos laboratórios nem na Faculdade de Direito de Coimbra, onde as teses, a partir de 1879, se deixaram impregnar pelo mesmo sociologismo positivista: as de Guimarães Pedrosa, João Arroio, Guilherme Moreira, Abel de Andrade, Marnoco e Sousa, Alberto dos Reis e Eugénio Dias Ferreira são bem o exemplo disso.

⁹ Henri Ahrens, alemão de origem, professor na Áustria, na Bélgica e, mais tarde, em Lúpsia, depois de ter sido *privatdozent* em Gotinga, publicou em 1837, em Bruxelas, o seu *Cours de Droit Naturel ou de Philosophie du Droit*, traduzido para português em 1844. Foi um liberal, partidário de um governo constitucional e representativo.

¹⁰ Cabral de Moncada erra quando afirma, nos seus «Subsídios para uma história da filosofia do direito em Portugal», in *BFDUC*, vol. XIV, 1937-38, que Ferrer descobriu primeiro as novas ideias, já que utilizava a obra de Ahrens desde 1843, enquanto Sanz del Rio só em 1850 começará a materializar nos seus livros a influência krausista.

O que é facto é que já em 1841, Sanz del Rio, num projecto para a criação de uma cátedra de Filosofia do Direito, manifestava a «sua inclinação pela doutrina de Krause, que, em seu entender, completa a de Kant».

O que demonstra, segundo Elias Diaz, que, entre 1837 e 1840, Sanz del Rio travara o primeiro contacto com a filosofia krausista, através do *Curso do Direito Natural*, de Ahrens, utilizado por Ferrer só a partir de 1843 (Elias Diaz, *La Filosofía Social del Krausismo Español*, Edicusa, Madrid, 1973, p. 21).

¹¹ O verdadeiro precursor do corporativismo parece ter sido, todavia, Silvestre Pinheiro Ferreira, com o seu célebre *Projecto da Associação para o Melhoramento da Sorte das Classes Industriais*, publicado em Paris, em 1840. Para as ideias dos autores referidos e respectivas obras, Cabral de Moncada, «Subsídios [...]», *loc. cit.*, pp. 305 e segs.

A implantação da República foi, de facto, a consagração do positivismo ao nível político. Assentou-lhe portanto muito bem ter como presidente do Governo Provisório um dos seus maiores expoentes: Teófilo Braga.

Uma das primeiras medidas do novo regime foi a supressão da cadeira de Filosofia do Direito.

A reforma do ensino operada por Decreto de 24 de Dezembro de 1910 começou por aliá-la a uma nova disciplina, a Sociologia Geral. Depois, o Decreto de 18 de Abril de 1911 não só suprimiu a Filosofia do Direito do *curriculum* universitário, como alterou para Ciências Sociais o nome da disciplina anteriormente criada, ao mesmo tempo que dava particular relevo à História do Direito Pátrio e à História do Direito Romano¹².

O último professor de Filosofia do Direito e sucessor de José Dias Ferreira (1837-1907)¹³, que ocupara o lugar deixado vago por Ferrer em 1862, foi Avelino César Augusto Maria Calisto (1843-1910), porventura mais conhecido pela polémica que encetou com Camilo, a propósito de Pombal, conhecida por *A Questão da Sebenta*, do que pelo seu eclectismo, mistura de jusnaturalismo kantiano, de idealismo hegeliano, de experimentalismo positivista e de evolucionismo spenceriano.

A cadeira será ainda leccionada no ano lectivo de 1910-11 por José Gabriel Pinto Coelho, mas já como epítáfio.

Num país onde a(s) Faculdade(s) de Direito sempre constituíram os centros vitais da cultura jurídica, o afastamento da Filosofia do Direito do meio universitário dificilmente poderia deixar de ter significado o seu definhamento.

Em 1914, com a edição do livro *Do Acto Jurídico*, de Fezas Vital, onde é nítida a influência de Duguit, sente-se ainda um leve revigoramento da corrente positivista, mas os tempos voltavam-se irremediavelmente mais para o compasso — e para a espingarda — do que para a lira.

Compreender-se-á agora melhor que a filosofia do direito não pudesse constituir uma base segura para a elaboração dos conceitos fundamentais que permitissem erigir uma teoria geral do direito capaz de iluminar o nosso sistema jurídico.

O balanço de Marcelo Caetano, de Fevereiro de 1933, não era portanto nem injustificado nem pessimista.

Muito pelo contrário. Finda uma época em que, como ele a caracterizava, «o direito mudou muito em Portugal — e quase nada a ciência do direito», assinalava uma «certa tendência para um renascimento».

E, com efeito, em 1935, nas colunas da mesma revista, *O Direito*, é precisamente sob o título «Um renascimento jurídico» que regista, com incontido regozijo, a prolixa produção do ano transacto: quatro teses de doutoramento em Ciências Jurídicas, o *Património*, de Paulo Cunha, *Ensaio sobre a Interpretação e Aplicação das Leis*, de Manuel de Andrade, *Novos Aspectos de Direito Penal*, de Adelino da Palma Carlos, e *Da Participação Criminosa*, de Manuel Gonçalves Cavaleiro Ferreira; dois trabalhos de economia, a dissertação de concurso de João Pinto da Costa Leite, *Ensaio sobre a Teoria das Crises Económicas*, e a tese de doutoramento de José Joaquim Teixeira Ribeiro, *Teoria Económica dos Monopólios*; um estudo de história de direito da autoria de Artur Montenegro, *A Conquista do Direito na Sociedade Romana*; dois livros dos licenciados Francisco Maia de Loureiro e Mário Simões dos Reis, respectivamente *O Espaço Aéreo em Direito Internacional* e *A Arbitragem Lavarello*, e, por fim, a tradução de Luís Cabral de Moncada da obra de Radbruch *Filosofia do Direito*.

¹² O mesmo espírito reformador criou em Lisboa, por Lei de 30 de Junho de 1913, a Faculdade de Estudos Sociais e de Direito.

¹³ José Dias Ferreira foi o introdutor entre nós da *teoria do mimico ético*, que, como se sabe, concebe a relação entre a moral e o direito como dois círculos concêntricos, sendo o círculo da moral o do maior diâmetro.

Esta última provoca-lhe o seguinte comentário:

Na impossibilidade de, ao menos por enquanto, produzirmos alguma coisa de original nos domínios da filosofia do direito, convém que vamos conhecendo as correntes lá de fora, as ideias que preocupam e agitam os juristas estrangeiros, as tendências que os orientam e os objectivos que visam.

Em 1942, porém, apesar de, após um interregno de 25 anos, ter sido reatada, em 1937, a docência da cadeira de Filosofia do Direito, cuja regência foi entregue precisamente a Moncada¹⁴, muda radicalmente de tom e lamenta não ter o Estado Novo definido «uma filosofia jurídica que informe as suas leis e a aplicação delas, de modo a poder-se ultrapassar a fase de elaboração oportunista e das soluções de inspiração ocasional»¹⁵.

O que é, aliás, inteiramente confirmado por Manuel de Andrade, que, ao traçar a «Evolução do direito privado português» de 1926 a 1944, só a custo consegue enunciar umas poucas e vagas ideias gerais:

- 1.º Uma tendência para o fortalecimento da instituição familiar;
- 2.º Uma tendência para dar um posto de relevo à preocupação do social, particularmente na organização e disciplina da propriedade;
- 3.º Uma tendência para proteger os trabalhadores que pudessem estar em conexão com as específicas concepções político-sociais do regime¹⁶.

A ausência de princípios fundamentais onde assentar a codificação e a falta de um «espírito que, como codificação, informasse os institutos» do novo Código são ainda apontadas no balanço jurídico que M. Caetano faz do ano de 1954¹⁷.

Recomenda então um certo retorno às origens, à tradição das monografias, como a *Posse*, de Manuel Rodrigues, ou a *Simulação*, de Bezeza dos Santos, por meio do qual o retomar dos «temas vivos do direito civil nacional» «à luz da história, do direito, do direito positivo e da jurisprudência» pudesse suplantar «a dogmática, a construção e análise de conceitos olhados na sua universalidade, de pouco préstimo para a ciência jurídica em geral (a Língua não permite o conhecimento desses estudos fora de restrito círculo territorial) e sem utilidade para o progresso da legislação portuguesa».

¹⁴ Luís Cabral de Moncada (1888-1974), professor catedrático da Faculdade de Direito de Coimbra, onde se doutorou em 1919, filósofo e historiador do direito, foi o restaurador da reflexão jus-filosófica.

Hitlerófilo, destacado militante do nacional-sindicalismo dos Camisas Azuis de Roão Preto, chefe da secção jurídica e seu mais alto representante na cidade do Mondego, onde o movimento contava com nomes como Carlos Moreira e João da Costa Leite Lumbrales, em Direito, Lopes de Almeida e Gonçalves Rodrigues, em Letras, e Eusébio Tamagnini, em Ciências, acabou por optar pelo salazarismo, em 1934, depois que a célebre nota oficiosa da Presidência do Conselho de 29 de Julho, dirigida aos nacionais-sindicalistas, os convidou a entrar para a União Nacional, sob pena de o Governo passar a condenar o seu movimento como «elemento perturbador e de desagregação das forças nacionalistas do Estado Novo».

A sua passagem para as hostes filossilazaristas explicará a conservação do cargo de vice-reitor de 1930 a 1938 e a possibilidade de ter sido ele a reatar a docência da cadeira de Filosofia do Direito (João Medina, *Salazar e os Fascistas*. Lisboa, Bertrand, 1978. Bibliografia de Mário Faria, «Bibliografia do Doutor Luís Cabral de Moncada», in *BFDUC*, vol. I, 1975).

¹⁵ «O novo Código Civil italiano», *loc. cit.*

¹⁶ Manuel de Andrade, «Evolução do direito privado português», in *BFDUC*, vol. xxii, 1946, p. 338.

¹⁷ Marcelo Caetano, «Ao entrar no 87.º ano. Algumas notas sobre aspectos jurídicos do ano de 1954», in *O Direito*, ano 87.º, 1955.

Pela sua extensão e profundidade, abrangendo ampla e sistematicamente todo um grande sector do ordenamento jurídico, qualquer código moderno exige o domínio de instrumentos técnicos de considerável volume e complexidade e envolve um trabalho colectivo esforçado e continuado, normalmente balizado por princípios ideológicos fundamentais.

Neste sentido não há códigos fáceis. A elaboração do nosso Código Civil de 1966 revelou-se contudo duplamente difícil.

A data do início dos trabalhos de revisão, a ideologia dominante apresentava-se «como um conglomerado díspar de ideologias reacţionárias diversas» (V. Toumanov) onde se misturavam a «velha filosofia escolástica e jusnaturalista», o solidarismo, o neo-hegelianismo, a doutrina do direito como função social e as «concepções do catolicismo social das grandes encíclicas de Roma»¹⁸.

O que se explica, não tanto pelo sistema corporativo do Estado Novo, que serviu de plataforma a todas estas ideias, não tanto pelo facto de a censura, a supressão do diálogo político e subsequente marginalização dos quadros formados na I República terem impedido a renovação ideológica do regime, como por a ligação orgânica da ditadura com a igreja católica ter permitido economizar uma criação e organização ideológicas de que o nazismo, por exemplo, teve absoluta necessidade.

Com o tomismo renascido poderíamos ter produzido um «catecismo das relações jurídicas burguesas» (A. J. Arnaud), nunca um Código Civil moderno.

Se mesmo assim o tivemos, isso deve-se ao fecho de uma evolução da civilística portuguesa situada entre as obras dos seus maiores vultos — *Instituições de Direito Civil Português* (1907), de Guilherme Moreira, e *Teoria Geral da Relação Jurídica* (1944), de Manuel de Andrade — que encontrou na pandectística alemã a terra fértil donde recolheu «um plano de conjunto clarificador e a linguagem conceitual abstracta de um código racional»¹⁹.

II. Se tivéssemos de dar numa só frase a principal razão justificativa da elaboração do novo Código, diríamos que *ele veio restabelecer a ordem em matéria de legislação civil*.

Bem sabemos que esta noção (ordem) não é das mais precisas e que encobre numerosos conteúdos.

Mas ela resume o verdadeiro sentido do que se passou entre nós de 28 de Maio de 1926 a 25 de Abril de 1974.

Durante este período, o problema fundamental consistiu na manutenção da ordem.

O 28 de Maio fizera-se contra a «desordem nacional», para pôr cobro aos «desmandos» e à «degradação» da I República.

Salazar, no célebre discurso da Sala do Risco, proferido por ocasião das comemorações do quarto aniversário da Revolução Nacional, caracterizava com uma única palavra — desordem — a situação do regime derrubado: desordem financeira, desordem económica, desordem social e desordem política.

As forças da ditadura lançam-se então na «batalha da ordem» e substituem os princípios da liberdade, da democracia e da soberania do povo pelos de ordem, autoridade, disciplina, coordenação social, defesa da Nação e consolidação do Estado.

O chamado Estado Novo, tradução ao nível político da «nova ordem das coisas», designação que aliás só começará a ser utilizada depois de 1930, além de social e corporativo, afirma-se como Estado forte, ainda que autolimitado pela

¹⁸ Cabral de Moncada, «Subsídios [...]», *op. cit.*, vol. xv, p. 112, e V. Toumanov, *Pensée Juridique Bourgeoise Contemporaine*, Moscovo, ed. Progrès, 1974, p. 161.

¹⁹ F. Wieacker, *História do Direito Privado Moderno*, cit., p. 527, e Orlando de Carvalho, *A Teoria Geral [...]*, cit., p. 80.

moral cristã e pelo direito, dotado de um executivo forte, pois, como Salazar dizia, «não há Estado forte onde o poder executivo o não é».

Mais do que um simples *slogan* do regime, o restabelecimento da ordem e da autoridade impõe-se como o principal atributo do Estado ditatorial.

Ao nível jurídico, esta política traduziu-se num conjunto de reformas tendentes a assegurar, a todo o preço, um direito certo.

O primeiro passo em ordem a atingir esse objectivo foi dado, logo após a investidura do primeiro governo saído do movimento militar, pelo Decreto n.º 11 715, de 21 de Junho de 1926 (modificado pelo Decreto n.º 12 334, de 18 de Setembro) que criou a Ordem dos Advogados²⁰.

Segundo o relatório que precedia o decreto, da autoria do ministro da Justiça, Manuel Rodrigues²¹, o exercício da advocacia continuava entregue «aos acasos da sorte e às inspirações e arbítrio de cada um».

A pretexto de cercar a advocacia «de garantias de independência e de condições de prestígio», a criação da Ordem visou essencialmente o «enquadramento profissional e deontológico dos advogados»²², rodeando o exercício da profissão de «uma disciplina séria, de um apoio seguro e de uma fiscalização capaz».

Esta medida foi em geral bem aceite e não suscitou os descontentamentos provocados pela Reforma do Processo Civil e Comercial de 22 de Setembro desse ano (Decreto n.º 12 353, com as alterações do Decreto n.º 12 488, de 14 de Outubro).

Houve até quem a fizesse reagir contra esta. O visconde de Carnaxide²³, por exemplo, director da prestigiada revista *O Direito*, no balanço jurídico referente ao ano de 1926, viu nos poderes disciplinares do Conselho Director da Ordem melhor remédio contra a chicana dos advogados do que a autoridade conferida ao juiz pela Reforma do Processo.

O Decreto n.º 12 353 não criou, na verdade, o mínimo consenso à sua volta.

Elaborado por Alberto dos Reis, directo colaborador do ministro da Justiça, na base dos modernos princípios da oralidade, da concentração e da actividade do juiz, desencadeou um vendaval de oposições e de protestos.

²⁰ Antes de 1926 pertencia à Associação dos Advogados de Lisboa a representação profissional dos advogados. Instituída em 1838, substituiu a Sociedade Jurídica, cujos estatutos foram aprovados em Abril de 1835.

Até 1940 foram bastonários da Ordem os Drs. Vicente Monteiro, Fernando Martins de Carvalho, Barbosa de Magalhães, Domingos Pinto Coelho, Marco Pinheiro Chagas e Carlos Pires. (Cf. Fernando Martins de Carvalho, «Origens da Ordem dos Advogados em Portugal», in *O Direito*, ano 72.º, p. 130.)

²¹ Manuel Rodrigues, professor da Faculdade de Direito de Coimbra, onde se doutorou, em 1921, em Ciências Económico-Políticas, com um trabalho intitulado *Indústria Mineira em Portugal, Estudo Económico-Jurídico*, apreciado e discutido por Salazar, trocando logo depois esta passageira vocação económica pela ciência jurídica — a sua dissertação de concurso para assistente, em 1923, é já um estudo de direito civil, *A Posse* —, foi mais um político do que um universitário. Após o golpe de Estado de 28 de Maio ocupa a pasta da Justiça, onde permanece até 11 de Abril de 1928.

São da sua responsabilidade e iniciativa, nesta primeira passagem pelo Ministério, para além da criação da Ordem dos Advogados (1926), o início da reforma do Processo Civil e Comercial (1926) e a aprovação do novo Estatuto Judiciário (1927).

A segunda fase da sua acção governativa começa a 5 de Julho de 1932, no primeiro executivo de Salazar, e prolonga-se por oito anos, até 28 de Agosto de 1940.

São deste período o Código de Registo Civil (22 de Dezembro de 1932), o Código de Falências (26 de Outubro de 1935), o Código do Notariado (24 de Novembro de 1935), o Código de Processo Civil (27 de Maio de 1939) e o Código das Custas Judiciais (26 de Agosto de 1940).

Morreu a 2 de Março de 1946. Biografia e bibliografia em «Dr. Manuel Rodrigues», in *BFDUC*, vol. xxii, 1946, p. 233, e José Beleza dos Santos, «O fundador da Ordem dos Advogados», in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 1.º, 3.º e 4.º trimestres de 1941, p. 317.

²² A. Manuel Hespanha, *L'Histoire Juridique et les Aspects Politique-Juridiques du Droit, Portugal 1900-1950*, dactilografado, nota 44.

²³ Biografia e bibliografia de António Baptista de Sousa (1847-1935), visconde de Carnaxide, em *O Direito*, ano 67.º, p. 66.

É que, propondo-se superar a velha concepção individualista da estrutura processual, sujeita à ilimitada liberdade das partes e orientada por um não mais limitado princípio do dispositivo a desenrolar-se perante a inércia do juiz, a Reforma alargou o papel dos magistrados no campo judiciário, em detrimento dos advogados e outros auxiliares da administração da justiça.

Não puderam estes, dantes senhores do processo, aceitar serenamente uma subalternização que colocava nas mãos dos magistrados, entre outros, o poder intolerável de, com o indeferimento liminar, deitar abaixo desde o início uma acção, por eles proposta e que os reduzia «à situação de fiscais dos juizes nas inquirições» das testemunhas (J. G. de Sá Carneiro).

Mas ainda mais sentidas foram as expressões usadas pelo legislador para responsabilizar os advogados de constituírem obstáculos à acção da justiça e justificar as inovações do decreto.

Na verdade, tentando justificar o novo regime de inquirição das testemunhas pelos juizes, o relatório considera, por duas vezes, ser próprio dos advogados uma inclinação «para se espriarem em detalhes, minúcias e pormenores que nenhuma importância têm para a solução da causa e que só servem para abafar e oprimir o objecto essencial do pleito», que classifica de «tendência irresistível» e «deformidade profissional».

Não se estranha pois que, profundamente ofendidos e feridos em cheio na sua dignidade, os advogados, através da Associação de Lisboa, tenham enviado ao ministro da Justiça um vigoroso protesto contra as expressões do relatório do Decreto n.º 12 353, nem que a sua revoltada apreciação da Reforma tenha sido menos uma crítica do que uma anticrítica²⁴.

O que estava em causa não era porém, finalmente, uma distribuição ou redistribuição de poderes na órbita da justiça, mas o interesse do Estado em subtrair a relação processual ao mero interesse privado e em confiar a condução da acção a uma entidade que, em seu nome, realizasse a ordem jurídica com *rapidez e segurança* — o juiz!²⁵

Foi esta mesma segurança uma das finalidades procuradas pelas providências adoptadas no «sentido de se assegurar a uniformização da jurisprudência».

Entre nós, antes de 1926, a estabilidade do direito era garantida pelo Supremo Tribunal de Justiça, enquanto órgão judicial de revista, instituído pela Constituição de 1822, então, e de acordo com os princípios revolucionários, como mero defensor da legalidade.

Em 13 de Julho de 1918, com intenção de promover a unidade e uniformidade da jurisprudência, o Governo de Sidónio Pais fizera publicar o Decreto n.º 4620, fixando um regime de intervenção decisória do tribunal superior, sempre que os acórdãos proferidos pelas Relações ou pelo próprio Supremo contrariassem a «última jurisprudência estabelecida»²⁶.

Este diploma viria a ser revogado um ano mais tarde pelo Decreto n.º 5644, de 10 de Maio de 1919, e o seu regime a ser substituído pelo instituto dos *assentos* com a reforma de 1926.

Considerada pelo próprio relatório «uma das inovações mais importantes do decreto», a nova modalidade por que optou o legislador consistiu, em relação à

²⁴ O protesto encontra-se publicado na *Revista dos Tribunais*, ano 45.º, n.º 1067, p. 175. As actas das sessões da Associação dos Advogados de Lisboa para apreciação do Decreto n.º 12 353 foram publicadas em *O Direito*, anos 58.º e 59.º

²⁵ Objectivo que não terá sido alcançado completamente na opinião de José Tavares, «A reforma do processo civil e comercial» in *O Direito*, anos 58.º e 59.º

²⁶ «Julga o Governo», lê-se no relatório, «que o melhor meio de se conseguir a *unidade progressiva da jurisprudência* consiste em se assegurar a manutenção da jurisprudência do Supremo Tribunal, enquanto ele não a puser de parte por via de decisão proferida em Tribunal Pleno. Assim, sem se fazer sair o poder judicial das funções que lhe são próprias, evitar-se-á a instabilidade da doutrina dos tribunais, com todas as suas consequências perturbadoras.»

função uniformizadora do tribunal superior, numa «duplicação de remédios» e, em relação ao regime anterior, num salto qualitativo, já que afastou a intervenção do Supremo da estrita função jurisdicional, atribuindo-lhe a função de interpretação autêntica.

Afirmar que os assentos foram criados tendo em vista a uniformidade da jurisprudência pouco nos elucida sobre o seu sentido normativo e significação jurídica.

De facto, o mesmo objectivo é prosseguido em inúmeros sistemas jurídicos, presentes e pretéritos, através dos mais diversos institutos.

Se quisermos captar «a específica modalidade intencional (e institucional)» dos assentos, teremos de interrogar a sua particular teleologia jurídico-normativa, o que se consegue iluminando as opções axiológico-normativas que o regime dos assentos pode revelar.

Este percurso, seguido por Castanheira Neves em «O instituto dos ‘assentos’ e a função jurídica dos Supremos Tribunais»²⁷, conduz-nos a cinco alternativas ou antinomias significativas do sentido próprio do instituto.

Optando, expressa ou tacitamente, por um dos termos de cada par, com sacrifício do outro, o legislador acabou por atribuir aos assentos uma determinada configuração intencional.

Foi assim que, ao preferir a certeza ou segurança do direito ao acerto ou justiça nas decisões jurídicas (1), uma intenção e entidade gerais abstractas, respectivamente quanto ao seu objectivo — a formulação de preceitos gerais e abstractos — e pressuposto-objecto — uma «mesma questão fundamental do direito» decidida de modo contrário — a uma intenção histórico-concreta (2), a igualdade jurídico-formal, de mera legalidade, circunscrita à aplicação da lei, à independência decisória dos juizes (3), a fixidez ou imutabilidade da jurisprudência à sua mutabilidade e progressiva renovação das posições jurídicas (4) e, por fim, a unidade formal-abstracta da lei, assumida como dada, à unidade normativo-material do direito, pensada como constituenda (5), o regime dos assentos ficou vinculado a «um legalismo de segundo grau ou elevado à segunda potência», na concepção e aplicação do direito, e constitui a própria negação da função judicial ao transformar a jurisprudência num «arremedo de legislador» obrigada a prescrever normas «com força obrigatória geral» (artigo 2.º do Código Civil).

Mas nem todas as dicotomias possuíram desde o início este carácter disjuntivo nem são directa e igualmente responsáveis pela instituição dos assentos.

O Decreto n.º 12 353 propunha-se expressamente «dar estabilidade à jurisprudência sem cair no defeito da estagnação e da imutabilidade». O certo, porém, é que a prática e a evolução do seu regime vieram a comprovar que era outra a sua índole, consagrada sem equívocos na reforma do processo civil de 1961, ao impedir a revisão ou alteração pela própria jurisprudência da doutrina fixada nos *assentos*.

Culminava-se um processo de cristalização de valores que procedia de uma concepção da lei como entidade abstracta, que reconduz o direito à lei e a afasta da realidade socioeconómica.

Ao mutilar a independência decisória do juiz, interpondo entre a lei e o caso concreto a predeterminação obrigatória dos assentos, o poder fazia-o em nome da *certeza antecipada do direito aplicável*, valor dado *a priori*, onde não tinha lugar o confronto de teses e de pontos de vista diferentes.

Idêntica certeza que fez mover Martins de Carvalho, num período em que a lei (Decretos n.ºs 12 353 e 31 287, este de 1932) ainda não se referia expressamente a «assentos», mas a «acórdãos proferidos em tribunal pleno», contra as «ambições legislatórias de alguns julgadores», tanto dos seguidores da escola

livre do direito, como «dos que se poderiam deixar arrastar pela ambição de captar momentaneamente a inconstante *aura popular*», como ainda, e finalmente, daqueles magistrados que emprestavam aos *assentos* — e bem — força legislativa, e não o carácter de *jurisprudência qualificada*, como sustentava²⁸.

A nota explicativa do Decreto n.º 12 353 terminava reconhecendo que «é fora de dúvida que a reforma agora decretada supõe juizes capazes», fazendo eco a certas críticas que tinham sido dirigidas ao projecto, nomeadamente por José Gualberto de Sá Carneiro, que lembrara ao autor que «qualquer reforma de processo tem de ser acompanhada de uma correspondente reorganização judiciária, sob pena de se criarem funções sem a prévia constituição de órgãos adequados»²⁹.

E, com efeito, a reforma judiciária não se fez esperar. Alguns meses mais tarde, a 22 de Junho de 1927, o Decreto n.º 13 809 aprovava o Estatuto Judiciário, depois modificado, em 10 de Abril de 1928, pelo Decreto n.º 15 344.

Na sua apreciação, sobretudo apologética, da acção de Manuel Rodrigues, o *BFDUC* considera que «o Estatuto Judiciário veio pôr ordem, segurança e claridade onde só havia caos, incerteza e trevas. Mas não foi só isto, que já seria muito; além de se pôr a *casa em ordem*, abriram-se as janelas de par em par e deixaram-se entrar correntes de renovação e purificação, que mudaram por completo a face e o espírito do organismo judicial»³⁰.

De acordo com o artigo 14.º do Estatuto, «a independência da magistratura judicial consiste no direito de, por intermédio do Conselho Superior Judiciário, escolher os seus membros para os diversos cargos judiciais, no de exercer livremente as respectivas funções, sem sujeição a outros ditames que não sejam os que as leis impõem e a consciência inspira».

Como é sabido, não pode haver independência se a autoridade jurisdicional depender disciplinarmente de entidades exercendo outra autoridade, ou se os magistrados forem promovidos segundo determinações providas de fora do seu corpo.

A institucionalização do Conselho Superior Judiciário, unicamente composto de magistrados, «como organismo superior hierárquico do poder judicial, em matéria administrativa e disciplinar», poderia ser entendida como um meio suficientemente capaz de assegurar esta independência.

Só que, num total de 5 membros com direito a voto, o presidente do Conselho era, por direito próprio, o presidente do Supremo Tribunal de Justiça,

²⁸ F. Martins de Carvalho, «Ano findo — Algumas tendências dos nossos tribunais. Os chamados 'assentos' do Supremo», in *O Direito*, ano 68.º, p. 3. Compreende-se a posição de Martins de Carvalho. Para além de os antigos *assentos* da Casa da Suplicação se inserirem num sistema substancialmente diferente, a sua restauração suscitava fundados problemas de adequação, institucional e funcional, e dúvidas acerca do seu carácter prescritivo. Neste sentido cf. Castanheira Neves, *loc. cit.*, n.º 3573. Fernando Augusto de Miranda Martins de Carvalho nasceu em Lamego, a 1 de Fevereiro de 1872, e morreu em Lisboa, a 18 de Abril de 1947. Contava 75 anos de idade. Formado em Direito em 1891, instalou-se dois anos mais tarde em Lisboa, onde exerceu uma intensa actividade política nas fileiras do Partido Regenerador Liberal, de João Franco, de quem foi directo colaborador e ministro da Fazenda. A proclamação da República fê-lo exilar-se para o Brasil, donde regressou em 1915. Exerceu, a partir de então, uma intensa actividade forense ao serviço «dos mais importantes bancos, empresas e sociedades». Foi advogado de D. Manuel II. Assumiu em 1935, por morte do visconde de Carnaxide, a direcção d' *O Direito*, onde permaneceu até morrer. Em 1941, depois de ter proferido na Faculdade de Direito de Coimbra um curso sobre «Jurisconsultos portugueses dos séculos XVI e XVII», foi-lhe concedido o título de doutor *honoris causa* em Direito. («Conselheiro Fernando Martins de Carvalho», e «Notas biográficas do conselheiro Martins de Carvalho», in *O Direito*, ano 79.º, 1947, n.º 40; José de Azeredo Perdigão, «O conselheiro Martins de Carvalho, advogado», in *O Direito*, ano 89.º, 1957, n.º 2.)

²⁹ José Gualberto de Sá Carneiro, «A reforma do processo civil», in *Revista dos Tribunais*, ano 45.º, n.º 1060. Sustentando igualmente que a reforma do processo deve ser acompanhada de uma reforma judiciária, José Tavares, *op. cit.*

³⁰ Dr. Manuel Rodrigues, *op. cit.*, p. 241.

livremente escolhido pelo Governo, dois relatores eram directamente nomeados pelo Governo e os restantes dois eleitos pela magistratura judicial, uns e outros de entre juizes conselheiros do Supremo, igualmente nomeados pelo Governo.

Pretendia-se dar a imagem de um autogoverno da magistratura, através dos seus mais altos magistrados, quando, na verdade, era estreito o elo que a ligava ao poder executivo.

Longe de uma paridade de dignidades e de capacidades profissionais, e ainda mais distante da dissociação do grau e da função, permitindo que os magistrados mais adiantados na carreira pudessem exercer as funções dos juizes de base e, vice-versa, que estes interviessem nas instâncias de recurso, libertando os graus de jurisdição de qualquer conexão com a hierarquia, ambos princípios que asseguram independência à magistratura, o Estatuto Judiciário adoptou uma ordem burocrática e hierarquizada (artigos 17.º e 23.º) por meio da qual os magistrados menos submissos e obedientes seriam objecto de medidas de «natural» discriminação, provocadas pela «normal» aplicação das normas estatutárias relativas a concursos, nomeações, transferências, promoções, etc.

A jurisdição organizava-se de facto em escalões sucessivos, da base ao topo, de acordo com a competência dos magistrados, diferenciados segundo o grau e a função, e a ascensão aos cargos cimeiros, para além de títulos e do prestígio que conferia, era prova de fidelidade à ordem e aos valores instituídos.

Por outro lado, consagrou-se a distinção entre a magistratura judicial e a do Ministério Público sob a forma de *não separação e paralelismo*.

Os juizes começavam a sua carreira como delegados do procurador da República, mas não podiam dar ordens ou censurar os agentes do Ministério Público.

Acresce que, como os magistrados do Ministério Público, ao contrário dos judiciais, para além de amovíveis, estavam imediatamente subordinados ao ministro da Justiça, de quem recebiam instruções de conteúdo individual e concreto, a magistratura do Ministério Público consistia num autêntico «vestíbulo» da magistratura judicial e num verdadeiro tirocínio de docilidade perante o poder político³¹.

Poderemos agora avaliar melhor como a pretensa autogestão dos magistrados, por intermédio do Conselho Superior Judiciário, não excluía a interferência do executivo e como a afirmação desta falsa garantia material de independência chamava afinal a presença da sua negação.

Reposta a ordem no foro, com a criação da Ordem dos Advogados, e retirados a estes os poderes de direcção do processo, o Estatuto Judiciário colocou a magistratura sob vigilância.

Não que os magistrados fossem uns perturbadores da ordem ou que se tivesse de duvidar das suas qualidades.

Antes, pelo contrário, a probidade e o bom senso revelados, a sua ideologia e origem social constituíam, sob o prisma da razão de Estado, uma considerável vantagem a seu favor. Marcelo Caetano considerou-os mesmo «um dos mais resistentes núcleos morais da sociedade portuguesa».

A justiça desempenha, aliás, sempre o papel de válvula de segurança do sistema jurídico:

[...] quando as relações socio-jurídicas não conhecem uma saída normal, quer dizer, prevista nas leis do sistema, a justiça intervém «para fazer as coisas entrar de novo na ordem». [A. J. Arnaud.]

Contudo, os magistrados não estão de todo imunes à anarquia do capital, para a qual remete a «paz burguesa».

³¹ Mario Torres, «Les juges portugais rendus à la légalité», in *Le Monde Diplomatique*, n.º 327, de Junho de 1981, p. 18, e restantes artigos sobre a justiça perante o poder político.

Ora, apesar das reiteradas proclamações de fé na independência da magistratura, a ditadura não podia aceitar os seus julgados que desequilibrassem a ordem ideal do direito (ou equilibrassem a desordem real da sociedade).

Justiça: uma equipa de guardas da calma e da regularidade das relações jurídicas. Mas quem vigia os guardas?

Correr riscos, o fascismo não corria.

Por isso, o Decreto n.º 17 955, de 12 de Fevereiro de 1930, adoptando uma solução «mais consentânea com o princípio da autoridade do Estado», retirou ao Conselho Superior Judiciário a acção administrativa relativa ao provimento de cargos judiciais (artigos 14.º e 449.º, n.ºs 5, 7 e 8), transformando-o, nesta matéria, num mero corpo consultivo do ministro da Justiça, ainda que conservando as demais atribuições de órgão supremo da disciplina judiciária.

Este atentado contra a independência dos juizes e a função de julgar, tal como eram concebidas pelo Estatuto, abrindo o caminho à funcionalização dos tribunais e da magistratura pelo poder executivo, irá depois prolongar-se pela Constituição de 1933, onde, ao contrário das constituições anteriores, se não encontra qualquer terceiro poder, mas uma *função judicial* exercida por tribunais ordinários e especiais (artigo 116.º), e obteve plena consagração, alguns anos mais tarde, com o Decreto-Lei n.º 35 388, de 22 de Dezembro de 1945, que transferiu para o ministro da Justiça todo o poder de colocação dos magistrados.

A recusa dos riscos de uma jurisprudência com algum poder de decisão e permeável à desigualdade real que se exprime «como desordem» vai implicar ainda a supressão da participação popular na administração da justiça.

Esta pode revestir formas e graus diversos, assumir conteúdos distintos e realizar-se por diferentes níveis e canais.

Importa distinguir consoante se trate de uma participação através de uma intervenção popular directa ou de uma participação através de uma intervenção popular indirecta.

Integram-se no primeiro grupo a presença de leigos nos órgãos judicativos e a eleição dos juizes e incluem-se no segundo todas as formas de controlo do exercício da função jurisdicional por parte dos seus destinatários (popularização e divulgação do direito; presença de leigos nos órgãos de «autogoverno» da magistratura — conselhos de magistratura, judiciários, etc; controlo no apuramento da responsabilidade dos juizes; controlo da actividade do Ministério Público, etc.)³²

Deixando de parte as formas de intervenção popular indirecta e a eleição dos juizes, sem consagração legal, a instituição do júri possuía em 1927 uma sólida tradição entre nós.

A introdução dos jurados no continente europeu, com a Revolução Francesa, teve por fim garantir a independência e a imparcialidade da sentença, dar garantias aos cidadãos contra a arbitrariedade de uma função judicial que não tinha dado provas de saber (e querer) fugir aos ditames de um monarca despótico.

A separação absoluta entre a decisão sobre os factos (entregue aos jurados) e sobre o direito (da competência de elementos com formação jurídica), evitando-se que o juiz abuse daqueles contra este, ou vice-versa, foi um efeito imediato daquele propósito.

Com este mesmo conteúdo e objectivo, a intervenção do júri nos julgamentos criminais era instituída no nosso país, em 1841, pela Novíssima Reforma Judiciária e consagrada na Constituição de 1911.

³² Vincenzo Vigoriti, «Le elezioni del giudice nell'esperienza americana», in *Sociologia del Diritto*, n.º VI, 1979, 1.º e 2.º semestres, p. 153.

Em 1927, o Estatuto Judiciário, confirmando a abolição do júri pelo Decreto n.º 13 255, de 9 de Março, estabeleceu que daí para o futuro não seriam nove cidadãos sorteados dos inscritos num recenseamento, mas três juizes de Direito, formando um tribunal colectivo, a julgar, antes da questão de direito, «de facto, como júri, sem recurso, segundo a sua consciência e com plena liberdade de apreciação» (artigo 98.º), prenunciando um procedimento que viriam a adoptar todos os fascismos depois³³.

E não é difícil perceber porquê. O júri representa uma salvaguarda contra a máquina policial e judiciária. Ora, para restringir as liberdades, o fascismo sempre lançou mão de uma dupla estratégia: reforçar os poderes da(s) polícia(s) e abolir essa força independente que o júri representa.

Também para realizar a certeza do direito, o Decreto n.º 19 126, de 16 de Dezembro de 1930, da autoria do ministro da Justiça e dos Cultos, Luis Maria Lopes da Fonseca, alterou o Código de Seabra.

O projecto de reforma do Código Civil tinha sido elaborado pelo advogado António Pinto de Mesquita, do Porto, e publicado na *Revista dos Tribunais*, 48.º ano (1930-31).

A atribuição de semelhante incumbência a um profissional do foro era já índice do carácter que se lhe quis imprimir.

Pretendia-se uma reforma eminentemente prática, principalmente voltada para a integração das lacunas e a resolução de dúvidas da jurisprudência, de modo a, como se lia no relatório, fazer sair os tribunais do caos em que estavam mergulhados pelo acumular de julgados contraditórios.

Contra o âmbito restrito do projecto insurgiram-se os professores da Faculdade de Direito de Coimbra, a quem tinha sido solicitado parecer.

Com efeito, segundo o seu ponto de vista, não se compreendia porque é que a reforma devia circunscrever-se a 133 artigos, quando, na verdade, o Código de 1867 necessitava de uma profunda e vasta remodelação.

Acrescia que uma revisão fragmentária corria o risco de quebrar a unidade sistemática do diploma, suscitando ainda maiores colisões e dúvidas de interpretação.

Nesta base, discordando de uma iniciativa que reputou de «inconveniente e perigosa», a Faculdade absteve-se de dar a sua colaboração, sem prejuízo de um *parecer individual* do seu pessoal docente, efectivamente comunicado pelo director da escola, Teixeira de Abreu, ao titular da pasta da Justiça, junto do qual não encontrou grande aceitação³⁴.

Não há dúvida de que na reacção da Faculdade não terá deixado de pesar o tom antidoutrinário da reforma.

Não só pelo método seguido na sua elaboração, como pelo seu proclamado antiacademismo.

Pinto de Mesquita, nas explicações prévias ao projecto, era claro ao dizer que uma das suas orientações tinha sido «fugir de teses doutrinárias e de sistemas teóricos, que podem ser muito próprios para expor do alto de uma cátedra, mas que, caldeados na vida de todos os dias, quer adentro quer afora dos tribunais, seriam outros tantos elementos perturbadores, simples fermentos de maior confusão e anarquia».

Afora isso, os argumentos aduzidos eram perfeitamente pertinentes e mostraram-se inteiramente justos e ponderados.

A prova está nas dúvidas que o decreto suscitou sobre quais das suas normas eram modificativas ou inovadoras e quais as simplesmente interpretativas, nomeadamente para efeitos de aplicação retroactiva, à face do artigo 8.º do

³³ A Itália aboliu o júri em 1931, a Espanha em 1936, a França em 1941, a Áustria em 1934. A Alemanha extinguiu os tribunais de assessores em 1939. Eliana Gersão, «A participação popular na administração da justiça», in *Fronteira*, ano 1.º, n.º 1, de Janeiro de 1978.

³⁴ Cf. *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 64.º, balanço do ano de 1930.

Código Civil, dúvidas estas que se mantinham intactas três anos após a sua publicação³⁵.

Mas ainda mais concludente é o relatório do Decreto-Lei n.º 33 908, que, ao invocar as razões a favor da revisão do Código Civil, põe à cabeça a necessidade de esclarecer imensas dúvidas acerca da interpretação das suas normas, «no intuito de eliminar as incertezas a que têm dado hoje lugar» (n.º 3-a).

A revisão geral ia finalmente fazer-se e sob o signo da *certeza e segurança do direito*.

Esta clara orientação do relatório viria a ser confirmada pelas directrizes Z) e aa) emanadas da primeira reunião da comissão revisora ao optar pela *plenitude* do Código — «[...] resolveu-se que seja o mais completo possível nas matérias que constituem o núcleo fundamental do direito civil, dada a vantagem da certeza do direito [...]»³⁶ — e por um estilo científico não popular — «[...] partindo do princípio de que as leis não podem ser acessíveis aos leigos, pois sempre supõem um esforço mais ou menos difícil de interpretação, deliberou-se que o estilo do Código seja sobretudo claro, sóbrio e preciso para os juristas que o tenham de aplicar [...]»³⁷.

Quanto à primeira opção, duas concepções podiam à partida defender-se: ou adoptar a solução do Código Civil alemão, que regula pormenorizadamente todas as matérias e desce aos mais minuciosos detalhes, ou a técnica do Código Civil suíço e sobretudo francês, onde, pelo contrário, só se encontram as directrizes ou princípios gerais e os traços essenciais dos institutos, deixando à magistratura o colaborante trabalho de vivificação desses princípios e institutos.

A primeira alternativa reflecte normalmente uma certa desconfiança em relação à jurisprudência e um convencimento algo presumido do legislador quanto à sua capacidade de prever e regulamentar todas as situações possíveis.

A segunda, pelo contrário, parte do reconhecimento do papel progressivo e construtivo que cabe aos tribunais na aplicação da lei³⁸.

Não foi contudo nestes termos, e de acordo com estas determinações, que, segundo Vaz Serra, o problema foi abordado e solucionado pela comissão.

Se deu preferência à técnica do *BGB*, isso deve-se ao facto de a *certeza* ter aparecido como o valor decisivo.

Presa ao mesmo legalismo abstracto-formal que está presente no instituto dos assentos, no quadro do qual a certeza é pensada antinómica com a justiça — a certeza contra a justiça, —, e não como uma de «duas dimensões de um todo intencionalmente unitário» (C. Neves) — a justiça tornada certeza —, a comissão aceitou facilmente «como dogma fundamental da boa ordem jurídica» (Pires de Lima) que *direito certo* implicasse um *direito estrito*.

Ao lado deste direito e de todo o seu rigor, a comissão deliberou que fosse colocado um *direito equitativo* através das chamadas cláusulas gerais, ou *legal standards*.

Estas «linhas de orientação, que, dirigidas ao juiz, o vinculam e, ao mesmo tempo, lhe dão liberdade» (F. Wieacker), não constituiriam qualquer entrave aleatório a um sistema perfeito e certo, antes seriam uma peça essencial ao bom funcionamento do direito.

A linguagem jurídica é uma linguagem formalizada que, tal a das ciências duras, procede a classificações e definições.

³⁵ Cf. Dr. Cancela de Abreu, «Alterações ao Código Civil pelo Decreto n.º 19 126. Sua aplicação», in *O Direito*, ano 66.º, n.ºs 6 e 7.

³⁶ «Ressalvam-se certos institutos modernos, ainda imperfeitamente elaborados; ou cuja regulamentação minuciosa alongaria desproporcionadamente o Código, e que podem, pela sua amplitude, constituir objecto de diplomas separados. Assim o direito mineiro, o regime da propriedade literária, etc. Quanto a esses capítulos, devem pôr-se no Código só alguns princípios — se tanto —, deixando-se o resto à legislação especial.» (Vaz Serra, «A revisão geral [...]», *loc. cit.*, p. 469.)

³⁷ Vaz Serra, «A revisão geral [...]», *loc. cit.*, p. 469.

³⁸ Relatório, alínea e), n.º 2, e F. Pires de Lima, «Filiação, poder paternal [...]», *loc. cit.*, p. 529.

Mas, ao contrário dos cientistas, os juristas utilizam classificações «move-dças», como *boa-fé, bom pai de família, justa causa, concepções dominantes do comércio, proprietário prudente, etc.*, rebeldes à definição cuja maleabilidade se presta a uma progressiva adaptação às alterações sociais.

Esta fluidez é escolhida intencionalmente para permitir aos tribunais a introdução de factores do real cuja natureza variará no tempo e cujas características o legislador não pode (nem quer) descrever senão de um modo genérico.

As «normas vagas» representam assim uma espécie de «quistos de incerteza» num organismo fundamentalmente certo e seguro. Por isso, o desfavor com que inicialmente as olhava o positivismo. Mas cedo concedeu que era o custo que tinha de suportar perante muito maiores benefícios de formulação, adequação e durabilidade da lei, sem se arriscar à confusão provocada por decisões arbitrárias e contraditórias.

Com efeito, apesar da particular flexibilidade da cláusula geral e da amplitude das interpretações que permite, a jurisprudência não lhe pode conferir o sentido que quiser, encontrando-se vinculada aos limites semânticos dos seus termos, à coerência e ao espírito do sistema jurídico e aos «valores largamente reconhecidos na comunidade»³⁹.

Problema diferente, mas conexo com o anterior, refere-se à linguagem do Código.

Também neste ponto duas vias se apresentavam à comissão: ou seguir um estilo «científico» ou um estilo popular.

A primeira solução tem como modelo extremo o Código alemão. Afilhado de Bismarck, elaborado no espírito e no interesse da alta nobreza, da fidalguia prussiana e de uma burguesia em desenvolvimento, não admira que os seus termos e a sua sistemática sejam incompreensíveis para o povo. O grupo parlamentar do Partido Social-Democrata, então dirigido por August Bebel, que defendia ainda os interesses dos trabalhadores, não se enganou, pois, ao votar em bloco contra a sua aprovação.

A segunda solução extrema⁴⁰ é o modelo dos códigos soviéticos e de todos os que lhe seguiram o exemplo. Concebidos para tutelarem os interesses, não dos proprietários privados dos meios de produção mas dos trabalhadores, cujas relações sociais pretendem regular, e cientes de que, como Pasukanis dizia, «não basta, para afirmar a existência objectiva do direito, conhecer o seu conteúdo normativo», sendo igualmente preciso «saber se este conteúdo normativo é realizado na vida, quer dizer, por intermédio das relações sociais», adoptaram uma linguagem simples e mais intuitiva, compreensível para qualquer cidadão, sem a necessidade de recorrer sistematicamente a um jurista.

Não pode deixar de ser assim quando a abertura para a vida não decorre de um simples imperativo de cognoscibilidade do direito aplicável, antes começa no momento da concepção desse mesmo direito, através da participação popular activa na feitura das leis de maior relevância económico-social.

Por outro lado, e mais profundamente, o carácter popular dos códigos e das leis em geral é uma exigência da intervenção de assessores populares nos tribu-

³⁹ Ejan Mackaay, «Les notions floues en droit ou l'économie de l'imprécision», in *Langages*, 12.º ano, n.º 53, Didier Larousse, Março de 1979, p. 33.

Chamando a atenção para os deméritos das cláusulas gerais e concluindo que, «enquanto a teoria do direito e a tradição judicial não desenvolverem uma técnica reflectida do uso correcto da cláusula geral, ela constitui um perigo crescente para as nossas ordens jurídicas», F. Wieacker, *História do Direito [...]*, pp. 546-547.

⁴⁰ Solução extrema que é, admite modelos intermédios. Ainda que em planos diferentes, são também exemplos de Códigos com uma linguagem mais acessível aos interessados os Códigos Civil suíço e francês. Sobretudo este último, cuja leitura matinal dava o tom a Stendhal enquanto compunha *A Cartuxa*: «En composant *La Chartreuse* pour prendre le ton, je lisais chaque matin deux ou trois pages du *Code Civil* afin d'être toujours naturel.» (*Correspondance de Stendhal*, vol. III, «Lettre à H. Balzac de Civitá Vecchia, le 30 octobre 1840», citado por Arnaud, *Les Origines [...]*)

nais, decidindo de facto e de direito em paridade de funções com os juízes profissionais, cuja introdução na URSS, depois da revolução de 1917, teve por fim o objectivo estratégico da extinção do direito e do Estado, enquanto embrião de um controlo social dos comportamentos individuais que havia de prevalecer num mundo sem direito e sem tribunais, ao mesmo tempo que incrementou a adesão popular ao direito e à legalidade por meio de uma participação maciça dos cidadãos no funcionamento, por dentro, das instituições jurisdicionais.

A comissão seguiu o modelo do *BGB*, não porque uma linguagem menos abstracta fosse incompatível com o sistema económico ou o regime instituídos, mas porque entendeu que «a *popularidade* do texto só poderia conseguir-se à custa da precisão e tornaria, afinal, mais obscuras, em vez de mais diáfanas, as prescrições legislativas»⁴¹.

Não fez, portanto, qualquer cedência ao princípio da *democratização do direito*, visto que «direito popular, direito democratizado, é, pois, o mesmo que direito incerto»⁴².

Acrescenta ainda Pires de Lima:

[...] desde que não pode deixar de se admitir como fundamental para a vida jurídica a certeza e a segurança do direito, não pode deixar de se impor que as palavras do Código tenham sempre o mesmo significado e que a mesma ideia se exprima sempre pela mesma forma. Ora isto só é possível se se empregar uma linguagem técnica, jurídica, científica, e não uma linguagem popular⁴³.

A abstracção desempenha um papel insubstituível na elaboração de qualquer lei. Não é por ter feito uso dela que será lícito censurar o legislador.

O que se lhe aponta é o tê-la levado longe de mais, feito o Código, nas palavras de Seabra, em forma de oráculo sibilino e colocando-o em tal altura que nenhum cidadão o pode ler.

A preferência dada a um nível superior de abstracção, na esperança vã de abranger conceitualmente «toda a complexidade da vida social, nos seus aspectos formais e subjectivos», e tornar a realização da ordem jurídica independente da vontade dos julgadores⁴⁴, sem consideração pela vida, é revelador de que o problema do discurso jurídico foi abordado pela comissão sob uma perspectiva de reforço da falsa autonomia do direito.

A conclusão de Pires de Lima — «Pouco importa que ele [O Código Civil] não venha a ser compreendido por todos — isso é uma meta que nunca se atingiria. O que importa, o que é necessário é que ele seja compreendido por aqueles que o têm de aplicar»⁴⁵ —, esquecendo-se de que «as leis não existem só para os juristas, não são tão-pouco apenas instruções para funcionários especialmente preparados, mas antes devem dizer a *cada um* aquilo que também precisamente *para ele* é direito»⁴⁶, constitui uma denegação do social enquanto isola a pertinência da validade da norma, do direito concebido e legislado, e remete o direito vivido, a eficácia dessa norma, para um domínio que lhe é exterior.

Também o conhecimento da lei por aqueles a quem ela se aplica não constituiu grande embaraço para a comissão. É a ficção do «conhecimento da lei

⁴¹ Vaz Serra, «A revisão geral [...]», *loc. cit.*, p. 487.

⁴² Pires de Lima, «Filiação, poder paternal [...]», *loc. cit.*, p. 519.

⁴³ Id., «A reforma do direito privado português», in *Boletim do Ministério da Justiça (BMJ)*, n.º 110, 1961, p. 56.

⁴⁴ Vã porque «um legislador que, como o do Código Civil alemão, não raro leva demasiado longe a abstracção corre o perigo de abranger na sua regulamentação casos de mais (já que não pode tomá-los todos em consideração)» e acaba por ficar à mesma dependente da jurisprudência que terá de proceder às restrições e diferenciações impostas pela matéria (Karl Larenz, *Metodologia da Ciência do Direito*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1978, p. 268).

⁴⁵ Pires de Lima «A reforma [...]», *loc. cit.*, n.º 110, 1961, p. 56.

⁴⁶ Larenz, *Metodologia [...]*, p. 269.

por todos» que explica como transformar «cientificamente» os cidadãos em milhares de ignorantes supostos conhecedores do direito ⁴⁷.

E não se diga que o artigo 6.º do Código Civil tem o mesmo sentido que era dado ao artigo 9.º do Código de Seabra ⁴⁸.

Ele, que tinha como uma das suas principais virtudes esse jeito de ser conciso, mas fácil de apreender, directo na expressão, sem lhe faltar o rigor, razão simples de um bom pai de família, não arte de lógica ou tratamento de subtilezas ⁴⁹.

Se o povo não reconhece a sua voz no Código Civil a que deve submeter-se, não é por acaso. Ele não foi feito a pensar nele.

Resta saber quem será o Cneus Flavius do direito burguês, como o povo poderá recuperar a função de dizer a sua própria lei.

Pretendi demonstrar neste número que a revisão geral do Código Civil não deve ser vista como dado isolado, mas como um elo de uma cadeia de reformas jurídicas, fruto de uma mesma linha de orientações: o reforço da ordem, da certeza e da segurança jurídicas, entendidas, como vimos, como antinómicas da liberdade, da justiça e marcadas por um conteúdo fortemente antipopular.

Entre a Reforma do Processo de 1926 ou o Estatuto Judiciário de 1927 e a publicação do Código Civil em 1966 muitas outras reformas se produziram — Reformas do Processo em 1930, 1939, 1961, novo Estatuto Judiciário em 1944, etc. Mas todas elas «se encadeiam e entrelaçam sem real quebra de continuidade».

Foi nestes precisos termos que Mário Júlio de Almeida Costa se referiu à acção dos ministros da Justiça de Salazar, vendo neles afinal, não sucessores uns dos outros, mas apenas continuadores da mesma obra ⁵⁰.

Ao promulgar o Código Civil de 1966 ⁵¹, o legislador concluía uma das suas realizações mais cobiçadas.

E não só por ser, como dizia empoladamente Antunes Varela, «a maior obra legislativa que, no decurso deste século, os juristas portugueses puderam oferecer ao País». E que, tendo unificado a legislação, tornado inoperantes as divergências na jurisprudência, neutralizado o foro, desbaratado a doutrina, tornava-se enfim senhor de um direito civil não só unificado, mas centralizado.

III. O relatório do Decreto-Lei n.º 33 908, de 4 de Setembro de 1944, admitia a adopção de um de dois métodos para a revisão geral do Código: ou entregar o

⁴⁷ O México, no seu Código Civil federal, permite aos juízes que afastem a presunção *Ignorantia Juris haud excusat*, se em determinadas circunstâncias, tendo em conta a condição social dos interessados, a aplicação desta regra não satisfizer a justiça (René David. *Les Grands Systèmes de Droit Contemporain*, Paris, Dalloz, 7.ª ed., p. 591).

⁴⁸ Pires de Lima e Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, vol. I, Coimbra Editora, 1967, anotação ao artigo 6.º, p. 13.

⁴⁹ É nestes termos que a ele se refere elogiosamente Inocêncio Galvão Teles («Revisão do Código Civil Português», in *Anales de la Universidad de Murcia*, 1954-55).

⁵⁰ Mário Júlio de Almeida Costa, «Discurso proferido no acto de posse do cargo de ministro da Justiça, em 22 de Setembro de 1967, in *BMJ*, n.º 169, 1967, p. 16. Salazar trabalhou com apenas oitenta e sete ministros entre 1932 e 1968. A média de anos no poder para um ministro foi de quatro e meio. Se não contarmos com a substituição interina de Antunes Varela por Pires de Lima durante o curto período de um mês (31 de Maio a 30 de Junho de 1955), Salazar trabalhou somente com cinco ministros da Justiça, que ocuparam a pasta, em média, cada um cerca de sete anos: Manuel Rodrigues, de 1932 a 1940; Vaz Serra, de 1940 a 1944; Cavaleiro de Ferreira, de 1944 a 1954; Antunes Varela, de 1954 a 1967, e Mário Júlio de Almeida Costa, desde 22 de Setembro desse ano. Esta longevidade dos ministros da Justiça talvez se explique pela fidelidade ao presidente do Conselho, pela sua competência e pela provada eficiência com que concretizavam no seu sector os interesses e a política do Estado Novo (Tom Gallagher, «Os oitenta e sete ministros do Estado Novo de Salazar», in *História*, n.º 28, de Fevereiro de 1981, p. 3).

⁵¹ Facto devidamente assinalado com mais uma operação de propaganda do regime, a Exposição Documental do Código Civil, que esteve patente ao público durante cerca de um mês, no Palácio Foz. Cf. discurso proferido por Antunes Varela no encerramento da Exposição, em 6 de Janeiro de 1967, em *BMJ*, n.º 162, 1967, p. 24.

trabalho a um único jurisconsulto, auxiliado por outros, ou a uma comissão de peritos, com a possibilidade de a ela agregar colaboradores.

O primeiro foi utilizado na feitura do Código de Seabra, do ZGB suíço, de Eugen Huber, e, mais próximo de nós, na revisão de 1962 do Código Civil brasileiro (1916), entregue a Orlando Gomes.

O segundo foi seguido na França (*Code Civil*), na Alemanha (*BGB*) e na Itália (*Codice Civile* 42).

Ainda que Vaz Serra pensasse que o método ideal «seria o da designação de um único jurisconsulto que pudesse encarregar-se, embora coadjuvado por outros, da apresentação do projecto», «pois garante como nenhum outro a unidade formal e substancial do trabalho»⁵², o Governo não quis comprometer-se à partida com qualquer destas soluções e preferiu autorizar o ministro da Justiça a «nomear um ou vários jurisconsultos ou uma comissão, bem como os colaboradores que forem julgados necessários» (artigo 1.º).

Encontrou-se assim uma fórmula suficientemente maleável para permitir uma melhor ponderação antes de se optar pela alternativa mais viável.

Contudo, em 10 de Outubro, o artigo 1.º da Portaria n.º 10 756, do novo titular da pasta da Justiça, Manuel Gonçalves Cavaleiro de Ferreira, dispunha já que «os trabalhos de preparação de um novo Código Civil serão entregues a uma comissão de jurisconsultos com a composição que for fixada pelo ministro da Justiça», podendo este autorizar, sob proposta do presidente da comissão, «que se agregasse a cada um dos membros os colaboradores necessários para a conclusão das respectivas tarefas» (artigo 3.º).

Desde logo ficou nomeado presidente da comissão o ministro da Justiça cessante e em 19 de Janeiro do ano seguinte, sob proposta deste, foram nomeados os restantes membros: Manuel de Andrade, Pires de Lima e Paulo Cunha⁵³.

Quem são estes artesãos do Código Civil?

Em primeiro lugar, são detentores de uma sólida cultura jurídica. São professores de Direito com experiência prática proveniente quer do exercício da advocacia quer de actividades consultivas.

Por seu lado, na sua vida política, todos, à excepção de Andrade, foram membros de governos de Salazar.

Vaz Serra, ministro da Justiça e subsecretário de Estado das Finanças, Pires de Lima, ministro da Educação, Paulo Cunha, ministro dos Negócios Estrangeiros⁵⁴.

⁵² Vaz Serra, «A revisão geral [...]», *loc. cit.*, p. 462. A mesma opinião, mais firme, em F. Wieacker, *História do Direito [...]*, p. 543:

Verifica-se, no entanto, agora que a experiência — desde a do *Stadtrecht* de Friburgo de Zazius e do *ALR* de Suarez, até ao *ABGB* de Zeiller, ao *Strafgesetzbuch* bávaro de Feuerbach e ao *Zivilgesetzbuch* suíço de Eugen Huber — mostra que os códigos só saem perfeitos nos casos em que uma única personalidade lhes dá forma espiritual. A monumentalidade e a pureza de estilo das grandes leis provém do vigor da perspectiva e da tenacidade, que, por sua vez, compensa os preconceitos e a teimosia das pessoas individuais, pois estes são controlados nos Estados civilizados e, por outro lado, o arbítrio e a busca de originalidade sem isto perdem o interesse para o jurista. Em contrapartida, o trabalho conjunto em comissões abaixa o nível, a responsabilidade e a autocritica enfraquecem-no e a hesitação e a teimosia dos mais velhos favorecem esta queda da qualidade, mesmo no caso de um elevado nível dos membros da comissão; o trabalho ganha também em consciência e objectividade quando não provém de um só espírito, pois as suas ideias carecem muitas vezes de serenidade. A falta de uma destas cabeças nas comissões é muito sensível no *BGB*; mas, em contrapartida, a objectividade, disciplina e elevada capacidade dos colaboradores garantiram uma inconcusa coordenação formal das matérias.

⁵³ Em Maio de 1945 são ainda nomeados como colaboradores Ferrer Correia e Inocêncio Galvão Teles e em Julho o curador de menores no Tribunal de Menores do Porto, Sá Carneiro de Figueiredo.

⁵⁴ De entre os colaboradores, também Inocêncio Galvão Teles ocupou, mais tarde, nos anos 60, a pasta da Educação.

É erróneo afirmar-se, como Almeida Santos⁵⁵, que os técnicos que contribuíram para o Código não estavam, em regra, enfeudados ao regime. A verdade é justamente o contrário: em regra estavam.

Como é sabido, o meio académico em geral e a Faculdade de Direito em especial foram dos principais centros de recrutamento da *élite* política do Estado Novo.

A chamada às responsabilidades governativas de dois dos vogais da comissão, Pires de Lima em 1947 e Paulo Cunha em 1950, constitui portanto um fenómeno político perfeitamente comum.

Não deixou menos de se ressentir o trabalho da comissão, privada do contributo de metade dos seus membros.

Também Manuel de Andrade, repartido pela regência de várias cadeiras na sua escola, não pôde dar à actividade da comissão o tempo e a dedicação que ela naturalmente exigia. A comissão ficou reduzida ao seu presidente.

A tese dominante sempre tem encontrado neste facto a causa do balanço francamente desanimador dos primeiros dez anos de trabalho⁵⁶.

Nove fragmentos de projecto, nenhum sobre o direito das coisas ou o direito das sucessões, era o magro espólio desse período⁵⁷.

Para Marcelo Caetano, o defeito principal não residia na quantidade, superada de certo modo pela qualidade de alguns estudos, nomeadamente as monografias de Vaz Serra sobre temas de direito das obrigações, mas no método.

O novo ministro da Justiça, João de Matos Antunes Varela, reconhecendo a necessidade de intensificar os trabalhos, resolveu, depois de ouvida a comissão, tomar um conjunto de medidas destinadas a insuflar nova dinâmica à revisão, designadamente concentrando a sua atenção numa parte em especial do futuro Código, tendo sido escolhidas para o efeito as matérias referentes ao direito das pessoas e da família, cujos trabalhos se encontravam relativamente mais adiantados, graças à anterior colaboração de Pires de Lima.

Para isso foram nomeados dois novos vogais, os professores Manuel Gomes da Silva e Guilherme Braga da Cruz, e chamados a participar pela primeira vez no projecto Luís Pinto Coelho, Fernando Pessoa Jorge, Rui Alarcão, Campos Costa, Gonçalves Pereira, Vasco Xavier e Baptista Machado⁵⁸.

Dos antigos vogais, só Paulo Cunha não voltou a dar o concurso à reforma, tendo sido incumbidos de novas tarefas Ferrer Correia e Inocêncio Galvão Teles.

As diligências do Ministério limitaram-se, por conseguinte, a aplicar, ainda que sob nova forma e com outro ritmo, o método escolhido em 1944.

Mas o vício, para Caetano, persistia. Na verdade, ele sempre entendeu que «a redacção do projecto do Código Civil deveria ter sido incumbida a uma pessoa só».

⁵⁵ Almeida Santos, «Discurso na posse dos presidentes das comissões encarregadas de preparar a revisão do Código Civil, de Processo Civil, Penal, de Processo Penal e Comercial», em 10 de Janeiro de 1977, in *BMJ*, n.º 263, 1977, p. 14.

⁵⁶ «Subsídios para a história da revisão dos Códigos Civil e de Processo Civil», in *BMJ*, n.º 45, 1954; João de Matos Antunes Varela, «O projecto de Código Civil», conferência de imprensa de 14 de Maio de 1966, in *BMJ*, n.º 156, 1966.

⁵⁷ «Parte geral» — um estudo de direito internacional privado sobre direito dos estrangeiros de Ferrer Correia (1951); «Direito das obrigações» — quatro estudos de Vaz Serra: *Compensação* (1952), *Sub-Rogação nos Direitos dos Credores* (1953), *Do Cumprimento como Modo de Extinção das Obrigações* (1953), *Dação em Cumprimento, Consignação em Depósito, Confusão e Figuras Afins* (1954), e dois de Inocêncio Galvão Teles: *Aspectos Comuns aos Vários Contratos* (1951) e *Contratos Cíveis* (1954); «Direito da família» — dois estudos de Pires de Lima: *Filiação, Poder Paternal, Tutela de Menores, Emancipação e Maioridade* (1945) e *Constituição do Estado de Casado* (1945). Marcelo Caetano, «Ao entrar no 87.º ano», *loc. cit.*

⁵⁸ Lista dos membros, colaboradores e secretários da comissão do Código Civil, «Código de 1966», in *BMJ*, n.º 160, 1966.

O caminho seguido, mesmo com os desvios ou travessas de 1954, poderia conduzir, como conduziu, à elaboração de um novo Código Civil. O problema não residia todavia aí.

O rumo que propunha era outro, o que levasse, não à produção de um qualquer Código Civil, mas de um Código «digno da cultura jurídica portuguesa do século XX».

E para isso seria necessário que uma só cabeça traçasse previamente um sistema, um conjunto coerente, que constituísse, nada de projectos completos, minuciosos, plenos, mas um simples anteprojecto, uma hipótese de trabalho que compreendesse apenas as bases da obra, assentasse as suas fundações e erigisse as primeiras formas de betão.

Só depois de elaborado este plano é que o seu autor se rodearia dos colaboradores necessários, cujos estudos, de acordo com as directrizes traçadas, passariam posteriormente pelo crivo unificador da estrutura inicialmente projectada.

Então haveria um projecto de Código merecedor de ser discutido e revisto. Como resume:

[...] o caminho que nos parecia indicado era mobilizar todas as possibilidades de estudo na preparação da reforma, mas sobre um plano de Código previamente traçado, com os princípios fundamentais, esqueleto interno e a orientação geral da futura lei, por um civilista que fosse simultaneamente filósofo, político e historiador ⁵⁹.

Não foi esta, como vimos, a tese que prevaleceu. Depois de várias revisões ministeriais dos diferentes anteprojectos do Código, foi o projecto final apresentado ao País em Maio de 1966, com o prazo de quatro meses para discussão pública.

Coincidindo com a época de exames nas Faculdades e com as férias judiciais, o prazo fixado revelou-se demasiado curto, com prejuízo para uma maior clareza e precisão do projecto ⁶⁰.

Havia, contudo, que comemorar condignamente o 40.º aniversário da «durindana conspirativa do pobre tarimbeiro Gomes da Costa» (J. Medina) com mais esta realização prática do regime, «retrato moral da Pátria», «pedaço do corpo e da alma de Portugal» (A. Varela).

Em 25 de Novembro de 1966, encerrando uma empresa que durou 22 anos, passámos a contar com um novo Código Civil ⁶¹.

Precisamente no ano do seu centenário, o original Código de Seabra era substituído por um figurino estranho parido pelo cerzimento cerrado de anteprojectos de diversas origens.

IV. Foi a divisão tripartida das *Institutas* — pessoas, coisas e acções —, transformada pelos romanistas modernos e pelos juristas franceses a partir de meados do século XVII, que serviu de arquétipo ao *Code Civil*.

Algumas outras sínteses originais ou fundadas no direito natural tinham sido tentadas, mas o plano adoptado acabou por se impor como o arranjo normativo

⁵⁹ Qualidades que concorrerem na pessoa de Vaz Serra. Marcelo Caetano, «Ao entrar no 87.º ano», *loc. cit.*

⁶⁰ Para Marcelo Caetano, dadas as circunstâncias e o método que presidiram aos trabalhos, o projecto definitivo tinha até tudo a ganhar se fosse submetido a uma comissão revisora («O projecto do Código Civil», in *O Direito*, 98.º ano, 1966).

⁶¹ O Código Civil entrou em vigor a 1 de Junho de 1967. Fazendo notar a insuficiência do tempo fixado para o começo da vigência do novo Código, Paulo Cunha, «Do Código Civil II», in *O Direito*, ano 99.º, 1967.

por excelência do conjunto do direito civil, construído de uma maneira racional e sobre princípios individualistas e utilitaristas ⁶².

A pessoa ocupa aí o lugar central, não apenas do ponto de vista formal, em que as normas são reflexo de «direitos naturais inalienáveis» transitados para o direito positivo com o movimento de codificação, mas também em sentido material, tendo em conta o conteúdo dessas normas e as relações que institui.

Claro que este *Homo juridicus* não é o homem da Renascença reencontrado consigo próprio e com a interioridade humana, ou o *Homo faber*, que também nasceu em Cinquecento, não esse *ecce socio* de Seiscentos — «sofrer, sofrer, cruz, cruz, tal é o direito dos cristãos» (Lutero) —, não é já o homem originariamente livre e igual em direitos da Revolução, nem o *sans culottes* do «quarto estado», mas o *pater familias* burguês, proprietário e livre de contratar.

A mesma linhagem antropocêntrica pertence o Código de Seabra, estruturalmente assente no sujeito de direito, na biografia do indivíduo jurídico, acompanhando-o desde a potencialidade criadora ou aquisitiva de direitos da pessoa jurídica até à defesa e conservação desses direitos, passando pela sua aquisição e exercício.

Apesar de toda a influência do Código Napoleónico, Seabra afastou o plano das *Institutas*, preferindo uma «montagem de normas» original e tetrapartida: «Parte I — Da capacidade civil»; «Parte II — Da aquisição dos direitos»; «Parte III — Do direito de propriedade»; «Parte IV — Da ofensa dos direitos e da sua reparação».

A comissão revisora, ao colocar a questão da sistematização a adoptar no novo Código, aceitou serenamente que o direito civil ⁶³ se dividisse em direito das obrigações, direito das coisas, direito da família e direito das sucessões e que a todas estas partes presidisse uma «Parte geral», como no *BGB*, «porque não pareceram concludentes as críticas que ultimamente lhe têm sido feitas» [cf. directrizes *a*) e *y*)].

A «tranquilidade de alma» (O. Carvalho) com que se aceitou a sistematização germânica não pode deixar de surpreender-nos, primeiro pelo alheamento que denota em relação a toda a nossa tradição jurídica, tributária da família romanística, depois pelo anacronismo que revela o facto de a termos importado no momento em que o neutralismo da *Allgemeiner Teil* começava a ser seriamente abalado no seu próprio país por um jusnaturalismo renascido dos «espinhos da história contemporânea».

Tal atitude não foi fruto de uma decisão caprichosa dos vogais da comissão, mas o resultado de um consenso criado na doutrina à volta do sistema das *Pandectas*, só possível pela progressiva valorização da ciência jurídica alemã, cujos marcos mais decisivos se podem situar nas *Instituições*, de Guilherme Moreira, e nas obras de Vaz Serra e Manuel Andrade, e pelas exigências de um positivismo legal que, à sombra daquele mestre, «esquecendo os fins vivos do direito», criou o terreno propício para a rejeição do humanismo do Código de Seabra ⁶⁴.

⁶² A obra fundamental para as origens do *Code Civil* continua a ser A. J. Arnaud, *Les Origines Doctrinales du Code Civil Français*, LGDJ, 1969.

⁶³ O Decreto-Lei n.º 33 908 não tomou posição quanto à unificação do direito privado, deixando em aberto que o projecto de revisão do Código de Seabra pudesse transformar-se num futuro Código Civil ou num Código Geral de Direito Privado, englobando, à semelhança dos Códigos suíço e italiano, o direito civil e o direito comercial. A comissão revisora assumiu, todavia, o encargo de se ocupar apenas da matéria de direito civil, «ficando para decidir ulteriormente a posição a tomar quanto à questão da fusão ou separação das matérias actualmente contidas nos dois Códigos» (Portaria n.º 10 756, n.º 6).

⁶⁴ Cf. Orlando de Carvalho, *A Teoria Geral [...]*, n.º 5, que seguimos de perto, e Orlando Gomes. «O projecto de reforma do Código Civil Português», in *BMJ*, n.º 159, 1966, n.º 4.

Se a comissão ficou insensível às críticas contra a «Parte geral», isso explica-se também pelo mesmo descomprometimento com os valores sociais que já encontramos mais de uma vez ao longo deste texto ⁶⁵.

Temos assim que ao novo Código não subjaz o indivíduo-centrismo presente no de Seabra, mas um antropocentrismo sem centro, ou com este oculto nos conceitos ocios e pobres de sentido da figura da relação jurídica.

Na verdade, o título II do livro I, «Das relações jurídicas», subdivide-se em quatro subtítulos, cada um referente a um dos elementos da relação jurídica — das pessoas, das coisas, dos factos jurídicos, do exercício e tutela dos direitos.

Aqui, o homem é abstractamente pensado como mero sujeito da relação jurídica, ao mesmo nível que essas entidades antropomórficas que são as pessoas colectivas — sociedades, associações e fundações —, e equiparado em dignidade ao estatuto jurídico das coisas, ao facto e à garantia.

Como sublinha O. Carvalho, o sistema das *Pandectas* é um apenas entre os vários sistemas de «embalar a mercadoria jurídica». É de igual modo uma técnica de educação jurídica, de «comunicação da matéria da lei e um sistema de persuasão sobre o interesse da lei».

O facto de, como sistema externo, pretender identificar-se com as construções de uma teoria geral inerente a qualquer sistema interno a que caiba o nome de ciência jurídica não lhe confere todavia privilégios sobre os demais sistemas expositivos. Muito ao contrário, poderá revelar uma absoluta falta de inventividade e imaginação criadora e ser índice «de uma maneira académica de considerar a missão do legislador, negando, de antemão, o direito que este tem de adoptar uma técnica legislativa que conforme autonomamente o seu material» ⁶⁶.

Esta pretensão lisonjeira a uma cientificidade total, segundo a qual o plano de exposição deixa de ser a ordenação técnica das conexões reais da matéria jurídica, para se transformar no espelho da ordem jurídica «cientificamente» sistematizada que presidiu à elaboração do nosso Código, pode dar a impressão a quem o leia «de que foi orientado por professores, certamente muito sábios e esclarecidos, mas alheados das realidades», e que, em vez de se ter elaborado «uma lei para ser cumprida por portugueses, para ser aplicada a portugueses, se cuidou antes de inserir nela teorias de escritores alemães e italianos nestes inspirados» ⁶⁷.

Mas, sobre ser político-legislativamente desadequado o agrupamento das matérias segundo a sistematização pandectística, carece ainda de uma unidade de critério.

Com efeito, ao passo que o direito das obrigações e o direito das coisas mostram a especificidade estrutural das relações jurídicas, o direito da família e o das sucessões apoiam-se na especificidade das instituições, na verificação de factos.

⁶⁵ A crítica à «Parte geral» «relaciona-se de qualquer modo com uma opção de princípio na relação da ordem jurídica com a realidade social: o formalismo jurídico verá na elaboração de uma Parte Geral o seu remate último; o naturalismo, comprometido com os valores sociais ou ético-sociais, temerá que ela destrua as referências do direito à realidade e que impeça os seus propósitos (políticos ou morais) de informação adequada ou justa da realidade social» (F. Wieacker, *História do Direito* [...], p. 559).

⁶⁶ F. Wieacker, *História do Direito* [...], p. 560.

⁶⁷ Foi esta impressão que reteve C. C. Pinto Coelho da leitura do livro II do *Projecto do Novo Código Civil* sobre direito das obrigações («O projecto do novo Código Civil», in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 24.º, 1964).

Outras críticas haveria a fazer à «sabedoria dos séculos» (Windscheid) do plano de Savigny. Entraríamos contudo no campo da dogmática, o que escapa aos nossos actuais propósitos ⁶⁸.

Não obstante os votos de um Marcelo Caetano empenhado num programa de «bom nacionalismo cultural», mas relativamente isolado nas suas paixões, não nos livrámos da ciência dos outros, da algarviada alheia, da tenaz de ferro e asfíxiante da sistematicidade fechada e anti-humanista do edifício normativo das *Pandectas*.

Ontem, como hoje, quanto mais se fala em pessoa humana mais se formalizam as relações e desumaniza a vida.

É dever de todos nós, sem cairmos no casuísmo ou no empirismo, fazer com que chegue o tempo em que o Código, não só interiormente, pelo seu conteúdo, mas ainda exteriormente, pela sua manifestação, entre em contacto com o mundo real da sua época e estabeleça com ele trocas recíprocas. O Código deixará de ser um sistema determinado por outros sistemas teoricamente determinados, para se tornar no Código do mundo actual. Só assim será possível substituir o Código Civil *dos Portugueses* por um Código Civil verdadeiramente português.

V. A década de 50 marca, no século passado, o início da Regeneração, nascida politicamente, com a subida ao poder do marechal Saldanha, da oposição a Costa Cabral e ao movimento da Patuleia. Só nessa altura a burguesia portuguesa teve força bastante para fazer corresponder a base real da sociedade às ideias liberais e individualistas que tinham moldado desde 1834, pela mão de Mouzinho da Silveira, o nosso direito público. Por isso Oliveira Martins afirma que «regeneração é o nome português do capitalismo».

O período de vinte anos compreendido entre os acontecimentos revolucionários de 1848 e a Comuna de Paris corresponde em toda a Europa a uma forte expansão económica e aproxima como nunca o capitalismo do seu modelo ideal, livre-cambista e concorrencial.

Em Portugal também se inaugura uma época de crescimento: criação de meios de comunicação necessários a uma rápida circulação de mercadorias, reorganização do capital e sua concentração no comércio, reforço da burguesia comercial e das classes médias, reequilíbrio da balança comercial, etc.

Este processo de transformação da vida económica pedia um quadro jurídico coordenador: uma lei de 22 de Junho de 1867 concede liberdade para a formação de sociedades anónimas, à sombra da qual se constituem, até 1875, 136 sociedades, e a 1 de Julho, por carta de lei, é aprovado o Código Civil.

O Código de Seabra é pois, no plano do direito civil, a expressão legislativa do individualismo político e filosófico da sua época e representa a esse nível «a definitiva transição de uma sociedade feudal, de feição acentuadamente monástica e senhorial, para uma economia burguesa de vinculada expressão liberal» ⁶⁹.

O indivíduo soberano e autónomo como fim supremo do direito; o poder de exercer os seus direitos (*maxime* o de propriedade) da maneira mais absoluta (artigo 13.º); o direito limitado, de acordo com a *vulgata* kantiana, à definição do «complexo das condições pelas quais o arbítrio de cada um pode coexistir com o arbítrio dos outros, segundo uma lei universal de liberdade», reduzido por consequência a uma função de demarcação negativa do território de liberdade e de coexistência de cada um; a vontade autónoma e criadora do indivíduo, em

⁶⁸ Além das obras citadas de Orlando de Carvalho, *maxime* pp. 55-73, e de Franz Wieacker, cf. ainda Mota Pinto, *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra Editora, 1976, pp. 9 e segs., e Karl Larenz, *Metodologia [...]*, pp. 267 e segs.

⁶⁹ Antunes Varela, «Do projecto ao Código Civil», comunicação feita na Assembleia Nacional no dia 26 de Novembro de 1966, in *BMJ*, n.º 161, 1966, p. 80.

pequeno (homem) ou em grande (Estado), como fundamento exclusivo da força obrigatória do direito; a separação entre o lado externo dos comportamentos e a interioridade do sujeito como critério da distinção entre as esferas da moral e do direito — eis um conjunto de teses que subjazem, como núcleo duro, a esta nossa «epopeia burguesa do direito privado» (Picard).

Com a centralização dos meios de produção nas mãos de uma burguesia comercial e industrial cresce um proletariado que, organizando-se, começa, pela primeira vez na história, a exigir conscientemente para si, como classe, medidas contra os salários de miséria, os horários de trabalho esgotantes, as condições de produção (e de vida) incômodas e insalubres, as cadências infernais. É a greve, a revolta, o motim. Mas a resistência não assume apenas estas formas. Os operários associam-se, incrementam o mutualismo, criam os primeiros sindicatos, constituem cooperativas.

O medo do socialismo, que, a partir de 1848, estimula as preocupações sociais e esteve já na origem da importante *Lei Basilar das Cooperativas de 1867*⁷⁰, exaspera-se com a Comuna e com a ascensão do movimento operário nacional, que verá nascer, em 1872, a Associação Fraternidade Operária, e, três anos mais tarde, o Partido Socialista Português, que acompanham, bem ou mal, os surtos grevistas de 1872, 1903 e 1906.

As velhas categorias do direito individual fixadas no Código estalam, deixam de estar em conexão com a realidade. Mais ainda, passam a ser perigosas para a conservação da ordem social. A burguesia procura então novas construções jurídicas que sirvam para «debelar, sem violências e sem iniquidades, o fogo das paixões que de tempos a tempos estuam no *forum* tumultuário das indústrias».

Com o Decreto de 14 de Abril de 1891, sobre o trabalho de menores e mulheres, inaugura-se o ciclo do *direito operário*⁷¹, isto é, do direito burguês para o operário⁷².

Quem diz direito operário diz direito social, direito da questão social.

Questão social passou a ser a forma sublimada como a burguesia se referia, a partir de certo momento, à luta de classes, substituindo a expressão *questão operária*, usada anteriormente. A tal ponto que, se se pronunciasse *social* depois de *questão*, era *operária* que um burguês entendia⁷³.

Não é, porém, este sentido restrito, identificável com o direito do trabalho e da segurança social, que utilizamos quando afirmamos que o Código Civil de 1966 é um código social.

⁷⁰ Nos relatórios de Andrade Corvo e das comissões das Cortes sobre a Lei Basilar das Cooperativas reflectia-se com nitidez «a necessidade de pôr de pé instrumentos de paz social que amortecessem a violência das reivindicações proletárias», um dos quais seria a cooperação. Através dela, pensava o legislador, ajudar-se-ia «a levantar das condições inferiores as massas do povo pobre e trabalhador e a debelar, sem violências e sem iniquidades, o fogo das paixões que de tempos a tempos estuam no *forum* tumultuário das indústrias. As greves e as coalizões sediciosas dos operários nos grandes centros de produção e nos países fabris são prenúncio de futuras tempestades, que os homens de Estado, os espíritos rectos, os amigos da paz e da liberdade e os respeitadores do direito de propriedade se empenham em conjurar. A nós cumpre-nos prevenir o mal, cooperando desde já para a educação moral e melhoria material dos que trabalham» (José Sérvulo Correia, «O sector cooperativo português, ensaio de uma análise de conjunto», in *BMJ*, n.º 196, 1970, pp. 60 e segs.).

⁷¹ Para um (breve) esboço da evolução histórica do direito do trabalho, António de Lemos Monteiro Fernandes, *Noções Fundamentais de Direito do Trabalho*, Almedina, Coimbra, 1981, pp. 16 e segs.

⁷² É esta a tese sustentada por Bernard Edelman, *La Legalisation de la Classe Ouvrière*, t. 1, *L'Entreprise*, Paris, Christian Bourgois, 1978. Para este autor «não há direito do trabalho»; há um direito burguês que se ajusta ao trabalho, um ponto é tudo». Assim sendo, «o direito de greve é um direito burguês. Entendamo-nos: eu não digo que a greve é burguesa, o que não teria sentido, mas que o direito de greve é um direito burguês».

⁷³ Lucien François, *Introduction au Droit Social*, Liège, Faculté de Droit, 1974, *passim*.

A concepção do direito social que aqui nos interessa remete-nos do intra-individual para o interindividual, para a prevalência do interesse público sobre o individual no caso de um ter de ceder ao outro, para o primado do universalismo unilateral do grupo.

É claro que o direito é um fenómeno social. Neste sentido, todo o direito é social. O que há de específico nesta outra fórmula é a superação de um direito informado pelos princípios de liberdade, de autonomia e de coexistência por um direito orientado por um princípio de responsabilidade social e de cooperação, ou simplesmente de solidariedade corporativa.

No nosso país, esta evolução deixa-se captar com a transição de um Estado liberal de direito para um Estado social e autoritário, provocada pelo golpe de Estado de 28 de Maio.

Ao individualismo liberal do Código Civil e da Constituição de 1911 vai opor-se um solidarismo orgânico: tudo estava em integrar o indivíduo, outrora pilar exclusivo da ordem económico-social «com a sua dignidade, com a sua honra, dentro da organização hierárquica da família e como membro da comunidade nacional» (A. Varela).

Tinham-se até então descurado as sociedades intermédias, desprotegido a própria Nação e os interesses superiores que representa.

Tratava-se agora de inverter o rumo às coisas, de sacrificar o ideal do individualismo liberal no altar dos direitos dos grupos (família, organismos profissionais, autarquias, Igreja, Nação e Estado) e do bem comum, esse «conjunto de condições sociais que permitem e favorecem nos seres humanos o integral desenvolvimento da sua própria pessoa» (João XXIII, *Mater et Magistra*).

«Mas como o 'Bem Comum' não é um fim em si mesmo e será, no final de contas, distribuído justamente pelos indivíduos, resulta que todos os sacrifícios que a estes são pedidos em nome do 'Bem Comum' a eles voltam, em justiça, como fins últimos que são de toda a associação e actividade estadual.»⁷⁴

Como diz Marcelo Caetano, «o corporativismo não passou de uma maneira de sobrepor os interesses gerais aos interesses individuais. E, tendo acabado de se impor como corporativismo de Estado, fez reinar cada vez mais nas actividades organizadas a concepção governativa do interesse geral»⁷⁵.

Em que medida as novas ideias e a nova organização da sociedade e do Estado impregnaram o Código Civil, é o que veremos de seguida através de quatro vias: ele é fruto de uma reacção contra a teoria da autonomia da vontade de raiz oitocentista, contra o subjectivismo, traduz a vinculação a determinada moral e é sintoma de uma «hipertrofia patológica» da abstracção⁷⁶.

1. *Reacção contra a teoria da autonomia da vontade.* A autonomia da vontade é a peça matriz do individualismo jurídico. Etimologicamente, designa o poder que tem a vontade de se dar a sua própria lei. Doutrinalmente significa que a vontade individual é um órgão criador de direito, que é a fonte e a medida dos direitos subjectivos.

A autonomia da vontade apresenta-se, até ao final do século XIX, como a teoria que domina a formação, o conteúdo e os efeitos do contrato.

Sobre imperar no direito dos contratos, ela torna-se hegemónica em todo o direito privado e ramifica-se ainda para o direito público através da teoria legítima do contrato social.

Em vão procuraremos no Código de Seabra referência nominada à autonomia da vontade. Conceito doutrinal, releva de uma teoria ou filosofia do direito, não do direito positivo.

⁷⁴ A. Rodrigues Queiró, «O novo direito constitucional [...]», *loc. cit.*, p. 49.

⁷⁵ Marcelo Caetano, «99.º ano», in *O Direito*, 1967.

⁷⁶ Tomamos o Código Civil na sua versão original, não cuidando das alterações nele introduzidas depois de 25 de Abril de 1974.

Contudo, fundamento do direito, inspira inúmeras regras e explica múltiplas consequências técnicas: carácter supletivo da maioria das suas normas, propostas como guia ou conselho ao sujeito de direito, que pode segui-las ou simplesmente rejeitá-las; princípio do consensualismo; liberdade de celebração e estipulação contratual (artigo 672.º); respeito da vontade real das partes na interpretação e execução dos contratos (artigo 702.º); psicologismo na teoria dos vícios do consentimento, etc.

Levada à forma mais exasperada esta lógica de fundo, contrato e justiça equivalem-se: «quem diz contratual diz justo» e «toda a justiça deve ser contratual» (Fouillé). O contrato é o que as partes quiserem, tal é o preço da estabilidade do comércio jurídico.

No último quartel do século passado e primeiro deste ganha corpo a crítica da autonomia da vontade sob a influência do movimento popular e da inclinação do Estado para intervir na ordem civil em substituição da vontade dos particulares.

Enquanto os voluntaristas do século XIX respondem à pergunta: «De que fonte retira a vontade contratual a sua força?», que esta retira a sua força dela própria, a corrente de reacção que deles fez o alvo reconduz o poder criador dos direitos subjectivos à ordem jurídica.

A vontade individual deixa de ser igual à lei, a causa eficiente e final do direito, para ocupar um plano secundário, instrumental e ao serviço do direito. Ao «Eu quero, logo tenho direitos», de sabor cartesiano, substitui-se um «Eu tenho direitos, logo quero».

Esta nova maneira de encarar o contrato manifestou-se originariamente no direito laboral.

A regulamentação do trabalho em clara afronta dos princípios tradicionais foi desfavoravelmente acolhida por uma parte da doutrina como o fim do *laissez-faire* em matéria de contratos e a aurora do socialismo. Por outra parte, como um imperativo da realidade e o melhor meio de prevenir o seu advento. Será esta última a prevalecer.

A teoria clássica via o contrato como algo de essencialmente justo, porque nenhum homem razoável e livre poderia alguma vez consentir numa obrigação que o prejudicasse.

O pensamento jurídico mais em consonância com os factos vem apontar à teoria da autonomia da vontade que a natureza voluntária do contrato não constitui garantia da equidade do seu conteúdo e que a igualdade formal dos contratantes pode dissimular uma desigualdade real e uma dependência de um para com outro.

Os contratos muitas vezes são injustos: há que moralizá-los, há que impregná-los com uma dimensão material.

Se dantes se dizia: «Isto é justo porque foi querido», é preciso dizer de futuro: «Isto deve ser querido porque isto é justo» (Saleilles).

Este desejo de moralização e de procura da justiça material manifesta-se em várias figuras e institutos inovadores do novo Código — erro sobre a base do negócio (artigo 252.º); negócios usurários (artigo 282.º); teoria da imprevisão (artigo 437.º); obrigação de restituir fundada no enriquecimento sem causa (artigo 473.º); interpretação e integração dos negócios jurídicos (artigos 236.º a 239.º); etc.

Tomemos como exemplo o princípio do *favor debitoris*. A comissão revisora deliberou que o futuro Código Civil viesse a ser um código social, donde a ordem pública e a protecção dos fracos saíssem reforçadas. Foi a directriz *l*).

A directriz *l*) deve conjugar-se com a directriz *p*) e ambas com o preceito do artigo 6.º da Constituição de 1933:

Incumbe ao Estado: [...] 3.º Zelar pela melhoria das condições das classes sociais mais desfavorecidas, obstando a que aquelas desçam abaixo do mínimo de existência humanamente suficiente.

O que diz a directriz *p*)? Discutiui-se se seria de manter o princípio do *favor debitoris*, ou se, pelo contrário, seria de agravar a situação do obrigado.

O modelo apresentado foi o Código italiano de 1942. As matérias exemplificadas, solidariedade entre co-devedores (artigo 1294.º) e fiança (artigo 1944.º), recebiam do legislador transalpino uma resposta plenamente favorável ao credor:

A presunção de solidariedade entre os condevedores, lê-se no relatório do guarda dos selos italiano, manifestou-se mais conforme com a realidade da vida: frequentemente, onde mais devedores estão obrigados por uma só dívida existe entre eles uma inteira comunhão de interesses. No direito romano, a regra da conjunção parece que ganhou terreno com a progressiva acentuação do movimento de favor pelo devedor; não podia, portanto, manter-se num sistema como o fascista, que tende a abandonar toda a piedade sentimental para com quem assume uma obrigação ⁷⁷.

Resolveu-se, contudo, optar pela regra da conjunção nas obrigações civis, quando haja pluralidade de sujeitos passivos (artigo 513.º) — mantendo, portanto, o regime anterior (artigo 731.º do Código Seabra) —, e garantir ao fiador o benefício de prévia execução (artigo 638.º), como consequência do princípio do *favor debitoris* ⁷⁸.

Mas logo se esclarecia:

Isto não significa, porém, que se não introduzam preceitos destinados a assegurar o cumprimento leal das obrigações, além de outras medidas que, sem violência para o devedor, contribuam para fomentar o crédito e a mobilização dos capitais ⁷⁹.

A crítica da autonomia da vontade deixou pois subsistir, mesmo se com diferente justificação, os elementos favoráveis aos «grupos económicos em expansão da finança, do comércio e da indústria, em desfavor das profissões e classes sem capital» (Wieacker).

Quer se trate de combater no direito as manifestações e consequências mais gritantes do voluntarismo, de responsabilizar os fortes pela existência social dos mais fracos, de confinar o interesse das partes aos limites do direito social, o direito burguês continua a ser radicalmente individualista, e isto significa aceitar a sua estrutura genética, construída em volta das instituições-chave da liberdade contratual e da propriedade, e a necessidade de, «não podendo ultrapassar o seu estreito horizonte», estar necessariamente imbuído de tendências inigualitárias, para além de qualquer pretensão a uma justiça social, a uma igualdade eficaz.

⁷⁷ Citado por Vaz Serra, «A revisão geral [...]», *loc. cit.*, p. 503.

⁷⁸ Em relação ao direito anterior, o Código Civil de 1966 introduziu ainda outras inovações neste sentido, como o artigo 777.º n.º 1, que permite ao devedor exonerar-se a todo o tempo da obrigação na falta de estipulação ou determinação da lei. Mas, em contrapartida, favoreceu o credor noutros lugares, como a inovação do artigo 809.º, considerando «nula a cláusula pela qual o credor renuncia antecipadamente» a determinados direitos (artigos 798.º e 804.º; 799.º; 801.º, n.º 2; 802.º; 803.º; 794.º; 807.º).

⁷⁹ Vaz Serra, «A revisão geral [...]», *loc. cit.*, p. 505. A consagração do princípio *favor debitoris* não transforma o Código num código do devedor. Ele não possui qualquer valor perceptivo, ajuda simplesmente a compreender determinadas soluções legais, nomeadamente: «a) Quando, estando assegurada a satisfação do interesse do credor, a lei dá ao devedor supletivamente certas faculdades; b) Quando a conduta do credor, apesar de lícita, representa um agravamento injusto da situação do devedor» (Pessoa Jorge). O Código Civil é, pois, um Código de credor, donde o seu interesse sai reconfirmado. O *favor creditoris* permanece a lei de bronze do cumprimento: quem paga mal paga duas vezes.

Por isso, a totalidade é metajurídica, pelo que não se pode pensar o «universal concreto» juridicamente.

2. — *Reacção contra o subjectivismo* — a) A crise do subjectivismo coincide com a progressiva afirmação da doutrina da propriedade, desempenhando uma função social, e da teoria do abuso do direito.

Contra a propriedade hierarquizada e subordinada de índole feudal, o Código de 1867 proclamou o dogma da propriedade como direito absoluto.

O proprietário gozava da faculdade de usar, fruir e dispor da coisa da maneira mais ilimitada, sem consideração pelos interesses dos outros, porque só a violação de direitos constituía um acto ilícito, ou pela economia nacional, podendo desaproveitar os seus bens ou mesmo destruí-los — *neminem laedit, qui suo jure utitur*.

Com a consolidação do programa do Estado Novo, o exercício do direito de propriedade deixou de ser regulado pelo capricho do seu titular, de acordo com a concepção, tão límpida em Hegel, de que o princípio egoísta de *cada um por si* (*Princípios da Filosofia do Direito*, § 182) funda automaticamente o segundo pilar da sociedade individualista e liberal, o sistema de *cada um por todos e todos por cada um* (§ 183) com ele formando um conjunto equilibrado.

«Entende-se pôr-lhe», explicava Manuel de Andrade, «certas restrições, subordiná-lo a um certo controlo, não só repressivo, mas também como que impulsionante, em vista de impedir que, por inércia ou por actividade inepta ou malévola do seu titular, ele deserte ou se transvie da sua missão, deixando de servir os próprios interesses daquele razoavelmente compreendidos e, ao mesmo tempo, os interesses de todos. Não se vê na propriedade uma espécie de *privilégio* do indivíduo, senão antes uma função social controlada.»⁸⁰

A noção metafísica de direito subjectivo de propriedade é substituída por uma concepção realista da função social. A liberdade não é mais um direito, mas uma missão: «Temos obrigação de sacrificar tudo por todos, não devemos sacrificar-nos todos por alguns», *also sprach* Salazar.

A direcção social na satisfação das finalidades dos sujeitos de quem se podia dizer que não possuíam outro direito senão o de cumprirem sempre o seu dever (Comte) obteve plena consagração no artigo 35.º da Constituição — «A propriedade, o capital e o trabalho desempenham uma função social, em regime de cooperação económica e solidariedade, podendo a lei determinar as condições do seu emprego ou exploração conformes com a finalidade colectiva» — e no artigo 13.º do Estatuto do Trabalho Nacional — «[...] o exercício dos poderes do proprietário é garantido quando em harmonia com a natureza das coisas, o interesse individual e a utilidade social, expressos nas leis, podendo estas sujeitá-lo às restrições que sejam exigidas pelo interesse público e pelo equilíbrio e conservação da colectividade» —, ambos desenvolvidos na legislação sobre condicionamento industrial aplicada em numerosas expropriações por utilidade pública.

Não se pensa, contudo, que a publicização do direito de propriedade, que esteve à beira de o transpor, como um dos seus capítulos, para o direito administrativo, invadiu todo o espaço de liberdade do indivíduo. «O colectivismo nacionalista português», moderado pela moral cristã, não nega um certo papel à vontade e interesses individuais.

Ao monismo individualista e ao monismo totalitário à italiana, o Estado Novo preferiu um dualismo necessário do homem e da sociedade, onde os interesses do primeiro, razoavelmente compreendidos, seriam determinados pelo interesse universal e pelo «bem comum» e com estes coincidiriam.

⁸⁰ Manuel de Andrade, «Sobre a recente evolução [...]», *loc. cit.*, pp. 317-318.

Se o direito de propriedade passou a estar confinado ao seu fim social e económico, estavam abertas as portas para que também se vedasse o exercício anti-social dos restantes direitos subjectivos que giram à sua volta, ou seja, preenchidas as condições para a atribuição de relevância jurídica à figura do *abuso do direito*.

O que diz este princípio? Muito simplesmente que o direito cessa onde o abuso começa. E o abuso começa quando o titular do direito excede, clamorosa ou manifestamente, os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes e pelo «ideal colectivo do momento» (Josserand) ao exercício desse direito.

Adoptado pela primeira vez, na sua acepção objectiva, no artigo 334.º, o abuso do direito projecta-se em muitas outras disposições do Código, nomeadamente nos artigos 269.º (abuso de representação) e 1482.º (mau uso por parte do usufrutuário) ⁸¹.

b) Os atentados contra o subjectivismo prolongam-se ainda na responsabilidade pelo risco.

O crescimento progressivo do número de acidentes de viação determinou que a eles fosse aplicado o regime construído para indemnizar as vítimas dos danos causados pelos perigos desencadeados quotidianamente pelo capital, no ritmo taylorista do trabalho explorado. Tal regime é o da responsabilidade objectiva.

Se a teoria da responsabilidade dominou até agora a reparabilidade dos danos, primeiro indissociável da culpa, cedendo depois aos riscos criados, anuncia-se hoje um novo salto, substituindo a ideia de responsabilidade pela de dano/seguro ⁸². É a recente tendência presente nas leis de seguro obrigatório de responsabilidade civil automóvel: imputam-se os acidentes à própria circulação automóvel, fazendo suportar aos proprietários dos veículos, através do prémio de seguro, o ressarcimento dos danos por ela causados.

O Código Civil, nos artigos 499.º e seguintes, consagrou a responsabilidade objectiva ou pelo risco seguindo, aliás, uma orientação sancionada no Código da Estrada pelos artigos 138.º e 140.º do Decreto n.º 18 046, de 31 de Maio de 1930.

Excepção feita ao artigo 502.º — danos causados por animais passivos — e ao artigo 509.º — danos causados por instalações de energia eléctrica ou a gás —, toda a matéria da subsecção II da secção V do capítulo II do título I do livro II do Código atende sobretudo à responsabilidade objectiva por acidentes de viação. Quanto aos *acidentes do trabalho*, «por se inserirem no capítulo dos contratos de trabalho, sujeitos a legislação especial (artigo 1153.º)», estão regulamentados em lei autónoma.

3. *Vinculação a determinada moral* — Sistema de associações de dominação, inspirado pela doutrina social da Igreja, catolicismo social de cepa fascista, democracia cristã invertida por uma ordem antidemocrática e por um direito subordinativo, são expressões que servem para classificar o sistema corporativo e a simbiose espantosa do Estado Novo com a igreja católica.

A vinculação ético-social do nosso direito civil vai, pois, ser muito naturalmente tributária da moral cristã.

⁸¹ Para outros artigos presididos pelo mesmo instituto, Cunha de Sá, *Abuso do Direito*, «CADERNOS de Ciência Técnica Fiscal», *passim*. Sob uma perspectiva histórica e de direito comparado, também Tito Arantes, *Do Abuso do Direito e da Sua Repercussão em Portugal*, Lisboa, 1936.

⁸² «É um facto, diz A. Tunc, que, nas nossas condições de vida, o automobilista faz saltar a cabeça a quem não notou que os sinais luminosos mudaram. Dizer da vítima: 'A culpa foi dela', como se diz actualmente, é verificar o facto, é sublinhar a brutalidade dos mecanismos que esmagam as nossas vidas. A questão não está aí. A questão está em saber se quem não viu os sinais mudarem merece a pena de morte. Se se admitir que a não merece, é preciso indemnizar a sua família [...]» (A. Tunc, «La réforme du droit des accidents de la circulation: le message du président Johnson, les projets du président Bedour et du professeur Street», in *BMJ*, n.º 186, 1969, p. 318).

Isolar alguns traços do reforço desta moral no novo Código é o que procurei fazer neste ponto.

a) Em primeiro lugar, nas relações familiares. A Concordata com a Santa Sé, celebrada em 7 de Maio de 1940, logo seguida pelo Decreto n.º 30 615, de 25 de Julho do mesmo ano, proibiu a dissolução por divórcio dos casamentos católicos, regime depois consagrado no artigo 1790.º A defesa da desigualdade entre filhos legítimos e ilegítimos, expressão da aversão burguesa pelos filhos naturais, e do poder marital discricionário nas relações entre os cônjuges, naturalmente entregue ao marido, está na linha da mesma intenção morigeradora.

«O marido é o chefe da família» (artigo 1674.º), como tal exercendo um poder quase absoluto nas decisões sobre todos os assuntos do casal, vigiando a conduta da mulher, a quem se veda o exercício de certos direitos sem a sua autorização, a não ser que suprida pelo juiz (artigos 1676.º, n.º 2, 2.ª parte, e 1696.º).

Para o Estado Novo, a mulher não deve ser exigente, deve considerar-se a última pessoa da família, uma mera depositária de bens, disposta a abolir, se necessário, a sua condição social e económica⁸³.

As relações entre os cônjuges fundam-se na equivalência entre a obediência devida ao marido e a protecção devida à mulher. A esta destina-se «a construção do lar», o «governo doméstico» (artigo 1677.º), pequeno antro de poder, que os últimos, por o serem, sempre merecem, desde que aí permaneçam.

Enquanto o marido é o «chefe do lar», a mulher, que dele faz parte, é a «chefe da cozinha».

Na hierarquia dos sucessíveis, a mulher está abaixo dos irmãos do cônjuge e dos seus descendentes, o que é particularmente penoso para ela, que apenas terá de «aleitar» os filhos legítimos (artigo 1882.º), enquanto o pai os protege dos perigos, angariando na «selva» o seu sustento (artigo 1881.º). O modelo de família do Código não é, na verdade, um útero externo onde o homem se prepara para a vida com a entreada efectiva dos pais, mas uma «toca» onde reina uma quase primitiva divisão de funções.

Mas, se o legislador achou por bem reprecinar o sistema do Código de Seabra, preterindo o cônjuge em favor dos irmãos e sobrinhos do hereditando, ao contrário do que fazia o Decreto de 31 de Outubro de 1910, não deixou de atribuir ao cônjuge sobrevivente o usufruto vitalício da herança (artigo 1146.º), sem remediar com isso a dependência da mulher. Era o máximo que um Código tradicionalista e estático podia conceder aos imperativos da realidade social.

Lembremos um debate que dá o tom doutrinal às considerações expostas.

A revisão constitucional de 1971 estabeleceu, no § 2.º do artigo 5.º, a plena igualdade dos sexos, ressalvada apenas quando razões fundadas na sua natureza impusessem uma diversidade de regime.

Passaram desde logo a estar inquinadas de inconstitucionalidade material uma enorme série de disposições, como a dos artigos 1636.º, alínea e); 1672.º; 1674.º; 1675.º; 1676.º; 1677.º; 1686.º; 1699.º, alínea c); 1881.º, e 1882.º.

Não foi esta, porém, a opinião que vingou. A moral dominante irá recuperar no terreno da doutrina aquilo que eventualmente perdera no direito legislado.

Para os mais condescendentes apenas seria inconstitucional o artigo 1699.º, alínea c), proibindo que, por convenção antenupcial, os cônjuges atribuíssem a administração dos bens do casal à mulher fora dos casos previstos na lei. Para os mais ortodoxos, nem isso seria possível. A mulher escolheria entre a igualdade e o casamento, tomado este com o mesmo espírito de sacerdócio com que se entra para um convento.

b) A visão do mundo hegemónica da ditadura reflecte-se ainda na interpretação das cláusulas gerais ou *standards*, sobretudo na noção de ordem pública e de bons costumes.

⁸³ «Salazar e as mulheres», in *Opção*, ano II, n.º 68, pp. 51-54.

Estas categorias representam o *segundo patamar de concretização da visão do mundo dominante no direito*⁸⁴.

A visão do mundo dominante cristaliza-se em determinada ordem jurídica através de duas mediações fundamentais: os princípios gerais do direito e a ordem pública e os bons costumes. Os princípios constituem o primeiro patamar. A proibição de *venire contra factum proprium*, do locupletamento à custa alheia, da justiça privada, a protecção da confiança, a liberdade contratual, o exercício do direito segundo a boa-fé, etc., são deles exemplos.

São valores que, apesar de não necessariamente incluídos no texto dos códigos modernos — o que leva os positivistas a recusar-lhes validade —, sendo distintos das normas propriamente ditas, traduzem directrizes gerais relevando na interpretação do ordenamento jurídico e na captação do seu espírito.

A sua importância pode ser ilustrada com o seguinte exemplo: se pretendermos ligar o artigo 227.º, sobre responsabilidade pré-contratual, à visão do mundo que lhe corresponde, só o conseguiremos por aproximações sucessivas numa cadeia de princípios gerais de direito, escalão em escalão, de âmbito cada vez mais amplo: do princípio da protecção da confiança ao princípio da liberdade de celebração contratual, deste ao da autonomia da vontade e desta ao individualismo jurídico já próximo da estrutura global da visão do mundo liberal.

A ordem pública e os bons costumes constituem, como se disse, o segundo patamar de concretização da visão do mundo dominante no direito, que explica, segundo Poulantzas, a transposição de certos dados de infra-estrutura para a instância jurídica, todas as vezes que aquela se não produz imediatamente, como acontece *v. g.* com as sociedades de facto, com os contratos de trabalho de facto, com o concubinato e, segundo determinadas concepções, com as obrigações naturais, a que o direito atribui efeitos jurídicos, reconhecendo os factos enquanto tais, sem os integrar na sua ordem.

Ordem pública e bons costumes aparecem originariamente referidos a realidades idênticas em planos diferentes: a ordem pública representa para o direito positivo o mesmo que os bons costumes para o direito natural. Foi por isso que antes da elaboração do Código Napoleónico se defendeu a escusabilidade da sua inserção conjunta no corpo da lei. A noção da ordem pública bastava.

Só a forte influência da moral jansenista impôs solução diversa. O sentido da expressão *ordem pública e bons costumes* no Código francês, no seu entendimento genético, resulta de um enquadramento do direito laico-racionalista pela moral cristã.

O mesmo se poderá sustentar, *mutatis mutandis*, para a legislação nacional. Com a diferença de que o enquadramento foi, durante o Estado Novo, tão bem conseguido, que melhor será falar-se, como Eduardo Lourenço, em simbiose ou conúbio (cf. artigos 22.º, n.º 1; 81.º, n.º 1; 280.º, n.º 2; 261.º; 465.º, alínea a); 800.º, n.º 2; 2186.º; e 2230.º, n.º 2).

c) A igreja católica não distinguia o empréstimo a juros da usura.

Considerada um irrespeitoso abuso de um bem de Deus — o tempo —, sempre a usura mereceu, durante a Idade Média, a censura da doutrina.

Este anátema lançado contra o capital produtivo de juro foi depois substituído pelo seu reconhecimento expresso.

⁸⁴ «Visão do mundo (*Weltanschauung*), diz-nos Goldmann, é precisamente esse conjunto de aspirações, de sentimentos e de ideias que reúne os membros de um grupo (mais frequentemente de uma classe social) e os opõe aos outros grupos.» Nela não se deve ver qualquer realidade metafísica. Constitui, muito pelo contrário, o principal aspecto concreto do fenómeno designado por *consciência de classe*, que «é a tendência *comum* dos sentimentos, aspirações e pensamentos dos membros da classe, tendência que se desenvolve precisamente a partir de uma situação económica e social que engendra uma actividade da qual o sujeito é a comunidade, real ou virtual, constituída pela classe social» («O todo e as partes», in *Dialéctica e Cultura*, Paz e Terra, p. 20).

A fonte espiritual desta mudança, aparentemente surpreendente, foi o mesmo cristianismo, embora a sua forma protestante, que tanto o estigmatizara.

Mas não nos iludamos quanto à dimensão da influência, sem dúvida decisiva, da ética protestante no desenvolvimento das relações de produção capitalistas.

A redescoberta da *parábola dos dez talentos*⁸⁵ não chega, só por si, para explicar o desenvolvimento do crédito, que, como se sabe, se efectuou contra a usura.

É na radical alteração das condições de funcionamento desta que semelhante desenvolvimento encontra a sua explicação última.

As grandes instigadoras do moderno sistema de crédito foram, pois, as necessidades de modo de produção capitalista em ascensão.

Fazemos estas considerações para desfazer eventuais falsas interpretações do regime do contrato de mútuo do nosso Código Civil.

A definição que dele é dada (artigo 1142.º) e a presunção de onerosidade (artigo 1145.º, n.º 1) mostram tratar-se de uma figura perfeitamente adaptada às relações de produção dominantes na sociedade portuguesa.

Mas terão as considerações económicas prevalecido inteiramente, neste particular, sobre as ideias morais?

Creemos que não.

Pensamos que o n.º 1 do artigo 1146.º, ao proibir a usura, que caracteriza como sendo o contrato de mútuo em que se estipulam juros anuais superiores a 8% ou 10%, conforme haja ou não garantia real, é um bom desmentido dessa tese.

O catolicismo possui uma capacidade intrínseca extrema em se adaptar às novas condições históricas, de sobreviver aos condicionalismos de épocas as mais adversas. O que afastaria qualquer argumentação que, na ausência do artigo 1146.º, quisesse fazer crer no laicismo mais poluto do regime do mútuo.

O que é certo, porém, é que o nosso legislador condenou a usura, retomando a taxa de juro de Henrique VIII (10%). E, ao fazê-lo, não só a velha usura continuou a existir sem os entraves de legislações anteriores, sob a nova forma de capital produtivo de juro, como a moral cristã continuou a entrar um capital usurário não menos idoso (cf. a redução do n.º 3 do artigo 1146.º).

d) Não é só na usura que se faz sentir a influência do tempo sacro. A sua secreta presença revela-se ainda quando a comissão encarregada de elaborar o anteprojecto do Código Civil respondeu deste modo à sua própria pergunta, e que viria a ser a directriz *ff*):

Deverá o Código ser redigido no presente ou no futuro? Resolveu-se que seja redigido, em princípio, no presente.

O discurso do legislador tem o tempo da *Palavra*, do *Espírito* do Senhor, é composto de palavras do presente.

Porque os profetas não dizem: «Eis de que maneira *falou* o Senhor», no passado, ou «Eis como *falará* o Senhor», no futuro, mas sim: «Eis aqui a palavra de Deus», no presente.

⁸⁵ Os protestantes encontraram na *parábola dos dez talentos* uma justificação moral para o moderno sistema de crédito. O que diz a parábola? Naquele tempo, um homem, ao partir da sua terra, chamou os servos e entregou-lhes os seus bens. A um deu cinco talentos, a outro dois e ao terceiro apenas um. Quando regressou, muito tempo depois, chamou-os e fez contas com eles. Aquele a quem dera os cinco talentos tinha-os emprestado a juros e obtivera mais cinco. Aquele a quem dera dois talentos procedera de igual modo e granjeara mais dois. Por fim, o detentor de um talento, porque o escondera na terra, só pôde devolver o que lhe tinha sido confiado. Os dois primeiros servos foram recompensados; este último, despojado de seu único talento, que acresceu aos dez talentos do primeiro. «Devias então ter dado o meu dinheiro aos banqueiros, e, quando eu viesse, receberia o meu com os juros», sentenciou o duro senhor. Estava justificado o empréstimo a juros.

O que o legislador propõe é a «mesma exegese do *Nunc*» das Escrituras, o *Jetztzeit* messiânico, o tempo pleno do presente. E, ao fazê-lo, atribui ao Código Civil a mesma perenidade:

Passará o Céu e a Terra, mas não as minhas palavras. [Mateus, 24-35; Marcos, 13-31.]

4. «*Hipertrofia patológica*» da abstracção — a) A «abstracção isolante» é necessária a qualquer linguagem formalizada que queira definir os seus elementos e classificar o objecto que manipula. Abstracção vem do latim *abs-trahere* e significa literalmente «retirar do concreto». O saber científico implica sempre, pois, uma certa distanciação do real. Mas separação não quer dizer cisão ou ruptura. Quando se critica a abstracção na sua forma patologicamente hipertrofiada, o que está em causa é precisamente a quebra da unidade dialéctica que o saber deve formar com a realidade, é a perda dos elos que o conhecimento deve manter com a *praxis* social. Então o pensamento destaca-se da trama colectiva e desenvolve-se independentemente dela, a teoria procede da teoria.

Este processo de opacificação das relações sociais é próprio das sociedades capitalistas e consequência da transposição para a zona do espírito da alienação mercantil. Vivemos, com efeito, numa sociedade abstracta.

O abstractismo burguês pode ser perspectivado sob vários ângulos. Não vale a pena, e excederia o âmbito deste trabalho, debruçar-me sobre temas amplamente aprofundados noutros lugares.

Direi apenas que ao direito, como modo particular de produção alienada, se aplica o mesmo conceito de fetichismo que à análise da base económica das formações sociais dominadas pelo valor de troca: «Cada um respeita a sua mercadoria», cada um aliena-se nela.

Os juristas, por aplicarem o Código, pensam que tudo é direito, daí a pretensão de que a sua profissão seja verdadeira. As leis são para eles os olhos — ou as vendas — com que vêm — ou não vêm — a realidade.

«A verdade é o todo», diz Hegel. O direito não é esse todo.

E, porque o direito parece ser «o verdadeiro motor activo», funcionando como um todo coerente, «sem contradições intrínsecas», defende-se a autonomia, não só da forma jurídica em relação às condições económicas («a forma jurídica é tudo, o conteúdo económico nada»), mas também das próprias «peças» desse motor — os diferentes ramos jurídicos.

Se o fetichismo mercantil faz esquecer que a produção e a circulação de mercadorias encobrem relações reais entre pessoas, o fetichismo da norma ao interpelar do mesmo modo, como sujeitos de direito, exploradores e explorados, possuidores e não possuidores, e indistintamente como coisas, meios de produção e mercadorias, obnubila que, na verdade, todos aqueles que nada possuem senão a sua força de trabalho são *na realidade* apenas coisas, ao mesmo nível dessas mesmas coisas determinantes únicas do regime de propriedade — os meios de produção.

Nesta uniformização do estatuto jurídico dos bens e das pessoas, denegação acabada das suas enormes diferenças económico-sociais *concretas*, o direito coisifica-se a compasso.

b) Procuraremos agora captar esta realidade no Código Civil Português.

Aquilo que acabámos de dizer em relação ao estatuto dos bens e das pessoas aplica-se integralmente a este diploma: não se faz qualquer distinção entre proprietários e não proprietários, entre bens de produção e bens de consumo.

A definição de *coisa* do Código Civil («Diz-se coisa tudo aquilo que pode ser objecto de relações jurídicas», artigo 202.º, n.º 1) é a de um bem objectivo e abstracto com um só conteúdo de destinação: a troca.

Coisa significa portanto mercadoria, objecto de troca. Seja grande ou pequena, seja bem de produção ou de consumo, seja uma madeixa de cabelo ou uma porção de leite materno, de sangue ou de esperma, uma obra de arte ou a força de trabalho, todas são coisas no *comércio*.

Nisto não podemos nós reivindicar qualquer originalidade. As ordens jurídicas das economias capitalistas não podem fugir a este conceito.

Simplesmente, o nosso Código é fruto, no domínio dos bens, de uma concepção pré-industrial. Por isso assume, neste particular, um aspecto bem *menos abstracto*⁸⁶.

Há algum tempo que o direito das economias industriais do Ocidente assiste à «explosão dos bens incorpóreos» (Savatier), à prevalência destes sobre as coisas corpóreas.

Pense-se nas acções, nas clientelas, nos monopólios profissionais, nas patentes, nos direitos de crédito.

Ora o nosso legislador considerou fora do comércio as coisas insusceptíveis de apropriação individual (artigo 202.º, n.º 2, *in fine*) e estabeleceu que «só as coisas corpóreas, móveis ou imóveis, podem ser objecto de direito de propriedade regulado neste Código».

Ressalvou, porém, a *propriedade intelectual* — direito de autor e propriedade industrial —, cuja regulamentação sujeitou a legislação especial (artigo 1303.º).

Foram, pois, precisamente as coisas corpóreas que maior atenção mereceram e, dentro destas, na classificação do artigo 203.º, a *summa divisio* continua a ser o par *coisas móveis/coisas imóveis* (artigos 204.º e 205.º).

O nosso Código é, como dissemos, um Código agrário. Não um corpo de leis próprio de uma «economia de produção», mas antes de uma «economia de percepção de frutos».

Aos olhos do legislador napoleónico, do Código de Seabra (artigo 495.º, § 3.º) e do legislador de 1966, a terra, mãe dos homens, sua salvação, produzia ela própria os frutos de que viviam.

No século XVIII, os fisiocratas classificavam de classes estéreis todos os grupos sociais que se ocupavam em actividades diferentes da agricultura.

Seguindo o exemplo francês, o legislador de 1867 distinguiu os frutos em civis, naturais e industriais. Classificação tripartida, portanto.

Decidiu-se, porém, em 1966, anular a distinção entre frutos industriais e naturais, adoptando-se uma classificação bipartida. Mas, em lugar de se optar, o que seria de esperar, pelos frutos industriais, com a evolução semântica que entretanto o termo sofreu, preferiu-se subalternizá-los, subentendendo-os nas seguintes palavras: «[...] dizem-se naturais os [frutos] que provêm directamente da coisa» (artigo 212.º, n.º 2).

Isto é, recuo de dois séculos: o comerciante, o artesão e o industrial transformam-se em agricultores sob a «varinha mágica» do n.º 2 do artigo 212.º: «Os frutos são naturais ou civis.»

E o facto de ter consagrado aos frutos quatro dos quinze artigos sobre as coisas demonstra bem a pouca frutificação do Código. O que o enforma é a mesma concepção estática, a velha mística da terra, que vai ao ponto de afirmar que «os negócios jurídicos que têm por objecto a coisa principal *não abrangem*, salvo declaração em contrário, as coisas acessórias» (artigo 210.º, n.º 2).

E por certo não são as transacções de espada sem bainha que têm alguma relevância. O que está em causa é o significado económico de se propor como regime supletivo que nas transferências de fundos agrícolas se não incluam as alfaias ou o gado, por exemplo.

⁸⁶ No mesmo sentido, para o Código Civil espanhol, Juan Ramón Capella, *Sobre a Extinção do Direito e a Supressão dos Juristas*, Coimbra, Centelha, 1977, pp. 13 e segs.

Melhor se compreenderá agora como se pode definir *fruto de uma coisa* como «tudo o que ela produz periodicamente sem prejuízo da sua substância» (artigo 212.º, n.º 1). Os frutos produzem-se por geração espontânea, em cada agricultor um S. José.

Quererá isto dizer que temos um Código concreto? Claro que não. Preceitos como este procedem da seguinte fórmula trinitária, resumo supremo de todos os fetiches:

TRABALHO/SALÁRIO
CAPITAL/LUCRO
TERRA/RENDA

Os três elementos, o capital, a terra e o trabalho, aparecem aqui como três fontes, produzindo cada uma um rendimento. O capital produz naturalmente o lucro, o trabalho, o salário, a terra produz a renda. Esta trindade representa a sistematização do que é percebido pelos agentes da produção, das formas nas quais se inscreve a sua acção⁸⁷.

c) A tendência para o reforço da coisificação verifica-se bem mais claramente no direito das obrigações.

Em primeiro lugar, na consagração da responsabilidade por danos não patrimoniais pelo artigo 496.º, onde se prevê a indemnização pecuniária pelo dano da privação da vida (n.º 3, 2.ª parte); em segundo lugar, no cálculo de indemnização do artigo 564.º, onde o dano emergente encobre cada vez mais realidades abstractas, os lucros cessantes novos itens e se ponderam os danos futuros certos ou eventuais; depois, ainda no âmbito da responsabilidade civil, no critério de avaliação do prejuízo sofrido pelo lesado, apreciado *em abstracto*, de acordo com o equivalente geral das trocas (artigo 566.º, n.º 2), — é o chamado dano de cálculo.

Não pretende a lei, todavia, que a soma fixada seja conforme ao valor abstracto, ao preço de mercado, mas sim ao *valor subjectivo* — optou pela teoria da diferença.

Encontra-se aqui uma certa resistência à abstracção de que mais solidamente o n.º 1 do artigo 566.º se fizera eco. Na verdade, a indemnização deverá ser sempre prioritariamente ponderada, de acordo com o dano real ou concreto. Mas este regime não é totalmente representativo. Prova disso, denunciando um sentido inverso, é o modo como se tem encarado, por exemplo, a avaliação do montante da obrigação de restituir fundada no enriquecimento sem causa (artigo 479.º).

Consistindo a tese tradicional na defesa de que o montante da obrigação de restituir está limitado pelo enriquecimento patrimonial do devedor e pelo empobrecimento patrimonial do credor — a teoria da diferença —, elaborações doutrinárias mais modernas sustentam a tese do *conteúdo de destinação*, isto é, que o dano do empobrecido/credor deve corresponder a um valor apurado de acordo com a *pertinência abstracta* ao património deste dos bens deslocados para o património do devedor:

A obrigação de restituir o enriquecimento sem causa não pode exceder o montante do enriquecimento, em sentido «patrimonial», nem o montante do dano em sentido «real». [F. P. Coelho.]

Assim se respeita a doutrina do duplo limite, se reserva o património *abstracto* do credor, se sanciona o «lucro» do interventor.

De todos os exemplos que se podem dar para ilustrar esta matéria, vem-nos imediatamente à memória o das *obrigações abstractas*, a mais representativa das quais é, sem dúvida, a obrigação cambiária ou monetária.

O problema que se levanta em volta delas não é o de se saber se a vontade de se obrigar *por se obrigar* é válida. Não há obrigações *abstractas puras*.

O que se discute é saber se depois do nascimento do vínculo, da promessa de cumprimento (artigo 458.º), por exemplo, se pode validamente abstrair a obrigação da «sua relação fundamental», da dívida anterior, salvo recurso *ex post* por eventual falta de causa (v. g. acção de enriquecimento sem causa, por se demonstrar que a obrigação não tinha contrapartida).

Portanto, só aparentemente foge à ideia de justiça comutativa que preside ao nosso sistema.

A execução pode ser prosseguida sem que o devedor tenha o direito de invocar a ausência de causa, abstracção feita de posterior iniciativa sua.

Todas as obrigações abstractas têm nelas inscrito: «Pague primeiro, reclame depois.»

d) Deixámos intencionalmente para o fim o artigo 218.º, o silêncio como meio declarativo:

O silêncio vale como declaração negocial quando esse valor lhe seja atribuído por lei, uso ou convenção. [Cf. também artigos 923.º, n.º 2; 1064.º, e 1163.º.]

Inovação do presente Código, foi introduzida na nossa legislação pela necessidade de racionalizar o *não dizer* ou segredo, a omissão de qualquer comportamento negocial positivo.

Aparece-nos como mais um desses processos que controlam, seleccionam, organizam e redistribuem a produção do discurso, conjurando-lhe os perigos e poderes, domesticando-lhe o aparecimento aleatório, evitando-lhe a materialidade⁸⁸.

Mas, apesar da sua redacção, talvez mesmo da intenção que lhe presidiu, a vida veio mostrar que «Quem cala sempre acaba por consentir», se o impuserem as práticas e usos do comércio (cf. Decreto-Lei n.º 161/77, de 21 de Abril, considerando prática comercial irregular o envio ou entrega de produtos que não tenham sido pedidos ou encomendados).

A retenção da palavra, os jogos de segredos, os interstícios entre declarações, revelam um poder dizer, que é um saber dizer quando não ofuscado/confiscado por um dever calar.

As zonas de silêncio são zonas de incerteza e zonas de poder, razão pela qual «cada grupo tende a aumentar a parte de incerteza que faz pairar sobre os outros e, por isso mesmo, o seu poder de reduzir a incerteza desenvolvida pelos outros e portanto de reduzir o seu poder»⁸⁹.

É nesta dialéctica entre o silêncio, o retiro e o segredo e a palavra que se deve integrar o artigo 218.º, entendê-lo, ao menos parcialmente, como ligado ao cálculo previsionial, impondo um dever dizer, extorquindo um discurso coisificado, próximo, não do discurso livre da liberdade de expressão, mas do discurso massificado que obriga à delação:

Silêncio e palavra não são neutros [...] Falar é sempre arriscar-se no próprio movimento das respostas⁹⁰.

⁸⁸ Michel Foucault, *L'Ordre du Discours*, Paris, Gallimard, 1972, pp. 10-11.

⁸⁹ Jean Jamin, *Les Lois du Silence*, Paris, Maspero, 1977, pp. 11-12, onde se encontra uma interessante tentativa para lançar as bases de uma sociologia do não dizer ou do não dito. Cf. também B. de Sousa Santos, «O discurso e o poder», in *Estudos em Homenagem do Prof. Doutor J. J. Teixeira Ribeiro*, vol. II, Coimbra, Jurídica, 1979, pp. 261-264.

⁹⁰ Id., *ibid.*, p. 45.