

Questões transitorias do direito civil portuguez

José Pereira de
Paiva Pitta



HARVARD LAW SCHOOL
LIBRARY

PORTUGAL

2239

97

Maig

QUESTÕES TRANSITORIAS
DO
DIREITO CIVIL
PORTUGUEZ

POR
JOSÉ PEREIRA DE PAIVA PITTA



Wier 9



QUESTÕES TRANSITORIAS

DO

DIREITO CIVIL PORTUGUEZ

DISSERTAÇÃO INAUGURAL

PARA O ACTO

DE

CONCLUSÕES MAGNAS

NA

FACULDADE DE DIREITO

DA

UNIVERSIDADE DE COIMBRA

POR

José Pereira de Paiva Pitta



COIMBRA

Imprensa da Universidade

1870

2
POT
910

Forty
P

AO

ILLUSTRÍSSIMO E EXCELENTÍSSIMO SENHOR

DR. MANUEL PAES DE FIGUEIREDO E SOUSA

EM TESTIMUNHO DE GRATIDÃO

Off.

O auctor.

660351

5/12/48 - E. Figueiredo

ARGUMENTO

**Theoria da não retroactividade das leis e sua applicação
às questões transitorias do Codigo Civil Portuguez.**

INTRODUÇÃO

«Fra le condizioni indispensabili del progresso giuridico, come di qualunque altro progresso dell'umana associazione, principalissima è di certo questa, che esso non possa mai andar disgiunto dalla giustizia.»

C. F. GABBA.

Todas as vezes que se opéra alguma reforma mais ou menos radical na legislação d'um paiz, cumpre ao legislador, e no seu silencio ao juriconsulto, regular a sua execução, de modo que, sem empecer o progresso da sociedade, se respeitem os interesses legitimamente creados.

Nasce todavia do conflicto das duas leis, antiga e nova, uma ordem de questões, a que os juriconsultos dão o nome de transitorias, não porque sejam variaveis os principios que as regulam, mas porque questões taes sómente têm logar no estado de transição. do antigo para o novo direito,

VIII

O nosso Codigo Civil, introduzindo algumas innovações e fazendo modificações notaveis na legislação anterior, tem dado já, e ha de ainda continuar a dar, larga margem a varias questões d'este genero, que é preciso resolver, na falta de disposições transitorias expressas, pelos principios geraes que regem a materia.

Coube-nos a sorte de escrever sobre este assumpto extremamente delicado, e summamente difficil, como confessam todos os jurisconsultos, ainda os mais notaveis, que se têm dedicado á solução d'estas questões.

O nosso desejo ardente era que este trabalho correspondesse á gravidade e elevação do assumpto; mas infelizmente sabemos, de mais, quão mallogrados foram todos os esforços que envidámos para que fossem satisfeitos os nossos bons desejos.

Por um lado, a gravidade da materia, por outro as condições da nossa vida e as disposições pouco favoraveis do nosso espirito para trabalhos d'esta ordem, não nos permittiram obra perfeita e bem acabada.

Muitas vezes não tinha este trabalho outro fim senão o emprego de algumas horas, que nos restavam, depois de satisfeitas as obrigações do nosso cargo; pois a natureza das difficuldades, com que lutavamos, não consentia que puzessemos mais alto a mira de nossos esforços.

São de tal ordem algumas das contrariedades, que temos soffrido na nossa vida, que punhamos mais cuidado em olvidar-as, do que na mesma perfeição do livro, pois sempre que a sua lembrança nos occorria, conscios, pela propria experiencia, da

quasi inutilidade dos esforços individuaes, cahia-nos o espirito em tal abatimento, que só muito a custo conseguíamos alevantal-o.

As razões, com que um sympathico e saudoso amigo nosso se disculpava, ha pouco mais d'um mez, do seu ingrato silencio para comnosco, vem aqui a pello para justificar, ao menos em parte, as imperfeições d'esta obra. «As analogias da nossa vida, dizia elle, que se resumem em constante luta por vencer as difficuldades de hoje e aplanar o terreno para vencer as de amanhã;—as torturas do nosso espirito, que lida em melhorar as condições que a fortuna não quiz dar-nos mais prosperas;—e finalmente a contingencia, a que o resultado de nossas fadigas, como tudo no mundo, está providencialmente sujeito, explicam, ao menos em parte, o meu ingrato silencio.»

Grandes causas para tão pequenos effeitos!

Mas, não obstante, animados ultimamente com o favor, exhortação e conselho do generoso cavalleiro, a quem offerecemos este livro, que é mais obra sua do que nossa, conseguimos leval-o ao cabo, e dal-o á estampa, não já simplesmente com o fim de publicar um livro, mas com o fim de servir tambem de Dissertação Inaugural para o nosso acto de Conclusões Magnas.

Alem das causas acima expostas, outras ainda concorreram egualmente para a imperfeição da obra.

Quando lhe démos começo, nem possuíamos nem conhecíamos os livros, que fômos adquirindo no seu decurso, livros de que tomámos conhecimento pelo acaso da leitura d'alguns cathalogos, onde vinham

annunciados, e que tinhamos de mandar vir do estrangeiro.

Aconfeceu, porém, como era inevitavel, que uns nos chegaram quando levavamos já o trabalho em mais de meio, e outros quando nos dispunhamos a mandal-o para o prélo.

Ainda assim, aproveitámo-nos da doutrina d'elles tanto, quanto nos fóra possível; porém, como não pódéssemos já refundir tudo o que tinhamos feito, vi-mo-nos obrigados a recorrer ás superfetacões, com grave prejuizo da symetria e unidade do livro, que já não era muita

Mas a materia, de que tinhamos a tractar, não era só difficil e complicada, era vastissima tambem; pois nos incumbia não só a investigação dos verdadeiros principios, que devem regular a applicação da lei nova ás relações juridicas, formadas antes da sua publicação, a exposição e a critica das theorias já formuladas para este effeito, mas tambem a applicação do principio, que adoptassemos, ás questões transitorias do direito, e maxime ás do Codigo Civil.

Dividimos, portanto, este trabalho em duas partes: uma geral, ou theorica, onde expozemos a verdadeira natureza do principio da não retroactividade, mostrámos o seu reconhecimento perante a philosophia e perante a historia, apreciámos as duas excepções — a da declaração expressa do legislador e — a da lei interpretativa, geralmente feitas ao principio da não retroactividade; e onde finalmente, depois da exposição e analyse das differentes theorias sobre a não retroactividade da lei, formulámos a nossa, que, se não encerra a chave do problema,

pelo menos contém, se nos não enganamos, alguns dados novos para a sua mais perfeita solução.

Na segunda parte propozemo-nos fazer a applicação do principio da não retroactividade ás diversas materias do direito, principalmente ás do direito civil, deixando para um appendice o exame da mesma questão sobre as leis de direito publico em geral e em particular sobre a lei penal.

Tinhamos diante de nós um campo vastissimo, e era necessario, pelo dizer assim, levantar uma carta de triangulação, para o percorrermos em todas as direcções, sem que voltassemos constantemente sobre os mesmos passos a tomar novos pontos de partida, ou nos expozessemos a deixar algum ponto por explorar.

Era nesta parte, principalmente, que nos embarcavam as difficuldades do methodo.

Precisavamos de seguir uma divisão das materias do direito civil, das muitas que têm sido feitas, ou procurar outra mais natural e mais logica.

Para cortar difficuldades, adoptámos o plano do Codigo Civil, por nos parecer que, sendo as suas disposições, sob o ponto de vista da não retroactividade da lei, o principal objecto do nosso estudo, nada lucrariamos com a exposição das suas doutrinas, segundo diverso plano.

Cumpre-nos, porém, confessar que nos achámos depois, em alguns pontos, gravemente embarçados por não sabermos bem em que repartição accommodar certas materias, e isto ou fosse por não seguirmos este plano á risca, ou porque elle não seja realmente tão facil, natural e logico, como pareceu ao seu auctor.

Mas, quaesquer que sejam os defeitos do methodo que seguimos, tem pelo menos a vantagem de facilitar a consulta do nosso livro pela correspondencia entre as suas materias e as do Codigo Civil, e esta foi principalmente a razão por que o antepozemos a qualquer outro. As quatro partes, em que está dividido o Codigo Civil, correspondem no nosso livro quatro capitulos: aos livros as secções, e ás subdivisões dos livros os paragraphos.

Conclue a obra com um appendice, dividido em dois capitulos, sendo objecto do primeiro a applicação do principio da não retroactividade ás leis do direito publico, e do segundo a applicação do mesmo principio ás leis do direito penal.

Ahi vai, pois, o livro correr o mundo da publicidade. Se o publico em seus juizos abstrahir da pessoa do auctor, notará defeitos imperdoaveis; mas, se na sua justa apreciação levar em linha de conta as condições, em que foi escripto, achará ainda, a par dos defeitos, alguma cousa que louvar: o amor ao trabalho.

*Coimbra, 20 de junho
de 1870.*

O auctor.

PRIMEIRA PARTE

Da não retroactividade da lei em geral

«C'est l'avenir seul qui est du domaine du législateur, le passé ne peut être modifié d'après ses désirs, et le présent s'échappe avant qu'on y puisse appliquer ses dispositions.»

(MEXER, *Institutions Judiciaires*, tom. v, chap. 4, tit. 74.)

CAPITULO I

Da natureza, fundamento racional e historico da não retroactividade da lei

§ 1.º

Natureza da retroactividade

Antes de examinarmos a materia do trabalho que vamos empregar, julgamos não só conveniente, mas até necessario, determinar com a possivel exactidão o conteúdo positivo da não retroactividade da lei; porque, como a extensão de qualquer idea esteja na razão inversa da sua comprehensão, é impossivel fazer uma exacta e rigorosa applicação d'este principio, se falsearmos a sua formula ontologica.

E posto que tractamos especialmente do effeito retroactivo das leis, como todavia este producto da retroactividade possa attribuir-se, embora ficticiamente, a qualquer causa, força ou faculdade; por isso definiremos effeito retroactivo em geral «aquelle que sobe a um tempo anterior á causa

têm sido formuladas para regular a applicação da lei nova. O que é porém manifesto a todos aquelles que são versados na historia das leis transitorias é que de todas estas especies e de todos estes grâus se encontram frequentes exemplos nas legislações dos povos antigos e modernos.

Segundo pois o que havemos dicto, a retroactividade da lei, no rigor dos termos, não se limita sómente á sua acção sobre o passado, mas estende-se ainda ao futuro, quando actos anteriormente practicados, ou relações juridicas antigamente creadas, são de novo submettidas ao seu imperio, a fim de serem reguladas d'ahi por deante na conformidade de suas disposições. Este gráu de retroactividade, que é o mais frequente, é tambem o mais difficil de se conhecer e avaliar. Não é tão facil de se conhecer a acção depois da lei, como antes d'ella; visto que para conhecer esta basta attender ao tempo; mas, para conhecer aquella é preciso attender á natureza particular das relações juridicas, á origem dos factos que as crearam, e ás consequencias que estas produziram. A razão é porque nem todo o effeito da lei sobre o passado é retroactivo, ou nem todo o effeito retroactivo da lei pôde ser reprovado; pois, se por um lado a justiça condemna a applicação da lei nova a certos actos que têm a sua razão de ser no passado, por outro temos a lei do progresso, que reclama imperiosamente a execução das novas formas juridicas. Alguns têm julgado restringir o effeito retroactivo da lei, exigindo para a sua realisação a mudança do passado, e a offensa de direitos adquiridos, alem da simples acção da mesma lei sobre o passado.¹ É porém caso raro que da acção da lei nova sobre o passado não se sigam immediatamente estas duas consequencias, a da sua mudança e a da offensa de direitos adquiridos, como muito bem observa Duvèrgier² nos termos que seguidamente transcrevemos: «L'on se demande en examinant cette maxime (il faut encore qu'elle le (passé) change au préjudice des personnes, aux quelles se rapportent ses dispositions), d'une part, s'il était nécessaire

¹ Merlin, obr. cit. Secç. III, § 1.º Sr. Dias Ferreira, Dissert. Inaug. pag. 13, e outros.

² Dissert. sur l'effet retroactif, publiée dans la Revue de Droit Français et Étranger, 1845, tom. 2.º pag. 13.

de l'exprimer, et, d'un autre côté, s'il est possible qu'elle trouve son application.

D'abord, il est bien certain que, si une loi n'enlève aucun droit, ne détruit aucune expectative, en un mot, ne nuit à personne; que si, au contraire, elle procure à ceux que concernent ses dispositions, des droits ou des expectatives qu'ils n'avaient pas précédemment, personne ne songera à se plaindre de sa rétroactivité.

En second lieu, une pareille hypothèse se réalisera rarement. En effet, si une loi augmente les droits et les expectatives de quelques personnes, elle doit presque toujours imposer à d'autres des obligations correspondantes, et par conséquent changer le passé au préjudice de celles-ci. Cependant on peut citer des cas d'exception.»

E de facto occorre-nos, entre outros, um claro exemplo¹ da nossa legislação, pelo qual se mostra que a lei nova pôde algumas vezes submeter ao seu imperio actos preteritos, sem causar prejuizo a ninguem; outorgar direitos, ou conceder expectativas, sem impôr obrigações correspondentes a pessoas certas e determinadas.

Como porém estes casos sejam raros, e como ainda noutros a lei nova possa exercer alguma acção sobre o passado, facil é de ver que esta restricção, feita ao principio da retroactividade, não é criterio sufficiente para regular a applicação da lei nova, como se tem pretendido, e como mostraremos mais adelante.

§ 2.º

Fundamento racional do principio da não retroactividade

Visto que nenhuma lei é moralmente obrigatoria senão quando, em virtude de sua publicação regularmente feita,

¹ Alv. 4 d'Abril de 1755: «Sou servido declarar que os meus Vassallos d'este Reino, e da America que casarem com as Indias d'ella, não ficaõ com infamia alguma, antes se farãõ dignos da Minha Real attenção, e que nas terras, em que se estabelecerem, serãõ preferidos para aquelles lugares, e occupações, que couberem na graduação de suas pessoas, e que seus filhos, e descendentes serãõ habeis, e capazes de qualquer emprego, honra, ou Dignidade, sem que necessitem de dispensa alguma, em razão d'estas allianças, em que verãõ tambem comprehendidas as que já se acharem feitas antes d'esta minha declaração.»

deva presumir-se conhecida de todos os que devem observar-a; e visto que, por outra parte, toda a lei, constituindo uma regra imposta pela auctoridade que tem poder sobre as acções dos homens, tenha por objecto uma acção, uma omissão, ou uma permissão, que não poderia sem absurdo referir-se a actos já consummados, mas pode sómente respeitar a actos futuros; é uma consequencia imperiosamente reclamada pela logica que «a lei não dispõe senão para o futuro, que a lei não tem effeito retroactivo¹» Se na sciencia da legislação ha verdades necessarias, patentes a todas as intelligencias, presentes a todas as gerações, a esta categoria pertence incontestavelmente a verdade do principio que tractamos. A prova está no admiravel accordo que reina entre todos os auctores ácerca da verdade, justiça e utilidade d'este principio tutelar da vida, da honra e da fortuna dos cidadãos, como vamos mostrar reproduzindo alguns bellos trechos, em que se tracta magistralmente este assumpto.

«L'office des lois, dizia Portalis,² est de régler l'avenir. Le passé n'est plus en leur pouvoir.

Par-tout où la rétroactivité des lois serait admise, non seulement la sûreté n'existerait plus, mais son ombre même. La loi naturelle n'est limitée ni par le temps, ni par les lieux, parce qu'elle est de tous les pays et de tous les siècles. Mais les lois positives, qui sont l'ouvrage des hommes, n'existent pour nous que quand on les promulgue, et elles ne peuvent avoir d'effet que quand elles existent. La liberté civile consiste dans le droit de faire ce que la loi ne prohibe pas. On regarde comme permis tout ce qui n'est pas défendu. Que deviendrait donc la liberté civile, si le citoyen pouvait craindre qu'après coup il serait exposé au danger d'être recherché dans ses actions, ou troublé dans ses droits acquis, par une loi postérieure?

Ne confondons pas les jugemens avec les lois. Il est de la nature des jugemens de régler le passé, parce qu'ils ne peuvent intervenir que sur des actions ouvertes, et sur des

¹ Francesco Bianchi, Corso Elementare del Codice civile italiano, pag. 55, 56, n.º 58.

² L'exposé des motifs du tit. 1.º du Code civil.

faits auxquels ils appliquent des lois existantes. Mais le passé ne saurait être du domaine des lois nouvelles, qui ne le régissaient pas.

Le pouvoir législatif est la toute-puissance humaine.

La loi établit, conserve, change, modifie, perfectionne. Elle détruit ce qui est; elle crée ce qui n'est pas encore.

La tête d'un grand législateur est une espèce d'Olympe d'où partent ces idées vastes, ces conceptions heureuses qui président au bonheur des hommes et à la destinée des Empires. Mais le pouvoir de la loi ne peut s'étendre sur des choses qui ne sont plus, et qui, par là même, sont hors de tout pouvoir.

L'homme qui n'occupe qu'un point dans le temps comme dans l'espace, serait un être bien malheureux, s'il ne pouvait pas se croire en sûreté, même pour sa vie passée : pour cette portion de son existence, n'a-t-il pas déjà porté tout le poids de sa destinée? Le passé peut laisser des regrets; mais il termine toutes les incertitudes. Dans l'ordre de la nature, il n'y a d'incertain que l'avenir, et encore l'incertitude est alors adoucie par l'espérance, cette compagne fidèle de notre faiblesse. Ce serait empirer la triste condition de l'humanité, que de vouloir changer, par le système de la législation, le système de la nature, et de chercher, pour un temps qui n'est plus, à faire revivre nos craintes, sans pouvoir nous rendre nos espérances.

Loin de nous l'idée de ces lois à deux faces, qui, ayant sans cesse un oeil sur le passé, et l'autre sur l'avenir, dessécheraient la source de la confiance et deviendraient un principe éternel d'injustice, de bouleversement et de désordre. Pourquoi, dira-t-on, laisser impunis des abus qui existaient avant la loi que l'on promulgue pour les réprimer? Parce qu'il ne faut pas que le remède soit pire que le mal. Toute loi naît d'un abus. Il n'y aurait donc point de loi qui ne dût être rétroactive. Il ne faut point exiger que les hommes soient avant la loi ce qu'ils ne doivent devenir que par elle.»

«La rétroactivité des lois, en effet, serait tout à la fois illogique dans son principe et désastreuse dans ses résultats; *illogique*, puisque la loi ne saurait être obligatoire avant d'être connue; puisqu'il n'est pas raisonnablement

possible de décréter des *commandements*, des *défenses* ou des *permissions* pour des actes passés, pour des faits accomplis ; *désastreuse* surtout, puisque la société serait ainsi livrée à l'instabilité la plus déplorable, au plus effrayant arbitraire ; puisque les intérêts les plus précieux et les plus sacrés des citoyens et des familles ne reposeraient plus sur aucune base, sur aucune garantie.

« Cette vérité est incontestable ; et chacun la comprend comme par instinct. »

« Si l'on veut se convaincre de la nécessité de ce principe, on n'a qu'à supposer un moment que la doctrine contraire soit en vigueur. Jamais les citoyens ne marcheront d'un pas assuré sur le terrain du droit ; ils ne sauront qu'après coup si leurs actions sont licites ou criminelles. Le législateur s'introduirait par surprise sous le toit de chaque famille, pour annuler les conventions accomplies, et pour porter la perturbation dans tous les intérêts. La rétroactivité des lois ne serait qu'un système d'embûches et de spoliations¹. »

« L'homme est naturellement porté à croire que, tant qu'une loi subsiste, elle conserve son autorité ; mais peut-il prévoir des changements encore à naître, et doit-il craindre, au moment même où il se conforme le mieux à la loi ? Tourmenté par le présent, inquiet de l'avenir, faut-il encore qu'il soit incertain d'un passé qui lui a peut-être coûté bien des peines et des fatigues ? Où sera la sécurité dans une telle législation ? Que deviendra la propriété, par exemple, si le mode de transmission, non-seulement peut être changé d'un jour à l'autre, mais si ce changement réagit encore sur les actes antérieurs ? Que deviendra aussi la famille, si les liens sur lesquels elle repose peuvent être brisés par un règlement qu'on ne pouvait prévoir ? Que la rétroactivité devienne possible, et ce sera le bouleversement et le désordre, une arme aux mains des gouvernements despotiques, aussi bien dans les démocraties que dans les monarchies². »

¹ Demolombe, Cours de Code Napoléon, tit. préliminaire, chap. III, n. 37.

² Belime, Philosophie du droit, tom. I, liv. 4, chap. 6.

³ Jean Kalindéro, De la non rétroactivité des lois, Introd. pag. 4 et 5.

Finalmente, «se a lei não é obrigatoria senão depois de publicada, diz ainda outro auctor, isto é, depois que os cidadãos podem adquirir o conhecimento da sua existencia, é evidente que ella não póde estender a sua acção ao passado, porque seria obrigar os cidadãos a obedecerem a uma lei, que ainda não existe, e que por tanto é impossivel conhecer-se; seria tornar vacillantes todos os seus actos, incertas todas as suas relações juridicas, pois viveriam sob o perenne receio de que um dia viesse inopinadamente a lei declarar nullos actos hoje considerados validos, ou criminosos actos hoje tidos como innocentes.»¹

§ 3.º

Fundamento historico do principio da não retroactividade

Não só os philosophos e oradores, mas tambem os legisladores, se têm guiado á luz d'este principio, aquelles em suas profundas investigações e bellos discursos, e estes na imposição de seus preceitos. «Por mais longe que se suba em materia de legislação a não retroactividade acha-se sempre garantida².» Assim na culta Grecia os dois mestres mais famosos da philosophia e da eloquencia, Platão³ e Demosthenes,⁴ professaram, aquelle em suas sublimes theorias, e este em seus grandiloquos discursos, o principio de não retroactividade das leis.

Em Roma, terra classica do direito, é bem sabida a disposição da L. 7, C. de legibus, aonde se estabelece como regra geral que as leis e constituições dos principes dão a fórma aos negocios futuros e não aos factos preteritos. As mesmas excepções⁵, que frequentemente se encontram

¹ Ribas, Curso de Dir. Civ. Brasil. tom. I, tit. 3, cap. 2.º, § 2.º, pag. 219.

² Sr. Bruschy, Man. de Dir. Civ. Port. liv. I, parte 1.ª, cap. 2.º, secç. 3.ª

³ In Theatetum.

⁴ Orat. adversus Timocratem.

⁵ Por ex.: a L. 27. C. de usuris; L. 17. C. de fide instrum; L. 22. § 1.º C. de S. S. Ecclesiis; L. 23. § 2.º h. t.; L. 3. § 4.º in fin. C. de quadr. praescr.; L. nn. § 4.º C. de contr. jud. L. ult. C. de pact. pign. (C. F. Gabba, Teoria della retroattività delle leggi, pag. 40.)

nesta legislação, como vem expressamente declaradas, são a confirmação authentica da regra geral em sentido contrario.

Nos antigos codigos de Hespanha, sob cujo imperio vivemos até á completa separação de Portugal, acha-se consagrado tambem este principio conservador das sociedades¹.

E com quanto em França a onda revolucionaria ameaçasse lavar o solo das instituições politicas e civis, lá surge brilhante na *Declaração dos direitos do homem e do cidadão* o principio de que nenhuma lei criminal nem civil pôde ter effeito retroactivo,² principio que passou depois para o Codigo de Napoleão,³ e d'este para todos os codigos das nações cultas,⁴ que têm sido vasados neste primoroso molde.

Entre nós tambem este principio de moral legislativa não podia deixar de ser reconhecido e acatado, não só por-

¹ «La ley 1, tit. 1, la 12, tit. 1, la 8, tit. 4, lib. 2, la 1, tit. 5, lib. 3, y la 6, tit. 1, lib. 5 del Fuero Juzgo, manifiestan con toda claridad que las disposiciones de las leyes comprenden los pleitos ó negocios futuros y no los que ya han acaecido. La ley 1, tit. 5, lib. 4 del Fuero Real quiere que el delincuente reciba la pena que debia haber en el tiempo de la culpa y no en el de la sentencia. La ley 200 del *Estilo* declara del mismo modo que no se entiende el fuero con lo pasado, hecho y otorgado ántes, y si solo con lo futuro. La ley 15, tit. 14, part. 3, establece tambien, que quando sobre algun contrato ó delito hecho en tiempo en que se juzgaba per el fuero viejo, si pusiere demanda en tiempo de otro fuero nuevo contrario al primero, se debe probar y librar el pleito per y viejo y no por el nuevo; «porque el tiempo en que son comenzadas et fechas las cosas debe siempre ser catado, magüer se faga demanda en juicio en otro tiempo sobrellas.» Finalmente, la ley 13, tit. 17, lib. 1.º, Nov. Rec. supone el principio de la no retroactividad de las leyes, y con arreglo á él resuelve cierto caso que se sometió á la decision del soberano, mandando al mismo tiempo que su declaracion si tenga por regla general, á fin de evitar dudas y recursos de igual naturaleza.—Escríche, Dicc. de Jurisprudencia y Legislacion, verb. *efeto retroactivo*. Salvador del Viso, Lecciones elementales de historia, y de derecho civil, mercantil y penal de España, part. II, pag. 35.

² Art. 14 de la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, que serve d'introducción á Constituição de 5 de Fructidor an. 3. Vid. Meñin, obr. cit. secç. 1; Kalindéro, obr. cit. pag. 14; e Gabba, obr. cit. pag. 45 e 46.

³ Cod. Nap. art. 2.

⁴ C. da Austria, art. 5; C. de Baviera, art. 8; C. das duas Sicilias, art. 2; C. de Sardenha, art. 11; C. de Hespanha, art. 2; C. de Italia, art. 2.

que, accetando o direito romano como direito subsidia-rio¹, lá tinhamos a bem conhecida disposição do Código², mas tambem porque as antigas ordenações dos nossos reis, regulando a forma da sua promulgação³, e estabelecendo em geral, que a lei não obrigava senão desde a sua publicação ou de certo tempo em diante, adoptaram o principio da não retroactividade: o que não menos se evidencia pelas excepções que faziam a esta regra⁴.

E não só nas leis, mas tambem nas obras dos antigos praxistas, achamos o principio de que a lei deve applicar-se aos casos futuros, e raras vezes aos preteritos.⁵

É porém nos tempos modernos que se deram os fóros de lei escripta ao que d'antes não passava d'uma bella maxima, que o interprete devia observar para a boa intelligencia das leis, mas que o legislador podia olvidar a seu talante. Hoje não é simplesmente um axioma juridico de uso frequente no foro⁶, mas um principio de direito constitucional⁷, civil⁸ e penal⁹, acatado nas camaras legislativas,¹⁰ nas secretarias d'estado¹¹ e nos tribunaes de justiça.¹²

Finalmente, o principio da não retroactividade da lei attingiu um tal gráu de evidencia, que muitos, julgando desnecessario traduzil-o em formula juridica, tem proposto a sua eliminção dos codigos, já como disposição puramente doutrinal, já porque na opinião d'alguns o legislador pôde olvidal-o, já porque a difficuldade da sua applicação torna contestavel a utilidade da sua redução a preceito legislativo.

Mas a esta pretensão oppomos nós as eloquentes pâlavras de Portalis¹³, o qual, propugnando pela conservação d'este

¹ Ord. Aff. L. 2, tit. 9; Ord. Man. L. 2, tit. 5; Ord. Philip. L. 3, tit. 64; Coelho da Rocha, Hist. do Dir. Patr. §§ 166, 170, 251.

² L. 7, C. de *legibus*.

³ Ord. Man. L. 1, tit. 2, § 9. Ord. Philip. L. 1, tit. 2, § 10;

⁴ Ord. Philip. L. 1, tit. 81; L. 2, tit. 28, § fin.; L. 4, tit. 43 § 13.

⁵ Barbosa, In Collect. Doct. in lib. 1, Decretal. De Const. tit. 11.

⁶ Barbosa cit., axioma 136. n.º 22.

⁷ Carta Const. art. 1145, § 2.º

⁸ Cod. Civ. art. 8.

⁹ Cod. Pen., art. 5, e Proj. do Cod. Pen. 1861, art. 1.º

¹⁰ Sess. Legial. de 23 de março de 1864.

¹¹ Portaria de 12 de março de 1858.

¹² *Gaz. dos Trib.* n.º 202, 1104, 1109, 1574, 2529.

¹³ Obr. cit.

principio, diz que «ha verdades uteis que não basta publicar uma vez, mas que é necessario publicar sempre, e que devem soar incessantemente ao ouvido do magistrado, do juiz, do legislador, porque devem constantemente estar presentes ao seu espirito.»

É verdade que contra o principio de não retroactividade, que exige o respeito pelos factos e relações juridicas, formadas sob o imperio da lei antiga, poderia invocar-se a bondade absoluta ou relativa da lei nova, para justificar a sua applicação immediata a todos os actos e relações manifestadas sob o seu imperio, tivessem ou não a sua origem no passado.

Mas, ainda que a lei nova deva presumir-se mais justa, ou mais util do que a lei antiga, não pode nem deve applicar-se a todos os factos e relações preteritas, porque seria o caso de dizer-se «que o remedio era peor do que o mal,» como é facil de conhecer-se pelas consequencias funestas que de similhante principio resultaria.



CAPITULO II

Das excepções geralmente feitas ao principio da não retroactividade. 1) Lei interpretativa

Demonstrada a natureza e a verdade do principio da não retroactividade da lei á luz da philosophia, e o seu reconhecimento em face da historia desde a antiguidade até nossos dias, vamos entrar já n'uma das phases mais melindrosas da questão que ventilamos. Consiste ella em examinar o modo da sua applicação, a verdadeira extensão do principio. Poucos são os que, tractando de regular a applicação d'este principio, não reconheçam que elle deve soffrer algumas excepções na practica; posto que nem todos sejam concordes sobre o numero d'ellas, pois que uns, estabelecendo o principio da não retroactividade como regra geral, as admittem em tão grande numero, que chegam quasi a destruir a regra por elles estabelecida; e outros, reduzindo-as simplesmente a duas, procuram depois restringil-o mais ou menos, segundo a origem ou natureza e effeitos dos actos que a lei tende a regular. Aquelles que em geral sómente admittem duas excepções, limitam-nas aos casos de a lei retrbagir expressamente, e ao da interpretação authentica; as quaes nós poderíamos reduzir á intenção do legislador manifestada por uma lei nova, ou explicada quando a lei era obscura.

Começaremos pela lei interpretativa. Esta excepção acha-se especificada no Código civil, que diz: «A lei civil não tem effeito retroactivo. Exceptua-se a lei interpretativa; a qual é applicada retroactivamente, salvo se d'essa applicação resulta offensa de direitos adquiridos.» No projecto do Código este artigo vinha redigido da maneira seguinte: «A lei civil, ainda que seja interpretativa, não pôde ser applicada retroactivamente, havendo offensa de direitos legitimamente adquiridos.»

Assim a materia como a forma d'este ultimo artigo foi objecto de reparo para alguns dos illustrados censores do Código¹; mas, não obstante isso, foi redigido como hoje se acha no artigo 8. Segundo pois este artigo, sómente a lei interpretativa pôde applicar-se retroactivamente, e isto mesmo ainda sem offensa de direitos legitimamente adquiridos.

Parece-nos porém que a redacção d'este artigo ainda ficou bastante obscura, porque faz uma segunda excepção á primeira; e como a excepção confirma a regra em contrario, deduz-se do artigo que toda a lei, que não for interpretativa, não se deve applicar a actos preteritos, ainda que d'esta applicação não resulte offensa de direitos adquiridos; e que a lei interpretativa, com quanto possa applicar-se retroactivamente, deve sempre respeitar os direitos legitimamente adquiridos. De maneira que o verdadeiro sentido parece-nos ser este — nenhuma lei tem effeito retroactivo, nem

¹ O sr. Moraes Carvalho conclue a sua censura a este artigo, dizendo que «cumprе tornal-o mais explicito dando-se-lhe outra redacção até para evitar a illação que d'elle se poderia tirar de que a lei não interpretativa tambem pôde ter applicação retroactiva, resalvada a offensa dos direitos adquiridos.» — Observações sobre a primeira parte do Projecto do Código Civil Portuguez, pag. 10 e 11.

O sr. Ferrer dava-lhe a mesma intelligencia que nós lhe damos, como pôde ver-se das suas proprias palavras: «Tendo-se questionado, qual o verdadeiro sentido d'esta disposição (a da C. Constit. art. 145, § 2.º), invocando-se as doutrinas dos Jurisconsultos e Philosophos, ácerca d'esta antiga questão: e o art. 8.º do Projecto do Código, em discussão, declara a extensão do espirito d'aquella disposição, como uma lei regulamentar do artigo da Carta, expando, que todas as leis civis, interpretativas, e não interpretativas, não terão effeito retroactivo nos casos, em que houver offensa de direitos adquiridos. Logo, a contrario sensu, terão effeito retroactivo, em todos os outros casos, a que sejam applicaveis. Em outros termos, todas as leis civis interpretativas, e não interpretativas,

mesmo a interpretativa, quando for offender direitos adquiridos. Com ou sem offensa de direitos adquiridos a lei innovativa nunca tem effeito retroactivo, mas a interpretativa póde retroagir sem offensa de direitos legitimamente adquiridos.

Porém, entendido o artigo neste sentido, a doutrina que nelle se estabelece, é contraria não só ao systema do auctor do Codigo, mas tambem ao dos seus censores; porque aquella admittia a retroactividade, sempre que não houvesse offensa de direitos adquiridos, sem distincção de lei; e estes poucas

têm effeito retroactivo, exceptuados sómente os casos de offensa aos direitos adquiridos». Ha pois aqui divergencia entre os dous censores, por quanto, o que para um podia ser uma simples illação, para outro é a doutrina genuina do artigo. Comtudo o Sr. Ferrer reconhece que a adversativa do artigo podia prejudicar o sentido dado por S. Ex.^a ao artigo; «porque, diz elle, segundo o genio da lingua as palavras, — *ainda que seja interpretativa*, — indicam que nas leis interpretativas esta doutrina ou não era anteriormente seguida, ou encontrava maior resistencia nos argumentos, adduzidos pelos Jurisconsultos, do que nas outras leis; quando as obras dos Jurisconsultos provam que elles admittiam mais facilmente a retroactividade das leis interpretativas, do que a retroactividade das outras» — Reflexões sobre o Projecto do Codigo Civil pag. 41—42.

Entendemos porem que esta adversativa em nada se oppõe á intelligencia que o illustre censor dava ao citado artigo, porque não era a applicação da lei interpretativa aos factos preteritos que achava maior resistencia nos Jurisconsultos, mas a limitação á sua doutrina feita pelo auctor do projecto, pois que elles admittiam sempre a retroactividade da lei interpretativa com ou sem offensa de direitos adquiridos, e elle limita a sua applicação retroactiva ao caso de não offender direitos adquiridos, e porisso diz bem «ainda que seja interpretativa» pois que a opinião corrente dos Doutores era que esta especie de leis se applicasse sempre retroactivamente, exceptuando apenas os direitos julgados ou decididos por sentença ou transacção.

Ao sr. Paes parecem que o Projecto do Codigo tirava o effeito retroactivo ás leis interpretativas, julgando isto uma novidade, que nem uma manifesta justiça, nem uma evidente utilidade justificava «porque a doutrina, geralmente seguida, de que as Leis não têm effeito retroactivo, sómente ha sido entendida a respeito das Leis que estabelecem direito novo, pois que só nestas é que se póde verificar a razão de offender direitos adquiridos durante a Lei velha; porém não ha sido entendida a respeito das Leis interpretativas, porque estas não são novas, e só fazem que a Lei velha se torne clara e livre de duvidas; em consequencia do que a Lei interpretativa deve ter effeito retroactivo, do qual só deve exceptuar as sentenças passadas em julgado, por não ser possivel juridico tirar os effeitos d'estas; assim como devem ser exceptuadas as transacções, porque têm força de sentença passada em julgado. Vid. «Observações sobre o Projecto do Codigo Civil, pag. 8 e 9, e a Resposta do auctor do Projecto do mesmo Codigo

vezes a da lei nova, e sempre a da interpretativa, menos em dous casos.

De maneira que parece haver uma especie de transacção entre o auctor do Projecto e os membros da commissão revisora, cedendo aquelle da extensão dada ao principio geral da lei, e accetando estes a restricção ou limitação feita ás leis interpretativas.

Antigamente era principio incontroverso, que a lei interpretativa, não constituindo direito novo, mas definindo o direito já formulado, se retrotrahia á data *authentica* da lei interpretada, para d'esta data em diante regular todos os actos¹, embora estes actos tivessem sido practicados contra a mente do legislador, como depois se conheceu pela sua ulterior explicação, sendo ainda todos concordes no limitado numero de excepções que faziam a este principio; porque apenas respeitavam o caso decidido por sentença passada em julgado, ou terminado por transacção,² ou por outro qualquer modo que tivesse o valor juridico do caso julgado.³ E esta disposição não era só doutrinal, era tambem legal, pois que assim a regra como as excepções se acham expressamente declaradas tanto na legislação romana,⁴ como na legislação patria.⁵

Civil, pag. 6. Veja-se tambem o Jornal de Jurisprudencia n.º 31 e 14, 2.º anno.

¹ Hein, I § 94. Voet ad Pandectas n.º 17. Gundelinus L. 5, Cap. 2.º, Caldas, pot. elig. Cap. 11, n.º 30. Portugal, Cap. 10, n.º 116. Reinoso, Observ. 24, n.º 3. Amaral Botelho, Disc. 7, 68. Bento XIV in opere de servor. Dei Beatificat. tom. 2, cap. 22, n.º 6, ad finem ibi. «Et quidem legem declaratoriam non solum respicere futura, verum etiam preterita, utpole quae retrotrahitur.» Borges Carneiro, Direito Civ. de Portugal, Introd. parte 2.ª, § 11, n.º 12. Corrêa Telles, Dig. Port. Liv. 1.º artt. 9, 10 e 11. Coelho da Rocha, Inst. de Dir. Civ. tom. 1.º, § 8, etc.

² Os mesmos, mas principalmente Silv. ad Ordinat. L. 4, tit. 13, § 8, n.º 6.

³ Addit. ao art. 2.º do C. N. proposto pelos Redactores do Projecto do mesmo Codigo.

⁴ Nov. 19, in praef. f. Nov. 143, pr. L. 21, § 1.º in fin. D. qui testam. fac. poss. L. 37 e 38, D. h. t. Gabba, obr. cit. pag. 20 — 23, 27 — 33.

⁵ L. 6 de España tit. 1 Ordinam. Dec. 17 de Jul. de 1778, que revogando e suspendendo algumas das disposições do reinado anterior, e declarando e interpretando outras, ordenou «que em quanto ás causas já findas e extinctas, ou fosse por sentenças judiciaes que houvessem passado em julgado, ou por amigaveis transacções legitimamente celebradas, ficasse o julgado nas dictas causas em toda a sua força e vigor.»

Os mesmos tribunaes nacionaes ¹ e estrangeiros ² têm geralmente seguido esta doutrina em suas decisões.

Mas, como o tribunal de Agen seguisse rumo opposto nas suas observações ao Codigo Civil francez, sustentando que a lei civil, ainda mesmo a interpretativa, não devia ter effeito retroactivo, chamou a attenção dos Jurisconsultos sobre este ponto de legislação e jurisprudencia, e fez alguns adherentes ou proselytos, ainda que poucos, o que não é para admirar, porque não é facil acceitar uma opinião nova, quando o espirito foi longo tempo embalado com outras doutrinas.

Esta opinião porém, ainda que isolada, mereceu a approvação do illustre auctor do Projecto do Codigo Civil Portuguez, e em harmonia com ella redigiu o artigo 8.º do Projecto do mesmo Codigo pela fórma supra indicada.

A novidade da opinião foi fortemente repellida por alguns eminentes Jurisconsultos.

Pareceu novidade sem justiça e sem utilidade ao sr. Paes; mas, quem offereceu maior resistencia á importação da doutrina do referido tribunal foi o sr. Moraes Carvalho na sua Resposta á segunda Apostilla do sr. Visconde de Seabra; e por isso, para formarmos tambem a nossa opinião sobre esta importante materia, cumpre-nos examinar friamente as razões em que se fundaram os dois denodados contendores.

O illustre auctor do Projecto do Codigo propugna pela conservação, justiça e conveniencia da doutrina consignada no artigo 8.º do mesmo Projecto, escudando-se com as razões seguintes: «Se a Lei interpretativa não faz mais, que repetir o que se acha disposto claramente, é desnecessaria e absurda; — se ordena cousa que não esteja claramente na Lei anterior, é uma Lei nova, e cria um direito novo, que não póde ser applicado aos factos anteriores, queremos dizer

¹ Acc. do Supremo Tribunal de Justiça de 6 d'Agosto 1849, Gaz. dos tribunaes, n.ºs 1106, 1107, 1109. «As leis declaratorias ou interpretativas retrotrahem-se aos actos pendentes e não consummados, a que as mesmas dizem respeito.»

² *Thémis*, t. VII, p. 327; comp. *Cass.*, 20 décembre 1843, de Saint Amand, *Dev.*, 1844, I, 14; Toulouse, 24 février 1844, Auriol, *Dev.*, 1844, II, 412; *Cass.*, 23 décembre 1845, Poinignon, *Dev.*, 1846, I, 456; (cit. por Demolombe, obr. cit. chap. III, n.º 66).

aos direitos adquiridos.... Se admittissemos a doutrina contraria, seguir-se-hia, que as questões pendentes viriam a ser na realidade julgadas pelo *Poder Legislativo*, o que importaria a confusão dos poderes consagrada na Lei fundamental.....¹»

Além d'isso invoca em seu apoio a auctoridade do citado tribunal de Agen nas suas Observações sobre o Código Civil Francez, o qual dizia : «É impossivel que uma Lei *explicativa*, que regula o passado, deixe de ser retroactiva. Os contractos celebrados segundo a maneira constante de entender e applicar as disposições das Leis, devem ser tão respeitadas, como as *sentenças e transacções* a que têm dado lugar. A auctoridade da *cousa julgada*, ou da *transacção* não altera, em eguaes circumstancias, o estado das partes;» bem como a do chanceler de França na camara dos deputados, e a do conde Molé na camara dos pares, sustentando um e outro que a lei interpretativa é uma lei nova, e que portanto nunca pôde obrigar antes de ser conhecida.²

São estas as razões em que o sr. Visconde de Seabra baseia a sua opinião; resta-nos agora ponderar as do seu adversario para nos decidirmos por uma ou por outra parte, segundo a maior ou menor probabilidade das duas opiniões.

Aos argumentos apresentados pelo sr. Visconde de Seabra em abono da sua doutrina responde o sr. Moraes Carvalho,³ dizendo «que a lei interpretativa não contém disposição nova, mas sim a explicação do sentido escuro da lei anterior; que existem realmente, e sempre existiram, leis interpretativas;» que, sendo constante a maneira de entender e applicar as disposições das leis, não pode dar-se a necessidade de disposição interpretativa: «se esta se dêsse, seria uma excrescencia abusiva, um poder injustificavel que, com o falso pretexto de interpretação, ia estabelecer um direito novo;» finalmente, que, se não pôde haver leis interpretativas, deve eliminar-se o § 6 do artigo 15 da Carta

¹ Sendo menos exacto que a lei fundamental consagre a confusão dos poderes, parece-nos que no original, d'onde fizemos esta transcripção, se omittiriam algumas palavras necessarias para a verdade e clareza da oração. Estas palavras serão talvez as seguintes: *cuja separação (ou divisão) está, collocadas entre poderes e consagrada.*

² Apost. cit. pag. 50—52.

³ Resposta á segunda Apostilla do sr. Visconde de Seabra, pag. 44—49.

Constitucional; « porque é absurda a disposição que dá ao corpo legislativo a faculdade de interpretar as leis. »

Produzindo depois alguns exemplos para fazer sobressair a doutrina que traz sustentada, fecha a sua argumentação sobre este ponto, citando as disposições de alguns códigos¹, e transcrevendo a opinião de eminentes juristas, como são Moulon², Goyena³, Belime⁴ e Malher de Chassat⁵.

Não podemos, com quanto esse fosse o nosso desejo, acompanhar os illustres apostilladores na sua larga e profunda discussão; pois outros pontos não menos interessantes d'este trabalho estão reclamando a nossa attenção; e por isso vamos sem perda de tempo emitir a nossa opinião, visto que a doutrina do auctor do Código é hoje lei vigente, porque, a pezar da sua novidade, pôde ser consignada na excepção do artigo 8.º do Código Civil.

A doutrina abraçada pelo sr. Seabra é que, para regular a applicação das leis ao passado, não se deve attender á distincção vulgar entre leis innovativas e interpretativas, porque em certo modo toda a lei é interpretativa do direito, mas simplesmente á qualidade de direitos adquiridos, sendo este o marco milliar, onde deve terminar o retrocesso da lei.

Nós accetamos a excepção do artigo 8.º, que encerra a doutrina do tribunal d'Agen, abraçada pelo auctor do Projecto do Código.

Effectivamente, a causa justificativa da lei interpretativa é, não tanto a obscuridade das leis interpretadas, como a erronea applicação que d'ella fazem os tribunaes e os particulares, e não só constante, mas ainda geralmente. Em vista pois do *erro commum*, não é segundo a mente do legislador que executam a lei, mas segundo a intelligencia que têm dado ás suas disposições; e isto não uma ou outra vez, por um ou outro tribunal, mas sempre ou quasi sempre, geralmente ou quasi em geral.

¹ Cod. de Sardenha, art. 16; Cod. de Hollanda, art. 8; da Prussia art. 20—21.

² Moulon, Examen du Cod. Nap., tit. prelim. § 2.º

³ Concordancias del Cod. Civ., art. 3.º

⁴ Belime, Philos. du Droit, T. 1.º, liv. 4.º, cap. 4.º, cap. 3.º, § 1.º

⁵ Malher de Chassat, Tr. de la retroactivité des lois, Pr. Gén. sect. 1.ª

Ora o legislador, sabendo que o seu pensamento não fôra comprehendido perfeitamente, apressa-se a dar uma explicação do verdadeiro sentido da lei, e neste caso pretende-se saber se a explicação rege d'alli por diante, deixando o passado amortalhado na obscuridade, ou se ha de ir, com esta luz de nova data, dissipar as trevas que o envolvem.

Não hesitamos em nos pronunciar pelo primeiro membro da disjunção anterior; pois é certo que ninguem pôde ser obrigado a fazer ou deixar de fazer senão o que for mandado ou prohibido pela lei, segundo o modo estabelecido na mesma lei; ora neste presupposto não se observa a verdadeira lei, mas o que era por todos respeitado como tal; e portanto parece-nos que esta praxe constante, que é contraria ao pensamento do legislador, e não ao pensamento que da mesma lei formam os subditos, não podendo por isso dizer-se contraria á lei, deve ter a mesma força que esta, em quanto a dicta practica não for declarada erronea, e todos os actos, celebrados durante o *erro commum*, reputados validos.

Um dos primeiros predicados da lei é a clareza; porque para a cumprir é preciso conhecê-la bem, e por isso, faltando á lei este character, ella é como se não existisse, e se a lei obscura não existe, é evidente que qualquer explicação dada ulteriormente, não pôde applicar-se a uma epocha anterior, sem vir corrigir o que estava bem feito. Se onde ha a mesma razão, deve haver a mesma disposição, é necessario, sob pena de inconsequencia, tornar o principio da não retroactividade extensivo tambem ás leis interpretativas, resalvados apenas os direitos adquiridos, como se determina a respeito das leis innovativas.

Esta doutrina, que no sentir do sr. Moraes Carvalho parece ter consequencias desastrosas, não produz a confusão nem a desordem, que produziria a contraria; porque aquella reclama a conservação do que está feito, e esta decreta a sua aniquilação; aquella corta o ensejo a demandas, e esta alimenta-as: porque aquella quer que os actos, que sempre foram tidos como validos, por se considerarem celebrados conformemente á lei, sejam respeitados, e esta exige que sejam annullados, dando por este modo logar a tantas nullidades e a tantos litigios, quantos forem os actos practicados durante a obscuridade da lei.

Entendemos que estas considerações, e outras que ainda poderíamos acrescentar, são de sobejo para justificar a verdade e conveniencia da excepção, e da sua restricção. Assim, segundo o Codigo, não é sómente o caso julgado e a transacção, sobre que a lei interpretativa não pôde ter acção, mas sobre todos os direitos adquiridos; e entendida assim a excepção, como não pôde deixar de ser, a excepção entra na regra geral, formulada no principio do artigo; porque, salva a offensa de direitos adquiridos, tambem a lei que não é interpretativa se applica retroactivamente; d'onde se conclue que a commissão revisora, alterando a fórma do artigo do Projecto, deixou-lhe intacta a sua essencia; e, levando esta doutrina á ultima consequencia, nenhuma lei, seja ou não interpretativa, tem effeito retroactivo; porque, como segundo os auctores não ha effeito retroactivo, onde não ha offensa de direitos adquiridos, e como aqui se respeitam os direitos adquiridos, em um e outro caso é manifesta a legitimidade da consequencia.

Vejamos porém se as duas excepções admittidas pelos adversarios do distincto auctor do Codigo, têm mais solido fundamento do que a excepção mais generica dos direitos adquiridos. Basta apontal-as para nos convenceremos do contrario. São ellas, como sabemos, a sentença passada em julgado e a transacção, *et alia similia*. Mas o que são a sentença e a transacção? Respondam por nós o Codigo Civil e o auctor dos Elementos do Processo Civil. Aquelle¹ define a transacção assim: «A transacção é o contracto, pelo qual os transigentes previnem ou terminam uma contestação, cedendo um d'elles, ou ambos, de parte das suas pretenções, ou promettendo um ao outro alguma cousa em troca do direito contestado.» Este² diz que a «sentença é a decisão, feita pelo juiz competente, da questão que se controverte em juizo entre as partes litigantes, ou de seus incidentes.»

Não é pois mister proceder a minuciosas analyses d'estas definições, que explicam a verdadeira natureza do objecto definido, para nos certificarmos de que nem a sentença nem a transacção são causas efficientes do direito; porque não geram, não transferem, nem modificam, nem extinguem o direito; mas adjudicam-n'o, attribuem-n'o apenas, em todo

¹ Cod. civ. port. art. 1710.

² Obr. supra cit. § 506.

ou em parte, a um dos litigantes. Tanto a sentença como a transacção, presuppõem a existencia anterior do direito; porque o julgam ou determinam, attribuindo-o integral ou parcialmente a um, a dois ou mais litigantes. Se, pois, a sentença e transacção não criam o direito, porque é anterior a uma e outra, e se tiram a sua força não tanto da auctoridade do juiz ou da vontade das partes, mas do direito preexistente, como é doutrina corrente e legal em jurisprudencia, porque ha de a lei interpretativa respeitar a transacção e a sentença, e não os direitos que lhe servem de fundamento? Ou a lei interpretativa, cedendo diante do direito definido por sentença ou transacção, ha de respeitar todos os actos anteriores e consummados, enunciativos de direitos, ou não recuar nem diante da sentença nem da transacção. Ao menos sejam consequentes e fortes. Quem põe os principios, é obrigado, por uma necessidade logica do pensamento, a acceitar as consequencias. Lembrem-se de que o principio que invocam, para destruir os direitos adquiridos, comprehende tambem a sentença e transacção, como o principio a consequencia, o ser a propriedade, a lei o facto, a causa o effeito, o geral o particular.

A lei interpretativa, dizem, deve applicar-se retroactivamente, porque não é uma lei nova, não cria direito novo, mas explica o direito já existente, já formulado na lei obscura; e por isso a lei interpretativa, embora promulgada numa epocha posterior, ascende á origem da lei interpretada; embala-se no mesmo berço; não são duas leis, mas a mesma lei, com o mesmo auctor, o mesmo objecto, a mesma antiguidade, e neste caso tudo aquillo que houver sido practicado contra a interpretação da lei, deve ter-se por feito contra a mesma lei desde a sua origem; e por isso não ha direitos adquiridos, porque os actos contrarios á lei não surtem effeito algum juridico. Muito bem. Mas, se a lei interpretativa reflue á origem da lei interpretada para d'ahi dominar os factos geraes ou particulares, comprehendidos no seu edicto, a transacção feita, ou a sentença proferida contra a interpretação, foi feita e proferida contra a lei; mas o que é contra a lei é nullo; logo a transacção e sentença são actos nullos; logo a lei interpretativa não respeita cousa alguma, feita depois da promulgação da lei obscura.

A doutrina dos contrarios tem ainda um gravissimo in-

conveniente, encerra uma grande difficuldade, que elles não podem resolver satisfactoriamente, e consiste ella em determinar com exactidão e rigor a natureza da lei interpretativa. Nós aventamos a idea de que em geral toda a lei se podia dizer interpretativa do direito, e poucas vczes mesmo o deixará de ser de outras leis já existentes. A legislação d'um povo não é como a sabedoria, que sahiu inteiramente armada da cabeça de Minerva; mas, como todas as cousas, começa por um pequeno germen, por um principio simples, por algumas poucas regras practicas e tradicionaes, baseadas na experiencia dos seculos, enraizadas nos habitos e costumes dos povos, e assim se vai formando por meio do desenvolvimento gradual e successivo, e amoldando ás diversas phases do progresso e da civilisação dos mesmos povos.

A legislação tradita ou escripta, pouco importa a fórma, molde e medida da civilisação dos estados nas differentes épochas de suas evoluções successivas, é tão antiga como a sociedade, e por conseguinte como o mesmo homem. Poucas e pouco frequentes são as leis que ou estabelecem direito inteiramente novo, ou extinguem totalmente o direito existente, sem o substituirem por outro; d'onde se vê que são mais as leis declaratorias do direito existente, do que as leis creadoras do novo direito, e por tanto poucas deveriam ser as leis, que não exercessem todo o seu imperio sobre o passado.

Não é pois facil o discriminar a lei declaratoria da lei innovativa, e por isso o Conselho d'Estado de França eliminou a segunda parte do artigo 2 do Codigo, por não se poder determinar em these geral o que se deva entender por uma lei puramente interpretativa.¹

Finalmente a opinião de que a lei interpretativa, assim como outra qualquer lei, não deve ter effeito retroactivo, a pezar de não ser a geralmente seguida, como já observámos, é todavia sustentada por muito boas auctoridades, de maneira que não lhe quadra muito bem o epitheto de *singular* que lhe ha sido dado. Assim Malher de Chassat, como nota Pinto², recusa-se em principio «a reconhecer na lei

¹ Merlia, obr. cit. secç. III, § 13.

² Pinto, Suppl. a Meyer, pag. 125 e 126, n.º 14.

interpretativa a força de obrigar por suas prescripções novas de outra fôrma, que não seja por uma retroactividade formal dos factos realísados e julgados sob o imperio da lei interpretada», e esforça-se por explicar neste sentido as sentenças citadas por Dalloz em apoio da sua opinião. Entre os auctores allemães V. Strave é do parecer enunciado entre nós por M. Opzoomer, que a lei interpretativa, como qualquer outra lei, não pôde ter effeito senão para o futuro. «O juiz, diz M. Opzoomer, e como nos parece em boa razão, pôde considerar a lei posterior, como uma grave auctoridade em apoio da sua interpretação da lei anterior, mas é para elle sem força obrigatoria, quando se tracta de direitos adquiridos antes que o legislador haja de novo declarado a sua vontade.¹»

O proprio Meyer, que, na sua excellente obra «Principes sur les questions transitoires du droit,» seguira a opinião de que o principio da não retroactividade não tem applicação ás leis interpretativas, noutra sua obra «Esprit, origine et progrès des institutions judiciaires» publicada posteriormente, abraçou a doutrina opposta.

«É bastante difficil, diz elle, dar uma razão, por que viram numa lei interpretativa outra cousa do que uma disposição nova, sujeita a todas as formas e a todas as condições d'uma lei precedentemente desconhecida. Com effeito, de duas cousas uma: ou a interpretação authentica não contem senão o que prescrevia a lei precedente, não faz senão recordar as suas disposições, e então não é uma lei nova, mas uma confissão gratuita da impericia do legislador; ou, pelo contrario, determinando com mais exactidão o sentido da lei, fixa a sua accepção, e estende, modifica ou restringe a applicação que havia recebido até alli, e neste caso é mui positivamente uma disposição, que concede direitos e impõe obrigações desconhecidas sob o regimen da lei não interpretada; desde então é uma lei adstricta ás mesmas condições a que o havia sido a outra que ella modifica.»

«É inconcebivel como se podesse pôr em duvida que, se a interpretação deve occasionar mudança nos direitos in-

¹ Cf. sr. Visconde de Seabra, cit. Apost. pag. 51.

dividuaes ou de toda a nação, ella não seja effectivamente uma lei nova.¹»

«Nenhuma lei, quer seja introductiva d'um direito novo, quer restrictiva d'um direito existente, quer interpretativa d'uma lei anterior, pôde ter effeito retroactivo.²»

Mas ella (a interpretação authentica da lei) é sempre uma modificação da lei, tal como existia; é uma disposição nova do legislador; não pôde abranger aquelles que obraram e transigiram á sombra da lei no seu estado primitivo; numa palavra, não pôde versar senão sobre o futuro, assim como uma lei inteiramente nova.³»

«Não ha razão alguma para attribuir effeito retroactivo ás interpretações authenticas; é por um vicio de legislação que a sua necessidade se pode fazer sentir; nunca este vicio deve poder dirigir ataques aos direitos adquiridos por individuos extranhos á redacção das leis; seja como for, só uma lei poderia estabelecer a legislação como ella deveria ser, e esta lei é nova sob todos os respeitoes, não pôde dispor senão por via geral e para o futuro.⁴»

Antes de o sr. Visconde de Scabra consignar esta mesma doutrina no seu Projecto do Codigo Civil, já ella havia sido professada por um distincto publicista nosso, o sr. Silvestre Pinheiro, tanto no seu Projecto do Codigo politico para a Nação Portugueza, como no seu Projecto de Ordenações para o reino de Portugal, e na Exposição dos motivos ao mesmo Projecto, como vamos mostrar reproduzindo textualmente as suas palavras.

«Acontecendo que alguma lei tenha sido diversamente interpretada pelas autoridades administrativas, ou judiciaes, o caso será levado ao congresso nacional, e este, ou fixará o sentido em que a mesma lei deve ser entendida, sem com tudo ter effeito retroactivo, ou declarando-a abrogada, proverá por nova lei na maneira que julgar conveniente aos publicos interesses.»

«Será visto dar-se effeito retroactivo a uma lei todas as vezes que qualquer decisão administrativa ou judicial ex-

¹ Tom. v, pag. 81.

² Pag. 82.

³ " 83.

⁴ " 85.

propriar o cidadão de direitos por elle possuidos em boa fé anteriormente a aquella lei.¹»

«Reputar-se-ha escura qualquer lei de que se verificar não ter obtido na totalidade dos casos, em que de ella tiverem feito applicação as autoridades administrativas ou judiciaes, uma intelligencia uniforme em dois terços, ao menos, das decisões d'aquellas duas autoridades, não so conjuncta, mas tambem separadamente supputadas.»

«A interpretação a que devem proceder as côrtes geraes, conformemente ao § 5 do artigo 15 da carta constitucional, não versará sobre o ponto de facto, de qual tinha sido a mente com que a lei foi por seus autores coordenada; mas, certificadas as côrtes da obscuridade da lei, pelo principio firmado no § precedente, será esta havida por nenhuma; não para fazer que vacillem as decisões emanadas de qualquer das autoridades administrativas ou judiciaes, e que houverem passado em julgado, seja qual for a intelligencia da lei em que se tiver fundado a sentença, com tanto que não seja evidentemente absurda ou erronea; mas para o fim de que as transacções sejam de particulares entre si, ou sejam entre particulares e o estado, sobre que não tiver havido sentença judicial definitiva, se hajam de reputar meos contractos celebrados de boa fé, e como se tal lei não existisse. Se ás côrtes parecer, que não basta declarar como nulla e de nenhum effeito, na fórma acima expendida, a lei que se reconhece por escura, mas que é forçoso substitui-la por alguma outra disposição legislativa para o futuro, proceder-se-ha sobre esta, como a respeito da proposição e discussão de quaesquer leis em geral abaxo vae determinado.²»

«Reconhecida a lei por obscura, o que faz quem interpreta? Para satisfazermos a esta pergunta, he preciso distinguir-mos o caso em que o interprete tem autoridade para *legislar*, d'aquelle em que só tem autoridade para *executar*, ou *fazer executar as leis*. Chegado o negocio a este ponto (de os julgadores recorrerem ao poder legislativo para haverem uma interpretação authentica que fique servindo de norma para

¹ Projecto do Codigo politico para a Nação Portugueza, artigos 121 e 122, pag. 32 e 33.

² Projecto para as Ordenações do Reino de Portugal, artt. 286 e 287, pag. 176 e 177.

o futuro) toda a discussão historica do passado é absolutamente inutil para o de que se tracta, que é *de legislar para o futuro*. Comtudo, como debaxo de boas ou más intelligencias desta lei se devem ter decidido alguns pleitos: e devem estar pendentos contractos, a que poderia trazer prejuizo a declaração pura e simples da necessidade de similhante lei; cumpria accrescentar, como accrescentamos no § 287, que a declaração da nullidade não diz respeito às decisões passadas em julgado; que ella de nenhum modo pode infirmar, assim como nem tam pouco tende a dissolver os contractos que, interpretando a lei em tal ou tal sentido, se houvessem celebrado; pois que o engano de facto, de se suppor a existencia de uma lei assim entendida, não destroe a boa fê do contracto, nem tem sobre elle outra influencia mais do que o não poder nenhum dos contrahentes invocar em seo favor uma lei positiva que não existe, sem que por isso o prive da protecção das que aiançam o cumprimento de quaesquer contractos celebrados debaxo da simples lei da boa fê.¹

A mesma doutrina foi consagrada pelo Codigo Civil do grã Ducado de Baden² nos termos seguintes: «Les interprétations par voie législative n'ont pas plus de rétroactivité que la loi elle-même; mais si la loi ancienne est obscure ou ambiguë le juge peut profiter de cette interprétation pour l'appliquer à des cas antérieurs.»

Assentada a nossa opinião sobre o effeito retroactivo da lei interpretativa, cumpre-nos ainda, para dar a ultima demão a esta materia assaz complicada, notar mais algumas limitações, que á retroactividade da predicta lei fazem aquelles que a admittem, porque a consideram mais como apparente do que real.

Estas limitações encontramol-as em Gabba³; e por isso transcrevemos as suas proprias palavras. «L'efficacia retroactiva di una legge interpretativa non può attribuir-si a quegli articoli della medesima, nei quali per avventura essa:

a) introduca una novità, cioè un qualche principio che

¹ Exposição do projecto das Ordenações para o Reino de Portugal, pag. 15, 16 e 276.

² Art. 2 c.

³ Obr. cit. pag. 21—22.

non si possa dire virtualmente contenuto nella legge interpretata; oppure *b*) modifichi in qualunque guisa o misura l'espresso disposto della legge interpretata.

Così pensano il Mailher de Chassat (t. p. 131), il Lassalle (p. 446), il Macardé (art. 2, n.º 45), e noi aderiamo alla loro opinione, benchè non tutti gli scrittori pensino egualmente. Il Frantzke (cit. da Mailher *ib.*), e il Bergmann (p. 199) opinano invece che ogni qualvolta il legislatore abbia dichiarato di emanare una legge interpretativa, questa sola circostanza basti per darle retroattività, qualunque ne sia il contenuto¹. Ma questa ragione non ci par convincente. Imperocchè, dovendosi per regola generale porre mente più alla realtà che allè parole, l'evidente novità di tutta o di una parte di una legge che si chiama interpretativa, deve indurre piuttosto a ritenere che il legislatore non abbia parlato esattamente, che a commettere in suo nome una evidente ingiustizia.»

Alem d'estas duas limitações, sabemos que os auctores, que dão effeito retroactivo á lei interpretativa, não a applicam á transacção e á sentença passada em julgado; mas deve ainda notar-se que Bergmann segue a opinião, que parece justa a Gabba,² «che la legge interpretativa potrebbe avere per effeto di accordare un remedio contro una sentenza, a torto creduta inappellabile.»

¹ Tanto a doutrina de Lassalle como a de Bergmann se funda no direito Justiniano; a d'aquelle na L. 23, §. 3, l. maud., interpretativa da lei anastasioana sobre cessões, e a d'este na Nov. 143, interpretativa da L. un. C. de raptu virg. (Cf. Gabba, obr. cit. pag. 22.)

² Obr. cit. pag. 23.

CAPITULO III

Continuação das excepções. 2) Lei expressamente retroactiva

A segunda excepção ao principio geral da não retroactividade da lei, em que geralmente concordam, é a vontade expressa do legislador. A lei não olha para o passado; mas, se o legislador quizer que ella tambem estenda a sua acção sobre os actos preteritos e consummados, assim como sobre os negocios presentes, então não ha a mais pequena duvida de que a lei seja retroactiva, porque o legislador expressamente o determinou, e sua palavra obriga. Este principio — que o legislador póde promulgar leis com effeito retroactivo, — acha-se consignado na legislação romana,¹ e observado em differentes leis.² Entre nós, com quanto não tenhamos conhecimento de lei alguma, em que se encontre expressado este principio doutrinal de legislação, não escaceiam todavia as leis em que o legislador adoptasse o principio, publicando varias leis, onde providenciaia tanto sobre o futuro como sobre o passado. D'este genero temos innumeras leis,³ e principalmente no governo do grande

¹ L. 7, C. de legibus.... *unisi nominalim et de praeterito tempore et adhuc pendentibus negotiis cautum sit.*"

² Gabba, obr. cit. pag. 25, 27, 38 e 42.

³ Ord. liv. 1.º, tit. 81, in princ., liv. 2.º, tit. 28, § 8.º, liv. 4, tit. 43, Alv. de 21 de agosto de 1688.

marquez de Pombal,¹ cuja vontade dominava o preterito e o futuro, achando-se tudo dependente de sua sciencia certa, poder absoluto, e ainda mui recentemente em varios artigos do nosso Codigo Civil.² Em França são memoraveis principalmente as Leis de 17 de *nióse* anno II e de 12 *brumaire* do mesmo anno. Pela primeira eram annulladas todas as doações *inter vivos*, posteriores a 14 de junho de 1789, todas as instituições, e as disposições *causa mortis* feitas e consummadas ou não consummadas, do supra indicado dia 14 de junho de 1788 por diante; e pela segunda eram os filhos naturaes, como os legitimos, chamados á successão dos paes, aberta depois do mesmo dia 14 de junho de 1789; mas, sendo ainda vivos os paes ou filhos naturaes no tempo da promulgação do Codigo Civil, o estado e direitos d'estes deveriam ser regulados pelas disposições do mesmo Codigo. É porém verdade que o effeito retroactivo d'estas duas leis não tardou em ser abolido, o da lei de 17 *nióse* anno II pela lei 9 *fructidor* anno III, e o da lei 12 *brumaire* anno II pela lei 3 *vendémiaire* anno IV.³

Se pois o legislador ordena clara e terminantemente que a lei abrangerá em seu edicto tambem o passado, os juizes, que não fazem leis, mas são os encarregados de sua prompta e fiel execução, devem obedecer ás suas determinações.⁴ Como porém o legislador deve obrar racionalmente e não caprichosamente, não póde admitir-se que a applicação da lei ao passado seja mero effeito de sua von-

¹ L. 15 de março de 1751; L. 13 de out. de 1752; Alv. com força de Lei de 4 de abril de 1756, de 3 de nov. de 1757; Alv. com força de Lei de 19 de nov. de 1757; Alv. de Lei de 17 de jan. de 1768; Alv. de 21 de jan. de 1768; Alv. de 21 de jun. de 1768; C. de Lei de 25 de jun. de 1766; Alv. de Lei de 23 de jul. de 1766; C. de Lei de 4 de jul. de 1768, declarada pelo Alv. com força de Lei de 12 de maio de 1769; C. de Lei 9 de setembro de 1769, §§ 18—29; de 13 de março de 1772; Alv. com força de Lei de 19 de jan. de 1773, declarado e ampliado pelo de 4 de agost. do mesmo anno; Alv. de Lei de 1 de agost. de 1774; C. de Lei de 4 de jul. de 1776; C. de Lei 6 de out. de 1786.

² Cod. Civ. Port., artt. 584, 1650, 1651, 1652, 1689, 1700, 1702, 1708. Vid. sr. Silva Ferrão, Dicc. elem. remiss. ao Cod. Civ. Port. verb. *Retroactividade*.

³ Gabba, obr. cit. pag. 45 e 46; Merlin, obr. cit. secç. 1; Kalindéro obr. cit. pag. 14.

⁴ Sr. Visconde de Seabra, cit. apostll. e outros.

tade, e por isso os auctores que tractam d'esta materia têm-se esforçado por determinar os casos em que elle, sem offensa da logica e da justiça, pôde mandar applicar a lei retroactivamente.

Segundo Merlin¹ pôde fazel-o quando a utilidade politica e a moralidade publica assim o exija.

Mas supponhamos que o legislador não ordenou expressamente a retroactividade da lei: não deverá, em certos casos, e segundo certas regras, presumir-se que esta foi a sua intenção, e que por conseguinte, se não por vontade expressa, ao menos por vontade tacita, a lei deve retroagir? Alguns assim o entendem, e d'este numero é Duvergier², segundo o qual a regra capital em materia de retroactividade consiste em saber se a lei quiz ou não retroagir, á qual elle confere as honras de systema. E para se conhecer, na falta de declaração expressa, se o legislador quiz ou não retroagir, deve-se examinar se o interesse geral exige que a regra novamente introduzida seja immediatamente applicada, se será mais vantajoso para a sociedade soffrer a perturbação, consequencia inevitavel d'uma mudança brusca na legislação, do que esperar mais ou menos tempo os effeitos salutaes que devem resultar d'uma lei nova, pois neste caso o principio da não retroactividade deve ceder; noutros termos presume-se que o legislador quiz retroagir. O fundamento pois d'esta segunda excepção é simplesmente a vontade do legislador, racional ou caprichosa, expressa ou tacita. Esta excepção, como acabamos de ver, não é só doufrinal,³ mas tambem legal.⁴

O principio da não retroactividade obrigava ao juiz, na falta de declaração expressa ou tacita do legislador, mas não ao proprio legislador, porque este, segundo as ideas correntes d'outro tempo, era senhor absoluto do futuro e do passado, e por conseguinte podia não só decretar o que se queria que se fizesse amanhã, mas até dar por não feito

¹ Merlin, obr. cit. secç. 11, n.º 1.

² Obr. cit. pag. 4.

³ Meyer, obr. cit. pag. 8 e 9; Merlin, obr. cit. secç. 11; Gabba, obr. cit. p. 25 e 26, etc.

⁴ L. 7, C. de legibus.

o que se tivesse feito hontem, ou mandal-o fazer de modo diverso d'aquelle por que as cousas se achavam feitas; numa palavra, fazer do bom ou indifferente mau, ou vice versa, o que equivale á total aniquilação de tudo quanto anteriormente se houvesse practicado.

Nós entendemos porém que a não retroactividade é um principio constitucional, que o proprio legislador deve observar, e que toda a lei que por mera vontade do legislador exercer o seu imperio sobre o passado, é lei anticonstitucional. Entre nós esta doutrina é indisputavel, porque é bem claro e terminante o § 2.º do artigo 145 da Carta, que comprehende as disposições que não podem ser modificadas senão precedendo certas formalidades marcadas na mesma, porém nunca violadas.

Nesta parte aceitamos a doutrina do sr. Borges Carneiro¹, e rejeitamos a opinião do sr. Neiva², que nas suas observações sobre o Projecto do Codigo Civil impugna a constitucionalidade do artigo. Nós estabelecemos este principio, e não trememos diante da consequencia. Se, quando descermos a fazer a applicação d'estes principios ao Codigo Civil, ahí depararmos com disposições retroactivas, não duvidamos taxal-as de anti-constitucionaes, e proclamar que taes leis não podiam ser votadas nas legislaturas ordinarias.

A Carta não serve sómente de norma ao juiz na applicação da lei, mas é o Codigo primario, é o estatuto da cidade, que obriga a todos e com especialidade áquelles a quem está confiada a sua guarda e observancia.

Entre os diversos caracteres que fazem com que uma lei

¹ Obr. cit. pag. 42, n.º 11, not. (a).

² «E ainda que Borg. Carn. julgasse que, pelo § 2.º do cit. art. 145 da Carta, fôra prohibido fazer uso de tal excepção; parece-nos todavia, que não teve razão; porque, combinado esse § com o 21 do mesmo artigo, claramente se vê que o Legislador da Carta subordinára a regra geral do § 2.º a uma excepção, que é a — *do bem publico*.» Mas este § exige indemnisação: logo o legislador pôde dar effeito retroactivo á lei, precedendo a competente indemnisação. Julgamos que o sr. Neiva não accelta esta consequencia, e que por isso retirará a sua razão.

Esta idea de dar á lei effeito retroactivo, mediante a competente indemnisação, é sustentada por Kalindéro (obr. cit. pag. 16), o qual sente vivamente que se não tenha proclamado a constitucionalidade do principio em materia civil.

não seja lei, tem o primeiro logar o da retroactividade, segundo o profundo pensar d'um eminente publicista.¹ «Os homens, diz elle, não consentiram nas peias das leis, senão para ligar aos seus actos consequencias certas, segundo as quaes se podessem dirigir, e escolher o genero de procedimento que queiram ter. Ella viola as condições do pacto social; rouba o premio do sacrificio que impõe.»

Mr. Defermont diz que o principio da não retroactividade, ainda que incontestavel, não deve ser reduzido á disposição legislativa, porque não estabelece senão um preceito para os legisladores; e tambem para os juizes, acrescentava Mr. Boulay:² Esta é a doutrina de Mr. Portalis³ no seu profundo discurso sobre o artigo 2 do C. N., onde se lêem as seguintes palavras, dignas de serem gravadas na memoria dos legisladores: «Pourquoi, dira-t-on, laisser impunis des abus qui existaient avant la loi que l'on promulgue pour les réprimer? Parce qu'il ne faut pas que le remède soit pire que le mal. Toute loi naît d'un abus. Il n'y aurait donc point de loi qui ne dût être rétroactive. Il ne faut point exiger que les hommes soient avant la loi ce qu'ils ne doivent devenir que par elle.»

Demolombe⁴ termina esta materia do conflicto das leis novas e antigas por uma observação, a que elle chama importante, e que o é effectivamente em direito francez, mas não entre nós; porque tal observação não tem logar, por se lhe oppôr o texto claro e expresso da lei. A observação é «que o artigo 2.º está escripto no Codigo Napoleão, e não na Constituição; que não encerra, por consequente, um principio constitucional, uma regra prescripta ao proprio legislador, mas sómente uma disposição legislativa ordinaria,

¹ Benjamin Constant, *Cours de Politique Constitutionnelle*, tom. 1.º, pag. 353: «La rétroactivité est le premier de ces caractères. Les hommes n'ont consenti aux entraves des lois que pour attacher à leurs actions des conséquences certaines, d'après lesquelles ils pussent se diriger et choisir la ligne de conduite qu'ils voulaient suivre. La rétroactivité leur ôte cet avantage. Elle rompt la condition du traité social. Elle dérobe le prix du sacrifice qu'elle a imposé.»

² Merlin, obr. cit., secç. 111, § 13.

³ Obr. cit., tom. 1.º pag. 12. Merlin, obr. cit. secç. 1.ª; Escricho, obr. cit.; Sr. Silv. Rib. Resoluç. do C. d'Est. tom. 6, pag. 15, not.

⁴ Obr. cit., pag. 82, n.º 67.

que manda aos magistrados interpretar e applicar as leis de maneira que não lhe dêem effeito retroactivo. Se, portanto, uma lei fosse expressamente retroactiva, se o proprio legislador declarasse que queria regular os factos anteriores, esta lei não seria menos obrigatoria em quanto ella existisse, salvo a todos os francezes o direito de pedirem a sua revogação pelas vias legaes. Outra qualquer theoria seria inconstitucional e cheia de perigos.»

O illustre commentador reconhece que, se o principio da não retroactividade se achasse escripto na Constituição, seria constitucional; e neste caso devia regular tambem o poder legislativo nas suas manifestações, e a lei que o violasse seria incontestavelmente anti-constitucional; mas o principio que se deseja na Constituição Franceza, acha-se consignado na Constituição de Portugal, e elevado pela mesma á sublime categoria de principio constitucional; logo este principio não pôde, nem deve violar-se, sob pena de se attentar contra a Constituição fundamental do Estado, de se cercearem as garantias politicas e civis dos cidadãos, e de se offenderem os sagrados direitos de liberdade e propriedade.

Se este principio é inexequivel, ou contrario aos principios do direito e da justiça, ou ás conveniencias sociaes, elimine-se pelos meios legaes; mas, em quanto for lei vigente, não nos cançaremos de reclamar a sua fiel observancia; porque nos pesa ver as leis exautoradas, e principalmente aquella que constitue o nosso pacto social. Se as leis fundamentaes da sociedade forem menospresadas, as secundarias, que não têm senão uma força emprestada, não conseguirão conciliar o respeito devido ás suas disposições. A lei é boa, se se guarda o que estatue; mas se é apenas letra morta, sem a acção que lhe é devida, perde o character sagrado que a reveste, e pela sua inobservancia habitua os povos á indifferença.

O legislador portuguez não pôde, em quanto o § 2.º fizer parte integrante do artigo 145 da Carta, publicar uma lei expressamente retroactiva, sem postergar os direitos civis e politicos do cidadão.

Nós respeitamos a Carta, como a sentença condemnatoria do despotismo absoluto do Marquez de Pombal.

Não deverá tomar-se á conta de exággeração se dissermos que no seu governo se publicaram mais leis do que nos reinados anteriores; porque ahi estão as suas collecções para attestar a verdade da nossa asserção: mas leis obscuras, incertas, vacillantes, contradictorias, mandando umas o contrario do que se havia decretado noutras, servindo umas de correctivo ás outras, d'onde resultou um tenebroso cahos que a Sr.^a D. Maria I pretendeu remediar pela confecção d'um Codigo Civil, mas não logrou ver satisfeita a sua tão razoavel, como desejada pretensão.¹

¹ Coelho da Rocha, Hist. do dir. patr. § 295, pag. 194 e 195.

CAPITULO IV

Theorias sobre o principio da não retroactividade

Não ha talvez em toda a legislação um principio, cuja applicação offereça mais serias difficuldades, do que o da não retroactividade da lei. É mais facil dizer-se que a lei não tem effeito retroactivo, do que determinar este effeito. Aqui ha divergencia de opiniões, não sobre a verdade e justiça do principio, mas sobre a sua extensão e applicação. Uns não vêem a retroactividade, onde outros dizem havel-a.

Para lançarmos alguma luz sobre a questão, convém examinar os varios modos por que a nova lei pôde exercer alguma acção sobre o passado a fim de determinarmos, se em todos ou sómente em algum consiste a retroactividade. A lei nova pôde operar sobre o passado de dois modos: ou no tempo e nos actos, ou somente nos actos, porque ou a lei nova, qualquer que seja a sua natureza, remonta á origem da lei antiga para d'ahi em diante dominar todos os actos positivos ou negativos, conforme a qualidade da lei, ou a lei nova sujeita ao seu imperio os actos existentes ou as consequencias dos actos anteriores, para da sua promulgação em diante os regular a todos na conformidade de seu edicto.

De maneira que não é necessario qua a lei nova retroaja no sentido rigoroso da palavra, para disputar á lei antiga o imperio sobre certos actos ou consequencias. A questão pois está em saber onde acaba o imperio da lei antiga, e onde começa o da lei nova. Não é necessario que a lei nova retroceda para se encontrar com a lei antiga, porque a antiga alcança a nova no tempo. Uma succedeu á outra; mas legaria a antiga lei alguma cousa á nova, que ella deva respeitar, ou poderá ella sujeitar immediatamente tudo ao seu imperio? É o que é realmente difficil de determinar.

Nós vemos que nem tudo o que foi feito segundo a antiga lei deve continuar a existir sem mudança á sombra da nova lei, porque neste caso deveriam subsistir ainda as relações juridicas, formadas sobre o imperio da primeira lei que existiu no mundo, e que se não extinguissem por alguma outra causa. A legislação, em vez de favorecer o progresso da humanidade, seria um contraste d'antigualhas e novidades. D'onde se depreheende que nem tudo o que existe ao tempo da promulgação d'uma lei pôde continuar a existir da mesma fórma; mas, pelo contrario, coizas ha que modificam o seu ser segundo a fórma da nova lei.

Rigorosamente fallando não ha retroactividade senão no primeiro caso; no segundo haverá usurpação, espoliação ou injustiça, ou como lhe queiram chamar, mas não retroactividade. O que ha certamente é um conflicto entre duas leis, que é preciso resolver, umas vezes em favor da lei antiga, e outras vezes em favor da nova.

Quantas e quaes são as regras, segundo as quaes se deve levantar o conflicto, ou circumscrever o circulo d'acção das duas leis? É esta uma empreza tão momentosa, que a alguns pareceu arriscada e temeraria, se não impossivel, e a todos extremamente difficil. Uns, desesperando de descobrir um principio fixo e geral, que, dominando toda a materia, servisse de padrão para aferir todas as hypotheses, limitaram-se a uma analyse mais ou menos minuciosa de cada uma d'estas, e a decidir-se pelo aspecto caracteristico de cada uma d'ellas. Outros porém, talvez mais afutos, têm-se esforçado por descobrir a verdadeira pedra philosophal, apresentando varios criterios para distinguir o

effeito retroactivo e não retroactivo, ou para descriminar a injusta retroactividade da retroactividade justa; e, se ainda não lograram o seu justo e louvavel intento, nem por isso são menos dignos da nossa admiração e respeito.

Todos os systemas até hoje apresentados, e de que tenhamos conhecimento, podem, no nosso entender, reduzir-se a dois pontos capitaes, posto que um d'esses seja susceptivel de diversas ramificações; pois que uns intendem que nesta materia não ha outro principio seguro senão a vontade do legislador expressa ou tacita; e outros, pelo contrario, não admittindo a retroactividade fóra do caso de declaração expressa do legislador e da lei interpretativa, procuram ou justificar-a nos casos onde parece inevitavel por meio de excepções, mais ou menos frequentes, e mais ou menos bem fundamentadas, ou negal-a por meio de restricções mais ou menos engenhosas, para lhes applicarem a lei nova sem a fazerem incorrer na nota de retroactiva. É o que parece deprehender-se dos varios systemas, de que vamos fazer a exposição, a analyso e a critica.

§ 1.º

Theoria de Duvergier

Segundo este systema é a *intenção* do legislador *expressa* ou *tacitamente* declarada que nos deve servir de regra na applicação da lei nova.¹ «Convencido, diz o seu auctor,² que o legislador é senhor de regular o passado, quando julgar que isso é conveniente, não me admira que o tenha feito algumas vezes, ou mesmo mui frequentemente; e não

¹ Segundo outra theoria da intenção expressa do legislador, não se deve procurar se o legislador quiz retroagir, mas, pelo contrario, se elle não quiz, porque sómente neste caso a lei nova deixará de applicar-se immediatamente a todas as relações juridicas, existentes ao tempo da sua publicação; porque, presumindo-se a lei nova melhor do que a antiga, deve a sua applicação ser a mais extensa possivel.

Esta theoria, que não differe da de Duvergier senão na fórmula, pois que d'uma se argumenta para a outra *a contrario sensu*, foi seguida por Bergmann e modernamente por Bornemann, alem de outros. Sobre a exposição e critica d'esta theoria, veja-se Gabba, pag. 144—150.

² Obr. cit. pag. 3—5.

nego a retroactividade nas disposições onde ella se acha, como se procurasse dissimular uma imperfeição ou um abuso. Numa palavra, penso que quando quizermos saber a que acontecimentos, a que actos se estende o imperio d'uma lei, devemos primeiro que tudo procurar, no seu texto e no seu espirito, se ella quiz dispôr sómente para o futuro, ou se pelo contrario intendeu abraçar em suas disposições todo ou parte do passado.»

«É o primeiro preceito, é mesmo aquelle a que devem referir-se todos os outros.

«Assim, em lugar de consultar regras, algumas vezes mais ingenhosas do que exactas, de que uma só dá raramente a solução que se procura, e das quaes muitas vezes devem ser combinadas, bastaria muitas vezes fazer-se esta pergunta: A lei quiz retroagir? e procurar a resposta nos seus proprios termos.»

.....
 «Não procuraram se o legislador tivera *intenção* de retroagir, porque suppozeram que o não podia fazer.»

«Bem sei que as leis muitas vezes são concebidas em termos que não indicam qual seja o seu alcance sobre os actos anteriores.»

«É necessario então procurar, na propria natureza das suas disposições, nas circumstancias que as precederam ou acompanham, na materia que tem por objecto, na relação com as disposições que substituem, luzes sobre a *intenção* de que o legislador estava animado »

«É para chegar a este resultado, porque se tracta sempre de saber se o legislador quiz dispor não sómente para o futuro, mas tambem para o passado, é, digo eu, para chegar a este resultado, que os juriconsultos tentaram dar sabios conselhos, traçar regras, formular theorias.....»

«Quando é certo que o interesse geral exige que a regra novamente introduzida seja immediatamente applicada, quando está demonstrado que vale mais para a sociedade soffrer a perturbação, consequencia inevitavel d'uma mudança brusca na legislação, do que esperar mais ou menos tempo os effeitos salutarcs que devem resultar d'uma lei nova, o principio da não retroactividade deve ceder; noutros termos, presume-se que o legislador quiz retroagir.»

«Isto não é sem duvida uma solução completa, pois resta saber em que occasião o bem publico exige que aos direitos já formados se dirija ataque prompto e sem considerações. Todavia reconhecamos que a questão assim fica posta em termos mais precisos, e que, com quanto a verdade ainda não esteja descoberta, pelo menos fica indicado o caminho que conduz a ella.»

Dado o interesse geral como criterio para se conhecer a *intenção* do legislador sobre os verdadeiros limites da lei nova, vejamos como elle é applicado pelo nosso auctor ás diversas hypotheses.

Em primeiro lugar distingue as regras de direito publico, das regras de direito particular.

Qualquer mudança introduzida nas regras da primeira especie, isto é, naquellas que versam sobre a constituição do Estado, a organização dos poderes politicos, attribuições e exercicio dos direitos civicos, ou sobre a ordem e moralidade publica, deve ser immediatamente applicada; não só porque a sociedade correria grave risco com a suspensão da execução das novas formas, mas porque as pessoas que gozavam de certas faculdades sob o antigo regimen, não poderiam oppor-se á applicação immediata da nova lei, porque estas faculdades não lhes haviam sido concedidas por interesse proprio, mas por interesse social; e portanto, logo no acto da sua investidura deveriam contar com a revogação ou restricção d'essas faculdades, se uma nova ordem de cousas reclamasse o emprego de outras fórmulas. Mas os actos consummados sob as leis antigas devem ser respeitadas pelas leis novas. Esta solução é, segundo nota o mesmo auctor, conforme com os textos da legislação e com as decisões da jurisprudencia. E se estes principios têm sido menosprezados algumas vezes pelas leis, este facto nada prova contra a sua verdade. «Uma violação accidental das regras não as destroe; a verdade e o direito podem algumas vezes ser immolados á razão do Estado, ás necessidades do tempo, ou vergados pelo abuso da força; mas depois reassumem o seu imperio quando a violencia cessou, surgem radiantes quando a tempestade tem passado¹.»

¹ Pag. 6.

A leis da segunda especie, isto, é as «que têm por objecto directo as relações e interesses particulares dos cidadãos encerram-se num circulo mais estreito, acham-se menos intimamente ligadas ao governo do Estado e ao bem publico: ha pois em geral uma necessidade menos urgente de fazer a sua applicação. Por outro lado, precisamente porque têm uma acção directa sobre as relações entre particulares, sobre o goso das cousas que cada um retem, a sua execução exige mais respeito e mais attenções. Tudo se conspira aqui contra a retroactividade. Comtudo ella não deverá ser absolutamente rejeitada, e deve fazer-se primeiramente uma distincção entre as diversas partes da legislação.»

«A que respeita ao estado das pessoas tem com a ordem publica uma conexão maior do que a que se occupa sómente das cousas. Assim ordinariamente a ultima pôde ser modificada por convenção das partes, e a primeira está collocada numa esphera, onde as vontades particulares não podem attingir.»

Os factos que têm influencia sobre o estado das pessoas, são ou actos voluntarios ou acontecimentos independentes da vontade humana. Se a lei se occupa do estado das pessoas, em quanto é constituído por actos emanados da vontade não pôde destruir as consequencias que já produziram estes actos, não pôde fazer perder as qualidades que foram conferidas anteriormente. Assim o estrangeiro, que por carta de naturalisação conseguira a qualidade de reinicola, não pôde perder esta qualidade, ainda que uma nova lei lh'a recusasse.

«Mas a capacidade ligada a cada uma d'estas qualificações não pôde ser subtrahida á influencia da nova legislação, e as relações das pessoas que se acham revestidas d'ellas serão restrictas ou ampliadas, segundo as prescripções da lei nova. O poder do marido e da mulher, a subordinação d'esta ao marido, os impedimentos de consanguinidade, de afinidade, a força e duração do laço que os une, e todas as outras aptidões ligadas ao titulo de esposo, de pai, de filho, de parente, etc., devem ser apreciadas segundo as disposições em vigor no momento em que se exercem, e não segundo as que existiam no momento em que se adquiriram.¹»

¹ Pag. 7—9.

«Pelo contrario, quando o estado das pessoas é o resultado de factos involuntarios, não se devem respeitar senão os actos consummados, e ter por constante que as qualidades anteriormente conferidas deixam de pertencer áquelle que se acha d'estas investido, se a nova legislação lh'as recusa.

«É assim que o menor se pôde tornar maior, ou vice versa, quando a lei nova alterar o praso da lei antiga.»

Esta solução é justificada pelo nosso auctor do modo seguinte: «Aquelle que por um acto da sua vontade se constituiu um certo modo de ser, ou formou entre elle e os outros membros da sociedade certas relações legaes, julgou conservar a estabilidade d'uma posição que procurou, tem direito a que lhe seja conservada tanto quanto possível. Ao revez, aquelle que commetteu um delicto, se soffre a applicação das penas corporeas, e por conseguinte é collocado na classe dos incapazes, não pôde quando está já condemnado exigir que lhe aproveite o beneficio de leis menos severas.»

«Mas quando se tracta de um estado que é fundado em acontecimentos fortuitos, que o acaso e não a vontade do homem creou, quem está investido nelle não tem o mesmo direito a exigir a sua conservação, porque a capacidade de que goza não foi o fim do seu acto, o fructo de seus esforços pessoases.

É por outra parte verosimil e precisamente pelos mesmos motivos que não era tão vivamente offendido, se viesse a perder por effeito d'uma mudança na legislação uma qualidade de que foi precedentemente investido.»

Contra a doutrina de Duvergier pôde objectar-se que tanto vale o legislador modificar ou destruir uma ou muitas consequencias, provenientes das qualidades de que alguem se acha revestido por actos da sua vontade, como operar sobre essas mesmas qualidades, e que, ficando sujeito á lei nova o estado que tiver por base acontecimentos fortuitos, pôde qualquer perder a qualidade de reinicola, adquirida por nascimento, ou ainda a qualidade de filho ou de parente.¹ Ora estas difficuldades não escaparam á penetração de Duvergier, que as resolve, dizendo em quanto á primeira, que ha uma profunda differença entre o funda-

¹ Pag. 9—11.

mento, ou origem d'uma certa capacidade ou estado, e as diversas consequencias, resultantes d'este estado; e em quanto á segunda, diz que se os factos allegados são involuntarios da parte das pessoas citadas, não o são da parte de outras que concorreram para a practica d'estes factos, e que contaram com as consequencias dos mesmos factos.

Finalmente, passando á ultima parte da legislação que elle considera, isto é, áquella que tracta das cousas, completa a sua theoria, formulando as quatro regras seguintes, que devem servir para regular a applicação da lei nova sobre as cousas:

1.º As leis novas devem respeitar as sentenças passadas em julgado.

2.º A fórma dos actos regula-se absolutamente pela lei vigente ao tempo da sua celebração.

3.º As qualidades, ainda aquellas que são conferidas por actos voluntarios, podem perder-se quando a lei nova faz d'esta perda a pena applicavel a um acto que ella prohibe;

4.º Podem perder-se por falta do *adimplemento* d'uma simples formalidade, comtanto que a falta d'esta formalidade dependa da vontade d'aquelle a quem é imposta.¹

¹ Pag. 12. Pinto no Supplemento a Meyer, (pag. 120) enumerando alguns systemas sobre a não retroactividade, e apresentando em primeiro logar o dos auctores que não a reconhecem senão com muitas restricções, deduzidas de motivos d'utilidade publica, observa «que segundo Meyer e todos os que professam a sua doutrina, estes motivos podem sómente conduzir o legislador a dar á lei um effeito retroactivo mais ou menos extenso, sem que o juiz seja auctorizado jámais a dilatar o imperio da lei actual, ainda por causa d'utilidade publica, se o legislador não enunciar a sua vontade neste sentido. Assim que, a regra — que a lei não tem effeito retroactivo — é obrigatoria para o juiz, quando o legislador não usou do seu direito de estatuir d'outra sorte. E o que é mui bem expresso por Duvergier nestes termos: Convencido» etc., vid. pag. 38—39.

A justiça e a verdade impõem-nos o dever d'um reparo ás observações de Pinto; pois que nem Duvergier segue o systema que elle lhe attribue, nem a sua doutrina tem a intelligencia que lhe dá. Para mostrarmos que Duvergier não abraça a doutrina dos que não admittem o principio da não retroactividade senão com muitas restricções, fundadas na utilidade publica, cuja doutrina era anterior á epocha em que elle escreveu, citaremos as suas próprias palavras, que são claras: «Jusqu'ici sur chaque question on se fait des réponses très sages sans doute, mais sans s'imposer l'obligation de les rattacher à un principe unique. Dans chaque espèce, on a développée des raisonnements ingénieux, des considérations graves, mais sans s'assujettir à établir un lien entre ces différents éléments

Theoria de Weber

Segundo este auctor devemos fazer uma distincção na retroactividade. Se pretendermos tractar a lei nova como uma lei pertencente a um tempo mais antigo, de maneira que lhe sujeitemos os effeitos passados de actos juridicos anteriores, damos á lei retroactividade, e retroactividade condemnavel. Se porém nos limitarmos a regular para o futuro, segundo a lei nova, os effeitos dos actos juridicos

de solution. *J'essaye précisément de donner sur ces cases nombreuses et variés des explications qui partent d'un même point, qui forment un tout homogène.* Vê-se pois que Duvergier se propoz seguir um systema inteiramente novo, e que tanto o seu não é o dos escriptores citados por Pinto, que elle mesmo o refuta na sua Dissertação. Era uma reivindicacção que se devia fazer por amor da justiça.

A injustiça de Pinto para com Duvergier induz ainda a erro, porque a doutrina de Duvergier é muito diversa da que lhe attribue, o que é tanto mais para extranhar, quanto Pinto, expondo a theoria de Meyer e dos que o seguem, transcreveu textualmente as proprias palavras de Duvergier, porque exprimiam muito bem, dizta elle, esta mesma doutrina. «Estes motivos (d'utilidade publica), diz Pinto, apresentando as ideias de Meyer e outros, podem sómente conduzir o legislador a dar á lei um effeito retroactivo mais ou menos extenso, sem que o juiz seja jamais auctorizado a alargar o imperio da lei actual por causa da utilidade publica, se o legislador não enunciou a sua vontade neste sentido. Assim a regra—que a lei não tem effeito retroactivo—é obrigatoria para o juiz, quando o legislador não usou do direito de estatuir d'outra fórma». Mas o que diz Duvergier na mesma passagem transcripta por Pinto? Diz que devemos indagar no seu texto e no seu espirito se esta (lei) quiz dispôr sómente para o futuro, ou se pelo contrario entendeu abraçar em suas disposições todo ou parte do passado. Noutra parte diz elle; pag. 2. «Ils n'ont pas non plus assez marqué que dans beaucoup d'occasions cette volonté (du législateur) est clairement exprimée, soit en termes formelles, soit implicitement.» Confronte-se este trecho com o de Pinto, e veremos que a doutrina de Duvergier sobre este ponto é mui differente, porque aquelle não admite a retroactividade senão no caso d'o legislador a decretar expressamente, e prohibe aos juizes o estender o imperio da lei sobre o passado, ainda por motivo d'utilidade publica, se o legislador não tiver enunciado a sua vontade neste sentido; e Duvergier segue que, mesmo na falta de declaração expressa do legislador, se a utilidade publica exigir a applicação immediata da lei nova, deve applicar-se, porque neste caso a intenção do legislador presume-se; pois que, senão se deduz da letra da lei, deduz-se do seu espirito, se não foi expressa em termos formaes, foi-o implicitamente.

anteriores, a retroactividade nestes limites será legitima.¹ Este systema tem mais de simples do que de verdadeiro. No entretanto a distincção entre os actos juridicos, que se passaram em tempo anterior á lei, e os que se passaram no tempo posterior, é um grande elemento para a solução do problema; porque, se a lei nova não deve ser applicada aos actos e effeitos anteriores á sua promulgação, póde todavia submeter ao seu imperio alguns dos effeitos dos actos juridicos, practicados numa epocha anterior á sua existencia, mas que se produziram, ou podiam produzir depois da sua publicação. Esta distincção tem ainda uma maxima importancia para se determinar a verdadeira natureza da retroactividade. Nós entendemos que no segundo membro da distincção, feita pelo referido auctor, não ha retroactividade no sentido rigoroso da palavra, porque a lei, neste caso, não regula o passado, não põe o effeito antes da causa, a consequencia antes do principio, o factio antes da lei, a sancção antes do edicto, mas opéra sobre o que existe, sobre o dia de hoje ou d'ámanhã, embora hoje e ámanhã sejam a successão natural do dia de hontem.

Mas dir-nos-hão, e têm razão para o dizer, attenta a nimia extensão que deram ao principio, que, segundo a nossa noção, toda a lei nova se deve applicar immediatamente a todas as relações juridicas existentes ao tempo da sua promulgação, sem respeito algum ao passado, porque, quando a lei não retroage, póde e deve applicar-se, visto ser este o fim immediato de toda a lei. Este reparo tem cabimento, pois que, segundo as opiniões professadas até hoje por alguns auctores, a applicação da lei não tem outro limite senão a retroactividade, porque por um extranho abuso de linguagem e confusão d'ideias, tem-se estendido a retroactividade da lei ao presente e ao futuro. Tem-se dado uma tal elasticidade ao principio da não retroactividade, que uma lei publicada ha milhares de annos, não poderia ainda applicar-se a um caso especial sem incorrer na nota da retroactividade.

Portanto nós, ainda que não dêmos tanta latitude a este principio, não abraçamos todavia a doutrina de Weber sobre a applicação da lei nova, porque, acima da retroactividade,

¹ Savigny, obr. cit. § 387, pag. 397.

ha outros principios que regulam a execução das leis, e nos quaes a mesma retroactividade, que não passa de ser a expressão sentenciosa d'uma ideia, tem a sua razão sufficiente, ou demonstração legitima. Estes principios são os de direito e da justiça, os quaes, em consequencia da sua incondicionalidade, dominam no tempo e no espaço, sem que se amoldem ás diversas phases d'um, ou ás varias secções do outro.

Não é, pois, porque a lei nova tenha effeito retroactivo, que ella não deve applicar-se a todos os actos e relações de direito, que subsistem ao tempo da sua promulgação, nem porque não haja retroactividade; que deva comprehendel-as a todas em seu edicto, fazendo, pelo dizer assim, taboa raza do presente, para o reduzir a talha inteiramente nova, mas pela simples razão de que a primeira condição de toda a lei é o principio do direito e da justiça, que ella deve copiar fielmente em seu edicto, e acatar em sua applicação. É porque a justiça consagra a ideia da não retroactividade, e não esta aquelle, pois que não é senão uma das variadissimas fórmulas por que aquelle principio se traduz na realidade da vida juridica. D'onde se conclue que a lei nova, pôde applicar-se ás consequencias dos actos anteriores á sua publicação, mas produzidas posteriormente, quando essa applicação não for contraria aos principios do direito e da justiça, ou á equidade.

Demorámo-nos nestas considerações mais do que o permittia talvez o contexto do assumpto; porque, contrariando a theoria de Weber sobre applicação do principio da não retroactividade, denunciavamos ao mesmo tempo as nossas idéas sobre este ponto. Esta theoria de Weber¹, que elle julga fundar-se na natureza das cousas, foi elaborada sob a influencia d'uma disposição do direito romano², que elle transformou, inscientemente, em principio geral.

Concluiremos a exposição e analyse d'este systema, notando-lhe o seu defeito capital, a sua absoluta inexequibi-

¹ Weber, § 21—27 (cit. por Savigny, pag. 397.)

² L. 27, C. *de usuris*. De usuris, quarum modum jam statuimus; pravam quorundam interpretationem penitus removens, jubemus, etiam eos, ante eandem sanctionem ampliores quam statutae sunt, usuras stipulati sunt, ad modum eadem sanctione taxatum ex tempore lationis ejus suas moderari actiones: scilicet illius temporis, quod ante eam defluxit Legem pro tenore stipulationis usuras exacturos.*

lidade, forçando o seu auctor a acceitar algumas consequencias rejeitando outras, mas isto arbitrariamente.

§ 3.º

Theoria de Bergmann

Este auctor «toma como ponto de partida uma distincção mais geral. D'um lado colloca o que é conforme com a natureza das cousas, e do outro o que está estabelecido pelas leis positivas do direito romano. Segundo elle, o que é conforme á natureza das cousas é o que Weber nos dá pelo contheudo do direito romano. A lei não deve ser antdatada, isto é, não deve applicar-se a effeitos já passados, mas para o futuro deve regular os effeitos juridicos anteriores.¹ As leis positivas do direito romano affastam-se duplamente d'estes principios. Em primeiro logar conservam para o futuro effeitos dos actos juridicos anteriores; em segundo protegem não sómente direitos adquiridos, mas tambem simples expectativas.»

«Devemos principalmente censurar este auctor por appresentar o contheudo do direito romano como em opposição directa com a natureza das coisas, o que é absolutamente contrario ás intenções de Theodorio II e ao espirito do texto principal inserto por Justiniano,² porque então seria necessario admittir que os legisladores romanos se enganaram sobre a natureza das cousas, e não que creassem voluntariamente um direito positivo novo. Além d'isso Bergmann, como já notámos sobre Weber, forjou tambem a sua theoria sobre a influencia de principios particulares do direito romano, exarados em duas Novellas de Justiniano. Sob a falsa apparencia d'uma critica historica, tomando para ponto de partida algumas expressões geraes d'estas Novellas³ e suas prescripções arbitrarías, fabrica uma theoria da retroactividade das leis permittida e não permittida, segundo

¹ Esta é a theoria de Bergmann, segundo a exposição que d'ella faz Savigny (pag. 397 e 398), mas, segundo a exposição de Gabba, é a que fica referida na not. 1.ª a pag. 38.

² L. 7, C. *de legibus*.

³ Novell. 66 e 22, cap. 1.

esta supposição tacita e gratuita, que Justiniano nestas Novellas quiz estabelecer esta theoria como regra geral para a applicação de todas as leis novas.¹»

§ 4.º

Theoria de Von Struve

«Depois de ter amplamente exposto a natureza das leis, deduz da sua propria natureza, como regra geral, incapaz de excepção alguma, que nunca a lei póde ter força retroactiva.² Na sua opinião a não retroactividade é uma qualidade tão essencial á lei, que ella não tem força obrigatoria, senão em quanto os seus preceitos respeitam ao futuro. Todavia, nos casos em que, por motivos de utilidade publica, uns não reconhecem a regra da não retroactividade, e outros a julgam então sujeita a excepções, segundo Struve, os differentes poderes d'Estado, o poder legislativo, tanto como o judiciario e executivo, devem, por assim dizer, ignorar a lei, recusando prestar-se por mais tempo a facilitar e propagar os effeitos d'instituições immoraes e escandalosas, ainda que a lei nova não possa abolil-as senão para o futuro.³

Segundo pois este auctor, toda a tentativa de regular legislativamente esta materia, é radicalmente nulla, e os juizes não devem tel-a em attenção alguma. Eis aqui porque elle repelle absolutamente toda a legislação transitoria.⁴

Definida assim a posição dos juizes em face da lei, é para admirar a modestia do auctor, que encerra o seu systema no circulo estreito das questões de direito relativas á retroactividade. Quando examinamos imparcialmente as cousas devemos convencer-nos de que se esta doutrina é verdadeira em si, deve abraçar a universalidade das questões do direito.⁵ Esta ultima consequencia, tirada por Savigny, é extrema, mas rigorosa.

¹ Savigny, obr. cit. § 387.

² Part. 1.º § 2—10; Savigny, loc. cit.

³ Pinto, Suppl. a Meyer, pag. 123, n.º 13.

⁴ Struve, p. 6, p. 30—34, p. 153 e 154

⁵ Savigny, loc. cit.

Theoria de Meyer

Segundo Meyer o principio da não retroactividade deriva-se da propria definição de lei; porque, sendo a lei em geral a regra que o soberano prescreve aos subditos, e não podendo esta regra ser prescripta ao que é já passado, é evidente que a lei não póde ser retroactiva. Mas este preceito, que elle reconhece como um dos mais universaes e sagrados em materia de legislação, não deve estender-se além do seu verdadeiro sentido, podendo ainda a definição de lei servir para fixar os seus limites. Se a regra que um soberano prescreve aos seus subditos para o futuro contém obrigações oppostas aos effeitos d'uma convenção anterior, estes effeitos podem algumas vezes ser modificados; d'onde conclue que o preceito precedentemente estabelecido não é sufficiente para determinar com precisão os effeitos d'uma nova legislação, e que é necessário recorrer a outros que podem todavia deduzir-se do espirito da propria lei, independentemente de qualquer consideração particular.

Toda a lei deve fundar-se na utilidade publica; e se ha leis, que parecem não assentar sobre esta base, é ou porque o interprete não penetrou o motivod'ellas, ou porque o proprio legislador errara n'este ponto; mas presume-se sempre que não tivera em vista senão o interesse geral. Ora esta mesma utilidade publica é tambem o fundamento de qualquer laço obrigatorio no estado civil; e porisso, ainda que um contracto se tenha por moralmente obrigatorio, seria e deveria ser nullo aos olhos da lei, se os seus effeitos fossem contrarios ao interesse da sociedade; assim como o interesse da sociedade de que fazemos parte póde dar força obligatoria a pactos que, por si mesmos e independentemente do estado social, não deveriam produzir effeito algum.

Sendo pois prohibida uma convenção por causa da utilidade publica, unica sufficiente d'uma igual prohibição, póde subsistir a mesma razão para prohibir os effeitos de taes convenções, ainda que hajam sido contractadas anteriormente.¹

¹ Meyer, obr. cit. pag. 7 e 8.

Conforme o legislador julga estas convenções prejudiciaes ao interesse da sociedade, assim pôde prohibil-as para o futuro, deixando subsistir as quehouverem já sido contractadas; estender a sua prohibição ainda ás convenções anteriores não executadas, ou finalmente revogar até as que já receberam a sua plena e inteira execução. Eis aqui pois a primeira limitação feita pelo nosso auctor ao principio da não retroactividade. A lei terá effeito retroactivo quando o legislador declarar a sua vontade, *em termos formaes*.

«Mas ainda na falta d'uma tal declaração, ha todavia casos, em que pode applicar-se a legislação posterior a actos consummados, mas não executados sob a lei abrogada, e são estes casos que fazem o principal objecto de nossas investigações. Com effeito não ha difficuldade alguma a decidir quando o legislador se houver pronunciado d'uma maneira determinada, e em tal caso cumpre sómente aos subditos conformarem-se com a lei; mas é do dever do juiz e do jurisconsulto examinar qual fosse a vontade provavel do soberano e qual deva ser, por consequencia, a regra a seguir, quando o legislador não declarou a sua vontade positivamente; e são os principios que servem para descobrir esta vontade provavel de que vamos occupar-nos.»

Depois formúla a sua theoria em oito principios, que primeiramente resume em dous, cuja theoria passamos a expor.

Como é impossivel que se respeitem formas e se observem solemnidades desconhecidas ao tempo da celebração dos actos, e como aquelle que legitimamente adquiriu um direito não pôde ser espoliado d'elle, a não ser por motivo de utilidade publica, guardadas certas formalidades e mediante a previa indemnisação, ou por disposição expressa do soberano, quando a utilidade publica exigir o sacrificio dos nossos direitos, que todavia deve ser decretado em termos formaes; porisso os dous primeiros principios para decidir as questões transitorias na falta da lei expressa são os seguintes:

1.º «Todo o acto deve ser julgado pela lei vigente ao tempo em que foi practicado;

2.º Uma lei nova não pôde atacar os direitos legitimamente adquiridos antes da sua introduccção.»¹

¹ Meyer, obr. cit. pag. 8—10

Estabelecidos estes dois principios fundamentaes na sua theoria da não retroactividade da lei, passa depois a examinar, ainda que succintamente, as muitas consequencias que d'elles se derivam, e as restricções que modificam a sua applicação.

O primeiro principio desenvolve-se em cinco principios secundarios pela maneira seguinte:

No acto devem considerar-se duas partes, cujo concurso é necessario para a existencia d'elle, mas que são essencialmente distinctas, e por sua propria natureza sujeitas a regras differentes; e são a forma e a substancia do acto. As regras prescriptas pelas leis sobre a substancia dos actos contém o que chamam *solemnitates internae*, e não sómente são d'uma natureza muito differente da das *solemnitates externae*, ou as regras sobre a fórma, mas a sua violação produz ainda effeitos inteiramente differentes, que os jurisconsultos romanos tratariam de não confundir.

Generalisando pois esta distincção, podemos dizer que tudo o que respeita á capacidade das pessoas, á materia da obrigação, ao consentimento das partes, pertence ás solemnidades internas, ou ao fundo; mas, pelo contrario, o que versa sobre a maneira de expressar o consentimento ou a vontade, faz parte das solemnidades externas, ou da forma.

Feita esta distincção, e considerada a diversa natureza das regras sobre as solemnidades internas, e as solemnidades externas, ou sobre o fundo e a forma dos actos, desenvolve o nosso auctor o seu primeiro principio nos cinco seguintes:

1.º «A forma dos actos deve ser regulada pelas leis do tempo em que foram celebrados.

2.º «Quando o legislador, prescrevendo novas formalidades para a celebração dos actos, marcar um praso para a reforma dos anteriormente celebrados, segundo as prescripções da nova lei, findo este praso, todos os actos, ainda que anteriores, devem ser julgados segundo a lei nova, ainda no tocante á forma.

3.º «O processo deve ser regulado segundo a lei do tempo em que é intentada a acção.

4.º «O fundo dos actos deve ser julgado segundo as leis vigentes no tempo em que se promove a sua execução.¹

¹ Auct. cit. pag. 10—15.

5.º «O estado das pessoas em quanto ao exercicio dos direitos civis deve sempre regular-se pela lei actual.»

Finalmente, estudando a verdadeira natureza do direito legitimamente adquirido, e achando a sua caracteristica na *irrevogabilidade* do mesmo direito, desenvolve o segundo principio fundamental da sua theoria nos tres seguintes, que, junctos aos cinco precedentes, formam oito e completam a mesma theoria.

6.º «Os direitos adquiridos, isto é, aquelles que uma pessoa civilmente existente tinha, quer puramente, quer a termo, quer sob uma condição suspensiva ou resolutiva, absoluta ou relativamente incerta, devem ser regulados pelas leis antigas;

7.º «Ainda nestes casos a lei antiga não pôde regular senão as consequencias necessarias e immediatas d'um acto anterior ou d'um direito adquirido: as consequencias accidentaes ou remotas são pelo contrario reguladas pelas leis novas.

8.º «Os direitos revogaveis, ou que no momento da introdução d'uma legislação nova não se achavam ainda devolvidos a uma pessoa civilmente existente, devem ser julgados segundo esta nova legislação.»¹

Postos estes oito principios, passa Meyer a tirar-lhes a contra prova na disposição das leis positivas e nas decisões da jurisprudencia, e a fazer a sua applicação ás diversas materias que constituem o objecto do direito.

Como porém o nosso proposito foi apenas expor a sua theoria sobre a não retroactividade da lei, escusado será dizer que não nos fazemos cargo de acompanhar o insigne auctor no desenvolvimento practico da sua doutrina, ainda que muitas vezes tenhamos de recorrer a elle, quando tractarmos da applicação d'este principio ás diversas materias doCodigo Civil.

¹ Auct. cit. pag. 17—22.

§ 6.º

Theoria de Savigny

Segundo a theoria d'este profundo romanista¹, para precisar os limites a que deve restringir-se o principio da não retroactividade, devemos attender ao diverso conteúdo das regras de direito. Ora estas regras são de duas especies; as primeiras têm por objecto a *acquisição dos direitos*, isto é, o laço que prende um direito a um individuo, ou a transformação d'uma instituição de direito (abstracta) em uma relação de direito (pessoal). Assim, por exemplo, quando em um paiz a propriedade podia transmittir-se e adquirir-se por simples convenção, e uma lei nova exige a tradição como condição essencial, opéra-se a mudança da regra unicamente sobre as condições, segundo as quaes um individuo pôde adquirir a propriedade d'uma cousa, e formar o termo juridico, que vincule esta cousa á sua personalidade. O mesmo acontece, quando todos os contractos obligatorios podiam celebrar-se verbalmente com plena efficacia, e uma lei nova ordena que para todas as cousas ex cedentes a certo valor, sómente um acto escripto dará logar á acção.

A segunda especie de regras comprehende aquellas, que se referem á *existencia* dos direitos, isto é, ao reconhecimento d'uma instituição em geral, que devemos sempre suppôr, antes que possa fazer-se questão da sua applicação a um individuo; ou da transformação d'uma instituição de direito em uma relação de direito. Segundo o mesmo auctor, ainda esta segunda especie de regras se subdivide naturalmente em duas classes, diversas na extensão, mas identicas na essencia, e que por consequente se collocam absolutamente na mesma linha, quanto ao objecto da presente indagação. Á primeira classe pertencem as regras que versam sobre a existencia ou não existencia d'uma instituição de direito, como, por exemplo, a escravatura romana, a servidão da gleba germanica, os dizimos, a insti-

¹ Obr. cit. § 384, pag. 368—376.

tuição dos morgados e capellas, abolidas por uma lei nova, declaradas impossiveis, e privadas assim da protecção do direito. Formam a segunda classe as regras de direito que, não recahindo sobre a propria existencia das instituições juridicas, determinam o modo da sua existencia de maneira que, sendo conservadas na essencia, soffrem todavia uma profunda alteração. Temos copiosos exemplos de regras ou leis d'esta ultima classe, tanto em direito romano¹, como em direito patrio, antigo e moderno².

As regras da primeira especie, que regulam a aquisição dos direitos, se os factos geradores das relações juridicas estão consummados, não podem applicar-se retroactivamente, porque tal retroactividade seria condemnavel aos olhos da razão. As leis porém, que dizem respeito á existencia dos direitos, não estão sujeitas ao principio da não retroactividade, e devem applicar-se immediatamente³.

Em resumo, ou as leis regulam a aquisição dos direitos, e neste caso não podem applicar-se aos actos juridicos anteriores, ou regulam a existencia e conservação dos direitos, e, em tal caso, a retroactividade não deve suspender a sua applicação immediata.

Note-se porém que tanto as regras da primeira como as da segunda especie⁴ podem excepcionalmente ser applicadas de modo contrario ao principio relativo a cada uma d'ellas; mas é necessario que estas excepções sejam declaradas expressamente e sem ambiguidade pelo legislador, pois que, segundo o parecer do mesmo Savigny⁵, não podem ser introduzidas pelo juiz na falta d'essa declaração.

¹ L. un. C. de nud. jur. Quirrt. toll., L. un. de usuc. transform., L. 27, C. de usuris; Waldeck, § 222 e 243.

² L. 30 de julho de 1860, C. Civ. Port., art. 1707 e 1696, etc.

³ Obr. cit. § 385, pag. 376 e § 398, pag. 503; Gabba, obr. cit., pag. 161—170; Pinto, Suppl. a Meyer, n.º 10 e 11, pag. 121—123.

⁴ Savigny, § 397, pag. 495, § 399, pag. 519.

⁵ Idem, cit. § 397, pag. 498.

Theoria de Ymbert

Os factores d'esta theoria não accitam a celebre distincção entre os direitos adquiridos e as simples expectativas, como criterio seguro para resolver qual deva ser a influencia da lei nova sobre os direitos ou relações juridicas existentes á epocha da sua publicação.

«O verdadeiro principio não é este, não é o facto de o direito ser adquirido; é o *título* ou *origem*, ou o facto productor do direito, e para o encontrar é mister penetrar na natureza intima do phenomeno juridico.

Aos direitos conhecidos ou se póde assignar por fonte a natureza humana, as *convenções* ou a *lei*. Em relação á primeira é claro que a lei ha de sempre respeitar os direitos que nascem da natureza humana; e quanto aos derivados de *contractos* respeita os direitos ou relações juridicas que acha creadas por esse modo na epocha da sua publicação, porque, com quanto seja debaixo da garantia da lei que os cidadãos exercem a faculdade de contractar, o *principio gerador* dos direitos e obrigações nos contractos não é a lei, é uma cousa independente d'ella, é a união das duas vontades, que constitue o laço juridico e a que os romanos com energia de phrase davam o nome de *vinculum juris*.

Mas ha direitos, que não nascem da natureza nem dos contractos ou convenções, e que têm por *principio immediato* a lei, por creador unico a vontade do legislador. Neste caso não ha o *vinculo* juridico; a lei póde encadear o cidadão, mas o cidadão não póde encadear a lei. Ha uma verdadeira antithese entre estas duas especies de direitos: a essencia do direito *contractual* é ser independente da lei; a essencia do direito *legal* (permitta-se-nos a expressão) é ser independente da vontade dos cidadãos, e dependente só da do legislador. Por isso, assim como a lei dá estes direitos, póde tiral-os, só com uma reserva, o respeito ao *facto consummado*, isto é, aos *actos já practicados* em virtude d'esta lei!.

Segundo pois esta theoria não ha cousa mais facil nem

¹ Sr. Levy, Disc. proferido na sessão legislativa de 7 de março de 1864, e publicado no *Diario de Lisboa* n.º 52, do dicto anno. Sr. Ribas, obr. cit. pag. 227.

mais simples de que a applicação da lei nova ás relações juridicas existentes; porque não é á qualidade de direito adquirido que deve attender-se, mas á origem do direito; conforme elle provem da *natureza* e dos *contractos*, ou da *lei*, assim o direito, as relações juridicas, devem ou não ser respeitadas; porque no primeiro caso dá-se retroactividade, no segundo nem sombra d'ella. Deixaremos o exame d'esta theoria, como temos feito a respeito das outras, para depois da exposição de todas, porque a analyse particular de cada uma d'ellas levar-nos-hia mais longe do que o permite a nossa capacidade, a natureza d'este trabalho, e as condições do tempo.

§ 8.º

Theoria dos direitos adquiridos

Vamos finalmente encerrar esta resenha de systemas com a exposição da ultima¹, que, pela sua antiguidade, celebri-

¹ Gabba, expondo e criticando as doutrinas fundamentaes dos mais celebres auctores sobre a retroactividade da lei, diz que «são cinco os axiomas d'elle conhecidos, que até hoje têm servido de base á theoria do effeito retroactivo da lei; a saber: — 1.º que nesta indagação o principal criterio é a *intenção expressa* do legislador; — 2.º que são justamente retroactivas, isto é, applicaveis ás consequencias dos factos e relações juridicas anteriores, sem que ninguem possa queixar-se da offensa d'um direito adquirido, as leis connexas com a *ordem publica*, isto é, as que forem publicadas por motivo de *utilidade publica*; — 3.º que são justamente retroactivas as leis favoraveis, isto é, as que melhoram, e não o podem ser as que peioram a condição dos cidadãos; — 4.º que são justamente retroactivas as leis que respeitam ao *ser ou o modo de ser* dos direitos, e não podem ser pelo contrario as que respeitam á *acquisição* dos mesmos; — 5.º que são justamente retroactivas, as leis attinentes ao individuo, sem influir sobre *actos da sua vontade*, e não o possam ser pelo contrario, as que se referirem a *taes actos*» Gabba, obr. cit. pag. 144—145.

«Savigny sómente faz menção das theorias de Weber, Bergmann e V. Struve; e Pinto, no seu Supplemento a Meyer, pag. 120—123, (n.º 8—13,) apresenta-nos a theoria do mesmo Meyer que elle confunde com a doutrina de Duvergier; a de Savigny e de V. Struve. O sr. Levy (Disc. cit.) deu-nos conhecimento da theoria de Ymbert, e acrescentando a velha theoria dos direitos adquiridos, temos exactamente cheio o quadro das theorias que apresentamos.

Confrontando porém as theorias apresentadas por Gabba com as que expozemos, notam-se algumas lacunas na nossa exposição; pois que não mencionámos nem a da *lei favoravel*, nem a da distincção entre *os actos voluntarios*, e *os actos independentes da vontade*. Deu causa a esta lacuna

dade e generalidade, deveria talvez occupar entre todas o primeiro lugar. Não foi porém o prurido de novidades que nos arrastou a semelhante deslocação, mas simplesmente o desejo de evitar fastidiosas repetições. Os que professam este systema sustentam que, na falta de declaração expressa do legislador, e salvo o caso da lei interpretativa, e a utilidade publica, não pôde a lei nova applicar-se retroactivamente, havendo offensa de direitos adquiridos, porque, para estes auctores, o verdadeiro character da retroactividade da lei consiste na offensa de direitos adquiridos, e por isso todos são concordes em decidir que, salva a offensa dos direitos adquiridos, pôde a lei nova applicar-se ao passado ou ao presente, sem incorrer na nota de retroactividade, visto que a nota characteristicamente d'esta, é a violação dos direitos adquiridos, e, salva a inviolabilidade d'estes, a lei applica-se sem perigo algum de retroactividade.

Nós já mostrámos com Duvergier que mui poucos casos

o não possuímos ainda a excellente obra de Gabba, quando escreviamos esta parte do nosso trabalho, que já não emendámos por estar no prelo. Ainda que temos para nós que pelo nosso trabalho se acham dispersos sufficientes elementos para julgar o que as sobreditas theorias tenham de bom e de mau.

Como porém de todas estas doutrinas a mais importante, não só pela sua novidade, mas ainda mais pela sua profundidade, seja a de Lassalle, por isso daremos o seu resumo.

Este profundo juriscônsulto, considerando o conceito da retroactividade da lei como o conceito d'uma violação da *liberdade* e da *responsabilidade* do homem, e por tanto como a violação do *pensamento* e da *vontade*, e por ultimo como a negação do proprio *espírito*, porque a lei retroactiva, produzindo todos os effeitos supra indicados, tracta o espirito como *uma cousa sem vontade*, resume a sua sublime theoria nas duas proposições seguintes, que transcrevemos de Gabba (pag. 173—174)

«a) Non può retroagire *nessuna* legge, la quale concerna l'individuo in relazione ad *atti della sua volontà*;

«b) Deve retroagire *ogni* legge, la quale concerna l'individuo, *astrazione facendo da atti della sua volontà*, e quindi colpisca *immediatamente* le sue qualità involontarie, spettanti a tutti gli uomini o per legge di natura o per fatto della società; oppure lo colpisca *mediatamente* soltanto, col modificare le istituzioni organiche della società.

«Secondo il Lassalle adunque i diritti acquisiti, observa Gabba (loc. cit.), su cui la legge non può influire retroattivamente, sono diritti che furono posti in essere mediante *atti dell'umana volontà*, e in questa circostanza appunto risiede la ragione, per cui la retroattività della legge è giuricamente impossibile. Questa è in sostanza la dottrina del Lassalle, che noi ora dobbiamo esaminare e apprezzare.»

se podera dar em que a lei, actuando sobre o passado, não altere, modifique, ou extinga alguma relação jurídica já formada, e que fóra d'estes casos, como ella, em vez de causar danos, concede vantagens, ninguem se queixaria da sua retroactividade.

Segundo esta doutrina as duas formulas: — a lei não tem effeito retroactivo, e — a lei não deve na sua execução atacar os direitos adquiridos — são equivalentes; porque não ha effeito retroactivo sem offensa de direitos adquiridos, e não ha offensa de direitos sem que se dê á lei effeito retroactivo. Nós porém não temos estes dois principios por equivalentes; porque admittimos que a lei offenda direitos adquiridos sem retroagir no sentido rigoroso da palavra, porque não admittimos retroactividade sem modificação das relações jurídicas anteriores á publicação da lei, porque, se a lei retroage, ha de necessariamente existir objecto da retroacção. Que a acção da lei seja favoravel ou desfavoravel ás pessoas que são objecto das suas disposições, não contestamos; mas que se persista em restringir a retroactividade unicamente á acção desfavoravel, é o que não podemos admittir sem abuso de linguagem e offensa das idéas.

Alem d'isso, adoptar como criterio da applicação da lei a qualidade do direito adquirido não é resolver a questão, mas deslocal-a, porque se pretende resolver uma difficuldade por outra difficuldade. E note-se que não é tanto pela natureza do principio do direito adquirido como pela insufficiencia do mesmo principio, que tem obscurecido a questão, porque, em vez de subordinarem a retroactividade da lei ao principio dos direitos adquiridos, como pedia a logica, muitas vezes, para evitar consequencias extremas, provenientes da applicação de tal principio, amoldam-no ao principio da não retroactividade, de sorte que o principio dos direitos adquiridos tem maior ou menor extensão, não só segundo as varias noções que têm dado d'elles, mas até segundo as diversas materias a que tentam applical-o. O processo é mais facil do que ingenhoso, porque é simplicissimo dizer que em tal caso não póde applicar-se a lei ao passado, porque ha offensa de direitos adquiridos, e que noutro caso póde applicar-se affoutamente, porque não ha semelhante offensa. De maneira que a retroactividade ou não retroacti-

vidade da lei, a sua applicação ou não applicação immediata depende d'uma simples affirmação ou negação.

Se considerações politicas, economicas e moraes persuadem a applicação immediata da lei, nega-se ao direito a qualidade de adquirido, para dissimular segundo uns, e justificar segundo outros, o effeito retroactivo da lei; mas, se as mesmas ou outras considerações repellem a acção da lei sobre o passado ou presente, affirmam então de direito a qualidade de adquirido. Era-nos facil mostrar, pelas applicações que fazem d'este principio, a sua nimia elasticidade, pois que umas vezes entendem simplesmente por direito adquirido o direito tornado certo por sentença ou transacção, e outras vezes o direito proveniente de qualquer acto juridico irrevogavel.

Vamos todavia apresentar a definição de direito adquirido, e veremos depois mais facilmente, se, ainda determinado o conteúdo positivo do direito adquirido, este principio se pôde applicar em toda a sua extensão, porque, se for geral, deverá admittir-se ou rejeitar-se segundo a sua conveniencia ou desconveniencia com os principios da sciencia do direito e da legislação; e se estiver sujeito a varias excepções, para accomodar-se ás varias hypotheses que se possam apresentar, não deve acceitar-se por arbitrario. Não é facil encontrar-se uma definição rigorosa de direito adquirido, o que não admira, pois que todas as definições têm sido dadas sob a perniciosa influencia de que o direito adquirido não devia permittir a retroactividade da lei; e por isso não procuraram definir o direito adquirido na sua essencia intima e caracteristica, mas aquelle direito adquirido que a lei devia respeitar.

D'onde se vê que ha aqui um circulo vicioso, porque, se perguntarmos o que deve entender-se por direito adquirido, respondem-nos — que é aquelle sobre que a lei nova não tem acção alguma; e se perguntarmos sobre que direitos não tem acção a lei nova, respondem-nos — que é sobre os direitos adquiridos. É isto o que parece deprehender-se da descripção de direito adquirido mais geralment seguida, e que é a seguinte: «Todos os actos, que estiverem terminados, quanto á sua essencia, antes da promulgação da lei nova, ainda que a sua execução e effeitos dependam d'um

só factó, que deve realisar-se depois da lei nova, pertencem ás cousas passadas e julgadas segundo as leis anteriores, e não pela nova, comtanto que o estado d'estes actos não permita rectifical-os e completal-os no sentido da lei nova¹.»

Diz ainda outro auctor: «Para que um acto, cujo effeito depende d'um acontecimento futuro que se completa por um só factó (ab actu post legem novam futuro eoque non extensivo) possa ser considerado como um acto passado, e que por isso nos seja prohibido applicar-lhe a lei nova, é necessario que não seja possível trazer uma mudança ao acto de que se tracta, e modificál-o segundo a lei nova, sem dirigir ataque ao direito legalmente adquirido».² Bastam estes dois especimens, para vermos a precisão e clareza com que se definiam os taes direitos adquiridos.

Demolombe³ é mais explicito, em quanto define direito adquirido — «o direito bem e devidamente feito *nosso*, de que estamos *investidos, apropriados*, que um terceiro não, podia tirar-nos⁴. Não é todavia necessario, continúa o me-

¹ Tobias-Jacob Reinhard, nas suas *Selectae observationes ad Chrystianaeum* (tom. 1, observat. 49, n.º 5): *Quaecumque negotia jam ante legem novam latam, quoad essentiam suam, fuerunt perfecta, icet consummationem suam suosque effectus ab actu demum post legem novam futuro, eoque non extensivo, adhuc expectent; ea ad praeterita omnino referenda sunt; adeoque ex anterioribus legibus, nequaquam verò ex nova lege lata, dijudicanda, modò non integrum sit negotium juxta novae legis placita emendandi et perficiendi.* Merlin, obr. cit., secç. III, § 1, n.º 3; Malher de Chassat, obr. cit., § 163, pag. 271.

² Glück no seu commentario sobre a *Jurisprudentia forensis de Helldfeld*, tom. 1, § 21.

³ Demolombe, obr. cit. chap. III, pag. 44 e 45.

⁴ Sobre a exposição e critica d'estas definições, assim como das de Chabot de l'Allier (pag. 88), de Blondeau (pag. 280), de Meyer (pag. 15), e Merlin (*Effet. rétroact. sect. 3, § 1, n.º 3*), de Spangenberg, de Savigny (pag. 382—386), de Chrystiansen (pag. 28—33) de Lassalle, de Kalindéro (pag. 27), de Theodosiades (pag. 541), vid. Gabba, obr. cit. pag. 183—189 e 174.

Este profundo escriptor, confrontando as varias definições, que têm sido dadas de *direito adquirido*, observa que umas foram formuladas sob o ponto de vista da *origem* do direito, e outras sob o ponto de vista da relação do mesmo direito com o *interesse* do individuo; que uns definiram o *direito adquirido*, abstrahindo do *effeito retroactivo* da lei, e que outros se deixaram influenciar por este principio da não retroactividade.

Convencido pois de que as definições adoptadas pelos seus predeces-

smo auctor, que possamos dispor d'este, transmittil-o e alienal-o; porque ha direitos, os mais bem adquiridos, os mais respeitaveis, que não são alienaveis nem transmissiveis; mas, comtudo, esta circumstancia: 1.º é muitas vezes um meio de reconhecer o direito adquirido, porque nós não podemos alienar senão o que nos pertence; 2.º ella é uma consideração de mais em favor da applicação da lei antiga; pois que a applicação da lei nova a um direito, que tivesse sido objecto de transmissões successivas, offenderia muitos

sos, peccam principalmente por não se haver considerado o direito sob o conjuncto de suas relações, e julgando que uma definição de *direito adquirido*, para que possa servir de criterio á applicação da lei, deve considerar o direito em relação á sua *origem*, em relação ao *interesse pessoal*, e em relação á *retroactividade*, visto que nesta relação o conceito *direito adquirido* tem um significado mais restricto do que absolutamente considerado, apresenta tambem a sua definição de *direito adquirido*, que elle julga reunir as *virtudes* das precedentes, sem participar dos seus *defeitos*. Esta definição acha-se formulada nos termos seguintes:

«È diritto acquisito ogni diritto, che a) è conseguenza di un fatto idoneo a produrlo in virtù della legge del tempo in cui il fatto venne compiuto, benchè l'occasione di farlo valere non siasi presentata prima dell'attuazione d'una legge nuova intorno al medesimo, e che b) a termini della legge, sotto l'impero della quale accadde il fatto da cui trae origine, entrò immediatamente a far parte del patrimonio di chi lo ha acquistato.»

Analyzando depois o conceito do *direito adquirido*, como a existencia *concreta* d'este *direito* não possa afirmar-se sem a existencia de um *facto*, d'onde ou por onde nos advenha o *direito*; e sem a existencia d'uma *lei*, que do *facto* deduzo o *direito*; por isso estuda o *direito adquirido* já sob o ponto de vista da *lei*, abstrahindo da sua applicação, a cuja *relação* de direito alguns philosophos allemães chamam *directivo*, chamando *direito subjectivo* ao direito concreto, isto é, ao direito proveniente da *exerção do acto*, preestabelecido pela lei; já sob o ponto de vista do *facto gerador do direito*; e por ultimo o *direito concretizado* numa *relação jurídica*, producto da união d'aquelles dois factores, *lei e facto*.

Sob a primeira *relação* considera o direito nas differentes formas da sua manifestação á consciencia dos povos, *lei e costume*, na sua *utilidade practica*, e nos seus *effeitos*.

Sob a segunda *relação*, isto é, sob a relação dos *factos*, estuda os caracteres essenciaes d'estes na theoria da retroactividade, os requisitos communs dos *factos acquisitivos*, que vêm a ser: a) *perfeição do facto*, b) *tempo idoneo*, c) *capacidade civil*, d) *forma legal do acto*.

Finalmente, *concretizado* o direito na *relação jurídica* pela união do *facto* com a *lei*, considera-o ainda sob a sua *extensão e duração*. Eis um ligeiro esboço da theoria de Gabba sobre a retroactividade da lei. (Vid. este auct. pag. 190—299.)

interesses particulares ao mesmo tempo, e causaria por isso mesmo nas relações sociaes mais profunda perturbação. Finalmente penso que podemos dizer, ainda como proposição geral, que quando um facto se consummou sob uma lei antiga, a consequencia de que este facto fôra o principio gerador, a causa efficiente e directa, forma principalmente o que se chama o *direito adquirido*.» Abundam nestas mesmas idéas Merlin, Duvergier e muitos outros¹.

¹ Merlin, loc. cit.; Duvergier, obr. cit. pag. 96.



CAPITULO IV

Exame critico das theorias precedentes

Sem proseguirmos com ulteriores desinvolvimentos, vamos comparar e julgar cada um d'estes systemas, não com o fim de entre todos elles acharmos o verdadeiro principio, que deve regular a applicação da lei nova, porque pela sua simples exposição podemos notar que não apresentam uma solução cabal e satisfactoria, mas porque nos quer parecer que entre todos elles se encontram dispersos varios elementos, que muito importam á consecução do nosso fim.

Não obstante termos já noutra parte figurado as varias hypotheses ou posições da lei antiga e nova em face d'um factu ou relação juridica, procuremos todavia reproduzir aqui as mesmas idéas que encontramos tambem em Savigny.¹ Este auctor, como já observámos, distingue dois gráus de retroactividade, comprehendendõ o primeiro o tempo posterior á lei, e o segundo o tempo anterior, mas tendo as relações juridicas submettidas ao imperio da nova lei a sua origem em factos anteriores á sua publicação.

Feita esta observação, vamos examinar, ainda que mui

¹ Savigny, obr. cit. § 385.

succintamente, as varias soluções que se devem dar a cada um d'estes gráus, segundo as diversas theorias.

Pelas theorias de Weber e Bergmann deviamos admittir o primeiro gráu de retroactividade, e rejeitar o segundo, ainda que por motivos diversos, pois que Weber, arvorando em principio geral uma decisão particular do direito romano neste sentido, faz applicação a todas as especies do seu principio estreito e acanhado, e que não tem justificação, nem perante a razão, nem perante o direito romano, pois que ahi se encontram varias decisões noutro sentido, e até mesmo alguns casos de retroactividade do segundo gráu; e Bergmann, a pezar de conhecer que o direito romano admittie nalguns casos os dois gráus de retroactividade, e noutros não acceta nenhum d'elles, reconhece o seu principio como verdadeiro, porque o tem por conforme á natureza das cousas.

Segundo a theoria de Savigny não podemos admittir nenhum dos dois gráus de retroactividade nas regras da primeira especie, mas devemos admittir o primeiro nas regras da segunda especie. Pela theoria de Ymbert deveriamos accetar o primeiro gráu de retroactividade com relação ás consequencias de actos, facultados pela lei, mas não aos actos ou effeitos ou direitos da natureza e dos contractos.

Applicando a doutrina de Meyer e a dos direitos adquiridos, admittiriamos o primeiro gráu de retroactividade sobre as consequencias remotas, e as simples expectativas, mas não pelo que respeita aos direitos adquiridos e ás suas consequencias proximas e necessarias.

Vemos pois que todos são concordes em reprovar a retroactividade no segundo gráu, salvo, para alguns, a declaração expressa do legislador e a lei interpretativa; e quanto ao primeiro temos Savigny, que a rejeita nas regras de primeira especie, admittindo-a nas da segunda, e todos os mais a reconhecem como legitima, Weber e Bergmann na sua generalidade, e os restantes com as modificações introduzidas pela qualidade dos direitos, ou pela natureza dos effeitos e das consequencias, ou pela sua diversa origem.

Da simples confrontação das diversas theorias vemos que todas ellas, a pezar de sua immensa variedade, se podem reduzir a tres grupos, comprehendendo no primeiro aquellas, segundo as quaes a lei nova deveria regular todas as con-

sequencias dos actos posteriores á sua promulgação, embora os actos tivessem sido practicados em epocha anterior; no segundo a de Savigny, que julga que as consequencias anteriores dos actos devem ser reguladas pela lei vigente ao tempo em que elles foram practicados; e no terceiro finalmente a média entre estes dois systemas extremos, segundo a qual umas consequencias dos actos posteriores á lei nova seriam reguladas na conformidade d'esta, e outras continuariam a selo na conformidade da lei antiga. E é para determinar a acção successiva ou simultanea da lei nova e da lei antiga, que uns¹ tomam por medida a *qualidade do direito adquirido*, outros² a sua *origem*, uns³ a *intenção* do legislador, outros⁴ a *qualidade dos effeitos*, uns⁵ o *diverso conteúdo* das regras de direito, e outros⁶ finalmente a *utilidade geral*.

Reduzidas pois as differentes theorias aos pontos capitaes que deixamos indicados, passamos a submeter cada uma de per si ao escarpello da analyse e da logica, a fim de conhecermos a sua verdade ou falsidade, a sua sufficiencia ou insufficiencia.

A doutrina d'aquelles que seguem que todas as consequencias dos actos anteriores devem ficar sujeitas á acção da lei nova sem distincção alguma, não nos parece aceitavel, porque nem é conforme ao direito romano, nem á natureza das cousas, como pretendem os seus auctores. Effectivamente no direito romano, se ha disposições que mandem que os effeitos juridicos de certos actos anteriores á promulgação da nova lei sejam da sua data por diante regulados na conformidade d'esta⁷, ha tambem outras e não poucas, onde se estabelece não só a applicação da lei nova aos proprios actos an-

¹ Merlin, obr. cit., secç. III, § 1, n.º 3; Delvincourt, Cours du Cod. Civ., tom. 1.º, not. 2; Malher de Chassat, obr. cit., liv. III, § 183 e partie supplementaire, § 10; Demolombe, obr. cit., chap. III, pag. 44 e 45; sr. Seabra, Apostilla n.º 2, pag. 39; sr. Moraes Carvalho, Resposta á segunda Apostilla do sr. Seabra, pag. 34, *premissa primeira*; sr. Dias Ferreira, Diss. Inaug. pag. 12; Cod. Civ., art. 8.

² Sr. Levy Maria Jordão, Disc. cit.

³ Duvergier, obr. cit., pag. 23.

⁴ Meyer, obr. cit., pag. 19—21.

⁵ Savigny, obr. cit., § 384, pag. 368—376.

⁶ Belime, obr. cit., pag. 476; Gabba, obr. cit., pag. 150—159.

⁷ L. 27, C. de usuris.

teriores á sua promulgação¹, mas onde tambem se decreta o respeito por actos juridicos anteriores á sua existencia, e pelas consequencias ainda posteriores á lei nova². Não ha por conseguinte razão alguma, que nos leve a estabelecer como principio geral uma prescripção particular e arbitraria do direito romano³, e que apenas poderia aceitar-se no caso especial da sua applicação, attentas as circumstancias superiores que motivaram tal decisão.

Não a achamos tambem conforme á natureza das cousas, como o entende Bergmann⁴, nem mesmo exequível.

Antes porém de demonstrarmos a inexequibilidade d'este principio, devemos marcar uma differença importante para o nosso fim, differença que apresenta a natureza dos actos juridicos.

«A maior parte d'estes actos são acontecimentos simples pertencentes a um tempo preciso, como os contractos, que consistem na conformidade de vontades ácerca de alguma condição juridica, isto é, num acto momentaneo, onde não ha preparativos a que seja mister attendere. Para esta classe de factos é sempre facil determinar se uma lei lhes é anterior ou posterior.

«Mas outros actos ha que abrangem um certo periodo de tempo, quer supponham a continuação d'um certo estado de cousas, taes como a posse, a prescripção; quer resultem de muitos acontecimentos pertencentes a epochas differentes, como os testamentos⁵.»

Quanto aos factos da primeira especie ainda a sua natureza e effeitos pede que façamos uma subdistincção; porque nestes muitas vezes o effeito se produz immediatamente, de maneira que não é possivel distinguir-se no tempo o effeito do acto, porque o acto é constituido pela simultaneidade de seus effeitos, como acontece na doação, na compra e venda, na troca pura; e outras vezes o acto, em vez de operar uma transformação momentanea, transeunte da relação ju-

¹ LL. 8 e 9 C. de incest. nuptiis, L. 3, C. de pact. pign.; LL. 21 e 22, C. de Sac. Eccl.

² L. 7, C. de legibus.

³ Savigny, obr. cit., § 387, pag. 357.

⁴ Bergmann, §§ 4, 22, 30; Savigny, loc. cit.

⁵ Savigny, obr. cit., § 388, pag. 400 e 401.

ridica, cria pelo contrario uma relação permanente, temporaria ou perpetua, como acontece no arrendamento, na usura, nos fideicommissos, na emphyteuse e no usufructo. Nos primeiros casos ha a transferencia plena do dominio; o effeito do acto é simples e determinado, porque se opéra no mesmo momento. Nos segundos, porque não ha a alienação total do direito de propriedade, mas simplesmente a transferencia d'um de seus elementos, o qual pôde ser a titulo perpetuo ou temporario, conserva-se sempre certo laço entre a propriedade e o elemento que d'ella se separou, uma certa relação entre o proprietario e o usufructuario, até que se opère a confusão dos dois elementos que o interesse individual separou, e cuja separação o social sancionou.

Por esta distincção facil é ver que, com quanto a lei nova possa submeter ao seu imperio todos os factos que, embora começados anteriormente á sua publicação, sómente depois d'ella recebem o seu complemento, não pôde todavia alcançar dos primeiros senão aquelles, cujas consequencias remotas se produzem ainda depois da sua promulgação; porque a duração do vinculo entre o credor e o devedor do direito estende-se pela lei antiga, ou por força do contracto, ainda alem da lei nova.

Por tanto este systema tem uma parte inexequivel e outra exequivel; mas ainda neste ultimo caso não pôde admitir-se em toda a sua extensão, porque a applicação geral e immediata da lei nova a tudo o que existe juridicamente no tempo da sua promulgação nem sempre pôde ter logar; pois, ainda que a ordem, a successão e a continuidade sejam leis do progresso, e as leis, fórmulas externas do mesmo progresso, nunca esta successão e continuidade devem ser tão rigorosamente observadas, que de sua observação resulte offensa dos principios do direito e da justiça.

Nós não queremos nem podemos negar a influencia das leis sobre a sociedade, porque bem sabemos que as leis dão a forma ás instituições civis e politicas, de que se compõe a mesma sociedade; mas tambem não podemos considerar a sociedade na multiplicidade das suas relações juridicas, como cera branda ou metal fundido, que possa vasar-se em todos os moldes das leis successivamente promulgadas.

Pelo contrario entendemos que ha, pelo dizer assim, fór-

mas crystallizadas, que a lei nova deve deixar intactas, sob pena de as mutilar ou desfigurar completamente. Mas do exame d'este principio deduzimos nós que a lei nova póde applicar-se ás relações jurídicas existentes no tempo da sua publicação, e que os actos que anteriormente tinham um certo modo de ser, e produziam certas consequencias, podem ou deixar de existir para o futuro, se a lei for abrogatoria, ou ser modificados em conformidade com as novas medidas do poder legislador. O que é necessario é determinar os casos em que o imperio da lei antiga fica extincto ou reduzido pela lei nova, e quaes possam e devam ser os justos limites d'esta redução. Ainda porém não é aqui que se nos depara o ensejo de resolver este ponto de doutrina; pois para não quebrarmos o fio das ideas, cumpre-nos agora passar ao exame do systema de Savigny.

A theoria d'este auctor consiste, como já sabemos, em distinguir as regras, que têm por objecto a *acquisição dos direitos*, das que têm por objecto a sua *existencia e conservação*, e em julgar o principio da não retroactividade da lei applicavel ás regras da primeira especie, mas não ás da segunda. Ainda que estes dois principios pareçam inconciliaveis, pois que as regras da primeira especie repellem a applicação das da segunda, não o são todavia; porque o auctor presuppõe a relação de successão entre as duas especies de regras, e não a da simultaneidade, pois sómente neste caso a acção das duas leis seria inconciliavel, dispondo cousas differentes. Sendo porém a relação da successão, póde a nova lei que tem por objecto não a *formação do vinculo juridico*, mas a sua *existencia*, apertal-o, relaxal-o, ou ainda extinguil-o. É necessario todavia não tomarmos o principio da não retroactividade, applicado ás leis que têm por objecto a *acquisição dos direitos*, na extensão que lhe dá o auctor d'esta theoria; porque a observancia do primeiro principio excluiria o segundo.

Consideremos a applicação d'estes dois principios a dois casos correspondentes, a fim de tornarmos mais patente a sua incompatibilidade. Quando Savigny faz a applicação do primeiro principio ao direito das obrigações, diz o seguinte:

«Da existencia do contracto resulta para ambas as partes o direito de reclamar a observação das regras relativas

a estas diversas questões, independentemente de toda a mudança possível na legislação. Isto constitue um direito adquirido, e segundo o nosso principio deve ser conservado na presença de *toda a lei nova*¹.

Mas, quando tracta da applicação do principio da não retroactividade ás regras da segunda classe, diz: «As leis novas pertencentes a esta classe não devem conservar os direitos adquiridos².» Parece-nos porém que esta especie de contradicção desaparece se reflectirmos que as leis que elle compara no primeiro texto pertencem ambas á primeira classe, porque, se elle confrontasse as da primeira com as da segunda, a contradicção seria, manifesta e real e a sua theoria inapplicavel por contradictoria.

«A doutrina de Savigny, segundo a critica de Gabba³, é obsoleta e inexacta, se a tomarmos por uma repetição em termos differentes do principio da retroactividade das leis prohibitivas, sem sentido na theoria, e perigosa na practica, se a considerarmos como doutrina da retroactividade das leis sobre a aquisição e da não retroactividade das leis sobre o modo de ser das instituições juridicas, ou sobre a duração dos direitos.»

D'esta theoria deduzimos o principio de que as leis que dizem respeito não á formação da entidade juridica, mas á sua *modalidade*, podem applicar-se immediatamente; mais tarde veremos quando deva ter logar esta applicação.

Segundo a theoria dos *direitos adquiridos* e das *simples expectativas*, a lei nova não sómente pôde applicar-se a todos os actos e suas consequencias existentes ao tempo da sua promulgação, mas até ao tempo anterior, com tanto porém que da sua applicação ao presente ou ao passado não resulte offensa de *direitos adquiridos*. Nós mostrámos já o valor d'esta theoria quando fizemos a sua exposição. A simples qualidade

¹ Obr. cit., § 392, pag. 427.

² Obr. cit., § 398, pag. 504.

³ Obr. cit., pag. 167. Antes de Gabba já a doutrina de Savigny havia sido refutada por Lassalle (pag. 14—26), por Boecking (*Pand. d. röm. Privatr.* Bonn, 1853, 1, pag. 317), por Scheurl (*Beitr. z. röm. Recht.* Erlangen, 1853), por Bornemann, pag. 8), por Christiansen (*ueber erworb. Rechte*, Kiel, 1856, pag. 95, e 107), citados por Gabba, pag. 170, not. (1).

do *direito adquirido* não nos pôde servir de norma na applicação da lei nova, já porque não é facil determinar precisamente a qualidade de adquirido, como mostra o des-acordo que a este respeito existe entre os auctores, já porque aquelles mesmos que se soccorrem a este principio se vêem muitas vezes obrigados a modificar a extensão do mesmo, assaz indeterminada, por meio de excepções tiradas dos motivos de utilidade publica. De forma que, em ultima analyse, o principio que nos deveria dirigir na applicação da lei nova vinha a ser, não a qualidade do direito adquirido, mas o interesse social ou a utilidade publica, visto que a mesma qualidade do direito adquirido não pôde servir de embargo á execução immediata da lei, quando as considerações de utilidade publica, ou as exigencias do interesse social, reclamassem a sua prompta applicação.

Mas supponhamos que este principio era absoluto, e que não havia consideração alguma de ordem juridica, politica e economica, que o fizesse vergar; o alcance maior ou menor de seus effectos ficaria dependente da plena determinação de sua natureza, pela bem sabida lei do mundo intellectual de que a comprehensão de qualquer conceito está na razão inversa da sua extensão. Para comprovarmos a verdade do que levamos dicto, citaremos as palavras d'um erudito jurisculto,¹ que é uma gloria do fóro portuguez e um ornamento da tribuna, o qual, impugnando victoriosamente esta mesma theoria, diz: «e com effecto, apezar dos esforços dos juriscultos, ainda até hoje lhes não foi possivel achar uma definição satisfactoria de *direito adquirido*, como elles mesmos reconhecem, podendo dizer-se com um escriptor moderno que, como Proteu, o direito adquirido *est insaisissable; on ne peut le prendre ni par force, ni par ruse, il échappe à l'étreinte du jurisculte épuisé*. E eu poderia demonstral-o, continúa ainda o mesmo orador, fazendo a analyse das principaes definições, que têm sido apresentadas por Merlin, Blondeau, Chassat, Valette, Demolombe, Mourlon e Dalloz. Alem de que este systema pecca ainda por outro principio, porque, como, exceptuados os direitos *naturaes* do ho-

¹ Sr. Levy Maria Jordão, *Disc. cit.*

mem, não ha *direito* que não seja adquirido, a lei jámais poderia exercer influencia alguma sobre as relações juridicas *existentes* ao tempo da sua publicação.»

Este principio pois não satisfaz ás condições d'um verdadeiro principio; visto que lhe falta a clareza, a generalidade e a inflexibilidade.

Mas, se a qualidade do direito adquirido não limita o imperio da lei nova sobre as varias relações juridicas que existem no momento da sua publicação, é forçoso que haja algum outro principio que regule a applicação da lei nova. Será o da *origem dos direitos*?

Para examinarmos esta theoria, que á primeira vista seduz pela sua simplicidade, temos ainda que socorrer-nos ao citado discurso do sr. Levy. Diz elle: «não são os direitos adquiridos o verdadeiro criterio para se resolver qual a influencia da lei nova sobre os direitos ou relações juridicas existentes á epocha da sua publicação. O verdadeiro principio não é este, não é o facto de o direito ser adquirido; é o *titulo*, ou *origem*, ou o facto productor do direito, e para o encontrar é mister penetrar na natureza intima do phenomeno juridico.» Estudando depois as causas productoras do phenomeno juridico, apresenta-nos tres, que são a *natureza*, as *convenções* e a *lei*. Esta theoria sobre a origem genealogica do ser juridico, seguida tambem pelo Codigo Civil¹, parece-nos destoar completamente dos principios racionaes do direito, pois aprendemos em direito natural que os direitos ou são absolutos ou hypotheticos; que aquelles se fundam no titulo geral da natureza humana, e que estes, alem do titulo geral da natureza humana, origem remota, carecem de um titulo especial, ou facto, para existirem. Ora assignar como principios geradores do direito a *natureza*, as *convenções* e a *lei*, é confundir os direitos hypotheticos com os absolutos, o acto com a faculdade, a existencia com a capacidade. D'estes direitos uns têm sómente um titulo, e estes são os absolutos, pois nascem com o homem, e outros têm dois titulos, um justificativo, e outro executivo ou provativo, ou duas causas, uma efficaz, e outra efficiente. Sendo as-

¹ Cod. Civ. Port., art. 4.º

sim, é forçoso concluir ou a falsidade de semelhante theoria, ou a sua reducção ao titulo geral, pelo que respeita aos direitos absolutos, e ao especial, facto de acquisição, no que toca aos condicionaes.

Mas, como esta reducção não possa fazer-se, pois as tres causas, ou os tres titulos apresentados, são causas disjunctivas e não demonstrativas, segue-se a falsidade da theoria. Além d'isso as leis, como já por vezes temos dicto, definem direitos, mas não criam direitos; e por isso não podem contar-se entre a fonte ou a origem do direito, alias haviamos de acceitar como justos todos os factos que tivessem obtido a sancção legal, muito embora elles fossem altamente attentorios dos direitos mais sagrados do homem. Não ha direito algum que não se derive da natureza humana, quer mediata, quer immediatamente, isto é, intervindo ou não intervindo algum facto ou acontecimento. A lei apenas define a capacidade juridica, ampliando-a ou restringindo-a, segundo as conveniencias sociaes, e regula o exercicio de mesma. Define, reconhece, especifica; mas não gera, não cria, não produz. Numa palavra é garantia, mas não origem de nossos direitos; é guarda, mas não mãe d'elles.

Concedamos porém que esta distincção era verdadeira, e a numeração exacta; forneceria ella o verdadeiro critério para regular a influencia da nova lei sobre os direitos ou relações juridicas, existentes ao tempo da sua publicação?

Estamos muito longe de o crer.

Por esta theoria a lei nova deve respeitar todos os direitos provenientes da natureza e das convenções, mas póde tirar os que são mera concessão da lei. E trarão todos estes direitos tão profundamente gravado o sello de sua origem e realidade, que a sua procedencia e reconhecimento seja cousa facil e incontestavel? A resposta affirmativa a esta interrogação seria manifestamente erronea e temeraria. Bem sabemos que nos podem dizer que todos os direitos, que não provierem da natureza e das convenções, se derivam da lei, visto que hão de fluir d'alguma d'estas tres fontes, e só d'ellas; mas esta determinação negativa não nos satisfaz, porque dizer o que a cousa não é, não importa dizer o que ella seja; negar não é afirmar, excluir não é

attribuir, e nós precisamos d'um principio positivo, cujo conteúdo seja logicamente definido, perfeitamente caracterizado e facilmente reconhecido.

Vemos pois que o principio da não retroactividade, applicado aos direitos provenientes da lei, é tão vago, tão incerto e tão indefinido, como esses mesmos direitos. Mas o principio da não retroactividade, applicado aos direitos naturaes e convencionaes, será verdadeiro e certo?

Se os auctores d'esta theoria querem dizer que a lei não nos pode tirar os direitos que temos immediatamente da natureza, dizem uma verdade, que hoje ninguem contesta, porque a lei que pretendesse tirar-nos os direitos naturaes, pretenderia tirar-nos a propria natureza, pretenderia um impossivel. Em quanto á existencia e numero dos direitos absolutos a acção da lei nova ou velha é absolutamente impotente; mas já assim não é no attinente ao seu exercicio, porque este está dependente de certas condições, que podem e devem ser prescriptas e garantidas pela lei. Assim o homem tem o direito de existencia, o direito de liberdade, o direito de associação, o direito de apropriação e o direito de defesa, que a lei civil reconhece e protege, como fonte e origem de todos os outros¹. Que a lei nova não deve negar nenhum d'estes direitos é o que ninguem contesta; mas que, regulando o seu exercicio, a fórma do seu reconhecimento, e o modo mais seguro e efficaz da sua protecção, não possa applicar-se immediatamente a todos estes direitos, é tambem o que ninguem admite. As ordens monasticas eram associações religiosas, e a lei teve força para as extinguir: as jurandas e mestrias eram associações industriaes, e a lei pôde abolil-as: a instituição dos morgados tinha a sua base no direito de liberdade e no direito de propriedade, mas a lei minou-lhe a base, e essa instituição, tão anachronica como aristocratica, desabou com applauso da justiça e plena execução do direito.

As convenções, que são uma fonte importante, mas não unica, de direitos e obrigações, tambem não estão inteiramente fóra do alcance da lei nova no que respeita a todas as suas consequencias ulteriores.

Os contractos devem ser respeitados, porque são uma

¹ Cod. Civil Port. art. 359.

lei entre as partes, mas um respeito supersticioso por todas as consequencias, até que a sua extincção se verifique independentemente da lei, além de tolher o passo á sociedade na estrada do progresso e da civilisação, formaria um contraste admiravel das velhas com as novas instituições. A escravatura tinha em certos casos um contracto por titulo legal, e, não obstante, a acção benefica da lei nova tem-se feito sentir sobre este infame trafico da humanidade. A servidão da gleba, a emphyteuse, têm passado através dos seculos por varias phases, introduzidas pela legislação até á sua completa extincção ou transformação.

Concluimos com accusar nesta theoria o mesmo defeito, e talvez mais grave, que o sr. Levy notou na theoria dos direitos adquiridos. Como este systema confunde tambem a garantia com a origem, e como no estado social não ha direito que não seja especificado, reconhecido e garantido pela lei, seja qual for o principio gerador, segue-se evidentemente que, segundo esta theoria, a lei nova se devia applicar a todos os direitos, ainda mesmo aos naturaes, pois que estes tambem são reconhecidos e protegidos pela lei civil.

A distincção entre efeitos proximos e efeitos remotos dos actos juridicos tambem não nos satisfaz; porque seria mistér circumscrevel-os perfeitamente, o que não é facil nem sufficiente, pois carceriamos d'outro principio para fundamentar esta distincção; e dar como regra um principio vago, incerto e indefinido, não é solver a questão, mas simplesmente deslocal-a.

Quando tractarmos, porém, do effeito retroactivo da lei sobre os contractos, voltaremos a este assumpto, pois que, sendo a distincção entre consequencias proximas e remotas principalmente applicavel aos contractos, é tambem ali que tem melhor cabimento.



CAPITULO V

Doutrina do auctor sobre a applicação do principio da não retroactividade

Até aqui temos destruido, o que nem sempre é muito custoso; mas não basta destruir, é necessario tambem edificar, para que não se diga de nós o que Vinio¹ disse d'um jurisconsulto do seu tempo.

Como o objecto de toda a lei positiva seja uma acção, uma omissão ou uma permissão, e como o passado seja irreductivel á fórma das novas leis, porque o presente, filho do passado, de nenhum modo póde actuar sobre elle, segue-se que, segundo a natureza e fim da lei, o seu imperio começa necessariamente á hora da sua promulgação. Nada ha pois mais facil, nem mais simples, do que marcar o principio do seu imperio; mas nada ha tambem mais difficil, nem mais complicado, do que fixar os seus limites, circumscrever a sua área, determinar a sua extensão, numa palavra precisar o seu objecto. É o futuro; mas o futuro muitas vezes, se não sempre, tem a sua razão de ser no passado; e não seria justo, quando possivel, negar esta tão legitima como gloriosa paternidade, para lhe conceder a bastardia forçada

¹ Non tam sententiae suae adstructor, quam destructor alienae.

da nova lei. A vida civil compõe-se d'uma serie de actos e relações, practicados aquelles, e formadas estas á sombra das leis positivas, muitos dos quaes têm uma existencia successiva e permanente, porque todos são effeitos dos anteriores e causa dos posteriores. Ora, se a lei nova houver de respeitar tudo o que tiver a sua razão de ser no passado, restringindo o seu imperio sómente ao que se fizer depois da sua promulgação, nós veremos o passado caminhar parallelamente com o presente, o desengano com a esperança, a saudade com o gozo, a sombra com a luz, emfim as velhas com as novas instituições.

Se não quizermos pois que a sociedade apresente duas faces, uma enrugada e triste e outra bem contornada e lisa, uma cavada pelo remorso ou serena pela tranquillidade, outra animada pela esperança ou anuviada pela incerteza, havemos de estender o imperio da lei nova a tudo o que existe sem distincção de data para lhe dar a morte ou regular a vida, se a politica e a justiça exigirem o sacrificio num caso, ou a metamorphose no outro.

É preciso porém um principio, pois os já apresentados e examinados não são seguros nem sufficientes. Nós não accetamos nem a *utilidade*, como meio para desculpar a retroactividade da lei em certos casos, como alguns ensinam; ou como meio para conhecer a *vontade* do legislador, segundo outros: nem a *distincção dos effeitos*, nem a *qualidade de adquiridos*, nem a *distincção das regras* de direito, nem a *origem* dos actos juridicos, pelas razões já apresentadas.

Cumpre-nos todavia confessar que em alguns d'estes systemas, com quanto não se encontre toda a verdade, ha todavia alguns elementos, cuja combinação nos servirá de grande auxilio para a organização do systema que propomos.

O principal defeito de todos os systemas apresentados até hoje está em não se ter examinado perfectamente a relação juridica entre elementos que a constituem, pois uns attenderam sómente á *sua causa* ou *origem*, outros á *sua formação*, *existencia* e *conservação*, outros ás *suas consequencias*, outros á *utilidade*, como elemento de interpretação ou como fundamento de excepções á regra, outros finalmente á *qualidade existente* ou *não existente de direito adquirido*,

quando é certo que, se exceptuarmos os direitos naturaes, que resultam immediatamente da natureza e fim do homem, não ha direito que não seja adquirido, ou, mais claramente, direito sem facto de aquisição. Ora o direito, ou nós o consideremos debaixo do ponto de vista da sua *condicionalidade* ou da sua *relatividade*, não pôde existir sem o concurso de tres elementos — *objecto* da condição, *sujeito* da mesma, e *causa productiva*; ou *sujeito*, *objecto* e *principio*.

E, se a lei tem por objecto a criação, transformação ou extincção de alguma relação juridica, e se toda a relação juridica presuppõe a coexistencia d'estes tres elementos, é manifesto que a lei não pôde actuar sobre estas relações senão mediante a sua acção sobre algum d'elles.

Mas, se a lei nova pôde affectar por qualquer modo algum dos tres elementos, immediatamente depois da sua promulgação, sem offender o direito e a justiça, a lei nova applicar-se-ha a todas as relações existentes sem nota de retroactividade.

Não pôde porém a lei nova actuar do mesmo modo sobre cada um d'estes elementos, porque a sua natureza e duração é diversa, e d'esta diversidade necessariamente ha de nascer tambem a diversidade de influencia. Effectivamente d'estes elementos de direito uns são anteriores a toda a lei; e, como toda a lei os encontra, sujeita-os ao seu imperio, logo que seja promulgada; porque d'outra sorte a sua applicação não seria possível por falta de sujeito passivo e de objecto. Estes dous elementos são o sujeito e o objecto do direito.

Examinemos em primeiro logar o elemento *subjectivo*, ou simplesmente o *sujeito* do direito, visto que é o principio e o fim da *condicionalidade*.

«O direito tem sua base na necessidade do desenvolvimento do homem, que, tendo a consciencia do seu *eu*, e sendo pela faculdade divina da razão fim para si, é uma *pessoa* e como tal *sujeito* do direito. O sujeito ou ser que é possuidor do direito é chamado *pessoa de direito*.

«A *pessoa* é *physica* ou *moral*. A ultima, que na sciencia do direito é chamada por excellencia *pessoa juridica* ou *civil*, é uma *pessoa* ao mesmo tempo *moral* e *juridica*; *moral* quanto á sua essencia, fim licito que prosegue; *juridica* quanto á

sua forma, em respeito ás condições sob as quaes este fim é proseguido.

«Uma pessoa moral e juridica distingue-se da pessoa physica, porque é sempre um *complexo ideal de pessoas determinado por um fim licito*. Como na pessoa individual a alma racional é a razão da personalidade, o fim racional é, por assim dizer, a alma da pessoa moral e juridica. A necessidade de crear pessoas juridicas, em toda a ordem social manifesta-se brevemente; porque se comprehende a necessidade de crear para fins communs, mais ou menos permanentes e que ultrapassam muitas vezes a vida actual dos homens, um sujeito ideal como possuidor do direito.¹»

Conhecida pois a natureza do *sujeito* do direito, vamos examinar a influencia da lei nova sobre este elemento vital da relação juridica, fazendo distincção entre a pessoa physica e a pessoa moral, e fallando primeiro d'aquella e depois d'esta.

O sujeito do direito, considerado sob o primeiro aspecto, tem a posse de direitos originarios e adventicios, e capacidade para adquirir novos direitos. Sobre a existencia e numero dos direitos naturaes não tem a lei civil influencia alguma; mas já assim não é com a existencia dos direitos adquiridos e exercicio d'estes e d'aquelles, porque do exercicio d'uns e d'outros e da posse dos hypotheticos pôde o homem ser privado por incapacidade physica ou moral, ou por utilidade publica. Pelo que respeita ao exercicio dos absolutos, que, como sabemos, são condição para adquirir os hypotheticos, visto que o seu exercicio está dependente de condições de tempo, pessoa, logar, modo, causa e fim, determinadas na lei civil, é claro que a lei nova, alterando estas condições no todo ou em parte, affecta a capacidade da pessoa juridica, ampliando-a ou restringindo-a; e como este complexo de condições é, pelo dizer assim, a fórmula da aquisição dos direitos ou da criação das relações juridicas, segue-se que toda a lei, que tiver por objecto a capacidade do sujeito do direito, as condições do seu exercicio, deve applicar-se immediatamente a todas as pessoas existentes e

¹ H. Ahrens, Philosophie du droit, 8.^a edição, pag. 185 e 186.

futuras, em quanto a lei não for mudada. A capacidade pois ou a incapacidade para praticar qualquer acto juridico ou para adquirir qualquer direito regula-se sempre pela lei nova.

Finalmente, quem hontem não podia alienar ou adquirir um direito, porque era incapaz de dar ou de receber, podel-o-ha fazer hoje, se uma lei nova lhe tiver tirado essa incapacidade.

Se consideramos agora a pessoa moral, não só estabelecemos os mesmos principios em quanto á sua capacidade actual ou incapacidade, mas com relação ás pessoas d'esta categoria o imperio da lei nova vai ainda mais longe, porque, como estas não têm senão uma existencia moral, legal e abstracta, a lei pôde negar-lhe a sua protecção, e ellas deixarem de existir. Assim se extinguiram as jurandas e mestrias, as instituições feudaes, a cavallaria andante, e modernamente entre nós os jesuitas e as ordens religiosas, e se estão ainda extinguindo algumas irmandades e confrarias que não têm as condições legaes para existir, e assim se extinguiram alguns districtos e concelhos pela reforma administrativa do profundo estadista Mártens Ferrão. É nesta ordem de relações, onde a lei manifesta a sua omnipotencia, porque cria e aniquila.

A doutrina, que abraçamos sobre a applicação da lei nova á capacidade civil das pessoas physicas ou moraes, é egualmente professada por Gabba¹ nestes termos: «Principio fondamentale della teoria della retroattività rispetto alla capacità di acquistare é il seguente: *la capacità sia naturale, sia giuridica di acquistare qualsivoglia diritto, deve essere quella prescritta dalla legge del tempo in cui viene posto in essere il fatto da cui proviene l'acquisto de cui si tratta.* Codesto principio è universalmente ammesso dagli scrittori, e non può essere revocato indubbio. essendo implicitamente contenuto in quell'altro più generale, che fatti acquisitivi non possono essere reconosciuti per tali, ove non concorano in esse tutti i requisiti dalla legge.»

Seja pois qual for a natureza da pessoa juridica, a lei nova, que introduzir alguma modificação em materia de capacidade civil, deve applicar-se immediatamente a todas as

¹ Obr. cit., pag. 230 e 231.

pessoas da data da sua publicação em diante; pois que os actos practicados antes não podem ser atacados ou defendidos pela nova lei, alias declararia nullos actos validamente practicados, ou revalidaria actos originariamente nullos, o que de maneira alguma pôde admitir-se.

Vamos agora ao segundo elemento, o *objecto* do direito. «No sentido proprio da palavra, objecto do direito é tudo o que pôde ser sujeito ao poder do homem, á disposição d'uma pessoa, como meio para o seu fim racional. A pessoa unica e total, que é fim em si mesma, nunca deve ser tractada como um simples meio, como na escravidão, ou na theoria penal da intimidacão. Todavia os homens podem por factos particulares obrigar-se a prestações pessoaes, trocar certos serviços; e estes actos são então um objecto do direito. Comprehende pois o objecto do direito d'um lado as cousas da natureza, e do outro *actos* ou factos, serviços do homem; mas as cousas, para serem objecto do direito, devem ter alguma utilidade, algum valor de uso e de troca, capaz de satisfazer as necessidades do homem. Os diversos generos de cousas são determinadas no direito positivo. O acto designa toda a acção da vontade humana, e divide-se em actos de *commissão* e actos de *omissão* (actos positivos e negativos); tanto num como no outro caso ha uma determinacão da vontade, que se resolve a fazer ou a não fazer, a obrar ou não obrar. Finalmente os actos podem ser objecto do direito, quer immediata quer mediatamente; immediatamente, quando actos espirituaes, por exemplo a instrucção, ou actos corporaes, por exemplo serviços, são em si mesmos objecto d'uma relação juridica; mediatamente, quando uma cousa deve ser prestada por meio d'um acto. Os actos immediatos e mediatos são geralmente designados pelo termo *commun* de prestações, ainda que haja differença nos effeitos.

«Os actos que entram no dominio do direito podem referir-se á vida religiosa, moral, scientifica e artistica, e aos bens materiaes que constituem o patrimonio das pessoas.¹

Examinada e exposta a natureza do objecto do direito, e suas especies, segue-se agora indagar qual deva ser a acção da lei nova sobre este segundo elemento do direito.

¹ H. Ahrens, Philosophie du droit, pag. 189—191.

Para determinar a acção da lei nova sobre o objecto do direito, faremos distincção entre *cousas* da natureza e *prestacões*. Se a lei se refere ás *cousas*, ou determina a sua natureza e qualidade, ou regula o modo da sua aquisição, conservação, uso e alienação, e em qualquer dos casos deve ser applicada immediatamente a todas as *cousas* existentes, a fim de serem reguladas pela lei nova da sua data em diante. Assim por exemplo a lei modifica a distincção entre *cousas* mobiliarias e immobiliarias, mandando considerar para os diversos effeitos juridicos como mobiliarias *cousas* que pela lei antiga eram immobiliarias, ou, vice-versa, todas as *cousas* existentes ao tempo da sua publicação devem ser classificadas na sua conformidade, e a sua aquisição e disposição regulada segundo a mesma lei. Certas *cousas* foram postas fóra do commercio, declaradas imprescriptiveis, sujeitas a certos encargos, ou aliviadas dos que sobre ellas pesavam; ellas entram immediatamente no dominio da lei nova.

Se o objecto do direito porém consiste nos factos, a lei nova póde affectal-os immediata ou mediatamente, segundo elles forem objecto immediato ou mediato do direito. Aqui tambem a lei nova se applica immediatamente, porque não poderia racionalmente tolerar-se a practica ou omissão de factos, repugnantes com as leis vigentes. Além de que a practica de certos factos está dependente da capacidade legal do agente, ou do sujeito do direito; e se essa capacidade é regulada pela lei actual, pelo que respeita a actos presentes, é manifesto que, se os actos forem objecto da lei, a applicação d'esta deve ser immediata, porque ninguem poderá allegar o direito de practicar actos contra a lei, ainda que esses actos sejam uma consequencia legal de actos practica-dos á sombra d'outras leis. Temos exemplo na escravatura, na servidão da gleba, nos serviços pessoases, direitos banaes, etc.

Resta-nos finalmente o ponto mais difficil da questão, que vem a ser a causa efficiente do direito, ou o facto creador da relação juridica. Ainda neste ponto devemos fazer distincção entre o facto ou causa do direito anterior ou posterior á lei nova. Se o facto é posterior, não ha duvida alguma de que a capacidade do agente, a essencia, fórma e effeitos do acto devam ser regulados pela nova lei; mas, se

for anterior, não é também menos certo que não podia ser regulado por uma lei que ainda não existia ao tempo da sua celebração.

Considerámos precedentemente a diversa posição do facto com a lei sob a relação do tempo, e sob este aspecto classificámos o facto em anterior e posterior á lei; mas podemos ainda considerar as diversas posições do acto juridico anterior em face da lei nova, sob a relação da sua conveniencia ou discrepancia com a mesma lei, e, considerado o acto juridico sob este aspecto, é evidente que as relações, em que o acto juridico póde encontrar-se com a lei, são de duas especies, a saber: *negativas* ou *positivas*, e umas e outras *absoluta* ou *relativamente*. Se as duas leis são absolutamente identicas, e o facto practicado sob o imperio d'uma é absolutamente identico sob o imperio d'outra, não ha questão transitoria, porque as duas leis são perfeitamente concordes, e por isso nenhum conflicto se póde levantar entre ellas sobre os limites do seu imperio. Se porém a relação do acto juridico, practicado anteriormente á nova lei, é, em face d'esta, *absoluta* ou *relativamente* negativa, manifesta-se então um conflicto geral ou particular entre o acto anterior e a lei posterior, ou entre esta e a lei antiga, porque a diversidade entre uma lei e um facto juridico conduz á diversidade entre as duas leis, porque as cousas que não são eguaes a uma terceira, também não são eguaes entre si. Ora a relação entre o facto juridico anterior e a nova lei positiva, póde ser absoluta ou relativamente negativa, tanto porque existia uma disposição positiva ou relativamente contraria á lei nova, como ainda porque, na falta de semelhante disposição, havia o costume que auctorisava taes actos, ou o direito natural que os approvava, com todos os seus effeitos. Alguns não admittem o conflicto senão entre duas leis positivas, e porisso entendem que, na falta de lei positiva anterior, todos os factos sem distincção de data devem ser submettidos ao imperio da nova lei, immediatamente depois da sua promulgação. No entanto esta opinião é combatida por Gabba, como póde ver-se pela seguinte conclusão, em que elle consubstancia a sua doutrina sobre este ponto.¹ «In conclusione, il principio che i

¹ Obr. cit., pag. 196—200.

deritti si regolano secondo la legge del tempo in cui sono sorti, non soffre eccezione nel preteso caso de asseuza di principi giuridici, per la semplicimissa ragine che questo caso non è possibile in una società governata da leggi che i giudici possono et devono in ogni caso interpretare.» A mesma opinião é seguida por Kalindéro¹, não obstante o dicto espirituoso de Mr. Joubert nas suas conclusões defendidas em 10 de junho, o qual, sustentando a opinião de que «as disposições do Código Civil Francez se podem applicar sem retroacção ás materias anteriores ao mesmo Código, na ausencia ou obscuridade da lei e incerteza da jurisprudencia, dizia:» Faire le contraire serait imiter la folie de ces navigateurs qui, après l'invention de la boussole, se obstinaient à suivre les étoiles qui les avaient si souvent égarés.»

Isto posto, passamos já a examinar a influencia que a lei nova possa ter sobre tudo o que se acha feito segundo a lei antiga, ou segundo o costume, na falta de lei, á data da promulgação da dicta lei nova. Se foi facil, até certo ponto, determinar a acção da lei nova sobre os dois elementos do direito ou termos da relação juridica, *sujeito* e *objecto*, pois que, assim como a lei nova não podia ser applicada a qualquer d'estes dois elementos anteriormente á sua data sem nota de retroactividade, assim os sujeitava immediatamente ao seu imperio sem incorrer nesta nota, já assim não acontece com relação ao *acto juridico*, cujos effeitos se podem procrastinar até á data da nova lei, ou mais longe ainda, e é preciso, como já dissemos, assignar os verdadeiros limites ao imperio da lei nova sobre as relações juridicas, formadas antes da sua publicação, mas existentes ainda nesta data.

Parece-nos que sómente a qualidade d'estas relações, ou a natureza dos actos que as geraram, nos poderão fornecer medida segura para regular a applicação da lei nova sobre esta ordem de relações; e por isso não podemos deixar de examinar detidamente a natureza e diversos effeitos d'estes actos, o verdadeiro estado das antigas relações juridicas ao tempo da promulgação d'esta lei. Como porém estas relações de direito não possam ser devidamente apreciadas sem

¹ Obr. cit., pag. 20 e 21.

o conhecimento da sua causa, pois que a natureza do effeito deriva da natureza da causa, é logico que comecemos este estudo das relações juridicas pelo exame da sua causa.

Escusado será dizer-se que não intendemos aqui por *causa* ou *origem* do direito o mesmo que a razão do direito, porque são cousas perfeitamente distinctas. «A *causa*, ou o que determina e produz a relação juridica, manifesta-se sempre por *factos*, *jus oritur ex facto*, e estes factos são de duas especies. Esta causa pôde achar-se em factos *independentes da vontade* das pessoas que forem ligadas por uma relação juridica; é o que acontece por caso fortuito, por morte, por causalidade da natureza (produção ou destruição de uma cousa), ou por virtude de relações mais geraes, como o matrimonio, que produz relações entre pais e filhos. Este genero de causas é d'uma alta importancia no direito; muitas relações de direito existem para os homens sem facto algum seu, sem sua propria causalidade; é pois um grave erro julgar que o homem não pôde ser ligado em direito senão pelas relações que elle proprio constituiu. Assim como ha um certo numero de relações da vida, que cercam o homem á sua origem, e que formam o meio em que o infante deve conservar-se e desenvolver-se, ha tambem nas outras edades muitas relações de direito, que não são o resultado da vontade d'aquelles a quem ellas prendem. Todas as relações de direito existem, é verdade, *para* a vontade, e importam sempre consigo uma acção voluntaria, mas nem todas existem *pela* vontade. É que o homem, ser finito e condicional, deve tambem regular a sua vontade segundo a condição que elle mesmo não creou.

«Uma segunda causa mais fecunda de relações juridicas, reside nos *actos da vontade*, quer d'uma só pessoa, quer das duas partes, que formam a relação. A relação de direito chama-se *unilateral*, quando é formada do acto d'uma só pessoa, por exemplo, no direito real, pela occupação d'uma cousa *nullius*, e no direito das obrigações, pela gestão dos negocios d'outro sem mandato (*negotiorum gestio*). Os actos dictos *bilateraes*, pelos quaes duas partes estabelecem entre si uma relação juridica, são os *contractos*. Estes dividem-se em contractos *unilateraes*, ou, melhor, *beneficos* ou *deseguaes*, quando uma das partes se obriga a uma prestação sem equi-

valente, e em contractos bilateraes, ou, melhor, onerosos, eguaes, synallagmaticos, quando as duas partes se obrigam a prestações consideradas como equivalentes.

«Os actos voluntarios, que, como dissemos, são a causa mais fecunda de relações juridicas, podem considerar-se d'um lado na sua fonte, que é a *faculdade* de obrar, e do outro em si mesmos, como actos *reaes* ou effectivos. A *faculdade* considerada em si mesma é a *capacidade* de obrar, e em relação ao objecto é o poder de *disposição*. A capacidade de *obrar* não deve confundir-se com a capacidade de direito. Esta reside na personalidade humana em geral, em quanto que a capacidade de obrar presuppõe ainda o uso da razão, de que são destituídos os insensatos, idiotas, e os infantes até uma certa idade. Estas pessoas ficam capazes de direitos, bem como todas aquellas que não podem obrar por si mesmas; e são neste caso representadas por outras que obram em seu nome.

«A *faculdade* de *disposição* cessa quando o seu objecto é subtrahido quer ao uso particular em geral, quer ao poder juridico d'uma pessoa determinada.

«Os actos *reaes* são o effeito de uma determinação da vontade¹; mas, para que esta determinação tenha *força legal*, require-se que ella seja conforme á lei, porque, não o sendo, podem obrigar em consciencia, mas não no fóro externo.

Vemos pois que os actos, que dão origem ás diversas relações juridicas, em que o homem pôde achar-se na sociedade, podem ser *dependentes* ou *independentes* da vontade. São independentes, os seus effeitos acham-se regulados por lei, e estes actos não podem produzir senão os effeitos que a lei lhes attribue; mas, logo que se derem, o seu effeito produziu-se na conformidade da lei d'esse tempo, e qualquer lei que for publicada posteriormente, não pôde destruir estes effeitos sem offensa da justiça.

Assim, se alguém for por lei excluido da successão de certos bens ou de certa pessoa, mas antes da publicação d'esta lei já se achasse de posse d'estes bens, não poderá jámais ser privado d'elles, porque os tinha adquirido definitivamente, e constituem todo ou parte do seu patrimonio.

¹ Ahrens, Philosophie du droit, pag. 193—195.

Se os actos porém são dependentes da vontade, por exemplo os contractos, como estes também são regulados por lei, e sómente as partes podem livremente estipular o que não for contrario á mesma lei, é claro que os seus effeitos devem determinar-se pela declaração da vontade das partes no que for permittido, ou no *accidentalium negotii* ou ainda no *essentialium negotii*, e pela lei ou costume, na falta de declaração expressa, ou no *naturalium negotii*.

Mas, celebrado e aperfeiçoado o contracto, os seus effeitos acham-se também claramente definidos, ou pela vontade das partes, nas condições *essentialia* e *naturalium negotii*, ou pela lei, na falta de declaração, nas condições *naturalium negotii*; e nenhuma lei posterior, rigorosamente fallando, pôde tirar ou prestar qualquer effeito ao acto ulterior, sem offensa do mesmo acto, e, o que vale o mesmo, sem offensa da lei e do direito. Nalguns mesmos d'estes actos a lei não poderia actuar sobre elles, senão remontando á sua origem, porque a sua duração foi momentanea e os seus effeitos repentinos. Assim, tendo-se feito a venda de uma propriedade por um simples contracto, e viesse depois uma lei, que exigisse para a sua validade alguma outra condição, como a tradição ou a escriptura, a venda seria valida, e a cousa do comprador, porque o acto produziu todo o seu effeito numa epocha em que não se exigiam outras formalidades. Estes actos, pois, que produzem effeitos momentaneos e que não criam relações especiaes e duradouras entre os pactuantes ou seus herdeiros, estão por sua propria natureza fóra do alcance da nova lei; mas já não acontece outro tanto com o que respeita áquelles que produzem relações permanentes, ou obrigam a prestações com tracto successivo, como é na *emphytheuse*, no arrendamento, na usura, no usufructo, uso e habitação; porque estes, visto que os seus effeitos são periodicos e successivos, podem ser attingidos pela nova lei, e é mister saber aquelles que a lei deve respeitar e os que pôde modificar ou mesmo destruir completamente. Nós já demonstrámos que nenhum dos criterios até hoje apresentados nos podia regular nesta materia.

Para apreciarmos a influencia da lei nova sobre as instituições juridicas existentes ao tempo da sua publicação, convem considerar estas instituições no seu todo ou em

alguma especialidade; na sua integridade ou parcialidade. Se as consideramos no seu todo, julgamos que «as leis e instituições devem ser modificadas, quando a *razão da sua existencia tiver cessado, quando uma mudança nas convicções e em todas as condições da cultura intellectual, moral e economica, exigir o emprego de outros meios, de outras formas politicas e sociaes*»¹. Temos exemplos na abolição dos vinculos, na extincção das ordens religiosas e dos dizimos, na redução das ootas incertas, na remissibilidade dos foros, etc.

Se não consideramos as diversas instituições em globo, mas simplesmente por uma face, ou num ou noutro effeito, em tal caso devemos attender ao brilho d'essa face, ou á certeza d'esse effeito. Se o effeito é bem definido, claro e certo, a lei nova deve respeitá-lo; mas, se pelo contrario for indeterminado, obscuro e duvidoso, deve então ser julgado na conformidade da lei nova. Assim, por exemplo, não pôde determinar-se se tal acto practicado no dominio de tal lei, e em tal tempo, produz ou não tal effeito; nesse caso a nova lei deve considerar-se como a formula mais perfeita do direito, e o effeito duvidoso e incerto do acto anteriormente practicado aferido pela lei nova da sua data em diante, visto que nem ainda neste caso admittimos a retroactividade da lei.

Resumindo pois a nossa theoria sobre a não retroactividade da lei, intendemos que se deve fazer distincção entre *sujeito, objecto e causa do direito*. O sujeito e objecto, ainda que em geral preexistam á lei nova, ficam immediatamente sujeitos á sua acção. Em quanto aos *actos, causa efficiente das relações juridicas*, se elles são posteriores á publicação da nova lei, não ha duvida alguma de que elles sejam regulados na conformidade das suas disposições; se elles são anteriores á dicta lei, ou elles alcançam o tempo da sua promulgação ou não. Se *secundo*, não podem ser objecto das suas disposições, visto que já não existiam no tempo da promulgação d'ella. Se *primo*, devem ainda distinguir-se as instituições juridicas em geral dos seus effeitos particulares e especiaes. Considerando as instituições juridicas em geral, se a *mudança nas convicções, e nas condições da vida*

¹ H. Ahrens, Philosophie du droit, pag. 223.

intellectual, moral e economica reclamar a sua extincção, substituição ou modificação, pela publicação da nova lei opéra-se immediatamente a sua extincção, substituição ou modificação. Se considerarmos porém uma ou outra qualidade, um ou outro effeito, deve examinar-se se pela antiga lei era bem definido e certo; porque neste caso a lei nova deve respeitá-lo; mas, se pelo contrario era um ponto obscuro da antiga legislação, ou objecto de controversia entre os jurisconsultos e de incerteza na jurisprudencia, deve então julgar-se na conformidade da lei nova.

Segundo pois a nossa theoria, quando se tracta de um direito em particular, para definirmos a acção da lei nova sobre elle, não é a qualidade de *adquirido* ou não *adquirido* que devemos attender; porque, se não tiver sido *adquirido*, não existe, e seria um contrasenso pretender applicar a lei ao nada, ao vazio; mas deve attender-se á certeza legal d'esta qualidade, porque, se o direito é certo, deve ser respeitado, muito embora os tribunaes lhe recusem muitas vezes esse respeito; mas, se é incerto ou duvidoso, porque a lei não é clara, porque a intenção das partes não é expressa, ou porque finalmente as circumstancias do tempo a fizeram duvidosa ou obscura, julga-se então na conformidade da lei nova, já porque deve presumir-se que a lei nova exprime o estado mais perfeito do direito, já porque as leis são promulgadas, não para patrocinar questões, mas sim para as terminar.

Na *theoria dos direitos adquiridos* confunde-se a consciencia do direito com o facto da sua aquisição, o estado do sujeito com a criação do objecto do direito; e por isso consideram a sentença e a transacção como causa ou origem de direito, quando é certo que o direito é anterior tanto á sentença, como á transacção; e se foi objecto d'uma ou de outra, deve-se ao facto da pretensão do sujeito do direito ter sido disputada pelo sujeito da obrigação de boa ou de má fé. Sendo isto assim, a transacção e a sentença definem, aclaram, determinam o direito, mas não o produzem, e por isso não pôde em boa philosophia dizer-se—direito adquirido por transacção ou sentença, porque o facto da aquisição é anterior a uma e outra, e nunca estes dois actos se disseram causas de direito, mas decisões ou definições de direito.

SEGUNDA PARTE

Appliação do principio da não retroactividade da lei ás diversas materias de direito, e principalmente ás do direito civil

Tendo determinado a natureza do principio da não retroactividade da lei, demonstrado a sua verdade e justiça, examinado os diversos criterios que têm sido apresentados para regular a applicação da lei nova, e aventado a nossa opinião sobre tão melindroso como importante assumpto, segue-se a segunda parte do nosso trabalho, em que nos propomos, pelo dizer assim, tirar a contraprova aos principios expostos na parte geral, fazendo a sua applicação ás diversas materias do direito civil, visto que sómente as leis que o constituem fazem objecto do nosso trabalho. No entretanto, como a applicação da lei penal tenha tambem suas difficuldades em materia de não retroactividade, apresentaremos em forma de appendice as nossas idéas sobre esta importante especie de leis, não pretermittindo absolutamente a applicação d'este principio ás leis politicas e administrativas. Visto que a segunda parte do presente trabalho versa principalmente sobre o Codigo civil; seguiremos na distribuição d'estas materias a ordem que elle adoptou; e portanto subdividil-a-hemos em quatro grandes capitulos; pois que outras tantas são as partes em que se acha dividido o mesmo Codigo civil.

CAPITULO I

Da applicação do principio da não retroactividade da lei á capacidade civil (Codigo civil, part. 1.ª art. 1—358)

No presente capitulo temos a occupar-nos da lei que deve regular a qualidade de cidadão e estrangeiro, como o fundamento dos direitos civis; das pessoas moraes, do domicilio e da ausencia, das varias especies de incapacidade que podem affectar as pessoas e do seu supprimento.

SECÇÃO 1.ª

Da nacionalidade

§ 1.º

Acquisição dos direitos de cidadão portuguez

Como sómente os cidadãos portuguezes podem gozar plenamente de todos os direitos que a lei civil reconhece e assegura,¹ torna-se necessario determinar o modo pelo qual se adquire e perde a qualidade de cidadão portuguez, como de

¹ C. Civ. Port. art. 17.

facto se acha regulado em varias leis.¹ São estas leis que vamos comparar e julgar, a fim de decidirmos o conflicto que possa levantar-se entre ellas sobre a sua applicação no tempo. Nesta materia é a lei nova que deve applicar-se, porque, tendo por objecto as pessoas, e não podendo estas por titulo algum exemptar-se das suas disposições, segue-se que a sua qualidade de cidadão ou não cidadão se deve regular pela lei actual sem attenção alguma á lei antiga. Assim pela Ordenação² o nascido no reino de pae estrangeiro e mãe portugueza não era havido por natural d'elle, se o pae não tivesse bens e domicilio no reino e não tivesse vivido dez annos continuos nelle, e pela Carta³ o nascido no reino, ainda que o pae seja estrangeiro, não residindo este por serviço da sua nação, é tido por cidadão portuguez. A Carta pois exige sómente o facto do nascimento no reino sem attender á posse de bens e ao domicilio no reino por qualquer espaço de tempo, com tanto que o pae não resida por serviço da sua nação. Neste caso pergunta-se se a falta das condições, que a Ordenação exigia para que o filho de pae estrangeiro e mãe portugueza, que houvesse nascido no reino, fosse havido por natural d'elle, sendo dispensadas pela Carta, não tolhia aos nascidos antes da sua promulgação a acquisição da qualidade de cidadão portuguez.

A Ordenação exigia condições que a Carta não exige, e se esta disposição da Carta for extensiva a todos os que tiverem nascido no reino, a Carta concede a qualidade de cidadão portuguez a pessoas que pela legislação antiga não podiam ainda gozar d'esta qualidade, pois que lhes faltavam as condições prescriptas na lei.

Assim pelo Codigo civil⁴ permite-se aos filhos nascidos no reino de pae estrangeiro o declararem por si, sendo já maiores ou emancipados, ou por seus paes ou tutores, sendo menores, que não querem ser cidadãos portuguezes; mas a Carta não permittiu tal declaração, e porisso pôde duvidar-se se

¹ Ord. L. 2, tit. 55; Constituição politica de 1822 art. 21; Cart. Constitucional art. 7; Constituição politica de 1838 art. 6; Cod. Civ. Port. art. 18.

² Ord. L. 2, tit. 55 § 1.º

³ Cart. Constitucional art. 7. Dissert. inaug. do meu saudoso condiscipulo e generoso amigo o sr. Falcão, pag. 92—109 n.º 55—61.

⁴ Cod. Civ. Port. art. 18, n.º 2.º

esta concessão feita pelo Código aproveita tanto aos que já eram nascidos ao tempo da sua promulgação como aos que nasceram depois. Nós entendemos que não só os que nasceram depois da promulgação do Código civil, mas também os que nasceram antes, podem usar da faculdade concedida pelo Código, e que a declaração do Código se deve applicar a todos os filhos de pae estrangeiro, nascidos no reino, não residindo por serviço da sua nação, qualquer que seja a epocha em que tivesse logar o seu nascimento; porque esta lei tem por objecto o sujeito do direito, as pessoas juridicas, a sua capacidade civil, e porisso applica-se immediatamente a todos os subditos do imperante. Se esta opinião não fosse verdadeira, devia de ser, porque offendia os direitos individuaes ou sociaes; mas, como não offende nem uns nem outros, segue-se que não pôde deixar de admittir-se.

Effectivamente o individuo não pôde queixar-se, porque esta concessão feita pela sociedade, hem longe de lhe restringir a liberdade, tende a amplial-a, permittindo-lhe o que a lei antiga lhe recusava. É uma permissão de que o individuo pôde usar ou deixar de usar. A sociedade não pôde deixar de querer estender o benefício de tal concessão a todos sem distincção de data; alias obrigaría uns a permanecerem cidadãos portuguezes, ainda mesmo contra sua vontade e interesses, ao passo que concedia a outros esta faculdade sómente, porque tiveram a ventura de nascer mais tarde.

Assim a mulher estrangeira, que casa com cidadão portuguez, é cidadão portuguez segundo o Código civil¹. Esta disposição aproveita também ás mulheres estrangeiras, que tiverem casado antes da promulgação do Código civil. Mas supponhamos, pelo contrario, que passado tempo se promulgava uma lei, na qual se determinava que a mulher estrangeira casada com cidadão portuguez não era portugueza, deveria esta lei comprehender as que já eram casadas ao tempo da sua promulgação, e que segundo a legislação antiga gozavam da qualidade de cidadão portuguez? Ainda que a qualidade de cidadão, neste caso, fosse uma mera concessão da lei, não deve a lei nova tiral-a a quem a tiver adquirido,

¹ Cod. Civ. Port., art. 18, n.º 6.º

porque tal qualidade resulta d'um facto anterior; é certa e definida segundo a lei antiga; e porisso não pôde ser extincta pela lei nova.

A qualidade de cidadão não se adquire só pelo nascimento: adquire-se tambem pela naturalisação; por isso pôde tambem crear-se conflicto entre leis, que tenham esta materia por objecto das suas disposições. As novas leis promulgadas sobre este objecto podem facilitar ou difficultar a naturalisação; mas em qualquer dos casos a lei nova applica-se immediatamente a todas as pessoas que á data da sua promulgação não tiverem obtido a carta de naturalisação; porque não ha relação alguma juridica creada, porque a lei tem por objecto a pessoa ou o sujeito do direito; e por tanto estende-se a todos os cidadãos. No que respeita porém ás naturalisações já concedidas, ainda que a lei nova exija outras condições diversas d'aquellas com que foram concedidas, não tem a lei nova acção alguma sobre ellas, porque o vinculo entre o cidadão e a sociedade está formado e claramente definido; e por isso não pôde ser quebrado por simples disposição da lei, nem a arbitrio do juiz, sem grave offensa da justiça e do interesse individual e social.¹

§ 2.º

Da perda da qualidade de cidadão portuguez

Em quanto á perda da qualidade de cidadão portuguez, é certo que esta não pôde verificar-se senão pelos factos designados na lei; mas é sempre a lei actual que deve applicar-se, ou ella facilite ou difficulte a perda d'esta qualidade; porque, tendo por objecto as pessoas, comprehende todas as que ao tempo da sua promulgação se acharem revestidas d'esta qualidade. Deve porém notar-se que a qualidade de cidadão portuguez, ou d'outro qualquer Estado, não pôde perder-se por acção immediata da lei, mas sómente por via de algum facto, dependente da vontade.

Adquirida pois a qualidade de cidadão portuguez, seja qual for o titulo da sua acquisição, seja por nascimento, beneficio da lei, ou naturalisação, esta qualidade não pôde já-

¹ Pinto, Suppl. a Meyer, pag. 140, n.º 30; Gabba, vol. II, pag. 44-46. Kalindéro, obr. cit., pag. 37-40; Merlín, obr. cit. secc. III, art. 1.º

mais perder-se senão por algum facto dependente da vontade, e determinado na lei; e por isso é necessario que a determinação do facto que importa a perda d'esta qualidade haja sido feita anteriormente á sua practica; porque sómente neste caso é que a justiça pede que o agente carregue com a responsabilidade do dito facto; pois d'outro modo seria tornal-o responsavel por consequencias, que não podia prever quando practicou o facto, e que talvez não quizesse practicar, se a sua previsão fosse possível. O principio, pois, da não retroactividade da lei tolhe que alguém possa perder a qualidade de cidadão portuguez por um facto praticado anteriormente á lei que lhe ligou este effeito, que d'elle deduziu esta consequencia.

Mas, pelo que respeita ás pessoas, a lei nova, declarando que por certos factos se perde a qualidade de cidadão portuguez, abrange a todas, todos os membros da cidade, sem distinguir se a aquisição d'esta qualidade é anterior ou posterior á dicta lei.

Assim pela lei actual a acceitação, sem licença do governo, de emprego publico, graça, pensão ou condecoração de qualquer governo estrangeiro, importa a perda da qualidade de cidadão portuguez¹; mas supponhamos que, antes da promulgação d'uma tal disposição, algum cidadão tinha acceitado emprego, graça, pensão ou condecoração de governo estrangeiro; é evidente que a lei posterior lhe não podia ser applicada sem retroactividade, porque lhe impunha uma pena grave por facto anteriormente permittido.

Mas invertamos a hypothese, e supponhamos que esta lei era abrogada: aquelles que já tinham perdido a qualidade de cidadão portuguez, em consequencia de haverem incorrido na sanção da lei abrogada, não adquiririam esta qualidade pelo simples facto da abrogação da lei que lhes tinha infligido essa pena?

Nós intendemos que se devia fazer a seguinte distincção: ou a pessoa de que se tracta tinha adquirido a qualidade de cidadão noutro paiz pelo mesmo facto, pelo qual a perdera no seu paiz, ou ainda por outro qualquer, ou não. No primeiro caso, como elle não póde ao mesmo tempo

¹ Cod. Civ. Port., art. 22, § 2.º

pertencer a duas associações politicas, por incompatibilidade de encargos, parece-nos que não recupera a qualidade de cidadão portuguez pela simples abrogação da lei, em virtude da qual tinha perdido essa qualidade; porque a lei d'um paiz não pôde tirar direitos que nos concederam as leis d'outro paiz; mas no segundo, como não goza dos foros de cidade noutro estado, pôde e deve ser readmittido ao banquete social do estado, d'onde fôra expulso, em consequencia de uma lei que já não vigora.

Assim a mulher portugueza que casar com estrangeiro, e adquirir pelo facto do casamento a naturalisação no paiz do marido, perde segundo o Codigo Civil ¹ a qualidade de cidadão portuguez; mas pela legislação anterior, ou, melhor, segundo a doutrina dos praxistas, a mulher perdia sempre esta qualidade pelo casamento com estrangeiro, fosse ou não fosse naturalisada por este facto no paiz do marido.

Pôde perguntar-se pois se a excepção feita pelo Codigo Civil a favor da mulher que, pelo casamento com estrangeiro, não fica naturalisada no paiz do marido, deverá estender-se tambem á mulher casada com estrangeiro antes da promulgação do Codigo Civil. Intendemos que a mulher casada com estrangeiro, não sendo por este facto naturalisada no paiz do marido, deve gozar da excepção concedida pelo Codigo, ainda que o casamento fosse celebrado anteriormente á sua publicação; porque neste caso a mulher não goza da qualidade de cidadão em paiz algum; e por isso pôde a lei, que lh'a fez perder, restituir-lh'a quando o julgar conveniente. Além d'isso, sendo de interpretação restricta as leis reguladoras dos casos em que se pôde perder a qualidade de cidadão portuguez, e não se achando este caso expresso na Carta Constitucional ², inclinamo-nos a que a mulher portugueza casada com estrangeiro, não sendo pela lei do paiz do marido havida como cidadão, não perdia os foros de cidade na sua patria, muito embora essa perda lhe fosse irrogada pelo velho direito romano e pelos nossos praxistas. ³

Ora, sendo isto assim, não temos no Codigo Civil uma lei

¹ Cod. Civ. Port., art. 23, n.º 4.º

² Cart. Const., art. 8; § 1—3; Sr. Faleão, Dissert. inaug. pag. 136 e 137.

³ Coelho da Rocha, Dir. Civ., § 204.

innovativa, mas simplesmente declarativa. O mesmo julgamos que se deverá seguir com relação ás disposições dos dois §§ do presente artigo, permittindo-se a declaração negativa á mulher e filhos do marido e pae que se naturalizar em paiz extrangeiro.¹ Seja porém como for, o que é certo é que as pessoas que recuperarem a qualidade de cidadão portuguez não podem aproveitar-se d'este direito senão desde o dia da sua reabilitação.² Esta disposição é justa, porque confirma o principio da não retroactividade das leis³.

§ 3.º

Da qualidade de extrangeiro

Ácerca dos extrangeiros, segundo a nossa doutrina, julgamos que a lei nova, em quanto tem por objecto as pessoas ou cousas, se applica immediatamente a todos os que á data da sua promulgação se acharem no paiz, como aos que vierem depois; mas, pelo que respeita aos actos, por elles já practicados na conformidade da lei antiga, esses actos continuam a produzir os seus effectos, ainda sob o dominio da nova lei, sempre que forem definidos e certos, e que não destõem do estado actual de cultura e civilisação.

Como a admissão, conservação e expulsão dos extrangeiros em qualquer paiz dependa do governo d'esse mesmo paiz, porque estes tres actos são productos da soberania⁴, é claro que os extrangeiros admittidos em qualquer paiz estão sujeitos a gozar, de maiores ou menores vantagens, conforme a liberalidade ou avaréza do legislador para com elles, e até a serem expulsos, sem que lhes possa aproveitar o facto de admissão anterior, mas não poderia prival-os das vantagens de que elles gozavam á sombra da antiga lei, sem offensa da não retroactividade.

¹ Cod. Civ. Port., art. 22, §§ 1.º e 2.º — Sobre a bondade absoluta e relativa d'estes §§, vid. a cit. Dissert. inaug. pag. 137—145, n.º 71.

² Cod. Civ. Port., art. 23.

³ Dissert. inaug. cit., n.º 71 in fine.; Merlin, obr. cit., Secç. III, § 2, art. 3; Kalindéro, obr. cit., pag. 43—50; Piato, Supplemento a Meyer, pag. 140, n.º 31; Gabba, obr. cit., vol. II, pag. 44—55.

⁴ Watel, Droit. des Gens, § 230.

Alem d'isso, como os estrangeiros que viajam ou residem em Portugal têm os mesmos direitos e obrigações civis dos cidadãos portuguezes, em quanto aos actos que hão de produzir os seus effeitos no reino, se a lei expressamente não determinar o contrario, ou não existir tractado ou convenção que determine e regule d'outra fórma os seus direitos¹; a applicação do principio da não retroactividade das leis que têm os estrangeiros por objecto de suas disposições, não offerece especialidade alguma, que exija modificação naquelle principio tutelar da vida, da honra e da fortuna dos cidadãos.

Pelo que toca á execução das obrigações, ou ellas sejam contrahidas por estrangeiros com portuguezes em paiz estrangeiro, ou entre estrangeiros no reino de Portugal, parece-nos que os dois artigos do Codigo², onde se regula esta materia, comprehendem não só as obrigações contrahidas depois de sua publicação, mas ainda as anteriores; porque estes artigos pertencem ás chamadas leis adjectivas, e estas leis, por sua natureza especial, applicam-se a todos os actos sem distincção de data, e sem perigo de retroactividade.

¹ Cod. Civ. Port., art. 26. O Codigo Civil neste artigo estabelece o contrario do que diz Merlin (obr. cit., secç. 111, § 2, art. 3), onde, influenciado, talvez, pela avareza dos direitos civis que tanto caracterisava os romanos, faz a observação seguinte: «L'étranger a cela de commun avec le regnicole; qu'il n'exerce des droits civils en France que par concession de la loi. La seule différence qu'il y ait à cet égard entre l'un et l'autre, c'est que le regnicole jouit, par le seul effet de sa qualité des tous les droits civils que la loi ne lui refuse pas expressement, au lieu que l'étranger ne jouit régulièrement que de ceux que la loi lui attribue par une disposition spécial.»

² Cod. Civ. Port., art. 28 e 29.

SECÇÃO II

Das pessoas moraes, do domicilio e ausencia

§ 1.º

Das pessoas moraes

As pessoas moraes, que não differem das pessoas physicas senão como o numero differe da unidade, estão sempre sujeitas ao imperio da nova lei; pois que aquellas, como creação d'esta, podem ser conservadas, modificadas ou extinctas; mas os actos, practicados por ellas, segundo as prescripções das leis vigentes, devem ser tão sagrados e inviolaveis como os practicados pelas pessoas physicas; pois que, se uma lei lhes reconhece a personalidade juridica, não pôde outra negar-lhe os effeitos legaes produzidos por estes actos, sem que aquella seja completamente aniquilada por esta. A unica differença que se dá entre as pessoas moraes e as pessoas physicas é que a lei nova pôde dar a morte áquellas, visto que outra lhe dera a vida, o que rarissimas vezes poderá ter lugar a respeito d'estas, e ainda assim sómente por meio de uma ficção, a morte civil, isto é, a morte perante a lei.

Os actos porém, que estas pessoas praticaram sob o imperio de uma lei, surtem todos os seus effeitos naturaes e legaes, ainda que depois venha outra nova lei prohibir a practica de actos semelhantes ou negar-lhes alguns effeitos; porque esta prohibição ou negação affecta os actos futuros, mas nunca os actos passados, quando a respeito d'estes a affirmação de tal qualidade ou de tal effeito é clara e certa.

Assim, segundo o Código Civil ¹ nem o estado nem quaisquer outras corporações ou estabelecimentos gozam do privilegio de restituição por inteiro; mas tanto um como outras gozavam antes do Código d'este privilegio, e por effeito d'elle podiam, dadas certas circumstancias, fazer annullar actos validamente practicados.

Em vista pois d'esta nova disposição, ha motivo para du-

¹ Cod. Civ. Port., art. 38.

vidar, se nem pelo que respeita aos actos anteriormente practicados, o estado ou as demais corporações não gozam do referido beneficio. Na opinião dos que sustentam que as vantagens conferidas por lei podem ser immediatamente tiradas pela lei nova, nem o estado nem outro qualquer estabelecimento pôde hoje fazer annullar actos practicados antes do Codigo; visto que a lei, tirando um direito concedido por outra lei, abrange em seu edicto, ou melhor em sua sanção, todos os actos, ou tenham sido practicados, ou o venham a ser depois da lei nova sómente¹.

Nós, que não adoptamos semelhante principio, como criterio para regular a applicação da lei nova, pelas razões que expozemos na primeira parte d'este trabalho, sustentamos que ainda depois do Codigo Civil as pessoas physicas ou moraes, que gozavam do beneficio da restituição por inteiro na conformidade da antiga legislação, continuam a gozar d'elle em relação aos actos anteriores á promulgação do Codigo Civil; porque este beneficio era uma consequencia legal e certa do acto, e por tanto não pôde ser tirado sem offensa da justiça.

Effectivamente, quando a lei cerca o acto de certas formalidades, que testemunham a sua existencia, asseguram a sua egualdade, e até excluem a suspeita de dolo ou fraude da parte de qualquer dos contrahentes, pôde muito bem apertar mais o vinculo juridico produzido pelo mesmo acto, sustentar a sua estabilidade, e restringir por isso a faculdade da annullação; mas negar esta faculdade, ainda em relação aos actos practicados em condições inteiramente diferentes, é o que não nos parece justo nem conveniente. A lei seria fraudulenta, pois concedia uma faculdade que podia influir poderosamente nas condições com que o acto fôra practicado, para depois da practica do acto vir surprehender uma das partes, recusando-lhe uma faculdade que a lei lhe concedia, quando practicou o acto, e que talvez tivesse em vista nessa occasião.

Pelo menos é certo que o legislador por uma tal concessão deminuiria a previdencia do contrahente, a quem dis-

¹ Meyer, obr. cit. pag. 89; Weber, pag. 113 e 114, cit. por Pinto, Supplemento a Meyer, pag. 169, n.º 68, not. 96.

pensara especial protecção; e por isso deve, tanto quanto seja possível, remediar essa falta de providencia e cautela, o que não poderá fazer senão respeitando as consequencias legaes dos actos¹. Como mais adiante temos ainda de voltar a este ponto, por isso não seremos aqui mais extensos.

§ 2.º

Do domicilio

Sendo o exercicio dos direitos e o cumprimento das obrigações civis determinados em diversos casos previstos na lei, pelo domicilio do cidadão² e sendo o domicilio regulado por uma lei nova, póde a determinação dos limites d'esta lei offerecer algumas duvidas; por quanto ou se regula pela lei nova o domicilio do cidadão para o exercicio dos direitos e cumprimento das obrigações, adquiridos e contrahidas depois da sua promulgação, ou ainda mesmo para determinar o exercicio dos direitos e o cumprimento das obrigações, adquiridos e contrahidas antes da sua promulgação.

A solução da questão depende da epocha a que devemos attender para fixar o domicilio; porque, se o domicilio se determina pela lei do tempo, em que foi adquirido o direito, ou contrahida a obrigação, não ha duvida alguma de que deve ser regulado pela lei do tempo em que um e outra foram creados; ainda que o exercicio do direito ou o cumprimento da obrigação se realizem sob o dominio da lei nova, que viesse regular o domicilio por outra forma.

Mas se pelo contrario é á epocha, em que se exerce o direito ou se cumpre a obrigação, que deve attender-se para determinar o domicilio, claro é que a lei ultima, e não outra, deverá ser observada mesmo em relação aos direitos e obrigações anteriores. Ainda que não encontramos esta especialidade nos varios auctores que consultámos, parece-nos todavia que, applicando-se a esta especie de leis os diversos principios por elles estabelecidos, como regra para decidir

¹ Savigny, obr. cit. § 392, pag. 434; V. Struve, pag. 266, cit. por Pinto, Supplemento a Meyer, pag. 169, n.º 68, not. 97; Gabba, obr. cit., vol. 1, pag. 360 e vol. II, pag. 71.

² Cod. Civ. Port. art. 40.

o conflicto entre as leis no tempo, deveriamos seguir que a lei antiga cede todo o seu imperio á lei nova, e que o exercicio dos direitos e o cumprimento das obrigações, pelo que respeita ao domicilio do cidadão, se regula pela ultima lei, ainda que os direitos tenham sido adquiridos e as obrigações contrahidas sob o imperio de outras leis.

As suas razões são duas: primeira, porque, pertencendo ás leis do processo, estas leis que regulam o domicilio para o exercicio dos direitos e cumprimento das obrigações, devem applicar-se immediatamente a todos os actos executados sob o seu dominio, porque este é o character de taes leis; segunda, porque, sendo o domicilio determinado pela lei independentemente da vontade das partes, póde a mesma lei, quando lhe aprouver, regulal-o por outra forma, e sujeitar ao seu novo imperio a execução de todos os actos, embora anteriores á sua publicação.

Nós porém, sob pena de sermos infieis ao principio que adoptámos, não podemos deixar de seguir rumo contrario ao d'estes auctores; e por isso intendemos que, quando se adquiriu um direito ou contrahiou uma obrigação, se o domicilio para o exercicio d'aquelle ou para o cumprimento d'esta se achava fixado numa lei d'esse tempo, esta lei e não outra é que deve observar-se na determinação do domicilio.

A razão d'isto é obvia. As partes, quando practicaram o acto gerador do direito e da obrigação, contaram com a disposição da lei vigente sobre este ponto; e, se estas disposições fossem differentes, outras seriam tambem as condições com que celebrariam o acto. Alem de que, se a nova lei for mais favoravel ao devedor, e elle se achava em mora, não deve gozar do favor da nova lei, porque seria premiar a omissão culposa ou dolosa de seus deveres; e se for a antiga, não tem de que se queixar.

Em summa, a determinação do domicilio é uma consequencia legal externa do acto, e por isso deve ser respeitada pela lei nova, porque as partes a tiveram em vista quando contractaram. A lei que lh'a negasse ou alterasse, offenderia a sanctidade dos contractos e a inviolabilidade dos direitos.

§ 3.º

Da ausencia

Quando alguma pessoa desaparece de logar do seu domicilio ou residencia, sem que d'ella se saiba parte, o interesse publico pede que seus bens não fiquem em abandono, mas sejam postos em cautela e administrados para serem entregues á mesma pessoa, quando appareça, ou a seus herdeiros, e porisso as leis devem providenciar a tal respeito.¹

Como porém estas providencias possam variar, se as circumstancias, ou conveniencias sociaes o exigirem, é mister fixar o imperio da lei que estabelecer novas providencias sobre esta materia.

Parece-nos que a nova lei, que tiver por objecto a curadoria provisoria ou definitiva dos bens do ausente, direitos e obrigações d'uma e d'outra, assim como a sua extensão, deve applicar-se immediatamente ainda ás curadorias já deferidas; porque assim o pede o fim d'estas leis que, como sabemos, é a conservação dos bens do ausente até ao seu regresso, ou á presumpção legal da sua morte, para serem entregues a elle, ou a seus herdeiros.

A curadoria póde ser provisoria ou definitiva. Assim segundo a doutrina antiga, em quanto não passava um anno desde a ultima noticia do ausente,² não lhe era deferida a curadoria ordinaria, salvo se os interesses do ausente por alguma circumstancia extraordinaria o pedissem; mas segundo o Codigo³, logo que conste ao juiz competente do desaparecimento de qualquer pessoa do logar do seu domicilio ou residencia, ser-lhe-ha dado curador, se for necessario prover a este respeito, sem se esperar pelo lapso d'um anno, como dispunha a lei antiga. Ainda pois que a ausencia se tenha verificado antes do Codigo, a curadoria provisoria será conferida ao ausente na conformidade do mesmo Codigo, e

¹ Coelho da Rocha, Dir. Civ. § 393; Cod. Civ. Port. art. 55.

³ Coelho da Rocha, Dir. Civ. § 394, n.º 1.º

² Cod. Civ. Port., art. 55.

não da lei antiga, pois que esta se acha inteiramente abrogada por lei posterior.

Os direitos e obrigações do curador provisório regulam-se também pelo Código, ainda que a curadoria tivesse sido conferida anteriormente á sua promulgação. Assim o curador provisório haverá cinco por cento da receita líquida, que realisar, ainda que fosse constituído antes da promulgação do Código¹.

As causas, pelas quaes termina a curadoria provisória, são também reguladas pelo Código², quer a constituição da curadoria seja anterior quer posterior á sua promulgação.

Segundo o direito antigo³, sómente passados dez annos depois das ultimas noticias do ausente, ainda que não deixasse procurador, é que tinha logar a curadoria provisória (definitiva segundo o Código⁴); mas segundo o direito vigente⁵, não tendo deixado procurador, logo que sejam decorridos quatro annos depois do dia em que desapareceu, sem d'elle haver noticias, ou da data das ultimas noticias que d'elle houver, podem os seus herdeiros presumidos ao tempo da ausencia ou das ultimas noticias, quer sejam legitimos quer instituidos em testamento publico, requerer a entrega dos bens do mesmo ausente.

Ha pois aqui uma sensível differença em quanto ao tempo, em que pelo direito antigo e novo é permittido aos herdeiros legitimos ou testamentarios pedir a entrega dos bens do ausente.

Não obstante julgamos que, decorridos os quatro annos depois do dia em que desapareceu o ausente, ou depois da data das ultimas noticias, não tendo elle deixado procurador, os herdeiros legitimos ou testamentarios podem pedir a entrega dos bens, ainda que o facto da ausencia, ou das ultimas noticias tenham occorrido antes do Código. Nem se diga que elle se ausentara, e prolongou sua ausencia, ou retardou as noticias, por contar com as disposições da-

¹ Cod. Civ. Port. art. 61.

² Cod. Civ. Port. art. 63.

³ Coelho da Rocha, Dir. civ. § 395.

⁴ A terminologia antiga era differente da empregada pelo Código; porque a curadoria provisória chamava-se ordinaria, e a definitiva provisória. Cit. Coelho da Rocha §§ 394 e 395.

⁵ Cod. Civ. Port. art. 64.

legislação vigente ao tempo em que se ausentou ou deixou de dar noticias suas; porque o facto da ausencia, ou do silencio do ausente sobre a sua residencia ou existencia, não é um facto juridico, d'onde resultem direitos para elle, ou para aquelles a quem foi confiada a conservação dos seus bens. A lei neste caso é que providencia sobre a guarda e conservação dos bens, a fim de serem entregues ao proprio ausente, caso elle volte, ou a quem legalmente o representar; e por tanto é sempre a ultima lei que deve observar-se; porque não pôde dizer-se que o ausente tenha direito á observação da lei, que vigorava quando se ausentou ou deixou de dar noticias suas. Além d'isso, como a sentença, que defere a curadoria definitiva, não pôde ser proferida, sem que o ausente tenha sido notificado por éditos, publicados com anticipação de seis mezes na folha official, na gazeta da respectiva relação e, nas portas da igreja parochial do logar do seu ultimo domicilio; nem pôde ser dada á execução sem que decorram quatro mezes depois da sua ultima publicação, feita pela forma¹ em que o devem ser os editos; não tem o ausente razão para se queixar d'esta redução de praso para a instalação da curadoria definitiva; pois que a lei, antes que ella fosse definitivamente installada, mandou fazer todas as diligencias necessarias para este facto chegar ao conhecimento do ausente. Não sómente não ha offensa de direito algum, mas ainda considerações moraes e economicas vêm em reforço da doutrina que levamos exposta.

Examinemos as duas leis em relação ás causas, pelas quaes termina a curadoria definitiva.

Pelo direito antigo², logo que o ausente completasse setenta annos de idade, julgava-se morto; e porisso a curadoria de seus bens finda, e os herdeiros que a tinham obtido alliviados da caução e investidos no direito de alienar; mas o Codigo³ estabelece que, passados vinte annos depois da ausencia ou contando o ausente noventa e cinco annos de idade, fiquem os herdeiros e demais interessados, alliviados da caução, que, houvessem prestado e que possam dispor dos bens do ausente como seus. Ora se applicarmos

¹ Cod. Civ. Port., art. 65.

² Coelho da Rocha, Dir. Civ., § 398.

³ Cod. Civ. Port., art. 78, n.º 4 e 5, art. 7.º

às curadorias deferidas antes da promulgação do Código as suas disposições sobre o termo da curadoria, pôde acontecer que aquelles herdeiros e demais interessados, que estavam a ponto de ficar alliviados da caução e de poder dispor dos bens do ausente como seus, porque o ausente estava a perfazer os setenta annos de idade, exigidos pelo direito antigo para terminar a curadoria, não gozam d'estas vantagens senão passado o tempo que faltar para o ausente perfazer os noventa e cinco annos exigidos pelo Código. A nossa opinião é que se deve observar a ultima lei, salvo se o praso exigido pela lei antiga já tiver terminado; porque em tal caso o facto consummou-se sob o seu imperio; e as condições da lei cumpriram-se; e porisso não pôde uma lei posterior vir destruir o que estava perfeito e acabado.

Assim, supponhamos que se havia deferido uma curadoria antes do Código, e que um anno, um mez, um dia antes de sua promulgação o ausente perfizera os setenta annos de idade, exigidos na lei antiga para a extincção da curadoria; é fóra de duvida que a curadoria ficava definitivamente extincta, que o curador ficava alliviado da caução, mantido no direito de dispor dos bens; e que nem o onus da caução lhe podia ser imposto novamente, nem o direito de dispor auferido. Numa palavra a lei seria retroactiva.⁴

SECÇÃO III

Differentes especies de incapacidade, duração, extincção e seu supprimento

§ 1.º

Incapacidade por menoridade

Como esta especie de incapacidade tem por causa a falta de certa idade, e a idade em que acaba esta incapacidade pôde ser prolongada ou abreviada pela lei nova; é mistér saber-se qual a lei que deve applicar-se em qualquer dos dous casos, se a antiga, se a nova; pois, se applicarmos a lei

⁴ Gabba, obr. cit. vol. II, pag. 64—68.

nova a todos os cidadãos, sem attender ao tempo da sua promulgação, e esta lei encurtar o praso para a menoridade, todos sem excepção alguma serão maiores, logo que completem a idade fixada na lei nova para se chegar a maioridade: mas, se pelo contrario a lei nova, em vez de avançar a idade para a maioridade, a recuar, muitos que já eram maiores no tempo da promulgação da nova lei, ficariam reduzidos á condição de menores por effeito da mesma lei.

Quando a lei nova fixa a maioridade alguns annos antes da lei antiga, não admittre duvida que a lei nova deve ser applicada a todos sem excepção, porque não pôde affirmar-se em boa logica que os nascidos antes da lei tenham direito a conservar-se menores até completar o numero de annos exigido pela antiga lei, ainda a despeito da lei nova.

É uma verdade tão clara, que não soffre contestação¹.

Já assim não acontece quando a lei nova alonga o praso para a maioridade, pois neste caso não são concordes os auctores sobre o imperio da lei nova, querendo uns² que ella abranja em seu edicto todas as pessoas existentes ao tempo da sua promulgação, e sustentando outros³ que não deve affectar os que já fossem maiores pela lei antiga, embora no tempo da promulgação da ultima lei não tivessem ainda a idade marcada na mesma lei para a emancipação legal. Mas a opinião mais geralmente seguida é a dos que sustentam que a lei que tiver por objecto de suas disposições a determinação do praso para se chegar á maioridade legal, deve applicar-se immediatamente a todas as pessoas, que não contarem a idade exigida pela nova lei, ainda que pela antiga tivessem já sido declaradas maiores. Esta é tambem a nossa opinião, que achamos conforme ao principio geral por nós estabelecido. Por tanto abraça-

¹ Excepto Herrestorff, o qual intende que a lei nova não pôde aproveitar aos que já tiverem feito a idade da lei ao tempo da sua promulgação.

² Meyer, obr. cit. pag. 46—48; Merlin, obr. cit., secç. III, § 2, art. 5; Blondeau, obr. cit. (n.º 4); Malher de Chassat (1, pag. 259); Grand-manche de Beaulieu (pag. 54); Demolombe, obr. cit. (n.º 45); Teodosiades (pag. 45 e 88); Bergmann (pag. 173); Weber (pag. 85); Daniels, Hiersemensel; Holschuhner; Unger; cit. por Gabba, vol. II, pag. 73—75.

³ Spandaw, Savigny, Pinto (pag. 138); Vageron (1, pag. 69); Schmid (pag. 120); Christiansen (pag. 41). Gabba, vol. II, pag. 77.

mol-a, não tanto por ter em seu abono muitas e boas auctoridades, como porque a contraria seria a negação formal do principio que aventamos. Quando a lei regula a capacidade juridica das pessoas phisicas ou moraes, não póde a validade ou nullidade dos actos juridicos, posteriores á sua promulgação, deixar de ser julgada segundo as prescripções da mesma lei. Examinemos porém a doutrina dos que intendem que a lei nova não póde reduzir o maior pela legislação antiga á condição de menor. Não é tanto o valor intrinseco de suas razões, como o prestigio de sua auctoridade que nos traz enleitados, porque dois nomes celebres na republica das letras juridicas subscrevem esta opinião. O profundo romanista Savigny e o eminente publicista Moraes Carvalho são os dois representantes d'esta opinião; aquelle em Allemanha, e este entre nós. Se escrevessemos no tempo em que as questões se decidiam pelo numero e qualidade de votos, não nos cançariamos em descortinar as razões em que se fundam estes dois auctores, pois a força de suas auctoridades nos levaria de vencida; mas como vivemos numa epocha, em que a autoridade dos nomes não obriga já senão pelas razões intrinsecas da materia, por isso vamos examinar os fundamentos d'esta opinião, porque, achando-os solidos, não duvidaremos tambem assentar sobre elles a nossa doutrina. Diz o sr. Moraes Carvalho ¹: «Pela maioria ou emancipação o menor adquire o direito de reger sua pessoa e bens, como se fosse maior: a faculdade ou direito de acção já está reduzido a exercicio effectivo; e se a nova lei destroe o acto da emancipação, já consummada, ella vem a ter inquestionavelmente effecto retroactivo com offensa de direitos adquiridos.

«Pela emancipação cessa tambem o usufructo dos paes; e não será isto um direito effectivamente adquirido para o emancipado? Não será retroactiva a lei que d'elle o privar?»

As razões em que se funda o illustre apostillador são as adduzidas por Savigny ², que alem d'isso reputa como uma excepção (blâmable) ao principio, a lei que expressamente ordenasse o contrario. Vemos que a razão, que levou estes

¹ Resposta á segunda Apostilla do sr. Visconde de Seabra, pag. 31 a 37.

² Savigny, obr. cit. § 389, pag. 408 e 409; Pinto, n.º 26—29 e 37.

eminentes juristas a restringirem a applicação da lei que alonga o prazo para a maioridade, sómente aos que ainda não tiverem entrado na maioridade legal pela lei antiga, é o tão decantado principio dos direitos adquiridos.

Mas cousa notavel é que sejam tantos os auctores da antiga theoria dos direitos adquiridos, e que apenas estes dois auctores sigam neste ponto uma opinião contraria aos da sua eschola, o que é mais uma prova da insufficiencia de semelhante principio. Nós, como rejeitamos esta theoria, não nos constituimos na obrigação de refutar o principio em todas as suas applicações, porque a sua negação importa formalmente a não applicação do mesmo principio; e por isso tal opinião não tem para nós peso algum, visto negarmos o seu fundamento, que, como dissemos, consiste na celebre distincção entre direitos adquiridos e não adquiridos. Aquelles que, adoptando a qualidade de direito adquirido como criterio para regular a applicação da lei, discordam neste ponto de Savigny e Moraes Carvalho, ou negam a qualidade de direito adquirido, neste caso, ou, reconhecendo-a, intendem que este é um d'aquelles, em que o interesse geral e as conveniencias publicas justificam a excepção feita ao principio geral da não retroactividade.

Seria um quadro interessante, se não fosse demasiadamente moroso, ó que apresentasse a solução d'esta hypothese, segundo os diversos principios até hoje invocados para regular a applicação da lei nova com relação ao tempo, pela variedade dos fundamentos e contraste das decisões.

Meyer¹, Merlin², Duvergier³ e Demolombe⁴ seguem que a lei nova sobre a maioridade e emancipação deve applicar-se immediatamente a todas as pessoas existentes ao tempo da sua promulgação, quer ella encurte quer alongue o prazo, nesta ultima hypothese, quer as pessoas, que são objecto de suas disposições estejam ou não emancipadas pela legislação antiga. Merlin e Demolombe dizem que não ha aqui direito adquirido, mas uma faculdade que a lei concede e que pôde retirar, quando o julgar conveniente.

¹ Meyer, obr. cit. pag. 46—48.

² Merlin, obr. cit., secç. III, § 2, art. 5.

³ Duvergier, obr. cit. pag. 114.

⁴ Demolombe, obr. cit. n.º 45.

Meyer e Duvergier intendem que as leis d'esta especie, sendo leis de ordem publica e interesse geral, podem e devem applicar-se immediatamente, sem vicio de retroactividade, ou porque realmente não a ha neste caso, ou porque, havendo-a, é justificada e reclamada pela natureza particular de taes leis. Nós não sabemos se ha ou não direito adquirido; mas, se o ha, como alguns pretendem, admiramos a singularidade de tal direito, pois, como diz Demolombe, seria um direito adquirido de não ser protegido! Segundo o nosso principio, não resta duvida alguma de que as leis ácerca da maioridade ou menoridade sejam immediatamente applicadas a todas as pessoas, porque é esse o character das leis que tiverem por objecto de suas disposições o sujeito do direito, ou as pessoas juridicas, salvo todavia o respeito aos actos consummados.

Ha ainda uma opinião media seguida por Lassalle, (pag. 74, 266 e 391), segundo a qual a lei nova, que alonga o praso para a maioridade, devia respeitar este estado adquirido por um facto positivo, mas não o adquirido de outra sorte. Duvergier (pag. 28 e 29) e Kalindéro (pag. 73) pendem para a mesma opinião.

§ 2.º

Do poder paternal

Tendo examinado as leis que marcam o praso dentro do qual as pessoas são incapazes de reger sua pessoa e bens, e definido os seus effeitos com respeito á questão que nos occupa, vamos agora tractar das leis que regulam o supprimento d'esta especie de incapacidade, e que têm por objecto o poder paternal, e a tutela¹.

a) Constituição do poder paternal

1) *Filiação legitima*. Os filhos podem ser legitimos, legitimados, naturaes e esurios. É bem sabido que filhos legitimos são aquelles que nascem de justas nupcias; e que devem ter-se por justas as nupcias celebradas com todos os

¹ Cod. Civ. Port., art. 100.

requisitos e formalidades exigidas pela lei do tempo em que teve lugar a sua celebração. Sendo isto assim, deve a qualidade de filho legítimo regular-se pela lei do tempo em que succedeu o facto do nascimento, porque, como os effeitos juridicos dos factos são determinados pelas leis contemporaneas, claro é que uma lei posterior nunca poderá vir tirar estes effeitos sem retroagir; e por isso não pôde applicar-se senão a factos futuros. Por tanto, ou se considere o direito dos filhos legítimos a vindicar o estado que lhes pertence, ou o direito dos paes a impugnar a legitimidade dos filhos nos casos que a lei o permite, é a lei do tempo em que o filho nasceu, e não a do tempo em que o direito se pretende fazer reconhecer, que deverá attender-se; porque de outro modo admittiriamos que filhos hoje tidos por legítimos podiam amanhã ser declarados illegítimos, se uma lei nova, mudando as condições da legitimidade, pudesse applicar-se aos nascidos antes da sua promulgação. Parece-nos que esta nossa conclusão devia ser rejeitada por muitos e conspicuos auctores, principalmente por aquelles que seguem o systema do interesse geral; ou da distincção da fonte das obrigações, porque em um e outro caso ou o interesse da sociedade, ou a lei que concede estas faculdades ou direitos, podem justificar o effeito retroactivo, ou, melhor, dissimular-o. Nós porém, que seguimos principios oppostos, somos forçados a conclusões tambem oppostas. Se a lei, sob cujo imperio se manifestaram certos factos, voluntarios ou involuntarios, era clara e precisa em contrastar a sua existencia, determinar a sua natureza, e regular os seus effeitos, a lei nova que viesse usurpar o imperio da lei antiga, seria uma lei espoliativa, e por tanto reprovada pela justiça e pela politica, porque não ha politica injusta. No entanto, sem sabermos a razão por que, aquelles mesmos que, pelos principios oppostos que professam sobre esta materia, deviam chegar a conclusões oppostas, são neste ponto concordes comnosco¹.

2) *Legitimação por subsequente matrimonio.* As leis sobre a legitimação dos filhos por subsequente matrimonio offerecem mais alguma difficuldade; porque estas compre-

¹ Merlin, obr. cit., secç. 111, § 2.º, art. 7.º; Duvergier, obr. cit.; Gabba, obr. cit., vol. 11, pag. 192—201; Pinto, Suppl. pag. 144, n.º 35 a.

hendem sempre dois factos — o da geração e o da legitimação, e quando estes dois factos se manifestam sob o imperio de duas leis, é mister determinar-se qual das duas deve prevalecer. Supponhamos que a lei nova limitou os effeitos da legitimação por subseqüente matrimonio a certa qualidade de filhos, e excluiu da legitimação outros que a lei antiga admittia, ou ainda exigiu novas condições para a legitimação surtir o seu effeito; deverão suas disposições comprehender sómente os filhos nascidos depois da sua promulgação, ou tambem os nascidos antes?

Supponhamos ainda que a lei nova estendeu o beneficio da legitimação por subseqüente matrimonio a filhos que pela legislação antiga não podiam ser legitimados: aproveitar-se-hão estes tambem do beneficio da nova lei? Supponhamos em terceiro lugar, que fôra celebrado um matrimonio entre pessoas, que tiveram anteriormente filhos, mas que não foram legitimados, porque a lei do tempo não permittia a sua legitimação, e que depois foi promulgada outra lei, declarando que taes filhos ficam legitimados por subseqüente matrimonio: abrangerá esta lei sómente os matrimonios futuros, ou tambem os preteritos? Nós intendemos que é a lei do tempo em que se celebra o matrimonio, que deve regular os effeitos da legitimação sem respeito algum á lei que dominava no tempo do nascimento, de maneira que filhos que, segundo a lei, sob cujo imperio nasceram, não podiam ser legitimados por subseqüente matrimonio, podel-o-hão ser todavia, se uma lei promulgada entre o facto do nascimento e o do matrimonio permittir a sua legitimação. Não duvidamos tambem de acceitar a contraria por verdadeira. A razão em que assentamos a nossa opinião é que, sendo a legitimação uma consequencia legal do matrimonio subseqüente, deve applicar-se a lei que regula este acto e não outra. Nem se diga que os filhos nascidos sob o imperio d'uma lei que permittia a legitimação por subseqüente matrimonio adquiriram pelo facto do nascimento o direito a ser legitimados; porque os effeitos da legitimação resultam do matrimonio, e não do nascimento. Em quanto á terceira hypothese que figurámos, intendemos que o matrimonio celebrado antes da lei nova, está fôra do seu alcance, quer esta lei amplie, quer restrinja os effeitos da

legitimação; porque a doutrina contraria, além de ser impracticavel em muitos casos, levaria a desordem e a inquietação ao seio das familias, e perturbaria a ordem do direito e a segurança da propriedade¹. Além d'isso, como os effeitos da legitimação principiam só desde a data do matrimonio, como é expresso no Código Civil², mas immediatamente; não nos deve ficar duvida alguma sobre a lei que regula a materia, se a da epocha do nascimento dos filhos, se a do matrimonio subsequente dos paes³.

3) *Filiação natural, reconhecimento e perfilhação.* Sobre a perfilhação e acção de investigação de paternidade póde ventilar-se a questão — se por ventura deve applicar-se a lei vigente no tempo do nascimento, ou a que rege, quando se celebra o acto da perfilhação, ou se intenta a acção da investigação de paternidade. Estas leis podem ter por objecto ou a qualidade dos filhos perfilháveis e reconhecíveis, ou as provas, ou o praso marcado nas leis para a practica d'estes actos, ou ainda os effeitos mais ou menos extensos da perfilhação e do reconhecimento; e como a lei antiga possa ser alterada pela lei nova em cada um d'estes pontos, torna-se imperiosamente necessario determinar qual das duas leis deva applicar-se a esta especie. Segundo o nosso principio, tanto o acto de perfilhação como a acção de investigação devem ser regulados na conformidade da lei vigente ao tempo do nascimento do filho perfilhavel ou reconhecível, porque, definindo a lei d'esse tempo os direitos dos filhos naturaes, estes direitos foram necessaria e legalmente adquiridos pelo facto do nascimento, e não podem ser tirados por uma lei posterior, sem que esta lei possa deixar de ser taxada como retroactiva⁴. A lei não é o principio efficiente d'estes direitos, assim como o não é dos que provêm dos contractos; porque, como já por vezes temos dicto, a lei não cria direitos, apenas os especifica,

¹ Gabba, obr. cit., vol. II, pag. 257—259.

² Cod. Civ. Port., art. 119, § 3.º

³ Cod. Civ. Port., art. 119—121.

⁴ Herrestorff (pag. 96—207); Struve (pag. 233); Merlin, obr. cit. (secç. III, § 2, art. 7, n.º 3 e *Quest. de droit*, v. *Légitimité*, § 2); Georgii (pag. 164, nota 16); Winiwarter (cit. por Unger, pag. 142); Stubenrauch (ib.); Dalloz (n.º 231 e 232), cit. por Gabba, vol. II, pag. 237.

reconhece, e assegura; e se nós considerássemos a lei como fonte de direitos, e estabelecessemos o principio de que os direitos concedidos por uma lei podiam ser-nos tirados por outra, não haveria direito seguro, nem propriedade estabevel, porque no estado social o homem não goza pacificamente senão dos direitos que a lei civil lhe reconhece. Alem de que, attribuir a creação do direito á lei, é confundir o seu reconhecimento legal e a sua garantia social com o titulo ou causa efficiente do direito. Nem vale dizer-se que o facto do nascimento é um acto independente da vontade do filho; e que por isso, não tendo elle contribuido para a aquisição do direito, pôde ser privado do que a lei lhe concedia ao tempo do nascimento, sem ter razão de queixar-se da lei, que não lhe tirou senão o que lhe havia dado gratuitamente. Ainda que o facto do nascimento seja necessario em relação ao filho, não o é com referencia aos paes; e por tanto ao menos estes devem sujeitar-se ás consequencias legais de seus actos, sem que a esperanza d'uma lei que os allivie do pêso d'essas consequencias favoreça seus desregramentos, ou uma mudança na legislação lhes difficulte a emenda de seus erros, ou o remedio de sua imprudencia. A opinião contraria porém é seguida por abalisados jurisconsultos¹, e firmada em boas razões, que, se não nos convencem, pelo menos inspiram-nos uma certa desconfiança da verdade de nossa opinião, e que sustentamos mais por fidelidade ao principio que estabelecemos, do que por segurança da sua justiça e conveniencia.

Deve porém notar-se que, se exceptuarmos Pfeiffer, segundo o qual nenhuma distincção deve fazer-se entre a acção já intentada e a acção por intentar, a generalidade dos auctores, uns tacita, outros² expressamente admittem, que a lei nova prohibitiva da acção da investigação de paternidade,

¹ Weber (pag. 236); Lassaulx (cit. por Weber l. c.); Pfeiffer (ibi.); Bergmann (not. 385); Meyer (obr. cit., pag. 100 e 101); Savigny (obr. cit. § 395, pag. 527—529); Unger (pag. 142); Demolombe (n.º 42); Grandmanche de Beaulieu (pag. 43); Teodosiades (pag. 78); Volpi (pag. 365); Gabba (obr. cit., vol. II, pag. 237.)

² Weber, pag. 79—82; Meyer, pag. 100 e 101.

não deve applicar-se as acções já intentadas ao tempo da sua publicação¹.

Meyer segue a opinião contraria á nossa; porque, no seu entender, «a acção de investigação de paternidade, não é para os filhos a consequencia necessaria d'um acontecimento anterior á lei que a prohibe;» porque «ella podia ser intentada ou abandonada á vontade dos interessados;» porque «ella dependia d'uma sentença incerta em si, sem a qual a pretensão seria como se não existisse;» e finalmente, porque «ella não póde ser considerada como um direito irrevogavelmente adquirido, uma vez que esta acção não estivesse já intentada, e que a intenção formal e positiva do auctor não tivesse sido manifestada, e feita propriedade sua irrevogavel².»

Todas as suas razões, como vemos, se reduzem simplesmente a uma só, que é a negação do direito adquirido, ou a revogabilidade do mesmo direito, em que consiste, segundo este auctor, a verdadeira característica do direito adquirido: e por tanto o fundamento da sua opinião destruir-se-hia logo que se demonstrasse neste direito a qualidade de adquirido, o que não carece de demonstração, pois a sentença do juiz nunca produziu direitos, mas adjudica-os; o que são cousas inteiramente diferentes. Ha confusão, ou equívoco, neste ponto, porque confundem a contestação do direito com a sua aquisição; quando é certo que nós estamos vendo todos os dias serem objecto de gravissimas contestações os direitos mais legitimamente adquiridos. Esta doutrina, se fosse seguida á risca, tornaria a auctoridade do juiz omnipotente e muito superior á lei, porque elle não julga senão os direitos contestados: e como estes não estão adquiridos por nenhuma das partes, póde o juiz brindar com o objecto da contestação a parte que mais lhe agrade, porque antes da sentença nenhum dos litigantes tem o direito adquirido: a sentença não seria um acto de justiça, mas uma liberalidade do juiz.

Alem d'isso, nenhuma das razões adduzidas por Meyer

¹ Gabba, obr. cit., vol. II, pag. 237 e 238; Pinto, Supplemento a Meyer, pag. 144, n.º 35 c.

² Merlin, obr. cit., secç. III, § 2.º, art. 7.º, n.º 3; Meyer, obr. cit., pag. 100 e 101; Pinto, Supplemento ao mesmo, pag. 144, n.º 35 c.

em abono da sua doutrina nos parece convincente. Em primeiro lugar diz elle que a acção de investigação de paternidade não é uma consequencia necessaria d'um acto anterior á lei que a prohibe, quando não é baseada sobre um reconhecimento formal e escripto do pae. Nós achamos semelhante asserção não só inteiramente gratuita, mas manifestamente contraria á verdade; porque antes da promulgação da lei que prohibiu a acção do investigação de paternidade, ou absolutamente ou só em certos casos, esta acção era uma consequencia natural e legal do facto da geração do filho; e só depois da lei que a prohibiu deixou de ser uma consequencia legal, mas não natural, porque as leis podem deixar de reconhecer e garantir os effeitos naturaes e necessarios de certos factos, mas nunca supprimir as causas já passadas, ou destruir os effeitos já produzidos.

Ha ainda mais. Esta razão é uma perfeita contradicção, porque, se a acção de investigação de paternidade não é uma consequencia necessaria d'um facto anterior á lei que a prohibe, ou o ha de ser d'um facto posterior á mesma lei, ou a lei carece de objecto. Mas a primeira supposição seria ridicula, porque em tal caso, haviamos de admittir que a lei ligou a certo facto uma consequencia para ter o gosto de a prohibir; e a segunda seria absurda, porque teriamos uma prohibição sem causa, um edicto sem materia, uma lei sem objecto. A lei prohibe a acção de investigação de paternidade: logo existia, e se existia tinha um fundamento, ou dois fundamentos, sendo um na natureza, e o outro na lei, ou na praxe; na legislação ou na jurisprudencia, o que para o nosso caso vale o mesmo.

Em segundo lugar, diz o mesmo auctor: a acção de declaração de paternidade não é um direito adquirido, porque pôde ser intentada ou abandonada segundo o alvedrio dos interessados. Esta argumentação prova de mais, e o que prova de mais, em boa logica, não prova cousa alguma. Effectivamente, se esta acção não constitue um direito adquirido, por ser legalmente facultativa; como toda acção de direito tenha este caracter, segue-se necessariamente que nenhuma acção é objecto de direito adquirido. Accresce que a acção, como meio para a execução do direito, presuppõe sempre este, que lhe serve de fundamento e de objecto.

Alem d'isto, se o auctor citado reconhece que a acção póde ser intentada ou abandonada pelos interessados, admite necessariamente que elles gozam da faculdade de intentar a acção; mas o que é esta faculdade senão o meio de fazer valer um direito que lhes assiste? Argumentar d'esta forma é confundir o exercicio do direito com a sua existencia, é concluir do não uso do mesmo a sua não existencia. Não ignoramos que o não uso do direito póde produzir a sua extincção, ou melhor, a sua transação, mas é o não uso diuturno e acompanhado de todas as condições legais, necessarias para a prescripção, o que é inteiramente diferente.

Ouçamos o que diz Merlin, refutando este argumento de Meyer. «Esta consequencia, diz o sabio Merlin¹, seria justa sem duvida, se se tractasse d'uma acção que a lei me concede por mero favor e a titulo de simples faculdade; mas ella é completamente falsa quando se tracta d'uma acção cujo fundamento está no meu proprio direito, quer eu o tenha da natureza, quer o haja adquirido por um contracto, quer a mesma lei me investisse nelle, e m'o conferisse pura e simplesmente, e sem lhe ligar a condição de que não o adquiriria senão pelo exercicio que d'elle fizesse.» Em terceiro logar, ainda que a sentença seja incerta, nunca d'esta incerteza poderá inferir-se a não existencia do direito, como fez Meyer.

Acabamos pois de ver a incongruencia das razões, com que Meyer pretendeu ahonar a sua opinião. Agora vejamos se os outros defensores da mesma opinião apresentam razões mais convincentes. Estes de que temos conhecimento² são Demolombe e o illustre Savigny. Começaremos por este ultimo, porque por varios titulos merece o primeiro logar.

O illustre Savigny³, confessando a nimia delicadeza da materia, diz que «podemos tomar como ponto de partida ou um delicto do pae, ou o parentesco natural, não obstante a incerteza da paternidade. Em qualquer dos dois casos poderíamos pretender que o facto da cohabitação, tomado

¹ Merlin, obr. cit., secç. III, § 2, art. 7, n.º 3.

² Quando escreviamos isto não tinhamos os livros que hoje possuímos.

³ Savigny, obr. cit., § 399, pag. 515—518.

como signal da paternidade, constitue um direito immutavel, que uma lei posterior não poderia modificar para alargar ou restringir os direitos do filho e da mãe. Assim a lei nova não se applicaria senão aos filhos naturaes por nascer. Mas, em realidade, as leis d'esta especie têm sempre uma natureza rigorosamente obrigatoria, porque se referem a um fim moral. Em verdade, ninguem contestará que para interesse da moral e do estado, seria para desejar que todos os filhos fossem legitimos, e que a existencia dos filhos naturacs é um mal lastimoso. Pela extensão dos direitos dos filhos podemos melhorar a sua infeliz sorte, e combater a incontinenencia dos homens; pelo contrario, pela restricção ou annullação d'estes direitos, podemos reprimir a ligeireza das mulheres, e proteger a tranquillidade dos matrimonios contra as pretensões de mulheres extranhas. Qualquer que seja pois a medida adoptada pela lei nova, a moralidade do fim é incontestavel, sem que tenhamos necessidade de discutir qual d'estes dois systemas seja melhor e mais justificado pela experiencia. Admittidos estes principios, a lei nova sobre os filhos naturaes deve receber uma applicação immediata, sem attenção á epocha em que o filho nasceu ou foi concebido.»

Como vemos, a razão que determinou Savigny a seguir a sua opinião é o fim das leis d'esta especie; mas, se o fim da lei não pôde conseguir-se pela applicação da mesma aos filhos naturaes, dados á luz antes de sua promulgação, claro é que não deve applicar-se a estes filhos, porque a impossibilidade em que a lei se acha de preencher seu fim em relação a elles não justifica a sua applicação.

Esta tem em vista, como diz o mesmo auctor, ou combater a incontinenencia dos homens pela extensão dos direitos que concede aos filhos illegitimos, ou reprimir a ligeireza das mulheres pela restricção ou annullação dos mesmos direitos. Ora, alem de ser uma pena aberrante infligir a sancção da lei aos filhos pelas violações da mesma commetidas pelos paes, não pôde a lei nova evitar a transgressão da lei preterita; e nesse caso como garantir o que já não pôde ser garantido no sentido da nova lei?

Ha um filho, um desgraçado, fructo da incontinenencia do homem, ou da ligeireza da mulher; e vem uma lei nova,

e diz: para o homem ser casto, e a mulher honesta; concedo ou nego alguns direitos a este producto da incontinencia d'um, ou da fraqueza da outra. Lei que tal ordenasse seria tudo menos uma lei racional e grave. O passado pôde em alguns casos emendar-se ou corrigir-se no futuro, mas evitar-se, nunca; e esta lei teria por fim evitar o passado, embaraçar a practica de actos consummados. A razão pois, que legitima a applicação d'estas leis ao futuro, condemna a sua applicação a actos preteritos.

A mesma opinião de que as leis ácerca do reconhecimento dos filhos e da investigação da paternidade devem ser applicadas immediatamente, sem respeito ás leis vigentes no tempo que teve logar o facto do nascimento, é seguida por Demolombe.¹

Os argumentos com que pretende sustental-a são os seguintes: «1.º parece-me, diz elle, que a causa efficiente e immediata das relações legaes da paternidade e da filiação não é o facto unico, o facto absoluto e abstracto do nascimento; é, aos olhos da lei, o reconhecimento realisado, a sentença proferida, segundo as condições que ella determina. Logo, em quanto esta causa não se realisou, o effeito não se produziu, não foi adquirido legalmente; 2.º a applicação immediata da lei nova, que não tira então ao particular senão uma faculdade não exercida, e que não tinha ainda produzido acção alguma, é pelo contrario reclamada por considerações poderosas de ordem e de moralidade publica. Uma sentença do tribunal de Grenoble offerece a prova, auctorisando, sob o imperio do Codice Napoleão, a indagação d'uma paternidade adulterina.»

O primeiro argumento, como vemos da sua simples exposição, reduz-se á negação da qualidade do direito adquirido, pois a causa do direito, a sua origem, é o facto do reconhecimento, ou a sentença do juiz, e não o facto do nascimento, nem da geração ou procreação. É a confusão perpetua da garantia do direito com o seu principio, do exercicio com a existencia, da forma com a essencia.

É demais a mais confundir a prova, a certeza, o reconhecimento do direito com a sua existencia.

¹ Obr. cit., n.º 42; cf. Gabba, obr. cit., vol. II, pag. 242—244.

O simples reconhecimento judicial, ou extrajudicial, não creou o direito, porque o direito é anterior ao reconhecimento; alias não podia ser reconhecido, porque ninguém pôde reconhecer o que nunca existiu. Ainda que o direito do pae a reconhecer seu filho, ou do filho a fazer-se reconhecer por seus paes, dimanhe immediatamente do facto natural da concepção, gestação e nascimento, não pôde todavia, nem um, nem outro, fazer valer o seu direito, se a lei civil não lhes der a sua protecção; mas, logo que uma lei anterior á practica d'estes factos, á causa natural d'estes direitos, os tenha definido, reconhecido e protegido, basta o facto do nascimento para se adquirir o direito, visto que este facto se realisou sob o imperio d'uma lei, que reconhecia todos, ou só alguns effeitos naturaes d'estes factos, os quaes effeitos, considerados em relação á lei que os regula e sanciona, podem e costumam chamar-se civis, porque a lei é a sua causa civil.

O direito, pois, está legalmente adquirido pelo facto natural e legal do nascimento; e se o pôde tirar a lei, não é porque ainda não foi reconhecido judicial ou extrajudicialmente, porque este reconhecimento não pôde ter mais força que o proprio direito; mas porque a lei que o deu pôde tirá-lo, não sendo o reconhecimento e a sentença mais do que a declaração do edicto da lei. Os que assim raciocinassem tinham o merito de ser logicos; pois que, se a lei faz presente d'um direito, poderia tomá-lo, ainda que tal procedimento fosse muito para extranhar. No entanto, para serem consequentes, haviam de tornar a conclusão extensiva a todos os direitos civis, visto que o cidadão não goza senão dos direitos que a lei reconhece e especifica; e confundindo o reconhecimento e a especificação do direito com a sua causa efficiente, seguir-se-hia que a lei era a causa efficiente de todos os direitos civis, que a lei nos poderia privar de todos, pela mesma razão e modo por que nol-os tinha concedido, pela bem sabida regra: *sublata causa, cessat effectus*.

Ha mais.

Quando se publica uma lei nova, que prohibe a acção de investigação de paternidade, ou essa lei se applica sómente desde a data da sua promulgação, mas a todas as

pessoas, sem distincção de tempo, de maneira que sob o seu imperio não se intenta mais acção alguma de paternidade; ainda que o facto, que dê fundamento á acção, se passasse sob o imperio d'outra lei que a permittia; ou se ha de retrotrahir á origem da anterior para regular d'ahi em diante. Neste caso o direito nunca se adquiriu, os reconhecimentos e sentenças anteriores deve tudo reputar-se nullo por ser manifestamente contra a lei. Naquelle, ou as pessoas que faziam objecto de suas disposições, e que nasceram sob o imperio de outra lei, tinham direito adquirido, ou não. Se tinham, a lei tirando-lh'o offendeu direitos adquiridos, e foi retroactiva no sentido dos factores d'esta theoria. Se não tinham, os reconhecimentos anteriores e sentenças devem ter-se como não existentes, porque foram contra direito. Em resumo, se a lei nova, que prohibe a acção de investigação de paternidade, se applica immediatamente a todos os filhos naturaes, sem consideração pelo tempo do seu nascimento, tambem os reconhecimentos e sentenças não podem subsistir, porque se fundariam em direito que não tinha existido: mas os sectarios d'esta opinião querem que estes actos se respeitem: logo a lei nova não póde nem deve applicar-se indistinctamente a todas as pessoas, mas sómente áquellas que pozerem as causas das relações, que ella regula, depois da sua promulgação.

Aonde ha a mesma razão, deve haver a mesma disposição ou decisão. Ora a razão, em virtude da qual a lei nova deve respeitar os reconhecimentos já feitos, ou as sentenças já proferidas, é considerarem adquirido o direito reconhecido ou julgado; mas o direito está adquirido, não em virtude do reconhecimento, ou da sentença, mas por effeito d'um acto anterior authenticamente reconhecido pelos proprios interessados, ou judicialmente definido pela auctoridade constituída. Demais, tanto a perfilhação, como a acção de filiação são actos, cujo fim é unica e exclusivamente o reconhecimento e exercicio d'um direito; e por isso, se antes da practica d'este acto ainda não existia o direito creado, o que não póde deixar de admittir-se, havia pelo menos já o direito á practica dos actos, tendentes ao seu reconhecimento voluntario ou necessario; e ninguem por certo negará a este direito a qualidade de adquirido, porque seria

cahir na mais flagrante das contradicções; pois que equivaleria a conceder a existencia d'uma cousa, negando-lhe a sua creação ou formação. Reduzidos pois os sectarios d'esta doutrina a este reducto, resta-lhes apenas um subterfugio, que é appellarem para a distincção de faculdades provenientes e não provenientes da lei, e considerarem os actos de que tractamos como pertencentes á primeira categoria, e por isso como auferiveis, segundo o arbitrio da lei. Este argumento, como já por vezes havemos dicto, tem o pequeno defeito de ser nimiamente extenso, ou de ter maior extensão nos principios, do que na conclusão, ou de ter na conclusão uma extensão convencional e arbitraria, porque, dando-se-lhe a extensão dos principios, como requer a logica, seria a conclusão inadmissivel, porque abrangeria mais do que a justiça permite. Ora, logo que em qualquer argumentação a extensão dos principios não dá medida certa da extensão da conclusão, tem esta unicamente por bitola o arbitrio dos argumentadores, que nunca foi nem será razão que convença. As graves considerações sobre ordem e moralidade publica, com que Demolombe pretende justificar a sua opinião, já foram refutadas, quando criticámos as razões apresentadas por Savigny, em defesa da mesma opinião. Nós não sabemos como a ordem publica possa perturbar-se, ou em que a moral possa offender-se, tornando o homem responsavel por todas as consequencias de seus actos; nem tambem acreditamos que a lei seja mais providente do que a natureza, ou tão omnipotente que contrarie seus effeitos já produzidos.

Numa palavra a emenda do passado, que se propõem estas leis, é uma pretensão tão ridicula como impossivel, e não ha razão que justifique a applicação immediata d'esta especie de leis, senão o louco proposito de emendar o passado.

Ahi fica pois exposta francamente a nossa opinião¹ sobre a applicação do artigo 130 do Codigo Civil, e dos mais que com elle têm alguma connexão.

Qual seria porém a influencia d'uma disposição contra-

¹ Esta solução foi consagrada pela lei transitoria de Baden de 1809, § 7; Lei transitoria Sarda de 1837, e Italiana de 1865, art. 7. Vid. Gabba, obr. cit., vol. I, pag. 58—115, e vol. II, pag. 238, e sobre as sentenças, pag. 239.

ria á do Codigo sobre os filhos illegitimos nascidos antes da sua publicação? Gabba, fundando-se em que o pae natural não podia allegar direito algum adquirido, contra a applicação retroactiva da nova lei, que attribuisse mais direitos á sua prole, é de parecer que uma tal disposição deve aproveitar tambem aos filhos já nascidos ao tempo da sua execução, como tem sido julgado constantemente pelos tribunaes da Lombardia, depois que em 1816 ao Codigo Civil Napoleão se substituiu o Codigo Civil geral austriaco¹.

b) Efeitos e extensão do poder paternal

Tendo-nos occupado antecedentemente da applicação das leis relativas á origem e constituição do patrio poder, vamos agora examinar a questão da retroactividade relativamente ás que têm por objecto regular a extensão e efeitos do mesmo poder.

Este, visto que comprehende os direitos que competem aos paes sobre as pessoas e bens de seus filhos, póde e deve ser considerado debaixo d'estes dois pontos de vista. Ora as leis que regulam esta materia podem ou alterar a idade em que os filhos estão sujeitos ao patrio poder, conceder o exercicio d'este poder a ambos os conjuges, ou negal-o a algum d'elles, ou ainda dar ou tirar aos paes ambos, ou a um só d'elles, o usufructo em todos, ou sómente em certa parte dos bens dos filhos. Como vemos, pois, são tres os pontos que temos a examinar, um em quanto á duração da tutela paternal, outro em quanto ao sujeito do patrio poder, e outro finalmente em quanto á sua acção sobre os bens dos filhos.

1) *Duração do poder paternal.* Com relação ao primeiro ponto, isto é, quanto á duração do patrio poder, ainda os auctores que tractam d'esta materia, collocando-se no campo

¹ Citam-se cinco sentenças: a do tribunal de primeira instancia de Milão, de 19 de junho de 1819, a do mesmo tribunal de 18 de junho de 1826, a do tribunal de segunda instancia da mesma cidade, confirmativa da precedente, a do tribunal de primeira instancia de Milão, de 29 de março de 1831, e a do tribunal de segunda instancia da mesma cidade, de 2 de setembro do dicto anno, confirmativa da precedente. Cf. Gabba, obr. cit., vol. II, pag. 245.

das generalidades vagas e fugitivas, costumam distinguir as leis que abreviam das que alongam a maioridade, a fim de examinarem a questão da applicação das leis novas de baixo d'estes dois aspectos. Nós, porém, já porque não julgamos que tal distincção possa ter alguma influencia na decisão da questão, já porque, restringindo-nos ao Codigo, temos sómente de estudar as alterações que fez, e não as que podia ou devia fazer; limitar-nos-hemos por isso a medir a extensão de suas disposições sobre a duração do patrio poder. Estas encontram-se nos artigos 97 e 311, onde marca a idade dos vinte e um annos completos para a maioridade sem distincção de sexo, quando pela antiga lei sómente eram tidos por maiores os que tivessem vinte e cinco annos completos. Em vista pois d'esta differença, poder-se-hia perguntar se, com a promulgação do Codigo Civil, que reduziu a idade exigida pela legislação anterior, todos os menores segundo a antiga legislação, que passassem de vinte e um annos ficaram *ipso facto* sendo maiores na conformidade do citado Codigo Civil. Não pôde haver duvida alguma de que todos os individuos, que ao tempo da promulgação do Codigo tivessem attingido ou passado a idade exigida pelo mesmo Codigo para a maioridade, ficassem por esse facto reputados maiores. As leis d'esta especie, alem de terem por objecto immediato de suas disposições a capacidade das pessoas, e deverem ter por isso mesmo uma applicação immediata segundo a nossa theoria sobre a retroactividade das leis, não encontram facto algum consummado que devam respeitar. De feito, o unico facto consummado que se nos apresenta aqui é o do nascimento d'estas pessoas sob o imperio d'uma lei, que exigia mais idade para a emancipação legal; mas nem o filho deve querer, nem o pae pôde, ainda que quizesse, prevalecer-se d'este facto, para que o seu estado continue a regular-se segundo a lei que vigorava no tempo do seu nascimento.

Não o filho, porque seria renunciar ás vantagens concedidas pela nova lei; e não o pae, porque as leis que regulam o estado dos filhos têm por objecto a utilidade d'estes e não a dos paes. Nem obsta ter o pae pela antiga legislação mais quatro annos para disfructar os bens dos filhos, porque ou o usufructo se considere como um direito indivisivel do poder

paternal, ou como salario da administração dos bens dos filhos, logo que cesse o patrio poder, tambem deve acabar o usufructo nos bens dos filhos; porque fôra absurdo declarar-os capazes de regerem suas pessoas e bens, e tiralhes o mais importante direito, que constitue esta capacidade, e que é, demais a mais, condição indispensavel para o justo exercicio de todos os outros¹.

2) *Sujeito do poder paternal.* Antes do Codigo Civil tambem as mães não partilhavam o patrio poder, e por morte dos paes ficavam os filhos menores sob a tutela testamentaria, legal, ou dativa, não podendo a mesma mãe ser tutora de seus proprios filhos, sem a competente autorisação ou confirmação do conselho de familia. Apareceu porém o Codigo Civil, que, exalçando a dignidade da mulher, lhe concedeu o patrio poder, não só para o compartilhar com o marido na constancia do matrimonio, mas ainda para o exercer por si só no impedimento ou falta do marido, e duvidou-se se por ventura as viúvas que já o eram ao tempo da promulgação do Codigo Civil, e que segundo a antiga legislação não tinham o patrio poder sobre a pessoa de seus filhos menores, recuperaram esse poder com a publicação da nova lei, que lhes reconhecia os direitos que tinham da propria natureza. Qualquer que seja a theoria que se professe sobre a retroactividade das leis, nenhuma ha, que repulse a applicação immediata da lei neste caso. Com effeito, o filho, em consequencia da sua pouca idade, acha-se sujeito á tutela de sua propria mãe, quando o conselho de familia a tivesse nomeado, ou de um extranho, porque a lei antiga não reconhecia na mãe a capacidade necessaria para reger a pessoa e bens de seus filhos menores, e por isso lhes negava o patrio poder, e sómente lhes concedia o encargo de tutela, quando o conselho de familia a considerava idonea para o seu exercicio; mas ainda neste caso ficava, como qualquer outro tutor, obrigada a prestar contas da tutela; visto que, não tendo o usufructo dos bens dos filhos tutelados, era

¹ Blondeau (l. c.), Bauer (pag. 41), Struve (pag. 263), Meyer (pag. 54), Chabot de l'Allier (vol. 1, pag. 29 e 40), Merlin (l. c.), Savigny (pag. 500), Unger (pag. 142), Dallos (n.º 234), Mailher de Chassat (pag. 243—248), Demolombe (n.º 43), Grandmanche de Beaulieu (pag. 53), cit. por Gabba, vol. II, pag. 208.

simples administradora d'estes bens; mas o Codigo, elevando a mulher do estado de aviltamento, em que a legislação antiga a conservara, reconheceu-lhe capacidade sufficiente para reger a pessoa e bens de seus filhos menores, e, na falta ou impedimento do pae, concedeu-lhe o poder paternal. Estas disposições, pois, do Codigo Civil não podem deixar de se tornar immediatamente extensivas a todas as mães, quer o facto da viuvez se tenha verificado antes, quer se verificasse depois da promulgação do Codigo Civil, porque segundo o principio, que adoptamos como regra para a applicação da lei nova, estas leis, visto que regulam o estado e capacidade das pessoas, devem applicar-se immediatamente, respeitando apenas os factos consummados sob o imperio da antiga lei, dos quaes tinham resultado direitos certos e independentes das novas leis. Se esta não fosse a decisão, havia de ser ou porque se lhe oppunham os interesses do menor, da mãe, ou da sociedade, que em muitos casos tambem desempenha o grandioso papel de mãe. Ora, ninguem dirá certamente que o menor deva preferir a tutela, quasi sempre odiosa d'uma pessoa extranha, ao poder paternal. Quem se interessará mais pela sorte do menor: um extranho, que acceita a direcção do menor, como um onus imposto pela lei, ou como simples prova de confiança, que nelle depositou um amigo, ou a mãe, que no filho, fructo do seu amor, tem postas as suas esperanças? Terá por ventura o filho, porque nasceu sob o signo fatidico de uma legislação, que postergava os mais sagrados direitos da natureza, terá o filho, dizemos, o direito adquirido de estar sujeito ao poder tutelar, ainda depois que a lei nova, mais humana, mais justa e mais moral, restituiu á mãe o poder paternal? Esta questão acha-se resolvida pelo mesmo Codigo, quando declara mui terminantemente que a tutela só terá lugar na falta do poder paternal, na falta ou impedimento de ambos os pais. A mãe não exercia o poder paternal, porque se achava legalmente impedida; mas, logo que o impedimento cessasse, como de facto cessou com a publicação do Codigo Civil, reassumia immediatamente este poder.

O interesse, pois, do menor não se oppõe, antes pede, que a mãe, não sendo tutora do filho, assuma o poder paternal, para o educar e dirigir, como ella sómente sabe, e que

sendo-o, troque este poder, este favor da lei, de que ella não pôde usar senão sob certa reserva, pelo poder, que lhe confere o nobre e augusto titulo de mãe. Ao onus da lei substitua o doce encargo da natureza. Se alguém pretendesse sustentar que as mães viúvas antes do Código tinham direito adquirido a não proteger em as pessoas dos filhos e a administrar seus bens, perguntar-lhe-hiamos se também teriam o direito adquirido a não ser mãe, ou se para o ser bastaria sómente ter concebido e dado á luz. O titulo de mãe é mais honroso para a que educou bem o seu filho, do que para aquella, que simplesmente o procreou, porque a criação é obra da natureza, e a educação é obra do sentimento e da razão. Haverá opposição da parte do tutor que, investido nas funcções da tutela por disposição da ultima vontade, por imposição da lei, ou por nomeação do conselho de familia, tem o direito adquirido de exercer este encargo na conformidade da lei, que vigorava ao tempo, em que nelle foi investido?

O tutor não tem interesses directos em exercer a tutela, porque a tutela foi instituida para protecção dos menores, e não para interesse dos tutores, que, se algum lucro recebem, é como retribuição d'este encargo, não exercendo a tutela por causa do lucro, mas recebendo o lucro por causa da tutela. A tutela não é um direito, mas um onus, que a lei impõe, e que pôde levantar, sem que o sujeito do onus possa allegar direito algum adquirido ao referido encargo.

A sociedade também não obsta á applicação immediata da lei neste caso, porque o interesse da sociedade não é diverso do interesse dos menores, e o interesse d'uma e d'outros é que a sua pessoa seja regida e os bens administrados por pessoas que tenham em vista o bem-estar d'estes a quem a lei sempre dispensou uma protecção especial; e por certo que ninguem deve ter tanto a peito o interesse dos filhos como as proprias mães, o que a lei reconheceu perfeitamente, investindo-as do poder paternal. A sociedade, pois, cujo verbo é a lei, não pôde deixar de reclamar a applicação immediata da lei sem distincção, sem reserva, sem accepção de pessoas; aliás a reforma, apesar de util e salutar, seria executada parcialmente, e o Código ficaria sendo uma muralha levantada entre as viúvas, que já o eram antes

da sua promulgação, e as que só o foram depois, sendo aquellas escravas e estas livres, aquellas mulheres, estas mães. Não podia ser este o sentido da lei, nem o intuito do legislador, nem o interesse da sociedade, nem os votos das mães, nem os direitos dos filhos, nem as pretensões dos tutores. Não cremos porém que haja hoje quem adopte a opinião contraria, depois dos casos julgados dos mais respeitaveis tribunaes judiciais do paiz neste mesmo sentido ¹.

3) *Efeitos do poder paternal.* Mas o Codigo, como sabemos, não concedeu sómente ás mães o patrio poder sobre as pessoas dos filhos menores; tambem lhes deu o usufructo nos bens dos filhos, assim como competia ao pae. É preciso pois determinar qual a verdadeira extensão d'esta medida legislativa. Os filhos, cujo pae se houvesse finado antes da promulgação do Codigo Civil, tinham adquirido o usufructo nos seus bens; e se a lei nova restituisse ás mães o usufructo, seria a lei retroactiva, porque offendia direitos legitimamente adquiridos. Não obstante este resaiibo de retroactividade, somos de opinião ², que com a publicação do Codigo Civil as viúvas, que já o eram a esse tempo, readquiriram o usufructo nos bens dos filhos. É verdade que o tinham adquirido em virtude da lei antiga, mas por nova concessão da mesma lei, sem que para isso concorresse acto algum da vontade dos paes ou do filho, e por isso neste caso, a lei, que lhes tinha dado o usufructo, pôde tiral-o quando a justiça e a utilidade o pedirem. Poderá parecer á primeira vista, que esta solução é contraria ao principio por nós estabelecido, pois que exigimos como criterio, para que o direito fosse respeitado pela lei nova, a sua certeza legal; e se ha direito legalmente certo, é inquestionavelmente o do usufructo que cabia aos filhos menores, orphãos de paes, em todos os seus bens. Não é todavia assim, porque, com quanto estabelecessemos a certeza legal, como limite da acção da lei nova, dissemos que, mesmo neste caso, a lei nova poderia sujeitar a seu imperio relações juridicas antigas, quando uma mudança nas convicções e em todas as condições da cultura intellectual, moral e economica da sociedade, exigisse o emprego de outros meios, a applicação de outras

¹ Vid. *Revista de Legislação e Jurisprudencia*, 1.º anno, n.º 6, 13, 14, 15, 16 e 17.

² Cf. Gabba, vol. II, pag 212—218.

medidas. É o caso em questão. Effectivamente os filhos menores, por morte do pae, adquiriam o usufructo nos seus bens, segundo a antiga legislação; e a mãe que os tinha procreado e amamentado, não só tinha de lhes dar contas da administração dos seus bens, se o conselho de familia a julgasse capaz d'este encargo, mas até o de pagar soldadas, assim como se pagava tambem da criação dos filhos. A natureza revoltava-se contra semelhantes disposições. A lei era a negação formal de toda a ordem natural.

Não entramos na questão de saber se o usufructo será um direito indivisivel do patrio poder, como seguiu o tribunal de Paris, ou se deverá considerar-se como salario da administração, como pretende Merlin, porque não precisamos de outro argumento, senão a egualdade de direitos entre o homem e a mulher,

Conceda a lei o patrio poder ao marido sem o usufructo nos bens dos filhos, e então discutiremos se este direito é inherente ao patrio poder, e d'elle indivisivel, ou, sendo divisivel, se deverá conceder-se-lhe como salario da administração dos bens dos filhos; mas em quanto o pae tiver o usufructo nos bens dos filhos durante a sua menoridade, não buscaremos outra razão para o concedermos á mãe senão a egualdade de direitos, e em certo modo a identidade de encargos.

Diremos porém, ainda que de passagem, que o usufructo não póde ser considerado como salario da administração dos filhos menores, porque o patrio poder não traz sómente o encargo da administração, mas tambem o da educação e instrução do mesmo; e se a mãe, assumindo o patrio poder, toma sobre si o gravissimo onus da educação e instrução do filho, deve gozar dos mesmos meios de que gozava o pae. O usufructo pois é uma consequencia necessaria do patrio poder. Ha entre um e outro uma relação *de condicionalidade*. Ou a mãe ha de ter o usufructo nos bens do filho, ou não póde exercer o poder paternal, porque este impõe certos encargos, que não podem satisfazer-se sem meios; e quem seguir o contrario d'isto terá de admittir que a mãe tem as mesmas obrigações a cumprir para com os filhos que o pae, mas menos direitos, menos faculdades, menos meios, o que é absurdo.

Esta mesma questão foi tambem ventilada nos tribunaes

francezes¹, por occasião da publicação do seu Código Civil, e já nos tribunaes portuguezes² depois da publicação do nosso, e decidida no sentido da opinião, que deixamos exposta.

Além d'isso, se examinarmos a questão bem a fundo, conheceremos que, não obstante o Código conceder o usufructo ás mães, os filhos não soffrem com isso o prejuizo que á primeira vista parece, porque quando o filho tinha o usufructo nos seus bens, havia de comprar com elle a sua educação, ainda que fosse á propria mãe, porque esta não era obrigada senão a criá-lo de leite; e pelo Código, se a mãe tem o usufructo nos bens do filho, em compensação deve alimentar-o e educá-lo segundo as suas faculdades.

A lei pois, concedendo o usufructo ás mães, não lhes fez uma liberalidade, mas, impondo-lhes deveres, forneceu-lhes condições para o seu cumprimento. Sendo assim, nem o mesmo interesse dos filhos, que parecia prejudicado, se oppõe á applicação immediata e geral da disposição que concedeu ás mães o usufructo nos bens dos filhos menores e orphãos de pae³.

§ 1.º

Da tutela

As leis que regulam a organização da tutela, sua duração e effeitos applicam-se immediatamente a todas as pessoas, que ao tempo da sua promulgação se acham sujeitas á tutela activa, ou passiva; porque, sendo a tutela uma instituição

¹ Ainda que o tribunal de Agen julgasse o contrario em recurso de 7 *prairial* an. 13, foi todavia julgado no sentido da nossa opinião perante a relação de Paris, de 3 *germinal* an. 12, em recurso de appellação interposto do tribunal de primeira instancia do departamento do Sena. Assim foi julgado tambem contra os filhos de Mr. Bouttechoux em sentença do tribunal de Amiens, em 20 de agosto de 1817, confirmando a sentença do tribunal de primeira instancia da mesma cidade. Os dictos filhos de Bouttechoux levaram recurso de revista para o supremo tribunal de Paris, o qual foi desattendido em accordão de 11 de maio de 1819 — Cf. Merlin, obr. cit. secç. III, § 2.º, art. 8.

² No mesmo sentido foi julgada a questão da Condeça de Lagoaça contra o Visconde do mesmo titulo, como tutor do filho da Condeça — *Rev. de Legis. e Jurisp.*, 1.º anno, n.º 6, e sobre causa identica, n.º 14, 15, 16 e 17.

³ A opinião contraria, além do tribunal d'Agen. é sustentada por Herrestorff (pag. 65, 85, 89), por Weber (pag. 87) e consagrada pela lei transitória sarda de 1837, art. 6.º. Cf. Gabba, obr. cit., vol. II, pag. 218.

de ordem publica, creada e modelada pela lei, é claro que a lei pode fazer as modificações que o principio da justiça e o imperio das circumstancias reclamarem, e que esta instituição, como todas as outras, deve successivamente vasar-se em os novos moldes formados pelas leis. Em conformida depois com estes principios, que assellamos por verdadeiros, intendemos que não são sómente as tutelas, que se deferirem depois da promulgação do Codigo civil, que devem ser organisadas segundo as suas prescripções, mas que tambem as que já estavam deferidas ao tempo da sua promulgação devem ser modificadas segúndo as disposições do mesmo Codigo. As ultimas leis presumem-se sempre as melhores, e por isso não ha razão alguma plausivel, para que ao lado d'uma instituição, que se reputa ser mais util e vantajosa, se conserve outra a que a nova lei negou estes predicados. Isto que levamos dicto em geral parece-nos que pôde applicar-se a cada um dos artigos do Codigo sobre a doutrina das tutelas, o que nos dispensa de descermos ao campo árido das hypotheses.¹

§ 4.º

Da incapacidade dos prodigos, surdos-mudos, da incapacidade accidental e por effeito de sentença penal condemnatoria

Até aqui temo-nos occupado do exame das leis que regulam uma unica especie de incapacidade — a de falta de idade para attingir a maioridade. Resta-nos pois, para pôrmos termo a esta primeira parte do Codigo, examinar a nossa questão relativamente ás outras especies de incapacidade, reconhecidas na lei. Estas são tantas quantas as causas que as produzem, a saber: demencia, surdos-mudos, prodigalidade, qualquer accidente passageiro, e sentença penal condemnatoria. Concordam entre si estas varias especies de incapacidade, em que todas, menos a incapacidade accidental, devem ser declaradas por sentença. A incapacidade por menoridade resulta de o individuo não ter a idade que a lei exige para reger sua pessoa e bens; e cessa logo que o individuo tenha chegado a essa idade, sem que haja neces-

¹ Vid. Gabba, obr. cit. vol. II, pag. 80—99.

sidade de intervenção alguma official. Para que a lei assegure a validade dos actos juridicos, quanto á capacidade, basta provar, pelo modo prescripto na lei, que elles foram practicados sem o impedimento de idade, ou depois de ter chegado ao estado de maioridade. É porisso que, se a lei mudar este limite, influe directamente na validade dos actos juridicos practicados depois, e segundo esta deslocação, porque em tal caso a medida da capacidade juridica não pôde ser outra senão a lei que vigorava ao tempo da celebração do acto, porque sómente os actos e não as pessoas são objecto das leis, aliás teriamos de attribuir ás leis que regiam ao tempo do nascimento do individuo a mesma influencia fatidica, que o charlatanismo attribue ás predicções genethaliacas. A lei imprimiria no individuo um character indelevel, que seria o signal de maldição estampado na face de Caim.

A legislação de qualquer povo deve ser o primeiro elemento de educação social; e esta educação, para produzir todos os effectos desejados, deve ser, quanto possivel, uniforme, e não multiforme, porque o character da lei é a generalidade, e não a singularidade. Quanto ás outras especies de incapacidade, tanto as suas causas, a extincção, duração e effectos, como o seu supprimento, devem ser regulados na conformidade dos respectivos artigos do Codice Civil, sejam quaes forem as disposições das leis anteriores. Se a lei nova introduzir causas de interdicção, de que não tractasse a legislação antiga, e ao tempo da sua promulgação alguém se achar affectado por alguma d'ellas pôde em conformidade com a nova lei ser declarado interdicto da livre administração de seus bens, respeitandose apenas os actos anteriormente practicados. Isto, que estabelecemos relativamente á introdução d'uma nova causa de incapacidade, deve igualmente applicar-se aos seus effectos, que podem ser mais ou menos extensos, segundo a maior ou menor providencia das duas legislações que se comparam. Supponhamos, porém, que a lei nova, em vez de augmentar o numero das causas de incapacidade ou de extender os seus effectos, pelo contrario deixava de reconhecer causas de interdicção admittidas na legislação anterior ou tirava alguns effectos ás subsistentes, ainda neste caso não temos duvida em affirmar que a lei nova deve ser applicada ás interdicções já declaradas por sentença, a fim de serem levantadas ou modificadas segundo o espirito da nova lei. Esta

nossa opinião é doutrina corrente entre os auctores¹, que tractado a materia, o se entre elles ha alguma divergencia, consiste ella no modo de levar a effeito esta solução, e não sobre o modo do decidir, querendo uns que as sentenças proferidas em causas de interdicção caducassem com a simples promulgação da lei que aboliu a causa que as tinha fundamentado; exigindo outros uma nova sentença, como revogatoria da primeira; e seguindo outros uma opinião media entre as duas, porque intendem que as sentenças já proferidas, nem caducavam nem se revogavam mas que deviam ser convertidas no conselho judiciario.²

Nós acostamo-nos á primeira opinião, porque nos parece que, tirada a causa de incapacidade, em que se baseava a sentença de interdicção, deve a dicta sentença ficar sem effeito depois da promulgação da nova lei. Nenhuma consideração ha que nos leve a conservar interdicto aquelle que segundo a lei vigente póde administrar seus bens livremente.

Quando a lei antiga nega a capacidade que a nova, mais liberal, concede dá-se um conflicto entre as duas leis, se não fizermos prevalecer a lei nova contra a lei antiga.

Sobre o supprimento das varias especies de incapacidade é ainda a lei nova que deve observar-se, até com relação ás interdicções já declaradas, porque, sendo o supprimento d'estas incapacidades uma instituição benefica e salutar, que tem por fim zelar os interesses das pessoas incapazes de se dirigir e governar, e tendo a nova lei substituido umas instituições por outras, ou modificado as existentes segundo as exigencias da justiça e as indicações da politica, é evidente que a lei antiga deve abdicar perante a nova o poder de regular estes actos de interesse social e individual.

Da promulgação da lei nova em diante não ha direitos adquiridos, porque não se podem adquirir direitos contra a disposição das leis. Alem de que, sendo a tutela dos maiores interdictos equiparada á dos menores, na parte applicavel, a doutrina seguida por nós neste ponto não podia ser oposta á que deixamos expendida noutra parte, sob pena de sermos contradictorios.

¹ Gabba, obr. cit. vol. II, pag. 99—101.

² Meyer, obr. cit. pag. 48—54; Pinto, Supplemento ao mesmo, pag. 156, n.º 38; Merlin, obr. cit. secç. III, § 2, art. 1.º; Gabba, obr. cit., vol. II, pag. 99—124.

CAPITULO II

**Aplicação do principio da não retroactividade da lei á
aquisição dos direitos (Codigo civil, part. 2.ª, art.
359—2166)**

Temos examinado a questão proposta com relação ás materias contidas na primeira parte do Codigo civil; porisso passamos á parte segunda do mesmo Codigo, a qual se inscreve: Da aquisição dos direitos.

D'onde vemos que as leis, que nos propomos examinar nesta segunda parte, versam todas ácerca da aquisição dos direitos; e como estes se adquirem por tres modos, tres serão tambem as secções em que subdividiremos este extenso capitulo do nosso exercicio.

SECÇÃO I

Dos direitos originarios e dos que se adquirem por facto e vontade propria independentemente de cooperação de outrem

A materia comprehendida no primeiro livro da parte II do Codigo civil acha-se distribuida por cinco titulos, de que fallaremos especificadamente para maior simplicidade do nosso trabalho.

§ 1.º

Direitos originarios

Á primeira vista parece que os direitos originarios, porque resultam immediatamente da natureza do homem, e porque esta é superior a todas as leis positivas, não podem ser objecto das mesmas leis. E em verdade, se considerarmos a essencia dos direitos absolutos, não podem elles ser objecto de leis positivas, porque aquella é imutavel e necessaria, e esta variavel e contingente; mas, se considerarmos a sua forma, a sua manifestação, póde ella ser regulada pela lei positiva, como de facto o tem sido, porque o seu exercicio está dependente de condições que precisam ser determinadas e asseguradas pelas leis. Quando pois dizemos que os direitos absolutos são materia das leis, entendemos sempre o exercicio ou manifestação dos mesmos, e não a sua existencia; porque a lei civil não os cria, reconhece-os, especifica-os e protege-os como fonte e origem de todos os outros direitos.¹

Passando agora ao conflicto, que por ventura possa dar-se entre as leis d'esta especie, prescrevendo a lei nova diversas condições para o exercicio dos mesmos direitos, limitando ou ampliando-os, não póde restar a menor duvida, de que seja a ultima lei aquella que deve vigorar para todos sem excepção, sendo todavia validos ou nullos os actos praticados pró ou contra a lei antiga, não só porque a lei nova não podia obrigar antes de ser conhecida, nem sanar as infracções da lei antiga, mas tambem porque, em qualquer dos casos seria substituir a sancção da lei nova á da antiga, ante por a sancção ao edicto, ou a pena á infracção, o que importaria a negação das relações logicas entre estas duas cousas.

Além de que as leis d'esta especie, como vemos, referem-se á capacidade juridica das pessoas; e nós já vimos tambem que estas leis se applicavam immediatamente a todas as pessoas existentes no tempo de sua promulgação, posto quenão a todos os actos, porque devem respeitar-se os preteritos e

¹ Cod. Civ. Port. artt. 4, 5, 359.

consummados, assim como as suas consequencias legitimas e certas.

Quando pois os direitos originarios forem limitados por lei formal e expressa¹, tal limitação abrangerá todos os direitos originarios que essa limitação affectar, mas começará a executar-se da lei que a introduzir em diante, porque, não sendo essa limitação ao exercicio da nossa capacidade juridica objecto da lei anterior, é manifesto que não podiamos julgar-nos obrigados, visto que ninguem é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma cousa senão em virtude da lei², que nunca póde dizer-se tal, em quanto não for sufficientemente promulgada.

§ 2.º

Cousas, e suas divisões legais

Para que as cousas sejam objecto de appropriação exige-se que ellas não estejam fóra do commercio, o que póde dar-se, ou segundo a natureza das mesmas cousas, ou por disposição da lei.³ No primeiro caso a apropição é physicamente impossivel, mas no segundo este impossivel é apenas legal. A cousa póde apropriar-se ou não segundo a lei permite ou prohibe a sua apropição. Qualquer porém que seja a disposição da lei ácerca da commercialidade da cousa, é sempre a ultima lei que deve applicar-se, ainda que a cousa tenha sido adquirida sob o imperio d'uma lei que permittia a sua alienação ulterior, porque em virtude da ultima lei que a restituiu ou subtrahiu ao commercio, a cousa acha-se immediatamente affectada d'esta nova qualidade communicada pela lei, e a sua capacidade para ser adquirida tem de regular-se necessariamente pela lei actual, assim como as acquisições anteriores devem de ser aferidas pela lei do tempo em que tiveram logar. Esta decisão é inteiramente conforme com os principios geraes que estabelecemos sobre a applicação das leis, que têm por objecto immediato de suas disposições as cousas ou o elemento objectivo do direito, as quaes, segundo dissemos, se applicavam immediatamente a

¹ Cod. Civ. Port. art. 368.

² Cart. Constitucional, art. 145, § 1.º

³ Cod. Civ. Port. art. 370, 371, 372.

todas as cousas existentes no tempo de sua promulgação, devendo ficar sujeitas á acção das novas leis nas suas transformações posteriores, e revestir o caracter que lhes imprimisse a nova legislação.

As cousas classificam-se primeiramente em mobiliarias e immobiliarias. A lei determina as cousas que pertencem a cada uma d'estas classes.¹

Ora, como muitas vezes na celebração dos actos juridicos não se individualisam as cousas sobre que elles versam, mas apenas se mencionam genericamente, é preciso, para colher a intenção das partes e regular o effeito dos mesmos actos, determinar com a possível exactidão as cousas que constituem cada uma das classes de cousas; e como estas classificações, podem variar segundo as duas legislações, faz-se tambem necessario indicar qual d'ellas deva ser applicada.

Nós entendemos que as cousas que fazem objecto de qualquer prestação juridica, devem ser classificadas segundo a lei, sob cujo imperio se tiver effectuado a prestação; mas supponhamos que o acto, pelo qual se realisa a prestação juridica, foi começado sob o imperio d'uma lei, e consummado sob o dominio d'outra, que havia alterado a classificação anterior, considerando, por exemplo, como moveis cousas, que pela legislação anterior eram immoveis; neste caso qual das duas leis deveria observar-se: a lei antiga, ou a nova?

Parece-nos ainda que deve observar-se a lei nova, não só porque o acto se realisou sob o imperio d'ella, e por isso devia revestir a sua forma, mas porque se presume que as partes, pelo facto de não terem alterado a forma do acto, concordam com a disposição da nova lei².

¹ Cod. Civ. Port. artt. 373—378.

² A mesma opinião é sustentada por Gabba, e segundo elle mesmo observa impugnada por poucos, entre os quaes se contam Kalindéro, pag. (36) e Theodosiades (pag. 78). A applicação d'este principio aos testamentos é ainda conforme com o parecer de Meyer (pag. 79—81), de Merlia (secç. III, § 3, art. 3, n.º 2), e como observa Pinto a doutrina dominante entre os modernos Jurisconsultos. A applicação do mesmo principio ao matrimonio é tambem abraçada por abalizados escriptores, taes como Merlin (l. c.), e Malher de Chassat (I, pag. 280). A doutrina contraria é porém sustentada por jurisconsultos eminentes, como são Duvergier (pag. 20 e 50) e Demolombe (n.º 46).

A jurisprudencia dos tribunaes não se pronunciou ainda sobre esta

A terceira classificação de cousas, feita pelo Código Civil¹ é em cousas publicas, communs e particulares.

Temos para nós que estas leis se applicam immediatamente, e que depois da promulgação do Código Civil, para determinarmos a qual das classes pertencem as cousas, objecto do direito, é ás disposições do Código Civil que devemos attender, e não ás disposições das leis anteriores, porque, segundo os nossos principios, as leis que tiverem por objecto de suas disposições as cousas, applicam-se immediatamente a todas as mesmas cousas existentes no tempo da sua promulgação, de maneira que nas suas transformações posteriores é a ultima legislação que tem de attender-se, qualquer que fosse o estado das cousas anteriores a ella.

Mas poderá a lei nova tirar alguma coisa ao dominio dos particulares para a incorporar no dominio publico? Se a cousa for considerada de utilidade publica pôde ser expropriada, mediante a devida indemnisação, mas não por mero effeito da lei; porque a classificação das cousas em publicas, communs e particulares, não é sómente legal, é antes de tudo natural, porque se funda em a natureza das cousas, que a lei deve respeitar e não destruir. Se esta classificação pois não pôde ser arbitraria, é claro que a maior extensão de cada uma das classes não depende inteiramente do arbitrio do legislador. Esta doutrina que aqui deixamos expendida, foi consignada nas duas disposições transitorias, dos §§. 1.º e 4.º do n.º 5 do artigo 380 do Co-

destão, ainda que Kailindéro (pag. 81) e outros pensem o contrario.

Conhecem-se, é verdade, quatro sentenças; a saber: a do tribunal de segunda instancia de Rouen de 12 de Dezembro de 1807 e mais tres do tribunal de segunda instancia de Bruxellas; sendo a primeira de 12 de agosto de 1814, a segunda de 25 d'Abril de 1817, e a terceira de 8 de Fevereiro de 1848 e uma do tribunal de revista de Paris de 11 de Novembro de 1811, segundo as quaes as rendas financeiras consideradas immoveis antes do Código civil, não podem ainda depois da sua promulgação tornar-se propriedade do conjuge sobrevivente, como acontecia com os moveis conforme alguns costumes. Todos estas sentenças porém versam acerca das rendas prediaes, que já pertenciam a um dos conjuges anteriormente á mudança da lei sobre o caracter physico-juridico de taes cousas; não tendo por tanto relação com a materia sujeita. (Vid. Gabba, obr. cit., pag. 374—376.)

¹ C. C. Port., art. 379—382.

ódigo Civil, o qual, fazendo pertencer as correntes fluctuaveis á categoria das cousas publicas, diz — que se deve entender «por corrente fluctuavel aquella por onde estiver effectivamente em costume, no acto da promulgação d'este Codigo, fazer derivar objectos fluctuantes, durante o decurso do anno inteiro, com fins commerciaes, ou que de futuro for declarada tal pela auctoridade competente,» e no § 4.º dispõe que «as faces ou rampas, e os capellos dos comoros, vallados, tapadas, muros de terra ou de pedra e cimento, erguidos artificialmente sobre a superficie natural do solo marginal, não pertencem ao leito ou alveo da corrente, nem estão no dominio publico, se á data da promulgação do Codigo Civil não houverem entrado nesse dominio por modo legal.» D'onde resulta que a translação de uma qualquer coisa do dominio commum ou particular para o dominio publico não pôde effectuar-se por mero capricho do legislador; mas cumpre que essa translação seja de reconhecida utilidade publica, e acompanhada das formalidades legais, porque de outro modo a lei, que deve ser a sentinella do direito, se converteria em instrumento de espoliação.

§ 3.º

Da occupação

Todas as disposições especiaes sobre a materia juridica da occupação, ou modo originario, por que se adquirem os direitos sobre as cousas externas, se acham subordinadas á disposição geral que faz objecto do capitulo primeiro d'este titulo, e que se comprehende no artigo 383. Segundo a disposição d'este artigo «é licito a qualquer pessoa appropriar-se, pela occupação, dos animaes e outras cousas, que nunca tiveram dono, ou que foram abandonadas ou perdidas, salvas as declarações e restricções conteúdas nos capitulos seguintes.» Ora é evidente que as declarações e restricções feitas pelo Codigo Civil ao principio geral de aquisição dos direitos por meio da occupação, não podem tornar-se extensivas senão ás occupações futuras, e não ás preteritas; porque era impossivel que os occupantes anteriores moldassem o acto da occupação por leis que ainda não exis-

tiam, de que não tinham conhecimento, e cuja observação lhes era absolutamente impossível. Por tanto as disposições legislativas, exaradas no Código sobre a occupação, não podem regular senão as occupações feitas depois da sua promulgação, e as questões que se ventilarem sobre a validade e extensão d'este modo originario de adquirir, devem decidir-se conforme a legislação do tempo, em que o acto houver sido practicado.

A doutrina que estabelecemos ácerca da occupação geral, é tambem abraçada pelo Código Civil no capitulo em que tracta da occupação das aguas.

As disposições transitorias sobre este ponto de direito são objecto dos artigos 438 e 439 do Código. Aquelle dispõe o seguinte: «O que fica disposto nos artigos precedentes não prejudicará os direitos adquiridos, ao tempo da promulgação d'este Código, sobre certas e determinadas aguas por lei, uso e costume, concessão expressa, sentença ou prescrição. § unico. A prescrição, porém, só será attendida para os effectos d'este artigo, quando recáia sobre opposição não seguida, ou sobre a construcção de obras no predio superior, de que possa inferir-se abandono do primitivo direito.» Este resa assim: «O direito porém, que os proprietarios têm ao uso das aguas que atravessam ou banham os seus predios, será de futuro imprescriptivel, e só poderá ser alienado por escriptura ou auto publico.» A disposição transitoria do artigo 438 do Código Civil, é conforme com a doutrina do artigo 8 do mesmo Código, e como tal desnecessaria, visto que, segundo o principio consignado neste ultimo artigo sobre a materia da não retroactividade, não podia dar-se outra solução ao problema do artigo 438.

Qualquer que fosse o titulo por que alguém, antes da promulgação do Código, houvesse adquirido direito sobre certas e determinadas aguas, ou fosse em virtude da lei, por uso e costume, concessão expressa, ou prescrição, nunca este direito podia ser prejudicado pelas disposições innovativas do Código Civil, porque, sendo em qualquer dos casos o direito definido e certo, não podia ser extorquido pela nova lei sem retroactividade, condemnada tanto pelos principios geraes, que regulam a materia, como pelo systema do autor do Código. Parece porém que, exigindo o Código no §

único a este artigo, para que a prescripção seja attendida que recaís sobre opposição não seguida, ou construcção de obras no predio superior, d'onde possa inferir-se abandono do primitivo direito, restringiu os effeitos de prescripção segundo a lei antiga, e que por tanto déra effeito retroactivo á lei. Mas não é assim, porque a opposição não seguida, e a construcção de obras no predio superior, que o Codigo exige como condições para a prescripção das aguas, já eram também requeridas pela legislação portugueza anterior¹ e pelos nossos praxistas². A construcção de obras, d'onde se infira o abandono do direito primitivo, é claramente exigida pela Resolução citada na nota, e a opposição não seguida não é outra cousa senão a *sciencia e paciencia* do dono do predio serviente, que Lobão³ enumera entre os requisitos necesarios para a prescripção das aguas. Sendo pois estas duas condições exigidas já pelo direito anterior ao Codigo, para que a prescripção de que se tracta surtisse o seu effeito juridico, o § unico do artigo 438 do mesmo Codigo, prescrevendo-as também nas prescripções anteriores, não offendeu os direitos existentes ao tempo da sua promulgação, e por tanto respeita o principio da não retroactividade. Declarando porém que a construcção fosse feita no predio superior, foi mais claro que o legislador francez, porque a redacção pouco explicita do artigo 642 tem dado margem a varias opiniões⁴ sobre o predio, em que deviam

¹ Resolução Regia de 17 de agosto de 1775, onde se resolveu o seguinte: «Hei por bem declarar que o dominio e posse das aguas, de que se tracta, sendo estas, como são particulares, pertencentes aos donos das quintas aonde têm seus nascimentos, o decurso d'ellas pelo ribeiro, por onde desaguam, não pôde servir de argumento juridico a favor dos predios inferiores, sem que os donos d'este tivessem um titulo claro de compra feita aos primeiros, ou d'um assude ou canal com manufactura constante e permanente, que fizesse presumir aquelle titulo.»

² Lobão, Tr. das Aguas, § 75; Meirelles, Repert. Jur. verb. *Aguas*.

³ Obr. cit., § 138.

⁴ Rogron e Delvincourt intendem que é bastante que as obras apparentes sejam feitas no predio inferior, fundando-se em razões mais frivolas, que solidas; mas Demolombe, no seu excellente Cours du Code Napoléon, segue opinião contraria á d'estes dois commentadores, a qual no nosso entender é mais conforme ao fim d'esta disposição e á letra do artigo, por que, dizendo o citado artigo que as obras são destinadas a facilitar a queda da corrente no predio inferior, não podem deixar de ser feitas no predio

ser feitas as obras. Segundo porém a disposição do artigo 439 o direito que têm os proprietarios ao uso das aguas, que atravessam ou banham os seus predios, será de futuro imprescriptivel, e não poderá ser alienado senão por escritura ou auto publico. Poderia talvez entrar em duvida se a disposição d'este artigo se deve applicar sómente ás prescripções, cujo praso começasse a correr depois da promulgação do Codigo, ou tambem ás anteriores; mas a letra d'este artigo, combinado com o antecedente, resolve toda a duvida, que se podesse offerecer sobre as prescripções começadas; e acabadas antes da promulgação do Codigo, porque o artigo 438 consignou o respeito aos direitos adquiridos pela prescripção, reunindo ella as condições indicadas no § unico do mesmo artigo; e o artigo 439, dizendo que este direito será de futuro imprescriptivel, exclue a applicação ás prescripções de preterito, que já se achassem terminadas, quando o Codigo foi promulgado. Nem era necessario que o Codigo o dissesse; porque se deduzia não só da disposição generica do artigo 8, mas tambem dos principios geraes de direito que regulam a materia; porque neste caso a acção da lei nova sobre o passado seria evidentemente retroactiva, e por tanto reprovada por todos os auctores. Pelo contrario se este direito tivesse começado a prescrever, mas ao tempo da promulgação do Codigo ainda faltasse algum tempo para o complemento do praso exigido pela antiga legislação para se dar a prescripção, já o mesmo direito não pôde ser prescripto, porque o Codigo, declarando-o imprescriptivel, veio suspender as prescripções começadas, mas não acabadas. Esta doutrina é conforme, não só com os principios geraes da materia, mas tambem com o artigo 8, e acha-se expressamente consignada no artigo 565, onde diz que « não se dá prescripção, quando o direito começado a prescrever se declarou imprescriptivel, » e de cuja materia vamos occupar-nos mais detidamente no paragrapho seguinte.

superior, porque se a agua cahe naturalmente do predio dominante, toda a obra tendente a facilitar a quéda precisa de ser feita no predio d'onde a agua cahe, e não no predio aonde cahe, porque sendo feita neste poderia a obra servir para a aproveitar a agua na sua quéda, mas não facilitar esta quéda. Alem d'isso a obra não poderia fazer presumir o titulo, se não fôr feita aonde o dono do predio superior se podesse oppor.

Posse e prescrição

Sem nos fazermos cargo, pois não vem ao nosso propósito, de justificar a prescrição em face da philosophia do direito, procuraremos sómente determinar qual deva ser o effeito das innovações introduzidas pelas leis sobre este modo de adquirir, que tem em seu favor a lição da historia e o reconhecimento do direito positivo de todos os povos. Ainda que em philosophia do direito, assim como em economia politica, não possam admittir-se senão dois modos legitimos de adquirir a propriedade, a saber: a producção e a troca, todavia na legislação dos povos acha-se consagrada tambem a prescrição como meio de adquirir um direito ou de se livrar de uma obrigação, quer pela posse da cousa durante certo tempo e mediante certas condições, quer pela não exigencia do adimplemento da obrigação juridica.

Como porém não nos propomos estabelecer o fundamento juridico da prescrição, mas sim examinar a influencia da lei nova sobre esta instituição civil, por isso, dando de mão ao exame da sua legitimidade, já porque não faz ao nosso proposito, já porque questões d'esta natureza são da competencia de outra repartição, que não a do direito civil, vamos occupar-nos immediatamente da solução d'este problema extremamente melindroso. É facil ver que entre os varios modos de adquirir a propriedade, entre os diversos factos geradores de relações juridicas, outro não ha que, por sua diuturnidade, esteja mais ao alcance da lei nova do que o da prescrição. Sendo pois assim, quando nesta materia se fizer alguma modificação, alguma reforma mais ou menos profunda, ha logar e necessidade de perguntar qual a influencia d'uma ou a extensão d'outra sobre as prescripções começadas sob o imperio da antiga legislação, mas ainda não consummadas ao tempo da promulgação da nova lei, salva a inviolabilidade do principio consagrado no artigo 8 do Codigo Civil.

Quando se promulga uma lei nova, que modificou as condições ou o lapso de tempo marcado na lei antiga para ter

logar qualquer prescripção, podemos figurar tres casos: ou as prescripções se achavam já consummadas ao tempo da publicação da nova lei, ou começaram depois, ou tinham começado, mas ainda duravam. No primeiro e segundo casos nenhuma duvida ha, que as prescripções já consummadas quando a lei nova veio alterar as suas condições, devem estar a salvo da lei nova, porque o direito é certo, a aquisição irrevogavel, e a acção da lei sobre estas prescripções, submettendo-as ao seu imperio, seria manifestamente retroactiva, assim como as que começarem a correr depois devem regular-se segundo as disposições da lei nova¹. Nesta parte a theoria não contradiz os factos, pois o Codigo em varios artigos consagrou respeito aos direitos já adquiridos, que declarou imprescriptiveis² para o futuro, ou para cuja prescripção exigiu novas condições³. Mas a simplicidade e a clareza dos dois primeiros casos contrasta notavelmente com a obscuridade e complicação do terceiro, como o evidencia a confusão dos que têm escripto sobre esta materia⁴, se não bastára para demonstral-o a diversidade de suas opiniões.

Quando uma prescripção alcança duas legislações, porque, começando sob o imperio d'uma, deve acabar na vigencia da outra, podiamos, ou levados do respeito pelas expectativas já formadas regular todas as prescripções pela legislação do tempo em que começaram a correr, ou, rompendo com o passado, annullar todo o imperio da legislação anterior, e submetter todas as prescripções não consummadas á acção de lei posterior, ou, por meio de uma conciliação do passado com o futuro, fazer uma especie de transacção entre as duas legislações que disputam o imperio sobre as prescripções, de maneira que estas nem sejam reguladas exclusivamente por uma nem por outra, mas por ambas respectivamente. Eis aqui formuladas as tres opiniões capitaes, que encontrámos nos auctores que têm escripto sobre questões transitorias.

¹ Merlin, obr. cit., verbo *Préscription*, secç. 1, § 3, n.º 8, 9, 10; Pinto, Supplemento a Meyer, pag. 173, n.º 75; Francesco Bianchi, obr. cit., pag. 179, n.º 133.

² Cod. Civ. Port., art. 438, 565 e 2273, § un.

³ Cod. Civ. Port., art. 438, § un. art. 439.

⁴ Pinto, obr. cit., n.º 74, not. 110 e 111.

Segundo pois alguns, as prescripções já começadas ao tempo da promulgação d'uma lei, que alterasse este facto juridico, não podem ser atacadas por esta lei; porque, começando sob o imperio de outra legislação, devem completar-se em harmonia com as suas disposições. Esta opinião é sustentada, entre outros¹, por Durantón², Demante³ e Duvergier⁴; mas, como entre elles ainda se dá alguma divergencia, vemo-nos forçados a expôr e criticar as suas doutrinas separadamente. Durantón segue que deve regular a lei do dia em que começa a prescripção, porque as partes julgaram contractar tendo em consideração os riscos da extincção do credito ou do direito, e porque esta doutrina, além de ter sido observada pela jurisprudencia⁵, acha-se consignada pelos Codigos Civis de França⁶, Hollanda⁷, salvas apenas duas modificações⁸. Pondo de parte as razões deduzidas da legislação⁹ e da jurisprudencia, que apenas servem de contraprova mas não de fundamento racional á theoria, porque são os principios que dominam, justificam e explicam os factos, e não os factos os principios, tambem não accetamos a razão theorica adduzida pelo auctor: em primeiro logar porque entre a prescripção e os contractos não ha analogia que nos induza ou auctõrise a considerar esta relação como contractual, e por tanto a salvo da nova lei; e em segundo logar porque, sendo estas leis de ordem publica, não podia a sua immediata execução ser contrariada pela confiança, aliás muito incerta, que as partes depositavam na permanencia da antiga lei.

¹ De Pinto, *Kandl*. B. W. (Comm. sur le C. C. Néerl., II § 1222), citado por Pinto e Meyer, pag. 172; Lynker (Mühlport, cit. por Bergmann, 35 e 36); Proudhon (Dir. civ. franc., tom. 1, pag. 41); Bigot-Prémeneu (cit. por Macardé, n.º 61); Milleville (cit. por Herstorff, pag. 115) citados por Gabba, vol. 1, pag. 272.

² Durantón I, n.º 69.

³ Demante III 580; (citado por Demolombe, n.º 61).

⁴ Duvergier (prescripção acquisiva), obr. cit., n.º 29.

⁵ Arrêts de cassation des 21 décembre 1812, e 28 décembre 1813.

⁶ Art. 2281.

⁷ Art. 2030.

⁸ Cod. Civ. francez, art. 691 e 2281, segunda alinea.

⁹ C. N. art. 2281; C. C. Néerl. 2030; Legisl. austriaca de 1811; Ordenação transitoria hanoveriana de Lubeca de 4 de maio de 1814, 2.ª e 3.ª Ordenação transitoria hanoveriana, com respeito á prescripção extinctiva sómente, cit. por Gabba, obr. cit. vol. 1, pag. 276.

Segundo Duvergier devem distinguir-se as prescripções extinctivas das acquisitivas, ficando aquellas sujeitas ao imperio da nova lei, e regulando-se estas pela legislação anterior. «Nem só os direitos adquiridos, diz elle, estão a salvo da acção retroactiva das leis novas; pois não são menos respeitaveis as expectativas, quando nascem de um acto da vontade das partes, de uma vontade activa e capaz de crear um direito.» Este auctor encontra na diversidade de expectativa do possuidor da cousa, e do devedor da obrigação, a diversidade da solução no caso da prescripção acquisitiva e extinctiva, porque, em seu intender, «em quanto estas se completam, fica o credor numa inacção completa, sem executar movimento, nem exprimir vontade alguma; deixa correr o tempo. O devedor, da sua parte, fica igualmente passivo e mudo; por isso, a esperança da extincção da obrigação, que pôde nascer para este do silencio e immobildade do credor, não é uma d'estas expectativas graves, formadas por uma vontade activa, e diante das quaes se suspende, como diante d'um direito realisado, a acção da lei nova; pelo contrario, aquellas suppõem que, no decurso do periodo determinado, houve actos mais ou menos energicos, mais ou menos significativos, mais ou menos reiterados, que demonstram uma vontade firme e perseverante de adquirir.» «Áquelle de quem emanaram, que fundou sobre elles a esperança d'uma acquisição, que foi auctorisado em sua expectativa pela lei sob o imperio da qual obrou, é necessario que uma lei não lhe arranque o fructo de sua actividade, o beneficio procurado por sua vontade propria.»

Similhante argumentação não nos parece logica, pois que de principios identicos deduz conclusões oppostas. Se o fundamento da sua decisão sobre a prescripção extinctiva é o silencio e a immobildade da parte do credor, se para se verificar a prescripção acquisitiva são tambem necessarios o silencio e a immobildade do proprietario, segue-se que tanto em um, como em outro caso, a expectativa é a mesma, o direito equal, e que por isso os principios applicaveis á prescripção do direito do credor o são tambem á prescripção do direito do proprietario. A mesma posição do devedor e do possuidor, caso fosse verdadeira a differença notada pelo auctor, não podia justificar a diversidade de re-

solução; pois o direito, no caso sujeito, não resulta integralmente de cada uma das manifestações da actividade do possuidor sobre a coisa possuída, e em via de prescrição, mas d'uma serie continua e successiva de manifestações ou actos possessorios, subordinados a certas condições de forma e de tempo, prescriptas na legislação. Se pois cada um dos actos isolados, com quanto sejam condições, cujo complexo se exige para o fim da prescrição, não constitue por si só o direito, segue-se que o possuidor, do mesmo modo que o devedor, não se poderão prevalecer dos actos practicados sob o imperio d'uma lei, com o fim de se subtrahirem á influencia da lei nova, que tivesse modificado por qualquer forma as condições da prescriptibilidade do direito, ou da obrigação. Descendo depois da theoria á practica, Duvergier pretende mostrar que, no campo da applicação, a sua doutrina não produz effeitos inaceitaveis, consequencias iniquas ou absurdas, que sejam a condemnação d'um principio; pois, quer a lei nova abrevie quer alongue o praso para a prescrição, nem o credor nem o devedor podem, no caso da prescrição extinctiva, queixar-se aquelle da redução, e este da ampliação do praso, e no caso da prescrição acquisitiva pretender o possuidor a applicação da lei nova á posse, fundando-se em que o praso alli fixado é mais curto, porque não podia contar com a disposição favoravel da lei nova, quando começou a prescrever; nem o proprietario com a applicação immediata da mesma lei, quando o praso exigido para a prescrição foi ampliado; porque o possuidor praticara voluntariamente actos em ordem á prescrição, de cujos effeitos não póde ser privado sem violencia. Não nos demoraremos em demonstrar o vicio d'esta argumentação, porque a bondade das consequencias d'uma doutrina jámais poderá fundamentar a sua verdade; mas nem todas as consequencias d'esta doutrina são tão boas e tão legitimas, como parecem ao auctor citado, porque as hypotheses, em que assentam, foram escolhidas para o effeito¹.

Esta opinião, que acabamos de expôr, não obstante de-toar inteiramente dos principios geraes que devem regular

¹ Duvergier, obr. cit. (pag. 131 n. 29); Pinto e Meyer (n. 76, pag. 173); Francesco Bianchi, obr. cit. (n. 133, pag. 181).

as questões transitorias sobre a materia, tem, salvas pequenas alterações ou ligeiras modificações, presidido á redacção de alguns Codigos¹.

A segunda opinião² concede toda a influencia á lei nova sobre as prescripções começadas, mas não acabadas ao tempo de sua promulgação, fundando-se em que uma prescripção incompleta não dá direito nenhum ao prescribente, mas uma simples expectativa, que póde ver desfeita a cada momento, pois o curso da prescripção, durante o periodo legal da sua formação, está sujeito a ser interrompido por mero arbitrio do proprietario, ou do credor. Se pois o direito neste caso não é uma realidade, mas uma esperanza, a lei que desfizer esta, não destróe aquelle, visto que não existe.

Nas altas regiões da theoria é esta em verdade a unica opinião accetavel, porque a applicação immediata da lei nova ás prescripções já começadas, mas ainda não acabadas, não póde alcunhar-se de retroacção, pois aqui não ha o effeito antes da causa, a forma antes da essencia, a sancção antes do edicto, numa palavra, o passado depois do futuro. A lei nova não vai annullar o imperio das leis anteriores, porque estas regularam até á data de sua publicação; mas suspende neste momento o seu effeito, porque a coexistencia de duas leis, regulando diversamente o mesmo objecto, embora o imperio d'uma fosse mais antigo que o da outra, era um absurdo gravissimo. Comtudo, esta solução, que nos parece ser accetavel em theoria, realmente não póde accetar-se na practica, senão profundamente modificada: tanto é certo que os principios absolutos se refractam através dos factos, assim como a luz através dos corpos; por isso alguns dos que sustentam que as prescripções

¹ C. N., art. 2281; C. C. Neêrl., art. 2030; Legislação austriaca n. 1811; Ordenação transitoria de Lubécca de 4 de maio de 1814; 1.^o e 2.^o Ordenação transitoria hanoveriana; cf. Gabba, obr. cit., vol. 1 (pag. 876)

² Bergmann (pag. 35 e 36); Weber (pag. 147 e segg.); Herrestorff (pag. 114 e 115); Kierulff (pag. 70); Wächter (pag. 179); Vangerow (pag. 26, not. 2); Savigny (pag. 428 e segg.), Christiansen (pag. 119); Pinto (pag. 172); Theodosiades (pag. 109 e segg.); Merlin, obr. cit. (v. Prescr., secç. 1, § 3, not. 8, 9 e 10); Dallos (P. 36, 306); Duvergier (sobre a prescripção extinctiva, obr. cit., pag. 130); Troplong (Prescr., n. 1075), Demolombe, (n. 61); Marcadé (n. 57); Unger (pag. 146), cit. por Gabba, vol. 1, pag. 277.

começadas devem completar-se segundo a lei ultimamente publicada, recorrem mais ou menos a varias distincções, a fim de determinarem por este meio qual seja o verdadeiro imperio da lei nova sobre esta materia, onde começa e onde acaba.

É, como vimos, a terceira opinião¹, media entre as duas, que pretende conciliar o passado com o futuro, terminar esta especie de conflicto positivo entre as duas leis que disputam a competencia sobre este ponto, por meio d'uma transacção vantajosa para ambas as legislações. Como porém esta decisão se funda em algumas distincções, segundo dissemos, temos para nós que não será fóra de proposito indical-as antes de expormos a doutrina, que d'ellas houvermos de deduzir. A prescripção concorda com todo e qualquer modo de adquirir, em ser necessario um sujeito que adquira, uma cousa *acquirenda* e um facto ou causa efficiente, ou fundamento da relação entre o sujeito e o objecto do direito; mas a natureza particular do facto gerador d'esta relação juridica é que constitue a essencia caracteristica d'este modo singular de adquirir a propriedade. Este facto é a posse acompanhada de certas condições de forma e tempo, especificadas na lei. Ha pois, neste modo de adquirir o dominio, a inversão de titulos, porque, nos outros modos de adquirir, a posse deriva-se da propriedade, porque é um dos direitos que a constituem; aqui, pelo contrario, a posse fundamentou a propriedade. É o methodo da inducção applicado á demonstração da propriedade de direito. Entre as condições necessarias para se dar a prescripção figura, como importante, a condição do tempo; e como esta deve ter certa duração, é claro que se for suspensa ou interrompida, a prescripção ou cessa durante a suspensão, ou se aniquila pela interrupção; por isso, tendo nós de examinar a influencia da lei sobre a prescripção, debaixo de todos os pontos de vista que offerece á nossa contemplação, havemos de a considerar, sob o ponto de vista do sujeito, do objecto, das condições da posse, duração, suspensão e interrupção².

¹ Marcadé, (n. 57); Duvergier, obr. cit., n. 29; Savigny, § 391; Gabba, obr. cit., vol. 1, pag. 288—290; Weber (pag. 156 e 157); Christiansen, (pag. 119); Wächter, pag. 181.

² Gabba, obr. cit., vol. 1, pag. 281; Savigny, obr. cit., § 391; Pinto, Supplemento a Meyer, n. 77, pag. 173—175.

a) Sujeito da prescripção

Se a lei nova alterou, quer restringindo, quer alargando a capacidade do sujeito, para adquirir por meio da prescripção, não póde restar duvida alguma, que, em qualquer dos dous casos, é sempre a lei nova que se deve applicar e não a antiga. Assim, se a lei nova estabelecer que certa prescripção não correrá nem contra nem a favor de certas e determinadas pessoas, essas pessoas deixarão immediatamente de perder ou adquirir por meio da prescripção, ainda que uma e outra cousa fosse possível e licita pela legislação antérior, e o direito tivesse começado a perder-se, ou a adquirir-se. Sobre isto não ha opposição entre a lei e o direito, porque nos Codigos acha-se consignada a mesma doutrina.¹

b) Objecto da prescripção

A mesma doutrina, que expendemos sobre o sujeito da prescripção, é tambem applicavel ao seu objecto. Portanto, se uma lei nova declarar imprescriptivel uma cousa que até ahi era prescriptivel, ou vice-versa, a prescripção ou se torna impossivel com a publicação da nova lei, não obstante haver começado sob o imperio d'uma lei que a permittia, ou começa sómente depois da publicação da lei nova, porque é nulla para o effeito da prescripção a posse, exercida sob o imperio d'uma lei que a prohibia.² Nesta parte tambem o Codigo civil portuguez se conformou com os verdadeiros principios que regulam as questões transitorias sobre a materia sujeita, pois que declara mui terminantemente que não se dá prescripção quando o direito começado a prescrever se declarou imprescriptivel.³

c) Condições da posse para a prescripção

Quando a lei nova dispensa, ou exige condições, que a lei antiga ou exigia ou dispensava, se a posse exercida sob

¹ Cod. Civ. Port. art. 551.

² Savigny, obr. cit. § 391, pag. 421; Pinto, obr. cit., n.º 77, pag. 174 caso 1.º e 2.º; Gabba, obr. cit. vol. 1, pag. 278 e 279, e pag. 291, ad a)

³ Cod. Civ. Port. art. 439, 565, 2273.

o imperio da antiga lei não tivesse sido acompanhada das condições prescriptas por ella, não pode levar-se em conta para o effeito da prescripção, ainda que esta condição fosse dispensada pela nova lei; assim como tambem não aproveita para a prescripção a posse anterior á nova lei, quando esta exigiu condições diversas para se realisar a prescripção de qualquer objecto¹. Esta mesma doutrina foi abraçada pelo Codigo civil.

d) *Duração da posse para a prescripção*

Como o praso de tempo, que é mistér decorrer para o effeito da prescripção d'algum direito ou obrigação, está sujeito a ser alterado por leis posteriores, quando se dê semelhante alteração, cumpre ao juriconsulto avaliar a sua acção sobre as prescripções anteriormente começadas, mas ainda não concluidas ao tempo da publicação da lei, que introduziu estas modificações. Assim, se a lei nova augmentar ou diminuir o praso, exigido pela lei antiga, para qualquer prescripção ter logar, é mistér saber se as disposições da nova lei, relativamente á condição do tempo, abrangem tambem as prescripções já começadas, quando foram publicadas, ou se ao revéz, taes prescripções, pelo facto de já terem começado a correr sob a vigencia d'outras leis, que marcavam diverso praso, ficam extranhas á nova lei, e continuam o seu curso segundo a sua origem.

Tanto um como outro membro da disjunção tem sido abraçado pelos auctores; mas não são estas as duas unicas opiniões que os dividem; porque alguns ha, que, não seguindo nenhum dos extremos, procuram por meio de certas distincções, deduzidas já da natureza do objecto da prescripção, já da qualidade da mudança, procuram diziamos nós, conciliar os dous extremos, e formar uma opinião media ou eclectica.

Depois d'isto, vamos expôr estas diversas opiniões, e ponderar suas razões, para acceitarmos a que nos parecer mais bem fundamentada, se todas não deverem ser rejeitadas, e comparar as disposições do Codigo com a doutrina dos auctores, a fim de notarmos o accordo ou desaccordo entre um e outros.

¹ Pinto, n.º 76, pag. 173; Gabba, obr. cit. vol. 1, pag. 279 d; pag. 292, 293 *ad d*), e *ad e*)

Alguns intendem¹, que, sob a relação do tempo, assim como sob qualquer outra condição, nenhuma influencia deve exercer a lei nova sobre as prescripções, que já tiverem começado ao tempo da sua publicação, e que estas devem sempre completar-se segundo a disposição das leis que presidiram á sua formação. A razão, em que estes auctores assentam a sua doutrina, é por um lado o amor pela propriedade, e por outro o temor da retroactividade. Effectivamente, se alguém possuisse uma cousa ha dez annos sob o imperio d'uma lei, que aponas exigia o lapso de vinte para o complemento da prescripção, e nesse momento fosse publicada uma lei, que elevasse esse praso a trinta, se essa lei fosse immediatamente applicada á prescripção já começada, tinham de decorrer ainda vinte annos depois da promulgação da nova lei, quando, segundo a lei antiga, faltavam apenas dez para a prescripção se effectuar.

Em tal caso, pois, o possuidor teria assás motivo para se queixar da lei nova, porque lhe viera dificultar a aquisição da propriedade, suspendendo por mais dez annos a conversão da esperanza em realidade, e a lei que destruiu esta grata expectativa parece achar-se mais ou menos eivada de vicio retroactivo. Estas são realmente as consequencias e os inconvenientes da applicação da lei nova ás prescripções já encetadas no tempo da sua publicação, quando o praso fixado na antiga tiver sido augmentado pela nova. Mas, se a lei nova o tivesse reduzido, não se dariam estes inconvenientes, e parece que neste caso poderia a lei nova applicar-se immediatamente ás prescripções anteriores, ainda não concluidas. É verdade que não se davam contra o possuidor ou devedor, mas davam-se contra o proprietario, ou credor, e a propriedade d'um e o credito do outro são mais sagrados e inviolaveis do que a posse illegitima d'aquelle, ou a omissão injusta d'este.²

Ainda que esta opinião seja, como já dissemos, e mais adiante veremos, aquella que tem prevalecido na redacção dos Codigos, não nos podemos conformar com ella, porque os principios da não retroactividade da lei não a justificam,

¹ Kalindéro, obr. cit., pag. 176—291. Vid. os cit. art. nas nott' 1—4 a pag. 144 d'este escripto.

² Gabba, obr. cit., vol. 1, pag. 288.

e é necessario não perder de vista que a retroactividade é o unico obstaculo offerecido á acção immediata da lei sobre todas as materias juridicas, que fazem objecto das suas disposições. Ora, se aqui se não dão as condições que excluem a applicação immediata da lei nova, porque nem sequer ha direito, segue-se que as prescripções começadas ao tempo da publicação da nova lei podem e devem ser reguladas em conformidade com as suas disposições. Esta é a segunda opinião, que resulta claramente da refutação da primeira.

Esta opinião, que em these parece racional e conveniente, em hypothese não póde applicar-se na sua generalidade, d'onde vem que aquelles mesmos, que adoptam o principio de que em materia de prescripções não consummadas deve applicar-se a lei nova, fazem a sua applicação por diverso modo. De feito, o systema da applicação da lei nova, que modificou a condição de tempo ás prescripções a penas começadas, é susceptivel de varias interpretações; porque, ou podemos fazer recahir a acção da lei nova sobre o tempo já decorrido antes da sua promulgação, e, aferindo-o pela medida da nova lei, declarar a prescripção extincta, se esta medida já se achasse cheia, ou exigir apenas que, sob o imperio da lei nova, passasse o tempo que, segundo as suas disposições, faltava ainda para a prescripção se completar, levando em conta o já decorrido anteriormente, ou desprezando todo o espaço de tempo, que houvesse já decorrido antes da publicação da nova lei, começar a contar o praso para a prescripção da sua publicação em diante. Ora ambos estes systemas têm inconvenientes tão graves, consequencias tão funestas, que são a condemnação do principio em que assentam. É o que nos propomos mostrar.

Com effeito, se levarmos em conta o tempo já decorrido antes da publicação da lei, que limitou o praso para a prescripção, e esse espaço de tempo for igual ou superior ao prefixo nesta, a prescripção completa-se abruptamente, e o credor ou o proprietario ficam privados d'um direito, que pela antiga legislação ainda não tinham perdido, porque a sua recuperação dependia d'um simples acto da sua vontade. Era neste caso que o proprietario podia dizer como Marcadé:¹

¹ Explication Théorique e Pratique du Code Napoléon I, n.º 61.

«Não é a lei antiga que me applicaes, porque esta concedia-me ainda tal praso para eu reivindicar o meu direito: é pois a lei nova; mas esta lei nova faz recahir o seu effeito sobre um tempo que tinha passado quando ella foi publicada: logo por este systema ella exerce sua acção sobre o passado, ella retroage. E este raciocinio seria verdadeiro, por mais curto que fosse o tempo anterior ao Codigo, que se tomasse para perfazer a prescripção.»

Se déssemos pois a este systema a primeira applicação, e se a lei nova marcasse um praso mais curto do que a lei antiga, esta applicação seria manifestamente retroactiva, porque, no caso de já ter decorrido sob o imperio da antiga lei todo o tempo exigido pela nova, a prescripção começada ficava completa, e o proprietario e crédor privados, aquelle da acção de reivindicación e este da acção de pagamento. Esta consequencia por si só é sufficiente para condemnar esta applicação do dicto systema. Supponhamos porém que o systema não se applica do primelrô modo, mas do segundo, isto é, desprezando o tempo passado antes da lei nova, e começando a contar-o simplesmente da sua data em diante. Esta applicação da lei, posto que desfavoravel ao sujeito da prescripção, não era por certo offensiva do principio da justiça. É incontestavel que o possuidor da cousa, ou o devedor da obrigação, em quanto não tiver decorrido o praso fixado nas leis para a prescripção do direito ou da obrigação, nem tem adquirido aquelle, nem se tem libertado d'esta; e por isso, ainda que ao praso da lei antiga se addicionasse algum tempo pela lei nova para se verificar certa prescripção, não podia queixar-se do effeito retroactivo da lei, porque esta peiorou, é verdade, a sua condição, mas não offendeu direito algum, porque ainda o não tinha.

Mas, se esta applicação da lei nova não é offensiva do direito e da justiça, tem todavia em certos casos o gravissimo inconveniente de ir além das vistas do legislador, quando a lei nova tivesse augmentado o praso marcado na lei antiga; pois que nesta hypothese podia dar-se o caso de ser necessario o duplo, o triplo, ou o quadruplo do praso anteriormente exigido, se a lei nova o duplicasse ou triplicasse, e ao tempo da sua publicação já tivesse decorrido quasi todo

o tempo exigido pela antiga lei. Comparando pois este systema em seus dous modos de applicação, vemos que no primeiro se offende o direito de proprietario ou crédor, se o praso mais curto exigido pela nova lei já tivesse decorrido antes da sua publicação, e no segundo prejudicam-se os interesses do possuidor ou do devedor, se o praso mais longo houvesse de correr de novo depois da nova lei, ficando sem effeito algum juridico o praso já decorrido anteriormente. Ha por tanto no primeiro modo injustiça manifesta, effeito retroactivo; no segundo, posto que não haja effeito retroactivo, ha todavia inconveniente ou certa dureza para o prescribente; porque, achando-se a ponto de adquirir um direito ou de se libertar d'uma obrigação por meio da prescripção, não perde a esperanza da acquisição, mas vê a realisação d'essa esperanza demasiadamente protrahida. Ora, não havendo senão estes dous modos de applicar a lei nova ás prescripções já começadas, e sendo um injusto e o outro duro e inconveniente, parece preferivel a primeira opinião, que apenas tem o defeito de limitar a acção da lei nova sómente ás prescripções começadas sob o seu imperio. Esta conclusão não condemna a segunda opinião em todas as applicações; porque sómente a primeira offende o direito; e porisso teriamos simplesmente a escolher entre a primeira e a segunda no seu segundo modo de applicação, e entre estas a escolha não seria difficil, porque a applicação da lei nova não deve ter outro limite senão o principio da não retroactividade. Mas, admittida a segunda opinião, não haverá meio algum de applicar a lei nova ás prescripções já começadas, sem injustiça ou sem dureza?

Se attendermos a que, applicando a disposição da lei nova ao tempo já decorrido, sómente ha offensa do direito, quando o praso estabelecido na lei nova for mais curto, e a que, desprezando todo o tempo já passado, sómente ha dureza para o possuidor ou devedor, quando o praso da lei nova for mais longo, não será difficil evitar a injustiça e adoçar a dureza, ou remediar os inconvenientes. É não levar em conta para o effeito da prescripção o tempo passado sob a antiga lei, se a nova o tiver reduzido a um praso mais curto, ou additional-o ao que faltar para o complemento

da prescripção, conforme a medida da nova lei, se ella o tiver augmentado. Assim é que Marcadé¹ resolve a difficuldade, cuja opinião nós accetamos, pelas razões que deixamos expostas.

Gabba aparta-se neste ponto de todos os auctores de questões transitorias; porque, intendendo que o proprietario ou o credor têm o direito adquirido ao exercicio do direito que lhe assiste de reivindicar a propriedade, ou de exigir o cumprimento da obrigação, por todo o tempo, concedido pela lei antiga, e seguindo a opinião de que a lei nova se applica ás prescripções anteriores ainda não acabadas, exceptua d'esta applicação o caso de ella ter reduzido o praso marcado na lei antiga.²

Outros alvitres porém têm sido apresentados por outros auctores, e que nós vamos apenas indicar para não avolumar este trabalho demasiadamente, que já nos vai sahindo mais extenso do que talvez o permita a sua forma; pois que a materia é tão vasta, que mal pode abranger-se nos limites d'uma dissertação academica.

Dizem alguns: applica-se a lei nova ás prescripções já começadas, conta-se o tempo já decorrido; mas, se o praso da lei nova já tiver decorrido antes de sua publicação, em tal caso deve assignar-se ao proprietario, ou crédor, um praso razoavel, para elles usarem do seu direito; e se dentro d'esse praso, previamente fixado na lei, não usarem do seu direito, é da sua negligencia que têm de queixar-se, e não da injustiça da lei.³ Quando a lei nova estabelece um praso mais curto, dizem outros, quem adquire o direito deve ter a faculdade de se sujeitar ou á lei antiga ou á lei nova; mas neste ultimo caso o tempo começa a correr depois da promulgação da lei nova, e o tempo decorrido até á sua data não se conta. «Esta faculdade de escolher é razoavel no primeiro caso, porque a lei nova não quer certamente crear ao adversario uma posição mais favoravel do que a lei antiga; no segundo caso, porque não deve ser tractado menos

¹ Obr. cit. n.º 61.

² Gabba, obr. cit., vol. 1, pag. 88.

³ Sr. Visconde de Seabra, Segunda apostilla á Censura do sr. Moraes Carvalho, pag. 47—49; Theodosiades (pag. 118),

favoravelmente do que quem começa uma prescripção, ou uma usucapião».¹

e) Suspensão e interrupção da prescripção

A lei que introduzir novas causas de suspensão ou interrupção da prescripção de qualquer direito e obrigação, ou abolir alguma das causas existentes, deve applicar-se immediatamente a todas as prescripções, que ao tempo de sua publicação não estivessem ainda consummadas: porque, assim como a lei nova que prohibir ou permittir certas prescripções, deve abranger as prescripções já começadas, assim tambem pôde applicar-se sem offensa de direito aquella que apenas se propõe facilital-as ou difficultal-as; pois a suspensão ou interrupção não têm outro fim senão tornar mais difficil a prescripção da cousa ou da obrigação.²

Tendo exposto, como promettemos fazer, e era dever nosso, as principaes soluções, que têm sido dadas ás questões transitórias sobre materia de prescripção, cumpre-nos agora confrontal-as com os Codigos, a fim de examinarmos qual haja sido a acceitação de cada uma d'estas duas opiniões tão divergentes.

Começaremos pelo Codigo civil da Prussia, por ser o mais antigo. Neste Codigo concede-se ao prescribente a faculdade de a regular, ou pela lei antiga, ou pela nova, que estabelece o praso mais curto.

¹ Savigny, obr. cit. pag. 423 e 424. Bergmann (pag. 36) pretende, segundo a natureza das cousas, estabelecer uma regra de proporção. Assim, se uma prescripção de trinta annos fosse reduzida a tres e já tivessem decorrido dez, como dez é uma terça parte de trinta, deviam as outras duas terças partes ser determinadas segundo a nova lei. Tal é tambem a opinião de Wächter (pag. 181), de Vangerow, e de Schmid; cf. Gabba, obr. vol. I, pag. 281 e not. (1).

² Savigny, obr. cit. § 391, pag. 424; Pinto, Supplemento a Meyer, pag. 174, n. 5.º, pag. 176, n. 80. Pinto neste ultimo numero dá-nos noticia de tres sentenças, sendo uma do tribunal de Bois-le-Duc de 5 de setembro de 1852, segundo a qual uma nova causa de interrupção, estabelecida pelo art. 2016 do Codigo Neerlandez, não pôde applicar-se ás prescripções começadas sob o imperio do Codigo Napoleão; outra do tribunal provincial (Relação) de Brabant Setentrional de 15 de janeiro de 1856, cassada pelo supremo tribunal dos Paizes-Baixos. Cumpre notar que estas decisões, contrarias á opinião que seguimos, não se baseam nos principios geraes de direito transitório, mas em a generalidade do art. 2030 do Cod. Civ. Neerlandez, (C. N. art. 2261).

«Com effeito, a lei que promulga o Codigo contém (§ 17 as tres disposições seguintes :

As prescripções já consummadas regulam-se segundo as leis antigas; as prescripções começadas regulam-se segundo o Codigo, salva uma restricção assim formulada : Si néanmoins pour l'accomplissement d'une prescription commencée avant le 1.^o juin 1794, le nouveau code fixait un délai plus court que les anciennes lois, celui qui voudrait exciper de ce délai plus court ne pourrait le compter qu'à partir du 1.^o juin 1794.»

As leis transitorias posteriores reproduzem textualmente a mesma disposição.

Assim se acha reconhecida a faculdade de que fallamos acima; mas é expressa mais claramente ainda na lei de 30 de março de 1838, que estabeleceu prescripções de dois e de quatro annos para diversas acções, que até então não se prescreviam senão por trinta annos, § 7. «Relativement aux créances déjà exigibles lors de la publication de cette loi les délais plus courts, fixés par les §§ 1 et 2, ne peuvent se compter qu'à partir du 31 décembre 1838.»

«Si pour accomplir une prescription commencée il fallait d'après les lois anciennes un délai plus court que celui fixé par la présente loi, ce délai plus court serait observé.¹»

A lei que promulga o Codigo da Austria dispõe que as prescripções começadas sejam reguladas segundo as antigas leis; mas no caso, em que o Codigo estabelece uma prescripção mais curta que as antigas leis, admite (o que não parece muito consequente) a faculdade de escolher, como faz a lei prussiana². Segundo o Codigo Civil Francez³ as prescripções começadas ao tempo da sua promulgação devem ser reguladas pelas leis antigas, excepto faltando ainda, segundo estas leis, mais de trinta annos para se completarem, porque então terminam passado este lapso de tempo depois da promulgação do Codigo.

Esta regra não é conforme aos principios que regem a materia; encerra precisamente o contrario do effeito retro-activo; pois que dá á lei nova menos efficacia do que os

¹ Savigny, obr. cit., § 391, pag. 425.

² Savigny, loc. cit.,

³ Cod. Civ. Fr., art. 2281.

principios lhe concedem, e isto com o claro intuito de proteger simples expectativas.

E por este motivo, certamente, não só tem sido criticada por diversos auctores, mas até abandonada pelos Codigos modernos¹.

Vamos concluir este tractado da prescripção com a exposiçãõ da doutrina consignada no nosso Codigo Civil. O principio geral adoptado pelo Codigo é que as prescripções começadas devem ser reguladas pelas leis anteriores. Este principio porém acha-se modificado por algumas disposições subsequentes². Assim, se o direito começado a prescrever fosse declarado imprescriptivel pelo Codigo, já a prescripção não podia ter logar, não obstante haver começado sob o imperio de uma lei que a permittia³. Neste caso pois é regulada pela lei nova, ou antes é a lei nova que se observa. Se porém as disposições da lei nova tiverem recahido não sobre o objecto da prescripção, mas sobre o praso do tempo, já restringindo-o, já ampliando-o, será a lei nova que deva applicar-se, ou será a lei antiga? É ainda a lei antiga. Mas, se conforme a lei antiga fôr necessario decorrer mais tempo depois da publicação da lei nova do que o fixado nella, a prescripção fica perfeita logo que esse tempo seja decorrido⁴.

Esta disposiçãõ é conforme com a de alguns Codigos⁵, mas diverge da do Codigo Civil Francez⁶, em que este não sujeitou á disposiçãõ da nova lei as prescripções, para cujo complemento faltasse ainda mais tempo do que o assignado nella; mas fixou o praso de trinta annos decorridos depois do Codigo para complemento de todas as prescripções começadas antes. Segundo esta disposiçãõ dá-se o inconveniente

¹ Legislaçãõ civil saxonica de 1863, art. 7—17; Gabba, obr. cit., vol. 1, pag. 271—291; Francesco Bianchi, obr. cit., n. 136.

² Cod. Civ. Port., art. 564.

³ Cod. Civ. Port., art. 565.

⁴ Cod. Civ. Port., art. 566.

⁵ Cod. Civ. Hesp., art. 1980. Las prescripciones que hubieron comenzado á currir antes de la publicacion de este código se regeran pelas leyes anteriores; pero se desde que fuera puesto en observancia transcurriese todo el tiempo en él requerido para las prescripciones, surtiron estas su efecto, aunque per las regras anteriores se requiera el lapso de mais tiempo. Vid. Concordancias, motivos e comentarios del código español.

⁶ Cod. Civ. Nap., art. 2281.

de uma prescrição começada depois do Código terminar muito primeiro do que outra começada antes. Por tanto a doutrina do nosso Código neste ponto é mais conforme com os verdadeiros principios do que a do Código Civil Francez.

Se antes porém da promulgação do Código já tivesse decorrido todo o tempo assignado nelle, a prescrição começada não ficava completa logo á publicação do Código; mas seria mister que, pelo menos, decorressem ainda tres mezes depois da sua publicação¹. Esta disposição é privativa do nosso Código, porque não a encontramos em nenhum outro, de que tenhamos conhecimento; e talvez a sua novidade tenha dado logar ás diversas interpretações, que se lêem nas publicações juridicas, que se têm occupado da interpretação d'esta disposição do Código Civil Portuguez².

Aventamos esta opinião, fundados nos motivos expostos pelo auctor do Código, na segunda Apostilla em resposta á Censura do sr. Moraes Carvalho, pois que, tendo estabelecido o principio de que a lei nova deve regular todas as prescrições não consummadas, acrescenta o seguinte:

«Sómente nos casos, em que a Lei nova estabelece um prazo mais curto, que a antiga, será indispensavel prevenir o sujeito do direito, o credor ou proprietario, com tempo, a fim de que possa usar do seu direito adquirido de acção; se o desprezar, a si deve imputar o prejuizo que soffrer. É para satisfazer a este principio de justiça, que temos a propor um additamento ao nosso artigo 657 (hoje 566), que será concebido nestes termos:

«Se as prescrições começadas demandarem menos tempo,

¹ Cod. Civ. Port., art. 566, § un.

² Segundo a primeira opinião emittida pelo *Direito* (n.º 3) o § un. do art. 566 do nosso Código Civil abrange as prescrições a que faltava, ao tempo da publicação do Código, um prazo menor de tres mezes para se completarem; mas esta opinião foi abandonada, e substituida por outra, segundo a qual o cit. § comprehende as prescrições a que o Código assignou um prazo menor do que tres mezes (n.º 38).

Segundo a opinião da *Revista de Legislação e Jurisprudencia*, a disposição do § refere-se ás prescrições a que a legislação antiga assignava um prazo inferior ao estabelecido pelo Código. Como vemos, são tres as opiniões até hoje professadas sobre a materia do § un. do art. 566 do Código Civil; mas qual d'ellas seja a verdadeira, é o que nos não abalançamos a dizer, nem a tental-o, porque estamos já caçados de cotejar opiniões.

nunca poderão realizar-se sem que decorra, pelo menos, o prazo de tres mezes, a contar da publicação da nova Lei.»

Eis aqui o verdadeiro pensamento do legislador neste § ao artigo 566; eis aqui pois a verdadeira interpretação, ou esta não é a reconstrucção do pensamento do legislador na mente do interprete, como a define o illustre Savigny.

§ 5.º

Do trabalho

Sendo o trabalho para nós o legitimo fundamento da propriedade, e sendo a propriedade a synthese de todos os direitos adquiridos, tambem as leis, que regulam o trabalho em suas diversas applicações, resumem em si todas as leis; de forma que tractar a questão da retroactividade das leis com relação ás leis que têm por objecto o trabalho, equivaleria a repetir o que temos dicto, e a chamar para aqui o que temos para dizer. Não é pois em toda a sua generalidade que devemos tomar a epigraphe d'este artigo. A liberdade do trabalho é hoje um dogma fundamental das sociedades modernas, e um dos artigos mais sagrados dos seus codigos. Não se julgue porém que, proclamando a liberdade do trabalho, desacatamos a auctoridade das leis e impugnamos a sua necessidade. Para nós, que temos a racionalidade como apanagio exclusivo do ser humano, não pôde haver liberdade sem lei, assim como não pôde haver acção sem motivo, nem meio sem fim. Quando nos demonstrarem que os motivos de nossas acções ou omissões excluem a idéa de liberdade, por que nos forcem á sua practica ou omissão,— que a finalidade do homem é a negação da liberdade, porque esta no seu exercicio está sujeita áquella como a condição ao fim,— que a essencia do ser é a aniquilação da liberdade, porque esta não pôde ultrapassar os limites d'aquella,— nós concederemos que a lei exclue, nega, aniquila a liberdade; porque a lei é o motivo *uniformisado*, é a *finalidade collectiva*, é a essencia generalisada; numa palavra, porque «a lei é a relação necessaria, que deriva da natureza das cousas;» e se a lei fosse incompativel com a liberdade, a natureza seria um todo repugnante; porque

a lei é a razão individual elevada á categoria da razão universal.

O trabalho portanto é um direito, mas um direito que póde e deve ser regulado pelas leis, e como as leis podem permittir ou prohibir certo genero de trabalho, limitar ou ampliar suas vantagens, é mister saber como deva applicar-se uma lei nova, que trouxer alguma modificação ao exercicio de nossas faculdades physicas, intellectuaes e moraes, ao trabalho já executado, ou ainda em via de execução. Parece-nos que, se permittindo a lei nova certo genero de trabalho prohibido pela lei antiga, ou prohibindo outro que era permittido, deve applicar-se immediatamente, de modo que da sua publicação em diante seja licito ou illicito o genero de trabalho, objecto da sua disposição permmissiva ou prohibitiva. Se porém o objecto da lei não é certo genero de trabalho, mas a determinação das suas vantagens ou resultados, de maneira que a lei nova os conceda maiores ou menores do que a antiga, inclinamo-nos a que a sua disposição não deverá abranger senão o trabalho executado depois de sua promulgação, salvo o direito de expropriação por causa de utilidade publica.

O Codigo, porém, não seguiu estes principios; porque, ccaccedendo aos herdeiros do auctor a propriedade litteraria por mais tempo do que as antigas leis, determinou que o augmento dado á duração da propriedade litteraria depois da morte do auctor revertesse em beneficio dos herdeiros do mesmo auctor, embora tenha sido transferida para outrem, em todo ou em parte, a propriedade litteraria de seus escriptos⁴.

Ainda que não acceitamos esta doutrina, porque, segundo a nossa opinião, offende o principio da não retroactividade, não nos atrevemos comtudo a declaral-a contraria á disposição do artigo 8.º, porque, segundo a lettra e o espirito d'este artigo, a lei póde applicar-se ao passado, comtanto que de sua applicação não resulte offensa de direitos adquiridos; e, como o auctor não visse aqui direitos alguns adquiridos, não duvidou resolver este ponto de questões transitorias pela forma que já sabemos. Se a não offensa dos

¹ Cod. Civ. Port., art. 584.

direitos adquiridos fosse para nós, assim como o é para o auctor, a medida de applicação da lei aos factos preteritos, ainda assim não poderíamos abraçar a opinião do auctor, porque quando um direito tem passado do dominio da propriedade para o dominio da communidade, a sua reversão para o dominio particular não offende o direito do individuo, porque offende o direito de todos; e nem nós nem o auctor pretenderemos sustentar que os direitos do individuo sejam mais sagrados e inviolaveis do que os da communidade.

SECÇÃO II

Applicação do principio da não retroactividade aos contractos

Nesta parte do nosso trabalho propomo-nos, como se deixa ver do mesmo enunciado da these, determinar a influencia da nova lei sobre os contractos celebrados na vigencia de outras. Sendo porém esta questão bastante complexa, porque os contractos offerecem á nossa observação varias faces, que as leis avultam mais ou menos sensivelmente, segundo os preceitos da justiça e a conveniencia dos tempos, precisamos de as considerar, senão sob todas, por impossivel e tambem desnecessario, ao menos sob as mais salientes, a fim de simplificarmos o mais possivel a sua difficil solução.

Fieis ao methodo que adoptámos, servir-nos-hemos ainda doCodigo Civil, como fio de Ariadne no dedalo quasi inextricavel d'esta tão espinhosa quanto importante questão.

§ 1.º

Validade dos contractos

A virtude da lei para os Romanos era imperar, prohibir, e permittir¹; mas quanto a nós estes tres actos, que para os Romanos resumiam os officios da lei, limitam-se á definição.

Para nós pois, como para todos, o fim da lei, qualquer

¹ L. 7, D. de legibus: «Legis virtus est: imperare, vetare, permittere, punire.»

que seja a sua forma, é definir, circumscrever, determinar. A lei não é também um supplemento ao direito natural, porque o direito natural, como obra da natureza, é uma legislação mais perfeita, melhor acabada, do que a legislação positiva, que é obra do homem e portanto imperfeita. Além d'isto, se a legislação positiva fosse apenas um supprimento ás lacunas do direito natural, a justiça ou a injustiça da lei positiva não podia avaliar-se por falta de padrão.

A lei não é pois um appenso, um additamento, mas a formula sacramental do justo, o verbo augusto do direito, a manifestação social, solemne e authentica, da justiça absoluta.

Mas póde dar-se a lei a mesma antinomia que entre a palavra e a idéa, e entre a idéa e a realidade. A lei póde deixar de traduzir a justiça por defeito da intelligencia ou da vontade, por ignorancia ou por malicia. D'onde se vê quanto podem influir na legislação d'um povo, a instrucção e a educação, a sciencia e a moralidade. Como, pois, a missão da lei seja definir, claro é que não só a validade ou a nullidade dos contractos, mas até a sua existencia ou não existencia, dependerão da sua conformidade, ou não conformidade com a lei; e, como nenhuma lei possa ser observada antes de ter sido promulgada, será sempre á lei do tempo em que o contracto foi celebrado, que deve attender-se para julgar da sua validade ou nullidade, da sua existencia ou não existencia.

Como vemos, este ponto deve ser considerado sob um duplo aspecto, porque um contracto determinado póde ser valido ou nullo, conforme é ou não reconhecido pela lei; e sendo reconhecido, ainda é valido ou nullo segundo nelle se observam ou não todos os requisitos que a lei prescreve para a sua validade.

A questão, considerada sob o segundo aspecto, isto é, em quanto á forma, é geral e commum, porque abrange tanto o genero como as varias especies de contractos, porque a modalidade dos contractos é uma categoria applicavel, tanto ao conceito generico como ao conceito especifico dos contractos; mas, considerada sob o primeiro, isto é, quanto á essencia, é particular, porque póde applicar-se a algumas es-

pecies de contractos, mas não a todas, sob pena de estancar uma das fontes mais abundantes dos nossos direitos e obrigações, e de partir todos os laços da vida social; visto que o contracto, isto é, a troca, é o facto primordial de toda a vida social, é a condição indispensavel da divisão do trabalho, é o supprimento da fraqueza de nossas faculdades individuaes, é o elemento essencial de todo o progresso material, intellectual e moral.

Assim, se uma lei nova exige condições para a validade dos contractos em geral, ou de algum em especial, que a lei antiga não exigia, ou dispensa condições exigidas pela lei antiga, deverá a validade ou nullidade do contracto ser regulada, não pela ultima lei sem attenção ao tempo em que o contracto tivesse sido celebrado, mas precisamente pela lei do tempo de sua celebração, porque os contractos legalmente celebrados transmittem direitos e obrigações, de que as partes não podem ser privadas nem alliviadas, senão por mutuo consentimento ou nos casos declarados na lei, mas na lei que ellas tiveram em vista quando contractaram.

Um contracto pois que, segundo a lei antiga, fosse nullo, por lhe faltar alguma condição exigida por esta lei para a sua validade, não poderá tornar-se valido sob o imperio da nova lei, porque esta lei deixou de exigir aquella condição. Da mesma sorte, sendo valido segundo uma lei, não poderia outra declarar-o nullo, sem offensa do principio da não retroactividade, isto é, da justiça e do direito que tinha sido legalmente adquirido pela parte para quem fôra transferido por via do contracto valido.

Não é porém a forma, interna ou externa, dos contractos que a lei nova tem por objecto, mas a propria existencia do contracto; ainda neste caso a lei nova não poderá exercer influencia alguma sobre os contractos já formados, salvas todavia as modificações reclamadas pela mudança nas condições da vida politica, economica e moral, as quaes deverão fazer objecto de leis transitorias. É por esta forma que, segundo entendemos, devem ser applicadas as disposições do Codigo Civil, modificadoras das condições da validade dos contractos em geral¹ e em especial, hem como as dis-

¹ Cod. Civ. Port., art. 643—671.

posições prohibitivas de algumas especies de contractos, como o pacto de retrovendendo¹, a sub-emphyteuse ou sub-emprasmamento², e o censo reservativo³. E esta doutrina não só tem em seu abono a auctoridade de eminentes jurisconsultos⁴, mas até «tem sido reconhecida em differentes epochas nas leis transitorias da Prussia⁵.»

§ 2.º

Effeitos dos contractos

«Os contractos legalmente celebrados devem ser pontualmente cumpridos⁶.» O effeito pois do contracto é a sua fiel observancia, é o *vinculum juris*, a que as partes ficam adstrictas por virtude do contracto; mas o cumprimento não será pontual, nem a observancia será exacta e fiel, nem o vinculo será perfeito, se todos os effeitos não forem cumpridos, e os effeitos não serão inteiramente cumpridos se não forem completamente determinados.

A determinação pois dos effeitos d'um contracto é a condição absolutamente indispensavel de sua fiel observancia. Ora os effeitos dos contractos podem ser determinados ou por expressa declaração das partes, ou por disposição da lei, ou por uso e costume, ou, como diz o Código Civil⁷ «os contractos obrigam tanto ao que é nelles expresso, como ás suas consequencias usuaes e legaes.» O contracto não está pontualmente cumprido, senão quando as partes tiverem observado tanto as obrigações a que se sujeitaram expressamente, como aquellas a que na falta de declaração ficaram sujeitas por mera disposição da lei, ou por força do costume.

Mas a lei nova pôde prohibir uma clausula que as partes

¹ Cod. Civ. Por., art. 1587.

² Cod. Civ. Port., art. 1701.

³ Cod. Civ. Port., art. 1707.

⁴ Merlin, obr. cit. secç. III, § 3.º, art. 5.º; Savigny, obr. cit., § 392, pag. 426 e 427; Demolombe, obr. cit., n.º 54; Marcadé, pag. 142, n.º 67; Delvincourt, pag. 157, not. 2; Pinto, Supplemento a Meyer, pag. 168, n.º 64; Chabot de l'Allaier, tom. 1.º, pag. 128—139.

⁵ Savigny, obr. cit., pag. 427, nota (c).

⁶ Cod. Civ. Port., art. 702.

⁷ Cod. Civ. Port., art. 705.

expressamente estipularam á sombra d'uma lei permissiva, restringir ou ampliar as consequencias legais de certos contractos, supprimir ou reduzir as suas consequencias usuaes; e por isso é mister determinar qual deva ser o effeito d'uma tal lei sobre os contractos celebrados anteriormente. Sobre este ponto acham-se divididos os auctores em duas opiniões. Uns¹ intendem que todos os effeitos dos contractos, todas as suas consequencias contractuaes, legais ou usuaes devem ser determinadas segundo as prescripções da lei que presidiu á celebração do contracto, e não segundo a lei que vige agora ao tempo da sua execução; outros² pelo contrario intendem que se deverá fazer distincção entre effeitos e consequencias (effets et suites) ou entre consequencias immediatas e necessarias, e consequencias accidentaes e remotas (suites immediates et nécessaires e suites ou consequences accidentelles et éloignées), sendo as primeiras reguladas pela lei do tempo de formação do contracto, e as segundas pela lei do tempo da sua execução.

Segundo Blondeau devem considerar-se effeitos dos contractos aquelles actos que foram ou podiam ser objecto de previsão das partes contractantes, e consequencias os actos realisados por occasião dos contractos, mas que as partes não poderiam prever.

¹ Savigny, obr. cit., § 392; Struve, pag. 183; Georgii, pag. 165; Duvergier, obr. cit.; Demolombe, n.º 54—57; Pinto, Supplemento a Meyer, n.º 65, pag. 167 e 168.

² O primeiro auctor d'esta distincção, como justamente observa Gradenanche de Baulieu (*De l'étendue de l'autorité des lois*, Thèse pour le doctorat, pag. 93, Paris, 1853) foi Blondeau (*Dissert. sur l'effet retroactif des lois*, publicada na Collecção geral de leis e sentenças por J. B. Sirey, vol. 9, part. 2.ª, pag. 277 e segg.) Esta mesma distincção foi admittida por alguns Jurisconsultos Francezes, segundo observa Gabba, vol. 1, pag. 350, taes como Merlin, obr. cit., Malher de Chassal (pag. 328), Dalloz (pag. 97—161), e Kalindéro (pag. 129 e segg.) Mas quem contribuiu mais para fazer acreditar a doutrina da distincção entre as consequencias proximas e remotas dos actos juridicos, foi Meyer, (pag. 24 e segg.) pela sua grande auctoridade em materia de questões transitorias. Antes porém de Meyer, e quasi contemporaneamente a Blondeau, já o illustre Weber (pag. 109) sustentava que existia uma certa ordem de consequencias dos contractos, que sómente podiam fazer-se valer intervindo o ministerio do juiz (*officio judicis*), e que deviam regular-se pela lei do tempo, em que se formava a lite. De maneira que Meyer não fez mais do que fundir a doutrina de Blondeau e Weber, e systematisal-a, como observa Gabba (vol. 1, pag. 347).

Para Meyer são consequencias accidentaes e remotas dos contractos: a) aquellas que suppõem ainda um factio posterior ao contracto, como a garantia da evicção entre os comproprietarios, depois da divisão da cousa communi, os juros pela mora, a revogação da doação pela superveniencia de filhos, etc.; b) aquellas que suppõem uma nova declaração da parte dos contrahentes, como por exemplo a delação do pagamento; c) aquellas que para se fazerem valer precisam d'uma demanda e decisão do juiz, como por exemplo a rescisão do contracto por causa de lesão, e a revogação da doação por ingratição do donatario¹.

Similhante distincção não se pôde admittir, já porque carece de fundamento, já porque offenderia o principio da não retroactividade da lei, já porque a difficuldade de determinar a verdadeira extensão de cada um dos membros d'esta divisão dichotonica, e a divergencia de opiniões d'aquelles, que a têm adoptado sobre a determinação dos casos que pertencem a cada uma das especies, a tornam suspeita de falsidade. Em verdade, distinguir o que não offerece caracteres profundos, feições caracteristicas para affirmar d'uma das especies o que se nega das outras, é olvidar as leis formaes do pensamento, é expôr-se a errar. Eis a razão por que os que fazem tal distincção não podem harmonisar-se sobre a verdadeira extensão de cada um dos seus membros, nem sobre a resolução dos varios casos que deve abranger cada uma das especies; porque o caso, que uns consideram como simples consequencia, remota e não necessaria, é tido por outros como effeito ou consequencia proxima e necessaria². É o que vamos ver no § seguinte, onde nos propomos tractar da applicação da lei nova ás causas resolutorias dos contractos.

¹ Gabba, obr. cit., vol. 1, pag. 352.

² Savigny, obr. cit., § 392; Duvergier, obr. cit., pag. 91—95; Gabba, obr. cit., vol. 1, pag. 352—354; Demolombe, obr. cit., n.º 54—57; Pinto, Supplemento a Meyer, n.º 66, pag. 167 e 168.

§ 3.º

Da rescisão, revogação, resolução e redução dos contractos ¹

Alguns tomam a rescisão, revogação ou redução dos contractos por effeito dos mesmos contractos; mas, a nosso ver, sem razão; porque os effeitos dos contractos exigem como condição da sua producção a validade do contracto, em quanto que a rescisão, revogação ou redução presuppõem algum vicio na materia, na quantidade ou na forma dos contractos, d'onde possa resultar a nullidade dos mesmos, estabelecida pela lei, quer em beneficio da sociedade, quer em beneficio de alguma pessoa particular, physica ou moral.

A materia pois d'este paragrapho, como acabamos de ver, está estreitamente ligada com a do paragrapho 1.º, onde tractámos das leis que prescrevem as condições da validade dos contractos; e como a falta d'estas condições seja o motivo racional, o fundamento da rescisão dos contractos, se-

¹ Merlin faz primeiramente distincção entre rescisão, revogação e resolução, tanto que tracta da rescisão num paragrapho separado; e noutro da revogação, resolução e redução; depois procura ainda achar alguma differença entre a significação do vocabulo *revogação* e *resolução*, porque, diz elle, com quanto a palavra *resolução* se possa applicar, não só aos contractos onerosos, mas ainda aos beneficos, não podemos todavia servirmos d'outra palavra, não só para significar a collação que o donatario deve fazer á successão do doador do objecto, que lhe foi doado *inter vivos*, mas tambem o effeito da reversão legal que, antes do Codigo Civil e nos paizes de direito escripto, fazia entrar o objecto doado no dominio do ascendente do doador quando o donatario morria sem filhos. A mesma distincção entre revogação e resolução é feita por Dallos, n.º 292 (Pinto, Supplemento a Meyer, pag. 170).

Na linguagem classica do direito romano tambem não encontramos termos correspondentes aos d'esta epigrapha com accepção technica, pois que os juriconsultos romanos apenas distinguiam os actos nullos *ipso jure* designados pela phrase, *nullum ipso jure*, ou pelo adjectivo *inutile*, dos que se rescindem sómente por vontade dos interessados, o que elles exprimiam pela oração seguinte: *negotium rescinditur*. Coelho da Rocha, Dir. Civ., § 109 e not.

Segundo o Codigo Civil Portuguez, rescisão e revogação parecem empregar-se indifferentemente; e a resolução parece significar a reversão da propriedade para o antigo senhor por effeito de rescisão ou revogação. Artigos 702, 1484, 2171 e 2178; por isso tambem não faremos distincção entre cada um d'estes actos.

gue-se que a solução d'esta face do problema não poderá ser differente da que já lhe dêmos naquella parte. Em verdade, a não serem os auctores das pretendidas distincções entre as consequencias proximas e as remotas, todos os outros auctores, que têm tractado de questões transitorias, são de opinião que as causas de rescisão e revogação dos contractos devem ser julgadas segundo as leis vigentes no momento da celebração do contracto, e não segundo a lei publicada posteriormente á sua celebração. Como porém os que distinguem entre consequencias proximas e remotas intendem que ha algumas causas de rescisão que devem ser julgadas, não segundo a lei do tempo da celebração do contracto, mas segundo a lei do tempo em que a causa se pretende intentar; por isso nos propomos examinar, senão todas, ao menos as principaes causas de rescisão, que elles reputam effeitos remotos dos contractos, e que portanto não devem regular-se pela lei antiga, mas pela nova.

a) *Rescisão por lesão*. Pela antiga legislação, como é sabido, todos os contractos commutativos, e mesmo as transacções, assim como a arrematação judicial, podiam ser rescindidos por causa de lesão¹, mas pelo Código Civil não tem logar esta causa de rescisão, e por isso, como antes da publicação do Código Civil² se deveriam ter feito alguns contractos eivados do vicio de lesão, é preciso saber se aquelle que na vigencia da antiga lei tinha a faculdade de rescindir um contracto por causa de lesão, ficaria privado d'essa faculdade pela publicação do Código Civil, visto que não reconheceu semelhante faculdade; ou se, não obstante a disposição prohibitiva do Código, ainda depois da sua promulgação será permittido rescindir um contracto, cuja rescisão fosse practicavel na conformidade da lei que vigorava no tempo da celebração do contracto. Uma e outra opinião tem fautores. Nós porém abraçamos a segunda, determinados pelo peso das razões, tanto intrinsecas como extrinsecas. De feito, a convicção legal, em que o vendedor estava, de que, recebendo pelo objecto vendido menos do seu justo valor, poderia mais tarde ou rescindir o contracto, entregando o

¹ Ord., liv. 4, tit. 13; Coelho da Rocha, Dir. Civ., § 737.

² Cod: Civ. Port., art. 1582.

valor recebido, ou exigir a indemnisação devida, determinando-o-hia a celebrar um contracto lesivo naquelle momento, mas lesão que elle podia fazer reparar em circumstancias mais favoraveis; e sendo determinado por uma lei a accetar semelhante contracto, não deve ser privado das faculdades concedidas por esta lei. Alem d'isso a lei nova pôde reduzir os casos em que os actos juridicos são rescindiveis, quando revestiu esses actos de certas formalidades que põem as partes a coberto do erro, dolo ou violencia; mas esta redução nunca ha de affectar actos que não eram tão bem garantidos. Se as partes pois, confiadas numa disposição da lei, fizeram um contracto, que não fariam na sua ausencia, se o acto é mais garantido pela nova lei, não pôde a lei nova, que tiver abolido uma causa de rescisão reconhecida em uma lei anterior, ser applicada a um acto celebrado sob o imperio d'esta lei.

A nossa opinião, pois, é que os contractos feitos anteriormente aoCodigo Civil ainda hoje podem ser rescindidos por lesão, se conforme a antiga legislação se achassem affectados d'este vicio. A opinião contraria é sustentada apenas por poucos auctores¹, seguindo o maior numero a doutrina que deixamos exposta, e que tem sido consagrada por algumas disposições transitorias, fundando-se já nos mesmas, já em diversas razões².

b) *Rescisão das doações.* As doações consummadas podem ser revogadas, alem dos casos em que o pôde ser qualquer contracto, por superveniencia de filhos, por ingratidão do donatario e por inofficiosidade. Ora, uma lei, que reconhece todas estas causas de revogação, pôde ser diversamente modificada por outra, já supprimindo algumas d'estas causas, já restringindo-as a certas especies de doação, já exigindo novas condições para alguma causa se verificar. E assim é que as doações antenupciaes, entre esposados e en-

¹ Meyer, obr. cit., pag. 88; Weber, pag. 114—117; Pinto, Supplemto a Meyer, n.º 67, pag. 168 e 169; *Jornal de Jurisprudencia*, 4.º anno, n.ºs 27, 39 e 43; sr. Seabra, *Appost. cit.*, pag. 44 e 45.

² Savigny, obr. cit., § 392, pag. 431; Merlin, obr. cit., secç. III, § 3.º, art. 5.º; Dalloz, n.º 290; Duvergier, obr. cit., pag. 119; Pinto, Supplemto a Meyer, pag. 163; Demolombe, obr. cit., n.º 54; sr. Dias Ferreira, *Dissert. inaug.*, pag. 22—24; Francesco Bianchi, obr. cit., n.º 116, pag. 145 e 146; sr. Moraes Carvalho, *Apost. cit.*, pag. 39 e 40; *Rev. de Legist. e Jurisp.*, n.º 46, 1.º anno, e n.º 91, 2.º anno.

tre casados, que pela antiga legislação ¹ eram annulladas pela superveniencia de filhos, não o podem ser segundo o Código Civil ², que prohibe esta causa da rescisão; as doações, que em geral se annullavam pela superveniencia de filhos de pae peão, fossem ou não legitimos ³, depois do Código ⁴ não se rescindem pelo nascimento d'um filho illegitimo.

Feitas pois estas modificações no direito antigo, pôde duvidar-se se aquelle que antes da publicação do Código tiver feito uma doação para casamento e a quem sobreveio um filho, poderá ou não em consequencia d'este facto fazer rescindir aquella doação: se as mesmas doações tanto entre esposos como entre casados ao tempo da publicação do Código, se podem ou não revogar pela superveniencia de filhos: e finalmente se para que a doação feita antes do Código se annulle pela superveniencia de filhos, se requer nestes a qualidade de legitimos.

Esta ultima hypothese offerce mais ou menos difficuldade segundo o facto de nascimento dos filhos for anterior ou posterior á publicação do Código Civil; e por isso fallaremos primeiro da superveniencia dos filhos, em geral, para depois nos occuparmos mais detidamente d'esta ultima hypothese.

As doações para casamento feitas por terceiro, assim como as feitas entre esposos, e entre casados anteriormente á publicação do Código Civil, ainda hoje podem ser revogadas pela superveniencia de filhos, não obstante o Código Civil ter decretado que taes doações não se rescindem pelo facto da superveniencia de filhos; porque a lei que regula as causas, pelas quaes se revogam as doações, deve abranger sómente as doações celebradas sob o seu imperio e não as que o tiverem sido na vigencia de outras leis que reconhecem outras causas de revogação. A razão é porque aquelle que faz uma doação a outro não pôde deixar de ter em vista as vantagens ou faculdades concedidas pela lei do tempo, em que a doação é feita; e como uma d'estas vantagens seja a faculdade de revogar a doação pelas causas estabelecidas na dita

¹ Ord., liv. 4, tit. 65; Coelho da Rocha, §§ 764, 767 e 768.

² Cod. Civ. Port., art. 1169, 1182 e 1483, n.º 3.

³ Coelho da Rocha, Dir. Civ., § 761; Ord., liv. 4, tit. 65, pr.

⁴ Cod. Civ. Port., art. 1482, n.º 1.

lei, segue-se que elle não póde ser privado d'essas faculdades por uma lei posterior, com relação a actos já practicados, sem que essa lei seja retroactiva. D'onde se vê que, para conhecermos as causas, pelas quaes as doações podem ser revogadas, deve attender-se simplesmente á lei do tempo em que as doações foram feitas, e não á lei do tempo em que as causas se verificam ou se intentam. Ha todavia quem tenha seguido a opinião contraria, fundando-se em que a doação não é nulla em si mesma, mas por sentença de revogação¹, e em que as partes não pensaram neste resultado, porque em tal caso não teriam feito a doação². Parece-nos porém que as razões allegadas são de pouco peso; porque a primeira confunde o exercicio do direito com o proprio direito, o seu reconhecimento com o facto gerador, e a segunda o effeito de ingratidão com a mesma ingratidão, o favor com a indignidade. O doador podia muito bem prever a ingratidão do donatario, e inda assim decidir-se a fazer a doação, porque tinha a certeza de que dando-se esta causa, lhe assistia o direito de fazer revogar a doação.

Á excepção, pois, d'estes dois auctores, todos os mais seguem a opinião que adoptamos³.

Procurámos apenas resolver a hypothese a que dá logar o Codigo Civil a respeito da revogação das doações, sem decidirmos como se deveria applicar a lei nova, que, em vez de abolir as causas de revogação admittidas pela antiga legislação, tivesse introduzido outras de novo.

Intendemos que, ainda neste caso, as doações feitas sob o imperio d'uma lei que admittia sómente certo numero de causas de revogação, não podiam ser revogadas por outras causas, posto que estabelecidas na lei posterior; porque o contracto consummado sob uma legislação, deve ser regulado por essa mesma legislação, e não por outra; e por isso rejeitamos a distincção feita por Merlin⁴ sobre este ponto,

¹ Weber, pag. 107, cit. por Savigny.

² Meyer, obr. cit., pag. 175—177.

³ Savigny, obr. cit., § 392, n. 3; Duvergier, obr. cit., pag. 121 n.º 19 e 20; Merlin, obr. cit., secç. III, § 4, art. 6, n. 3; Francesco Bianchi, obr. cit., pag. 131, n.º 104; Pinto, Supplemento a Meyer, pag. 169, n.º 67; sr. Dias Ferreira, Dissert. inaug., pag. 22—24.

⁴ Merlin, obr. cit., secç. III, § 3, art. 6, n.º 2.

porque não lhe achamos fundamento para a diversidade de julgamento. Segundo este auctor quando uma lei nova introduz algumas causas de revogação que eram reconhecidas pela lei antiga, deve distinguir-se em primeiro logar se essas causas se verificaram antes ou depois da publicação da lei nova, porque verificando-se antes não pôde a disposição da lei applicar-se ás doações anteriores, alias ficaria o donatario sujeito a uma pena por ter practicado um facto que lhe era permittido; mas sendo os factos posteriores devem em segundo logar distinguir-se os factos, que dependem da vontade do donatario, dos que são independentes d'ella, porque neste caso, se os factos forem voluntarios, deve esta nova causa de revogação affectar a doação feita sob o imperio d'uma lei que não reconhecia semelhante causa de revogação. Esta distincção assim como as das consequencias proximas e remotas feitas por Meyer ¹ é declarada inadmissivel por Savigny ², como observa Pinto.³

c) Segundo a nossa doutrina a lei nova, que limita ou amplia as causas revogatorias da doação, ou quaesquer outros contractos, não pôde applicar-se ás doações anteriormente feitas, e por isso ainda hoje se podem fazer revogar taes doações por superveniencia de filhos, posto que o Codigo Civil não reconhecesse esta causa de revogação nas doações para casamento e nas feitas entre esposos e casados. Mas o Codigo, como vemos, não sómente supprimiu a causa de revogação por superveniencia de filhos, pelo que respeita ás doações para casamento e ás feitas entre esposos e entre casados, mas naquellas mesmas em que admite esta causa de revogação restringe-a aos filhos legitimos, quando por direito antigo a superveniencia de filhos naturaes de pac peão revogava *ipso jure* as doações feitas por este.

Sendo pois assim cumpre saber se as doações feitas antes do Codigo Civil sómente poderão hoje ser revogadas pela superveniencia de filhos legitimos, ou se tambem pela dos filhos naturaes, como era pelo direito antigo. Para respondermos a esta questão parece-nos dever distinguir se o facto do nascimento do filho natural teve logar antes ou de-

¹ Meyer, obr. cit., pag. 91.

² Savigny, obr. cit., § 392, pag. 430.

³ Pinto, Supplemento a Meyer, pag. 170, n.º 69.

pois da publicação do Código; porque no primeiro caso, como a revogação se operou *ipso jure* pela superveniencia de filhos ainda naturaes que fossem de pac peão, a doação ficava sem effeito, e o direito cedido por este contracto revertia immediatamente para o doador; e portanto a lei que não admittisse esta revogação, privando-o d'um direito adquirido, seria retroactiva. No segundo porém maior difficuldade se nos offerece, porque restringindo o Código a investigação da paternidade aos casos do artigo 130 do Código, pôde haver duvida se a revogação d'uma doação feita antes do Código, por superveniencia de filhos naturaes depois do Código, deve não admittir-se, visto que o Código a restringiu ao caso da legitimidade; ou se deve admittir-se unicamente nos casos em que pelo Código Civil os filhos naturaes se podem fazer reconhecer pelos paes; ou se finalmente tem lugar em todos os casos em que era admittida pela legislação antiga. A coherencia nos principios pede que abracemos esta ultima resolução, posto que não possamos deixar de reconhecer a sua difficuldade e quasi temeridade; mas, tendo nós sustentado noutra parte que os direitos dos filhos naturaes devem ser regulados pela lei do tempo em que elles nasceram e não pela do tempo em que pretendem fazer valer seus direitos, e sendo a revogação da doação uma consequencia necessaria d'aquelle reconhecimento, por isso aqui aventamos, bem que a medo, a opinião de que as doações feitas antes do Código se revogam pela superveniencia de filhos ainda illegitimos. É esta uma especialidade que não achamos tractada nos auctores que consultámos, pelo que muito desconfiamos da nossa opinião.

§ 4.º

Interpretação dos contractos

Em todo o contracto podemos distinguir tres ordens de elementos, a saber: elementos essenciaes (*negotia essentialia*), elementos naturaes (*naturalia negotia*), elementos accidentaes (*accidentalialia negotia*.)

Pertencem á primeira ordem os elementos que constituem a essencia caracteristica de qualquer contracto, de sorte que,

faltando algum d'estes elementos, o contracto ou deixa de ser, ou é de outra especie; á segunda os elementos ou clausulas que a lei estabelece para os casos em que não houve declaração expressa das partes; e á terceira, finalmente, aquelles elementos que dependem exclusivamente da vontade das partes, de maneira que, na falta de declaração, não ha tambem presumpção alguma legal. Propondo-nos pois tractar da applicação da lei nova, ou das disposições do Código sobre a interpretação dos contractos preteritos, precisamos de os considerar sob aquelles tres pontos de vista. Pelo que respeita ao primeiro aspecto não ha difficuldade alguma, porque a lei nova não podia mudar a lei antiga sem destruir o contracto, ou pelo menos sem lhe mudar a especie, e em qualquer dos casos a lei que se applicasse ao passado seria manifestamente retroactiva. No segundo e terceiro, porém, apparecem muitas questões transitorias, que exigem solução.

Assim, uma lei posterior introduz outras presumpções acerca dos contractos, e por isso cumpre determinar qual deva ser a influencia d'esta mudança sobre os contractos feitos no dominio de outra legislação. Ainda mais: as partes, quando celebraram certo contracto, ajunctaram-lhe certas condições ou clausulas, que a lei do momento não prohibia; mas veio depois uma lei nova que prohibia estas clausulas ou condições: qual será a acção d'esta lei sobre as clausulas ou condições estipuladas? Nesta ultima hypothese intendemos que a influencia da lei nova seria nulla, porque, tendo estas condições ou clausulas sido estipuladas entre as partes, formaram uma parte integrante do contracto e devem ser cumpridas; e a lei, que as dispensasse, ou prohibisse seu cumprimento, offenderia evidentemente a lei dos contractos. Em quanto porém ao segundo caso, em que não ha declaração das partes, e em que a lei é que fala no seu silencio, á primeira vista parece que á lei do tempo, em que se cumprem as obrigações dos contractos, em que se realizam os seus effeitos, é que deve attender-se, e não á da sua celebração, para regularmos a execução do contracto, ou o cumprimento das obrigações d'elle provenientes, não só porque os actos pelos quaes se cumprem as obrigações se passam sob

o dominio de outras leis, mas ainda porque são consequências remotas, que as partes não podiam prever.

Estas parecem-nos as razões com que Meyer e outros pretendem sustentar a opinião de que a lei, que deve regular o cumprimento do contracto na falta de declaração expressa das partes, é a do tempo da execução, e não a do tempo da celebração. Nós, porém, não abraçamos esta opinião, porque sendo o contracto uma formula de direitos e obrigações, estabelecidas, ou pela vontade das partes contrahentes expressamente, ou pela lei na falta d'esta declaração, é evidente que uma lei não podia alterar esta formula, com relação a actos preteritos, sem mudar os direitos e obrigações, isto é, sem as offender.

É esta a doutrina do illustre advogado italiano Francesco Bianchi¹, e que transcrevemos:

«La regola esposta in principio di questo numero non si applica solo ai diritti ed obbligazioni derivanti dai termini espressi della convenzione, ma a quelli ugualmente che in essa si sottintendono per virtù della disposizione della legge sotto l'impero della quale si è contrattato. Tutte le disposizioni legislative che regolano gli effetti dei contratti, lo fanno interpretando la intenzione delle parti conformemente alla natura delle cose, all'equità ed agli usi, per tutti quei rapporti derivanti dal contratto che le parti stesse non abbiano espressamente previsti e regolati. Come dunque queste disposizioni di legge non sono dirette che a supplire al silenzio dei contraenti dichiarando la loro presunta volontà, della quale essi conservano piena libertà nel determinare altrimenti gli effetti della loro convenzione; e come sarebbe assurdo il supporre che, per regolare ciò ch'esse avessero ommesso di spiegare nel contratto, le parti avessero inteso di riferirsi ad una legge non ancora esistente allorchè contrattavano; così è chiaro che vi sarebbe retroattività se una legge sopravvenuta potesse completare un contratto anteriore, determinando e regolando gli effetti da attribuirglisi per quei rapporti che le parti contraenti non avessero espressamente contemplati.»

¹ Obr. cit., n. 112, pag. 138.

O que se diz, continúa o mesmo auctor¹, dos effeitos dos contractos declarados pela lei segundo a vontade presumida das partes, deve repetir-se por identidade de razões todas as vezes que se tracta de interpretar com o apoio da lei a intenção das partes que não tiver sido expressamente declarada, porque em tal caso esta interpretação não pôde ter outra base senão a legislação que as partes tiveram em vista no tempo da celebração do contracto.

Merlin² modifica o principio de que os direitos, quer actuaes, quer eventuaes, ou as expectativas, são regulados pela lei do contracto, estabelecendo que a lei nova pôde todavia subordinar o seu exercicio futuro ás formalidades, diligencias e condições que bem lhe parecer, uma vez que estas formalidades, diligencias e condições sejam dependentes da vontade das partes, a fim de que não possam imputar senão á propria incuria a perda que soffrerem com a omissão ou inexecução d'essas formalidades, diligencias, ou condições. «Assim, por exemplo, a lei que diminuisse a taxa dos juros não podia applicar-se directamente aos contractos anteriores, mas podia fixar um certo praso de tempo em que o crédor se fizesse embolçar da quantia mutuada sob pena de prescripção. A lei nova podia sujeitar as hypothecas anteriormente estabelecidas a certas formalidades, podia prescrever certas condições ás instituições fideicommissarias já deferidas; não pôde obrigar o devedor d'uma renda constituida pura e simplesmente sob a antiga legislação a restituir o capital recebido, mas pôde impôr-lhe certa pena se deixar de pagar a renda por certo numero de annos.»

Postos estes principios, passemos a fazer a sua applicação ás questões transitorias, a que as modificações feitas pelo Codice Civil na legislação anterior podem dar logar, umas das quaes se acham resolvidas por disposições transitorias, e outras precisam de o ser pelos principios geraes, que regem esta materia.

Começaremos pelo matrimonio, em que o Codice fez não pequenas alterações, e até algumas innovações. O Codice, permittindo aos esposos estipular, antes da celebração do

¹ Obr. cit., n. 113, pag. 139.

² Merlin, obr. cit., secc. III, § 3.º, art. 3.º, n.º 11.

matrimonio, e dentro dos limites da lei, tudo o que lhes aprouver relativamente aos bens, determina que as convenções ante-nupciaes não possam ser revogadas nem alteradas por nova convenção, depois da celebração do casamento ¹.

Supponhamos, porém, que a legislação anterior estabelecia o contrario; não poderiam ainda hoje os conjuges revogar ou alterar as convenções feitas sob uma lei que lhes concedia a faculdade da revogação ou alteração? Intendemos com Merlin ² que a lei nova não podia tirar esta faculdade, adquirida á sombra da legislação antiga, sem offensa do salutar principio da não retroactividade; porque as partes contavam com ella; e se ainda não a tinham exercido, é porque não suspeitavam que uma nova disposição as pudesse privar d'esta faculdade.

A Ordenação ³ exigia, para ter logar a communhão dos bens entre os conjuges a consummação do matrimonio; mas o Código ⁴ admite a communhão, ainda que não tenha havido copula. Se antes do Código se tivesse celebrado um casamento, que depois da publicação do mesmo se dissolvesse sem haver copula, nem por isso se dava a communicação de bens, porque o matrimonio, sendo celebrado sob o imperio d'uma legislação que exigia a sua consummação, deve ser regulado conforme a lei que presidiu á sua celebração.

Pela jurisprudencia ⁵ antiga as causas de separação eram o adulterio da mulher e as sevicias; mas o Código Civil ⁶ admittiu, como causas de separação, o adulterio do marido com escandalo publico, ou completo desamparo da mulher, ou concubina teúda e manteúda no domicilio conjugal, a condemnação do conjuge a pena perpetua. Antes pois do Código, ainda que o marido commettesse o crime de adulterio com todas as circumstancias especificadas no mesmo Código, ou ainda que algum dos conjuges fosse condemnado a pena perpetua, não podia o conjuge innocente prevalecer-

¹ Cod. Civ. Port., art. 1105.

² Merlin, obr. cit., secç. III, § 3.º, art. 1.º n.º 2.

³ Cod. Civ. Port., art. 1105.

⁴ Ord. liv. 4, tit. 46, § 1; Coelho da Rocha, Dir. Civ., § 242.

⁵ Cod. Civ. Port., art. 1098 e 1108.

⁶ Coelho da Rocha, Dir. Civ., § 137 *in fin.*

se d'estes factos para intentar a causa de separação; mas depois do Codigo deverão as causas de separação ser reguladas pela lei antiga, ou pelo Codigo? É opinião nossa que as novas causas de separação, introduzidas pelo Codigo, são applicaveis tambem aos matrimonios celebrados anteriormente, com tanto que estas causas se verifiquem depois da promulgação do mesmo Codigo, a fim de que se não vão punir factos tolerados.

Assim tambem a mulher, ainda que casada antes do Codigo, que commetter adulterio depois da sua publicação, não tem direito á separação de bens; mas sendo o adulterio commettido antes, se fór intentado depois do Codigo, não póde applicar-se-lhe a disposição que, em pena do seu delicto, lhe denega a entrega dos bens¹. Da mesma maneira o conjuge, que der logar á separação, posto que casado antes do Codigo, se as causas da separação forem posteriores ao Codigo, perde tudo o que houver recebido do outro conjuge, ou que outrem por consideração d'este lhe houver dado ou promettido².

Pela legislação antiga³ tambem os conjuges, depois de obtida a separação perpétua, podiam dispór livremente dos bens que coubessem a cada um em partilha, mas o Codigo exige para a alienação *inter vivos* dos bens immobiliarios o consentimentó de ambos, ou o supprimento judicial d'aquelle, que sem motivo o recusar⁴. Ainda neste ponto seguimos que aquelles que requerem a separação depois do Codigo, não obstante fossem casados já no tempo da sua promulgação, não podem dispór por acto *inter vivos* dos bens immobiliarios que lhe ficaram pertencendo depois da mesma separação senão mediante as formalidades exigidas no Codigo; mas, se a separação já estivesse effectuada, nesse caso parece-nos que a disposição do Codigo não deve applicar-se nem aos actos já practicados, nem aos futuros, porque qualquer dos conjuges tinha já o direito adquirido de dispór dos bens livremente.

¹ Cod. Civ. Port., art. 1204.

² Cod. Civ. Port., art. 1210, § un.

³ Cod. Civ. Port., art. 1213.

⁴ Coelho da Rocha, § 239, n.º 2.º

⁵ Cod. Civ. Port., art. 1216.

No caso de alienação illegal, não podia a mulher, segundo a legislação antiga¹, reivindicar os bens dotaes, senão depois da dissolução do matrimonio; porém segundo o Código Civil² taes bens podem ser reivindicados pela mulher, tanto na constancia do matrimonio, como depois de sua dissolução, ou depois de haver separação. Parece-nos que a disposição do Código não se deverá applicar ás alienações feitas antes, mas a todas as que tiverem logar depois, ainda quando o dote fosse constituido segundo a antiga legislação.

Segundo a antiga legislação³ os credores de dividas incommunicaveis podiam demandar em qualquer tempo o conjuge devedor; pelos bens da sua entrada para o casal ou por a sua metade dos adquiridos; mas o Código estabelece que, não chegando os bens trazidos para o casal pelo devedor, se façam pagar pela sua metade dos adquiridos, *mas só depois de dissolvido o matrimonio, ou havendo separação*⁴. Parece-nos tambem que esta disposição do Código não pôde prejudicar os creditos contrahidos antes do Código, e que sómente poderá applicar-se ás dividas posteriores, posto que o contrario seja seguido pela *Revista de Legislação e Jurisprudencia*⁵.

O Código⁶ determina que o varão ou a mulher, que passar a segundas nupcias, tendo filhos ou outros descendentes successiveis de anterior matrimonio, não poderá communcar com outro conjuge, nem por nenhum titulo doar-lhe mais do que a terça parte dos bens que tiver ao tempo do casamento, ou que venha a adquirir depois por doação ou herança de seus ascendentes ou d'outros parentes. Se pois um segundo matrimonio tiver sido celebrado nas circumstancias apontadas pelo Código Civil, deverão as suas disposições abranger um tal matrimonio? Em quanto á communicação dos bens, que o conjuge já tinha no tempo da celebração do

¹ Coelho da Rocha, § 273.

² Cod. Civ. Port., art. 1150.

³ Ord., liv. 4, art. 95, § 4; Coelho da Rocha, Dir. Civ., §§ 246, n.º 1.º e not.

⁴ Cod. Civ. Port., 1112.

⁵ *Revista de Legislação e Jurisprudencia*, n.º 75, 2.º anno.

⁶ Cod. Civ. Port., art. 1235.

matrimonio, não ha duvida que a disposição do Código Civil lhe não póde ser applicavel, posto que este matrimonio não venha a dissolver-se senão depois da promulgação do mesmo Código; porque pelo facto do matrimonio communicaram-se os bens. É ainda o mesmo que deve julgar-se ácerca dos bens adquiridos por doação ou herança de seus ascendentes ou parentes, posterior á celebração do matrimonio, mas anterior á promulgação do Código, porque, em conformidade com a legislação vigente, operou-se tambem a communhão dos bens supervenientes entre os conjuges. Mas se a doação se fez, ou a herança se abriu depois da publicação do Código Civil, communicar-se-hão entre os conjuges, ainda os bens recebidos por doação ou herança contra a expressa disposição do Código Civil, pela consideração de que o matrimonio fôra celebrado sob o imperio d'outras leis? Se admittissemos a distincção entre as consequencias proximas e as remotas dos actos juridicos, seria facil a resposta, porque esta consequencia não podia deixar de ser qualificada de remota; porém, rejeitando similhante distincção, é mister lançar outros fundamentos á opinião que adoptarmos, qualquer que ella seja.

Attendendo aos motivos que a lei teve em vista, diminuindo as vantagens do conjuge casado com a viuva que tiver filhos ou outros descendentes, os quaes, segundo cremos, foram por um lado difficultar a celebração das segundas nupcias, e por outro assegurar o patrimonio dos filhos do primeiro matrimonio contra a ambição de alguns especuladores, julgamos que a providente e protectora disposição do Código Civil não é applicavel senão aos conjuges casados em segundas nupcias depois do Código Civil.¹

O contracto de arrendamento não se rescinde por morte do senhorio nem do arrendatario, nem por transmissão da propriedade, quer por titulo universal, quer por titulo singular, segundo o Código Civil², que nesta parte modificou o direito antigo³, porque este reputava os factos apontados como causas resolutivas do contracto de arrendamento.

¹ *Direito*, 1.º anno, n.º 23.

² Cod. Civ. Port., art. 1619.

³ Coelho da Rocha, *Dir. Civ.*, § 840.

Feito pois um arrendamento antes do Código, e tendo logar a morte do senhorio ou do arrendatario, ou a transmissão da propriedade por titulo universal ou singular depois do Código, cumpre saber se para determinar os effeitos d'estas causas deverá attender-se á lei do tempo em que foi feito o contracto, ou ao tempo em que estas causas se verificaram, pois no primeiro caso rescinde-se o contracto, e no segundo não. Se adoptassemos a distincção de Meyer¹, deviamos neste caso applicar a lei nova, visto que os factos são apenas consequencias remotas, e não effeitos necessarios do contracto; mas como não a admittimos, não pôde deixar de ser contraria a solução que lhe damos. Como os contractos obrigam tanto áquillo que é expresso nelles, como ás suas consequencias, usuacs e legaes²; e como a rescisão do arrendamento por morte do senhorio ou arrendatario, ou pela transmissão da propriedade, é uma consequencia legal do contracto, porque a lei do tempo attribua este effeito aos factos indicados; segue-se que a lei nova não pôde abolir estas causas de resolução a respeito dos arrendamentos feitos antes da sua publicação, sem offensa dos direitos e obrigações, a que as partes estavam sujeitas por disposição da lei. «Esse fanno parte della convenzione stessa secondo l'intenzione dei contraenti, quand', anche siano stabilite dalla legge; perchè non derogando espressamente ad essa le parti ne accolgono tacitamente le disposizioni come parte integrante del loro contratto³.»

A opinião de que o arrendamento feito antes do Código se resolve pela venda do predio arrendado, ainda que o facto da venda tenha logar num tempo em que a lei já não lhe reconhece este effeito é tambem abraçada por Merlin⁴, que refuta a sentença d'um tribunal francez⁵ que decidira o contrario, mas cuja sentença foi reformada na instancia superior⁶, assim como por Proudhon, de quem Merlin transcreve as proprias palavras, que são as seguintes: «Peu importe

¹ Meyer, obr. cit., pag. 84 e 86.

² Cod. Civ. Port., art. 704.

³ Francesco Bianchi, obr. cit., n.º 116, pag. 147.

⁴ Merlin, obr. cit., secç. III, § 3.º, art. 3.º, n.º 6.

⁵ Sentença do tribunal de primeira instancia de Châlons-sur-Saône

⁶ Tribunal de segunda instancia de Dijon 29 prairial an 13.

que ce droit éventuel d'expulser le fermier, en cas de vente, n'ait été ouvert qu'après la promulgation du Code, puis qu'il était la condition d'un contracte antérieur. Le fermier ni l'acquéreur n'ont d'autres droits que ceux qu'ils tiennent du premier maître. Le fermier s'est contenté de stipuler, avec son bailleur, une simple obligation personnelle, sans charge de bail imposée à la chose, à l'égard du tiers acquéreur; le propriétaire a donc pu transmettre à celui-ci son domaine exempt de la servitude du fermage, puis qu'il n'en avait pas été grevé. Ce droit de transmettre sa propriété franche, était réellement utile pour le vendeur obligé d'aliéner, parce qu'il devait faciliter la vente et en augmenter le prix; et puis que la réserve en avait été tacitement stipulée, par les parties au profit du bailleur, il était acquis à celui-ci; d'où il faut conclure qu'il n'a pu se trouver dans la disposition de la loi survenue depuis¹.» A tudo isto accresce que a consideração de que o arrendamento se poderá resolver no caso da venda, havia de influir necessariamente na determinação do preço do arrendamento, porque, se não fosse resolúvel neste caso, consentiria de certo o arrendatario na sua elevação². A opinião opposta, pois, tem como consequencias inevitaveis para o senhorio a baixa no preço do arrendamento e no preço da venda, em quanto que o arrendatario não tem que queixar-se da resolução do arrendamento pelo facto da venda, pois quando fez o contracto contara com esta, e nunca podia esperar que uma lei nova viesse melhorar a sua condição actual.

Segundo o Codigo Civil³ não podem pedir-se nem juros nem fóros vencidos de mais de cinco annos. Ora similhante disposição póde applicar-se tanto aos juros e fóros vencidos antes do Codigo, e por isso devidos por contractos anteriores, como aos vencidos depois ainda que os contractos, por que se devem, sejam anteriores, ou sómente aos vencidos depois, e provenientes de contractos feitos posteriormente? Em relação aos fóros determina o Codigo⁴ que possam pedir-se todos os atrazados dentro d'um anno, e com quanto não seja

¹ Proudhon, Cours de Droit Français, tom. 1, pag. 3.

² Merlin, obr. cit., secç. 111, § 3.º, art. 3.º, n.º 6.

³ Cod. Civ. Port., art. 1642 e 1684.

⁴ Cod. Civ. Port., art. 1695.

egualmente explicito ácerca dos interesses do dinheiro, intendemos que segundo o principio subsidiario adoptado pelo mesmo Codigo ¹, deve applicar-se aos interesses do capital a mesma disposição que regula os fóros vencidos. Esta disposição applica-se tanto aos contractos posteriores como aos anteriores, segundo é expresso nos respectivos artigos do Codigo ².

Nem nos parece que esta disposição deva qualificar-se de retroactiva, porque não destroe direitos adquiridos, apenas regula o seu exercicio, ou exige condições que julga necessarias para o desinvolvimento da industria, e para a boa administração da justiça.

O que já fosse arrendatario de algum predio ao tempo da promulgação do Codigo póde ainda depois do Codigo fazer a encampação do predio por esterilidade, como lhe era concedido pela lei ³ do tempo do contracto, não obstante a disposição prohibitiva do Codigo Civil ⁴, porque, quando o arrendatario ajustou a renda com o senhorio, não podia deixar de contar com o favor da lei; e se não fóra a segurança, que tinha, de que no caso de esterilidade podia ser alliviado do pagamento total da renda, certo que não convencionaria uma renda tão alta. A lei pois, que lhe tirasse esta faculdade, destruia-lhe uma condição com que o contracto fóra accedido.

O Codigo Civil concedeu ao censuario a faculdade de remir o censo logo que tenham decorrido vinte annos, quer o censo fósse perpetuo, quer constituido por praso de tempo superior a vinte annos ⁵. Pela legislação antiga o censuario não gozava d'esta faculdade, e por consequente na falta de declaração expressa do legislador a disposição do Codigo Civil relativa á remissibilidade do censo não podia applicar-se senão aos censos constituidos depois da sua publicação, porque, sendo os contractos lei entre as partes, devem ser rigorosamente observados, sob pena de se saltar á fé jurada dos mesmos. Todavia o Codigo Civil ⁶ nas

¹ Cod. Civ. Port., art. 16.

² Cod. Civ. Port., art. 1694.

³ Ord., liv. 4, lit. 27, Coelho da Rocha, Dir. Civ., § 845.

⁴ Cod. Civ. Port., art. 1630.

⁵ Cod. Civ. Port., art. 1648.

⁶ Cod. Civ. Port., art. 1651.

disposições transitórias sobre esta materia, torna a faculdade da remissão extensiva aos censos consignativos existentes na data da sua promulgação.

Certamente razões de interesse e ordem publica deveriam aconselhar estas disposições; e portanto, nós que nos pozemos fallar no silencio da lei e não criticar as suas disposições, acatamos esta e outras como leis do paiz.

Mas não foi sómente ao rendeiro ou ao censuario que o Codigo concedeu mais ampla faculdade do que a legislação antiga; foi tambem ao crédor que o Codigo outorgou direitos que não tinha no direito antigo; pois, se o rendeiro ou censuario deixar de pagar o interesse successivo por tres annos consecutivos, póde o crédor exigir o reembolso do capital¹. Na falta de disposição expressa nós não concederíamos esta faculdade senão aos censos posteriores, porque, em quanto aos constituídos anteriormente não estavam os censuarios sujeitos a esta pena da resolução do contracto censitico; mas, como ainda nesta parte o legislador² assumiu a missão de interprete, nada temos que accrescentar³.

Pela antiga legislação⁴ quando o foreiro deixasse de pagar os fóros em tres annos consecutivos, incorria na pena de commisso, a qual consistia na perda do dominio util pela sua confusão com o dominio directo; mas pelo Codigo na falta de pagamento de fóros o senhorio directo não tem outro direito, ainda que o estipule, senão o de haver os fóros em divida ou juros desde a mora⁵. Intendemos porém que esta disposição sómente se applica aos emprasamentos de futuro, e não aos do preterito, não só porque esta disposição se encontra entre as que respeitam ao futuro, mas tambem porque entre as que respeitam aos emprasamentos do preterito não se falla da pena de commisso⁶. D'onde concluímos

¹ Cod. Civ. Port., art. 1649.

² Cod. Civ. Port., art. 1652.

³ Merlin, obr. cit. secç. III, § 3.º, art. 3.º, n.º 11; Meyer, obr. cit. pag. 101 e 102; Chabot de l'Allier, Questions transitoires, III. pag. 143; Francesco Bianchi, obr. cit., n.º 114, pag. 139—142; Kalindéro, obr. cit., pag. 136 e 138.

⁴ Ord., liv. 4, tit. 39; Coelho da Rocha, Dir. Civ., § 556.

⁵ Cod. Civ. Port., art. 1071 e 1672, § un.

⁶ Cod. Civ. Port., art. 1689—1695.

que o legislador não quiz abolir esta pena, senão nos emprasamentos de futuro. Na falta pois de lei devemos applicar a este caso os principios, e segundo o que temos estabelecido não podemos deixar de considerar os emprasamentos do preterito sujeitos á pena de commisso, ainda que a falta de pagamento dos fóros se verifique depois do Codigo que a prohibe; porque ou a pena fôsse expressamente estipulada ou se subintendesse, é um direito que assiste ao senhorio por força e natureza do contracto, e de que não pôde ser esbulhado sem injustiça.

Como o fim que nos propozemos foi resolver as questões transitórias que na practica possam agitar-se por occasião da applicação do Codigo Civil, quando a lei se cala, e não quando falla, por isso não nos demoraremos em conhecer da justiça ou conveniencia das disposições transitórias que se encontram no Codigo Civil, artigos 1689 a 1709, porque, boas ou más, em quanto não forem competentemente destituidas de força obrigatoria, devem ser executadas, qual quer que fosse a nossa opinião ácerca da sua justiça e utilidade. Passemos pois á ultima parte dos contractos.

§ 5.º

Caução ou garantia dos contractos

«As garantias que um credor pode ter, já da lei, já da convenção, são pessoas ou reaes. As garantias pessoas são: a solidariedade, a indivisibilidade convencional, a fiança e a prisão do devedor. As garantias reaes são o penhor, a antichrese (consignação de rendimentos) o direito de retenção, o privilegio e a hypotheca.

«O principio de que a lei nova deve respeitar os direitos adquiridos e pôde sacrificar as simples expectativas applica-se ás garantias como aos proprios direitos; nem apresenta difficuldade séria senão pelo que respeita á prisão por dividas. Examinaremos separadamente o effeito da lei nova sobre cada uma d'estas duas especies de seguranças ou garantias dos creditos.»

a) Garantias pessoais

1) «*Da solidariedade e indivisibilidade.* A solidariedade entre os devedores é legal ou convencional. Supponhamos que uma lei nova vem estabelecer a solidariedade legal num caso novo: deverá esta lei applicar-se ás dividas já contractadas? A negativa parece certa, porque as partes, quando contractaram, tiveram em vista as consequencias legais, que havia de produzir o seu ajuste; e se cada um dos dois ou tres devedores se considerasse como sendo sómente obrigado por metade ou pela terça parte da divida, não seria admissivel que mais tarde se achasse obrigado pela sua totalidade sem seu consentimento. Da mesma sorte, uma lei não podia supprimir a solidariedade legal com prejuizo do credor que a reputou como uma garantia, e que talvez não pactuaria se não contasse com a sua permanencia.»

«Temos fallado simplesmente da solidariedade legal em quanto a uma obrigação contractual; mas este caso, com quanto seja o mais frequente, não é todavia o unico. Se uma lei nova, por exemplo, estabelecer a solidariedade entre o tutor e o protutor, applicar-se-ia immediatamente, isto é, aos representantes do pupillo já em exercicio? Cremos que não; pois, se não podem recusar-se, poderiam sempre allegar racionalmente que não tomaram todas as precauções contra a insoluhidade do seu co-gerente e co-tutor, de quem nunca julgaram pagar a parte respectiva, e que contrahiram outras obrigações, que não tomariam se tivessem previsto a solidariedade. Supponhamos porém que fosse estabelecida a solidariedade entre marido e mulher co-tutores em favor de seu filho menor, não poderia ella ser abolida por lei posterior sem justa reclamação da parte do pupillo? Parece-nos que não poderia allegar que contava com esta garantia, porque não tinha contractado com seus tutores. Este ultimo caso parece-nos ser o unico em que a solidariedade legal não se refira a um contracto, ou em que não seja objecto d'uma accitação, ao menos tacita, da parte do credor; é pois tambem o unico em que pode ser tirada ao credor sem prejuizo de direito adquirido.»

«Se tractassemos da solidariedade convencional, a solução

seria identica por o mesmo motivo, e ainda porque, em logar d'uma convenção tacita, teriamos uma convenção expressa.»

«A solidariedade entre credores tambem não apresenta difficuldades, e como é sempre convencional teria a irrevogabilidade das convenções; a lei nova não poderia dirigir-lhe ataques.

«Quanto á indivisibilidade convencional *obligatione* ou *solutione tantum*, a unica que a lei nova poderia pretender atacar (porque não pôde offender a indivisibilidade *natural*) ficaria tambem manifestamente a salvo da lei nova.

«Os recursos respectivos entre os co-devedores ou co-credores na divida solidaria ou indivisivel, ficam egualmente sujeitos á lei vigente no tempo em que a obrigação foi contrahida, qualquer que seja a epocha em que tenha logar o pagamento que dá occasião a este recurso.

«Não hesitaríamos ainda se se tractasse de saber se uma lei, que augmentava os casos da presumpção legal da remissão da solidariedade, se applicaria a uma divida solidaria anterior. Intendemos que se o facto de que a lei pretende deduzir a solidariedade, é anterior a esta lei, o facto está fóra da sua acção; mas que será o contrario se o facto for posterior, ainda que a divida seja anterior. O mesmo se deverá dizer da lei, que, em vez de augmentar, supprime alguns casos da presumpção da remissão da solidariedade, porque ainda neste caso tem logar a distincção feita superiormente.¹»

2) *Da fiança.* «A fiança quer seja convencional ou legal ou judicial, não pôde ser tirada por uma lei nova. Ha um direito adquirido para o crédor. Se uma lei nova vem exigir cauções novas ou dispensar das antigas, não pôde applicar-se ás obrigações já contrahidas com ou sem esta garantia; porque as partes têm direitos reciprocamente fixos e adquiridos; e nós não hesitamos em dar esta mesma solução no caso do usufructo legal do pae e mãe, aberto já no tempo em que viesse a lei nova.²»

«A extensão ou restricção dos beneficios da discussão e da divisão concedidas á caução parece-nos egualmente acha-

¹ Kalindéro, obr. cit. pag. 143—147.

² Cod. Civ. Port. artt. 148, 2221, § 1.º

rem-se a salvo da lei nova, para as cauções já prestadas; os direitos respectivos do credor e da caução, devem estar irrevogavelmente fixados. Em fim, o recurso contra o devedor quer quando o fiador pagou, quer antes de haver pago ficariam sujeitos aos artigos 808, 840 e 844.»

«Não é contrariar esta solução admitter que o beneficio de subrogação legal introduzido pelo Codigo¹ aproveite ás cauções prestadas anteriormente; porque antes já ellas gozavam d'um beneficio analogo, que era requerer a subrogação convencional no momento em que pagavam os fiadores, e no caso de recusa dos subrogados sem vontade do credor. Esta legislação nova não aggrava a posição dos devedores².»

Ha ainda nesta materia uma especialidade que os auctores costumam tractar, e que nós não desejamos passar em silencio, posto que pelo nosso Codigo não tenha a mesma importancia que tem segundo alguns Codigos estrangeiros. A legislação antiga, baseada no direito romano, admittia a fiança prestada pelas mulheres; mas para obstar aos abusos a que podia dar occasião a facilidade e condescendencia das mulheres, concedia-lhes o beneficio chamado do S.^{cto} Velleiano, em virtude do qual as mulheres podiam desobrigar-se das fianças que houvessem contrahido, salvas todavia algumas excepções designadas na mesma lei.³ A lei posterior que negasse ás mulheres o beneficio de S.^{cto} referido seria applicavel ás fianças contrahidas anteriormente? Esta questão foi tractada em França e decidida affirmativamente por uns,⁴ e negativamente por outros.⁵ Como dissemos, esta questão, se entre nós offerece algum interesse, é olhada por outro lado, porque o Codigo Civil⁶ não concede ás mulheres o referido S.^{cto}, porque não admitta a fiança prestada pelas mulheres que não são commerciantes, excepto nos casos em que pela antiga legislação lhes era defeso usar do beneficio do referido S.^{cto}. A questão pois, que em face do Codigo hoje se pôde

¹ Cod. Civ. Port. art. 839; Coelho da Rocha, § 884, n.º 3.º e nota.

² Kalindéro, pag. 147—148.

³ Ord. L. 4, tit. 13 pr.; Coelho da Rocha, Dir. Civ., § 882.

⁴ Meyer, obr. cit. pag. 94—97; Pinto.

⁵ Merlin, obr. cit. secc. III, § 3, art. 1.

⁶ Cod. Civ. Port. artt. 819 e 820.

levantar é, se não reconhecendo o mesmo Código a fiança prestada pelas mulheres senão em certos casos, se deve ter por válida a fiança prestada por uma mulher antes do Código, não usando esta do benefício do dicto S.^{cto} e e se querendo ella desobrigar-se, precisará ainda de lançar mão d'este recurso, sob o imperio da lei que não o concede por desnecessario, visto que declarou nullas as fianças nos casos em que as mulheres para se desobrigar deviam valer-se d'este beneficio. Intendemos que a nova disposição do Código não se deve applicar ás fianças contrahidas pelas mulheres antes da sua publicação, e que se ellas não usarem do beneficio da lei, são validas as fianças, ainda nos casos em que o Código as declara nullas; pois o credor, que para segurança do seu credito, accitou a caução da mulher, contou com a sua validade, muito embora soubesse que a mulher, querendo, podia exonerar-se da obrigação, aproveitando-se do beneficio da lei; mas tambem podia responder pelo cumprimento da obrigação na falta do originario devedor, e é melhor uma caução ainda que incerta, do que nenhuma caução absolutamente.

3) *Prisão por dividas.* Ainda que a garantia de prisão por dividas se ache hoje muito limitada, não deixaremos todavia de tractar as questões transitorias a que dariam lugar assim as leis que a abolissem ou modificassem, como as que a admittissem em novos casos, ou a aggravassem nos casos existentes.

Segundo a Ord. liv. 4, art. 74 o devedor que não tivesse bens sufficientes para pagamento de suas dividas, estava sujeito á prisão; mas, depois que pelo decreto de 17 de agosto de 1774, declaratorio do § 10 da L. de 20 de junho do mesmo anno, se prohibiu a prisão dos devedores insolventes, veio a predicta Ordenação a cahir em desuso. Hoje só podem ser presos por dividas: 1.º os arrematantes em praça, que não satisfazem o preço da arrematação, L. 29 de junho de 1774; 2.º os recehedores fiscaes, R. J. art. 675; 3.º os tutores¹ pelo alcance da tutela, R. J. art. 450;

¹ Pelo Código Civ. (art. 255), o tutor alcançado, não tendo bens por onde indemnise o menor, fica sujeito ao castigo que a lei penal lhe impoñha, sem que por isso deixe, quando a indemnisação venha a ser possivel, de estar obrigado a ella.

4.º os que maliciosamente occultam os bens em fraude dos credores; 5.º os depositarios; 6.º os que alienam bens depois de condemnados; 7.º os que dolosamente fazem retardar a execução além de tres mezes.¹ Admittindo pois que uma nova lei abolia ou modificava a prisão por dividas, que a introduzia em casos novos, ou a aggravava nos existentes, é mister saber qual deveria ser a influencia d'esta lei sobre as dividas já contrahidas no tempo de sua publicação.

• A applicação da lei nova sobre a prisão por dividas é muito mais delicada do que as precedentes, não só pela gravidade do assumpto, pois que se tracta da liberdade individual, mas tambem pelo caracter vago e indefinido d'esta especie de caução, e incerteza das causas legislativas, considerando-a uns como pena da negligencia do devedor, outros como uma medida preventiva contra a sua má fé, e outros, finalmente, como um meio indirecto de determinar seus parentes ou amigos a pagar por elle. Apesar porém da divergencia dos auctores ácêrca das causas que justificam esta terrivel garantia do credor, são quasi todos concordes em lhe reconhecer o caracter de via d'execução, e por meio d'esta qualificação chegaram a resolver talvez com nimia facilidade, as graves questões que offerece a materia sujeita. Na opinião pois dos que consideram a prisão por dividas como uma via de execução, a applicação da lei nova ás obrigações anteriores torna-se natural e quasi necessaria; pois é um principio reconhecido por todos, que as vias de execução prendem mais ou menos com o systema da organização judiciaria, e que as fórmulas, os termos, a competencia das jurisdicções ou dos officiaes publicos devem começar ou cessar com as leis que os regem. Mas a propria justificação do principio invocado, prova que elle não regula a prisão por dividas, porque esta nem é uma forma de processo, nem pertence aos termos ou competencia. Se considerarmos todavia os resultados do systema proposto, não podemos deixar de o rejeitar; porque nada mais revoltante do que ver um devedor obrigado á sombra d'uma lei que não o sujeitava á prisão por dividas na falta de pa-

¹ Coelho da Rocha, Dir. Civ. § 17, (nota). Vid. o *Diritto*, n.º 9.

gamento, privado da sua liberdade, em circumstancias tanto mais desastrosas quanto este rigor fora imprevisito por elle!

«A cessação immediata da pena neste systema não pôde considerar-se como compensação ao inconveniente que precede, porque uma solução favoravel para um caso, não pôde compensar uma injustiça para outro. Aquelles que consideram a prisão por dividas como uma pena da má fé, ou negligencia do devedor, tambem não temem a censura da retro-actividade na applicação da lei nova ás dividas anteriores, porque allegam que a culpa é actual e de cada dia, e portanto é posterior á lei nova.»

«Em quanto a nós¹ a prisão por dividas não é uma pena pela simples negligencia ou má fé do devedor, assim como não é uma via de execução. Se ella fosse uma pena, não seria equitativa senão com a condição de se provar a má fé ou descuido da parte do devedor, ou pelo menos se estas duas faltas fossem presumidas (o que era já contrario á mais vulgar noção do justo), deveria admittir-se o devedor a justificar que não havia da sua parte nem dolo, nem força maior e caso fortuito, o que é absolutamente contrario á pena de prisão por dividas. D'onde se infere que, não sendo a prisão por dividas nem uma pena da negligencia ou má fé do devedor, nem uma via de execução ha de ser necessariamente uma garantia para o crédor. Ora, considerando a prisão por dividas como garantia, as questões enunciadas vão resolver-se, senão com mais facilidade, ao menos com mais equidade do que no systema opposto.»

«Assim, se nós suppozermos uma lei que estabeleça a prisão por dividas para um caso novo, ou que prolongue o seu praso, nós diremos que o credor, não contando com esta garantia quando contractou, não pôde prevalecer-se d'ella; ao mesmo tempo o devedor, pela sua parte, contou conservar a sua liberdade, e pôde sustentar que não teria contractado se a divida o expozesse a perdê-la.

«E estas consequencias são tão conformes com a theoria geral das seguranças e garantias pessoas como com a equidade; porque, como vimos precedentemente, uma lei nova não poderia impôr a um devedor a obrigação de prestar

¹ Kalindéro, obr. cit. pag. 151.

outra caução por uma divida que tinha contrahido antes do seu estabelecimento.»¹

«Supponhamos porém que uma lei venha supprimir ou abrogar a prisão por dividas: dever-se-ha dizer que ella produza o seu effeito immediatamente? Parece que o nosso principio nos deveria conduzir á solução negativa: 1.º porque o credor contou com esta garantia que a lei lhe tinha concedido, ou que talvez estipulasse (caso lhe fosse permittido); 2.º porque o devedor, pelo contrario, não contou conservar a sua liberdade no caso de execução; todavia nós pensamos que o credor póde perder a sua garantia, e que o devedor alcançará por esta forma um beneficio inesperado. O credor, em quanto a nós, não poderia contar com o direito á prisão do devedor insolavel, senão em quanto este meio fosse considerado pela lei como util e efficaz. De facto, para differença das outras cauções tanto pessoaes como reaes, a prisão não é senão um meio indirecto para o credor chegar ao pagamento de sua divida; ella pode determinar o devedor ou os seus parentes a sacrificios excepcionaes, ou a vencer uma opposição talvez censuravel da sua parte; mas desde que o legislador considera que o mal da prisão é maior para o devedor, do que era para o credor o do não pagamento, desde que o legislador julga que a liberdade do homem, ainda culpado, é mais preciosa para a sociedade do que o adimplemento regular das obrigações, ou principalmente desde que ha duvida de que o rigor do meio seja idoneo para a consecução do fim que se propõe, não ha razão alguma para se conservar ainda semelhante meio, e o credor terá de contentar-se com as cauções que lhe restarem.»

Esta solução, que acabamos de dar á questão proposta, acha-se consagrada num bem elaborado assento da Casa da Supplicação, onde se declara—que o § 19 da lei de 20 de junho de 1774, desobrigando da prisão os impossibilitados

¹ Esta doutrina não tem em França o apoio da Jurisprudencia, pois que o tribunal de cassação decidiu que a lei 20 de setembro de 1807, que regula a prisão por dividas dos estrangeiros se applicava ás dividas anteriores; mas muitas leis anteriores dispõem formalmente neste sentido. Cf. Kalindéro, obr. cit. pag. 153.

sem fraude para pagarem a seus credores, comprehendem igualmente os devedores que se achassem presos ao tempo da sua publicação por dividas civis ou crimes, e por maioria de razão os que ainda não estivessem presos.¹

b) Garantias reaes

«Antes de examinar o effeito da lei nova sobre as garantias reaes em especial, diremos alguma coisa sobre o penhor geral, que pertence a todo e qualquer credor sobre os bens presentes e futuros do seu devedor.

1) «Em geral, todos os bens do devedor são penhor dos seus credores; mas, por excepção, ha certos bens, como são os dotes, as rendas do Estado, os alimentos, etc., que não podem ser alienados. Uma lei nova, que augmentasse ou diminuisse os bens inalienaveis do devedor, applicar-se-ia ás obrigações já contrahidas?» Kalindéro, cujas idéas temos seguido neste capitulo, pensa que, olhada a lei sobre o primeiro ponto, é applicavel ás obrigações anteriormente formadas e que o penhor do credor deve ser determinado pela inalienabilidade dos bens, decretada pela lei nova, porque, como o penhor seja geral, é susceptivel d'uma redução indefinida; e se o proprio devedor póde validamente diminuir o penhor do seu credor por alienações successivas, feitas sem fraude, é porque não ha direito adquirido para o cre-

¹ 18 de Agosto de 1776.

Esta solução é ainda consagrada em varias leis francezas. Assim a lei de 9 de março de 1793, abolindo a prisão por dividas, ordenou a soltura immediata dos devedores; a lei de 1832, reduzindo a duração d'esta pena, determinou nas suas disposições transitorias a soltura dos que tivessem já cumprido a pena segundo a redução, ou ainda que a viessem a cumprir depois da promulgação do decreto de 9 de março de 1848, que suspendeu a prisão por dividas até que fosse novamente regulada por lei. Deve porém notar-se que a lei de 13 de dezembro de 1848, abrogando este decreto, e restabelecendo a prisão por dividas, dispõe no art. 14 que as dividas contrahidas posteriormente ao decreto de 9 de março sujeitam á pena de prisão, quando assim a lei antiga, como a nova lhes impunham esta pena, no que parece ter effeito retroactivo; mas, se considerarmos que o referido decreto suspendera e não supprimira a prisão por dividas, veremos que os devedores deveram sempre prever e receber esta medida. Kalindéro, obr. cit., pag. 155.

dor, e por maioria de razão o legislador pôde fazer o que é permittido ao devedor, adversario do credor¹.»

Ainda que não nos atrevemos a qualificar de retroactiva a applicação da lei nova na especie referida, intendemos todavia que a doutrina do illustre auctor não pôde acceitar-se em todas as suas consequencias. É evidente que, mutuando o credor uma certa quantia ao mutuario, que tinha bens alienaveis, sem lhe exigir um penhor especial, tivera em vista a natureza dos bens possuidos pelo devedor ao tempo do mutuo, e que se uma lei publicada posteriormente declarasse todos ou uma parte d'aquelles bens inalienaveis, privaria o credor da garantia que o determinou a contractar. Esta tão simples como verdadeira consideração induz-nos a acceitar a doutrina proposta, mas modificada. A lei nova, que declarar inalienaveis certos bens, que antes o não eram, applica-se immediatamente a todos os bens do devedor, mas sem prejuizo dos credores. As razões adduzidas em abono d'aquella opinião, levadas ás suas ultimas consequencias, destruiriam totalmente a garantia do credor, porque se o penhor em geral fosse susceptivel d'uma reduçção indefinida, tornar-se-hia insufficiente para assegurar ao credor o pagamento da divida. Além d'isso, a analogia, que se pretende achar entre as faculdades do devedor e as do legislador, não é perfeita; pois contra as alienações feitas pelo devedor, tem o credor um meio que é a exigencia da divida, quando receia que o devedor se torne insolvel; mas contra a disposição d'uma lei, que declara inalienaveis bens que não o eram, não tem outro recurso mais que o respeito pelo direito, a observação da justiça, a practica d'esta maxima de moral legislativa, a não retroactividade da lei.

«Em quanto ao segundo ponto, diz o mesmo auctor², aquelle em que a lei supprime certos casos de inalienabilidade, é mais delicado. O principio que precede sobre a generalidade do penhor pareceria conduzir ao mesmo resultado, a saber: a applicação immediata da lei nova; assim por exemplo, se uma lei viesse decidir que certos bens dotaes eram alienaveis por qualquer divida legitima da mulher, ou que todos os bens

¹ Kalindéro, obr. cit., pag. 156.

² Kalindéro, obr. cit., pag. 157 e 158.

dotaes eram inalienaveis por certas dividas, poderiamos julgar que a alienação se tornava possivel mesmo para os bens dotaes constituídos anteriormente, ou para as dividas igualmente anteriores. Mas esta solução parece-nos dever ser rejeitada; é necessario não perder de vista que a constituição do dote, quer pela mulher, quer por um terceiro, foi feita em vista do regimen legal a que o dote devia ficar sujeito. A inalienabilidade fóra certamente tomada em consideração pelos constituintes como uma garantia para a mulher, filhos e familia contra certas eventualidades ruinosas.»

«Seria o mesmo em quanto ás rendas do estado, continúa o citado auctor, adquiridas anteriormente á lei que viesse declaral-as alienaveis; estas conservariam o caracter de inalienabilidade em relação ás dividas anteriores á nova lei. É verdade que á primeira vista parece repugnante ver um devedor recusar expressamente pagar dividas exigiveis, e conservar rendas consideraveis fóra do alcance dos credores; mas este resultado, que offende a equidade, apresentava-se igualmente sobre a lei precedente, e todavia ella era accepta, sob pretexto do credito publico. A nova solução não é senão a prorogação do effeito da lei anterior; além de que os males seriam menores tanto para as rendas como para os bens dotaes, porque as dividas novas poderiam onerar os dictos bens e rendas.»

2) *Do penhor especial e da antichrese.* «A caução mobiliaria ou immobiliaria, que confere um privilegio convencional ou contractual, parece que não póde receber d'uma lei posterior á sua formação nenhum augmento ou diminuição. Certamente o direito do credor pignoratício ou antichretico não póde ser diminuido por uma lei nova; mas deverá seguir-se o mesmo a respeito do augmento? Não o pensamos. Com effeito, considerado o augmento do direito para uma parte; é mister ver se ha prejuizo para a outra, e qual possa ser a extensão e natureza d'esse prejuizo; ora aqui primeiramente a parte adversa ao credor não é o devedor, a quem a caução não causa prejuizo algum (pois que é forçoso que pague e integralmente); a parte adversa é a massa dos outros credores cujo penhor geral diminue na razão do augmento do penhor especial, de tal ou tal credor

em especial; e nós vimos mais acima que o penhor geral, por causa da sua mesma generalidade, é susceptível de augmento ou diminuição indefinida, comtanto que o augmento não seja procurado com dinheiro de terceiro, e que a diminuição não seja feita com fraude dos credores; ora aqui nenhuma das restricções ao principio se apresenta.» Sobre esta solução fazemos as mesmas observações que fizemos acerca do penhor geral.

«Como applicação do que precede, suppõe o mesmo auctor¹ que uma lei nova estenda o penhor tacito previsto pelo artigo 2082² ao caso d'uma divida contrahida ainda anteriormente á que deu origem ao penhor; esta lei applicar-se-hia immediatamente, porque a massa não experimentava mais prejuizo neste caso do que se o mesmo devedor dêsse uma nova caução ao seu credor, ou por uma convenção especial e expressa concedesse o mesmo penhor que o artigo 2082 não permittia, e que nós suppozemos objecto d'uma lei nova.»

Na opinião ainda do mesmo auctor³, as soluções precedentes applicam-se á antichrese, que é uma caução da mesma natureza que o penhor.

Segundo o nosso direito antigo podia ser objecto da antichrese uma cousa tanto movel como immovel, e, dada uma cousa immovel em penhor propriamente dito, o credor podia ficar com ella extrajudicialmente por avaliação de peritos; o crédor podia disfructar e perceber os fructos do objecto dado em antichrese por si ou por outro, *verbi gratia*, cedendo ou arrendando-o, excepto se estipulou outra cousa; o contracto indefinido de que o crédor receba os rendimentos até o pagamento de sua divida, é nullo, e em todo o tempo o crédor póde entregar os bens ao devedor; o excessó dos rendimentos, alem dos juros devia ser encontrado no capital⁴. Ora pelo Codigo Civil sómente os

¹ Segundo a disposição d'este artigo o devedor que contrahir nova divida para com o credor, posteriormente á entrega do penhor, se esta divida se torna exigivel antes do pagamento da primeira, não será o credor obrigado a restituir o penhor em quanto lhe não forem ambas satisfeitas. C. A., art. 2136; C. Ital., art. 1888.

² Kalindéro, obr. cit., pag. 158 e 159.

³ Kalindéro, obr. cit., pag. 159 e 160.

⁴ Coelho da Rocha, §§ 669 e 670.

rendimentos de certos e determinados bens immobiliares podem ser applicados pelo devedor para o pagamento successivo da divida e seus juros, ou só do capital, ou só dos juros¹; não podem os bens consignados passar para terceiro sem convenção dos interessados²; podem ser consignados sem numero determinado de annos, uma vez que se determine previamente a quantia que em cada anno deve ser levada em conta no pagamento, quer o rendimento seja superior, quer inferior áquella quantia³. Supponhamos pois que no tempo da promulgação do Codigo Civil hajam sido consignados para pagamento de dividas alguns bens moveis, ou que sendo de raiz, o consignatario os passou para terceiro sem consentimento do devedor, ou que pretende passal-os fundando-se em que a lei vigente no tempo em que acceitou a consignação lhe permite disfructar os bens por si ou por outrem; que a consignação fosse feita sem numero determinado de annos, e que os rendimentos excedam a quantia, para cuja satisfação foram destinados: qual será a influencia das disposições do Codigo Civil sobre estes factos? Intendemos que nem annullam a consignação dos bens moveis, nem prohibem o consignatario de passar os bens para terceiro, nem invalidam a consignação dos bens por tempo indefinido, nem legitimam a recepção do excesso dos rendimentos consignados para pagamento sobre a quota estipulada, porque todos estes factos são consequencias contractaes ou legaes de actos celebrados á sombra de leis, que ou os permittiam por convenção expressa, ou os subentendiam na falta de convenção. Vê-se portanto que as citadas disposições do Codigo Civil devem applicar-se sómente ás consignações futuras, e não ás preteritas. O seu titulo é um contracto, e este, quando valido, é uma lei sagrada e inalteravel, que obriga as partes contractantes á sua escrupulosa observancia.

3) *Direito de retenção.* «O direito de retenção consiste na faculdade que tem o credor de conservar a posse d'um objecto movel ou immovel pertencente ao devedor, e por occasião da qual se formou o credito. Tem toda a analogia

¹ Cod. Civ. Port., art. 873.

² Cod. Civ. Port., art. 874, n.º 3.

³ Cod. Civ. Port., art. 876, n.º 2, § un.

com a caução, porque o credor-retentor paralysa a acção dos outros, em quanto não for pago, e por este modo muitas vezes os leva a indemnizal-o¹. A lei faz muitas applicações formaes do direito de retenção no Codigo Civil; assim foi estabelecido a favor do mandatario sobre o objecto do mandato, até que esteja embolçado do que, em razão d'este, se lhe deva²; em favor do possuidor de boa fé pelas despesas e bemfeitorias feitas na cousa possuida em quanto não for pago³; do arrendatario ou consignatario do predio até ser pago das bemfeitorias que nelle fez⁴; do usufructuario, ou de seus herdeiros por desembolços de que devam ser pagos⁵; do depositario pela indemnisação das despesas que houver feito na conservação da cousa depositada, ou por causa d'elle, em quanto não for pago⁶; do vendedor em quanto não receber o preço na falta de convenção em contrario⁷.

«Como a lei não fez do direito de retenção um principio geral em favor de todo o individuo que se ache credor por occasião d'um objecto que detem, agita-se por isso entre os auctores a questão de saber — se deverá supprir-se na lei, ou ampliar a faculdade de retenção aos casos semelhantes, ainda que não declarados na lei.»

Posto que esta questão não faça objecto do nosso trabalho, sempre diremos o que nos parece mais justo, e é — que, visto o direito de retenção ter um character de privilegio, não póde por analogia estender-se d'um caso previsto a outro não previsto.

Ora, se a lei nova estabelece o direito de retenção para novos casos, ou o supprime em alguns existentes: qual deverá ser a sua influencia sobre os actos anteriores? Kalindéro⁸ diz que a sua solução sobre o penhor tacito arrasta naturalmente esta: os credores chirographarios não poderiam, com sufficiente razão, queixar-se da causa de

¹ Coelho da Rocha, Dir. Civ., § 51, n.º 3.º; Kalindéro, obr. cit., pag. 160.

² Cod. Civ. Port., art. 1349.

³ Cod. Civ. Port., art. 498, 874, § 2.º

⁴ Cod. Civ. Port., art. 1614.

⁵ Cod. Civ. Port., art. 2251.

⁶ Cod. Civ. Port., art. 1450, § un.

⁷ Cod. Civ. Port., art. 1574.

⁸ Kalindéro, obr. cit., pag. 161.

preferencia creada contra elles; e, como dissemos, esta garantia, por isso mesmo que é geral, torna-se susceptivel tanto de restricções como de ampliações indefinidas. E tambem porque não adoptámos a opinião d'este illustre auctor sobre o penhor geral, devemos rejeitar a presente solução. Bem sabemos que sendo o direito de retenção da natureza d'aquelles se que chamam legaes, está sujeito, segundo a opinião de alguns auctores, á acção da lei nova; mas como nós substituímos ao criterio da sua origem o da sua certeza, por isso na solução d'esta especie, como de outras muitas, seguimos rumo opposto ao da maioria dos auctores. Intendemos pois que, para se determinarem os casos em que o possuidor da coisa goza do direito de retenção, será preciso attender-se á lei do tempo em que foram practicados os actos que originaram este direito, e não á lei do tempo em que se pretende exercer, pela razão simplicissima de que o direito precede o seu exercicio e reconhecimento, e nunca o exercicio ou reconhecimento produziu o direito, porque em tal caso o exercicio seria um abuso, o reconhecimento uma falsidade. Assim o nosso Codigo¹ concede o direito de retenção, por indemnisação das despesas feitas para conservação da coisa, sómente ao possuidor de boa fé, quando pela legislação anterior tambem o possuidor de má fé gozava d'este direito²; mas se antes da sua promulgação algum possuidor de má fé houver feito despesas para a conservação da coisa, como estas despesas foram feitas á sombra de uma lei que lhe garantia o seu reembolso com a retenção da coisa no caso de reivindicção, ainda que esta tenha logar depois do Codigo, parece-nos que o possuidor póde usar do referido direito.

O que dizemos do possuidor de má fé deve seguir-se igualmente a respeito das bemfeitorias uteis, feitas pelo possuidor de boa fé, porque tambem por estas a lei anterior lhe concedia o direito de retenção. Se porém o Codigo admittisse o direito de retenção em novas especies, não deveriam as anteriores á sua promulgação gozar de semelhante privilegio; nem os auctores dos factos a que a lei

¹ Cod. Civ. Port., art. 498.

² Coelho da Rocha, § 449, not.; Meirelles, Repert. Jur. verbo *Bemfeitorias*.

nova ligava o direito de retenção poderiam queixar-se de lhes ser negado um direito com o qual nunca puderam contar; direito, alias, cuja concessão seria prejudicial aos outros credores, ainda que ao auctor precitado¹ pareça o contrario.

4) *Dos privilegios e hypothecas.* Ha certos creditos que, em attenção á pessoa do credor, e á natureza ou fim da divida, devem ser satisfeitos de preferencia a outros, e que por isso se chamam privilegiados. A designação d'estes creditos, a determinação dos bens sobre que recaem, a sua duração, concurso, extincção e condições, tudo é obra da lei; e como a lei não é sempre a mesma, porque está sujeita ás mudanças reclamadas pelos progressos da philosophia do direito e da politica, tambem os creditos privilegiados podem ser diversamente modificados; e por isso cumpre-nos averiguar a influencia que possa ter a lei nova sobre os creditos privilegiados ou não privilegiados, mas constituidos anteriormente á publicação da mesma lei. Para sabermos se um credito é ou não privilegiado devemos attender á lei do tempo da sua formação, e não á lei do tempo da sua exigencia, sendo portanto nulla a influencia da lei nova, que declara privilegiados certos creditos que não o eram anteriormente, ou *vice versa*. Neste ultimo caso não pôde restar duvida de que, se a lei nova, que denegou a certo credito o caracter de privilegio, fosse applicada aos creditos anteriores, não seria retroactiva, porque evidentemente esta classe de credores tinha o direito adquirido a serem pagos sob certos bens do devedor de preferencia aos outros, e se não exigiram ha mais tempo o pagamento do seu credito, é porque confiavam na inviolabilidade do seu direito, na sanctidade das leis. No primeiro caso, ainda que a applicação da lei nova a um credito anterior não offenda o direito do devedor, porque a sua obrigação era pagar, offende todavia o direito de todos os outros credores, que, confiados na observancia do principio da não retroactividade, podiam deixar de exigir do devedor cauções especiaes.

Quando porém a lei nova declara privilegiados creditos que não o eram pela lei antiga, pôde perguntar-se — se a

¹ Kalindéro, obr. cit., pag. 160 e 161.

disposição d'esta lei se applica sómente aos creditos provenientes de factos practicados depois da sua publicação, ou se ainda a creditos procedentes de factos anteriores, mas vencidos depois. Parece-nos que não devemos levar tão longe o respeito pelo principio da não retroactividade, que deixemos de applicar a disposição da lei nova aos creditos periodicos provenientes de factos ou contractos anteriores, uma vez que estes creditos se vençam posteriormente, pois nem o devedor pôde queixar-se d'esta solução, porque é forçoso que pague, nem os demais credores, porque a publicação da nova lei lhes serve de aviso para assegurarem a satisfação dos seus creditos. Assim, se algum dos creditos privilegiados, mobiliarios, especiaes ou geraes¹, comprehendidos em qualquer das classes estabelecidas no Codigo Civil, não gozasse de privilegio antes de sua promulgação, não se reputaria privilegiado o que a este tempo já se achasse vencido, mas revestiria o character de privilegiado o credito vencido depois, ainda que o seu titulo houvesse sido constituido antes. O credito por premio de seguro relativamente ao ultimo anno e ao corrente goza de privilegio mobiliario, especial, segundo o Codigo Civil;² mas é necessario que o premio de seguro se vença depois do Codigo, embora o contracto haja sido celebrado antes. E assim a respeito de cada um dos creditos privilegiados.

Se o objecto da lei nova forem os bens sujeitos ao privilegio creditorio, as suas disposições tambem não podem afectar os creditos já vencidos, porque sobre taes bens tinha o credor direito adquirido a ser pago do seu credito de preferencia a outros, aliás a nova lei viria peiorar-lhe a condição,— numa palavra, seria retroactiva. Os creditos privilegiados, mobiliarios, especiaes, acham-se distribuidos em diversas classes; cada uma d'estas especies pôde abranger ainda diversos creditos. Os credores, que têm privilegio especial sobre certos e determinados bens, preferem aos que tem privilegio geral sobre todos os moveis do devedor, preferindo a fazenda nacional a todos os credores privilegiados, tanto

¹ Cod.. Civ. Port., art. 880—884.

² Cod. Civ. Port., art. 880, n.º 5.

geraes como especiaes. O concurso dos creditos mobiliarios privilegiados gradua-se da maneira seguinte: A fazenda nacional prefere a todos, sejam geraes ou especiaes; os especiaes preferem aos geraes, e entre os privilegios especiaes da mesma classe, a preferencia é regulada pela ordem por que cada um dos creditos se acha enumerado na respectiva classe. Concorrendo credores que tenham todos privilegio mobiliario, especial, sobre os mesmos bens, e tendo os seus respectivos creditos a mesma numeração, o pagamento será feito rateando-se entre elles o valor do objecto ou objectos sobre que recaem os privilegios.¹ Os privilegios mobiliarios geraes graduam-se entre si pela ordem da sua numeração; mas, concorrendo muitos credores sob a mesma ordem de numeração, tambem o pagamento será feito entre elles por meio de rateio do objecto ou objectos sujeitos ao privilegio.² Entre a formação de creditos privilegiados, mobiliarios, especiaes ou geraes, e a sua extincção, a legislação que regula as preferencias no concurso de creditos pôde soffrer algumas modificações; e em tal caso é mister determinar qual das duas leis deva applicar-se, se a que vigorava quando o credito foi creado, ou quando se procura extinguir. Se applicarmos a segunda lei, é manifesto que tiramos ou outorgamos a uns o que a lei antiga lhes dava ou negava, e como o credor devia contar com as disposições favoraveis ou desfavoraveis das leis antigas, sob cujo imperio se formou o seu credito, parece-nos fóra de duvida que é a lei antiga que deve applicar-se, embora o concurso de creditos tenha logar sob o dominio de outras leis. Assim, se a lei nova alterasse a ordem por que os creditos são enumerados em cada uma das suas respectivas classes ou convertesse um credito geral em especial, esta lei não deveria applicar-se aos creditos já formados, porque o privilegio de que gozava era uma garantia da sua satisfação, e muitas vezes a suppressão das garantias equivale á inexecução do direito. Privar pois o credor da garantia do seu credito, se não é negar-lhe o direito, é pelo menos tornal-o, em muitos casos, inexequivel. Em quanto ás condições necessarias para a conservação de

¹ Cod. Civ. Port., art. 1007—1010.

² §§ unicos dos artigos 1009 e 1010.

alguns creditos privilegiados, occupar-nos-hemos d'este ponto quando tractarmos da applicação da lei nova ao registro das hypothecas.

Se a lei nova fizer alguma innovação nos modos por que se extinguem os creditos privilegiados, póde applicar-se aos creditos já formados anteriormente; mas é mister que as causas extinctivas se effectuem depois da promulgação da lei nova. Assim os credores de fretes, como conductores ou recoveiros gozam do privilegio sobre os objectos transportados, pela importancia dos fretes, ou de outras despesas inherentes á conducção, *verbi gratia*, *portagens*, e podem usar d'este privilegio até um mez depois da entrega¹; mas segundo o Codigo Civil² este privilegio acaba com a entrega dos objectos. Supponhamos pois que ao tempo da promulgação do Codigo um recoveiro ou barqueiro tinha feito entrega dos objectos transportados sem que o frete lhe fosse satisfeito: não poderá ainda depois do Codigo usar da preferencia, apezar de o Codigo não reconhecer este direito depois da entrega do objecto? Seguimos a affirmativa, porque se elle soubesse que com a entrega da cousa decahia do privilegio de ser pago sobre a cousa pelas despesas de transporte, não entregaria certamente o objecto sem primeiro ser embolçado das dictas despesas.

5) *Hypothecas*. A hypotheca, segundo a definição legal,³ é o direito concedido a certos credores de serem pagos pelo valor de certos bens immobiliarios do devedor, e com preferencia a outros credores, achando-se os seus creditos devidamente registrados. Analysando esta definição, achamos que a hypotheca tem por causa certos creditos, por objecto certos bens, por effecto a preferencia de outros credores, por condição o registro dos creditos sobre os bens hypothecados, e por titulo um contracto, a disposição da ultima vontade, ou a disposição da lei.⁴ Quando pois um novo systema hypothecario vem modificar o antigo mais ou menos profundamente, essas modificações hão de recahir necessariamente ou sobre a causa da hypotheca creada por con-

¹ Coelho da Rocha, § 657, n.º 2.

² Cod. Civ. Port., art. 882, n.º 1, § 1.º

³ Cod. Civ. Port., art. 888.

⁴ Cod. Civ. Port., art. 904, 905 e 910.

tracto, por disposição da ultima vontade, ou da lei, sobre o objecto, bens sujeitos á hypotheca, sobre o effeito das hypothecas, preferencias, finalmente, sobre as condições das mesmas, registro e formalidades respectivas.

Sendo este o ambito das leis hypothecarias, e tendo nós de regular a acção da lei nova sobre as hypothecas constituídas anteriormente á sua publicação, precisamos de considerar a lei nova sobre cada um d'estes pontos de vista.

I *Causa das hypothecas. Credito.* Como vimos, o titulo constitutivo de hypotheca póde ser um contracto, uma disposição de ultima vontade ou uma simples disposição de lei, sem dependenciã da vontade das partes. Consideremos as hypothecas em quanto á sua causa legal ou necessaria, e á sua causa voluntaria. Se uma hypotheca houver sido constituída por disposição contractual, ou da ultima vontade, e com todos os requisitos que a lei do tempo exigir para a sua validade, é claro que a lei nova não póde abolir uma tal hypotheca, porque é um factio consummado e legalmente sancionado. E nem se diga que se a lei nova prohibir a constituição de uma hypotheca por disposição contractual e de ultima vontade com relação a certos creditos, que segundo a legislação podiam ser reforçados com esta garantia, deve a sua disposição abranger não só os creditos posteriormente formados, mas ainda os anteriores, fundando-se em que a abolição da hypotheca não importava a negação do credito, não só porque a hypotheca em si mesma é um direito tão sagrado como aquelle a que serve de garantia, mas porque supprimir a garantia, deixando o direito apenas, equivale a tornal-o incerto e muitas vezes inefficaz.

A hypotheca porém não é voluntaria mas necessaria. Não foram as partes que a pactuaram, mas foi a lei que a estabeleceu, sem dependencia da vontade das partes, para segurança de certas obrigações. Neste caso qual será a influencia da lei nova que supprime ou estabelece hypothecas para segurança de certas obrigações sobre os creditos formados á sombra d'uma lei que dispozesse o contrario? Ficaria o credito anteriormente formado revestido da garantia creada pela nova lei, quando esta a tiver estabelecido para creditos a que a lei antiga recusava a hypotheca, ou despido pela

nova lei o credito investido pela lei antiga da garantia que a lei recusou a semelhantes creditos?

Separaremos as respostas á prolepse que fizemos e que é composta. Quando a lei nova não garante com hypotheca legal e necessaria ou tacita uma obrigação, que pela legislação antiga tinha esta garantia, a sua disposição não deve applicar-se ás obrigações já contrahidas, mas sómente ás posteriores á sua promulgação, ainda que tenham a sua origem em factos anteriores. Assim, segundo a legislação antiga o vendedor tinha hypotheca legal no predio vendido para pagamento do preço¹, os constructores nos predios e nos editicios, e os cultivadores gozavam tambem de hypotheca legal, nos predios que reduziam á cultura para pagamento das respectivas despesas, no valor dos mesmos edificios ou terras²; mas pelo Codigo Civil nenhum d'estes credores goza de hypotheca tacita nos bens respectivos; e por isso é mister saber se o vendedor, os constructores e os cultivadores, que tinham hypotheca legal ao tempo da publicação do Codigo, para pagamento dos seus creditos, ficaram ou não privados d'esta garantia depois da publicação do Codigo, que não admite hypothecas tacitas para segurança d'estas obrigações. É opinião nossa que achando-se a hypotheca já constituida, pois que a sua existencia depende simplesmente do facto de existir a obrigação a que serve de garantia³, e que sendo a obrigação um facto consummado, não póde a disposição negativa do Codigo applicar-se aos creditos anteriores á sua publicação, porque semelhante applicação seria uma violação flagrante do principio da não retroactividade. Não deixamos de prever que os sectarios da distincção entre direitos adquiridos e faculdades legaes, considerando a hypotheca neste caso como uma faculdade legal, applicariam a lei nova ainda ás dividas anteriormente contrahidas, e nem se esqueceriam de dizer que o direito do credor, por isso que ainda não tinha sido exercido, se achava sujeito ás disposições da lei nova. Nenhuma

¹ D. de 26 de outubro de 1836, art. 7, § un., n.º 5; Correia Telles, Comment. ao mesmo decreto; Coelho da Rocha, Dir. Civ., § 639.

² Lei de 1 de julho de 1863, art. 101, n.º 9.

³ Cod. Civ. Port., art. 905.

d'estas duas considerações nos determinam a esposar a sua opinião; a primeira por muito generica, como já tivemos occasião de mostrar, e a segunda porque não é o exercicio que dá o direito, assim como a consequencia não dá o principio, mas é o direito que legitima o exercicio. Demais, se a lei, apoiando-se na omissão do credor em exigir a satisfação do credito, o declarasse decahido da garantia que lhe offertera, a lei impor-lhe-hia uma pena por um acto facultado pela lei. Seria neste caso que a lei se poderia chamar um verdadeiro systema de embuste. «Altrimenti si tradirebbe la fiducia giustamente avuta dalle parti nella garanzia concessa loro dalla legge; senza di che esse avrebbero, nel maggior numero dei casi, provveduto in altra guisa al proprio interesse, stabilendo per convenzione un mezzo di garanzia reale del loro credito.»¹

Pelo Codigo Civil a mulher casada por contracto dotal tem hypotheca legal nos bens do marido, sómente para pagamento dos valores mobiliarios dotaes e dos alfinetes estipulados.² A razão d'esta disposição é porque o marido póde dispor livremente dos bens mobiliarios, não se tendo estipulado o contrario, mas não póde dispor dos immobiliarios que são inalienaveis; e por isso se forem alienados indevidamente, póde tanto a mulher como seus herdeiros reivindicar-os.³ Os bens que a mulher casada segundo o regimen dotal possuir ou adquirir depois e que não forem havidos como dotaes ficarão pertencendo exclusivamente á mulher como proprios.⁴ A mulher porém não goza do direito de hypotheca quanto a estes bens, nem de privilegio que lhe não possa competir por direito commum⁵. Não era assim por direito antigo, porque a mulher casada, além de ter hypotheca legal privilegiada pelo seu dote sobre os bens dotaes dados ao marido em estimação, ainda que esta importasse venda⁶, tinha tambem hypotheca legal simples sobre os bens do marido em segurança do dote e mais bens com que entrou ou lhe pertenciam con-

¹ Francesco Bianchi, obr. cit., n.º 125, pag. 161.

² Cod. Civ. Port. art. 906, n.º 3.º

³ Cod. Civ. Port. art. 1148—1150.

⁴ Cod. Civ. Port. art. 1153.

⁵ Cod. Civ. Port., art. 1154.

⁶ Coelho da Rocha, Dir. Civ. § 639, n.º 4.º; L. de 20 de junho de 1774, § 40.

forme o regimen do matrimonio¹. Ha portanto uma grande differença entre a legislação novissima e a antiga sobre os privilegios e hypothecas que a mulher tinha, assim sobre bens dados em dote como sobre os bens proprios do marido; porque, em quanto que a mulher casada por contracto dotal não tem hypotheca legal nos bens do marido senão para pagamento dos bens mobiliarios e dos alfinetes estipulados, segundo o Codice Civil,² a legislação antiga dava-lhe hypotheca legal privilegiada sobre os proprios bens dotaes que foram dados, estimados ou d'outros comprados com o seu preço³ e hypotheca legal simples em segurança do dote ou mais bens com que entrou ou lhe pertenciam segundo o regimen do matrimonio sobre os bens que o marido tinha ao tempo da celebração do mesmo matrimonio.⁴ Notadas pois estas differenças, é necessario determinar a influencia que as disposições do Codice Civil podem exercer sobre as hypothecas que a mulher casada antes da sua promulgação tinha para segurança de seu dote ou d'outros bens, sobre os bens dotaes ou sobre os bens do marido. Parece-nos que a disposição do Codice Civil que limitou a hypotheca legal da mulher casada por contracto dotal sobre os bens do marido ao pagamento dos bens mobiliarios e aos alfinetes estipulados, não póde applicar-se aos dotes constituídos á sombra da lei antiga, que lhes concedia mais amplos favores, porque a hypotheca neste caso era um direito adquirido legal e certo de que a mulher não póde ser privada sem offensa da justiça. Além, d'isto se a mulher casada antes da promulgação do Codice não tivesse em vista a disposição da lei vigente ao tempo em que constituiu o dote, teria, por meio de convenção expressa, estipulado as clausulas que julgasse necessarias para segurança de seu dote e d'outros bens proprios, como ainda hoje lhe é permittido pelo Codice Civil⁵; e porisso, a lei que a privasse d'uma garantia

¹ Coelho da Rocha, Dir. Civ. § 650, n.º 8.º; D. de 26 de outubro de 1836, art. 5.º

² Cod. Civ. Port., art. 906, n.º 3.

³ Coelho da Rocha, Dir. Civ. §§ 275 e 639, n.º 4; L. 20 de junho de 1774, § 40; Decr. de 26 de outubro de 1836, art. 7, n.º 3.

⁴ Auctor citado, §§ cit.

⁵ Cod. Civ. Port., art. 1139.

de que se achava investida por outra lei seria manifestamente retroactiva.

Não olvidaremos porém que podem nesta especie figurar-se diversos casos e que em cada um d'elles a presente questão offerece novas difficuldades. É assim que os bens dotaes ou proprios, pelos quaes a mulher tem hypotheca privilegiada ou simples sobre os mesmos bens dotaes ou sobre os bens proprios do marido, podem ter sido adquiridos e alienados antes do Codigo, e é este caso a que mais propriamente se applicam os principios postos; ou podem ter sido adquiridos antes, mas alienados depois; ou finalmente adquiridos e alienados depois da sua publicação. Como a alienação no segundo caso, a aquisição e alienação no terceiro foram actos practicados depois do Codigo Civil, parece á primeira vista que tambem os seus effeitos deveriam ser regulados pelas suas disposições; mas não é assim, porque taes contractos não podem desprender-se do acto primordial, que é a constituição do dote; e portanto é, segundo as prescripções do direito sob que este foi constituido que devem regular-se os seus direitos e garantias e não segundo a lei do tempo em que os referidos actos se practicaram.

O dote constituiu-se por meio d'um contracto, e em virtude dos contractos não ficaram as partes obrigadas sómente ás consequencias contractuaes, senão tambem ás consequencias legaes; e tanto mais que, quando as partes se callam, falla a lei, mas a lei que ellas conheciam, a lei do tempo em que contractaram. A solução que acabamos de dar á presente especie é conforme com a opinião d'alguns illustres commentadores¹ do Codigo Civil Francez, posto que Kalindéro siga o contrario².

Passemos á segunda hypothese, isto é, áquella em que a lei nova estabelece a hypotheca tacita para obrigações que pela lei antiga não gosavam d'esta garantia. Nesta hypothese cumpre-nos examinar: e em primeiro logar, se um crédito anterior á lei nova pelo facto da sua publicação ficará investido da garantia que não gosava pela lei antiga; e em segundo logar, se, não aproveitando aos créditos anterior-

¹ Demolombe, obr. cit. n.º 60; Troplong, *Traité des hypoth.* II, § 630; Aubry e Rau, *Cours du Code Civ.* I, pag. 65.

² Kalindéro, pag. 163—165.

mente formados, não poderá egualmente applicar-se aos creditos posteriores que tiverem a sua origem em factos anteriores.

Gitemos casos: O Codigo Civil admittiu a hypotheca legal para segurança de creditos, que pela legislação antiga não gosavam d'esta garantia, taes são o credito de apanagios, o credito por alimentos, o predial e o credito do legatario por quantia ou valor determinado ou por prestações periodicas¹. Como pois d'estes creditos pela antiga legislação nenhum tenha hypotheca legal nos bens do devedor, e como o Codigo Civil admittiu a hypotheca legal para segurança de cada um d'estes, torna-se necessario decidir se os creditos anteriores gosam d'esta garantia estabelecida no Codigo Civil, ou se, pelo contrario, não podem applicar-se senão aos creditos constituidos depois da sua publicação. Parece-nos que em nenhum d'estes casos a hypotheca, ainda que se applique aos creditos constituidos anteriormente á publicação do Codigo, póde retrotrahir-se á data do titulo da sua constituição, conforme se acha regulado nos artigos em que o mesmo Codigo se occupa da constituição de cada uma d'estas hypothecas. Esta applicação da lei deveria ter-se como retroactiva, porque concedia ao credor direitos que elle não tinha pela lei antiga, e, o que é mais, direitos retrotrahidos, visto que esses direitos, contra a mesma disposição da lei antiga, remontavam á origem do crédito acompanhando-o d'esta em diante. É verdade que póde dizer-se que tal applicação da lei nova não offende direitos adquiridos, e que por isso não póde taxar-se de retroactiva. Não offende os direitos do credor, porque ao contrario reforça-lhe o credito com garantias novas, e tambem não póde dizer-se offensiva do devedor, porque a obrigação d'este é pagar, e porisso não tem a queixar-se d'uma lei que não faz senão assegurar melhor o cumprimento da sua obrigação. Se admittissemos a theoria dos direitos adquiridos, segundo a intende a maior parte dos auctores, não poderiamos deixar de reconhecer o cabimento d'aquella observação, porque, de facto, bem longe de haver offensa de direitos, ao menos, da parte do credor, ha concessão de di-

¹ Cod. Civ. Port. art. 906, n.º 4—6 e 8.

reitos; mas como nós aprendemos que direito e obrigação são cousas correlativas, a concessão de novos direitos feita ao credor pela lei nova, importa para o devedor a imposição de novas obrigações, ou a extincção de direitos, o que vale o mesmo, visto que uma obrigação que se contrahe é um direito que se perde, é a subrogação d'uma necessidade á faculdade. D'onde se vê que nem mesmo, segundo esta theoria, a applicação da lei, pela forma supra indicada, podia expungir-se da pécha de retroactividade. Mas ainda não é tudo; porque offenderia certamente direitos de terceiro, se alguém tivesse adquirido hypotheca legal ou convencional entre a constituição do crédito e a publicação do Codigo, e esta hypotheca valida, porque ao tempo em que foi constituida os bens do devedor estavam livres e desembaraçados; mas se applicarmos a disposição do Codigo aos creditos anteriores, vamos d'esta sorte inutilisar actos validos e efficazes, se os bens do devedor não chegassem para pagamento total das suas dividas. D'onde se conclue que as novas hypothecas estabelecidas pelo Codigo não podem aproveitar aos creditos constituidos e vencidos antes da promulgação d'elle; mas para os creditos vencidos depois, posto que o titulo fosse constituido antes, pareçemos que tem logar a hypotheca introduzida pelo Codigo.

Assim o credor por alimentos tem hypotheca legal, segundo o Codigo¹, nos bens, cujo rendimento se designou para os satisfazer, ou em quaesquer bens do devedor quando não haja designação. Esta disposição do Codigo é susceptivel de tres applicações differentes, consistindo a primeira em ser applicada a todas as dividas por alimentos não satisfeitas ao tempo da sua promulgação, posto que contrahidas anteriormente; a segunda em ser applicada a todas as dividas por alimentos vencidos depois da publicação do Codigo, quer o seu titulo fosse constituido antes, quer depois do mesmo Codigo, sem distincção de data; a terceira, finalmente, em se applicar tão sómente ás dividas por alimentos, cujo titulo fosse posterior ao Codigo. D'estas tres diversas applicações da lei, a ultima não é retroactiva, não só porque não impera nem levemente sobre o passado, mas ainda

¹ Cod. Civ. Port., art. 906, n.º 5.

porque sem esta applicação ao menos a lei não teria razão de ser. A primeira parece-nos retroactiva pelas razões que acima expozemos. Restá, pois, a segunda, que é aquella que pôde offerecer alguma duvida. Em quanto a esta parece-nos que não se dá a retroactividade, porque nem o crédor se acha *ipso facto* investido d'uma garantia que não tinha, mas simplesmente d'uma faculdade de que pôde usar ou deixar de usar, nem o devedor pôde estranhar que a lei acautele para o futuro a inexecução d'uma obrigação a que o achou sujeito, nem tão pouco offende direitos de terceiro, porque, começando o seu effeito sómente depois do Código, e não abrangendo a hypotheca senão os créditos posteriormente vencidos, ficam salvas as hypothecas constituidas anteriormente em favor de terceiros, e os credores posteriores não podem julgar-se com melhor direito do que aquelles em favor de quem foi constituida a hypotheca, porque antes da convenção ou de existir o facto da obrigação garantida por hypotheca, não podem allegar direito algum hypothecario sobre os bens do devedor pelo pagamento de seus créditos, visto que ha outros mais antigos e mais seguros.

II. Objecto das hypothecas. Bens. A lei a que devemos attender para determinar o objecto da hypotheca legal ou convencional é á do tempo em que a hypotheca foi constituida. A hypotheca sómente pôde recahir nos bens immobiliarios que não estejam fóra do commercio, e d'estes podem ser hypothecados os bens immoveis ou immobiliarios de que se faz menção nos n.º 1.º e 2.º do artigo 375, o usufructo dos mesmos bens, o dominio directo e o dominio util nos bens emphyteuticos¹. Como a hypotheca pois só pôde recahir sobre bens immobiliarios, e como os bens immobiliarios possam ser taes, não só por natureza, mas tambem por disposição da lei², se esta alterar a classificação dos bens estabelecida por uma lei, a cuja sombra tivesse sido constituida uma hypotheca, semelhante alteração nenhuma influencia pôde ter sobre as hypothecas anteriores, nem cerceando-as, quando declarasse immobiliarios bens que

¹ Cod. Civ. Port., art. 889.

² Cod. Civ. Port., art. 374, 375 e 890.

até alli eram tidos por immobiliarios, nem augmentando-as no caso contrario, porque, em qualquer dos casos, onerar bens livres, ou expungar bens onerados, era sempre destruir o que tinha uma existencia legal, ampliar ou restringir os direitos do credor com prejuizo ou favor do devedor. O que dizemos da applicação da lei que alterasse a classificação dos bens immobiliarios e mobiliarios deve igualmente dizer-se da lei que subtrah ou restitue alguns immobiliarios ao commercio, assim como d'aquella que entre os bens immobiliarios que estão no commercio determina os que podiam ou não ser hypothecados, porque se tanto uma como outra se applicassem aos bens onerados com hypotheca anteriormente, tinha por effeito annullar hypothecas validas, e validar hypothecas nallas a respeito de certos bens, o que é contrario aos verdadeiros principios que devem regular a applicação da lei nova.

Os bens podem ser presentes e futuros. Se a lei antiga admittia a constituição de hypothecas sobre bens futuros¹

¹ Hoje que o registro é uma formalidade indispensavel para a hypotheca, tanto legal como convencional, ser causa de preferencia, e que o registro abrange não só a inscripção do onus, mas tambem a descripção dos bens sujeitos a elle, é evidente que a hypotheca nem pôde comprehender bens futuros, nem recahir em bens que se não achem devidamente registrados. (Cod. Civ. Port., art. 888, 949, n.º 1, 1066; Regulamento do registro predial de 14 de maio de 1868, art. 124; Resolução do Procurador Geral da Corôa, duvida 2.º).

Não era porém assim, segundo o Dir. Romano, porque este fazia comprehender na hypotheca geral os bens immoveis futuros, ainda que não houvesse declaração expressa, L. 9, C. *quae res pign. oblig. poss.*; e segundo o nosso antigo direito era objecto de duvida, porque, em quanto ao eminente jurisconsulto Coelho da Rocha parece deduzir-se o mesmo da L. 20 de junho de 1774, § 32 (o que, quanto a nós, não offerece duvida, porque achamos claras as phrases — *entrando os posteriormente adquiridos* — e *nor mais bens ainda adquiridos depois*), o grande reformador da legislação patria Mello Freire, L. 3, tit. 14, § 4, nol. segue a negativa. «Conforme o systema moderno a hypotheca convencional não pôde ser senão especial, nem pôde comprehender os bens futuros; Cod. Civ. Fr., art. 2180, e da Sardenha, art. 2190; porém a legal, quando não é restricta a certos bens, e a judicial affectam todos os immoveis actuaes do devedor, e em alguns casos os adquiridos posteriormente, isto é, os futuros, excepto se o devedor no acto do registro consignar determinadamente alguns, o que lhe é permittido, sendo ouvido o credor ou as pessoas que o representam; cit. Cod. Civ. Fr. art. 2122 e 2123, e o da Sardenha, art. 2183; Coelho da Rocha, Dir. Civ., § 635, not. e not. FE ao § 645.

A mesma prohibição ácerca dos bens futuros se encontra no Cod. Civ.

e depois viesse uma lei nova que excluísse das hypothecas esta especie de bens, qual seria a sua acção sobre as hypothecas anteriores constituídas sobre bens futuros e adquiridos depois da publicação da nova lei? Não obstante a disposição da nova lei os bens posteriormente adquiridos ficavam, pelo facto da sua aquisição, onerados com a hypotheca constituída sobre elles antecipadamente; porque, se os bens futuros, posto que não adquiridos, se achavam já hypothecados segundo a legislação do tempo em que se constitue a hypotheca, não pôde a lei nova, que prohibe as hypothecas sobre bens futuros, applicar-se por forma que cerceie as garantias anteriormente estabelecidas.

Demais, aquelle que exigiu para segurança de seus creditos uma hypotheca comprehensiva de bens futuros segundo a permissão da lei actual, certamente teve isso em vista quando contractou, e em tal caso podia acceitar uma hypotheca insufficiente no tempo da sua constituição, mas que se podia tornar até superior ao credito por meio de novas aquisições feitas pelo devedor. Esta mesma opinião é seguida pelo illustre commentador¹ ao Codigo Civil Italiano nas palavras seguintes:

«Conchiudiamo adunque che sarebbe retroattive una legge la quale estendesse le proprie disposizioni ai privilegi ed

Ital., art. 1977, e da Austria, art. 2190. Ha porém um caso, em que pôde duvidar-se se a hypotheca comprehende ou não bens futuros. É o caso do § un. do art. 925, segundo o qual a hypotheca constituída no n.º 3 do art. 906 a favor da mulher casada, não sendo registrada antes do casamento, pôde sel-o durante elle ou ainda depois de dissolvido, mas sem prejuizo do direito de terceiros anteriormente inscriptos. Como o titulo da hypotheca é a escriptura dotal, e como segundo a disposição do citado paragrapho entre a constituição da hypotheca e o registro da mesma podem decorrer muitos annos, ha razão para duvidar se sómente deverão ser registrados os bens possuidos pelo marido ao tempo em que foi constituída a hypotheca, ou se tambem os adquiridos posteriormente. Se por um lado nos parece que a hypotheca não pôde ser registrada se não com relação aos bens que o marido possuia ao tempo da sua constituição, porque estes bens ficam immediatamente onerados com a referida hypotheca, por outro, attendendo a que a hypotheca nenhum direito produz com relação a terceiro independentemente de registro, a que ficam salvos os direitos de terceiro anteriormente inscriptos, e á generalidade do n.º 3 do art. 906, e § 2 do art. 926, inclinamo-nos a que possam ser registrados quaesquer bens pertencentes ao marido.

¹ Francesco Bianchi, obr. cit., n.º 125, pag. 163.

alle ipoteche, si legali che giudiziali o convenzionali, legittimamente costituite prima, per regolarne l'acquisto, le condizioni di validità e gli effetti; e ciò quand' anche, a termine delle leggi anteriori, la garanzia ipotecaria comprendesse anche i *beni futuri*, e questi non fossero ancora entrati nel patrimonio del debitore o del costituente all'attuazione della nuova legge.»

Esta questão, ventilada na discussão do Código Civil Italiano, foi resolvida no sentido da nossa opinião, mas decidiu-se que os bens adquiridos posteriormente fossem registrados na conformidade da lei, e que o efeito e gradação se regulassem não da constituição da hypotheca, mas da data da inscrição, cuja doutrina, segundo o auctor citado, se poderá justificar de algum modo pelo interesse publico, mas nunca pelos principios geraes que regem a materia¹.

III. *Reducção.* Pela legislação anterior ao Código todas as hypothecas, tanto as convencionaes como as legaes não privilegiadas, podiam ser geraes ou especiaes, affectar todos os bens do devedor, ou sómente bens certos e determinados;² e ou a hypotheca fosse geral, ou o valor dos bens hypothecados fosse muito superior ao capital mutuado, não podia o devedor requerer a reducção da hypotheca como lhe é facultado pelo mesmo Código em alguns casos de hypotheca legal,³ e no caso da hypotheca voluntaria, quando por falta de designação a hypotheca tivesse sido registrada sobre quaesquer bens do devedor.⁴ Concedendo pois o Código Civil a facultade de reducção aos devedores hypothecarios que não gosavam d'ella por direito antigo, é mistér saber se esta facultade poderá exercer-se com relação ás hypothecas de preterito ou se pelo contrario não aproveita senão ás hypothecas constituidas posteriormente á publicação do Código. Esta facultade não póde abranger as hypothecas geraes anteriormente estabelecidas, «porque estas, segundo a lei da epocha em que tiveram origem, recaiam

¹ Francesco Bianchi, obr. cit., n.º 129, pag. 168—170.

² L. 20 de junho de 1774, §§ 31 e 32; D. de 26 de out. de 1836; dicto de 3 de jan. de 1837, art. 8, § un.; Coelho da Rocha, Dir. Civ. § 635 e 648, n.º 2.

³ Cod. Civ. Port. artt. 909, 917, 926, § 2.º, 927, 932, un.

⁴ Cod. Civ. Port. art. 936.

sobre todos os bens do devedor; eram geraes, e esta generalidade da hypotheca não podia deixar de ser attendida na convenção das partes; «porque o credor não accetteria o contracto senão tivesse a certeza de conservar a hypotheca com a extensão que lhe concedia a antiga lei.¹» A mesma solução e as mesmas razões encontramos no illustre commentador² ao Cod. Civ. Ital., o qual tem por contraria aos verdadeiros principios a disposição transitoria do artigo 42, a qual é concebida nestes termos: «I privilegi e le ipoteche competenti secondo le leggi anteriori possono essere ridotti nei casi e per le cause espresse nel nuovo Codice.³»

A hypotheca foi constituida com o fim de assegurar a execução do credito, e portanto reduzir a hypotheca é tornar o credito menos seguro, e tornar a garantia insufficiente segundo o juizo do credor, com o qual se havia conformado o proprio devedor consentindo na generalidade da hypotheca.

«Per essa si restringe la garanzia del creditore, quella garanzia sulla quale egli ha fatto assegnamento nel contrarre il credito, senza la quale forse non lo avrebbe contratto.»

O Codigo Civil porém, assim como a lei transitoria de Italia, não seguiu estes principios, e determinou que as hypothecas anteriores, sendo geraes, possam ser registradas em quaesquer bens do devedor, salvo a este o direito de redução⁴.

Nós figurámos um caso, em que a lei nova restringe a hypotheca; mas se ella, em vez de a restringir a ampliar, ainda a solução seria a mesma a respeito dos creditos anteriores; pois, se qualquer crédor por uma simples disposição da lei se achasse com o seu credito mais protegido, não podia esta protecção dispensar-se senão á custa d'outros credores, o que seria diametralmente opposto á maxima da egualdade perante a lei. Assim, se uma lei posterior ampliasse a disposição do artigo 900 do Codigo Civil, segundo o qual a hypotheca relativa a credito que vença juros sómente abrange os vencidos no ultimo anno e no

¹ Kalindéro, obr. cit. pag. 165—166.

² Francesco Bianchi, obr. cit. n.º 130, pag. 170 e 171.

³ Cod. Civ. Ital., art. 2024—2027.

⁴ Cod. Civ. Port., art. 1001; Reg. do registro predial, art. 162.

corrente, devendo os juroz relativos aos annos anteriores ser registrados, para ter a hypotheca como credito distincto dizemos, se uma lei nova ampliasse a disposição d'este artigo, não poderia applicar-se senão aos creditos posteriores e sem prejuizo dos crédores anteriormente inscriptos.¹

IV. *Registro*. A novidade da materia e as profundas modificações feitas sobre ella por leis successivas tornam summamente interessantes as questões transitorias suscitadas por occasião da execução das novas leis.

As Ordenações do reino nada diziam sobre as formalidades necessarias para a validade das hypothecas, devendo concluir-se do seu silencio que se observava o direito romano, segundo o qual a hypotheca podia constituir-se por simples pacto, dando-se todavia preferencia á que fosse lavrada por acto publico, ou perante tres testemunhas, sobre as outras celebradas sem esta formalidade.²

Na legislação Josephina³ determinou-se que nenhuma hypotheca dêsse direito a preferencia, se não houvesse sido celebrada por escriptura publica, ou por escriptos particulares de pessoas qualificadas «quando forem legalisados com tres testemunhas de inteira fé e conhecida probidade, que os assignem com as mesmas pessoas devedoras, e reconhecidos por tabelliães publicos, que os vejam escrever.»

Conhecendo-se porém que a escriptura publica ou o escripto de pessoa particular, a que as leis dão força d'escriptura publica⁴, não era meio sufficiente para segurar o credor, ou quem quizesse contractar sobre certos bens contra a má fé do devedor, e reconhecendo-se por outra parte quanto convenha «conservar o credito da propriedade territorial, para facilitar as convenções, cortar as fraudes, e, moralisando a Nação, abrir novas fontes á prosperidade publica, «decretou-se provisoriamente a inscripção no registro das embarcações registradas ou matriculadas dentro do julgado, e dos predios nelle situados sómente nos casos, em que estivessem: 1.º hypothecados por convenção, última vontade, ou lei; 2.º litigiosos por acção sobre o dominio, ou

¹ Kalindéro, obr. cit., pag. 161.

² Coelho da Rocha, Dir. Civ., nota EE ao § 645, pag. 506.

³ Lei de 20 de junho de 1774, §§ 31 e 33.

⁴ Decr. 26 de out. de 1836, *pr.*

por penhora; 3.º doados, ou por qualquer outro contracto alienados com reserva do usufructo, em quanto este não acabar.»

Foram porém exceptuados d'esta regra:

1.º os litigiosos possuidos como vinculados, e os litigiosos por penhora, quando já estiverem registrados por hypotheca de divida da mesma penhora;

2.º os prazos pela hypotheca das pensões foreiras;

3.º as embarcações pela das soldadas da sua tripulação;

4.º os hypothecados pelo facto do emprego, que tem responsabilidade para com a Fazenda Nacional;

5.º pelos tributos;

6.º os predios do pae, hypothecados ao filho pela administração dos seus bens, deverdo todavia os dictos predios ser registrados no prazo de oito dias depois da emancipação do filho, para conservarem os efeitos da hypotheca anteriormente adquiridos¹.

Decretou-se igualmente a inefficacia nos predios e embarcações dos encargos da hypotheca, litigio, doação ou alienação por qualquer outro contracto com reserva do usufructo em quanto não forem registrados, começando seus efeitos uteis sómente na data do registro².

Em 1863 reformou-se completamente o registro hypothecario, tornando-se extensivo a todas as hypothecas, tanto legaes como convencionaes, e exigindo-se a previa inscripção das hypothecas no registro, assim de que o direito hypothecario podesse invocar-se contra terceiros³.

Ultimamente ainda a reforma feita em 1863 foi incorporada no Codigo Civil⁴ com algumas modificações, exigindo-se tambem a inscripção de todas as hypothecas no registro, para que possam dar preferencia ao credor inscripto sobre os não inscriptos, e contando-se igualmente os efeitos juridicos da hypotheca só desde a data da inscripção.

Da simples indicação das disposições legislativas que regulam a materia do registro se patenteia a sua importancia sob o ponto de vista dos principios, que devem regular as

¹ Cit. D. art. 1 e 2, §§ 1.º e 2.º

² Cit. Decr. art. 4.

³ Lei hypoth. de 1 de junho de 1863, art. 1.º, e 33 n.º 2.º

⁴ Cod. Civ. Port., art. 1888.

questões transitorias, suscitadas por ocasião da applicação das novas leis hypothecarias.

Posto isto, vamos examinal-as.

Temos, como indicámos, uma lei que exigiu a escriptura publica, mas não o registro; outra que exigiu o registro em regra geral, dispensando-o em alguns casos especiaes; e outras finalmente, que não admittem preferencia entre credores, a qual não seja fundada em em hypotheca devidamente registrada.

Ora, desde o momento que uma lei posterior exige alguma condição para a validade e efficacia das hypothecas que não fosse exigida pela lei anterior, ou essa condição seja a escriptura publica, segundo a lei de 20 de junho de 1774, ou o registro segundo o decreto de 26 de outubro de 1836, lei hypothecaria de 1 de junho de 1863, e Codigo Civil, é sempre necessario determinar qual a influencia d'esta nova disposição sobre as hypothecas anteriormente constituidas. Além d'isso entre duas leis que admittem o registro ainda pôde haver opposição sobre a qualidade dos titulos registraveis, sobre o modo practico de levar a effeito o registro, sobre a sua duração e renovação.

São estes os pontos principaes sobre que é mistér determinar a influencia da lei nova, quando as suas disposições respectivas forem diversas das disposições das antigas leis.

Relativamente ao registro temos que considerar dous unicos casos: 1.º a lei nova exige o registro num caso, em que era dispensado pela lei antiga; 2.º a lei nova não exige o registro num caso, em que a lei antiga o não dispensava.

No primeiro caso concordam todos em que, se a lei nova não pôde declarar sem effeito as hypothecas anteriormente constituidas por não se ter observado uma formalidade que a lei antiga não prescrevia, e que por tanto era impossivel observar-se, pôde todavia exigir que as hypothecas anteriormente constituidas e ainda subsistentes ao tempo da publicação da nova lei sejam registradas dentro de certo praso de tempo para conservarem os effeitos que tinham pela legislação antiga; devendo então os effeitos do registro retrotrahir-se á data da constituição da hypotheca,

sendo feito dentro do prazo assignado pela lei nova; porque, não sendo feito dentro d'elle, pôde a mesma lei, para tornar o seu systema mais geral e o mais uniforme possível, decretar que os efeitos do registro sejam contados da sua data em diante, e não da data da hypotheca registrada.

Esta decisão, que não contradiz o nosso principio, porque, respeitando o direito, apenas prescreve novas condições para a sua conservação, o que o legislador pôde sempre fazer, não é baseada somente na doutrina¹, é tambem consagrada em varios textos de legislação patria² e estrangeira.³

Mas se a lei nova não admittir a registro todas as hypothecas constituídas á sombra da lei antiga, porque deixou de reconhecer algumas, as hypothecas que estavam constituídas no tempo da sua publicação continuam a subsistir ainda independentemente do registro; porque o credor contou com a garantia da lei, e por isso não lhe pôde ser tirada sem injustiça.

Continuando pois a subsistir as hypothecas já constituídas no tempo da publicação da nova lei, que, sujeitando a registro as hypothecas de preterito, não reconhece todas as da lei antiga, e sendo publicada depois outra lei, que, exigindo tambem a formalidade do registro para todas, ainda que fossem constituídas anteriormente, estabelece hypothecas necessarias para a segurança de creditos a que a lei

¹ Kalindéro, obr. cit. pag. 168—170; Francesco Bianchi, obr. cit. n.º 126 pag. 164; Meyer, obr. cit. pag. 44; Savigny, obr. cit. § 390, n.º 4.º, pag. 423, § 399, pag. 531; Demolombe, obr. cit. n.º 60; Pinto, Supplemento a Meyer, n.º 18, pag. 130.

² D. de 26 de outubro de 1836, art. 4, §§ 1—3; D. de 3 de janeiro de 1837, art. 8.º § un. e art. 9; L. hypothecaria de 1 de julho de 1863, artt. 37 e 197; Regul. de 4 d'agosto de 1864, *Disposição transitoria*; Cod. Civ. Port. art. 1000, Regul. de 14 de maio 1868, art. 66, Regul. de 28 d'abril de 1870, art. 8.º

³ Lei transitoria para a execução do Código Civil Italiano, art. 38, § 1.º, art. 37, § 2, cit. por Francesco Bianchi, obr. cit. n.ºs 131 e 132, pag. 173—174 e transcriptos por Gabba; obr. cit. vol. 1, pag. 114—119 not. (1); Lei da Prussia, cit. por Pinto, Supplemento a Meyer, pag. 130 n.º 18, not. (4); Lei transitoria da Neêrlandia, artt. 14—17; e L. 4 de julho de 1842 (cit. por Pinto, Supplemento a Meyer, n.º 19, pag. 130 e 131).

anterior negava esta garantia, mas que haviam sido formados á sombra d'uma lei que lh'a concedia, parece-nos que, se estas hypothecas ainda subsistirem no tempo da publicação da ultima lei, devem ser admittidas a registro, porque a lei anterior, deixando de reconhecer taes hypothecas, não podia destruir as que encontrou já constituídas.

Assim, dispondo o Codigo Civil ¹ que possam ser admittidas a registro as hypothecas que pela legislação anterior não eram sujeitas a elle, ou não o eram em relação a certos bens, e que ainda subsistirem ao tempo da sua publicação, e permittindo o registro da hypotheca legal por divida de foros ², reconhecida pela legislação anterior ³ á introdução da reforma hypothecaria, mas não por esta, deve ainda hoje admittir-se a registro o credito por divida de foros para o effeito de gozar de hypotheca legal nos termos da legislação anterior á reforma hypothecaria; porque, se se lhe attribuir a morte fulminada illegitimamente pela lei de 1 de julho de 1863, oppor-lhe-hiamos a resurreição legitimamente decretada pelo Codigo Civil, como elegantemente diz o sr. Vieira Lisboa ⁴. O *Direito* ⁵ porém, fundando-se em que no tempo em que o Codigo Civil começou a ser executado, não havia hypotheca que não estivesse sujeita a registro, segue a opinião de que a hypotheca por divida de foros não póde ser registrada, ainda mesmo depois da publicação do Codigo, visto que o Codigo exige como condição para a admissão a registro a existencia da hypotheca no tempo da sua promulgação; e, tendo a lei anterior ao Codigo sujeitado todas as hypothecas á inscripção no registro, segue-se que a este tempo não existia hypotheca alguma exceptuada do registro, nem hypotheca valida sem registro das que eram sujeitas a elle. Esta questão acha-se resolvida pelo regulamento do registro predial, posto que illegalmente segundo o mesmo *Direito* ⁶.

¹ Cod. Civ. Port., art. 1000, Regul. de 4 de maio de 1868, art. 161.

² Cod. Civ. Port., art. 880, n.º 1 e § 1.º, cit. Regul. de 14 de maio de 1868, art. 161.

³ L. de 20 de junho de 1774, § 38, Dec. de 26 de outubro de 1836, art. 2.º, § 2.º

⁴ *Direito*, n.º 12, 1.º anno.

⁵ Cit. Regul., art. 14, e *Direito*, n.º 17, 1.º anno.

⁶ *Direito*, n.ºs 5, 7, 12 e 19, 1.º anno.

No segundo caso, isto é, quando a lei nova dispensa do registro hypothecas que pela lei antiga deviam ser registradas para surtirem effeito contra terceiro, se estas hypothecas ao tempo da publicação da nova lei se achavam já preteridas por outras já registradas, claro é que a dispensa do registro não pôde aproveitar aos credores ainda não inscriptos sem prejuizo dos que estiverem inscriptos; pois o contrario d'isto seria inutilisar os effeitos do registro.

Mas, se os creditos sujeitos a registro são posteriores á publicação da nova lei, podem ser preteridos pelos creditos anteriores não registrados sob o imperio da lei antiga, e dispensados de registro pela lei nova, porque os novos credores não podem queixar-se de que lhes sejam oppostos creditos occultos e anteriores á lei nova, assim como não poderiam queixar-se dos creditos posteriores a esta lei e igualmente occultos, com tanto que a data do titulo fosse anterior á inscripção. Assim supponhamos que a hypotheca do menor nos bens do seu tutor, que hoje é sujeita a registro, era dispensada d'esta formalidade por lei posterior, que no tempo da publicação d'esta lei havia sido deferida uma tutela, cuja hypotheca ainda não tinha sido registrada, e que dois credores tinham hypotheca legal ou convencional nos bens do tutor, sendo uma anterior e a outra posterior á publicação da lei que dispensou de registro a hypotheca de menor nos bens do tutor: qual a ordem, segundo a qual devem graduar-se estes creditos? Segundo a solução que acabamos de dar teria o primeiro logar o credor inscripto anteriormente á lei nova, ainda que o seu credito fosse posterior á constituição da tutela, porque segundo a lei de então a ordem do pagamento regulava-se pela data do registro, e não pelo titulo da obrigação; tendo o segundo o menor; e o terceiro finalmente o credor inscripto depois da publicação da lei nova, o qual não pôde, como já dissemos, queixar-se de que lhe seja opposto um credito occulto e anterior á nova lei, assim como não poderia queixar-se se elle fosse posterior, uma vez que a data do titulo da obrigação fosse anterior á inscripção do seu credito. Esta solução dada por Kalindéro¹, sendo accetavel no pri-

¹ Kalindéro, obr. cit., pag. 170—172, 2.º cas.

meiro caso, parece-nos digna de algum reparo no segundo, pois é fundada em uma falsa analogia, porque o credor inscripto não pôde queixar-se de que lhe seja opposto um credito occulto, quando elle fosse constituido depois da publicação da lei que o exceptuou do registro, mas pôde queixar-se de que lhe seja opposto um credito occulto, anterior à lei que o dispensou do registro, e formado ainda sob o imperio da lei antiga que o sujeitava a elle.

Se a lei nova excluir do registro titulos registraveis segundo a lei antiga, pôde mandar reformar os titulos lavrados antes d'ella, em conformidade com as suas disposições, mas nunca annullar os effeitos juridicos de taes titulos, porque, pertencendo os titulos justificativos de qualquer direito à materia das provas, e sendo o direito sem prova o mesmo que se não fosse «non esse et non apparere idem est in jure» tanto vale não reconhecer estes titulos, como negar o direito. Pôde tambem continuar a admittir a registro os titulos, já constituidos ao tempo da publicação, se entender que d'esta medida não resultam tantos inconvenientes como da reforma dos titulos, a qual muitas vezes pôde haver-se tornado impossivel. Este segundo alvitre tem sido o adoptado pela nossa legislação ¹.

Quando a lei modifica a forma do registro hypothecario, tambem não é menos evidente que não pôde, sem offensa do principio da não retroactividade, declarar nullos os registros feitos segundo a norma das leis anteriores; porque era impossivel observar formas que não se achavam prescriptas pelas leis vigentes no tempo em que se tomou o registro; mas pôde a lei decretar a renovação dos registros anteriormente feitos segundo as formas novamente prescriptas, as quaes, por se presumirem mais perfectas, deverão ser observadas o mais prompta e geralmenie possivel. Esta solução é conforme tanto à doutrina ², como a legislação ³.

A lei nova pôde ainda influir sobre as hypothecas, alterando o praso para a duração e renovação dos registros

¹ D. 26 de outubro de 1826, art. 6.º, § un. e art. 13; D. 3 de janeiro de 1837, art. 8.º

² Francesco Bianchi, obr. cit., pag. 164, n.º 126. *in fine*.

³ Regul. do registro hypothecario de 4 de agosto de 1864. *Disposição transitoria*

anteriores. Sobre este ponto não ha questão transitória na nossa legislação actual, porque segundo o Código os effeitos do registro subsistem em quanto este não for cancelado¹, independentemente de qualquer renovação, a qual segundo o direito anterior² á reforma hypothecaria devia ser feita de dez em dez annos para conservar os seus effeitos juridicos desde a data do primeiro registro. No entanto, sempre diremos o modo como deveriam resolver-se no caso de terem logar. O praso para a duração e renovação do registro pôde ser considerado debaixo de dois pontos de vista: ou o praso, dentro do qual deve fazer-se o registro das hypothecas tanto anteriores como posteriores para que possam surtir effeito contra terceiro; ou o praso, em que deve fazer-se a renovação do registro a fim de não caducar.³

No primeiro caso, se o praso para o registro d'uma hypotheca, fixado pela lei sob cujo imperio ella foi constituída ainda não findou, quer a lei o alongue, quer o encurte, deverá ella applicar-se immediatamente ás hypothecas anteriormente constituídas; mas, se pelo contrario aquelle praso é já findo, o novo praso começará a correr só depois da publicação da ultima lei, e os effeitos uteis da hypotheca não podem retrotrahir-se alem da data da ultima lei, e isto não sendo a inscripção no registro da hypotheca dentro do referido praso condição da sua validade; porque em tal caso a hypotheca achava-se extincta pela falta de registro, e não podia reviver pela publicação da nova lei, ainda que, segundo esta, houvesse tempo para fazer o registro, não podia já ser admittida a registro⁴.

No segundo caso, em que os registros para a conservação de seus effeitos devem ser renovados em certos periodos, é necessario determinar a influencia da lei que alterar o praso marcado pela lei anterior para as renovações do registro, sobre os registros já feitos, e que devem ser renovados sob o imperio da nova lei; pois que o praso para a renovação começa a contar-se depois da nova, desprezando todo o tempo decorrido sob a antiga, ou no primeiro re-

¹ Cod. Civ. Port., art. 965.

² D. 26 de outubro de 1826, art. 5.

³ Francesco Bianchi, n.º 127, pag. 165 e 166.

gistro feito sob o imperio da lei antiga, ou o praso da lei nova se applica immediatamente aos registros anteriormente feitos, levando-se em conta o tempo já decorrido.

Se o praso prefixo pela lei antiga para a renovação da hypotheca for já decorrido, o credito hypothecario acha-se extinto, e a lei nova não pôde decretar a sua renovação sem impôr ao devedor uma obrigação de que a lei antiga o tinha exonerado.

Mas se o praso prefixo pela lei anterior para a renovação do registro não tiver ainda decorrido ao tempo da publicação da lei nova, que o viesse reduzir, pôde esta sem retroagir regular a renovação das inscripções já feitas; uma e outra solução se acha claramente expressa nas palavras seguintes, que transcrevemos d'um advogado italiano¹:

«Quando poi si tratti dei termini per la rinnovazione delle iscrizioni ipotecarie, è chiaro altresì, e per le stesse ragioni, che se il termine prefisso dalle leggi precedenti sia spirato prima che la nuova legge si attivi, questa non potrebbe distruggere nè modificare gli effetti già derivati dalla scadenza di quel termine; ma quando invece si trattasse di termini in corso, la legge nuova potrebbe tanto abbreviarli quanto prolungarli senza retroattività alcuna.»

SECÇÃO III

Dos direitos que se adquirem por mero facto d'outrem e dos que se adquirem por simples disposição da lei

Como a herança se pôde deferir por um de dois modos, a saber: por successão testamentaria e por successão legitima, por isso dividiremos esta parte do nosso trabalho em dous paragraphos, fazendo no primeiro a applicação do principio da não retroactividade ás leis que regulam a successão testamentaria, e no segundo ás que regulam a successão legitima.

¹ Francesco Bianchi, obr. cit., pag. 167 n.º 127, *in fine*.

§ 1.º

Successão testamentaria

As leis que regulam a successão testamentaria podem ser consideradas principalmente, em quanto á capacidade do testador (*testamenti-facção activa*), á do herdeiro, ou legatario (*testamenti-facção passiva*), em quanto á quota desponivel de bens, em quanto á fórma do testamento, e finalmente em quanto á sua execução.

a) Capacidade do testador

Como o primeiro requisito da validade de qualquer acto juridico seja a capacidade civil dos contrahentes, e como esta varie não só segundo o estado physico ou moral das pessoas, mas tambem segundo a diversa natureza e importancia dos actos; facil é conhecer quanto importa determinar a lei que deve regular não só a capacidade do testador, mas tambem a do herdeiro ou legatario, porque d'esta determinação depende a validade ou a nullidade do testamento. Quando pois entre a feitura do testamento e a morte do testador sobrevem uma lei que muda a sua capacidade, declarando-o incapaz, de capaz que era pela lei do tempo em que foi feito o testamento, ou ao revés, que declara capaz de testar o que até alli não o era, cumpre saber qual deva ser a influencia da dicta lei sobre os testamentos já feitos, mas não abertos pela morte do testador. Se attendermos sómente á lei do tempo em que o testamento tiver sido feito para regularmos a capacidade do testador sem nos importarmos com a lei do tempo da sua abertura pela morte real ou legal do testador, teremos por validos, segundo a primeira lei, testamentos nullos conforme a segunda, ou como nullos segundo aquella, testamentos que seriam validos segundo esta; numa palavra, nesta hypothese a acção da lei nova sobre os actos *mortis causa* practicados á sombra da lei antiga seria nulla, e por tanto não haveria perigo de retroactividade. Invertamos porém a hypothese, e supponhamos que a capacidade do testador devia ser regulada sómente pela lei,

que vigorava no tempo da sua morte: neste caso, se a lei nova podia ferir de nullidade o testamento validamente feito sob o imperio da lei antiga, porque declarou o testador incapaz, tambem póde tornar valido um testamento que era nullo segundo a lei antiga, porque lhe havia restituído a capacidade que esta lhe negava. A diversidade e até opposição d'estas consequencias convencem-nos da necessidade que temos de distinguir a lei nova, que declara incapazes de testar pessoas que não o eram pela lei antiga, da lei nova que torna capazes de testar pessoas a quem a lei antiga recusava esta capacidade, porque nos parece que a diversidade de casos pede solução tambem diversa.

Quando a lei nova declara incapaz de testar quem não o era pela lei antiga, concordam quasi todos os auctores em que a lei que deve regular a incapacidade do testador é a do tempo em que falleceu; porque sómente nesta epocha, se aperfeiçoou o testamento, só então se torna um direito irrevogavel, pois até áquelle momento podia o testador mudar de vontade, podia revogar no todo ou em parte a disposição que houvesse feito; porque finalmente é da natureza do testamento ser revogavel até á morte. Mas por que ha de ser regulado o testamento, neste caso, pela lei da sua abertura, e não pela da sua factura? Para que o não fosse pela primeira, poderia ainda achar-se razão na retroactividade que resultava da sua applicação; mas para que o não seja por aquella sob cujo imperio foi feito, não é facil atinar-se com o verdadeiro fundamento de similhante decisão. No entanto, se recordarmos os principios que definem a acção da lei sobre os actos preteritos veremos que um d'estes principios é o da não retroactividade da mesma lei, segundo o qual a lei nova póde applicar-se até aos actos practicados sob outras leis, quando d'essa applicação não resulte offensa de direitos adquiridos; e como na hypothese sujeita, applicando a lei nova, não ha offensa de direito, visto que o direito ainda não se transmittiu, por isso se applica a dicta lei. Effectivamente nem o herdeiro nem o legatario têm direito á successão antes da morte do testador, visto que o testamento é um acto revogavel; e portanto, ainda que se declare nullo por lei posterior um testamento valido segundo a lei antiga, não podem, fundados nesta lei, queixar-se da injustiça d'aquella, porque assim como

o testador por um simples acto da sua vontade podia tirar todos os effeitos á sua disposição *mortis causa*, tambem o legislador lh'os podia negar por uma disposição legislativa.

Não é pois o herdeiro nem o legatario quem pode oppôr-se á applicação da lei nova; mas o proprio testador, achando-se privado do effeito d'um acto que lhe permittiam as leis do tempo em que foi practicado, não será offendido num dos direitos mais importantes, que constituem a propriedade, qual é o de dispôr d'ella pelas fórmãs legaes? Porque ha de regular-se a sua capacidade pela lei do tempo da sua morte, e não pela do tempo em que testou? Pois não será mais conforme á razão que se observe a unica lei que elle podia ter em vista, quando fez a sua disposição testamentaria? Não manifestou elle a sua vontade legalmente, fazendo a sua disposição segundo as prescripções legaes? Além d'isso, o que é um testamento senão uma derogação expressa feita ás regras da successão legitima? Quem faz um testamento mostra que a successão legal não é conforme á sua vontade, não satisfaz ás suas necessidades, não exprime os seus sentimentos, não corresponde ás suas afeições: alias seria inutil o testamento, se nelle fossem chamadas as mesmas pessoas, na mesma ordem e na mesma porção de bens como o seriam pela lei.

Todas estas considerações, e outras muitas que poderiamos ainda apresentar, parecem inclinar-nos a emittir a opinião de que nesta hypothese deveria applicar-se antes a lei antiga do que a nova; mas como semelhante doutrina tenha contra si a torrente dos doutores, e a auctoridade de seus principios não nos atrevemos a sustentá-la.¹

No entretanto adduziremos ainda em seu abono mais algumas razões. A restricção da capacidade de testar tende a favorecer a successão legitima. Se o legislador, pois, decretando algumas incapacidades, teve em vista dar maior latitude á successão legal, parece que a lei decretoria d'esta incapacidade deverá applicar-se aos testamentos já feitos, porque por esta fórma consegue-se mais rapidamente o fim do legislador. Mas aqui ha offensa de direito adquirido, porque o testador tinha inquestionavelmente direito de testar

¹ O sr. Moraes Carvalho sustenta contra o sr. Seabra a doutrina conforme á opinião que emittimos — Apostil. cit., pag. 40 — 42.

antes da lei que lhe recusou esse direito, e usando d'este direito praticou um facto, pelo qual mostrou não querer conformar-se com a legislação que regulava a successão da herança na falta de declaração da vontade do defuncto.

A lei, pois, que annullar o effeito d'esta disposição acha-se em contradicção manifesta com a vontade do testador livremente manifestada. Não ha aqui a simples faculdade, mas uma faculdade reduzida a acto e acto perfeito, porque não pôde ser revogado senão por outro.

O argumento dos contrarios funda-se ainda na revogabilidade do acto, e da revogabilidade do acto da parte do agente: deduzem tambem a sua revogabilidade da parte do legislador. Ainda que os argumentos de analogia nem sempre demonstram a verdade da these que se pretende, a analogia neste caso levar-nos-hia a funestas consequencias. Se não, vejamos.

O testador pôde revogar o seu testamento: logo tambem o legislador. O testador pôde deixar a Pedro o que havia anteriormente disposto em favor de Paulo: logo o legislador pôde fazer o mesmo.

Se os motivos, pelos quaes o legislador pôde tornar sem effeito um testamento valido sob o ponto de vista da capacidade do testador, fossem os mesmos que poderiam determinar o testador a revogar a sua disposição, parecia em tal caso o legislador assimilar-se ao testador, porque a identidade de motivos produzia a identidade de actos, e uma vez que fosse satisfeita a vontade do testador, tanto importava que o fosse por determinação sua como por disposição da lei. Mas como raramente ou difficilmente se dará este caso unico em que a analogia fica perfeita, tambem difficilmente pôde acceitar-se como legitima a argumentação com que pretendem demonstrar a opinião contraria.

Ha mais: a revogabilidade da lei, além de ser uma especie de annullação, é tambem tambem uma interdicção ou uma incapacidade.

Aquelle que faz um testamento, ainda que o revogue, é sempre senhor de fazer outro em que institua os mesmos ou diversos herdeiros; em quanto não for declarado incapaz é-lhe permittido alterar a ordem da successão legal, porque o testamento, qualquer que seja a sua fórma, não é senão a

subrogação da vontade individual do testador á vontade individual ou collectiva do legislador. Sómente na falta de nova disposição, depois da revogação da primeira, é que a successão se defere pela forma legal; mas no caso da revogação feita pela lei, visto que o testador, em consequencia da incapacidade que soffre, não pôde fazer outra disposição testamentaria, não tem logar outra successão além da legal. Não só se não realisa a vontade do testador manifestada externamente, mas ainda a lei vai dar os bens d'elle ás pessoas a quem o mesmo os queria tirar.

Do que deixamos dicto mostra-se claramente que nem a qualidade de direito não adquirido, nem a natureza do acto, podem justificar a applicação da lei nova, que impõe certa incapacidade aos testamentos já feitos, posto que não abertos. Mas ainda ha outro principio, que costuma invocar-se para legitimar a acção da lei nova sobre actos preteritos. E o interesse geral. Tão vago porém, e tão indefinido é o principio do interesse geral que, não o accitendo como base de systema para a solução de questões transitórias, não ousamos ainda invocal-o para a solução d'um caso particular. Se este principio justificasse a applicação da lei nova aos factos preteritos, teriam todas as leis esta applicação, pois a lei que não se propõe a utilidade geral, pôde ser um privilegio, uma lei de excepção, mas nunca uma lei *qua tal*. Além d'isso, como toda a lei nova se presume melhor que a lei anterior, ou boa e necessaria na falta de lei anteriormente promulgada, tambem é mais util e mais vantajosa á sociedade a applicação da ultima lei do que a das precedentes; e por isso a conclusão logica e necessaria, que se deduzia do principio preestabelecido, era que a lei nova deveria applicar-se a todos os factos comprehendidos no seu edicto, fossem ou não preteritos, era o imperio exclusivo e absoluto da ultima lei, era a consagração da ultima hora, o sacrificio de todo o passado saudoso nas aras do presente fugitivo, e incerto. Era a conversão da certeza em receio, da necessidade do direito realisado na contingencia do direito resolvel, ao simples nutu do legislador. Quem arvorasse semelhante principio em systema não podia deixar de admittir o dominio pleno, absoluto e certo do legislador sobre as cousas e acções

de seus subditos, porque este é consequencia legitima d'aquelle. Não é pois pelo interesse geral que havemos de decidir se deve applicar-se aos testamentos já feitos, mas ainda não abertos, a lei que introduzir uma nova especie de incapacidade, pois segundo este principio, que domina todas as leis, não haveria uma só lei que não devesse ser applicada immediatamente aos actos preteritos.

A incapacidade imposta pela lei a certas pessoas para a practica de todos os actos da vida civil ou sómente d'alguns sempre, tem por causa um defeito physico ou moral, ou um delicto. Para demonstrar a verdade d'esta asserção com respeito aos testamentos basta apenas examinar as varias incapacidades, tanto absolutas como relativas, estabelecidas pelo Codigo Civil. É assim que os menores de quatorze annos d'um e d'outro sexo, os que não estiverem em seu juizo, não podem testar por defeito moral somente ou por defeito physico e moral conjunctamente as religiosas professas, por falta de liberdade, os cegos e os que não podem ou não sabem ler, em testamento cerrado¹; o menor em favor do tutor antes da emancipação e da prestação de contas, excepto se este for algum ascendente, ou irmão do menor²; em favor dos mestres, pedagogos ou quaesquer pessoas a cujo cuidado esteja entregue³; os enfermos em favor dos facultativos, que lhes assistirem na molestia ou dos confessores que, durante ella, os confessaram, se morrerem d'essa molestia⁴; qualquer testador em favor do tabellião que lhe faz o testamento publico, ou auto de approvação do testamento cerrado, da pessoa que lhe escreve este, e das testemunhas que intervêm no testamento publico, ou no auto de approvação do testamento cerrado⁵; não pôde finalmente estar, por effeito de pena, o condemnado, nos termos do artigo 355 do Codigo Civil, nem o conjuge adultero em favor do seu cumplice, se o adulterio tiver sido provado judicialmente antes da morte do testador.⁶

Quando pois a lei estabelece nova especie de incapacidade

¹ Cod. Civ. Port., art. 1764, n.º 1.º, 3.º, 4.º e § un.

² Cod. Civ. Port., art. 1767.

³ Cod. Civ. Port., art. 1768.

⁴ Cod. Civ. Port., art. 1769.

⁵ Cod. Civ. Port., art. 1772.

⁶ Cod. Civ. Port., art. 1764, § 2.º, e art. 1771.

para testar devemos examinar qual o verdadeiro fundamento d'esta incapacidade, bem como a sua duração, para determinar a influencia que possa exercer sobre os testamentos já feitos, pois, segundo for diverso o fundamento da incapacidade e diversa a sua duração, assim diversa deverá ser tambem a influencia ou acção da lei que decreta a incapacidade sobre os testamentos já feitos, mas ainda não abertos. Não ha por conseguinte incapacidade natural, ou civil que não resulte de algum defeito physico ou moral ou de algum delicto, e tanto uma como a outra póde ser perpetua ou temporaria. No primeiro caso é um simples defeito, no segundo é uma pena. Feita pois esta distincção, que julgamos necessaria, vamos determinar o modo segundo o qual se devem applicar as leis que estabelecem novas incapacidades para testar conforme a sua causa e a sua duração. Quando a incapacidade novamente introduzida pela lei, tiver como causa um defeito physico ou moral do testador, cumpre distinguir se o defeito é perpetuo ou temporario: pois sendo perpetuo deve applicar-se a lei nova aos testamentos já feitos, e por conseguinte julgarem-se nullos; mas sendo temporaria a causa da incapacidade, e tendo desaparecido já no tempo em que fôra introduzida pela nova lei, não deve esta applicar-se aos testamentos já feitos.

O effeito diverso, que a publicação da lei nova decretando uma nova incapacidade proveniente d'um defeito physico ou moral, exerce sobre os testamentos já feitos, segundo a sua diversa duração, leva-nos a adoptar para os dois casos soluções differentes. Em verdade, se applicarmos a lei nova aos testamentos anteriores, quando a incapacidade proveniente d'um defeito for vitalicia, o testamento fica nullo, é verdade; mas tambem, se não applicarmos a lei nova ao testamento já feito, este torna-se irrevogavel pela publicação da mesma lei, porque todo o testamento feito sob seu imperio seria nullo, fosse ou não revogatorio d'outro. Das duas soluções escolhemos a primeira, porque, se não é moralmente certo que o testador, ainda conservando a sua capacidade, revogaria o testamento já feito, tambem não é mais certo que se não dêsse a revogação. Alem de que, sendo permanente a causa da incapacidade, seriam imperfeitas todas as manifestações da sua vontade. A lei, pois, que lhe

retirou sem recurso a faculdade de revogar o seu testamento, deve tambem declarar este nullo, porque onde ha a mesma razão, ha a mesma disposição. Póde porém dizer-se que em tal caso seria preferivel não applicar a lei nova aos testamentos já feitos, nem aos auctores d'esses testamentos, e conservar-lhes a faculdade revogatoria de que gozavam quando fizeram a sua disposição. Todavia não julgamos que se possa adoptar semelhante solução, porque seria admittir actos reprovados pelas leis vigentes para conservar actos validos por falta de leis prohibitivas, mas em todo o caso viciados na origem. Ou esta lei não é applicavel ás pessoas que tiverem feito já seu testamento, pois que se lhes deve conservar a faculdade revogatoria de que gozavam ao tempo da celebração d'este e da publicação d'aquella e seria absurdo admittir-se, sob o imperio da mesma lei, actos validos e nullos da mesma especie, ou decretando-se a sua applicação a todas as pessoas indistinctamente, quer tenham quer não tenham feito já seu testamento, deve tambem declarar este nullo, não só porque não é mais certo que o testamento não seria revogado se ao testador se conservasse a faculdade revogatoria, do que o revogaria, mas ainda porque, laborando em defeito ao tempo de sua factura, não se deve ter como a manifestação real da sua vontade, que ou não fôra allumiada pela luz da intelligencia ou fôra alliciada pelas paixões, ou ainda porque a revogação participava do mesmo vicio. Nesta especie não cremos que haja duvida, porque, seguindo os auctores que a lei nova que mudar a incapacidade do testador, deve ser applicada aos testamentos já feitos mas não abertos sem distincção, é claro que neste ponto ao menos estão de accordo com a nossa opinião.

Supponhamos agora que a causa da nova incapacidade não é perpetua, e acaba antes da morte do testador, a qual teve logar na vigencia da nova lei, (caso unico em que póde haver duvida sobre a sua não applicação aos testamentos anteriores). Nesta hypothese intendemos que não se deve applicar a lei nova, pois a sua applicação seria inteiramente inutil, porque seria annullar um acto e permittir a sua practica, visto que a incapacidade já tinha cessado. Neste caso encarregava-se a lei de fazer o que o proprio testador podia fazer. Era o legislador ou o juiz ar-

vorado em procurador do testador, quando semelhante acto não póde ser practicado por procuração¹.

Se o fundamento da incapacidade novamente decretado for um delicto, como semelhante especie de incapacidade é uma pena, e como as penas não podem infligir-se a actos que não estavam sujeitos a esta penalidade, parece que a lei nova, que impoz esta especie de incapacidade, não deve applicar-se aos testamentos já feitos, declarando nullos actos validos segundo a lei do tempo em que foram practicados. Mas se neste caso não se applica a lei nova aos testamentos já feitos, declarando-os nullos, e se applica a todos os actos posteriores, o testamento anteriormente feito, de revogavel que era por natureza, tornou-se irrevogavel pela publicação da nova lei. Escolher pois entre a applicação das duas leis, é escolher entre a nullidade e a irrevogabilidade do testamento, entre a successão legitima e a successão testamentaria. Neste dualismo, nesta collisão, deveria adoptar-se a solução mais conforme ao systema da legislação positiva, porque, segundo a lei favorecesse mais o systema legal ou testamentario, assim nos deveriamos decidir pela applicação da segunda lei no primeiro caso, ou pela da primeira no segundo. Parece-nos que, segundo a intenção do legislador, segundo até a natureza das cousas, deve ser mais favorecida a successão testamentaria do que a legal, porque esta é apenas a presumpção, e aquella é a verdade; e sendo assim, deveria applicar-se a primeira considerando o testamento valido, muito embora o testador ficasse privado da faculdade da revogação, consequencia inevitavel da sua incapacidade, effeito da pena. Esta solução não exime o criminoso da pena, visto que, depois da publicação da lei que lhe impoz a incapacidade, não gozava mais da faculdade de fazer testamento, nem offende direito algum adquirido, porque os herdeiros legitimos, os unicos a quem esta solução vae prejudicar, tanto não tinham direito á successão, que até o testador tinha validamente disposto em favor de outras pessoas; e por isso, annullar a sua disposição era premiar os herdeiros com a herança testamentaria, era interessal-os no crime a que andava annexa esta pena, era talvez tor-

¹ Cod. Civ. Port., art. 1740.

nal-os cúmplices, visto que o crime do testador lhes assegurava a successão.

Bem conhecemos que estas mesmas razões militam igualmente contra a opinião que abraçamos, ainda que com menos força segundo nos parece. Com effeito, applicando-se a lei antiga, transfere-se irrevogavelmente para o herdeiro testamentario a herança que a cada momento lhe podia ser tirada e a que não tinha direito. Tambem era premial-o com a herança do testador, tornal-o interessado no crime, fazel-o talvez cúmplice, visto que do crime lhe advinha a irrevogabilidade d'um direito incerto. Observa-se porém, que, ou se applique uma lei ou outra, o testador soffre inevitavelmente a pena da incapacidade, consequencia do delicto, ainda que num caso mais extensa do que noutro, porque, applicando-se a lei nova, o effeito da incapacidade ainda se estende ao testamento já feito, e applicando-se a lei antiga, não póde o testador fazer outro testamento em consequencia da sua incapacidade, mas conserva-se, respeita-se o testamento já feito. Ora, se as penas fossem individuaes, de sorte que as suas consequencias não affectassem mais pessoa alguma, não hesitaríamos em applicar ao criminoso a pena mais dura, e mais extensa, ainda que nos queira parecer que o crime practicado posteriormente não deveria influir sobre os effeitos d'um acto já passado, mas como a pena, que resulta da applicação das duas leis, affecta desegualmente pessoas que nada têm com o crime, talvez deva preferir-se a applicação d'aquella lei que for menos offensiva de terceiro, ainda que não seja a mais dura para o testador. Ora esta parece-nos ser a applicação da lei antiga: pois, quando um individuo faz o seu testamento, ha em verdade duas ordens de pessoas, que podem esperar a herança, as chamadas por disposição de lei, e as chamadas por testamento; mas, com quanto estas duas ordens de pessoas possam ter esperanza de succeder nos bens do testador, similhante esperanza assenta todavia em fundamentos diversos: pois uns têm a seu favor a lei, e outros a vontade do testador, uns a mera presumpção legal, e outros a presumpção moral; uns um factó já practicado, e outros a mera possibilidade d'um segundo factó destrutivo do primeiro, uns um factó a favor, e outros um factó contra. A realisção da esperanza d'uns depende d'uma simples omissão do testador, e a

realização da esperança dos outros depende não só d'um facto positivo, mas ainda d'um facto que se limite sómente a destruir o effeito do primeiro.

A successão legal defere-se na falta de successão testamentaria; mas a disposição testamentaria deu-se, e por isso é necessario que esta *re* revogue ou annulle para aquella ter logar. Assim como na falta de testamento a presumpção é a favor do herdeiro legitimo, assim tambem, depois da factura do testamento, embora revogavel, a presumpção é a favor do herdeiro testamentario, porque a disposição do testador contraria á successão legal contém uma manifestação contra os herdeiros legitimos, e uma manifestação a favor dos instituidos em testamento. É um acto de preferencia, e ninguem póde affirmar que estes seriam os unicos preferidos, isto é, que o testador revogando o primeiro testamento não chamaria outras pessoas á successão de seus bens. Vê-se pois que, em consequencia da manifestação da vontade do testador, contra a ordem da successão legal, a expectativa do herdeiro testamentario é mais forte que a do herdeiro legitimo, e que por isso a pena, que soffreria com a applicação da lei nova, seria mais dura e mais pesada do que a causada ao herdeiro legitimo pela applicação da lei antiga; e por tanto, visto que a pena deve ser quanto possivel individual, deve applicar-se esta e não aquella lei, quando em consequencia d'um crime fôra imposta a qualquer pessoa, como pena, a incapacidade de testar.

Esta doutrina não é seguida pelos auctores, porque geralmente concordam em que as leis que regulam a capacidade das pessoas se applicam immediatamente aos actos não consummados, caso em que estão os testamentos não perfectos e acabados senão pela morte do testador¹. Não é tambem conforme com as leis no que respeita á incapacidade dos condemnados, porque o testamento d'estes fica nullo pela condemnação, segundo é expresso nas leis², castigando-se por esta forma não só o testador, mas o herdeiro ou

¹ Meyer, obr. cit., pag. 58—54; Pinto, Supplemento ao mesmo, pag. 154 e 155; Merlin, obr. cit., secç. III, § 1.º, n.º 4, e § 5.º, n.º 1; Sr. Zeabra, Apostilla n.º 2, pag. 46, n.º 47; Savigny, obr. cit., § 393, 394 e 395, pag. 447—482; Malher de Chassat, pag. 69; Kalindéro, obr. cit., pag. 113—115; Francesco Bianchi, obr. cit., pag. 10 e n.º 85.

² Cod. Civ. Port., art. 355.

legatario; nem em quanto ás outras especies, porque, mandando o Codigo¹ que a incapacidade do testador seja regulada pelo estado em que se achava ao tempo em que o testamento foi feito, segue-se que, ainda no caso da nova incapacidade permanente, deveria reputar-se o testamento valido, visto que, ao tempo que foi feito, não era incapaz o testador.

Ha porém um auctor² que, não admittindo a generalidade da decisão, distingue entre a capacidade de direito e a capacidade de facto, e intende que a primeira se exige nas duas epochas, a saber: na da factura do testamento e na da morte do testador, e a segunda sómente na da factura do testamento. Neste supposto, facil é regular a applicação da lei nova aos testamentos já feitos: pois, se a incapacidade é simplesmente de facto, applica-se a lei que vigorava ao tempo em que o testamento foi feito, sendo nulla a influencia da lei nova; mas, se a incapacidade é de direito, como esta se exige em ambas as epochas, tambem se applica a lei nova, e em tal caso um testamento valido sob a primeira fica nullo sob a segunda. A diversidade d'esta decisão, que seduz pela sua simplicidade, parece fundar-se numa distincção mais apparente que real, pois não sabemos verdadeiramente qual possa ser a differença entre não poder ter um testamento e não o poder fazer, porque se quem o não pôde ter o não pôde fazer, tambem é certo que quem o não pôde fazer não o pôde ter. O não exercicio do direito equivale á não existencia do mesmo direito. Se o citado auctor fizesse distincção entre não ter testamento nenhum e não ter certos e determinados testamentos, ou ainda entre ter algum testamento e não ter outros, esta distincção seria verdadeira, porque a incapacidade pôde ser absoluta, ou relativa a certas formas ou a certas pessoas; mas entre o direito e o facto, entre a faculdade e o exercicio, não a temos nem por bem fundamentada, nem por assás justificativa da sua opinião. Entretanto, a franqueza e a consideração pelo auctor não nos consentiriam que deixassemos de referir aqui as suas mesmas ideas e de remetter nossos leitores para a sua obra tantas vezes citada no decurso d'este trabalho.

¹ Cod. Civ. Port., art. 1765.

² Kalindéro, obr. cit., pag. 115 e 116.

Se a lei nova declara capaz de testar o individuo, que precedentemente não o era, o testamento feito durante esta incapacidade não se revalida pela publicação da lei abrogatoria d'esta mesma especie de incapacidade. É esta a opinião de todos os auctores¹ que têm escripto sobre o conflicto das leis no tempo e que pudémos consultar, excepto a de Meyer², porque este sustenta que, levantando uma lei nova certa incapacidade, deve esta ser applicada aos testamentos feitos sob o imperio da lei abrogada que impunha a incapacidade, e que por conseguinte um testamento, nullo na sua origem, porque o testador era incapaz, segundo a lei do tempo, de sua celebração, pôde tornar-se valido se no tempo da sua morte aquella incapacidade já houvesse sido abolida por lei posterior á factura do testamento; confessa todavia o citado auctor que a sua opinião é contraria á regra Catoniana, segundo a qual um acto, nullo na sua origem, já-mais poderá validar-se pelo tracto de tempo; mas desata esta difficuldade, que elle mesmo chama séria, fazendo ver que não pôde applicar-se aos testamentos a regra Catoniana. Pondo de parte as varias excepções feitas a esta regra, já pelas mesmas leis romanas, já pelos jurisconsultos commentadores, por lhe parecer que em nenhuma d'ellas podem fazer-se comprehender os testamentos, intende todavia que a supradicta regra não é hoje applicavel aos testamentos, porque, sendo estes hoje considerados como um acto civil, e não como uma derogação das leis do Estado, não se deve dar á sua forma a mesma importancia que lhes davam as leis romanas, e que por isso, ainda que um testamento fosse nullo na sua origem por defeito de forma ou de capacidade, pôde validar-se posteriormente se uma lei nova, abrogatoria da antiga, viesse sanar este defeito.

Alem d'isso, mesmo entre os romanos havia especies de testamentos³ a que não era applicavel a regra Catoniana. É o testamento militar, para o qual não se exige formalidade alguma, sendo bastante a declaração da vontade feita por qualquer forma.

«Supponhamos o caso, diz o citado auctor⁴, em que um

¹ Auct. cit. na not. 1.^a e pag. 236.

² Meyer, obr. cit., pag. 59—64.

³ L. 1, § 1.^o, D. de testamento militis.

⁴ Meyer, obr. cit., pag. 62 e 63.

particular fez um testamento nullo, e que depois, votado ao serviço da patria, vem a morrer sem outra disposição: qual será a sua sorte? será conservado pelo privilegio de soldado que, dispensado de toda a formalidade, poderia fazel-o tal qual está? Ou a regra Catoniana tornará este testamento nullo, porque o fôra na origem? Os jurisconsultos decidiram, e o Imperador Antonino confirmou esta decisão¹, que o testamento militar é valido, comtanto que o militar não manifestasse uma vontade contraria². » O profundo e erudito jurisconsulto Merlin³, seguindo doutrina contraria a Meyer, incumbe-se de refutar os argumentos deduzidos das decisões de dois tribunaes francezes⁴, mostrando que as especies julgadas nestas sentenças são differentes das especies de que se tracta, porque na primeira, tractando-se da disponibilidade dos bens, decidiu-se que a lei applicavel neste caso era a do tempo em que se abriu a successão, e na segunda, fallando-se da indignidade do legatario, julgou-se que esta devia ser regulada pela lei do tempo em que o testador morreu e não em que dispoz. A opinião de Merlin é a que tem prevalecido e que parece corroborar-se com a disposição do nosso Codigo, que manda regular a capacidade do testador pelo estado em que se achar no tempo em que o testamento for feito⁵.

Cumpria-nos agora, segundo o plano que temos seguido, fazer a applicação d'estes principios ás especies offerecidas pelo Codigo Civil; mas, como este trabalho nos vai ultrapassando os limites d'uma Dissertação Academica, e como por outro lado, assentados os principios, se torne facil decidir as questões suscitadas com as mudanças introduzidas pelo Codigo sobre a capacidade do testador, por isso nos abtemos de as apresentar e julgar, e passamos ao objecto seguinte.

¹ L. 9, § 1.º; L. 15, § 2.º; L. 20, § 1.º; e L. 25, D. eod. tit.

² Meyer, obr. cit., pag. 62 e 63; Suppl. ao mesmo n.º 47.

³ Merlin, obr. cit., secç. III, § 5, n.º 3.

⁴ Tribunal de cassação 28 germinal an. II, e tribunal de appellação de Turim, 7 de junho de 1809.

⁵ Cod. Civ. Portl., art. 1765.

b) Incapacidade do herdeiro e legatario

Alguns auctores costumam tractar da capacidade ou incapacidade do testador, do herdeiro e do legatario conjuntamente; mas, porque estas duas especies se distinguem entre si, por isso as tractamos separadamente. A determinação da lei que deve regular a capacidade ou incapacidade do herdeiro ou legatario está dependente da epocha em que elle deve ser capaz, porque segundo for a epocha da factura do testamento, da sua abertura, ou da addição da herança, assim a lei applicavel será a correspondente a cada uma d'estas tres epochas. Por direito romano não bastava que o legatario fosse capaz á morte do testador: era necessario que o fosse tambem á factura do testamento, e o herdeiro instituido devia sel-o ainda na epocha da addição da herança. O fundamento d'esta disposição era, em quanto ao legatario, a regra Catoniana, segundo a qual devia o testamento apresentar no momento da sua factura todos os elementos de validade, como se o testador devesse morrer immediatamente; e quanto ao herdeiro era a necessidade da addição para a transferencia ou translação do direito sobre a herança¹. Como porém nenhuma das regras foi reproduzida pelo nossoCodigo, pois que manda regular a capacidade do herdeiro e do legatario pela epocha da morte do testador², e dispõe que o direito se transfere immediatamente depois da sua morte³, segue-se que a capacidade do herdeiro ou legatario ha de ser regulada pela lei nova promulgada antes da morte do testador, embora o fosse depois da factura do testamento. D'onde se conclue, que não só o herdeiro, de incapaz que era quando foi instituido herdeiro, pôde tornar-se capaz, se ao tempo da morte do testador essa incapacidade houvesse sido levantada por lei posterior e ainda vigente, mas tambem o que fosse capaz na epocha da sua instituição pôde perder essa mesma incapacidade, se assim fosse determinado em lei posterior.

Mas se o herdeiro ou legatario forem instituidos condi-

¹ Kalindéro, obr. cit., pag. 116.

² Cod. Civ. Port., art. 1778.

³ Cod. Civ. Port., art. 2011.

cionalmente, e se entre a morte do testador e a realisação da condição sobrevier uma lei que os declare incapazes de receber, esta lei tem applicação immediata aos testamentos já abertos, porque, segundo o *Codigo Civil*¹, deve attender-se tambem ao tempo da realisação da condição imposta ao herdeiro ou legatario pelo testador para conhecer da sua capacidade. Esta solução parece-noa conforme não só ao *Codigo Civil*, mas ainda aos abalisados auctores que se têm occupado d'estas questões. Com effeito, Kalindéro² formulando a questão da influencia da lei nova, que depois da morte do testador, e antes que o herdeiro ou legatario instituidos tenham acceitado a herança, viesse declaral-os nesse intervallo incapazes, faz a seguinte distincção tomada de Merlin³.

«Se a lei vigente ao tempo da morte do testador exigia que os legatarios continuassem a ser capazes até ao dia da acceitação, neste caso a lei nova receberia a sua applicação, pois que não havia ainda para os legatarios direito algum adquirido. Mas, se a lei vigente ao tempo da morte do testador, não exigia a prolongação da capacidade, a lei nova é sem effeito; ella não póde tirar nem diminuir os direitos adquiridos, e as disposições do testador conservarão necessariamente todo o seu effeito.» Quando porém o herdeiro ou legatario forem instituidos conditionalmente, se antes do cumprimento da condição forem declarados incapazes de receber por lei posterior, esta lei não póde exercer influencia alguma sobre os testamentos abertos. É verdade que o testamento caduca, se o herdeiro ou legatario morre antes de se verificar a condição, e nada transmite aos herdeiros d'elle; mas nem por isso o testamento deixa de ser um acto consummado, cujo effeito deve depender só da realisação do evento e não da vontade do legislador⁴. Quanto porém á condição que apenas suspende por certo tempo a execução da disposição não póde haver duvida, porque esta não impede que o herdeiro ou o legatario adquiram direito á herança e possam transmittil-o aos herdeiros⁵, ficando porém

¹ *Cod. Civ. Port.*, art. 1778.

² *Obr. cit.*, pag. 117.

³ *Obr. cit.*, secç. III, § 4.º, n.º 6.

⁴ Kalindéro, *obr. cit.*, pag. 116 e 117.

⁵ *Cod. Civ. Port.*, art. 1810.

um e outro a salvo de qualquer lei superveniente, que mude a capacidade de receber.

A lei nova, que prohibe ou declara nullas certas condições, não póde applicar-se aos testamentos já abertos, porque se tornaram irrevogaveis, mas applica-se aos testamentos que ainda não estiverem abertos no tempo da sua publicação, posto que feitos sob uma lei que permittia a adjuncção de clausulas hoje prohibidas, porque, não se aperfeiçoando o testamento senão pela morte do testador, a lei nova surpreheende-o ainda em tempo de o modificar segundo as suas prescripções. É assim que em o nosso entender a disposição do artigo 1743 com seu paragrapho e as dos artigos 1808 e 1809 do Codigo Civil se devem applicar aos testamentos anteriores, que não estivessem abertos no tempo de sua publicação, porque passando, sómente por morte do testador, o direito para os successores, pela lei d'esta epocha é que devem regular-se as condições impostas sobre a herança.

c) Quota disponível de bens

O direito de propriedade comprehende, alem d'outros, o direito de alienação¹, principio e consequencia, causa e effeito, materia e condição d'aquelle direito, pois a certos respeitois a aquisição da propriedade por uns, resulta da alienação feita por outros, assim como a alienação presuppõe a sua aquisição. A primeira vista parece haver contradicção entre estas proposições, em que é impossivel a aquisição da propriedade, porque toda a alienação suppõe aquisição. A contradicção que parece dar-se entre estas proposições deixa de ser real, se attendermos a que, não podendo haver alienação sem aquisição, ha todavia algumas vezes aquisição sem alienação, como quando alguma cousa *nullius* passa para o nosso dominio por algum dos modos reconhecidos em direito, e que se chamam originarios ou primitivos em opposição aos modos derivados ou secundarios. D'aqui se deduz que, se a propriedade póde existir, importa que exista antes do direito de alienação; mas se negassemos este direito á propriedade, tornal-a-hiamos não só limitada na sua

¹ Cod. Civ. Port., art. 2169.

acquisição, mas imperfeita no seu uso. A sociedade entre os homens não teria razão de ser. Cada um havia de produzir por suas próprias forças o que houvesse de consumir. Seria impossível a vida, porque as faculdades individuais são insufficientes, não obstante a energia das suas operações, a riqueza das suas manifestações, e a variedade dos seus productos. O direito de alienar é o fundamento e condição da permutação de serviços, e a permutação de serviços ou a troca é a sociedade, e a sociedade é a atmosphera em que vive a humanidade. Mas sem embargo a maxima importancia d'este direito, como requisito, da propriedade, elemento de progresso, este como os demais direitos, que constituem a propriedade está sujeito a certas restricções impostas pela propria natureza da cousa, pela vontade do proprietario e pela disposição expressa das leis¹. Uma d'estas restricções impostas ao direito de propriedade, é a inviolabilidade da legitima que a lei assegura a certa classe de pessoas da qual não podem ser privadas senão em caso de desherdação expressa e pelas causas designadas na lei. Tanto a designação das pessoas que têm direito á legitima, como a determinação dos bens que a constituem tudo é obra da mesma lei².

O direito de testar que as leis reconhecem, tem pois um limite marcado nas mesmas leis que é a legitima, mas ficando esta salva póde o testador dispor do resto da herança em favor de quem lhe aprouver e as leis permittirem. E como não só a porção de bens, mas tambem os parentes do defuncto que têm direito a esta quota da herança sejam determinados pela lei, e como esta possa ser successivamente modificada, já augmentando-se, já diminuindo-se a porção legitimaria e portanto a quota disponivel, já restringindo-se ou alargando-se o circulo das pessoas a quem a lei antiga attribue a legitima: por isso é preciso determinar a lei que deva applicar-se quando entre a factura do testamento e a sua abertura houver sido alterada a quota disponivel pelo augmento ou diminuição da porção legitimaria. Temos exemplos d'esta especie de questões transitorias³ em o nosso Codigo Civil. Se-

¹ Cod. Civ. Port., art. 2170.

² Cod. Civ. Port., art. 1784—1790, 1875—1884.

³ Cod. Civ. Port., art. 1784—1786.

gundo as disposições d'este a legitima dos descendentes, sem distincção de linha, de gráu, de sexo e idade, consiste em duas terças partes da herança, sendo a quota disponível apenas uma terça parte da mesma; mas a legitima dos ascendentes¹, que não forem pae ou mãe, consiste em ametade da herança, ficando disponível a outra metade. A disposição do Código concorda com o direito antigo² em quanto á legitima dos descendentes, mas não em quanto á dos ascendentes, porque, segundo aquelle direito, era esta igual á dos descendentes, qualquer que fosse o gráu de parentesco em que se achassem relativamente ao testador. O herdeiro ou legatario não adquire irrevogavelmente direito á herança senão no momento em que o testador se linou³. Antes d'este acontecimento tinha apenas uma simples expectativa fundada numa manifestação da vontade a seu favor, mas cujo effeito podia a cada momento ver destruido por outra manifestação em contrario, porque é da essencia das disposições feitas para depois da morte o serem revogaveis até á morte⁴. Ora, se a transmissão do direito de testador sómente se effectuou no momento da sua morte, pois até esse momento estava, por assim dizer, em suspensão, esperando a revogação da vontade do testador ou a sua confirmação por morte do mesmo, segue-se que deve ser exercido dentro dos limites designados na lei do tempo em que pretende exercer-se. A applicação da lei nova não é offensiva de direito algum. Não o é do testador, porque ou augmente ou diminua a quota disponível, não póde a sua vontade, cuja realisação ainda está dependente d'um acontecimento futuro, prevalecer contra a disposição d'uma lei que foi promulgada antes d'esse acontecimento. Não o é dos herdeiros legitimos, porque muito embora a lei nova tivesse augmentado a quota disponível, diminuindo por isso a porção legitimaria, esta devia ser calculada no tempo da morte do testador e não no tempo do testamento. Alem d'isso, como a porção legitimaria é mero favor da lei, o qual sómente se reccebe por morte do testador, póde ella amplial-o ou restringil-o em quanto não

¹ Cod. Civ. Port., art. 1787.

² Ord. liv. 4, tit. 82 pr^o.

³ Cod. Civ. Port., art. 2011.

⁴ Cod. Civ. Port., art. 1754.

se está de posse d'ella. Não o é finalmente do herdeiro testamentario, não só porque este também não tem direito algum certo e inaufervel senão depois da morte do testador, mas ainda porque, devendo o direito do mesmo testador regular-se pela lei do tempo em que o exerce definitivamente, força é que o herdeiro testamentario não tenha direito além d'aquelle exercicio.

Quando porém a lei nova augmente a quota disponível, é necessario attender á fórma da disposição, a fim de conhecer qual fosse a intenção do testador, porque, se das palavras do testamento se colligir que o testador quizera dispôr de toda a porção que as leis lhe permitiam, deve nesse caso determinar-se a porção não pela lei do tempo em que o testamento foi feito, mas pela da morte do testador, recebendo o herdeiro instituido a quota designada por esta ultima lei, visto que a intenção do testador foi deixar ao herdeiro todos os bens de que podia dispôr. Se porém a disposição testamentaria versar sobre bens certos e determinados, o herdeiro ou legatario não poderá receber senão esses bens, porque, se excedem a quota disponível ao tempo do testamento, não excedem a da lei nova, que deve applicar-se neste caso, como já demonstrámos; e se são inferiores á quota disponível, segundo a ultima lei, não pôde ampliar-se, porque o testador, dispondo de certos bens, mostra não querer dispor de todos os que a lei lhe facultava, aliás não os designaria; e assim como a sua disposição se observa inteiramente quando os bens, cabendo na quota disponível segundo a lei nova, excediam todavia a quota disponível segundo a lei do tempo, em que se fez o testamento, assim também no caso de designação de bens não devem augmentar-se, ainda que a lei do tempo permittisse uma disposição mais ampla e mais liberal¹.

Temos exemplo d'esta especie no Codigo Civil², o qual reduziu a legitima dos ascendentes, que não forem pae ou mãe, de duas terças partes da herança á metade, podendo

¹ Kalindéro, obr. cit., pag. 118 e 119; Francesco Bianchi, obr. cit., pag. 111 e 112; Demolombe, obr. cit., n.º 49; Pinto, Suppl. a Meyer, pag. 161 e 162, n.º 57; Merlin, obr. cit., secç. III, § 3, art. 1; Dallos, n.º 323; Pfeiffer, pag. 451 e 452; Savigny, § 395.

² Cod. Civ. Port., art. 1787.

neste caso dispôr da outra metade aquelle que por direito antigo ¹ não podia dispor senão d'uma terça parte. Se por tanto um individuo nestas circumstancias tivesse feito o seu testamento antes do Codigo Civil, morrendo depois, ainda que os bens de que dispoz excedam a quota disponivel segundo a lei antiga, não pôde semelhante testamento reduzir-se por inofficioso a não exceder ametade da herança. Mas se os bens forem designados, ainda que não perfaçam ametade da herança, nem por isso o herdeiro instituido antes do Codigo pôde pedil-os, fundado em que o testador, se podesse prever a futura permissão do Codigo, teria disposto, em seu favor, de toda a quota disponivel, porque devemos avaliar a intenção do testador pelas suas disposições effectivas e reaes, e não pelas imaginarias e hypotheticas.

d) Forma dos testamentos

Intendemos aqui por forma dos testamentos não só os diversos modos pelos quaes pôde fazer-se uma disposição testamentaria, senão tambem as diversas formalidades que em cada uma d'ellas se exigem por lei, tanto para prova, como para maior solemnidade dos mesmos testamentos. Sendo pois diversas as formas de testamento e em cada uma d'estas diversas tambem as solemnidades, pôde a lei nova abolir algumas d'ellas, ou exigir nas que conserva solemnidades novas², e por isso releva saber a influencia d'esta lei sobre os testamentos já feitos e ainda não abertos.

É opinião³ geralmente seguida que a forma dos testamentos deve ser regulada pela lei do tempo em que o testamento foi celebrado, porque tambem era esta a unica lei que o testador podia observar, pois quando testou não conhecia nem podia conhecer outra. O testamento uma vez celebrado,

¹ Coelho da Rocha, Dir. Civ., § 347.

² Cod. Civ. Port., art. 1910—1916.

³ Merlin, obr. cit., secç. III, § 5, n.º 1; Chabot de l'Allier, verbo *Testament*, § 1.º; Kalindéro, obr. cit., pag. 119—122; Demolombe, obr. cit., n.º 62; Francesco Bianchi, obr. cit., pag. 120 e 121, n.º 95; Dallos, n.º 314; Weber, 1420, pag. 90 e seg.; Pfeiffer, p. 448 e 449; Pinto, Supplemento a Meyer, pag. 131 e 132, n.º 21.

cumpridas as solemnidades legaes, é um acto perfeito e consummado pelo que respeita á sua fôrma; é verdade que pôde dizer-se que, não se tornando o testamento um acto irrevogavel senão pela morte do testador, e sendo a sua forma alterada por outra lei publicada entre a sua factura e a sua abertura, não deverá o testamento reputar-se valido, porque não tinha as formalidades legaes no momento em que havia de sortir seus effeitos¹. No entanto, como a fôrma dos actos juridicos, e por isso a dos testamentos, sómente pôde ser regulada pela lei do tempo em que estes são celebrados, *tempus regit actum*, e como a reforma d'estes actos, em harmonia com as mudanças operadas por leis posteriores, além de inutil e gravosa, se tornava em muitos casos impossivel, mostra-se que não deve a lei nova regular a fôrma dos testamentos anteriores.

Pôde todavia a lei nova, que fizer alguma mudança na fôrma externa dos testamentos, determinar que os testamentos anteriormente feitos, mas não abertos, sejam reformados em conformidade com as prescripções da lei nova, marcando-se um praso sufficiente para se operar a sua reforma. Neste caso sómente o testamento válido, segundo a lei do tempo da sua celebração, pôde ser declarado nullo e deixar de sortir effeito, se o testador não o reformar dentro do praso marcado². Note-se porém que Duvergier³ intende que a lei nova, que mandar reformar um testamento validamente feito, deve considerar-se como retroactiva, visto que vai destruir um acto consummado. Mas não nos parece isto exacto, pois a lei que manda reformar o testamento, validamente feito, segundo as prescripções d'outras leis tão longe está de o destruir, que não só reconhece as suas disposições, permitindo que se reproduzam sob outra forma, mas até lhe dá todo o effeito se o testador morrer dentro do praso marcado para a sua reforma, embora esta não se haja feito. Esta solução é em tudo conforme com algumas disposições

¹ Assim o intende Malher de Chassat, 11 e segg. (chap. 11, sect. 11, § 1).

² Meyer, obr. cit., pag. 13, 14, 15, 213, 430 e seg.; Pinto, Suppl. ao mesmo, n.º 17; Francesco Bianchi, obr. cit., pag. 121 e 122, n.º 96; Demolombe, n.º 49.

³ Duvergier, obr. cit., pag. 23 e 24, n.º 24.

transitorias estabelecidas no Código Civil. Assim o artigo 1762 diz: «Os testamentos com data authentica anterior á promulgação do presente Código, que não forem conformes com as disposições d'elle, quanto a formulas ou solemnidades externas, produzirão effeito, não sendo revogados, se tiverem os requisitos exigidos pela legislação vigente ao tempo em que foram feitos.» Além d'isso, prohibindo o mesmo Código que duas ou mais pessoas testem no mesmo acto, quer em proveito commum, quer em proveito de terceiro (art. 1743), declara no paragrapho unico do citado artigo, que esta prohibição não abrange os testamentos de mão commum, que tiverem data authentica no tempo da promulgação do mesmo Código, e não forem revogados. Pelo Código Civil também não são admittidos testamentos nuncupativos, que a legislação antiga reconhecia; mas se ainda depois da publicação do Código existir alguma disposição nuncupativa, quer esteja ou não reduzida a publica-fôrma, este testamento será valido sem embargo de não ser reconhecido pelo Código Civil, porque se consummou antes da execução do mesmo Código, posto que a redução a publica-fôrma ainda não tivesse sido feita, porque esta é apenas o reconhecimento legal da ultima vontade do testador manifestada por uma fôrma reconhecida pela lei do tempo em que se fez esta manifestação. O mesmo se deverá dizer do testamento olographo ou aberto, feito por escripto particular, ainda que a redução ou a publicação judicial não tivesse sido feita antes da publicação do Código.

O testamento nullo, segundo uma lei, por falta de solemnidades nunca póde julgar-se revalidado por uma lei posterior, que não exige para a validade do testamento a formalidade omitida; ainda neste caso seguimos que o testamento deve ser julgado segundo a lei do tempo em que foi feito e portanto nullo, não só porque não ha razão alguma para julgar o testamento nesta hypothese pela lei nova e não pela lei antiga, mas também porque, applicando a lei nova a tal testamento, correriamos o risco de surprehender o testador, convertendo em acto irrevogavel o que não passaria d'um projecto seu, como observa Kalindero¹ reproduzindo e criti-

¹ Kalindéro, obr. cit., pag. 120.

cando a disposição d'uma lei prussianna¹ citada por Savigny², a qual lei dispõe o contrario da nossa opinião. Meyer³ sustenta tambem que o testamento nullo, segundo a lei do tempo da sua celebração, por falta de solemnidades, se revalida pela publicação d'uma lei posterior, que dispensa o emprego d'estas solemnidades, e funda-se em varias disposições do direito romano, segundo as quaes póde o testamento, nullo na sua origem por defeito de fórma, revalidar-se posteriormente, não obstante a força da regra Catoniana. Mas Merlin⁴ refuta plenamente o argumento produzido por Meyer na fórma seguinte: «O direito romano faz valer como testamento militar o testamento informe, que um cidadão morto no exercito havia feito no lar domestico, porque, não o revogando sob as bandeiras, crê-se que o fizera *jure militari*.» Merlin pois, que analysou os textos em que Meyer, sem os citar, baseou a sua argumentação, mostra que o testamento de que se tracta tem valor, não por falta de revogação, mas pela manifestação da vontade do testador, conforme á disposição já feita, a qual valia, segundo as leis romanas, com tanto que por qualquer fórma constasse da vontade do testador.

e) Substancia e effeitos das disposições testamentarias

A lei que deve regular os effeitos e cumprimento dos testamentos é a vigente no tempo da sua abertura, e não aquella sob cujo imperio estes foram celebrados. Pela doutrina professada pelo illustre commentador ao Codice Civil Italiano⁵ na passagem seguinte:

«Tutto ciò che riguarda le condizioni intrinseche di validità delle disposizioni testamentarie, la loro sostanza, i loro effetti, deve regolarsi colle disposizioni delle leggi vigenti al tempo in cui si apre la successione, senza riguardo alle disposizioni diverse o contrarie delle leggi che fossero state in attività al tempo del testamento, ma senza che d'altra

¹ Codice da Prussia, art. 17.

² Savigny, obr. cit., § 388, pag. 409; Pinto, Suppl. a Meyer, n.º 16.

³ Meyer, obr. cit., pag. 61 e 62.

⁴ Merlin, obr. cit., secç. III, § 5, n.º 2.

⁵ Francesco Bianchi, obr. cit., n.º 92, pag. 113 e 114.

parte gli effetti delle disposizioni testamentarie in una successione già aperta possano subire l'influenza di leggi posteriori, se queste non vogliansi rendere retroattive. La qual massima non abbisogna d'ulteriore dimostrazione se solo si richiami il principio fondamentale che l'aprimiento della successione attribuisce a coloro che vi sono chiamati per testamento o per legge un diritto acquisito, mentre prima e sino a quell'istante essi non potevano averne che una mera speranza, una semplice aspettativa. Fino a che la successione non sia aperta, la legge può dunque sempre impedire o sottoporre a condizioni diverse od ammettere con differenti effetti l'acquisto d'un diritto che non è ancora divenuto proprio dei successori. Dopo non potrebbe togliere o modificare nelle condizioni o negli effetti la successione già verificata senza una evidente retroattività. Così quando si ricerchi se possa, e sotto quali condizioni, essere efficace una disposizione a favore di persona non determinata nominatamente dal testatore, se valga un legato la cui quantità sia lasciata all'arbitrio dell'erede o di un terzo, se e quando sia valido il legato di cosa non appartenente al testatore, se e quale effetto possano avere i legati d'usufrutto in ordine successivo, le istituzioni fedecommissarie, le sostituzioni pupillari o quasi-pupillari ecc., sarà sempre unicamente alla legge vigente al tempo dell'aprimiento della successione che si dovrà ricorrere.

«Nè a questa massima sembra potersi fare eccezione nemmeno per quelle regole, concernenti gli effetti delle disposizioni testamentarie, che dipendano dalla presunta volontà del disponente. Chè quantunque questa volontà fosse diversamente interpretata dalla legge imperante al tempo in cui il testamento fu scritto, sembrerebbe doversi applicare la disposizione legislativa vigente allorchè si apre la successione, essendo da ritenere che a quella sia stata conforme l'ultima volontà del testatore, il quale altrimenti avrebbe modificata la sua disposizione primitiva, esprimendo la intenzione sua diversa da quella che nel silenzio ch'egli serbasse gli verrebbe attribuita dall'ultima legge.»

f) Substituições

As substituições tanto directas como fidei-commissarias ou compendiosas foram natavelmente alteradas pelo Codigo Civil, e porisso é mistér determinar os effeitos d'estas alterações nas substituições feitas antes da execução do Codigo, quer estivessem abertas ou não.

1) *Fidei-commissos*. O Codigo Civil¹, prohibindo as substituições fidei-commissarias, que não forem feitas por pae ou mãe nos bens disponiveis, em proveito dos netos nascidos ou por nascer, ou em favor dos descendentes em primeiro grau dos irmãos do testador, extinguiu os fidei-commissos preteritos, que não fossem os exceptuados da prohibição, e reduziu estes aos limites das suas disposições? Para respondermos precisamente a esta questão precisamos distinguir o caso em que os fidei-commissos fossem instituidos antes do Codigo, mas que ainda não estavam abertos ao tempo da sua execução pela morte do testador, d'aquelle em que os fidei-commissos já se achavam abertos e portanto consummados quando o Codigo foi posto em execução. No primeiro caso não pôde duvidar-se de que os fidei-commissos comprehendidos na prohibição geral, posto que estabelecidos em testamento anterior, caduquem pela publicação do Codigo, de sorte que, sendo abertos depois da sua execução, sómente serão admittidos nos termos declarados no mesmo Codigo. Numa palavra, a disposição do artigo 1871 deve applicar-se a todas as substituições fidei-commissarias abertas depois da sua execução, ainda que instituidas anteriormente.²

É esta a opinião de todos os auctores, como observa Pinto³ excepto a de V. Struve⁴ que, apoiando-se sobre o emprego do futuro no artigo 896 C. Cal. 2. (*sera chargé, sera nulle*), pretende que este artigo se refira sómente ás dispo-

¹ Cod. Civ. Port. art. 1867.

² Meyer, (pag. 64), diz que este «é o voto do art. 2 do decr. de 13 de nov. de 1792, a opinião do tribunal de cassação emittida nos motivos da sentença de 20 de janeiro de 1806.»

³ Pinto, Suppl. á Meyer n.º 49.

⁴ Pag. 256.

sições testamentarias posteriores á publicação do Codigo de Napoleão». Se fossemos tão escravos da letra, como parece sel-o o auctor da excepção referida, tambem, fundados no artigo do nosso Codigo, poderiamos excluir das suas disposições todos os fidei-commissos preteritos, ainda que abertos depois da sua publicação, porque o codigo legisla expressamente para o futuro, pois diz: ¹ «São prohibidas para o futuro as substituições fidei-commissarias.» Mas se os principios technicos deixam alguma duvida ácerca da applicação d'este artigo, essa duvida tirar-se-hia pela confrontação d'este com o artigo 1874, porque, resolvendo-se neste artigo, por meio de disposições transitorias, a applicação das suas disposições aos fidei-commissos temporarios de preterito que se acharem abertos por morte do testador ao tempo da promulgação do Codigo, claramente se deixa ver que os não abertos ficam em tudo sujeitos ás suas disposições, aliás será insufficiente a disposição supra-indicada.

Mas no segundo caso, isto é, quando os fidei-commissos anteriores se acham abertos antes da introdução do Codigo, continuarão a produzir o seu effeito ainda que reprovados pelo Codigo relativamente aos possuidores actuaes e aos substitutos existentes real ou ficticiamente, porque, deferindo-se-lhes o direito por morte do testador e tendo esta succedido antes da publicação do Codigo, já a este tempo os substitutos nascidos ou concebidos se achavam investidos d'aquelle direito, de que não podem ser privados sem injustiça. ² Applicando portanto os principios geraes sobre a não retroactividade da lei á disposição prohibitiva dos fidei-commissos não deviam os fideicommissos já abertos antes da

¹ Cod. Civ. Port., art. 1867.

² Esta solução é, como diz Meyer, conforme ao art. 3 do decr. de 14 de nov. de 1752 (França), seguida num parecer do Cons. d'Est. do Reia. de Westphalia, approvado pelo Rei em data de 9 de jan. de 1708 por occasião da introdução do Codigo Napoleão neste reino, no qual as leis anteriores não limitavam de forma alguma o direito de substituir por ultima vontade, mas contraria á decisão do trib. de cassação de 21 de março de 1826, segundo a qual a citada lei de 14 de nov. de 1792 não é retroactiva, porque abolindo, todas as substituições não abertas na sua data, respeita todavia o direito dos possuidores actuaes dos bens substituidos ou dos que tinham direito de os gozar nessa epocha. Os insignes *je.* Merlin e Malher de Chassat, criticando severamente esta decisão,

sua publicação ser extinctos nas pessoas, chamadas á successão, d'elles mas deviam continuar a subsistir em todos os graus de sua instituição, uma vez que os substitutos fossem capazes de direito ao tempoda promulgação do Codigo.

Temos todavia disposição transitoria que regula a applicação do artigo 1867 aos fidei-commissos preteritos abertos antes da publicação do Codigo: é o artigo 1874, onde se estabelece que, «os fidei-commissos temporarios de preterito só produzirão o seu effeito no primeiro gráu de substituição, achando-se abertos por morte do testador no tempo da promulgação do Codigo». Esta disposição do Codigo, como vemos, extingue, no primeiro gráu, fidei-commissos que segundo as leis da sua instituição e contração deveriam ainda continuar a produzir todos os seus effeitos em conformidade com a lei, sob a qual foram instituidos e abertos¹.

«Ma a ciò si opponevano gravissime ragioni economiche e politiche, le quali impegnavano altamente l'interesse pubblico alla più pronta cessazione di tale condizione di cose. Quelle sostituzioni infatti toglievano alla libera circolazione una grande massa di beni, impedivano l'equa distribuzione delle sostanze nelle famiglie; turbavano quindi gravemente l'ordine delle famiglie stesse, e nuocevano alla ricchezza territoriale. Bisognava dunque non solo impedire simili danni per l'avvenire, ma distruggere un passato che colle sue conseguenze poteva ancora produrre, per lunghissimo spazio di tempo e sovra grande quantità di beni, un grave danno sociale. Era questo uno di quei casi nei quali poteva essere ampiamente giustificata, come già vedemmo, l'eccezionale retroattività della lege, la quale infatti fu espressamente dichiarata d'all'articolo, altra volta citato, 24 delle disposizioni transitori².»

attribuem o mesmo sentido á lei que a fundamentou, no que differem de Meyer, porque este parece ser de opinião que a lei citada consagre a sua doutrina sobre os direitos adquiridos dos substituidos, nascidos ou concebidos antes da publicação da nova lei, qualquer que seja o seu gráu. (Meyer, obr. cit. pag. 56; e Pinto, Suppl. ao mesmo, n.º 49, *in fine*).

¹ Segundo o *Jornal de Jurisprudencia* (pag. 673 3.º anno) a disposição transitoria d'este artigo deve abranger sómente os fidei-commissos abertos no interstício que medeia entre a publicação de Codigo Civil e a sua execução, doutrina, a que não subcrevemos.

² Francesco Bianchi, n.º 95, pag. 114 e 115.

As considerações apresentadas para justificar a disposição transitória que regula a applicação do artigo em que o Codigo Civil Italiano prohibe as substituições fidei-commissarias, fundamenta tambem a disposição correlativa do nosso Codigo, posto que seja grande a differença entre uma e outra disposição, porque, segundo a di-posição transitória italiana¹ os bens onerados com fidei-commisso devem ser divididos entre o possuidor actual no dia primeiro de janeiro (1865), e o primeiro ou primeiros chamados nascidos ou concebidos neste dia, ficando porém ainda ao primeiro possuidor o usufructo da metade reservada para o primeiro ou primeiros chamados²; ao passo que, segundo a disposição do nosso Codigo³, o fidei-commisso aberto antes da sua publicação fica extincto no primeiro grau da substituição.

Depois de termos assentado o fundamento d'esta disposição transitória, e de a termos confrontado com a disposição correlativa da lei transitória de Italia, cumpre-nos determinar o verdadeiro sentido d'este artigo que achamos algum tanto obscuro. O citado artigo diz: «Os fidei-commissos temporarios de preterito só produzirão o seu effeito no primeiro grau de substituição, etc.» Em primeiro logar este artigo parece não se referir senão aos fidei-commissos temporarios, deixando subsistir os perpetuos, pelo principio *qui de alio dicit, de alio negat*. Se antes da sua publicação já não existiam fidei-commissos perpetuos, o adjectivo determinativo *temporarios* é superfluo, porque não precisa ser determinado senão o que pôde convir a muitos, e uma das virtudes da lei é a precisão. Portanto ou existem fidei-commissos perpetuos, e estes porque são implicitamente excluidos da disposição transitória do citado artigo, continuam a sortir todos os seus effeitos segundo a legislação anterior, ou não existiam senão fidei-commissos temporarios, e o adjectivo determinativo *temporarios* é redundante, visto que nada determina. No primeiro caso pecca contra a logica, e no segundo contra a grammatica.

¹ Art. 24.

² Cod. Civ. art. 1874.

³ Francesco Bianchi, pag. 115, n.º 93.

Em segundo logar, dizendo o Codigo que os fidei-commissos sómente produzirão effeito no primeiro gráu de substituição, não resolve a questão relativamente aos fidei-commissos que no tempo da sua promulgação se achassem já em segundo ou terceiro gráu. Mas este reparo não tem logar, porque, não se admittindo as substituições fidei-commissarias senão em segundo gráu,¹ segue-se que, se os fidei-commissos abertos antes do Codigo no tempo da sua publicação iam já no segundo e ultimo gráu de substituição, nenhuma necessidade havia da disposição transitoria, visto que a propriedade ficava livre na mão do ultimo substituto. A disposição do artigo é para o caso em que o fiduciario ainda possuia o fidei-commisso, ou ainda para aquelle em que tenha sido deferido ao primeiro substituto, porque neste caso extingue-se aqui e não passa para o segundo, e naquelle passa ainda para o primeiro fidei-commissario por morte do fiduciario, mas não para o segundo.

Julgamos porém desnecessario dizer que se, no tempo da publicação do Codigo, os fideicommissos, a que se refere o citado artigo, se achassem já em segundo gráu, produziriam o seu effeito neste mesmo gráu; porque o Codigo não quiz legislar para este caso, em que o fim da disposição transitoria proseguido pelo Codigo se consegue pela natureza das cousas. A simples indicação do primeiro gráu, segundo o que havemos dicto, é pois bastante clara; mas deixaria certamente de o ser, se pela legislação antiga, ou melhor pela doutrina e jurisprudencia, se admittissem mais de dois gráus, porque em tal caso fôra mister declarar se o primeiro gráu se havia de contar depois da publicação do Codigo ou da instituição do fidei-commisso, ou se havia de recorrer á interpretação na falta de declaração expressa. Aconteceria certamente o mesmo que em França com a publicação do decreto organico² dos departamentos anseaticos, mandado depois executar na Hollanda³, o qual, prohibindo as substituições em geral, estatuiu todavia que as abertas antes da

¹ Meyrelles, Repert. Jur., verbo *fidei-commisso*. Todavia na *Revista Jurídica*, 1.º anno, sustenta-se que as leis patrias admittem os fidei-commissos em qualquer gráu.

² Decreto de 4 de julho de 1811, art. 149 e seguintes.

³ Decreto de 24 de janeiro de 1812.

introducção do Código aproveitariam ao *primeiro chamado nascido* antes d'esta introducção sem passarem jámais a uma segunda pessoa.

O legislador, propondo-se por meio d'uma lei expressa derimir as questões transitórias, que a prohibição feita pelo Código fizesse levantar sobre os fideicommissos, não conseguiu o seu intento, porque o vago das expressões *primeiro chamado*, e até em alguns casos a incerteza do *primeiro chamado* deu logar a graves difficuldades, cuja exposição e solução pôde ver-se em Meyer¹, e que não reproduzimos aqui por não avolumar demasiado o nosso trabalho.

2) *Substituições directas*. Estas substituições podem ser de tres especies. A primeira, a que dão o nome de vulgar, consiste na simples indicação da pessoa que deve succeder em logar do herdeiro que deixa de adir a herança por incapacidade ou renuncia. A segunda, a que chamam pupillar, é a que é feita pelo pae a seu filho para o caso d'este morrer antes da puberdade. A terceira finalmente, denominada quasi pupillar, pela analogia que tem com a precedente, diz-se a que é feita pelo pae ao descendente maior ou menor, incapaz de testar por demencia, para o caso de morrer antes da cessação d'esta incapacidade². Dadas estas noções previas sobre substituições directas, vamos agora comparal-as, segundo a legislação antiga e segundo o direito moderno, a fim de circumscrevermos o imperio das disposições d'este sobre as substituições feitas sob o imperio d'aquella, mas ainda não abertas ao tempo da execução d'este.

Nas substituições vulgares não fez o Código alteração alguma, ainda que foi mais explicito do que a Ordenação, porque, ao passo que esta era omissa ácerca do numero dos substitutos,³ declara aquelle expressamente que o testador pôde substituir uma ou mais pessoas ao herdeiro ou herdeiros instituidos ou aos legatarios para os casos em que tenha logar a substituição.⁴

Mas nas substituições pupillares e quasi pupillares intro-

¹ Meyer, obr. cit., pag. 66 e 67; Pinto, Suppl. ao mesmo, n.º 51 a 55.

² Coelho da Rocha, Dir. Civ., §§ 714, 715 e 716; Cod. Civ. Port., art. 1850, 1859, 1861.

³ Coelho da Rocha, Dir. Civ., § 714 not.

⁴ Cod. Civ. Port., art. 1858.

duziu o Código mudanças profundas, como não podia deixar de ser, porque, sendo a substituição um efeito do patrio poder, e sendo este regulado diversamente pelo Código, a modificação d'este poder devia influir necessariamente na extensão e efeitos da substituição, como no efeito influe a mudança da causa. Estas mudanças podem considerar-se em quanto: *a*) á capacidade do substituinte, *b*) á do substituído, *c*) á duração da substituição, e *d*) á quota substituída.

Assim, porque a substituição pupillar e quasi pupillar era um efeito do patrio poder, podia sómente o pae nomear um substituto a seus filhos para o caso de incapacidade physica ou moral, e não a mãe nem os avós, porque, podendo exercer a tutela, este onus da lei, negava-se-lhe o patrio poder, dôce encargo da natureza. O Código Civil, reconhecendo na mãe os direitos sagrados da natureza, fel-a participante do poder paternal' ua constancia do matrimonio, e conferiu-lhe ainda a plenitude d'este poder na falta ou impedimento do marido¹. A mãe portanto, assim como os demais ascendentes, adquiriram pelo Código a capacidade de substituir pupillar ou quasi pupillarmente os filhos ou outros quaesquer descendentes impedidos de testar por falta de idade ou por demencia judicialmente declarada², capacidade que não tinham pelo direito antigo³. Pelo contrario, o direito que tinha o pae de substituir os filhos por uma e outra forma foi consideravelmente restricto, já em quanto á condição dos filhos substituídos, porque não pôde substituir os que por sua morte hajam de ficar sob o poder d'outro ascendente,⁴ nem os dementes que não forem judicialmente declarados,⁵ já pela participação da mulher no patrio poder, já pela procedencia e quantidade dos bens, visto que a substituição só pôde abranger os bens, de que o substituído poderia dispôr, não se achando impedido ao tempo da sua morte, e que houverem adquirido por via do testador.⁷

¹ Cod. Civ. Port., art. 138.

² Cod. Civ. Port., art. 139 e 185, 193—195.

³ Cod. Civ. Port., art. 1859, 1861.

⁴ Coelho da Rocha, Dir. Civ., § 714.

⁵ Cod. Civ. Port., art. 1859.

⁶ Cod. Civ. Port., art. 1861.

⁷ Cod. Civ. Port., art. 1863.

Feita a confrontação entre o direito antigo e o novíssimo no attinente ás materias das duas ultimas especies de substituições directas, e conhecidas as innovações introduzidas nesta materia, cumpre-nos agora fixar o limite, definir a competencia das duas leis sobre as substituições preteritas, que ao tempo da publicação da lei nova não estiverem inteiramente consummadas.

Porque a lei antiga sómente reconhecia no pae a capacidade de nomear substituto aos filhos impuberes ou maiores impedidos de testar, para o caso de morrerem antes de chegarem á puberdade ou antes da cessação do impedimento existente no tempo da substituição, eram tidas por nullas todas as substituições pupillares e exemplares, feitas por outras pessoas, visto como lhes faltava a capacidade de substituir; e ainda que o Codigo reconheça noutras pessoas a capacidade de substituir, e estas pessoas que substituíram nullamente hajam sobrevivido á publicação do Codigo, nem por isso as suas disposições, nullas na origem, se revalidarão depois, porque, se a lei nova, que estabelece certa incapacidade, tem a força de annullar o testamento, valido segundo a lei da sua celebração, mas aberto depois da publicação d'aquella lei, a que decretar a sua suppressão não dá validade ao que se achava nullamente feito no tempo da sua publicação. Mas se a capacidade de testar e de substituir, reconhecida pela lei do tempo do testamento ou da substituição, sendo absolutamente tirada ou diminuida sob qualquer respeito por lei vigente no tempo da morte do testador, deve esta e não aquella lei ser applicada aos testamentos ou substituições abertas depois da sua publicação, segue-se que todas as substituições feitas antes do Codigo Civil por pessoas capazes, e abertas sómente depois, devem ser reguladas pelas suas disposições. Assim a substituição feita pelo pae ao filho menor, ou demente, caducou: a) se por morte do testador acontecida depois do Codigo houver o menor ou demente de ficar sob o poder d'outro ascendente; b) se o demente não se achar judicialmente declarado tal; c) nos bens que não advieram ao substituido por parte do testador, e d'estes ainda nos que excederem a sua parte disponivel no tempo da morte d'aquelle. Todas estas restricções feitas pelo Codigo Civil na capacidade de substituir affectam, como

acabamos de ver, os actos practicados anteriormente, quando esses actos não se achassem perfectos ao tempo da execução do mesmo Codigo; mas quando o auctor da substituição haja fallecido antes do Codigo, e o herdeiro substituido o haja depois, não poderão as suas disposições, ainda neste caso, modificar o direito ou antes a expectativa do substituto? Citemos exemplos para esclarecer este ponto de doutrina. Antes do Codigo podia o pae substituir pupillar ou exemplarmente o filho menor ou demente, mas depois do Codigo não o póde fazer, se a mãe lhe sobrevive. Supponhamos portanto que no tempo da publicação do Codigo havia uma substituição aberta por morte do testador, mas não pela do herdeiro, e que o herdeiro menor ou demente ao tempo do Codigo, tinha a mãe ainda viva, a qual segundo as suas disposições assumiu o patrio poder: qual será o effeito d'esta substituição depois da promulgação do Codigo? Parece-nos que o effeito de similhante substituição é nullo, e que a herança ou legado, em vez de passarem para o substituto por morte do herdeiro ou legatario instituido, deve passar para o herdeiro legitimo do substituto; porque, alem dos principios geraes, que em nosso intender auctorizam esta decisão, ha ainda uma razão especial deduzida da nova organização da familia. Com effeito, o Codigo não só fez a mulher participante do poder paternal durante a vida e capacidade do marido, mas até lhe deu a plenitude do mesmo poder na sua falta ou impedimento, e por isso prohibiu ao marido as substituições, ficando-lhe ainda superstita a mulher, e vice versa, porque ou as substituições sejam um effeito do patrio poder, segundo a theoria dos romanos, ou uma simples precaução tomada pelo pae, podem e devem ser feitas tanto pelo marido como pela mulher na falta ou impedimento d'um ou d'outro. Como porém a mulher viuva mesmo antes do Codigo fosse por elle immediatamente investida do patrio poder, segue-se que tambem o fôra do direito de substituir; mas este direito seria irrisorio se as substituições feitas pelo marido e abertas antes do Codigo Civil houvessem de produzir ainda depois todos os seus effeitos em conformidade da legislação anterior, porque era dar um direito e negar o seu exercicio, d'onde concluímos que

taes substituições caducaram pela promulgação do Código Civil.

O que dizemos da restrição da capacidade do marido, tem igualmente applicação á redução da quota disponível de bens, e ás condições da demencia. Esta solução parece destoar dos verdadeiros principios, porque, se o substituto não tem direito á herança ou legado, pois não o adquire senão dadas certas condições, pelo menos o testador, não revogando até á morte um acto practicado legalmente, deixava a vida na firme e talvez dóce persuasão de que a sua ultima vontade havia de ser cumprida. A equidade pois, ou antes a piedade para com a pessoa do testador, pedia o cumprimento pleno da sua ultima disposição. Esta difficuldade foi apresentada e respondida pelos membros da commissão encarregada de propôr as disposições transitorias relativas ao Código Civil de Italia. A resposta é a seguinte:

«2.º non valere le addotte considerazioni di equità, perchè contro di esse sta il diritto competente in forza del nuovo Codice agli eredi legittimari, i quali se dovessero cedere davanti al sostituto pupillarmente od esemplarmente, si farebbe soverchiare dall' equità la giustizia; non potersi allegare con fondamento la fiducia avuta dal disponente nella legge imperante al tempo in cui testava, giacchè, se questo argomento fosse efficace, dovrebb'esserlo anche per conservare pieno ed intiero l'effetto delle sostituzioni fedecommissarie ordinate secondo le leggi anteriori¹.»

¹ A abolição das substituições pupillar e exemplar, decretada no Código Civil Italiano, suscitou uma grave questão entre os membros da commissão encarregada de propôr as disposições transitorias relativas ao Código Civil. O commissario que formulou o projecto das disposições de leis transitorias sobre as substituições, depois de ter proposto que as substituições abertas antes do Código continuariam a sortir os effectos que lhes attribuiam as leis do tempo em que foram abertas, declarou que, depois de mais maduro exame da materia, havia mudado de parecer, e propunha pelo contrario que as substituições pupillares e exemplares, ordenadas segundo as leis anteriores, se resolvessem pela execução do novo Código, ainda que nesse tempo já estivessem abertas. Por uma e por outra parte se produziram argumentos. Os da primeira proposta eram deduzidos: *primo* da analogia das substituições com os fideicommissos; *secundo* do rigor dos principios da não retroactividade da lei; *tertio* da equidade da disposição transitoria relativa aos fideicommissos, a qual *a fortiori* se deveria

Esta é tambem a doutrina professada pelo illustre commentador do citado Codigo Civil Italiano ¹.

«Se dunque la sostituzione pupillare od esemplare si riduce, secondo lo spirito delle legislazioni di cui parliamo, ad una istituzione d'erede fatta pel figlio o discendente incapace, se deve riguardarsi in somma come il testamento del figlio o discendente stesso, è chiaro che la successione a cui essa si riferisce non è altra che quella del figlio o discendente; che non può derivarne alcun diritto acquisito prima del giorno in cui si apre la successione predetta; che pertanto se l'aprimiento si verifichi vigente una legge la quale stabilisca che dalle proprie disposizioni unicamente, non da quelle del padre o dell' ascendente, debba essere regolata la transmissão dei beni hereditari del figlio o discendente incapace a testare, questa legge será la sola applicabile a quella successione apertasi sotto il suo impero.»

A mudança na duração da substituição pupillar introduzida pelo Codigo dá ainda logar a perguntar-se qual deva ser a influencia do mesmo Codigo sobre as substituições anteriores, relativamente á sua duração. A substituição pupillar, segundo a antiga legislação ², caducava logo que o substituido pupillarmente completasse quatorze annos, sendo varão, e doze, sendo mulher, mas segundo o Codigo ³ a substituição dura até aos quatorze annos sem distincção de sexo. Se antes do Codigo, pois, uma menor houver sido substituida pupillarmente ainda nos casos em que o podia ser pelo mesmo Codigo, e fallecer depois do

applicar ás substituições já abertas. Os da segunda são a refutação dos da primeira e o apoio da jurisprudencia constante e uniforme na França e nos Estados Sardos. Não chegando a um accôrdo propozeram que a controversia não fosse decidida legislativamente, deixando-se a solução d'ella livre á jurisprudencia, cuja proposta foi acceita pela maioria da commissão. Esta questão, que é assás momentosa como acabamos de ver, não tem para nós a mesma importancia que para os italianos, porque as substituições pupillares e exemplares, que entre estes foram inteiramente abolidas, entre nós apenas foram modificadas, razão esta porque não reproduzimos aqui textualmente esta interessante discussão, e que póde ver-se no Processo verbal n.º 64, pag. 748—754.

¹ Francesco Bianchi, obr. cit., pag. 120. Vid. tambem Chabot de l'Alhier, verbo *substitution*, onde se tractam questões interessantes, mas algumas privativas do direito francez.

² Coelho da Rocha, Dir. Civ. § 715, n.º 2.º; Ord. liv. 4, tit. 87, § 7.

³ Cod. Civ. Port., art. 1859 e 1764, n.º 3.

mesmo Codigo antes dos quatorze annos, mas depois dos doze, passariam os seus bens para os herdeiros legitimos, segundo a lei do tempo em que a substituição foi feita, ou para o substituto segundo a nova disposição? Nós adoptamos esta ultima opinião, não só porque os herdeiros não podem allegar offensa de direito; pois, ainda que o substituido morresse depois dos doze annos, era mister que não tivesse feito testamento para a herança se deferir aos herdeiros *ab intestato*; mas tambem porque, recusando-lhes o Codigo Civil a capacidade de testar até aos quatorze annos, não póde da falta de testamento deduzir-se presumpção alguma a favor dos herdeiros legitimos. Alem d'isso o fundamento da substituição era a incapacidade menor, por falta de idade, e se esta idade foi prolongada pelo Codigo, tambem o deveria ser a substituição. Mas se no tempo do Codigo já tiver feito doze annos, ainda que completasse os quatorze sómente depois, a substituição que havia caducado não póde reviver, visto que, tendo capacidade e tempo para fazer o testamento em que os preterisse, não o fez.

g) Pactos successorios

Pactos successorios, successões pacticias ou contractos de heranças, segundo o sentido natural das palavras, dizem-se todos aquelles contractos que têm por objecto a herança de pessoa viva ou seja a de algum dos contrahentes, ou seja a de terceiro. Como se vê pela simples definição d'estes actos, podem elles ser considerados em relação a duas epochas diversas, a saber: á da sua celebração, e á da realização do seu objecto, ou da abertura da herança. Se pois entre estas duas epochas sobrevier alguma mudança na legislação, de sorte que a lei vigente no tempo em que se abrir a successão que foi objecto do contracto, regule esta por modo differente do da sua celebração, deve saber-se qual das duas leis seja applicavel: se a do tempo em que o acto foi celebrado, se a do tempo da abertura da herança.

Effectivamente esta mudança verificou-se pela promulgação do Codigo Civil; porque este dispõe expressamente que não póde ser objecto de compra e venda o direito á herança de

pessoa viva, ainda havendo consentimento d'ella¹» e que ninguem póde, nem sequer pelo contracto antenupcial, renunciar á successão de pessoa viva, ou alienar ou obrigar os direitos, que eventualmente possa ter á sua herança². Ora os pactos successorios, ainda que geralmente reprovados pela legislação, pela doutrina, e jurisprudencia antiga, eram todavia permittidos nos dois casos³, em que o Codigo os condemnou formalmente, a saber: quando a pessoa, de cuja herança se tracta, consentiu no contracto, e quando contém doação para casamento determinado, ou são estipulados nos contractos antenupciaes.

Temos pois que ainda nos dois casos unicos, em que os pactos successorios eram validos segundo a legislação e a doutrina antiga, hoje são nullos pelo Codigo Civil, e por isso cumpre-nos determinar qual deva ser a influencia das suas disposições sobre os pactos successorios, celebrados segundo a legislação antiga, mas abertos depois da publicação do Codigo Civil. Como os pactos successorios admitidos pelo direito antigo, eram ainda mais ou menos favorecidos, e mais ou menos efficazes, precisamos fazer distincção entre os que eram feitos para casamento determinado, ou estipulados em contractos antenupciaes e os que se referiam simplesmente á herança de terceiro, que consistiam no trafico da sua herança, sem referencia alguma a casamento. Em quanto a esta ultima especie, visto como a terceira pessoa, de cuja herança se tractava, podia sempre mudar de vontade, de sorte que o pacto estipulado sobre a sua herança, sómente produzia effeitos, se ella no tempo da sua morte não tivesse disposto da sua herança, ou revogado a sua vontade; emittimos a opinião de que taes factos ficaram sem effeito depois da promulgação do Codigo, porque o objecto do contracto, que era uma simples expectativa, inteiramente dependente da vontade de terceiro, se tornou legalmente impossivel depois da publicação do Codigo, e conservou a mesma impossibilidade até ao tempo da abertura da herança, e sabemos que para a validade dos

¹ Cod. Civ. Port., art. 1562.

² Cod. Civ. Port., art. 2042.

³ Coelho da Rocha, Dir. Civ., §§ 731 e 767 e not. HH ao § 731, pag. 577.

contractos, alem da capacidade dos contraentes, e do consenso mutuo, se exige tambem a possibilidade physica e moral do objecto. Esta é tambem a opinião professada por Bianchi, o qual deduzindo da maxima que o novo Codigo regula indistinctamente todas as successões abertas depois da sua execução a natural consequencia de que nenhuma efficacia pôde attribuir-se ás disposições contrarias á lei anterior, contra a ordem da successão, ajuncta : «ma nemmeno alle rinunzie pure e semplici che in conformità delle leggi medesima fossero state fatte dalle persone chiamate presuntivamente ad una successione futura.»

Mas se o fim do contracto successorio foi um casamento determinadõ, ou ainda se o contracto successorio foi estipulado em contracto antenupecial, como estes pactos fossem muito favorecidos pela lei, a ponto de serem irrevogaveis, ainda que só houvessem de produzir o effeito por morte, parece que semelhantes contractos não deveriam ser atacados pelo Codigo Civil. Em verdade se o caracter de direito adquirido é a *irrevogabilidade*, segundo a maioria dos auctores, e se estes contractos são irrevogaveis, como acabamos de indicar, a lei que os vier declarar sem effeito, será evidentemente retroactiva. O auctor supracitado¹, referindo-se a esta especie, diz : «Non sembra però che altrettanto potesse, a rigor, di principii, dirsi delle rinunzie *contrattuali*, per le quali le persone avessero abbandonato il proprio diritto alla successione non ancora aperta, mediante un corrispettivo che venisse così ad attribuire a tale contrattazione un carattere aleatorio; sembrando allora che la esclusione del rinunziante costituisse per gli altri chiamati alla successione un diritto acquisito, fondato su un contratto ritenuto valido è irrevocabile dalle leggi del tempo in cui fu fatto, e quindi intangibile dalle leggi posteriori.»

Esta duvida, continua ainda o mesmo auctor, que se referia mais especialmente á renuncia que a filha dotada para casamento fazia á herança futura paterna, foi suscitada por alguns dos membros da commissão especial encarregada de propor as modificações da coordenação do Codigo, e as disposições transitorias. Opinavam estes que podiam declarar-se

¹ Francesco Bianchi, obr. cit. pag. 108, n. 89.

de nenhum effeito as renunciias ás successões, que se abrissem depois da execução do Codigo, sómente quando não fossem contractuaes. Mas a maioria da commissão adoptou o parecer contrario, e julgou expungida de toda a mancha ou injustiça a disposição que annullasse as renunciias contractuaes; porque a parte correspectiva com que a renuncia havia sido feita, imputa-se ou compensa-se com a quota da herança pertencente ao renunciante.

Nesta intelligencia foi escripta a disposição transitoria do artigo 22.º, em que, declarando-se que as disposições do Codigo contidas no titulo das successões são ainda applicaveis ás mulheres já dotadas ou casadas e aos seus descendentes, se estabelece: «*che saranno prive di effetto le rinunzie che abbiano fatte nell' atto dotale od altrimenti in conformità delle leggi anteriori, tanto se queste escludano le femmine dalla successione, quanto se le ammettano coi maschi.*»

«A mesma maxima foi applicada, em dois paragraphos successivos d'aquelle artigo, ás renunciias feitas pelos religiosos, na occasião da emissão dos votos monasticos, e ás contidas nos actos e decretos das legitimações relativamente ás successões entre os ascendentes e descendentes legitimados. Decretou-se depois no segundo paragrapho do artigo 28.º que todas as pessoas indicadas no artigo 22.º, fossem obrigadas: «*di conferire ciò che hanno ricevuto in occasione delle loro rinunzie.*»

«Ainda que possa duvidar-se que esta nullidade pronunciada sobre as renunciias contractuaes, validas e irrevogaveis, segundo as leis sob cujo imperio foram feitas, se conciliem perfectamente com o rigor dos principios da não retroactividade, todavia esta retroacção expressamente declarada pela mesma lei será um d'aquelles casos excepçoes em que vimos que a retroacção da lei era possível e ainda justificada por graves motivos de ordem publica: «*quali furon quelli che vennero addotti anche nella discussione fatta su questo argomento dalla Commissione, che cioè la distinzione tra le rinunzie contrattuali e le altre «non potrebbe ammettersi senza contraddire al sistema liberale del nuovo Codice ed aprire il varco ad innumerevoli frodi e litigi.*»

¹ Francesco Bianchi, obr. cit., n.º 89, pag. 108 e 109.

Nós não temos disposição alguma transitoria sobre a execução dos artigos, que decretam a nullidade dos pactos successorios, e por isso para resolvermos a questão a que dá logar esta innovação do Código, devemos recorrer aos principios geraes que regulam a materia. Ora, segundo estes principios, não pôde a lei nova declarar sem effeito um contracto celebrado á sombra de outra lei, que o reputava não só valido, mas ainda irrevogavel, porque a validade do acto, e a irrevogabilidade do direito devem estar a salvo da lei nova, alias não haveria certeza nas transacções, nem segurança na propriedade.

É o proprio auctor, cujas idéas reproduzimos precedentemente quem confessa, que a disposição transitoria de Italia, com quanto justificada por motivos de utilidade publica; não se conforma perfeitamente com o rigor dos principios, que é uma verdadeira excepção á regra geral e salutar da não retroactividade, e para nós que temos lei patria que não reconhecemos nas leis de outros paizes outra auctoridade que não seja a intrinseca, segundo a disposição do artigo 16.º do nosso Código, abraçamos a opinião de que as disposições do Código não podem invalidar os pactos successorios anteriormente feitos para casamento determinados ou estipulados em contracto antenupcial, ainda que abertos depois da publicação do mesmo Código. Não é sómente o facto successorio, que devemos considerar: é ainda outro mais importante, a que elle serviu de motivo ou de fundamento,—é o matrimonio, é a constituição legitima da familia, é o interesse, é a sorte presente e futura dos filhos.

§ 2.º

Successão legitima

1) Como «toda a relação de direito, rigorosamente definida, seja uma relação entre pessoas sobre um objecto, creada por um facto particular, determinada por um principio ou regra de direito para um fim da vida humana,» fica evidente que o direito hereditario, que é uma relação juridica particular, deve formar-se dos mesmos elementos que a relação geral de direito. Effectivamente nesta relação particular de

direito existem duas pessoas ligadas por esta mesma relação, — o herdeiro e a sociedade, existe tambem um objecto que comprehende— todos os direitos e obrigações do auctor da herança, que não forem puramente pessoais ou exceptuados pela lei: ou pelo dicto auctor; — um facto particular gerador do direito, — a morte do auctor da herança, — um principio ou uma regra de direito, e por ultimo, um fim da vida humana. A analyse, pois, d'esta relação particular do direito, que nos propomos tractar aqui, subministra-nos todos os elementos necessarios para julgarmos rectamente da lei que deve regular o direito hereditario. Se este direito se não manifesta, se esta relação juridica não se forma, senão pela morte do auctor da herança, é inconcusso que a lei a que deve attender-se para conhecer o numero e qualidade das pessoas chamadas á successão, a ordem e modo de succeder, a quota respectiva da herança, os effeitos activos e passivos ou direitos e encargos da mesma, não póde absolutamente ser outra senão a vigente no tempo que se manifestou a relação, se formou o direito e abriu a herança. Esta lei parece ser tanto a unica applicavel, que nem mesmo se concebe como possa ser outra; pois, não se observando a do tempo da morte, outra qualquer que o fosse ou havia de ser anterior ou posterior. Ora a lei anterior não póde racionalmente regular factos passados sob o imperio d'esta lei, os quaes não têm relação alguma de continencia, nem ainda de connexão, com os factos anteriores; e a lei posterior não deve igualmente applicar-se ás heranças anteriormente abertas, porque seria substituir a vontade do legislador á manifestação d'uma lei necessaria da natureza; a contingencia do direito á sua necessidade; o receio do futuro á certeza do passado. Antes da morte de qualquer pessoa ninguem se póde julgar com direito aos seus bens senão mediante um acto irrevogavel da sua vontade, pois tanto a successão testamentaria como a legal estão dependentes ou da mudança da vontade do testador, ou da mudança feita pela lei na ordem da successão legitima. É por isso que o conjuge succede ao consorte fallecido depois do Codice com exclusão dos collateraes que não sejam irmãos ou sobrinhos do defuncto em qualquer grau¹; que a legitima dos avós

¹ Cod. Civ. Port., art. 1969, n.º 4, 2003.

paternos ou maternos ou d'outros quaesquer ascendentes nos bens dos netos ou outros descendentes, finados depois do Codigo, consiste apenas na metade da herança, quando pela legislação antiga abrangia duas terças partes;¹ que os filhos perfilhados, quer o sejam antes quer depois do Codigo, succedem aos paes e demais ascendentes conforme as suas disposições, dando-se a morte depois da promulgação do mesmo Codigo.²

2) Entre os romanos, a epocha da abertura da successão, variava segundo o auctor da herança fallecia com ou sem testamento, porque no primeiro caso a abertura da successão tinha lugar quando se adquiria a certeza de que não havia herdeiro testamentario, e no segundo na epocha da morte do testador³, mas entre nós a successão legitima abre-se sempre pela morte do auctor da herança, quer haja testamento ou não, porque tanto a acceitação como o repudio da mesma herança se retrahem ao tempo da morte.⁴ Por conseguinte, ainda que entre a abertura e a acceitação apparecesse uma nova lei regulando por outra forma as successões já abertas, posto que não acceitas expressa ou tacitamente, nem formalmente repudiadas, porque transmittindo-se a posse e dominio da herança para os herdeiros logo pela morte do auctor,⁵ e retrotrahindo-se os effeitos da acceitação ou repudio da mesma ao tempo da sua abertura,⁶ a lei posterior a esta epocha, que modificasse as regras da successão, não podia applicar-se ás successões abertas sem retroactividade, pois que offenderia direitos legalmente certos, e destruiria o passado.

Do que levamos dicto e demonstrado conclue-se naturalmente que a qualidade de herdeiro, a ordem e modo de succeder, a porção respectiva da herança, e bem assim os seus direitos e encargos devem ser regulados pela lei do tempo em que se abre a successão; e visto que o facto da

¹ Cod. Civ. Port., art. 1787.

² Cod. Civ. Port., artt. 1785, 1989, 1990, 1991, 1992, 1994, 1995, 1999, 2005.

³ Kalindéro, obr. cit., pag. 98 e 99.

⁴ Cod. Civ. Port., art. 2009, 2011 e 2043.

⁵ Cod. Civ. Port., artt. 2011.

⁶ Cod. Civ. Port., art. 2043.

abertura se dá no momento da morte do auctor da herança, como é expresso no Codigo Civil¹, segue-se necessariamente que a lei applicavel ás heranças é a lei vigente no tempo da morte de seu auctor e não no da acceitação ou repudio da mesma, já porque o dominio e posse da herança se transmittem no momento da morte², e portanto independentemente da acceitação, já porque os effeitos da acceitação ou repudio se retrotrahem áquelle tempo.³ Porisso nada importa que a herança se defira por effeito do repudio do primeiro chamado, porque ainda neste caso a lei que regula a qualidade de herdeiro supplente ha de ser a da sua abertura.

Assim supponhamos que ao tempo da publicação do Codigo Civil se achava aberta a successão d'uma pessoa que tinha um sobrinho, um tio e conjuges sobrevivos, e que o sobrinho (a quem pertencia a herança pelo direito da sua abertura) a repudiava depois do Codigo: a quem pertencerá a herança repudiada? ao conjugue sobrevivo, segundo a disposição do

¹ Como por direito romano se distinguisse a epocha da abertura e a epocha da adição, e como o herdeiro legitimo não necessario sómente adquirisse o direito sobre a herança na epocha da sua acceitação, pois morrendo antes de adir nada transmittia aos seus herdeiros, pretendiam alguns auctores que o legislador podia antes do facto da adição mudar o direito successorio sem retroagir. Mas «a opinião contraria seguida por Savigny, que nos diz ser a de toda a eschola allemã, é a preferivel, porque o herdeiro desde a abertura da successão tem uma vocação que elle póde realizar a cada instante segundo a sua vontade: é verdade que esta vontade é pessoal e não transmissivel a seus herdeiros até que seja confirmada pela adição; mas o legislador não podia sem iniquidade tirar-lhe este direito de adição nem abbreviar-lhe o prazo em que devia ser feita a acceitação, devendo conservar para deliberar o tempo que lhe pertencia já. De resto, esta proposição não póde ser objecto de duvida, porque Justiniano a julgou neste sentido pela Lei 12 Cod. *de suis et legit.* O imperador Valentiniano 2.^o attribuiu aos descendentes simples cognadosas tres quartas partes dos bens dos seus ascendentes e deu a outra quarta aos agnados que viessem concorrer com elles, L. 4, Cod. Theod. *de legit. hered.* Justiniano revogou esta constituição e deu a totalidade da successão aos descendentes, mas accrescentou depois: «*quod tantum in futuris, non etiam praeteritis, negotiis servari decernimus.* Inst. Justin. livro 3, tit. 1, § 16. Esta palavra *negotiis* refere-se mais naturalmente á abertura da successão do que á adição.» Kalindéro, obr. cit., pag. 99 e 100.

² Cod. Civ. Port., art. 2011.

³ Cod. Civ. Port., art. 2043.

Codigo¹ ou ao tio segundo a legislação antiga²? Intendemos que a dicta herança se devolverá ao tio do defuncto e não ao conjuge sobrevivente, e isto tanto segundo o direito novissimo, como segundo o direito antigo, porque segundo um e outro a propriedade e posse da herança passam logo por morte do seu auctor para o herdeiro, e os effectos do repudio se retrotrahem ao tempo da sua abertura.³

Finalmente, não só a sua qualidade de herdeiro, mas ainda os direitos e encargos da herança são regulados pela lei do tempo da morte, de maneira que nem a qualidade de herdeiro, nem os direitos e encargos da herança podem ser alterados por lei posterior. Assim, segundo o Codigo Civil⁴, cada um dos herdeiros pôde pedir a totalidade da herança, a que for chamado conjunctamente com outros, sem que o demandado possa oppor-lhe a excepção de que a herança não lhe pertencia por inteiro. Se viesse uma lei determinar o contrario, parece-nos que não deveria tirar este direito ou esta faculdade ao herdeiro pela legislação do tempo da abertura da herança, mas se pelo contrario não gozava d'ella, por forma que o demandado lhe podesse oppôr a excepção de que a herança não lhe pertencia por inteiro, ficaria o co-herdeiro, pelo facto da publicação do Codigo, investido nella e o possuidor da herança por esse mesmo facto privado da excepção? Neste caso inclinamo-nos á affirmativa, porque ou o possuidor da herança conserva a sua posse legitimamente e o co-herdeiro não pôde demandal-o pela entrega total ou parcial da dicta herança, ou a possui individualmente e é obrigado a entregal-a, e o herdeiro, quando pede a sua entrega, pôde usar d'uma garantia que não tinha no tempo da abertura da mesma herança.

Pelo Codigo Civil⁵ não fica a herança obrigada a nenhuma outra despeza com suffragios por alma do fallecido, que não tenham sido ordenadas pelo testador nos termos

¹ Cod. Civ. Port., art. 1969, n.º 4e 2003.

² Coelho da Rocha, Dir. Civ., §§ 335, 343 e 345.

³ Alv. 9 de novembro de 1754; Coelho da Rocha, Dir. Civ. §§ 424, 425, e 426.

⁴ Cod. Civ. Port., art. 2016.

⁵ Cod. Civ. Port., art. 2116.

do mesmo Código além das do funeral, que serão pagas pela herança ainda indivisa, quer haja ou não herdeiros legitimarios. Ora, antes do Código as heranças achavam-se sujeitas a alguns encargos pios, segundo os costumes das parochias; e por isso convém saber se esta disposição abrangerá também as heranças já abertas, ou os suffragios por alma do falecido, segundo o costume da terra, tenham sido feitos ou não. Intendemos que as heranças abertas antes do Código Civil continuam a ficar obrigadas ás despesas dos suffragios, quer estes tenham sido feitos antes, quer o sejam depois da sua publicação, o que era um encargo imposto sobre a herança pela lei do tempo em que ella se abriu, que revertia em proveito de terceiro, e de que não pôde ser privado sem offensa da justiça. Mas, se não deve applicar-se immediatamente ás heranças abertas depois do Código, não é certamente porque lhe obste o principio da não retroc-tividade da lei, embora os interessados pretendam allegar direitos adquiridos, porque os benesses recebidos pelos suffragios são verdadeiros emolumentos, que devem regular-se pela lei do tempo em que tem logar o acto pelo qual se percebem, e não pela data do emprego.

Antes da partilha responde a herança solidariamente pelo pagamento das dividas do auctor d'ella e depois da partilha proporcionalmente. ¹ Se a lei anterior dispozesse o contrario e sob o seu imperio se abrisse uma successão onerada com dividas, cujo pagamento fosse exigido no vigor do Código: qual das duas leis deveria applicar-se, esta ou aquella? Parece-nos que devia ser aquella; ou ella fosse mais favoravel ao herdeiro ou ao credor; elle não deve allegar para se eximir da observancia d'aquella lei uma circumstancia que não deixou de considerar quando acceitou a herança; e se a acceitação foi depois, não deve ainda ignorar que a herança tem de ser adida com todos os encargos que lhe impõe a lei do tempo da sua abertura. O mesmo pôde dizer-se do credor, porque este sujeitou-se ao risco da morte, e este facto é que determina os seus creditos sobre a massa da herança; e, assim como o herdeiro não é admittido a pagar segundo a lei da acceitação quando ella lhe é mais favoravel, assim também não

¹ Cod. Civ. Port., art. 2115.

deve ser obrigado a satisfazer segundo a mais onerosa.¹ Porem esta questão offerece ainda um lado mais delicado, porque, podendo ser considerada em epochas diferentes dá lugar a duvidar-se da lei que deverá regular a garantia da indivisibilidade. Assim pôde considerar-se o tempo da sua constituição, o tempo da abertura da herança, o tempo da aceitação, e finalmente o tempo do pagamento da divida ou da execução da obrigação. Ora, diversificando a lei sob cujo imperio se manifestam estes factos, deve pois perguntar-se: qual das leis deve regular a garantia? Nós já aventámos a idéa de que a mudança da lei sobre a garantia do crédor da herança, feita posteriormente á abertura d'ella, não aproveitava nem ao crédor, nem ao herdeiro, porque a epocha em que os direitos e as obrigações se definem era precisamente a da morte do auctor da herança, e porisso a lei d'este tempo, sem attenção ao da aceitação da herança ou do pagamento, devia regular a garantia do crédor. Supponhamos porém que a divida foi contrahida pelo auctor da herança sob o imperio d'uma lei que tornava os herdeiros solidariamente responsaveis pelas dividas do defuncto e que no tempo da abertura da herança já a responsabilidade dos herdeiros não era solidária, porque uma lei anterior á morte tinha estabelecido que os herdeiros do devedor sómente eram responsaveis pelas dividas do defuncto proporcionalmente, deverá esta lei applicar-se a todos os créditos contrahidos antes da morte do devedor, posto que fossem contrahidos sob o imperio d'uma lei que concedia ao credor a garantia da indivisibilidade contra os herdeiros do devedor, no caso de fallecer este, ainda debitado para com aquelle? Não achamos resolvida esta nova face das questões transitorias nos auctores que temos consultado, mas parece-nos que pelas razões dadas por elles para applicar a lei do tempo da abertura da herança á garantia da indivisibilidade, deve decidir-se que, sendo a divida contrahida sob o imperio d'uma lei, que declarava os herdeiros do devedor solidariamente responsaveis, não pôde o crédor ser privado d'esta garantia, ainda que a lei vigente no tempo em que se defere a herança haja estabelecido a divisibilidade da obrigação em favor

¹ Kalindéro, obr. cit., pag. 102; Merlin, obr. cit., secc. 3.ª, § 7, n.º 6.

dos herdeiros. Com effeito, um auctor¹, ensinando que a lei posterior á abertura da herança, que concedesse ao credor da mesma a garantia da indivisibilidade contra os herdeiros, que segundo a lei da abertura eram apenas responsaveis proporcionalmente á quota hereditaria, não pôde applicar-se ás heranças já abertas, para fundamentar esta sua opinião, usa da razão seguinte: «Et rien n'est plus juste: les créanciers ont su que les héritiers en succédant à leur débiteur n'étaient pas tenus solidairement ou pour le tout comme le défunt lui-même; ce n'est donc leur enlever aucun droit que de dire que la loi nouvelle qui déclare les héritiers solidaires des dettes du défunt n'est pas applicable aux successions ouvertes sous l'art. 1220 du Code Napoléon.»

Ora, se o crédor não pôde usar da garantia de solidariedade concedida pela lei do tempo da abertura da herança, porque a lei do tempo em que se lavrou o contracto não lh'a concedia, segue-se na hypothese inversa que a solução deve ser identica, porque, quando contractou, certamente contou com a garantia da lei, aliás não se sujeitaria ao risco de perder o seu credito. Esta é a opinião de Merlin², segundo o qual os herdeiros do devedor, obrigados para com os seus credores sob o imperio de alguns costumes que os tornavam solidariamente responsaveis pelas dividas do defuncto, ficam sujeitos á mesma responsabilidade pelo pagamento das dictas dividas, ainda que a herança seja não só accitada, mas simplesmente aberta depois do Codigo³ que estabeleceu a indivisibilidade.—«En effet, diz o citado auctor, les créanciers auraient acquis, par leurs contracts, une action indivisible dans la personne de ces héritiers, comme dans la sienne; et le Code civil n'aurait pas pu venir ensuite la diviser à leur préjudice.»

Ha outras questões ventiladas em França, que não podem

¹ Kalindéro, obr. cit., pag. 102 e 103.

² Merlin, obr. cit., secç. III, § 6.º, n.º 6.

³ Cod. Civ. Franc., art. 1220. Em conformidade com esta doutrina foi julgada uma questão transitoria pelo supremo tribunal de Bruxellas em 21 de abril de 1819, a qual vem referida e em parte reproduzida pelo nosso auctor.

ter lugar entre nós, porque ha as mesmas disposições antigas e novas ¹.

Antes do Codigo Civil era doutrina corrente no fóro, e geralmente professada pelos nossos reinicolas, que o herdeiro que acceitasse a herança pura e simplesmente ficava obrigado não só aos legatarios, mas tambem aos credores pelos seus proprios bens, *etiam ultra vires haereditatis* ², e apenas Mello Freire ³ e Lobão ⁴ tentaram sustentar o contrario, como adverte Coelho da Rocha ⁵; mas o Codigo Civil ⁶, convertendo em disposição de lei a opinião da minoria, determinou que a herança, quer ella fosse acceita beneficiariamente quer pura e simplesmente, não ficava sujeita a outros encargos alem das forças d'ella, porque, segundo o mesmo Codigo, o beneficio do inventario não serve hoje senão para exonerar o herdeiro beneficiario de provar a insufficiencia dos bens da herança para pagamento de todos os seus encargos, ficando neste caso a cargo dos credores a prova de que na herança ha mais bens do que os inventariados, porque ainda na falta de inventario não fica o herdeiro obrigado pelos seus proprios bens para com os credores do defuncto, mas

¹ Assim, segundo a maior parte dos costumes de França, e principalmente de Paris, o herdeiro puro e simples em linha collateral excluiu o herdeiro beneficiario. O Codigo Civil Francez recusou ao herdeiro puro e simples em linha collateral a faculdade de excluir da successão o herdeiro beneficiario, de que elle gozava segundo a maior parte dos costumes de França e principalmente de Paris. Aberta uma successão antes do Codigo sob o imperio d'estes costumes, não poderá ainda depois da publicação do mesmo usar da faculdade que tinha antes do Codigo? Merlin, allegando as razões que podem produzir-se pela negativa e referindo uma sentença de primeira instancia proferida neste sentido, diz que em recurso de appellação fóra esta atacada com razões sem replica e reformada na instancia superior. É digna de ver-se a allegação juridica contra a sentença da primeira instancia, reproduzida textualmente por Merlin. Mas Kalindéro, que escreveu em 1864, sustenta que o herdeiro simples não pôde ser admittido a exercer a faculdade de excluir o herdeiro beneficiario depois do Codigo, ainda que a successão se tivesse aberto antes. Vid. Merlin, obr. cit., secç. III, § 6.º, n.º 4; Kalindéro, obr. cit., pag. 101 e 102.

² Novel. 1.ª, cap. 2.º, § 5.º

³ *Inst. juris civilis lusitani*, liv. 3, tit. 6, § 8.

⁴ Dissert. 3.ª, supp. ás acções summarias.

⁵ Dir. Civ., § 432 e not., § 427, n.º 3.

⁶ Cod. Civ. Port., art. 2019.

em tal caso tem elle de provar que a herança não consta de bens sufficientes para satisfação de seus encargos.

Sendo assim, supponhamos que antes do Codigo se tinha aberto uma herança onerada com varias dividas, e que ou ainda não foi acceitada ou o foi pura e simplesmente: deverá o herdeiro aproveitar-se da disposição favoravel do Codigo, que não obriga a outros encargos alem das forças da herança, provando elle que a herança não consta de bens sufficientes para a sua satisfação? Se elle ainda não perdeu o direito de usar do beneficio do inventario, nem sequer ha questão, porque, não restringindo o Codigo o exercicio d'este direito, pôde elle exercel-o ainda depois da publicação do mesmo Codigo. No caso porém que elle já não possa usar do dicto direito, ou que o tenha renunciado acceitando a herança pura e simplesmente, parece-nos que não pôde, mesmo depois do Codigo, ser admittido a provar que a herança recebida não tem bens sufficientes para satisfação dos encargos, e que deve responder aos credores da mesma pelos seus proprios bens. Com effeito, se o herdeiro ainda não tivesse acceitado a herança antes do Codigo, mas tivesse já perdido o direito de acceital-a a beneficio de inventario, tem a escolha entre a acceitação e o repudio da herança, mas não entre a lei do tempo da sua abertura e o da acceitação, já porque, não sendo a acceitação um acto obrigatorio, pôde repudial-a, se julgar a sua acceitação onerosa, já porque não podia contar com a disposição favoravel da lei, já porque finalmente deve imputar ao seu descuido a perda do beneficio do inventario. Se porém a acceitação pura e simples tivesse logar antes do Codigo, muito menos o herdeiro puro e simples poderia invocar em seu favor a nova disposição do Codigo, porque, quando acceitou a herança, sujeitou-se aos encargos da mesma segundo a lei d'esse tempo, e não segundo uma lei que nem mesmo sabia se viria ou não a ser promulgada. Talvez que a sua ambição ou precipitação em acceitar uma herança gravemente onerada comprometta grande parte da sua fortuna; mas a si proprio e não á lei é que deve imputar os effeitos da sua imprevidencia. Alem d'isto, o mesmo credor á herança, pelo facto de o herdeiro acceitar pura e simplesmente, adquiriu o direito a ser pago de seus creditos, não só pela massa da herança,

mas ainda alem das forças d'esta pelos proprios bens do herdeiro; e por isso, declarar livre dos encargos da herança os bens proprios de herdeiro era cercear as garantias do credor, era offender o seu direito, era finalmente retroagir.

Mas se os direitos e encargos da herança devem ser regulados pela lei da sua abertura, já assim não acontece com as formas, segundo as quaes deverão ser exercidos aquelles, e satisfeitos estes, porque as formalidades da acceitação e repudio, effeitos e rescisão, capacidade do acceitante e repudiante, termos de inventario, avaliação de bens, liquidação de herança, forma, effeitos, e rescisão de partilha, deve tudo ser regulado pela lei do tempo em que estes actos são practicados. É o que ensinam os diversos auctores¹ que se têm occupado d'estas materias, e principalmente Francesco Bianchi², cujas palavras não podemos deixar de transcrever e são as seguintes:

«Per quanto però riguarda, non la sostanza dei diritti attivi e passivi dipendenti dalla successione, ma le forme estrinseche in cui que' diritti possono essere esercitati, non avrà applicazione veramente la legge vigente al tempo in cui si aprì la successione, ma quella del tempo in cui ciascuno dei diritti che ne dipendono venga dedotto ad esercizio. È chiaro infatti che l'atto di questo esercizio non può, quanto alla sua forma estrinseca, costituire un diritto acquisito fuorchè dal momento in cui sia effettivamente compiuto; che fino a quell'istante dev'essere sempre in potere della legge di cangiare, per motivi d'interesse pubblico, le forme nelle quali l'atto può farsi, senza che alcuno possa allegare un interesse legittimo a seguire le forme prescritte dalla legge antica piuttosto che quelle ordinate, con intenzione di miglioramento, dalla legge nuova; che d'altra parte diverrebbe in effetto molte volte impossibile l'impiegare forme escluse dalla legge vigente al tempo in cui l'atto si compie, e delle quali possono mancare oramai i mezzi per attuarle. Così, se siano cangiate, dopo l'aprimiento della successione, le forme in cui essa può essere accettata o ripudiata, o quelle per la liquidazione e divi-

¹ Merlin, obr. cit., secç. vii, n.º 7; Kalindéro, obr. cit., pag. 103.

² Obr. cit., pag. 103 e 104, n.º 85.

sione della eredità, sarà applicabile quanto a queste forme la legge nuova, sebbene il diritto di accettare o ripudiare l' eredità, l' effetto dell' accettazione o della renunzia, e tutto ciò, in somma, che riguarda la sostanza dei diritti dipendenti dalla successione, debbasi regolare esclusivamente colle disposizioni della legge vigente al tempo in cui essa si è aperta.»

Esta doutrina, que acabamos de expor, foi traduzida na lei transitoria para a execução do Código Civil Italiano no artigo 26, que reza assim: «Le disposizioni del nuovo Codice, relative al beneficio d' inventario sono anche applicabili alle successioni aperte prima dell' attuazione del medesimo, quando l' erede, secondo le leggi anteriori, sia ancora in diritto di accettare col detto beneficio.»

«Nondimeno gli atti già cominciati sotto le leggi anteriori si devono compiere secondo le medesime.»

«I giudizi di ventilazione in corso, semprechè non sia ancora pronunziato il decreto di aggiudicazione dell' eredità, cessano di diritto coll' attuazione del nuovo Codice.»

«Da primeira parte d'esta disposição resulta pois, continúa ainda o citado auctor, que se deve decidir segundo a lei anterior ao Código a questão que se levanta sobre as succesões abertas antes do mesmo Código, a saber: se o herdeiro está ou não no direito de aceitar a beneficio de inventario, ou se tem perdido este direito, quer por effeito de acceitação pura e simples, feita expressa ou tacitamente, quer em consequencia de alguma causa especial e extinctiva. O que é conforme aos principios expostos anteriormente, pois que o ser ou o não ser, a conservação ou a perda da faculdade de aceitar a beneficio de inventario respeita evidentemente á substancia dos direitos sobre a successão.»

«Quando pois não se faça questão do direito de aceitar a beneficio de inventario, mas unicamente da forma em que a sua acceitação deva fazer-se, as formas que devem observar-se em toda a serie dos actos necessarios para tornar perfeita e effizaz a acceitação beneficiaria, é reconhecido dever applicarem-se as disposições do novo Código, ainda que se tracte de succesões abertas antes da sua execução, e isto porque é perfeitamente conforme aos principios doutrinaes, sem embargo de que esta ultima maxima está derogada pela segunda parte do artigo, no caso de os actos necessarios para tornar

effectiva a acceitação beneficiaria se acharem já começados sob a lei anterior, na qual hypothese se admittiu que aquelles actos deviam ainda completar-se segundo as mesmas leis, pela seguinte razão expressa no processo verbal da sessão que a comissão especial celebrou em 25 de setembro de 1865: «che diverse essendo le formalità da compiersi per «rendere perfetta ed efficace l' accettazione d' eredità con «benefizio d' inventario, e costituendo una serie di atti e «forme correlative, potrebbe ravvisarsi meno giusto, ed in «ogni caso sarebbe sorgente di dubbi e di litigi, il co- «stringere colui che ha già cominciata quella serie d' atti e «sta per compierla all' attuazione del nuovo Codice, di in- «terromperla e farne altri o più dispendiosi, o tali che non «potrebbero più conciliarsi coi precedenti; e che *peggio an- «cora sarebbe se dovesse fare nella nuova forma quelli già «incominciati a termini delle leggi anteriori.*»

É porém de notar, que, com quanto a primeira parte das considerações precedentes nos levasse a excluir a applicação das disposições do Código a toda a serie de actos relativos á acceitação beneficiaria quando alguns d'esses actos estivessem ainda, senão acabados, ao menos começados sob a lei anterior, a comissão todavia sustenta que se deve completar segundo a lei anterior sómente os actos já começados sob o imperio das mesmas leis, devendo os outros ser celebrados na forma estabelecida no Código¹. No entretanto no nosso Código² ha uma disposição relativa á acceitação da herança, que não se deve applicar segundo estes principios, porque parece-nos pertencer antes á essência do direito da acceitação do que á forma do seu exercicio. Segundo o nosso Código «ninguem pôde acceitar ou repudiar a herança, em parte, com termo ou condicionalmente.» O principio que se acha consignado nesta disposição do Código, e fundado numa maxima do direito romano, já era defendido pelos nossos antigos jurisconsultos,³ porém o celebre jurisconsulto portuguez, Mello Freire⁴; pretendeu sustentar o contrario, fundando-se em que o principio justi-

¹ Francesco Bianchi, obr. cit., n.º 87, pag. 104 e 105 e not. 1 e 2.

² Cod. Civ. Port., art. 2022.

³ Lobão, notas a Mello, liv. 3, tit. 6, § 5; Cor. Telles, Dig. Port., art. 981; Coelho da Rocha, Dir. Civ., § 427, n.º 4 e not.

⁴ Mello Freire, liv. 3, tit. 6, § 5.

ficativo d'esta regra, observada religiosamente entre os romanos, era supersticioso, e por isso condemnado pela chamada lei da boa razão¹. Como a opinião geral se ache consignada no Código, não dá a sua disposição logar a questões transitorias sobre a applicação; mas, se prevalecesse a opinião de Mello Freire, e se tivesse aberto antes do Código uma successão que fosse accettata só depois, deveria esta accettazione ser feita conforme as novas disposições, ou poderia ainda depois do Código fazer-se a dicta accettazione segundo a lei antiga, visto que a herança tinha sido aberta sob o imperio d'esta lei, e o herdeiro por esse facto se achava investido no direito de aceitar ou repudiar a herança em parte, com termo ou conditionalmente? Se por ventura se ventilasse esta questão transitoria, resolvel-a-íamos no sentido da antiga lei, por nos parecer que esta disposição toca na essencia do direito de accettazione, o qual pôde ser regulado em seu exercicio pela nova lei, mas não destruido ou reduzido, o que seria inevitavel se ao direito de aceitar anteriormente adquirido applicassemos a nova disposição do Código, porque era obrigar o herdeiro a aceitar ou a repudiar toda a herança, quando elle até alli tinha o direito de aceitar uma parte e repudiar outra, ou aceitar a termo ou conditionalmente.

Examinadas e resolvidas as principaes questões transitorias sobre o direito hereditario e a forma do seu exercicio, vamos occupar-nos d'outras questões intimamente cónnexas com esta, e taes são as collações.

3) *Collações*. A fim de se conservar a egualdade de direito que a natureza e a lei dão aos filhos relativamente aos bens dos paes, deixando a este apenas a livre disposição da terça, tem sido prescripta a collação que legalmente se define «a restituição, que os herdeiros legitimarios, que pretendem entrar na successão, devem fazer á massa da herança dos valores que lhes houverem sido doados pelo auctor d'ella, para o calculo da terça e egualação da partilha².» Como porém a lei, na falta de excusa expressamente feita pelo doador ou de repudio da herança, impõe a obrigação de con-

¹ Lei de 18 de agosto de 1769.

² Cod. Civ. Port., art. 2098.

ferir a certos e determinados herdeiros, designa os bens conferíveis e não conferíveis, assim como regula o modo de fazer a collação nos casos em que tem lugar, é preciso, quando a lei do tempo da abertura da herança for diferente da do tempo da doação, saber se a collação deve regular-se por aquella, ou por esta.

Nós, para decidirmos esta questão, faremos distincção entre a essencia da obrigação de conferir e a forma ou a execução da obrigação; porque nos parece importante esta distincção, senão para a verdade, ao menos para a clareza. Em relação á obrigação de conferir póde a lei nova sujeitar ou dispensar d'esta obrigação herdeiros que, pela lei do tempo, em que tinha sido feita a doação eram d'ella exemplos, ou a ella sujeitos, ou declarar exceptuados da collação bens que segundo a lei anterior deviam ser conferidos, ou vice-versa.

Em qualquer dos casos pois é mistér saber-se qual a lei a que deverá attender-se para regular a collação, se á do tempo da abertura da herança, se á do tempo da doação. Quando a lei nova dispensa da collação certos herdeiros ou bens que a lei anterior mandava conferir, parece-nos que esta dispensa deve aproveitar ás doações feitas anteriormente á publicação da lei nova; mas aberta depois da sua promulgação; porque, como a collação não tem outro fim mais que a conservação da egualdade da partilha, salva a disposição da terça, e como o direito de legitima não se determina senão pela abertura da herança, não podem os demais herdeiros, interessados em que a collação se fizesse, invocar a applicação d'uma lei, que já não vigorava no tempo em que elles adquiriram o direito á herança, e por conseguinte não podem exercel-o senão nos termos d'esta lei. Antes da morte do auctor da herança, ainda que os herdeiros fossem legitimarios, apenas podiam ter uma simples expectativa da successão, porque não só o de *cujus* podia alienar por titulo oneroso todos seus bens, mas até a lei nova podia extinguir ou, quando menos, restringir em quanto ao sujeito, assim como em quanto ao objecto, o direito á legitima. É porém escusado dizer-se que quando a obrigação de conferir fosse estipulada expressamente no titulo do contracto, ainda que os herdeiros da qualidade do donatario fossem por leis

posteriores exemptos da collação, nem por isso este fica dispensado de collação, porque o contracto, quando valido, não pôde ser derogado por uma disposição legislativa; allas não haveria confiança nem firmeza nas transacções.

Examinemos agora a outra face da questão. Supponhamos que tinha sido feita uma doação irrevogavel a certo herdeiro, que a lei do tempo não sujeitava á collação, ou sobre bens, ou para certos fins, que a mesma lei exemptava da collação, e que o doador fallecesse sob o imperio d'uma lei, que obrigava o referido herdeiro, e sujeitava as referidas doações á collação: dever-se-lhe-hia applicar a disposição da lei, sujeitando-o a uma obrigação, de que o dispensa a lei do tempo em que tinha acceitado a doação? Esta questão tem sido diversamente resolvida pelos auctores que consultámos. Sustentam uns,¹ que o donatario que acceitara uma doação sob o imperio d'uma lei que o não obrigava á collação, pôde ser obrigado a conferir a doação ou a renunciar a herança, porque a obrigação de conferir não passa d'uma condição, de cujo cumprimento se faz depender o direito de succeder ao doador, e por tanto não se lhe offende o seu direito: outros² pelo contrario, e estes são em menor numero, seguem que a doação, sendo um acto irrevogavel, não pôde ser derogada por uma lei posterior, porque a lei posterior não pôde, sem violação do direito, da justiça e violar contractos validamente feitos á sombra d'outras leis. Os auctores que tractaram esta questão mais ex professo foram Grénier e Chabot de l'Allier; e os que se lhe seguiram não fizeram mais do que abraçar a opinião d'um d'estes escriptores.

« Il faut distinguer l'effet de la donation, du droit de succéder. La donation a toujours dû subsister, quelle qu'eût été la disposition de la loi nouvelle, et ce serait seulement si elle était entamée qu'on pourrait dire qu'il y aurait rétroactivité.

¹ Meyer, obr. cit., pag. 82 e 83; Grenier, *Traité des donations*, tom. 3.º n.º 304, pag. 132, cit. por Chabot de l'Allier, tom. 3.º, pag. 43 e segg.; Toullier, iv, n.º 454, not.; Merlin, obr. cit., verb. *rapport á succes*. § 2, art. 4, n.º 2, 3; Dalloz, n.º 292; Pinto, *Supplemento a Meyer*, n.º 58; Kalindéro, obr. cit., pag. 105.

² Chabot de l'Allier, obr. cit., tom. 3, pag. 42—45; Malher de Chasat 1, pag. 338—348; Demolombe, obr. cit., n.º 48.

«Mais, quant au droit de succéder, ce droit est sans crédit subordonné à la loi qui règle la succession lors de son ouverture. Or, dès que l'art. 843 subordonne le droit de succéder au rapport des objets donnés, s'il n'y en a pas de dispense, et à l'imputation des legs sur la portion héréditaire, s'il n'y a pas eu de préciput, on est obligé, en exerçant ce droit, de se soumettre à la condition qui est imposée par la loi. Tout ce qui tient à la donation est irrévocable; tout ce qui concerne la succession n'existe qu'en vertu de la loi qui la règle lorsqu'elle s'ouvre. Cette loi ne peut être divisée dans ce qu'elle ordonne; il faut s'y soumettre entièrement quand on veut succéder, ou renoncer à la succession, et se tenir à la donation.»

A este argumento de Grénier responde Chabot de d'Allier pela maneira seguinte:

«Nous pensons, au contraire, qu'en divisant l'effet de la donation, du droit de succéder, pour ne laisser subsister la donation qu'à la condition par le donataire de renoncer à la succession du donateur, c'est réellement attaquer la donation elle-même, c'est en changer la nature, en altérer les effets, et souvent même l'anéantir entièrement.»

E depois de expôr e desenvolver outros argumentos, que seria longo e fastidioso reproduzir aqui, conclue a demonstração da sua doutrina pela maneira seguinte:

«Encore une fois, la loi nouvelle ne peut rien régler, ne peut rien changer, en ce qui concerne les donations irrévocables, antérieures à sa publication; et tout ce qu'on pourra dire de contraire viendra toujours échouer contre ce principe d'éternelle justice, et solennellement proclamé par le Code, que les lois ne doivent pas avoir d'effet rétroactif.»

Segundo diz Meyer, esta opinião de M. Chabot foi combatida por Grénier na 2.^a edição da sua obra, na qual reproduziu seus argumentos, defendendo-os contra as observações d'este profundo jurisconsulto. «Se num conflicto de sentimentos e auctoridades tão respeitaveis, diz o celebre auctor¹ das instituições judicarias, nos fosse permitido tomar um partido, abraçaríamos a opinião de Mr. Grénier, que applica as disposições do Codigo á especie. Effectiva-

¹ Meyer, ob. cit., pag. 83.

mente, a acceitação da successão é um acto puramente facultativo, a que o donatario não é obrigado, e elle não póde imputar a nenhuma retroactividade da lei, se esta acceitação lhe impõe uma obrigação nova: por outra parte o defuncto, tendo sobrevivido á introdução do código Napoleão, tendo por consequencia conhecimento das suas disposições legislativas, tinha a faculdade de prohibir a collação, declarando a sua vontade de que a doação anteriormente feita passaria *inteira e precipua* para o donatario: se não fez igual disposição, deve presumir-se que a sua intenção foi conformar-se com as disposições que lhe deviam ser conhecidas; o doador (são quasi as proprias palavras de Mr. Chabot) que não estipulára cousa alguma contraria a esta disposição da lei, entende-se que se conformará com ella, como o donatario que acceitou; porque este mesmo argumento não seria applicavel áquelle de cuja successão se tracta? Se não fez declaração da sua vontade em contrario, julga-se ter-se conformado com as disposições da lei sob a qual acaba de morrer, e o donatario, se acceita a doação, conforma-se igualmente com elle.»

Se nos é licito, dizemos nós tambem, emittir a nossa opinião em materia tão disputada, declaramos prestar o nosso assenso á opinião de Chabot d'Allier. Meyer, assim, como Grénier, diz: a obrigação de collação é uma condição imposta á faculdade de succeder; mas é uma condição que importa a renuncia d'um direito irrevogavelmente adquirido, dizemos nós. O argumento deduzido da falta de declaração do doador, que sobreviveu á introdução do Código Napoleão, tambem não tem mais força; é até uma petição de principio que se funda em que o doador (que provavelmente não seria jurisconsulto) tinha como certa a applicação da disposição do Código á doação feita anteriormente sob uma lei que elle conhecia, e que não obrigava o donatario á collação. Alem d'isso ha uma grande differença entre a falta de declaração no caso de Meyer, e a mesma falta de declaração no caso de Mr. Chabot, porque, sendo a doação feita sob o imperio d'uma lei, que a não sujeitava á collação, mas que não prohibia que as partes a estipulassem expressamente, presume-se legalmente que a intenção das partes fôra que tal doação não ficasse sujeita á col-

lação. A argumentação de Meyer torna contradictoria a intenção das partes, querendo que ella seja opposta nas duas leis, porque na primeira a intenção é não conferir, e na segunda é conferir; na primeira era necessaria declaração expressa para ter logar a collação, e por esta declaração é que se presume com solido fundamento que as partes se conformam com a disposição das leis, e na segunda é necessaria a falta de declaração para não conferir, porque na falta d'ella confere-se sempre quando o herdeiro não renuncia á herança. No primeiro caso a falta de declaração do doador tem uma significação legal e certa, em quanto que no segundo não tem nenhuma, porque o facto está consummado; e parece-nos que para conhecer qual seja a verdadeira intenção das partes, na falta de declaração, não podemos recorrer a outras leis senão ás que vigoravam no momento em que as partes pactuaram, porque eram as unicas que podiam conhecer, e com que mostram conformar-se, quando não usaram da faculdade de estipular o contrario do que essas leis faziam presumir.

Parece-nos ainda que o proprio Meyer¹ está em contradicção, porque, antes de se declarar pela opinião de Grénier, que, como sabemos, sujeita á collação a doação que pela lei anterior estava exempta d'ella, tinha dicto o seguinte: «Lorsque le donataire a acquis un droit irrévocable, ce qui a lieu dans la plus grande partie des donations entre vifs, et que la donation n'était pas dans son origine sujette à rapport, d'après nos règles sur la rétroactivité des lois, la donation devra rester intacte, quelle qu'ait été la nouvelle législation introduite depuis. Telle est l'opinion des principaux auteurs, et la jurisprudence de la cour de cassation dans ses arrêts du 2 pluviose an 12 et du 4 mai 1807: elle est conforme à ce qui nous avons déjà démontré dans plusieurs espèces.»

É verdade que Meyer parece distinguir as duas questões; por quanto, depois das palavras acima transcriptas, continua dizendo²: «Mais une autre question qui a divisé les jurisconsultes est de savoir si celui qui ayant accepté une donation non sujette à rapport sous l'ancienne loi peut

¹ Obr. cit., pag. 82.

² Meyer, obr. cit., pag. 82.

succéder sous l'empire du code Napoléon sans satisfaire aux dispositions de l'art. 843 de ce code.»

Não obstante a pretendida diversidade da questão, não julgamos que ella possa ter solução differente da da questão geral, que o mesmo auctor resolveu no sentido opposto, como temos mostrado.

Francesco Bianchi¹, tractando esta mesma questão no seu Curso elementar do Codigo Civil Italiano, diz que não deverá duvidar-se de que a lei nova possa, sem retroagir, submeter com expressa declaração ás suas disposições, as collações que houverem de ser feitas nas successões abertas depois da sua publicação, ainda que se refiram a doações anteriores.

«Poichè la collazione, diz elle, nelle successioni legittime, costituisce in sostanza una condizione imposta dalla legge alla successione che essa medesima deferisce; e ben può stabilire qualunque condizione riconosca conveniente, libero essendo all' erede di rinunciare al beneficio della successione e ritenere per tal modo la donazione fino a concorrenza della porzione disponibile.»

Reconhecendo porém que a lei possa sujeitar á collação doações que eram exemptas pela lei antiga, não deixa tambem de confessar a gravidade da questão na falta de disposição expressa transitoria, como pôde ver-se da passagem seguinte:

«Dubbi gravi potrebbero sorgere solamente quando la legge nuova non avesse espresso essere applicabili le sue disposizioni anche alle donazioni anteriori quanto all' obbligo di conferirle nelle successioni che si aprissero dopo la sua attivazione; e allora sarebbe principalmente all' intenzione del donante che dovrebbesi avere riguardo, ravvicinando e confrontando, per interpretarla, le disposizioni della legge vigente al tempo della donazione con quelle della legge nuova attivata quando si è aperta la successione.— Ogni difficoltà fu però evitata dalla nostra legge transitoria, disponendo nell' art. 28 che «le donazioni fatte «ai discendenti prima dell' attuazione del nuovo Codice sono «soggette a collazione secondo le norme in esso stabilite.»

Fallámos da applicação da lei nova á collação da doa-

¹ Francesco Bianchi, n.º 88, pag. 107.

ção anteriormente feita, e dissemos que devia applicar-se a lei nova, quando esta dispensava de collação a doação a ella sujeita pela lei antiga, salvo o caso de expressa declaração, e a lei antiga no caso contrario. Resta-nos pois, para concluir a materia das collações, examinar a applicação da lei relativamente á sua forma ou modo de conferir.

Segundo a legislação antiga¹, deviam em regra os bens conferir-se em substancia, e por tanto, se os bens eram moveis e ainda existiam ao tempo da morte do auctor da herança, deviam conferir-se no estado em que se achavam, e se não existiam, o seu valor ao tempo da doação ou outros eguaes; mas se eram de raiz, e havia bemfeitorias ou deteriorações equivalentes á quarta parte dos bens dados, ao tempo da doação tem o donatario a faculdade de conferir ou a substancia no seu estado actual, recebendo precipuo o valor das bemfeitorias, ou a estimação ao tempo da doação, pertencendo no caso de deterioração esta mesma faculdade aos coherdeiros, os quaes podem pedir as indemnisações ou escolherem a substancia. Casos porém ha em que os bens se conferem sempre em estimação, e são os de praeo, os alienados pelo filho donatario, os dados em patrimonio, ou quando na herança ha mais bens da mesma qualidade, sufficientes para perfazerem as legitimas dos outros coherdeiros.

Mas o Codigo Civil² dispoz o contrario, porque manda fazer a collação, não em substancia, mas pelo valor que as cousas dotadas ou doadas tinham ao tempo do dote ou da doação, ainda que então não fossem estimadas, excepto se os interessados, sendo maiores, concordarem em que a collação se faça em substancia. Como estas regras do Codigo Civil, relativas á forma da collação, hem como outras relativas ao modo de recompor as legitimas dos coherdeiros não influem na substancia do direito de conferir, parece-nos que as collações, que houverem de ser feitas nas successões abertas depois do Codigo, ou antes, com tanto que a collação seja posterior, deverão ser feitas segundo a forma prescripta pelo Codigo, assim como as legitimas inteiradas segundo as prescrições do mesmo Codigo.

¹ Ord., liv. 4, lit. 97, §§ 13, 14 e 15; Coelho da Rocha, Dir. Civ., § 483; Meyrelles, Repert., verbo *Collação*.

² Cod. Civ. Port., art. 2107, 2109, 2110, 2111, 1662, 1687 e 1700.

CAPITULO III

Da applicação do principio da não retroactividade ao direito de propriedade (Codigo Civil, part. 3.^a, art. 2167—2360).

Tendo anteriormente tractado do conflicto entre as leis antigas e as novas sobre a criação do direito, seguia-se agora resolver, em harmonia com os principios da sciencia do direito e da legislação, o mesmo conflicto entre as leis successivas sobre a conservação e o uso da propriedade. Á primeira vista parece que a lei nova não pôde exercer influencia alguma sobre a propriedade já adquirida, e que «se existe algum direito, que deva ser protegido, garantido e respeitado pela lei, é certamente o direito da propriedade, o direito real por excellencia; no emtanto nós vamos ver que o é muito menos do que o direito pessoal, ainda que as mais das vezes, tenha como este os contractos por base¹.»

Como a propriedade possa e deva ser considerada, não só em quanto aos direitos elementares que a constituem, senão tambem em quanto aos varios modos de ser, assim da propriedade em geral, como de cada uma de suas especies, occupar-nos-hemos em primeiro logar das formas da propriedade, e em segundo dos direitos especiaes que nella se contém.

¹ Kaliudéro, obr. cit , pag. 88.

SECÇÃO I

Das diversas especies de propriedade

A propriedade é absoluta ou resoluvel, singular ou commum, e perfeita ou imperfeita¹. Qualquer porém que seja a forma que revista o direito de propriedade, elle não tem outros limites senão aquelles que lhe forem assignados pela natureza das cousas, por vontade do proprietario ou por disposição expressa da lei², ou quaesquer regulamentos³. «Ora, esta restricção, feita pela lei á extensão do direito, é a origem mesma das difficuldades, como será, esperamol-o o meio de as resolver.

«Fica pois admittido, logo no principio, que o direito de propriedade não é absoluto,— é sómente o mais extenso de todos, é limitado pela lei, pelos regulamentos.»

§ 1.º

Propriedade absoluta

A propriedade absoluta, que, segundo o titulo da sua constituição, não pôde ser revogada senão pelo consentimento do proprietario, salvo o caso de expropriação por utilidade publica, além d'esta restricção, está sujeita ainda a outras limitações feitas pela lei ou regulamentos, cujos effeitos apreciaremos quando nos occuparmos de cada um dos direitos especiaes, que constituem a propriedade. Hoje, que a expropriação por utilidade publica é um principio consignado no Codigo fundamental, e diuturnamente practicado, não ha lugar para elevar esta excepção, feita á propriedade, até a altura d'uma questão transitoria, porque poucos serão hoje os proprietarios cujo titulo de aquisição não seja posterior á outorga e juramento da Carta.

Ainda porém que a aquisição de propriedade fosse anterior á lei que decretasse a expropriação da mesma por uti-

¹ Cod. Civ. Port., art. 2168.

² Cod. Civ. Port., art. 2170.

³ Cod. Civ. Port., art. 2323, § 1.º, 2338.

lidade publica, a applicação d'esta lei ás propriedades adquiridas anteriormente não offenderia o principio da não retroactidade da lei: «pois, querendo o homem gozar das vantagens, que a sociedade lhe offerece para garantir o uso da propriedade, deve tambem sujeitar-se ás obrigações que lhe impõe¹.» Mas como a expropriação da propriedade por utilidade publica não foi em todo o tempo² objecto d'uma reserva legislativa, é claro que esta instituição, que deve necessariamente ter uma origem mais ou menos remota, não pôde introduzir-se e desenvolver-se senão em virtude do principio que a propriedade particular deve, em caso de necessidade, ceder ao interesse geral, e sob a condição d'uma justa e previa indemnisação. «O principio da indemnisação previa não resulta sómente de que a medida viesse affectar proprietarios que por si mesmos, ou por seus antecessores, não tinham previsto a sua nova restricção a seus direitos: tem sua base e razão sufficiente nesta particularidade, que, em quanto o proprietario, que vê diminuir seus direitos e vantagens, se vê privado total ou parcialmente de sua propriedade, o estado ou seus concessionarios acquirem por si mesmos uma vantagem igual ou analoga áquella de que o particular é despojado. É então o grande principio de que — ninguem deve locupletar-se com a jactura alheia, — que reclama e recebe sua applicação³.»

§ 2.º

Propriedade resolvel

Ao passo que a propriedade absoluta, salvo o caso de expropriação por utilidade publica, não pôde ser revogada senão por consentimento de proprietario, segundo o titulo de sua constituição, a propriedade resolvel, conforme o titulo de sua constituição, está sujeita a ser revogada, inde-

¹ Coelho da Rocha, Dir. Civ., § 404.

² A expropriação por utilidade publica no direito francez parece não remontar alem de Philippe o Bello, o qual: pretendendo expropriar um moinho para aformosear uma tapada real, deu assumpto á engraçada fábula, que tem por titulo: *Le meunier sans soucie*.

³ Kalindéro, obr. cit., pag. 94.

pendentemente da vontade do proprietario. Póde porém acontecer que, sendo a propriedade absoluta por titulo de sua constituição, quer porque esta qualidade fosse expressamente declarada, quer porque ainda na falta de declaração, a lei do tempo em que a propriedade foi constituida, attribuisse ao titulo de sua aquisição o caracter de irrevogabilidade, venha depois uma lei nova declarar resolúvel a propriedade adquirida por aquelle titulo, ou attribuir este effeito a novos factos, e em qualquer dos casos é sempre necessario avaliar a influencia da nova lei sobre a resolução da propriedade adquirida antes da sua publicação. Quando os casos da resolução houverem sido expressos no titulo da sua constituição, não resta a menor duvida de que a lei nova nenhuma influencia póde exercer sobre a determinação d'estes casos; mas, quando elles não são expressamente estipulados, e a lei nova vai supprimir, diminuir ou acrescentar os casos de resolução admittidos pela do tempo, em que se adquiriu a propriedade, então torna-se necessario decidir por qual das duas leis devem ser regulados, se pela antiga, se pela nova. Assim a propriedade da doação validamente feita resolve-se geralmente pela superveniencia de filhos, pela ingratição do donatario, pela inofficiosidade. Ora a lei nova póde influir não só sobre estes factos directamente, já supprimindo uns, já introduzindo outros, mas até sobre os effeitos dos factos legalmente existentes; e se parece facil a determinação da lei applicavel aos factos, não é assim em quanto aos seus effeitos. O Codigo Civil ¹ diz que os effeitos da resolução da propriedade são declarados nos titulos relativos á sua constituição; mas estes effeitos podem variar conforme attendermos á lei do tempo da constituição da propriedade, ou á do tempo de sua resolução. Assim, resolvendo-se a propriedade validamente doada pela superveniencia de filhos, segundo a legislação antiga ², o doador ou seus herdeiros podem reivindicar os bens doados, ainda que estes hajam sido alienados pelo donatario, livres de encargos, e podem pedir os fructos desde o nascimento do tilho, quando segundo o Codigo ³ não podem pedir os bens alienados pelo

¹ Cod. Civ. Port., art. 2174.

² Coelho da Rocha, Dir. Civ., § 761.

³ Cod. Civ. Port., art. 1464; vid. tambem art. 1487, 1501 e 1502.

donatario, mas o valor que tivessem no tempo da doação, devem accital-os com o encargo de hypotheca, que podem expurgar com regresso contra o donatario, pelo que houverem dispendido por essa causa, nem pedir os fructos, antes da proposição de acção. Sem pretensão a fazer opinião sobre um ponto que achamos bastante delicado, inclinamo-nos todavia a que assim os factos, como os seus effeitos, deverão ser regulados pela lei do tempo da constituição da propriedade resoluta, e não pela lei sob a qual se verificam os factos resolutorios, ou se pede o seu cumprimento. Alem de que, este ponto já se acha tractado noutras partes do presente escripto.

§ 3.º

Propriedade commum

A propriedade é commum, quando a plenitude dos direitos que a constituem, ou algum d'elles sómente, pertence a duas ou mais pessoas simultaneamente. O proprietario em commum, consorte ou comproprietario, exerce conjunctamente com os outros consortes, todos os direitos que pertencem ao proprietario singular, em proporção da parte que tem na propriedade commum ¹.

Mas, se a lei nova modificar os direitos dos comproprietarios, ampliando ou restringindo qualquer dos direitos especiaes da propriedade, as suas disposições serão applicadas sómente á propriedade commum constituída posteriormente, ou tambem á anteriormente?

Assim, por exemplo, segundo o Codigo, o proprietario commum não pôde dispôr especificadamente de qualquer parte do objecto commum, sem que este lhe seja assignado em partilha, e o direito de cessão que tem sobre a parte que haja de pertencer-lhe pôde ser limitado na conformidade da lei ²; e pôde mesmo ser obrigado a concorrer para as despesas de conservação da cousa commum ou a renunciar á parte que lhe pertencer ³; não pôde renunciar ao direito de exigir a divisão, podendo apenas convencionar que a

¹ Cod. Civ. Port., art. 2176.

² Cod. Civ. Port., art. 2177.

³ Cod. Civ. Port., art. 2178.

coisa se conserve indivisa por espaço de cinco annos, prazo que póde ser renovado por nova convenção¹; ao passo que pelo direito antigo² era permittido ao comproprietario dispôr da sua parte respectiva, ainda antes de feita a divisão, obrigar a vender aquelle que não quizesse concorrer para as despesas da conservação da coisa commum, e além d'isso, posto que não podia tambem renunciar ao direito de exigir a divisão, podia estipular a indivisão por um prazo maior de tempo, do que o fixado peló Codigo Civil.

Feitas pois estas ou outras alterações pelo Codigo sobre a propriedade commum, parece-nos que suas disposições devem applicar-se à toda a propriedade commum, sem distincção de data, e que da sua publicação em diante o direito dos comproprietarios em geral, em quanto ao uso e administração, e em quanto á divisão e sua fórma, devem ser regulados não pela lei do tempo de sua constituição, mas pela do seu exercicio. Com effeito, sendo o fim d'esta nova disposição introduzida pelo Codigo o melhoramento da cultura ou o proprio interesse dos comproprietarios, não póde a sua applicação ter-se como retroactiva. Portanto, a natureza particular d'esta relação juridica justifica a applicação immediata da lei nova á compropriedade, não obstante haver sido constituida antes da sua publicação. Mas não é só a razão ou a doutrina quem fundamenta esta decisão, é tambem a propria lei, quando diz que a cessão do direito que cada proprietario tem á parte que haja de pertencer-lhe, póde ser limitada em conformidade com a mesma lei³. No emtanto, se antes da promulgação do Codigo, os comproprietarios, usando da faculdade que lhe permittia a lei do tempo, houvessem estipulado a indivisão, por espaço de tempo superior ao fixado pelo Codigo⁴, ainda que esse tempo decorra pela maior parte depois da sua publicação, deve a propriedade conservar-se indivisa por todo o tempo convencionado; porque é sabido que a lei não póde limitar o direito derivado por um contracto sem violar a sanctidade do mesmo direito, sem atacar a fonte mais perenne das re-

¹ Cod. Civ. Port., art. 2185.

² Coelho da Rocha, Dir. Civ., § 467 (vid. §§ 466—472).

³ Cod. Civ. Port., art. 2178.

⁴ Cod. Civ. Port., art. 2185.

lações jurídicas, que são outras tantas condições da vida physica, intellectual e moral do homem e da humanidade.

§ 3.º

De algumas especies de propriedade imperfeita

A propriedade diz-se perfeita, quando consiste na fruição de todos os direitos contidos no direito da propriedade, que são direito de fruição, de transformação, de exclusão e defesa, de restituição, e indemnisação nos casos de violação, damno ou usurpação e direito de alienação; e imperfeita, quando consiste na fruição sómente de parte d'esses direitos¹. As propriedades imperfeitas reconhecidas pelo Código² são a emphyteuse e a subemphyteuse, o censo, o quinhão, usufructo, uso e habitação; o compascuo e as servidões. Não tractamos aqui da solução das questões transitórias, a que possam dar logar as innovações introduzidas pelo Código sobre todas as especies de propriedade, limitada ou imperfeita; porque já noutra parte nos occupámos da emphyteuse subemphyteuse e censo, e por isso apenas nos resta fallar, do quinhão, do usufructo, uso e habitação, do compascuo, e finalmente das servidões.

Segundo as maximas adoptadas pelo Código⁴ «aquelle, a quem pertence qualquer fracção de direito de propriedade goza, pelo que toca a essa fracção, do direito de propriedade, plenamente, salvas as restricções estabelecidas na lei, ou no titulo constitutivo da mesma propriedade.»

¹ Cod. Civ. Port., art. 2187 e 2169.

² Cod. Civ. Port., art. 2189.

Além d'estas especies de propriedade limitada, ou imperfeita, admitidas pelo Código, existia antigamente outra especie, se não mais importante, certamente mais notavel, qual era a dos bens vinculados sob as suas duas fórmulas de morgados e capellas. Coelho da Rocha, Dir. Civ., § 497—530.

³ Ainda que o Código enumere a subemphyteuse entre as varias especies de propriedade limitada, dando por este modo a entender que a admite, não devemos todavia esquecer-nos que sómente admite a constituida anteriormente á sua publicação com as modificações estabelecidas no mesmo Código (art. 1689—1695 e 1702—1705); pois que prohibiu para o futuro o contracto de subemphyteuse, ou subempramento (art. 1701).

⁴ Cod. Civ. Port., art. 2188.

Como acabamos de ver, cada uma das especies do direito de propriedade, á similhaça da propriedade perfeita, está sujeita as restricções feitas pela lei; mas estas restricções, introduzidas pela lei nova, são as mesmas que dão margem a frequentes questões transitorias, porque, tendo alguma d'estas especies de propriedade imperfeita uma duração, posto que temporaria, e outras até uma duração perpetua, continuam a subsistir depois da publicação da nova lei; e neste caso faz-se mister saber se devem ser reguladas pelas leis da sua constituição, ainda que abrogadas, se pelas leis vigentes. É o que vamos examinar, fallando em primeiro lugar do *quinhão* e do *compascuo*, em segundo do *usufructo*, do uso e da habitação, e em terceiro, finalmente, das *servidões*.

a) *Quinhão e compascuo*.— 1) As disposições do *Codigo*¹ relativas á materia do *quinhão*, são applicaveis aos constituídos anteriormente á publicação do *Codigo*; porque, prohibindo o mesmo *Codigo*² a constituição dos *quinhões* para o futuro, as regras estabelecidas por este sobre a materia sujeita ficariam sem effeito, isto é, seriam inteiramente inuteis, se não se applicassem aos *quinhões* constituídos anteriormente. Mas, se os *quinhões* constituídos antes do *Codigo* ficaram, depois da sua publicação, sujeitos ás disposições do mesmo *Codigo*, é porque o *Codigo* tem effeito retroactivo, contra o principio consagrado pelo mesmo *Codigo* no artigo 8.º

Attendendo porém á natureza particular das disposições do *Codigo*, é facil conhecer que ellas podem applicar-se aos *quinhões* anteriormente constituídos, sem offensa do principio da não retroactividade, porque o *Codigo* nesta parte limitou-se a definir os direitos e obrigações do *posseiro* e *quinhoeiros*, já em quanto á administração do objecto do *quinhão*, já em quanto á alienação; numa palavra, examinando as disposições do *Codigo* sobre esta materia, vemos que elle não aniquila direitos, mas apenas regula o seu exercicio, procurando alliar sempre o interesse geral da agricultura com o interesse particular dos *quinhoeiros*. Tudo

¹ Cod. Civ. Port., art. 2190—2195.

² Cod. Civ. Port., art. 2196.

isto, que acabamos de ver se entenderá na falta ou silencio do titulo constitutivo do quinhão; porque, existindo este, devém observar-se as suas clausulas, ainda que contrarias ás novas disposições do Codigo, comtanto que fossem conformes ás das leis do tempo em que foram constituídos.

2) O direito de compascuo segundo o Codigo consiste na communhão de pastos de predios pertencentes a varios proprietarios ¹. Os predios sujeitos ao onus de compascuo podem ser publicos, pertencentes á freguezia, aos municipios, ao estado e a particulares.

A communhão de pastagens nos primeiros é inteiramente regulada pelas leis administrativas, que se acharem em vigor, sem que alguém possa allegar direitos adquiridos á sombra das leis já abrogadas; e nos segundos podia ter sido estabelecido por concessão tacita ou expressa, quer entre uma universalidade de individuos sobre uma universalidade de bens, quer sobre predios certos e determinados entre individuos tambem certos e determinados.

Ora o Codigo permite sómente o direito de compascuo sobre predios certos e determinados, e por convenção expressa entre individuos tambem certos e determinados ², e decretou a abolição do compascuo estabelecido anteriormente á sua promulgação em predios particulares por concessão tacita ³ ou ainda por concessão expressa, sendo entre uma universalidade de individuos sobre uma universalidade de bens. ⁴

As questões transitorias pois, que poderiam offerecer-se sobre applicação das disposições do Codigo ao direito de compascuo estabelecido anteriormente á sua publicação, acham-se resolvidas pelo mesmo Codigo; e porisso não temos de invocar principios para resolver a questão, visto como está legalmente dicidida, mas para justificar as disposições transitó-

¹ Esta definição parece-nos defeituosa, por quanto nem abrange a communhão de pastagens de terrenos publicos, quer estes terrenos pertençam ás freguezias ruraes, quer aos municipios ou ao estado, nem o onus commum de pastagem sobre a propriedade d'um só, o que não deixa de ser pasto commum, pois é antes o sujeito activo do que o passivo da servidão, que lhe dá o caracter de commum. Cod. Civ. Port., art. 2262 e 2263.

² Cod. Civ. Port., art. 2265.

³ Cod. Civ. Port., art. 2264.

⁴ Cod. Civ. Port., art. 2265.

rias do Código, que parecem offensivas do principio da não retroactividade, visto extinguirem direitos adquiridos.

A abolição do direito de compascuo, fundado simplesmente por concessão tacita, pôde justificar-se não só pela falta de titulo expresso, mas ainda pelo aperfeiçoamento da agricultura; mas o constituido por concessão expressa, embora o fosse entre uma universalidade de individuos sobre uma universalidade de bens, não pôde justificar-se senão pela agricultura. Mas parece-nos razão sufficiente para se extinguir o direito de compascuo, que era uma restricção á propriedade e um obstaculo ao desenvolvimento da producção agricola. Alem de que, tanto o Código attendeu aos interesses geraes da agricultura, que não só reduziu consideravelmente o direito de compascuo, segundo acabamos de ver, mas ainda permittiu ao proprietario, cuja propriedade se ache onerada com o encargo perpetuo de pastagens por algum titulo particular, a faculdade de remir este onus, mediante o pagamento de seu justo valor¹.

b) *Usufructo, uso e habitação*. Para determinarmos a acção da lei nova sobre cada uma d'estas especies de propriedade imperfeita, quando tenham sido constituidas anteriormente á sua publicação, precisamos attender á natureza particular do titulo da sua constituição, porque segundo o seu titulo constitutivo for um acto da vontade *inter vivos*, ou *causa mortis*, ou for uma disposição da lei, assim deverá ser differente a acção da lei. Em verdade, se estas fracções da propriedade houverem sido constituidas, quer por acto *inter vivos*, quer por ultima vontade², e as diversas relações juridicas entre o proprietario e o usufructuario se acharem reguladas no titulo da sua constituição, é inquestionavel que este titulo deve observar-se, e que a lei nova não pôde alterar estas relações formadas na conformidade da lei antiga, sob pena de retroacção. Mas, se o titulo faltar ou for insufficiente³, parece-nos ainda que a sua falta ou insufficiencia deve ser supprida pela unica lei que as partes podiam ter em vista quando estabeleceram estas especies de propriedade, pois que, pelo facto de não

¹ Cod. Civ. Port., art. 2266.

² Cod. Civ. Port., art. 2198 e 2255.

³ Cod. Civ. Port., art. 2201.

declararem mais compridamente a sua vontade, mostraram conformar-se na falta de declaração com as disposições das leis vigentes, não usando da permissão, concedida pela lei, de regular estes actos e seus effeitos d'outro modo.»

Este nosso parecer é também seguido por Kalindéro¹ nos termos seguintes: «ces démembrements de la propriété en sont généralement détachés par des conventions ou par des testaments; de plus ils sont viagers, il en résulte que le droit une fois entré dans le patrimoine d'un particulier pour un temps limité doit en principe être respecté par la loi nouvelle. Ainsi, nul doute que la loi ne puisse pas changer les droits respectifs du propriétaire et de l'usufruitier, ni augmente ou diminuer les causes et les modes d'extinction.»

«Em quanto porém ao usufructo legal, a solução da questão que nos occupa, póde ainda comportar uma distincção entre os seus dois casos de applicação. Com effeito, se se tracta do usufructo estabelecido em materia de successão em favor do pae ou mãe sobrevivivos nos bens do filho defuncto, como neste caso o direito se funda na adição da herança, está a salvo da lei nova, como outro qualquer direito de successão, segundo vimos antecedentemente. Mas, se pelo contrario se tracta do usufructo legal, adjudicado ao poder paternal, como não é algum acto de pae ou de mãe que desse origem ao usufructo, e que seja o fundamento d'um direito adquirido, fica a lei sendo soberana e póde augmentar, restringir ou supprimir o beneficio que havia concedido. Mas se o usufructo no ponto de vista de suas vantagens, e duração fica (salva a ultima hypothese) a salvo da lei nova, o mesmo não acontece com o modo do exercicio do direito nas relações dos titulos com o interesse geral, porque assim como a propriedade em globo está sujeita a restricções feitas pelas leis e regulamentos administrativos, da mesma sorte o está o usufructo como parte d'aquelle todo².»

c) *Servidões reaes*—«As servidões reaes têm tres causas: a situação dos logares, a lei e o facto do homem³. A lei é impotente sobre a primeira causa, no sentido que ella nada póde, ao menos racionalmente, ajunctar aos onus que a

¹ Kalindéro, obr. cit., pag. 95.

² Idem, loc. cit.

³ Cod. Civ. Port., art. 2271.

natureza impõe aos predios; neste caso ella crearia uma nova servidão, o que lhe é sempre permittido; é a consequencia dos principios que precedem sobre a propriedade. O seu poder é pleno sobre a segunda causa.»

«Em quanto porém á terceira e ultima causa, é manifesto que a lei não pôde augmentar nem restringir as servidões constituídas pela vontade do homem, quer se tracte de titulo, quer de prescripção ou de disposição do pae de familia. Todas estas soluções são fundadas nos principios anteriormente estabelecidos sobre a propriedade¹.»

Nesta materia estabeleceu o Codigo² uma unica disposição transitoria inteiramente inutil, declarando que a prohibição da aquisição das servidões continuas, não apparentes, e as descontinuas, apparentes, ou não apparentes; por meio de prescripção, não prejudicará as servidões adquiridas anteriormente á publicação do Codigo, conforme o uso ou costume das terras. A violação d'esta disposição seria a violação do principio geral da não retroactividade da lei consagrado pelo mesmo Codigo³; mas aquellas que tivessem começado a correr antes do Codigo e que não estivessem ainda consummadas no tempo da sua promulgação, ficaram extintas *ipso facto*, tanto segundo os principios geraes da materia, como segundo as disposições expressas do mesmo Codigo⁴.

SECÇÃO II

Da propriedade e dos direitos especiaes contidos nella

O direito de propriedade, assim como cada um dos direitos especiaes que esse direito abrange, não tem outros limites senão os que lhes forem assignados pela natureza das cousas, por vontade do proprietario ou por disposição expressa da lei.⁵

«Esta ultima restricção, feita ao direito de propriedade e a cada uma de suas especies, é a origem das difficuldades,

¹ Kalindéro, obr. cit., pag. 97.

² Cod. Civ. Port., art. 2273, § un.

³ Cod. Civ. Port., art. 8.

⁴ Cod. Civ. Port., art. 565.

⁵ Cod. Civ. Port., art. 2170.

assim como será, segundo esperamos, o meio de as resolver. Fica pois assentado que o direito de propriedade não é um direito absoluto, mas sómente o mais extenso de todos; elle é limitado pelas leis e pelos regulamentos, e também pelas convenções; mas este ponto não é contestado. A primeira questão que se nos offerece é — saber se devemos applicar ás propriedades sómente as leis e regulamentos anteriores á aquisição dos possuidores actuaes. Parece que, conforme os principios já postos e applicados, os novos regulamentos, as novas restricções ao direito do proprietario não deveriam reger senão os que adquirem posteriormente a essas medidas, mas seria um erro. O primeiro motivo é que a applicação que se pretendesse limitar ás aquisições novas não deveria deixar de actuar sobre as aquisições anteriores, porque do momento em que devesse ferir os novos proprietarios, não quereriam estes adquirir senão com condições menos onerosas, e em ultima analyse os vendedores seriam os mais prejudicados pela nova lei».

«Esta observação permite-nos dizer desde já que é impossivel dividir assim os acquisidores em duas classes — os que tractam antes da lei nova e os que não tractaram senão posteriormente a ella. E que effectivamente a propriedade é um direito que, uma vez ligado a um objecto, a uma cousa corporea, se transmite indefinidamente, quer *inter vivos*, quer *mortis causa*, quer a titulo gratuito quer a titulo oneroso, que não muda de character mudando de titulo, e de que podemos dizer de algum modo que não tem principio nem fim muito differente n'isto do direito pessoal, que é essencialmente temporario, que é quasi accidental na vida do homem, e que em fim, examinado rigorosamente na sua essencia, não pode ser transmittido sem ser novado.

«Concebe-se então que se possa, a respeito dos creditos distinguir, se a sua formação precedeu ou seguiu a nova lei; mas esta distincção é impossivel, e levar-nos-ia a não applicar em tempo algum, nem a propriedade alguma, as leis e regulamentos novos, desde o momento em que os não applicassemos a todas e sempre; e como é inadmissivel que a lei nova seja feita para não ser applicada, è necessario que ella o seja immediatamente e universalmente¹.»

¹ Kalindéro, obr. cit., pag. 89—95.

« Apresenta-se então uma segunda questão, pois é necessário explicar esta solução pela idéa do sacrificio imposta ao interesse particular em favor do interesse publico, ou pela mesma natureza da propriedade. Nós intendemos que é por uma e outra d'estas razões simultaneamente que devemos decidir-nos. De feito, o legislador comprehendeu em todo o tempo que o homem não podia isolar-se de seus semelhantes sem prejuizo para si e para elles, e que o estado social, ao mesmo tempo que garante a cada um o producto do seu trabalho e suas fadigas, exige de cada um em troca sacrificios de todo o genero: não consagrou tambem o principio da propriedade, senão reservando-se o direito de regular o seu uso segundo as necessidades do tempo. Esta restricção geral, introduzida pelas leis de todos os tempos e de todos os paizes, á plenitude do direito da propriedade, modificou a sua natureza e deixou-a para sempre no dominio do legislador, ao menos numa certa medida, de que procuraremos determinar o caracter.»

« A primeira restricção não precisava ser escripta nas leis positivas: consiste na defesa de fazer da sua propriedade um uso tal, que possa prejudicar a outro. Assim nunca se duvidou que não podiam fazer-se sobre a propriedade escavações ou acervos, que podessem prejudicar as construcções dos visinhos, e todos os regulamentos novos, que podem intervir sobre esta materia, não fariam nunca senão consagrar um direito anterior¹.»

« Outras restricções á liberdade dos proprietarios são ainda fundadas no receio de que causem damno a outro. Assim prohibe-se-lhes estabelecer certas industrias sem satisfazer a certas formalidades mais ou menos custosas, e até algumas vezes pode ser recusada a auctorisação²; da mesma sorte não é licito fazer certos trabalhos na propriedade sem observar certa distancia da propriedade do visinho, ou sem construir um contramuro³.

« Algumas vezes são certos modos de exploração que o proprietario não pode livremente adoptar; assim é-lhe prohibido cultivar o tabaco, objecto de monopolio, sem lhe ser

¹ Cod. Civ. Port., art. 2323.

² Cod. Civ. Port., artt. 567 § un., 568.

³ Cod. Civ. Port., art. 2325.

adjudicada a sua cultura, derrotar florestas sem auctorisacção, cujo fim é menos evitar um damno publico do que assegurar vantagem á sociedade.»

«A exploração de minas e minerios apresenta ainda um exemplo claro da preferencia dada em certos casos ao interesse geral sobre o interesse particular¹.»

«O mesmo acontece com a necessidade de ceder a sua propriedade por causa de utilidade publica. Estas duas restricções merecem que lhes consagremos alguma attenção; é necessario procurar o seu fundamento juridico e é tambem um meio de resolver duas questões que podem apresentar-se.»

«Primeiramente vejamos a defesa de explorar minas sem auctorisacção do governo e a possibilidade de que esta concessão seja feita a outro que não ao proprietario.» Hoje todos têm direito a pesquisar e lavrar minas, independentemente da auctorisacção do governo nos predios rusticos que possuem, ou ainda em predios alheios, mediante o consentimento do proprietario, ou seu supprimento no caso de recusa e concessão previa².

«A designação das substancias, que devem ser consideradas como mineraes para que a sua pesquisa e lavra fiquem sujeitas á legislacção relativa a este assumpto, as limitações dos direitos mencionados nos artigos precedentes, a designação das formalidades prévias, e das condições para o seu exercicio e o modo d'elle, bem como a especificação dos direitos dos possuidores do solo e dos descobridores das minas, no caso de concessão, ficam reservados para legislacção especial³.

A natureza especial d'estas disposições reclama a sua applicação immediata a todos os proprietarios, quer hajam adquirido antes, quer depois da sua publicacção; mas os direitos adquiridos anteriormente em virtude de factos practica-dos pelos mesmos proprietarios ou pesquisadores devem ser respeitadas pelas leis posteriores.

Quando a restricção é feita pela lei á propriedade d'um em favor d'outro, esse outro adquire immediatamente a faculdade

¹ Cod. Civ. Port., art. 2288.

² Cod. Civ. Port., art. 465 e 466.

³ Cod. Civ. Port., art. 467.

proveniente d'essa restricção, podendo usar d'ella logo depois da publicação da lei que lh'a concedeu; mas, se deixou a brogar a lei sem usar da faculdade concedida pela mesma, não poderá jámais exercel-a, fundando-se em que a lei antiga lhe concedia essa faculdade, pois, não a usando, mostrou não querer aproveitar-se d'ella, não lhe aproveitando mesmo a consideração de que contava com a permanencia da lei ou com a conservação da faculdade ainda depois da sua abrogação; porque a lei que concede uma faculdade faz uma permissão de que sómente resulta direito quando se usou d'ella, e por conseguinte, se o interessado não usou da permissão durante a vigencia da lei que a concedia, não tem que queixar-se senão de si mesmo. Assim o dono do predio onde existirem arvores alheias poderá adquiril-as pagando o valor, excepto se, por effeito de contracto, estiver obrigado a conservar-as no dominio alheio por um certo numero de annos que nunca poderá exceder a trinta¹. Ninguém dirá que esta faculdade de expropriar a arvore alheia não poderá estender-se ás arvores adquiridas anteriormente á publicação do Codice, porque, se uma lei permittiu o dominio d'arvores em terreno alheio, outra lei póde decretar a expropriação d'ellas em utilidade da agricultura. Mas, se por effeito d'um contracto se tiver obrigado a conservar-a no dominio alheio por certo numero de annos, nunca estes annos excederão a trinta. Poderia pois entrar em duvida se esta limitação da excepção a trinta annos abrangia os contractos feitos anteriormente á publicação do Codice; mas parece-nos que não só em harmonia com a doutrina, mas ainda conforme á letra e espirito do Codice deve applicar-se aos contractos anteriormente feitos, de sorte que, ainda tendo sido estipulada a conservação de arvore em terreno alheio por praso superior a trinta annos, logo que este seja decorrido, depois do Codice poderá o dono do predio expropriar a arvore alheia. É violação d'um contracto, dir-se-nos-ha, mas uma violação que redunde em beneficio da agricultura pela confusão de dois direitos que separados lhe eram oppostos.

A faculdade concedida pelo Codice² a todo o proprietario confinante com parede ou muro alheio de adquirir nelle

¹ Cod. Civ. Port., art. 2308.

² Cod. Civ. Port., art. 2328.

communhão no todo ou em parte, pagando metade do seu valor, e metade do solo sobre que estiver construido o dicto muro ou parede compete tambem a todos os proprietarios immediatamente depois da promulgação do Codigo, ainda que a parede ou muro tenham sido construidos antes. «Os exemplos poderiam ser multiplicados, mas julgamol-os inuteis, pois os que precedem bastarão para mostrar o character especialissimo da propriedade e para provar que a lei nova póde, sem retroagir, receber uma applicação immediata, geral e absoluta¹».

¹ Kallidéro, obr cit., pag. 95.

CAPITULO IV

Da applicação do principio da não retroactividade da lei á offensa dos direitos e á reparação d'elles (Codigo Civil Portuguez, parte 4.^a, art. 2361-2538.)

SECÇÃO I

Da responsabilidade civil

O facto ou omissão, pelo qual se offende algum direito, póde produzir para o seu auctor responsabilidade civil sómente, ou tambem responsabilidade criminal. Quando alguém incorre em responsabilidade criminal, fica por esse mesmo facto incurso em responsabilidade civil; mas acontece muitas vezes achar-se alguém sujeito a esta sem haver incorrido naquella, ou, por outros termos: não ha responsabilidade criminal sem responsabilidade civil, mas póde haver responsabilidade civil sem haver responsabilidade criminal, porque onde ha dolo ha culpa, mas não vice versa¹.

¹ Cod. Civ. Port., art. 236—2365. As relações entre a responsabilidade civil e a responsabilidade criminal acham-se fixadas no art. 2365 do Cod. Civ. nos termos seguintes: «A responsabilidade criminal é sempre acompanhada da responsabilidade civil; mas a civil nem sempre é acompanhada da criminal. Os casos em que esta ultima é acompanhada da civil estão especificados na lei. «Ora esta segunda parte do artigo é opposta á primeira, em quanto parece ser uma restricção, porque, dizendo que os casos, em que a responsabilidade criminal é acompanhada da civil, estão

Não é este o logar proprio para fallar da applicação das leis que determinam a responsabilidade criminal, não só porque taes leis não pertencem ao quadro do Direito Civil, mas ainda porque nos propomos fallar d'este objecto noutra parte, onde tenha melhor cabimento; e porisso limitarnos-hemos agora a determinar os effeitos das mudanças operadas nas leis, que tenham por objecto de suas disposições a responsabilidade civil connexa com a criminal ou sómente civil.

As leis sobre a responsabilidade civil, quer seja quer não connexa com a criminal, têm por objecto a imputação e a gradação da mesma responsabilidade: porisso fallaremos primeiro da imputação, e depois da gradação.

a) Imputação do damno

Se a lei nova attribuir ou recusar a certos factos ou omissões a responsabilidade civil, qual deverá ser a sua influencia sobre os factos e omissões preteritas? Nós intendemos que a acção da nova lei será nulla, e que, havendo de fazer-se a imputação da responsabilidade civil de algum facto ou omissão, deve ser applicada a lei do tempo em que elles tiveram logar, e não a do tempo em que se faz a imputação; porque o contrario seria dar effeito retroactivo á lei, quer tornando o agente civilmente responsavel por acções practicadas á sombra d'uma lei que o absolvía, quer alliviando-o da responsabilidade em que incorrêra por actos practicados sob o imperio d'uma lei que o condemnava. Em ambos os casos havia offensa de direitos, pois no primeiro impunha-se ao auctor do facto ou da omissão uma obrigação a que elle não estava sujeito quando o practicou, e no segundo desonerava-se o lesante

especificados na lei, parece dar a entender que em alguns casos a responsabilidade criminal não é acompanhada da civil, quando aquella nunca se dá sem esta, como havia estabelecido na primeira parte. Se quiz dizer que os casos em que se dá a responsabilidade criminal estão especificados na lei, era desnecessario, porque tambem aquelles em que tem logar a responsabilidade meramente civil devem ser especificados na mesma lei. Seja pois qual for a significação da segunda parte do artigo, não póde justificar-se, porque, sendo inutil, tornou-se contradictoria com a primeira parte e com a sciencia da legislação, a qual exige clareza, precisão e harmonia nas leis.

d'uma obrigação com prejuizo manifesto do lesado, privando-o da reparação do damno a que tinha incontestavel direito. Assim o damno causado pelo menor ou pelo furioso reputava-se casual, não havendo negligencia da parte d'aquelles que os deviam vigiar, pois no caso affirmativo ficavam estas pessoas responsaveis pelo damno causado¹; mas o Codigo², tornando responsavel tanto o demente como o menor, quando se provar a irresponsabilidade da parte dos paes, tutores ou curadores, dá logar a perguntar-se — se o menor ou demente será obrigado á indemnisação por factos anteriores á publicação do mesmo Codigo, não se provando a negligencia da parte das pessoas, a cuja guarda e direcção estavam confiados.

Mas, pelas razões apresentadas, é obvio que a resposta deverá ser negativa, e que lhes caberá a responsabilidade pelos factos ou omissões posteriores, e não pelos anteriores, devendo o damno causado por esses factos reputar-se casual segundo a legislação antiga.

Invertâmos porém a hypothese e ponhâmos a disposição do Codigo Civil antes da disposição da lei antiga, isto é, o damno imputavel antes do damno casual: vejamos se a solução deverá ser ainda a mesma. Vista esta questão pelo reverso offerece difficuldade mais séria, porque, tirando a lei nova toda a responsabilidade civil a factos que antes a tinham, parece dever applicar-se a todos, tanto futuros como preteritos, sem offensa do principio da não retroactividade. O lesado, em quanto não torna effectivo o direito de reparação, não tem senão uma simples faculdade de exigir a reparação do damno causado, á qual póde renunciar, se lhe aprouver; e portanto a lei que lhe concedeu esta faculdade póde mui bem retirar-lh'a, comtanto que não a tenha já convertido em facto. Esta solução, como vemos, seria verdadeira, logica e exacta, se admittissemos como criterio da não retroactividade a distincção entre direitos adquiridos e faculdades legaes; mas visto que não adoptamos semelhante criterio, não podemos deixar de propugnar pela doutrina opposta. Em verdade, logo que qualquer individuo practica um facto ou omissão, pelo qual viola um direito alheio, se a

¹ Coelho da Rocha, Dir. Civ., § 134, n.º 10.

² Cod. Civ. Port., art. 237 e 238.

lei do tempo o sujeita á responsabilidade civil, esse individuo constitue-se na obrigação de reparar o damno causado, á qual no lesado corresponde o direito de pedir a sua reparação. Não usou d'este direito antes da promulgação da lei, é verdade; mas, se a lei não viesse, não podia perder esse direito senão por um facto seu: logo a lei não deve ter força para lhe tirar o que tinha adquirido e que jámais poderia perder sem facto exclusivamente seu. Se as leis novas não devessem respeitar as facultades, seguir-se-ia que podiam atacar desassombradamente todos os nossos direitos, pois a certos respeitos todos elles têm o caracter de facultativos. Por tudo isto parece-nos que a lei nova, fazendo a imputação da responsabilidade civil a pessoas ou factos por modo differente da lei antiga, deve ter applicação sómente aos factos futuros, e não aos preteritos. Bem sabemos que esta solução não é conforme com a que costuma dar-se sobre a responsabilidade criminal: entretanto, sendo as leis differentes, porque tambem o é o seu fim, cremos com bom fundamento que a solução das questões transitorias sobre a applicação das duas leis deveria igualmente ser differente, pois uma tem por fim o desagravo da sociedade, e a outra a satisfação do offendido.

b) Gradação do damno

A questão transitoria, que pôde ventilar-se sobre a materia d'este artigo, cifra-se em saber se o damno deverá ser regulado segundo a lei do tempo em que foi causado, ou segundo a lei do tempo em que é reparado. Aqui as duas leis concordam sobre a imputação da responsabilidade civil a certas pessoas e por certos factos, mas discordam sobre o modo da sua gradação, e portanto é necessario determinar qual d'ellas deva applicar-se. Para aclararmos a questão distinguiremos os dous casos que podem apresentar-se.

Se a nova lei exige maior reparação do que a lei sob cujo imperio o damno foi causado, seria talvez injusto applicar esta segunda lei ao lesante, porque, se o temor da sanção da lei devia ser um motivo assás forte para não a transgredir, é todavia certo que sobre a sua determinação não

podia operar senão um motivo conhecido, e esse motivo era a sanção da lei que violou, e não a d'outra que ainda não existia. Além d'isto, applicando a sanção da nova lei a factos já practicados, não se consegue o fim da mesma, que é garantir a sua observancia, pois ninguem é capaz de impedir o que está feito, e para o réu saber que se commetter nova transgressão; lhe será applicada a sanção da nova lei, basta o simples conhecimento d'ella, basta-lhe a observação feita nos outros, sem precisar de experiencia propria.

Póde o lesado queixar-se da insufficiencia da reparação e pretender que esta se faça segundo a nova lei; mas esta pretensão não nos parece attendivel, pois além d'outras razões seria um premio da sua negligencia no prosequimento de seus direitos.

Se a nova lei exige menor reparação civil do que a antiga, ainda segundo o nosso parecer deve applicar-se esta e não aquella, porque o lesante não póde allegar que, quando practicára o facto, tivera em vista a sanção d'uma lei não existente. Practicando um facto contrario á lei, ficou sujeito as consequencias legais d'esse facto, isto é, á sanção da lei violada. Tambem se não póde dizer que a sanção da nova lei baste para garantir a sua observancia em favor d'um individuo que a transgrediu, quando a sanção era mais forte.

Além d'isso, pelo facto da lesão o lesado fica immediatamente investido no direito de exigir a sua reparação em conformidade com a lei d'esse tempo; e se a reparação exigida por esta era maior que a exigida pela posterior, é provavel, quando não certo, que o lesado reclame a applicação d'aquella. Sendo assim, dá-se opposição entre o lesante e o lesado, e é necessario fazer a excepção em favor d'um d'elles.

Ora nós de bom grão preferimos o lesado ao lesante, porque, havendo este ultrapassado os limites da sua esphera, não póde invocar em seu favor direitos, onde não ha senão obrigações¹.

Determinada pois a lei que deve regular tanto a imputação como a graduação da responsabilidade civil, resta-nos

¹ Merlin, obr. cit. secç. III, § 11, n.º 3; vid. tambem o § 4.

para dar por acabado o nosso trabalho, o segundo e ultimo livro da ultima parte do Codigo civil. É todavia o presente livro fechado por um artigo, que, tanto pela sua magnitude como pela sua novidade, pôde dar margem a questões transitorias interessantissimas sobre o modo da sua applicação. Este artigo é o 2403, e diz assim: «Mas, se alguma sentença criminal for executada, e vier a provar-se depois, pelos meios legaes competentes, que fôra injusta a condemnação, terá o condemnado, ou os seus herdeiros, o direito de haver reparação de perdas e damnos, que será feita pela fazenda nacional, precedendo sentença controvertida com o ministerio publico em processo ordinario.» Concede-se neste artigo ao injustamente condemnado ou a seus herdeiros a faculdade de haverem da fazenda nacional a reparação de perdas e damnos, precedendo sentença controvertida com o ministerio publico em processo ordinario. Ora esta concessão, feita de novo pelo Codigo Civil, pôde offerecer difficuldades gravissimas na determinação das pessoas que deverão aproveitar-se d'ella

Quando a sentença condemnatoria houver sido proferida antes da publicação do Codigo, ainda que a sentença declaratoria da sua injustiça seja proferida depois da publicação do mesmo Codigo, não pôde o réu injustamente condemnado nem os seus herdeiros pedir a reparação de perdas e damnos, como o mesmo Codigo permite aos que, depois de executada a sentença criminal, provarem pelos meios legaes que fôra injusta a condemnação.

Não é pois nem pela lei do tempo em que foi perpetrado o pretendido factio criminoso, nem pela lei do tempo em que foi proferida a sentença declaratoria da injustiça da condemnação que devemos determinar as pessoas que podem aproveitar-se da referida disposição do Codigo, mas pela lei do tempo em que tiver sido fulminada a mesma condemnação. Com effeito, se a injustiça da condemnação tivesse sido provada antes da publicação do Codigo, é claro que nem o condemnado nem seus herdeiros podem, fundados na disposição do mesmo Codigo, exigir a reparação de perdas e damnos, visto que a lei do tempo em que se provou a injustiça da condemnação, não lhes concedia este direito.

Parece realmente duro que dois séres em circumstancias

identicas sejam tractados pela lei tão desigualmente; mas, se nós concedessemos a faculdade de reparação a todos os injustamente condemnados sem distincção de data, semelhante satisfação seria impossivel. Aqui, pois, não é tanto o principio da não retroactividade, pois que se tracta de dar e não de tirar direitos, como a natureza das cousas, que impede a applicação d'esta nova disposição aos que antes do Código houvessem provado que foram injustamente condemnados. Alem d'isto, qualquer que depois da execução da sentença criminal, porém antes da promulgação do Código civil, conseguiu provar a injustiça da sua condemnação, não se propoz certamente obter do Estado nenhuma reparação, porque a lei d'esse tempo não lh'a concedia, mas simplesmente justificar a sua innocencia perante a sociedade.

Caso porém a injustiça da sentença condemnatoria venha a ser provada depois da publicação do Código, parece que todos os seus effeitos se deveriam regular pelas disposições do mesmo Código, e que por consequente, ainda que a sentença condemnatoria tivesse sido proferida antes, não deveria essa circumstancia servir de impedimento á applicação d'esta disposição equitativa do dicto Código.

Isto não obstante, como, segundo a melhor opinião, a lei do tempo em que foi proferida a sentença injusta é que regula os direitos e obrigações entre o Estado e o injustamente condemnado ou os seus herdeiros, e não a lei do tempo em que se profere a sentença declaratoria da injusta condemnação, pois esta não faz senão restituir o condemnado injustamente ao tempo em que o fôra, não podendo dar-lhe mais direitos do que os concedidos pela lei d'esse tempo; porisso seguimos que a disposição do Código deve aproveitar sómente aos que, tendo sido condemnados depois da publicação do mesmo Código, provarem a injustiça da condemnação, segundo a fórma nelle prescripta.

Concluimos portanto repetindo que, pelo tempo, em que for proferida a sentença condemnatoria, é que deve determinar-se a lei applicavel á reparação, devida pela sociedade ao condemnado injustamente.

SECÇÃO II

Da prova e restituição dos direitos¹

Dividiremos esta secção em dois paragraphos, tractando no primeiro da applicação da lei nova ás provas constituídas antes, e no segundo á restituição dos direitos, isto é, aos juizos e acções

§ 1.º

Prova dos direitos

Como não ha direito, excepto só os absolutos, que não tenha por causa geradora um facto, dependente ou independente da vontade, e como os factos não se presumam. — segue-se que, salva aquella excepção, todos os direitos precisam de prova, visto que os factos que os traduzem ou não têm uma duração permanente nem uma extensão universal, ou não trazem impresso o cunho do seu auctor, ou são limitados pelo espaço de tempo e do logar, ou têm uma existencia momentanea e local. D'oude se conclue que tanto vale a prova como o direito, pois este sem aquella é o ser sem affirmacão, é o facto sem o reconhecimento, é finalmente a consagração da maxima, *non esse et non apparere idem est in jure*². Mas, se a prova do direito, segundo

¹ Esta primeira parte da presente epigraphie, parece-nos inexacía pela sua demasiada latitude; porque, fallando-se sem restricção da prova dos direitos, deve esta expressão abranger todos os direitos, adquiridos por qualquer dos modos, reconhecidos pelo Codice, e portanto tambem os que resultam immediatamente da natureza geral do homem sem intervenção de facto algum seu ou alheio, isto é, os direitos absolutos, que não carecem de prova, visto que o seu unico titulo é a mesma personalidade humana. Aqui não é a sua existencia que tem a provar-se, mas a restricção, limitação ou suspensão do seu exercicio, que deve ser formal e expressa, na conformidade do art. 368 do Codice Civil Portuguez.

² A equivalencia da prova ao direito adquirido, consagrada pelo direito positivo, não é opposta ao direito natural; mas a prova como razão do direito, consequencia inevitavel da imperfeição da legislação positiva, posto que contraria ao direito natural, não póde ser elidida por este, por insufficiencia de meios. Ha então logar de inverter a maxima, e dizer *simul apparere et esse idem est in jure*. (Cf. Meyer, obr. cit., pag. 8).

acabamos de ver, tem tamanha importancia, segue-se que a prova ha de regular-se pela lei, que preside á formação do direito, ou que o direito não será exequivel senão depois da constituição da prova legal.

Vê-se portanto da natureza e fim das provas, qual a lei que deve regular o seu numero, qualidade e efeitos.

Como porém entre as diversas provas dos direitos reconhecidos pelo nosso Codigo Civil, ligurem os documentos que constituem a fôrma externa dos actos, a qual é diversa segundo sua natureza e importancia, por isso fallaremos primeiro da lei applicavel á fôrma dos actos, e em segundo logar da lei applicavel ás provas em geral.

a) *Fôrma dos actos.* A reunião das circumstancias ou solemnidades, que, segundo a lei, devem intervir nos actos para a sua validade, constitue a fôrma dos actos juridicos. Esta é interna quando se refere ao objecto e conteúdo do acto, e externa, quando se refere ás solemnidades que devem praticar-se no momento da sua celebração.

Assim «o que respeita á capacidade das partes, á materia da obrigação, ao consentimento das partes, pertence ás solemnidades internas ou á substancia do acto; mas, pelo contrario, o que se refere ao modo de enunciar o consentimento ou á vontade, faz parte das solemnidades externas ou da forma. Assim numa disposição testamentaria a capacidade do testador, a do legatario, as leis sobre as disposições permittidas ou prohibidas, a parte disponivel, etc., pertencem á forma interna; o numero das testemunhas, o deposito do testamento, as formalidades solemnnes, quando a lei as exige, dependerão da lei sobre a forma: em um contracto será a lei sobre a substancia do mesmo que regulará o direito das partes e o effeito das condições estipuladas; mas o contracto será recebido verbalmente, ou por escripto, será julgado perfeito antes da tradição ou sómente depois d'este acto, segundo as disposições da lei sobre a forma¹.»

Em quanto ás leis da primeira especie, devemos sempre applicar a lei do tempo em que o acto se consumma; e por tanto, se o acto é *inter vivos*, a sua substancia depende da lei do tempo da sua celebração; mas, se o acto é *mortis causa*,

¹ Meyer, obr. cit., pag. 11.

deve regular-se pela lei do tempo da morte do seu auctor; visto como só neste momento se tornou irrevogavel e certo, segundo já demonstrámos noutra parte.

Em quanto porém á forma externa dos actos juridicos, ou esta se exija *ad majorem solemnitatem* ou *ad simplicem probationem*, é manifesto que a unica lei applicavel é a do tempo em que foram celebrados.

Se a forma vale o direito, se nesta materia se verifica exactamente o aphorismo francez *la forme emporte le fond*, segue-se que a lei nova que vier destruir a forma dos actos anteriormente practicados ou rejeitar a sua prova, aniquilará o mesmo direito, e confirmará ainda outra vez a verdade dura mas inconcussa d'aquelle aphorismo já mencionado — *non esse et non apparere est idem in jure*.

Esta mesma doutrina é professada por Meyer em termos categoricos e em diversas paginas do seu excellent tractado sobre questões transitorias de direito¹. Contentar-nos-hemos com transcrever o texto seguinte:

«La loi ne peut vouloir qu'un acte soit assujetti à des formes, qui n'étaient pas connues lorsqu'il a été fait: or on n'a pu prévoir les formes qu'une nouvelle loi pourrait exiger; on n'a donc pu s'y conformer d'avance et les parties seraient lésées si des lois postérieurement introduites annulleraient un acte, dans lequel toutes les formes de la loi alors existante auraient été observées: les parties ont manifesté leur intention de se soumettre aux préceptes de la loi: elles auraient observé d'autres formalités, si ces formalités leur eussent été connues: ne serait-ce pas surprendre leur bonne foi, si une loi postérieure rendait leur disposition inutile et sans effet? Le législateur ne s'arrogerait-il pas une autorité sur ce qui a été fait précédemment et avant qu'il eut le droit d'exiger l'obéissance? Enfin avec quelle sécurité pourrait-on s'engager, si on risquait de voir dépendre la validité d'un contrat ou d'une obligation de formalités inconnues lorsque l'engagement a été pris, formalités qu'on ne pouvait prévoir et auxquelles par conséquent il était impossible de se conformer? La stabilité des actes est un des premiers fondements de toute sécurité ci-

¹ Meyer, obr. cit., pag. 9 e 10 (1.º principio), 11—15, 43—46.

vile, et le principe de la non-rétroactivité des lois ne peut être plus solidement établi que dans tout ce qui regarde la forme extérieure des actes¹.»

Demais o principio de que a forma dos actos jurídicos deve regular-se pela lei do tempo da sua celebração, alem de racional, tem por si a auctoridade da doutrina², a consagração da legislação³ e o *veredictum* dos tribunaes⁴.

É verdade que em o nosso Codigo Civil se não encontra principio geral, que regule a applicação da lei nova sobre a forma dos actos; mas encontram-se algumas disposições especiaes sobre este assumpto, que não invalidam a regra geral, antes pelo contrario mostram bem claramente a intenção do legislador e o seu respeito pelo artigo 8.º do Codigo Civil.

Assim, prohibindo o Codigo Civil os testamentos de mão commum, declara expressamente que esta prohibição não abrange os testamentos de mão commum, que tiverem data authentica no tempo da promulgação do Codigo e não forem revogados⁵; instituindo o registro civil para prova dos nascimentos, casamentos e obitos, diz no artigo 2448 que

¹ Meyer, obr. cit., pag. 11 e 12.

² Merlin, obr. cit., secç. III, § 3, art. 2, n.º 1; Pinto, Supplemento a Meyer, n.º 15, pag. 127, 128: «Ainsi il ne nous semble pas nécessaire de citer à l'appui de cette théorie non controversée d'autres auteurs qui ceux déjà nommés.» (Meyer, pag. 11; Duvergier sur le Toullier, pag. 24; Savigny, § 388, pag. 409; Pfeiffer, Zeitschr. Germanien, pag. 448 e 449); Kalindéro, obr. cit., pag. 139; Francesco Bianchi, obr. cit., pag. 148 e 149, n.º 119.

³ L. 29 C. de testam. exigindo que o nome do herdeiro fosse escripto pelo proprio punho do testador; e Novel. 66, cap. 1.º, § 4.º, exigindo outras formalidades; cf. Meyer, obr. cit., pag. 30 (princ. 1.º e 8.º, pag. 21 e 22); Cod. da Austria, art. 5: «Les lois n'ont point d'effet rétroactif, ainsi elles n'ont point d'influence sur les faits accomplis, et les droits acquis avant leur introduction.» Neerlandez, art. 2; «La validité des actes quant à la forme est réglée d'après les lois en vigueur au moment où les actes ont été faits»; cf. Pinto, Suppl. a Meyer, pag. 127 e 128.

⁴ La cour de cassation s'est expliquée positivement sur ce point dans un arrêt du 1.º brumaire an 13, dans lequel il est dit: *attendu quant à la forme de ces actes, qu'ils sont et restent réguliers lorsqu'ils sont revêtus de toutes les formalités prescrites par les lois en vigueur dans le moment de leur confection, encore que ces formalités fussent par la suite changées ou modifiées par de nouvelles lois.* Cf. Meyer, obr. cit. pag. 43. Vid. outras sentenças no mesmo sentido, referidas por Merlin, obr. e loc. cit.

⁵ Cod. Civ. Port., art. 1763.

«os nascimentos, casamentos e obitos occorridos anteriormente à promulgação d'este Codigo e ao estabelecimento do registro civil poderão provar-se pelos mesmos documentos que até então eram admittidos para prova de taes factos.»

D'onde se conclue que os factos sujeitos ao registro civil, occorridos antes da promulgação do Codigo, ou ainda depois, mas antes do estabelecimento do registro civil, devem provar-se na conformidade da lei antiga.

A segunda restricção feita pelo Codigo era exigida pela lei da promulgação do mesmo, pois claramente diz que «todas as disposições do Codigo Civil, cuja execução depender absolutamente da existencia de repartições publicas ou d'outras instituições, que ainda não estiverem creadas, só obrigarão de-de que funcționarem taes instituições¹.»

Qualquer que seja pois a natureza do acto, revogavel ou irrevogavel, a sua forma na falta de declaração expressa do legislador, deverá regular-se pela lei do tempo em que foi celebrado — *tempus regit actum* (*id est formam actuum*), aphorismo paralelo a este outro — *locus regit actum* (*id est formam actuum*), de frequente applicação no conflicto das leis sobre o direito internacional privado, como se pôde ver nos auctores que tractam d'este ultimo assumpto².

É verdade que nem todos admittem similhante principio em toda a sua generalidade; pois um insigne auctor francez³, fundado em que o testamento só se torna um acto perfeito e irrevogavel depois da morte, e em que, antes d'ella não passa d'um simples *negotium pendens*, que pôde mallograr-se, segue a opinião de que o principio *tempus regit actum* relativamente aos testamentos, não deve entender-se do tempo em que foram celebrados, mas d'aquelle em que se abre a successão por morte do testador, pois só nesta occasião reveste o testamento um character de irrevogabilidade, não passando até alli d'um simples projecto sobre

¹ C. de L. de 1 de julho de 1867, art. 4.

² Sr. Falcão, Dissert. inaug., n.º 158, pag. 345—347, onde enuncia e fundamenta o aphorismo juridico — *locus regit actum*, e mostra a consagração d'esta maxima nos diversos artigos do Codigo Civil que legislam sobre a forma dos actos celebrados em paiz estrangeiro (Cod. Civ. Port., art. 24, 1106, 1865 e 2430); Meyer, obr. cit., pag. 39, not. 2 a pag. 16.

³ Malher de Chassat, II, 1 e seg. (chap. II, sect. IV, § 1).

aquillo que o testador queria que se fizesse depois da sua morte. projecto porém que não se convertia em lei senão neste momento solemne, e que nestes termos a forma do testamento deveria ser regulada pela lei do tempo em que elle se tornava um acto effcaz, e nunca quando fóra apresentado como simples projecto.

Mas similhante argumentação parece e certamente é mais arguciosa do que verdadeira, porque, se a forma do testamento, pelo facto de este ser um acto essencialmente revogavel, não devesse regular-se pela lei da sua celebração, como a revogabilidade não se converte em irrevogabilidade senão pela morte do testador, seguir-se-hia que a forma deveria coincidir ao menos com a morte, o que era impossivel. Ou então como o testador nunca pôde ter uma confiança illimitada na duração das leis vigentes, tambem nunca pôde ter certeza na validade do seu testamento, pois o testamento, que hoje fosse valido, em quanto á forma, amanhã seria nullo. Demais, similhante opinião é tão destituida de fundamento, que a contraria, como já mostrámos, é a consagrada pela legislação, professada pela doutrina, e acatada pelos tribunaes.¹

Em confirmação do parecer que abraçamos citaremos uma breve passagem do erudito Merlin², que vem a pello.

«En effét, diz elle, le testament a beau être annulé par une loi postérieure, à raison de l'incapacité survenue, soit au testateur, soit au légataire; il a beau être révoqué par une disposition subséquente du testateur lui-même; le fait matériel de sa confection n'en demeure pas moins constant, ce fait n'en est par conséquent pas moins une chose consommée; il n'en appartient conséquemment pas moins au passé; e outra de Francesco Bianchi³: «E questo principio abbiamo riconosciuto essere così generale ed assoluto da

¹ LL. cit. por Meyer, pag. 30, not. 2 e 3; Weber, pag. 90 e segg.; Pfeiffer Zeitsch Germauiën, pag. 448 e 449; Chabot de l'Allier. *voce Test.*, § 1; Dalloz, n.º 1314, citados; or Pinto, Supplemento a Meyer, pag. 131 e 132, n.º 21; vid. tambem n.º 22, onde diz que as leis transitorias d'Alemanha e dos Paizes Baixos adoptaram a mesma opinião; C. d'Autria, § 5.º da introdução; art. 12.º da lei sobre a execução do Codigo Civil da Prussia, etc.; Savigny, pag. 475 e 476.

² Merlin, ebr. cit., secç. III, § 5.º, n.º 1.

³ Obr. cit., pag. 48 e 49, n.º 119.

dovervisi tenere soggetti anche gli atti essenzialmente revocabili, quale è il testamento, sebbene non possano derivarne diritti acquisiti fino a che quella revocabilità sussista. Imperocchè ad ogni modo, e indipendentemente dalla natura intrinseca dell'atto di cui si tratti, quanto alla sua forma esteriore esso è già intieramente compiuto e consumato, dall'istante in cui è celebrato nelle forme prescritte dalla leggi del tempo in cui si fa; e la sua validità essendo indivisibile, deve estendersi a tutti i tempi come a tutti i luoghi, e si sottrae così a qualunque influenza di una nuova legge; la quale, anche stabilendo formalità differenti, non potrebbe senza retroattività esercitare il suo impero su ciò che è passato, sulle forme di un atto la cui esistenza estrinseca era già anteriormente perfetta.»

Finalmente, a forma dos actos sem distincção de natureza deve regular-se pela lei do tempo em que são celebrados, de modo que, sendo celebrados em conformidade com a lei do tempo da sua celebração, reputam-se validos, ainda que se estabeleça outra forma em leis posteriores; e não sendo conformes a essa lei devem reputar-se nullos, ainda que a lei nova não exigisse para a validade de taes actos as formalidades da lei antiga, pelo principio, «quod initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere.»

Assim pela legislação antiga havia diversos actos em que não se exigia a escriptura publica, e que segundo o Codigo Civil devem ser celebrados por esta forma¹, outros em que se exigia para a substancia do acto², ou sómente para prova³.

¹ V. g. a emphyteuse secular; Ord. liv. 4, tit. 19, pr.; N. R. J., art. 471 e seguintes; Coelho da Rocha, Dir. Civ., § 539; Cod. Civ. Port., art. 1655.

² Nos esponsaes, L. 6 de out. de 1784, na emphyteuse ecclesiastica, nas doaçõs insinuaveis, nos contractos em que as partes a ajustaram ou é uso fazel-a; Coelho da Rocha, Dir. Civ., §§ 208, 268, 539, 754 e 738; na hypotheca L. 20 de junho de 1774, § 33; D. 26 de out. de 1836, art. 6; auto de conciliação, termo de transacção feito em autos, e escriptura publica; nos contractos de compra e venda de bens de raiz excedentes a cincoenta mil réis (?); L. 9 de junho de 1849; Nazareth, Elem. do Proce. Civil, § 438 e nott. (a), (b e (1); Coelho da Rocha, Dir. Civ., tom. 1, nota J.

³ Nazareth, obr. cit., § cit., not. (b); Coelho da Rocha, Dir. Civ., tom. 1, not. cit.

e outros, finalmente, em que a forma era objecto de questão entre os praxistas¹. Ora todos concordam em que, prescrevendo a nova lei diversas formalidades externas para a validade dos actos juridicos, não pôde tal lei ferir de nullidade actos validos segundo a lei do tempo da sua celebração; mas não falta quem tenha sustentado que, não exigindo a nova lei uma certa formalidade prescripta pela lei antiga, e que sendo o acto nullo na sua origem pela omissão d'aquella formalidade, o acto fica valido depois da publicação da nova lei².

Sabemos que as doações *inter vivos* excedentes a 360\$000 réis, sendo feitas por varão, ou a 180\$000 réis, sendo feitas por mulheres, precisavam ser insinuadas para sortir effeitos juridicos³; e que pelo Codigo a doação de bens immobiliarios, cujo valor exceda a 50\$000 réis, não pôde ser feita senão por escriptura publica; alem d'isso não produzirá effeito contra terceiro, em quanto não for registrada⁴. Supponhavos pois que nestes termos se achava uma escriptura de doação no tempo da publicação do Codigo Civil, isto é, feita por escriptura publica, mas não insinuada: poderá o donatario com esta escriptura registrar a doação anteriormente feita, ou ainda independentemente da insinuação sortir algum effeito juridico entre o doador e donatario? O regulamento do registro predial, dizendo no artigo 73.º que os actos de inscripção, averbamento e cancellação nunca serão practicados officiosamente pelos conservadores, mas sempre por solicitação de parte legitima, estabelece no § 1.º do mesmo artigo — que «é parte legitima para solicitar estes actos aquelle que possuir ou adquirir algum direito predial, apresentando, por si ou por seu legitimo representante, titulo nos termos do artigo 978 do Codigo Civil.» Vê-se pois, segundo o regulamento do registro predial, que a pessoa legitima para solicitar o registro d'uma doação registravel é a do donatario; mas na nossa opinião, para que se lhe deva to-

¹ Por exemplo o contracto de compra e venda de bens de raiz de valor excedente a 50\$000 réis, partilhas extrajudiciaes, pactos antenupticiaes, cf. Nazareth, obr. cit., nota final á secç. x, e aos art. 1—7 da mesma secção.

² Meyer e Lassalle, vid. Gabba, obr. cit., vol. 1, pag. 239.

³ Coelho da Rocha, Dir. Civ., § 754.

⁴ Cod. Civ. Port., art. 1459 e y unico.

mar o registro, será necessario que a escriptura da doação seja feita posteriormente á publicação do Codigo, e que as escripturas de doação feitas anteriormente não devem ser admissiveis a registro, havendo opposição da parte do doador, ou sendo já decorrido o praso' permitido pela lei antiga para a confirmação da doação por meio da insinuação. Com effeito, se este praso ainda não tivesse passado, a doação, que antes carecia de ser insinuada para produzir o seu effeito, poderá nos termos do Codigo ser registrada, precedendo o consentimento do doador; e por tanto será necessario que a solicitação do registro lhe seja intimada por qualquer forma; pois, se o registro fosse lavrado sem o seu conhecimento, dava-se o character de absoluto a um direito que ainda carecia da confirmação do doador.

Mas, se o praso concedido para a insinuação já houvesse findado, nesse caso a escriptura tinha perdido todo o seu effeito juridico, e não devia ser admittida a registro.

Ora, se nem naquelle caso, em que a doação para ser valida carece apenas d'uma formalidade que a lei exige para a sua confirmação, a lei nova que dispensar ou substituir esta formalidade por outra não deve ser applicada ás doações anteriormente feitas, senão nas condições supraindicadas: segue-se por maioria de razão que não deverá applicar-se no caso, em que dispensar alguma formalidade exigida pela lei antiga, para a validade de algum acto, que fosse originariamente nullo, em consequencia da sua omissão.

Se o acto, nullo por falta de alguma formalidade exigida pela lei antiga, mas dispensada pela nova, ficasse valido *ipso facto* com a publicação d'esta lei, seria a lei e não o acto a causa da transmissão do direito; e o acto, que não passara talvez d'um simples projecto, achava-se immediatamente convertido em acto perfeito, consummado, irrevogavel. Por conseguinte, por todas estas considerações, e por outras muitas que omittimos, declaramos não subscrever á opinião d'aquelles² que sustentam que a lei nova, que sup-

¹ Este praso é de quatro mezes para o reino desde a data da escriptura, de um anno para as ilhas, e de anno e meio para os dominios da Africa e Asia. L. 25 de janeiro de 1775; Coelho da Rocha, Dir. Civ., § 756.

² Lynker (Th. 43) auctorizado pelo exemplo da lei ult., § ult., C. de

prima alguma formalidade exigida pela lei antiga deve ser applicada aos actos anteriormente practicados para o effeito de se declararem validos, ainda que lhes falte a sobredicta formalidade, no que vamos de accordo com outros auctores¹, ainda que o Codice Civil da Prussia dispõe o contrario da nossa opinião².

É porém de notar que, se a nova lei prescrever solemnidades differentes das da lei antiga para provar melhor a existencia dos actos e assegurar os seus effeitos, pôde, sem incorrer na nota de retroactividade, lixar um praso razoavel para a reforma dos actos anteriormente feitos, e determinar que, findo o praso assignado, todos os factos, sem distincção de data, sejam julgados conforme as prescripções da nova lei.

A observação que acabamos de fazer é apoiada assim no

quadr. praescr. na qual se confirmam desde o principio do reinado de Zenão as doações feitas reciprocamente entre o imperador e a imperatriz, ainda que não se tivessem observado as formalidades legaes; Heine (§ 25), reportando-se á lei 25, C. de *donat. int. v. et u.*, na qual certas doações, nullas segundo as leis anteriores, se tornam validas, caso sejam especialmente confirmadas no testamento do doador. Meyer; (pag. 62 e segg.) segue a mesma opinião ácerca dos testamentos em particular, pretendendo que um testamento feito sem as solemnidades exigidas pela lei do tempo de sua celebração, sortiria effeito todavia, se a lei vigente ao tempo da morte do testador se contentasse com a forma observada por elle. Esta é tambem a opinião de Suarez relativamente aos testamentos em particular, segundo diz Lassalle, (pag. 342). O mesmo Lassalle (pag. 437) propugna pela *convalescença* formal de todos os actos e negocios juridicos, em virtude da abolição posterior das formas que em alguns actos, ou negocios juridicos, não tivessem sido observadas, quando se tracta de *formas probatorias*, e não de formalidades, sem as quaes se não possa admittir em geral que a vontade fosse *civilmente* manifestada. Cf. Gabba, obr. cit., vol. 1, pag. 238 e 239.

¹ Weber (pag. 94 e 95); Bergmann (pag. 129); Zeiller; Merlia, obr. cit. (secç. III, § 5, n.º 2); Savigny, obr. cit., § 388, pag. 409; Pinto, Supplemento a Meyer, n.º 15—25, etc. Cf. Gabba, obr. cit., vol. 1, pag. 241.

² Lei sobre a execução do Codice Civil da Prussia, § 17: «Les actes «qui par un vice de forme seraient nuls d'après les anciennes lois sous «l'empire desquelles ils sont passés, ont plein effet pour autant que les «formes prescrites par les nouvelles lois s'y trouvent observées au moment qu'un résultat un différend.» Vid. outras disposições transitorias neste mesmo sentido apud Gabba, obr. cit., vol. 1, pag. 240 e 241.

texto de varias leis¹ como no parecer de abalisados juriconsultos² e ainda na auctoridade dos tribunaes³. O principio de que a lei nova pôde sujeitar os actos anteriormente practicados a certas formalidades, para a conservação de seus effeitos, mórmente contra terceiros, acha-se consignado em todas as leis portuguezas sobre a necessidade do registro ou sua forma, mandando registrar actos não registra-veis pela lei antiga, embora já practicados, ou reformar os registros anteriores na conformidade das ultimas leis⁴. Como porém já tractassemos d'este mesmo assumpto noutra parte, por isso não fizemos aqui mais que indical-o, remetendo os leitores para o capitulo em que esta materia tem o seu principal assento.

b) *Prova dos actos.* Os principios que deixamos estabeleci-

¹ Codigo Civil da Prussia, § 16: «Soll nur die äussere Form einer Handlung geändert, und diese Vorschrift bei allen noch abzuändern möglichen Handlungen beobachtet werden, so muss das Gesetz hierzu eine hingängliche Frist bestimmt haben.» Leis transitorias sobre a introdução do mesmo Codigo nas provincias annexadas ao reino, e principalmente a relativa aos testamentos olographos, feitos sob o imperio do Codigo Napoleão, os quaes deviam ser reformados em forma authentica dentro do prazo d'um anno depois da introdução da lei nova. O mesmo principio se acha traduzido no artigo 49 da Lei transitoria: «Tous ceux qui avant l'introduction du Code Civil ont fait des testaments olographes, conformes aux préceptes du Code Napoléon, et qui désirent en conserver la validité, seront obligés de les donner en dépôt chez un notaire, conformément aux préceptes du nouveau code, dans le délai d'un an après son introduction. A défaut de ce dépôt ces testaments n'auront leur effet, que quand le testateur est mort dans le délai fixé.» «Os motivos da disposição do precitado artigo são: 1.º que a forma dos testamentos olographos era tão cheia de perigos, que deviam applicar a este mal prompto remedio; 2.º que, dispensando os testamentos olographos antigos das formalidades do deposito, não poderiam prevenir as fraudes commettidas pela anti-dada dos testamentos feitos sob o vigor do novo Codigo.»

² Meyer, obr. cit., (pag. 13 e 14), segundo principio: «Lorsque le législateur a fixé une époque avant laquelle des actes peuvent être refaits avec les formalités prescrites par une loi nouvelle, après l'expiration de ce délai tous les actes quoiqu'antérieurs, doivent être jugés d'après cette loi, même pour la forme;» (pag. 43—45); Pinto. Suppl. a Meyer (pag. 129, n.º 17); Francesco Bianchi, obr. cit. (pag. 155), e outros.

³ Sentença do alto tribunal de 3 de novembro de 1843, citada por Pinto (pag. 129).

⁴ D. de 26 de outubro de 1836, art. 4, § 2; D. de 3 de janeiro de 1837, art. 8 e 9; Lei hypothecaria, de 1 de julho de 1863, art. 197; Regul. de 4 de agosto de 1864; Cod. Civ. Port., art. 1000; Regul. de 4 de maio de 1868, art. 160—168, dicto de 28 de abril de 1870, art. 80.

dos sobre a forma dos actos são egualmente applicaveis á sua prova, visto que a forma é tambem uma das provas e a mais importante pela sua certeza e duração. As provas dos actos juridicos não podem deixar de ser reguladas pela lei do tempo em que os actos foram celebrados, tanto porque era absolutamente impossivel que as partes antecipassem outros meios de prova, que talvez nunca viessem a ser estabelecidos, como porque a importancia das provas sobre o direito exige que não se faça distincção entre a formação do direito e a sua prova para o effeito de a regular por duas leis differentes. Em verdade, se o direito sem a prova legal da sua existencia não tem outra garantia mais que a consciencia juridica do sujeito do direito e a consciencia moral do sujeito da obrigação, se perante a imperfeição das instituições judicias a ausencia da prova importa o mesmo que a negação do direito, segue-se evidentemente que vale tanto rejeitar um certo meio de prova, porque a lei do tempo em que ella é produzida não a admite, como negar o proprio direito. É pois claro que a lei nova não pôde, sem retroactividade, tirar o valor juridico ás provas reconhecidas pela lei antiga, relativamente a actos practicados sob o dominio d'esta lei, ainda que o fim das provas pareça exigir o contrario, porque se a lei, que não admite um certo genero de prova, confessa a sua insufficiencia, parece ainda, que para ser consequente consigo mesma não deveria admittir tambem a producção de provas insufficientes sob o seu imperio. Não podemos deixar de sentir todo o peso d'esta contradicção, e, determinado por ella, é que absolveriamos do peccado de retroactividade, se peccado houvesse, a lei que, reconhecendo a insufficiencia ou abuso das provas admittidas pelas leis anteriores, introduzisse outras e determinasse que os actos anteriormente practicados, passado certo tempo, fossem instruidos com as provas da lei nova, a fim de serem legalmente reconhecidos. Mas não só dentro d'este praso deveriam ser admittidas as provas estabelecidas pela lei antiga, mas ainda fóra d'elle para os actos que não pudessem instruir-se com as novas provas. Nem esta nossa opinião tem novidade, pois, havendo dicto o mesmo relativamente á forma dos actos, e sendo a forma dos actos uma das especies de prova mais certa e mais authentica, não havia

razão para não admittirmos o mesmo principio relativamente ás outras especies de provas.

Estabelecidos estes principios, façâmos agora a sua applicação a algumas disposições do Codigo Civil sobre a materia de provas.

O Codigo Civil¹ admittre a prova por testemunhas em todos os casos em que não seja expressamente defesa; mas é certo que este meio de prova é defeso pelo Codigo Civil em muitos casos em que era admissivel pela antiga legislação², pois o Codigo deu mais importancia á prova documental do que á testemunhavel, a ponto de não admittir a prova de testemunhas em contrario ou alem de documentos authenticos, excepto sendo arguidos de falsidade; em contrario ou alem de conteúdo de escriptos particulares legalisados nos termos dos artigos 2432 e 2433, excepto se esses escriptos forem arguidos de falsidade, erro, dolo ou violencia.³ Quaesquer que sejam porém as innovações feitas pelo Codigo Civil em materia de provas, é fóra de duvida que para determinarmos a prova de algum direito devemos attender á lei do tempo em que o direito se originou, e não á lei do tempo em que o direito é contestado, ainda que esta nova lei exigisse outros meios de prova, porque «nesta materia o principio da não retroactividade das leis é principalmente um principio protector; é ainda nesta materia que podemos argumentar da intenção e previsão das partes, e é claro que se ellas se muniram das provas que exigia ou auctorisava a lei do dia do acto, fizeram tudo o que se podia exigir d'ellas⁴.»

Temos fallado do caso em que a lei nova rejeitasse as provas existentes para a demonstração de certos actos, mas

¹ Cod. Civ. Port., art. 2506.

² A Ordenação, liv. 3, tit. 59, exigia a prova por escriptura publica nos contractos excedentes a 4\$000 réis em bens de raiz. e a 80\$000 réis em moveis ou dinheiro, cujas quantias foram triplicadas pelo Alv. de 16 de setembro de 1814, § 2º O Codigo apresenta algumas innovações, cortando assim muitas questões no fóro; Nazareth, Elem. de Proc. Civ., § 438, not. b, e not. final ao *tractado das provas*; Coelho da Rocha, Dir. Civ. nota I.

³ Cod. Civ. Port., art. 2507 e 2508.

⁴ Kalindéro, obr. cit., pag. 139; Meyer, obr. cit., pag. 46; Pinto, Suppl. ao mesmo, pag. 133—135. n.º 23 e 24; Chabot de l'Allier, verb. *preuve testimoniel*; Merlin, obr. cit., secç. III, § 3, art. 2; Francesco Bianchi, obr. cit., n.º 124, pag. 158 e 159.

tambem pôde dar-se o caso em que a lei nova, deixando subsistir as provas reconhecidas pela lei antiga, admitta outras a par d'estas, ou torne mesmo aquellas mais facéis, e por isso é mister saber se as partes poderão aproveitar-se das disposições da lei nova para demonstrar a existencia de actos que não poderiam provar, segundo a lei antiga, quer porque as suas disposições não foram fielmente observadas, quer porque não admittia as provas da nova lei.

«A questão é difficil e não comporta solução absoluta, e a regra não nos parece a mesma para cada genero de prova, diz um auctor já citado¹. «Supponhamos primeiramente que uma lei nova supprimia a disposição do artigo 1325, e declarava que o sujeito da pretensão poderá para o futuro provar um contracto synallagmatico por um acto emanado do seu adversario, mas que não fôra feito em duplicado: pensamos que similhante lei não poderia, sem offensa dos direitos adquiridos, applicar-se ás convenções anteriores. Com effeito, qual foi o motivo que fez exigir a formalidade em duplicado? Foi o receio que uma das partes ficasse á descripção da outra: ora a lei considera como simples projecto o contracto de que não fôra redigido o original em duplicado; o réo pôde considerar-se pois como desobrigado sob o imperio da lei antiga; e não o pôde ser para o futuro pelo unico effeito da nova lei; é ainda a mesma solução para o caso de uma obrigação de dinheiro, que não fosse revestida do *bom* ou *approvado* no caso em que o artigo 1326 o exige: um equal acto não poderia constituir senão um principio de prova por escripto, não obstante uma lei posterior. É em virtude d'estes principios que não pôde a promulgação do Código Civil tirar aos signatarios de letras ou promessas de dinheiro o beneficio da excepção *non numeratae pecuniae* nos paizes de direito escripto, onde se observava a lei 14, de *non num. pec.* Já não aconteceria o mesmo se uma lei viesse permittir a prova por testemunhas até á concorrência de duzentos francos. Esta lei seria certamente um beneficio mais para o crédor; e como ella não causava prejuizo algum real ao devedor, seria applicavel as dividas anteriores. Poderíamos julgar todavia que ella destrua uma espectativa legitima

¹ Kalindéro, obr. cit., pag. 141.

da parte do devedor; uma previsão fundada sobre convenção tacita, mas o devedor nunca pôde ser admittido a dizer que contava com o crédor jámais fazer uso de tal ou tal prova; não podia allegar alguma das duas causas que fazem em geral prohibir a prova testemunhal: o receio da corrupção das testemunhas, porque é uma questão de moralidade social, de que a lei é o unico juiz supremo; nem o receio da multiplicidade dos processos, porque não é elle quem soffrerá com isso, é ainda uma questão social e de interesse geral. O que bastaria de mais para provar que o devedor nunca pôde estar seguro de que a prova testemunhavel não tivesse sido dada contra elle, é a disposição do artigo 1346, que diz: que a prova testemunhavel por testemunhas será permittida quando o crédor tiver perdido o seu titulo. Demais esta disposição da lei nova aproveitará tambem ao devedor, porque será elle tambem admittido a provar a extincção da obrigação por testemunhas¹. »

Sem nos fazermos cargo de rejeitar esta ultima solução, cumpre-nos dizer que, se alguns auctores intendem que as provas, pelo facto de participarem mais da forma do processo do que da forma dos actos, devem ser reguladas pela lei nova, outros, como acabamos de ver, sustentam ser pela lei do tempo em que se celebraram os actos juridicos, e para estes não tem logar a excepção supra-indicada².

São encontradas as disposições das leis transitorias sobre provas, porque, ao passo que umas determinam que cada um tem a faculdade de provar o seu pretendido direito pelos meios de prova que a lei nova admittie, ainda que taes meios não fossem admittidos pela lei do tempo em que o acto se consummou, ajunctando todavia que os meios de prova, declarados insufficientes pela lei nova, devem ser admittidos sob o seu vigor se a lei antiga lhes attribuia força provativa³, outras estabelecem que os meios de prova serão admittidos ou recusados segundo as disposições vigentes no momento em que as obrigações e direitos nasceram⁴. Mas esta ultima

¹ Kalindéro, obr. cit., pag. 141 e 143.

² Pinto, Suppl. a Meyer, pag. 133 e 134, n.º 23.

³ Projecto do Cod. Civ. para o reino dos Paizes Baixos, de 1820, art 28, cit. por Pinto.

⁴ Lei transitoria da Prussia, art. 45.

solução é a mais geralmente seguida e também a mais conforme aos principios que regulam a materia. Tem alem d'isso em seu abono decisões de tribunaes respeitaveis, como do supremo tribunal dos Paizes Baixos, que proferiu varios accordões neste sentido¹.

Ha contudo alguma coisa, ainda em materia de provas, que deve ser regulada pela lei do tempo em que estas são produzidas. É o que respeita á forma do processo, segundo a qual os meios de prova devem ser apresentados, discutidos e graduados em juizo, como segue Francesco Bianchi².

§ 2.º

Da restituição dos direitos

Todo aquelle que, por factos ou por omissão de factos, viola ou offende direitos d'outrem, constitue-se na obrigação de restituir o lesado ao estado anterior á lesão e de lhe satisfazer as perdas e damnos que lhe haja causado³. O lesado porém não pôde fazer-se restituir ao exercicio de seus direitos por auctoridade propria, salvo nos casos declarados na lei, mas deve recorrer ao emprego dos meios legais, a fim de lhe serem restituídos, indemnizados ou assegurados os seus direitos lesados ou ameaçados. Estes meios são os juizos e as acções. A organização e a jurisdicção dos juizos são regulados por leis especiaes. As regras relativas ás acções pertencem ao Codigo do processo⁴.

A pezar de as regras relativas á organização e jurisdicção dos juizos e egualmente ás acções não entrarem no quadro do Codigo Civil, não deixaremos todavia de tractar da solução das varias questões transitorias, que podem originar-se

¹ Vejam-se as sentenças de 14 de novembro de 1848, 26 de janeiro de 1849, 2 de janeiro de 1852, 1 de abril de 1857, 3 de junho de 1857, 30 de junho de 1854, cit. por Pinto, obr. cit., n.º 24, onde faz especialmente menção da primeira.

² Obr. cit., pag. 159: «Ma nel secondo rapporto, cioè per quanto riguarda alle forme processuali sotto cui quei mezzi di prova possano essere presentati, discussi e valutati in giudizio, l'unica legge attendibile sarà sempre quella del tempo in cui segue la procedura.»

³ Cod. Civ. Port., art. 2361, 2362, 2364.

⁴ Cod. Civ. Port., art. 2535—2538.

das innovações introduzidas por leis posteriores sobre esta materia; e como estas leis possam versar já sobre a organização judiciaria, já sobre as acções ou a forma do processo, por isso occupar-nos-hemos em primeiro logar d'aquellas, e em segundo logar d'estas.

1) Organização judiciaria

Varias são as phases por que desde o principio da monarchia até nossos dias têm passado as nossas instituições judiciarias. Não é nosso intuito historial-as, mas tocamos este facto para mostrar a utilidade practica da materia que nos occupa. Effectivamente, tendo as nossas instituições judiciarias passado por diversas phases, soffrido mudanças notaveis, revestido novas formas, nada ha mais natural do que saber o effeito d'estas mudanças sobre a restituição dos direitos adquiridos á sombra das antigas instituições.

Todos concordam em que as leis, que regulam a organização dos tribunaes judiciaes, suas attribuições, gráus e a extensão de sua jurisdicção, se applicam immediatamente, pois ninguem poderá arrogar-se a pretensão desarrazoada e impolitica de fazer valer seus direitos perante tribunaes extinctos ou incompetentes, fundando-se em que no tempo em que adquiriu o direito tivera em vista os tribunaes existentes, perante os quaes se propoz logo recorrer no caso da violação d'elle. Similhante pretensão seria pois não só desarrazoada, mas impossivel de satisfazer. Desarrazoada, porque os novos tribunaes, os novos magistrados, sendo a ultima manifestação social da lei do progresso na ordem judiciaria, devem offerecer mais solidas garantias de boa administração da justiça, e por conseguinte seria rematada loucura e prejuizo de antigualhas o persistir em fazer valer seus direitos ameaçados ou lesados perante tribunaes imperfeitos, ou perante juizes incompetentes. Seria alem d'isso impossivel, porque seria necessario perpetuar as instituições judiciarias, renunciar ao progresso continuo da sociedade, a fim de que as contestações sobre qualquer relação juridica fossem sempre decididas pelos tribunaes contemporaneos da sua formação.

Ainda se coetuma allegar outra razão para justificar a ap-

plicação immediata das leis sobre a organização dos tribunaes judiciaes a todas as questões pendentes ou supervenientes no tempo da publicação d'estas leis: é o fim especial das mesmas, é o seu objecto, a ordem publica, o interesse geral. Nós intendemos que para fundamentar esta doutrina não se precisa de invocar o interesse social, porque é principio tão vago e indeterminado, que não seria difficil considerar de interesse geral todas as leis, e legitimar por isso mesmo a sua applicação a todas as relações juridicas, assim posteriores como anteriores ás dictas leis. Se a lei, pois, reduziu o quadro dos magistrados judiciaes, supprimiu julgados, extinguiu tribunaes ou coarctou alçadas, a redução, suppressão, extincção verificam-se com a execução da lei, e as partes não poderão jámais recorrer a tribunaes ou magistrados legalmente extinctos.

Não é porém a existencia ou conservação mesmo do tribunal ou magistrado judicial que a lei ataca: são as suas attribuições, a sua jurisdicção, a sua alçada, numa palavra, a sua competencia. As regras sobre a competencia mudaram de sorte que certo tribunal ou magistrado, que pela lei antiga era competente para conhecer e julgar certas causas, foi declarado incompetente pela lei nova para o conhecimento e julgamento d'estas mesmas causas. É claro que para conhecer a competencia judiciaria deve attender-se á lei do tempo em que se instaurou o processo para o proseguimento de algum direito contestado, e não á lei do tempo em que teve origem o pretendido direito. As razões justificativas d'esta decisão são as mesmas da precedente. É verdade que os tribunaes ou magistrados, cuja competencia foi ampliada ou restricta pela nova lei, continuam a existir; mas para as questões sobre que a dicta lei lhes negou a competencia são como se não existissem; e para aquellas sobre que obtiveram jurisdicção são como se fossem creados de novo; e por consequente, se a ampliação ou restricção da competencia equivale á suppressão dos tribunaes e magistrados existentes, ou á criação de outros novos, a lei que regula estes dois factos deve igualmente regular os outros, visto que ha identidade de razão. Mas pôde succeder que, ao tempo em que a lei nova alterar as regras de competencia judicial, se achem

algumas causas affectas ao conhecimento e julgamento de tribunaes ou magistrados judiciaes, declarados incompetentes pela nova lei, e em tal caso o tribunal ou ha de proseguir no conhecimento e julgamento de causas, a pezar da sua incompetencia para questões identicas, intentadas depois da lei, ou ha de suspender o andamento da causa, declinando-a para o juizo competente, segundo as prescripções da lei nova. Nós accitamos o primeiro membro da disjunção, porque a declinação da causa de um para outro juizo pôde embaraçar gravemente a acção da justiça. Alem d'isso pôde ainda dizer-se que as partes, intentando a sua acção perante certo juizo, que nesse tempo era competente, quasi se obrigaram á sua decisão. Esta é tambem a opinião do illustre Kalindéro¹, que, tractando esta mesma questão e propondo a mesma solução, se exprime da maneira seguinte: «Ainsi, lorsqu'une loi introduit de nouvelles règles de compétence, le tribunal légalement saisi de la connaissance d'un procès ne peut en être dessaisi sous prétexte d'incompétence; cela tient au principe de la séparation des pouvoirs: la justice, une fois saisie, ne peut être dessaisi par aucune autorité, législative ou exécutive. Tout procès doit donc être terminé là où il a été commencé, *ubi acceptum est semel judicium, ibi et finem accipere debet*»².

Isto que levamos dicto deve observar-se sómente na falta de disposição transitoria legislativa, porque nos parece que o legislador deve, e até algumas vezes as conveniencias politicas o aconselham, deve, dizemos nós, ordenar a remoção dos processos já instaurados perante os tribunaes, declarados incompetentes para outros que sejam competentes. Esta disposição tem a vantagem de tornar mais prompta e mais geral a execução da lei, de attingir mais rapida e mais plenamente o fim do legislador, com o que lucraram todos. É certo porém que esta remoção não deveria fazer-se em todo o estado de causa, porque é sempre conveniente que as provas sejam produzidas perante o magistrado que ha de julgar a final; porque, quando a prova é testemunhal, ainda que os

¹ Kalindéro, obr. cit., pag. 207.

² Lei 30 D. *de judicis*, 5, 1 (cit. pelo mesmo).

seus depoimentos tenham sido escriptos no respectivo processo, importa muito, para o descobrimento da verdade, attender ao depoimento verbal, pois do modo de depôr se pôde inferir a verdade ou falsidade do depoimento.

2) Das acções

«As acções podem ser consideradas debaixo de dois pontos de vista:—das formas, segundo as quaes ellas devem ser exercidas, e dos direitos que ellas são destinadas a proteger¹. Consideradas as acções debaixo do ponto de vista das formas, segundo as quaes devem ser exercidas, comprehendem os diversos actos do processo pelos quaes os direitos que ellas são destinadas a proteger, chamados direitos sancionadores, se produzem na demanda, tendo neste caso um character eminentemente practico. Não temos de occupar-nos aqui da applicação das leis que regulam as acções consideradas como direitos, porque estas, achando-se estreitamente ligadas com a natureza do direito preexistente, que é a sua fonte, devem ser reguladas pelas leis do tempo em que tem origem o direito sancionado, como demonstrámos quando tractámos de examinar a lei applicavel ás provas e garantias reaes e pessoas dos direitos, mas occupamo-nos das leis applicaveis ás acções, consideradas sob o ponto de vista das formas, segundo as quaes ellas devem ser exercidas. Como porém as leis reguladoras das formas das acções possam referir-se, alem da organização judiciaria, de que já nos occupámos, á proposição da acção e mais actos do processo até á sentença, á validade, nullidade, e reforma da sentença, á execução da mesma, por isso vamos examinar a applicação da lei nova sobre cada um d'estes pontos.

a) Da forma dos actos do processo

«Desde o momento, que os tribunaes são encarregados de applicar uma lei, uma regra, uma decisão geral; desde o instante, que os juizes são magistrados, constituídos para

¹ Nazareth, Elem. do Proc. Civ., introd., n.º 7.

distribuir justiça, é preciso que os litigantes sejam julgados d'uma maneira egual, e com as mesmas formas. É necessario que elles possam esclarecer o juiz, e fornecer as provas. É necessario que tudo isto se faça com ordem, com razão, e sem violencia. Desde então são necessarias as formas; isto é, um processo¹.»

As leis que regulam os actos e formalidades do processo chamam-se leis *adjectivas* para distincção das reguladoras do direito litigioso que se chamam leis *substantivas*². É realmente grande e profunda a differença entre estas duas ordens de leis, não só em quanto á natureza e fim, mas tambem em quanto á duração d'ellas, pois ainda as primeiras têm por objecto a origem, natureza particular, e effeitos das diversas relações jurídicas; ou a aquisição, conservação, disposição, violação e restituição dos direitos; e as segundas as regras e formalidades, segundo as quaes os direitos devem ser assegurados, e restituídos ou indemnizados, quando violados ou perturbados; as primeiras são permanentes, por terem seu fundamento na natureza humana, como o direito que determinam, mas as segundas são mais variaveis; «porque a marcha successiva da civilização imprime o seu movimento nas instituições politicas e particulares da sociedade; e as mudanças nas instituições produzem necessariamente profundas modificações no systema judiciario, tanto sob a relação do pessoal, como das formas³.»

Dissemos já qual devia ser a lei applicavel no caso das modificações feitas no quadro da magistratura judicial; agora vamos ver a lei applicavel ás mudanças introduzidas nas regras e formalidades do processo.

Quando o processo estabelecido na lei nova é differente do prescripto na lei antiga, quer em quanto á forma, quer em quanto a algumas particularidades, parece levantar-se um tal ou qual conflicto entre as duas leis, arrogando-se cada uma o imperio exclusivo sobre a determinação do processo practicavel; por isso cumpre resolver o conflicto, decidindo-nos por uma d'estas leis.

É pouto geralmente seguido pelos auctores de questões

¹ Nazareth, Elem. de Proc. Civ., introd., n.º 9, not. c.

² Bentham, Traité des preuves judiciaires, liv. 1.º, cap. 1.º

³ Nazareth, obr. cit., n.º 7, not. b, *in fine*.

transitorias¹ que as formas do processo devem regular-se pela lei do tempo em que o mesmo é instaurado, e não pela lei do tempo em que teve origem o direito, objecto do litigio, quando o processo é começado depois da publicação da nova lei. Esta solução, apoiada pela doutrina e na jurisprudencia², justifica-se pela natureza e fim d'estas leis, sem desacatar o principio da não retroactividade. De feito, sendo o fim das leis do processo a administração prompta e rigorosa da justiça, e devendo nós crer que a lei nova satisfaz o seu fim melhor, do que a lei antiga, é evidente que aquella e não esta deve ser applicavel ás formas do processo. Alem de que, se esta solução não fosse a verdadeira, havia de ser elleo necessariamente a contraria, visto como entre o ser e o não ser não ha meio; e sendo a contraria não poderíamos assignar-lhe outro fundamento alem do facto de se formar a relação juridica sob o imperio da lei antiga, concluindo d'aqui que todo o direito deve ser processado na forma da lei sob cujo imperio se formou. Ora semelhante consequencia seria inaceitavel, por ser um obstaculo gravissimo á lei do progresso, alem de ser impracticavel. Seja pois qual for a mudança produzida na forma do processo, quer se exija o preliminar da conciliação nas causas que anteriormente não estavam sujeitas a ella, quer vice versa; ou se substitua uma forma mais simples a outra mais complicada, ou se alterem certas particularidades de algumas formas, todas estas mudanças devem ser rigorosamente observadas desde a publicação da lei que as tiver introduzido relativamente a todos os processos instaurados depois. Neste ponto, como dissemos, não ha questão, porque todos os auctores³ estão de perfeito accordo; mas já assim não acontece ácerca dos processos pendentes no tempo da publicação da nova lei; pois, com quanto a opinião geral seja que os processos pendentes no tempo da publicação d'uma lei nova devem regular-se d'alli por diante segundo as suas disposições, respeitada a validade dos actos do processo anteriormente practicados, ha todavia um auctor celebre⁴,

¹ Pinto, Suppl. a Meyer, n.º 39, pag. 147 e 148.

² Merlin, obr. cit., secç. III, § 7.º

³ Pinto, Suppl. a Meyer, n.º 39, pag. 147.

⁴ Meyer, obr. cit., pag. 13, 14, 15, 21, 30, 54 e segg.

segundo o qual os processos já instaurados no tempo da publicação da lei nova, que modificou a antiga forma de proceder, devem continuar e concluir-se conformemente á lei antiga: noutros termos, este auctor concorda com os demais quanto aos processos instaurados depois da publicação da lei nova, sustentando com elles que se devem regular na conformidade d'ella, mas discrepa no tocante aos processos instaurados anteriormente, pretendendo, contra a opinião commum, sustentar que taes processos continuam, até final conclusão em conformidade com a lei, sob cujo imperio foram instaurados ou começados. «En effet, diz elle, la procédure ne peut être un assemblage incohérent d'actes, entre lesquels il n'y aurait aucune connexité; elle doit au contraire, et sa nature même l'exige, dériver les actes subséquents de ceux qui les précèdent, dont ils ne sont que le développement: il serait donc absurde d'introduire une nouvelle forme dans des causes déjà pendantes, et de déduire des premiers actes de la cause des conséquences qui ne pouvaient y être contenues, qui même ne pouvaient être prévues.

«Segundo elle, pois, seria irracional e perigoso introduzir uma forma nova em causas já pendentes, e deduzir dos primeiros actos da causa consequencias que elles não podiam conter, e que mesmo não podiam ser previstas.» Outro auctor¹, refutando esta argumentação de Meyer, diz o seguinte: Ce raisonnement nous paraît juste en soi, mais il n'est pas applicable à la difficulté, car l'introduction de nouvelles formes ne fera pas produire aux actes déjà accomplis des effets imprévus.

E verdade que Meyer invoca em apoio da sua opinião varias disposições legislativas²; mas estas leis não provam senão que o legislador pôde, por motivos de utilidade publica, derogar o principio—que as leis obrigam depois da sua publicação; e prova principalmente que o principio geral é o opposto, e que sem uma derogação expressa era o que devia applicar-se immediatamente³.

¹ Meyer, obr. cit., pag. 14, etc.

² Kalindéro, obr. cit., pag. 205.

³ Novella 115, cap. 1.º Segundo esta novella as causas de que se interpõe recurso de appellação devem ser julgadas em segunda instancia,

Mas se a opinião de Meyer não é principio que deva seguir-se na solução das questões transitórias em materia de processo, com quanto tenha em seu favor a disposição d'algumas leis, é excepção ao principio que a prudencia do legislador pôde aconselhar, a ordem social exigir e que o magistrado judicial deve observar.

Concluimos pois que os actos do processo, não obstante a relação de connexão que têm entre si, devem sempre ser practicados conforme ás disposições da ultima lei, ainda que tenham sido começados antes, devendo neste caso respeitar-se os actos já consummados; e que sómente os processos já começados no tempo da publicação da nova lei deixarão de proseguir, segundo as novas disposições, quando o legislador houver expressamente declarado que continuem os seus termos segundo a lei antiga.

Mas o que acabamos de dizer das leis que regulam as fórmulas das acções judicarias, não é applicavel ás leis que tocam na substancia dos actos¹. «A fórmula das acções judicarias não depende, segundo temos dicto, senão da lei do momento em que as acções são intentadas, qualquer que seja a lei sob que tivesse logar o facto d'onde ellas derivam. Esta pôde variar até, e de facto varia, se antes que se tenha julgado definitivamente sobre as acções, intervem alguma lei nova, que mude a sua fórmula, a não ser que esta lei declare expressamente que a fórmula antiga de proceder continúa

pela mesma fórmula em que o foram na primeira. (Kalindéro, pag. 205.) O que significa bem claramente que nos processos começados continuariam a seguir-se as fórmulas prescriptas pelas leis precedentes. «É pois d'estas quatro leis, olhadas por todos como exceptionaes, que Meyer deduziu a sua doutrina exposta no texto. Deve porém advertir-se que a primeira e quarta lei, isto é, a Novella e o art. 1041 do Cod. do Proce., interpretado por um parecer do Conselho de Estado de 6 de janeiro de 1807, e approvedo em 6 de fevereiro seguinte, são contradictorias, porque, em quanto, segundo aquella, as causas devem ser julgadas em segunda instancia pela fórmula observada na primeira, segundo esta, todas as appellações interpostas depois do 1.º de janeiro de 1807 e as sentenças proferidas sobre as instrucções feitas na fórmula antiga deviam ser julgadas segundo o Codigo do Processo Civil.—Vid. Merlin, obr. cit., secç. 111, § 7, n.º 2; Pinto, Suppl. a Meyer, n.º 39, pag. 147 e 148; Kalindéro, obr. cit., pag. 205 e 206.

¹ Vid. os auctores citados, e principalmente Merlin e Kalindéro, loc. cit.

sendo observada. Com a substancia dos actos dá-se o contrario: os juizes não podem a este respeito consultar senão a lei do tempo em que passou o facto que dá lugar a cada acção; e esta lei, caso se tracte por exemplo d'uma successão *ab intestato*, é a do tempo em que se abriu; se da fôrma d'um testamento, a do tempo em que foi feito; se dos effeitos que deve produzir, a do tempo em que falleceu o testador; se d'um contracto ou quasi contracto, a do tempo em que as partes contractaram, ou quasi contractaram junctamente. Cousas ha que á primeira vista parecem pertencer á fôrma das acções e não estar por conseguinte sujeitas senão á lei do tempo em que as acções se intentaram, mas que realmente pertencem á substancia dos actos, e dependem só da lei do tempo em que passou o facto d'onde resulta a acção. É que ha formalidades judicarias de duas especies: umas, que pertencem só á instrucção e não se referem senão ao processo, razão por que os jurisconsultos as chamam *ordinatoria litis*; outras, que pertencem á essencia mesma da causa, cuja omissão ou ausencia neutralisa ou aniquila a acção, e que os jurisconsultos designam com as palavras *decisoria litis*. As primeiras não dependem, como já dissemos, senão da lei do tempo em que a acção é intentada, menos se esta lei as submeter á lei anterior. Mas, quanto ás segundas, não podemos deixar de nos reportar á lei do tempo em que a acção nasceu, isto é, á lei da essencia do acto. Assim tracta-se d'uma prova por testemunhas? A fôrma em que deve proceder-se nas materias susceptiveis d'ella não depende senão da lei do tempo em que a prova se produz. Mas a questão da admissibilidade ou inadmissibilidade d'esta prova não pôde ser julgada senão pela lei do tempo em que a acção teve origem». Ahi fica exarado o voto d'um profundo jurisconsulto estrangeiro¹, baseado na decisão de cinco sentenças do tribunal de revista francez², conforme o sentir d'outros eminentes jurisconsultos.

¹ Merlin, obr. cit. secç. III, § 8.

² Arrêts de la cour de Cassation, 18 nov. 1806, 22 mai 1820, 9 avril et 8 mai 1811, 24 août 1813. La cour d'appel de Colmar avait jugé la même chose par un arrêt du 19 thermidor an 12. Vid. Merlin. (*loc. cit. in fine*).

tos¹, e ao qual nós adherimos No conflicto das leis do direito internacional privado distinguem-se tambem as regras dicitas *ordinatoria litis* das *decisoria litis* e observam-se os mesmos principios sobre a applicação d'umas e d'outras.²

b) Das sentenças anteriores

É opinião geralmente seguida³ que a lei nova que regular de modo diversa a antiga a fórma das sentenças os seus effeitos juridicos e os meios de obter a sua reforma, nenhuma influencia pôde exercer nas sentenças anteriormente proferidas, posto que nem todos concordem no fundamento legitimo d'esta solução: pois, segundo uns⁴, dimana ella d'um principio simplicissimo: que a sentença fórma uma especie de contracto: *ut in stipulatione contrahitur ita jus licio contrahitur*⁵; e segundo outros⁶, a quem parece um pouco forçada a similhança da sentença a um contracto ou quasi contracto, « deriva-se da regra mais geral: que a sentença, uma vez passada em julgado, não pôde mais ser contestada pelas partes; » pois « constitue para cada uma d'ellas respectivamente uma prova, uma presumpção legal e absoluta, *juris et de jure*, dos factos e direitos que nella são reconhecidos. » Por conseguinte, ou a sentença seja equiparada a um contracto ou quasi contracto, ou faça direito incontestavel entre as partes, não fica menos evidente que a fórma da sua redacção, as condições da sua validade, natureza e extensão de seus effeitos, devem regular-se necessariamente pela lei do tempo em que a sentença foi proferida⁷.

¹ Kalindéro, obr. cit., pag. 203 e 204; Dalloz, n.º 335; Duvergier, obr. cit., pag. 35; Von Struve, pag. 27, cit. por Pinto, Suppl. a Meyer, pag. 48 a 149, n.º 40.

² Sr. Falcão, Dissert. Inaug., cap. 5.º, n.º 159, pag. 348.

³ Merlin, obr. cit., secç. III, § 9, n.º 1 e 2; Dalloz, n.º 353—360; Malher de Chassat II, pag. 267—272, n.º 25—27; Pinto, Suppl. a Meyer, § 149, n.º 41; Kalindéro, obr. cit., pag. 207 e 208; Francesco Bianchi, obr. cit., pag. 151 e 152, n.º 121.

⁴ Todos os citados na nota precedente, excepto Kalindéro, pag. 208.

⁵ L. 3, § 11, *de peculio*.

⁶ Kalindéro, loc. cit.

⁷ Auctores citados, maxime Merlin, onde vêm transcriptos dois considerandos d'uma sentença do tribunal, d'appellção de Bordeaux, de 26 de

É ainda á lei do tempo em que a sentença tiver sido pronunciada que devemos attender, a fim de conhecer dos recursos legaes para obter a sua reforma, dos casos em que tenha logar a sua interposição, e do praso fixado para a mesma, porque «ciascuno dei contendenti si sottomette alla decisione che verrà pronunciata dal tribunale investito della causa, riservandosi tuttavia i mezzi ammessi dalla legge per impugnare la sentenza'.»

D'onde se conclue que os recursos de embargo, de agravo, de appellação e de revista, permittidos pela lei do tempo em que a sentença foi pronunciada, subsistem para os mesmos casos e podem interpor-se dentro do mesmo praso da dicta lei, ainda que posteriormente á sua decisão, e ainda antes que a sentença passasse em julgado, fosse promulgada nova lei que extinguisse algumas especies de recursos, ou restringisse os casos em que eram admittidos pela lei antiga, ou limitasse o praso dentro do qual podiam ser interpostos²; «ici on peut dire qu'elles ont été prévues par les parties; ce sont pour elles des effets nécessaires du jugement, et elles constituent ainsi des droits acquis à l'abri de toute loi postérieure³.» Quando porém a nova lei, reconhecendo os mesmos meios da antiga para obter a annullação ou reforma da sentença, estabelece para a sua interposição um praso mais longo que o prescripto na lei antiga, pôde applicar se aquella lei sem nota de retroactidade ás sentenças já proferidas no tempo da sua publicação, comtanto que a esse tempo não houvessem passado em jul-

janeiro de 1811, o qual decidiu que o art. 643 do Codigo do Commercio, tornando extensiva ás sentenças, nullas por falta de jurisdicção commercial, a disposição do artigo 156 do Cod. do Proc. Civil, que declara peremptas por falta de tribunaes ordinarios as sentenças que não fossem executadas nos seis meses posteriores á sua decisão, não pôde applicar-se senão ás sentenças proferidas depois da execução do Codigo Commercial (1.º janeiro 1808). O tribunal de segunda instancia de Colmar decidiu o contrario em sentença de 13 de novembro de 1812, mas esta sentença foi cassada em 13 de novembro de 1815.

¹ Francesco Bianchi, obr. cit., pag. 151, n.º 121.

² Idem, loc. cit.

³ Kalindéro, obr. cit. pag. 208 *in fine*. A lei franceza de 11 de abril de 1838, citada pelo referido auctor, pag. 209, supprimindo o recurso de appellação nas causas não excedentes a 1500 francos, dispõe formalmente no artigo 82, que não se applica ás sentenças anteriormente proferidas.

gado, pelo lapso do prazo legal; «poichè in tal caso non sarebbe lesò il diritto risultante dall'autorità della cosa giudicata, mentre questa autorità non era ancora stata acquisita dalla sentenza, nè potrebbe dirsi offeso il diritto d'impugnare la sentenza stessa, se la nuova legge, ben lungi dal togliere o pregiudicare in qualsiasi modo questo diritto, accorda anzi un termine più lungo per farlo utilmente¹.»

Da mesma sorte, se a lei introduz novos meios de reformação, nunca estes poderão aproveitar ás sentenças anteriores, pois o contrario não seria só offensivo do principio da não retroactividade da lei, mas uma flagrante violação do principio da separação e independencia dos poderes politicos, condição imprescriptivel da ordem e harmonia social e garantia dos direitos politicos e civis dos cidadãos. A solução que acabamos de dar a esta questão particular, que pôde suscitar-se por occasião da publicação d'uma lei que admitta recursos contra as sentenças, que não fos em conhecidos pela lei antiga, além de ter por si o voto dos jurisconsultos² que têm escripto com applauso sobre esta materia reconhecida-mente melindrosa, é ainda fundada nas decisões dos tribunaes³, como se verá das respectivas notas d'este escripto.

«Em quanto porém á fórma que deva observar-se nos jui-zos appellados pelo uso dos meios concedidos pela lei para impugnar as sentenças, claro é que devem observar-se unicamente as disposições vigentes no tempo da interposição

¹ Francesco Bianchi, obr. cit., n.º 121, pag. 152.

² Auctores citados, maxime Merlin, secç. III, § 9, n.º 4; e Kaliadéro, obr. cit. pag. 209.

³ É o que decidiram cinco sentenças do tribunal de cassação de 21 fructidor an. IX, e 2 de julho de 1808, para as sentenças proferidas nos estados de Genova e do Piemonte, antes que o recurso d'appellação fosse introduzido pelas leis francezas. Kaliadéro (loc. cit.)

Pinto, no Supplemento a Meyer (n.º 41), depois de fazer menção d'uma sentença do tribunal provincial de Drenthe, declarando inadmissivel a revista civil contra uma sentença proferida sob a legislação franceza, por causa da inobservancia das formalidades exigidas pelos artigos 494 e 495 do Codigo do Processo, ainda que a revista tivesse sido requerida ao tribunal depois da promulgação do novo Codigo com a observancia das formalidades prescriptas pelo artigo 391, declara que «a nossa lei não reconhece em parte alguma, por termos expressos, que seja a lei do tempo, em que a sentença foi proferida, que deva decidir por quaes meios possa ser atacada. Pelo contrario, uma excepção d'alta importancia é admittida sobre esta regra pelo art. 57, dispondo que o direito de ap-

do recurso, «poichè ciò è conforme al principio generale che regula le forme degli atti di qualunque natura essi siano e le formalità da compiersi per raggiungere un determinato scopo sono sempre e necessariamente in dominio della legge, sicchè nessuno può mai allegare un diritto legitimamente acquisito a seguire nell' esercizio delle proprie ragioni le tali piuttosto che le tali altre forme.¹»

Todos estes principios sobre a applicaço da lei nova às sentenças anteriores acham-se expressamente reconhecidos nas disposições transitorias para a execuço do Codigo do processo civil italiano².

É porém forçoso confessar que nem sempre os legisladores assim do posso paiz³ como dos paizes estrangeiros⁴ têm aca-tado o dogma augusto do direito, o principio sacratissimo da não retroactividade da lei, quando se tracta das sentenças, não dizemos sómente proferidas, mas ainda já passadas em julgado. Os principios que temos invocado para não appli-

pellação e de revista nas causas pendentes, por occasião da nova organisação judicial, seja julgado segundo as leis anteriores. O supremo tribunal muitas vezes teve occasião de interpretar e applicar este artigo »

Como vemos, este auctor considera a disposiço da lei como uma excepção aos principios geraes que regulam a materia; mas se todas as leis são restricções ao principio da retroactividade, o exame das suas disposições não servirá senão para conhecer o antagonismo das leis com os verdadeiros e legitimos principios do direito e da justiça. Mas não é raro ver o mesmo auctor invocar o testemunho expresso e authentico das leis para fundamentar alguma das suas opiniões, significando por este modo que nem todas as disposições transitorias legislativas são a negação formal dos principios geraes do direito.

¹ Francesco Bianchi, obr. cit. n.º 121, pag. 152.

² Lei transitoria italiana, art. 6, 7, 8; vid. auct. cit. na nota precedente.

³ Alv. 3 de Nov. de 1757, L. 2 de junho de 1766, L. 25 de junho de 1766 §§ 11, L. de 9 set. de 1769, § 21, C. de lei de 4 de julho de 1776.

⁴ Lei franceza de 28 d'Agosto de 1792, art. 8, que declarou sem effeito as sentenças que sob o regimen feudal despojaram as communas em beneficio dos senhores feudaes dos bens possuidos por ellas *salvo domini*; Merlin, qbr. cit., secç. III, § 9, n.º 7; Kalindéro, obr. cit., pag. 210. Este ultimo adduz ainda o exemplo do Dec. 30 de março de 1806, que suspendeu a execuço das sentenças proferidas a favor dos judeus da Alsacia, segundo a sua opinião, com a qual não concorda Merlin, como mostraremos depois de observarmos a opposiço d'estes dous auctores e do proprio Kalindéro ácerca da data d'este Decr. Merlin (loc. cit.) assigna-lhe a data de 17 de março de 1808; Kalindéro, a data referida e a de 27 de março de 1808; e não póde dizer-se que sejam dous

car ás sentenças já proferidas senão a lei do tempo, em que o houverem sido, condemnam igualmente a acção legislativa sobre as mesmas. A sentença é um acto do poder judicial, assim como a lei é um acto de poder legislativo. Assim como o magistrado judicial não pôde estabelecer regras geralmente obrigatorias para outros tribunaes, magistrados e cidadãos, assim o legislador, baixando suas vistas, que deve fitar sobre o andamento geral da sociedade, não

decretos, porque na pag. 210, onde se lê a data 30 de março de 1806, faz-se uma remissão á pag. 140, onde se encontra o dicto decreto com a data de 27 de março de 1808, nas seguintes palavras: « nous avons déjà eu l'occasion de critiquer ce décret ». Merlin, criticando a lei de 28 d'agosto de 1792, diz que não ha necessidade d'observar que é da parte do legislador um excesso de poder que não deve permittir-se senão em casos extremamente raros, em que o interesse social lh'o exija; e Kalindéro diz: « mas é um abuso da parte do legislador e que o interesse publico não justifica. Eis aqui a primeira divergencia; a segunda é a diversa designação das datas do decreto que obrigou os judeus d'Alsacia a elidir por meio de prova testemunhavel a excepção *non numeratae pecunie*, opposta pelos seus devedores; a terceira finalmente é sobre a interpretação do mesmo decreto. Merlin, estabelecendo o principio de que a utilidade publica justifica a acção da lei sobre as sentenças anteriores, principio que é opposto ao de Kalindéro, pergunta se este excesso devia presumir-se permittido, quando o legislador não se houvesse declarado expressamente, e figurando o caso d'uma lei, por uma grave retroactividade, que graves circumstancias tornaram necessaria, tirar a força probativa a contractos assignatos a favor de certas pessoas, e fazer depender o direito d'estas de provas que devem procurar noutra parte, pergunta se esta lei despojará da sua auctoridade as sentenças que precedentemente ordenaram a execução d'estes actos. Diz-nos depois que esta questão se levantára por occasião do artigo 4 do cit. decreto de 17 (?) de março de 1808 (?), o qual diz: « que le paiement d'aucune lettre de change, aucun billiet à ordre, aucune obligation ou promesse, souscrits par un de nos sujets non commerçant au profit d'un juif, ne pourra être exigé, sans que le porteur prouve que la valeur en a été fournie entière et sans fraude » é que não ha duvida, segundo a combinação d'este artigo com o primeiro do mesmo decreto, de que as suas disposições sejam applicaveis as letras de cambio bilhetes á ordem, obrigações e promessas anteriores, mas que não o são aos creditos d'esta natureza, que tenham sido precedentemente consagrados por sentença, como foi julgado pelo tribunal de cassação nas seis sentenças seguintes: 18 e 19 de junho. 4 de setembro e 18 de dezembro de 1811. 5 de fevereiro de 1812 accrescendo uma sentença do tribunal de Colmar de 24 de dezembro do 1813, que pronunciou no mesmo sentido. É pois clara a contradicção entre os dous auctores, pois que, segundo um, o citado decreto, posto que applicavel aos creditos anteriores, não abrange as sentenças já proferidas, e segundo outro suspende a execução d'estas sentenças.

póde levantar os obstaculos particulares, aplanar as difficuldades practicas, desfazer os attritos produzidos pelo conflicto dos interesses individuaes, oppostos ao interesse social. A diversidade de vocação, causa da divisão do trabalho, a natureza peculiar das funcções legislativas e judiciaes, tornam indispensavel a separação dos dous poderes.

É a applicação d'uma lei economica a uma ordem particular de serviços, os serviços publicos, que não differem dos particulares senão no character de necessidade, generalidade e uniformidade, que os revestem. Depois da separação vem a independencia. Separados os poderes, força é que sejam independentes cada um na sua esphera; que um não usurpe as attribuições do outro; aliás a sua separação não seria real e verdadeira, mas simulada e apparente. É uma lei de ordem e harmonia social, que necessita a separação e independencia reciproca dos poderes politicos. Isto basta para mostrar que a acção da lei sobre as sentenças anteriores, quer tenham quer não passado em julgado, é uma violação dupla, é um abuso inaudito, um desprezo audacioso de todas as garantias sociaes. Numa sociedade bem organizada, onde a liberdade não seja uma aspiração vaga e um desejo inefficaz, senão uma realidade seductora e um gozo delicioso; onde a propriedade seja um direito real e effectivo, e não uma posse precaria e incerta; onde o homem seja livre e não escravo, pessoa e não cousa, fim e não meio, nunca a lei, por causa alguma, poderá declarar nulla uma sentença legalmente proferida, sem aniquilar toda a iniciativa individual, fonte de progresso e desenvolução social, sem atacar directamente a propriedade, patrimonio sagrado do individuo e da familia, sem reduzir o homem á condição do escravo, sem converter a pessoa em cousa, o fim em meio, o orgão d'esse corpo vivo e animado na parte d'um todo, na unidade d'um numero concreto. Estas considerações já de si são mais que sufficientes para definir o character do governo, em que se publicaram frequentes leis retroactivas, que não só não respeitavam os actos consummados, mas nem as proprias sentenças já proferidas, já passadas em julgado, já executadas, as quaes as dictas leis, impregnadas de despotismo, assoberbadas com as formulas altisonantes *do poder absoluto e sciencia certa*, declaravam *por nullas*,

*abusivas e de nenhum effeito, ordenando que sobre ellas se pozesse perpetuo silencio!*¹ Hoje, ainda que não seja constitucional, como pretendem alguns, o principio da não retro-actividade, não ha todavia o receio de que o poder legislativo commetta semelhantes abusos, porque a separação e independencia dos poderes politicos, consagradas pelo nosso pacto social, são o penhor seguro do seu justo exercicio, a garantia efficaz contra a sua invasão. Não analysaremos as leis, a que nos temos referido, por não ser necessario fazel-as passar pela analyse para conhecer que são a violação flagrante e audaz dos mais sagrados principios de direito, o desprezo mais formal dos dogmas politicos, o attentado mais atroz contra as instituições judiciaes; bastará attender á euphonia estudada das palavras, ao som bombastico das phrases, para conhecer a vontade firme, decidida, arrojada.

¹ «Declaro por nullos, e de nenhum effeito todos os arrendamentos, que se acharem feitos na sobredicta forma (de dez, e de mais annos), não obstante que se fizessem de preterito, e que se achem ajuizados, e com causas pendentes, ou Sentenças proferidas, nas quaes se porá perpetuo silencio.» Alvará de 3 de novembro de 1757. «E attendendo a estes justos motivos, Sou servido declarar por nullo, e de nenhum effeito tudo o que se houver julgado, e sentenciado pela parte affirmativa da mesma questão, para se reputarem as sobredictas Apollices, como bens da terceira especie: Ordenando que todos os Despachos, ou Sentenças, que houverem sido fundadas na sobredicta intelligencia reprovada, não tenham execução alguma; e ainda que as mesmas execuções se achem já principiadas, se rescinda tudo o que por ellas se houver obrado, sem que possam constituir cousa julgada as Sentenças de que ellas emanarão, nem produzir effeito, ou prestar qualquer impedimento, como proferidas, por falsa causa e contra Direito expresso.» Lei de 21 de junho de 1766. «Estabeleço que este Alvará seja comprehensivo de todos os casos preteritos para os declarar, como declaro por nullos, e de nenhum effeito, e por incapazes de prestar algum impedimento aos interessados nas ditas heranças para as receberem, sem embargo de quaesquer processos pendentes, ou Sentenças.» Alvará de 14 de Agosto de 1774. «Estabeleço, e Mando que o sobredicto se observe, e execute: Restituindo-se os Contractos á sua origem, não só quanto ao futuro, mas tambem quanto ao preterito: Havendo, como Hei, por nullas, e de nenhum effeito todas, e quaesquer Sentenças até agora dadas a favor dos referidos Colonos, chamados Enfyteutas: Como proferidas contra Direito expresso, e contra o espirito das Leis Patrias, e das em que tenho desterrado o pernicioso abuso de se invalidarem as Determinações das Leis do Reino, com argumentos excogitados nas vastas compilações das Leis Romanas, que tanto implicaram o sóro em grave prejuizo do socego publico e do Direito de propriedade dos Meus fieis Vassallos.» Carta de lei de 4 de julho de 1776, etc.

a intelligencia vasta e profunda, o sentimento grande, elevado, mas barbaro e cruel, o braço forte e robusto do seu auctor, por tantos titulos cejebre, marquez de Pombal.

Talvez haja quem se queira abalançar a justificar todas as medidas politicas e economicas d'este grande estadista: nós porém, ainda que admiradores dos grandes genios, não deixamos tomar-nos dos sentimentos de admiração a ponto de esquecermos o mal pelo bem. Na legislação do marquez de Pombal ha, é verdade, paginas de sangue; mas tambem ha muitas reformas uteis, muitos interesses creados, muitas industrias aperfeiçoadas, muitas instituições vantajosas. Era o sol no zenith, que sécca as plantas caducas, e anima e avigora as superabundantes de seiva e viço.

Mas não podemos deixar de condemnar muitos de seus actos legislativos, como adversos aos principios mais sagrados das sciencias juridicas e moraes. Não desconhecemos as traças dos que officiosamente tomam sobre si a gravissima responsabilidade de defender actos manifestamente injustos: recorrem á politica e á estatistica e procuram justificar pelo imperio das circumstancias as aberrações do poder. Pela nossa parte não perfilhamos semelhantes principios; pois, se o facto consagrasse o direito, nunca sobre a terra se commetteria uma injustiça. A legitimidade de todas as manifestações da actividade individual e social seria uma consequencia forçada da logica inexoravel dos factos consummados. Não ha pois considerações algumas, politicas, economicas e historicas, que possam, já não dizemos legitimar, mas nem sequer desculpar as frequentes, nocivas e audaciosas usurpações do poder legislativo sobre o poder judicial. No paiz em que se proclamasse o dogma terrivel da omnipotencia legislativa, seria a liberdade apenas um sonho, e a iniciativa particular uma força comprimida, a propriedade mera detenção, ou um direito ephemero, e sempre revogavel á vontade do legislador. O estado de paiz tão lastimoso não poderia deixar de nos arrancar do fundo d'alma esta sentida e justa exclamação: «Ai da prosperidade d'um paiz em que a vontade individual revelar tendencias de se substituir á soberania dos principios e aos deveres inprescriptiveis da sciencia e da moral.»¹

¹ Sr. Dias Ferreira, Dissert. inaug., pag. 31 *in fine*.

c) Da execução dos contractos e das sentenças

Ainda, relativamente á execução dos contractos e das sentenças, devemos distinguir a forma do processo da sua substancia, para determinarmos a lei que deverá regular esta materia — se por ventura a do tempo em que o contracto foi celebrado, e a sentença proferida, se a do tempo em que se procede á sua execução¹.

É fóra de duvida que «a forma de proceder á execução d'uma sentença ou d'um contracto, deve ainda ser regulada sempre e exclusivamente pela lei vigente ao tempo, em que se instaura o processo. D'onde se conclue pois, que se ha um direito adquirido á execução do contracto ou da sentença, não póde porém reputar-se adquirido o direito de chegar a este resultado, antes por uma, do que por outra via, por um certo modo, antes do que por outro.»

«Il determinare questi mezzi di arrivare allo scopo, adottando quelli che siano più solleciti, più economici, più confacenti ad una buona amministrazione della giustizia, è sempre in potere dell' autorità legislativa, e a niuno può essere lecito di allegare un diritto acquisito a seguire i modi, riputati ora men buoni, che erano adottati legge anteriore².»

É tambem a doutrina de Merlin³, claramente expressada nestas palavras: «Mais quant au mode de leur exécution (c'est á dire des droits qui, au moment où parait une loi, sont acquis sur la matière qu'elle concerne) ils appartiennent à l'avenir et par conséquent c'est la loi nouvelle que doit à cet égard être prise pour guide.»

Mas, se a forma da execução d'um contracto ou d'uma sentença deve ser regulada pela lei do tempo em que a execução se promove, já não acontece o mesmo com a substancia

¹ Merlin, obr. cit., secç. III, § 10, n.º 6; Pinto, Supplemento a Meyer, pag. 140, n.º 42; Duvergier, pag. 34, n.º 28; Dalloz, n.ºs 361—864; Francesco Bianchi, obr. cit., pag. 152 e 153, n.º 122.

² Francesco Bianchi, obr. cit., pag. 152 e 153, n.º 122.

³ Merlin, obr. cit., secç. III, § 10, n.º 1. Este auctor, entre varias sentenças dos tribunaes francezes, confirmando esta mesma doutrina, e) em quanto á execução dos contractos, cita: 1.º a do tribunal de segunda instancia de Paris, 9 vendimiaire an. 11, applicando o artigo 877 do Co-

d'uma execução, porque esta deve ser determinada segundo a lei do tempo em que o contracto foi celebrado, ou a sentença pronunciada. Ouçamos ainda os auctores das passagens acima transcriptas, os quaes professam a mesma doutrina: Bisogna però, diz um d'elles¹, «guardarsi dal confondere nei mezzi di esecuzione ciò che riguarda la mera forma degli atti coi quali vi si procede con ciò che concerne la sostanza stessa di que' mezzi. Chè in quest' ultimo rapporto i mezzi coi quali è dato di raggiungere l' attuazione del proprio diritto sono troppo intimamente legati all' efficacia giuridica del diritto medesimo, per ammettere che una nuova legge potesse, non solo regolarne le forme di esercizio, ma modificarli sostanzialmente, o toglierli, o crearne de' nuovi, senza che con ciò retroagisse.»

«Les droits, diz outro², qui au moment où paraît une loi, sont acquis sur la matière qu'elle concernent (l'exécution des contrats et des jugements), sont, quant au fond, indépendents des nouvelles règles qu'elle établit parce qu'ils appartiennent, sous ce rapport, au passé.»

Segundo pois a doutrina, que ahi fica estabelecida, é obvio que, para regular a execução d'um contracto sob o ponto de vista da sua essencia, cumpre consultar a lei do tempo, em que as partes contractaram e não a do tempo em que pedem a sua execução, porque os direitos e as obrigações foram clara e especificadamente designados no seu respectivo titulo, ou a falta de declaração das partes deve

digo Civil, segundo o qual os titulos executorios contra o defuncto são egualmente executorios contra os herdeiros pessoalmente, a um contracto authentico celebrado anteriormente sob um costume de Paris, que não permittia ao crédor dal-o á execução contra os herdeiros do devedor, sem o fazer declarar executorio por uma sentença; 2.º a do tribunal de cassação de 8 de feveiro de 1813, da qual apenas reproduzimos o seguinte considerando: «Attendu que ce n'est pas donner á ce code (code civil, art 2204) un effet rétroactif que d'en appliquer des dispositions au mode d'exécution d'une obligation ancienne et non désavoué»; b) em quanto ao modo de execução das sentenças, a do tribunal de segunda instancia de Bruxellas de 13 de agosto de 1811, no seguinte considerando: «Attendu que l'exécution d'un jugement constitue une nouvelle procédure dont les formes substanciellles sont régies par les lois actuellement existantes» etc.

¹ Merlin, obr. cit., secç. III, § 10, n.º 1.

² Francesco Bianchi, obr. cit., n.º 122, pag. 153.

ser supprida pela lei; e em ambos estes casos não ha meio algum de conhecer a vontade real ou presumida das partes senão, attendendo no primeiro caso, ao titulo do contracto, e no segundo á lei do tempo, em que o contracto foi celebrado; não só porque esta é a unica, que as partes poderiam ter em vista, quando contractaram; mas tambem porque, não usando da faculdade de declarar mais compridamente a sua vontade segundo a permissão da lei, mostraram claramente reportar-se ás suas disposições na falta de declaração expressa da sua parte, nos casos em que lhes era licito dispôr d'outro modo. O contracto resolve-se na prestação de factos e na prestação de cousas¹. É pois objecto de toda a prestação juridica um facto ou omissão tambem, ou uma coisa, a qual póde consistir: 1.º na alienação da propriedade de certa coisa; 2.º na alienação temporaria ou perpetua de uso ou fruição de certa coisa; 3.º na restituição da coisa alheia ou no pagamento da coisa devida². Ora, não só a determinação do objecto da prestação juridica³, a escolha no caso de prestação com alternativa⁴, mas ainda o tempo e logar da prestação⁵, devem ser regulados em geral pela lei do tempo da celebração do contracto, porque qualquer mudança, feita nesta materia, modificaria sempre desfavoravelmente para um a relação juridica, em que se achava constituido. Porém, se as prestações juridicas forem com tracto successivo, e a lei nova modificar as mesmas prestações, porque as mudanças produzidas pelo progresso nas condições politicas, economicas e moraes, tornaram as antigas disposições legaes incompativeis com esta nova ordem de cousas, parece-nos que em tal caso deve a prestação fazer-se segundo as disposições da lei nova.

O que levamos dicto quanto á execução dos contractos é igualmente applicavel á execução das sentenças, com a differença porém que, sendo necessario para regular a execução d'aquelles attender á lei do tempo da sua celebração, deve, para regular a execução d'estas, attender-se á lei do

¹ Cod. Civ. Port., art. 710.

² Cod. Civ. Port., art. 714.

³ Cod. Civ. Port., art. 711—732.

⁴ Cod. Civ. Port., art. 733—738.

⁵ Cod. Civ. Port., art. 739—746.

tempo, em que foram pronunciadas, visto que se tracta da substancia e não da forma da execução, quer dos contractos, quer das sentenças¹.

É verdade que nem todos concordam com as idéas, que acabamos de apresentar: o que não é muito de admirar, visto que não se encontra no decurso d'este longo trabalho um unico ponto, que não tenha sido objecto de duvidas e questões. Meyer², com a sua distincção habitual entre consequencias necessarias e immediatas, e consequencias accidentacs e remotas dos actos, pretende que a execução d'um acto ou d'uma sentença deve regular-se pela lei vigente no tempo em que se demanda a execução do acto; pois, segundo elle, a execução d'um acto ou d'uma sentença, é uma consequencia accidental e remota e não uma consequencia necessaria e immediata, caso unico em que os direitos, ainda os antes adquiridos, continuam sendo regulados pela lei do tempo da sua aquisição.

A divergencia entre os auctores manifesta-se principalmente sobre um modo de execução, que em verdade se conforma mui pouco com a dignidade do homem, com o interesse da sociedade, e com a doçura das leis. É a prisão por dividas. Já fallámos d'esta materia, quando tractámos das garantias pessoas; mas, porque ella ainda aqui tem um logar especial, por isso lhe consagramos algumas linhas. Se no tempo em que foi contrahida uma divida, cu obrigação, a lei não permittia a prisão por dividas, posto que este meio de execução seja introduzido por leis posteriores, não póde applicar-se ao sujeito d'aquella obrigação: e isto se observará egualmente se a lei precedente, admittindo já a prisão por dividas, estabelecia comtudo certas vantagens em beneficio particular do preso por dividas, já em quanto ao tempo da sua duração, já em quanto aos casos excepçoes da sua prohibição, ou outro qualquer beneficio, que não seja admittido pela nova lei. O rigor dos principios exigiria que similhante maxima se applicasse reciprocamente ao caso opposto em que a lei do tempo, em que se formou a obrigação, fosse mais severa para o devedor relativamente á

¹ Merlin, obr. cit., secç 11. § 10, n.º 2.

² Obr. cit., pag. 97.

detenção corporea. Ainda nesta hypothese deveria seguir-se que a lei nova mais suave não podia tirar ou diminuir ao crédor a força coercitiva dos meios, que lhe eram fornecidos pela lei vigente ao tempo que o credito se formou, sem os quaes não teria talvez pactuado. Mas, por considerações de humanidade, visto que a detenção por dividas reúne ao character d'um meio coercitivo o d'uma pena pela inexecução d'uma obrigação, especialmente havendo dolo, porque para a pena deve sempre applicar-se a lei mais branda, porque finalmente seria durissimo ver applicar a privação da liberdade, onde a propria lei reconheceu não a poder permitir: por todos estes motivos, dizemos nós, não só os legisladores¹, mas tambem os tribunaes², têm admittido os devedores anteriores á participação dos beneficios e vantagens da lei que ou extinguiu ou restringiu os casos em que tinha logar, segundo a legislação anterior, a prisão por dividas³. A doutrina de Meyer é porém diametralmente opposta á que acabamos de expôr. Por causa da brevidade vamos aproveitar-nos do Supplemento de Pinto á interessante obriuha de Meyer. Pinto, no seu Supplemento a Meyer, tractando d'esta mesma materia, depois de dizer que, segundo a maxima *tempus regit actum*, a forma dos actos é regulada pela lei do momento, em que se faz a mesma execução, accrescenta: «mais il n'en est pas de même des moyens d'exécution qui, faisant partie des droits qu'on fait valoir par l'action *judicati*, sont fixés irrevocablement par le jugement, sur lequel une loi postérieure ne peut avoir aucune influence. É o que dictou os artigos 45 e 46 da nossa lei transitoria, estabelecendo, conformemente com a doutrina do nosso auctor (Meyer)⁴ e com o artigo 21 do Código Civil de 1820, que nos casos, em que a nova lei não admitte a prisão por

¹ Lei transitoria sobre a execução do Código Civil Italiano, art. 146. «L'arresto personale accordato in materia civile, prima dell' attuazione del nuovo Codice, non può aver luogo se non nei casi nei quali è permesso dal Codice stesso.

«Ai debitori già arrestati sono altresì applicabili tutti i benefici del nuovo Codice. Il minor termine da questo fissato per la durata si computa in ogni caso dal giorno del seguito a resto.»

² Asento da Casa da Supplicação, 18 de agosto de 1774.

³ Francesco Bianchi, obr. cit. pag. 152—154, n.º 122.

⁴ Obr. cit., pag. 97—100.

dividas, não podia ella ser executada senão em virtude d'uma sentença proferida antes da sua introdução, ou ainda quando este meio de execução não dimanasse da propria lei, mas d'uma estipulação permittida entre as partes, feita sob a antiga lei, de que se encontra um exemplo no artigo 2062 do Codigo Napoleão. Segundo a declaração do governo, que nesta materia adoptara completamente na lei o systema de Meyer, não existe duvida de que, se pelo contrario a prisão por dividas for ampliada pela lei nova a ca-os em que pela lei antiga não a admittia, possa ser empregada como meio de execução de sentenças julgadas sob a legislação actual, sem distincção de serem os factos julgados anteriores ou posteriores á sua promulgação. É ainda prescripto a este respeito no artigo 46 da nova lei, conformemente á doutrina dos auctores e á juri-prudencia franceza, que o devedor encarcerado possa requerer a sua soltura em virtude da lei sob a qual a prisão por dividas fôra pronunciada contra elle¹.

¹ Pinto, Supplemento a Meyer, pag. 150, n.º 42.

**Appendice á theoria da não retroactividade da lei
e da sua applicação ás questões transitorias
do Codigo Civil.**

CAPITULO I

Da applicação do principio da não retroactividade às leis do direito publico e administrativo

A divisão mais geral que podemos fazer da lei é em leis de direito publico e de direito particular, ou quanto ao seu objecto, ou quanto á sua forma. Como o direito é o complexo de leis, todas as categorias, que apparecem na classificação do direito, reproduzem-se na das leis; e por isso, para conhecermos a divisão das leis, devemos soccorrer-nos á divisão do direito. Ora, o direito divide-se, quanto á sua forma, d'uma maneira geral, em direito publico e direito particular. «Chama-se direito publico aquelle que respeita ao governo do estado, ou ás relações dos cidadãos com o poder social. Assim, não sómente as regras que determinam as attribuições do poder legislativo entram nesta primeira especie de direito, mas comprehende tambem as leis penaes, as que sujeitam os cidadãos ao serviço militar, as que estabelecem impostos e muitas outras ainda.»

«O direito particular compõe-se das leis que regulam as relações dos cidadãos entre si.» Estas leis, que particularmente se denominam civis, são os preceitos formulados pela sociedade politica, ou pelo poder que a representa para regerem as relações individuaes de seus membros, quer estas emanem de factos gerados pela acção fatal do mundo physico

ou pela acção livre do homem, quer respeitem á acção d'este sobre as cousas, aos serviços voluntariamente estipulados, ou á posição de cada um no seio da familia¹.

Temos fallado até aqui da applicação do principio da não retroactividade ás leis do direito particular, ou civil: agora vamos occupar-nos, posto que mui perfunctoriamente, da applicação do dicto principio ás leis do direito publico.

As leis de direito publico, de qualquer especie que sejam, visto que operam sobre os elementos geraes da sociedade, modificando-os e applicando-os ao fim social, rarisimas vezes poderão ser taxadas de leis retroactivas. Effertivamente, neste importante ramo de sciencia do direito positivo, deve a lei nova applicar-se immediatamente; e nem por isso se dirá que a lei retroage, porque não domina o passado, dando-lhe nova forma, o que era tão impossivel como na lei puramente civil, mas submete o presente ao seu imperio. Não é o interesse geral que exige a applicação immediata da lei, como ordinariamente se diz, mas a natureza especial da mesma lei; porque as leis de direito publico não regem as relações variadissimas da vida particular dos cidadãos no que respeita á sua pessoa e bens, mas regem todo o corpo social, considerado na dualidade do seu organismo. Estas leis ou delinem os direitos e obrigações dos socios para com o governo, ou d'este para com os subditos. Ora, a sociedade não estaciona, move-se sempre; e por isso as leis, que regulam o seu movimento, carecem de ser reformadas, para caminharem *pari passu* com ella. Não são pois as evoluções preteritas que as novas leis pretendem regular: são as actuaes e futuras; o que a lei póde fazer sem retroagir.

Se este genero de leis não pudesse applicar-se immediatamente por causa da retroactividade, nunca a lei poderia ser modificada ou alterada, porque é proprio da natureza d'estas actuar sobre elementos preexistentes. A Carta seria retroactiva, porque substituiu a forma de governo? Se Isabel II tinha direito adquirido e inaufervel a ser rainha de Hespanha, a sua desthronisação foi uma grande injustiça.

¹ Sr. Ribas, Curso de Direito Civil Brasileiro, part. ger., tit. 1, cap. 2, § 1, e tit. 3, cap. 1, § 1; Cod. Civ. Port., art. 3; Belime, Philosophie du Droit, tom. 1, liv. 3, chap. 1, pag. 294.

Os decretos n.º 22, 23 e 24 de maio, a Nova Reforma Judiciaria de 1836 e 1837, e a Novissima de 1841 não deviam executar-se. A reforma administrativa do sr. Mártens Ferrão era retroactiva, porque extinguiu alguns districtos, e varios concelhos, que tinham adquirido o direito á sua existencia e conservação autonomicas.

A lei eleitoral, que regula as condições do eleitor ou elegivel, é modificada por outra posteriormente promulgada, deverá deixar de se applicar immediatamente por exigir mais condições do que a antiga? A resposta negativa é verdadeira e certa para todos. A qualidade de eleitor e elegivel são dois direitos inherentes á soberania, que a lei não pôde auferir, sem commetter a mais atroz das tyrannias; mas o que ella faz, e o que devo fazer, é prescrever as condições do seu exercicio; e por isso todas as vezes que estes augustos direitos têm de se exercer, ha de ser em conformidade com a lei vigente, ainda que depois dos ultimos actos a lei tenha sido modificada. Aqui não ha effeito retroactivo, porque os actos, que a lei tende a regular, são posteriores á sua promulgação, embora o direito á sua practica seja anterior, porque a lei é quem dá a forma ao direito.

Se uma eleição para qualquer cargo social houvesse sido feita segundo a lei actual, e viesse depois uma lei nova, que, alterando a lei antiga, não só determinasse que d'aqui em diante as eleições deviam ser feitas segundo as suas prescripções, mas tambem que as anteriores, vieto que não se tinham observado as condições, eram nullas, assim como todos os actos practicados pelos empregados eleitos, seria lei manifestamente retroactiva e por isso digna da nossa reprobção. Numa palavra, nenhum dos diversos elementos sociaes tem direito a viver segundo certa forma, porque uma tal forma é pura creação da lei, que pôde modifical-a, quando as considerações da justiça ou de utilidade publica assim o exigiam.

As leis sobre a liberdade de imprensa e sobre a formação de associações abrangem tambem as typographias existentes, e as sociedades já constituídas, porque tambem não ha direitos adquiridos contra a ordem e segurança publica. Não julgamos porém, como alguns, que as leis policiaes possam

tambem contravir actos anteriores, porque tal medida oppugna-se á Carta Constitucional, que muito expressamente declara não poder ninguem ser obrigado a fazer, ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude da lei ¹.

Ha porém aqui um ponto melindroso, e que não desejamos passar em silencio. As leis de interesse publico têm muitas vezes por fim a criação, ou a supressão de empregos publicos. A criação de novos empregos, se por ventura offerece alguma difficuldade, é para o thesouro publico, pelo augmento da despesa, mas não para o legislador, nem para o juiz, porque a lei póde promulgar-se e executar-se sem se eivar com o vicio da retroactividade. Mas já assim não succede pelo que respeita á supressão de logares, porque a supressão d'um logar importa a despedida d'um empregado, que tinha muitas vezes a sua subsistencia e a da sua familia ligada a esse logar. A lei pois, que extinguir alguns cargos publicos, e deixar as pessoas que os exerciam privadas de seus respectivos ordenados, parece que não poderá expangir-se da macula da retroactividade, porque o empregado, em quanto por crime ou erro não merecesse a sua demissão, tinha direito ao logar e ao ordenado correspondente. Nos acreditamos na correlação entre o direito e a obrigação; e segundo esta correlação, se o empregado publico tem direito ao logar, a sociedade tem a obrigação de lh'o conservar; e por isso nunca o poderá supprimir; mas esta consequencia é contraria aos principios de direito publico, e á practica constante das sociedades antigas e modernas, porque sempre as sociedades tiveram o direito de crear e supprimir empregos publicos, e entre nós acha se este direito consagrado no nosso Codigo Politico ². Mas, se é incontestavel o direito que lhe assiste de supprimir os empregos publicos, que as circumstancias sociaes exigirem, nunca essa supressão deve ir affectar os interesses do empregado declarado em disponibilidade, já porque o exercicio do emprego demandava habilitações dispendiosas e especiaes, já porque, se elle não contasse com a permanencia do logar, não teria gasto parte da sua fortuna em conseguir aquellas

¹ Cart. Const., art. 145, § 1.

² Carta Const. art. 15. § 14.

habilitações, já finalmente porque pela sua idade, ou pela especialidade do emprego que até alli tinha exercido, se acha impossibilitado de ser reintegrado immediatamente; noutros termos, sem interrupção ou diminuição de vencimentos.

Ainda neste caso extremo, nós não teríamos tal lei como retroactiva, porque a lei que creou o logar tambem o póde supprimir; porque os empregos publicos foram estabelecidos para o bem da sociedade, e não para o bem dos empregados; porque, com quanto alguns empregos sejam vitalicios, isto não póde intender-se senão no caso de o emprego durar mais que o empregado. Isto no rigor do direito; pois, segundo a equidade, o funcionario que foi desalojado do emprego, que uma lei, por conveniencia ou necessidade publica, declarou extinto, deverá continuar a receber o ordenado, até que seja novamente provido noutro emprego que vagar. É assim que se tem procedido entre nós para com os empregados disponiveis em virtude da extincção de seus empregos, não só á sombra do systema representativo¹, mas tambem no systema absoluto².

Nós fariamos uma distincção entre os serviços inherentes á natureza do estado e os serviços que elle presta, não como instituição meramente politica, mas como instituição religiosa, scientifica, artistica, industrial e commercial. Os primeiros são permanentes; e, se alguns forem supprimidos ou reduzidos, é porque transcendem as necessidades naturaes do Estado; os segundos póde o Estado deixar de os prestar, deixando-os á iniciativa particular. Neste caso parece-nos que não ha razão que obrigue o Estado a pagar serviços que deixou de receber, que o mesmo pessoal, que até alli prestou este genero de serviços, os póde prestar aos particulares, mediante a retribuição convencionada, se não apparecerem outros mais idoneos, não devendo esta falta de idoneidade pesar sobre o Estado.

O desenvolvimento d'esta materia levar-nos-hia muito longe, e porisso aqui lhe pomos termo, tambem porque o pouco que havemos dicto é bastante para se comprehender

¹ D. 3 de dezembro de 1868, art. 56 e 59; D. 21 d'outubro de 1869. Disposição *transitoria*.

² C. de L. de 19 de janeiro de 1776, § 11.

o nosso pensamento. A supressão d'um emprego tem sempre uma de duas causas — ou a sua inutilidade, ou os apuros do thesouro; ora, sustentar a theoria de que os empregados têm direito a seus ordenados, ainda depois de suprimidos os seus respectivos logares, é estabelecer o principio de que a sociedade deve pagar os serviços que deixou de receber por inuteis ou prejudiciaes, ou que deve pagar os serviços de que prescindia ou que dispensou por falta de meios. E nenhuma das cousas nos parece racionalmente admissivel.

CAPITULO II

Da applicação do principio da não retroactividade às leis de direito penal

Na lei criminal e penal sómente haverá retroactividade, quando a lei exerça seu imperio sobre actos preteritos. Aqui podemos figurar tres hypotheses; ou se publica uma nova lei, que incrimina factos, que antes da sua publicação eram tidos por innocentes ou indifferentes; ou, sendo já esses factos incriminados por uma lei anterior, a pena foi aggravada pela lei posterior; ou finalmente a pena, comminada pela lei antiga a certos crimes, foi abolida, modificada, diminuida ou substituida por outra. Se a lei nova estendesse a sua acção sobre os actos preteritos, seria evidentemente retroactiva, porque comprehenderia em sua sancção actos que não cabiam no seu edicto. A segurança pessoal e a liberdade individual seriam um méro juguete da lei, pois que esta poderia atacar uma e tolher a outra por actos practicados na ausencia de toda a sancção legal. O estado normal da sociedade, em que se commettessem tão enormes attentados contra as garantias individuaes e sociaes, seria o de incerteza e desconfiança nas leis e nos homens; numa palavra, um estado impossivel, porque era «querer mudar pelo systema da

legislação o systema da natureza, e procurar, para um tempo que já não existe, fazer reviver os nossos receios, sem poder restituir-nos as nossas esperanças¹.» Do passado sómente nos resta, na ordem da natureza, a saudade ou o pezar, o prazer ou a dor; mas a esta antithese, que repousa no seio da certeza, vinha junctar-se um terceiro estado incompativel com qualquer dos dous; pois que o receio exclue a esperança, a duvida a certeza, e sob o imperio de tal legislação o homem tinha tanto a temer pelo passado, como pelo futuro: a duvida sobre a sua segurança seria perenne.

Nesta hypothese pois a retroactividade da lei não podia deixar de considerar-se um acto contrariò a todos os principios de justiça e moralidade. Não ha conveniencia, por melhor que seja, nem imperio de circumstancias, que justifiquem aos olhos da razão similhante disposição. A lei seria a fabula do cordeiro e do lobo convertida numa bem triste realidade².

Isto que levamos dicto sobre a lei nova, que infligisse qualquer pena a factos, não declarados puniveis por alguma lei anterior, pôde e deve intender-se da lei nova que aggravasse a pena imposta na lei antiga, porque, se o delinquente tivesse conhecimento da segunda pena, talvez não tivesse commettido o delicto, e ainda porque seria injusto imputar-lhe a morosidade do processo, em virtude da qual alcançou a epocha da segunda lei, quando essa demora no julgamento, em regra, não depende da sua vontade.

Esta é a doutrina seguida por todos os que têm escripto sobre o mesmo assumpto, e de que temos conhecimento; parece-nos porém que ainda offerece uma difficuldade, que não queremos deixar desapercibida. Quando o legislador decretou para certos crimes penas mais graves, do que as estabelecidas nas leis precedentes, foi por uma triste observação lhe haver mostrado que a sancção actual não era sufficiente para garantir a observancia da lei, pois os homens a desprezavam com frequentes transgressões; e por isso era necessario impôr penas mais duras a seus transgressores.

Parece pois, que sendo, ao menos neste caso, o motivo

¹ Portalis, *Exposé des motifs sur le titre 1.^{er} du Code Civil*.

² Esopo, *Fabula 1*.

de pena a necessidade da ordem e tranquillidade publicas, e o fim a intimidacão, deveria a nova pena, embora aggravada, ser applicada a todos os crimes julgados depois da sua promulgacão, sem attencão á lei vigente no tempo da sua perpetracão; porque a pena empregava-se como remedio preventivo, e deve ser o mais effizaz, que se reputa o ultimo; e mesmo para não cahir na incoherencia de talvez no mesmo dia, no mesmo logar, na mesma audiencia applicar a dous réus, convencidos do mesmo crime, duas penas differentes, levados por uma simples consideracão de tempo, quando é certo que a justiça e a moralidade estão acima do espaço e do tempo. Ainda assim, julgamos que se lhe deve applicar a pena estabelecida na lei vigente no tempo em que o delicto foi commettido, apesar da sua reconhecida insufficiencia; porque, se a gravidade da obrigacão e da lei se deriva da quantidade e qualidade da pena, é evidente que aquelle que transgrediu uma lei ou violou uma obrigacão, garantida por uma sancção mais leve, tambem commetteu um delicto menos grave, e nessa mesma sancção é que deve incorrer e não noutra. Não colhe tambem o argumento da intimidacão, porque não tem tanto em vista o delinquente, como o resto da sociedade, e porisso não é necessario que o réu, de que se tracta, soffra a pena para ser intimidado, mas basta que veja applical-a aos novos transgressores, para obter a certeza de que, se novamente transgredir a mesma lei, terá de soffrer não já a pena antiga, mas a nova. A lei pois que ordenasse o contrario do que temos indicado, seria manifestamente retroactiva, e portanto injustificavel¹.

Ainda que a doutrina, que até aqui temos seguido, nos pareça verdadeira e clara, não tem todavia faltado quem sustente a necessidade de se lhe fazerem algumas modificacões; por quanto, dizem, «como é impossivel que o legislador expresse todos os casos que a malicia dos homens é capaz de produzir, deve attender-se ás maximas da razão e da lei natural, que são o supplemento perpetuo das leis civis; de maneira que póde castigar-se, ainda antes que haja leis penaes, segundo o arbitrio e prudencia do juiz», quando taes casos

¹ Gabba, obr. cit. vol. II, pag. 263—267, 296—305.

forem formalmente reprovados pela legislação natural¹. Somos porem de parecer que o principio que temos sustentado não carece de semelhante correctivo, com quanto não desconhecamos a competencia das auctoridades que apoiam a sua necessidade, e tenhamos exemplos na nossa legislação², e nem o nosso Codigo penal permite que se lhe faça, porque expressamente dispõe que nenhum facto, ou consista em acção ou omissão, póde julgar-se crime novo, sem que uma lei anterior o qualifique como tal³. Se pois a nossa opinião não fosse racional, era pelo menos legal; mas ainda bem que a lei neste ponto é conforme á razão.

No caso, porém, de a pena ser diminuida, substituida por outra mais suave, ou ainda supprimida por lei posterior, esta ultima lei é que deve applicar-se na condemnação ou absolvição do réu, e não a pena comminada pela lei que vigorava no tempo em que se consummou o facto da sua transgressão. Duas são as razões que costumam adduzir: «primeira, porque não ha retroactividade, senão quando a lei muda o passado com prejuizo das pessoas que fazem objecto de suas disposições, e, se o beneficio da não retroactividade foi introduzido para interesse dos accusados, não deve este beneficio converter-se em seu manifesto prejuizo; segunda, porque se a lei nova é mais suave que a antiga, seria rigor demasiado applicar uma pena que o proprio legislador reputou excessiva⁴, devendo alem d'isso evitar-se o extranho espectáculo de dous réus d'um mesmo delicto,

¹ Cicero, orat. in Verrem, L. 1, cap. 42. «Neque in ulla lege praeteritum tempus reprehenditur, ni-i ejus rei, quae sua sponte accl-rata ac nefaria est, ut etiam si l-x non esset, magnoque vitanda fuerit.» Puffendorf, L. 8, cap. 3, § 16 *De Jure Naturae et Gentium*; Escriche, Diccionario de la Jurisprudencia y legislación, artículo *Efecto retroactivo*, § 3, secc. v. n.º 9.

² Alv. 15 de março de 1751: «Hei por bem que este caso (de pôr cornos nas portas ou sobre as casas de pessoas casadas, etc.) seja de devassa: e mando a todos os Corregedores, Ouvidores, Juizes e mais Justiças a que o conhecimento d'este pertencer, que succedendo este caso, ou tendo succedido de dous annos a esta parte, tirem devassa d'elles na forma que o devem fazer dos mais de que por seus officios são obrigados a devassar.

³ Codigo Penal, art. 5; Projecto do Cod. Penal, art. 1.

⁴ Merlin, 3, § 11; Duranton, 1, n.º 73 e 74; Marcadé, 2, § 4; Delvincourt, 1, not. pag. 7; Coelho da Rocha, Instit. de Dir. Civ., tom. 1, not. A ao § 8, pag. 4.

serem castigados um com mais severidade do que o outro pelo simples facto de ter aquelle delinquido de manhã, e este de tarde¹. É retroactividade, diz outro, é verdade, mas retroactividade humana, politica e favoravel a todos. «A sociedade não pôde ter interesse na applicação d'uma pena muito severa, e que por outra parte deixou de ser exemplar, isto é, deixou de attingir o fim mais essencial a qualquer penalidade².»

Estes principios têm sido observados na execução da lei de 1 de julho de 1867, que aboliu a pena de morte e a de trabalhos publicos, prisão perpetua, substituindo-as por outras mais suaves ou mais salutaras, como pôde ver-se em varios accordãos do Supremo Tribunal de Justiça, publicados na *Gazeta dos Tribunaes* e *Jornal de Jurisprudencia*³.

Mas supponhamos que no intervallo entre o facto commettido e o julgamento tinha uma lei intermedia ferido o facto com uma pena mais doce que a antiga e a nova lei. «Não se applicaria então, diz um distincto e profundo jurisconsulto⁴, nem a lei antiga, sob cujo imperio o facto foi commettido, nem a nova lei, sob o qual foi julgado, mas sim a lei intermediaria; porque o auctor devia ou podia ao menos ser julgado segundo esta lei, tão bem como o individuo que tivesse commettido o facto sob o seu imperio. No momento em que esta lei estava em vigor, a sua posição era a mesma, e não ha razão para que ella mude pela promulgação

¹ Eschriche, verb. *Efecto retroactivo*, art. 8, secç. v, § 3, n.º 9.

² Demolombe, obr. cit. n.º 65. A mesma doutrina era consagrada pelo Projecto do Cod. Penal Portuguez no art. 1.º, que é concebido nestes termos: A lei penal só comprehende os factos praticados depois da sua publicação, salvas as excepções seguintes:

1.ª Se ao tempo da publicação alguém estiver processado por facto que, a pesar de incriminado pela lei antiga, o não seja pela lei nova, nenhuma pena será applicada.

2.ª Se na lei nova o facto incriminado for punido com pena mais leve, será esta applicada. Vid. o art. 70 do Cod. Pen. e os Commentarios dos srs. Silva Ferrão (tom. 3, pag. 8—14) e Levy (tom. 1, pag. 170) ao citado artigo.

³ *Gazeta*, n.ºs 4105, 4122, 4124, 4149 e 4150; *Jornal de Jurisprudencia*, 3.º anno, n.º 2; 4.º anno, n.º 45.

⁴ Demolombe, obr. cit.; Chaveau et Faustin Helie, tom. 1, pag. 41; Berthault, Cours du Code Pen., pag. 153; Tributien, Cours élém. du Droit Crim., tom. 1, pag. 83.

d'uma lei mais severa. Não convem que delongas accidentaes de processo, ou outros quaesquer motivos, dêem em resultado uma aggravação de penalidade. Esta solução pois é logica, e não arbitraria, como parece pensar-o Boitard¹; e nós podemos acrescentar que é tambem legal, pois está consagrada na seguinte disposição do Código Penal²: «Se, depois de commetido o crime, a lei modificou a pena, será sempre imposta a pena menor, posto que ao tempo da sentença esteja decretada pena mais grave.»

Pode todavia objectar-se que o agente apenas teria direito de invocar a applicação, quer da lei antiga, sob cujo imperio foi commetido o facto, quer da lei nova, sob cujo imperio é julgado, mas que rigorosamente não poderia invocar a applicação da lei intermedia que está hoje abrogada, e que não corresponde nem á epocha do facto, nem á epocha do julgamento. Demais, se suppozermos uma lei imprudente, promulgada num momento de effervescencia, e quasi immediatamente suspensa, seria muito para extrahir que tal lei se extendesse aos auctores de factos commettidos antes da sua promulgação.

Não obstante a gravidade d'estas considerações, como é forçoso que haja uma regra, visto que não é arbitrariamente, nem segundo as circumstancias que a lei penal deve ser ou não ser applicada, ainda persistimos em asseverar que a regra deve ser a proposta, porque, não devendo applicar-se a antiga que foi adoçada pela immediata, nem a nova que aggravou a intermedia, é evidente que deve applicar-se esta, e não outra³.

Offerece-se porém aqui um caso que não deixa de ser importante e difficil de resolver, porque nem todos os auctores estão de accordo sobre a sua solução. Não ha duvida que a lei penal que tiver modificado ou extinguido a penalidade decretada na lei antiga, deve ser applicada aos crimes não julgados por sentença, ou ainda que julgados, pendentés por appellação: qual deverá porém ser a influencia da nova lei que diminuiu, ou mesmo supprimiu a pena estabelecida na lei anterior sobre as sentenças passadas em

¹ Boitard, Droit Criminel, pag. 66.

² Cod. Pen., art. 70.

³ Merlin, obr. cit., secç. III, § 11.

julgado? Ficará a pena reduzida ou extinta pela publicação da lei nova, *ipso facto*, sem declaração do legislador? Merlin segue a opinião negativa; pois, segundo elle diz, depois que uma condemnação penal foi pronunciada em ultima instancia, e transitou em julgado, só por um acto expresso e especial do legislador deixará tal condemnação de sortir todo o seu effeito. Mr. Blondeau¹ diz que, se a nova lei suavizou a sorte dos condemnados, deve ser executada immediatamente; porque, neste caso, o legislador julgou que o incremento da pena imposta pelas leis anteriores não era justificado por vantagens sufficientes. Demolombe², resumindo a doutrina de Merlin³ e a de Duranton⁴ e Vallete⁵, que seguem a Blondeau, reconhecendo a conveniencia de a penalidade, hoje diminuida ou extinta, não ser applicada absolutamente a pessoa alguma, tem todavia alguma difficuldade em estabelecer em theoria que as condemnações deixem necessariamente de ter o seu effeito; visto que as vias legaes de rescisão, o recurso de appellação e revista, já não são possiveis, e nenhuma lei ha que irrogue a annullação das sentenças proferidas antes da promulgação d'uma lei nova. Não devemos esquecer, diz Merlin⁶, depois de ter apresentado a opinião de Blondeau, que elle escreve antes para os legisladores do que para os magistrados e juriconsultos; e por isso, se quizermos concluir da sua doutrina, que, sendo publicada uma lei que infligiu uma pena menos severa, ou extinguiu a pena existente, é rigoroso dever do legislador providenciar sobre a sorte dos condemnados por crimes identicos em sentença passada em julgado, não podemos por outra parte deixar de inferir que as sentenças pronunciadas contra estas pessoas não ficam *ipso jure* modificadas na conformidade da nova lei.

A nossa legislação vigente é omissa neste ponto, porque nem o Codigo Penal, nem a Reforma Penal trazem alguma

¹ Cit. por Merlin, e recentemente Lassalle cit. por Gabba, pag. 341.

² Demolombe, n.º 65.

³ Merlin, obr. cit., secç. III, § 11.

⁴ Duranton, tom. 1, pag. 48.

⁵ Vallete (sur Proudhon, tom. 1, pag. 37).

⁶ Merlin, loc. cit.

disposição transitória applicavel ao presente caso, e a jurisprudencia parece-nos pender para o lado dos que sustentam que a lei nova, modificadora da antiga, nenhuma influencia exerce sobre as sentenças condemnatorias, passadas em julgado, porque o Supremo Tribunal de Justiça nos diversos accordãos¹ que consultámos, apresenta sempre um considerando sobre a sentença ainda não ter passado em julgado, donde se póde concluir que, se a sentença tivesse passado em julgado, seria a pena irreductivel. Não nos soffrendo o animo o não emitirmos opinião sobre este ponto, cumpre-nos ou optar por um dos pareceres já propostos, ou apresentar outro, que tenhamos por mais conforme aos bons principios.

Assim como ao prudente Demolombe, tambem a nós nos parece difficil estabelecer theoreticamente que as condemnações deixem de produzir seu effeito, posto intendamos que esta difficuldade, alias gravissima, deveria ceder diante de outras considerações de justiça, moralidade e humanidade. Não seguiremos porém nem uma nem outra opinião. O legislador, que por uma declaração expressa tirasse o effeito ás sentenças passadas em julgado, atacaria um dos dogmas fundamentaes do credo social, o da divisão, independencia e harmonia dos poderes. Neste ponto pois discordamos do profundo Merlin; mas, concordamos em que a sentença passada em julgado não se modifica *ipso jure*, em virtude da lei nova, como pretendem Blondeau e outros, porque, não aceitando nós a declaração expressa do legislador, tambem não admitimos a consequencia deduzida do seu silencio. Não a rejeitamos, porque a tenhamos por desnecessaria sómente, mas por não admittirmos disposições contrarias ao pacto social. Não se julgue porém que pretendemos recusar o beneficio da nova lei aos réos já sentenciados no tempo da sua promulgação; pelo contrario desejamos que elle lhes aproveite, mas segundo as vias legais, e nenhum dos alvitros apontados nos parece satisfazer aos requisitos da legalidade pelas razões expostas, e que é escusado reproduzir. É opinião

¹ *Gazeta dos Tribunaes*, n.º 4149. «Attendendo a que a pena de morte foi abolida pela lei de 1 de julho de 1867, e a que não transitou ainda em julgado o accordão recorrido, que condemnou nesta pena o réo, etc.: vid. n.ºs 4105, 4124 e 4150.

nossa que em tal caso não ha outro recurso senão o do poder moderador, visto que uma das suas bellas e nobres prerogativas consiste em moderar e perdoar as penas impostas aos réos condemnados por sentenças ¹. Parece-nos pois que nem ha necessidade de declaração expressa do legislador, nem da acção da lei sobre a sentença, o que não se podia admittir, nem a exclusão dos réos do beneficio da lei, porque, sendo os poderes sociaes independentes, não podem os actos d'um ferir de morte os actos d'outro; e não sendo decoroso para a sociedade conservar debaixo de ferros a seus membros por actos, que deixaram de ser declarados crimes, ou foram reputados menos graves, ao poder moderador é que se deve recorrer para reduzir a pena na conformidade da ultima lei mais suave. A reforma penal, abolindo as penas, que, apezar de impostas por sentença, se achavam ainda por cumprir, ha de dar margem a muitas questões transitorias, para cuja solução não encontramos dado mais seguro do que a Carta Constitucional ². A sociedade civilisada não pôde ver com indifferença que gozem uns de plena liberdade de praticar certos actos, pelos quaes outros se acham supportando as durezas da pena. A opinião contraria levava-nos ao absurdo de fazermos soffrer uma pena por factos que nenhuma lei já punia, embora noutras epochas fossem declarados puniveis; mas, desde que a lei os eliminou da sua sancção, cessaram os fins da pena, e portanto cessou a mesma pena, pois nem havia motivo para os expiar, nem motivo para exemplo; e seria ainda duro que, achando-se um réo já na prisão ou no logar do degredo, cumprindo a pena que lhe havia sido imposta, quando alli déra entrada outro réo condemnado pelo mesmo crime, o visse sabir primeiro do que elle, com a pena já cumprida, pelo simples facto de ter perpetrado o crime um pouco mais tarde, ou, o que é ainda mais, de se ter subtrahido á sancção da lei por mais tempo. A irrevogabilidade da sentença que, em these geral, é uma garantia certa e effizaz dos direitos do cidadão, seria nesta hypothese um mal insoffrivel.

¹ Cart. Const., art. 74, § 7.

² Os redactores do Projecto do Codigo Penal Portuguez propõem o alvitre seguinte: «Havendo já condemnação em qualquer dos casos (da abolição ou diminuição de pena), uma declaração do tribunal que tiver proferido a ultima sentença fará a applicação da lei nova.»

Eis aqui o alvitre que propomos para a solução das difficuldades, creadas pela lei de 1 de julho de 1867 relativamente ás penas abolidas e modificadas por ella, que já se achavam impostas por sentença passada em julgado, mas ainda em via de execução. É um acto do poder moderador, assaz justificado por uma lei, que deve applicar-se aos negocios ainda pendentes, mas que tem de respeitar os actos do poder judicial. É, numa palavra, o rigor do direito modificado pelos principios de moralidade e humanidade. Intendemos pois que esta é a verdadeira solução do problema, não só segundo os principios do direito politico, mas segundo as maximas do direito constituido¹.

¹ Veja-se todavia o sr. Silva Ferrão, Commentario aoCodigo Penal, tom. 3, pag. 8—14; Gabba, obr. cit., vol. II, pag. 338—360.

FIM.

Sendo obrigados a apresentar este livro dentro d'um prazo fatal, que tinhamos ainda tomado por outras occupações, não podemos fazer-lhe accurada revisão, para emendar os erros typographicos, que por ventura nos escapassem; e por isso supra a capacidade do leitor esta lacuna da nossa parte.

SEGUNDA PARTE

Aplicação do principio da não retroactividade da lei ás diversas materias de direito, e principalmente ás do direito civil

	Pag.
CAPITULO I — Da applicação do principio da não retroactividade da lei á capacidade civil (Codigo civil, part. 1.ª art. 1—358)	90
SECÇÃO I — Da nacionalidade	ibid.
§ 1.º — Acquisição dos direitos de cidadão portuguez	ibid.
§ 2.º — Da perda da qualidade de cidadão portuguez	93
§ 3.º — Da qualidade de estrangeiro	96
SECÇÃO II — Das pessoas moraes, do domicilio e ausencia	98
§ 1.º — Das pessoas moraes	ibid.
§ 2.º — Do domicilio	100
§ 3.º — Da ausencia	102
SECÇÃO III — Diferentes especies de incapacidade, daração, extinctão e seu supprimento	105
§ 1.º — Incapacidade por menoridade	ibid.
§ 2.º — Do poder paternal	109
a) Constituição do poder paternal	ibid.
b) Effeitos e extensão do poder paternal	122
§ 3.º — Da tutela	129
§ 4.º — Da incapacidade dos prodigos, surdos-mudos, da incapacidade accidental e por effeito de sentença penal condemnatoria	130
CAPITULO II — Applicação do principio da não retroactividade da lei á aquisição dos direitos (Codigo civil, part. 2.ª, art. 359—2166)	133
SECÇÃO I — Dos direitos originarios e dos que se adquirem por facto e vontade propria independentemente de cooperação de outrem	ibid.

	Pag.
§ 1.º — Direitos originarios	134
§ 2.º — Causas, e suas divisões legaes.	135
§ 3.º — Da occupação	138
§ 4.º — Posse e prescripção	142
a) Sujeito da prescripção.	149
b) Objecto da prescripção	ibid.
c) Condições da posse para a prescripção	ibid.
d) Duração da posse para a prescripção	150
e) Suspensão e interrupção da prescripção	156
§ 5.º — Do trabalho	160
SECÇÃO II — Applicação do principio da não retro- actividade aos contractos	162
§ 1.º — Validade dos contractos	ibid.
§ 2.º — Effeitos dos contractos	165
§ 3.º — Da rescisão, revogação, resolução e reduc- ção dos contractos	168
§ 4.º — Interpretação dos contractos.	174
§ 5.º — Caução ou garantia dos contractos.	186
a) Garantias pessoases	187
b) Garantias reaes	194
SECÇÃO III — Dos direitos que se adquirem por mero facto d'outrem e dos que se adqui- rem por simples disposição da lei.	225
§ 1.º — Successão testamentaria.	226
a) Capacidade do testador	ibid.
b) Incapacidade do herdeiro e legatario.	240
c) Quota disponivel de bens	242
d) Fôrma dos testamentos	246
e) Substancia e effeitos das disposições testa- mentarias	249
f) Substituições	251
g) Pactos successorios	262
§ 2.º — Successão legitima	266
1) Direito hereditario.	ibid.
2) Tempo e fôrma do exercicio do direito hereditario e seus effeitos	268
3) Collações	279
CAPITULO III — Da applicação do principio da não retroactividade ao direito de pro-	

	priedade (Codigo civil, parte 3. ^a , art. 2167—2360).	287
SECÇÃO I — Das diversas especies de propriedade		288
§ 1. ^o — Propriedade absoluta	ibid.	
§ 2. ^o — Propriedade resolúvel	288	
§ 3. ^o — Propriedade commum	296	
§ 4. ^o — De algumas especies de propriedade im- perfeita	293	
SECÇÃO II — Da propriedade e dos direitos especiaes contidos nella		298
CAPITULO IV — Da applicação do principio da não retroactividade da lei á offensa dos direitos e á reparação d'elles (Co- digo Civil Portuguez, parte 4. ^a , art. 2361—2538)		304
SECÇÃO I — Da responsabilidade civil	ibid.	
a) Imputação do damno	305	
b) Gradação do damno	307	
SECÇÃO II — Da prova e restituição dos direitos	311	
§ 1. ^o — Prova dos direitos	ibid.	
§ 2. ^o — Da restituição dos direitos	326	
1) Organização judiciaria	327	
2) Das acções	330	
a) Da fórma dos actos do processo	ibid.	
b) Das sentenças anteriores	336	
c) Da execução dos contractos e das sentenças	344	

Appendice á theoria da não retroactividade da lei e da sua applicação ás questões transitorias do Codigo Civil

CAPITULO I — Da applicação do principio da não re- troactividade ás leis do direito pu- blico e administrativo	353
CAPITULO II — Da applicação do principio da não re- troactividade ás leis do direito penal	359

