

7-2-29

Amado

ESTUDO ELEMENTAR
DE
DIREITOS DE USUFRUCTO

THE UNIVERSITY OF CHICAGO
LIBRARY

ESTUDO ELEMENTAR

DE

DIREITOS DE USUFRUCTO.

ADAPTADO A LEGISLAÇÃO PATRIA EM VIGOR

PELO

DR. JOAQUIM ANTONIO CARNEIRO DA CUNHA MIRANDA,

ADVOGADO NOS AUDITORIOS DA CIDADE DO RECIFE

*Bonus civis est, qui non potest
pati eam in sua civitate poten-
tiam, quæ supra leges esse velit.*

CIC.

RECIFE

1871

V
342.1252
M 672
u

Typ. Mercantil de Carlos Eduardo Muhlert. & C.ª, rua do Torres n. 40.



A' SUA MAGESTADE IMPERIAL

O SENHOR D. PEDRO II

IMPERADOR CONSTITUCIONAL

E

DEFENSOR PERPETUO DO BRAZIL

Y. W.
O. D. C.

O Author.

Senhor.

A' Vossa Magestade Imperial dedico este livro.

Se o pouco que elle vale por seus defeitos está aquem do muito que merece a Alta Pessoa de Vossa Magestade Imperial, suppra a indulgencia do Monarcha Illustrado aquillo, que a fraca intelligencia do súbdito dedicado não pôde conseguir.

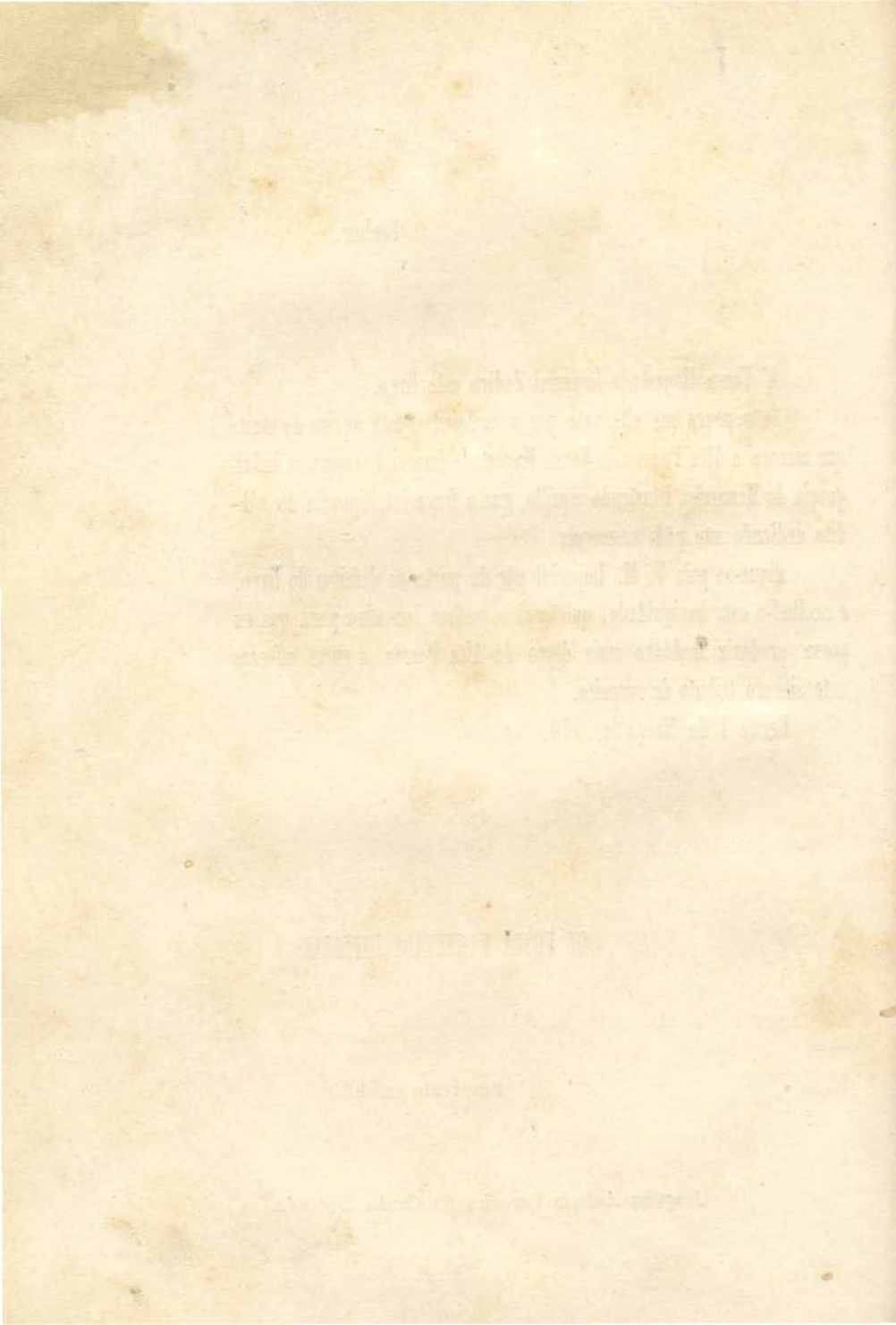
Digne-se pois V. M. Imperial pôr de parte os defeitos do livro, e acolhel-o com benignidade, que será o melhor incentivo para que eu possa produzir trabalho mais digno da Alta Pessoa á quem offereço este sincero tributo de respeito.

Recife 1 de Março de 1870.

DE VOSSA MAGESTADE IMPERIAL

Reverente Subdito

Joaquim Antonio Carneiro da Cunha Miranda.



ADVERTENCIA



Todos os exemplares que se não acharem rubricados pelo author serão considerados contrafeitos, e por tanto sujeitos ás penas do art. 261 do Codigo Criminal.

LIBRARY

Le droit est le roi du monde.

PINDARO.

La loi est la reine de tous mortels et immortels.

PLUTARQUE.



PREFACIO

Pour jeter quelques idées sur le papier, il suffit du plaisir d'écrire ; pour les publier, il faut en plus l'espoir d'être utile.

(MME. OÉCILE FÉE.)

E' mais um livro que vai encher as estantes, e soffrer, talvez, no pó infallivel das bibliothecas o castigo da indifferença da época para os trabalhos do espirito. Não importa. A par do indifferentismo que lavra, anima-me a convicção de encontrar excepções n'aquelles, que se dedicam seriamente ao estudo do direito ; e semelhante ideia não podia arrefecer em mim o desejo de publicar este livro ; eillo : leião-no onde quer que for achado, mas com a indulgencia, que elle busca : — indulgencia, e não louvores: *Et veniam pro laude peto* — direi com Ovidio.

Na estante, na bibliotheca, ou na vastidão do mundo litterario, corra elle agora em busca de seu destino, á mercê da critica, que me annuncia tem-

pestade horrível diante dos olhos, como o nauta á mercê dos ventos e das ondas: *un orage terrible aux yeux des matelots*, na feliz expressão de Boileau. Se, bem acceito, for julgado capaz de alguma utilidade, bemdirei a estrella de ventura, que o acompanhou no meio da tormenta; se porém o máo fado permittir que as ondas revoltas venham submergi-lo, oppor-lhes-hei a resignação, que é o que mais abunda em meu espirito, e será a cruz com que morrerei abraçado.

Não foi somente a religião que teve martyres, nem a inquisição que teve victimas; as letras tambem as tem tido; e é a historia de todos os tempos que no-lo diz. Os trabalhos dos maiores genios tem sido accusados: Buffon, pelo excesso de magnificencia; Montesquieu, pelo abuso do espirito; Voltaire, por sua ignorancia no conceito de Mably; Socrates, o justo, que fez descer do ceu a luz da philosophia, é depreciado em suas *conversações memoraveis* por que busca simplesmente o bello sobre a terra, sem se elevar as altas regiões do infinito; e até S. Bernardo, de virtudes superiores ao espirito de seu seculo, foi arguido por seus inimigos, por se ter entregado a estudos profanos, e haver composto canções para regosijo do povo.

N'aquillo que só merece louvores encontra muitas vezes a maledicencia motivos para accusações e censuras.

Comprehendem todos quão difficil é produzir um trabalho perfeito diante da necessidade de recorrer aos fragmentos homogeneos das fontes subsidiarias e aos factos dispersos da historia, como alma da jurisprudencia, e eu não poderia julgar have-lo conseguido tão facilmente diante de outros mais habilitados que me hão precedido. Assim, bem certo das lacunas e defeitos deste livro, accitarei o

juizo critico dos homens illustrados, que se dignarem aponta-los com imparcialidade, para serem modificados, suppridos ou corregidos por amor da utilidade publica: *adjuvandi, vel supplendi vel corrigendi juris civilis gratia propter utilitatem pulicam*, como disse Papiniano; e deste modo poderão os Juristas concorrer com uma pedra melhor polida para o edificio da sciencia do direito, cujas bases forão lançadas pelos antigos, e á nós cabe a tarefa de formar-lhe a cupula.

Imitar sempre e seguir os antigos é o grande preceito de Horacio, dictado pelo estoicismo do seu tempo. Abraçar, pois, este salutar preceito de modo que pareça menos escravidão do que o louvavel intento de adaptar as doutrinas de nossos maiores ás ideias e aos principios da Legislação Patria em vigor, tal foi a missão que me impuz neste trabalho. A empreza é difficil e escabroso o caminho que conduz á ella; mais talvez do que é dado ao viajante percorrer, sem se expor aos riscos de tropeçar e cahir muitas vezes, mas forçoso nos foi prosseguir sempre, esperando o dezalento.

Em falta de Legislação nossa recorri aos principios luminosos da Jurisprudencia Romana; ás Institutas de Justiniano, explicadas por Du Caurroy, ao *Liber Singularis* de Ulpiano, a um Fragmento de Pomponio, ás Institutas de Gaius, ás sentenças de Paulo, e finalmente aos Fragmentos mais recentes de Direito Romano, encontrados na bibliotheca do Vaticano, *Fragmenta Vaticana*, restos preciosos da antiguidade, exhumados por uma phalange de Jurisconsultos Classicos, exclusivamente dedicados á grande obra da *perfectibilidade* do Direito; servindo-me principalmente de grande auxiliar as Institutas de Gaius, pelos esclarecimentos de varios pontos da historia e da Legislação, que, no meio da contro-

versia, nos deixam conhecer o Direito Classico de um modo completo.

Não me propuz a compilar servilmente. Com toda a liberdade de espirito extrahi as doutrinas verdadeiras dos Jurisconsultos antigos, estabeleci as regras, que d'ellas se podiam deduzir com applicação ás diversas questões que nos mesmos lugares se podiam agitar, expliquei-as de accordo com as doutrinas expendidas pelos Jurisconsultos modernos; e, tomando por base de tudo os textos da Legislação Romana, comparada com a Franceza, formulei o todo deste livro, sob a epigrapha de — *Estudo elementar de Direitos de Usufructo.* —

Não obstante prestar-se a materia á mais amplo desenvolvimento, obedeci ao preceito de ser breve, quanto me foi possibile, limitando-me a expor simplesmente as doutrinas do modo que me pareceu mais conciso e efficaz, para reduzir as regras de Direito a proposições claras e succintas, o que todavia se não pode conseguir sem duplicado estudo e meditação, principalmente no que respeita as *observações* que servem de explicação ás regras estabelecidas; as quaes todas convém que depressa se aprendam, e a memoria as guarde fielmente: *Quidquid præcipies, esto brevis; ut cito dicta percipiant animi dociles, teneantque fideles.* —

Phocion, que sabia fazer uso das galas da eloquência, em um d'aquelles momentos em que o despertaram de suas mais profundas meditações, respondeu que *pensava somente no modo de abreviar o que ia dizer*; tão difficil achara elle obedecer a este preceito de Horacio, com que por tantas vezes conseguira abreviar com vantagem a eloquencia floreada de Demesthenes, que lhe chamava por isto o *machado de seus discursos*. E' que muitas vezes amplos desenvolvimentos assemelham-se aos cyprestes, que se elevam

muito e não dão fructos; ou como melhor disse o mesmo Horacio—quando é muito trasborda, qual liquor que excede o vaso: *omne supervacuum pleno de pectore manat.*

E' certo que, por outro lado, abundei em textos, ou axiomas latinos, de que me servi frequentes vezes na maior parte dos periodos d'este livro; mas aos que me accusarem de defeito ou superabundancia nesta parte, responderei que só os espiritos superficiaes poderão desconhecer o ornamento, e o succo de taes axiomas, que são como outros tantos oraculos da Jurisprudencia, e o resumo de todas as reflexões dos Jurisconsultos, na fraze de D'Aguessau; principalmente para aquelles, que começam a exercitar-se no Estudo do Direito, aos quaes convém ter de memoria essas especies de sentenças dos antigos mestres da sciencia, mais faceis de se gravarem na memoria e no coração. *Eu quizera*, disse Joubert, *amoedar a sabedoria, isto é, dar-lhe um só cunho em maximas, proverbios e sentenças, faceis de conservar e transmittir.*

Vê-se, pois, que não escrevo para as intelligencias superiores, que julgam ter alcançado os fructos das laboriosas meditações do estudo, mas para aquelles que começam a dar cultura a flor, que mais tarde lhes deverá trazer esses fructos, e no interesse de nutri-la com mais facil estudo, não levarão a mal encontrar um epilogo, que lhes poupe o trabalho de compulsar essa infinita babel de leis antigas, espalhadas no vastissimo campo do Digesto e Codigos, á que é necessario recorrer para achar a solução das graves questões, que sobre esta materia se agitam.

Por mais de uma vez fui levado a discutir em autos questões sobre direitos de usufructo, e tive occasião de ver o pouco apreço que se dá aos principios que regulam essa Veneranda Instituição da an-

tiguidade ; razão que me levou não só a emprehen-
der o presente trabalho, como a publica-lo mais cedo
do que devia.

Não é em pouco tempo que se prepararam traba-
lhos d'estes para ver a luz publica : de sobra o co-
nheço. Montesquieu depois de haver consummi-
do vinte annos a escrever o *Espirito das Leis*, com
direito pedira ao leitor em seu prefacio *que não jul-
gasse pela leitura de um momento o trabalho de tan-
to tempo*, e ainda assim accrescentou elle, *mil vezes
atirei aos ventos as folhas que eu tinha escripto : lu-
dibria ventis — sentindo todos os dias cahirem-me as
mãos paternas : Bis patrice cecidére manus...*

Diante de lição tão eloquente quiz seguir o
acertado designio do illustrado Publicista para dei-
xar amadurecer as ideias e desenvolve-las melhor :
devia faze-lo ; mas, vendo que o pouco apreço a estas
materias chegara em primeira instancia a ponto de
se resolver com os principios geraes questões, que
só por leis de excepção se podem decidir, eu não
podia demorar por mais tempo a publicação de meu
trabalho.

Sendo o usufructo uma propriedade imperfeita,
desmembrada, por assim dizer, não pode estar subjei-
ta aos mesmos principios porque se regula o do-
minio em toda a sua plenitude ; e assim, comprehen-
de-se, aquelles que se não quizerem dar ao trabalho
de estudar as regras especiaes, que o regulam, não
poderão dar um passo sobre estas materias, e muito
menos julgar com acerto. — *Si judicas agnosce* : é
o primeiro dever dos Juizes, disse ainda D'Agues-
seau.

Com effeito, duvidas que parecem resolvidas
pelos principios geraes da sciencia, levantam-se de
novo contra o direito de propriedade, subjeito a no-
vas leis de excepção, as quaes originam graves diffi-

culdades, que bem se podem calcular diante de dous *dereitos parallelos*, como chamara Delsol a situação em que se acha o proprietario para com o usufructuario.

Quaesquer que sejam as modificações porque possa passar o Direito de propriedade, concordam todos, a formação do usufructo é inquestionavelmente uma das mais importantes; por quanto, trazendo um onus na propriedade, com divisão dos elementos constitutivos do dominio entre duas ou mais pessoas, tira a um o direito de gozo dos fructos e dos rendimentos da propriedade, convertendo-a exclusivamente em proveito de outro; ao mesmo tempo que traça limites ao exercicio do direito de gozo no interesse de ambos, que se dirige a indispensavel conservação da cousa. E, podendo a separação do *juz utendi et fruendi* na pessoa de um só prolongar-se por muito tempo, quando o usufructo é vitalicio, esta privação, a que fica sujeito o proprietario durante este tempo, abre uma verdadeira excepção ao exercicio do direito de propriedade com os maiores embaraços e contendas, que só na pratica se poderão conhecer.

Em outros termos disse Mourlon: *as relações do usufructuario para com o proprietario são naturalmente difficeis e provocadoras. Em quanto um considera que a sua propriedade está em mão de terceiro, que goza de toda a utilidade de que ella é susceptivel, o outro antevê ao mesmo tempo que a cousa, que cultiva e melhora com seu trabalho, ha de passar a terceiro, á quem necessariamente tem de ser restituída; e d'aqui uma inimizade quasi inevitavel e uma fonte perene de demandas.*

Em uma palavra, chamar ainda a essas relações do proprietario para com o usufructuario—*dous direitos rivaes*,—como afinal chamara Delsol, é quanto

XVIII

se pode dizer para mostrar a necessidade de estudar tão importante ramo da Jurisprudencia, que até hoje tem sido objecto da mais profunda meditação dos melhores Jurisconsultos. Entretanto, força é confessa-lo, em vez de um bom código civil onde se possam, com facil estudo, encontrar desfeitas as duvidas sobre estes e outros pontos juridicos, temos de recorrer para a decisão de qualquer questão mais grave e complicada ás Ordenações Affonsinas, Manuelinas, Filippinas, *Corpus juris*, Paraphraze de Theophilo, Brachylogus ou *Corpus legum per modum institutionum*, *Basilicas*, ao *Codex repetitæ prælectionis*, Commentarios, Collecções de Leis Estravagantes accumuladas no decurso de mais de dous seculos e meio, ás *Authenticas* (que nada teem de authenticas) e, o que mais é ainda, ás glozas de Accursio e as opiniões de Bartolo, que os collaboradores das Ordenações se lembraram de mandar guardar; obras estas que, só para ter em mãos e compulsar, é necessario um amor decidido pelo estudo, levado ao gráo de virtude, sem fallar ainda no que é mister dispender para as adquirir. E, como se não fôra de sobra falta tão sensivel, apresenta-se ainda uma phalange de Praxistas antigos que tudo controvertem, não obstante o incontestavel merecimento de alguns, decidindo as questões uns de um modo outros de outro, segundo as fontes á que recorreram; resultanto afinal de todo este amalgama juridico leis antinomicas, e disposições obscuras e contradictorias, onde se aninha a chicana dos Letrados para subjeitar o direito a decisões sempre incertas e vacilantes.

A Ordenação, por exemplo, estabelece um principio, mas vem o Praxista e abre uma excepção. O que é que deverá prevalecer para o julgado: a Ordenação ou o Praxista? Algumas vezes em certos

casos prevalece a disposição da Ordenação, e outras vezes em casos identicos vai-se buscar a opinião do Praxista. Tal é o quadro da Legislação Patria, que até hoje temos tido, e continuamos a ter, com mágoa o digo.

Em quanto não tivermos um codigo nosso, e continuarmos a reger-nos por uma legislação de emprestimo, moldada para uma Monarchia absoluta, em tão desagradavel situação se ha de encontrar sempre alguma utilidade em obras como esta.

Sirva ella ao menos de protesto contra a *morte civil*, transplantada para o art. 157 § 3.º do nosso Codigo do Commercio, contra os *servos da pena*, fulminados pela Ord. do liv. IV, tit. 81 § 6.º, e contra a *revogação das alforrias por causa de ingratição*, theorias estas que evocam funestas tradições do antigo Direito das epochas do absolutismo, em verdadeira opposição com os principios sobre que assenta nossa forma de Governo. Expurgar a Jurisprudencia desses vicios e defeitos do Direito antigo é a grande obra da *perfectibilidade*, de que tenho fallado.

Reconheço a minha ousadia emprehendendo tarefa tão difficil e superior ás minhas forças, mas seja-me ella relevada em attenção á importancia do objecto: sem audacia é impossivel emprehender as grandes cousas.

Sinto o que em situação identica sentio uma mulher notavel de nossos dias, Maria Amalia Vaz de Carvalho, no isolamento em que delicadamente traçou os tímidos vôos de seu estro; e possuido da mesma ideia eu direi ainda como ella disse em sua *Primavera: a propria audacia da empreza enamou-me e atrahio-me*.

Se afinal consegui ou não, em parte, o que desejava, não sei. Resta-me a consciencia de ter feito quanto pude por contribuir tambem para o de-

XX

sevolvimento da Jurisprudencia Nacional, deixando aberto o campo para que as intelligencias mais cultivadas produzam cousa melhor.

Feci quod potui, faciant meliora potentes.

Recife 10 de Abril de 1871.

DR. CARNEIRO DA CUNHA MIRANDA.

TITULO I

NOÇÕES PRELIMINARES

§ 1.º

DEFINIÇÃO DE USUFRUCTO E ANALYSE DA DEFINIÇÃO

Entende-se por usufructo o direito de usar e gosar da coisa alheia, mobiliaria ou immobiliaria, com a obrigação de conserval-a, respeitando a substancia : *jus utendi fruen- di rebus alienis, salvâ earum substantiâ*. L. 1.º ff. de usufr.

Esta exacta definição do jurisconsulto Paulo, seguida pelos melhores interpretes do Direito Romano, se acha de accôrdo com o que se lê no Proem. do tit. IV liv. 2.º das Institutas explicadas, e com a sábia disposição do art. 578 do Cod. Civ. Fr., apenas alterada na parte em que lhe addicio- namos as expressões: mobiliaria ou immobiliaria, com a authority de Massé, tom. III, pag. 467 e Cod. Civ. Port. art. 2197.

Interpretemos a definição, de accôrdo com o texto lati- no, e vejamos se ella contem os principios substanciaes re- guladores do direito de usufructo, e nos revela ao mesmó tempo a natureza complexa e as qualidades particulares deste direito.

O usufructo compõe-se de dous elementos distinctos : *usus* que é o direito de usar, e *fructus* que é o direito de gosar. O primeiro d'estes elementos pôde existir sem o se- gundo : *usus sine fructu esse potest*. L. 14 § 1.º ff. de usu et habit. O segundo porém não pôde existir sem o primeiro, nem d'elle se pôde separar, por que o direito de gosar invol- ve implicitamente a ideia de usar : *fructus sine usu esse non potest*.

Diz-se, pois, na definição : *direito de usar e gosar*

porque o usufructuario tem a posse natural da causa: *naturaliter videtur possidere is qui usumfructum habet*; e aquelle que detem a cousa realmente e d'ella se serve, cultivando-a com suas proprias mãos, admittindo terceiros a cultivar-a, ou percebendo simplismente os fructos e os rendimentos, que d'ella provem, usa e goza da cousa como seu proprio dono. A posse, por tanto, em relação á pessoa do usufructuario, encerra um direito e um facto: o direito de gozar annexo ao direito de propriedade, e o facto do gozo effectivo da cousa que o usufructuario detem, e deve gozar, como proprietario imperfeito, e não como simples usuario; por quanto é só gosando que poderá perceber os fructos, que lhe são devidos por lei.

D'aqui conclue Pothier que se o usufructuario, *non utendo*, deixa perder os direitos de servidão e outros annexos á herdade, que usufrue, responde pelas perdas e danos, que resultarem de sua omissão; e é debaixo deste principio que o usufructo se considera um direito de servidão puramente pessoal; porque se extingue de todo com a morte do usufructuario.

Não se diga porém que por este principio todo o direito será pessoal, só por que tende a extinguir-se com a morte do homem, como se dá particularmente com o usufructo. Sabemos, com effeito, que só o homem é susceptivel de direitos e obrigações, e nisto consiste a sua capacidade juridica, ou a sua personalidade, que não pôde ir além de sua morte, termo certo e infallivel dos gozos da vida; mas a applicação d'aquelle principio, se bem que verdadeira até certo ponto, não pôde ser aceita senão com relação ao usufructo sómente, e a razão é obvia.

Em regra, por morte d'aquelle que tinha o dominio pleno da cousa, esta passa em substancia com todos os seus fructos e renovos aos herdeiros chamados á successão, se por acto de ultima vontade não ficou estabelecida servidão;

e, só por excepção á este principio, por morte do usufructuario não passa para os herdeiros d'este direito algum concernente á cousa que ficou usufruida, nem mesmo quanto aos seus fructos e renovos, por que o dominio já se achava dividido na pessoa de outrem; passando sómente o *jus utendi* do usufructuario fallecido para aquelle, que por virtude da divisão do dominio, ficou constituido proprietario da cousa fructuaria, como mais detalhadamente faremos ver em outro lugar. Assim, por exemplo, no *mutuo*, ou o que se chama emprestimo de *consummo*, que se assemelha ao usufructo, os direitos tendentes a haver a cousa consumida, na mesma qualidade, quantidade e especie em que foi concedida, passam para os herdeiros do mutuante, da mesma fórma por que este os tinha em sua vida; ao passo que no usufructo os direitos connexos á cousa não passam para os herdeiros do usufructuario fallecido, mas sim para os herdeiros do concedente do usufructo, e passam de um modo muito diverso d'aquelle, pela modificação que soffrera o direito de propriedade, legado a dous simultaneamente; seguindo-se d'aqui, como principio inconcusso, que o usufructuario não pode deixar herdeiros que o representem na cousa que fez objecto do usufructo; razão por que se diz que é este um direito pessoal. No usufructo, particularmente, os fructos maduros, não colhidos pelo usufructuario, que veio a fallecer antes da colheita, não passam para seus herdeiros: Delvincourt, t. 4, pag. 153, nota 2, os quaes não os poderão mais adquirir pela percepção, nem mesmo por simples separação do predio, como faz o possuidor de *bôa fé*; entretanto que os direitos de um simples arrendaterio, fallecido antes da colheita, passam para seus herdeiros, que podem colher e adquirir todos os fructos deixados.

Estabelecida esta differença não se poderá dizer com fundamento que todo o direito é pessoal, só porque se extingue com a morte do individuo, conforme se dá parti-

cularmente no usufructo ; o qual é bem definido um simples direito de *uso e de gozo*.

Diz-se mais : *da coisa alheia, mobiliaria ou immobiliaria* porque o usufructuario, segundo o que prescreve o Tít. VI do liv. 2.º das Inst., deve ser essencialmente estranho á propriedade da coisa, que pôde ser movel ou immovel.

A palavra propriedade tem aqui duas accepções : umas vezes significa a coisa em si mesma e neste sentido se diz : *ceder a propriedade* ; e outras vezes exprime o direito em si, e neste sentido se chama tambem — dominio — *dominium*, como diremos em outro lugar. É necessario, pois, para constituir usufructo que a simples propriedade ou dominio da coisa em si pertença a um, para que o gozo d'ella possa pertencer a outro separadamente ; de outra maneira o uso e o gozo que só constituem o direito complexo para aquelles a quem não pertence a substancia, se confundiriam com a mesma propriedade em si ; e d'esta confusão dos dous elementos distinctos do dominio resultaria que aquelle que viesse a gozar da coisa propria, não o faria mais por effeito de um direito de usufructo, mas por um verdadeiro attributo da plenitude do dominio, ou consequencia immediata do direito de propriedade pelo principio : *nulli enim sua res servit*.

Além disto, sendo o usufructo uma servidão, que força o proprietario a tolerar aquillo, que regularmente poderia obstar em outras condições, admittir doutrina contrária, seria collocar o senhor da coisa em um estado de tolerancia e de abstenção toda passiva para consigo mesmo, o que absurdo ; porque ninguem pôde estabelecer servidão sobre a coisa propria : *neminem res sua servit*.

Effectivamente, só poderá haver usufructo quando o fundo ou propriedade de um fôr submettido ao gozo de outro : *Servitutes aut personarum sunt, ut usus et usus-*

fructus ; aut rerum, ut servitutes rusticorum prediorum.
L. 1 fl. de servil. liv. VIII tit. 1.º

Assim, considerado o usufructo como faculdade de gozar a propriedade alheia, é ainda um direito de servidão pessoal, que só consiste em acções tendentes a perceber os fructos e rendimentos, que provierem da cousa; e é por uma consequencia natural destes principios que, nos termos do art. 621 do Cod. Civ. Fr., a venda da cousa sujeita ao usufructo não prejudica os direitos do usufructuario, que continúa a gozar com a mesma faculdade de renunciar, ou de alienar, a titulo gratuito, o seu direito de usufructo, em beneficio do proprietario, independente das formulas requeridas para validade das doações *inter vivos*, ou transmissão da propriedade; comtanto que o faça por meio de renuncia formal; porquanto, segundo Delvincourt, a renuncia gratuita se considera uma verdadeira *doação*, e não se presume facilmente a vontade de doar por simples consentimento tacito: *nemo facile donare præsumitur*.

Admittido, pois, como verdade que a vontade de dar ou de perder a cousa nunca se pôde razoavelmente presumir no individuo, acrescenta Daloz, é necessario que a renuncia seja por isso mesmo expressa; e é só isso que basta para operar immediatamente a consolidação do direito na pessoa do proprietario; visto como a cessão ou renuncia nestes casos não importa uma alienação ordinaria, como a que se dá em outros contractos, porque a cousa em substancia já pertencia á outro, isto é, ao proprietario em favor de quem ella passa a reverter.

Todas as vezes, pois, que a propriedade não pertencer a um, {desmembrando-se d'ella o dominio util para pertencer a outrem, não poderá haver usufructo.

Concluindo o texto Romano pelas palavras: *salva earum substantia*, as quaes nos resta examinar, vejamos primeiramente o que se entende por *substantia*.

Por *substancia* entenderão alguns a base das propriedades, qualidades, attributos e accidentes dos corpos ou entes materiaes, ou dos immateriaes, ou emfim tudo aquillo que subsiste por si, independente de accidentes ou attributos; expressão hypothetica, abstracta, intelligivel, e consagrada sómente em metaphysica.

Philosophicamente fallando, se diz substancia a essencia desconhecida, occulta sob as qualidades, sob os modos — *quod sub stat modis* — ; e em linguagam vulgar é o todo da cousa, considerada com suas qualidades ; e neste sentido se considera *substancia* toda e qualquer materia.

Em direito, porém, se entende este vocabulo de maneira diversa d'aquella porque o entenderam os philosophos e metaphysicos. Segundo Bartolo se diz: *forma substantialis, in qualibet re invisibilis est secundum philosophos; sed apud nós rei substantialis forma est id per quod ipsa consistit, et unde denominationem accipit, loquor denominatione nominis appellativi (De alveo de relicto)*. Assim, em linguagem juridica, a *substancia* vem a ser a materia revestida de uma fórma determinada; e d'aqui conclue Durantou que o usufructuario deve não só conservar a qualidade especifica da materia, isto é, aquella que constitue a utilidade e o valor da cousa, senão tambem conservar a fórma, ainda que verdadeiramente a fórma não seja a substancia; doutrina que sustentou ainda Delvincourt, t. 1.^o, nota 2, pag. 151. Diz se, pois na definição: *com a obrigação de conservar-a, respeitando a substancia*, porque o usufructuario deve gozar da cousa como bom e cauteloso pai de familia: *Quasi bonus pater familias*, o qual tem de restituil-a, acabado o tempo de seu usufructo.

Gozar como bom pai de familia é fruir, desejoso de conservar, administrando de modo a merecer a approvação dos homens justos e entendidos, que nenhum interesse tiverem na cousa fructuaria: *Sic tamen ut boni*

virii arbitrato fruatur. Nam et Celsus scribit cogi eum posse recte colere. L. IX *dé usufr.* Assim, por exemplo, o usufructuario de uma casa deve ser cuidadoso e attento em evitar um incendio; assim como aquelle que tem o usufructo de animaes deve sempre nutril-os e preserval-os em bôa guarda. Domat. L. civ. liv 4.º n. 3, de acôrdo com a razão estabelecida no art. 601 do Cod. Civ. Fr.

Esta simples razão, porém, em nosso entender, não satisfaz ainda todo o pensamento da Lei Romana na ultima parte da definição, nem mesmo deixa explicado o verdadeiro sentido das palavras, senão de um modo incompleto. O dever de usar das cousas com a prudencia e cautela de um bom pai de familia é um dever, que corre a todos em geral, pelo desejo que naturalmente se presume em cada um de não querer empregar mal o que é seu.

Ao usufructuario, que dos co-proprietarios é aquelle que, a titulo gratuito, percebe os fructos da cousa, devemos dar obrigações mais restrictas, afim de que o beneficio não venha a ser damnoso áquelles que representam a pessoa do bemfeitor fallecido; e assim parece que ha necessidade de ir buscar o fundamento da obrigação e o motivo da lei em mais outra razão, que satisfaça melhor o pensamento do legislador.

Os primeiros jurisconsultos, das palavras *salva rerum substantia*, deduziram simplesmente que o usufructo não podia constituir-se sobre cousas fungiveis, cujo uso consiste no seu consummo. *quæ usu consumuntur*, taes como pão, vinho, azeite, dinheiro, etc.; e não obstante acontecia sempre os testadores legarem a propriedade destas cousas a um, e a outro o usufructo d'ellas. Em attenção ás disposições de ultima vontade, e no interesse de facilitar o cumprimento destas disposições, um Decreto do Senado, sob o reinado de Augusto, veio legitimal-as, autorizando sobre as cousas fungiveis o exercicio de um di-

reito semelhante ao de usufructo; direito que então recebeu o nome de *quasi-usufructo*, sujeito ás condições de restituição do importe da estimação da coisa legada, e sujeito ainda á obrigação de dar caução, *satisdare*, para garantia da restituição. Outros, como Ducaurroy, entenderam mais amplamente aquelle texto, sustentando que as palavras *salva rerum substantia*, queriam dizer: *tanto quanto durasse a substancia*; intelligencia opposta ao pensamento do legislador, por que, se o usufructo pudesse durar tanto quanto a substancia, elle passaria aos herdeiros do usufructuario, quando por morte deste se extingue o usufructo, como quer a lei. Outros finalmente, como Ortolan e Lagranje, concluíram das mencionadas palavras que o usufructuario tinha o *uso* e o *fructo*, mas não o *abuso*.

A' parte as controversias dos escriptores e as razões de utilidade que levaram aquelle *Senatus-Consultus* a abrir margem na Lei Romana, é fóra de duvida que, dos termos finaes de sua disposição, se depreheende claramente que o usufructo, propriamente dito, deve consistir em cousas que se não consummam com o uso, não fungiveis, posto que algumas com elle se gastem e se deterioreem com o uso ordinario, como acontece, por exemplo, com as alfaias, a mobilia de uma casa, os ornatos, os relogios etc. De outra maneira o direito do usufructuario ligado á coisa fungivel desappareceria, logo que a coisa desapparecesse tambem; e neste caso a conservação da substancia, que é o pensamento do legislador, se tornaria impossivel: *quoniam ususfructus in iis quæ usu consummuntur, salva manente earum substantia fieri non potest*. Warnkoenig, § 418.

Estes principios deixam vêr ainda quanto o direito do usufructuario é diverso do direito do proprietario; porque este gôza e pôde dispor, dissipar e até transformar a coisa seu a contento, por ser senhor absoluto d'ella; ao passo

que aquelle não tem o direito de gozar, senão com a obrigação de conservar, sem poder dispor da coisa onerada com o usufructo, nem transformal-a; sendo que, apenas no interesse de procurar um gozo mais commodo e vantajoso para si, poderá fazer as mudanças accidentaes que não affectarem a substancia da coisa fructuaria, nem tão pouco inverterem o uso para que ella por natureza foi destinada.

Semelhantemente não pôde mudar a superficie da coisa de um modo prejudicial ao proprietario, nem impôr servidões sobre ella e nem finalmente mudar o destino, que foi vontade do primitivo dono dar-lhe; porque, se tal poder lhe fosse concedido, desappareceria necessariamente a substancia. Assim o entende tambem Ulpiano no tit 24, §§ 26 e 27, onde este jurisconsulto diz que «regularmente não se pôde legar usufructo senão das cousas de que se pôde gozar — *salva substantia* —, sem se consummirem.»

Mas como se não pôde respeitar a substancia que as razões precedentes deixam explicada sem a restricta obrigação de conservar, que é o principal pensamento do legislador, faz-se mister, como dissemos, procurar o fundamento desta obrigação em alguma outra razão mais, além d'aquellas que ficam ditas.

Conhecido que o usufructuario usa e góza da propriedade que pertence a outrem, é visto que, nos restrictos termos da lei, elle não é mais que um depositario da coisa alheia, porquanto tem apenas uma posse provisoria; e, nos termos do art. 125 do Cod. Civ. Fr., posse provisoria é um deposito; e é ahi que devemos buscar o primeiro fundamento da obrigação, que lhe é imposta pela propria natureza da instituição do usufructo.

Quando o legislador, nos altos interesses publicos, consagrou em suas mais sábias disposições as penas da Ord. do Liv. IV, tit. 76, § 5.º e as do art. 258 do nosso

codigo para aquelles que, tendo recebido a coisa alheia para algaum fim, se arrogassem depois o dominio ou uso, que lhe não foi transferido, não teve em vista senão garantir em toda a sua plenitude o direito de propriedade, ou o laço moral, que existe entre o dono e a coisa posta em guarda. Seme-lhantemente a obrigação de conservar no usufructo funda-se em primeiro lugar na qualidade de depositario, de que se acha revestido o usufructuario, pela natureza e character da instituição, que não lhe permite usar da coisa de um modo opposto á vontade de seu dono, cujo interesse é vê-la conservada, tanto quanto naturalmente deverá fazer aquelle que zéla o que é seu. Em segundo lugar, o principio do reconhecimento em que esta especie de legado põe o usufructuario para com os herdeiros do bemfeitor fallecido, em favor dos quaes tem de reverter a coisa legada em usufructo, o laço que se estabelece entre um e outro, prendendo-os na mais intima ligação de interesses reciprocos ; e finalmente o principio da gratidão e do respeito á memoria do bemfeitor, são outras tantas razões que não podiam deixar de ter influido no animo do legislador para mais solido fundamento da obrigação de conservar.

Goza-se, pois, respeitando a substancia, nos termos da ultima parte da definição, quando se faz o emprego devido dos productos da coisa, conservando a fórmula de que ella se achava revestida no momento em que começou o usufructo. A coisa pôde unicamente variar em suas qualidades accessorias; pôde ser hoje branca e amanhã preta, mas deve sempre ser a mesma, segundo o citado Bartolo: *Heri albus, hodie niger, per hoc non desinet idem esse.*

§ 2.º

A época precisa da origem do usufructo é tão remota, que por algum tempo se acreditou que ficaria para sempre involta nas sombras da ignorancia.

Se nos remontarmos as primeiras épocas do mundo encontraremos alguns fragmentos da historia antiga, que parecem de certo modo provar que existiram nos tempos primitivos instituições, que muito se assemelhavam ao usufructo.

A historia sagrada, por exemplo, esse precioso documento de todos os seculos, nos offerece uma prova assás valiosa do que dizemos em Josué quando conquistada a terra da promissão a repartio pelos filhos de Israel, deitando sortes sobre as porções que cada uma das tribus devia conservar hereditariamente e transmittir; exceptuando a de Levi, a quem o Senhor havia dado o dizimo e as primicias de tudo o que a terra produz.

Não é porque então fosse prohibida a alienação, mas porque esta só se podia fazer temporariamente, tornando-se assim uma especie de substituição perpetua, estabelecida por lei, entre aquelles, que pertenciam á cada tribu.

Ainda no terceiro livro do Pentateuco se encontra o seguinte: « Contarás tambem sete semanas d'annos, isto é, sete vezes sete, que fazem ao todo quarenta e nove annos; e ao setimo mez em o dia decimo, no tempo da expiação tocarás a buzina em toda a vossa terra. E santificarás o anno quinquagesimo, e annunciarás remissão á todos os habitantes da tua terra: porque este é o anno do Jubilêo. Voltará o homem á sua possessão, e cada um tornará para a

sua primeira familia. No anno do Jubiléo *voltarão todos á posse dos seus bens.*» Levit. c. XXV, v. 8, 9, 10 e 13.

Taes expressões deixam bem conhecer que as vendas propriamente ditas não foram outra cousa mais do que concessões de usufructo e de gozo em toda a terra de Israel; dando-se o mesmo quanto ás doações e legados, segundo a fé que nos merece o terceiro dos cinco livros de Moysés.

Assim, como os immoveis doados ou legados, deviam no anno da cerimonia Ecclesiastica do Levitico voltar á posse dos filhos do doador, ou do testator, e se estes fillos já não existissem voltar aos herdeiros determinados por lei, dava-se realmente uma especie de usufructo, não só pela successão estabelecida no interessê d'aquelle que teria de participar do beneficio dos bens doados, como pelo simples gozo a que ficavam adstrictos os primeiros, que não podiam alienar nenhum destes bens.

Na mesma historia encontramos mais que um dos antigos reis do Egypto havia concedido á rainha, sua mulher, para seus enfeites e perfumes os rendimentos da pesca do lago Mœris, vasto reservatorio das aguas de que então precisava aquelle paiz para manter a frescura do solo, e um dos mais bellos monumentos deste genero, segundo o que nos refere o celebre historiador Diodoro de Sicile nos tres primeiros livros, que contém a historia minuciosa do Egypto, onde viveu sob o reinado de Ptolomeu Aurelio; accrescentando Atheneu no L. 1, § 25 que, além do Egypto, os antigos reis da Persia depois da conquista haviam feito á suas mulheres iguaes concessões nas rendas do territorio d'Anthylle.

Comquanto o complexo destes factos não constitua ainda uma verdadeira disposição de usufructo, tal qual temos hoje com todo o cortejo de leis e formulas especiaes, que o regulam, todavia serve para mostrar que n'aquelles tempos tão remotos se admittia que o gozo de um bem pôde

ser independente do direito de propriedade, como hoje admittimos sem contestação.

Passando, porém, da terra de Israel, do Egypto e da Persia ao vasto territorio da Grecia, cujo nome só por si recorda o que ha de maior e de mais glorioso na antiguidade, quér em relação as artes e quér em relação as sciencias e a civilisação, encontramos afinal nos discursos Forences de Demosthenes contra Alphobos um verdadeiro legado de usufructo de uma casa com seus moveis, cuja propriedade deveria ficar no mesmo Demosthenes, por disposição expressa do testador. Assim, como instituição de direito podemos dizer que o usufructo existio sempre em todas as legislações. No Egypto, na Germania, em Sparta e entre outros povos antigos uma parte das terras era dada em usufructo para certas tribus, ficando a simples propriedade d'ellas a pertencer ao Estado ou á tribus privilegiadas, que percebiam uma certa renda em troca do direito concedido; e na instituição do regimen feudal entre aquelles mesmos povos os feudos não foram outra cousa mais do que concessões de usufructo temporario ou perpetuo sobre terras, que pela conquista se haviam tornado propriedade do suzerano.

Todos esses factos historicos e a passagem do Levítico, entendida de acôrdo com Pastoret, deixam crer evidentemente que o modo de dispor dos bens em usufructo remonta-se ás épocas mais antigas da historia do mundo; faltando-nos todavia os dados precisos para saber quaes eram as condições á que ficava sujeito esse usufructo, que leis especiaes o regulavam, até onde se estendia o direito de gozo concedido ao usufructuario, quaes as obrigações deste nos casos de abuso de gozo, e finalmente á que penas ficava sujeito, quando administrava mal a cousa fructuaria.

Tão importantes questões continuam desconhecidas

na historia, que guarda silencio sobre todas ellas ; restando-nos sómente a Legislação Romana, precioso legado da soberba capital do mundo, em que se encontra um complexo de esclarecimentos importantes e luminosas disposições, que constituem um corpo de leis civis, reguladoras do direito de usufructo, as quaes tem sido, e serão sempre a admiração dos sabios.

Taes são as noções de simples instrucção preliminar, que julgamos conveniente deixar expendidas para conhecimento do direito de que vamos occupar-nos.

Conhecido o que seja usufructo e sua origem, passemos a dar uma ideia mais ampla e perfeita de sua natureza em relação as cousas sobre que se exerce, causas que o determinam, modos por que se constitue, direitos e obrigações que d'elle resultam, questões que se originam, causas que o extinguem, e modo finalmente por que entra o proprietario no gozo da cousa usufruida.

§ 3.º

PRINCIPIOS GERAES

Considerado em sua natureza o usufructo exprime alienação de parte da cousa : *Sed etiam ususfructus dationem, alienationem esse.* L. 9. *Cod. de rebus alienis*; trazendo consigo um desmembramento da propriedade pela separação real dos elementos constitutivos do dominio, que se torna logo menos pleno para o proprietario da herança.

— *Questão.* — *Não sendo o usufructo uma parte material da propriedade, mas uma simples porção do dominio, que se destaca da substancia, poderá o proprietario obrigar o usufructuario a receber o resgate de seu usufructo em proporção dos fructos que perceber?*

Não, e a razão é obvia. Não obstante ser o usufructo uma porção do dominio elle não é objecto de um simples credito movel por se achar ligado a cousa immovel em poder do usufructuario, que a detem realmente com todos os effeitos da posse natural e civil; e é principio corrente que no exercicio dos direitos privados ninguem pôde ser obrigado a vender o que é seu, senão para satisfazer as obrigações, que regularmente houver contrahido; e no caso em questão nenhuma obrigação para com o proprietario contrahio o usufructuario, que directamente recebêra a cousa das mãos do concedente do usufructo, sob as condições por este estabelecidas sómente; d'onde resulta que um e outro são verdadeiros coproprietarios, como lhes chama Rolland de Villargues, n. 7, debaixo do regimen de uma certa communhão especial á ambos; e no exercicio de seus direitos respectivos elles só tem as obrigações, que nascerem da natureza desta communhão,

fundada em uma dependencia mutua desses direitos, sempre em uma correlação mais ou menos necessaria quanto aos interesses indivisiveis de cada um.

Qualquer que fosse o ponto de partida que se tomasse para a avaliação dos fructos esse calculo seria tão incerto, como é incerto o termo da vida do homem e consequentemente arbitrario e injusto se não tivesse precedido acôrdo do usufructuario.

A doutrina contrária, além de opposta a vontade do concedente do usufructo, viria equiparal-o á um contracto pignoralicio, que é um verdadeiro credito movel ligado á cousa movel na posse do credor, á quem á lei constringe a receber o resgate, considerando-o um depositario remisso se não entrega immediatamente o penhor, quando o devedor se offerece á remil-o. O usufructo, pois, constituindo um immovel pelo objecto a que se applica nos termos do art. 47 do Consol. das Leis Civ. Brasileiras está sob a guarda das leis protectoras do direito de propriedade e não a mercê da vontade do proprietario, cujos direitos giram em esphera diversa.

§ 4.º

O usufructo é uma propriedade imperfeita, essencialmente temporaria

Si bem que o facto material da percepção dos fructos e a posse delles tornem o usufructuario proprietario, todavia o usufructo, considerado ainda em sua natureza, é uma proprieade imperfeita, essencialmente temporaria: imperfeita, porque o vinculo que existe entre o dono e a cousa, susceptivel de dividir-se e desmembrar-se, no usu-

fructo, á que Toullier chama um desmembramento da propriedade, acha-se irrevogavelmente dividido, de maneira que um tem o dominio, que obsta o exercicio do direito de propriedade do outro, destituido do *juz abutendi*; e temporaria porque se elle podesse ser porpétuo em sua duração desapareceria necessariamente o direito de propriedade que a lei quiz de certo modo manter, prescrevendo a reversão do dominio util para o proprietario com a extincção do usufructo; *ne in universum inutiles essent proprietates, placuit certis modis extinguere usufructum et ad proprietatem reverti*. L. 3. ff. *de usufructu*, liv. 7, tit. 1.º É assim, por exemplo, que quando acontecia o testador legar a cousa á uma corporação, ou á estabelecimentos publicos, que se presumem de longa duração a L. 8 ff. *de usufr. legat.* liv. 33, tit 2.º remediara a falta de assignação de tempo, que porventura houvesse escapado ao testador para regular a duração do usufructo, prescrevendo um termo além do qual se não pôde estender o usufructo: *nam si quis eos perpetuo tuetur, nulla utilitas erit nudæ proprietatis, semper abscedente usufructu*; disposição esta que deixa claramente vêr que a cousa legada em usufructo á qualquer sob a condição de perpetuidade oppõe-se a natureza do mesmo usufructo, essencialmente temporario e sempre incerto em sua duração.

§ 5.º

Em relação a pessoa o usufructo é um direito pessoal, intransmissivel hereditariamente

Considerado em relação áquelle á quem foi legada a faculdade de gozar, o usufructo, não obstante cons-

lituir um *juz in ré* na propriedade que está sujeita ao gozo, é um direito puramente pessoal, segundo *Perreau, rapport au Tribunat*, 25 Jan. 1804, e por consequencia intransmissível por herança, onde só passam aquelles direitos activos, que se não fundam em alguma qualidade propria e exclusiva do testador.

Pessoal, dizemos, porque consiste na simples faculdade de gozar, privativa do usufructuario, que perde-a irremissivelmente pelo não-uso, *non utendo*, deixando de entrar no gozo dentro do tempo marcado, fazendo máo uso, *male utendo*, ou finalmente deixando de existir.

É intransmissível porque ninguem póde legar direitos que por sua morte tem de passar a outro, que já se achava previamente instituido para succeder na cousa legada; de outra maneira nunca teria fim o usufructo, e o direito de propriedade desappareceria necessariamente com a nova ordem de successão.

— *Questão.* — *Se o usufructo é um direito puramente pessoal, intransmissível porque se acaba com a morte do usufructuario, poderá este sem o concurso do proprietario, vender, ou por qualquer titulo ceder a terceiro o seu direito de uso e de gozo?*

Alguns commentadores antigos, levantando duvidas sobre este ponto, consideraram nulla a cessão feita a terceiro, *extraneo*, concluindo expressamente que, não obstante a cessão, o usufructuario continuava a conservar o seu direito, que elles consideravam intransmissível de um modo quasi absoluto, pela natureza da propria instituição do usufructo.

Gaius, aceitando a consequencia, fez cessar as duvidas, que os commentadores levantaram, explicando o sentido em que deve ser entendida a cessão, fundada em principios que posteriormente foram modificados.

A cessão que antigamente se não permittia o usu-

fructuario fazer á terceiro era a chamada — *cessio in jure* — que consistia no simulacro de um processo de reivindicacão, em que o adquirente reivindicava a cousa como sua, com as solemnidades ordinarias da venda, *Hunc ego hominem ex jure Quiritium meum esse aio*. O vendedor reconhecia o direito da parte contrária, ou não oppunha contestacão, e o pretor afinal adjudicava (*addicebat*) a cousa áquelle, que a tinha reclamado.

A cessão, porém, de que se trata não é a *cessio in jure* propriamente dita; e toda a duvida se resolverá facilmente precisando os termos e a formula por que ella deve ser feita.

Qualquer que seja a natureza da cousa sujeita ao usufructo é licito ao usufructuario perceber toda a utilidade, de que ella fôr susceptivel, comtanto que satisfaça a obrigacão principal de conservar, que lhe é imposta por lei; e assim no exercicio util deste seu direito elle pôde gozar por si mesmo, cultivando a cousa com suas proprias mãos, ou admittindo outros a cultivar-a, independente do consentimento do proprietario: *Domat, Lois Civ.* liv. 1, tit 11, sect. 1, n. 19 e *Pothier, du douaire*, n. 195, Ora, se o usufructuario pôde gozar por si ou por intermedio de terceiro, a consequencia é que elle pôde tambem por qualquer titulo ceder a terceiro as vantagens, que lhe resultarem de seu direito, uma vez que se responsabilise para com o proprietario pelas faltas daquelle que o substituir no gozo e na entrega da cousa fructuaria: *Duranton*, t. 4. n. 585.

Assim, considerado o usufructo em relação aos rendimentos e fructos de toda a especie á que dá direito, pôde se dizer que é susceptivel de cessão, como faculdade de usar e gozar, manifestada apenas por formula diversa, com o mesmo resultado; d'onde se segue que o usufructuario pôde vender, allugar ou ceder por qual-

quer titulo este seu direito, no empenho de tirar a maior utilidade, que a coisa poder produzir, porque allugando ou vendendo tambem se usa e goza da coisa: *usufructuarius vel ipse frui ea re vel eam alii fruendam concedere, vel locare, vel vendere potest: nam et qui locat et qui vendit usumfructum re utitur et fruitur. Warnkœenig. Inst. Jur. Rom. § 420.*

Se a venda é directamente feita ao proprietario, todas as questões desapparecem por se dar immediatamente a consolidação e confusão dos direitos de usufructo e propriedade n'uma mesma pessoa; e se a venda ou cessão é feita á terceiro tambem não poderá haver questão porque neste caso, cumpre notar, o usufructuario vende sómente o exercicio do seu direito, isto é, a livre faculdade de perceber os fructos que, como usufructuario perceberia; continuando a ficar ainda *in capite* do mesmo usufructuario o direito, que lhe é pessoal.

Se é verdade que não ha direitos sem exercicio porque o direito subjectivamente fallando é a faculdade moral de obrar, ou o poder do individuo, não quer isto dizer que se não possa separar o exercicio do direito, como no caso em questão. Segundo Delvincourt, t. 1, nota 2 a pag. 148 deve-se distinguir o direito de propriedade em si, do exercicio deste mesmo direito. Assim, o menor, o interdito e a mulher casada a quem a lei por motivos de ordem publica prohibe o exercicio do direito, não deixam de ter a propriedade, porque exercem a faculdade de obrar por intermedio de outro que os representa. A lei véda mas não tira o exercicio e nem pôde tirar porque o direito de propriedade subsiste independente do exercicio que delle se possa fazer: Toullier, t. 3, n. 32.

De acôrdo com estes principios o Cod Civ. Fr. no art. 595 consagra a mesma doutrina com referencia aos direitos do usufructuario nos seguintes termos: *ou meme*

vendre ou cêder son droit á titre gratuit. Seria sem fundamento pretender que a disposição deste artigo se entendesse no sentido restricto de uma transferencia perfeita, como é, por exemplo, a que se dá nos casos de alienações ordinarias, ou nos actos translativos do dominio que contem a mudança da propriedade, á titulo oneroso ou gratuito.

Os que seguiram a opinião contrária levaram a restricção ao ponto de dizer que os fructos, emquanto se achavam presos a cousa, pertenciam ao proprietario e não ao usufructuario, que só os fazia seus depois do facto material da percepção, que lhe dava a posse desses fructos e o constituia no character de proprietario; concluindo destes principios que o usufructuario não tinha acção de reivindicção, nem acção por crime de furto contra aquelle que os tivesse tirado antes da colheita; conclusão tão absurda quanto é absurdo o principio em si.

Possuindo o usufructuario o todo da cousa em substancia, os fructos que são parte do todo, por se acharem seguros aos ramos presos ao solo; o usufructuario possui tambem pelo mesmo principio e com todos os effeitos da posse, que já tinha no fundo fructuario, do qual elles fazem parte: *fructus pendentes pars fundi sunt*; e pelo facto do colhimento o usufructuario não faz mais do que convertel-os em seu uso, sem o que não poderia tirar da cousa a utilidade, que lhe é permittido tirar; d'onde se vê que facto material da percepção dos fructos exprime sómente o modo pratico de usar da cousa, e não a posse em si, que já existia antes do colhimento; a menos que se pretenda provar que regularmente se póde colher aquillo de que se não está de posse. É assim que a *detenção*, ou a relação physica que existe entre a pessoa e a cousa constitue a base essencial de toda a ideia de posse: *Possessio appellata est, ut et Labeo ait, pedibus, quasi positio: quia naturaliter tenetur ab eo qui ei insistit.*

É partindo destes principios que os antigos pretores consideraram sempre o exercicio do direito de usufructo constituir uma *quasi posse*; e protegiam esta *quasi posse* por meio do *interdicto possessorio* e pela acção *Publiciana*, todas as vezes que era mister reivindicá-la.

Vê-se, pois, quanto é improcedente a conclusão que tiravam os antigos commentadores, negando ao usufructuario os remedios possessorios no interesse de reivindicar os fructos ligados a cousa, quando porventura tivessem sido subtrahidos por outro. Segundo *Voet ad Pand*, a acção de reivindicação, que é uma acção real, compete ao senhor de qualquer cousa, quér seja proprietario perfeito, quér imperfeito, ou limitado, como é, por exemplo o usufructuario, o emphyteuta, o marido no que respeita aos bens dotaes na constancia do matrimonio e o simples administrador dos bens vinculados. Tal tem sido e continua a ser até hoje a pratica seguida entre nós.

Todas as subtilizas dos commentadores desapareceram de uma vez, reflectindo que a cessão em proveito de terceiro, independente do concurso do proprietario, não encerra o direito em si, mas o exercicio desse direito, pelo mesmo modo por que se póde usar e gozar commodamente; e tal é a formula especial desta cessão que por mais expressa e formal que ella seja, o cedente continua sempre no mesmo character, representando o mesmo titulo de usufructuario, de que se achava revestido, sujeito ás mesmas obrigações contrahidas desde o começo da formação do usufructo no sentido de garantir ao senhor da cousa a entrega e conservação della; de maneira que se o cessionario vier a morrer em vida do cedente passam para os herdeiros daquelle os direitos de gozo, que foram adquiridos por meio da cessão: tanto é verdade que o cessionario não ficara constituido um verdadeiro usufructuario, porque se tivesse ficado o seu direito se ex-

tinguiria com a sua morte, e não passaria a seus herdeiros : L. 8 § 2, ff. *de periculo et commodo rei*; e *vice-versa*, se o usufructuario cedente vier a morrer em vida do cessionario os direitos deste desaparecem immediatamente: tanto é verdade que o direito em si continuara a ficar *in capite* do usufructuario, que o não pôde alienar por lhe ser restrictamente pessoal: *Ipsum tamen jux servitutis alienare vel extraneo cedere non potest, quoniam personale est.* Wark.

Concluimos, portanto, que o usufructo por sua natureza só se pôde dizer uma propriedade não cedivel, no sentido de se não prestar aos actos verdadeiramente translativos do dominio, que podem gravar a propriedade de um para outro individuo por acto *inter vivos*; mas elle é cedivel no sentido em que se exprime Gaius no comm. 2. de suas Institutas, e nos termos do art. 595 do Cod. Civ. Fr. unicamente quanto ao gozo de facto, ou exercicio do direito, mas não quanto ao direito em si.

§ 6.º

Do usufructo considerado em relação ás cousas

O usufructo, distinguindo-se das servidões propriamente ditas em relação ás cousas sobre que se exerce, pôde consistir em bens moveis ou immoveis, ou sobre uns e outros simultaneamente, comtanto que os primeiros se não extingam de todo com o uso, porque assim tomaria o nome de *quasi usufructo*.

Esta especie de usufructo, que mui raras vezes se dá entre nós não deve ser admittida, por serem as cousas

fungíveis incapazes de verdadeiro usufructo, conforme se depreheende dos ultimos termos do texto latino, que deixamos analysado.

Como tratamos do verdadeiro usufructo das cousas, *quæ in usu consistunt*, bastará observar que o *quasi usufructo* versa sobre as cousas — *quæ in abusu consistunt* — para vêr que elle é diametralmente opposto ao primeiro, visto como *usar* e *abusar* são poderes distinctos, no sentido em que Lagrange e outros commentadores tem tomado estas palavras: o primeiro pertence áquelle que é um simples detentor da cousa, e o segundo ao que tem o dominio pleno della, em virtude do qual pôde dispor da substancia e consumil-a: *Dominium est jus utendi et abutendi re sua quatenus juris ratio patitur*.

A parte os inconvenientes que resultam do *quasi usufructo*, com razão chamado pelos Patricios — *usufructo improprio* — não pôdemos deixar de concluir, por uma razão de coherencia com os principios estabelecidos, que elle não poderá ser admittido, sem dar um sentido diametralmente opposto ao pensamento da Lei Romana em começo analysada. Em tal caso elle nem seria mesmo — *quasi usufructo* — mas um verdadeiro contracto de *mutuo*, com a obrigação unica de passar a cousa das mãos do mutuário para os herdeiros do mutuante, na mesma qualidade, quantidade e especie em que foi concedida.

De acôrdo com esta doutrina, encontramos o seguinte trecho nas Institutas de Justiniano: *Constituatur usufructus autem non tantum in fundo et cedibus, verum in servis et jumentis et ceteris rebus (exceptis quæ usu ipso consumuntur)*. Nam hæ res neque naturali ratione, neque civili recipiunt usumfructum. Quo in numero sunt vinum oleum, frumentum, vestimenta, § 2, de usufructu liv. 2, tit. 4.

D'aqui estabelece Proudhon que um fundo de com-

mercio, que é um todo composto de mercadorias a venda, também não pôde ser objecto de usufructo propriamente dito, porque nelle podem estar comprehendidas cousas, que se censomem com o primeiro uso, como licores, oleos, perfumes, vinhos e vestidos, e por isso um fundo commercial é equiparado á massa das cousas fungiveis, representadas sómente pelo valor estimativo, que podem ter no commercio; de maneira que é o gozo deste valor e não o das cousas propriamente ditas, que vem a constituir toda a utilidade legada em usufructo.

Lagrange em seu Manual de Direito Romano, L, 2, tit. 4, pag. 209, apreciando o *Seutus Consultus*, que sob o Reinado de Augusto autorizou o *quasi usufructo* sobre as cousas fungiveis, vem ainda concordar com a doutrina que sustentamos, dizendo que a decisão do Senado não considerou as cousas — *quæ ipso usu consumuntur* — susceptiveis de verdadeiro usufructo, o que seria impossivel (*nec enim poterat*) mas substituiu o usufructo por um equivalente, sob a denominação de — *quasi usufructo* — verdadeira ficção no entender de outros.

É necessario, portanto, que a cousa seja de natureza que se não possa de todo consumir com o uso durante a vida, para sobre ella poder constituir-se o verdadeiro usufructo de que nos occupamos. Todavia o Cod. Civ. Fr. admite este simulacro de usufructo no art. 337, não obstante as mais complicadas contendas, que delle se originam pelo desaparecimento total da cousa em substancia.

É certo que se o testador não tiver outros bens senão daquelles, que se podem consumir de todo com o uso não deverá por isso ficar privado do direito de testar, dispondo do que é seu por meio de um legado de usufructo; mas neste caso deve proceder-se a venda das cousas fungiveis para o usufructuario ter sómente o premio que pu-

der vencer o producto da venda, e deste modo constituido ficará o usufructo, não sobre as cousas fungiveis, mas sobre o dinheiro, em que ellas ficarão convertidas.

Muito embora o Cod. Civ. Fr. no citado art. 587 colloque o dinheiro na classe das cousas fungiveis, esta doutrina, que é a dos antigos, não pôde mais ser aceita e nem deve ser entendida em sentido tão amplo, como querem alguns.

Solon foi o primeiro que declarou em suas leis o dinheiro uma mercadoria, e d'aqui veio a doutrina exagerada dos primeiros commentadores que começaram a considera-lo como genero susceptivel de verdadeiro consummo.

Pelo que lemos nos historiadores e particularmente nos discursos de Demosthenes, vemos até o dinheiro ficticio a par das letras de cambio na praça de Pireu; e nem é de admirar que apparecessem taes doutrinas n'uma epoca em que os philosophos declaravam, pela maior parte, que o dinheiro era um objecto prejudicial; e longe de ensinarem os meios de adquiri-lo e poupa-lo convenientemente, pregavam o desprezo. Queriam antes tornar os Estados fortes pela virtude, do que torna-los ricos pela industria.

É que os antigos, como nos deixa ver a mesma historia, reduzindo a sciencia a producção, e a distribuição das riquezas, não virão n'ellas mais do que um simples factó, entregue aos esforços individuaes, e não procurarão n'elle principios geraes.

É certo que, economicamente fallando, o dinheiro pôde-se dizer uma mercadoria, mas uma mercadoria privilegiada, não fugivel, que contem em si o signal representativo dos valores; visto como a moeda não se recebe para consumir, mas para ser trocada de novo, ou para ser empregada em alguma cousa, que satisfaça de um modo permanente as necessidades da vida

Si realmente ha casos em que o dinheiro pôde de to-

do consumir-se e desaparecer tambem um predio, que é susceptivel do incendio, pôde da mesma maneira consumir-se de todo e desaparecer.

Regularmente o dinheiro de uma circulação activa gasta-se pouco com o uso, e encerra em si um valor sempre real, que o colloca na classe das cousas sobre que se pôde constituir um verdadeiro usufructo, sem que haja necessidade de recorrer ao equivalente sob a denominação de— *quasi usufructo*, que nada exprime.

Si o Cod. Civ. Franc. no cit. art. colloca o dinheiro na classe das cousas fungiveis, cumpre dizer finalmente, é *exempli gratia*, como tudo que se pôde pesar contar e medir, mas não *limitandi causa*, porque o dinheiro não se consome phisicamente com o primeiro uso que d'elle se faz, como se consomem os licores e outras mercadorias d'este genero.

Entendida n'este sentido aquella disposição, as duvidas que se levantam, nascidas da doutrina dos antigos desaparecerão, e o verdadeiro usufructo ficará constituido no sentido da Lei Romana.

§ 7.º

Divisão do usufructo em relação as cousas sobre que se exerce.

Debaixo d'esta relação o usufructo se divide em geral, *omnium bonorum*, quando versa sobre todos os bens do estador, e em particular ou especial quando abrange sómente uma parte d'elles.

Si no acto da formação do usufructo geral o conceden-

te às palavras *todos os bens* accrescentou em seguida—*moveis e immoveis*—n'estas ultimas expressões se entendem comprehendidos tambem os direitos e acções, não obstante pertencerem a terceira especie de bens.

— *Questão.*—*Si os direitos e acções tiverem por objecto demandar cousa fungivel em mão de terceiro teremos necessariamente em resultado uma de duas: ou o usufructo deixará de ser geral por se dever excluir as cousas fungiveis pelo principio que as não admmitte como objecto de verdadeiro usufructo, contrariando assim a vontade do testador, ou então para se poder cumprir esta vontade necessariamente ha de ser violado aquelle principio, contemplando no usufructo geral causas fungiveis.*

Quer os direitos se dirivem do estado da pessoa, quer se dirivem da cousa com que elles se acham identificados, como as acções d'ahi resultantes tem sempre por objecto o cumprimento de obrigação certa, que demandamos, ou ainda cousa certa em especie, á que está annexo o direito independente da obrigação pessoal, em regra a capacidade de adquirir passa para a pessoa do usufructuario sob a mesma formula juridica que pertencia ao concedente do usufructo, e consequentemente teremos sempre representada cousa certa em especie sobre que se póde constituir usufructo; porque ter a acção para pedir ou reivindicar a cousa, equivale a ter a mesma cousa: *qui habet actionem ad rem recuperandam, ipsam rem habere videtur*; mas se o *juz ad rem obtinendam* tiver por objecto directo e primitivo o cumprimento da obrigação de dar cousa fungivel na mesma qualidade, quantidade e especie em que foi recebida, não deverá, comtudo, ser excluido do usufructo geral e a razão é clara ainda.

Legado o usufructo das cousas fungiveis o usufructuario tem-se constituido d'esde logo verdadeiro proprietario d'ellas, como se fosse um emprestimo de consummo, imme-

diatamente revestido do *jus abutendi*; porque não se pôde fazer uso de taes cousas sem consumi-las de todo com o primeiro uso; sujeito todavia a obrigação de caucionar no sentido de restituir o equivalente logo que por sua morte seja extinto o usufructo: *si vini olei frumenti, ususfructus legatus erit: proprietas ad legatarium transferri debet. Et ab eo cautio desideranda est, ut quando cunque is mortuus aut capite diminutus sit ejusdem quantitatis res restituatur* L. 7 ff. do usufructu earum rerum, lib. 7, tit. 5. Assim, por exemplo, se recebeu dez sacas de arroz com o peso de cinco arrobas cada uma, deve se obrigar a entregar outras tantas com igual peso, ou o valor equivalente; não se devendo porém entender por esta ultima expressão o valor estimativo, ou preço de afeição particular que por ventura possa ter a cousa, mas o valor intrinzeço, isto é, aquelle que ella tiver por seu merecimento real, bondade intrinzeça e outras qualidades de apreço commum e geral.

Pelo que respeita, pois, a acção constituido na posse do usufructo com a capacidade precisa para adquirir, feita a aquisição das cousas fungiveis tem-se logo operado a translação do dominio d'estas cousas na pessoa do usufructuario, de tal modo que, permittindo-lhe consumir inteiramente a substancia não o deixa considerar verdadeiro usufructuario como é considerado nos moveis e immoveis de natureza diversa; porque nos termos da Lei Rom. não pôde haver usufructo onde não ha restricta obrigação de conservar a substancia talqual foi deixada pelo concedente, quer o usufructo tenha sido constituido por contracto, quer por testamento. E com quanto no exercicio d'este goso seja concedida ao usufructuario a faculdade de optar pela venda ou pelo consumo das cousas fungiveis por ser a obrigação, n'este caso de natureza alternativa em seu objecto, é justamente esta faculdade que o constitue apenas devedor da cousa re-

cebida e não usufructuario, visto como nos termos do art. 1190 do Cod. Civ. Fr. a escolha em taes obrigações cabe sómente áquelle que é devedor, si expressamente se não estipulou couza diversa. Em qualquer dos casos, porém, conserva o usufructuario a qualidade principal de depositario do equivalente, e d'aqui nasce a obrigação de vender logo as cousas fungiveis pelo preço porque tiverem sido previamente avaliadas, reduzindo a dinheiro o seu valor para poder usufruir ; porque o dinheiro como um signal representativo de um consentimento unanime exprime as intenções e as condições de que precisamos na hypothese figurada, uma vez que é susceptivel de emprego sobre tercciro solvavel e consequentemente susceptivel de usufructo.

Embora com menos restricção entendam outros ainda que o dinheiro pertence a classe das cousas fungiveis sob certas relações sómente, *quædam modo*, em razão de poder perder alguma cousa do valor real que representa, todavia este valor nunca se extingue de todo por desaparecimento total da moeda, como phisicamente se extinguem as cousas que se consomem com o primeiro uso ; accrescendo que o dinheiro só se considera cousa fungivel em razão de se achar contemplado no numero das cousas que se podem pezar contar e medir, mas não por ser de natureza verdadeiramente fungivel, como em outro lugar ficou dito. Duas leis do Digesto collocam os vestidos na classe das cousas susceptiveis de verdadeiro usufructo, e assim o dinheiro cuja duração é outra e vae muito além da dos vestidos, não pôde deixar de ser contemplado com o melhor fundamento na classe das mesmas cousas de que se pôde gozar repetitando a substancia ; amenos que se queira admittir no dinheiro, applicado a usufructo uma circulação morta, como é por exemplo, a que tem em uma meza de jogo, onde não presta uma utilidade immediata, nem mesmo áquelle que o tem.

E pois, reconhecida no legatario das cousas fungiveis a duplice qualidade de verdadeiro proprietario, sob certa relação, e a de depositario, não se pôde dar violação do principio invocado, desde que lhe corre a referida obrigação de vender as cousas fungiveis para constituir verdadeiro deposito e poder usufruir.

D'esta maneira os interesses das partes serão garantidos, e a vontade do testador será cumprida e respeitada para constituir usufructo geral.

§ 8.º

Do usufructo dos moveis.

O usufructo pôde tambem consistir em cousas que, sem se consumirem immediatamente, deterioram-se pouco a pouco com o uso, que d'ellas se faz, taes como os ornatos, roupas, mobílias, carros, cavallos, relogios, quadros, tapetes e em geral tudo quanto são alfaias para uso domestico.

Observações.—Como estas cousas são de natureza que nunca se consomem de todo com o uso, são por isso susceptiveis de verdadeiro usufructo, que consiste no direito de gosa-las, como o proprio dono, empregando-as devidamente no serviço diario, segundo o uso para que foram destinadas, sem todavia abusar d'este uso.

Assim usufruir um tapete é conserva-lo estendido no lugar onde deve servir de ornato á sala; usufruir um cavallo é emprega-lo a conduzir cargas, puxar carros, ou a fazer viagens: Domat, Leis Civis, liv. 1.º N. 4, e usufruir uma mobilia é servir-se de todas as peças, de que ella se compõe, segundo a utilidade que de cada uma se pôde tirar; e

n'este caso o usufructuario só tem obrigação de restituir estas cousas no estado mais ou menos perfeito em que se poderem achar, com tanto que toda e qualquer alteração de forma, que apresentarem pela mudança característica das cousas, não provenha de dolo ou falta que lhe possa ser attribuida.

Por mais restrictas que sejam as obrigações do usufructuario não se póde pretender que elle restitua as cousas moveis no mesmo estado de valor, que ellas tinham, quando lhe foram entregues; mas deve apresentar os restos arruinados da cousa fructuaria, para que afinal se não possa suppor que a vendeu, ou por qualquer modo dispoz da substancia.

Pelo que respeita, porém, aos vestidos e roupas brancas, que se inutilisarem por velhice, o usufructuario não é obrigado a substitui-las por outras uma vez que não tenham sido empregadas em uso diverso d'aquelle que lhes foi destinado, para que do mesmo modo se não possa dizer que houve dolo ou culpa de sua parte: *Pandectas Francæzas. Si vestis ususfructus legatus sit, scribit Pomponius quanquam hæres stipulatus sit, finito usufructu vestem reddi, attamen non obligari promissorem, si eam sine dolo adtritam reddiderit, L. 9, § 3.º ff. usufructuarius quemadmodum caveat.*

Si esta doutrina, que desonera o usufructuario da obrigação de recompor os moveis deteriorados por effeito de uso legitimo, que d'elles fez, é, como querem alguns, opposta a equidade, porque, em ultimo resultado, vem o usufructuario a restituir ao proprietario sempre menos do que recebeu, força é confessar que se não póde inverter a ordem natural das cousas, para dar um caracter de duração igual á tudo quanto existe, e póde ser empregado no serviço do homem. Tambem no caso contrario viria o proprietario a receber mais do que deu, se fosse o usufructuario

obrigado a recompor os moveis deteriorados por effeito do uso, e mais opposto a equidade seria restituir mais do que se recebeu, a titulo de usar e gosar.

Comprehende-se, pois, que, a prevalecer a doutrina contraria, tambem não se poderia constituir usufructo sobre os immoveis ; porque estes, como sabemos, tambem se gastam e se deterioram com o tempo.

Para evitar contestações o usufructuario dos moveis deverá, antes de entrar na posse d'elles, fazer verificar o seu estado por meio de um exame em forma regular : *Fandectas Francezas* ; e constituido assim o usufructo poderá por sua vez o proprietario exigir a *caução juratoria*, para garantia do cumprimento da obrigação de apresentar a cousa movel no estado em que se achar, sendo bôa providencia faze-lo na forma do art. 603 do Cod. Civ. Fr., á semelhança da *caução fidejussoria*, admittida pelo Direito Pretoriano.

Diz-se *caução juratoria* a simples promessa do devedor, acompanhada de seu juramento. Delvincourt, t. 1, nota 1, pag. 156. Esta caução, que é toda *in bona fide*, com quanto não offereça a garantia precisa, é a unica que está na lei, e pôde ser exigida com referencia aos moveis.

§ 9.º

Divisão do usufructo em relação as causas, que o determinam.

Considerado em relação as causas que o determinam o usufructo divide-se em *legal e convencional*.

Diz-se *legal* quando é estabelecido por virtude de dis-

posição imperiosa da lei, tal é por exemplo : 1.º o usufructo que tem o pai sobre o peculio adventicio do filho, até a idade de sua emancipação : Ord. L. 4, Tit. 97, § 19 ; 2.º o que tem o pai ou mãe, que passou ás segundas nupcias na universalidade dos bens, que herdou abintestado do filho ou filha de seu primeiro matrimonio, até que estes tenham attingido a idade legal de sua emancipação : Ord. L. 4, Tit. 91, §§ 2.º e 4.º ; 3.º o que tem a mulher quinquagenaria, que passou á segundas nupcias, tendo filhos ou outros descendentes, que por direito lhe possam succeder nas duas partes dos bens, que tinha ao tempo que concertou de se casar, e tambem no tocante ás outras duas partes dos bens, que depois de casada houve por qualquer titulo de seus ascendentes, ou descendentes : Ord. L. 4, Tit. 105, pr. 4.º o direito de gozo que do facto do casamento resulta para os conjuges, não só em relação ao interesse reciproco, que entre elles se dá, sob o regimen da communhão, senão tambem em relação á um d'elles sómente, sob o regimen dotal ;—5.º finalmente o que resulta des termos da Ord. do L. 4, Tit. 96, § 10., e da-se entre os irmãos que não partiram a coisa commum com todos os fructos e renovos, obrigados por isso a cede-la aos outros irmãos e herdeiros por outro tanto tempo, quanto a deliveram em si.

Diz-se convencional quando é constituido por effeito da vontade do homem, quer seja por testamento, por doação, ou por venda.

EXCEPÇÃO

ORD. LIV. 4.º, TIT. 98.

Q pai não tem usufructo nos bens adventicios do filho, nos casos seguintes :

1.º Quando a coisa for dada ou deixada ao filho com declaração de que o pai não tenha usufructo, nem outro algum proveito d'ella.

2.º Se o pai tiver renunciado o usufructo d'essa coisa, com tanto que tenha precedido consentimento da mulher e não seja em prejuizo dos outros filhos que hão de herdar do casal. —Ord. Liv. 4, tit. 48.

3.º Se negar ao filho licença para haver essa coisa assim doada, ou deixada, e o filho a houver sem o seu consentimento.

4.º Se for dado ou deixado ao filho sómente o usufructo de alguma coisa; porque segundo Direito não se pôde de um usufructo haver outro usufructo, mas pôde n'este caso ter a commodidade. —Repert., art., Pai.

5.º Da doação feita ao filho pelo Soberano; porque n'este caso não são os bens adventicios, mas quasi—castrensos. —Ord. L. 4., Tit. 97, § 10.

6.º Quando o pai por morte da mãe não fez inventario dentro de dous mezes do dia do fallecimento d'ella. —Ord. do Liv. 1.º tit. 88, § 8.º

A respeito do usufructo obra o pai em juizo e fóra d'elle por sua propria authoridade sem procuração do filho: e nem dá cantas, nem pôde o filho sem licença d'elle alhear esses bens.

§ 10.

Modos por que se constitue o usufructo convencional.

Ordinariamente constitue-se o usufructo convencional por contracto quando aquelle que tem a livre administração

de seus bens traspassa ou cede á outrem o usufructo de um ou de alguns d'estes bens, quer a cessão se faça por titulo de doação, permuta, ou por titulo de venda, L. 3., *in princip. de usufructu.*

Com o desaparecimento da distincção que pelo direito antigo se dava entre as cousas *mancipi* e *nec mancipi*, os meios de adquirir estabelecidos pelo Direito Pretoriano foram restabelecidos por legislação posterior; e d'ahi veio constituir-se usufructo por pactos e estipulações seguidas da quasi—tradição, ou por simples reserva do usufructo com alienação da cousa pela tradição.

Constitue-se por testamento quando aquelle que gosa da livre faculdade de testar, institue uma ou mais pessoas na propriedade geral de seus bens, ou na de alguns sómente, legando ao mesmo tempo e no mesmo acto o usufructo d'elles á outra pessoa em quanto esta viver, ou pelo tempo que aprouver ao testador deixar marcado em seu testamento: no primeiro caso chama-se *usufructo vitalicio*, e no segundo *usufructo temporario*. Para formação d'este usufructo por acto de ultima vontade era costume fazerem os testadores certas distincções á que a linguagem recebida na jurisprudencia ligava grande importancia como se póde ver no texto do § 1.º das Institutas de Justiniano.

Subjeito ás causas que determinaram a vontade do testador o usufructo póde ser constituido ainda *pura*, ou *condicionalmente*, ou *in diem*. L. 5 *Cod. de prescript.*

O usufructo convencional constituido por testamento funda-se na disposição da primeira parte da L. 3., ff. de usufructo liv. 9, tit. 1.º *Omnium prediorum jure legati potest constitui ususfructus*. O constituido por doação *inter—vivos*, e por contractos commutativos, independente de disposições testamentarias, funda-se na ultima parte da cit. L.: *Et sine testamento si quis velit usumfructum constituere, pactionibus et stipulationibus id efficere potest,*

Entende-se constituido por doação *inter-vivos* de duas maneiras : 1.º quando o doador aliena pura e simplesmente a propriedade despida do uso e do gozo com reserva d'este para si, ou, vice-versa, quando aliena o uso e o gozo reservando para si a propriedade ; 2.º quando chama a dous conjunctamente, e cede á um o direito de propriedade, e á outro o gozo d'ella.

Diz-se constituido por contracto commutativo quando é objecto directo de venda, trocas, e qualquer outra transacção, ou quando o possuidor da coisa vende simplesmente o seu direito de propriedade, despido do gozo, com reserva d'este para si.

Segue-se pois que, trazendo a formação do usufructo um desmembramento da propriedade, por conter alienação de uma parte do dominio, *rem alienat qui dat usufructum*, é condição indispensavel para sua formação que o possuidor da coisa tenha não só o dominio pleno d'ella, como que goze da livre faculdade de alienar, sem o que o usufructo não se poderá dizer legalmente constituido : é assim por exemplo que a mulher casada, sem o concurso do marido não poderá estabelecer por acto *inter-vivos* um direito de usufructo sobre seus beus, quer elles se achem sujeitos ao regimen da communhão, quer ao regimen dotal sómente ; nem tão pouco se poderá estabelecer usufructo na propriedade dos menores e dos interdictos, sem que preceda a competente authorisação do juizo, em cumprimento das formalidades perscriptas por lei, para alienação dos immoveis de menores.

Casos porém ha em que a faculdade de dispor livremente no gozo da plenitude do dominio ainda não é bastante para validade da formação do usufructo convencional, e taes são aquelles em que o concendente vem a estabelecerlo com prejuizo de direitos de terceiro como se dá, por exemplo, quando depois de haver contrahido dividas o do-

no da cousa passa a alienar o usufructo d'ella em prejuizo de seus credores. Assim como o usufructuario não pôde renunciar o direito de usufructo, que lhe foi concedido, em prejuizo de seus credores, porque tal renuncia exprime o desejo de subtrahir-se ao justo pagamento da divida, do mesmo modo o proprietario não pôde alienar o usufructo em prejuizo de seus credores por que á estes de nada valerá a cousa despida da utilidade, que lhe é propria.

Satisfeitas estas condições o usufructo se poderá dizer legalmente constituído.

— *Questão.* — Segundo os principios de Direito Romano, applicados ás partilhas judiciaes, quando a massa dividenda não era susceptivel de ser igualmente partilhada; ou quando se tratava de restabelecer a igualdade dos quinhões mediante um pagamento supplementar, para compensar as differenças, que se davam entre os herdeiros, era permittido estabelecer usufructo sobre taes bens, adjudicando-se por authoridade do Juizo o uso e o gozo d'elles á um, ficando nos outros a simples propriedade despida d'este gozo, pela seguinte regra: *Constituitur adhuc ususfructus, et judicio familie rescunde et in communi dividundo, si iudex alii proprietatem adjudicaverit, alii usum fructum.* L. 6, § 1.º, ff. de usufructu liv. 7, tit. 1.º

Em vista d'esta disposição poderá constituir-se usufructo por semelhante modo de adjudicação na partilha, a requerimento de parte, ou ex-officio?

Não. Si bem que entre nós a materia de usufructo se regule pelos principios correntes de Direito Romano, cujas disposições n'esta parte admittimos quasi inteiramente, todavia esta regra de jurisprudencia antiga dos Romanos não pôde ser aceita, para constituir usufructo entre nós e a razão é simples.

Na hypothese figurada se os herdeiros são maiores, na livre administração de seus bens sob as condições prece-

dentemente estabelecidas, a partilha amigavel assim feita e julgada por sentença será valida, desde que todos tiverem consentido n'ella, ou nada tiverem reclamado na fórma da Ord. L. 4, tit. 96, § 18; por quanto os respectivos titulos á que se costuma chamar Formaes de Patilha, só tem execução entre o cabeça de casal e os coherdeiros interessados, e não contra terceiros pela regra: *Res inter alios acta et iudicata aliis nec nocet nec prodest*: Ord. L. 3.º, tit. 81; caso em que teremos uma especie de usufructo convencional *inter-vivos*, debaixo das condições homologadas pelo juizo, á aprasimento dos interessados. Se porém na partilha não são todos maiores, ou sendo-o algum se oppõe, não pôde o Juiz, ainda a requerimento de parte, authorisar semelhante adjudicação fructuaria, por ser opposta ao nosso direito.

Antes de tudo cumpre notar que as causas de inventario e partilhas, que entre nós são summarissimas, não admittem questões de alta indagação, a quaes o juiz deve logo fazer circular; e a citada Lei Romana, trazendo consigo questões e delongas no preleminar da partilha pelo modo porque se deve por em pratica entre os herdeiros, não pôde ser admittida, sem a primeira violação d'aquelle preceito. Para o caso em questão está na mesma lei o remedio, que é a venda publica do objecto impartivel, cujo producto se prestará necessariamente á uma divisão igual entre os herdeiros, si estes não tiverem annuido no rateio da cousa.

Admittir doutrina contraria por meio da pretendida adjudicação fructuaria na partilha não seria mais estabelecer usufructo convencional *inter-vivos*, mas um simulacro de usufructo legal, obrigatorio, que se não conhece.

Quando vigoravam as disposições da predita lei era pratica nos casos por ella previstos tirarem os herdeiros a sorte seus respectivos quinhões de herança, uma vez ho-

mologada a convenção, que estabelecera a tal formula de usufructo; tal doutrina, porem, quer se considere na pratica como um meio legal de fazer effectivo o direito de herança, quer se considere como um simples acto preparatorio da partilha, deixa ver claramente os inconvenientes de semelhante formula de usufructo, que acaba por se oppor á igualdade, que é a base legitima de toda a partilha, obrigando cada herdeiro a expor seu quinhão de herança ao jogo de um verdadeiro contracto aleatorio, dependente de um acontecimento todo fortuito, como é a sorte.

Concebe-se que semelhante modo de constituir usufructo, trazendo ainda violação das regras geraes de direito commum, no que respeita a livre disposição dos bens de cada um, não póde ser admittido, como justo só porque se acha na Legislação Romana. Será o caso de dizer com Ciceró: « É o cumulo da demencia pretender considerar como justo tudo o que se acha nas leis e nas instituições dos differentes povos. »—*Jam vero illud stultissimum existimare omnia justa esse quæ scita sint in populorum institutis aut legibus.* Cic. de Leg. Lib. 1.º cap 15.

Segundo Merlin podia tambem constituir-se usufructo por determinação do juiz quando em uma partilha acontecia a parte de um dos herdeiros da cousa commum exceder em valor a de outro, caso em que o juiz, em lugar de sujeitar o herdeiro da maior parte á uma indemnisação pecuniaria, podia obriga-lo a conceder ao outro, durante um certo tempo, o gozo da totalidade, ou de uma parte sómente do lote da herança. Mas a impossibilidade de calcular precisamente a renda, ou a quantidade certa de fructos, que ha de produzir o objecto da herança durante um certo tempo, desde que uma e outra cousa são falliveis e naturalmente susceptiveis de augmento ou deminuição, e o modo restricto de usar da cousa n'este caso deixam ver quahto esta fórmula constitutiva do usufructo por sentença é

opposta não só ao principio da igualdade da partilha, senão tambem ao direito de propriedade dos interessados na cousa commum.

Entre nós esta especie de usufructo tambem não deve ser aceita no juizo divisorio, onde as differenças nos quinhões de herança, são suppridas por uma simples reposição pecuniaria; e nem de outra maneira se poderia estabelecer a igualdade como base legitima da partilha, porque seria expor o herdeiro á uma verdadeira venda obrigatoria para com o outro, quando por ventura fosse maior a reposição, ou maior a quantidade de fructos equivalentes a differença do quinhão de um d'elles.

Esta especie de usufructo está com mais ou menos modificação comprehendida na hypothese prevista pela ord. do L. 4. tit. 96 § 10.

TITULO II

§ 11

Comparação entre a Emphyteuse e Usufructo

A emphyteuse se define o contracto pelo qual o pleno proprietario de bens de raiz cede por aforamento perpetuo ou temporario o dominio util d'estes bens ao emphyteuta com reserva do dominio directo para si, mediante uma certa pensão annua, pagavel em fructos, ou dinheiro, em reconhecimento d'aquelle dominio directo reservado.

N'este contracto a plenitude da propriedade, ou o complexo dos elementos constitutivos do dominio decompõe-se

por assim dizer, como se decompõe no usufructo, dividindo-se da mesma maneira o dominio da substancia para um com o direito de pedir o canon sob a denominação de dominio direito ; e para outro o dominio util, como faculdade de cultivar e tirar da cousa toda a utilidade de que ella for susceptivel ; e n'isto assemelha-se a emphyteuse ao usufructo, que consiste, como vimos, na mesma faculdade de cultivar e tirar da cousa toda a utilidade de que ella for susceptivel, com reserva da substancia para outro.

Ainda se assemelha em que a emphyteuse, que tem por fim perceber a utilidade da cousa, acaba pela extincção e inutilisação do predio ou cousa aforada, Alv. de 21 de Janeiro de 1766 ; pela prescripção e finalmente pela consolidação do direito na pessoa do proprietario do dominio directo, como se consolida no usufructo o direito na pessoa do proprietario da substancia fructuaria ; e bem assim em poder a emphyteuse constituir-se tambem por testamento, o que é pouco frequente : Ord. L. 4. tit. 37, § 8. E por isso alguns a definirão uma especie de concessão, em lugar de contracto, como que indicando um acto de favor, graça, ou doação da parte do testador, conforme exprime o usufructo.

A emphyteuse porém não é da parte do senhorio uma mera liberalidade, como é quasi sempre o usufructo, mas um contracto perfeitamente bilateral e commutativo, de que ambos os contractantes tiram vantagens reciprocas ; e n'isto differe essencialmente do usufructo, que é por sua natureza um contracto benefico, do qual resulta proveitos para um só.

Differe ainda em que na emphyteuse póde dar-se successão quando é estabelecida perpetuamente, passando a cousa aos herdeiros dos contractantes ; entretanto que no usufructo a principal condição é excluir toda e qualquer ideia de successão, por ser o usufructo um direito pura-

mente pessoal, que se extingue com a morte do usufructuario, e consequentemente intransmissivel por herança.

O contracto de emphyteuse, como diz Domat, transfere a propriedade ao emphyteuta para a cultivar e melhorar, gosar e até dispor d'ella perpetuamente, deixa por esse facto ver quanto é differente do usufructo, pois que o emphyteuta adquire a propriedade da substancia, e por effeito d'esta aquisição gosa da cousa propria, ao passo que o usufructuario é sempre proprietario imperfeito, gosando da cousa alheia.

Assim, argumentando de um para outro, pode-se dizer com Proudhon que todos os direitos que a lei concede ao usufructuario sobre o uso da cousa com maioria de razão se devem conceder tambem ao emphyteuta, mas não se póde admittir a hypothese inversa para dizer que todos os direitos do emphyteuta se podem conceder tambem ao usufructuario.

§ 12.

Analogia entre o direito de uso e usufructo. Diferença que se dá entre um e outro direito

O uso, que consiste no direito que tem o usuario de servir-se da cousa de outrem, Duranton, tit. 5, n. 9, é tambem um direito pessoal, ou uma servidão real, e como tal é por sua natureza um direito mixto, porque contem ao mesmo tempo attributos do direito de uso propriamente pessoal, que se extingue com a pessoa á quem foi concedi-

do ; do de servidão real, que se transmite com a propriedade por cuja utilidade foi estabelecido e de alguma maneira também attributos do direito de propriedade territorial.

Assim, quando o direito do uso se estabelece sobre um dominio rural onde ha pomares, hortas, jardins, videiras e matas o usuario deve ter a faculdade de colher fructos das arvores, verduras das hortas, flores dos jardins, uvas das vinhas, e de prover-se de lenha para seu consummo.

Debaixo d'esta relação o uso se pôde definir a faculdade que tem o usuario de servir-se da coisa de outrem com a obrigação de respeitar a substancia, percebendo moderadamente os fructos e utilidades nessarias á satisfação de suas necessidades quotidianas e das de sua familia, de accordo com o titulo que lhe foi concedido e principios reguladores d'esta especie de propriedade.

Disemos—especie de propriedade — porque não contendo ella todos os elementos constitutivos do dominio, é apenas considerada uma propriedade de excepção, como é o usufructo.

Como vimos em principio, o direito de uso pôde separar-se do direito de gozo : *usus sine fructu esse potest*, e assim separado se chama—*nudus usus*— ; constituindo debaixo deste titulo uma servidão particular, que é inherente á pessoa, como é tambem o usufructo ; cujos effeitos porém são menos extensos : *minus juris est in usu quam in usufructu*.—Triboniano § 1.º tit. 5.º *Inst. de usu et abit.*

Aparte esse ponto de distincção que desenvolveremos mas adiante ha grande analogia entre o uso e usufructo, comparados entre si.

O uso, uma vez constituindo, é um direito ligado a coisa movel, immovel, ou semovente da mesma maneira que no usufructo, e como este é tambem um direito concernente á fructos, pois que permite ao usuario tirar mo-

dicamente da cousa quanto baste á necessidade da vida e ao seu alimento diario. É assim, por exemplo, que o usuario de um pomar poderá colher as fructas necessarias ao seu consummo diario e de sua familia, mas não poderá colher igual porção para vender : Malleville, L. 12, § 1.º ; o usuario de moveis poderá emprega-los em seu serviço pessoal, mas não os poderá allugar, ainda que sejam moveis que os primitivos donos tinham por costume trazer allugados ; o usuario de um rebanho poderá tirar das ovelhas um pouco de leite para seu consummo : *Etiam modico lacte usurum puto*—Ulp. L. 12, § 2, D. h. tit. ; e o de quaesquer outros animaes poderá emprega-los no serviço á que elles forem aptos por sua especie : *Sed et si boum armenti usus relinquatur ; omnem usum habebit, et ad arandum, et ad cætera ad quæ boves apti sunt*, L. L. 12, § 3 ff. de *usu et abit.* liv. 7, tit. 8 ; e a rasão é porque o titulo constitutivo do direito de uso deve sempre ser entendido *secundum subjectam materiam* ; de um modo determinado pela especie de productos, que provierem da cousa, e limitado pelas necessidades do consummo, que naturalmente se póde dar a taes productos.

O uso legado sobre uma quantidade certa de cousas fungiveis, cujo goso consiste no abuso que d'ellas se faz, é um verdadeiro direito de usufructo, sob certa relação constituido em outros termos : *quæ in usu fructo pecuniæ diximus, vel cæterarum que sunt in abusu eadem et in usu dicenda sunt. Nam idem continere usum pecuniæ, et usum fructum, et Julianus scribit et Pomponius libro octavo de stipulationibus*, L. 5, § 2, ff. de *usufructu earum rerum*, lib. 7 tit. 5.

Considerado em relação ao objecto sobre que se exerce o uso é ainda como o usufructo um direito real sobre a cousa, em virtude do qual o usuario percebe d'ella o producto necessario ao seu consummo ; e consequentemente o

fim de um não é menos real e effectivo que o fim do outro ; ambos se constituem pelos mesmos modos, ambos requerem as mesmas grantias, ambos sujeitam a cousa aos mesmos encargos reaes e ambos acabam pelas mesmas causas.—L. 3, § *ult.* D. de *usufr.* Cod. Civ. Fr. arts. 625 e 626.

O direito de uso constitutivo da servidão pessoal se extingue pela morte natural ou civil do usuario, de maneira que, dando-se qualquer d'estes acontecimentos a cousa, que lhe estava sujeita, fica logo livre de todo o encargo, como se dá igualmente no usufructo com a morte do usufructuario ; excepto si a servidão foi extensiva aos herdeiros do usuario.

Assim, como o titulo que constitue o uso, ou habitação a certa pessoa póde dar-lhe mais ou menos latitude sobre o modo de usar, ou de habitar, contendo, por exemplo, a clausula de ser o direito de usu legado ou estabelecido em proveito não só do primeiro, como de seus herdeiros será n'estes casos o titulo quem nos fará conhecer melhor as relações de semelhança e differença, que se podem dar entre um e outro direito.

D'aquí veio a confusão que o vulgo ordinariamente faz de direito de uso com usufructo, originando duvidas no modo de interpretar os legados, quando nos testamentos os testadores se servirão de algumas d'aquellas palavras.

Differem todavia estes dous direitos não só quanto a sua extensão como quanto a duração de cada um.

Com effeito seria contra a natureza do direito de usufructo pretender torna-lo transmissivel perpetuamente ; qualidade que não lhe poderia ser concedida sem faze-lo degenerar logo em uma especie diversa ; outro tanto porém não se poderá dizer do direito de uso porque não sendo permittido ao usurario consumir todos os fructos da cousa, elle poderá ser constituido n'ella perpetuamente,

resultando d'aqui apenas uma certa communhão de gozo com o proprietario e nada mais.

Com quanto o character de perpetuidade no direito de uso não seja contrario a sua essencia, cumpre todavia notar que é contrario a sua natureza ; por quanto o uso, devendo sempre ser medido pelas necessidades do usuario, deve naturalmente ser pessoal, e por cousiguiente extinguir-se tambem com a pessoa.

Debaixo d'este principio todo e qualquer titulo, em que o direito de uso se apresente estabelecido em proveito de uma pessoa e de sua familia ou descendentes, deve sempre receber uma interpretação rigorosa no sentido antes de restringir, que de ampliar a sua duração ; interpretação que, por mais rigorosa que seja, deixa todavia assignalado um ponto essencial de differença, que se dá n'este direito quanto a sua duração.

Em regra o usurario não pôde dar de renda o predio, vender, nem ceder gratuitamente a terceiro o seu direito de uso que lhe é pessoal : *Nec ulli alii jus quod habet usufructus aut vendere, aut locare aut gratis cedere potest.* L. 11 fl. de usu et habit. liv. 7., tit. 8.º, Cod. Civ., Fr. art. 631 ; e nisto differe ainda o uso de usufructo, que permite ao usufructuario gozar da cousa directamente por si, ou por intermedio de outrem, arrenda-la ou finalmente vender a terceiro o exercicio do direito de gozo.

Differe finalmente o direito de uso do usufructo em que o usufructuario pôde servir-se da cousa não só para satisfação de suas necessidades reaes, como tambem para seu recreio e caprichos, por se ter constituido co proprietario, capaz de tirar da cousa por autoridade propria todos os fructos, que ella pôder produzir : *usufructuarius possidet et propria auctoritate fruitur et fructus capit.*—*Dumoulin cout. de Pariz*, tit. 1.º, § 1.º, emquanto que o usurario só pôde servir-se da cousa para satisfação de suas neces-

sidades quotidianas e de sua familia unicamente, sem mesmo poder aproveitar as sobras para vender e converter em seu proveito : *A Dalloz, usage* n. 3. *Duranton.* t. 5.º, n. 9. *Dalloz aine* tit. 1.º, 12, p. 810, n. 1. Assim, não podendo o usuario aproveitar-se de todos os rendimentos da cousa, mas só dos restrictamente necessarios ao seu uso pessoal e de sua familia, demonstrada fica a differença, que se dá no direito de uso quanto a sua extensão.

Na pratica, diz Huber, o uso e a habitação regularmente não differem do usufructo, e, quando o concedente não fez expressa declaração em contrario, a concessão do uso de uma cousa se entende do seu usufructo; nem se poderão evitar as contendas, que naturalmente hão de apparecer todas vezes que no mesmo predio um tiver o direito de tirar só o restrictamente necessario e o outro o restante. *Cit. Hub. I. h. t. n. 6 no f. Similiter Mello III t. 13, § 9.*

Admittida por direito e distincção, que acabamos de fazer a opinião de Huber não pôde ser aceita de um modo tão lato, nem mesmo como meio de evitar contendas.

Remontando-nos a historia do direito achamos em todos os escriptores que o uso por sua tatureza nunca conferio direito a fructos. Foram os antigos Jurisconsultos, que concederam ao usuario a faculdade de colher fructos moderadamente até a satisfação de suas necessidades quotidianas, em attenção não só as disposições de ultima vontade, cuja interpretação deve ser larga e benigna, senão tambem em consideração á dignidade e condição da pessoa do usuario, segundo nos diz Ulpiano na lei seguinte : *aliquando enim largius cum usuario agendum, pro dignitate ejus cui relictus est usus, L. 12, § 1.º* e seg. modificando por este modo o preceito que o mesmo Ulpiano já antes havia estabelecido nas seguintes palavras : *usuarius hæres uti potest frui*

non potest; d'onde se vê que é verdade o que nos diz a historia sobre a natureza do direito de uso em sua instituição primitiva. Reconhecido, pois, que o uso por sua natureza nunca conferio direito a fructos, a opinião de Huber não pôde ter tão grande extensão como elle lhe quiz dar, para confundir na pratica direitos, que legitimamente recebem a distincção que acabamos de ver.

Ainda mais: se, como diz o memo Huber, usufructo comprehende — *o uso e o fructo* — não se pôde admittir que a expressão — *uso* — só por si comprehenda a mesma cousa, para estabelecer na pratica a confusão, que elle pretendeu estabelecer.

D'esta segunda parte da doutrina estabelecida parece não haver muita conherencia na opinião de Huber, e a razão é simples.

Admittindo que usufructo comprehenda o — *usu* e o *fructo* — como palavra composta que é, e a lei assim manda entender, não se segue d'ahi que o mesmo se deva dizer do — *uso* — só por si, quando estabelecido sem outra declaração; por quanto o uso se pôde separar do gozo, mas o gozo não se pôde separar do uso, sem tornar incomprehensivel a ideia, que no primeiro caso sómente é admittivel.

Seguindo o meio termo diz Stry. § 3.º: o legado que o usuario desfructar para as suas necessidades (*pro indigentia*) se entende ser um pouco mais amplo que o uso e mais restricto que o usufructo; opinião sem duvida mais aceitavel, tanto mais quanto deixa ver que um e outro não são a mesma cousa.

É possivel ainda, diz *Delvincourt*, que o uso encerre a faculdade de gozar uma quantidade de fructos superior aquella que for restrictamente necessaria ao usuario, mas será sempre um direito de uso, desde que a gozo não abranger todos os fructos.

Em qualquer dos casos é preciso tomar na devida consideração a formula, porque o uso se constituiu, e não perder de vista a regra que manda interpretar a intenção do concedente mais pelas palavras antecedentes e consequentes de que elle se servio, segundo o uso vulgar de fallar, do que pela significação juridica dos vocabulos, á que os testadores muitas vezes são estranhos.

Effectivamente o direito de uso, de que tratamos e do qual se occuparão os antigos jurisconsultos, nasce de legados; e Ulpiano, para não interpretar tão restrictamente estas disposições, no interesse antes de modificar as decisões que n'este sentido havia proferido Justiniano de accordo com Labeon, foi buscar na vontade do testador o que não achou no direito: *neque enim tam stricte sunt interpretandæ voluntates defunctorum*, d. fr. 12 § 2.

Concluimos que nem o uso póde soffrer a restricção que lhe quiz dar Justiniano, nem a extensão, que lhe deu Huber, mas o meio termo da opinião de Stry. de accordo com a differença estabelecida.

Questão.—*Si o titulo constitutivo do uso contiver a clausula, que confere o direito de vender, alugar ou ceder gratuitamente o mesmo uso á terceiro, poderá o usucario fazê-lo, em vista dos principios precedentes, que lhe negam este direito?*

É certo que, em regra, o usuario não póde vender, alugar ou ceder gratuitamente á terceira o direito de uso, que lhe é restrictamente pessoal, porque a extensão e os limites d'este direito, regulando-se pela necessidade pessoal d'aquelle á quem foi concedido, modificar-se-hia necessariamente, e se tornaria sujeita a outras regras, passando de um para outro individuo, com maior incommodo para o proprietario; mas si o respectivo titulo conferir-lhe a authorisação precisa para vender, o usuario poderá fazê-lo, e semelhante clausula, nada tendo de contrario a ordem publica,

deve ser admittida e respeitada, como qualquer outra convenção licita.

Nos termos do art. 628 dod. Civ. Fr. o direito de uso se regula pelo titulo, que o estabelece, e recebe mais ou menos estenção segundo as disposições, que ficarão expressas. Ora, tendo ficado expressa a clausula de poder alhear, é visto que, nos termos do citado artigo, o direito do usuario recebeu validamente a extensão, que nasce do titulo, de accordo com a vontade do concedente.

Si o direito foi cedido á pessoa onerada de maior familia, cujas necessidades são maiores, ou cujo gozo se tornou mais pesado ao proprietario, apenas se poderá ver n'esta cessão um abuzo de gozo, que poderá dar lugar a fixar a quntidade de fructos, que o cessionario deve gozar moderamente e nada mais. Dar-se-ha uma interpretação de contracto ou de disposição testamentaria, e a questão se resolverá segundo os termos da clausula que subtrahio o uso assim estabelecido á applicação das regras de direito commum.—Duranton, Tit. 5.º n. 24.

Quid juris, se for necessario vender a propriedade sujeita aos direitos de uso para pagamento das dividas do concedente?—N'este caso os direitos de uso caducam segundo a maxima: *non sunt bona nisi deducto cere alieno*. —Favard, *usage*, n. 4.

TITULO III

§ 13

Direitos e obrigações geraes do usufructuario

Os direitos e as obrigações do usufructuario regulam-se pelos principios correntes de Direito Romano, cujas disposições n'esta parte teem quasi inteira observancia entre nós, se o concedente do usufructo não declarou formalmente outra cousa.

Como o usufructo constitue-se ordinariamente por lei, ou por contracto, por doação *inter vivos*, ou por testamento, para se poder determinar precisamente os direitos e as obrigações do usufructuario é preciso, como diz Domat, procurar saber, antes de tudo, sob que titulo o usufructuario ficou constituido no gozo da cousa; e é segundo este titulo que as hypotheses variam mais ou menos entre si.

Em regra o usufructuario pôde utilizar-se de toda a especie de fructos, que por qualquer modo possam provir da cousa fructuaria, quer sejam naturaes, industriaes, civis ou mixtos.—L. 7, § 1.º, D. do *usufr.* Cod. Civ. Fr. art. 582, quer sejam ainda relativos ao necessario, ou sómente ao util e recreativo, pois tudo se comprehenda na palavra *usufructo*: Hei II § 102 e *seg.*

Observações.—Por fructos naturaes se entendem aquelles que a terra produz expontaneamente, taes como as ervas que nascem nos prados e as arvores que crescem nos bosques. A producção e o crescimento dos animaes tam-

bem se consideram fructos naturaes: Cod. Civ. Fr. art. 583. Assim a lã e os cordeiros que nascem nos rebanhos, os cabritos e os bezerrinhos se reputam fructos naturaes, como é o leite, e pertencem logo de pleno direito ao usufructuario: *In pecundum fructu etiam fœtus est sicut lac et filus et lana. Itaque agni et hædi et vituli statim pleno jure bonæ fidei possessoris et fructuarii.* Do mesmo modo o trabalho dos animaes se considera tambem fructo natural, por ser uma utilidade que d'elles se pôde tirar, e pertence igualmente ao usufructuario: *Duranton*, t. 4, n. 525.

Os fructos industriaes são aquelles que se obtem por mei da cultura, taes são por exemplo, as colhetas de milho e de arroz que se fazem nos campos; porque e necessario preparar a terra e enterrar a cimente para colher o milho e o arroz: Cit. art. 583. Os fructos civis, que consistem em um simples direito ou em creditos, são aquelles que resultam do emprego da cousa fructuaria, sem que todavia nasçam directamente d'ella, taes como os alugueres das casas, foros, laudemios das alienações dos bens de praso, feitas durante o usufructo, e os lucros dos capitaes dados a premio.—*fructus civiles sunt qui in jure consistunt.*

Mixtos são aquelles que participam ao mesmo tempo de algumas das qualidades dos precedentes.

Os fructos existentes em poder do possuidor do predio se chamam — *extantes* — os alienados ou consumidos se dizem — *consumpti* — os existentes pegados a arvore se dizem — *pendentes*. Os que se perderam antes de chegarem a colher-se, se dizem perceptíveis — *percipendi*.

Os fructos naturaes ou industriaes se julgam nascidos desde o momento em que o usufructo começa e a percepção d'elles se faz realmente. Os civis só se podem pedir a contar do dia em que o usufructo começou, até que se tenham vencido; e por isso se adquirem dia por dia, em pro-

porção da duração do usufructo— Gary, *discours au Corps legislatif*, 30 Jan. 1804. Cod. Civ. Fr. art. 586.

O usufructuario adquire os primeiros, que penderem dos ramos ou das raizes, se chegou a perceber-os do predio serviente, ainda separando-os simplesmente, como faz o possuidor de bôa fé; e como tem a posse civil de seu usufructo e goza em virtude de um titulo, que lhe permite possuir *pro suo*, pôde tambem dispor livremente d'estes fructos como de cousa sua—Hei. II, § 109.

Como verdadeiro senhor e possuidor de seu usufructo elle não pôde ser extorvado por terceiro, nem mesmo pelo proprietario, no exercicio util de seu direito, por quanto é principio corrente que, quando a lei nos concede um direito, tambem nos concede como consequencia immediata tudo quanto é necessario para o exercer, uma vez que se não pôde querer o fim, sem querer igualmente os meios de chegar a este fim: *cui jurisdictio data est ea quoque concessa esse videntur, sine quibus jurisdictio explicari non potest*—L. 2 ff. *de jurisdict.* liv. 2, tit. 1.º

Pertencem-lhe, pois, os fructos pendentes desde o momento em que começou o usufructo; mas se elles não foram cultivados pelo concedente do usufructo deve pagar as despezas da cultura a quem a fez, ou a seus herdeiros. L. 27, ff. *de usufructu* pois que debaixo do nome de fructos se entende sómente o residuo, depois de pagas as despezas e satisfeitos os encargos reaes á que a cousa por direito estava sujeita.

Tambem lhe pertence o uso das aguas e dos pombaes, viveiros de aves e de peixes, terras de pasto e pomares, podendo mesmo tirar dos viveiros e do vergel de arvores fructíferas alguma cousa para vender, com tanto que os renove sempre, para que se conservem no mesmo estado em que os recebeu, quando começou, o usufructo. Huber n. 10.

Se o usufructuario vende os fructos proximos da ma-

duração, e morre antes da colheita, a venda subsiste, porque o usufructuario, que gosa por si mesmo, tem o direito de vender, mas o importe da venda pertence por inteiro ao proprietario.

Se morre depois de haver começado a colheita, porém antes de concluida, o preço se divide entre os herdeiros e o proprietario em proporção do valor da parte colhida e da que restar por colher.— *Toullier*, t. 3, n. 401.

Os fructos civis, que se reputam vencidos dia por dia, repartem-se entre o proprietario e o usufructuario em relação ao tempo, em que começou e acabou o usufructo.— L. 26 ff. de usufr.

§ 14

Do usufructo sobre os animaes

As crias dos animaes e rebanhos deixados em usufructo pertencem ao usufructuario, com a obrigação de substituir os animaes, que forem morrendo, por outros tirados das mesmas crias, que os rebanhos produzirem — *ex fetu*—; e isto tanto quanto o permittirem as forças da producção. Havendo omissão no cumprimento d'esta obrigação, póde o usufructuario ser obrigado a comprar outros de que houver falta no rebanho, para substituir convenientemente aquelles, que tiverem morrido.

Observações.—Não só os animaes como as crias que nascem, desde a época do testamento até a morte do tes-

tador, aproveitam ao legatario do usufructo, o qual se torna desde logo verdadeiro proprietario d'estas crias, como fructos da causa legada: *grege legato et quæ postea accedunt, ad legatarium pertinent.* L. 21 ff. *de legat.* Assim, constituido o usufructo em um rebanho, este não é mais que um corpo composto de cabeças differentes, como um edificio é um todo composto de diversos materiaes reunidos: *est autem gregis unum corpus ex distantibus capitibus: sicuti ædium lapidibus* Inst. § 18; e como este corpo é por sua natureza destinado a ter uma existencia indefinidamente prolongada por meio da reproducção natural, d'aqui vem a obrigação de substituir aquelles que forem morrendo, para que a diminuição de cabeças não lhe faça perder a qualidade propria de rebanho. Isto porém não quer dizer que o usufructuario seja obrigado a substituir as cabeças mortas com o producto das crias, que vendeu como fructos adquiridos, mas quer dizer que poderá dispor sómente da producção, que não deixar incompleto o rebanho, restringindo-se assim o seu direito ao excedente do mesmo rebanho; e, uma vez adquirido este excedente, não lhe pôde mais ser tirado por um acontecimento posterior, extranho a sua vontade.—Duranton, t. 4, n. 630.

Pelo mesmo principio deve o usufructuario substituir tambem aquelles, que se tornaram inuteis por velhice: *debebit in locum capitum defunctorum vel inutilium, alia submittere.* L. 69, ff. *de usufr.* liv. tit. 1.º

Observações.—A razão é porque os animaes velhos são improprios para a propagação, d'onde depende a conservação do rebanho — *universitas*—que o usufructuario é

obrigado a manter, como cauteloso pai de familia ; resultando do cumprimento d'esta obrigação o direito de dispor livremente dos animaes inutilizados, uma vez que a obrigação de conservar e alimentar não encerra a de augmentar a cousa.

Em geral o direito de usufructo pôde ser estabelecido sobre toda e qualquer especie de animaes uteis ao serviço do homem, ainda mesmo sobre aquelles que são destinados a offerecer espectaculos publicos por suas habilidades, ou que apenas se possam mostrar como objectos de raridade em um paiz : *Languinez, tractatu de fructibus, part. 1.º c. 34, n. 32*—e seguintes.—Basta que se tire qualquer interesse nos espectaculos, em que taes animaes possam ser expostos como objecto de curiosidade publica, diz Proudhon, para que o usufructo se possa considerar verdadeiramente util e estabelecido, como quer a lei.

Se o usufructo é apenas estabelecido sobre um animal, que depois veio a morrer, independente de culpa do usufructuario, este não é obrigado a restituir outro, nem o seu valor : *Cod. : Civ., Fr. art. 615.*

Observações.—Um animal considerado singularmente, na especie figurada, em sentido opposto á um rebanho, não é destinado a viver eternamente, e assim é justo que, vindo a morrer, independente de culpa do usufructuario, este não seja obrigado a substitui-lo, como deve fazer, por exemplo, em um rebanho, que é destinado a perpetuar-se tanto quanto for possivel. Uma é a regra a seguir no usufructo estabelecido sobre um só animal, e outra é a que se observa no usufructo estabelecido sobre muitos.—*Perreau rapport au Tribunat 25 de Janeiro de 1804.*

Semelhantemente legado usufructo sobre muitos ani-

maes, considerados—*ut singuli*—isto é, como outros tantos objectos, independentes uns dos outros, especialmente determinados por suas qualidades, signaes e differenças naturaes, a perda, que então se der por caso fortuito sobre cada um d'elles, será por conta do proprietario ; mas quer n'este caso, quer no precedentemente estabelecido, o usufructuario é sempre obrigado a provar o caso fortuito, ou accidente, que occasionou a morte.

Por caso fortuito se entende todo o acontecimento prejudicial que o homem não pôde prever ou que pelo menos suas forças não podem evitar, e por isso chamado pelo Direito Romano — *vis major, vis divina, vis naturalis, factum*.

Se o rebanho, sobre que se estabeleceu o usufructo, pereceu todo por molestia ou qualquer outro accidente que se não possa attribuir a falta do usufructuario, este é apenas obrigado a dar ao proprietario conta dos couros ou o seu valor correspondente : Cod. Civ. Fr. art. 616.

Observações. — Não sendo o usufructuario obrigado a substituir a totalidade do rebanho, que pereceu sem culpa sua, quer a lei, e é justo, que elle tambem não se possa aproveitar dos couros que se poderem tirar ; porque é o meio de tornar menos sensivel o prejuizo do proprietario, á quem pertence a substancia fructuaria, ou materia animada que se aniquilou ; e fazendo os couros parte integrante d'esta substancia, o usufructuario não poderia utilizar-se d'elles, sem violar o preceito—*salva earum substantia*—que é sempre obrigado a guardar.

Entrando em duvida saber se as contas d'estas perdas devem ser prestadas immediatamente ou só depois da mor-

te do usufructuario, entende Proudhon que devem ser immediatamente ; porque o usufructo considera-se logo extinto com a morte do animal, e não se tendo legado o gozo dos couros, estes se consideram cousa diversa, que reverte immediatamente para o proprietario, sujeito por isso o usufructuario prestação immediata de contas.

O usufructuario de animaes tem o direito de se utilizar não só de todo o trabalho, que naturalmente lhe poderão prestar os animaes, como tambem do estrume para os campos — *ad stercorandum agrum suum* — e percebe ainda como fructos o leite, a lã, os cabellos e crias, com a obrigação de os alimentar, e tratar cuidadosamente.

§ 15

Usufructo sobre os escravos

No preceito, que permite desfructar os rendimentos, fructos, proveitos ou commodidades, que provierem da cousa fructuaria, não se comprehendem os proveitos, ou fructos insolitos, como são entre outros, os partos das escravas e *fetus secundi*—que não se dizem fructos.

Observações.—O facto da escravidão, que nunca deixaremos de condemnar, tem dado lugar sempre a uma legis-

lação especial, sujeita a controvérsia entre os melhores Jurisconsultos, em todos os paizes onde tem sido admittida.

Devendo, pois, consagrar uma pagina a essa abjecta instituição dos Codigos negros mais antigos, e que não é outra cousa senão a theoria do egoismo e da cobiça, disfarçada em um mal entendido Direito Divino, passaremos a faze-lo, não tanto pelo dever de occupar-nos de uma doutrina, que nossas leis infelizmente ainda consagram, como principalmente na doce esperança de que o progresso reflectido, para o qual caminha a humanidade, conquistará em breve a igualdade dos direitos na sua plenitude e na sua verdadeira significação.

Qualquer que seja a origem que se dê a esta impiedade, contraria as leis naturaes, é incontestavel que o homem não pôde dar um passo na senda do progresso e da civilização, emquanto a these sublime da igualdade não for proclamada e verdadeiramente comprehendida, como uma verdade nascida do sentimento da propria dignidade humana : *cum jure naturali omnes liberi nascerentur*. Deixemos pois as ruínas do passado com todos os seus prejuizos e horrores, e sobre ellas levantemos a cruz d'Aquelle que nos veio libertar, para conduzir-nos a mais nobres fins. A escravidão é a negação do homem, e de seus mais altos destinos.

É certo que Noé, amaldiçoando Chanaan, lhe disse : « *Tu serás o escravo de Japhet.* » Mas n'estas palavras, em que se diz bazeado o pretendido Direito Divino, indica-se apenas uma dependencia pela dominação, e não uma inferioridade de natureza tal, como a entenderam os antigos sophistas da escravidão. A força dos conquistadores, os vicios dos vencidos, as paixões, a educação, e não o Direito Divino, deram senhores a especie humana ; porque Deus, mandando dar a Cesar o que é de Cesar, estabeleceu por estas palavras não só um reinado de virtude, de verdade e de justiça, como tambem um principio eterno de

fraternidade e de igualdade entre todos os homens, principio que se não poderia desconhecer, sem desconhecer ao mesmo tempo a unidade do proprio Deus, que ensina a unidade do genero humano.

A religião do Christo, disse Ortolan, *é a religião da liberdade, da igualdade e da fraternidade*. Através dos vicios e defeitos dos homens a Igreja caminha sempre, ensinando-lhes esta verdade, que resume o ultimo preceito do Decalogo, e é d'aqui que podemos dizer que o escravo de hoje não é mais o escravo d'aquelles tempos da sabedoria pagã, graças ao Christianismo que começou por tornar-lhe as cadeias menos pesadas, e acabará por quebra-las de uma vez.

Ha hoje deoito seculos e meio, dizia ainda Ortolan em 1848, *que a religião do Christo vai progredindo em todos os governos e theorias ; ha hoje deoito seculos e meio que ella nos mostra, mais ao longe, o perfeiçoamento a que devemos tender, e que as instituições humanas por mais perto que se aproximem d'elle, nunca attingirão*. Reconheçamos esta verdade, estabelecendo a fraternidade e a igualdade como nos ensina a religião do Crucificado, e deixemos o resto ao provir, que nos trará necessariamente o aperfeiçoamento a que devemos attingir. As grandes verdades não se põem ao alcance do entendimento humano em toda a sua plenitude senão depois de muito tempo. Na historia tudo attesta que nunca o futuro é a repetição de um passado de ignominia e de oppressão para a humanidade ; e diga-nos a mesma historia de nossos dias, onde se não vio mais um Alexandre vender a maior parte da população de Thebas, incendiada e destruida por suas ordens, nem um dictador Camillo pagar com escravos da Etruria as joias, que as virtuosas matronas haviam dado para libertar a patria do jugo dos Gaulezes, e nem finalmente um Julio Cezar louvando os Deuses, por ter vendido em leilão cincoenta e tres mil habitantes de Namur !

No meio das calamidades a que a sociedade e os individuos estão continuamente expostos, disse um historiador, nada ha mais doce e mais animador do que a esperanza de um progresso continuo, tendencia suprema da organisação humana. Foi assim que o plebe romana, seguindo o caminho do progresso, chegou a conquistar a igualdade de seus direitos, usurpados pela cobiça dos vencedores, e será assim finalmente que a custa de alguns sacrificios conseguiremos tambem abrir o caminho por onde a civilisação Christã virá trazer a regeneração, de que precisa esta desvalida porção do genero humano.

Segundo as *Inst.* § 2.º *tit. de usufr.* os servos podem ser objecto de usufructo, sujeito as mesmas condições de conservação e restituição da coisa legada, e segundo nossas leis e costumes, os serviços e obras provenientes do trabalho dos escravos, *operæ servorum*, tambem podem ser objecto de servidão pessoal; porque são susceptiveis de serem concedidos em proveito de outrem, que os utilise directamente, ou mediante uma certa paga ou salarios em troca de taes serviços, sem que por esse acto se tenha transferido tambem o dominio dos mesmos escravos, que póde ficar na pessoa de outrem. E, como excepção a este preceito geral, na Lei 68 se estabelece o principio de que o parto ou cria das escravas não pertence ao usufructuario, por serem fructos *insolitos*, de natureza diversa d'aquelles, que as cousas produzem naturalmente, ou que se tem por costume colher para satisfação das necessidades da vida. Mas, se os servos não podiam ser objecto de vinculo, por ser contra o principio de humanidade e da moralidade publica um semelhante acto de vinculação, que tornaria impossivel de futuro a sua liberdade ou alforria, parece que elles tambem não devem ser objecto de usufructo, maxime se este for vitalicio, por se dar n'este caso a mesma razão que póde de futuro tornar impossivel a liberdade ou

alforria dos escravos, cujos serviços formam toda a utilidade legada em usufructo ; accrescendo que a razão recusa aceitar que um homem possa ser objecto de usufructo de outro homem. Todavia entenderam alguns que se podia fazer extensivo aos escravos aquillo, que se disse dos rebanhos e crias, consideradas fructos naturaes da cousa sujeita ao usufructo.

É certo que o parto das escravas é, como o augmento dos rebanhos, um producto natural da cousa sujeita ao usufructo, mas não se póde considerar como fructos ; porque os fructos se limitam aos productos, que se tiram de uma cousa, segundo o uso a que ella particularmente é destinada ; e as escravas são por natureza destinadas ao trabalho, e não a ter filhos, que não podem por isso pertencer ao usufructuario, como fructos propriamente ditos : L. 27, ff. *hæred. pet.* É sómente em virtude d'este destino natural das cousas que se deve considerar como fructos tudo quanto provem do trabalho dos escravos, e do trabalho dos animaes : *Caius de oper. serv.*, excepto porém, o parto das escravas, que com quanto seja uma producção, como ficou dito, não é ainda um accessorio, por se achar fóra do destino que o usufructuario deve dar-lhes, em contrario ao que se pratica com os rebanhos, cujas crias se consideram naturaes accessorios das mães, (*accessio naturalis*) em quanto andam em seguimento d'ellas : *partus sequitur ventrem* ; e são além d'isso por natureza destinados a se multiplicarem indefinidamente : § 19. *Inst. de rerum diviz.*

N'este sentido diz *Peg.* os filhos das escravas augmentam o dote, mas não pertencem ao marido, porque não são fructos : *Gama Deciz.* 135 n. 4. *Pona Cap.* 2, n. 67. *Peg. for.* pag. 436, n. 5.

Mussius e Massilius, agitando por sua vez a questão, pretenderam tambem que o usufructuario de uma escrava

tinha direito ao parto ; *Bruto* sustentou a opinião contraria, e prevaleceu a opinião de *Bruto* : *Cic. de finib.* L. 68 D. *de usufr. et quem.* acabando por concluir terminantemente com a Lei Rom. nos seguintes termos : *Parece absurdo que um ser humano possa considerar-se como fructo, uma vez que é para os seres humanos que a natureza produz todos os fructos.*

É esta a doutrina seguida pelos melhores Jctos. e que mais parece casar-se com as luzes do seculo.

§ 16

Usufructo das arvores e sua classificação

O usufructuario não pôde cortar as arvores fructíferas, e apenas tem direito aquellas que seccarem, as que se quebrarem por fracasso, ou forem arrancadas pelos ventos ; obrigado todavia a substitui-las por outras da mesma qualidade, plantadas nas estações competentes e nos lugares apropriados, segundo o processo seguido na plantação e cultura de cada uma : Peg. 3, for. cap. 28, n. 626 e 7 for. cp. 225 n. 48, 49. Hub. ff. *usufr.* n. 5 e 10 Hei-II § 3.

Observações.—Partindo do principio que manda ter em vista o destino proprio das cousas, conclue-se tambem no tocante as arvores que, sendo ellas por natureza destinadas a produzir flôres e fructos, o usufructuario não poderia regularmente colher o que ellas devem produzir,

nem restituir em substancia o que recebeu, senão conservando as existentes, e cuidando em tempo na substituição necessaria ; sendo justo por isso que se aproprie d'aquellas que secaram, das que se quebraram por fracasso, ou foram arrancadas pelos ventos, que se consideram causas estranhas a sua vontade. A obrigação de substituir se estende igualmente aos arbustos existentes nos pomares e as plantações, cujas raizes dão tres, quatro e mais folhas, uma vez que o usufructuario as tenha achado no solo, quando começou a usufruir ; e quer a lei que esta substituição seja feita em tempo, segundo o processo seguido na plantação e cultura das arvores, porque, sendo diversas as suas qualidades, umas exigem lugares mais húmidos para a vegetação e fructificação, e outras lugares mais seccos para a reproducção, mediante cuidados tambem diversos da parte do cultivador ; d'onde resulta que não bastará ao usufructuario dizer que plantou, para se considerar legitimamente desobrigado n'aquelles casos em que por incendio ou inundação não possa apparecer a vegetação, mas é necessario provar que o fez em tempo e nos lugares apropriados, segundo o processo seguido no amanho da terra e cultura das plantas, para se dizer extincta a sua obrigação perante a lei.

Entre nós, além de se achar este processo reduzido a uma rotina sem estudo, faz-se geralmente guerra as arvores, sem se attender ao menos a sua divisão e utilidade, qualquér que seja a classe a que pertençam. Sejam novas ou seculares, fructíferas ou infructíferas, tudo leva diante de si o ferro, derrubando e destruindo.

Com effeito é lamentavel que, apresentado a riqueza vegetal do Brazil em seu vastissimo sólo uma variedade de arvores, que offerecem a mais ampla e rica colheita no meio de outras, que se recommendam ainda pela elegancia, belleza e singularidade de fórmãs, tão puco nos tenha merecido até hoje esta importante fonte de riqueza publica.

Que o estudo das arvores e sua classificação é de uma importancia immensa pela utilidade que nos prestam, é verdade incontestavel, maxime no usufructo onde se não póde determinar precisamente os direitos e obrigações do usufructuario, sem deixar previamente estabelecida a divisão que o direito recebe, segundo a utilidade que de cada uma se póde tirar. É tal esta utilidade que algumas fornecem uma substancia propria a substituir o pão, e fazem só por si a base da alimentação de muitos habitantes da terra, como se dá, por exemplo, em alguns lugares sob o Equador. Outras produzem os oleos, licores alcoolicos, e os deliciosos fructos que fazem o ornato e riqueza de nossas mezas ; algumas servem de ponto de partida historico, fixando até a data de certos acontecimentos notaveis, publicos ou privados, como ainda hoje se refere do bosque de Santa Lucia, e do Carvalho, a cuja sombra S. Luiz exercia a justiça ; muitas encerram em si succos balsamicos, que fazem as delicias dos toilettes, além de outras propriedades chemicas e medicinaes tão uteis quão admiraveis, e finalmente aquellas, que nada produzem, formam os bosques de amenidade e mattas para fornecimento de combustiveis e madeiras de construcção, contribuindo ao mesmo tempo para fecundidade do solo, onde o homem e o animal encontram abrigos diversos, tão salutaes, que bem se deixam chamar um dos mais bellos ornamentos da natureza. D'aqui vem que, segundo o uso diverso que se póde fazer das arvores, applicadas as differentes necessidades da vida, ellas se dividem em tres grandes ordens : *arvores fructiferas*, *arvores florestaes* de amenidade ou recreio, e *arvores infructiferas* de construcção.

A obrigação de substituir diz respeito sómente as primeiras, que são plantadas e cultivadas com as mãos do homem, e não as arvores de *fructos agrestes*, que se não cultivam, as quaes nascem espontaneamente nos campos e se

acham classificadas na ordem das *arvores de reserva*: *Roland de Villargues, usufruit n. 320.—Proudhon n. 1199.* Tanto umas como outras se subdividem ainda em *arvores indigenas, e arvores exoticas*. As primeiras desenvolvem-se e prosperam por si mesmas, independente dos cuidados do homem, as segundas porém exigem cuidados diferentes para a vegetação e fructificação, que quasi sempre é escassa e tardia. Seus órgãos principaes, que comprehendem todos os outros, d'onde dependem os fructos, se dividem em *orgãos da nutricção* ou *vegetação*, e *orgãos da reproducção* ou *frutificação*. Os primeiros são as *raizes*, das quaes não pôde o usufructuario utilizar-se; porque fazem parte integrante do sólo, que não lhe pertence, e servem além d'isso para absorver os liquidos necessarios a nutricção; o tronco de que tambem não pôde o usufructuario utilizar-se, porque é a parte que se eleva na atmospherá para transmittir estes liquidos as differentes partes da arvore; os *olhos* que contem o principio de desenvolvimento dos ramos; além de outros que não precisaremos enumerar, por serem de menor importancia.

Os órgãos da reproducção são a *flôr* e o *fructo*. A flôr caracterizada pelos *estames* e *pistillo*, umas vezes separados e outras reunidos no mesmo *involocro floral*; e o fructo que vem a ser o desenvolvimento do *ovario* fecundado. Estes ultimos são propriedade exclusiva do usufructuario e lhe pertencem, qualquer que seja a quantidade, de que a arvore venha a cobrir-se.

Em caso nenhum, pois, é permittido ao usufructuario inutilizar as arvores *fructiferas*, ou corta-las para seu uso, qualquer que seja a necessidade que allegue, sem o consentimento do proprietario, por quanto as *grandes arvores* e as *fructiferas* são tão inportantes como o mesmo fundo, e se acham fóra da classe dos fructos ordinarios. Pela mesma rasão não pôde cortar as arvores *infructiferas* que servirem

de amenisar os passeios: L. *œquissimum* ff. de usufr. Copel. tr. 1. c. 81, n. 17; e se corta umas e outras illegalmente, opinam alguns, perde o usufructo por deteriorar o predio.

A Lei Romana, resume n'esta parte as obrigações do usufructuario nos seguintes termos: *fructuarius non debet neque arbores frugiferas excidere, neque villam diruere*. L. 13, § 4.º, ff. de usufr., liv. 7. tit. 1.º Tal é a importancia que os melhores commentadores tem dado ao grande assumpto das arvores. — Vid. *Garcias*, e os authores por elle cit. *tractatu de expensis meliorationibus*, Cap. 11, ns. 32 e 33.

Se o usufructo comprehende mattas proprias para o fornecimento de lenha, ou se especialmente foram deixadas arvores infructiferas, que se tornariam de nenhum proveito ao usufructuario, se este não poder cortar algumas, entende-se ter-lhe sido concedida a faculdade de cortar, e tirar lenha com a moderação que em tal gozo teria o concedente do usufructo: — Gama Dec. 104.

A prohibição de cortar as arvores pelos troncos não se estende aquellas, que precisam desbaste, para deixarem medrar as outras, que ficam: L. 10., L. 11, ff. de usufructu

Observações. — A medida que as arvores se desenvolvem, e se tornam espessas na superficie da terra, convem logo diminui-las por meio dos desbastamentos, afim de que

o ar e a luz possam circular livremente na plantação. De outra maneira o usufructuario não poderia manter a fertilidade do solo que deve conservar, e a produção diminuiria necessariamente.

A operação dos desbastamentos não se entende a respeito d'aquellas arvores, que são destinadas a formar bosques naturaes ou artificiaes, porque estas vegetam mesmo espessamente, e adquirem depois dimensões diversas, segundo o grão de fertilidade do solo, onde ellas formam esses bosques naturaes de amenidade ou recceio.

As despesas com este trabalho entram na ordem dos reparos de conservação, á cargo do usufructuario sómente.

§ 17

Dos fructos extraordinarios

Pertencem ao proprietario e não ao usufructuario os fructos extraordinarios, como os thesouros, as minas de metal, carvão, pedra e outras que apparecerem no solo, excepto aquellas que já existiam abertas aos tempo da formação do usufructo, e renascem ; caso em que pôde o usufructuario, com a devida permissão do Estado, continuar a laboração d'ellas, e goza da mesma maneira que o proprietario : Cod. Civ. Fr. art. 598.

Observações.—Os thesouros não se consideram como fructos, porque fructo é sómente aquillo que nasce e renasce da couza : *fructus est quidquid ex re nasci et renasci solet* ; e por isso não podem pertencer ao usufructuario, uma vez que as herdades não produzem thesouros, nem estes se podem considerar accessorios da substancia, por serem de natureza diversa. Todavia, se o usufructua-

rio descobre um thesouro na propriedade que usufrue, a metade d'este thesouro lhe pertence, como simples descobridor, mas não como usufructuario: Merlin, R. *Communaute*, § 2.º n. 4; Duranton, tit. 4, n. 313; Proudhon, *usufruit* n. 543; Dalloz tit 12, pag. 793.

As minas abertas constituem uma excepção, e passam a pertencer lhe como usufructuario, não só porque já faziam parte do patrimonio de que se achava de posse o proprietario, se não tambem porque se assemelham a fructos do solo, desde que se achavam exploradas e em começo de laboração, quando foi concedido o usufructo.

Deve preceder permissão do Estado porque toda a concessão ou privilegio é pessoal, e não pôde ser transmittida a terceiro no todo ou em parte, senão com approvação do poder competente.

Hoje as minas pertencem exclusivamente aquelles que, proprietarios ou não da superficie, obtiveram do Estado a concessão ou privilegio competente para explora-las. Consequentemente o usufructuario não deve ter direito aos productos da mina, mesmo aberta antes da formação do usufructo, senão n'aquelles casos em que o proprietario do fundo era ao mesmo tempo concessionario da mina; e assim com maioria de razão não deve elle ter direito aos productos da mina aberta antes da formação do usufructo, a menos que não tivesse obtido a devida concessão do Estado, caso em que passará a perceber-los não como usufructuario do fundo, mas como proprietario da mina.

§ 18

Da alluvião

Os fructos de alluvião pertencem ao usufructuario por direito de accessão, precedendo as formalidades legais para

a devida aquisição : L. 9, § 4, fl. *de usufructu*, liv. 7, tit. 1.º : Cod. Civ. Fr. art. 596. Coelho da Rocha § 612.

Observações.—Alluvião é o accrescimento de terreno que se faz pouco a pouco sobre as bordas do mar e dos rios navegaveis, pelas terras que a agua conduz para esses lugares. Assim, quando os rios mudam de leito e alargam as suas margens, transportando-se para as margens oppostas, o accrescimento que então se dá pelas terras, que as aguas deixam ligadas a propriedade, tornando-a mais extensa, faz reverter essa extensão em beneficio do usufructuario, como fructo de alluvião. O usufructo pôde augmentar ou diminuir em proporção do augmento ou diminuição, que por causas especiaes pôde sobrevir ao predio serviente ; e como n'estes casos o usufructuario soffre a perda ou diminuição de seu usufructo, se a cousa perece por incendio, inundação, ou qualquer outro caso fortuito, é justo que elle aproveite tambem as mudanças, que poderem tornar melhor e mais extensa a propriedade fructuaria. Com razão, pois, considera o Direito Romano a alluvião um meio de adquirir por direito de accessão, fundado na maxima que determina que *« o pro-veito pertença dquelle, que tambem está sujeito a soffrer o damno.*

Cumpre porém observar que, se da alluvião resultar uma ilha, não pertence ao usufructuario por ser cousa materialmente separada e distincta do fundo, em condições diferentes dos accrescimentos que insensivelmente se tornam inherentes ao mesmo fundo, e com elle se identificam.

Na concessão d'esses terrenos de alluvião deve-se observar as disposições relativas aos de marinha : Circ. de 29 de Novembro de 1860.

O usufructuario do dominio directo de um prazo, além dos fóros, tem direito aos laudemios das alienações feitas

durante o usufructo : Fulgineo de Jur. Emph. Tit. de *Laudemio* q. 21. Lobão Tr. dos Prazos § 1027.

Tambem tem direito aos rendimentos, administrando elle mesmo o predio, ou arrendando á terceiro, com tanto que este arrendamento, que não pôde ir além do tempo do usufructo, não seja prejudicial ao predio, como v. g. se alugasse a casa fructuaria para servir de curral ou cavalharia : Cep. cap. 74.

Observações.—Não obstante ser o usufructo um direito pessoal, intransmissivel, rigorosamente fallando, parece todavia razoavel admittir que aquelle, que gosa, possa exercer o seu direito por si, ou ceder á terceiro o exercicio á titulo de arrendamento, conforme se estabelece na regra acima.

É uma concessão como qualquer outra, estabelecida no interesse legitimo do usufructuario, a qual tem por fim sómente garantir a plenitude do direito de gozo, dentro dos limites, que lhe são traçados por lei : *ususfructuarius vel ipse frui ea re, vel eam alii fruendam concedere, vel locare, vel vendere potest.* Mas se de um lado o interesse do usufructuario exige que lhe seja plenamente garantido o exercicio do seu direito, por outro lado o interesse social e do proprietario não podem permittir a violação de direitos ainda mais sagrados e importantes, como são, por exemplo, aquelles que dizem respeito a substancia ; tolerando a inversão do uso natural das cousas. Assim é restrictamente vedado ao usufructuario tudo quanto pôde tornar a habitação menos sadia, ou expo-la a risco de incendio, como por exemplo, converter a casa de residencia ordinaria em hospedaria publica, transforma-la em estribaria, es-

tabelecer n'ella officina de ferradores, ou banhos publicos, e do mesmo modo lhe é vedado aluga-la para qualquer d'estes fins: *Si domûs ususfructus legatus sit, meritoria illic usufructuarius facere non debet: nec per cœnacula dividere domun. At quin locare potest, sed oportebit quasi domum locare: nec balneum ibi faciendum est. Quod autem dicit meritoria non facturum, ita accipe quæ vulgò diversoria, vel fullonica appellant. Ego quidem etsi balneum sit in domo usibus domesticis solitum vacare in intimâ parte domus vel inter diœtas amœnas; non rectè, nec ex boni viri arbitrato facturum, si id locare cœperit ut publice lavet: non magis quam si domum ad stationem jumentorum locaverit; aut si stabulum quod erat domûs jumentis et carrucis vacans, pistrino locaverit.* L. 13, § 8, ff. de usuf. l. 7, tit. 1.º

Tem acção de despejo contra o reudeiro admittido pelo proprietario, com assistencia d'este; e pôde fazer arrendamento ao mesmo proprietario: Hub. L. 29 pr. ff. quib. mod. usuf. a.

Pôde tambem doar, vender, ou subjeitar o seu usufructo á hypotheca, penhora, ou qualquer outro onus, com tanto que salve o fundo que não lhe pertence. L. 67, ff. de usufructu.

Observações.—Como a lei colloca o usufructo na ordem dos moveis, ou dos immoveis, segundo as cousas sobre

que se estabeleceu, é justo que, constituído sobre imóveis, o usufructo seja susceptível de penhora ou hypotheca emquanto durar. Certamente estabelecido usufructo sobre bens de raiz, elle toma o caracter de um verdadeiro immovel em poder do usufructuario, e n'estas condições pôde ser sujeito a hypotheca com resalva, de maneira que o direito do hypothecario venha a extinguir-se, logo que o usufructo se extinga tambem.

Diz-se que pôde doar ou vender porque, como vimos no § 5.º, esta venda diz respeito unicamente aos rendimentos que provierem da cousa, e não ao direito em si, que continúa ligado á pessoa do usufructuario até a sua morte, unica circumstancia que o extingue de todo; excepto se a venda ou doação foi feita directamente ao proprietario, ou mesmo se houve simples renuncia; caso em que o usufructo se extingue tambem em vida do usufructuario, pela consolidação do direito na pessoa do proprietario. E nem de outra maneira poderia ser entendida a faculdade de vender ou doar, porque seria preciso que o proprietario comparecesse tambem, consentindo como interessado no acto da alienação, para se poder dar uma transferencia perfeita.

Igualmente lhe é permittido reivindicar o seu usufructo não só das mãos do proprietario, como de qualquer outro possuidor, que injustamente o retenha. L. 5, § 1.º ff. *Si usufr. petat.*, liv. 7, tit. 6.

Observações.—Em regra o legatario ou donatario de um direito de usufructo tem a acção pessoal contra o herdeiro para ser impossado no gozo da cousa, por se haver constituído credor do usufructo para com o doador ou herdeiro em virtude do titulo, que lhe foi concedido; e emquanto a cousa se não entrega e permanece em mão do herdeiro sub-

siste a obrigação d'este nascida do testamento. E este principio e a regra acima fundam-se na seguinte disposição da Lei Romana : *utrum autem adversus dominum duntaxat in rem actio usufructuario competat, an etiam adversus quemvis possessorem quæritur, et Julianus scribit, hanc actionem adversus quemvis possessorem ei competere.*

Especialmente a acção de reivindicação, cabendo ao senhor de qualquer cousa, quér seja proprietario perfeito, imperfeito, ou limitado, por força da citada disposição da Lei Romana compete tambem ao usufructuario, o qual, ainda que proprietario imperfeito e limitado, tem a posse real da cousa em virtude de um titulo, que lhê deixa possuir legitimamente *pro suo, et animo sibi habendi*. Assim não lhe pôde ser vedado intentar todas as acções reaes contra o possuidor ou detentor da cousa, porquanto o usufructo, sendo uma porção do dominio, é tambem um direito real na cousa sujeita ao gozo, e é principio corrente que aquelle que tem um direito adquirido deve necessariamente ter a faculdade de o reivindicar.

Em sua acção, pois, o usufructuario poderá pedir que o possuidor ou detentor da cousa fructuaria lh'a entregue com todos os seus accessorios e rendimentos, cumprindo-lhe porém provar : 1.º a existencia do titulo, em virtude do qual ficou constituido no gôzo da cousa fructuaria ; 2.º a posse do detentor, seu adversario ; 3.º a identidade do objecto sobre que foi constituido o usufructo ; particularisando nos moveis seus nomes, qualidades e signaes, que os distinguirem, e especificando detalhadamente nos immoveis sua situação, confrontações etc., Consolid. art. 916 e 917. Ord. Liv. 3, Tit. 53, pr.

Se o legado é puro pôde intentar a acção *personalis ex testamento* logo depois da morte do testador, e se é condicional desde o dia em que se realisou a condição.

Contra a acção de petição de herança o herdeiro de-

mandado pôde oppor as excepções de testamento *nullo*, *roto* e *inofficioso*; e em geral pôde ainda oppor-se com a excepção de prescripção de trinta annos. L. 7. C. de *pet. her.*

Consistindo o legado do usufructo em cousa certa o usufructuario tem sempre a acção real em reivindicação da propriedade, ou a acção confessoria em reivindicação de seu usufructo. N'esta poderá o réo reagir com as excepções: 1.º de falta de utilidade, L. 15 de *servit*; 2.º de servidão constituída por pessoa incompetente; 3.º de nulidade do titulo; 4.º de prescripção, ou não uso de trinta annos; 5.º de remissão *expressa* ou *tacita*; 6.º de consolidação do predio *serviente* na mesma pessoa por titulo irresolúvel. L. 1.º de *servit.* e 7.º finalmente de dolo sendo exigida além do tempo prescripto para duração do usufructo.

Se o proprietario vende o predio a terceiro, sem resalvar o usufructo, não prejudica com esta venda o usufructuario, que não pôde perder os seus direitos contra sua vontade; excepto n'aquelles casos em que a lei lhe impõe por culpa as penas de perdimento do usufructo.

Se o usufructuario não tiver caminho para o predio do usufructo se lhe deverá conceder servidão por outro predio

da herança do concedente, e será este um onus tranzitorio á que os possuidores de taes predios se deverão sujeitar. L. 1, § 2.º e 3.º ff. *Si usufr. pet.*

Observações.—A regra geral é que o usufructuario tem direito a tuto quanto é necessario para gozar da cousa subjeita ao usufructo, e partindo deste principio, entende Malleville que não só deve gozar dos direitos de servidão e de passagem devida ao predio, como até poderá exigir que o proprietario lhe faculte um caminho para lá chegar, não havendo outro; podendo mesmo exigir os titulos necessarios para poder fazer uso de seu direito e defende lo. De outra maneira nem a intenção do testador se poderia cumprir, nem o legado do usufructo aproveitaria aquelle, á quem o concedente teve em vistas beneficiar.

Póde embargar a obra nova que alguém fizer em detrimento do usufructo. L. 1, § 20, L. 2, ff. de *oper. nov. nunt.*

Observações.— Devendo o usufructuario conservar a cousa, não só em seu proprio interesse, como em cumprimento das obrigações contrahidas, a lei quer que elle, constituido um verdadeiro guarda, seja ao mesmo tempo o mandatario legal com os poderes necessarios para fazer effectiva a conservação da cousa, que lhe foi confiada, sob pena de immediata responsabilidade para com o proprietario, que lhe poderá pedir as perdas, occasionadas por negligencia; e d'aqui conclue-se que o usufructuario tem a duplice qualidade de *procurator in rem suam* e *in rem alterius*—revestido do mandato necessario a bôa administração e defesa da cousa, quér por actos judiciaes, quér extrajudiciaes.

Desde que um individuo qualquer é constituido usufructuario, diz Dumolin, está tambem por este facto constituido mandatario geral do proprietario, e n'este caracter pode exercer todos os actos necessarios, quer judicial, quer extrajudicialmente no que respeita a guarda e a conservação da cousa e dos direitos que lhe são accessorios: *Et ipso quod constitutus est usufructuarius videtur sibi commissa custodia rei et mandatum generale. Ita quod censetur procurator generalis proprietarius ut possit exercere illa quæ concernunt curam, custodiam et conservationem ipsius rei et jurium ejus: nedum extra judicium, sed etiam in judicio, unde hoc procuratorio nomine poterit nuntiare novum opus, nedum per jactum lapilli, sed etiam per pretorem, et directis actionibus confessoriiis uti, pro servitutibus fundo fructuario debitis.* Coutume de Pariz tit. 1.º, § 1.º, gloss. 1, n. 15.

Sendo, porém, a opinião de Dumolin controvertida entre os escriptores, aconselharemos que o usufructuario, para se não expor ao risco de perder a acção, ou pelo menos ve-la protelada com o expediente das excepções, compareça em juizo por si—*actor in rem suam*, e *procuratorio nomine*—representando tambem a pessoa do proprietario, de maneira que este venha a figurar como assistente pela regra seguinte: *usufructuarius aтем opuz novum nuntiare suo nomine non potest; sed procuratorio nomine nuntiare poterit, aut vindicare usumfructum ab eo qui opus novum faciat: quæ vindicatio præstabit ei quod ejus interfuit opus novum factum non esse.* L. 1, § 20, ff. de novi operis nuntiat, liv. 39, tit. 1.º E a razão é por que a acção de obra nova pertence ao proprietario, como dono do fundo que foi invadido por terceiro; e sendo principio em materia de acções que cada um só deve comprometter no julgamento seus proprios interesses, não deve o usufructuario subjeitar á um quasi contracto judiciario interesses

de terceiro que não foi ouvido ; d'onde resulta a necessidade do comparecimento do proprietario, uma vez que a qualidade de—*procurator*—no usufructuario deriva-se apenas da obrigação de conservar a substancia, que é propriedade de outrem.

Se bem que o usufructuario, como sustenta Dumolin, pelo facto da constituição do usufructo se ache logo revestido de uma especie de mandato tacito, isto se não deve entender no sentido de um mandato geral, para defender todas as especies de causas, concernentes a propriedade, mas sómente no que respeita a guarda, conservação e administração da cousa : *Non tamen est proprie procurator generalis, sed quoad quædam, videlicet quæ respiciunt custodiam defensionem et administrationem rei et jurium ejus. Unde tenetur conservare jura, pertinentias, et servitutes debitas proprietati, seu fundo fructuario : et si permiserit eas usucapi, vel præscribi, tenetur ad interesse. Igitur habet juz agendi pro illis juribus et pertinentiis et servitutibus, videlicet per obliquum et inconsequentiam actione confessoria usufructuarius nomine suo, vel per directum procuratorio nomine domini : Coutume de Pariz tit. 1.º § 1.º gloss. n. 16.*

Convem pois ter por certo, como diz Sotomayor, que se deve ser regeitada a opinião d'aquelles, que recusam todo o mandato tacito ao usufructuario, no que diz respeito á propriedade, tambem não se deve admittir a doutrina dos que lhe concedem um mandato geral para todos as especies de acções, que tiverem por objecto os direitos do proprietario sobre a cousa ; mas deve guardar-se o meio termo entre os dois systemas.

Por maior que seja a extensão que se queira dar á este mandato é fora a duvida que não póde ter os effeitos de uma procuração expressa, e pois, para que o proprietario não possa dizer que o usufructuario foi a juizo compromet-

ter-lhe a propriedade, em vista da discordancia das opiniões, entendemos que o meio termo a guardar é comparecerem ambos em juizo para defeza da cousa : sendo um chamado pelo outro á autoria para fazerem causa commum, ou tomando um d'elles o character de assistente, o que se pôde dar em qualquer periodo da causa ; ainda mesmo *depois de ter sido áada sentença na mor alçada*, nos termos da Ord. L. 3, tit. 20, § 32. Este expediente tem ainda a grande vantagem de fazer extensivo os efeitos do julgamento tanto aos interesses do proprietario como aos do usufructuario, e incontestavelmente é o meio melhor de garantir a situação do proprietario, cuja causa o usufructuario nunca deve tornar de pior condição, mas sempre melhorar, quanto for possível : *Fructuarius causam proprietatis deteriorem facere non debet : meliorem facere potest.*

O que fica dito deve estender-se, com mais ou menos modificação, ás acções possessorias, que o usufructuario tem direito de propor contra quem o esbulhar, ou turbar simplesmente na posse do usufructo, segundo a pessoa e o modo por que for feito o esbulho ou simples turbação : L. 3, § 13 ff., und V. L. 4. ff. *uti possid.*

Dizemos—*segundo e pessoa*—por que, se a simples turbação por obra nova tiver sido feita pelo proprietario, n'este caso o usufructuario só terá direito de pedir-lhe indemnisação : L. 1, § 20, L. 2 ff. *de oper nov. munt.* uma vez que o usufructuario para com o proprietario é considerado apenas um simples detentor precario. Se porém a turbação tiver sido feita por terceiro contra o exercicio dos direitos de usufructo, então poderá o usufructuario invocar logo em seu favor a maxima : *spoliatus ante omnia restituendus.* L. 4, ff. *uti possidetis*, liv. 43, tit. 17.

O usufructo de uma casa comprehende não só o goso da casa, como tambem de toda e qualquer utilidade de que ella for capaz, inclusivamente os utensis, que se encontrarem em estado de conservação, para o uso á que foram destinados; ainda quando o titulo constitutivo do usufructo não faça d'elles expressa menção. L. 7, § 1.º L. 15, § 6.º D. de usufr. L. 16 D. de usu et habitatione.

Observações.—O usufructo, estabelecido sobre uma casa, consiste essencialmente no direito de habita-la, ou occupa-la no todo, pessoalmente, ou por intermedio de terceiro, e n'esta parte os direitos do usufructuario sobre os accessorios das casas podem ser mais ou menos extensos, segundo a vontade do testador, ou disposição da lei, podendo até comprehender cousas que não sejam moveis por sua natureza, se o testador as não excluio expressamente de sua disposição. Assim, por exemplo, o usufructuario terá o direito de gosar de diversos objectos moveis, applicados ao uso de sua habitação, por effeito immediato da vontade do homem, se lhe foi legado o usufructo de uma casa mobilada: *Si ita legatus esset usus fundi ut instructus esset; earum rerum quæ in instrumento fundi essent, perinde ad legatarium usus pertinet, ac si nominatim ei earum rerum usus legatus fuisset.* L. 16 ff. de usu et habitat. lib. 7, tit. 8; e terá igual direito em virtude da lei, se o testador por sua disposição não alterou o goso dos objectos, que por direito se consideram accessorios do immovel, no sentido da regra acima, porque aqui se consideram os utensis, e tudo quanto a casa encerra de util, como parte integrante do legado.

Um aresto de Agosto de 1859, citado por Montholon, cap. 60, julgou que o usufructuario de um castello tinha o direito de gosar não só dos pombos que existissem no pomal, como dos peixes dos viveiros e mais accessorios do mesmo castello. Ora, sendo os utensis accessorios de-

pendentes do fundo á que pertencem, devem por isso estar sujeitos ao mesmo goso no sentido d'aquelle julgamento, pelo principio que prescreve que o accessorio por destino do proprietario se julga parte integrante da cousa principal: *Res accessoria sequitur rem principalem*.

— Questão. *O usufructuario de uma casa poderá só por si despejar o inquilino, admittido pelo concedente do usufructo?* A legislação franceza nega-lhe este direito, que lhe concedia a Romana por força da —lei *emptorem*, e assim se acha prescripto na L. 59, § 1.º D. de *usufr.*, a qual concede ao usufructuario a faculdade de despejar o locatario da casa, legada em usufructo.

Parece-nos mais rasoavel e juridico seguir as disposições da Legislação Franceza, de accordo com as leis e pratica seguida entre nós. Como em regra a acção de despejo só compete áquelle que tem o dominio pleno do predio, e não ao simples alugador, que não é considerado verdadeiro senhor: Alv. de 3 de Novembro de 1757, visto como pelo arrendamento, ainda que de dez e mais annos, não se transfere dominio algum nos locatarios: Consol. art. 651, parece-nos que por identidade de rasão o usufructuario, que não tem o dominio pleno da cousa, não deverá tambem ser considerado verdadeiro senhor para poder só por si despejar o locatario, admittido pelo concedente do usufructo, sem o concurso do proprietario. A posse civil no que respeita ao usufructo pertence, é verdade, ao usufructuario, possuidor da cousa alheia, mas no que respeita a substancia pertence exclusivamente ao proprietario; e por isso não póde ser permittida a acção de despejo áquelle, que possui a cousa em nome de outrem.

É permittido ao usufructuario extrahir moderadamente a turfa, ou porção de terra bituminosa, que constitue a superficie nos lugares, que não são destinados á plantações.

Observações.—Esta permissão é restricta ao simples uso de usufructuario, á exemplo do que se dá com as pedras de giz e areias nos rios, das quaes elle se pôde servir, mas não vender; e n'este sentido foi proferido um aresto do *Grande Conselho* de 30 de Setembro de 1752, sustentado ainda por um outro do Parlamento de Pariz de 31 de Maio de 1756, citado por Denisart na palavra—*Tourbe*.—Firmou-se a decisão, diz este escriptor, em que o direito de extrahir a terra bituminosa, que fórma a superficie, traz necessariamente alienação da propriedade, porquanto a experiencia tem mostrado que os terrenos, cuja turfa se extrahе, ficam por mais de um seculo incapazes de produção. Conclue-se pois nos termos d'aquella decisão que não deve ser permittido ao usufructuario tirar além d'aquillo que restrictamente for necessario ao seu uso pessoal; visto como a extracção em maior escala importa uma verdadeira alienação do fundo fructuario, desde que este vem a tornar-se inutilisado para a produção por um espaço de tempo superior ao termo regular da vida do homem.

Casando usufructuaria com o proprietario, este communica áquella a propriedade, e aquella a este o usufructo, o qual morrendo, aquella é meieira nos bens.

Observações.—Pelo facto do casamento, segundo o costume do Reino, o proprietario communicou com sua mulher todo o direito e herança, que lhe tinha sido deferida, por for-

ça do Alv. de 9 de Novembro de 1754, em virtude do qual a posse civil, que tinham os defunctos em sua vida, passa com todos os effeitos da natural por morte d'elles, junctamente com a propriedade de seus bens aos herdeiros legitimos ou testamentarios; e communicando pelo mesmo principio a usufructuaria com o proprietario, d'esta communicação reciproca resulta a confusão do usufructo com a propriedade na pessoa d'aquella, que passou verdadeiramente a ser meieira nos bens de seu casal.

TITULO IV

Direitos e obrigações especiaes do usufructuario.

§ 19

Da Caução

O usufructuario deve dar caução de gosar como bom pai de familia, logo que lhe seja pedida pelo proprietario; declarando que se obriga não só a restituir os bens, findo que seja seu usufructo, como tambem a indemnisar os damnos, que resultarem de culpa sua, ainda que leve. L. 1, ff. *usufr. quemad. cav.* L. 4, Cod. de *usufr.* art. 601 do Cod. Civ. Fr.

Observações.—Entre os diversos meios, que as leis concedem para conservação dos direitos de cada um, conta-se a *caução*, que não é mais que a segurança ou garantia, que uma pessoa dá á outra sobre o cumprimento de certa obrigação.

Como a coisa se acha em poder do usufructuario, que a póde deteriorar por sua má administração, e tornar-se depois insolvente, o proprietario tem o direito de pedir-lhe uma caução, que lhe assegure o cumprimento das obrigações especiaes que contrahira, em virtude da aceitação do legado; seguindo-se d'aqui que em materia de usufructo a caução só póde ter por objecto duas cousas: as perdas e damnos, que resultarem do abuso do gozo, e a execução dos reparos necessarios á conservação da coisa. Certamente no que respeita ao abuso do gozo e malversação, que póde apparecer da parte do usufructuario, dão-se factos, que lhe são restrictamente pessoaes, e assim tendo-se elle obrigado, pela aceitação do legado, a restituir a coisa em bom estado, a lei com justiça o sujeitou á esta obrigação indeclinavel, todas as vezes que lhe for pedida pelo proprietario; e no que respeita a execução dos reparos necessarios á conservação da coisa elles demandam ainda despezas, sem as quaes não poderão ser feitos; d'onde se segue que n'este segundo caso a obrigação toma o character de uma verdadeira divida para com o proprietario, da qual o usufructuario se não poderá escusar, quaesquer que sejam as rasões que allegue.

A causão finalmente vem a encerrar duas obrigações principaes d'onde se derivam todas as outras: uma de gosar como bom pai de familia, e outra de restituir a coisa em bom estado no fim do usufructo: *habet autem stipulatio ista duas causas: unam, si aliter quis utatur, quam vir bonus arbitrabitur; aliam de usufructu restituendo.*

Será boa cautela do proprietario fazer declarar no respectivo termo da caução o estado presente da cousa de um modo que deixe depois conhecer toda e qualquer damnificação, que com o andar do tempo possa aparecer.

Pretendem alguns interpretes que basta aos interesses do proprietario que a cousa se apresente restaurada no fim do usufructo, concluindo d'aqui que para esse tempo deverão ficar adiados todos os direitos relativos a guarda e a conservação da cousa fructuaria. Esta doutrina, porém, tendendo não só a dificultar, como a impossibilitar o exercicio do direito na occasião em que o proprietario queira faze-lo effectivo, dá lugar á graves inconvenientes, que convem evitar, e um exemplo fará conhecer.

Se o usufructo for temporario, e a cousa não apresentar deterioração alguma sob a guarda do usufructuario, em quanto este por sua pessoa e bens inspirar a garantia precisa, poderá o juiz, como diz Pothier, admitir que fique adiado o direito do proprietario, que nada soffre, até que o abuso se manifeste; mas se o usufructo for vitalicio e o usufructuario por seus bens não offerecer a precisa garantia, os mais graves inconvenientes se levantam contra semelhante doutrina, desde que começarem a apparecer as mais pequenas deteriorações. Suspenso ou adiados os direitos do proprietario até que com a morte do usufructuario seja extincto o usufructo, comprehende-se que durante este tempo ficou o proprietario collocado em um estado de tolerancia passiva, obrigado a soffrer contra seus interesses males, que poderia ter evitado em tempo; e sendo principio de direito que convem mais prevenir um grande mal do que deixa-lo praticar, para depois procurar-lhe o remedio, d'este principio resaltão os inconvenientes de tal doutrina: *melius enim intacta jura servari, quam post causam vulneratam remedium querere* L. 5, *cod in quibus causis in integrum* liv. 2, tit. 41.

Incerto como é o termo da vida humana, não se poderá saber se o usufructuario, até o momento de sua morte, estará ainda nas condições de poder satisfazer as obrigações de reparar a cousa, para entrega-la no estado de conservação precisa; e assim toda e qualquer protelação só pôde ser injusta e contraria aos interesses legitimos do proprietario.

Ainda mais: concedendo a lei ao proprietario a acção competente para fazer julgar extinto o usufructo por abuso de gozo, é facil comprehender que a intenção do legislador foi permittir ao proprietario fazer effectivo o seu direito em vida do usufructuario e não depois de sua morte, pelos inconvenientes que temos visto.

A caução não será devida se o usufructuario foi expressamente dispensado d'ella no acto constitutivo do usufructo: Cod. Civ. Fr. art. 601.

Observações.—É tambem não menos grave questão saber si o testador, que lega o usufructo, pôde dispensar o legatario da obrigação de caucionar.

Os que seguem a negativa fundam-se na L. 1.^a Cod. de usuf. et hab. em virtude da qual a obrigação de dar caução não pôde ser dispensada pelo testador, por ser uma consequencia natural do usufructo, quér seja constituido por contracto, quér por testamento. Parece-nos porém mais razoavel que se deixe ao concedente do usufructo inteira liberdade de dispor do que é seu do modo que julgar mais util áquelle, á quem quiz beneficiar; podendo remittir a caução, se lhe parecer mais conveniente ao donatario, como um acto de maior beneficio.

Com effeito, se o concedente do usufructo por contracto ou por testamento pôde dispor de toda a cousa, seria absurdo pretender que não pudesse dispensar a formalidade da caução, porque quem pôde o mais deve necessariamente poder o menos; cumprindo porém que esta faculdade seja extensiva sómente á porção de bens de que o doador ou testador poder dispor, segundo a lei.

Dispensada a caução n'aquelles casos em que o testador poder dispor dos objectos legados em usufructo, se depois de sua morte o usufructuario fez máos negocios, ameaçando cahir em fallencia, a requerimento do proprietario podem ser tomadas as medidas prescriptas nos arts. 602 e 603 do Cod. Civ. Fr.

Observações.—Na hypothese figurada o estado excepcional do usufructuario, devido ao desconcerto de seus negocios, chama o proprietario a acautelar-se em tempo contra os effeitos da banca-rotta; e, podendo esta ser occasionada por culpa ou fraude do mesmo usufructuario, seria iniquo que o proprietario ficasse privado de lançar mão dos meios legais, não só para acautellar direitos futuros, como para inutilisar a fraude, que por ventura se pudesse dar da parte do usufructuario. Negar-lhe tal faculdade seria permittir ao usufructuario tirar proveito do proprio dolo e malicia, o que é contra direito: ord. liv. 3.º, tit. 21, §§ 25 e 26, tit. 48, § 1.º, tit. 58, § 8.

Se o testador remittindo a caução quiz fazer beneficio mais largo ao usufructuario, não quér isto dizer que sua intenção tivesse sido tornar pior a condição do proprietario, sacrificando os seus direitos, porque então teria legado o

domínio pleno da coisa ao primeiro, e não a teria deixado também dividida no interesse do segundo, e sempre em benefício de ambos. Em falta pois da conveniente caução pôde o proprietario, no caso previsto na regra estabelecida, requerer sequestro nos rendimentos, depósito das quantias comprehendidas no usufructo, venda dos moveis e dos fructos, deposito do producto d'esta venda, e finalmente arrendamento dos mesmos immoveis, para se dar ao usufructuario aquillo, que por direito, lhe pertencer; devendo em todo o caso dar-se preferencia ao proprietario, se convier a este a administração dos bens: art. 833 do novo Cod. Civ. da Hallanda.

Ainda que a caução tenha sido dispensada o usufructuario continúa na obrigação de restituir os bens, que recebeu, e sujeito a indemnisação dos danos, que resultarem de sua má administração. L. 65, ff. de *usufr.*

Observações.—A obrigação de restituir e a de caucionar são cousas distinctas e independentes uma da outra: a primeira é obrigação principal, e a segunda subsidiaria. Principal porque a lei considera-a como condição indispensavel da existencia do usufructo, que exige essencialmente que o gozo verse sobre a coisa alheia, para se poder em tempo restituir; e subsidiaria porque vem simplesmente como auxiliar, para se poder fazer effectiva a primeira.

Estabelecido, portanto, que o usufructuario usa e goza da coisa, que não lhe pertence, é visto que lhe assiste não só a obrigação de satisfazer os danos causados por sua má administração, como também a obrigação principal de restituir o que não é seu, obrigação que se não pôde remittir como a segunda, que é de natureza diversa, e to-

da subsidiaria. Dispensada a primeira o usufructo deixaria de existir, mas, dispensada a segunda, apenas desapareceria as condições de immediata garantia, que o proprietario irá buscar nas medidas prescriptas nos arts. 602 e 603 do Cod. Civ. Fr.

— *Questão.* Vendido o usufructo sem ter ficado expressa entre as partes contractantes declaração alguma relativa a caução, que não foi dispensada, poderá o comprador ser obrigado a presta-la ao proprietario, pelo facto de se ter constituido cessionario do usufructo ?

Alguns opinam pela negativa e fundam-se : 1.º em que o vendedor de um predio com reserva de usufructo para si não é obrigado a prestar caução, e por isso não deverá tambem ser obrigado a presta-la o cessionario do usufructo, que se acha em identicas circumstancia, pelo principio da igualdade que entre um e outro se deve estabelecer ; 2.º em que toda a obscuridade na convenção deve ser interpretada contra o vendedor na fórmula do art. 1602 do Cod. Civ. Fr., que o manda expressar-se em termos, que demonstrem claramente aquillo á que ficou obrigado ; e n'este sentido deveria ter-se expressado o vendedor, si sua intenção tivesse sido exonerar-se da caução, para que esta afinal podesse recahir sobre o comprador.

Outros, seguindo a opinião diversa, dizem : 1.º que o argumento allegado, podendo ser applicado tanto ao caso de usufructo por venda, como ao de usufructo por doação, levaria a concluir, contra a terminante disposição da lei, que o donatario do usufructo nunca deveria prestar caução ; 2.º que a lei, estabelecendo em principio geral a obrigação de dar caução, não fez excepção em favor do comprador do usufructo, mas unicamente em favor do vendedor de um predio com reserva de usufructo para si ; 3.º que o vendedor do usufructo, conhecendo a disposição da lei, deve necessariamente ter-se firmado n'ella, considerando superfluo

estipular aquillo, que a propria lei estipulou ; o que torna inapplicavel a disposição do citado art. 1602 ; tanto mais quanto, não tendo havido pacto, em que ficasse expressa a mencionada obrigação, não se pôde dizer que tal pacto te-nha sido obscuro, ou ambiguo.

No meio da controvérsia seguiremos a opinião dos primeiros, como mais consentanea com os principios de direito que regulam a materia ; e passaremos a fundamenta-la ainda em outras razões.

O primeiro argumento dos contrarios, equiparando os principios reguladores dos contractos beneficos, como é o usufructo por doação, aos principios reguladores dos contractos onerosos, como é o usufructo por venda, não pôde ser aceito para negar o principio da igualdade, que se deve dar entre o cessionario do usufructo e o vendedor de um predio com reserva do gozo para si, por quanto d'elle resulta a confusão de cousas distinctas e só applicaveis á casos diversos. Com effeito, se nos contractos beneficos se podesse estabelecer a mesma igualdade que se estabelece nos onerosos, elles deixariam de ser beneficos, e vice-versa, se nos onerosos se podesse estabelecer a mesma igualdade dos beneficos, deixariam aquelles de ser onerosos : ora, no caso em questão o cessionario do usufructo figura em um contracto oneroso, onde não ficou expressa clausula alguma relativa a caução, fica manifesta a disparidade que ha em fazer applicação indistincta dos principios reguladores dos contractos onerosos, para pretender subjeitar o cessionario do usufructo por venda á mesma obrigação, á que legalmente está subjeito aquelle que figura em um contracto benefico, como é o usufructo por doação.

A lei, estabelecendo em principio geral a obrigação de caucionar á que subjeitou o usufructuario, não fez, é verdade, excepção em favor do comprador do usufructo, como fez em favor do vendedor de um predio com reserva de usu-

fructo para si, mas este argumento, que é o segundo a que recorrem os contrarios, nada prova ainda. Com quanto a justiça da lei, sob certa relação sómente, se funde nos motivos, que lhe deram origem, todavia ella não póde dispor senão de um modo geral, attenta a impossibilidade de prever todas as hypotheses, e deixar expressamente declarados todos os casos, á que tenha de se fazer extensiva : Ord. L. 3, lit 69 fin. do princ. d'onde se conclue que o legislador, calando a hypothese em questão no contracto oneroso, deixou que ella se regulasse pela convenção das partes, e não pelos principios geraes, que regulam a *caução fideijussoria*, a qual só tem applicação restricta ao legatario do usufructo por doação. Este argumento, por tanto, simplesmente baseado no facto de não ter a lei feito em um caso a excepção que fez em outro, quando expressamente dispensou da obrigação de caucionar o vendedor de um predio com reserva de usufructo para si, nada prova contra o cessionario do usufructo por compra, uma vez que é principio corrente nos contractos que em caso de duvida uma clausula deve sempre interpretar-se contra aquelle que estipulou, e á favor do que contrahio a obrigação : *In stipulationibus cum quæritur quid actum sit, verba contra stipulatorem interpretanda sunt.* Liv. 38 ff. de verb. oblig. *Fere secundum promissorem interpretamur.*—L. 99.

O terceiro argumento que pretende que o cedente do usufructo, conhecendo a disposição da lei, tenha julgado superfluo estipular aquillo, que a propria lei estipulou, é mais improcedente ainda.

Por mais geraes que sejam os termos de uma convenção, ella só póde comprehender aquillo que as partes contrahentes rasoavelmente se propozeram contractar, e não aquillo sobre que se não pensou na occasião do contracto : *Iniquum est perimi pacto id de quo cogitatum non est.* L. 9, ff. de transact. ; e da applicação d'esta regra resulta

necessariamente que a vontade e intenção presumida do cedente não é bastante para estabelecer a obrigação, que se pretende encherger no cessionario.

Como sabemos, as obrigações nascem dos contractos ou quasi contractos, delictos ou quasi delictos e da lei. No caso em questão a obrigação de caucionar á que está sujeito o usufructuario nasce da lei, e a que se pretende dar ao comprador nasce do contracto, em virtude do qual se constituiu cessionario do usufructo; e pois, se não ficou expressa declaração alguma, relativamente á caução, como admittir a existencia de uma obrigação, nascida de um contracto oneroso, quando no contracto ella não ficou expressa? É principio não menos corrente nos contractos, que recebem força de convenção das partes, não ser cada um obrigado senão áquillo, que expressamente declarou querer sujeitar-se, e da applicação d'este segundo principio ao caso em questão resulta finalmente que o cessionario do usufructo não pôde sob fundamento algum juridico ser obrigado a caução, da qual nem ao menos cogitou em seu contracto: *Neque enim pacto continetur id de quo cogitatum non est.* D. Leg. 9, §, *fin.*

Se o argumento, que considera superfluo estipular aquillo que a propria lei estipulou, pôde ter alguma applicação, é sómente contra o usufructuario, sobre quem a lei deixou expressa a obrigação de caucionar, e em regra as obrigações só se dissolvem pelos mesmos meios porque se contrahiram perante a lei; e assim não se pôde considerar coisa superflua as declarações tendentes a exoneração de obrigações, que a lei considera restrictamente pessoaes, como é a de prestar caução. Concluimos, por tanto, que o cessionario não deve ser obrigado a prestar caução, se no contracto não ficou expressamente declarada esta obrigação, que se não pôde presumir; cabendo todavia ao proprietario o direito de oppor-se á sentença, que houver de jul-

gar a cessão e traspasso do usufructo, até que o cessionario ou o cedente lhe garantam as deteriorações futuras.

Questão. Se a caução já tiver sido prestada ao tempo em que a cessão se fez, o garante do usufructuario continuará responsavel para com o proprietario pelo novo acquirente do usufructo ?

Caução, garantia, fiança e fideijussão—tudo n'este lugar exprime a mesma cousa. A caução ou garantia é *simples*, ou *formal*: *simples* a que tem lugar nas materias *personas* entre muitos co-obrigados ao pagamento de uma divida; e *formal* a que se dá em beneficio d'aquelle que goza de uma propriedade á titulo de senhor, ou de usufructuario. Pelo facto da cessão o terceiro garante ficou desonerado de toda a responsabilidade pelos danos futuros, e obrigado sómente ás deteriorações existentes, ou cuja causa já era conhecida, ao tempo em que a cessão se fez; por quanto, além de operar-se pela cessão uma verdadeira novação de contracto pela mudança da pessoa do devedor directo, obrigado a conservar, os abusos do novo acquirente no exercicio do direito de gozo constituem factos inteiramente estranhos ás condições, que foram expostas ao garante, quando se submeteu a caução prestada.

Na formação dos contractos á que se refere a questão proposta as considerações devidas ás qualidades *personas* do afiançado entram como condição tacita do ajuste da caução, a qual, por via de regra, só se presta áquelles á quem se conhece, ou á quem a amisade obriga a servir; mas afiançar um amigo não quer dizer continuar obrigado a garantir o primeiro estranho que o vá substituir, para se pre-

tender a continuação da fiança em favor d'aquelle, cuja fidelidade póde ser desconhecida ; e neste caso está o terceiro acquirente do usufructo.

E' certo que a obrigação de reparar é um encargo real imposto ao gozo do fundo, encargo inseparavel do usufructo, que se não pode alienar sem transferir ao mesmo tempo a obrigação de conservar, mas isto quér dizer que o proprietario tem o direito de exigir fiança d'aquelles, que fizeram novação do contracto, e não do garante primitivo, que não figurou nem foi ouvido em tal contracto.

Concluimos, pois, que a caução deve ser strictamente interpretada, por se não poderem presumir obrigações para com terceiros, desconhecidos ao tempo da convenção ; devendo por isso considerar-se exonerado o garante primitivo.

— *Questão* : *Tendo sido o usufructuario dispensado da caução pelo testador passará o mesmo favor ao terceiro acquirente do usufructo por venda ?*

Si, como vimos precedentemente, a obrigação do garante do usufructuario não se pode fazer extensiva para com o novo comprador do usufructo, por que as considerações devidas á pessoa do afiançado entram como condição tacita nos contractos de caução, pelo mesmo principio o favor concedido pelo testador ao usufructuario não se pode fazer extensivo ao terceiro acquirente do usufructo por venda, por que a dispensa de dar caução é um favor puramente pessoal, que só pode aproveitar áquelle á quem o testador quiz beneficiar, e os favores pessoaes não se communicam : *Ubi personæ conditio locum facit beneficio, ibi deficiente personâ deficit beneficium. L. 68 ff. de regul. jur.*

Da caução ou fiança é desobrigado: 1.º o pae no usufructo legitimo, que lhe cabe nos bens adventicios do filho: *L. un. § 4, Cod. de Bon. quæ lib.* por quanto, ainda que a Lei de 9 de Setembro 1761. § 27 tenha sujeitado á essa caução o pae, que passou a segundas nupcias, todavia nessa parte ficou ella alterada pelo Decr. de 17 de Junho de 1778; 2.º a mãe que passou a segundas nupcias, no que respeita ao usufructo dos bens, em que succedeu ao filho ou filha do seu primeiro matrimonio, fallecido abintestado, e que esse filho ou filha tinha havido de seu pae ou de seu avô paterno: *Ord. L. 4. tit. 91 § 2, combinado com o § 3.º da Ord. cit. ; 3.º o doador que reservou o usufructo dos bens doados: Huber ad Pand. L. 7, tit. 9 n. 3. Guerreir. Tr. 1.º L. 4 Cap. 2. n. 22 ; e 4.º finalmente o usufructuario á quem o instituidor expressamente desobrigou da caução no titulo constitutivo do usufructo: Cod. Civ. Fr. art. 601.*

Observações.—A lei não deve fazer aos paes a injuria de julga-los capazes de deteriorarem, ou mesmo negligenciarem a conservação dos bens de seus filhos, cujos interesses elles devem ser os primeiros a promover e augmentar; e por isso com razão isentou da caução o pae ou mãe, á quem cabe o usufructo legitimo nos bens de seus filhos nos casos previstos na regra supra; e como regularmente a obrigação de dar caução se entende do usufructo constituido *ab homine* e não do constituido *á lege*, cumpre assim que elle cesse no usufructo legitimo do pae ou mãe, pois que os filhos se presumem seguros com a hypotheca tacita dos bens de seus paes.

Com igual razão isentou ainda o doador, que reservou o usufructo dos bens doados, porque neste caso é o titulo constitutivo do usufructo quem

regula a extensão das obrigações do concedente, tão apto para dispor, como para estabelecer as condições e limites de seu beneficio. Semelhantemente o usufructuario, á quem o instituidor expressamente desobrigou da caução, não pode estar sujeito á ella, porque quem pode o mais, que é dispor da cousa, deve necessariamente poder o menos, que é dispensar a caução.

— *Questão.* Quando os paes são usufructuarios dos bens de seus filhos, não em virtude do poder legal, mas por effeito de doações que fizeram directamente a seus filhos, ou por effeito de doações de estranhos, poderão ser obrigados a dar caução?

O Direito Romano dicidia positivamente pela negativa, excepto si a mãe usufructuaria passasse segundas nupcias.

Com quanto o art. 601 do Cod Civ. Fr. não seja expresso nesta parte, Malleville entende diversamente, dizendo que o referido artigo, sujeitando á caução todos os usufructuarios, só dispensou o pae e a mãe no usufructo legal dos bens de seus filhos e por isso d'aqui se deve concluir que os pais devem prestar caução em outro usufructo qualquer que não seja o legal.

Delvincourt, t 1. p. 155 not. 8. parece entender o contrario, e mais rasoavel nós parece tambem seguir a opinião contraria, de acôrdo com o Direito Romano. E' certo que não nos deve ser permittido fazer distincções onde a lei não distingue, mas na hypothese figurada ha razão plausivel para distinguir, não obstante calar-se a lei, onde devia ter sido mais expressa.

Invocando o preceito de direito que nos ensina que onde a lei se cala a razão fica fallando, não se póde com fundamento exonerar o pae da caução no usufructo legal, sujeitando-o a mesma caução

no usufructo por doação feita por terceiro á seus filhos, por quanto a razão que se dá para presumir no primeiro caso que o pai deve ser o principal interessado na conservação e augmento dos bens de seus filhos, leva a estabelecer igual presumpção no segundo, onde os filhos não deixam de ser os mesmos filhos, para merecerem o mesmo interesse da parte de seus pais, em favor dos quaes é justo, que se estabeleça o mesmo direito. Hoje que a mãe tem a mesma authoridade que o pae, exceptuando o caso de haver passado a segundas nupcias, parece razoavel que tanto um como outro sejam dispensados da caução no caso figurado.

Si a doação tiver sido directamente feita por qualquer dos pais, mais improcedente se torna ainda, nesta parte, a questão proposta para pretender a caução, por que é inverosimil suppor que aquelle, que fez o primeiro beneficio doando, queira depois converte-lo em maleficio, destruindo e dissipando.

Não achando o usufructuario fiador á cousa, os bens se sequestram e depositam em mão de pessoa idonea, que lhe dê os rendimentos correspondentes, deduzidas as despesas que for obrigado a fazer; os fructos se vendem e o producto da venda é igualmente depositado. Si forem bens de raiz arrendam-se para o usufructuario ter a renda correspondente, e se for dinheiro dá-se a premio para ser deduzido o juro que lhe pertence: Cod. Civ. Fr. art. 602.

Observações. — Dá-se neste caso uma especie de reivindicação do objecto fructuario da parte do

proprietario, segundo a L. 7 D. *usufructuar. quemadmod. cav.*; d'onde vem ser praxe attestada por Almeida e Souz. em suas Adições á Mello Liv. 3. tit. 13 § 7, dar-se preferencia ao proprietario para encarregar-se da administração do objecto, dando por sua vez a necessaria garantia, no sentido de restituir ao usufructuario os rendimentos devidos, *deductis expensis*. Este remedio só não é praticavel em um caso que Voet exceptua, e é quando o usufructo tem por objecto cousas moveis, em razão da estreita ligação que estas cousas teem com a pessoa do usufructuario, e parecer dureza privá-lo das commodidades do usufructo de taes bens; devendo neste caso ser admittida simplesmente a caução *juratoria*, que consiste na promessa do devedor acompanhada de seu juramento.

Esta doutrina é ainda sustentada por Cambacérès sob o mesmo fundamento de parecer sempre rigoroso privar o usufructuario dos moveis necessarios ao seu uso, em falta de caução: *Procès-verbal du Conseil d'Etat*, 20 de Outubro de 1803, ao que responde Treilhard que este rigor é necessario para a segurança do proprietario; concluindo quanto ao mais, que nenhum prejuizo pode trazer ao usufructuario, porque este continuará a viver no estado em que se achava antes da liberalidade, que lhe foi feita, com jus ao premio que produzir o preço dos moveis.

Estas considerações podem, é verdade, ser de muito pezo, quando o usufructo consistir em grande quantidade de moveis, mas não se consistir em uma pequena porção; cumprindo por isso calcular devidamente o effeito da disposição relativamente ás pequenas fortunas, que consistirem apenas em uma pequena quantidade de objectos moveis. O marido, por exemplo, que habitando uma pequena casa

de campô deixa á mulher o usufructo dos poucos moveis, que possui e constituem todo o seu patrimonio, vendidos estes moveis, não se poderá dizer que o pequeno rendimento, que se conseguir do producto da venda, corresponda ás vantagens, que o testador teve em vistas legar, e que a mulher tiraria, se usufruisse os proprios moveis, que lhe foram legados. E assim é preciso concluir com o mesmo Cambacérès que devemos regular-nos, neste caso, pela intenção do testador, procurando fazer effectiva as vantagens reaes, que elle teve em vistas proporcionar ao legatario, e não priva-lo d'ellas.

A demora em dar caução não priva o usufructuario do direito aos fructos e rendimentos vencidos, desde que começou o usufructo: Cod. Civ. Fr. art. 604. Perez. in Cod. L. 3 tit. 33 n. 9.; mas em quanto não presta não recebe a coisa fructuaria, e o proprietario pode perceber e reter os rendimentos até que a caução se realise: Huber. Inst. n. 9.

A caução pode consistir em fiança, ou em pihores, se o proprietario os não recusar: Stry. § 2, l. 7. Hub. n. 9.

Observações.—Sendo a caução prescripta por lei, salvo as restricções que o titulo constitutivo do usufructo poder trazer, deve reunir todas as condições e qualidades requeridas nos arts. 2018, 2019

e 2040 do Cod. Civ. Fr. combinados — Duranton, t. 4, n. 601. Para effectua-la o usufructuario pode, de conformidade com o art. 2051 do cit. Cod., offerecer pinhores ou garantia em predios em vez de fiança; por quanto os arts. 602 e 603, ainda que especiaes, não podem derogar o principio geral, que se funda na equidade, e concilia perfeitamente o interesse das partes. Cit. Duranton, t. 4, n. 603.

§ 20

Da obrigação de inventariar.

O usufructuario recebe as cousas no estado em que se acham, mas não pode entrar no gozo, d'ellas, sem ter feito inventariar os bens legados em usufructo com especificação do bom ou máo estado em que elles se acharem, sejam moveis ou immoveis, para se poder fazer effectiva a sua responsabilidade no fim do usufructo; devendo o proprietario ser presente a formação do inventario até a sua conclusão: L. 1 § 4 ff. *Usufr. quemadmod. cav.* Guerreiro Fr. 1 L. 4 cap. 2 n. 1. Cod. Civ. Fr. art. 600.

Observações.—Uma das primeiras obrigações do usufructuario é tomar a seu cargo as cousas, que lhe foram legadas em usufructo, quer sejam moveis ou immoveis, faze-las inventariar em presença dos interessados para se poder saber em que ellas consistem, e em que estado as recebeu, afim de se regular o que tem de restituir, depois de extincto o

usufructo, e o estado em que deve ser feita a restituição: Domat, *Loix civiles*, liv. I, tit. 11, *sect.* 4, n. 1. Si o usufructuario despreza a formalidade de fazer especificar o estado dos immoveis sujeitos ao usufructo, presume-se que os recebeu em bom estado de conservação, e nesse mesmo estado fica d'esde logo obrigado a restitui-los, findo que seja seu usufructo; cumprindo sempre notar que é uma presumpção, que deve ceder a verdade, em vista das provas em contrario que se poderem deduzir do estado dos lugares, verificado por peritos ou por testemunhas: Toullier t. 3 n. 421.

— *Questão.* *Será valida a clausula testamentaria que dispensou o usufructuario de fazer inventario, declarando que o legado de usufructo se converta em legado de propriedade, si for exigido o cumprimento da obrigação de inventariar?*

Esta duvida resolvem Treilhard e Cambacérés, dizendo que é valida semelhante clausula, porque o testador que podia dar a propriedade, com maioria de razão deve poder tambem dispensar o legatario das condições ordinarias, impostas ao usufructo, e determinar consequentemente que o legado se converta em um legado de propriedade, se suas intenções não forem cumpridas e respeitadas.

E' certo que a clausula, nada tendo de immoral e contrario a lei, deve ser cumprida, como qualquer outra disposição licita, mas a de que se trata, oppondo-se, em certos casos, ás formulas ordinarias dos processos de inventarios, sujeitos á leis especiaes, não pode ser aceita sem restricções, por mais autorisadas que nos pareçam as opiniões de Cambacérés e Treilhard.

Se o usufructo for temporario, a titulo particular, legado á maiores, comprehende-se que nenhum inconveniente pode vir da falta de solemnidade de

inventariar por que o objecto é um só e os interessados *sui juris* ; mas se for vitalicio, legado á menores, á titulo universal, que abrange a totalidade dos bens de que o testador pode dispor, moveis immoveis, semoventes e até os direitos e acções, não pode o juiz deixar de tomar as medidas tendentes não só a fazer conhecido o estado presente dos objectos e que serve de regular as obrigações á que fica sujeito o usufructuario, se não tambem a evitar o extravio ou malversação que de futuro se possa dar em prejuizo dos menores.

Remittindo a solemnidade de inventariar o testador não pode ter querido beneficiar a um, prejudicando ao outro associado no mesmo objecto de sua liberalidade, e assim cabe ao juiz conciliar a intenção benefica do testador com o interesse dos menores, de modo que estes fiquem garantidos ; podendo, em certos casos, fazer com que no termo da caução, de que não foi o usufructuario dispensado, se descrevam todos os objectos, com declaração do estado em que se acharem, o que equivale a um inventario por modo diverso.

Por outro lado se o usufructo, quer a titulo particular, quer a titulo universal, for legado á estranhos, ou á parentes fóra do 2.º gráo por Direito Canonico, sujeitos ao pagamento da taxa d'estes legados, não deve o juiz dispensar ainda o comprimento da obrigação de inventariar, porque sem o arrolamento exacto de tudo aquillo que o defuncto possuia, e que constitue o legado de usufructo ao tempo da sua morte, não pode o Procurador da Fazenda reconhecer e examinar: 1.º se o juiz é competente ; 2.º se estão descriptos e regularmente avaliados todos os bens ; 3.º se as dividas passivas estão legalisadas ; 4.º qual o gráo de parentesco com o finado para regular o pagamento da ta-

xa; 5.º o modo porque foi constituido o legado ou herança de usufructo para requerer o que convier; 6.º se o testamento foi registrado na Provedoria e inscripto na Recebedoria; 7.º se ha substituição de herdeiros; 8.º Discriminar da Fazenda Geral a decima ou taxa pertencente a receita provincial; 9.º se ha bens trazidos a collação, por que importam á exacta descripção dos bens que deve ser fiscalizada; 10.º calcular a renda annua do objecto fructuario d'onde se deve deduzir o pagamento da taxa para a Fazenda Nacional; 11.º fazer abrir, n'este sentido, conta ao usufructuario na Recebedoria; e 12.º finalmente examinar se estão juntos os ultimos conhecimentos de decima urbana e outros impostos á que estiver sujeito o objecto legado em usufructo: Mello, F. 3. tit. 12 § 14 Reg. n. 156 de 28 de Abril de 1842 arts. 11, 12, 15, 17 e 18. Perd. Man. do Proc. dos F. § 426 e seg.

Cumpre, pois, ao juiz attender ao titulo constitutivo do usufructo e as pessoas á quem tiver sido legado, com referencia a idade e ao gráo de parentesco em que se acharem para com o testador, e não dispensar a obrigação de inventariar naquelles casos em que ella se exige como condição indispensavel para cumprimento das obrigações especiaes que são impostas por lei; tanto mais quanto, em regra, a obrigação de fazer inventario incumbe á todos aquelles que administram bens alheios: L. 7. D. de *administr.* Futur. L. 24. Cod. eod. Guerreir. de inventar. L. 2. c. 9. n. 1. *et do Dation* Futur. L. 3. c. 10 n. 1.

§ 21

Da obrigação de reparar.

O usufructuario é obrigado á fazer a sua custa os concertos necessarios a conservar os bens no mesmo estado em que lhe foram entregues, mas não é obrigado a fazer bemfeitorias, que tragam augmento do fundo, ainda que sejam necessarias: L. 7 § 2º D. *de usufr.*; excepto si no titulo constitutivo do usufructo lhe foi imposta esta obrigação.

Observações.— Por concertos ou reparos se entende toda e qualquer obra que se faz em uma cousa estragada, no interesse de prevenir a continuação do estrago, pondo a cousa no estado em que deve ficar, para preencher convenientemente o fim para que foi destinada: *Reficere est quod corruptum est in pristinum statum, restaurare.* L. 1 § 6.º ff *de riviz.* liv. 43, tit. 21.

Entre o estrago e a destruição é preciso distinguir que o primeiro se pode remediar, levando a cousa ao seu antigo estado, por meio de reparos; entretanto que a segunda, quando a cousa tem desaparecido por uma destruição total, não é susceptível de remediar, para leva-la ao seu estado primitivo senão por meio de reconstrucção.

Assim reparar uma casa é concertar, ou refazer a parte, que ameaça cahir: *si quis aedificium vetus fulciat, an opus novum nunciare ei possumus, videamus? Et magis est ne possimus: hic enim non opus novum facit, sed veteri sustinendo remedium*

adhibet. L. 1. § 13.º ff, *de operis novi munciat.* liv. 39 tit 1.

Reparar a coberta de uma casa é substituir as telhas, caibros, ripas e madeiras de maior grossura arruinadas, por outras tantas novas, collocadas na mesma ordem e no mesmo lugar das antigas. Reparar uma parede é aprumar de novo a parte, que ameaça cahir ou que já tenha cahido, tapar-lhe as fendas, reboca-la no todo, ou em parte somente; e em qualquer destes casos, ainda que o predio reparado venha a ficar em melhor estado, todos estes reparos não se podem chamar bemfeitorias nem reconstrucções, por que a obra, feita em parte, foi motivada pela necessidade da conservação do todo, que se arruinaria tambem.

Nesta parte a obrigação do usufructuario funda-se em que elle percebe os rendimentos do fundo sob o encargo de conservar, e assim é justo que aquelle que percebe a utilidade da cousa acarrete com o incommodo das despezas necessarias a conservação d'ella; tanto mais quanto presume a lei que taes despezas devem naturalmente sahir dos fructos. Hub. n. 10. E o que fica dito com referencia a obrigação de reparar se estende não só ao que se chama despezas de mão d'obra, como ao fornecimento dos materiaes necessarios para a execução da obra: *verbo reficiendi, tegere substruere, sarcire, dificare item advehere, adportareque ea, quæ ad eadem rem opus essent, continentur.* D. 1 § 6.º ff *de rivis.* liv. 43, tit. 21. L. 4 f. *do itinere privato.*

São concertos ou pequenas reparações aquellas, que importarem menos da quarta parte do rendimento annual da propriedade: Cod. da *Pruss.* l. p. tit. 21. art. 52; e grandes reparações as que excederem a quarta parte deste rendimento em um anno.

As grandes reparações ficam a cargo do proprietario, excepto si ellas foram occasionadas por falta dos reparos de conservação, depois de estabelecido o usufructo, caso em que fica o usufructuario obrigado a faze-las, a sua custa, por serem imputaveis á sua negligencia: Cod. Civ. Fr. art. 605.

Observações.— As obrigações do usufructuario no tocante aos estragos que demandam reparos, sejam elles casuaes, ou originados por culpa sua, teem um caracter particular, que cumpre distinguir.

Na especie figurada a obrigação de fazer as grandes reparações, que não provierem da ordem natural das cousas, nem de casos fortuitos, mas unicamente de faltas imputaveis ao usufructuario, toma o caracter de uma obrigação puramente pessoal, como a que se deriva de um delicto ou de um contracto; e d'aqui segue-se que, uma vez provado, que ellas provieram de negligencia do usufructuario, deve este somente soffrer as consequencias de seu deleixo para com o proprietario á quem as damnificações prejudicam. Nem outra podia ter sido a providencia do Legislador na hypothese estabelecida porque, devendo a cousa ser convenientemente reparada, para poder preencher o fim que lhe foi destinado, seria iniquo, que o proprietario, que nada percebe, nem tão pouco concorreu para damnificar a cousa,

viesses a acarretar com a culpa de quem percebe os lucros e occasionou os estragos. Cumpre notar ainda que a lei, quando fallou das grandes reparações á cargo do proprietario, exprimio-se de um modo diverso d'aquelle de que se servio, quando fallou das grandes reparações, á que sujeitou o usufructuario. Exprimindo-se simplesmente nos termos — *a cargo do proprietario* — não quiz dizer que este fosse obrigado a faze-las, como disse terminantemente quando fallou do usufructuario, a respeito do qual usou da expressão — *obrigado a faze-las* — O modo diverso por que o Legislador se exprimio, tratando de obrigações da mesma natureza e sobre a mesma cousa, quer dizer que o proprietario não pode ser obrigado á conservar o que é seu, porque goza do *jus abutendi*, ou faculdade de deixar arruinar-se a cousa que lhe pertence, como um dos attributos essenciaes do direito de propriedade; entretanto que igual faculdade se não pode conceder ao usufructuario, á quem incumbe a guarda e a conservação da cousa, que não é sua.

— *Questão.* O usufructuario poderá eximir-se da obrigação dos reparos de conservação, renunciando o usufructo?

As leis 48 e 64 ff. *de usufruct.* decidem affirmativamente, e a lei 65 parece dicidir pela negativa. Delvincourt porém concilia-as, fazendo a distincção seguinte: se os concertos á fazer são unicamente resultado do gozo e não do abuso, o usufructuario pode eximir-se da obrigação, renunciando o usufructo (argumento tirado do art. 656 do Cod. Civ. Fr.); mas se houve abuso, e o usufructuario negligenciou fazer em tempo opportuno os reparos de conservação, d'onde proveio a ruina, não pode ser admittido a renunciar, para se exonerar da obrigação de reparar, por que deve soffrer a

pena de sua negligencia e abuso, segundo o espirito da cit. lei 65.

— *Questão.* Poderá o proprietario obrigar o usufructuario á fazer os reparos de conservação?

Um Aresto do Supremo Tribunal de Pariz de 27 de Julho de 1825 decidio affirmativamente, fundado nos artigos 578, 601, e 605 do Cod. Civ. Fr. visto como nos termos dos cit. artigos o usufructuario é obrigado a gozar como bom pae de familia, a conservar a substancia da cousa e consequentemente á fazer nos immoveis os reparos de conservação; e, sendo principio certo que toda a obrigação, desde que existe, origina uma acção, que possa faze-la effectiva, segue-se que aquelle, que tem interesse em sua execução, pode sem perda de tempo exigir o cumprimento da obrigação que ficou conhecida.

Ainda mais: não havendo lei que autorise o usufructuario a suspender ou addiar o cumprimento da obrigação relativamente aos reparos de conservação, o proprietario passa a ter logo de presente um interesse real na execução destes reparos, a fim de se poder conservar a substancia da cousa, e evitar o seu aniquilamento; podendo por consequente constringer o usufructuario o faze-los, desde que elles forem julgados necessários. Si esta medida, que faculta o proprietario a accionar, todas as vezes que ha reparos a fazer, expõe o usufructuario a vexações continuas, força é reconhecer que um direito adquirido tambem não pode ser illudido arbitrariamente por aquelle que devia respeitá-lo, nem mesmo se pode chamar vexação o exercicio de um direito legitimo; cumprindo aos tribunaes apreciar a justiça ou injustiça da exigencia do proprietario, quando este vier á juizo. Nestes termos concluiu o Supremo Tribunal de Pariz que o proprietario tem o

direito de obrigar o usufructuario a fazer os reparos de conservação, desde que elles forem reconhecidos necessarios por meio de vistoria em tempo, precedendo as citações e mais formalidades necessarias.

Nos edificios entende-se por grandes reparações — *grosses reparations* — nos termos dos artigos 605 e 606 do Cod. Civ. Fr. as paredes mestras, as abobadas, os travejamentos, as armações e tectos; e nos predios de lavoura, os diques, paredões e muros em toda a sua extensão. Todas as outras reparações se consideram de conservação.

Observação.—O usufructuario é obrigado a fazer todas as reparações, excepto aquellas enumeradas na regra acima. Cumpre porém abservar que si uma parte somente das cubertas, diques, paredões e muros de sustentaculo tiverem necessidade de reparo, a obra é a cargo do usufructuario, por que a cargo do proprietario só se entende o refazimento *por inteiro*: *Toullier*, t. 3 n. 429 443 e 444.

Quanto a expressão — *por inteiro* — é preciso entende-la tomando o muro ou paredão em sua altura e não em sua extensão, porquanto, ainda que não haja senão uma parte do muro á refazer, si for necessario começar a obra pelos seus alicerces, considera-se grande reparação, á cargo do proprietario: *Pandectas Francesas*.

Segundo Pothier, *douaire*, n 238 todas as despesas necessarias para o gozo da herdade e para conserva-la em bom estado, tapar, cercar, sementar, renovar as vinhas, que tiverem envelhecido e cultiva-las, se entendem encargos de conservação.

De accordo com estes principios conclue Dalloz que as expressões da lei, d'onde se deduz a regra estabelecida, são restrictivas, e que todas as reparações, que n'ella se não acharem enunciadas, se consideram á cargo do usufructuario: Cit. *Dalloz, usufruit*, n. 517.

Assim como o usufructuario não é obrigado a fazer bemfeitorias, nem ainda as necessarias, em proveito do proprietario, do mesmo modo este não é obrigado a faze-las para gozo do usufructuario: L. 46 § 1.º

Se os edificios acabarem por velhice ou por caso fortuito, nenhum é obrigado a reedificação; mas, si foi reconhecida a necessidade da reedificação e o usufructuario a fez a sua custa, pode no fim do usufructo demandar elle e seus herdeiros a bemfeitoria ao proprietario, com tanto que prove que trouxe utilidade permanente ao predio reedificado: L. 7, § 2.º ff. de *usufr.* Cod. da *Pruss.* art. 55. Cod. Civ. Fr. art. 607.

Observações.—A perda, que ambos soffrem neste caso por um facto, que está na ordem natural das cousas, não pode dar á um direito e acção contra o outro para haver a indemnisação de damnos causados pelo tempo: *Si quâ tamen vetustate corruissent neutrum cogi reficere*, diz terminamente a Lei Romana.

A força maior pesou sobre um, quanto ao di-

reito de gozo, e sobre outro quanto ao direito de propriedade; ambos soffrem sob certa relação perdas reciprocas, que os privam de direitos e obrigações não menos reciprocas em prejuizo de ambos, sem que todavia se possam attribuir á aetos da vontade humana, e uma vez reconhecido que os edificios acabaram por velhice ou caso fortuito, e não por faltas pessoases, nem o proprietario nem o usufructuario podem ser obrigados por taes perdas, um para com o outro: Ord. L. 4. tit. 27, *in princ.* tit. 53, § 3.º

As *Pandectas Francezas* apresentam doutrina opposta á segunda parte da regra estabelecida, negando ao usufructuario e á seus herdeiros o direito de haver a indemnisação das despezas feitas com a reedificação, ainda que o valor da herança com ella se tenha augmentado; todavia se a obra da reedificação foi util entendem os melhores interpretes, o usufructuario, que a fez, pode não só por si como por seus herdeiros demandar o proprietario pela sua importancia, por que neste caso ella não é mais simples reparo de conservação, porem verdadeira bemfeitoria, que o usufructuario não é obrigado a fazer, ainda que seja necessaria, como vimos nos termos da L. 7. § 2.º *D. de usufr.*; e a obrigação de conservar não pode ser entendida no sentido de melhorar o fundo fructuario, augmentando-o por meio de reedificações, que bemfeitorias são.

Semelhantemente si foi obra util e o proprietario reedificou, pode pedir ao usufructuario o juro correspondente do augmento de interesses que lhe

proporcionou. *Delv. Cours. du Cod. Civ. T. 1.* nota 2. a pag. 157.

Observações.—Si o proprietario reedifica durante o usufructo, diz Malleville, é obrigado a consentir que o usufructuario goze do predio reedificado, por que o usufructo segue sua marcha; mas como o proprietario não é obrigado a reedificações, d'aqui vem não ser permittido ao usufructuario tirar proveito de uma obra util, sem satisfazer o juro correspondente do augmento de interesses, que lhe proporcionou aquelle, que a fez, não sendo obrigado a fazê-lo.

Si as obras arruinadas forem inuteis, ou pelo menos dispensaveis, aquelle que as reedificou não pode pedir indemnisação alguma, si não precedeu accordo reciproco ou consentimento judicial: *Cod. da Pr. P. 1. tit. 21, art. 56 e 69.*

No caso de reedificação deve o usufructuario guardar a antiga forma, tal qual indicarem os restos da cousa arruinada, não podendo estendê-la além d'aquillo que era dântes: *L. 13, § 7.º ff de usufr.*

A obra nova que o instituidor do usufructo deixou principiada, não pode ser continuada pelo usufructuario, se não precedeu consento do proprietario: L. 61 ff. *de usufr.*

O usufructuario pode escusar-se da obrigação dos reparos em geral, renunciando ao usufructo, com tanto que a renuncia seja feita em tempo, e se não possa dizer que houve dolo ou abuso do gozo: L. 64 ff. *de usufr.*

Observações.— Não obstante ser a obrigação de reparar um encargo real, imposto ao gozo do usufructuario, todavia, nos casos de renuncia em tempo, ella se não pode fazer affectiva quando as deteriorações não provierem de dolo ou abuso de gozo, como vimos precedentemente, mas do curso natural das cousas, ou de caso fortuito; e assim o principio da regra supra que é verdadeiro, deve ser extensivo mesmo ás pequenas deteriorações que se apresentarem ao tempo da renuncia, uma vez que se reconheça que o usufructuario se preparou opportunamente para renunciar por meio de citação previa ao proprietario: *sed si paratus est recedere ab usufructu, fructuarius non est cagendus reficere.* L. 48 ff. *de usufr.*

Em regra as bemefeitorias, que o usufructuario não era obrigado á fazer, se lhe deve permittir arrancar, com tanto que o predio não venha a ficar peor do que estava, quando lhe foi concedido em usufructo: Stry. § 6.

Póde melhorar a cousa, não alterando a sua forma ou qualidade, nem convertendo-a em uso diverso do da sua destinação: Huber.

Observações—Alterar a forma ou propriedade natural da cousa é dispôr d'ella, assim como convertel-a em uso diverso do da sua destinação é concorrer para essa alteração; e assim não deve ser concedida ao usufructuario faculdade tão ampla e tão opposta aos direitos do proprietario; excepto se o interesse d'este, longe de soffrer com a alteração de forma, vier a augmentar, como se póde dar, por exemplo, acabando o usufructuario um predio começado, caso em que as reclamações do proprietario se reputam injustas e não são attendidas: *Malitiis non est indulgendum.*

Consequentemente não póde converter o jardim, o vergel de arvores fructiferas, ou prado ameno coberto de arvores frondosas em horta ou campos de pastagens e logradouros: Hub. 1. liv. 1. n. 10.

Da renúncia.

Póde renunciar o usufructo, quer antes, quer depois de adido, mas neste segundo caso fica sempre obrigado a pagar o damno resultante de sua culpa antecedente. L. 65 pr. fl. de *usufr.*

Observações — Como outra qualquer herança o usufructo é susceptível de adição e de renúncia, *expressa* ou *tacita*, por que, sendo elle uma liberalidade, ou beneficio, tanto deve ser livre ao legatario aceitar, como renunciar, pelo principio que não permite conferir beneficio ao invicto, e em regra póde sempre renunciar aquelle que póde tambem adquirir: *Is potest repudiare qui et acquirere potest.* L. 18.

A renúncia é *expressa* quando consta por termo ou declaração, e *tacita* quando o herdeiro ou legatario instituido deixa de tomar conta dos bens fructuarios por tanto tempo que induza prescripção. Em regra pois a renúncia de um direito de usufructo equivale á uma verdadeira alienação de propriedade, e isto importa logo dizer que nem o menor nem o interdicto podem renunciar, por lhes faltar a capacidade, que a lei exige para ser valida a renúncia: *nec usufructus alienari potest, et si solus fuit usufructus pupilli.* L. 3, § 5.º fl. de *rebus eorum qui sub tutela*, liv. 2. tit. 9.º; mas uma vez admittida no usufructuario a capacidade precisa para renunciar, a lei lhe permite faze-lo não só antes, como depois de adido o usufructo.

Pelo facto da aceitação do legado o usufructuario só contrahio obrigações pessoaes até o momento em que lhe approuvesse conservar o gozo da cousa, obrigações que não são encargos reaes que se não possam renunciar, como são por exemplo, os de reparar e conservar, por que no usufructo os encargos reaes pesam sobre a cousa e não sobre a pessoa.

Mas se ao tempo da renuncia do direito de usufructo já existiam damnificações na cousa, provenientes do gozo, o usufructuario, que só renunciou fóra de tempo depois de haver adido o usufructo, não pode exonerar-se da obrigação de reparar senão restituindo a importancia dos fructos que percebeu, desde que começou a usufruir, ou satisfazendo por outro qualquer modo o damno causado ao proprietario por sua culpa antecedente, por quanto o direito de tirar proveito da cousa só lhe foi concedido sob a condição de repará-la em tempo.

Assim, não obstante a renuncia, o usufructuario que não fez em tempo os reparos, continúa sempre responsavel por todo e qualquer damno resultante de sua culpa antecedente, por mais leve que seja, não só por que até o momento da renuncia subsistem todas as obrigações contrahidas pela aceitação do legado, senão tambem por que toda a obrigação de fazer ou de não fazer resolve-se em perdas e danos em caso de inexecução.

Esta doutrina está de accordo com o pensamento da Lei Romana quando diz que o usufructuario não deve ser absolvido da obrigação de reparar as deteriorações que houver causado por si ou por aquelles que lhe pertencem, ainda quando tenha renunciado o direito de usufructo, pelo dever em que se acha de fazer aquillo que ao deli-

gente pai de familia cumpre fazer na propria casa :
*sed cum usufructuarius debeat quod suo suorumque
facto deterius factum sit, reficere non est absolvendus
licet usumfructum derelinquere paratus sit: debet enim
omne quod diligens pater familias in sua domo facit
et ipse facere.* L. 68 fl. de usufr. liv. 7 tit 1.

O herdeiro do usufructuario não é obrigado a reparar o predio por si, mas pelos bens que por sua morte houver deixado o mesmo usufructuario: Hub. n. 5.

§ 23

Dos encargos prediaes.

As decimas e outros encargos prediaes são sempre a cargo do usufructuario, que tem a posse do predio: L. 7. § 2. L. 52 fl. *de usufr.* Lobão Tr. dos Dir. e obr. reciproc. § 220. Reg. n. 152 de 16 de Abril de 1842. art. 12 § 6.

Observações. — Como o usufructuario percebe os fructos civis do predio serviente, é justo que só elle suporte os encargos que lhe são annexos, ainda que sejam pensões vitalicias, ou alimentos deixados pelo testador, por quanto é principio aceito em materia de usufructo, que não se póde gozar

dos bens, regeitando os seus encargos, afim dê que estes não venham a recahir sobre aquelles, que se acham privados dos fructos; e o usufructuario que tudo goza e tudo percebe, por se achar de posse da cousa legada, deve só por si satisfazer as decimas, e pensões vitalicias, como encargos de seu gozo.

O cit. Reg. n.º 152 de 16 de Abril de 1842, obrigando em geral ao pagamento da decima urbana os testamenteiros, curadores, tutores, administradores, depositarios publicos e particulares, comprehendeu tambem o usufructuario, á cujo cargo estiver a guarda, administração e fruição dos predios urbanos, sem dependencia de despacho, venia ou concessão das authoridades, a quem devam dar contas.

O usufructuario não pode ser privado de entrar no dominio e posse da herança ou legado pela razão de achar se em debito da taxa devida: Av. F. de 29 de Abril 1863, 12.^a parte.

Observações. — A taxa é o imposto devido ao Estado pela transmissão da propriedade por titulo de successão legitima ou testamentaria: Reg. de 15 de Dezembro 1860. *Alv.* de 17 de Junho de 1809 §§ 8 e 9, e, quer se considere como tributo directo sobre o legatario que não é herdeiro necessario, ou como simples contribuição publica á que se reduz em favor do Estado, nada tem com o dominio e posse da herança, que o usufructuario adquire por força do *Alv.* de 9 de Novembro de 1754, em virtude do qual a posse civil, que tinham os defunctos em sua vida, passa com todos os effei-

tos da natural, junctamente com a propriedade de seus bens aos herdeiros legitimos ou testamentarios. E com quanto o direito da Fazenda Publica nasça tambem no momento em que se devolvem as heranças e legados aos herdeiros e legatarios, e daqui resulte logo ficarem os bens sujeitos ao imposto devido, todavia o effectivo pagamento só se exige no acto da quitação: Aviso n.º 103 de 20 de Julho de 1847, e esta simples subjeição de bens que se traduz em mera obrigação para o usufructuario como encargo dos fructos, não póde trazer privação do dominio e posse da herança, que é cousa distincta e restrictamente necessaria para se poder fazer effectivo o pagamento da taxa no acto da quitação.

Em regra nos casos em que seja a Fazenda interessada pelo imposto referido, os juizes mandam intimar o seu Procurador para sua sciencia e para todos os termos do inventario: Reg. n.º 156 de 1842 art. 3.º devendo a avaliação ser feita sempre com intervenção dos peritos por parte da Fazenda: Arg. do Reg. cit. art. 1 e 4.º combinados com a Ord. L. 3.º tit. 17.

Dos legados de usufructo de bens moveis e de raiz se deve fazer a avaliação perante os respectivos juizes das contas testamentarias, por meio de louvados nomeados por parte dos legatarios e da Fazenda Nacional; e quanto aos legados de dinheiro liquido deve fazer-se pela importancia dos juros legaes, salvo quando o dinheiro legado já estivesse a juros, dado pelo testador, e tenha de conservar-se da mesma forma, em virtude de contracto ou determinação do mesmo por maior ou menor preço, pois que em tal caso deverá regular a estipulação, se não for notoriamente simulada em detri-

mento da Fazenda: Port. F. de 29 de Março de 1836.

Entrando em duvida saber se são isentos do imposto da transmissão por herança somente os herdeiros que provém de legitimo matrimonio, por Aviso da F. de 31 de Março de 1858 se declarou que na conformidade do Alvará de 17 de Junho de 1809, Decreto de 8 de Março de 1854, circular de 6 de Fevereiro de 1856 e officio da Directoria Geral do Contencioso de 26 de Abril de 1854 é certo gozarem apenas do favor dos §§ 8 e 9 do Alv. de 17 de Junho de 1809 os ascendentes e descendentes que na censura de direito são herdeiros necessarios e forçados; mas que não é menos certo entrarem nesse numero não só os descendentes e ascendentes legitimos, como ainda os illegitimos, quando são immediatamente chamados á successão em virtude da lei.

O Direito de haver a taxa das heranças e legados de usufructo, tanto para a renda geral, como para a provincial é dependente da morte dos testados, ou intestados, que essas heranças, ou legados deixaram, tendo ella acontecido depois da publicação do Alvará de 17 de Junho de 1809, e deve regular-se com referencia ao tempo em que falleceram esses testados, ou intestados, na conformidade das disposições do cit. Alv. de 17 de Junho de 1809; dito de Outubro de 1811, Decreto de 27 de Novembro de 1812, Lei de 22 de Outubro de 1836 art. 21.

Observações. — Tendo-se suscitado duvidas entre a Fazenda Geral, e a Provincial, por occasião da arrecadação da taxa das heranças e legados, por decisão do Thesouro Publico Nacional de 16 de Fevereiro de 1848 se declarou que todas as duvidas ou motivos de conflictos que entre uma e ou-

tra Fazenda se podem dar, devem resolver-se tomando por base a regra supra e seus corollarios firmados em quatro hypotheses, diversamente figuradas, concluindo no quarto corollario com referencia á legados de usufructo que, dando-se o caso de ser deixado á um, ou mais individuos o usufructo de bens, que por herança deviam ou devem passar a outrem, esta circumstancia não altera ou prejudica a procedencia de ditos corollarios; devendo a taxa de usufructo, e da herança pertencer no todo á renda geral ou em partilha com a renda Provincial, com attenção ao tempo da morte dos testados, ou intestados, sem nada influir a época da entrega e quitação.

As questões, que se levantarem em juizo ou perante as Repartições da Fazenda a respeito da obrigação, applicação, isenção, arrecadação e restituição do imposto da taxa da herança e legados e bem assim as multas comminadas, no Regul. de 15 de Dezembro de 1860 são da exclusiva competencia da autoridade administrativa: cit. Reg. art. 51.

Para cobrança da taxa hereditaria não se comprehendem os fructos e rendimentos, que as heranças produzem ao tempo da factura e processo do inventario.

Observações. — Por decisão do Thesouro Publico Nacional de 12 de Outubro de 1850 se estabeleceu que não é devida taxa alguma dos fructos e rendimentos da herança, por quanto a lei, que estabeleceu o tributo da decima de heranças e legados, lançando-o só e expressamente sobre bens

que ficam dos fallecidos testados, ou intestados, e que devem passar á seus herdeiros escriptos, ou legitimos competentemente habilitados com relação ao valor, que tiverem ao tempo do fallecimento, e lhes é certificado pela avaliação no inventario, como se deduz das mui claras disposições dos Alvarás de 17 de Junho de 1809 § 8.º e 9.º, e de 2 de Outubro de 1811, não se pode fazer extensiva aos fructos e rendimentos havidos depois do fallecimento dos testados, ou intestados, á este computo que já não pode ser considerado herança, mas producto e proveito d'ella: accrescendo que por força do Alv. de 9 de Novembro de 1754 todos os fructos e rendimentos dos bens dos defunctos, ficam desde o acto da morte pertencendo aos herdeiros escriptos ou legitimos de pleno direito, sem mais onus, ou encargo algum da taxa hereditaria, além da do valor, que tinham os bens da herança ao tempo do fallecimento, independente mesmo de qualquer acto de posse, quer em relação aos herdeiros escriptos, quer em relação aos legitimos.

São isentos do pagamento da taxa as heranças e legados de propriedade, ou usufructo deixados á Santa Casa da Misericordia, aos expostos, ao Recolhimento, e Hospicio de Pedro II, como partes integrantes do seu instituido: Alvs: de 28 de Setembro 1810 e de 20 de Maio de 1811, Resolução de 13 de Dezembro de 1831 e Decreto n. 1077 de 4 de Dezembro de 1852; e ao Recolhimento de Santa Thereza fundado pelo Decreto n. 931 de 14 de Março 1852 — Reg. de 15 de Dezembro de 1860, cap. 2.º art. 6.º

São ainda isentos do pagamento da taxa os legados de usufructo deixados ás Caixas Economicas, Montes-pios ou de Soccorro, e sociedades de Soccorros mutuos, creados em virtude da lei n. 1083 de 22 de Agosto de 1860: *Cit. Reg.* art. 6. § 5.º

A taxa de usufructo consistente em predios subjeitos a decima urbana deve ser calculada sobre o rendimento annuo, que servir de base á este imposto; e quanto ao modo de realisar o pagamento este pode ser por uma vez somente, ou em prestações annuaes: art. 12 § 1.º do Reg. de 28 de Abril 1842 Alv. F. de 13 de Janeiro 1857, Reg. de 15 de Dezembro 1860 art. 13.

Observações.— Consistindo o usufructo em predios subjeitos a decima urbana se deve pagar annualmente a taxa do seu alluguel liquido, ou do seu valor estimado, deduzido primeiro 10% equivalentes a decima urbana e as despezas do concerto e reparos: Art. 12 § 1.º do cit. Reg. de 1842, Aviso de 13 de Janeiro de 1857. Se o usufructuario preferir pagar a taxa do usufructo por uma vez somente, n'aquelles casos em que a herança ou legado consistir em bens moveis e semoventes, a taxa do usufructo será cobrada na razão da decima, sobre metade do valor, em que forem arbitrados nos respectivos inventarios; com declaração porém de que os escravos menores de doze annos só ficam subjeitos ao imposto depois de completarem esta idade: art. 13 do cit. Reg. Preferindo porém o usufructuario pagar o imposto em prestações annuaes, será a decima dedusida do rendimento annuo do objecto fructuario.

Si os bens deixados não forem sujeitos a decima urbana a taxa será devida do rendimento por que estiverem alugados, ou do preço por que se poderem alugar, no caso de serem occupados pelos mesmos usufructuarios, procedendo-se para esse fim ao competente arbitramento: Cit. Reg. art 12 § 2.º

Nos usufructos consistentes em fundos de companhias, ou sociedades, qualquer que seja a sua natureza ou denominação, se deduzirá o imposto do rendimento liquido annual, que couber aos usufructuarios em rateio, fazendo-se a conta avista do respectivo dividendo; e no caso de o não haver, pelo ultimo balanço, ou contas das mesmas companhias ou sociedades: Cit. Reg. art. 12 § 4.º

Nos usufructos de dinheiro o imposto é devido dos juros da lei, quando o usufructuario o conservar em seu poder, ou do juro estipulado, ou corrente no caso de o ter em gyro: Cit. Reg. art. 12 § 5.º

O arbitramento, uma vez feito, não poderá ser renovado, durante a vida dos usufructuarios, salvo provando que os bens tem diminuido consideravel-

mente de rendimento: Cit. Reg. art. 14, e Aviso de 13 de Junho de 1857.

Os usufructuarios actualmente sujeitos á taxa poderão pagar o imposto sobre o usufructo na forma prescripta nas regras precedentes, requerendo-o ao Juiz do inventario, com audiencia do Procurador da Fazenda: Reg. de 15 de Dezembro de 1860 art. 35.

A taxa das heranças e legados consistentes em usufructo deve-se contar da data do fallecimento do testador, e se este não tiver marcado praso ou termo desde o qual o usufructuario comece a usufruir, entende-se que o usufructo é adquirido desde a morte do testador, de cuja data os fructos cedem em beneficio d'aquelle: Alv. F. de 29 de Abril de 1863, 1.^a parte, e 22 de Maio de 1862.

O usufructuario á titulo *particular* não é obrigado ás dividas d'aquelle, que constituiu o usufructo, nem aos juros correspondentes, ainda que o objecto tenha estado hypothecado; excepto se no titulo constitutivo ficou expressa a obrigação: L. 43 D. de *usu et usufr. leg. Cod. Civ. Fr.* art. 611.

Observações.—Usufructuario a titulo *particular* se diz aquelle á quem o testador lega simplesmente o usufructo de uma cousa particular, como, por exemplo, um campo, ou uma casa, que são objectos certos e determinados; ou ainda quando lega o usufructo de todos os animaes existentes em uma cavalharia, que são tambem objectos certos e determinados pela especie.

Nestas condicções, e obvio, o legatario á titulo *particular* não pode ser obrigado ás dividas passivas da herança, nem aos juros correspondentes, porque em opposição ao que se dá com os legatarios universaes e a titulo universal, elle não representa verdadeiramente a pessoa do defuncto; ficando todavia salva ao credor a acção hypothecaria sobre o immovel legado por effeito legitimo da hypotheca, que lhe dá o direito de seguir dito immovel, e até vendelo em qualquer mão onde for achado: Cod. Civ. Fr. artigos 871 e 2166. D'aqui porém não se segue que o legatario de um usufructo a *titulo particular* possa obstar a venda dos bens até a concurrencia das quantias necessarias ao pagamento das dividas da successão, por que nesta parte está elle sujeito á regra geral dos legatarios: *Pandectas Francesas*.

Expressa a obrigação de pagar no titulo constitutivo, estabelecida ficou a excepção ao principio geral; d'onde resulta ficar o legatario immediatamente sujeito a cumprir a vontade do testador, se não lhe approver antes repudiar a herança; cumprindo-lhe em qualquer dos casos respeitar a clausula imposta pelo testador, por que aquelle que pode testar, pode tambem impor o onus, que accompanha a herança, ou cousa legada.

E' por uma consequencia natural destes principios que, sendo o usufructuario a titulo particular demandado e executado por fóros vencidos, ou por ou-

tras dividas á que o objecto estava obrigado, pode sempre repeti-las ao herdeiro do devedor fallecido, se este não deixou expressa a obrigação de satisfazer o debito: L. 7, ff de *Public. et vectig.* Voet. liv. 7 T. 1. n. 40.

O usufructuario *universal*, e a *titulo universal* deve contribuir com o proprietario para o pagamento, das dividas passivas da herança e juros vencidos: Cod. Civ. Tr. art. 612.

Observações. — Legado universal é a disposição testamentaria pela qual o testador deixa a uma ou muitas pessoas a *universalidade* dos bens, que ficarem por sua morte; e legado á titulo universal é aquelle pelo qual o testador lega simplesmente uma certa parte dos bens, de que a lei lhe permite dispôr, como a terça, por exemplo. Todo e qualquer outro legado só fórma uma disposição á *titulo particular*.

Esta distincção do *titulo universal* e do *particular* deve ser tomada em consideração, por que ella serve para determinar os encargos a que o legado póde estar sujeito.

Quando o usufructo é *universal*, como todos os bens estão nelle comprehendidos não ha contribuição alguma á fixar; mas quando o legado é a *titulo universal*, para poder o usufructuario contribuir com o proprietario para o pagamento das dividas passivas da herança, estima-se o valor do fundo sujeito ao usufructo, e depois se fixa a *contribuição* para fazer effectivo o pagamento na razão deste valor. Assim elle se diz obrigado neste caso

ao pagamento das dividas e juros vencidos por que na qualidade de herdeiro *á titulo universal* representa a pessoa do defuncto, á quem pertenceram os bens sujeitos ás dividas e seus juros; e como não se póde dar a existencia real de bens para se poder fazer effectiva a partilha senão depois de pagas as dividas, é necessario por isso que o usufructuario se desprenda de uma porção destes bens, quantos bastem para pagamento das dividas contrahidas pelo testador, na forma acima prescripta.

Em regra o herdeiro que representa o defuncto é especialmente mais obrigado que qualquer outro a cumprir a sua vontade; e neste caso está o usufructuario *universal e á titulo universal*.

Se o credor pede o capital á que estão sujeitos os bens deixados em usufructo, póde o usufructuario remir a divida, entrando com sua quota, e findo o usufructo, póde por sua vez pedir o capital desembolçado, menos os juros correspondentes. Se não lhe convém remir a divida, tem o proprietario a faculdade de satisfazer o pagamento exigido pelo credor, recebendo os juros do usufructuario para este poder usufruir, ou fazendo vender bens usufruidos até a concurrente quantia: Cod. Civ. Fr. art. 612.

Se os credores quizerem pedir judicialmente seus capitaes, devem propôr a acção contra o herdeiro da propriedade, e este póde remir a divida com alguns dos bens do usufructo, sem que o usufructuario á titulo universal se possa oppôr, ou pedir indemnisação alguma. Arg. da Lei 43 fl. *de usu et usufr. et red. legat.* Stryk. Us. Mod. L. 33 T. 2. § 3.º

Comprehendendo o usufructo capitaes á juro, fundos publicos, acções de companhias, ou de outra semelhante natureza, o usufructuario não póde levanta-los para dar á juro a outro, nem mesmo para emprega-los em negocio diverso, sem que preceda licença do proprietario: *Cod. da Pruss.* 1 p. T. 21 arts. 101, 102 e 103.

Porém quando os capitaes estiverem em risco de se perder, e o proprietario se negue a prestar a licença devida para o usufructuario os poder cobrar o juiz, tomando conhecimento do facto, póde por seu despacho supprir o consentimento do proprietario, para se effectuar a cobrança, e passarem os capitaes a ter destino diverso em mão de outro, que os queira tomar a premio com as precisas garantias: *Cod. da Pruss.* 1. p. T. 21, arts. 77 e 78.

Effectuado o recebimento dos capitaes o novo destino deve ser a aprazimento não só do proprietario como do usufructuario, prevalecendo, porém, o voto d'este em caso de duvida, com tanto que se preste a dar ao proprietario caução especial: Cod. da Pruss. art. 107 e 108.

Ainda que o usufructuario tenha sido dispensado de dar caução, todas as vezes que pretender cobrar capitaes sem previa licença do proprietario, deve caucionar a integral restituição do que receber: L. 1 *Cod. de usufr.*

Querendo o proprietario cobrar os capitaes, e dete-los em sua mão, o usufructuario não póde oppôr-se, uma vez que o proprietario se preste tambem a dar caução segura e boa aos capitaes e juros que se vencerem, obrigando-se logo a pagar ao usufructuario o premio, que lhe deve caber, a medida que se for vencendo: Cod. do Pruss. art. 109.

Havendo letigio que affecte igualmente os bens do usufructo, devem ser ouvidos ao mesmo tempo o proprietario e o usufructuario como inte-

ressados na coisa commum. O usufructuario deve adiantar as despesas do letigio com direito de reparti-las no fim do usufructo, fazendo sempre chamar o proprietario para assistencia da causa. Huber ad Pand. L. 7, T. 1 n. 12. Ord. L. 3 tit. 45. § 10.

Se o letigio versar sobre objecto de interesse exclusivo do proprietario, ou do usufructuario somente, á cada um d'elles incumbe trata-lo por si, fazendo as despesas segundo o interesse que tiverem. Cod : da Pruss. art. 85; Garcia *ad exp.* cap. 11, n. 10.

Observações.—O Codigo da Sard. art. 524 prescreve que o usufructuario e o proprietario sejam obrigados ás despesas do letigio, conforme o interesse que n'elle tiverem, e por isso os melhores interpretes tem entendido que o pòde promover aquelle que mais interesse tiver no andamento da causa, com direito salvo de pedir ao outro a parte respectiva das despesas, logo que o pleito seja findo. Versando o letigio sobre objecto de interesse exclusivo de um só como, por exemplo, em caso de roubo dos fructos do predio, aos quaes só tem direito o usufructuario, á este somente incumbe dar queixa, ou propor acção pelo crime de furto, e fazer as despesas: L. 12 § 5. fl. de *usufr.*

O usufructuario póde tambem eximir-se de todas as despezas, judiciaes renunciando em tempo o direito de usufruir os objectos sobre que versa o letigio: Arg. da L. 64 ff. de usufr.

Se durante o usufructo um terceiro commette actos de esbulho no predio serviente, ou attenta por qualquer modo contra os direitos do proprietario, no que respeita a substancia, o usufructuario é obrigado a fazer-lhe aviso em continenti, sob pena de responder por todo e qualquer damno que d'ahi resultar, como responderia por deteriorações, que por si proprio houvesse causado: Arg. da L. 1 § 7 ff do *usufr. quemadmo. cav.* Cod. Civ. Fr. art. 614.

Observações.—O proprietario, por mais vigilante que seja, não pode estar de guarda a cousa, que é especialmente detida por outro, e podendo a negligencia do detendor ser-lhe prejudicial no todo da cousa ou em parte somente pelo esbulho de terceiro, ou ainda por outro qualquer attentado, que possa prejudical-o em seus direitos, é justo que o usufructuario responda pelos damnos, que resultarem de sua negligencia, uma vez que a lei considera-o como mandatario legal do proprietario, sujeito ás obrigações, que nascerem da natureza deste mandato.

Assim, por exemplo, se deixa perder, *nom utendo*, direitos de servidão, já adquiridos, ou se, por outro lado, consente estabelecer-se uma servidão continua e apparente por meio de prescripção, ou ainda se consente que terceiros concorram para

deteriorar a cousa, responde pelos damnos que resultarem de sua negligencia e pela falta de aviso que lhe cumpria ter feito para evita-los; cumprindo por isso que seja o aviso feito em tempo de obstar a marcha dos prejuizos, e não depois de causados.

Igual disposição se encontra ainda no art. 1768 do Cod. Civ. Fr. comparado com cit. art. 614 do mesmo Codigo em que se firma a regra estabelecida.

Se o testador, legando o usufructo de todos os bens á um, deixou á outro legatario uma prestação vitalicia para seus alimentos, o encargo da prestação deve ser integralmente satisfeito pelo *legatario universal* do usufructo, e pelo legatario a *titulo universal* em proporção dos fructos que perceber, em quanto durar o usufructo.

Observações.—O legatario universal é, como vimos, aquelle a quem se deixa o usufructo da totalidade dos bens que constituem a herança, e pertencendo-lhe debaixo d'este titulo o gozo de todos os fructos, é justo que elle tambem satisfaça no todo o onus da prestação vitalicia, que por sua natureza se considera encargo dos fructos; d'onde resulta que extincto o usufructo, a obrigação do legatario universal se extingue tambem. Mas quando o usufructuario é apenas legatario *particular* ao qual cabe somente uma quota parte do usufructo dos bens da successão, elle só deve satisfazer a prestação na mesma conformidade, isto é, em proporção de seu gozo, por que o onus não pode ser superior as forças da herança. Em qualquer dos casos o usufructuario

nenhuma reclamação pode fazer contra o proprietario, cujas obrigações aqui são de natureza diversa.

TITULO V

§ 24

Direitos e obrigações geraes do proprietario.

Como não pode haver obrigação sem a existencia de um direito d'onde ella se deduza, é visto que á cada uma das obrigações precedentemente estabelecidas correspondem outros tantos direitos da parte do proprietario sobre a cousa commum, uma vez que a lei não pode impor obrigações ao usufructuario para conservação e restituição da cousa sem conceder ao mesmo tempo ao proprietario outros tantos direitos correlativos, para exigir o cumprimento d'estas obrigações : *juz et obligatio sunt correlata.*

Todavia os direitos do usufructuario e os do proprietario, ainda que connexas e exercidos sobre a mesma cousa, tem limites diversos que se não podem confundir e giram em esferas tambem diversas. As obrigações do nu-proprietario não são tão numerosas como as do usufructuario.

Em regra ellas se podem reduzir a duas : uma *positiva*, e outra simplesmente *negativa*. A obriga-

ção *positiva* que consiste na necessidade de um facto, ou prestação da pessoa obrigada, tem por objecto principal impossar o usufructuario no gozo da coisa; e é a obrigação civil propriamente dita — *Juris vinculum, quo necessitate adstringitur alicujus rei solvendi.* — Inst. L.3.º T. 13 princ. — *Obligationum substantia in eo consistit, ut alium obstringat, ad dandum aliquid, vel faciendum, vel præstandum.* — Dig. de obligat. et action. L. 3. princ. A obrigação *negativa* porém, que consiste na inacção, tem por objecto abster-se de todo e qualquer acto que possa estorvar o exercicio do direito de gozo; e com quanto ella seja necessaria para co-existencia dos direitos dos possuidores da coisa commum, comtudo não induz a privação de um direito da parte do proprietario a quem incumbe esta obrigação, porque serve somente de marcar o justo limite dos direitos de cada um.

O proprietario satisfaz integralmente a primeira destas obrigações consentindo o usufructuario entrar na posse da coisa fructuaria com todos os seus accessorios; e como só tem obrigação de dar o que foi doado, vendido ou legado em especie, segundo o modo por que foi constituido o usufructo, segue-se que só pode ser obrigado a facultar o gozo da coisa no mesmo estado em que se achava, quando foi cedida em usufructo.

Satisfaz integralmente a segunda deixando de praticar actos que possam de alguma maneira trazer offensa ao exercicio dos direitos de gozo, tornando peor a condição do usufructuario, conforme se deprehende da disposição do art. 599 do Cod. Civ. Fr, e dos seguintes termos da Lei Romana: *Proprietatis dominus non debet impedire*

fructuarium ita utentem ne deteriore[m] ejus conditionem faciat. L. 15 § 6. ff. de usufru. liv. 7 tit. 1.

§ 25

Direitos e obrigações especiaes do proprietario.

Desde que o usufructo se acha regularmente estabelecido, o proprietario, quer antes, quer depois da posse, está inhibido de praticar qualquer acto, que possa trazer mudança na cousa, ou tornar peor a condição do usufructuario. Consequentemente não pode derrubar as arvores, destruir as madeiras, demolir os edificios, occupar as terras de cultura e de pastagem, nem finalmente impor servidões, que possam por qualquer modo estorvar o exercicio dos direitos de usufructo; excepto n'aquelles casos em que as grandes reparações a seu cargo podem trazer interrupção do exercicio destes direitos, em quanto a obra se faz; reparações estas que, por maiores que sejam, o proprietario não é obrigado a fazer para o usufructuario as desfructar, salvo se o instituidor do usufructo expressamente o obrigou a isso.

D'estes principios conclue-se que pode-se applicar ao usufructo, com referencia ás obrigações do proprietario, a regra admittida em materia de servidão, segundo a qual o proprietario do fundo gravado só é obrigado a tolerar o exercicio da servidão, e não pode ser constrangido a reparar o ob-

jecto, se esta obrigação não lhe foi imposta pelo titulo constitutivo da servidão: *Servitutum non ea est natura ut aliquid faciat quis; . . sed ut aliquid patiatur, aut nou faciat.* L. 15 § 1. f. *de servitut.* liv. 8 T. 1.

Tolerar o exercicio do direito de gozo, e abster-se de todo e qualquer acto que possa trazer obstaculo ao exercicio deste direito, taes são os principios a que se podem reduzir em geral as obrigações do proprietario: *pati frui.*

TITULO VI

§ 26

Da interpretação do titulo constitutivo do usufructo.

A palavra titulo significa aqui o fundamento da aquisição, ou como se diz em Direito Romano a *causa* dos direitos, como o contracto a successão.

As difficuldades que nascem da impropriidade dos termos, que podem tornar obscura as disposições do homem, são tantas e tão variadas que é impossivel ao Legislador prever todas. Havendo ambiguidade nas expressões do concedente do usufructo por testamento é preceito geral que a interpretação se deve fazer segundo o uso commum de fallar, sem tão subtil adhesão ás palavras

do testador que se postergue a sua mente e vontade, por quanto os testadores são muitas vezes estranhos á formula jurídica de testar, e assim convém que o titulo constitutivo do usufructo seja interpretado mais pelas palavras antecedentes e consequentes de que elles se serviram, do que pela significação jurídica dos vocabulos.

Estabelecer as regras geraes da interpretação da vontade com o auxilio da gramatica para explicar o sentido das palavras, e da subtil dialecta para alcançar a interpretação rigorosa, é tudo quanto á sciencia do direito pode fazer, para remover as difficuldades, que se apresentam.

1.^a Regra.

Se ha duvida em saber se o testador quiz legar a alguem só o usufructo do predio, ou tambem a propriedade ; ou ainda saber se o legado comprehende um direito de usufructo, ou um direito de uso simplesmente, a interpretação se deve fazer a favor do herdeiro, á quem se presume sempre que o testador quiz onerar menos: *Favor legatarii minor est, quam hæredis*. L. 19 pr. ff. *de usufr.* Stry. liv. 33 t. 2 § 1.^o 2.

2.^a Regra.

Para que uma disposição se entenda involve usufructo é mister que enuncie de um modo não equivoco a separação do direito de gozo do de propriedade.

Observações.—Como ordinariamente nos legados se julga sempre alienado o dominio pleno da cousa, por parecer contrario a intenção de beneficiar, privar o proprietario do direito de gozar o que lhe foi deixado, é mister que a modificação do preceito geral resulte de um acto expresso da vontade do testador, para que a disposição possa trazer a separação do direito de gozo para um, e do direito de propriedade para outro; e constituir assim usufructo.

3.^a Regra.

Se o testador lega os *fructos annuaes* do *fundo* ou *herdade*, que lhe pertencia, esta disposição encerra um legado de usufructo e não um legado de propriedade.

Observação.—Não se podendo admittir no herdeiro a obrigação de cultivar a cousa com seu trabalho, para d'ahi fornecer annualmente os fructos d'ella ao legatario, a consequencia natural que resulta de tal disposição é que o testador teve em mente conceder pura e simplesmente o direito de gozo, e é tudo quanto basta para constituir verdadeiro usufructo no fundo legado: *Si quis ita legaverit: fructus annuos Corneliani Caii Mævio do, lego, perinde accipi debet hic sermo, ac si usufructus fundi esset legatus.* L. 20 ff. de *usufr.* liv. tit.

4.^a Regra.

Se o testador legou a propriedade em termos que deixam conhecer evidentemente a vontade

de tornar o objecto de sua liberalidade perpetuamente transmissível aos herdeiros e successores do legatario instituido, a disposição, neste caso, não se deve entender como um legado de usufructo, mas um verdadeiro legado de propriedade.

Observações.—O usufructo, não sendo transmissível aos herdeiros do usufructuario, por ser essencialmente temporario, não pode receber o character de perpetuidade, que é contrario a sua natureza; e assim, desde que o testador manifestou a vontade de tornar o objecto de sua liberalidade perpetuamente transmissível aos herdeiros e successores do legatario instituido, é necessario concluir que sua disposição encerra um verdadeiro legado de propriedade, e não um legado de usufructo, que é intransmissível por herança.

5.^a Regra.

Se o testador lega á alguém *uma casa para habitar, viver*, se entende puro legado de propriedade e não de usufructo. Stry. § 9. Lob. Fr. das Caz. § 335.

6.^a Regra.

O legado de usufructo de uma casa *com tudo quanto n'ella se achar* se entende comprehender somente os objectos moveis que n'ella existirem, excepto o dinheiro, dividas activas, ou quaesquer outros direitos, cujos titulos se acharem depositados na mesma casa: Lob Tr. das Caz. § 357: Cart. verb.— Legatum n. 53.

Observações.—Entendem ainda os melhores interpretes que neste legado se comprehendem tambem as baixellas de prata e ouro, joias, livros, quadros e objectos de sciencias e artes, que pertencem á classe dos moveis. Não se comprehendem porém o dinheiro, dividas activas ou quaesquer outros direitos cujos titulos existirem na mesma casa, por que os titulos representam direitos incorporeos particularmente ligados á uma pessoa, e constituem apenas a prova destes direitos, mas não os mesmos direitos em si; d'onde é necessario concluir que se não pode comprehender na expressão geral — *tudo quanto nella se achar* — direitos cuja prova existe apenas depositada na casa sobre que versa o legado; e a mesma razão da-se quanto ao dinheiro que é de alguma maneira comparado á um titulo, representando sempre uma cousa incorporea, pois que é considerado mais em relação ao valor que representa do que em relação a sua substancia.

7.^a Regra.

Legando o testador o usufructo a alguém, acrescentando — *e seus herdeiros* — é valida a disposição, mas acaba com os do primeiro gráo: L. 14 C. *usufr.*

Observações.—Com quanto o usufructo seja intransmissivel por herança, é valida neste caso a disposição, pensa Stryckio, por que passa para os herdeiros do primeiro usufructuario, não por direito de successão legitima, mas por direito de successão testamentaria, transmittido pelo concedente do usufructo no mesmo titulo em que conferio igual direito ao primeiro instituido; e acaba com os herdeiros

do primeiro gráo porque de outro modo nunca mais se consolidaria o usufructo com a propriedade; o que é condição indispensavel para sua existencia. O mesmo porém se não dá se o testador disse — *para todos os seus herdeiros* — por que estas palavras comprehendem não só os herdeiros legitimos, como os testamentarios, e desta maneira a disposição vem obstar a que o usufructo se consolide com a propriedade; e neste caso, não se deve cumprir.

8.^a Regra.

Quando na disposição ha termos que parecem indicar um legado de propriedade, e outros que levam a suppor um legado de usufructo, se o testador em ultimo lugar dispensou o legatario de dar caução, esta ultima declaração deixa entender que é um legado de usufructo, que elle quiz instituir, e não um legado de propriedade.

Observações.—A razão de se dever interpretar assim, entende Proudhon, é que o testador, regulando a execução de sua disposição, foi o proprio que a collocou na ordem das liberalidades em usufructo. Dispensando a caução entende-se que ella deveria ser prestada, se não tivesse sido remettida pelo testador, ora o legado de propriedade não está sujeito a prestação da caução, por se não poder caucionar a conservação da cousa propria, segue-se que a intenção do testador foi conceder um legado de usufructo, cuja instituição por sua natureza demanda caução, e não um legado de propriedade que a dispensa.

Além disso é preceito de direito em materia de interpretação, que os ultimos termos de uma clau-

sula reagem sobre o todo da disposição, para tornar conhecida a intenção do testador, e assim, desde que o testador dispensou em ultimo lugar a obrigação de dar caução, temos os ultimos termos da clausula testamentaria tornando conhecida sua intenção, que foi instituir um legado de propriedade, á que não vem annexa a obrigação que elle quiz remittir; não se podendo dizer que a ordem da escripta, no tocante a ultima declaração, seja cousa puramente material, incapaz de influir no todo da disposição; por que assim como os primeiros termos collocados no começo da clausula testamentaria obram sobre tudo o que se segue, da mesma maneira collocados no fim reagem sobre tudo quanto ficou dito precedentemente; e assim se deve entender para dar as palavras do testador os devidos effeitos que ellas devem produzir: *verba cum effectu sunt accipienda*, L. 5 ff. *nequis eum qui in jus voc. est, vi eximat*

9.ª Regra.

Se o testador legou o usufructo da propriedade á um, instituindo dous, tres ou mais proprietarios do fundo fructuario, sem designar as partes de cada um, fallecendo qualquer dos coproprietarios, pendente a condição do usufructo, renunciando ou por qualquer modo tornando-se incapaz de succeder, a parte do legado, que caducou, se entende reverter por *direito de accrescer* aos outros coproprietarios, que sobreviverem ao usufructuario, e não aos herdeiros do coproprietario fallecido.

Observações.— Segundo o art. 1043 do Cod. Civ. Fr. a disposição testamentaria se considera *ca-*

duca, quando o herdeiro instituído ou o legatário a repudiou, ou se tornou inhabil para aceita-la.

A palavra — *caduco* — não significa aqui, como em linguagem commum, o que é velho ou ameaça cahir. Derivada do verbo latino — *cadere, cado, cecidi* — em linguagem jurídica se applica á toda a disposição testamentaria, que veio a ficar sem effeito por fallecimento prematuro do legatário, ou por outra qualquer causa.

Agita-se nesta regra a grande questão do direito de *accrescer*, que alguns regeitam sob o fundamento de se não compadecerem com os costumes modernos as razões, que motivaram tal direito, segundo *Groeneweg. de legib. obrogat.*

O Cod. Civ. Fr. porém consagra-o no art. 1044 nos seguintes termos: “ *Terá lugar o direito de accrescer em beneficio dos legatários quando o legado tiver sido feito á muitos conjunctamente. O legado se reputará feito conjunctamente quando tiver sido constituído por uma só disposição, sem que o testador tenha assignado a parte de cada um dos collegatários na cousa legada* ”

As leis Romanas *admittiam* o direito de *accrescer*, que hoje quasi todos os codigos admittem, entre os coherdeiros ou collegatários nomeados *conjunctamente*, isto é, *ad eandem rem vocati*; e se o melhor guia para julgar da bôa razão das leis Romanas é a pratica e legislação das nações civilisadas, parece que elle poderá ser admittido sem escrupulo, contra a opinião de *Groeneweg.* e daquelles que o seguem.

Chama-se *direito de accrescer* aquelle que adquirem um ou mais herdeiros d'uma successão, e um ou mais legatários nas porções d'um ou mais coherdeiros ou legatários, que não tem podido gozar d'elle ou o renunciaram. Esta definição dada por *Ferr.*

Borg. em seu Dice. Jur. verb. — *accrescer* — é a traducção litteral da que se encontra em Merlin Tom. 1.º pag. 91.

Applicado as disposições de ultima vontade o *direito de accrescer* está sujeito á regras particulares, e a principal é que elle só pode ser admittido nos legados feitos a duas ou mais pessoas conjuntamente; caso em que a porção abandonada, ou que por qualquer motivo não pôde em tempo ser adida pelo colegatario, augmenta o monte da herança, e passa a ser dividida pelos outros: *portio repudiantis portioni accrescit.*

E pois, como o testador muitas vezes se exprime de modo que não deixa bem conhecer, se quiz ou não beneficiar o coherdeiro, ou colegatario com a porção do outro que a não aceitou, os Jurisconsultos e interpretes de Direito Romano, fundados na vontade presumida do que testou, fizeram distincção entre os — *conjuncti re* — *conjuncti verbis* — e *conjuncti re et verbis*, ou *mixtim*: *Triplici modo conjunctio intelligitur: aut enim re per se conjunctio contingit, aut re et verbis, aut verbis tantum.* L. 142 ff. *de verbor. signif.* e estas distincções tornam esta materia não só complicada, como difficil de tratar no usufructo, onde está sujeita a uma segunda regra de excepção.

Dava-se a junção *re et verbis* — quando por uma só disposição o testador legava a mesma cousa a muitas pessoas, de maneira que os legatarios por effeito de uma só disposição testamentaria eram chamados a aceitar a mesma cousa igualmente legada a todos, sem designação de partes. Assim dispor nestes termos: deixo a minha casa á Pedro e a Paulo, sem designar as porções de cada um, era unir Pedro e Paulo *re et verbis*; e por consequente chama-los solidariamente ao legado da casa: *Con-*

unctim autem legatur veluti si quis dicat: Titio et Seio honinẽm do, lego; e nestes termos se todos dous aceitassem o legado, depois da morte do testador dividia-se pelos colegatarios em partes iguaes: *concurso fiabant partes*; mas se um d'elles morresse antes do testador, ou por qualquer maneira se tornasse incapaz de succeder, antes de se haver manifestado o seu direito, ou mesmo se viesse a repudiá-lo, a parte que caducou accrescia ao outro. Esta conjuncção chamava-se tambem mista, por que nos legados concebidos por aquelles termos os legatarios se achavam ao mesmo tempo ligados pela cousa e pelas palavras, dando-se assim uma mistura da conjuncção real e da verbal.

Dava-se a conjuncção — *re* — simplesmente, quando o testador legava a mesma cousa á muitas pessoas por disposições separadas, mas comprehendidas todas no mesmo testamento, ou quando a mesma cousa era legada a duas ou mais pessoas por outras tantas clausulas ou disposições separadas, sem que todavia uma d'ellas fosse revogatoria da outra: *re conjuncti videntur, non etiam verbis, cum duobus separatim eadem res legatur*. L 89 ff. de *legat.* 4.

D'este modo quando o testador dizia: eu deixo a Pedro o campo Cornelio: deixo a Paulo o campo Cornelio — por estas expressões unia Pedro e Paulo — *re* — de facto, ainda que os não tivesse unido — *verbis* — expressamente; e como não era razoavel suppor que o segundo legado tivesse revogado ou posto em duvida o primeiro, consideravam-se os dous legados formando um só todo, que se dividia pelo concurso dos legatarios; mas vinha a pertencer por inteiro a um delles, se o outro não quizesse ou não tivesse podido aceitar a parte, que lhe foi deixada.

E dava-se emfim conjuncção — *verbis* — sim-

plesmente, quando o testador chamava dous legatarios a mesma cousa, mas com declaração expressa de que legava-a em partes determinadas para cada um. Assim quando o testador dizia:— lego o campo Corneliano á Pedro, e a Paulo, áquelle em tres partes e a este em uma, Pedro e Paulo estavam unidos — *verbis* —, mas não estavam — *re* — por que, chamados ás porções distinctas do fundo legado, elles se tinham constituido legatarios de cousas diferentes.

Em regra presumem-se sempre nomeados *conjunctamente* os herdeiros chamados á successão sem partes designadas, ou com declaração de que partirão por igual; e, concorrendo herdeiros chamados á successão em partes determinadas com outros chamados sem determinação de partes, somente estes ultimos se reputam conjunctos entre si; e por tanto só entre elles tem lugar o *direito de accrescer*, e não entre os outros, como se dá, por exemplo, na disposição seguinte: *A minha fazenda será partida em tres partes: uma para Pedro, outra para João e a outra para Francisco e Antonio, que a dividirão entre si por igual*: somente estes dous ultimos se reputam conjunctos na cousa por effeito da disposição: *conjuncti videntur verbis non etiam re cum Titio et Seio fundum æquis portionibus do, lego*. L. 89 f. *de legat.* Taes são as formulas porque a Lei Romana explicava as tres conjuncções reguladoras do *direito de accrescer*, e as distincções á que é mister attender.

Conhecidas estas formulas passemos agora a considera-lo em relação aos diversos casos a que se applica.

Quer se considere em relação ao legado, quer em relação aos herdeiros testamentarios entres si, o *direito de accrescer*, fundado na vontade presu-

mida do testador, é sempre o effeito de disposição de ultima vontade, mais ou menos manifesta no testamento, quando a mesma cousa foi legada a muitos conjunctamente, sem assignação das partes de cada um.

Entende-se que ha assignação de partes quando o testador se servio de algumas das expressões seguintes: *por iguaes partes e quinhões, ou para dividirem entre si igualmente: Titio et Seio fundum æquis portionibus do, lego.* L 89 ff. *de legat.* E pois, legada a muitos a mesma cousa, esta se considera desde logo dada *in solidum* a cada um dos colegatarios, o que suppõe necessariamente igualdade de direitos entre elles, por terem sido chamados solidariamente ao mesmo objecto sem assignação de partes; e como consequencia natural do beneficio, que o testador teve em vista fazer aos instituidos simultaneamente, nasce o direito de accrescer para aquelle que poder aproveitar o beneficio, e por este modo constituir-se senhor da propriedade ou de parte d'ella em concurrencia com outros.

Dá applicação d'estes principios, em sustentações da regra precedente, resulta necessariamente que a parte do legado, que caducou pelo fallecimento do coproprietario, ou por outra qualquer causa que o tornou incapaz de succeder, pendente a condicção do usufructo, reverte por direito de accrescer áquelles que sobreviverem ao usufructuario e não aos herdeiros do coproprietario fallecido.

Justiniano, que abolio o systema de confiscação da Lei Papia, applicado as cousas que faziam objecto de disposições caducas, quiz em suas Institutas que todas as disposições testamentarias produzissem effeito pleno, e que por consequencia o *direito de accrescer* se desse entre os colegatarios, qualquer que fosse a causa por que a disposição viesse a ficar

sem effeito por parte de qualquer d'elles, quer a cousa tivesse sido legada conjuncta, quer separadamente: *Si eadem res duobus legata sit, sive conjunctim, sive disjunctim, si ambo perveniant ad legatum, scinditur inter eos legatum: si alter deficiat quia aut spreverit legatum, aut vivo testatore deciserit, vel alio quoquo modo defecerit, totum ad colegatarium pertinet.* § 8.º *iust de legatis* liu. 2. tit. 20.

Segundo o que estabelece ainda Proudhon, no legado de usufructo feito a muitos conjunctamente, se um dos legatarios, sobrevivendo ao testador veio a morrer antes do entrega do legado, a disposição se considera caduca na parte que lhe diz respeito, e o fallecido não transmite direito algum a seus herdeiros por não ter entrado na posse real da cousa legada. Assim, continua o mesmo Proudhon, suppondo que o testador tenha legado conjunctamente a universalidade de seus bens á duas pessoas, se uma d'estas, depois de ter aceitado o beneficio do inventario, veio a renuncia-lo, a porção assim repudiada não vai para a successão *ab intestat*, mas accresce em beneficio do outro colegatario: *quia retro adcrevisse dominium ei videretur*: L. 35 ff. *ad legem Aquiliam* L. 9. tit. 2. Ora na regra estabelecida os colegatarios se acham instituidos conjunctamente sem assignação de partes, conclue-se evidentemente que a porção do legado, que caducou, reverte por direito de accrescer aos que poderem aproveitar o beneficio por morte do usufructuario, e não aos herdeiros do coproprietario fallecido.

A Lei Romana levou mais adiante estes principios applicados ao legado de propriedade em geral, estabelecendo que nas disposições de usufructo tivesse lugar o *direito de accrescer*, ainda quando um dos collegatarios viesse a faltar, depois de haver adido sua parte no legado commum, e depois mes-

mo de haver gozado d'ella: *Sed in usufructu hoc puls est: quia constitutus et postea amissus, nihilominus jux accrescendi admitit. . . . Ususfructus quotidie constituitur et legatur. Non, ut proprietas eo solo tempore quo vindicatur. Cum primum itaque non inveniatur alterum qui sibi concurrat solus utatur in totum.* L. 1. § 3.º ff. de usufructu ad accrescendi. liv. 75 t. 2; concluindo afinal por marcar uma differença essencial entre o legado de propriedade e o de simples usufructo, d'onde chegara a mesma lei a estabelecer expressamente que no legado de usufructo o direito de accrescer se considerava existir em relação a pessoa, e no de propriedade em relação a cousa.

Faltando-nos legislação Patria que regule a materia, não podemos deixar de aceitar os mesmos principios da antiga Lei Romana com todas as consequencias estabelecidas, não só por ser obra da lei o direito que d'ahi resulta, como principalmente por ser elle puro effeito da vontade do testador, a qual forma uma segunda lei, que devemos respeitar: *Cum voluntas testatoris sit lex, ut talis servanda est.*

10.ª Regra.

Si foi clausula do usufructo realisar-se depois da morte do concedente, comprehende não só os bens presentes, como os que posteriormente forem adquiridos; e se foi constituido em vida, a fruição não comprehende as acquisições futuras, excepto se no acto de sua formação ficou expressa a clausula extensiva á ellas.

11.ª Regra.

Legada a cousa integralmente a dous, para ter cada um o usufructo della, *alternis annis*, o legatario, primeiro nomeado, é o primeiro chamado a usufruir; e por morte de qualquer destes não se dá o direito de accrescer, mas reverte metade da cousa para a herdeiro, que ficou instituido proprietario do fundo fructuario.

Observações.—Na hypothese figurada, legado o usufructo a duas pessoas sob a clausula — *alternis annis* — não se dá conjuncção entre os legatarios, por que devidido o usufructo entre dous em relação ao tempo concedido para cada um, dão-se dous legados distinctos, como se tivessem sido feitos por outras tantas disposições diversas e separadas uma da outra, d'onde se segue que por morte ou renuncia de um dos legatarios não se pode dar direito de accrescer em favor do outro, mas deve reverter metade da cousa para o herdeiro ou proprietario instituido, que passa a gozar em lugar do usufructuario, que falleceu ou renunciou; e nestes casos quer a Lei Romana que o cumprimento da vontade do testador se regule pela ordem da escripta, chamando-se a gozar o primeiro instituido por ter occupado o primeiro lugar no pensamento do legislador: *Quoties duobus ususfructus legatur, ita ut alternis annis utantur fruuntur: siquidem ita leyatus fuerit Titio, et Maevio; potest dici priori Titio, deinde Maevio legatum datum.* L. 34 ff. de usufr. liv. 6 tit. 1.º De maneira que, legado o usufructo sob a mesma clausula — *alternis annis* — não havendo senão um legatario em concorrência com o herdeiro, só se considera legada metade do usu-

fructo com relação ao tempo marcado pelo testador, porque o legatario e o herdeiro devem gozar alternadamente, isto é o legatario um anno, e o herdeiro outro, e assim por diante até a morte do legatario.

TITULO VII

§ 27

Como acaba o usufructo.

O usufructo acaba pela morte natural do usufructuario: Cod. Civ. Fr. art. 617 L. 1 ff. *Quemad. usufr. amitt.*

Observações.—Consistindo o usufructo na faculdade de gozar a coisa concedida somente á pessoa do usufructuario, comprehende-se que a morte, extinguindo todas as faculdades do homem, não ha mais possibilidade de gozo; e a lei não vê neste factu outra coisa mais que o termo de uma servidão imposta temporariamente. De outra maneira o usufructo seria transmissivel, como o direito de propriedade, aos herdeiros e successores do usufructuario, o que involveria necessariamente contradicções na mesma lei, uma vez que o usufructo tende a consolidar-se com a propriedade, para que esta se não torne uma coisa illusoria e sem utilidade. Esta extincção tem lugar não só no usufructo con-

cedido por testamento, como no constituido por acto *inter-vivos*, sem que todavia se possa allegar contra ella o principio geral regulador dos contractos, em virtude do qual presume-se que cada um contractou não só para si como para seus herdeiros; por quanto os principios de direito commum não podem ter applicação aos casos que por sua natureza se regem por leis de excepção, como é o de que se trata: *Si quis ita stipulatus fuerit uti-frui sibi licere, ad hæredem ista stipulatio non pertinet* L. 38 § 10 ff. de verb. obligat. lib. 45 tit. 1.

Constituido o usufructo sobre muitas cabeças, é por morte do ultimo instituido que elle se extingue de todo; e em qualquer dos casos é ao proprietario a quem incumbe provar a morte do usufructuario: *Rolland de Willarigues — usufruit. n. 546.*

Observações.—A regra geral seguida por todos os Praxitas Portuguezes e grande parte dos Jurisconsultos Francezes, é que o direito de usufructo se extingue tambem pela morte civil do usufructuario.

Não consignamos esta doutrina na regra estabelecida, por nos parecer que deve ser illiminada de nosso codigo, que evoca nesta parte tradições mal entendidas do Direito Romano, reproduzindo más theorias do art. 617 do Cod. Civ. Fr., sem relação de semelhança com o que ha de real e verdadeiro em nossa vida civil diante de nossa lei fundamental. São aberrações, como diz Savigny, á que sempre conduz uma applicação inhabil de factos historicos mal comprehendidos, e assim se deve jul-

gar, por que o Direito Romano nunca adoptou a expressão metaphorica — *morte civil* — a qual foi creada pelos interpretes por uma dedução da theoria da *capitis diminutio*, toda diversa em seus effectos positivos.

Chama-se morte civil, diz Domat, o estado d'aquelles que são condemnados a morte ou a outras penas, que trazem consigo a confiscação de bens; o que faz com que este estado os torne como escravos da pena que lhes é imposta. Além de que entre nós não ha servos da pena, pelo Direito Romano, como observa ainda o mesmo Sevigny, a morte civil nada tinha de commum com a confiscação, quér em relação ao prisioneiro Romano, quér em relação ao chamado — *relegatus*—, e o proprio deportado encorria na morte civil, sem comtudo tornar-se servo da pena.

Assim, quér se considere a morte civil como verdadeira imagem da morte natural, ou como imperfecto simulacro capaz de privar o individuo de certos direitos que lhe são particulares, não conhecemos entre nós situação a que seja applicavel a ignominiosa doutrina da *morte civil*. Abolida a confiscação de bens pelo § 20 do art. 179 da Const. mutilada ficou a Ord. L.º 4.º tit. 81 §, 6 que falla da *servidão da pena*, privando do direito de testar aos condemnados a morte; e como consequencia necessaria abolida ficou tambem a morte civil, uma vez que, segundo o Art. 7 da mesma Const., os casos de perda dos direitos de cidadão só se referem aos direitos politicos privativos da nacionalidade, mas não aos direitos civis, que se regulam propriamente por *Legislação Civil*. E como a lei constitucional é a primeira lei da qual todas as outras devem dimanar, a consequencia immediata é que de accordo com os principios fundamentaes de nossa

Const. Politica deve o nosso Cod. de Comm. passar pela reforma porque passou, nesta parte, o Cod. Civ. Fr. pela Lei de 31 de Maio de 1854. V. *Humbert Comment. á esta lei.*

Basta a ideia de escravidão á que por esta pena fica reduzido o homem pela privação de direitos não só naturaes como civis, que lhe são proprios, para deixar ver que as considerações feitas devem ser aceitas no justo interesse de abolir uma ficção pueril, que assemelha um homem vivo a um homem morto, sem outro fundamento mais que o desejo de obedecer cegamente a uma criação dos tempos modernos.

Abaixo pois a morte civil tão ignominiosa como a escravidão, e mostremo-nos mais livres do que parecemos em nossas Instituições.

Segundo a maxima—*resoluto jure dantis, resolutur jus accipientis* o usufructo acaba tambem pela extincção do direito daquelle que o constituiu: *Delvincourt*, t. 1.º.

Pelo não uso de trinta annos suppõe-se que o usufructuario renunciou o direito de usufructo: Cod. Civ. Fr. art. 617.

Observações.—Entendem alguns porém que se não deve concluir d'esta regra, que se não possa em outros casos oppor ao usufructo outra pres-

cripção, que não seja a de trinta annos. Pela *L. fin, Cod. de Servit.* art. 2265 e seguintes do *Cod. Civ. Fr.* basta o espaço de dez ou vinte annos para em alguns casos, dar-se a prescripção. Assim, por exemplo, se o proprietario vendeu ou cedeu de boa fé o usufructo á terceiro, e este passou a goza-lo durante dez ou vinte annos sem reclamação alguma da parte do usufructuario, é evidente que o segundo acquirinte tornou-se verdadeiro proprietario do direito de usufructo, e consequentemente privado ficou de todo o direito o usufructuario primitivo pelo não uso da cousa serviente.

Todavia, observa Toullier, ainda neste caso o usufructo se não considera extincto, por que se acha apenas transferido a outra pessoa, e na regra estabelecida trata-se da verdadeira extineção do usufructo, isto é, de sua reunião ao direito de propriedade, o que só pode ter lugar por um gozo de trinta annos não interrompidos. Tal é o termo assignado á prescripção de todas as acções reaes.

Se o usufructuario teve justo impedimento para fazer o conveniente uso da cousa, o tempo somente se conta desde que esteve desempedido: *L. 24, L. 26 ff. Duib. mod. usufr. amitt.* *L. 14 ff. Quemaden. serv. amitt.*

Observações.—Se a prescripção nos termos do art. 1451 do *Cod. da Austr.*, é a perda de um direito, por se não ter d'elle usado em certo espaço de tempo fixado por lei, parece fóra de duvida que o ponto de partida da prescripção *adquisitiva*,

pelo não uso do direito de usufructo, se deve contar da epocha, em que o usufructuario esteve sem impedimento, que obstasse o justo exercicio do direito de usufruir a cousa, por que a prescripção deve ser applicada ao direito de usufructo em si, e não a percepção interrompida dos fructos, quando esta interrupção tiver sido occasionada por justo impedimento.

Seria pois grave injustiça se a lei, constituindo o usufructuario guarda da cousa, lhe não impuzesse a pena de perde-la por prescripção, a contar da data em que, tendo desaparecido o justo impedimento, deixou de goza-la como devia; fundando-se a mesma lei na presumpção de ter cessado um direito, que se não fez valer em um longo periodo; o que nada mais é que uma pena imposta a inacção do possuidor negligente.

A morte do proprietario não faz extinguir o direito do usufructuario: L. 3 § 1 ff. *de usufr.*

Acaba porem logo que tenha expirado o tempo marcado para a sua duração; ou pela realização da condição sob a qual foi constituído: L. 5. *Cod. de usufr. Cod. Civ. Fr. art. 617.*

Observações.—Entre o termo marcado e a condição ha uma differença essencial, e é que o termo consiste em uma epocha determinada, que ha de chegar necessariamente, entretanto que a condição

resolutiva depende de um acontecimento futuro, que é inserto e pode deixar de apparecer.

Além d'estas duas hypotheses ha ainda uma outra differença não menos essencial, e é que o usufructo expira de pleno direito com o vencimento do praso que lhe foi assignado, ao passo que a condição resolutiva não opera seus effeitos de pleno direito senão em alguns casos particulares determinados por lei. E ainda que o titulo constitutivo do usufructo tenha limitado o direito a um certo tempo, se o usufructuario morre antes, considera-se extincto o usufructo por ser pessoal o direito, que lhe foi concedido; e se sujeitou o direito ao acontecimento ou realisação de uma condição qualquer, este direito só tem existencia ou desapparecimento com a realisação da condição. Tomando por base estes principios prescreve a Lei Romana que, findo o termo do usufructo, ou realisada a condição, continuando o usufructuario a gozar a cousa, este goso de facto não lhe pode conferir mais direito algum, e neste caso fica obrigado a restituir os fructos collidos e rendimentos percebidos, que pertencem de pleno direito ao proprietario pela consolidação do usufructo com a propriedade: *Cum autem finitus fuerit usufructus, totus revertitur ad proprietatem et ex eo tempore nudo proprietatis dominus incipit plenam in re habere potestatem. Inst. de usufr.*

Acaba tambem pela consolidação, quando o usufructuario vem a adquirir a propriedade do predio serviente; ou o proprietario comprou o usufructo. *Inst. de usufr.*

Observações.—Sendo o usufructo uma servidão, que se não pode estabelecer sobre a cousa propria, a lei considera-o extincto nas hypotheses

estabelecidas pelo principio: *Nemini res sua servit.*

De dous modos póde o usufructo consolidar-se á propriedade: pela renuncia, ou cessão do usufructuario em favor do proprietario: *item finitur ususfructus si domino proprietatis ab usufructuario cedatur*; ou vice-versa, pela aquisição que o usufructuario fizer da propriedade serviente: *vel ex contrario, si usufructuarius proprietatem rei adquisiverit; quæ res consolidatio appellatur.* *Inst. de usufructu*, liv. 2. tit. 4.

Assim, podendo as duas qualidades de proprietario e usufructuario reunirem-se no mesmo individuo, a lei considera extinto o usufructo pela confusão dos dous elementos distinctos do dominio na pessoa de um só; constituindo por este modo a plenitude do direito de propriedade: *Si usufructuarius proprietatem adsecutus fuerit, desinit quidem ususfructus ad eum pertinere, propter confusionem.*

Quando dizemos que o usufructo se extingue pela confusão, este principio tem applicação somente aos interesses reciprocos do proprietario e usufructuario, e só entre estes produz seus effeitos.

Se o usufructuario, por exemplo, hypothecou seu direito de usufructo, a aquisição, que fizer do fundo ou substancia fructuaria, não fará extinguir a hypotheca para com seu credor, cujos direitos, sendo diversos, não podem estar sujeitos aos effeitos da consolidação.

Se for declarado nullo o titulo da consolidação, é visto que o usufructo persevera: L. 57 ff. usufr. Hub. fl. liv. 7, t. 4, n. 2.

Se acabaram as cousas nas quaes foi constituído o usufructo, este acaba igualmente. Se acabou só uma parte subsiste no resto: L. 53 ff. *de usufr.*

Acontecendo innudar-se o campo do usufructo, este revive logo que as aguas tenham escoado. Não assim, porém, se as casas do usufructo foram destruidas por incendio ou inundaçãõ; caso em que o usufructo se extingue de todo e não revive mais, ainda que o proprietario as reedifique: L. 23. L. 24 ff. *Quib. mod. usufr. amitt.* L. 5 § 2. ff. *eod.*

Observações. — Entre as diversas mudanças á que estão sujeitas as cousas, convém distinguir as que apparecem em vida do testador, das que sobrevivem depois de sua morte, por ser mais facil pôr obstaculos a creação de um direito, do que extingui-lo, depois que elle se acha estabelecido; e foi esta a razão que levou Domat a dizer que o usufructo acaba ou não, segundo o tempo em que apparecerem as mudanças á que estão por natureza sujeitas as cousas. Assim, diz Proudhon, se a cousa se acha ainda em poder do testador, e as mudanças de superficie apparecem por causas accidentaes, depois de feito o testamento, e por força d'estas mudanças o goso deixar de ser o mesmo que foi legado pelo testador, deve necessariamente caducar o legado do usufructo; e não é mister saber mais si a causa que desnaturou a superficie do fundo é absolutamente perpetua ou temporaria, por que não pode haver legado onde o legatario não acha mais a cousa, que lhe foi deixada por aquelle que podia

dispor della, na occasião de manifestar-se o seu direito : *sed et si stagni ususfructus legatur, et exaurerit sic ut ager sit factus : mutata re, ususfructus extinguitur. Vice versâ agri vel loci ususfructus legatus, si fuerit inundatus ut stagnum jam sit aut plus, procul dubio extinguitur.* L. 10 §§ 2 e 3.

Resumindo os mesmos principios, accrescenta Domat, que o direito de usufructo é limitado a cousa sobre que foi constituido, e não pode estender-se a outros bens ; d'onde se segue que acaba quando o fundo ou objecto que lhe estava sujeito vem a extinguir-se antes mesmo da morte do usufructuario, como se pode dar, por exemplo, no caso de ser uma herdade destruida por innundação, ou ser a casa consummada por incendio.

Em regra, a cousa se considera extincta, quando por uma mudança absoluta de forma ella se torna diversa do que era d'antes como, por exemplo, no caso de ser o fundo fructuario occupado por um rio ou pelo mar, de maneira que venha a tornar-se um lago ou maré. Acaba então o usufructo por que já não é o mesmo o fundo sobre que foi constituido. Tal é ainda a doutrina que se encontra nas *Pandectas Francezas*. Assim na primeira hypthese da regra estabelecida, não se tendo extinguido a cousa, revive o usufructo, porque a mudança de superficie foi motivada por causa temporaria e accidental, que desapareceu, deixando a mesma cousa no estado em que era d'antes ; na segunda, porém, extingue-se de todo, e não revive mais para o usufructuario, porque a mudança de superficie foi motivada por causa perpetua absoluta, que desnaturando a cousa, fez desaparecer o direito. E' o caso de applicar a regra : *resoluto jure dantis resolvitur jure accipientis* ; regra segundo a qual extingue-se o usufructo pelo desaparecimento do direito do concedente.

Nem o usufructuario nem seus herdeiros podem prescrever contra o proprietario os bens do usufructo: L. 8 cod. de *Usufr.*

O usufructo deixado á uma corporação que nunca morre, entende-se deixado por trinta annos, e acaba findo que seja esse tempo: Cod. Civ. Fr. art. 619.

Observações.—As corporações que se denominam pessoas juridicas ou collectivas, si bem que distinctas das pessoas singulares, podem tambem adquirir direitos de usufructo.

Os Romanos sempre providentes nas distincções, fizeram differença entre o *homem* e a *pessoa*, não só por que além da pessoa singular ha a pessoa collectiva, senão tambem porque no sentido juridico se diz *pessoa* todo o sujeito á quem compettem direitos; e o homem podendo então ser privado da — *capacidade juridica*—já no caso da—*escravidão*—e já no caso da—*capitis diminutio maxima*—, era mister guardar a differença estabelecida, para determinar direitos, que provinham de um estado, de uma qualidade da pessoa habilitada para os diversos actos da vida civil.

A distincção passou para o nosso direito, e convém admitti-la nas duas primeiras accepções, menos porém na ultima, por ser opposta aos principios de humanidade, como em outro lugar ficou demonstrado.

Propriamente só o homem é capaz de ter direitos, e nisto consiste a sua capacidade juridica, que o distingue dos outros seres; porém na Jurispru-

dencia admittem-se ainda entidades capazes de direitos e de obrigações tomadas em abstracção das pessoas singulares, como uma *sociedade*, o *Fisco*, a *herança jacente*; e d'aqui nasce á distincção entre *pessoa moral* ou *jurídica*.

Por algum tempo entrou em duvida si a posse, como as relações de direito propriamente ditas, se podia tambem applicar ás pessoas juridicas, de uma natureza toda ficticia.

Pensaram alguns que estas pessoas não podiam adquirir, por que erão apenas susceptiveis de uma posse excepcional por intermedio de seus escravos; e pensaram outros que, não tendo as pessoas juridicas posse destes escravos, nem mesmo por intermedio d'elles podiam adquirir. Modernamente porém os Jurisconsultos classicos tem reconhecido que ás *ciudades*, *corporações*, *Ordens Religiosas*, e em geral todas as pessoas juridicas podem adquirir a posse, quer por si, quer por intermedio de seus representantes livres; e assim, feita a acquisição, vem a dar-se unicamente propriedade commum e não propriedade de corporação, como se pretendu entender.

O usufructo por tanto pode pertencer as pessoas juridicas, porque é apenas a percepção da propriedade dos fructos que forma o principal objecto da acquisição; e isto nada tem de opposto á natureza da instituição, nem á qualidade da pessoa moral, á quem for legado o usufructo da cousa.

Assim pode-se dizer que estas pessoas são susceptiveis de adquirir a cousa fructuaria, por que todos os actos juridicos de seus representantes são considerados como seus proprios actos, e este principio, verdadeiro em sua generalidade, forma a essencia de sua constituição. Ainda quando se possa dizer que a pessoa juridica não tem consciencia

da posse que lhe foi conferida, esta razão não obsta a existencia do direito, do mesmo modo que o tutor adquirindo a posse por um menor, e o curador adquirindo a posse pelo alienado transmittem o direito aos interdictos, não obstante faltar tambem á estes a consciencia da posse, ou propriedade que adquiriram por entemedio de seus representantes legitimos.

Os melhores interpretes sustentam a doutrina expendida firmados ainda na seguinte regra: *Quibus autem permisum est corpus habere. . . proprium est, ad exemplum reipublicæ, habere res communes, arcam communem*: L 1 § 1.º *quod cuj. un.*

Segundo os Jurisconsultos Francezes, baseados na Lei 56, *de usufr. Gaius*, II. § 96, a duração do usufructo de uma pessoa juridica é fixada em cem annos, representando este tempo a vida mais longa de uma pessoa natural.

Se adoptassemos a mesma doutrina em nosso paiz, onde os homens raras vezes contam existencia tão longa, os herdeiros do testador difficilmente alcançariam a propriedade, em um gráo de parentesco talvez já quasi extinto; e o resultado seria passar a herança para o *Fisco*.

Convindo a conservação dos bens que o goso não esteja por muito tempo separado do dominio, para que o diteito de propriedade não venha a tornar-se inutil, contra o pensamento do legislador, parece que se não pode conceder prazo mais longo que o marcado para a prescripção; tanto mais quanto o frivolo pretexto de uma simples comparação de uma pessoa moral com uma pessoa singular não pode servir de fundamento á uma doutrina, que attenta contra o direito de propriedade.

Vem ainda em apoio deste principio o art. 619 do Cod. Civ. Fr. cuja disposição *Malleville* sustenta

dizendo, que neste sentido se deve entender o citado artigo no usufructo deixado á corporações e á estabelecimentos publicos, cujo direito não deve durar mais que trinta annos.

Por excepção o usufructo acaba se a pessoa juridica se dissolve: L. 21. *quib. modis usufr.* Cod. Civ. Port. art. 2244.

Se é deixado é uma pessoa até que outra chegue a maior idade, morrendo esta antes dos vinte um annos, continúa o usufructo, e só acaba depois de decorrido o tempo em que o herdeiro attingiria a idade prescripta pelo testador: L. 12. Cod. de *usufr.*

Os credores do usufructuario podem em casos de renuncia para extincção do usufructo faze-la rescindir, sendo feita em fraude do pagamento de suas dividas: Cod. Civ. Fr. art. 622 Cod. Civ. Port. 2242.

Observações.— Esta doutrina funda-se no principio geral, que permite aos credores annullar os actos de seus devedores, praticados em fraude e

em prejuizo de seus direitos. Cumpre, porém, distinguir os diferentes casos em que se pode dar a renuncia, por que não basta que haja prejuizo dos credores, para que ella se possa annullar, mas é necessario que seja feita em fraude do pagamento das dividas legitimamente contrahidas. Diz-se que ha fraude quando se dá o concurso de duas circumstancias distinctas: o *facto* e a *intenção*. O *facto* quando o devedor já se achava insolvavel na occasião em que fez a renuncia, ou quando, fazendo-a, veio por esse acto tornar-se insolvavel. A *intenção* quando o devedor poudé conhecer sua insolvabilidade, por que se a ignorava, não se dá fraude: *Consilium fraudis et eventus damni*. Assim, se a renuncia é feita a titulo *onerose*, isto é, se o usufructuario recebeu do proprietario o preço da renuncia, esta só pode ser annullada na parte em que o renunciante com fraude prejudicou seus credores, ou tanto quanto tenha sido esta fraude; e se é feita a titulo *gratuito* basta que d'ahi venha *prejuizo* aos credores, para se dar nullidade: *Pandectas*, tit. de *his quæ in fraudem*. Em qualquer dos casos o usufructuario renunciante está subjeito a acção dos credores, por que aquelle que contrahe dividas, tem por esse facto obrigado todos os seus bens presentes e futuros ao pagamento d'ellas, unica garantia real, que podem ter os credores; e esta garantia tornar-se-hia necessariamente uma cousa illusoria, se o devedor, quér por insolvabilidade, quér por má fé, podesse alienar impunemente a propriedade em prejuizo de seus credores. A lei não quér, uem pode querer que diante da fraude do devedor o credor seja obrigado á conservar-se mudo espectador do desapparecimento da garantia de seus direitos, sem poder em tempo requerer providencia idonea para restabelecer a ga-

rantia, rescindindo a renuncia dolosa, da qual pode vir prejuizo aos seus interesses.

O usufructo perde-se ou extingue-se tambem por abuso de gozo da parte do usufructuario, quando este tiver causado estragos na cousa, ou a tiver deixado arruinar-se por falta dos reparos de conservação: Cod. Civ. Fr. art. 618.

Observações.— O Direito Romano reconhece o principio acima estabelecido como usa legitima para extincção do direito de usufructo, e a mesma doutrina se acha estrictamente consagrada no cit. art. 618 do Cod. Civ. Fr.

O usufructo acaba, diz Justiniano, se o usufructuario não exerce convenientemente o seu direito de uso e de gozo em tempo e forma regular: *finitur autem ususfructus. . . non utendo per modum et tempus*, ou, como acrescenta Ulpiano, se o usufructuario deixa de fazer os reparos necessarios a conservação da cousa: *eum quoque fructuarium qui non reficit á domino utifruui prohibendum*. L. 9. § 5.º ff. de *damno infecto*, lib 39 tit. 2.

Diz-se que ha abuso de gozo quando se dão grandes deteriorações, que affectam a substancia da cousa: *scilicet per grandem substantiae corruptio-nem*, como, por exemplo, no caso de haver o usufructuario cortado grande quantidade de arvores fructiferas: *multas arbores frugiferas excidendo*; mas não havendo simplesmente modicos e ligeiros estragos, que se compensam, condemnando-o a pagar a estimacão do damno causado: *si vero corrup-*

tio sit modica, ad aestimationem domini: Fuldenus, inst: lib. 2. tit. 1. de usufr. cap. 5.

Aquelle que commette abusos de gozo, diz o mesmo Fulden, perde seu direito de usufructo: *qui abutitur amittit usumfructum*; não de pleno direito, mas por decisão do Juiz, tendo precedido a discussão e a forma regular do processo para conhecimento da verdade.

Comprehende-se naturalmente, diz M. Merlin, que um usufructuario que por espirito de dissipação ou por capricho ousa conceber o projecto de mudar a natureza dos lugares, demolir os edefícios, impolles servidões, escavar as terras para tirar-lhes a fecundidade, estragar as mattas, em uma palavra arruinar a propriedade, estancando-lhe a fonte dos rendimentos futuros, que d'ella se pode esperar, merece ser privado de seu direito, ou pelo menos destituido da faculdade de gozar por suas proprias mãos, ficando apenas reduzido a uma pensão ou rendimento correspondente ao valor de seu usufructo.

Quaes sejam esses estragos e malversações, que podem dar lugar a pronunciar a extincção absoluta, ou modificação do direito de usufructo já ficou dito, e Toullier repete, que elles devem sempre ser taes que possam trazer alteração na substancia fructuaria; sem o que não pode ter lugar a pena estabelecida; mas será em todo caso permittido ao proprietario requerer providencia idonea para obviar a continuação de qualquer damno, por leve que seja, e pedir a indemnização d'elle; ou seja requerendo sequestro nos bens, ou comminação da pena de perdimento do usufructo, no caso de continuar o máu uso.

Assim, como os deveres do usufructuario se reduzem a gozar como bom pae de familia, e a conser-

var a substancia — *salva earum substantiâ* — na infracção destes dous deveres elle não pode deixar de incorrer nas penas de perdimento do usufructo, fazendo máu uso da cousa, de conformidade com o pensamento do Legislador, que só teve em vistas fazer com que, extinto o usufructo, passasse a cousa sem alteração á pessoa do proprietario, do mesmo modo que foi legada pelo testador.

Por tanto, quér o usufructuario deteriore a substancia por actos positivos, quér deixe-a cahir em ruina por simples omissão ou falta dos reparos de conservação, em qualquer dos casos elle tem violado a lei da instituição do usufructo, que só lhe transfere a cousa com a obrigação de reparar e conservar, sob pena de resolver immediatamente o direito para o proprietario; e d'aqui facil é concluir que a pena de perdimento do usufructo não pode deixar de ser-lhe imposta, não só nos interesses da justiça, como em garantia do direito do proprietario.

E' tal a força deste direito que na mesma sentença em que for julgado extinto o usufructo deve ser o usufructuario condemnado a reparar ou a pagar as perdas e damnos, que houver causado ao proprietario, sem que todavia uma condemnação o dispense e absolva da outra.

Esta doutrina, porém, não tem applicação ao usufructo que comprehende cousas fungiveis, por que estas passam para o dominio absoluto do usufructuario pela tradicção que lhe é feita, uma vez que não se pode fazer uso de taes cousas sem abusar ou consumi-las, tanto quanto for necessario; e assim a pena de perdimento do usufructo por abuso de gozo seria injusta e sem applicação.

E' este um ponto de Jurisprudencia adoptado pelos melhores commentadores, e sobre o qual se pode ainda consultar: *Despeisses tit. des servi-*

tudes art. I. sect. 4, n. 8. tom. 1. pag. 632; derniere edict. e le nouveau repertoire verb. usufruit. § 5.º art. 4.º

TITULO VIII

§ 28

*Como entra o simples proprietário no goso da
cousa usufruida.*

Extincto o usufructo por qualquer das causas precedentemente estabelecidas, o direito de goso fica de pleno direito consolidado á propriedade do fundo fructuario, e desde logo o simples proprietario começa a ter o dominio pleno da cousa: *cum autem finitus fuerit usufructus, revertitur scilicet ad proprietatem, et ex eo tempore nudæ proprietatis dominus incipit plenam in re habere potestatem.* Inst. § 4.º ff. *de usufructu* lib. 2 tit. 4.

Como a posse civil no que respeita ao fundo já pertencia de direito ao proprietario, em nome de quem ella era exercida pelo usufructuario, aquelle não faz mais que entrar no goso de facto, revestindo-se apenas do — *jus utendi et fruendi* — de que havia sido privado, sem que todavia esta privação ou desmembramento da propriedade tenha trasido mudança na *posse* propriamente dita; circumstancia

esta que deixa claramente ver que o usufructuario, si bem que proprietario dos rendimentos da cousa, quanto ao fundo nã tem mais que uma simples *posse provisoria*, como simples detentor de facto, adstricto somente ao gozo dos fructos; por quanto a posse, além de se poder exercer por intermedio de terceiro, nem sempre demonstra a consequencia e o exercicio da propriedade, da qual se pode considerar cousa distincta e separada: *Nihil commune habet proprietas cum possessione*. L. 12 § 1.º Neste sentido, pois, se diz posse a retenção do gozo de uma cousa ou de um direito que nos pertence, ou que exercemos por nós mesmos ou por intermedio de outrem, que a tem ou que a exerce em nosso nome; e é por isso que nos termos do art. 2236 do Cod. Civ. Fr. o rendeiro o depositario, o *usufructuario* e todos aquelles, que detem precariamente a cousa de outrem, não podem allegar prescripção contra ella, qualquer que seja o lapso de tempo decorrido.

Assim, não obstante o usufructuario ter verdadeira posse civil no que respeita a seu usufructo, em razão de gozar o objecto — *pro suo* —, e não obstante ainda esse direito ser para elle um immovel civilmente separado do fundo, como ficou demonstrado, a posse que d'aqui resulta tem sido sempre considerada uma posse precaria relativamente aos interesses do proprietario, em nome de quem o usufructuario detem o fundo: *nam et fructuarius et colonus et inquilinus sunt in proedio et tamen non possident*. L. 6 § 2.º ff. *de precario*. lib. 43. tit. 26. E sem duvida foram estas as razões que levaram Ulpiano a dizer de um modo mais positivo que só aquelle que tem a propriedade se pode considerar possuidor, mas não se pode chamar possuidor aquelle que apenas tem o usufructo: *item qui solam proprietatem habet, possessor intelligendus est. Et um*

veró, qui tantùm usumfructum habet, possessorem non esse Ulpianus scripsit. L. 15, § 1.º ff. qui satisfacere cogentur. lib. 2. tit. 8.

Cumpre porém ao proprietario conceder opportunamente ao usufructuario ou á seus herdeiros o tempo necessario para evacuem os lugares occupados, permittindo-lhes ao mesmo tempo remover os fructos colhidos, moveis, utensis e todo o qualquer instrumento de lavoura e de trabalho que se acharem ligados ao fundo por simples destino de serviço, e não physicamente incorporados á elle; devendo o espaço de tempo concedido ser maior ou menor segundo a natureza e importancia destes objectos. Assim, por exem lo, aquelle que occupou por longo tempo um predio rustico, que contem animaes, utensis de toda a especie, machinas, prensas, fructos, pesados instrumentos de lavoura e de officinas, deve ter maior espaço de tempo para evacuar os lugares occupados com taes objectos, do que aquelle que occupou simplesmente um predio urbano, que contem apenas moveis para uso domestico e objectos de luxo, destinados á decoração dos lugares; seguindo-se d'aqui como regra que é permittido ao usufructuario conduzir todos os objectos de simples ornato, que se poderem arrancar, sem deixar a cousa deteriorada.

Entre os objectos que materialmente podem estar ligados ao fundo fructuario, uns ha que se consideram immoveis por adherencia, quando postos pelo proprietario, e outros que se consideram immoveis por melhoramento, quando feitos pelo usufructuario; e tanto uns como outros estão fora da classe dos objectos de ornato, por se acharem physicamente ligados ao predio serviente, e por isso nem o usufructuario nem seus herdeiros podem arranca-los.

Mas, sendo o legado de herança em usufructo sujeito ao pagamento da taxa á Fazenda Nacional, por uma vez somente ou em prestações annuaes, a escolha dos herdeiros e legatarios na forma prescripta nos artigos 13 e 14 Cap. III do Reg. de 15 de Dezembro de 1860, logo que tenha cessado o usufructo por qualquer das causas que o extinguem, v. g. por haver expirado o praso de sua duração, haver-se verificado a condicção imposta, morte do usufructuario, ou ter sido renunciado pelo herdeiro ou legatario, deve-se em tempo julgalo extincto, e é estylo fazer-se não só pela necessidade de liquidar direitos ou impostos a cobrar, se não tambem no interesse de regularisar a devolução da propriedade que deve ficar livre de todo e qualquer onus para com a Fazenda, imposto por lei.

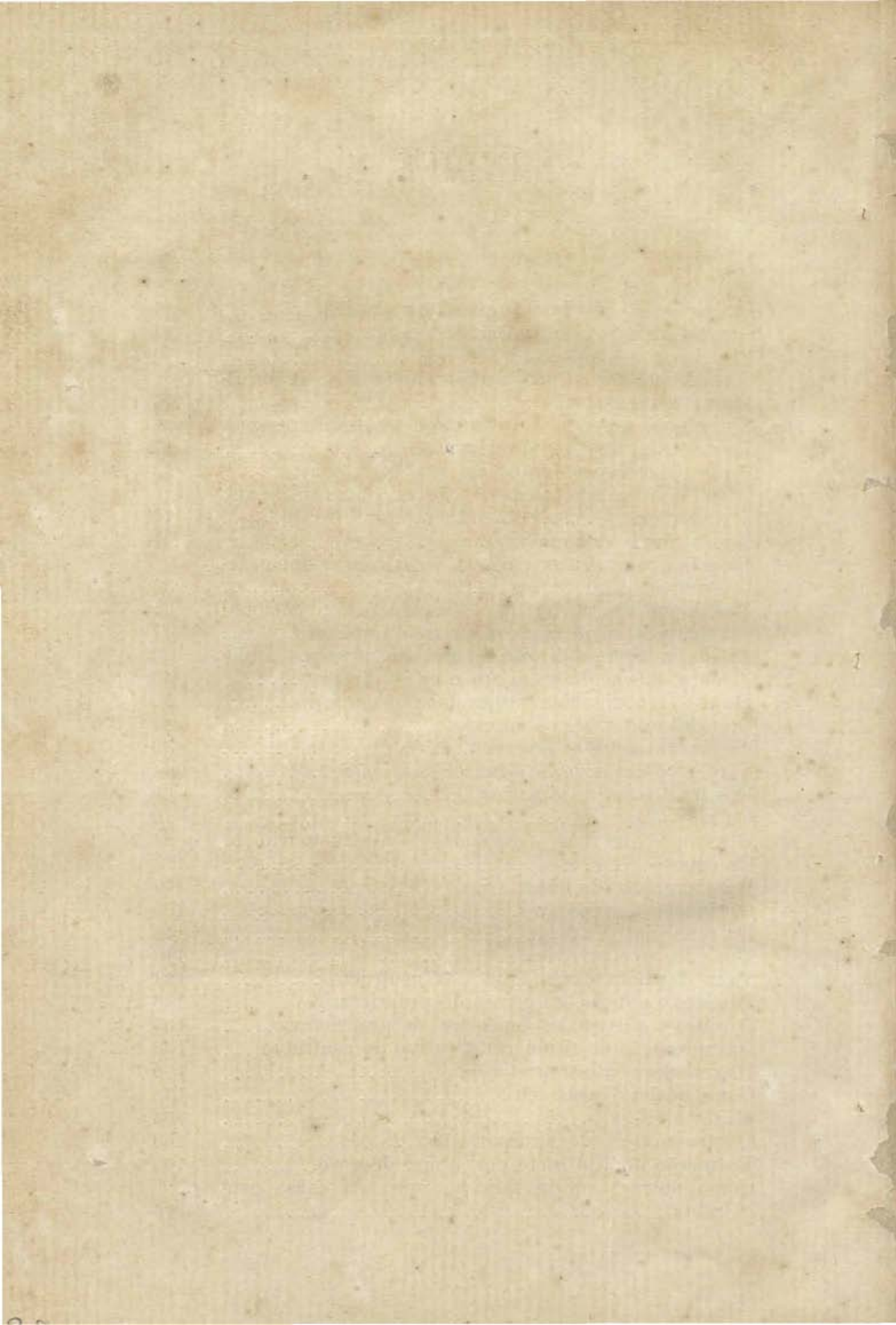
Satisfeitas estas condicções entra o proprietario no pleno gozo da cousa usufruida.

Si são dous ou mais os instituidos coproprietarios, procede-se a partilha para extremar unicamente os quinhões entre elles; o que se poderá fazer amigavelmente, não havendo menores; se porém for um só o proprietario, este não é mais obrigado a recorrer a autoridade do Juizo para haver a cousa que passa para seu poder, logo que se tenha julgado extincto o usufructo, não só por virtude da posse civil que já tinha, senão tambem por effeito immediato da consolidação, que se opera de pleno direito.

FIM

INDICE

	PAGIN.
Definição do usufructo e analyse da definição....	1
Origem historica do usufructo.....	11
Principios geraes.....	15
O usufructo é uma propriedade imperfeita, essencialmente temporaria.....	16
Em relação a pessoa o usufructo é um direito pessoal, intransmissivel hereditariamente.....	17
Do usufructo considerado em relação as cousas.....	23
Divisão do usufructo em relação as cousas sobre que se exerce.....	27
Do usufructo dos moveis.....	31
Divisão do usufructo em relação as causas que o determinam.....	33
Modos por que se constitue o usufructo convencional	35
Comparação entre a Emphyteuse e usufructo.....	41
Analogia entre o direito de uso e usufructo. Diferença que se dá entre um e outro direito.....	43
Direitos e obrigações geraes do usufructuario.....	52
Do usufructo sobre os animaes.....	55
Usufructo sobre os escravos.....	59
Usufructo das arvores e sua classificação.....	64
Dos fructos extraordinarios.....	69
Da alluvião.....	70
Direitos e obrigações especiaes do usufructuario....	84
Da caução.....	”
Da obrigação de inventariar.....	101
Obrigação de reparar.....	105
Da renuncia.....	116
Dos encargos prediaes.....	118
Taxa das heranças e legados de usufructo.....	121
Direitos e obrigações geraes do proprietario.....	135
Direitos e obrigações especiaes do proprietario....	137
Interpretação do titulo constitutivo do usufructo....	138
Regras para a interpretação.....	139
Como acaba o usufructo.....	153
Morte civil.....	154
Usufructo deixado a corporações.....	163
Extinção do usufructo por abuso de gozo.....	168
Como entra o proprietario no gozo da coisa usufruida.....	117



ERRATAS

Entre os diversos erros typographicos que escaparam n'este livro, devidos a presteza da publicação, convém attender essencialmente aos seguintes:

PAGIN.	ERROS	EMENDAS
xx (Prefacio)	desenvolvimedo	desenvolvimento
2	cauza	cousa
4	uso uso	uso
"	condições	condições
8	set a contento	a seu contento
10	algaum	algum
21	que factó	que o facto
22	desappareceram	desapparecerão
27	estador	testador
29	do usufructu	de usufructu
36	desapparecimento	desapparecimento
48	palavas	palavras
54	começou, o usufructo	começou o usufructo
58	o usufructuario prestação	o usufructuario a prestação
69	aos tempo	ao tempo
70	usufructuaio	usufructuario
"	antes da formação do usufructo	depois da formação do usufructo
"	amenos que não tivesse obtido	amenos que tivesse obtido
85	causão	caução
89	Hallanda	Holanda
95	canção	caução
106	dificare	cedificare
"	continentur	continentur
109	aos tribunaes apreciar	aos tribunaes apreciarem
121	(Onde começa—O Direito de haver a taxa—abra-se regra e paragrapho aparte)	
134	legatario particular	ou a titulo <i>universat</i>
135	connexas	connexos
136	negatva	negativa
138	uta liquid	ut aliquid
"	aut nou	aut non
139	dialecta	dialectica
"	interpretada	interpretado
143	perem	porem
147	honinem	hominem
171	cousas	causas

1913

1913

1913

1913

1913

1913

1913

1913

62

10010

02104-213