

*do distinto amigo, com sincera affeição, e ao  
collega illustre Antonio Jose Fernandes Junior  
offerece como bem modesta lembrança o*

*Paraná, 12-5-1898*

*autor*

AOS SNR.<sup>s</sup> ESTUDANTES DE DIREITO

## COMPILAÇÃO DE DIREITO CIVIL

2.<sup>a</sup> E 3.<sup>a</sup> CADEIRAS D'ESSE RAMO DE SCIENCIA DO  
DIREITO, NO CURSO JURIDICO

TRABALHO DO ANNO DE 1894

DE ACCORDO COM UM BOM PROGRAMMA ACADEMICO

PELO BACHAREL

ARCHIMEDES SEBASTIÃO PIRES

JUIZ MUNICIPAL

Typ. DE OLIVA & COMP. — Rua Mauricio de Abreu n. 19

SAPUCAIA (Estado do Rio)

✓  
342.1

P667

CDC

1891

BIBLIOTECA NACIONAL FEDERAL

1st volume received

no. número ..... 3460 .....

do ano de ..... 1946 .....

Despretenciosamente dou publicação em livro a esta compilação que fiz de diversos escriptores de Direito Civil, affim de encetar a realidade da boa vontade que tenho de ser um pouquinho util á sociedade, pois, entendendo que esse deve ser o alvo principal de todos os homens, concorrendo embora com muito pouco para a facilidade da direcção em um estudo qualquer, indicando os pontos a que devem ir aquelles que desejam orientar-se em uma sciencia, seja qual for — principalmente quando procura-se aprender a verificar a importancia das sciencias tão amplas e tão vagas como o Direito que, embora positivo em muitos dos seus diversos ramos, deixa margem á grandes divagações, d'onde nascem arbitrariedades e conclusões affastadissimas do pensamento unico, verdadeiro, da questão debatida — cuja authenticidade quasi sempre desaparece com o tempo, ficando pequenos vestigios apenas.

O Direito, em geral, é amplo, muito amplo mesmo e o seu estudo não pôde ser bem feito sem o esforço d'aquelle que se dedica a elle, entregando-lhe todo o pensamento e absorvendo-se na observação da diversidade de idéas que constituem as opiniões de cada Jurisconsulto, de cada escriptor.

Parece-me que posso dizer que cada escriptor de Direito formúla a sua doutrina: entretanto, estão de accordo em varias dissertações e divergem em outras, estabelecendo afinal pelo confronto uma nova escola.

Aventura o juizo de que o Direito em theoria não tem limites para o homem que deseja estudal-o, porque, si estabelecer para elle uma restricção em geral, paralyza o seu estudo tão agradável, quando elle entretanto é interminavel, progride sempre.

Chegamos então ás leis que são a expressão em pouquissimas palavras do desenvolvimento da sciencia, são os preceitos firmes do ponto a que chegou a vida ( adoptando a definição de LERMINIER que disse — o Direito é a vida ) e que demora-se ahi como se estivesse fatigada e desejasse descanso, continuando ainda depois e reformando as normas estabelecidas pela ultima expressão até então alcançada.

Escrevo para encetar os meus trabalhos, não comprehendendo a vida sem uma distracção qualquer e essa, seja qual for, é um trabalho: principalmente quando se exerce um cargo de Magistratura, que, por sua natureza, é arida e espinhosa e em que o espirito humano absorve-se integralmente, á vista da responsabilidade que pésa-lho muito, uma vez que é sempre a garantidora da ordem publica, tratando dos interesses publicos e da administração da Justiça em plena sociedade: assim acontece-me e por isso, cumprindo os deveres, no exercicio de meu cargo de Juiz Municipal, que muito prézo, (é essa a minha divisa), procurando mesmo não affastar-me d'esse principio, tenho necessidade imperiosa de procurar um descanso em meu gabinete de trabalhos, affim de desviar os meus sentidos em algumas horas do dia do bulicio atroador da profissão — e esse descanso, eu o encontro no estudo, lendo e annotando.

Não tem este meu trabalho innovações theoreticas — outro foi o meu intuito foi o de indicar aquelles que estudam ainda inspidamente o curso academico, um meio facil de resolver as grandes difficuldades que, em todos os annos do curso, apparecem-lhes, apresentando-lhes esta minha primeira compilação, onde encontrarão theses desenvolvidas só para exame

academico— evitando-lhes assim a ardua tarefa que lhes impõem no curto prazo de sete a oito mezes em que têm de vencer o trabalho que só em muitos annos pôde ser feito.

São theses que existem mais ou menos em programmas apresentados por lentes de Direito Civil annualmente e que encontram-se em um dos melhores.

São immensas as difficuldades que os estudantes procuram annualmente vencer e nem todos pôdem dispôr do tempo preciso para folhear em poucos mezes ( que formam o anno lectivo ) os escriptores que mais claramente tratam da materia e por isso perdem, ás vezes um anno e até mais.

E' tão vasto cada ramo da sciencia do Direito, repito, que, dividindo-os mesmo muito, nunca diminuem e por conseguinte será sempre difficilimo o estudo da sciencia bella, maravilhosa do Direito.

Muito me agradará, o meu prazer será immenso, si um dia eu souber que este meu trabalho tem alguma utilidade, pois é esse o meu intuito.

Poupar tempo e trabalho aos estudantes de Direito, mostrando-lhes o primeiro esforço da minha vontade de alliviar-lhes no estudo tão arido de um curso e que é tão agradavel quando, depois de coroado, em perfeita liberdade estudamól-o— eis o meu unico desideratum.

Offereço-lhes esta minha pequena compilação senhores estudantes de Direito e podem crêr que não desejo com ella senão dar-lhes um pequeno lenitivo e oxalá, que essa minha esperanza não seja frustrada.

As lamentações de um estudante sobre as difficuldades de compilação para exame deram-me vontade de fazer esta publicação já.

*O autor.*

## CAPITULO 1.º

PESSOÁ— OBJECTO DO DIREITO; COUSA— OBJECTO DO DIREITO.  
CONDIÇÕES NECESSARIAS A' EXISTENCIA DOS DIREITOS CIVIS

### PRIMEIRA PARTE

O direito considerado subjectivamente é um poder moral que tem o ser racional e livre— *Facultas agendi*.—

O Direito considerado objectivamente é uma regra imposta á actividade dos seres racionaes e livres que vivem em sociedade— *Norma agendi*.—

Segundo Warnkœnig em uma relação de direito subjectivo encontram-se de um lado o sujeito e de outro lado o objecto do direito.

O sujeito da relação juridica é a pessoa. No direito Natural pessoa é todo o ser racional e livre. Em Direito Romano pessoa é a entidade capaz de Direitos.

A razão e liberdade são tambem pelo direito positivo condições elementares da personalidade, pois, quando dispoja-se o homem do direito nega-se-lhe a liberdade e quando se o concede a outras entidades, dá-se-lhes razão e liberdade.

Com Ahrens distinguimos a capacidade de direito da de agir.

A primeira tem todo o ser da especie humana, mas, a segunda só a possuem os que teem consciencia do seu poder social, os que teem livre arbitrio.

O objecto do direito pode ser pessoa ou cousa. Na pratica dos diversos actos, conducentes á realisação do nosso destino, o objecto primeiro sobre o qual recahe a nossa actividade é o nosso proprio ser. Reconhecemos pois, que temos necessidade de desenvolver as nossas faculdades e a nossa natureza physica, para a maior facilidade na realisação do nosso destino. Lançando, porém, as vistas para o mundo exterior encontramos seres de duas ordens : seres iguaes á nós com a mesma natureza e fim e seres inferiores que não teem razão e liberdade e nem fim proprio.

As cousas que não teem fim proprio servem para a realisação do destino dos seres superiores, podem, pois, ser objecto de direito. Os seres iguaes, porem, parece não poderem ser objecto do direito, porque sendo dotados da mesma natureza, com identicas faculdades, têm um mesmo fim. Mas, observando-se o que se passa no mundo exterior vemos que essa igualdade natural desaparece ante as circumstancias da vida, as circumstancias do meio em que o homem se desenvolve; e portanto, a pessoa pode offerecer-se como objecto do poder do titular do direito, sem por isso perder o character de personalidade, porque a subordinação n'este caso é filha da liberdade, ou da posição defectiva que ella occupa no organismo da sociedade.

Encontramos como objecto da relação jurídica :

1.º— as cousas internas, isto é, o proprio ser; 2.º— as cousas externas, isto é, qualquer parte do mundo fatal; (1)  
3.º— actos livres da pessoa, isto é, os serviços dos seres com quem convive, determinados por actos isolados e livres — condições indispensaveis estas; 4.º— actos não livres da pessoa, filhos de sua posição defectiva no organismo da sociedade.

Estes actos não são livres, porque, por exemplo, não foi em virtude de um contracto que o pai se obrigou a alimentar e educar seu filho, como não foi em virtude de um contracto que este se obrigou a prestar obediencia a aquelle. (2)

## SEGUNDA PARTE

Em toda a relação jurídica existem sempre : um sujeito titular do direito e um objecto sobre que recahe esse direito.

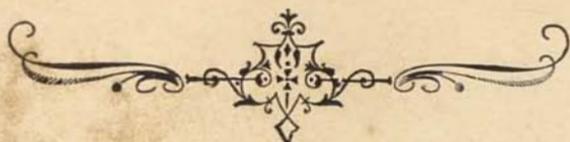
D'onde: para que haja um direito sobre uma cousa é necessario que exista um sujeito titular d'esse direito: esse sujeito chama-se pessoa — em sentido proprio.

Ora, si não ha direito sem pessoa, responderemos satisfactoriamente, expondo as condições de existencia das pessoas a sua capacidade e é o que passamos a fazer.

Pessoa em Direito Natural é todo o ser dotado de razão e liberdade; mas em Direito Positivo essa noção é defectiva,

(1) Segundo a definição de Marezoll.

(2) Prel. do Dr. D. Rodrigues em 1882.



**DIREITO CIVIL**

Escritorio de Advocacia  
DO  
BACHAREL ARCHIMEDES S. PIRES  
ESTADO DO RIO  
Barra de Pirahy





**AOS ESTUDANTES DE DIREITO**

**OFFERECER**

**C. e D. este livro,**

**O autor.**



Meus Pais, meus irmãos e meus amigos

Um dos primeiros conselhos, seguido de constantes exemplos, que recebi na minha primeira idade foi— que sempre fizesse o que a minha consciencia me prescrevesse e deixasse as consequencias ao arbitrio de Deus. Um dia, quando descer ao tumulo, levarei commigo não só a lembrança d'esta lição paterna, mas tambem a convicção de a ter constantemente observado.

Não deixarei de recommendar essa fidelidade a meus filhos.

Eis ahi o motivo pelo qual animei-me a publicar este modesto livrinho :— elle representa trabalho. Foi o que a consciencia prescreveu-me.

Servindo-me das palavras de Thomaz de Malmesbury direi :— *Não ha accção alguma n'esta vida que não seja o principio de uma cadeia de consequencias de tal sorte longa, que nenhuma providencia humana é bastante elevada para nos mostrar a sua perspectiva até ao fim.*

S. Paulo disse a Timotheo em sua epistola, no Cap. IV :

A piedade para tudo é util, porque tem a promessa da vida que agora é e da que ha de vir.

A' vòs, pois,— extremecidos pais, irmãos e amigos — assim se apresenta

O AUTOR

Dezembro de 1897.

porque ha pessoas que não teem razão nem liberdade e são as pessoas juridicas, puras creações do Direito, e que se oppoem á outras especies de pessoa — a physica ou natural.

Alguns Jcts. explicam essa antinomia entre o Direito positivo e o natural, dizendo que quando o Direito Positivo dá ás suas creações o titulo de pessoas dota-as de razão e liberdade. Ha, pois, em Direito Positivo duas especies de pessoas: as pessoas physicas ou naturaes (homens) e as pessoas moraes ou juridicas (corporações e sociedades).

Podemos com Wan-Wetter definil-as assim collectivamente: — Pessoa é toda a entidade capaz de Direitos. Quanto ás condições da pessoa physica damos como perfeita a seguinte classificação:

- 1.<sup>a</sup>—a separação completa das visceras maternas;
- 2.<sup>a</sup>—que esteja viva;
- 3.<sup>a</sup>—que tenha forma humana;
- 4.<sup>a</sup>—que seja viavel.

O recém-nascido que satisfizer a esta quadrupla condição é tido como pessoa e são por consequente guardados e respeitados os seus direitos.

Estas consequencias, a que as considerações de ordem philosophica chegam, já eram perfeitamente reconhecidas pelos Romanos.

Fundamenta-se essa asserção no Digesto, livro 25, tit. 4.<sup>o</sup>, frag. 1.<sup>o</sup> § 1.<sup>o</sup> onde se vê o seguinte: *partus enim, antequam edatur, mulieris portio est, vel viscerum*— o parto, antes de ser dado á luz, é considerado uma porção da mulher ou das suas visceras.

Vemos, pois, que o feto embora tenha sido dado á luz, a razão pela qual n'este texto se considera como uma parte da mulher ou das suas visceras prevalece, porque o feto se acha ainda ligado pelo cordão umbilical.

E' indifferente que o parto tenha sido natural, ou artificial, isto é, é indifferente que o nascimento se tenha dado naturalmente ou por meio de uma operação cirurgica, o que em nada affecta a capacidade juridica.

Encontra-se a confirmação d'isto no Digesto, liv. 5.<sup>o</sup>, tit. 2.<sup>o</sup>, frag. 6.<sup>o</sup>, onde se diz: *simili modo et eum, qui post testamentum matris factum exsecto ventre extractus est, posse que-ri dico.*

Frag, 12.º liv. 28.º, tit. 2.º— *Quod dicitur filium natum rumpere testamentum, natum accipe, et si exsecto ventre editus sit.*

O frag 129 do Dig. liv. 50, tit. 16 diz : *aquelles que nascem mortos, nem nascidos e nem procreados se consideram, porque nunca se puderam chamar filhos.*

Ha ainda muitos outros fundamentos para a prova da primeira condição da pessoa physica apresentada.

A segunda condição fundamenta-se tambem com textos Romanos.

Quanto ao reconhecimento da vida uns sustentam que deve ser pelo *movimento* e outros pelo *grito* ou pelo *chôro*.

Assenta se isso na Const. 3.ª do Cod. liv. 6.º, tit. 29.

Esta condição, porém, fica ao alcance da sciencia medica, unica competente para affirmar que um feto morto logo após o seu nascimento *viveu* durante algum instante.

A terceira condição ainda tambem existe confirmada na continuação da Const. 3.ª do Cod. liv. 6.º, tit. 29, de Justiniano, já citada.

Sobre estas tres primeiras condições os escriptores em geral estão de accordo.

Sobre o que deve determinar a forma humana, adoptamos a theoria de Wan-Wetter, segundo o qual o ente para ser considerado capaz de Direito é necessario que não decline para um monstro ou prodigio; ficando, porem, á alçada da medicina determinar essa forma humana.

Warnkœnig admite como condição da pessoa physica — *o nascimento no justo tempo.* (1)

Essa doutrina é regeitada por muitos escriptores e dá lugar á grande controversia, porque, tratando-se da doutrina da *viabilidade*, tão debatida, vê-se que a medicina é a unica sciencia que pode resolver a questão, dizendo qual o tempo necessario para que um feto seja *viavel*.

Ha diversidade de opiniões á respeito: é assim que sustentam unanimemente que aos sete mezes o feto nasce perfeito e é portanto, *viavel*; uns sustentam que com cento e oitenta e dois dias de constituição considera-se nascido o feto em *tempo justo* etc.

Wan-Wetter sustenta a necessidade d'esta 4.ª condição da

(1/ Instit. Dir. Rom. Priv. art. 122

pessoa physica e Savigny regeita-a, discutindo com os textos Romanos, com que prova exuberantemente, que nos tempos dos Romanos não se cogitava d'essa condição da pessoa physica, pois, nos textos não se encontra solução para essa questão, então agitada, que é a capacidade do nascido.

Adoptando esta ultima doutrina, pensamos que a *viabilidade* não é uma condição para que o individuo se possa considerar como participante de direitos.

No *Direito constituendo* aceitamos a condição da viabilidade mas, perante o *Direito constituído*, que estudamos, não a podemos aceitar porque não acha sua consagração nos textos da legislação Romana, que nos serve de base.

Deve-se ter em vista sempre a excepção que tem dado lugar ao brocardo juridico : *nasciturus pro jam nato habetur, si de commodo ejus agitur*. « O que tem de nascer é considerado como já nascido desde que se trata de seu interesse ».

O frag. 7.º do Dig. liv. 1.º tit. 5.º diz que « *aquelle que está no utero é considerado e attendido, quando se trata do seu commodo ; para outros effeitos, porém, não se o considera assim* ».

No frag. 231 do Dig. liv. 50, tit. 16 tambem se diz :

« Quando dizemos que *aquelle que se espera nascer, é tido como nascido, é verdade, quando se trata do interesse do mesmo ; para outros, porem, não aproveita, senão depois de nascido* ».

## Parapho unico

### CAUSAS MODIFICADORAS DOS DIREITOS CIVIS

As causas modificadoras dos Direitos civis são :

A idade das pessoas, sua saúde, sexo etc.... que em Direito Romano abriam uma profunda differença de capacidade entre as pessoas.

Em Direito Patrio, depois das ultimas reformas, nós estudamos a extensão dos Direitos Civis, ou antes a extensão da capacidade das pessoas, consideradas estas em relação : 1.º á nacionalidade ; 2.º á familia ; 3.º ao parentesco ; 4.º ao sexo ; 5.º á idade ; 6.º á saúde ; 7.º ao domicilio ; 8.º á profissão.

Antigamente ainda se distinguia quanto á liberdade, fama, religião, distincção que hoje não existe ; e mesmo quanto á *nacionalidade*— a condição civil dos estrangeiros é equiparada á dos nacionaes actualmente, salvo pequenas restricções.

As pessoas juridicas, que na phrase de Savigny, são sujeitos ficticios de Direito de bens— somente existem em virtude da lei ; mas esta, creando-as, não pôde dotal-as da plena capacidade de que são susceptiveis as pessoas naturaes.

Effectivamente, a personalidade juridica é essencialmente restricta, somente estende-se ao direito dos bens e não pôde comprehender os de familia : assim ellas são capazes de todos os— *jura in re*— mas, não o são de todos os— *jura ad rem*.

As pessoas juridicas podem ser classificadas quanto ao modo de sua existencia, quanto ao modo de sua manifestação e quanto á sua organização. (1)

Faremos as seguintes considerações essenciaes :

1.ª A ultima das divisões que apresentamos não pode de modo algum ser transplantada para o Direito Patrio onde as pessoas juridicas teem uma organização completamente estabelecida nas leis : 2.ª advertimos que, conforme a sua natureza, essas pessoas juridicas variam de capacidade : essa ca-

(1) Savigny, Tr. de Dir. Rom. § 85

pacidade dos direitos civis, finalmente, é muitissimo menor que a das pessoas physicas ou naturaes.

Segundo o Conselheiro Ribas a principal condição dos Direitos civis é a liberdade e diz elle que esta pode desenvolver-se amplamente em todos os sentidos, emquanto não encontrar limites na lei.

O homem pôde, pois, em geral exercer ou deixar de exercer os seus direitos, como lhe approuver; e a inda mesmo quando d'este exercicio decorra prejuizo para terceiro.

Esta regra tem as seguintes limitações: 1.<sup>a</sup> os direitos relativos ás acções, isto é, aos meios de proseguir em Juizo o reconhecimento e a realisação dos nossos direitos, se não forem exercidos dentro dos prazos legaes, se extinguirão pelo não uso e assim temos a *prescripção*; 2.<sup>a</sup> não é licito exercer um direito com o unico fim de lesar a outrem e sem que do seu exercicio resulte para nós utilidade.

No direito está incluída a faculdade de fazer tudo que é necessário para o exercicio d'elle, bem como está inherente a obrigação de supportar todos os encargos que a elle se prendem.

Qualquer pode exercer o seu Direito, por si ou por outrem que o represente; salvo quando a natureza do Direito, ou lei expressa, exige que elle seja exercido pessoalmente pelo titular do Direito. (1)

Consideradas as pessoas juridicas quanto ao *modo de sua existencia* ellas dividem-se em:

1.<sup>o</sup> pessoas juridicas de existencia necessaria, ex: o Estado, municipios, etc.

2.<sup>o</sup> pessoas juridicas de existencia contingente, ex: as diversas corporações, as heranças jacentes, etc.

Quanto á *sua manifestação* podem as pessoas juridicas ser consideradas como *corporações* ou *fundações*.

Convem não confundir as sociedades ordinarias, civis ou commerciaes, com as corporações, nem com as instituições pias.

Distingue-se da seguinte maneira:

A sociedade é uma reunião de diversas pessoas, cada uma das quaes conserva a sua pessoalidade distincta, emquanto a corporação possui uma pessoalidade propria, distincta da de

(1) Con. Ribas, Tr. Dir. Civ. vol. 2.<sup>o</sup> Cap. 4.<sup>o</sup>.

cada um de seus membros ; e a instituição pia é em si mesma uma abstracção pessoalizada, que pode ser representada por pessoas individuaes indeterminadas.

Muito se tem discutido sobre os *Direitos Civis* e é digno de estudo o desenvolvimento por que tem passado o organismo social.

Quando nos tempos primitivos viam-se as tribus de dia em dia recebendo o premio dos esforços da intelligencia humana e seguindo n'uma vertigem indescrivivel para o caminho do progresso, tudo parecia indicar um mysterio profundo na natureza : hoje vê-se desvendando-se segredos que o organismo humano não manifestava possuir, chegou-se ao ponto de poder-se dizer que os homens concorrendo, cada um de per si, com o seu quinhão intellectual, puderam avançar, atravessando os caminhos inhospitos de seu proprio ser, perfeitamente desconhecido, até o ponto de, mirando-se, dizerem maravilhados — como era desconhecido o poder humano !

A intelligencia seguiu os planos traçados e cheios de mysterios até tocar á *quasi perfeição* e hoje vê-se a sociedade organisada, vê-se a harmonia dos homens em collectividade, tratando dos interesses de todos, com uma garantia estabelecida por elles mesmos e essa é « A LEI » expressa, positiva, que offerece a ordem. A lei, existindo com a propria natureza, trouxe ao homem a idéa de uma lei social, creada pelo proprio homem.

Vemos a sociedade necessariamente formando-se em seus primeiros tempos pelo impulso de leis fataes, irresistiveis.

Sabemos que, desde os tempos mais remotos, alguns philosophos e mesmo poetas comparavam a sociedade a um organismo.

Assim, Aristoteles referia-se á sociedade como a um animal dotado de mil cabeças ; Platão dizia o mesmo e como elles tambem pensava o poeta Shakspeare.

Jean Jacques Rousseau serviu-se d'esta comparação para n'ella salientar os principios da sua theoria do « *Contracto social* ».

Não acceitamos a comparação de Rousseau, da sociedade com órgãos physicos.

Spencer colloca-se em uma altura demasiadamente elevada, querendo considerar os phenomenos sociaes sob um ponto de vista systematico, querendo concluir que a sociedade

fôrma e como um organismo. Conte, ao contrario, mostra a distincção que existe entre a biologia e a sociologia.

Não ha duvida que a sociedade pôde mesmo ser comparada a um organismo etc.

De accordo com Spencer, vemos philosophos e naturalistas distinctos e especialmente os allemães collocarem a sociedade entre seres organicos e quererem emfim estabelecer uma comparação.

Pela especialisação feita por Spencer entre sociedade e organismo, diz-nos elle :

Em qualquer organismo o que é que se nota ?

Qual o caracteristico dos corpos vivos ?

Diz elle: é o concurso de partes differentes para a manutenção de um todo.

A sociedade é sem duvida um organismo.

Segundo diz Spencer, a sociedade é formada pelo concurso de diversas partes differentes entre si, trabalhando harmonicamente para a manutenção do todo.— E' verdadeiro.—

Os naturalistas e os botanicos fazem sentir bem claramente que em um organismo ha tres condições de vida: 1.<sup>a</sup> a divisão das funcções das partes constitutivas do ser: 2.<sup>a</sup> a especialisação de funcções: 3.<sup>a</sup> o trabalho harmonico é solidario d'estes elementos constitutivos, para a manutenção do todo.

Assim, no exemplo figurado por Spencer, é claro, que as raizes extrahem o succo da terra— a seiva; as folhas são órgãos da respiração e assim por diante, mas, concorrendo todas estas partes com suas diversas funcções para a formação e desenvolvimento do aparelho. Ha a especialisação de funcções, porque cada organ se incumbem de uma funcção especial.

Mas, é preciso ainda que essas funcções exercidas pelas diversas partes do organismo apresentem-se harmonicas, solidarias.

Tudo isto se realisa na sociedade, tudo isto se manifesta tanto no homem moral, como no physico.

Examinando o nosso organismo, vemos o cerebro e o coração, órgãos principaes da circulação, o systema nervoso etc.

Eis porque Spencer sustenta que na sociedade encontram-se tambem os tres systemas que encontram-se em todo e qualquer organismo.

Deve-se admittir a comparação entre sociedade e organismo desde que se admitte a definição de lei por Montesquieu, que diz: *lei é a relação necessaria que emana da natureza das cousas.* (1)

Não admittimos, tão em absoluto, como querem alguns escriptores, a conclusão de que a idéa de contracto humano, individual, não tenha direito de intervir na organização social.

Do bom principio de Spencer, como philosophos, podemos tirar naturalmente a conclusão seguinte: na sociedade todos os individuos devem gosar de igual consideração, de igual direito, porque pelo proprio paralelo feito por Spencer cada um dos homens é ao mesmo tempo fim e meio em relação ao outro.

Todas as profissões, todas as carreiras são essenciaes para a vida da collectividade.

De taes principios firmados muito logica e legitimamente, do paralelo apresentado por Spencer, deduz-se que, em face da lei são igualmente dignos todos os homens quaesquer que sejam as suas profissões.

Tanto o philosopho como o carpinteiro são necessarios igualmente nas sociedades; não ha cidadão algum que não tenha o direito de exercer os cargos publicos, uma vez que seja eleito.

E' por isso que perante a sciencia não ha duvida que a verdadeira fórmula de poder é a democracia pura como nos Estados Unidos e na Suissa.

As alterações na sociedade não se realisam precipitadamente sem attenção á marcha da associação, o organismo social desenvolve-se gradativamente.

E' por isso que os publicistas, os estadistas que tratam de fazer reformas não o pódem fazer sem observar e observar de perto a sociedade para a qual vão dar leis.

A sociedade é um organismo, disse um philosopho allemão, mas que organisa-se e tem liberdade.

Estando as relações necessarias derivadas da natureza dos homens, sujeitas a serem modificadas pela sociedade, os principios de justiça absoluta não são cumpridos, não são executados, de sorte que— muitas vezes na sociedade muitos prin-

(1) Montesquieu, Esp. das leis, livro 1.º cap. 3.º.

ciptos. Se o Direito Positivo não estão de acordo com os de Direito Natural :

Deve-se aos próprios preconceitos e foi obedecendo a este principio que Savigny disse— *a lei forma-se no seio do povo* . E não se pôde fazer o contrario da vontade do povo.

Como diz Spencer, o principio da evolução é o melhor preventivo contra as revoluções. 10

## CAPITULO 2.º

## DIVISÃO PRIMORDIAL DOS DIREITOS CIVIS: REAES E PESSOAES

Admittindo-se a distincção das leis Romanas entre o Direito na cousa e o direito contra as pessoas— *jus in re*—e *jus ad rem*, não se hesita em adoptar a ordem das Instituições, que por sua clareza e simplicidade excede a todas as outras e que está confirmada pela experiencia dos seculos e consagrada pela autoridade de quasi todos os philosophos e dos mais notaveis jurisconsultos.

Tratamos aqui do estudo rapido dos direitos reaes e pessoaes e, por isso, com Teixeira de Freitas, affirmamos desde já que ha grande distincção entre direitos pessoaes e reaes e n'essa distincção é que repousa todo o systema do Direito Civil.

Não podemos admittir a junção dos direitos reaes e pessoaes que Mackeldey fizera.

Os direitos relativos, exceptuados os de personalidade publica no circulo das leis Organicas e administrativas, pertencem em regra geral á Legislação Civil, que define e regula as obrigações dos individuos entre si.— *Eis os direitos pessoaes.*

*Direitos relativos— direitos pessoaes*— correspondem á mesma noção, a variedade de expressão não a especialisa. São *relativos* esses direitos em contraposição aos *direitos absolutos*, porque não recahem sobre todos.

São *pessoaes*, porque necessariamente dependem da intervenção de pessoas individualmente passivas.

E' no direito absoluto de propriedade que achamos os *direitos reaes*.

E' preciso separar os direitos absolutos que immediatamente concernem á personalidade do homem e que são alheios á legislação civil.

Separados os direitos absolutos da personalidade a idéa geral da propriedade carece de limitação sem a qual a noção dos direitos reaes será inexacta.

A noção dos *direitos reaes* não é tão ampla, ella está para a idéa geral da propriedade, como a parte está para o todo.

A propriedade abrange os Direitos reaes e tambem a maior parte dos Direitos pessoaes; e não haveria differença entre esses direitos, se todo o direito absoluto de propriedade fosse o mesmo direito real.

Tanto fazem parte da nossa propriedade as cousas materiaes, que nos pertencem de um modo mais ou menos completo, como os factos ou prestações que se nos devem, e que, á semelhança das cousas materiaes, tem um valor apreciavel, promiscuamente representado pela moeda.

Que os *direitos reaes* não são applicaveis a todos os objectos de que se compõe a propriedade, facilmente comprehende-se e a observação o confirma.

O *direito real* recahe sobre objectos corporeos que existem immediatamente submettidos ao agente do Direito.

O *direito real* tem duas manifestações, uma necessaria e a outra possivel.

Ou o exercemos sobre as nossas proprias cousas—*jus in re propria*,— ou sobre as cousas dos outros—*jus in re aliena*.

Em relação ás primeiras o *direito real* é o proprio *dominio* e o seu objecto—*ipso facto*—é sempre a propriedade plena, com todos os direitos elementares que a constituem—por isso não pódem haver especies.

Em relação ás segundas o *direito real* tem por objecto a propriedade limitada; e como a limitação póde ser realisada por varios modos, a differença entre elles póde occasionar outras tantas especies de *direitos reaes*.

Convem não se confundir a limitação da propriedade em geral com o *jus in re aliena*.

A legislação franceza elevou a locação á cathegoria de um *direito real*,— transformando a natureza d'esse contracto—TOULLIER, DURANTOM, PROUDHON, DELVINCOURT e DUVERGIER, etc. que sustentão que a locação só confere um direito pessoal; mas, TROPLONG refuta-os vigorosa e satisfactoriamente. (1)

(1) V. B. Carneiro e Teixeira de Freitas, Cons. das Leis Civis.

## CAPITULO 3.º

## NOÇÃO DE COUSAS :— SUA CLASSIFICAÇÃO

Em Direito Civil a palavra coisa tem dois sentidos :— amplo e menos amplo.

No primeiro sentido coisa é tudo quanto existe na natureza ; no segundo é tudo o que faz parte ou que pôde fazer parte do nosso patrimonio.

N'este segundo sentido costumam confundir cousas com bens, que é tudo o que faz parte do nosso patrimonio.

A palavra *bens* tem um sentido mais lato ou menos lato que a palavra *coisa*.

*Bens* é menos amplo quando si o considera como tudo o que faz parte do nosso patrimonio e mais tudo o que pôde d'elle fazer parte.

*Bens* é mais amplo considerando-se que comprehende as cousas materiaes e immateriaes, ao passo que *coisa* refere-se especialmente aquillo que é corporeo, que é material.

Alguns Jurisconsultos como Zacharias distinguem bens pessoases de bens exteriores.

Bens pessoases são aquelles que se confundem com a existencia juridica da propria pessoa, são aquelles que são inherentes ás pessoas.

Bens exteriores são aquelles que não se confundem com a pessoa, existem fóra d'ella.

Não aceitamos esta distincção, porque, sob o ponto de vista juridico, os bens pessoases não constituem propriamente bens, dão causa á aquisição de bens.

Na *classificação* dos bens não ha uniformidade da parte dos escriptores.

GAIO apresenta tres classificações das cousas.

A suprema divisão das cousas, diz elle, que estão em nosso patrimonio ou fóra d'elle é em cousas de *direito divino* e cousas de *direito humano*.

Subdivide as primeiras em *cousas sagradas, religiosas e santas*, e as segundas em *publicas e privadas*.

Em segundo lugar divide as cousas em corporeas e incorporeas. Finalmente, em *mancipi e nec mancipi*.

Esta ultima divisão não passa de mera reminiscência histórica e nenhuma applicação pôde ter.

MARCIANO divide as cousas, considerando-as em relação ao Direito Natural em : *communia omnium, universitas, nullius et singulorum*; e qualifica como subdivisão da classe das *res nullius* as— *sagradas, religiosas e santas*.

As Institutas dão preferencia á esta classificação, addicionando-lhe a *res publicæ*.

Estas classificações são hoje inaceitaveis, exceptuando, porem, a das *cousas corporeas* e *incorporeas*, que no estado actual da Jurisprudencia patria e estrangeira não pôde ser omitida.

Entretanto, graves objecções se levantam contra a sua admissão nos Codigos modernos.

A classificação de MARCIANO, ainda accrescentada pelas Institutas, não satisfaz as condições do methodo rigoroso e não pôde deixar de ser profundamente modificada; pelo que tomando a palavra cousa no seu sentido mais amplo e considerando as cousas sob duplo aspecto faremos com os Jurisconsultos as seguintes classificações :

		IMMOVEIS, MOVEIS E ACÇÕES	
	QUANTO A' SUA NATUREZA	Existentes e futuras Singulares e collectivas Divisiveis e indivisiveis Principaes e accessorias Fungiveis e não fungiveis	
COUSAS		NO COMMERCIO E FÓRA DO COMMERCIO	
	QUANTO AO SEU PROPRIETARIO	Cousas sem dono Particulares e publicas	Geraes Estadoaes Municipaes

## Parapho 1.º

## DIVISÃO DAS COUSAS CONSIDERADAS EM SI MESMAS

1.ª-- *Corporeas e incorporeas*

As cousas corporeas são de sua natureza tangíveis: as cousas incorporeas não podem ser tocadas.

Encontra-se o que acabamos de dizer no commentario 2.º de Gaio §§ 13 e 14, no frag. 1.º § 1.º do Digesto, liv. 1.º, tit. 8.º e na Instituta liv. 2.º, tit. 2.º § 1.º.

Esta divisão do Direito Romano tem seu fundamento racional, porquanto, effectivamente algumas vezes os objectos do Direito são cousas que occupam lugar no espaço, são cousas que se podem tocar, sem que se deva entender esta expressão no sentido material de que se possa tocar essas cousas com os dedos, pois que é bastante que sejam perceptíveis por qualquer dos cinco sentidos.

Outras vezes o objecto do direito versa sobre cousas de mera criação humana, seres que não tem corpo, que não podem ser apprehendidos pelos sentidos.

Estas cousas em Direito Romano são os Direitos que podem augmentar o nosso patrimonio e ser objecto de uma transacção, como os direitos de usufructo, de servidão e quaesquer direitos e obrigações, uma vez que sejam estimaveis em moeda.

O Direito de propriedade não era pelos Jurisconsultos Romanos considerado como uma cousa incorporea, porque elles não viam uma differença perceptivel entre o direito sobre a cousa e a propria cousa.

A influencia pratica d'essa divisão está nos modos de adquirir o direito sobre uma cousa corporea ou incorporea, que não são os mesmos, assim como não são os mesmos os modos de dispôr de uma e de outra.

Assim, em relação á livre disposição das cousas corporeas com animo de dispôr d'ellas como proprietario, temos a *possessio*, como significando esse estado de direito do individuo em presença de uma cousa corporea.

Quanto ao modo de transmittil-as, temos a *traditio*, por meio da qual ellas passam de um proprietario para outro.

Mas, com relação ás cousas incorporeas, não é possível nem uma verdadeira *possessio* em relação ao modo de tel-as em nosso poder, pois que não é possível fazer-se a detenção de uma cousa incorporea, nem uma verdadeira *traditio*, onde tambem não se transmittite o direito de usufructo como se transmittite um livro.

## 2.<sup>a</sup>— *Immoveis, moveis e acções* :

As cousas corporeas são de dous generos, cousas *moveis* e *immoveis*, sendo que estas ultimas tambem se chamam predios ou bens de raiz.

*Immovel* é o sólo e tudo que, pela natureza, ou pela arte, a elle adhere, como as arvores, os fructos pendentes, as pedreiras, a casa e outras cousas, que se consideram como pertencentes ao sólo. Os predios são urbanos e taes são os edificios ou são rusticos e comprehendem todos os demais.

São immoveis aquellas cousas que adherem ao sólo de tal fórma, que não pôdem d'elle ser separadas sem perder a sua força e sem deteriorar-se.

Em Direito Romano as cousas podiam ser immoveis, ou pela natureza, ou pela arte humana, ou pelo destino, ou pela applicação.

Entre as cousas immoveis por natureza figura em primeito lugar o sólo, como em Direito Romano vê-se no frag. 115 do Dig. liv. 50, tit. 16.

O sólo, sob a denominação geral de *fundus*, comprehende quatro especies diversas.

E' assim que, si se trata de um terreno edificado na cidade, tem esse a denominação de *ædis*; si de um terreno edificado no campo toma o nome de *villa*; si de um terreno não edificado na cidade, toma o nome de *locus*; finalmente, si se trata de um terreno não edificado fóra da cidade, tem esse a denominação de— *ager*.

Como 2.<sup>a</sup> cathogoria de immoveis por natureza temos as arvores emquanto estão presas pelas raizes ao sólo.

No momento, porem, em que ellas são separadas do sólo, se consideram como cousas *moveis*, salvo, como estabelece o frag. 40 do Dig. liv. 19 tit. 1.<sup>o</sup> si ellas foram separadas do

sólo para serem replantadas, caso em que conservam a sua natureza de immoveis.

Como 3.<sup>a</sup> cathegoria de *immoveis por natureza* temos os fructos pendentes. Segundo o brocardo juridico, os fructos pendentes consideram-se como uma parte do sólo.

*São immoveis por arte do homem* todas as cousas que adherem ao sólo, ou a elle se prendem em virtude do esforço do homem.

Assim, o edificio, o muro e a casa, que se acham ligados as sólo, são cousas immoveis por arte do homem.

*São immoveis por destino* as cousas que, embora moveis por natureza, são entretanto applicadas pelo homem a um immovel.

*São immoveis pelo objecto a que se applicam*: o uso-fructo dos immoveis, as servidões, as acções competentes para a reivindicção dos immoveis, as rendas, pensões, fóros, quer perpetuos ou vitalicios, quer devam durar por mais ou menos de dez annos.

Em nosso Direito, alem d'esses quatro modos de cousas immoveis pelo direito Romano, nós temos ainda as—*cousas immoveis por disposição legislativa para fins especiaes*: assim, por exemplo— as embarcações ( para o fim de se guardar nas vendas judiciaes d'ellas as regras prescriptas para a arrematação dos immoveis ); os moveis preciosos dos menores (como, prata, pedras preciosas ) para o fim de ficar a sua alienação sujeita ás mesmas solemnidades.

#### *Moveis :*

Chamam-se *moveis* aquelles bens que, sem deterioração na substancia ou na fórma, pôdem ser transportados ou se transportam a si mesmos de um lugar para outro: d'ahi vem a sua divisão em *moveis* (no sentido restricto) e *semoveis*. Os fructos embora separados e em geral todos os generos destinados ao commercio são *moveis*, e bem assim: os livros e em geral todos os instrumentos e machinas destinados a quaesquer sciencias, artes ou industrias; o dinheiro de qualquer especie que seja; as joias e vasos de ouro ou prata, vestes, canos etc. etc.

#### *Acções :*

Comquanto as *acções* se considerem como *immoveis* ou *mo-*

*veis*, segundo se referem a aquelles ou a estes: a lei de 20 de Junho de 1774 com ellas constitue terceira cathogoria distincta de bens, quando trata de classificar a estes para determinar a ordem segundo a qual deve ser feita a penhora na execução das sentenças civeis.

### 3.<sup>a</sup>— *Existentes e futuras*

Não ha difficuldade para comprehender-se uma ou outra d'esta cathogoria.

São *cousas existentes* aquellas que já tem uma existencia actual.

São *cousas futuras* aquellas que teem ainda de apparecer, ou em virtude de um expontaneo desenvolvimento, ou em virtude de um trabalho do homem, sendo indifferente qual seja a acção que assim provoca esse apparecimento, ou por um acontecimento eventual.

1.<sup>o</sup>.— Na arvore, por exemplo: é o desenvolvimento expontaneo da natureza que produz os fructos; portanto, fructos, cousa futura apparecendo por um desenvolvimento natural.

2.<sup>o</sup>.— *Por um acontecimento eventual*: ex: as alluviões, o apparecimento de uma ilha no mar ou nos rios.

3.<sup>o</sup>.— *Por um trabalho ou esforço humano*. Embora encontre-se aqui a natureza tambem funcionando e coadjuvando o homem, muitas vezes tambem encontramos a força do homem só.

Si tratarmos da pesca e da caça ahi veremos que em parte apparece o auxilio da natureza que cria os animaes e em parte apparece o trabalho do homem que os foi aprisionar.

Si tratarmos, porem, do valor do escripto sobre um papel, veremos somente ahi o trabalho humano fazendo este escripto apparecer com valor diverso do papel e da penna.

Todas essas cousas podem ser vendidas, hypothecadas, legadas, etc. A obrigação porem, de entregar a cousa futura sobre que versa a estipulação ou legado só começa no momento em que ella se torna existente.

O legado condicional é intransmissivel, pendente, porem, essa condição pode-se transmittir o que recahe sobre cousa futura, ou a esperanza do legado.

4.<sup>a</sup>— *Singulares e collectivas*, ou melhor— DIVISÃO DAS COUSAS CONSIDERADAS EM SUA *composição e aggregação*— (*res singulares, compositæ et universitas rerum* ).

Chamam-se *singulares* as cousas individuaes e distinctas, consideradas em si mesmas e como taes dividem-se em simples e compostas.

As primeiras são as que constam de partes homogeneas ligadas naturalmente e as segundas são as que constam de partes heterogeneas ligadas artificialmente. Exemplo da primeira — animal, vegetal. Ex. da segunda:— machina, edificio.

Chamam-se *collectivas* as cousas que consistem na reunião de muitas individuaes e distinctas, formando um todo ou universalidade de cousas (*universitas rerum*) sobre certas relações legais. Dividem-se em cousas :

1.<sup>a</sup>.— *Collectivas de facto* que são as que constam de individuos distinctos da mesma especie juntos em um todo: Ex: o rebanho, os generos reunidos em um armazem.

2.<sup>a</sup>.— *Collectivas de direito* que são as que constam de cousas de diversas especies, corporeas ou incorporeas, que reunidas formam um patrimonio : Ex :— a herança, um peculio.

5.<sup>a</sup>.— *Cousas divisiveis e indivisiveis*

São cousas *divisiveis* aquellas cujo todo se pode separar em fracções particulares e independentes ( estas fracções se denominam na linguagem juridica dos Romanos — *partes certæ* — e a posse d'ellas — *pro diviso* ).

São *cousas indivisiveis* aquellas que se não podem dividir sem que pereção.

Assim como muitas cousas são alteradas em sua natureza primitiva pela convenção de partes, assim tambem as *cousas divisiveis* em sua natureza primitiva muitas vezes tomão uma natureza contraria.

Então para bem comprehender-se o caracter da divisibilidade das cousas, visto encontrar-se ás vezes convenção de partes, alterando-lhes a natureza primitiva, nós classificamol-a em *divisibilidade de facto e de direito*.

Dá-se a *divisibilidade de facto* quando a coisa é conservada em sua natureza primitiva : a *divisibilidade de Direito* realisa-se quando encontra-se uma coisa, cuja natureza não per-

mitte divisão e entretanto o Direito a estabelece, ou quando pôde ser possuída em *commun* por diversas pessoas, abstracção feita da sua divisibilidade de facto.

As partes ideaes de cada um dos possuidores denominam-se— *partes incertæ*— e essa posse *commun*— *pro indiviso*.— Assim, a estatua, a casa, cousas indivisíveis, são por determinação do Direito divididas por diversos possuidores ou condominos.

Em relação ao caracter que apresentam as *cousas corporeas* e *incorporeas*, podemos dizer com algumas restricções— que todas as *cousas corporeas* são divisíveis de Direito e podem ser de facto; todas as *cousas incorporeas* não o são de facto, mas, em geral o são de Direito.

Consideremos agora as *obrigações divisíveis* e *indivisíveis*, classificando-as.

Essas obrigações realisam-se por meio do *dare* ou do *facere* ou do *non facere*.

Estudemos essas tres cathogorias.

Para firmarmos alguns principios relativos á divisibilidade ou indivisibilidade d'essas obrigações, na ausencia do Direito Patrio nós temos necessidade de recorrer ao Direito Romano e então vemos que a natureza da coisa não justifica a divisibilidade das obrigações do *dare*, isto é, nem sempre que encontramos uma *cousa divisível*, a *obrigação* que sobre ella pesa é divisível tambem. Assim, os bens vinculados.

Assim Ulpiano fazia cahir uma *obrigação divisível* sobre um escravo, coisa indivisível.

Outros Jurisconsultos Romanos, porem, procuraram apresentar outros principios para determinar estas obrigações de primeira especie, principios que não se encontrão mais na natureza das cousas, mas, sim, na possibilidade de divisão civil ou mental. Outros Jurisconsultos Romanos estabelecem que ha cousas que nem mesmo pelo espirito pôdem ser consideradas divididas, porque ou existem inteiras, ou não existem absolutamente. A servidão, diz o Direito Romano, ou é adquirida no todo ou não é absolutamente.

Acha-se essa materia no frag. 72 do Dig. liv. 45, tit. 1<sup>o</sup> e no frag. 2<sup>o</sup> de Paulo— *De verborum obligationibus*. (1)

Com relação ás obrigações da 2<sup>a</sup> cathogoria, nós diremos que em geral ellas são indivisíveis.

(1) Vide liv. 35 do Dig. tit. 2<sup>o</sup>, frag. 1<sup>o</sup> de Paulo — *Ad legem Falcidiam*.

Somente quando o individuo que ha contrahido a obrigação de *fazer* alguma cousa a apresentar completa, é que elle tem cumprido a sua obrigação.

Assim, se alguém se obrigar a fazer uma casa, não se dirá ter cumprido a obrigação emquanto a casa estiver em mção.

Mas, si é assim em relação ao contracto do acabamento do edificio, — com relação ao tempo em que a obrigação se tem de realisar, a questão varia, porque alguns Jurisconsultos affirmão que quem contrahe a obrigação de trabalhar durante um anno tem realisado uma *obrigação divisivel* si trabalhou algum periodo de tempo.

Encontramos em sentido opposto uma sentença que vemos no Dig. liv. 38.º, tit. 1.º, frag. 1.º, onde o Jurisconsulto Paulo diz (cuja epigraphé é *de operis libertorum*) que quem contrahe a obrigação de trabalhar um dia inteiro não tem cumprido a obrigação se trabalhou seis horas.

Finalmente, nas obrigações que se realisam pelo *non facere*, não ha obrigação realisada emquanto não se tem cumprido tudo aquillo que n'ella se contem.

Portanto, temos ahi uma obrigação não *divisivel*.

Si alguém tem-se obrigado a não praticar um acto e o realisou, embora em pequena parte, não o tem effectuado.

Assim pensa Pothier, a respeito d'essa materia.

#### 6.ª— *Cousas principaes e accessorias*

E' esta uma divisão feita com relação ao modo de existencia, ou com relação ao estado em que uma cousa pode achar-se com outra.

Dizem-se *principaes* as cousas que existem por si: dizem-se *accessorias* as cousas que não tem uma existencia propria, mas, que dependem da existencia de uma outra: *pertenças* são aquellas que existem, mas, já destinadas a viver inherentes a uma outra que é considerada principal.

Como exemplo da primeira, temos a *arvore*, que é a principal com relação ao fructo: como exemplo da segunda, temos o *fructo*, que não pôde existir sem a *arvore* que o produz. Com relação ás *pertenças* exemplificaremos com o *caixilho* a respeito do quadro, o *aro* a respeito da pedra do anel.

São *pertenças* o *aro* e o *caixilho*, um do anel e outro do quadro, que são o objecto principal.

Ainda com relação a este assumpto, cumpre observar que as cousas *accessorias* podem ser *naturalmente taes* e então o são si a qualidade do accessorio provém só e naturalmente ; e *industrialmente accessorias*, si provém da vontade e de um acto humano. Para exemplo da primeira, temos a *terra* que se agarra ao nosso sólo por effeito da alluvião, o *fructo* que está unido á *arvore*.

Para exemplo das *cousas accessorias* da segunda cathogoria, temos as sementes, ou a sementeira semeada, onde se vê que os fructos que apparecem são filhos do trabalho do homem que lançou na terra a semente, temos mais a pintura e a téla.

O Direito considera fructo em sua natureza primitiva aquillo que é oriundo de outra cousa. A Jurisprudencia, entretanto, amplia esta significação e assim então, são fructos todos aquelles objectos que provém de cousas que são nossas : são, pois, consideradas taes os juros do dinheiro que é nosso, o producto ou o valor de um objecto que é nosso, por exemplo — os alugueres de casas.

Dissemos que os fructos são aquelles objectos que naturalmente provém de cousa nossa ; mas, é preciso considerarmos que os fructos não apparecem só por força da natureza : é por isso que são considerados naturaes aquelles que a natureza produz sem acção alguma do homem, os fructos silvestres, por exemplo.

Assim, vamos vendo esta outra classificação dos fructos, conforme a sua origem.

Assim, consideram-se *fructos industriais* aquelles que apparecem em virtude de um trabalho humano, que pôde ser auxiliado pela natureza, — o fructo de semente, por exemplo, é de natureza industrial, porque si não fosse o trabalho do homem de lançal-o á terra, não appareceria o fructo de que se trata; a pintura que é uma cousa inteiramente *industrial*, porque não ha o auxilio da natureza.

Temos assim uma classificação de fructos, diversa das duas primeiras.

Mas, ainda consideradas com relação á natureza, os fructos são vegetaes, animaes e mineraes. Os primeiros são os que a natureza produz expontaneamente, ou por provocação feita pelo trabalho humano : animaes são os que provém dos animaes que nos pertencem, por exemplo, as crias do nosso gado, o leite, a lã que o nosso rebanho produz.

Mas, ainda com relação ao estado em que se podem encontrar os fructos póde-se dividil-os em *pendentes*, quando estão ainda ligados á cousa principal que os produziu, exemplo : os fructos emquanto nas arvores : ou são *percebidos* quando já tem sido colhidos pelo dono da cousa principal : ou *separados* quando colhidos já, são utilizados : ou ainda *consumidos* ou que não existem em poder do possuidor da cousa.

Finalmente, são *percepiendos* os fructos que foram deteriorados por culpa ou negligencia do possuidor e então entra o direito na questão de saber si este é obrigado a indemnisar a um terceiro interessado na aquisição do fructo.

Essa classificação, portanto, tem importancia, principalmente na celebre questão de saber-se— quaes são os fructos que o possuidor de bôa fé faz seus.

Alguns querem que sejam só os *percepiendos*, outros que sejam os liquidos, etc. etc.

Por emquanto, porem, só tratamos da classificação.

Como uma terceira classificação das *cousas accessorias*, alem das *natural* e *industrialmente accessorias*, nós temos ainda as *bemfeitorias*, que são os melhoramentos que se fazem na cousa, *quer accessoria, quer principal*, porque se os não fizer a cousa perde em sua existencia.

Dividem-se as *bemfeitorias* em *necessarias*, *uteis* e *voluptuarias*

São *necessarias* as que são feitas com o fim de evitar a destruição da cousa : são *uteis* as bemfeitorias feitas com o fim de augmentar o valor da cousa : são *voluptuarias* as bemfeitorias feitas para o fim de ornar, ou para o recreio e gozo de quem as fez.

### 7.<sup>a</sup>— *Cousas fungiveis e não fungiveis*

São *naturalmente* fungiveis ou não fungiveis as cousas segundo se consomem ou não com o uso. São *civilmente* fungiveis ou não fungiveis, segundo se consideram em relação ao seu genero, isto é, á quantidade e qualidade, ou em relação á sua especie, ou mais propriamente ao seu individuo.

De ordinario as cousas fungiveis ou não fungiveis *naturalmente*, tambem o são *civilmente* ; isto é, as cousas que se consomem pelo uso, se consideram em relação á sua quanti-

dade e qualidade, e as que não se consomem assim se consideram em relação ao seu proprio individuo.

Succede porem algumas vezes o contrario, isto é:

1º.— Que as cousas que se consomem pelo uso sejam consideradas em si mesmas e portanto não possam ser substituídas e vice-versa ;

2º.— Que as cousas que não se consomem pelo uso sejam somente consideradas em relação ao seu genero, e portanto possam ser substituídas por outras da mesma qualidade e quantidade—consequentemente :

3º.— As cousas que ordinariamente se medem, pezão ou contão, podem ser civilmente consideradas como não fungiveis e vice-versa :

4º.— Os immoveis podem ser considerados como fungiveis.

#### 8ª.— *Cousas consumiveis e incconsumiveis :*

Cousas consumiveis são aquellas que se destróem, que se nullificam com o uso, como por exemplo : os generos alimenticios : cousas incconsumiveis são aquellas que não se destróem, como a terra.

### Parapho 2.º

#### DIVISÃO DAS COUSAS CONSIDERADAS EM RELAÇÃO AO DIREITO DE PROPRIEDADE

1ª.— *Cousas que estão no commercio e fóra do commercio in commercio et extra commercium :*

Constituem cousas do commercio aquellas que podem ser alienadas, transferidas.

As cousas fóra do commercio não podem ser alienadas, ou por sua propria natureza ( como : o ar, a agua em certas condições e a luz do dia ) ou em virtude da lei ( como : os logradouros publicos ).

Commercio no sentido juridico é o direito de compra e venda, ou a faculdade de contractar com alguém sobre alguma cousa.

Assim, em relação á sua alienabilidade ou á capacidade de serem transferidas de um proprietario a outro, as cousas dividem-se em duas classes :

1ª.— as que estão no commercio, isto é, que podem ser alienadas livremente ;

2ª.— as que estão fóra do commercio, ou que não são susceptíveis de serem alienadas.

Esta classificação não é idêntica a que os Romanos faziam de : *cousas que estão em nosso patrimonio e cousas que estão fóra do nosso patrimonio (in patrimonio et extra patrimonium)*.

Pois o modo pelo qual os Jurisconsultos Romanos qualificavam as cousas, que estavam no patrimonio e fóra d'elle, e as razões que autorisam uma distincção entre cousas que estão no commercio e fóra d'elle, nos convencem de que não podemos equiparar estas duas especies de cousas.

Em primeiro logar observaremos que consideram-se como cousas que estão *fóra do commercio*, todas aquellas em relação ás quaes não é possível o Direito de propriedade ; e como *cousa do commercio*, aquellas em relação ás quaes é possível o exercicio d'esse Direito.

As cousas *nullius* em sentido restricto não estão em nosso patrimonio porque não foram adquiridas, mas no entanto ellas se achão no commercio, porque são susceptíveis do Direito de propriedade.

Não podemos estabelecer synonymia porque se é verdade que as cousas que estão no nosso patrimonio estão no commercio, entretanto a reciproca não é verdadeira, porque ha cousas que estão no commercio, mas que não se acham em nosso patrimonio.

A inapropriabilidade das cousas póde ser *absoluta ou relativa*.

A *absoluta* deriva de sua propria natureza, como a luz, o calorico, etc.

O Direito Romano as denomina *res communes omnium*.

A *relativa* provém de acto humano e póde referir-se ao modo da apropriação ou ás pessoas que a fazem.

Assim : 1º cousas ha que são inapropriaveis em virtude de acto voluntario do alienante, por ser este acto vedado, sob pena de nullidade. A sua apropriação porem, pode ter logar contra a vontade do alienante por meio da prescripção : 2º outras ha que não pôdem ser apropriadas por certas pessoas, como os bens dos orphãos pelos respectivos tutores, curadores, juizes e escrivães.

A inalienabilidade das cousas tambem póde ser *absoluta ou relativa*.

A 1.<sup>a</sup> provêm : 1.<sup>o</sup> da propria natureza, quando as cousas são absolutamente inapropriaveis ; 2.<sup>o</sup> de acto humano, quando a alienação é vedada por lei, contracto ou disposição de ultima vontade.

A *inalienabilidade relativa* das cousas consiste em não poderem ser alienadas: A) sem licença de autoridade competente, como : 1.<sup>o</sup> os bens da pessoa juridica de existencia necessaria ; 2.<sup>o</sup> os das corporações e instituições pias, salvas as litterarias ; 3.<sup>o</sup> os das pessoas naturaes incapazes. B) Ou sem o consentimento de certas pessoas, como : 1.<sup>o</sup> pelos ascendentes aos descendentes sem o consentimento dos outros descendentes ; 2.<sup>o</sup> pelo marido sem o consentimento da mulher os bens de raiz ; 3.<sup>o</sup> pelos foreiros sem consentimento do senhorio os bens aforados.

2.<sup>a</sup>— *Cousas sem dono (res nullius et derelictæ, res communes, res publicæ, res universitatis).*

Consideradas em relação ao Direito de propriedade, classificam-se as cousas em duas grandes ordens : as que não estão sujeitas a este Direito ou não pertencem a ninguém, *res nullius*, e as que lhe estão sujeitas ou pertencem á pessoa determinada, *res alienjus*.

As primeiras no sentido amplo se dividem em :

1.<sup>o</sup> *Res communes*, são as que por sua natureza não podem ser apropriadas e são destinadas ao uso e gozo de todos ; entre ellas comprehendem-se— o ar, a agua corrente, o mar, as praias do mar :

2.<sup>o</sup> As cousas que podem ser apropriadas, mas, nunca o foram— ás quaes no *sentido restricto* se dá o nome de *res nullius*.

Esta classe comprehende tanto cousas animadas como inanimadas.

Entre as cousas inanimadas é conveniente que notemos o coral, o ambar, as perolas, etc: enfim, quaesquer productos mineraes, animaes ou vegetaes que se encontram nos mares, nas praias e nos rios publicos pertencem á esta classe:

3.<sup>o</sup> *Res pro derelicto*, são as cousas que, tendo sido apropriadas, foram depois voluntariamente abandonadas pelo seu proprietario. Para que a cousa assim se considere abandonada e possa ser apropriada pelo primeiro occupante, é ne-

cessario que o proprietario não queira que a cousa continue a ser sua, ou que abra mão d'ella.

A falta de qualquer d'essas condições obsta que a cousa seja considerada *pro derelicto*.

4.º— *As cousas pertencentes ao inimigo*, tomadas durante a guerra, e ficam sendo portanto de quem d'ellas se apodeira, conforme diversos fragmentos do Digesto.

### Paragrapho 3.º

DIVISÃO DAS COUSAS CONSIDERADAS EM RELAÇÃO AO PROPRIETARIO :

*Cousas publicas : Nacionaes ou da União : Regionaes ou dos Estados : Municipaes : Particulares.*

Tratando do Direito Romano devemos encaral-o debaixo do ponto de vista de seu destino e possuidores ; assim, a divisão será feita em relação a seus proprietarios.

Fazendo assim essa classificação, adoptamos a de Trigo de Loureiro.

Differençaremos, porem, um pouco d'esse Civilista, completando a classificação incompleta que elle adopta.

Com relação aos possuidores as cousas pôdem ser *communis* : em 2.º lugar pôdem ser *bens publicos ou proprios nacionaes ou da União* ; em 3.º lugar *bens proprios estadoaes* ; em 4.º lugar *bens proprios municipais* : em 5.º lugar *bens dos particulares*, que constituem propriamente a materia do Direito Civil.

E' essa a classificação que fazemos, em desacôrdo com Trigo de Loureiro que não falla em—*bens communis*—.

No restante adoptamos a opinião d'esse escriptor.

Vejamos o que ha a respeito de cada uma cathegoria de *bens*.

*Cousas communis* são aquellas que por sua natureza não pôdem ser destinadas ao uso e gozo de um individuo com exclusão dos outros, mas, pertencem ao uso e gozo de todos.

Já tivemos occasião de fallar na enumeração d'essas cousas — o ar, a agua, etc.—

Não entramos aqui na questão de Direito Romano agitada por Marciano, Ulpiano e Vinnio—querendô Marciano que a agua fluente seja considerada como uma *cousa communis*—

Ulpiano que ella seja considerada como parte do predio por onde passa— VINHO apresentando uma opinião media.

Nós exporemos aqui somente o que são as *cousas communs* e não nos envolveremos na questão de saber si as ilhas ou rios pertencem a um ou outro dos dominios que mencionão aquelles Jurisconsultos.

E' occasião opportuna de dizer que a Ordenação do Liv. 1.º, tit. 68 § 32 pode dar lugar a questões quando se considera o ar das ruas como pertencente ás Camaras Municipaes, e então parece haver erro de enumeração.

Mas, lendo-se com attenção aquella Ordenação, vê-se que não se trata propriamente do ar, mas, sim do espaço occupado pelo ar; de modo que, aquelle ar que fica perpendicular ao sólo pertencente á Camara, fica sendo da Camara tambem.

Sobre as *cousas communs* poderíamos apresentar innumeros exemplos.

Entre os bens da 2.ª cathegoria consideramos as *cousas publicas*.

A expressão—*cousas publicas*—é o genero que comprehende varias outras que se dividem em *cousas publicas* de ordem geral, estadual e municipal.

Todas estas *cousas* assim pertencentes á uma d'estas tres cathegorias são tambem de um uso inesgotavel, como as primeiras, ou *as communs*; mas, a sua utilidade e uso já se restringe ou a *um certo paiz*, ou a uma *certa municipalidade*, ou a um *certo Estado*.

Assim, *os chafarizes* são de uso publico, mas, de uso publico limitado e mais ainda do que o objecto pertencente ao Estado ou á União; e aquillo que é do Estado é de uso mais restricto do que aquillo que é da União.

Mas, tratando de justificar esta propriedade da União basta lembrar que as condições de sua manutenção, da sua vida, do seu desenvolvimento exigem que os objectos que lhe prestão alguma utilidade não pertençam a todos os outros estrangeiros, e por isso se chamam—*cousas publicas*— para differenciar das *cousas communs* que, tendo com ellas pontos de contacto, differenciam-se tambem, sendo que as *cousas communs* prestão uso á humanidade inteira, ao passo que as *publicas* só prestão utilidade ao paiz, aos nacionaes.

Assim, as *cousas publicas* dividem-se em duas classes: na 1.<sup>a</sup> comprehendem-se todos aquelles bens, sem os quaes a nação não se poderia conservar e attingir ao seu fim: na 2.<sup>a</sup>. comprehendem-se aquellas cousas que não obstante pertencerem á nação, comtudo o seu uso é patente a todos sob certos encargos ou contribuições.

PRADIER e outros fazem essa classificação de modo mais feliz, como escriptores mais modernos de Direito Administrativo. Assim, essas noções são competentemente desenvolvidas no Direito Administrativo e não no Direito Civil; portanto, não penetram os na esphera de uma sciencia estranha ao Direito Civil, que ora desenvolvemos.

São bens do dominio publico—os caminhos publicos, as estradas, as ruas, os caminhos de ferro e todos aquelles objectos que estão no uso publico e não susceptiveis de dominio particular.

Alem d'esses *bens nacionaes* temos *os mares*. O *mar alto* não pôde ser apropriado, o que se approxima das costas pôde sel-o; e isto deve ser assim, porque, do contrario, a *nação* de que se trata teria a sua tranquillidade constantemente perturbada pelas noções estranhas.

Assim, o *mar territorial* pôde ser propriedade da nação que banha.

Antes de Luiz XIV o limite do mar territorial era a distancia de sessenta milhas: outros davam como limite a medida de cem milhas, porque era a medida do percurso que podia fazer um navio dentro de dous dias de viagem; e *hoje estabelece-se a extensão que alcanção os canhões das fortalezas*.

Já o Alv. de 4 de Maio de 1805 estabelecia este limite para os mares territoriaes.

Podemos mencionar ainda como *cousas publicas* as *terras devolutas*.

No Brasil, sendo o terreno immenso, ha lugares que não estão no dominio particular e então devem elles indubitavelmente pertencer á nação.

Assim, pois, consideram-se terras devolutas aquellas que não estão applicadas ao dominio privado: em 2.<sup>o</sup> lugar aquellas que não estão sujeitas a algum *uso publico estadual ou municipal*: em 3.<sup>o</sup> as que não estão enumeradas nas cartas de sesmarias: em 4.<sup>o</sup> aquellas que não estiveram na posse de um individuo qualquer, porquanto, não só se respeita o dominio por titulo, como tambem a simples posse.

Então, eliminadas assim todas essas quatro classes de bens que pôdem ser já pertencentes a um individuo ou a uma collectividade de individuos, tudo o mais pertence á nação, porque é *terra devoluta*. Ainda n'esta cathogoria de bens— *bens publicos*— nós podemos considerar os bens de marinha, os bens vagos, etc.

#### *Bens estadoaes :*

Os Estados são desmembramentos do paiz : são aggregações de individuos que se acham habitando ou com interesse colligados dentro de uma circumscripção territorial. Portanto, são elles todos de capacidade juridica.

São *bens estadoaes* aquelles que pertencem a cada um Estado, cuja administração é regulada pelas Assembléas ou Congressos Estadoaes e exercida pelos Presidentes ou Governadores de Estado. Taes são os tributos ou impostos arrecadados nos Estados— o imposto de siza e etc. etc. : ainda temos tambem as estradas dos Estados.

#### *Bens municipaes*

O municipio que já é uma reunião de interesses de ordem inferior, possui certos interesses que são necessarios ao bom andamento dos seus negocios proprios. Os objectos do municipio só prestam utilidade a elle.

*Municipio*, segundo Laferrière, é uma sociedade de pessoas e familias, unidas nas cidades e nos campos por meio de relações locais e habitos, que exige certos Direitos e deveres reciprocos.

Por isso os municipios possuem bens e as nossas leis declaram o modo porque as Camaras Municipaes devem defender o uso e gozo d'esses mesmos bens, com intervenção das Assembléas Legislativas estadoaes.

Si procurarmos estudar a historia das municipalidades do Brasil veremos que essas, como as primitivas municipalidades portuguezas, não tiveram todas a sua origem em um acto do poder legislativo ou autoridade central.

O desenvolvimento da população em um ponto do territorio e a consequente necessidade de uma administração local que curasse dos immediatos interesses d'esse nucleo de população, levaram muitas vezes os povos a quebrar os laços de

dependencia que os prendiam a um municipio, proclamando sua emancipação, constituindo-se em municipio independente. (1)

Confirmavam-se os municipios assim creados, uns por acto expresso, outros pelo tacito consentimento d'esse poder.

As antigas municipalidades portuguezas não eram corporações meramente administrativas; cabia-lhes tambem grande parte de influencia nos negocios geraes do Estado.

Era n'ellas que se faziam as eleições dos *procuradores do povo* que tinham assento nas Côrtes do Reino.

Commummente para estas levavam os procuradores, já discutidas e assignadas pelas respectivas camaras municipaes, as propostas que tinham de fazer, propostas chamadas a principio *aggravamentos*, depois *artigos* e finalmente *capitulos*. (2)

Essa intervenção nos negocios geraes do Estado em 1601 foi embargada e afinal declarado sem effeito esse direito pelo abuso de haver sido publicado um Alvará sobre o serviço de 800.000 cruzados para o Rei,— *Alvará esse* que foi feito sem consentimento nem procuração das cidades e lugares do reino que tinham voto nas Côrtes.

No regimen passado do Brazil oppuseram-se tambem algumas camaras, pelo mesmo motivo, ao pagamento de certos tributos. (3)

Longe da metropole e preocupadas com os negocios que mais de perto lhes diziam respeito, não tiveram, portanto, as municipalidades do Brazil tão immediata ingerencia nos negocios geraes do reino. (4). Não eram, porém, excluidas das Côrtes.

Quanto á organização e attribuições, as municipalidades portuguezas não tiveram, antes da publicação das Ordenações Affonsinas (5), um typo, uma regra commum: os costumes e os foraes das terras, ou os privilegios dos senhores d'ellas, eram suas leis reguladoras.

(1) Completava-se a independencia municipal pelo levantamento do pelourinho, que era o monumento que a symbolisava.

(2) Vide *Ensaio sobre a hist. do gov. e legislação de Portugal*, de Coelho da Rocha.

(3) Vide ainda Coelho da Rocha— *Ens. sobre hist. e leg. de Portugal*, já cit.

(4) F. Lisboa. *Apont. para a hist. do Maranhão*. Cons.º Pereira da Silva, *Hist. da fundação do Imperio do Brazil*.

(5) Public. em 1446.

Pequenos Estados no Estado, republicas independentes sob o protectorado do rei, não esperavam que este lhes fizesse respeitar os fôros, mas desaggravavam-se, quando se sentiam offendidos, pelo direito de resistencia armada que se arrogavam.

As Ordenações Affonsinas foram a primeira tentativa para o estabelecimento de um systema commum de organização e attribuições municipaes, procurando-se ao mesmo tempo estreitar os laços de subordinação entre os municipios e o poder central.

As Ordenações Manoelinas, publicadas em 1514, em nada alteraram o que sobre as municipalidades fôra estabelecido pelas Affonsinas.

Antes de sua publicação, D. Manoel deu ás camaras municipaes o direito de elegerem os juizes *avindoures ou concertadores de demandas* encarregados de conciliarem as partes; isto, porem, foi omittido nas Ordenações. (1)

Apareceram, finalmente, as Ordenações Philippinas, publicadas em 1604, que fixaram as attribuições geraes dos municipios e estabeleceram um systema para as eleições dos officiaes das camaras, deixando todavia alguma cousa a cargo dos costumes e foraes, assim das municipalidades como dos senhores das terras.

Em todos os paragraphos do liv. 1.º, tit. 66, tratam estas Ordenações dos deveres dos vereadores, da administração dos bens do conselho, das obras e bemfeitorias que as camaras municipaes podiam fazer, das posturas municipaes, das taxas que podiam marcar e que recaião sobre as obras dos officiaes mechanicos, sobre os jornaes dos trabalhadores, a soldada dos criados e os generos de commercio, com excepção de alguns, como o vinho, o pão, sabão, etc. (2) das *fitas* que podiam impôr, (3) das despezas municipaes, das *ccimas* e da *bolsa*. (4)

(1) Coelho da Rocha— Trab. cit.

(2) Os Alv.ºs de 21 de Fevereiro de 1765, 26 de Outubro de 1765, 2 de Maio de 1802, 11 de Março de 1824: e a Prov. de 12 de Julho de 1815 prohibiram que as camaras municipaes assim procedessem.

(3) Pizarro— Vol. 3.º

(4) *Bolsa* era o imposto cujo producto era applicado á alimentação e conducção dos presos. Era cobrado por um empregado que se denominava *saccador*.

Outras attribuições, além d'essas conferidas pela Ord. liv. 1.º, tit. 66 citada, tiveram as camaras municipaes por outras Ordenações e por leis posteriores.

Assim, com relação á nomeação de empregados, competia-lhes: nomear os *Juizes Almotacés*, Ord. liv. 1.º, tit. 68; os *recebedores das sizas*, leis de 5 de Junho de 1752 e 22 de Dezembro de 1761; os *depositarios publicos*, Alv. de 25 de Agosto de 1774 e Ord., liv. 1.º, tit. 88 §§ 31 e 32; os *avaliadores dos bens penhorados*, Alv. ultimo cit.; os *alcaldes*, Ord. liv. 1.º, tit. 75; os *quadrilheiros*—que se encarregavam de prender os malfeitores— Ord. liv. 1.º, tit. 73; os *juizes das vintenas*, Ord. liv. 1.º cit. tit. 65, § 73, etc.

Não satisfeitas com as attribuições que lhes davam as leis e pelo concurso de diversas causas, as camaras municipaes do Brazil arrojaram-se outras que de modo algum se podiam conciliar com a natureza e indole do poder municipal. (1)

Estavam as camaras municipaes reguladas em sua organização e em suas attribuições pelas Ordenações Philippinas, quando foi promulgada a lei de 1.º de Outubro de 1828, que trouxe um grande melhoramento, porque deu-lhes uniformidade de organização e fixou suas attribuições mais de accordo com a nova ordem de cousas estabelecida pela independencia do Imperio.

Foram as camaras municipaes reduzidas á corporações meramente administrativas e perderam, como era natural, parte de sua importancia pelo estabelecimento do regimem constitucional representativo, que comsigo trouxe o parlamento, os conselhos de provincia e a liberdade da imprensa.

A lei de 1.º de Outubro citada reconheceu a necessidade que havia de um laço de subordinação entre as municipalidades e o poder central, tanto quanto era bastante para manter a harmonia necessaria entre todos os poderes de Estado.

Essa subordinação, porem, não devia ser tal que tolhesse ás municipalidades o livre exercicio das faculdades que lhes são conferidas.

Mais tarde foi promulgada outra lei e esta foi a de 12 de Agosto de 1834, conhecida sob o nome de *Acto adicional*.

Com relação aos municipios, diremos da Assembléa que decretou o Acto Adicional o que Charles Dolfus disse da Assembléa constituinte franceza: « Esta grande assembléa quem

(1) Vide F. Lisboa e Conselheiro Pereira da Silva— Obras citadas.

devemos tantas conquistas duradouras. . . . . que queria ser sabia e previdente, parecia entretanto não ter consciencia de que estava construindo uma obra fatal. . . . . Suas aspirações dirigiam-se para a liberdade, mas suas obras aplainavam o caminho que ia ter á dictadura ».

De facto, entusiastas das franquezas provinciaes, e querendo dar vida e força ás provincias dotando-as com um poder legislativo provincial munido de largas faculdades, esqueceram os legisladores do Acto Adicional que essa vida e essa força eram incompativeis com a nullificação do elemento municipal.

A idéa, entretanto, d'esses legisladores parece que devêra ser a da inauguração do systema de descentralisação administrativa. Mas, não obstante, a obra realisada foi uma centralisação oppressora, entregando-se os municipios ás assembleas provinciaes e aos presidentes de provincia.

Finalmente, as camaras municipaes, dotadas convenientemente de rendas, foram passando por diversas reformas e hoje acham-se erguidas, porque foi-lhes dado muito maior independencia, mais liberdade, mais prestigio e força moral.

A tutela que sobre ellas pesava, coarctando-lhes a acção até nos menores actos de pura administração local, tornando lenta e difficil a satisfação de necessidades muitas vezes momentosas, era um dos mais salientes vicios do systema municipal: entretanto, hoje, repetimos, as municipalidades tem independencia e liberdade de acção nos actos de pura administração, sem todavia estarem rompidos os laços de subordinação que as devem prender sempre aos poderes geraes do Estado.

### *Bens particulares*

No numero dos bens pertencentes aos particulares vem os que pertencem a qualquer individuo e são os que servem de objecto ao Direito Civil.

As maneiras varias com que estes objectos pódem-se apresentar dão lugar a outras classificações de bens.

Então algumas vezes observa-se que os objectos são possuidos pelos proprietarios livremente e então o individuo pode alienal-os, independentemente do consentimento de estranhos e são estes os *bens allodiaes*.

Outras vezes o dominio é, por assim dizer, mutilado. O dominio é um direito complexo e compõe-se de muitos outros como veremos com oportunidade.

O individuo póde usar do objecto como melhor lhe convem, ou alugando-o, ou emprestando-o, ou vendendo-o, ou mutilando-o, ou exercendo qualquer acto sujeito á sua propriedade. Mas, si o dominio é assim um complexo de direitos, a Jurisprudencia nos diz— que este complexo de Direitos póde dividir-se em fracções, isto é, encontra-se na propriedade de um objecto um certo numero de Direitos passando a outro o dominio lucrativo do objecto.

Assim, um proprietario póde passar a outro o Direito de cultivar, podendo unicamente pedir o salario, o laudo. Ha aqui o *dominio do proprietario* e o *dominio* do que está *de posse do objecto*. Diz-se então— *dominio directo*— o que se encontra no 1.º proprietario e— *dominio util*—o dominio do que está de posse do objecto do Direito.

Chama-se ainda— Senhor *emphyteutico*—aquelle que está de posse.

## PARTE ESPECIAL

### DIREITOS REAES OU DIREITOS DAS COUSAS

## Livro 1.º

### CAPITULO 1.º

#### POSSE : PARTE GERAL. NOÇÃO JURIDICA DA POSSE

#### Parapho 1.º

Posse é um Direito connexo á propriedade ou dominio. De ordinario aquelle que tem propriedade tem uma somma de Direitos, que exercita sob um objecto dado, dos quaes um dos mais importantes é mesmo a posse.

A posse ás vezes é o Direito que dá logar á propriedade — assim, por exemplo, acontece com a prescripção.

A posse achando-se assim intimamente ligada á propriedade, sendo mesmo ás vezes consequencia da propriedade e outras elemento gerador d'ella é natural que, se tratarmos do dominio, seja encontrado ou este effeito ou esta causa geradora da propriedade.

A importancia d'este assumpto pode ser estudada debaixo de outro ponto de vista.

Elle constitue uma das mais importantes materias de Jurisprudencia; encontram-se n'elle as maiores difficuldades que em Jurisprudencia se podem manifestar e para testemunho d'este facto basta ver que os autores divergem extraordinariamente quando tratam de examinar a theoria da posse.

A palavra — *posse* — começa por ser tomada em dois sentidos; d'ahi vem a confusão das regras pela difficuldade de applicação pratica.

Si nós vemos a legislação tomar a posse ora n'um sentido, ora n'outro, a difficuldade começa por se dever comprehender

der quaes os varios aspectos em que a posse pode ser estudada, para então não confundir-se, dando certos effeitos á uma posse que não é aquella a que o legislador se refere.

A *posse é ás vezes tomada como um facto, outras vezes como um Direito*— é, por assim dizer, considerada ás vezes como um estado mechanico em que o individuo tem debaixo de seu poder um objecto qualquer; mas é posição esta que não encontra protecção no Direito.

Si um individuo vem a estar sobre um objecto movel e conserva esse objecto em seu poder, transportando-o, fica tendo a posse do objecto.

Mas a posse juridica não é esse acto material e mechanico, é mais alguma cousa, é uma posição protegida pelo Direito, é uma posição que dá ao individuo o Direito de usar dos Direitos especiaes que se agitam no fôro, de interpor o *interdicto possidendi* ou outro qualquer.

Sendo a posse um effeito da propriedade, nada mais natural do que allegar-a como prova do mesmo Direito de propriedade; nada mais natural do que observar que o individuo, que detem um objecto por um certo numero de annos, passa aos olhos de todos como verdadeiro proprietario desse mesmo objecto; e então a posse vem a ser um a prova da propriedade.

Ha fragmentos de Direito Romano n'este sentido e então parece que vem assim a posse se confundir com a propriedade, e que entre uma e outra não ha mais differença; a posse vem a ser tambem um estado de Direito, um *jus in re*.

Por tudo isto não se pôde considerar a materia senão como muito difficil e se nós considerarmos o assumpto em frente da Jurisprudencia patria, diremos que a difficuldade cresce de vulto, porque não está ahi o assumpto bem determinado.

Não que a nossa Jurisprudencia desconheça a importancia da posse, ella reproduziu pouco mais ou menos o Direito Romano em fragmentos esparços aqui e acolá, mas sem uma regra, sem uma ordem doutrinaria que possa guiar o interprete. D'ahi então a necessidade, como prescreve « a Lei da Boa Razão », de recorrermos constantemente ao Direito Romano.

Mas, se temos de recorrer ao Direito Romano e si ahi já encontramos estas difficuldades— de ser a posse tomada em sentidos differentes, umas vezes como— *um direito*— outras

como — *um facto*. — trasladaremos d'esse mesmo Direito para o Direito Patrio todas as difficuldades que, nos dizem os praticos, existem com relação ao assumpto da posse.

## Parapho 2.º

### *Noção juridica da posse :*

Já dissemos que a posse póde ser tomada em dous sentidos, que assignalam-se do seguinte modo: ou a posse é comprehendida no sentido grammatical ou no sentido juridico.

No 1.º sentido é o facto pelo qual uma pessoa tem em seu poder uma cousa corporea de modo que póde dispôr d'ella como fôr de sua vontade.

N'este caso que apresentamos ha posse no sentido grammatical, porque emquanto o individuo tem o objecto movel tem a liberdade de movel-o para onde quizer.

No proprio Direito Romano essa noção é expressa no Liv. 41 do Dig., tit. 2.º— *De acquirenda, vel amittenda possessione*— onde se diz « *Possessio appellata est ( ut et Labeo ait ) a sedibus, quasi positio : quia naturaliter tenetur ab eo, que ei insistit etc.*, porque, conclue a lei— naturalmente aquelle que insiste, que está dispondo do objecto— eis, pois, a posse no seu sentido material.

Mas, ella é tomada em sentido juridico e então apparecem varias accepções; porem, como diz Savigny, todos concordam em um ponto e este é o seguinte: a posse é o estado d'aquelle que não só physicamente exerce a sua actividade sobre o objecto, mas, que tambem conserva-o com intenção de tel-o como seu.

Não é só a detenção, a apprehensão do objecto por alguém, mas, é a detenção com o animo de exercer a actividade sobre o objecto como seu.

Coelho da Rocha faz a mesma distincção e diz:— «no sentido grammatical» posse é a *simples detenção, é a custodia* e chama o individuo que a exerce, um simples detentor.

Mas na *posse juridica* não se acha simplesmente a detenção, a custodia, diz elle, mas acha-se o individuo possuindo a cousa como de sua propriedade ou em seu proprio nome ainda que a propriedade seja de outrem.

O individuo, por exemplo, que andou por lugares desertos acha um objecto qualquer— uma pedra, um pedaço de madeira e o apprehende com o animo de conserval-o para fazer uma bengala, um enfeite com a pedra— o apprehende com o animo— *sibi habendi*.

Então Coelho da Rocha explica essas duas detenções dizendo : « no 1.º caso em que encontra-se o que possúe com o animo de ter a cousa como propria, encontra-se um possuidor perfeito ; mas, si se encontra esse individuo com o animo de possuir para si a cousa de outrem, como o usufructuario, o locatario— se diz este um possuidor imperfeito.

Mello Freire, dando definição da posse aceita tambem a do Digesto, isto é, a natural facultade de conservar uma cousa com o animo de tel-a como sua.

Essa definição pôde-se realmente aceitar, porque tem todos os elementos do objecto definido.

Nós tínhamos assignalado dous caracteristicos— o elemento material da detenção do objecto e a intenção do individuo.

E de facto ligeiras observações bastam para mostrar que só pelo elemento material não pôde-se ter a posse chamada juridica, porquanto aquelle que apodera-se de um objecto só para admirar suas perfeições não tem posse juridica porque não tem o animo de conserval-o como seu.

Si alguem apodera-se de um livro de um advogado para apreciar-o tem a detenção porque tem a posse material d'elle, mas, não pôde ter o animo de conserval-o, porque o objecto é do advogado.

Póde, portanto, o individuo ter posse material e não juridica.

Não é noção escolastica esta :

O Dig. no liv. 41, tit. 2.º, frag. 41 diz : *qui jure familiaritatis amici fundum ingreditur, non videtur possidere: quia non eo animo ingressus est, ut possideat, licet corpore in fundo sit--* « aquelle que entra em um campo, em casa de um amigo seu pela familiaridade que tem com elle, não é possuidor porque não pôde ter o animo de possuir, embóra tenha por si a posse material, isto é, esteja sobre o objecto.

Mas supponha-se que um individuo compra um objecto, porem, em lugar do objecto comprado o mercador entrega-lhe outro : o comprador não tem posse, porque não tem o *animo de possuir* o objecto que lhe foi dado, então segue-se que não

tem posse sobre elle, nem o vendedor porque demitto de si o elemento material e o intencional da posse. Nem o comprador porque embóra tenha a detenção do objecto, como não tem o elemento intencional da posse, não tem por si o *animo sibi habendi*.

E' isso expresso no Dig. liv. 41, tit. 2.º, frag. 34 de Ulpiano, que diz : *Si me in vacuum possessionem fundi Corneliani miseris, ego putarem me in fundum Sempronianum missum, et in Cornelianum iro.*

Demonstrar que tambem é necessario o outro elemento — o elemento material da detenção do objecto — é muito mais facil de fazer.

Sem apprehensão do objecto ninguem tem posse, porque o elemento primitivo d'esta é a detenção; portanto, si eu tiver intenção de possuir um objecto qualquer, emquanto eu não realizar este facto material da detenção, terei apenas a intenção *sibi habendi*, mas, é preciso o elemento material da apprehensão do objecto. Este facto material pôde-se realizar por modos differentes. Si se trata de um objecto movel, então a simples detenção manual importa o elemento material; mas, si o objecto é immovel então precisa de outro meio que signifique a intenção do individuo. Si se trata de uma casa a apprehensão das chaves se reputa o symbolo pelo qual o individuo tem intenção de apoderar-se da casa: si se trata de um campo, o mandado de construir-se cercados, o facto de haver apanhado fructos é prova da intenção.

Essa noção que está na Jurisprudencia Romana, acha-se mais ou menos reproduzida na Jurisprudencia Patria, fundamentada com a Ord. liv. 3.º, tit. 45, § 10 e Ord. liv. 3.º, tit. 86 § 1.º.

O Codigo Civil Francez consigna esta mesma doutrina porquanto ahi se diz : *posse é a detenção cu goso de uma cousa cu D'reito, que temes exercido per nós cu per outro em nosso nome.* Portanto, embóra não estejam claros os dois elementos é expresso o elemento material e subintende-se o elemento intencional, porque desde que um goso por si ou por outro, é claro que ha a intenção *sibi habendi*.

### Paragrapho 3.º

#### *Distincção entre posse e propriedade*

Os Jurisconsultos não estão de accordo acerca da proceden-

cia de uma ou de outra d'estas duas instituições— *posse e propriedade*.

Os escriptores antigos que não acreditavam na base do Direito de propriedade, mas que julgavam que ella apparecia em virtude de determinação legal, sustentavam que a posse precedia á propriedade. A propriedade é filha de uma determinação de Direito, mas a posse vai buscar, na linguagem de Troplong, os seus titulos de nobreza muito mais alto, porque, quando mesmo não houvesse propriedade, haveria na posse um Direito, uma certa propriedade.

Desde que alguém percorrendo as praias acha um objecto *res nullius* e o apprehende com o animo *sibi habendi*, apparece a posse e com ella a propriedade.

Sobre este assumpto não consagramos o mesmo principio, contestamos essa asserção— de que a propriedade nasce da vontade dos homens:— ao contrario, sustentamos que, desde que ha homens, ha fins e portanto, meios para conseguir estes fins, que são os Direitos, entre os quaes é dos mais importantes— o de *propriedade*.

Troplong diz: collocai um objecto nas mãos de uma criança, e dizei que este objecto não lhe pertencerá senão emquanto ella o possuir, e vereis então que a idéa do gozo de que pôde fruir esta criança é uma idéa que entra em seu espirito lentamente. A criança não pôde comprehender que este objecto, por sahir de suas mãos, deixe de ser seu, porque ainda assim é um objecto que está ao alcance de suas necessidades; de modo que, sem o possuir, ella crê que lhe pertence.

Percorrendo o deserto traçai em uma certa região um círculo que tome a extensão do sólo que quereis occupar: esta posse da-vos propriedade: portanto, posse e propriedade são coetaneas.

Portanto é um erro supor que primeiro nasceu a posse e depois a propriedade.

A posse não é senão a declaração da propriedade, é por assim dizer o factó que promulga o Direito de propriedade que é de alguém, é o factó pelo qual se declara que o objecto que está na detenção de alguém é de sua propriedade.

Mas não se pôde dizer que a posse tenha na linguagem de Troplong titulos de nobreza, muito mais antigos e preciosos do que a propriedade.

Mas, entretanto, quer no Direito Romano, quer na Jurisprudencia patria, nem sempre a posse acompanha o proprietario.

Chega-se a este resultado por um principio de ordem publica.

A posse não está separada da propriedade, e si vai-se encontrar ás vezes a posse n'um e a propriedade n'outro, como por exemplo, no aluguer da casa, em que o inquilino tem a posse, mas a propriedade está em outro, então se diz que o proprietario tem posse da casa e usa d'ella por meio de aluguer, do Direito seu que elle transferiu ao inquilino.

Mas, na sociedade é conveniente fazer um estado da posse e outro da propriedade.

A posse apresenta-se ás vezes com um character obscuro, dúvidas levantam-se, de modo que dous ou tres individuos querem ser os proprietarios do objecto.

E' preciso julgar estes individuos, buscar os seus documentos e avalial-os em uma demanda longa. Mas esperando este resultado, esperando esta sentença, que vai determinar este Direito de propriedade de um d'estes tres individuos, *não costuma-se deixar os bens abandonados.*

Portanto é necessario determinar quem, emquanto permanece este estado, tem o Direito de só e simplesmente reter o objecto.

D'ahi a necessidade de considerar a posse com feição distincta do Direito de propriedade, d'ahi então a lei para estabelecer a verdade dizendo a quem pertence este Direito.

A propriedade, seja lá de quem fôr, é necessario que estêja na posse de alguém.

E' por isso que Ulpiano diz: *nada existe de commum entre a propriedade e a posse*; e é por este mesmo principio que, comquanto não se tenha julgado ainda quem tem o Direito de propriedade, não se póde deixar o objecto sem estar na posse de alguém; é por isso ainda que, se diz no Direito Romano que, quando se trata de levantar uma questão de posse, não é licito discutir uma questão de propriedade, não póde o réo allegar o Direito de propriedade que por ventura tenha, porque a questão é de posse e então quando se discutem questões de propriedade a occasião não é opportuna para manifestar-se a questão de posse.

Portanto, esta separação da posse e da propriedade é dictada por interesses de ordem publica muito elevados e por isso ella se conserva no poder do primeiro individuo que as tinha.

Mas então, podendo levantar-se duvidas a respeito do Direito de propriedade, como exige-se que alguém fique com a posse do objecto até se decidir a questão, este alguém é quem estava com a posse primitiva do objecto.

Eis como se fez um tratado especial da posse, differente do tratado da propriedade, embora se reconheça que elles teem o mesmo ponto de partida.

### Parapho 4.º

*Analyse da posse— si é um factu ou um Direito :*

E' esta uma das questões mais difficeis relativamente á posse.

Encontra-se uma divergencia extraordinaria, quer nos escriptores antigos, quer nos modernos.

Grotius diz que— o *jus possidendi est quod ex possessione sequitur*— e continua com outras phrases, onde se vê que a posse para elle é um *jus*.

Blondeau diz que a posse consiste na faculdade que alguém tem de conservar um objecto em seu poder com exclusão de outros: posse, portanto, para elle é um Direito.

Duranton e outros sustentam os mesmos principios.

Portanto, não faltam autoridades para dizer-se que a posse é um Direito.

Mas, outras autoridades dizem que a posse é um factu e entre estas está Savigny.

Entre varios autores parece-nos tratarem melhor d'este assumpto Savigny, Molitor, e Ramos de Manção.

Molitor está do lado da these— que a posse é um Direito e não um factu.

A these de Molitor repousa no seguinte: a posse pertence á pessôa que é intelligente, que pôde ter intenção, *que é elemento de todo o Direito*.

Já se comprehendia que com o elemento material não se tem posse: é preciso o elemento intencional; portanto, perfeita equiparação en're o acto do possuidor e o do proprietario.

Assim como é preciso que este (o proprietario) pronuncie a sua vontade e a sua intenção, assim tambem o será com a posse. Logo se a propriedade é um Direito a posse tambem o será. Sem a vontade não ha propriedade.

O fundamento d'este principio está no Digesto onde se diz : — se alguém estiver dormindo e si collocar-se um objecto na mão d'esse individuo, que dorme, elle não pôde possuir porque esse individuo não pôde ter posse, diz a lei — *affectione tenendi*.

Molitor observa mais que a lei Romana nega toda a existencia de posse desde que falta o *animo sibi habendi*, e de facto basta mencionar a disposição do Livro 41 do Digesto, onde se vê que as leis Romanas negam o Direito de posse ao individuo que entra no predio de um amigo, porque falta-lhe o *animo* — *quia non eo animo ingressus est, ut possideat, licet corpore in fundo sit*.

Eis ahí as noções existentes no Direito Romano a respeito da posse e si se tratar da conservação da posse acha-se a mesma exigencia e o mesmo ainda si se tratar da *perda da posse*.

No 1.º caso encontra-se o *animo habendi*; no 2.º o *animo non habendi*.

Assim o ausente que possui um objecto pôde estar na posse d'elle : si um outro individuo apodera-se durante a ausencia d'aquelle objecto, que está na posse do primeiro, pôde trazer uma perturbação á posse, pôde trazer um embaraço, mas, a posse continúa no poder do primeiro, porque está no *animo de possuir* e tanto é isso exacto que elle tem todos os *interdictos possessorios*.

Portanto, a detenção simplesmente não é bastante para que adquira-se, conserve-se ou perca-se a posse.

Ora d'essa igualdade de exigencias se deduz que a posse é um Direito e não um facto.

Qualquer que seja a variedade de posses que se encontre nos Jurisconsultos, todos elles teem um ponto commum e é o que se acha no Digesto, onde se diz (*assim o inferimos*) : *a posse é a vontade do ser pessoal e livre de conservar o objecto debaixo do seu poder com exclusão dos outros, dando a este objecto o cunho de inviolabilidade que elle mesmo tem* — liv. 41, tit. 2º.

Portanto, a posse é um Direito, diz elle. Ainda diz : a posse origina acções, mas, entretanto não ha acções sem que esteja-se possuindo um Direito : logo se o possuidor tem acções para defender-se é porque a posse é um Direito. Portanto, a observação de que ha acções que defendam o possuidor é um argumento para concluir que a posse é um Direito.

Eis resumidamente os principaes argumentos de Molitor. Vamos analysar agora a doutrina de Savigny, em contra-posição de Molitor.

Savigny disse que a posse é um factó e não um Direito.

A posse é *um factó*, diz Savigny, e si o Direito Romano não fizesse— o *factó da detenção*— ser uma cousa differente da propriedade, não se conheceria o estado do individuo que tem Direito sobre o objecto, sem que tenha propriedade. Então se diria que só tem propriedade quem tem o objecto.

Mas, o Direito Romano tem determinado a posição do individuo que tem a detenção do objecto com o animo— *sibi habendi*.

Então a posse não é senão um effeito do Direito, uma condição para a aquisição de Direitos, mas, não é um Direito em si.

Depois d'estas considerações elle indaga, quaes as condições para que a posse produza effeitos juridicos, examina o que é detenção, as condições que tornam a detenção não um Direito, porque elle nunca lhe dá essa cathegoria, mas, uma *posse juridica* (elle desfigura-a com essa expressão); e diz que dous são os effeitos da posse— a *usucapião e os interdictos possessorios*; isto é, quem tem posse pôde adquirir propriedade desde que possua o objecto por um certo decurso de tempo, marcado pela lei; quem tem posse tem o Direito de deffendel-a pelos *interdictos pssessorios*, mas, esses dous effeitos juridicos não dão á posse a posição de Direito; os *interdictos possessorios* não são um respeito á posse, mas, um respeito aos Direitos violados, junto da posse.

Só o proprietario é que tem o *jus possidendi*, o possuidor só tem o Direito de fazer com que não se faça violencia á detenção da cousa.

Logo, se alguém viola a posse, ha lugar para o *interdicto*.

Entretanto, a posse sendo uma condição do *interdicto* não é um Direito. A posse, portanto, em sua essencia não é mais do que *um factó, factó que produz* consequencias juridicas, quer se encare pelo lado da *usucapião*, quer pelo lado dos *interdictos possessorios*.

Savigny diz que as acções possessorias pertencem ao possuidor, mas que por ahí não se deve vêr na posse um Direito, porque, se isto dá-se é porque toda a violencia contém uma infracção e é um acto reprovado, é uma offensa ao *Jus* de alguém.

Entretanto, quem tem Direito de intentar *acção possessoria*, diz Molitor, nem sempre soffre violencia, e por isso responde que ha um erro na apreciação de Savigny, porque nem todo o interdicto recahe sobre violencia, porque o interdicto *uti possidetis* não tem por causa uma violencia.

Aquelle que reconhece que o seu visinho vai perturbar o estado de seu campo, a divisão que faz, porque vê o visinho accumular madeiras, tem apenas visto em ameaça o seu direito, e entretanto, já tem o Direito de usar do interdicto possessorio — *uti possidetis*. —

Ora, se isso é verdade, diz Molitor, não é exacto o que diz Savigny — que todas as acções se basêam em uma violencia.

Depois, diz elle, quando seja verdade que toda a acção basêa-se em uma violencia, não é exacto que toda a violencia é condemnada pelo Direito e, ao contrario, ha algumas que são protegidas pelo Direito. Por exemplo : a defeza que não está constituida aos olhos do Direito como susceptivel de condemnação e que, entretanto, consiste em uma violencia que se faz ao aggressor.

Portanto, se nós encontramos acções proprias para defender a posse, é porque ella é um Direito, porque se não o fosse o possuidor não teria acções.

Observa mais este mesmo autor que Savigny diz — que a violencia não é meio de adquirir um Direito e no entretanto, pela violencia adquire-se posse.

Com effeito, Savigny faz este argumento : o ladrão que apodera-se de um objecto que não é seu, incontestavelmente não tem por si um meio de Direito para fazer esta acquisição.

Entretanto, o ladrão condemnado pelo Direito, não sendo protegido por elle, faz posse do objecto com o animo *sibi habendi*. Portanto, a posse é *um facto e não um direito*, porque este desconhece o meio pelo qual o ladrão adquire a posse.

Molitor refuta esse argumento dizendo que nem toda a violencia se pôde dizer que é injusta e só o é a que viola o Direito de outro e por isso examina o facto de Savigny — *o individuo que é esbúlhado pelo ladrão* — qual a situação d'este?

Elle tem realmente uma situação protegida pelo Direito, elle pôde intentar acções, mas, não contra o proprietario e sim contra terceiros, porque contra estes, não tendo praticado

violencia, o Direito o protege, o que não se dá contra o proprietario.

Portanto, diz Molitor, ainda vê-se ahi a posição de Direito; a posse de facto, quando não está em divorcio completo com o Direito, é protegida por elle. Portanto, conclue Molitor, o argumento de Savigny não procede n'este caso, sendo antes de concluir-se que mesmo na situação do ladrão, a *posse é de direito e não de facto*.

Ramos de Manção resume os argumentos que são dados uns no sentido de ser a posse um Direito, outros no sentido de ser ella um facto, resolvendo finalmente que ella é um facto; os argumentos ahi são expostos com clareza.

Ramos de Manção expõe os argumentos dos que pensão que a posse é um Direito e elles basêam-se todos em apreciações esparsas aqui e alli em varias leis do Direito Romano.

Faz elle então um resumo das principaes leis sobre este assumpto.

Ha diversas theorias de varios autores sobre este assumpto. — Alguns affirmam que a posse antes de adquirida é facto e depois Direito; outros dizem que a posse é *natural de facto e civil de Direito* e outros dizem que ella é *mixta de facto e de Direito*. Ramos declara que a posse é facto.

Elle diz que aquelles que affirmam que a posse é um Direito fazem uma confusão, porque é exacto que a posse, quando não repugna ao Direito, é muito ajudada por elle.

Em Direito Patrio não se pôde dar solução diversa d'esta, porque, um ou outro fragmento esparsos na nossa Jurisprudencia não constitue doutrina especialissima do Direito Patrio, mas, reproducção do Direito Romano.

Então tambem diremos que posse é um facto, mas, um facto que deve ser respeitado pelo Direito; e é por isso que se vê, quer nas Ordenações— *direito antigo*— quer nas leis patrias— *no Direito moderno*— a posse sendo respeitada.

A posse, em Direito Patrio, recebe homenagem e respeito do Legislador. Isso é principio de conveniencia publica, que pede que nas questões relativas á propriedade, a posse permaneça estavel, em paz.

Vindo então a este ponto em que se diz que a posse é um facto, mas, facto que se apresenta com auxilios prestados pelo Direito, pela Lei, e em que acha-se o possuidor gozando Direitos já na conservação, já na fruição, nada mais na-

tural do que procurarmos saber si a posse, uma vez que goza de Direitos, é *direito pessoal ou real*.

### Paragrapho 5.º

*Analyse da posse— si é um Direito Real ou um Direito Pessoal. Acções possessórias*

Ainda n'esta questão encontra-se uma divergencia igual ou maior á aquella que ha, quando trata-se de saber, si a posse é Direito ou facto.

Os escriptores, quer antigos, quer modernos, divergem sobre esta materia.

Esta questão não é só escolastica, ella importa muito para a vida pratica, porque conforme resolvermos — si a posse é Direito real ou pessoal, as acções intentadas irão ferir uma ou outra pessoa.

Si é Direito real procura-se sempre primeiro o objecto e depois a pessoa; si é Direito pessoal, ella procura em primeiro lugar a pessoa e em segundo a cousa.

Então quando tiver-se de interpor um *interdicto*, senão tivermos noções precisas, não saberemos se em primeiro lugar devemos procurar o individuo que nos esbulhou da posse, ou o terceiro, quarto, ou o ultimo, que está na posse do objecto, que deve ser o procurado — *se o Direito é real*.

Mas se é um *interdicto* pessoal, deve-se interpor a acção contra o primeiro que nos esbulhou.

Savigny diz que posse é sempre um facto em sua essencia; é Direito por causa de seus effeitos e das garantias que a lei tem dado.

Ora, se assim é, a questão de saber, se a posse é Direito real ou pessoal, já não tem para Savigny merecimento algum.

Diz elle que a questão só póde ter lugar em relação aos *interdictos possessorios*, e não com relação á *usucapião*.

Com effeito, na usucapião temos a posse *como um meio, como uma condição de adquirir propriedade por usucapião*.

Mas estabelece elle então como condição da formação do dominio a justa causa e então diz: assim como é absurdo perguntar se a justa causa é Direito real ou pessoal, assim tambem o é perguntar se usucapião é Direito real ou pessoal.

Portanto, os interdictos só podem ser objecto d'esta questão, quando se diz—posto que esses mesmos interdictos possessórios pareçam ser concedidos com relação á cousa *in rem*, comtudo elles são Direitos pessoaes.

Então parece claro que Savigny citando por esta forma a lei Romana do Dig. livro 43, tit. 1.º, declara que os interdictos são pessoaes, porque a posse em si é uma condição dos interdictos; mas esta é o facto, é o elemento; não é o Direito e portanto a posse não pode ser classificada como *um Direito real ou pessoal*, porque falta-lhe a condição para isso, isto é, falta-lhe ser Direito.

Portanto os interdictos para elle são pessoaes, mas a posse não soffre classificação.

Mas Molitor sustenta que a posse é um Direito, por isso apresenta uma solução contraria, que é consequencia da sua doutrina.

Começa então Molitor dizendo—que posse não é um Direito puramente real, si bem que seja necessario que, para haver posse de uma cousa qualquer, esta esteja immediatamente debaixo da detenção de um individuo; é certo, entretanto, que este interdicto não pode ser realisado contra terceiras pessoas, nem immediatamente pode ser realisado contra o individuo que detenha o esbulho da nossa posse: portanto, a posse não é um direito real, porque este immediatamente procura a cousa; mas por outro lado a posse não é Direito puramente pessoal, porque não é preciso que alguém exista e venha a ser obrigado a fazer ou a deixar de fazer alguma cousa e no Direito pessoal é preciso que esta exista e esse é o seu caracteristico.

Portanto, diz elle, a posse não é Direito nem puramente real, nem puramente pessoal; mas como ella se manifesta pela acção, pelo processo que o possuidor pode intentar, diz elle, que mais parece haver na posse *um Direito pessoal* do que *real*; e é por isso que no livro 43 do Dig. tit. 1.º, § 3.º — *De interdictis*— a lei diz: « *Interdicta omnia, licet in rem videantur concepta, vi tamen ipsa personalia sunt*: » ainda que pareça ser concedida com relação á cousa, comtudo são pessoaes.

Completa estas noções dizendo que vê na posse um Direito real, porque o Direito sobre a cousa é immediato; pessoal, porque realisa-se contra o individuo que esbulhou e não

contra os outros: portanto, diz Molitor, pode ser um *Direito real—pessoal*.

Discutindo a questão perante os nossos praxistas vê-se que Borges Carneiro dividindo os Direitos em reaes e pessoaes e classificando-os, diz que são especies dos Direitos reaes o *dominio*, a *servidão*, o *penhor*, a *hypotheca*, e acrescenta: não assim a posse que é pessoal e bem assim os interdictos que d'ella nascem.

Portanto, tambem este escriptor portuguez é sectario d'aquella doutrina do Direito Romano, em que diz-se que os interdictos são pessoaes, e ainda diz mais que a posse é Direito pessoal.

Corrêa Telles faz a mesma classificação: as ordenações seguem as mesmas idéas, dizendo que os interdictos possessorios são considerados Direitos pessoaes.

N'esta divergencia de opiniões, onde encontramos autoridades de parte a parte, não duvidamos que o maior numero dos escriptores portuguezes, de accordo com a lei Romana, parecem se inclinar á doutrina de que a posse nos interdictos possessorios é Direito pessoal.

Para nós a *posse é um facto*; portanto a questão em frente da posse é deslocada.

Pelo facto de ser a posse revestida de condições juridicas, ella não deixa de ser um facto; se os effeitos apresentam-se com faces diversas é claro que a solução varia tambem.

E' preciso explicar tambem que os interdictos possessorios — o terreno mais fecundo d'esta questão — apresentam-se com dois aspectos, conforme a lesão que tratam de reparar.

O exercicio da posse pode ser perturbado por modos differentes: então as acções tambem hão de se apresentar com typos differentes.

Assim temos: interdictos *retinendæ possessione e recuperandæ possessione*.

O primeiro compete ao individuo que não tendo sido ainda espoliado, todavia teme-se disso e lança mão então d'esse meio que lhe é facultado.

Ahi o individuo não se apresenta perante os magistrados, dizendo que foi espoliado; mas apenas que receia a pratica de actos attentatorios á posse e pede o que se chama um mandado de manutenção de posse.

Isto dá-se geralmente nos predios vizinhos e então se pede a intervenção da autoridade judiciaria para impedir que o outro continue na pratica d'aquelle acto.

Mas esta intervenção é muito differente da que pertence á segunda cathogoria: esta compete ao possuidor que já foi espoliado, contra o espoliador ou contra os seus herdeiros para que estes restituam a cousa com todos os seus fructos.

Esta intervenção está baseada na Ordenação do liv. 3.º, tit. 78 § 3.º.

Ahi temos, pois, duas acções diversas.

Estas formas juridicas com que se apresenta a posse apresentam typos diversos.

No primeiro caso exige-se o cumprimento de uma obrigação de respeito.

Todos então tem obrigação de respeitar a posse do individuo, *adversus omnes*, tanto que elle tem uma acção.

Ora, esta acção é incontestavelmente uma acção pessoal.

Mas no segundo caso dos interdictos *recuperandæ* faz-se com que o possuidor primitivo que se vê espoliado na sua posse, seja reintegrado na sua posição, e, dizem os praticos, com todos os interesses que por ventura a cousa tenha dado na guarda em que esteve nas mãos de terceiro.

Portanto n'este caso trata-se de um *jus in re*, e então não se verifica o pensamento do escriptor Silva—que o individuo esbulhado só leva a acção contra o que o esbulhou, si está na posse da cousa. Os praticos nos dizem que nas acções de reivindicação está um *jus in re*, porque procura-se a cousa onde estiver para intentar a acção que compete—o interdicto que tambem apresenta a mesma face—de recuperar a posse da cousa com todos os seus proveitos, tambem apresenta o mesmo typo, porque primeiro procura o objecto, e vai buscal-o nas mãos de quem quer que seja.

A posse, portanto, no terreno dos interdictos, conforme a natureza d'estes, leva-nos á uma solução varia, ou a decidirmos pelo caracteristico do Direito pessoal, si é um interdicto *retinendæ possessione*, ou a resolvermos pelo Direito real si é um interdicto *recuperandæ possessione*.

## Paragrapho 6.º

### *Acquisição da posse*

Esta questão da *acquisição da posse* pôde ser dividida em duas partes: pôde ser estudada com relação ás cousas que pôdem ser possuídas e com relação ás pessoas que pôdem ter posse.

Então a regra a firmar-se com relação á primeira parte é — para que a coisa seja objecto de posse é preciso que ella esteja *no commercio* e seja *cousa corporea*.

Duas condições, portanto, são exigidas:

1.<sup>a</sup> *que a coisa esteja no commercio* :

2.<sup>a</sup> *que seja corporea*.

Póde-se ver claramente este principio da primeira condição no liv. 41, tit. 2.º do Digesto—« *De adqu.renda, vel amit.tenda possessione.* »

D'ahi segue-se que todas as cousas que estão *fóra do commercio*, como as *divini juris*, as *communs*, as *publicas*, os caminhos, os rios e outras não pôdem ser possuídas, na phrase do Direito Romano.

Segunda condição: é necessario que as cousas sejam corporeas, porquanto as incorporeas não são susceptíveis de posse propriamente dita, e é por isso que Paulo diz: « pôdem ser possuídas as cousas que são corporeas » e no livro 41 do Dig. tit. 3.º § 27 « *De usucapionibus* » se diz: *quia neque pro legato, neque pro donato etc.* Não se entende verdadeiramente que possa ser possuído o Direito que é uma coisa incorporea.

Estabelecida esta regra o Direito Romano desce á ficções e diz — que as cousas incorporeas comquanto não possam ser possuídas, porque falta-lhes a condição do corpo, todavia são susceptíveis de uma detenção, como, por exemplo: os Direitos, que são cousas incorporeas, são detidos, havendo então, a respeito d'elles uma—*quasi posse*. —

No Dig. « *De servitutibus* » estabelecem-se principios da detenção ou da *quasi posse* que alguém pôde exercer sobre cousas incorporeas. E assim outros titulos do Digesto.

A segunda condição de que estamos tratando diz: « necessario é que haja uma pessoa que possa possuir » ; e por-

tanto, estabeleceremos a regra que para uma pessoa possuir é necessario que ella seja capaz de ter Direitos e de ter vontade:— a condição de sua personalidade é essencial. Mas, é preciso ainda personalidade que tenha aptidão para possuir Direitos.

Portanto: 1.<sup>a</sup> condição da pessoa— é preciso que *seja capaz de Direitos*: 2.<sup>a</sup> condição:— é preciso que *seja capaz de ter vontade*.

Exemplo da 1.<sup>a</sup>: o *filho familias* antigamente não era capaz de Direitos— só o foi com a reforma de Justiniano; e então elle já tinha um peculio—o *castrense*, o *quasi castrense*, o *peculio das lettras ou profecticio*; então em cada um d'esses peculios elle podia exercer propriedade, estando fóra d'aquella incapacidade.

A 2.<sup>a</sup> condição justifica-se desde que nos recordemos que é condição da posse o *animo sibi habendi*. Temos como exemplo d'esta 2.<sup>a</sup> condição:— o *furioso*, o *interdicto*, o *impubere* etc.

Todos esses se acham impossibilitados de ter a posse, porque são incapazes de ter vontade.

Mas, esses individuos todos que se acham assim em posição anomala, mereceram do legislador a protecção necessaria, de modo a não ficarem em posição menos favoravel que os outros que estão naturalmente protegidas, e em consequencia o mesmo legislador consentio que outros podessem exercer posse em nome d'esses incapazes.

Era necessario providenciar para que o *furioso* e o *impubere* podessem possuir; e então o Direito veiu dizer que elles pôdem adquirir por meio de seus representantes.

O Direito Romano diz: o elemento material pôde muitas vezes se achar em posse do impubere, furioso ou de outro; mas, a vontade pôde existir no animo do tutor, do individuo que o representa e portanto, ha os dous elementos para fazer-se a aquisição da posse.

Pôdem mesmo os dous elementos se achar na pessoa do tutor, porque si este adquire um objecto dado, com o animo de guardal-o para o pupillo, este adquire a posse, mesmo que não tenha nem o animo, nem o objecto.

Acha-se isso confirmado no Digesto, no tit. 2.<sup>o</sup> do liv. 41,  
*« De acquirenda vel amittenda possessione »*

Mas, além d'essa posse das *personas naturaes* que encontram-se na posição de incapacidade de adquirir posse, ha outras pessoas ou creações juridicas, sobre as quaes o Direito Romano falla ; isto é : trata-se de uma corporação, de uma entidade collectiva, e ahi, diz o Direito Romano, esta sociedade tem pessoas que a representam, tem procuradores, alguns dos quaes chamados syndicos ; e então estes procuradores são os que exercem os actos da posse, quer no elemento material, quer no elemento intencional.

Como uma entidade collectiva que adquire posse e que costuma entrar n'este jogo de aquisição, de adquirir e perder posse, está a Municipalidade, e então esta tem quem a represente, ou os individuos que pertencem a um certo municipio, ou os procuradores, porque as Camaras tem os seus representantes e em cada um d'esses individuos se pôde encontrar a aquisição da posse pelo elemento material e intencional.

Assim, o campo que é propriedade de alguém, mas, á respeito do qual o proprietário se descuidou por um tempo que é marcado nas Ordenações—*anno e dia*—sahe fóra da posse do proprietário, de modo que não pôde este mais fechalo, sem que vá encontrar embargos da parte da Camara Municipal.

Eis, pois, a manifestação da posse pelos procuradores da Camara, pedindo a conservação do sólo na posse dos individuos pertencentes a essa Municipalidade.

Mas pôde-se adquirir a posse ainda por outros representantes ; e então o Direito reconhece o meio de um individuo adquirir a posse sobre um objecto, sem que exerça esse individuo o Direito da posse.

Então, esta questão pôde-se encarar ou no individuo que exerce a detenção, ou no individuo em favor de quem a detenção é exercida.

E' preciso então que haja no 1.º o animo de adquirir não para si, mas para o outro e no 2.º que haja o animo de—o 3.º adquirir para si a posse.

Supponha-se que um individuo autorisa um alfaiate a ir procurar nas lojas o panno necessario para fazer uma vestimenta qualquer. O individuo adquire a posse do panno, não immediatamente por si, mas, por meio do alfaiate, e então

os animos estão accordes. O 1.º tem o animo de que o objecto é adquirido para si, e o alfaiate adquire não com o animo *sibi habendi*, mas com o animo de adquirir para outro. E' preciso, portanto, uma detenção de cousa, mas, que estejam as duas vontades de accordo.

Assim, não se dá posse, quando não ha determinação real de apoderar-se da cousa, e quando o individuo ignora a apprehensão.

Assim, no Direito Romano, nos contractos de gestão de posse, si um individuo adquire a posse, em favor de um segundo que elle quer proteger, não ha posse enquanto este segundo não saiba do facto e tenha o animo de possuil-a.

Com esses elementos todos pôde-se estar revestido de todas as condições para a aquisição da posse.

Mas, com relação á apprehensão nós diremos— que esta não significa sempre o facto material de lançar a mão sobre um objecto dado.

Savigny, por exemplo, define a apprehensão assim :— a possibilidade em que está um individuo de exercer a sua influencia sobre uma cousa, mas, não o contacto corporal, porque, diz elle, muitas vezes não se adquire senão symbolicamente ou fictamente; não ha na maior parte das vezes o contacto material.

E de facto, quando se toma conta de um campo ou apprehende-se, muitas vezes é isto feito estando o individuo muito longe do campo; é *ficta* pelo facto de lançar as vistas sobre o campo, de lançar a mão sobre as chaves de um portão do campo, ou quebrar os galhos de arvores do campo; e em relação ás mercadorias de um armazem, adquire-se a posse d'ellas pelo facto de apprehensão das chaves do armazem, e a posse d'esses individuos acha-se fundamentada pelo Jurisconsulto Paulo no liv. 41 do Dig. tit. 2.º frag. 1.º § 21, onde se eiz: *Non est enim corpore et actu neesse apprehendere possessionem, sed etiam oculis et affectu.*

Estudando os Jurisconsultos essas varias maneiras pelas quaes a apprehensão pôde ser alcançada, dizem que ellas pôdem ser ou *naturaliter*, como a que se realisa no momento em que o individuo lança sobre o objecto immediatamente sua mão ou então pôde ser feita *symbolicamente*, como na apprehensão das chaves, na entrega dos titulos de uma

propriedade ; ou pôde ser feita com a chamada—*longa-mano*,— quando o individuo com a vista e com o animo de fazer sua adquirir, como quando o individuo vendedor mostra ao comprador uma cousa ao longe e marca-a ficando este com ella ; ainda é feita—*breve-mano*,— si o individuo estava antes da posse juridica na posse natural da cousa ; e ainda pôde ser feita por apprehensão *ficta*.

Mas, como mencionamos as condições da aquisição da posse e como finalmente apresentamos as varias maneiras pelas quaes a apprehensão se pôde realisar, e constituir um elemento da posse, então diremos, accrescentando com Coelho da Rocha, que estas noções da aquisição da posse soffreram uma modificação, relativamente á posse dos bens por meio da successão.

No Alv. de 9 de Novembro de 1854 está estabelecido o principio de que morto o individuo de cuja successão se trata, a *posse civil* passa para os herdeiros com todos os effeitos da posse natural, isto independente de qualquer acto dos herdeiros que pôdem ignorar o factio.

O mesmo Alvará trata de explicar o motivo d'esta disposição e são então attendiveis as suas razões.

Procurou-se fazer com que na sociedade não podesse vir terceiro se collocar na posse de bens de um individuo cujos herdeiros estivessem distantes ; e é por isto que se diz : é a posse immediatamente transmittida para os herdeiros do individuo e outros que a apprehendam serão considerados como detentores, como usurpadores da posse alheia, para contra elles intentar-se o interdicto possessorio.

Uma razão de ordem publica veio determinar que, sem o elemento material e mesmo sem o elemento intencional, os herdeiros adquirissem a *posse civil* com todos os effeitos da *posse natural*.

## Parapho 7.º

### *Effeitos da posse*

Em primeiro logar mencionaremos como um dos effeitos — que qualquer individuo que possui tem posse com *justo titulo*, tem uma *posse justa*, e d'ahi vem que elle é perfeitamente

mantido na posse, enquanto não se provar que existem melhores Direitos que os seus, Direitos que pódem ser de outro possuidor ou do proprietario que vem reivindicar a posse, porque em Direito se póde apresentar um possuidor que tenha posse documentada, não a tendo assim o primeiro, ou um proprietario que, comquanto não tenha a posse, tem Direitos, porque o *jus in re* dá-lhe taes Direitos.

Na vida particular constantemente dão-se estes factos, e então não se indaga si o individuo que está na posse, tem ou não tem uma *posse justa*.

Desde que elle se apresenta perante o Juiz articulando a sua posse, e a documenta, o Juiz não procura saber desde logo se a sua posse é ou não justa e trata immediatamente de mantel-o; de modo que se o individuo allega a posse, se diz estar na detenção de um certo objecto, manda o Juiz mantel-o por um mandado especial que se chama *mandado de manutenção de posse*.

Si seguir a causa, póde-se chegar ao resultado de—este que allegou posse—não poder ser o amparado pelo Direito, e então o Direito vem proclamar a posse do réo ao passo que o mandado do Juiz tinha sido em favor do autor; de maneira que vê-se a confirmação do que dissemos, isto é—o *facto material* da posse traz a *presumpção* de ser uma posse justa, mas como toda a *presumpção* de facto tem de ceder á verdade do Direito, desde que isto se verifica, dá o Juiz a sua sentença, declarando má a posse do autor e boa aquella contra a qual fôra dado o mandado de manutenção de posse.

Entre dois visinhos confinantes—um se apresenta em juizo e allega que está na posse de um certo terreno, e que o seu visinho trata de perturbar a posse, mandando fazer qualquer acto que isto significa.

O Juiz não indaga em face d'este facto, se elle tem ou não *posse justa*; o Juiz em vista do requerimento difere-o e manda passar o mandado de manutenção.

Este mandado é apresentado ao que perturbou a posse do primeiro, e então é citado o réo para vir a juizo declarar o seu Direito, e elle póde vir demonstrar talvez que a sua posse é melhor do que a do outro; vêm as provas e o Juiz finalmente julga.

Mas em primeiro caso ficamos certos—que o facto de se

estar na posse do objecto, presume uma *posse justa*; em segundo lugar não se exige que o individuo, que é encontrado na posse do objecto, apresente os titulos de sua posse, posição esta muito differente da posição do proprietario.

Quem allega propriedade tem de dar os titulos da sua propriedade, quem allega a posse não tem necessidade de mostrar os titulos de sua posse; e este effeito é filho ou consequencia do primeiro effeito.

Si sempre presume-se que o possuidor é justo, d'ahi se deve concluir que elle tem titulos.

Portanto, a posse justa dispensa a apresentação de titulos.

A's vezes, a quem pretende a posse, cumpre apresentar os seus titulos; assim o herdeiro que pretende a posse natural, porque já tem a posse civil, tem de mostrar os seus titulos, que não são senão a herança; tem de apresentar-se com documentos que façam certa a morte do individuo, com documentos que mostrem que os objectos pertenciam a elle.

Esta disposição é uma excepção: ter posse civil com os effeitos da natural não é mais do que uma excepção do principio geral.

E' regra geral que não se adquire posse senão pela detenção do objecto e manifestação do animo; por excepção, porém, por uma disposição especial do Direito adquire-se posse sem esses dois elementos.

Portanto, tudo o que dissemos, relativo a esta especie, se fará por um modo especial, e por isso é preciso mostrar o titulo pelo qual se adquire a posse natural, já tendo a civil.

Um terceiro effeito importante da posse é a *acquisição do objecto*, passando pela prescripção a transformar-se do Direito de posse em um *jus in re*, chamado dominio.

Já sabemos que a prescripção é o meio de aquisição pelo qual o individuo, tendo um objecto com o animo de ser seu e reunindo a *justa causa* e a *boa fé*, adquire, como especie de punição á negligencia do primeiro proprietario.

Nestas questões de prescripção, isto é, na boa fé, se é exigida em todo o seu periodo (da prescripção) ou só no seu começo, e os tantos effeitos augmentados por varias questões cada qual a mais importante— não sendo aqui occasião oportuna de terem o seu próprio desenvolvimento— não tocaremos já e deixaremos para mais tarde e para outros assumptos.

Um quarto effeito da posse é— *o da possibilidade de se fazer a transferencia ou alienação da cousa possuida.*

O possuidor se acha collocado na posição de quasi *dominus*, é tido em logar do dono, e em relação aos Direitos da posse, elle está em perfeita igualdade com o proprietario em relação á propriedade.

Queremos dizer que— os Direitos do possuidor são tão efficazes como os Direitos do proprietario; portanto, si alguém possui uma casa, um campo, todos os Direitos que deve gozar, que se chamam possessorios, são transferiveis, são alienaveis.

E' por isso que transfere-se a posse, embora o fundo, a propriedade não seja transferivel.

Alguem possui um objecto e tendo feito bemfeitorias n'elle produz fructos com as forças da natureza: todos estes productos são transferiveis, como seria transferivel o proprio fundo do objecto si se tratasse da transferencia do dominio.

Um outro effeito da posse é o da *percepção dos fructos.*

Limitamo-nos a consignar, a este respeito, que o possuidor faz seus os fructos que percebeu *exclusivamente de boa fé.*

Outro effeito da posse é— *o de poder ser defendido pela força.*

Este effeito realisa-se ou ainda quando o individuo não tem sido esbulhado ou quando já tem sido esbulhado e trata de reintegrar o primeiro estado, e portanto este estado pôde considerar-se duplo, porque o desforço pôde ser ou a defeza para impedir que outro o esbulhe, ou para recuperar a posse, e quer um quer outro justifica-se com a Ordenação do liv. 4.º tit. 58, § 2.º, que dá o Direito de desforço incontinente.

Um outro effeito da posse é— o poder o possuidor defender-se contra as acções possessorias.

Os interdictos possessorios, como já dissemos, são os meios de Direito pelos quaes defende-se a posse e que servem para proteger aquelle que tem posse; e os Romanos o dividiam em— *interdictos retinendæ possessionis*, *interdictos recuperandæ possessionis* e *adipiscendæ possessionis*.

Os primeiros eram dados para o caso em que, sentindo-se perturbado o possuidor e não tendo sido esbulhado ainda

recorria-se á autoridade, para que fizesse desaparecer esta perturbação.

Si alguém estava na posse de um objecto, que depois violentamente foi-lhe esbulhado, tinha os interdictos *recuperandæ possessionis*, para reaver do individuo a posse do objecto que foi-lhe esbulhado.

Finalmente, os ultimos, isto é, os *adipiscendæ possessionis*, eram para obter-se uma posse que nunca se teve.

Os segundos davam-se quando qualquer individuo era esbulhado, e queria pedir ao Juiz que o reintegrasse.

Varios nomes foram dados a elles:— interdictos *de vi armata*, se houve força armada; *de vi* se não houve emprego de armas.

Valentiniano, porem, applicou o interdicto *de vi* tambem aos moveis e assim o achamos ampliado na legislação Justiniana Const. 3 Cod. Theod.— *unde vi*.

Dizia-se então *de vi armata*, *de vi clam*, conforme havia emprego de arma ou força, ou si tratava de uma posse clandestina.

A posse clandestina é aquella que é obtida furtivamente, occultando-se o objecto da pessoa de cujo poder se procura tiral-o. (1)

O caso de violencia é o modo pelo qual começa a posse, e não a superveniencia de qualquer factô que determina, se ella é, ou não clandestina.

No caso de *embargo de obra nova*, vê-se que ha um individuo que faz uma obra no terreno nosso e mesmo no que não é nosso; por exemplo: a Camara trata de fazer um novo plano de ruas, mas levanta ou abaixa o plano de tal modo que as outras casas ficam em má posição.

Então os proprietarios tem o Direito de embargar a obra da Camara, antes que se faça a indemnisação.

Os proprietarios não pôdem impedir esta obra dos poderes constituidos, tendente a melhorar as ruas, a dar maior elegancia á cidade, mas si d'este factô provêm a ruina das propriedades, a Camara Municipal que tem o Direito de procurar o beneficio publico, tem tambem o dever e o Direito de indemnisar os proprietarios, sob pena d'aquelle recurso de embargo.

(1) Díg. liv. 41, tit. 2º, frag. 6— *Clam possidere eum dicimus, qui furtive ingressus etc.*

Portanto, a acção que compete é a de *embargo de obra nova* para que não continue a excavação da rua enquanto não houver indemnisação.

Para se obter posse dissemos que ha os *adipiscendæ possessionis*: e então são estes dados á aquelles que nunca tiveram posse e tratam de havel-a.

Impropriamente foi enunciada pelos Jurisconsultos Romanos *esta especie* como um effeito da posse.

Com effeito, si por meio d'essa especie se vai buscar posse que nunca se teve, é claro que não pôde ser effeito d'aquillo que nunca se teve, não se pôde dar o effeito para o apparecimento da causa.

Mas, Savigny dá as razões dos Jurisconsultos Romanos e diz que ha uma ficção, que é suppor-se que a posse já existia; presume-se que alguém tinha posse, e trata de rehavella, então o autor é successor de quem já tinha tido a posse, é o continuador.

Esta razão, porem, conforme se vê, é fraca, não satisfaz, porque os interdictos suppõem o facto de uma posse existente: presumir que tem posse quem nunca a teve, é uma ficção demasiado arrojada do Direito.

Depois, imaginar uma ficção em que um individuo já teve posse, e perdeu posse, é cousa contraria ainda á natureza dos interdictos: em segundo lugar, quando se diz que um individuo é continuador da posse de outro que já a teve, tambem é theoria contraria ao principio geral da posse que diz — que a posse não continua, que todo o possuidor é senhor novo.

Portanto, conclue Savigny, que estes interdictos não são convenientemente classificados entre os effeitos da posse.

Mas, em face do nosso Direito, se pôde justificar a applicação d'estes interdictos, porque ahi se vê que possui e adquire posse quem nunca teve, isto é, o herdeiro que trata de adquirir posse, em ultima analyse pôde intentar o interdicto possessorio para haver uma posse que nunca teve.

Portanto, em face do nosso Direito esses interdictos podem ter sua razão de ser.

E de facto, o distincto Jurisconsulto brasileiro, Dr. Paula Baptista, assim explica a existencia d'esses interdictos.

*Como effeito da posse* ainda temos—o facto de poder o individuo que tem posse usar dos interdictos possessorios sem que contra a sua allegação de posse se possa apresentar as allegações do dominio.

Mello Freire diz que se póde allegar o dominio, si por ventura este póde ser demonstrado incontinente.

Mas todos os escriptores portuguezes manifestam-se contra essa opinião e mostram que não póde a defeza do réo versar sobre as circumstancias do dominio.

Estamos de accordo com os escriptores portuguezes, isto é, entendemos que nas questões de posse não se admittem allegações de propriedade, sob pena de apparecerem confusões que podem ser impedidas.

## Paragrapho 8.º

### *Divisões da posse*

A posse póde-se dividir com relação *ao animo* com que possue-se, *à causa* pela qual possue-se em relação ao objecto e *ao modo* pelo qual possue-se.

Com relação *ao animo* a posse póde ser *civil e natural*: a differença de uma e de outra já está mais ou menos conhecida na theoria da *acquisição da posse*, de que já tratámos: consiste essa differença na qualidade do animo com que o individuo possue, porque sabe-se que o facto da detenção é o mesmo, ou trate-se de uma *posse civil* ou de uma *posse natural*.

A differença do animo está em que em uma d'ellas ha intenção da pessoa, e é este todo o elemento da posse.

Mas na segunda não ha esta intenção,— o individuo que está na posse de uma casa, como inquilino, não tem posse sobre ella, porque falta-lhe o animo, a intenção.

A existencia, pois, de animo vem determinar a base d'esta divisão em *posse natural e civil*.

A intenção com que o individuo exerce o Direito sobre o objecto dado, a intenção de exercer o Direito como proprietario, é o distinctivo da *posse civil*, porque na outra, em que este elemento não se encontra, da-se a *posse natural*.

Não basta, porém, diz Savigny, esta intenção, porque quem tem animo, pôde tel-o ou de exercer a propriedade como sua ou em nome de outro; o animo *sibi habendi* pôde ser com relação á pessoa que possui, ou com relação á outra.

Assim, quando se exerce posse em nome de outro, como no caso do *commodatario*, o animo *possidendi* não basta para determinar a posse jurídica.

E' por isso que diz o liv. 41 do Dig. tit. 2.<sup>o</sup>— *De adquirenda possessione*—fragmento 18.

*Não é a mesma cousa possuir para si ou em nome de terceiro.*

Esta *posse civil* é então a que outros chamam *posse jurídica* ou *posse verdadeira*.

Ella é, conforme os seus efeitos, susceptível de outras divisões, isto é: pode ser ou posse *ad usucapionem* ou *ad interdicta*.

A primeira, *ad usucapionem*, produz mais efeitos do que a segunda, *ad interdicta*; esta está na primeira, isto é—quem tem posse para usucápir, tem posse para intentar os interdictos possessorios, mas quem tem estes nem sempre tem posse para usucápir.

Os Romanos significavam esta differença, dizendo: a primeira se chama *civilis possessio* e a segunda simplesmente *possessio*.

Os Jurisconsultos Romanos dividiam a posse tambem em *natural* e *civil*.

Mas estas expressões teem dado lugar a tão variadas interpretações e tão renhidas controversias, que, sem fixal-as precisamente, não poderemos proseguir fructuosamente n'este estudo.

Martinus Gosias, discipulo do restaurador da Jurisprudencia (*Irnerio*), dizia que a posse *natural* ou *de facto* é a que alguém retem *alieno nomine* ou *pro nomine suo*, como a colôniaria; e posse *civil* ou *de direito* a que se adquire *pro suo, animo et corpore, quandque suo, quandque alieno*, e se retem, umas vezes só pelo animo, outras vezes *animo et corpore, suo aut alieno*. (1).

Placentino sustentava que a posse é uma só, a saber— a *natural*,—a qual enana do Direito Natural secundario, e

(1) Savigny.—Trat. de Dir. Romano.

tambem se denomina *civil* pela approvação que recebe do Direito Civil; e accrescentava que algumas vezes acha-se *só* a posse civil, propria ou plena, que conduz a usucapião — *puta saltus quos nullus alius detinet*; — outras vezes acha-se a posse ao mesmo tempo civil e natural, ou impropria e semiplena, que apenas dá lugar aos interdictos, como a do *fur, prædo, et invasor*: mas que a posse meramente natural, isto é, só consistente na detenção, não é verdadeira posse em presença do Direito.

Segundo Bassiano, a posse natural é a que se tem pelo *corpo*; e a civil ou intellectual, a que consiste no *animo*.

Essa theoria encontra-se em Savigny, Tr. de Dir. Rom., referindo-se a ella tambem Schneidwin.

Azo, em vez de seguir n'este ponto a doutrina de Bassiano, seu mestre, adoptou a de Placentino; mas não admitte posse ao mesmo tempo natural e civil, e reduz esta aos unicóscos casos em que a posse se basêa em uma ficção e se retem *solo animo*.

Bartolo fazia triplíce divisão da posse: — a *civil*, que é a do senhor do feudo e do proprietario; — a *natural*, que é a do usufructuario e do vassallo; — e a *corporea*, que é a do que apoderou-se do predio alheio, na ausencia do proprietario; e accrescentava que a posse corporea se deve distinguir da natural, porque esta induz a propriedade dos fructos e aquella não.

Os D. D., porem, geralmente reprovaram esta classificação, como sendo d'aquellas de que vulgarmente se diz: — *Eru-bescimus absque lege loqui*.

Baldo dizia que quando o homem *está corporalmente na posse*, esta é *natural*; quando a *posse está no homem* e consiste no *animo*, é *civil*.

Os Jurisconsultos modernos dividem-se em trez escolas, a saber:

1.<sup>a</sup> Cujas, Pothier e outros sustentam que a posse civil é a que produz todos os effeitos da posse — os interdictos e a usucapião; entretanto que a natural falta alguma cousa, isto é, só produz os interdictos e não a usucapião; e distinguem de ambos a mera detenção, que carece de todo o elemento juridico.

2.<sup>a</sup> Vinnius e Domat consideram a posse civil como a verdadeira posse e dizem que é a que leva á usucapião ; e denominam posse natural, tanto a que só dá direito aos interditos, como á simples detenção.

3.<sup>a</sup> A terceira escola, a que pertence Cuperus, denomina posse civil toda e qualquer posse jurídica, tanto a que dá direito á usucapião, como a que só o dá aos interditos, e chama a posse natural á simples detenção.

Assim a ultima escola afasta-se da verdade por ampliar demasiadamente a idéa de posse civil ; e a segunda por ampliar igualmente a da posse natural ; sendo a primeira a que mais se aproxima da verdade.

Alguns Jurisconsultos tentaram fazer um ecletismo de opiniões divergentes ; mas nada mais conseguiram do que a simples justaposição d'ellas, apenas disfarçada por distincções e classificações arbitrarías.

Assim Schneidwin, declarando-se sectario de Bassiano, cuja opinião diz ser a mais commum entre os Glosadores, subdivide a posse natural em quatro especies, e a civil em trez.

Struvio distingue a posse tanto em relação ao *modo de possuir*, como á *fôrma da posse*.

Thomasius distingue a posse jurídica da natural ou mera detenção, e a subdivide em natural ou civil, segundo é ou não, acompanhada da *opinio domini*.

Pegas entende que a distincção entre posse natural e civil não consiste em se reter aquella pelo corpo e esta pelo animo, e sim em ser aquella injusta ou de má fé, e esta justa e de boa fé. (1)

Mello Freire (2) define a posse natural— a que se adquire pelo animo e corpo, quer seja por facto justo ou injusto ; e a civil— a que existe *ipso jure*, independente de facto algum.

Subdivide a primeira em *posse meramente natural*,— que é a que se adquire por facto injusto, como a do ladrão ; e mixta que é a que se adquire por facto justo e pela faculdade jurídica—*rei insistendi*.

(1) Tr. da compt. Cap. 96, n.ºs 48 e 49.

(2) Inst. Jur. Civ. Lus. L. 3, T. 2.º § 8.

Accrescenta, porem, que tambem se chama posse natural: 1.º a mera detenção sem o animo *sibi habendi*; 2.º a de má fé, sem a *opinio domini*; 3.º a detenção corporea e effectiva; 4.º a da cousa em que se tem um—*jus in re*,— como o peñhor e a servidão. Diz mais que se denomina civil a posse nos casos contrarios, a saber: 1.ª a detenção com o animo *sibi habendi*; 2.ª a do proprietario ou possuidor de boa fé unida á *opinio domini*; 3.º a que se retém só pelo animo; 4.º a que emana do dominio.

N'esta multiplicidade e fluctuação de idéas o meio mais seguro de acerto, sem duvida, é recorrermos ás fontes do Direito Romano, pois que o patrio, é n'este assumpto completamente deficiente.

A palavra *posse* (*possessio*) toma-se em dous sentidos: umas vezes significa a simples detenção, outras vezes a posse juridica.

Assim, emprega-se a palavra *posse* como synonymo de detenção quando se denomina possuidor o réo nos processos de reivindicção, e se attribue a aquelle os direitos d'este.

Com effeito, é expresso que os processos d'esta especie devem ser intentados, tanto contra o possuidor juridico, como contra o simples detentor; e que ambos gosam do direito de serem absolvidos, embora nada provem, sempre que o autor tambem nada prove, pela regra—*semper necessitas probandi incumbit illi qui agit*. (1)

E' tambem n'este sentido que se emprega essa palavra na expressão—*furtum da posse* (*furtum possessiones*.)

Com effeito, se o proprietario de uma cousa a subtrahir ao commodatario ou a outra pessoa em cujo poder se acha por convenção ou determinação judicial, desde que este tiver direito á retenção da cousa, cuja privação importa, ou possa importar, um prejuizo para elle, dar-se-ha o crime de furto. (2)

(1) Ulp. fr. 9. Dig.— De rei vind. (liv. vi, tit. 1)— *Officium autem judicis in hac actione in hoc erit, ut judex inspiciat, an rem possideat. Nec ad rem pertinebit, ex qua causa possideat. . . .* Marciano, fr. 21, Dig. De probat, (liv. 22º, tit. 3.º).

(2) Paulo, fr. 15, § 2º Dig. De furtis, liv. 47, tit. 2º. . . si ob aliquas impensas, quas in rem commodatam fecisti, retentionem ejus habueris, etiam cum ipso domino, si eam surripiat, habebis furti actionem quia eo casu quasi pignoris loco ea res fuit.

Este crime, porem, sendo praticado pelo proprietario contra o detentor da cousa, não se pôde referir á propria cousa, nem ao uso d'ella; consequentemente não pôde deixar de ser um *furto da posse*, segundo a phrase dos Ictos. Romanos, significando aqui esta palavra a mera detenção.

Entretanto no sentido technico, a palavra—*posse*— só se refere á que tem a protecção do Direito, e que por isso se denomina *juridica*, isto é— a detenção com o *animus sibi habendi*.— Ulpiano, fr. 1.º, § 23, Dig. De vi, liv. 43, tit. 16.

A esta posse juridica oppunham os Romanos as expressões — *esse in possessione, tenere, naturaliter possidere, corporaliter possidere*. Ulp. fr. 10.º § 1.º D. De posse, liv. 41, tit. 2.º *Pompcnius bellissime tentat dicere, nunquid qui conduxerit quidem praedium precario autem rogavit, non ut possideret, sed ut in possessionem esset? Est autem longe diversum: aliud est enim possidere, longe aliud in possessione esse. Vide mais o fr. 3 § 3, fr. 24, fr. 49 § 1 D. cit. e fr. 7 pr. D. De damn. infec., liv. 39, tit. 2.º, fr. 18 § 1 D. De acceptil etc.*

A expressão *posse natural (naturalis possessio)* tem dois sentidos, ambos negativos.

No primeiro sentido, a negação é mais ampla, e posse natural significa— posse privada de todos os effeitos juridicos: n'este caso, essa expressão é synonyma de— *detenção*— e se oppõe á posse juridica.

E' só assim que os Ictos. pôdem dizer que o depositario, o commodatario, o colono, possuem; que sem a posse natural, e só pelo animo, não se adquire a posse juridica.— Ulp. fr. 38, § 3.º do Dig. De verb. oblig. liv. 45, tit. 1.º— *Hacc quoque stipulatio—possidere mihi licere spondes? Utilis est: quam stipulationem servus an possidet utiliter in suam possessionem concipere, videamus. Sed quamvis civile jure servus non possidet, tamen ad possessionem naturalem hoc referendum est: et idem dubitare non oportet, quin et servus recte stipuletur.*— Paulo, fr. 38 § 10 D. De usur. et fruct. liv. 22, tit. 1.º— *Si possessionem naturalem revocem, praerictas mea manet: videamus de fructibus. Est quidem in deposito et commodato fructus quoque praerandi sunt, sicut diximus. Fr. 3 § 3.º D. De poss. liv. 41, tit. 2.º.*

No segundo sentido, que é aquelle em que costumamos usar d'esta expressão, ella significa a posse que não tem as condições para a usucapião, mas que é protegida pelos *interdictos*.

E' n'este caso que os Jurisconsultos dizem que a posse natural existe no credor pignoraticio, no conjuge donatario, e não existe no colono.— Ulp. fr. 3.º § 15.º— D. Ad exhibend. liv. 10.º, tit. 4.º— *Sciendum est adversus possessionem etc.* . . . .

Entre os Romanos a palavra— *civilis*— só se applicava ao que emanava do Direito peculiar d'esse povo, e com exclusão, consequentemente, do que tinha a sua origem no *Jus gentium* ou *Jus praetorium*. Vide Direito Civil Brasileiro, tom. 1.º, Cap. 2.º § 4.º pelo Consr.º Ribas.

Assim a expressão— *possessio civilis*— não pode significar senão aquella posse cujos effeitos provêm do *Jus civile*, e não do *Jus gentium*. (1)

Ora, sendo certo que os interdictos foram introduzidos pelos Pretores e que a usucapião é o unico direito que o *Jus civilis* prende á posse, segue-se que não se póde denominar— *civilis possessio*— senão a posse que tem as condições precisas para levar á usucapião.

Comquanto os Romanos não tivessem uma tecnologia precisa e rigorosa sobre esta materia, é este o sentido d'essa expressão que parece predominar nas fontes; pelo que o adoptaremos de preferencia, visto a multiplice divergencia dos Jctos. modernos, e especialmente patrios, como fica demonstrado.

Denominaremos, pois, *posse civil* a que é acompanhada de *justa causa e boa fê*, e que consequentemente, habilita para a usucapião.

Cumpra observar que a posse civil é a mesma posse juridica ou natural com a junção d'essas duas novas condições— *a justa causa e a boa fê*.—

Tambem no Direito Patrio denomina-se *posse civil* aquella a que Bartolo chama *artificial* e Schneidwin *civilissima*, e que consiste em uma *ficção da lei*, pela qual se attribuem ambos os effeitos da posse a quem não tem nenhum dos elementos d'ella, nem a apprehensão, nem o *animus possidendi*.

(1) Savigny—Trat. Dir. Rom, cit. e Mayns—Tr. de Dir. Rom. §§ 166 e 174.

Em fundo, finalmente, não ha senão uma só qualidade de posse— *a juridica*

As differentes denominações, que ella toma, de *natural* e *civil*, *justa* ou *injusta* de *bôa* ou de *má fé*, *verdadeira* ou *ficta*, referem-se a elementos accidentaes, que pôdem adherir ou deixar de adherir á posse, sem que alterem a sua natureza. (1)

Uma das divisões da posse dissemos que é *com relação á causa porque se possui*— e então a posse pôde ser *justa* ou *injusta*.

A palavra *justum* tem duas significações no Direito Romano; nas suas referencias ao *jus civile* se emprega como synonyma de *legitimum*.

Em materia de posse, quando se diz que alguém tem posse *justa* ou *injusta*, se emprega a expressão no segundo sentido— *legitimum*; e portanto *posse justa* é aquella em que se tem Direito, quer seja quer não seja protegida sob o ponto de vista juridico.

Mas em sua pureza não se pôde dizer que a *posse injusta* seja protegida pelo Direito.

Coelho da Rocha e outros escriptores portuguezes combinam-se n'esta noção de modo tal, que a doutrina dos Romanos não tem aqui uma completa realisação. Posse justa ou injusta é aquella que se apresenta como protegida ou não pelo Direito.

Por isso se diz que a posse adquirida por meio da força é defendida pelo interdicto *de vi*; a posse adquirida por meio de subterfugios, de actos fraudulentos, se diz que é defendida pelo interdicto *clam*: o possuidor injusto goza de alguns Direitos, como o de defender a sua posse, menos contra aquella cuja propriedade elle foi lesar.

Então, mesmo nos casos em que encontramos uma posse d'estas, vamos encontral-a protegida pelo Direito; mas ella não pôde chamar-se *justa* e sim *injusta*, embora protegida pelo Direito, por circumstancias, por considerações de ordem: o ladrão é protegido pelo Direito, mas não tem posse justa, porque não é ella baseada no Direito.

Portanto,— a questão de *posse justa* ou *injusta* pode ser considerada na origem da posse e em face do Direito: em face do Direito pode-se chamar de *injusta* aquella que em face da origem da posse é por nós considerada justa.

(1) Cons. Ribas—Acq. possessorias—tit. 1.º, cap. 2.º, § 2, pags: 19 a 32. Parte 1.ª.

Assim, pôde-se encontrar uma posse injusta protegida pelo Direito, e d'ahi temos uma posse injusta que é assim considerada pelo modo porque originariamente a cousa foi adquirida.

Uma outra divisão da posse é em—*posse de boa ou de má fé e seus efeitos*.

E' facil de comprehender que conforme um individuo se mette na posse de um objecto, accreditando que elle não lhe pertence, ou conforme elle se mette na posse, sem saber que ella pertence a outro e accreditando poder adquiril-a, elle acha-se em posição differente.

Antes da lei de 1850, si por ventura um individuo penetrasse nas mattas e nos lugares desertos, não encontrasse vestigios de que uma parte d'elles tinha pertencido a alguém, e estabelecesse os seus ranchos e exercesse a sua actividade ahi, nós tínhamos que esse individuo estava de boa fé, quando, não tendo encontrado vestigios de alguém, havia-se estabelecido.

Mas, em circumstancias differentes estaria aquelle que, penetrando em lugares desertos, encontrasse terrenos cercados e plantações e fosse se estabelecer ahi.

Então elle devia vêr n'aquelles vestigios um trabalho já realiado, uma propriedade já adquirida : logo não estava de boa fé estabelecendo-se.

Dissemos, porem, que no periodo anterior á lei de 1850, porque depois d'ella não era indispensavel a *boa fé* n'aquelle que estabelecesse-se em um terreno d'esses, porquanto, feita a demarcação das terras, tudo aquillo que não fosse objecto de propriedade, que não estivesse na posse ou nas cartas de sesmaria de um individuo, era propriedade do Estado, e esta é tão respeitada como a do particular.

Portanto, desde a lei de 1850 todos devem saber que não pôde-se fazer posse em qualquer terreno. Então a *bôa fé* não podia mais ser invocada ; mas, nos tempos anteriores em que era licito o estabelecimento da posse era possivel haver ahi ou a *bôa ou a má fé* do individuo.

Esta questão de *bôa ou má fé* é fertil de resultados, porquanto, estabelece-se ella como um dos elementos necessarios para a aquisição por prescripção.

Desde que o individuo que tem a posse não está de bôa fé, falta já um dos elementos para adquirir por prescripção, de modo que, embora conclúa o tempo ou tenha — a posse baseada em um *justo titulo*, não pôde adquirir por prescripção.

### Paragrapho 9.º

*Da posse com relação ao tempo de sua aquisição e aos modos porque se adquire*

Quanto ao tempo ou antiguidade com que a posse se pôde apresentar, vemos que ella pôde ser considerada como posse *nova, velha, breve, longa, de longuissima data e immemorial*.

As idéas que se prendem á cada uma d'estas denominações, são faceis de comprehender-se.

Quanto á *posse nova* ou *velha* diremos que é *nova* aquella que conta menos de anno e dia, e *velha* a que conta existencia posterior.

Ellas tem importancia pratica: por exemplo: toda a vez que um individuo é esbulhado e não tem a *posse velha*, uma é a acção que esse individuo pôde intentar; mas se o individuo tem posse maior de anno e dia, outra é a acção.

No primeiro caso se diz — a acção de posse ou força nova; — no segundo caso acção de posse ou força velha.

Temos, portanto, muitas applicações. Temos ainda estas outras classes de posse — *breve, longa, longuissima data, immemorial*.

Muitas applicam-se nos casos da aquisição por meio da prescripção, como se vê pelas Ordenações do liv. 4.º, tit. 3.º, § 1.º, tit. 13 §§ 1.º e 5.º, tit. 79 e outras que justificam o reconhecimento d'estas varias posses em Direito.

Tambem será occasião opportuna de melhor estudarmos estas divisões, quando tratarmos da aquisição por meio da prescripção.

Quanto aos modos porque ella pôde ser adquirida diremos que a posse é *judicial* e *extrajudicial*.

A primeira, conforme a propria expressão diz, é aquella que é dada pelo Juiz; mas alarga-se um pouco mais esta noção e se diz que é também judicial a que é dada pelo Tabelião publico.

Justificar que a posse dada pelo Juiz é judicial, é demonstrar um axioma muito facil.

Quando um individuo é esbulhado existem, como sabemos, acções proprias para reintegral-o na posse com todos os seus effeitos e proveitos: elle tem interdictos, e estes começam por um *mandado de manutenção* que já é uma *pose judicial*.

Assim, aquelle que se julga perturbado pelo seu visinho e se queixa ao Juiz, obtem d'este um mandado pelo qual se determina ao visinho que se detenha n'esta perturbação.

Então o individuo não tem só por si o factio e objecto, mas também um mandado judicial.

Mas si se chegar a uma sentença e se por ventura o Direito de alguns d'estes individuos provocar o apparecimento dessa sentença, ou ella é a reintegração do individuo na posse, ou a restituição ao seu verdadeiro possuidor.

Mas para que a posse seja judicial, conforme acabamos de ver d'esta exposição, é preciso que ella revista todas as formalidades da lei, que haja citação do interessado, porque, se por ventura o Juiz mandar estabelecer alguém na posse sem este trabalho de processo, dizem os praticos, o proprio Juiz faz um esbulho, e contra elle o esbulhado pôde intentar os proprios *interdictos possessorios*.

Necessario é, pois, que se guardem os termos regulares de um interdicto, para que a sentença do Juiz vá revestir a posse do character de uma *posse jurídica*.

Quando alguém faz alienação, escambo, troca ou qualquer acto a respeito de objectos que são seus, Ordenação, liv. 4º tit. 58, §§ 3º e 4º, e dá posse ao individuo, a posse pôde ser dada pelo Tabellião.

Assim diz o § 3º da citada Ordenação « E si alguém compra alguma cousa, ou a houver por via de escambo, ou doação. » etc. (Vide).

E no segundo periodo diz « E os Tabelliães, sem outro mandado de Justiça, lhe poderão dar instrumentos publicos de como tomaram a posse etc ».

No § 4º continúa a mesma doutrina « E sendo mostrado aos Tabelliães titulo justo etc ».

Portanto, ahí temos duas hypotheses :

O Tabellião pôde dar-lhes posse, porque é isto em virtude de um contracto feito pelos particulares,— ou seja resultado de titulo justo, como testamento, codocillo, e, posto que na escriptura não lhe seja dado poder para tomal-a, entretanto não lhe foi negado instrumento de tal posse.

Então ahí temos o funcionario publico dando instrumento de posse ; e este instrumento de posse, como o dado pela autoridade judiciaria se chama *instrumento de posse judicial*.

Com relação á Ord. do liv. 4º, tit. 95, é preciso entender-se o Alv. de 1754, isto é, ha sempre um individuo no casal que fica na posse, passa a posse para o herdeiro, mas não para elle realisal-a, mas, para intentar os interdictos *retinendæ, recuperandæ e adipiscendæ possessionis*, como diz Paula Baptista : a posse passa desde logo, mas, não é licito, como diz Valasco que elle se metta na posse dos bens.

A posse conserva-se independente de um facto material ; de sorte que, si alguem tiver adquirido posse, pôde conservar-a unicamente pela conservação de um elemento, independentemente de outro.

N'esse ponto vemos que a posse e o dominio teem caracteristicos semelhantes, porque assim como o que adquire dominio conserva dominio pela conservação do animo de ter a cousa, assim tambem com a posse se observa o mesmo.

Então, podemos dizer que ha este ponto de grande dissimelhança entre a conservação da posse e a aquisição da posse, porque, já dissemos, que são elementos da aquisição o *animus sibi habendi* e a *detenção* ; e agora vemos que é elemento da continuação o *animus*, independente da detenção.

Deduzimos este principio de fragmentos diversos do Direito Romano : assim, temos o frag. 4º, liv. 7º, tit. 32 do Codigo, onde se diz : *Licet possessio nudo animo acquiri non possit, tamen solo animo retineri potest* :— Ainda que a posse não

possa ser adquirida pela existencia *nudo animo*, comtudo é certo que a posse pôde ser conservada—*retineri potest solo animo*. E' pois visto que não é preciso o elemento *corporal da detenção* e por isso o individuo, que tem adquirido posse, pôde deixal-a sem comtudo perdê-la, comtanto que não venha um terceiro apossar-se e excluir a possibilidade de detenção material por parte do primeiro. Isto porque a posse não pôde pertencer a mais de um ao mesmo tempo; e por isso embóra o individuo tenha o animo de conservar a cousa, como não tem mais a possibilidade de exercer o seu animo sobre o objecto, não tem mais posse.

Cumpre notar que, exigindo-se esta condição do animo, nem sempre interrompendo-se o animo, interrompe-se a posse.

Ninguem tem a vontade constantemente activando na intenção de gosar como Senhor de uma cousa dada, já porque as occupações diarias da vida impedem esta vigilancia perpetua, já porque outras circumstancias impedem este facto.

Assim, aquelle que se acha em um estado especial, como seja o que tem a razão em estado de eclipse, em que ella foge, em que não funciona, está no caso d'aquelle de que falla o Dig. liv. 41, tit. 2º, «*De acquirenda possessione*», quando diz que aquelle que dorme, que tem a sua imaginação perturbada, não pôde conservar activa a manifestação de sua vontade, e entretanto continúa a posse.

O individuo que mantém a posse, em cumprimento ao mandado do Juiz, despoja-se do objecto que é seu e que será depositado em mãos de terceiro.

N'este caso, por uma disposição expressa do Direito, como esta posse do depositario é apenas temporaria, para a garantia de um Direito, o possuidor primitivo conserva sempre a intenção de conservar a cousa como sua.

Então, o unico limite que se pôde marcar é o já indicado — isto é, que não venha uma vontade estranha embarçar a posse do primeiro, pois, impediria a applicação do animo.

## 10.º Paragrapho

### *Perda da posse*

A posse perde-se ou por uma *causa voluntaria ou involunta-*

*ria* : *voluntaria* quando se dá o abandono da cousa, quando se realisa a derelicção, quando alguém demitte de si a detenção do objecto e torna-se a cousa *res nullius* : ou então quando não se abandonando o objecto se faz sobre elle um contracto pelo qual o primeiro possuidor demitte a sua posse em favor de outro. N'esses dous casos se dá a perda da posse por uma causa voluntaria.

Dá-se tambem a perda da posse por *uma causa involuntaria*. Assim, quando se está cercado da impossibilidade de possuir um objecto, porque um terceiro se apossou d'elle com o animo *sibi-habendi* ; n'este caso não ha a vontade de perder o objecto, mas, não tem-se posse, porque não tem-se a detenção material.

Em Direito ha uma regra— que os actos se desfazem pelos modos pelos quaes são feitos ; e applicando-se este principio, podemos dizer que a posse adquirindo-se pelo concurso dos dois elementos— *animo*— que está na vontade e— *facto*— que está na detenção, tambem se perde ou por um acto contra a vontade do individuo ou contra a *detenção*.

Nem sempre, porém, a *perda da posse* se dá com a *perda da detenção*, porque pôde-se conservar o animo.

Quando alguém empresta um objecto a seu amigo, perde a detenção da cousa ; mas, como tem o animo e o seu amigo não o tem, elle tem a posse.

Quando o proprietario aluga uma casa que é sua, não tem a detenção, mas tem por si a posse, porque continúa a ter o elemento intencional e a possibilidade physica de dispôr da cousa.

No Dig. liv. 41, tit. 2.<sup>o</sup> vê-se firmado o seguinte principio : « *Quando alguma cousa nos é arrebatada por alguém á força com intenção de tel-a como sua— este arrebatamento produz a perda da posse, porque desaparece o elemento material* ». (1)

Quem não pôde mais exercer a sua actividade sobre o objecto é claro que não pôde mais ter a posse a respeito do objecto.

Com relação *aos moveis* ainda temos este outro principio :

(1) Frag. 15 do Dig. liv. 41, tit. 2.<sup>o</sup>— Rem quæ nobis subrepta est, perinde intelligimur desinere etc.

« si tivermos perdido um objecto que possuímos, sem saber onde, perdemos posse, não podemos continuar na posse, porque perdemos o elemento material. » (1)

Em relação aos animaes temos os seguintes principios — « que perde-se a posse dos animaes domesticos, si por ventura elles se extraviam, si são domesticados, si por ventura perdem o habito de voltar á casa ou aprisco »: si são bravios, si por ventura fogem dos laços ou cercos em que são conservados— frag. 3º § 16 do Dig. liv. 41, tit. 2º « *Quidam recte putant, columbas quoque, quae ab aedificiis nostris volant, ita apes, quae exalveis nostris evolant etc.* »

Com relação aos bens immoveis, diz o Direito Romano, que perde-se a posse pela perda da detenção, quando o possuidor não pôde exercer a posse sobre esta cousa.

Que perde-se posse pela falta do *animo* é materia muito conhecida.

Parece-nos incontestavel que o desaparecimento de um d'esses dous elementos determine o desaparecimento da posse.

Ha difficuldades quando comparari-se os textos do Direito Romano, sobre esta materia— é assim que encontramos os interpretes Jurisconsultos em verdadeiro tormento, quando tratam de analysar o frag. 153, Dig. liv. 50 « *De regulis juris* » tit. 17 « *Ut igitur nulla possessio adquiri nisi animo, et corpore potest: ita nulla amittitur, nisi in qua utrumque in contrarium actum.* »

Confrontado esse texto com o frag. 8º do Dig. liv. 41, tit. 2º « *De acquirenda, vel amittenda possessione* » — onde se diz: « *Quemadmodum nulla possessio adquiri, nisi animo et corpore potest: ita nulla amittitur, nisi in qua utrumque in contrarium actum est.* » Assim como nós não podemos adquirir posse alguma sem que tenhamos animo e corpo ao mesmo tempo; assim tambem não se perde posse senão quando ha um acto contrario *utrumque* a ambas estas cousas.

(1) Lei 25 do Dig.—liv. 41. tit. 2º— Si id quod possidemus, ita perdidimus, ut ignoremus, ubi sit: desinimus possidere.

Este *utrumque* tem sido verdadeiro tormento dos interpretes, quando tratam de conciliar estes textos com os outros : a contradicção manifesta-se quando nos dois textos se exige a perda dos dous elementos simultaneamente e então vê-se a questão largamente discutida pelos autores.

Savigny diz que, si procurarmos sondar o espirito do Direito Romano, já temos todos aquelles textos anteriores em que é clara a manifestação do Direito, mas, si sondarmos este proprio texto, nós veremos que ahí mesmo o Jurisconsulto consagra o principio de que a perda da posse se realisa pela perda de um dos elementos ; porque, diz o texto : a posse compõe-se *do animo e do corpo*.

O proprio texto, portanto, segundo Savigny, prova a doutrina contraria da semultaneidade que se quer justificar. O texto diz : que a posse não se adquire senão pelo corpo e pelo animo : logo, desaparecendo um d'estes, desaparece a posse. \*

Pothier diz : assim, como para adquirir-se a posse, nós precisamos o animo e a detenção da cousa, assim tambem para perder a posse não basta que o individuo deixe de deter si por ventura não junta a intenção de não possuir ; e eis, como explica-se o *utrumque*, porque ha verdadeiramente um estado em que o individuo não tem os dois elementos. Portanto, diz Pothier, o facto de desaparecer o elemento material por si não basta ; logo, é verdade que é necessario o desaparecimento dos dois elementos.

Outra explicação d'esta lei diz que o *utrumque* se refere ao acto contrario praticado por terceiro individuo que trata de adquirir *uma posse nova* ; e então assim como a posse do primeiro não pôde formar-se senão pela reunião dos dois elementos, a posse *in contrarium*, como a d'aquelle, não, pôde ser formada tambem sem a reunião dos dous elementos.

Vemos, pois, que quer sejam ou não satisfactorias essas explicações que são dadas pelos escriptores, devemos deduzir que o *utrumque*, sejam quaes forem as difficuldades, não pôde vir impedir a doutrina de que em Direito Romano não se pôde perder a posse pela perda de um dos dous elementos.

Savigny mostra as trez accepções em que se toma a palavra *utrumque* e quer accettando as suas explicações, quer as de outro, firmaremos essa regra, mesmo quando não possamos explicar o sentido da palavra *utrumque*, que é da Doutrina do Direito Romano aquillo que se estabelece de todos os outros textos já citados.

### 11.º Paragrapho

#### *Composse ou posse commum*

Já dissemos que não obstante a posse importar um Direito exclusivo, de modo que quem tem posse tem para si só, todavia é certo que ás vezes dá-se sobre um mesmo objecto posse de varios individuos, dizendo-se então á respeito d'ella o que se diz á respeito, da propriedade, porque como a propriedade póde ser possuida *pro-indiviso*, assim tambem a posse. A noção da *composse*, á vista do exposto, já é conhecida.

### 12.º Paragrapho

#### *Quasi posse*

Já dissemos quaes os objetos sobre que recahe a posse, e dissemos que era principio de Direito « que a posse recahisse sobre um objecto corporeo », mas, que finalmente se fez recahir tambem sobre objectos incorporeos e deu-se uma nova denominação— *quasi posse*.

## APPENDICE AO CAPITULO I.º

( CONTINUAÇÃO AO 12.º § )

*Posse de Direitos pessoaes*

Iniciado e concluido este trabalho em 1894, sendo só agora n'este anno de 1897 publicado, para aproveitar o ensejo incluo ainda resumidamente, em tempo, a opinião emitida em discussão opportuna no proximo passado anno de 1896 pelo eminente Jurisconsulto Brasileiro Dr. Ruy Barbosa, de pujante intellectualidade, de elevados e nobres sentin entos praticos e que tão proficientemente, com tão rara illustração estuda e desenvolve o nosso Direito, enriquecendo a litteratura juridica patria, ainda tão deficiente n'este Paiz.

Tratando da posse de Direitos pessoaes diz elle :

Em obras de Jurisconsultos brasileiros de incontestavel merecimento se acha consagrado o principio de que só cabe interdito ou acção possessoria no *jus in re propria*, ou *in re aliena*, isto é, no dominio e seus desmembramentos.

Mas semelhante doutrina, se pôde apoiar-se no Direito Romano, não constitue o Direito Patrio; o nosso Direito consuetudinario, constante e vivo, rompe com o passado, affronta o presente, desattenta no progresso do Direito : é uma heresia juridica. E como aquelles Jurisconsultos não formaram o nosso Direito, encontraram-no feito, e se limitaram a expol-o, é consequente não poderem ser acatados os que escrevem contra elle, contra a nossa praxe ininterrupta, contra o ensinamento dos Jurisconsultos patrios, que os precederam, e foram seus mestres, uma vez que, para muçar, ou alterar o existente, não apresentam uma lei nova, em que se apoiem.

Continuando diz que esta é a verdade, que passa a demonstrar.

Não ha dúvida nenhuma que, entre os Romanos, a noção da posse não transpunha o circulo dos direitos reaes.

Além do senhorio directo e exclusivo das cousas materiaes, reconheciam os grandes Jurisconsultos d'aquella idade as consequencias juridicas da posse a certos elementos destacados da propriedade, certos direitos sobre as cousas capazes de exercicio continuado, como as servidões e, na opinião de muitos, a emphytense e a superficie. O exercicio d'esses direitos reaes fraccionarios gera effeitos juridicos analogos aos associados ao poder physico, assumindo tambem o nome de posse, a saber, posse de direitos, ou *juris quasi possessio*. (1)

Alem de taes direitos, porém, subordinados ao poder physico e circumscriptos ás manifestações elementares da propriedade, não ia a posse ou quasi posse romana.

Mas, continúa o romanista italiano, Filippo Sarafini, « o direito canonico e a *pratica do foro* estenderam a quasi posse aos direitos episcopaes, aos dizimos, aos *direitos adoaneiros e outros direitos; o que tambem fez o codigo civil* ».

Esses vestigios, que o direito canonico deixou na Italia, como nos paizes germanicos e na Hespanha, não foram mais extensos e duradouros em parte nenhuma do que em Portugal. Ligando ao sólo o direito de exercer certas funções ecclesiasticas, os canones invertiam o principio gestativo da posse no Direito Romano, onde o *ius possessorio* nascia do sólo, ao passo que, segundo a Jurisprudencia da Igreja, era, pelo contrario, a jurisdicção que firmava o poder exclusivo sobre a área territorial.

D'esta modificação notavel na idéa da posse, resultou progressivamente a sua extensão a outros direitos pessoaes, cuja protecção possessoria a praxe civil, em contacto com a canonica, acabou por admitir.

D'est'arte chegamos ao estado actual do direito em materia de posse, cuja summa se define n'esta observação de Ihering: « Insuperavel é o abysmo, que separa o poder physico e, por um lado, a cousa, por outro o exercicio dos innumeraveis *direitos que, em direito moderno, podem ser objecto de quasi posse.* » (2)

(1) Filippo Sarafini: *Instituzioni di diritto Romano*, vol. 1.º, pag. 220 a 221.

(2) *Fundements des interdits possessoires*, IX, n.º 4.

Esta é a phase actual das idéas possessórias, que o sabio Jurisconsulto condemnou em duas palavras, oppondo á definição romana da posse como *a exterioridade do dominio* a sua definição hodierna como *a exterioridade dos direitos*. (1)

E', pois, no direito canonico, cuja influencia historica na legislação patria não pôdem occultar os mais decididos romanistas, (2) a que tantas vezes se referem as Ordenações, (3) e que durante seculos desfructou a autoridade de subsidiario ao civil; é no direito canonico, não no romano, por elle vencido n'esta parte, que se acham as fontes immediatas da Jurisprudencia possessoria na tradição portugueza.

Si os juristas brasileiros, cuja opinião se quer que prevaleça, não deixassem cahir das mãos o fio do direito patrio, transviados por um romanismo que elle recusára, bastaria o testemunho de Corrêa Telles, o mais insigne jurisconsulto português deste seculo, para os preservar do erro, que commetteram.

Na Doutrina das Acções, obra na estimativa dos mestres sem jaça do menor erro ou descuido, ensina elle que a acção de manutenção « compete ao possuidor de qualquer coisa, ainda que movel ou *incorporal*, contra quem o perturba na posse » (§ 190). No § 199 acrescenta que esta acção pôde ser intentada « por todo aquelle que tiver posse de *fazer* ou *prohibir* quaesquer actos que por direito lhe forem facultados, ainda que o lugar de os praticar seja religioso ou publico, uma vez que soffra turbação no uso d'elle. »

Illustrando, n'uma nota, a extensão da fórmula enunciada na phrase « posse de *fazer* ou *prohibir* quaesquer actos », observa elle : « até a turbação de direitos produz esta acção. » E, para que não restasse duvida quanto ao seu pensamento, concretisa a sua applicação em um direito absolutamente incorporeo, sem ligação com o sólo, ou a propriedade material d'elle.

No *Digesto portuguez*, tomo 1.º n.º 660 reproduz elle a mesma licção : « o possuidor de cousas *incorporeas*, como são

(1) *Ib.*, pag. 142 (Ediç. de 1882).

(2) Ribas : Curso de Dir. Civil brasileiro, tomo 1.º pag. 187.

(3) Ord. liv. 2.º tit. 1.º §§ 6.º e 13.º, tit. 5.º § 4.º, liv. 3.º tit. 21 pr., e tit. 58 § 9.º.

os direitos de *jurisdição*, de cobrar fóros, ou de exercer alguma servidão activa, se fôr perturbado, pôde intentar esta acção. »

Almeida e Souza apoia a doutrina de Corrêa Telles com subsidios copiosos.

O *uso moderno*, diz elle (1) admite a manutenção pela posse das cousas corporaes e pela quasi posse das incorporeas, servidões rusticas e urbanas etc. etc. A menção das servidões rusticas e urbanas é aqui meramente exemplificativa; porquanto em sequencia a esse trecho, cita o autor um onde se estende a manutenção a todas e quaesquer cousas incorporeas, especificando-se as prerogativas, as precedencias, as honras, os direitos de apresentação a Beneficios e outras dignidades ou funções.

Adoptado expressamente por Lobão o sentir de diversos escriptores quanto á applicabilidade do interdicto *retinendæ possessionis*, já se não poderá duvidar que Almeida e Souza o estendia, não só á posse dos direitos corporeos, ou reaes, com o á quasi posse dos incorporeos e pessoaes.

Releva conhecer, pois, os lances a que esse praxista alli faz allusão, de Guerreiro, Pegas e Strychio, para os quaes transporte os leitores.

Não será ocioso acompanhar no proprio texto de Almeida e Souza certas adaptações do remedio possessorio contra a turbação de direitos extranhos á classe das servidões e outros desmembramentos da propriedade.

No § 97 discorre elle acerca das *cartas tuitivãs conservatorias da posse*. D'essa instituição dá-nos idéa clara Valasco, na consulta 79 acerca do remedio possessorio que é usado. (2) O celebre praxista exemplifica o character e os effeitos d'essa medida acautelatoria da posse com o caso de um ecclesiastico, provido e empossado em certo beneficio por acção episcopal, a quem outro, residente na curia romana e posteriormente instituido por deliberação pontificia, queria turbar no uso de seu direito, *intendebat cum in sua possessione titulata perturbare*.

(1) Tratado dos Interdictos § 95.

(2) Consultationem ac rer. judicatur., tom. 1.º, pag. 178 a 183.

O rei, *visu titulo ac instrumento possessionis*, expedio a favor do impetrante carta tuitiva: « Se, presentes as partes, a que tocar, achardes que é assim o que elle diz, vós o sustentai na posse do dito beneficio e não consintais que o dito N., nem outra alguma pessoa, de qualquer qualidade e condição que seja, lh'ê faça mal, nem força sobre a dita posse, e, querendo-lh'a fazer, vós não consintaes, e lhe levantai logo, e tomai a dita posse, e o sustentai n'ella. E, se o dito N., ou outra alguma pessoa, contra elle pretender haver algum direito sobre a posse do dito beneficio, que o demande como e por onde deve, e elle faça de si direito. » Essas medidas assecutorias eram verdadeiros mandados de manutenção, expedidos summarissimamente contra a turbação da posse, assim de beneficios como de outros direitos pessoases.

Era trivialissimo o uso d'esse remedio, ha trezentos annos, no reino.

Attesta-o o famoso professor de Institutas na cadeira da universidade de Coimbra. (1)

Varias disposições legislativas o consagraram: a Ord. liv. 1.º, tit. 3.º, § 6.º; a Ord. liv. 2.º, tit. 10.º; a Ord. liv. 3.º, tit. 58, § 1.º; o regimento do Desembargo do Paço, § 116. E quasi trez seculos depois do autor das *Consultationes*, continuava a ser vulgar, com a mesma amplitude de efeitos, o recurso a esse meio de tuição da posse. « Ellas em effeito são, entre nós, » escrevia Almeida e Souza em 1814, « o mesmo que um mandado de mantendo, cu o interdicto retinendæ, e semelhantes em grande parte ao possessorio summarissimo. (2)

Se é certo que, mais tarde, sob o novo regimen em que entrou a metropole, discriminando-se melhor os poderes, se extinguiu, com a abolição do Desembargo do Paço (3) essa intervenção da autoridade regia no campo judiciario, nem por isso diminue a importancia do seu uso até o primeiro quartel do seculo actual.

Por elle solemnemente se certifica o facto concludente da applicação, em Portugal, até á epoca em que nos emancipámos, do interdicto possessorio, sob o molde das cartas tuitivas,

(1) Valasco cit. *consultationem ac rer. judicatum.*, n.º 2 pag. 178.

(2) Lobão: *Interdictos*, § 97.

(3) Lei de 22 de Setembro de 1828.

á manutenção de direitos incorporeos, que entre os Romanos, não desfructavam protecção tal.

Era esse evidentemente o direito portuguez multiseccular, que então se considerava como posse e como posse se mantenia a retenção ou fruição de qualquer cousa, *ou direito*.

Essa era a tradição viva, no livro dos reinicolas e na praxe dos tribunaes.

O uso é o melhor interprete das leis: *usus optimus interpretis*.

O direito não jaz na letra morta das leis: vive na tradição judiciaria, que as atrophia, ou desenvolve.

Si confrontarmos o texto legislativo com a praxe pluriseccular, veremos que na apparente divergencia que existe não ha contradicção.

A Ordenação do liv. 3.º, tit. 78 § 5.º diz « Se alguém se temer de outro, que o queira offender *na pessca*, ou lhe queira sem razão occupar, e tomar *suas cousas*, poderá requerer ao Juiz que segure a elle, e as suas cousas, do outro, que o quizer offender; a qual segurança lhe o Juiz dará. »

Essa Ordenação contempla evidentemente na idéa da possedours ramos distinctos, bifurcados pela disjunctiva *ou*: a pessoa e as cousas; os attentados contra estas e contra aquellas.

Si se admittir que na concepção de *cousas* só cabe a propriedade com os seus desmembramentos, na *de pessca* se incluem innegavelmente todos os direitos pessoaes.

Entre antigos e modernos, seja no uso commum, seja no estylo legislativo, a expressão *cousas*, quando não restrictas por limitações explicitas ou implicitas, envolve, na latitude da sua accepção, todos os objectos corporeos ou incorporeos do direito, tudo o que se retém e possui, tudo o que se adquire e aliena. *Cousa*, na phraseologia dos civilistas portuguezes, tomada á dos Romanos, não traduziu esse conceito de materialidade, que lhe é peculiar na accepção mais estricta do vocabulo. Na technologia que as *Institutas* definiram, as cousas dividiam-se em *corporeas e incorporeas*, comprehendendo-se n'estas as que *consistem em direitos*, como a herança, o usufructo e as obrigações de qualquer origem. « *Quædam præterea res corporales sunt, quædam incorporales. Corporales sunt quæ tangi possunt. . . . Incorporales autem sunt*

*quæ tangi non possunt ; qualia sunt ea quæ in jure consistunt, sicut hereaitas usufructus obligationes quoquo modo contractæ ; . . . . . nasos ipsum jus utendi fruendi et ipsum jus obligationis, incorporale est. » (1)*

Os direitos, pois, eram cousa, como as obrigações ; cousa incorporea, mas eram cousa.

« Os direitos também são cousas, » escreve um egregio civilista brasileiro, « e se dizem *cousas incorporeas*. . . .

Quando se diz deter uma cousa, *na generalidade da expressão cousa, estão comprehendidos os direitos*, que também são cousas. » (2)

O proprio *T. de Freitas*, cuja definição restrictissima, inspirada em *Bentham*, elimina da noção de *cousas*, não só as relações jurídicas (direitos e obrigações), como até os objectos materiaes não susceptíveis de valor mensuravel, (3) confessa estar em divergencia com a linguagem de *todas as legislações* : estabelece que se entendam por *cousas* sómente os objectos corporeos.

Quando, portanto, a Ord. liv. 3.<sup>o</sup>, tit. 78 § 5.<sup>o</sup>, cit. manda assegurar a posse a aquelles, a quem outrem quizer « occupar e tomar as suas cousas » razão ha para concluir que teve em mente, não só a retenção dos objectos materiaes, como a dos direitos, que tanto quanto aquelles se abrangiam sob a designação jurídica de *cousas*. Taes raizes teem essa nomenclatura na linguagem civil, que ainda nos codigos hodiernos se lhe descobrem por toda a parte vestigios. O holandez, por exemplo, definindo, no art. 585, a posse como « a retenção ou o goso de uma cousa », precisa, no art. 603, o modo como se perde « a posse dos bens incorporeos ».

Não obstante a sua immaterialidade, pois, isto é, o seu character de simples direitos, contraposto ao de realidades corporeas, esses bens são objectos de posse.

E, desde que o são, vem a entrar, pela definição do art. 585, na categoria das *cousas*.

A Ord. liv. 3.<sup>o</sup>, tit. 78 § 5.<sup>o</sup> cit. estabeleceu finalmente a protecção geral de posse, fosse tangivel ou intangivel o seu objecto.

(1) *Inst., de rebus incorporalibus. pr., §§ 1, 2, liv. 2.<sup>o</sup>, tit. 2.<sup>o</sup>.*

(2) *J. Felício dos Santos : Projecto do Codigo Civil Brasileiro, tom. 3.<sup>o</sup> pag. 23.*

(3) *Esboço do Codigo Civil, arts. 317 e 318.*

Esse amparo estende-se tanto á apropriação da materia, como á do direito, e, no exercicio do direito, assim aos pessoas, como aos reaes, assim aos individuaes, como aos collectivos, assim aos publicos, como aos simplesmente civis. Esse immenso progresso realisára o direito portuguez, o nosso direito patrio (porque nem as leis, nem a praxe brazileira o modificaram depois, como teremos occasiãa de vêr), sobre o Direito Romano, que circumscvera os interdictos á defeza das cousas corporeas e dos direitos vinculados ao sólo.

A idéa da posse desprende-se distinctamente da de propriedade na bella idade da coltura romana. E' um dos fructos mais uteis d'esse desenvolvimento.

Sob a influencia civilisadora do Direito canonico aquella semente se desdobrou, na pininsula iberica, em uma germinação nova; a defeza possessoria ampliou-se dos direitos reaes aos pessoas. Essa era a tradição legislativa e judiciaria de Portugal, ao deixarmos as suas instituições para constituirmos as nossas.

Mas, separando-nos, trouxemos connosco o thesouro do seu Direito Civil, como o filho emancipado que guarda em si o patrimonio das idéas, dos sentimentos e dos usos paternos. (1)

Mendes de Castro, cuja *Practica Lusitana* foi o melhor tratado de Jurisprudencia practica, attesta que o interdicto *retinenda uti possidetis* se applicava em favor de toda e qualquer classe de direitos incorporeos, ainda os que diziam respeito a *pred.camentos, honras e funções de jurisdicção*. « *Item hoc interdictum etiam datur PRO QUIBUSCUMQUE JURIBUS INCORPORALIBUS, veluti JURISDICTIONIS, honoris et obsequiorum.* » (2)

Strychio pronuncia-se assim:

« *Materia interdictorum adhuc hodie summé necessaria ac utilis est pro defendenda, consequenda et recuperanda possessione RERUM, tam corporalium QUAM INCORPORALIUM.* »

Ainda aqise vê como no vocabulario da Jurisprudencia civil, sob o regimem das Ordenações. *cousa* era tanto o ob-

(1) Vide Guerreiro — «De numere judicis orphanorum, — tract. III. Tom. II, pag. 107 e outras, l. 6.º, — cap. 43 n.ºs 56 e 57.

(2) *Practica Lusitana*, liv. IV, cap. 10. — *De interdictis*, § 2.º, Tom. 1.º pag. 195 e Ribas: *Curso de Direito Civil*, I, pag. 378. Vide tambem PHÆBUS — *Decisionis*. Vide ainda Cabedo — *Decision* — Reynoso — *Obs. L. XII — Ord. liv. 2.º, tit. 1.º § 3.º*.

jecto material, quanto o *direito incorporeo*; o que irresistivelmente nullifica o argumento buscado pelos adeptos da idéa romanista em materia de posse nas palavras « occupar e tomar as suas *ccusas*, » da Ord. liv. 3.º tit. 78, § 5.º cit.

O praxista não descremina: onde houver titulo real, *ou incorporeo, assiste á posse a faculdade do interdicto*.

A extensão da defesa possessoria a toda especie de direitos susceptíveis de gozo e continuidade accentua-se vigorosamente nas palavras d'esse escriptor que, enunciando os quatro casos de mandado sem clausula, reflecte: « *Secundus casus est, si pars conquerens ex facto alterius, postquam perpetratum esset, irreparabile damnum sentire, v. g. de vitæ, FAMÆ et HONORIS periculum immineat; . . . quartus, si qu. s in carcere CUM FAME, SQUALORE ET INEDIA, CUM SALUTIS, SANITATIS AC VITÆ DISCRIMINE DELINEATUR.* »

Ora, nada ha mais incorporeo, mais pessoal, mais alheio ás relações do dominio sobre as cousas materiaes do que o titulo humano á *hygiene*, á *vida*, á *honra*, á *liberdade*.

Nas obras de Pegaso (1), a que tambem nos remette Almeida e Souza, temos copioso repositório de arestos portugueses, cuja doutrina mostra quanto se distanciou, em progresso, do direito romano, o conceito da posse, na jurisprudencia que da metropole herdamos. E' indubitavelmente um direito incorporeo, um direito pessoal, o do procurador ao exercicio das suas funcções.

Com a leitura de Savigny, em confronto com as opiniões já exaradas, muito se aproveitará sobre esta materia.

Ahi temos em poucas palavras, pois, a historia e a situação definitiva da acção de manutenção, *interdictum retinendæ possessionis*. Era a principio *circumscripto* aos immoveis, *ad res immobiles*, em proveito de cuja posse foi comprehendido: *de quibus fuit conceptum*.

Estendeu-se d'ahi ao gozo dos *moveis*, em cuja posse estimemos: *ad mobiles quarum in possessione sumus*. Mais tarde abrangeram na sua expansão a custodia geral da quasi-posse, no concernente a *quaesquer direitos que nos pertençam*:— *ad iurium quæ nobis competent, quasi, possessionum tuendum*.

Circumscrever o remedio possessorio aos direitos derivantes da apropriação das cousas materiaes seria condemnar a tradição uniforme do direito patrio.

(1) *Resolutiones* For. l. VII, c. 25 e 26.

## CAPITULO 2.º

DOMINIO :— *noção, extensão e faculdades inherentes*

## 1.º Paragrapho

Nos tempos primitivos o primeiro occupante adquiria a propriedade.

Portanto, adquirir posse, conservar posse e perder posse sobre um objecto importava em adquirir, conservar e perder propriedade sobre o mesmo objecto.

O Direito Civil, porem, modificando estas denominações fez d'ellas duas cousas diversas.

Um individuo podia ter a detenção da posse material do objecto e outro ter a propriedade.

Pode-se dizer que, como uma consequencia immediata do Direito de propriedade, apparece a posse; mas cumpre notar que póde algumas vezes a posse ser a causa da propriedade e então ser esta a consequencia d'aquella.

Em Direito Romano o dominio tinha uma significação lata e outra restricta.

Em sentido lato comprehendia o dominio tudo aquillo que era nosso, que estava em nosso patrimonio.

Em sentido restricto era o complexo de muitos Direitos parciaes em relação a essa cousa.

Era então o Direito de arrendar, de vender, de possuir, de gastar, de destruir e inutilisar emfim.

Essa distincção do dominio em lato e restricto é conveniente e tem uma applicação pratica quando se indaga quaes são as cousas susceptiveis do dominio em sentido restricto.

Pereira e Souza nos diz que é propriedade de alguém o Direito que tem um individuo sobre os bens que adquiriu legitimamente.

Coelho da Rocha diz que é o Direito de usar e dispor de uma cousa livremente, com a exclusão de outros.

Varios outros escriptores dizem que é a faculdade livre de dispor de uma cousa, de usal-a, de demandal-a por meio de acções reaes.

Estas noções são portanto accordes n'uma cousa, e é : quem tem o dominio, tem o Direito de excluir o uso dos outros.

Mello Freire diz que o dominio é o *ius in re* pelo qual nós temos o Direito de dispor de toda a utilidade de uma cousa dada: de perceber completamente o seu uso e de vindical-a da posse de outros, excluindo estes outros do seu uso.

Essa definição analysada nos mostra claramente com a palavra *ius* que se trata do dominio subjectivo ou, como dizem outros, do dominio formal e não do material.

Esta definição é perfeita.

O Codigo Francez diz que a propriedade é o Direito que alguém tem de gosar, de usar da cousa, da maneira mais absoluta, comtanto que não se faça uso prohibido pelos regulamentos policiaes.

De facto, ninguém pôde perturbar na sociedade, com o seu, o exercicio do Direito dos outros.

Por exemplo: posso destruir o meu objecto, comtanto que com esta destruição eu não vá fazer mal a alguém.

A idéa do Direito Francez foi já reproduzida dos principios Romanos.

Nós temos tambem leis de policia e posturas, portanto podemos incluir na definição do dominio esta idéa de usar etc. que vem mencionada na doutrina do Codigo Francez, tanto mais que ha limites ao Direito de propriedade, relativos á desapropriação, ao modo de usal-a, etc. . . . .

Trigo de Loureiro diz que o dominio desmembra-se; muitas vezes encontram-se fracções do dominio em um e fracções do dominio em outro individuo.

A' vista da noção que demos do dominio elle apresenta-se com o character de ser *irrevogavel*, porque quem tem dominio não pode ser privado d'elle senão quando concorrer a sua vontade.

Ha entretanto excepções á esta regra, a este principio de irrevogabilidade do dominio, e Trigo de Loureiro nos menciona tres limitações:

1.<sup>a</sup>— Quando a revogação deriva dos termos ou clausulas com que o contracto foi feito.

Esta excepção porem não é verdadeiramente uma excepção, porque a razão pela qual o individuo vai perder o dominio é filha da sua vontade.

2.<sup>a</sup>— Quando, depois da transferencia do dominio, sobreveio alguma circumstancia, pela qual a lei tem determinado

a sua revogabilidade. Exemplo : o caso de desapropriação por utilidade publica, seja esta necessidade de ordem geral, estadual ou mesmo municipal. Não entraremos no desenvolvimento da desapropriação já, á vista de constituir essa a terceira limitação que é um principio *vasto* da materia do dominio alem de um exemplo frisante, que é tambem, da segunda limitação.

O dominio póde ser considerado em primeiro lugar como *universal* e *particular*, depois como *pleno* e *menos pleno* ; ainda como *directo* e *util*, como *verdadeiro* e *ficto*, como *natural* e *civil* e finalmente como *quiescens* ou *dormiens*.

O dominio *universal* que tambem se chama *eminente*, é aquelle que, segundo o Direito, pertence á Nação.

Conforme o Direito Portuguez este dominio estava nas mãos do rei, porque elle era a lei viva : segundo as nossas leis se diz que elle reside na nação, porque está na soberania da nação.

O dominio *particular* é o que o individuo exerce sobre seus bens.

Dominio *pleno* é a somma de todas as fracções do Direito que um individuo póde ter sobre um objecto que é seu.

O dominio *menos pleno* é aquelle em que se acha o proprietario no uso e gozo de uma parte de seus direitos.

Dominio *directo* é aquelle que recahe sobre o proprietario e *util* é aquelle que reside no individuo que goza dos fructos da propriedade.

Vemos, portanto, que o dominio *directo* e o *util* tem uma semelhança com o dominio *pleno* e *menos pleno*. Mas, distinguem-se perfeitamente : por exemplo :

No dominio *menos pleno*, o Senhor da propriedade principal, do fundo do objecto, se utiliza do mesmo terreno, sem poder impedir que os outros se utilizem tambem— assim temos a servidão, para exemplo :— Si alguem tem uma fonte, onde os vizinhos tem de ir buscar agua, tambem se utiliza do caminho que conduz á fonte e da agua d'esta.

Mas, no dominio *util* o proprietario não póde se utilizar dos fructos da cousa, porque ella está aforada ; no caso, por exemplo, do inquilino, ou do que tem um campo arrendado.

Dominio *verdadeiro* é todo aquelle que é adquirido por um titulo legal, como a troca, venda, doação, e qualquer outro titulo de Direito.

Dominio *ficto* é todo aquelle que as leis teem imaginado para ter lugar em certos casos, onde não ha esse titulo de Direito, por exemplo : entre credores e devedores aquelles teem uma especie de dominio (*ficto*) sobre estes, porque o credor tem sobre os bens dos devedores, por assim dizer, um dever de fiscalisação, vindo impedir muitas vezes a livre disposição da propriedade.

Dominio *natural* é aquelle que tem por si a transmissão, a entrega ou o facto *material* da posse do objecto.

Mas, ha um outro dominio que é aquelle em que se adquire a cousa por uma acção, não dos proprietarios, mas, do Direito. — E' o dominio *civil*. — E' essa uma disposição do Direito Civil que determina que a propriedade passa para o outro.

Dominio *quiescens* ou *dermiens* é o dominio que exerce a pessoa, cujo exercicio está paralyzado em virtude de um tal ou qual abandono, em que o proprietario tem deixado cahir a cousa que é sua ; como por exemplo : no caso da prescripção ; porque consente que o que é seu esteja na posse de outro. Si, porem, antes de encerrado o curso da prescripção, o Senhor primitivo da cousa acciona o possuidor e faz aquillo que, na linguagem technica, se chama — interromper a prescripção — n'este caso se diz que o dominio deixou de dormir, de ser *quiescens*, está vivo, está em actividade.

## 2.º Paragrapho

### *Restricções do dominio*

1.º — Em geral se diz : Se o dominio é um complexo de Direitos, tambem soffre restricções, de modo que ao lado dos Direitos contidos no dominio encontra-se a restricção do exercicio do dominio.

Trigo de Loureiro refere-se ás restricções legais e convençionaes.

São restricções do dominio as seguintes, que formam trez ordens de idéas : A 1.ª restricção é feita por lei que abrange a totalidade dos individuos : a 2.ª restricção é feita por lei que comprehende uma classe de seres : a 3.ª restricção do dominio tem lugar por vontade das partes.

Ha de facto leis geraes que influem sobre o exercicio da propriedade.

Quem tem propriedade sobre um objecto qualquer tem o Direito de queimal-o, de vendel-o, de dispor d'elle como bem lhe aprouuer.

Entretanto, muitas vezes o individuo não póde usar d'este Direito tão livremente: vem, por exemplo, a lei dizer que quando um individuo tiver de vender a sua propriedade, mas propriedade cujo valor é excedente ao marcado na taxa da lei, não possa mais vendel-a por simples palavras das partes, mas é necessario que a venda se faça por meio de uma Escripura Publica. (1)

A convenção simples entre o comprador e o vendedor não é mais permittida para effectuar a transferencia do dominio, torna-se preciso a intervenção do Tabellião.

A Ordenação do livro 3.º, titulo 59, determina a taxa alem da qual não é permittido ao particular funcionar n'estes contractos sem a intervenção do Tabellião.

Na Ordenação do livro 4.º, tit. 62, determina-se que não póde o individuo doar sem a cerimonia que se denomina— de *insinuação*.

A *insinuação* consiste em um processo especial em que são inqueridas duas ou trez testemunhas, garantindo estas se a doação é livre, expontanea ou si o doador é victima de uma pressão de vontade, quer physica, quer moral— a pressão dos carinhos, dos affectos, etc.

Então feito este processo de inquirição de testemunhas, e inquirido o doador (2) julga-se, finalmente, este processo por sentença e dá-se então a carta de insinuação que é o que vem tornar completo e valido o acto da doação.

Assim, pois, quer no caso de venda, quer no caso de doação, aquella exigencia da intervenção do Tabellião e esta da insinuação, vem a ser um limite do dominio: porquanto no primeiro caso haveria muito mais liberdade se o dono pudesse

(1) Ord. liv. 3.º tit. 59. Teixeira de Freitas,— Cons. das leis civis, 2.ª edic. Art. 368 e seguintes. Alv. de 30 de Out. de 1793. Lei de 15 de Set. de 1855, art. 11. Dec. 2699 de 28 de Nov. de 1860, art. 3.º.

(2) Uns escriptores entendem que o doador não pode delegar poderes a um procurador para depór por si, e outros entendem de modo contrario. Silva Cavoatá, Vad. for. n.º 791., 2.ª edic., pag. 335. Teixeira de Freitas, Cons. cit. art. 415.

vender o que é seu, sem intervenção do Tabellião ; e no segundo caso se pudesse fazer a doação sem o processo de insinuação.

Se alguém é tão descuidado na gerencia de seus bens que alguns d'elles estão sendo pössuidos por terceiro, este facto ou passa-se na sua presença ou na sua ausencia.

Por este modo apparece uma outra restricção do dominio, mencionadã nas nossas instituições patrias, que é a— *prescripção*—.

E' portanto um modo de adquirir dominio contra a vontade do proprietario.

No caso da presença um numero menor de annos é bastante para que o possuidor adquira a propriedade sobre aquelle objecto, embóra mais tarde se manifeste contra a vontade do proprietario e as pretensões de reivindicar-a.

No caso de ausencia, por não se poder attribuir á incuria do proprietario, determinou-se que um praso mais largo fosse estabelecido para que o possuidor fizesse uma nova propriedade.

Não é sómente a posse que determina o meio de adquirir-se, é tambem o *justo titulo* em que basêa a sua bõa fé—*justo titulo* no sentido de ser recebido pelo Direito como *ius*.

E' a *prescripção*, pois, um principio de restricção do dominio, porque em regra só o proprietario pôde transferir a sua propriedade com o seu consentimento expresso.

Mas, como um exemplo ainda interessante e muito sensivel pelo qual a propriedade sahe do circulo do patrimonio de alguém, está aquelle a que nos referimos no começo desta materia (fallando do dominio) dizendo que explical-o-hiamos em mais vasta escala, por ser um principio *vasto do dominio*.

Com effeito, na Constituição Federal, no artigo 72, § 17, acha-se estabelecido um principio de respeito á propriedade em toda a sua plenitude.

Tendo estabelecido este principio como excepção, diz a propria Constituição que « *salva a desapropriação por necessidade ou utilidade publica, mediante indemnisação prévia;* » de modo que não é este um principio absoluto a ponto de annullar a utilidade que ha para a sociedade.

Assim temos a *desapropriação* como um principio de limitação de dominio.

O indivíduo pôde ser despojado de sua propriedade, desde que a utilidade publica exija esta desapropriação.

Esta materia será muito mais bem estudada no Direito Administrativo.

Diversos escriptores, assim como PRADIER, dizem que— desapropriação é a alienação forçada de um objecto, exigida pela utilidade publica, com indemnisação do seu valor.

A desapropriação é incontestavelmente um sacrificio que peza sobre o proprietario; mas então, si é um sacrificio, si é um onus, convem que as leis a regulem, de modo que os proprietarios não estejam sujeitos á vontade da administração; é preciso que esta materia esteja completamente organizada e regulada, de modo a impedir-se a realisação dos caprichos da administração.

Diz MONTESQUIEU que— « quando se trata do interesse publico, este nunca pôde tirar o proprietario d'aquillo que é seu, nunca tira a minima parte da sua utilidade, *por uma lei cu regra politica*; n'este caso deve-se seguir á risca o principio da *lei civil*. »

Então, quando a sociedade precisa de um predio ou de um objecto qualquer nunca se deve agir pelo regimem ou pelas eventualidades da lei politica; mas é então n'essa occasião que se deve obedecer ao processo da *lei civil*, porque ella é que observa com olhos de mãe e encara cada particular como se fosse a sociedade inteira.

E' preciso que a lei civil venha collocar o interesse particular ao lado do publico, para julgar da possibilidade da desapropriação e do valor da indemnisação.

Si, por ventura, a administração quer fazer uma obra de utilidade publica, é necessario que indemnise e então ella acha-se collocada verdadeiramente em face do proprietario, como uma parte em frente da outra; porque, si encontrasse o interesse publico, não encontra-se uma superioridade, não aquella unica que dá o Direito de desapropriação.

Mas este poder não vai até o ponto de desapropriar por aquillo que se quizer.

Já é bastante, diz um escriptor do Direito Administrativo, este poder de obrigar algum proprietario a vender o que é seu, para que venha deixar á administração meios de tirar a propriedade pelo valor que os representantes entenderem. 82

A administração, com relação á propriedade, tem os passos livres ; não os tem quando trata-se de mencionar o *quantum* de indemnisação deve-se ao proprietario.

Então, a fôrma, o processo porque se faz a indemnisação, não é mais acto de administração, é acto do poder judiciario.

E' assim que, quando se trata da desapropriação por motivos de estabelecimentos de estrada de ferro, ha leis especiaes que determinam o modo porque se deve seguir.

Ha, por exemplo, a lei que determinou a desapropriação por motivo da Estrada de Ferro Central do Brasil, que então se chamava Estrada de Ferro de D. Pedro II,— é o decreto de 27 de Outubro de 1855.

Na desapropriação dos Estados tem-se formado leis a este respeito.

Ha fôrmas mais rapidas, o processo é mais summario, porque cumpre attender á ordem da administração, não consentindo que ella vá ser intorpecida pelas exigencias dos proprietarios.

Mais garantido assim o passo livre da administração para a realisação de suas idéas uteis, não obstante sempre vem o processo judiciario para regular a indemnisação.

A *desapropriação* é, portanto, um principio de restricção *amplo* de propriedade ou dominio.

As leis municipaes determinam que os donos de edificios arruinados são obrigados a reedifical-os ou a demolil-os, de modo que não cause prejuizo aos transeuntes ou visinhos. Emfim, os proprietarios são todos sujeitos ás leis ou regulamentos dos lugares em que habitam e especialmente ás leis e aos regulamentos sobre alinhamentos e construcção de edificios : materia essa que se encontra em todas as nossas leis, assim como em todos os Codigos de Posturas das Camaras Municipaes dos diversos Estados. Esses Codigos nos diversos artigos, referem-se á essa materia já bem regulada em tempos bem remotos pela lei de 1828.

Referem-se tambem a esses casos previstos pelas *leis geraes* que dão liberdade aos Estados para regerem-se pela constituição e pelas leis que adoptarem, respeitados os principios constitucionaes da União. (1)

(1) Art. 63 da Const. dos E. Unidos do Brasil de 24 de Fev. de 1891.

As leis geraes tambem estabelecem o principio seguinte :

Os Estados organizar-se-hão de fórma que fique assegurada a autonomia dos municipios, em tudo quanto respeite ao seu peculiar interesse. (1)

São principios esses respeitados pelas constituições dos Estados, pelo que os Municipios são autonomos e tem as suas leis relativas ao que respeita ao peculiar interesse de cada um.

Assim a Constituição do E. do Rio de Janeiro de 9 de Abril de 1892, a Constituição do E. de S. Paulo, a de Minas Geraes, etc.

São esses volumes de leis citados os que enumeramos, porque são os que temos em mão actualmente.

Bastão esses exemplos, no meio de uma infinidade de outros que se pôdem apresentar, para estabelecer a restricção do dominio por uma lei de ordem geral.

Conforme dividimos as restricções do dominio, em trez partes agora vamos desenvolver a segunda.

*Quanto á segunda* que dissemos— affecta a uma ordem de individuos,— temos o prodigo, o menor, o demen'e, todos os que tem merecido do legislador uma protecção que conserva-os debaixo da administração de um estranho, porque não tem por si a capacidade de administrar a sua pessoa e bens.

O menor tem o dominio, mas não pôde dispor da sua propriedade sem autorisação do Juiz.

A mulher casada não pôde absolutamente dispor dos bens que estão em seu dominio sem autorisação do marido.

E este mesmo que pôde dispor dos bens moveis, acha-se comprehendido na restricção, quando trata-se da alienação dos bens de raiz.

A Ordenação do livro 4.º, tits. 102 e 103, que trata dos menores, dos prodigos e dos mentecaptos, traz exemplos d'esta segunda limitação do dominio.

A Ordenação do liv. 4.º, tit. 105 refere-se á mulher quinquagenaria, dizendo que sómente pôde dispor de um terço de seus bens, conservando as duas outras partes para os filhos que houver do primeiro marido.

Quanto á 3.ª restricção, finalmente, que apresentamos, temos por exemplo a Ordenação do liv. 4.º tit. 11.

(1) Art. 68 da Const. dos E. U. do Brasil cit.

Ahi se diz que se póde vender a cousa a quem se quizer e pelo melhor preço que se puder.

Mas, no § 2.º se determina que « se alguém deu ou vendeu sua propriedade, que tinha com a condição de não poder vender, nem alhear, senão a seu irmão, ou a outra certa pessoa, fazendo-se a emalheação em outra maneira, sendo essa venda feita a outrem, será nenhuma e de nenhum effeito. »

Eis ahi, pois, consignada a 3.ª restricção e na propria Ordenação— « de que a convenção de partes póde restringir o uso e gozo da propriedade.

E isto se vê todos os dias nos testamentos e é expresso no § 1.º da citada Ord.

Assim, encontram-se nos testamentos restricções da seguinte ordem e outras: « *deixo a minha herança a Fulano com a condição de não se casar com Fulana.* » e é preciso respeitar a vontade do testador, caso não seja repudiada a herança.

Quanto ás *acções que nascem do dominio* encontra-se a materia no Tratado de Direito Civil do Conselheiro Lafayete Pereira: estas são: 1.ª *reivindicatoria*: 2.ª *Publiciana*: 3.ª *Confessoria*;— 4.ª *Negatoria*.

1.ª *Reivindicação*:— Esta compete aos que tem titulo e dominio de uma cousa, contra o possuidor d'ella, ou contra o que com dόlo deixou de a possuir, afim de que lhe seja restituída com todos os seus accessorios. Quando a reivindicação for sobre bens de raiz, deverão intervir as mulheres das partes que forem casadas. Os donos de um terreno *pro indiviso* não pódem intentar entre si, antes de se devidirem e demarcarem as suas respectivas partes, a acção de reivindicação.

2.ª— *Publiciana*:— Esta compete ao que tem titulo capaz de poder prescrever a cousa pedida contra o que a possui, e não tem titulo, ou o tem mais debil que o Autor. Esta acção é quasi a mesma que a reivindicação; só com a differença que na Publiciana basta provar o autor que tem titulo habíl para prescrever a cousa pedida, ainda que o tempo da prescripção não tenha decorrido. Como esta prova é mais facil, quasi sempre é util conjunctar esta acção com a de reivindicação.

3.<sup>a</sup>.— *Confessoria* :— Esta compete ao que tem posse de uma cousa que não está effectivamente em seu poder e dominio e sim em poder e dominio de outrem que agora o impede de usar d'ella ; afim de que se declare o seu direito de uso e servidão d'essa cousa, e não torne mais a ser impedido. — Ord. liv. 4.<sup>o</sup>, tit. 10, § 1.<sup>o</sup> e Tit. 2.<sup>o</sup> princ.

4.<sup>a</sup>.— *Negatoria* :— Esta compete ao dono de um predio, pelo qual outro faz servidão individa ; pede que o predio seja declarado livre d'ella, e o Réu condemnado a não usar mais de tal servidão, sob certa pena e a pagar o prejuizo causado.— Ord. liv. 1.<sup>o</sup>, tit. 68, § 22 e liv. 4.<sup>o</sup>, tit. 10. § 1.<sup>o</sup>.—

### 3.<sup>o</sup> Paragrapho

#### *Acquisição do dominio: modos de adquiril-o*

São condições para adquirir-se dominio as seguintes : 1.<sup>a</sup> E' preciso que haja uma pessoa capaz de adquirir.

De facto, o dominio é Direito,— só é capaz de ter Direitos quem é capaz de ter vontade ; portanto a capacidade da pessoa é necessaria, porque esta capacidade é sempre necessaria quando se trata de adquirir um Direito.

2.<sup>a</sup> O dominio é *jus in re*, logo é preciso uma cousa que seja objecto da aquisição.

3.<sup>a</sup> E' preciso que haja um laço juridico que prenda o objecto á pessoa e este laço é o modo legal de adquirir.

As duas primeiras condições são axiomas ; a terceira precisa de um exame mais minucioso.

Quanto á expressão — *modos de adquirir dominio*— ha profunda divergencia entre os escriptores ; e os Romanos são os que mais se pronunciam n'essa divergencia.

E' preciso, dizem os Romanos, que não se confunda o *modo de adquirir o dominio* com o seu *justo titulo*.

HEINECIO diz : é preciso não confundir porque differem profundamente.

Dizem então os Romanos que todo o dominio tem uma causa dupla : a *proxima*, pela qual se dá immediatamente a apprehensão de uma cousa dada, e a *remota*, pela qual se entra n'esse dominio mediatamente.

Assim, se adquirimos por compra e o vendedor nos faz logo entrega do objecto, a *tradição* é a causa ou o *modo proximo* do dominio, e a compra é a causa ou *titulo remoto*.

Chama-se então *titulo* do dominio a causa *remota* e *modo de adquiril-o*, pela tradição a causa *proxima*.

Então o titulo é o que justifica o facto que é o modo.

Na cousa dada a *tradição* é o modo de adquirir que effectua-se em virtude de uma causa remota que é o titulo, isto é, a compra.

Então realisam-se os factos assim: em 1.º lugar o accordo das vontades no titulo da compra ou venda e em 2.º lugar, mais tarde, a entrega do objecto ou a tradição.

Podem-se differenciar ainda pelos effectos diversos, que a existencia de um ou de outro d'estes elementos isoladamente vem produzir.

Assim pelo titulo só se consegue o— *jus ad rem*, pelo modo adquire-se o *jus in re*.

*Modo de adquirir dominio*, limitamo-nos a dizer, é o facto pelo qual uma cousa que é de outro passa a ser nossa, sem fazermos grande cabedal da distincção feita pelos Romanos, distincção que ás vezes não pôde ser explicada em face de alguns casos.

Os modos de adquirir dominio dividem-se em *naturaes* e *civis*.

Os *naturaes* subdividem-se em *originarias* e *derivativos*; comprehendendo aquelles— a *occupação* e a *accessão*, e estes, isto é, os *derivativos*— a *tradição*.

Os *civis* tambem subdividem-se em *universaes* e *singulares*; áquelles pertence hoje unicamente— a herança, e a estes pertence principalmente— *usucapião* ou *prescripção acquisitiva*, segundo a moderna phraseologia.

Attendendo-se a que havia modos de adquirir dominio conhecidos em todas as nações e modos especiaes d'esta ou d'aquella legislação, os civilistas fizeram a classificação assim: « observa-se que os primeiros pôdem-se chamar *modos naturaes* e os segundos *modos civis*. »

Esta distincção com effecto é bem baseada e é explicavel.

Assim, a tradição é o modo natural pelo qual se transfere a propriedade de um a outro.

Portanto, ella é acceita em todas as legislações, por todas as nações, por todas as doutrinas dos Jurisconsultos.

Mas, a prescripção e a successão não apresentam-se com este caracter, porque ambas são organisadas, são regidas, são creadas por assim dizer pela lei especial de cada povo.

Assim, a prescripção varia no tempo: aqui é concedido um praso maior, alli concede-se um praso menor.

A prescripção, duvidam muitos, si é um modo de adquirir baseado no Direito Natural. Ora, desde que dão-se estas questões e desde que ella apparenta uma face differente, conforme as legislações, face que é dada pela lei civil positiva de que se trata, é bem baseada a distincção de modos de Direito Natural que são universalmente acceitos e modos de Direito Civil que são os creados por uma legislação especial.

Gaio, em continuação á esta nossa divisão, ainda devida os *modos naturaes em originarios ou primitivos e secundarios ou derivados*.

Os primeiros são aquelles pelos quaes se adquire aquillo que não está em poder de alguém, como sejam, por exemplo: as feras, os peixes, os fructos das arvores silvestres: os segundos são aquelles pelos quaes adquire-se o que outro já tinha adquirido.

PUFFENDORF divide os *originarios* em *originarios simplesmente taes* e *originarios—secundum quid*: os primeiros são os que fazem o proprietario adquirir um dominio na sua substancia, e os segundos são os que fazem adquirir-se uma cousa, por que veio ajuntar-se a uma outra que é nossa.

Assim, são os originaes *simplesmente taes* os modos de adquirir pela —*occupação*— porque um individuo, que achou um objecto, adquire a propriedade do objecto immediatamente: mas, a —*accessão é secundum quid*,—porque por ella adquire-se uma cousa, pelo facto de ser accessoria ou pertença de uma cousa que é nossa, exemplo: a lã dos rebanhos, o feto dos animaes, os fructos das arvores.

## 4.º Paragrapho

*Occupação*

*Occupação* é o acto pelo qual alguém se apodera da coisa que não pertence á pessoa alguma.

Distinguimos então dous elementos: o *elemento material*, representado pelo facto da detenção da coisa corporalmente e o *elemento moral*— a *intenção*— representada pelo acto do nosso animo.

E' assim que, se nós occuparmos um objecto sem a intenção de o termos como nosso, não ha *occupação*: o individuo que pousa sobre uma parte do sólo, sem o animo de adquiril-o não tem *occupação*.

O individuo que tem intenção de occupar uma coisa, de apoderar-se de um animal bravo, dos peixes de um rio, de uns fructos silvestres, pôde ter intenção de adquiril-os pela *occupação*, mas como não realisou o facto material da apprehensão, ou porque não teve arma para a caça, meios para a pesca, não tem adquirido pela *occupação*.

São estas as condições do agente; mas é preciso que a coisa tenha tambem capacidade de servir de *occupação*.

A primeira condição é que— se ache *nullius*— e pôde ser assim considerada sob alguns pontos de vista: ou porque pôde-se dar dominio exclusivo, ou porque está fóra do commercio, ou por determinação da lei.

No terreno do Direito Positivo ou Civil e no do Direito Natural a *occupação* é modo legal de adquirir a propriedade. São porém necessarios, para tal conseguir-se, dous elementos: o do *titulo* e o *modo*.

*Titulo* é o Direito que tem cada um de apoderar-se do que é necessario á sua subsistencia.

*Modo* dá-se quando nos apossamos d'esse Direito, já tendo portanto realisado o facto pelo qual se dá a consequencia immediata da propriedade do objecto.

Trigo de Loureiro, no seu tratado de Direito Civil indica trez modos de fazer-se a *occupação*: 1.º de cousas animadas *nullius*, em cujo numero se comprehendem todos os animaes bravios ou não domesticados, terrestres, aquaticos, volateis. 2.º de cousas inanimadas *nullius*; 3.º a *occupação bellica*.

Quanto á *occupação bellica*, determina-se na Ordenação que concedem-se ao primeiro occupante as cousas tomadas ao inimigo.

## 5.º Paragrapho

### *Caça e pesca*

Vamos tratar da *occupação* das *ccusas animadas*.

Quanto aos animaes bravios, fazem-se do occupante, porque são *nullius*, visto que só desde o momento, em que o individuo começa a ter a possibilidade de exercer a sua actividade sobre taes entes, é que impede a todos os outros fazer igual Direito sobre elles.

A caça e pesca, os animaes sujeitos á essa industria são considerados como *nullius*, e, portanto, pódem ser apropriados pelo primeiro occupante.

Havia em Portugal, segundo as Ordenações, o Direito geral de poder caçar e pescar, mas com leis prohibitivas que restringiam o modo de usar d'esse Direito.

O principio que fundamentava estas restricções, que se referem á caça e á pesca durante certos mezes e com certos instrumentos, era o Direito em que estavam os poderes publicos de zelar pela conservação e criação dos animaes sujeitos á industria da caça e pesca.

Tambem em Direito Brasileiro é considerada a caça e pesca como industria e por isso encontravam-se regulamentos, que estabeleciam principios á respeito do recrutamento e que diziam que uma das exempções era a favor dos pescadores de profissão— o que aliás ainda se encontra nas leis actuaes.

Nas leis das Camaras Municipaes diz-se:— que compete á Camara regular todas as industrias— e em continuação— o abastecimento de peixes e a imposição de restricções ao exercicio da caça e pesca; por exemplo: a caça de perdizes em certos tempos, em que estas aves se entregam á criação.

O Reg. de 24 de Dezembro de 1860 declarava que aos Presidentes de Provincia competia a faculdade de dar licença para o levantamento de cerco para pescar.

A' vista, de ser, pois, uma industria a caça e pesca, não pôde ter lugar a aquisição d'esses animaes pela occupação simplesmente; é preciso respeitar certas regras, por exemplo: — a de prohibição da pesca com o emprego de venenos, a caça com certas armas que são nocivas; é preciso respeitar os peixes guardados, os animaes já nos laços, que não são *nullius* e outras disposições.

## 6.º Parapho

*Invenção*

A invenção confunde-se com a occupação.

As cousas achadas ou já tiveram dono ou não.

Se já tiveram não consideram-se ellas indubitavelmente *nullius*, pelo facto de terem sido perdidas, porque uma vez feita a propriedade de alguém, é preciso que concorra a vontade do individuo para que o dominio se repete perdido.

Aquelle que apodera-se de um objecto de outro não faz uma occupação; 1.º porque esta só se realisa sobre objectos *nullius*; 2.º porque não faz-se occupação sobre propriedade de outro, o que é considerado um furto e previsto pelo Código Criminal.

Ha varios casos em que as cousas se pódem achar sem proprietario: 1.º ou são bens de defuntos e ausentes; 2.º ou são bens vagos; 3.º ou são bens do evento.

São bens de defuntos e ausentes os dos que fallecem testados ou intestados, presumindo-se terem herdeiros ausentes.

Morre em um lugar um individuo sem deixar presente uma pessoa que o succeda: não tendo herdeiros presentes supõe-se que elle o tenha ausentes.

Mas ha uma 2.ª especie, que é da pessoa ausente, sem se saber onde reside, nem se está viva ou morta.

Muitas vezes um individuo retira-se, vai á guerra ou a logares longinquos e passa-se o tempo sem que de si hajam noticias posteriores ao dia da retirada.

Esses bens são tambem chamados de defuntos ou ausentes.

Os *bens vagos* são, em 1.º lugar os bens de ausentes, que não é achado senhor certo, quer sejam as joias, pedras, valores de qualquer ordem.

No Regulamento mandado executar pelo Dec. n. 2433 de 15 de Junho de 1859 e n'outros acham-se disposições a esse respeito, dizendo-se que os bens de pessoas que morrem intestadas e que não deixam conjuge, ou um herdeiro, são assim considerados, ou os bens de individuo que tem testado, mas cujos herdeiros repudiam a herança.

São bens vagos ainda os productos de todos os créditos de

qualquer bem vago ou herança que por falta de herdeiros se devolveram ao Estado.

Ainda são bens vagos todas as embarcações do inimigo. Perdigão Malheiros ainda considera como bens vagos, os bens de Capella, as propriedades extinctas e estabelecimentos de índios, etc.

*Bens do evento* são— gados, bestas, animaes achados, sem se saber qual é o seu dono.

A differença entre *bens vagos* e *do evento* é subtil, mas é necessário não fazer confusão e varios autores tem procurado estabelecer a distincção.

Os animaes com signaes ou marcas de ferro não pódem ser considerados como bens do evento.

Em sentido generico diz-se que *bens do evento* são os semoventes e *bens vagos* os moveis ou immoveis.

Comquanto os bens do evento estejam comprehendidos na expressão generica— *bens vacantes*— da Ord. liv. 2.º tit. 26, § 17, elles todavia se differenciam das demais especies como revela a sua denominação especial— *do evento*;— elles são, pois, os de que trata a Ord., liv. 3.º tit. 94, «que sem dono andão vagando de uma para outra parte, ou mudando, como o mesmo vento muda, d'onde lhes vem a denominação, distinguindo-se assim dos bens propriamente perdidos, e que se acham; que tem por consequencia dono.» (Aviso de 10 de Novembro de 1853.)

Ha uma outra classe de bens " que é a dos *bens abandonados pelo proprietario que os lançou á uma multidão com o destino de serem apropriados por esta multidão* ".

Quanto ás cousas que não se reputam *nullius*, temos legislações especiaes á respeito; reputam-se de alguém que não appareceu— são arremattados e o producto recolhido aos cofres publicos e são portanto propriedade do Estado.

Quanto ás cousas *nullius* pódem ser apropriadas pelo primeiro occupante.

As limitações que por ventura apparecerem a este principio serão creadas por lei especial. Por exemplo: entre nós temos as leis das terras publicas, que prohibe a occupação das terras devolutas, pois que pertencem aos Estados.

Quanto ás pedras preciosas e quanto aos objectos de valor achados nas praias, ou producto do mar, ou do rio publico, como objectos que nunca tiveram proprietario, tornam-se do occupante.

Assim, pois, temos consignado o Direito a respeito das cousas inanimadas: estas ou tiveram dono ou não; se tiveram nunca podem pertencer a alguém.

Tratando-se de saber como deve-se considerar o thesouro, vamos indagar se pôde-se ou não occupar.

Ha duas condições exigidas na Jurisprudência Romana para ser o accumulo de valores considerado como thesouro:

- 1.<sup>a</sup> que não haja mais memoria do proprietario:
- 2.<sup>a</sup> que essas riquezas não sejam patentes aos olhos de todo o mundo.

Vejamos então quaes os Direitos de occupação, vejamos se um objecto d'essa ordem, desde que é achado, pôde soffrer occupação.

Nos tempos de *Nero* pertencia o thesouro achado ao fisco.

Adriano, porém, disse que, quando achava-se-o em lugar proprio pertencente ao inventor, se em lugar alheio metade pertencia ao inventor e metade ao dono do predio.

Constantino ordenou, dividindo o thesouro em quatro partes, que duas pertencessem ao fisco, uma ao inventor e outra ao dono do sólo.

Justiniano seguia a opinião de Adriano, que serve de base a esta questão, estabelecendo as quatro seguintes proporções:

1.<sup>a</sup>— Se alguém achou um thesouro em terreno de sua propriedade, a natural equidade pede, diz o Direito Romano, que o inventor faça seu esse thesouro.

2.<sup>a</sup>— O mesmo deve acontecer se alguém achou o thesouro em lugar religioso ou sagrado.

3.<sup>a</sup>— Se alguém fortuitamente encontrou thesouro em sólo alheio, metade é do inventor e metade é do dono.

4.<sup>a</sup>— Finalmente, se alguém achar um thesouro em lugar do fisco publico ou pertencente á cidade, metade é do inventor e metade é do fisco ou da cidade: é a reproducção da 3.<sup>a</sup> proposição.

Temos n'isso um titulo mixto pelo qual se adquire, por invenção ou por accessão, isto quando a invenção é feita pelo proprietario do sólo.

Em Direito Patrio consideramos o thesouro como um bem vago, portanto, não tem-se de saber si o lugar é proprio ou não, porque os regulamentos não distinguem e onde a lei não distingue, não podemos distinguir tambem, logo são arrematados e o producto devolvido á fazenda nacional. Portanto, sobre thesouros não é possível a occupação.

## 7.º Paragrapho

*Accessão*

Waldeck diz que a accessão é um modo natural de adquirir propriedade sobre uma cousa dada, mas segundo o qual adquire-se a cousa alheia por força ou poder da propriedade que é nossa.

Esta difinição tem offerecido margem a grandes reparos feitos por outros autores ; porquanto incluindo Waldeck na sua difinição a idéa de que a accessão basea-se sobre objectos alheios que ajuntaram-se aos nossos objectos principaes, limita e acanha a noção da accessão, uma vez que ha accessão em que se adquire o que não é alheio e sim *res nullius*.

A accessão dá-se quando, por ex : a um liquido que é de alguém ajuntou-se o liquido de um terceiro.

HEINECIO diz que a accessão é o Direito de adquirir o augmento que se reune áquillo que é nosso.

Tambem essa difinição não tem parecido bastante satisfactoria, porque nem sempre a accessão se realisa por meio de augmento de uma cousa dada.

Warnkœnig diz que a accessão é a extensão do nosso dominio pela dilatação da nossa propriedade principal.

Maynz, procurando difinições dos escriptores modernos, diz que estes chamam Direito de accessão a este principio em virtude do qual tudo aquillo que é producto de uma cousa que é nossa ou a ella se reune— de modo que ambas não fazem senão um todo— produz a aquisição d'este novo valor, por isso que é producto da cousa principal, sem que se indague se este novo producto apparece em consequencia do trabalho ou de uma força expontanea da natureza.

Trigo de Loureiro dá noção igual á essas.

No meio d'essa variedade de difinições deprehende-se que para se dar a accessão é necessario :

- 1.º— Que tenha-se uma cousa que seja principal.
- 2.º— E' necessario que ao valor primitivo da cousa se ajunte outro valor ou que produza elle esse novo valor.
- 3.º— Em terceiro lugar a natureza e o trabalho do hom em se reúnem para fazer apparecer esse novo producto.

Temos assim as tres fórmãs da accessão : *natural, industrial e mixta*

Esta divisão é geralmente recebida.

## 8.º Paragrapho

### *Incorporação*

As diferentes especies de adjunções são sujeitas, segundo o Direito Romano, á regra geral— *o accessorio segue o principal*.

Diversos autores encontram difficuldade real n'esta classificação, sobre o factõ de saber-se, tratando-se da pintura, se ella é ou não sujeita á regra geral e nas Institutas quando tratam d'isto acham embaraços até no fundamento das escolas philosophicas que se debatem e por isso estabelecem varias regras tendentes a guiarem o espirito na determinação do que seja principal e accessoria.

Assim as regras são :

1.º— Quando d'entre duas cousas que formam uma só pela adjunção, uma d'ellas pôde existir sem a outra, ao passo que esta outra não o pôde, muito logico é determinar que é principal a que pôde existir sem a outra.

Ha outras hypotheses em que esta regra não é satisfactoria.

Ha casos em que ellas pôdem existir independentemente uma da outra e em que não é uma feita para servir de ornato á outra.

Então os autores apresentam uma segunda regra dizendo — que é principal a que apresentar maior volume.

Uma terceira regra como base dos meios de distinguir o accessorio do principal está no *maior valor*.

Quasi que podemos dizer que as regras vão acompanhando as variedades de casos e hypotheses, com que a adjunção se pôde apresentar: de modo que depois d'estas regras apresentadas por todos os autores, se pôde dizer que só o prudente arbitrio do Juiz determinará ante um caso, qual o accessorio, qual o principal.

E' conveniente que digamos que a regra— de que *o accessorio segue o principal*— não é absoluta.

A unica questão que se pôde levantar sobre a pintura é saber-se se o accessorio é a pintura ou o papel, ou a téla em que foi lançada.

## 9.º Paraphio

*Especificação*

Especificação é o modo de fazer-se apparecer uma nova especie, uma nova cousa, um novo valor, com materias alheias.

D'ahi se vê que a especificação tem logar quando se dá uma nova fórma ao objecto, ou quando se crêa uma substancia.

Isto observam os modernos, porque a industria apparece ou por meio de operações mechanicas ou chimicas : quando o homem dá uma nova fórma ao objecto, assim como faz um marceneiro, dando á madeira a fórma de cadeiras, sophás, procede por meio de operações mechanicas ; mas quando observa-se a operação dos Pharmaceuticos, percebe-se que ha uma operação chimica, porque elles despojam a substancia da cousa para lhe dar qualidades que não tinha ou subtrahir qualidades que tinha.

À respeito da propriedade do objecto manufacturado Justinião nos apresenta a sua opinião média dizendo : ou a cousa pôde reduzir-se á sua antiga fórma e então deve o objecto fabricado pertencer ao dono da materia principal, ou não se pôde mais reduzi-la, como no caso do fabrico da farinha, do azeite e então deve pertencer o objecto fabricado ao especificador.

Outros propõem que se distinga a natureza do objecto, isto é, si se trata de objectos fungiveis ou não fungiveis.

Esta distincção é acceita por um escriptor de Direito Patrio, Mello Freire, que diz : se a cousa é fungivel e o producto de maior valor do que ella, estando o artista de boa fé, o producto é seu, devendo apenas indemnizar o dono da cousa do valor d'ella.

D'aqui pôde-se tirar a regra inversa, isto é, se a cousa é fungivel e o seu valor superior ao do producto, estando o artista de má fé, o producto pertence ao dono da materia prima.

No caso de ser a cousa fungivel elle distingue : o caso de ser o valor do producto superior ao da materia prima e então o producto é do artista,—o caso de serem iguaes em que dá o producto ao contendor mais necessitado— e o caso de ser o valor da cousa fungivel superior ao do producto, sendo então este producto do dono da materia prima.

## 10.º Paragrapho

*Commixtão e Confusão*

A commixtão é a terceira especie da accessão industrial e define-se:— a união ou mistura de duas cousas liquidas ou não, quando se confundem.

Segundo os praticos toma-se a commixtão em dois sentidos differentes: *lato e restricto*.

No *sentido lato* a commixtão é a mistura de todas e quaesquer cousas, seja qual for a sua natureza.

Em *sentido restricto* entende-se por commixtão a mistura de cousas aridas e ha n'isto uma differença.

Em regra geral as cousas liquidas, uma vez misturadas, confundem-se de tal fórma que não é possivel mais fazel-as voltar ao seu estado primitivo de separação.

Mas as cousas aridas, uma vez misturadas, conservam ainda a sua natureza primitiva, como— o trigo com o milho.

Dizem os escriptores que na commixtão parece não haver verdadeiramente uma accessão e não dá-se a accessão na commixtão, porque sendo possivel fazer-se ainda a separação, a regra dominante deve ser a da separação dos dois valores.

Differentemente, porém, acontece na *confusão*, porque este trabalho não é mais possivel e é então que se dá o caso da accessão, isto é, o caso de vir ceder a propriedade de um a outro; mas o que é exacto é que, finalmente, esses mesmos escriptores consideram a commixtão como accessão, porque mesmo, quando seja possivel a separação, esta é de tão difficil manipulação, que é mais conveniente resolver a questão pela cessão de uma propriedade a outra.

Quer em relação á *commixtão*, quer em relação á *confusão*, no Direito Romano encontram-se tres hypotheses diversas: ou o facto da mistura tem lugar pelo facto da vontade de um só dos proprietarios; ou por accordo dos varios proprietarios; ou tem lugar por um acaso, independentemente da vontade d'elles.

Na confusão, sendo ella feita pelo accordo de todos os proprietarios, a cousa torna-se commum.

Si misturam os seus vinhos, os seus liquidos, pelo accordo de todos os proprietarios, temos que o novo producto vem a pertencer em commum a todos os que concorrem para esta confusão.

O mesmo acontece si a confusão foi filha do acaso.

Mas, si o factó é filho da vontade de um só dos proprietarios, então um d'elles deve perder a propriedade do que era primitivamente seu, porque havendo uma completa impossibilidade de separação das cousas unidas, esta propriedade deve pertencer unicamente a um d'elles, salva a indemnisação dos outros.

Isto quanto á confusão; mas na commixtão, si o factó é filho da vontade de todos os proprietarios, o producto é commum; si o factó da mistura é filho do acaso, cada proprietario fica senhor do seu objecto; mas se a mistura é filha da vontade de um só, ainda se resolve a commixtão, dizendo que cada proprietario fica com o que é seu, e isto porque ha na commixtão a possibilidade de separação dos objectos.

A primeira regra produz e produzirá indubitavelmente iniquidades, quando se vir assim concorrendo os proprietarios de valores differentes para o apparecimento de um Direito novo: nas demais se observa o Direito Romano, estabelecendo o principio da divisão igual pelos senhores diversos.

De factó, comprehende-se que, si por ventura para o apparecimento do producto, concorrem o dono do ouro e o dono de outro metal, de qualquer outra especie—do chumbo, por exemplo—este producto novo apresenta valores muito diversos em relação aos proprietarios e então seria uma iniquidade a disposição que determinasse que a divisão fosse igual.

#### 11.º Paragrapho

##### *Accessão mixta*

Na accessão mixta contém-se a plantação, a sementeira, a percepção dos fructos.

A questão consiste no seguinte: alguém planta um terreno alheio e então trata-se de saber, si o producto d'este trabalho de agricultura é do dono do sólo, ou do dono das raizes das sementes que ahí foram lançadas.

O Direito Romano estabelece uma proposição absoluta dizendo: o trabalho do agricultor cede sempre ao dono do sólo; de modo que o producto da lavoura é sempre propriedade do dono do sólo.

No Digesto, frag. 7.º de Gaio, § 13, liv. 41 tit. 1.º “*de adquirendo rerum dominio*,” diz-se: *si alienam plantam in meo solo posuero, mea erit: ex diverso, si meam plantam in alieno solo posuero, illius erit, etc.*

As Institutas de Justiniano reproduzem a mesma doutrina, no liv. 2.º, tit. 1.º, § 31. (1)

Portanto, procura-se sempre o dono do sólo e então, aquelle que quer plantar em sólo alheio, perde o objecto do seu trabalho.

Na Jurisprudencia Patria, Mello Freire não acceta *in totum* o Direito Romano e diz que a arvore não deve ser cedida sempre ao dono do sólo.

Elle diz que, embora a arvore se alimente com o succo do sólo, não se deve prejudicar ao que a plantou.

Do mesmo modo pensa elle a respeito da sementeira.

O individuo que semear em sólo alheio deve colher o seu trabalho, pagando apenas ao dono do campo o serviço que este prestou.

Já se vê assim que Mello Freire não segue o principio do Direito Romano e então, segundo elle, o proprietario da arvore conserva o seu Direito, de modo a poder arrancar-a e reivindicar-a.

Coelho da Rocha, B. Carneiro e Corrêa Telles não adoptam o mesmo principio; por onde se vê que Mello Freire não teve os seus principios reproduzidos pelos escriptores Portuguezes.

Lobão na sua obra intitulada « Fasciculo » segue o principio do Direito Romano, dizendo que as arvores cedem ao dono do sólo desde que criaram raizes, e que a arvore que está entre dois predios deve pertencer aos dois proprietarios confinantes: e elle sustenta essa opinião, não encontrando embaraços em um ou outro fragmento do Direito Portuguez.

(1) Si Titius alienam plantam in solo suo posuerit, ipsius erit: et ex diverso si Titius suam plantam in Mævii solo posuerit, Mævii planta erit. etc.— Liv. 2.º, Institutas, tit. 1.º § 31.

## 12.º Paragrapho

*Percepção de fructos da cousa alheia*

A percepção dos fructos é feita pelo dono do objecto principal : da arvore, por exemplo.

Diz Trigo de Loureiro que os fructos tambem em regra pertencem ao dono da propriedade ou a quem em nome deste os percebe como locatario e usufructuario, com o encargo comtudo de indemnisar o trabalho empregado para sua existencia.

L. Teixeira diz que a percepção dos fructos é materia estranha aos *modos naturaes de adquirir* dominio, porque ella póde pertencer aos *modos civis*.

Com effeito, a questão póde ser considerada como sendo receptor dos fructos o dono ou o possuidor da cousa principal.

Com effeito, póde-se ser dono e possuidor da arvore e, portanto, vir-se a possuir os fructos ; mas póde-se ser possuidor da arvore e não dono e entretanto póde-se indagar si este possuidor, emquanto se acha de boa fé, faz seus os fructos que a arvore produz.

Aquelle que não é dono de uma arvore, que não é dono de um campo, mas que o contém debaixo da sua vigilancia, tambem póde ter interesse n'esta questão — si elle faz ou não seus os productos d'esta arvore ou d'este campo.

Perece-nos que a idéa de Liz Teixeira é seguida por Trigo de Loureiro — de que a percepção dos fructos não é uma questão de accessão, mas é uma acquisição de dominio por outro titulo que não a accessão — porque elle parece só considerar a percepção dos fructos feita pelo proprietario.

Elle não indaga sobre a questão da percepção dos fructos feita pelo possuidor.

A maior parte dos escriptores, porém, classifica a percepção dos fructos como accessão mixta, e a accessão como um dos modos naturaes de adquirir dominio.

VINNIO, sondando a significação technica da expressão fructos, vai procurar a sua etymologia e deriva-a da expressão *offerendo*.

Coherente com a idéa de que *fructo* significa *producto*, entende que elle é *producto* de um objecto principal.

Ora, sendo *fructo* derivado da expressão *offerendo*, tudo aquillo que pôde ser produzido pela cousa é considerado como *fructo*; e esse objecto novo pôde ser *producto* ou *fructo* material da cousa, porque a cousa nos produz certas vantagens materiaes: d'ahi vem que elle toma a expressão em todo o seu sentido, significando não só o *producto*, como a commodidade que nos produz a cousa.

Com esta definição de VINNIO concorda a de HEINECIO; mas outros autores dizem que a expressão *fructos* tem uma significação mais restricta do que esta: pôde significar aquillo que provém da natureza e substancia de uma cousa que é nossa, como diz o Direito Romano, — *ex ipso corpore*.

Nós diremos que no meio das difficuldades das leis ha uma these que podemos enunciar, entretanto, sem receio de nos vermos a braços com divergencias e é que: o possuidor, para fazer seus os *fructos*, é preciso que esteja de boa fé.

Encontramos justificado isto no Direito Romano e do Direito Romano passou para o Direito Patrio, porque o possuidor de má fé é obrigado a restituir os *fructos*— Ord. liv. 2.º tit. 53, § 5.

A Ordenação trata de um caso especial, mas ella apresenta uma razão geral e estabelece que está de má fé aquelle individuo que não pôde allegar um titulo recebido pelo Direito, pelo qual passou a cousa.

Mello Freire falla de quatro opiniões sobre a questão da percepção de *fructos*.

A 1.ª é a que distingue o titulo pelo qual o possuidor está na posse da cousa— se é pelo titulo *oneroso*, se pelo *gratuito*; e então diz— se um individuo possui por um titulo *oneroso* faz seus os *fructos* da cousa principal; mas se possui por um titulo *gratuito* não faz seus taes *fructos*.

Os que assim pensam estão em completo desacordo com as Institutas, (1) porque alli se falla de um *contracto oneroso* ou *gratuito* e se diz— que o principio é o mesmo a regular a percepção dos *fructos*.

(1) Livro 2.º, tit. 1.º, § 35: Si quis a non domino quem dominum esse crediderit, bona fide fundum emerit, vel ex donatione aliave qualibet iusta causa æque bona fide acceperit, naturali ratione placuit fructus quos percepit, ejus esse pro cultura et cura.

Esta 1.<sup>a</sup> opinião que Mello Freire apresenta não procede, portanto, diante da phrase clara das Institutas.

A 2.<sup>a</sup> opinião abandona esta questão de titulo e vai considerar a natureza dos fructos, dizendo então: os fructos naturaes são pertencentes ao dono da cousa principal, mas os fructos industriaes são pertencentes ao possuidor de boa fé.

Esta opinião já é melhor baseada porque tem por si uma lei que determina que o possuidor de boa fé não póde fazer seus os fructos silvestres, mas sim aquelles que provêm do seu trabalho—estes o possuidor de boa fé faz seus.

Ha, porém, uma lei em contradicção á esta—que manda dar ao possuidor de boa fé não só os fructos gerados de seu trabalho, como os naturaes.

A 3.<sup>a</sup> opinião que Mello Freire apresenta é (esta abandona a distincção de titulos que servem de base á primeira opinião e abandona a questão da natureza dos fructos, que é a base da segunda) considerando o estado dos fructos, quando diz: pertencem ao possuidor de boa fé os fructos consumidos; pertencem ao dono da cousa os fructos estantes desde que existam, desde que não foram consumidos pelo possuidor.

De sorte que o possuidor não tem que fazer indemnisação sobre os fructos que consumiu.

Mas, desde que levanta-se o Direito do proprietario, em frente do Direito do possuidor, tem aquelle a possibilidade de fazer seus todos os fructos ainda estantes.

Mello Freire entende que tambem esta opinião não se conforma com o § 35 das Institutas liv. 2.<sup>o</sup> tit. 1.<sup>o</sup>.

Em 4.<sup>o</sup> lugar Mello Freire apresenta outra opinião: é a que faz a distincção dos fructos *pendentes* e *perceptos* ou separados:

Os *pendentes* são do dono da cousa principal; os *perceptos* são do possuidor de boa fé—e funda-se ella em que, enquanto estão os fructos unidos á cousa principal, fazem parte d'ella,—e que, si essa mesma sahe das mãos do possuidor, os fructos unidos tambem devem sahir.

Mas, depois de separados nada os leva á cousa: podendo ser adquiridos pela apprehensão já não ha mais a ligação entre principal e accessoria.

Ora, eis ahi as opiniões manifestadas.

Segundo Mello Freire é esta ultima a que mais se conforma com o § 35 referido das Institutas.

Diversos escriptores manifestam a sua opinião n'este sentido e alguns são contrarios a Mello Freire, por exemplo: Liz Teixeira e Coelho da Rocha.

Estabelecemos porém em nosso Direito o seguinte principio que é: — *deve-se procurar o tempo e ahí basear a regra.*

Resolveremos esta questão de accordo com a Ordenação do liv. 4.º, tit. 13 § 10.º— e diremos até a *litis* contestação, até o contracto da compra e venda, conforme a distincção da lesão em enorme ou enormissima, os fructos são do possuidor; d'ahi em diante são do proprietario, salvo se for provada a lesão.

### CAPITULO 3.º

#### TRADIÇÃO

Como dissemos os modos naturaes de adquirir dominio pertencem a duas cathogorias: ou são os originarios ou são os derivativos.

Já tratámos da 1.ª cathogoria. Agora vamos-nos occupar com o 1.º modo derivativo, que é — a *Tradição*.

Justificando que a tradição é um modo natural de adquirir dominio, diremos que nada mais conforme do que aquelle que tem dominio sobre uma cousa dada, do que aquelle que tem intenção de ceder a outro a cousa, demittil-a de si, fazendo entrega a esse outro.

E', portanto, um *modo natural*, mas é *derivativo* porque não ha uma pessoa só que exerça a acção para que se dê dominio.

Na occupação realisa-se a aquisição pela acção, pela actividade de uma só pessoa, ou porque apprehenda a cousa — *res nullius*, ou porque ache-a; mas, em todos estes casos ha a actividade de uma só pessoa adquirindo dominio.

Na tradição, porem, é preciso que haja mais de uma pessoa; uma que demitta de si o dominio sobre a cousa e outra que tome-a com o animo de fazer seu o dominio.

Portanto, a aquisição aqui deriva do que demitte de si o dominio; e como se faz isto pela tradição— torna-se esta um *modo natural derivativo*.

Trataremos em primeiro lugar de procurar a significação technica, juridica do que seja tradição; em segundo trataremos das suas varias especies, de suas divisões; em terceiro examinaremos se ha necessidade da tradição para adquirir dominio; em face do Direito Romano; em quarto examinaremos a mesma questão em face do Direito Patrio; em quinto, em face dos Codigos modernos; em sexto, em face do *jure constituendo*— e assim faremos um apanhado completo da Tradição.

## 1.º Paragrapho

### *Noção e requisitos da Tradição.*

A Tradição em Direito pôde ser tomada em sentido lato e restricto.

Em sentido lato pôde-se dizer que a tradição é toda e qualquer entrega que um individuo faz a outro de um objecto dado, havendo ou não no primeiro o sentido de demittir de si o dominio, havendo ou não no segundo o animo de apprehender a cousa para si.

Em sentido restricto e verdadeiramente juridico é o acto pelo qual transfere-se a cousa da posse e propriedade de um para a posse e propriedade de outro.

Para melhor vermos o que caracteriza a tradição devemos analysar os seus requisitos.

O 1.º é que para se dar a tradição existam duas pessoas — uma que dá e outra que recebe; uma que entrega e outra que aceita.

Em 2.º lugar diremos que é requisito da tradição existir na pessoa que dá ou na que entrega o animo de demittir de si os direitos que sobre a cousa exerce e de fazer que o outro receba essa cousa com todos os direitos que com ella transferio.

O facto material da entrega, portanto, sem aquella vontade, sem aquella intenção, não constitue a tradição.

Assim a entrega feita por suggestões, coacções, por um erro em que o individuo estava e que colloca-o fóra do estado normal de sua vontade, não produz a transferencia do dominio.

Em 3.º lugar é preciso que se encontre, na pessoa que dá, a capacidade de realizar um contracto, uma convenção ; é um meio de alienar dominio, pelo qual qualquer individuo que tem uma propriedade a aliena.

Mas, se é verdade que em todo o contracto deve-se encontrar uma pessoa habil por Direito Civil, demonstrado está que na tradição se deve encontrar uma pessoa habil para figurar em um contracto.

Em 4.º lugar diremos que na pessoa do accipiente se exige tambem a vontade de tornar a cousa sua, ou a faculdade juridica de conseguil-a como sua: por outra— as mesmas condições que se encontram na pessoa que dá se deve encontrar na pessoa que recebe; e assim, se n'aquella se deve encontrar o imperio da vontade para dar o objecto, n'esta deve haver o imperio da vontade para receber o objecto.

## 2.º Paragrapho

### *Especies ; divisões da Tradição*

A Tradição pôde ser considerada como *real*, *symbolica* ou *ficta*, de *breve-mano* e de *longa-mano*.

Ha tradição *real* quando ha o contacto material do individuo com o objecto: por ex :— na apprehensão do livro que comprei em uma loja e recebi immediatamente. Temos ahi uma tradição *real*.

A *ficta* ou *symbolica* é aquella pela qual se colloca nas mãos do que vem adquirir o objecto, não o proprio objecto, mas um signal d'elle.

Tradição *longa-mano* é aquella que se faz sem apprehensão manual da cousa, nem mesmo de um signal: ella consiste então no acto do primeiro proprietario mostrar ao outro a cousa que se transferiu.

A Tradição *breve-mano* é aquella onde não ha acto que a determina mas uma simples declaração do proprietario: por ex: *emprasto um livro* e depois *veudo-o*.

Ahi temos, pois, as quatro especies da Tradição.

## 3.º Paragrapho

*E' essencial a tradição para a aquisição do dominio ?*

DIREITO ROMANO :

O Direito Romano observando que a posse era coetanea da propriedade e vendo que muitas vezes a propriedade originava-se da posse, como na usucapião e outras, esta originava-se d'aquella, disse: a aquisição da propriedade deve ser feita juntamente com a aquisição da posse.

Se por ventura ha o accordo de duas vontades sobre a aquisição de um objecto qualquer, pôde haver aqui uma acção pessoal, mas não um Direito real, porque é necessario para isso que o dominio seja acompanhado da posse. Então o Direito Romano diz que a Tradição é cousa necessaria para a aquisição do dominio.

A propriedade em Roma, acompanhando as varias idéas que dominavam o povo Romano, soffreu diversas modificações até encontrar-se no periodo em que foi definida por Justiniano.

Nas primeiras éras não havia um termo que significasse a idéa que hoje se prende ás expressões dominio ou propriedade, e usava-se de uma phrase para designar a propriedade de alguém. Este alguém dizia: *haec res mea est ex jure quiritium*. Nos tempos de Cicero inventou-se uma outra expressão.

Hoje, porém, não se fazem mais aquellas antigas distincções do Direito Romano e se diz — toda e qualquer transferência de propriedade, em Roma, opera-se unicamente depois da tradição.

Esse principio funda-se, entre outros, na lei 20 do Codigo, liv. 2.º, tit. 3.º — « *De pactis* » e liv. 6.º, tit. 1.º do Digesto, lei 50 « *De rei vindicatione* ».

A 1.ª diz:

*Traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur.*

A 2.<sup>a</sup> diz: *Si ager ex emptionis causa, ad aliquem pertineat, non recte hac actione agi poterit, antequam traditus sit ager, tuncque possessio amissa sit.*

#### 4.º Paragrapho

*Idem, perante o Direito Patrio*

No Direito Patrio firmamos que o Direito Romano serviu-lhe de molde e que quasi em sua totalidade é uma transplantação dos principios Romanos.

Encontramos no Direito Patrio a mesma exigencia da tradição e é por isso que n'este assumpto os autores estão uniformemente de acordo.

Mello Freire diz:— Pelo Direito Romano a tradição é indubitavelmente uma condição necessaria; pelo nosso Direito *quoque esse videtur.*

Coelho da Rocha diz que « harmonisa-se a doutrina do Direito Patrio perfeitamente com o Direito Romano »: o comprador que realisa o contracto e paga o preço, tem o Direito de propriedade perfeitamente adquirido sobre o objecto: de modo que pôde intentar a acção de reivindicação; mas, o comprador que apenas ajusta a compra do objecto, embóra tenha pago o preço, só tem uma acção pessoal, porque n'este caso não se deu a aquisição da propriedade.

Pereira e Souza, Lobão e outros consagram o mesmo principio e nem podia deixar de ser assim, porque encontramos fragmentos do Direito claros e positivos. (1)

#### 5.º Paragrapho

*Idem perante os Codigos modernos*

Quanto ao nosso Codigo Commercial não é facil sondar o espirito do legislador.

(1) Ord. liv. 4.º, tit. 7.º e liv. 4.º tit. 5.º.

Se alguns principios nós encontramos onde parece que as idéas do Direito Francez foram abraçadas, vamos encontrar outros onde parece que a tradição é cousa necessaria.

O Codigo Civil Francez diz que a propriedade fica adquirida pelo comprador em relação ao vendedor, desde que se tenham convencionado e o preço esteja pago, ainda que a cousa não tenha sido entregue.

O 1.º artigo do nosso Codigo Commercial que se offerece a considerações é o artigo 191 que trata do contracto de compra e venda e que diz : « o contracto é valido ainda que a cousa não seja entregue. »

Diante d'essas palavras parece que é exacto o principio de que o Codigo Commercial não exige a tradição da cousa para a aquisição do dominio.

E' o que parece existir no art. 191 quando diz : « *O contracto de compra e venda é perfeito e acabado logo que o comprador e o vendedor se acordão na cousa, no preço e nas condições etc.* »

Os que querem pugnar pela necessidade da tradição veem que esse artigo offerece base para aquelles que sustentam a não exigencia da tradição e então tratam de refutar o argumento que d'ahi salta.

Com effeito o artigo parece dizer que o contracto, ainda que a *cousa não seja entregue, é perfeito e acabado.*

Então recorrem a Silva Lisboa ( Visconde de Cayrú ) e citão o que este diz : « *O contracto de compra e venda é perfeito e consummado* ( e estas duas expressões são as mesmas do nosso Codigo « *perfeito e acabado* » ) quando ha o acordo das partes e a paga do preço. Então adaptão os interpretes do nosso Direito a intelligencia d'aquelle commercialista á phrase do nosso Codigo e concluem por mostrar que o artigo 191 não offerece argumento algum.

Silva Lisbôa diz que é perfeita a venda, desde o momento em que as partes estão de acordo sobre uma cousa que trataram.

Pelo simples acordo o contracto adquire firmeza : pelo ajuste adquirem-se Direitos e Obrigações.

O vendedor adquire o Direito de haver o preço que deve ser pago pela cousa vendida : o comprador adquire o Direito de haver a entrega da cousa que foi comprada.

Silva Lisboa, porém diz, « *perfeito e consummado* » e então accrescenta que « quando o vendedor recebe effectivamente o preço e o comprador a cousa que comprou, se diz que o contracto é *consummado*. »

Portanto, « *consummado* », segundo Lisboa, quer dizer — *paga do preço e entrega da cousa*. —

Ora, si no nosso Codigo nós encontramos as expressões « *perfeito e consummado* » e si estas expressões significam — *paga do preço e entrega da cousa* — segue-se que o Codigo Commercial tambem exige a tradição como o acabamento do contracto de compra e venda.

Portanto, quem diz : *perfeito e acabado* — na phrase do Codigo, diz — *Tradição*. — (1)

A ultima parte do art. 191 citado que diz : — « *e desde esse momento nenhuma das partes pôde arrepender-se sem consentimento da outra, ainda que a cousa se não ache entregue nem o preço pago* » — prova que as expressões — *perfeito e acabado* — querem dizer que nenhuma das partes se pôde mais arrepender, mas não que a posse e o dominio se tenham realisado, independentemente da tradição da cousa.

Portanto, já por aquellas noções que vão pedir aos commercialistas, já pelas ultimas palavras do artigo, concluem que a legislação commercial não diz ahí que o contracto produz o dominio, antes da transferencia da cousa.

Os arts. 206 e 209 do Codigo Commercial fornecem ainda poderosos argumentos para aquelles que sustentam a necessidade da tradição.

Além d'estes, ainda baseam-se no art. 281, onde o legislador diz : « *este contracto fica perfeito pela tradição real symbolica da cousa depositada* : » e art. 199 que diz : « *a tradição da cousa vendida, na falta de estipulação expressa, deve fazer-se no lugar onde a mesma cousa se achava ao tempo da venda, e pôde operar-se pelo facto da entrega real ou symbolica, ou pela do titulo etc.* »

Outros refutam esta esserção, sustentando que a tradição não é necessaria para a transferencia do dominio, já porque é isto contrario á celeridade com que devem ser feitas as transacções, já porque as deducções das leis modernas nos

(1) Silva Lisboa — Dir. Mercantil — 6.<sup>a</sup> edição — 2.<sup>o</sup> volume, paginas 473 — 1.<sup>a</sup> columna.

levam á esta conclusão; porque no Direito Romano se acabou com aquellas antigas fórmulas e antigos mysterios, pelo que devemos julgar que os legisladores modernos não fogem a essa tendencia d'estes tempos, como fez o Codigo Civil Francez, onde nem mais a tradição se exige.

Já os Jurisconsultos Romanos reconheciam que as transacções da vida se multiplicavam e exigiam fórmulas mais simples.

No proprio Direito Romano os espiritos foram despindo os contractos das antigas solemnidades, dos antigos mysterios, para conceder-lhes fórmula mais simples: é assim que das fórmulas da *mancipatio* e do *jure cessio* passou-se á tradição e assim, simplificando chegamos ao ponto de nem precisar a tradição para a transferencia do dominio.

Assim, pois, nós vemos que foi pela transformação feita pelo tempo, á vista da necessidade da facilidade nas transacções, que tal se firmou.

Quanto a esta quinta parte, emfim, não encontramos um verdadeiro acordo de vistas.

Ha dois systemas que se debatem,—um querendo conservar toda a pureza dos principios do Direito Romano,—outro contentando-se com a vontade das partes.

D'ahi o systema *tradicional* e o *consensual*.

Ao primeiro systema pertence o Codigo da Allemanha, que diz que a propriedade não está adquirida pelo comprador antes de haver a tradição.

E com este estão os Codigos da Prussia, Austria e Baviera.

Ao segundo systema pertence o Codigo Civil Francez que está á frente de todos.

Assim, porque comprehende-se, que os proprios Romanos, desejando simplificar as transacções, pela necessidade que d'isso havia, necessariamente deviam reconhecer opportunamente a facilidade que havia de advir sem a exigencia da tradição; com quanto elles a exigissem.

## 6.º Paragrapho

*Idem, em face do Jure constituendo*

Se procurarmos salvar a questão e deixarmos o espirito se levar por tendencias que parecem manifestar todas as legislações modernas, consagraremos o principio— *que a vontade é bastante para a aquisição do dominio.*

Nós vimos já que das antigas fôrmas, acceitas nos primeiros tempos do Direito Romano, se cahiu na tradição e d'esta nos tempos modernos « *no estado do ser livre* » como diz Molitor.

Houve já no nosso Direito, que conserva-se preso á exigencia do Direito Romano, um escriptor que manifestou pensamento contrario.

Refiro-me a Corrêa Telles, que diz : « que n'essa questão deve-se decidir que a tradição é cousa necessaria para a transferencia do dominio, porque a bôa razão ensina que o simples acordo das partes não deve bastar. »

Parece que não podemos dizer que seja uma conquista das legislações modernas, chegarmos ao estado do ser livre, porquanto GROTIUS, PUFFENDORF e outros, já pensavam que a vontade por si só era bastante para a aquisição do dominio.

No Direito Civil, ao contrario do Dir. Commercial, que regula uma serie de transacções que exigem celeridade, de acordo com a legislação patria e com muitas legislações antigas e modernas nós diremos que a— *Tradição*— é essencial para a aquisição do dominio.



## LIVRO SEGUNDO

DIREITOS REAES E PESSOAS COMO ELEMENTOS DO PATRIMONIO OU  
DIREITO PATRIMONIAL

### CAPITULO 4.º

HERANÇA. — PRESCRIPÇÃO

#### Secção primeira

##### 1.º Paragrapho

Vamos tratar dos modos de adquirir dominio pelo Direito Civil.

Os *modos Civis* de adquirir dominio dividem-se em *universaes* e *singulares*, conforme já dissemos.

Chamam-se *universaes* quando tratam de fazer a massa dos bens de um primitivo proprietario transferir-se para as mãos de outro.

Chamam-se *singulares* quando trata-se apenas da aquisição de uma parte de certos bens.

A' classe dos primeiros pertence a *herança*, — á classe dos segundos pertence a *usucapião* ou a *prescrição acquisitiva*, segundo a phraseologia moderna.

Na *herança* adquire-se a massa inteira dos bens do individuo que fallece.

Na *usucapião* adquire-se o objeto que está na posse de alguém durante um certo tempo.

E' conveniente saber-se si a herança é um modo de adquirir dominio de Direito Natural ou de Direito Civil; ou por outra — se as successões são de Direito Natural ou de Direito Civil. (1)

O Direito de transmittir bens por occasião da morte de um individuo, transmissão que se effectúa, guardando os preceitos e as determinações impostas pela ultima vontade dos proprietarios, ou guardando os preceitos das leis, é um direito universalmente acceito, consideração mesmo como um elemento conservador da paz e utilidade dos povos. 12

(1) Vide Caqitulo 5.º do livro 2.º.

Póde haver diversidade na fórma ou no modo porque se effectua essa transmissão.

Considerando-a á luz da historia, observa-se esta variedade de fórmas e a razão é simples.

O Direito das successões não regula só e simplesmente as relações do individuo que é dono da propriedade que se trasfere e as relações do individuo que adquire os bens.

Nos contractos trata-se dos Direitos dos que transmittem a propriedade e do que a recebe; mas, na herança trata-se ainda d'um elemento para a organização da familia e, portanto, para a organização da sociedade.

Portanto, a herança, que é assim um meio essencial para a organização da familia, deve receber do legislador mais attenção do que os contractos que tratam simplesmente de interesses particulares.

Entre outros escriptores encontramos Troplong sustentando que a successão é um modo de adquirir pelo Direito Natural, e elle pronuncia-se assim: si observa-se com cuidado todo o tempo da vida do homem, vê-se que elle não se limita a ter uma existencia só e simplesmente, emquanto é alimentado por um sopro de vida,— elle tende a prolongar-se alem da sua morte.

Porque é que o homem manifesta o desejo de deixar filhos?

Porque é que o homem procura prolongar o seu nome alem do tumulo, praticando actos heroicos, tornando-se bemquisto na sociedade?

Tudo isso quer dizer que nós devemos vêr na successão a realisação de todos esses desejos do homem: elle não quer extinguir-se, quer prolongar-se. E o pai n'este sentido está perfeitamente igual ao legislador, porque, se este não faz leis só para um povo, mas, para os que vierem, o pai de familia não quer prolongar-se só em uma familia, mas, quer perpetuar-se atravez do tempo.

Então, diz Seabra: se o homem visse que o seu trabalho teria de cahir n'um estado devoluto, de modo que as propriedades tivessem de ser *res nullius*, para que os outros viessem adquiril-as pela occupação, não encontrando um principio garantindo-lhe o Direito de dispôr o que é seu, não se consagraria sem duvida ao trabalho e á economia.

A vontade do moribundo, idealizada pela morte, tem um poder muito mais forte do que a vontade do pai de família enquanto dirigindo-a.

Praticar-se-hia um acto de immoralidade não guardando estas ultimas disposições: e é por isso que no seio da família, ainda mesmo aquellas disposições de ultima vontade que não vem revestidas de todas as solemnidades, são inteiramente guardadas pelos filhos.

São mais ou menos estas as idéas que provam que as successões tem seu fundamento no Direito Natural.

Outros escriptores dizem que estas considerações não significam que as successões sejam de Direito Natural.

O desejo do homem de prolongar-se, as tendencias do pai para sustentar o filho, são sentimentos dignos de todos os respeitos e dignos de serem acatados, mas não são um Direito.

Tudo isto é sentimento. O sentimento que o homem tem de prolongar-se é rasoável.

O Direito, porém, não têm por sua substancia o sentimento; o Direito muitas vezes encontra-se frio ao lado dos protestos e das desgraças humanas.

Si encontra-se um rico e um pobre, sendo muito natural que o rico empreste ao pobre, sem exigir-lhe paga, o Direito é inflexível e diz que o rico pôde cobrar tudo o que emprestou ao pobre, embora possa isto trazer duros pezares para o pobre e sua família.

Montesquieu diz que a lei natural obriga os paes a alimentar os filhos, mas a lei natural não obriga os paes a darem herança aos filhos.

No homem tem-se de satisfazer necessidades physicas intellectuaes e moraes.

Deve-se então encontrar as legislações respeitando a cada uma d'estas necessidades.

Ora, o homem tem necessidades enquanto vivo; uma vez morto ellas acabam e portanto cessam aquellas necessidades de desenvolvimento physico, intellectual e moral.

E' uma verdade, porem, que pela morte de cada individuo, se não houvesse uma lei determinada pela sociedade ou pela vontade do morto para a partilha dos bens, nasceriam inconvenientes.

E como a sociedade trata de estabelecer a paz, é uma *lei de Direito Civil* a lei que regula as successões.

A herança pôde ser tomada em tres sentidos: *objectivo*, *subjectivo* e *formal*.

No 1.º significa a massa de bens que é deixada por qualquer defunto,— sendo a mesma idéa que se encontra em Pothier.

No 2.º significa ella o Direito hereditario que nada tem que ver com a quantidade de bens deixados pelo individuo de cuja herança se trata.

No 3.º finalmente, isto é, no sentido formal a herança significa o titulo acquisitorio do dominio; e n'este sentido se diz: a herança é um dos modos de adquirir Direito.

E' n'este sentido que occuparemos a nossa attenção, visto que tratamos dos modos civis de adquirir dominio.

A herança jacente em Direito Patrio pôde ser considerada debaixo de dois aspectos, conforme se a estuda diante da legislação portugueza ou perante o nosso Direito modernissimo.

Segundo o Direito Portuguez, a herança jacente, nós temos como nol-a descreve a Ord. do liv. 3.º, tit. 80 § 1.º.

Mas cumpre notar que, segundo o Alv. que fez passar a posse dos bens de um individuo, que fallece, para seu herdeiro, já não se pôde tomar a herança jacente na significação do Direito Romano e do Portuguez, porque não ha um periodo em que a herança fique sem dono, porque ella sempre tem um representante, dada a morte de um individuo.

Portanto, não existe tomada no sentido em que o Direito Romano a entendia; mas existe tomada em uma das quatro hypotheses seguintes: em 1.º lugar se fallece um individuo sem fazer testamento nem mesmo legados e não deixa na terra herdeiros ascendentes ou descendentes, ou mesmo collateraes até o segundo gráo civil que sejam notoriamente conhecidos, dependendo portanto, de justificação. (1)

Em segundo lugar está a hypothese do individuo que fallece com testamento e não deixa testamenteiros presentes que deem execução ás disposições testamentarias, firmando o modo porque devem ser feitas as partilhas,— porque muitas vezes o homem pôde nomear testamenteiros que ou vão morrendo

1) Sobreira de Mello — Bens de defuntos e ausentes, vol. 1.º pag. 63.

ou retirando-se do lugar, de modo que por ocasião de sua morte ou de abrir-se o testamento, não se encontra quem dê execução ás disposições testamentarias.

Em terceiro lugar está a hypothese do individuo que fallece com testamento, ou mesmo sem elle, mas cujos herdeiros repudiam a herança.

Si alguém fallece e deixa testamento, mas seus herdeiros quer legitimos, quer hypotheticos, repudiam a herança, tambem n'esse caso é a herança jacente.

Em quarto lugar está a herança do fallecido sem herdeiros certos, ou se são conhecidos estão dependentes de habilitação, de modo que antes d'esta prova não se pôde dizer que haja um Direito é herança. (1)

Estes quatro casos encontram-se no Regulamento de Junho de 1859 no art. 3.º

Herdeiro se diz então na linguagem do Direito aquelle que succede em todos os bens e Direitos do defunto; é o que toma conta da universalidade dos bens da herança, e corresponde elle então, em relação á herança, ao seu primeiro dono.

O legatario, porém, é aquelle a quem é deixada uma parte ou muita cousa, especificadamente determinadas, ou uma quota,—e então a differença entre o herdeiro e o legatario está patente.

Antes da partilha o herdeiro representa Direitos sobre a totalidade dos bens, ao passo que o legatario representa um Direito especial sobre uma parte determinada da herança.

Os herdeiros pôdem-se apresentar com dois typos differentes; elles são considerados ou como *legítimos* ou como *testamentarios*.

Os primeiros são os que tiram seus Direitos successorios da lei; os segundos são os que tiram os Direitos successorios da vontade do testador.

Assim, é visto que não é licito áquelles que tem filhos ou áquelles que tem pai ou mãe, dispor da totalidade dos bens, excluindo a qualquer um d'estes, porque elles são herdeiros necessarios.

(1) Ord. liv. 4.º tit., 94., tit. 95 princ. e 96.—Gouvêa Pinto, trat. de testamentos, pag. 284, nota 217 onde se diz que, segundo os interpretes, o conjuge que não desse causa a separação, deveria excluir o fisco, succedendo ao conjuge fallecido.

Se um individuo fallece sem testamento, vêm os seus herdeiros ascendentes ou descendentes e os collateraes até o segundo gráo : de modo que estes herdeiros assim chamados pela lei, são os que se chamam herdeiros *legítimos*.

Mas o herdeiro legítimo pôde ser *necessario* e *hypothetico* : *necessario* é aquelle que tem forçosamente de herdar quer o testador queira, quer não (*salvas as excepções das desherdações*), porque ha herdeiros que tem de receber uma parte qualquer das duas porções que a lei manda respeitar.

*Hypotheticos* são os que podem herdar ou deixar de herdar: assim os collateraes, isto é, o individuo que fallece, se não tem ascendentes nem descendentes que lhe devam succeder necessariamente, pôde dispor da totalidade dos bens, mas se não dispõe são chamados á herança seus irmãos, sobrinhos, collateraes emfim, até o segundo gráo. (1)

## 2.º Paragrapho

### *Fidei commissio*

A's vezes a herança dá logar ao *fidei commissio*, que é composto das palavras— *fidei-fé* e *committere*— confiar :— significa em geral o que é confiado á bondade e lealdade de alguém.

Em Direito é disposição pela qual o testador encarrega alguém seu herdeiro de entregar a certa pessoa e em tempo certo a universalidade da herança ou somente uma quota, ou certa cousa da mesma herança.

O *fidei commissio* tambem apresenta-se, portanto, com o character de universal ou particular, apresentando assim o character da herança ou do legado : *universal* quando a entrega deve ser da totalidade dos bens : *singular* quando a entrega deve ser de uma parte da herança ou de uma cousa determinada.

(1) Sobreira de Mello.— Bens de defuntos e ausentes, vol. 1.º pag. 68, onde diz no art. 4.º do dec. n. 2433 de 15 de Junho de 1859 : si os collateraes dentro do segundo gráo não forem notoriamente conhecidos, dependem de habilitação. No caso contrario até ao decimo gráo civil, mediante á habilitação, conforme a Ord. do liv. 4.º tit. 94 e 92, 95 e 96.

Já desde os tempos da Jurisprudencia Romana era conhecida esta fórma, porquanto os commentadores do Direito Romano nos dizem que Cicero reprehendeu a Sextilio, por se haver apoderado de um peculio que lhe havia sido deixado para o entregar á sua filha.

O herdeiro a quem é confiado este encargo chama-se *fiducario cu gravado*; aquelle a quem elle deve transmittir a herança ou parte d'ella, determinada pelo testador, chama-se *fidei-commissario ou substituto*.

*Fideicomisso*, emfim, segundo Gouvêa Pinto, é tudo aquillo que é deixado pelo testador com palavras imprecativas e rogativas.

### 3.º Paragrapho

#### *Legatario*

Trigo de Loureiro, guiando-se pela Jurisprudencia Franzeza, faz a distincção do legatario por titulo *universal* e por titulo *particular*.

Se existe, porem, a noção que elle liga á primeira especie, então é ella a mesma que já ficou exposta em relação ao herdeiro.

Portanto, esta noção vai destruir completamente a harmonia que deve existir no Direito.

Já ficou firmado que herdeiro é apuelle que tem Direito á universalidade dos bens.

O legatario é aquelle que não tem Direito senão á uma parte da herança, ou pela quota parte d'ella, ou por um objecto especial.

Ora, si, portanto, nós encontramos um individuo que abraça a universalidade dos bens da herança não se pôde chama-lo legatario, porque elle é indubitavelmente herdeiro e isto está na propria doutrina de Trigo de Loureiro, porque elle diz *que este legatario está equiparado ao herdeiro*.

O legatario por titulo universal é reconhecido por nossa legislação no sentido de designar o individuo que não tem que receber um objecto determinado, mas sim uma quota parte da herança.

Se o testador, porem, deixa um a casa, um objecto qualquer determinado a um individuo, se diz que este é legatário por titulo singular.

Mas, se o testador, dispondo de sua herança na fôrma prescripta pela lei, diz que a quota parte de sua fortuna pertencerá a um individuo, ou todos os bens moveis, é este *legatario por titulo universal*, porque tem um titulo geral que se estende sobre a universalidade dos bens para adquirir uma parte.

De facto, esta doutrina está na Ord. do liv. 4.º tit. 82 princ., onde se trata do pai que dispõe da terça parte dos seus bens sem fallar nos seus filhos, e se reputa bôa esta disposição.

A doutrina do nosso Direito consiste em não poder o pai dispor da totalidade de seus bens.

Então se o pai dispozer da terça parte dos seus bens, sem fallar no filho, fará uma disposição boa.

Aquelles que ficam comprehendidos nas disposições da terça chamam-se legatarios.

Ha grande differença entre essas duas especies de legatarios, e é por isso que no inventario são elles acceitos ou não, conforme os titulos que apresentam.

Assim, o legatario por titulo singular não pôde intervir no inventario, porque nada tem com a quantidade de bens que concorre para a herança, si estão todos ou não.

O legatario universal, como tem Direito á uma parte da herança, como tem de exigir uma porção dos bens que formam a herança, intervem no inventario. Assim, portanto, ficam conhecidas estas duas unieas especies de legatarios.

## Secção segunda

### *Prescripção*

Prescripção.— Para aproveitar a prescripção é necessario a bôa fé do prescrebente.

Esta bôa fé, na prescripção acquisitiva, consiste na persuasão em que está o possuidor de que a cousa possuida lhe pertence de propriedade.

O essencial requisito de prescrição acquisitiva consiste na posse ou quasi posse, si se trata de um Direito, a qual, para operar este effeito, deve ser: 1.º fundada em justo titulo: 2.º a posse deve ser publica e não equivocada, nem viciosa: 3.º finalmente, é necessario que a posse dure pelo espaço de tempo marcado nas leis, o qual varia conforme as differentes especies de bens e suas circumstancias.

O espaço ordinario da posse exigido para a prescrição acquisitiva dos bens moveis é o de tres annos: para os immoveis é o de dez annos entre presentes e de vinte entre ausentes.

Si o espaço correu parte entre presentes e parte entre ausentes, contam-se os annos da presença e os da ausencia exigem-se em dobro;— por outra, contam-se dois annos de ausencia por um de presença.

Recorre-se á posse de trinta annos nos seguintes casos: 1.º quando o possuidor não tem justo titulo, porque o tempo fal-o presumir perdido: 2.º quando as cousas foram antecedentemente furtadas, ou tomadas violentamente, as quaes o possuidor de boa fé mesmo não pôde prescrever, senão n'este espaço.

Exige-se a posse de quarenta annos para a prescrição: 1.º dos bens nacionaes, que pôdem ser alienados: 2.º dos bens municipaes e ainda exige-se em 3.º lugar para a dos bens da egreja.

O tempo da prescrição ordinaria dos Direitos pessoaes é de trinta annos, contados do dia dos vencimentos das obrigações. (1)

(1) Ord. liv. 3.º, tit. 40 § 3.º—liv. 4.º tit. 3.º § 1.º—liv. 2.º tit. 53 § 5.º—liv. 4.º, tit. 66—liv. 1.º, ttt. 68 § 42 e § 32.

Teixeira de Freitas— Cons. das leis civis, arts. 853 e seguintes, artigos 1.319 a 1333.

Coelho da Rocha—Tr. de Dir. Civ. Portuguez e Acc. da Relação de Minas de 28 de Julho de 1876.

## SEGUNDO CAPITULO

*Modes pelos quaes se adquire e se repudia a herança.*

## BENEFICIO DE INVENTARIO

## Secção unica

Esta materia tem summa importancia perante o Direito Romano, mas, perante o Direito Patrio, perante a doutrina do Alv. de 1754, de passarem os bens para o herdeiro logo depois da morte do testador, perdeu todo aquelle interesse.

O Direito Romano diz que para o herdeiro adquirir a herança é preciso praticar a adição, e, definindo-a, um autor diz: que a adição da herança era o acto solemne, inventado pela lei civil, pela lei romana, pelo qual o herdeiro significava que acceitava a herança ou ella viesse por força da lei, ou por força da vontade do testador.

No Direito Patrio, a respeito da necessidade da adição da herança, Mello Freire e Trigo de Loureiro dizem que os herdeiros legitimos adquirem a herança *ipso jure*; mas, os testamentarios ou escriptos precisam praticar um acto pelo qual signifiquem a acceitação da herança. Portanto, dividem a materia e em parte seguem o Direito Romano e em parte não.

Quando se trata dos herdeiros testamentarios é necessario aquelle modo; mas, quando se trata dos herdeiros legitimos aos quaes a herança passa *ipso jure*, entendem que não é elle preciso.

Não vemos porem fragmentos do Direito Patrio, nem deducção alguma que possa fundamentar aquella distincção.

O Alv. de 9 de Novembro de 1754, base d'esta materia, não faz aquella distincção de herdeiros legitimos e testamentarios.

Pelo contrario, quando faz a transmissão e posse, se refere aos herdeiros escriptos e legitimos, pois elle usa estas expressões.

Ora, os herdeiros escriptos são os testamentarios : portanto, si o proprio Alv. diz que a posse se transfere do mesmo modo, quer se trate dos herdeiros escriptos, quer dos legitimos, não vemos onde se pôde assentar essa distincção de necessidade de manifestação dos herdeiros testamentarios e desnecessidade dos legitimos.

E na pratica vê-se que elles não precisam de declaração alguma.

Trigo de Loureiro falla em varias Ordenações que baseam as proposições relativas á desnecessidade da adição entre nós.

E, quanto ao repudio, o mesmo Trigo de Loureiro entende que elle deve ser feito expressamente, porque, de conformidade com a doutrina do Alv. de 1754, o herdeiro entra logo na posse da herança ; e então é necessario que haja uma manifestação expressa em sentido contrario.

No tratado do Direito Civil de Trigo de Loureiro encontra-se tres questões que pôdem ser aventadas no Direito Patrio, mas transportadas do Direito Romano.

A 1.<sup>a</sup> é: si se pôde aceitar a herança em parte e repudial-a em parte.

A 2.<sup>a</sup> consiste em saber si por ventura, o herdeiro pôde receber a herança com condições.

A 3.<sup>a</sup> é: si uma vez adida a herança, pôde ser repudiada.

A respeito da primeira questão divergem os escriptores de Direito Portuguez.

Mello Freire entende que o herdeiro pôde receber a herança em parte e recusal-a em parte.

Pereira e Souza e Lobão contestam esta proposição.

Para solução d'esta questão em Direito Patrio ha duas razões estabelecidas :

A) Que a herança, antes de adida, não é propriedade do herdeiro e portanto, elle não pôde dividil-a em partes, recebendo uma e repudiando outra.

Dividir uma cousa qualquer sómente pôde fazer o proprietario : o herdeiro não é ainda dono, e portanto, não pôde receber a herança em parte e repudial-a em parte.

Mas, esta razão é um pouco falsa.

Em todo o caso elle tem já um Direito que indubitavelmente no Direito Patrio está declarado, no Alv. de 1754.

Mas, é regra do nosso Direito— cada um pôde desistir dos seus Direitos, e portanto, si pôde desistir do todo, pôde desistir de uma parte.

B.) A segunda razão é que o defunto não pôde ser representado pelo herdeiro em parte.

Assim como a pessoa do testador não pôde ser mutilada, a pessoa que representa o testador não pôde sel-o tambem.

Mas, elle o seria si o herdeiro tivesse o Direito de receber em parte e repudiar em parte a herança.

Lobão, Coelho da Rocha e Trigo de Loureiro impugnam a doutrina de Mello Freire, á qual nos inclinamos por parecer-nos mais acorde com a razão.

Gouvêa Pinto diz : sempre foi Direito do testador dispor de uma parte da herança e deixar as outras duas para serem entregues a seus herdeiros.

Portanto, si no Direito Portuguez, differentemente do Direito Romano, de cujo principio sahem as duas razões que apresentamos, alguém podia dispor de uma parte de sua fortuna, deixando a outra sujeita aos destinos que a lei lhes dava, nós não temos este principio da indivisibilidade da herança. (1)

Uma lei de Setembro de 1769 acabou com todas as ceremonias do Direito Romano em materia de testamento.

A respeito da segunda questão que estabelecemos, que consiste em saber « si, por ventura, o herdeiro pôde receber a herança com condições, » não vemos uma razão solida para negal-a, por ex : a condição de *dia* ou *ex-die*. Si, porem, esta liberdade é inutilisada pela vontade do testador, então não pôde o herdeiro declarar que só de tal dia em diante a receberá.

A vontade do testador é a lei e então deve ser executada. Ainda é um principio do Direito Romano que a herança não admite procurador. A solemnidade da herança pede que ella seja entregue á pessoa do herdeiro.

Mas, isso não tem lugar entre nós, onde admite-se o Procurador, mas, com Procuração especial para esse fim ; e assim pôde a herança ser adida pura ou condicionalmente *in diem* ou *ex die*, porque tudo depende do arbitrio do herdeiro, excepto se for feita a restricção pela pessoa do testador.

Quanto á *terceira* questão diremos com o proprio Trigo de Loureiro, que uma vez adida a herança não pôde mais ser repudiada, salvo pelo *beneficio de restituição*.

Assim, uma vez adida a herança, ou recebida, é herdeiro vinculado aos encargos da mesma e não pôde repudial-a.

Fundamentamos esta these com a Ord. do liv. 4.º tit. 87 § 3.º que diz que o menor de 25 annos, por privilegio especial que ella concede, pôde mudar de vontade a respeito da aceitação da herança, ainda depois de aceita. (1)

N'isto o Direito Romano foi seguido pelo Direito Portuguez; e o mesmo privilegio vamos encontrar concedido ao filho familia: ora, se isso é privilegio de duas classes, segue-se que em regra geral não se pôde mais repudial-a.

Os herdeiros incapazes de adir a herança são os furiosos, mentecaptos, infantes e impuberes, assim como tambem são incapazes de repudial-a.

O acto de adir ou repudiar a herança é um acto importante da vida civil; mas, os furiosos os mentecaptos e menores se acham tolhidos na administração de sua pessoa e bens, em consequencia da posição anomala em que se acham.

Então, tendo estes um representante, é doutrina corrente do nosso Direito que só esse representante é o competente para aceitar ou repudiar a herança; e nem se deve pensar que a aceitação ou repudio da herança independe da intervenção do representante, por haver beneficio para o individuo que a recebe, porque tambem varias vezes a herança traz encargos para aquelle que a recebe, exigindo-se por isso aquella intervenção. (2)

Sobre a prohibição da alienação dos bens immoveis pelo marido sem a intervenção da esposa, (3) Guerreiro diz, que não é possivel, assim como a prohibição, o marido repudiar a herança que consiste em bens immoveis independentemente da outorga da mulher. Com Guerreiro pensam Coelho da Rocha e Liz Teixeira.

Quanto ás dividas e obrigações deixadas pelo testador uns dizem que devem ser pagas pelos herdeiros, porque o herdeiro succede em todos os Direitos, assim como em todas as obrigações do defunto.

(1) Em nosso Direito a idade exigida é de 21 annos.

(2) Ord. liv. 4.º, tit. 98 § 3.º.

(3) Ord. liv. 4.º, tit. 48.

Mas dizem ao mesmo tempo que os herdeiros não devem ser responsáveis pelo pagamento desde que não recebam bens sufficientes para isso.

Assim pensam Mello Freire e Lobão.

Estabelecem, portanto, o principio de que as dividas devem ser pagas quando não excederem á herança.

O meio unico de saber-se, si o testador tinha ou não bens sufficientes para o pagamento das dividas, é o inventario; e o individuo herdeiro é então obrigado a fazel-o para que se possa ter essa certeza.

Si por ventura o herdeiro não tomar a cautela de fazer inventario, ainda que não receba bens sufficientes elle fica responsável pelas dividas do defunto.

O herdeiro livra-se d'esta obrigação si lançar mão do *beneficio do inventario*.

A idéa Juridica que se prende á expressão— *beneficio do inventario*— é um recurso inventado pela Jurisprudencia na lei ultima do Codigo, no Titulo « *de jure deliberandi*. »

Assim, pois, no Direito Romano creou-se este outro recurso, ao qual chamou-se— *Direito de deliberar*.

Consiste elle em um praso que é marcado ao herdeiro para declarar se aceita ou não os encargos da herança e Trigo de Loureiro assim o define :

Este Direito é um Direito correlato ao chamado— *beneficio de inventario*.

O Direito de deliberar somente pertence aos herdeiros voluntarios.

Não se acha este beneficio expressamente adoptado em nossas leis, não ha lei alguma que declare o tempo certo no qual se ha de adir ou repudiar a herança.

Entretanto acha-se em diversos autores que a instituição foi recebida pelo Direito e a pratica o mostra.

Quando não ha parte que declare a acceitação ou repudio do individuo, entende-se que este Direito permanece no herdeiro durante o praso de 30 annos.

Mas este praso é no caso de não ter havido antes a declaração do herdeiro.

Não sendo porem possivel haver esta inercia promulga-se immediatamente um recurso e este recurso é o da intimação ordenada pelo Juiz para fazer o herdeiro declarar se

repudia ou não a herança, dentro de um certo praso; e então se elle não declara, *se fôr o herdeiro legitimo que apresentou-se requerendo*, como é de seu interesse que a herança seja repudiada, julga-se repudiada a herança pelo herdeiro instituido.

Si quem requer é o legatario, procede-se de conformidade com o seu interesse como se fazia no Direito Romano.

Então, findo este praso, julga-se a questão, conforme o interesse do que pede a declaração.

Este prazo, por praxe, costuma ser de oito ou dez dias os quaes são notificados e publicados em audiencia; fazem-se depois os autos conclusos e o Juiz julga por sentença.

Dizem, porem, que ao prudente arbitrio do Juiz se deve entregar a fixação d'este prazo, e de facto ha casos em que o prazo de oito a dez dias é insufficiente para o herdeiro deliberar.

Diz Gouvêa Pinto no seu tratado de testamentos na pag. 212 que o beneficio do inventario produz o effeito de se não confundirem os bens do testador defunto com os que tinha o herdeiro.

## CAPITULO 3.º

### *Testamento e codicillo*

#### 1.º Paragrapho

Si nos actos da vida civil é facil reparar um erro por um novo acto, nos testamentos é isso impossivel; porque consultado um advogado para fazer o testamento de alguém, si o fizer com erro que traga a sua nullidade já se não poderá mais reparal-o e isso produzirá grandes inconvenientes.

Convem que notemos que ainda estamos na enumeração dos modos de adquirir dominio; ainda estamos tratando da herança, mas da herança testamentaria para depois tratarmos da herança legitima.

Chama-se testamento a disposição de ultima vontade.

Segundo definio Modestino, testamento « *est voluntatis nostræ justa sententia de eo, quod quis post mortem suam fieri velit* » ; ou melhor—é uma disposição, ou declaração justa, ou solemne, da nossa vontade, sobre aquillo que queremos se faça depois da nossa morte.

Podemos nos servir d'esta definição, porque exprime bem o que é testamento entre nós, já que se não acha definido em nossas leis.

Na herança testamentaria apparece o titulo da ultima vontade e então ella se effectua guardadas as disposições que são mandadas pelo testador.

Quando não se faz testamento não ha manifestação de vontade ; sempre que ha testamento ha uma manifestação de vontade, que então se chama—*ultima vontade*.—

*Ultima vontade* na linguagem do Direito Romano, segundo consta do Digesto, era aquella que não era seguida de outra.

Essa definição porem não tem satisfeito a todos. Outros a dividem em vontade *abstracta* e *concreta*.

A 1.<sup>a</sup> realisa-se quando não se dá em relação a algum factio.

A 2.<sup>a</sup> realisa-se quando se dá em relação a algum factio.

D'ahi a differença da vontade *em denominada e não denominada*.

Quando se trata da vontade de uns em relação a outros, a que tem sido manifestada em ultimo lugar se chama ultima vontade.

Mas na linguagem dos testamentos, no Direito, por ultima vontade entende-se a manifestação que o individuo faz de tudo aquillo que elle quer que se realise depois da sua morte, ou com relação aos seus bens ou com relação á sua pessoa.

Esta divisão de vontade *abstracta e concreta* não tem sido geralmente seguida.

## 2.º Paragrapho

### *Codicillo*

O codicillo é uma parte do testamento e é considerado como uma especie d'este.

A palavra *codicillo* entre os latinos era o mesmo que epistola ou carta.

Codicillo é uma disposição de ultima vontade sem instituição de herdeiro. (1)

Assim se chama o *codicillo* ou *cedula* por diminuição, que quer dizer pequeno testamento.

Assim, porque o testamento era entre os latinos o *Codex* grande e o *Codicillo* era como um pequeno testamento: porque, como diz HEINECIO, costumavam os testadores, depois de fazerem seus testamentos, escrever bilhetes aos herdeiros instituidos, nos quaes ordenavam alguma cousa, como uma especie de advertencia feita aos mesmos, sem que ahi entrasse alguma cousa que pertencesse á instituição.

Muitas vezes o individuo póde fallecer com testamento e com codicillo.

Faz testamento e uma casa que elle deixou a um herdeiro é tirada de sua fortuna: por isso, receando o testador que abrindo-se o seu testamento não se possa realisar o legado que elle deixou, sente a necessidade de explicar o que se fará, mas não quer fazer um novo testamento porque é sempre este um acto de difficuldades e julga que é preciso ir unicamente consignar este ponto dos seus negocios para que o Juiz saiba como resolver a duvida.

Então essa explicação do testador é o que se faz pelo codicillo.

Vemos que o codicillo como o testamento é tambem disposição de ultima vontade.

Portanto, é justo que á definição de testamentos dada por Modestino se accrescente a circumstancia seguinte: que o testamento deve ter a instituição de herdeiros, ao passo que o codicillo não tem.

O testamento difere do codicillo no seguinte: 1.º no codicillo não se póde dar ou tirar a herança directamente (Ord. liv. 4.º tit. 86) como nos testamentos: 2.º nos codicillos basta que intervenham quatro testemunhas, alem do escrevente, quando nos testamentos são necessarias cinco (Ord. cit. § 1.º): 3.º no numero d'estas quatro testemunhas pódem entrar tambem mulheres, quando, entretanto no tit. 80 do mesmo liv. 4.º da Ord. se requerem cinco testemunhas varões nos testamentos solemnes.

(1) Ord. liv. 4.º tit. 86 princ.

## 3.º Paragrapho

*Transmissão da herança*

O nosso Direito não faz aquella distincção de herdeiros do Direito Romano, em herdeiros *necessarios*, *seus* e *necessarios e voluntarios* : se temos herdeiros *necessarios* é n'uma significação diversa do Direito Romano e então o principio que nos rege é o do Alv. de 1754, que estabelece que pela morte do individuo, de cuja herança se trata, passam seus bens para a posse do herdeiro.

Portanto, como consequencia d'esse principio, o herdeiro que morre depois do testador, como já tem adquirido a posse transmitida pela morte do testador também transmite a posse para os seus herdeiros pelo facto de sua morte.

Então a inversa é também regra exacta, isto é, se o herdeiro morre antes do testador, como nada tinha adquirido, nada transmite.

Na transmissão da herança encontra-se uma questão interessante e é uma das bonitas questões de successão.

Esta é : morre alguém, deixa um individuo como seu herdeiro, mas a transmissão d'essa herança fica dependente de uma condição : antes de realisar-se a condição morre o herdeiro : e então trata-se de saber se o Direito successorio transmite-se aos herdeiros d'este herdeiro, ou si pelo facto da não realisação partiu-se o fio que prendia este herdeiro ao primitivo instituidor.

Este principio é deduzido de Mello Freire que diz que, embora pendente a condição, transmite-se aos herdeiros do herdeiro a successão, isto é, não transmite-se a herança porque ella não foi transferida ainda, mas em todo o caso transfere-se o Direito Hereditario.

Mello Freire, porem, apresentando esta opinião, acha que dá uma solução contraria á maneira pela qual o Direito Romano resolve a questão.

Gouvêa Pinto assim pensa também, de acordo com Mello Freire.

Vamos ver quem póde ser nomeado herdeiro legatario.

Estabelecemos a regra geral de Direito— que quem tem a livre disposição de seus bens, porque não tem herdeiros forçados, pôde dispor livremente d'elles; mas mesmo no caso em que elle tem a sua legitima forçada, existe o Direito de plena liberdade da disposição em toda a extensão da terça.

Isto está na Ord. liv. 4.º tit. 82.

A' vista pois de achar-se fundamentada esta regra no nosso Direito, pre-cindimos de maior desenvolvimento.

#### 4.º Paragrapho

##### *Direitos e obrigações geraes do herdeiro ou legatario*

O herdeiro uma vez instituido precisa praticar algum acto pelo qual mostre effectivamente que accêita a herança.

Antes de examinarmos a questão a respeito do legado diremos que o herdeiro tem que pedir a herança a quem está na posse d'ella.

Assim, no caso em que se realisa a morte de alguém, determinam as Ordenações que, se quem fallece é a esposa, o marido continúe na posse que tinha como cabeça de casal; ha aqui a continuação da situação em que estava o marido por occasião da morte da esposa; mas si morre o marido a mulher é instituida na posse dos bens.

Portanto, os herdeiros ao viuvo ou viuva têm de pedir os seus quinhões hereditarios.

Isto com relação ao Direito dos herdeiros.

Agora com relação ao Direito dos legatarios diremos que o legatario tem que pedir o legado, tambem em regra geral, ao individuo ou individuos que estão na posse do mesmo.

Quando ha herdeiros legitimos, *mas não necessarios*, como são os irmãos, não pôde haver a desherdação, senão em casos certos e determinados como os declarados pela Ord. do liv. 4.º tit. 88 §1.º e outros.

Quando ha herdeiros necessarios, ha uma excepção de que fallam as Ordenações— em que o testador pôde dispor da totalidade dos seus bens e pôde desherdar seus herdeiros necessarios quando houverem praticado os crimes civis da Ord. do liv. 4.º tit. 90.

## 5.º Paragrapho

### *Distribuição dos bens em geral*

O testador que não tem herdeiro necessario é livre na distribuição de seus bens.

Portanto, pôde instituir um individuo como seu herdeiro, ou não fallar em herdeiro e distribuir por muitos a sua fortuna.

Trataremos d'esta materia melhor quando desenvolvermos a « *instituição de herdeiros* », porque então o faremos mais minuciosamente.

## 6.º Paragrapho

### *Direito de accrescer*

Os autores estão acordes em dizer que o Direito de accrescer é aquelle pelo qual um co-herdeiro ou legatario percebe a porção do outro que foi instituido juntamente com elle no testamento, visto que este não poude ou não quiz receber o seu quinhão.

Não examinaremos esta instituição em todo o seu fundo, pelo Direito Romano, porque parece-nos não ter importancia perante esse mesmo Direito, uma vez que acha-se baseada em superstições e conjecturas que, como sabemos, não tem força.

Examinaremos portanto a materia perante o Direito Patrio.

Mello Freire não admite o Direito de accrescer nem com relação ás heranças, nem com relação aos legados.

Com relação ás heranças— porque elle reputa supersticiosas as razões do Direito Romano, e com relação aos legados— porque a presumpção em que basea-se o Direito Romano tambem não pôde ser acceita em vista da organização de nossas instituições Patrias.

Não se deve presumir que o testador quiz favorecer aos legatarios instituidos, com prejuizo dos herdeiros legitimos.

Lobão admite este Direito com relação aos legados, mas não o admite com relação ás heranças: quanto aos legados porque elle acha acceitavel a conjectura em que se basea o Direito Romano e o observa que realmente instituidos dois individuos para serem beneficiados por um legado é de presumir que na falta de um, a parte d'este venha a beneficiar a outro.

Não acontece o mesmo com relação á herança que é baseada n'aquellas razões de ignominia, de indivisibilidade, etc. que elle não acha boas em Direito Patrio.

Corrêa Telles regeita quanto ás heranças, citando até opiniões de Mello Freire e de Lobão, mas faz a distincção de herdeiros instituidos com quota certa ou não, porque estes, diz elle, devem ficar com aquella parte; mas admite o principio de Direito Romano sem limitações, com relação aos legados.

Coelho da Rocha admite o Direito de accrescer e acceita-o em todos os casos do Direito Romano e como vê elle que aquella base do Direito Romano incontestavelmente não é recebida no Direito Patrio, porque é expressamente condemnada pela legislação Portugueza—vai procurar outro fundamento.

Diz elle: não servem então de base para o Direito de accrescer a herança ou legado aquellas razões supersticiosas do Direito Romano, mas deve servir de base a consideração de que é permittida pela lei a faculdade de cada um dispor dos seus bens na parte que o Direito garante;—é necessario ser coherente com este principio e levar-o ás ultimas consequencias.

E essa disposição supre a vontade do testador em todos aquelles casos que não offendem o Direito dos herdeiros legitimos.

Diremos que o Direito Romano não é subsidiario senão quando está de conformidade com a lei da boa razão.

A successão legitima entre nós é mais considerada do que a testamentaria.

As disposições testamentarias são consideradas até certo ponto como disposições odiosas.

A successão legitima é mais favorecida e em caso de duvida deve-se resolver a questão de modo a dar triumpho ao herdeiro legitimo sobre o testamentario, e é isso o que nos manda a lei.

Nos parece mais coherente a opinião de Mello Freire e com elle diremos : não ha o Direito de accrescer nem com relação á herança, nem com relação ao legado.

Gouvêa Pinto na sua nota 202, trat. dos testamentos, admite esta mesma opinião de Mello Freire, com quem se acha em perfeito accordo, dizendo : entre nós não tem lugar a disposição do Direito Romano sobre o Direito de accrescer, que se verificava nos legados, *fidei-commissos* e ultimas vontades, quando faltava um dos co-legatarios, ou co-herdeiros, para salvarem o principio e regra, que ninguem podia morrer *pro parte testatus* e *pro parte intestatus*; e para isso figuravam varias especies, d'onde nasceram disputas que fizeram esta materia muito difficil e obscura; basta-nos saber, que, tendo semelhantes disposições razões supersticiosas e falsas, devemos ter como regra a vontade do testador, porque quando elle determina a porção ao herdeiro e ao legatario, é unicamente com intenção de beneficiar-o n'aquella parte e não em toda, pois tem a faculdade de substituir herdeiro, e não usando d'ella vai aos herdeiros *ab intestado*; e quanto aos legados, se um dos co-legatarios não aceitar o legado, sempre se presume que o testador quer que vá ao herdeiro, visto que é a pessoa mais favorecida do mesmo.

## 7.º Paragrapho

### *Instituição de herdeiros*

Se por uma interpretação julgarmos a instituição de herdeiros não necessaria e se assim fizermos um testamento, sendo essencial esta condição, teremos feito um testamento nullo, que não pôde produzir efeitos.

Portanto, julgar se a instituição de herdeiros é ou não cousa essencial, é julgar sempre a validade do testamento.

Espiritos cultos, autoridades incontestaveis em Direito Civil divergem quanto á necessidade da instituição de herdeiros.

Trigo de Loureiro nos diz que a instituição de herdeiros não é cousa necessaria no Direito Patrio.

Pinheiro diz que a instituição de herdeiros é o acto de ultima vontade, pelo qual aquelle que pôde testar nomea um ou muitos successores em primeiro gráu— os quaes succedem na totalidade dos bens e dos Direitos do defunto.

Em cada uma d'estas palavras encontra-se uma disposição necessaria.

Começa aquelle civilista dizendo que é um « *acto de ultima vontade* » e a razão é porque não se pôde effectuar uma instituição *inter vivos*, não se pôde fazer que de qualquer modo um individuo entre na successão de outro sem testamento : d'ahi vem que a instituição de herdeiros é revogavel como é o testamento.

Mas, continúa o civilista « *pelo qual, aquelle que pode testar* »— isto significa que aquelle que não pôde testar não pôde instituir.

Quem diz testar diz instituir no sentido de que não pôde fazer instituição quem não pôde fazer testamento.

Mas, continúa « *escolhe um ou muitos successores* » porque no testamento se pôde instituir ou a um só individuo ou a muitos, que succederão ao defunto.

Diz ainda a definição « *em primeiro gráu* » para distinguir da successão em que é chamado alguém em segundo gráu, isto é « *instituo meu herdeiro a Pedro e na falta d'elle a Paulo.* »

Pedro é chamado por instituição, Paulo por substituição.

Conclue a definição « que succedem na totalidade dos bens » porque aquelle que tem bens é representado pela pessoa do herdeiro e a successão d'este comprehende todos os Direitos d'aquelle.

Ha escriptores que são acordes quanto a necessidade da instituição de herdeiros e outros ao contrario.

Estamos de accordo com os que pensam que é necessaria a instituição de herdeiros, conforme a Ord., liv. 4.º tit. 86, em que se falla da fórma de solemnizar os codicillos quando diz « *que os codicillos são disposições de ultima vontade sem instituição de herdeiros* » ; d'onde se deduz á primeira vista que no testamento é necessaria para a sua validade, como por Direito Romano, e que esta é uma das differenças que ha entre testamento e codicillo.

No testamento, segundo Lobão, a instituição de herdeiros é essencial.

Lobão vê na somma dos legatarios não mais que uma instituição.

No Direito Civil Patrio não é necessaria a instituição de herdeiros segundo Mello Freire.

Corrêa Telles diz que sem instituição de herdeiros não ha testamentos.

## 8.º Paragrapho

### *Das substituições dos herdeiros*

Substituição é a instituição de herdeiros feita pelo testador em segundo grau segundo a Ord., liv. 4.º, tit. 87.

As substituições dividem-se em cinco especies, a saber : *vulgar, reciproca, pupillar, exemplar, e compendiosa.*

1.ª— *Substituição vulgar :*

Substituição vulgar é a que se faz commumente por esta fórma : *instituo a Pedro por meu herdeiro e se não o for, seja Paulo, ou, se Pedro não quizer ser meu herdeiro, seja meu herdeiro Paulo.*

E' valida esta substituição e tem lugar si o herdeiro instituido não aceitar a herança, por não querer, ou não poder; porque se a aceitar, logo espira a substituição vulgar, como é expresso na Ord. liv. 4.º tit. 87, § 3.º

Já se vê que sendo feita d'este modo, comprehende os dois casos de não ser Pedro o herdeiro, ou porque não quiz ou porque não pôde; e qualquer d'elles que aconteça leva a herança a Paulo como substituto de Pedro.

Se o herdeiro fôr menor, ou filho-familias instituido por seu pai testador, tendo aceitado a herança, por particular privilegio lhe é concedido mudar de vontade, á cerca da acceitação, usando do dito privilegio, e irá então a herança ao substituto vulgar, posto que já estivesse d'ella excluido. E da mesma sorte « *se o soldado fizer testamento e n'ellê substituição militar conforme privilegio que lhe é concedido, nem por isso deixará o substituto de ter lugar, vindo a tempo, embora mesmo haja aceitado a herança o herdeiro instituido, acontecendo até que será a ella admittido, se for a mesma deixada, vindo a tempo* » conforme a Ord. cit. § § 3.º e 4.º.

## 9.º Paragrapho

*Substituição reciproca*

Substituição reciproca é a que comprehende e contém muitas substituições diferentes, por causa das pessoas entre as quaes se faz, e se chama assim, porque se substituem reciprocamente entre si muitos herdeiros instituidos, e se faz d'esta maneira: *Instituo pro meus herdeiros a Pedro, Paulo e Franc. sco, os quaes substituo entre si*, ou quando por outras palavras semelhantes ordena o Testador que succedam uns aos outros. Ord. cit. do liv. 4.º tit. 87 § 5.º.

Si todos os herdeiros que assim o Testador instituir e substituir reciprocamente, passarem da idade pupillar, em tal caso a substituição reciproca entre elles feita não será mais que vulgar. Si porém todos forem pupillos, *filhos do Testador*, tal substituição inclue tambem a pupillar, de tal modo que fallecendo qualquer d'elles depois de ser herdeiro dentro da idade pupillar, lhe succederá o outro filho seu herdeiro, posto que a esse tempo não seja já pupillo esse substituto, mas maior. Ord. cit. § 6.º e GOUVÊA PINTO— *Tratado dos testamentos*, pagina 175.

## 10.º Paragrapho

*Substituição pupillar*

Substituição pupillar é aquella que o pai faz a seu pupillo, que tem debaixo de seu patrio poder, da maneira seguinte: *Se meu filho Pedro morrer dentro da idade pupillar, seja meu herdeiro Paulo*; mas, para valer essa instituição é necessario que o pai faça primeiro o seu testamento e institua herdeiro em seus bens, porque não o fazendo não valerá a substituição feita ao filho.

Como é da substancia d'esta substituição que se faça á pessoa que esteja em poder do Testador, não a podia por issz fazer a mãe a seu filho:— Gouvêa Pinto, pag. 175. 24

Não basta instituir herdeiro, mas requer-se que o dito herdeiro aceite a herança, porque não a aceitando, a substituição pupillar, como parte do testamento do pai, ficará sem effeito algum.

O filho varão chegando á idade de 14 annos e a filha chegando a 12 annos de idade, expira a substituição pupillar que seu pai lhes tinha feito e é bastante que qualquer dos filhos pupillos entre no ultimo dia do anno em que finalizar a idade pupillar, posto que não seja de todo acabada. Finalmente, assim como se póde fazer esta substituição pupillar tambem se póde fazel-a em codicillos. Ord. cit. §§ 7.º, 8.º, 9.º e 10.º — e liv. 4.º titulo 86, § 3.º e Gouvêa Pinto — trat. dos testamentos.

## 11.º Paragrapho

### *Substituição exemplar*

A substituição exemplar, assim chamada porque se faz a exemplo da pupillar, é a que um ascendente faz a seu descendente, que não póde fazer testamento por causa de algum impedimento natural e perpetuo « verbi gratia, o furioso, mentecapto, surdo e mudo, » assim, com a formula: *Instituto a meu filho, ou a meu neto Pedro por meu herdeiro e si fallecer durante o furor que tem, seja seu herdeiro Paulo.* Ord. cit. § 11.

N'este caso, diz Gouvêa Pinto, a mãe tambem póde fazer esta substituição, ou qualquer outro ascendente por linha feminina. Diz Corrêa Telles que esta substituição expira, logo que Pedro recobre o juizo. Si o Pai e Mãe e outros ascendentes fizerem esta substituição e todos ao mesmo furioso devem valer todas, cada uma relativamente aos bens que cada testador deixa ao herdeiro. Parece que o testador não póde com esta substituição desherdar aquelles que o proprio furioso não poderia desherdar, caso pudesse testar. (1)

(1) Lei 9.ª do Cod. « De impeberum et aliis substitutionibus. »

## 12.º Paragrapho

*Substituição compendiosa*

A substituição compendiosa, assim chamada porque de baixo de um compendio de palavras contém em si muitas substituições de diferentes naturezas, é a que um testador faz ao herdeiro que instituiu da maneira seguinte: *Instituo por meu herdeiro a Pedro, e quando quer elle fallecer, ou depois da sua morte, ou por sua morte, seja seu herdeiro Paulo.* Ord. cit. § 12.

Diz Corrêa Telles no seu Trat. de Jurisprudencia Eurenica, § 224 :

Chama-se compendiosa, porque n'aquelle compendio de palavras se comprehende a substituição vulgar, a pupillar, verificando-se as circumstancias d'ella, e a *fideicommissaria* que surte effeito por morte do herdeiro. (1)

A *substituição fideicommissaria* não differe da compendiosa senão nas palavras: em vez de usar das palavras imperativas usa das deprecativas e « *lhe rogo que deixe a herança a Paulo* » mas como os rogos do Testador equivalem a um preceito (2) d'ahi vem que tanta virtude tem a phrase imperativa como a phrase deprecativa: e é por isso que a Ord. liv. 4.º tit. 87 não tratou da *substituição fideicommissaria*.

Todas as vezes que o herdeiro substituto morre primeiro que o herdeiro instituido, fica a substituição sem effeito: e isto ainda na *substituição compendiosa*, ou *fideicommissaria*, porque a incertesa do dia em que o herdeiro ha de morrer importa em condição que se não verifica. Mas, quando o *fideicommissario* não for condicional, ainda que o *fideicommissario* morra antes de ser entregue, todavia transmite a seus herdeiros o direito de o pedir. Quando o herdeiro instituido, que deve restituir a herança, é revel em declarar se a quer ou não acceitar, póde o *fideicommissario* requerer ao Juiz, que lhe assigne certo termo no qual se declare, que passado elle se repunte haver repudiado o *fideicommissario*. Corrêa Telles, — Trat. de Jurisprudencia Eurenica, pag. 172 § 225.

(1) Lei 8 do Cod. « De impuberum et aliis substitutionibus. »

(2) §§ 1.º e 2.º das Institutas « De fideicommissariis hereditatibus. »

Como quer que o Pai, ou outro qualpue ascendente não possa gravar o filho ou neto na sua legitima, por isso tambem lhes não póde pôr o onus de a restituirem a um substituto fideicommissario. Em regra a substituição fideicommissaria deixa de ter effeito, uma vez que o descendente gravado venha a ter filhos capazes de lhe succederem ; porque é de presumir que o Testador teria preferido os filhos do herdeiro, se pensasse que elle os teria. Quantos grãos de substituição possa fazer o mesmo Testador não é claro em Direito : parece rasoavel que sómente possa fazer dous grãos de substituição, não contando o herdeiro.

### 13.<sup>a</sup> Parapho

#### *Desherdção*

Aquelle que tem descendentes ou ascendentes legitimos e quer testar de todos os seus bens, ou os ha de instituir, ou desherdar com justa causa e deve declarar-a. Preterindo-os ou desherdando-os sem causa a instituição que fizer é nulla, mas, valiosos os legados que couberem na terça.— Ord. liv. 4.<sup>o</sup> tit. 82 § 1.<sup>o</sup>. São mesmo nullos os legados se a preterição foi feita por erro, ou ignorancia de ter filhos.— Ord. cit. §§ 3.<sup>o</sup> e 5.<sup>o</sup>.

As causas porque o pai ou mãe podem desherdar os filhos são : 1.<sup>a</sup> si antes do maioridade casarem sem seu consentimento— Ord. liv. 4.<sup>o</sup> tit. 88, § 1.<sup>o</sup> (1).— 2.<sup>a</sup> a injuria real feita pelo filho contra seu pai. Ord. liv. 4.<sup>o</sup> tit. 88 § 3.<sup>o</sup>. — 3.<sup>a</sup> a injuria verbal feita ao mesmo, principalmente em lugar publico, ficando comtudo ao arbitrio do julgador, si as palavras foram leves ou graves. Ord. cit. § 5.<sup>o</sup>.— 4.<sup>a</sup> a accusação criminal feita pelo filho contra seu pai, não sendo

(3) Lei de 6 de Outubro de 1784 §§ 4.<sup>o</sup> e seg. Si o filho ou filha casar sem licença e *sem supplemento* do magistrado competente, os pais logo *em vida* podem requerer que o dito filho ou filha se julguem desherdados dos bens que por sua morte teriam direito de pedir. Assent. 4.<sup>o</sup> de 20 de Julho de 1780. O dec. de 3 de Agosto de 1833 firmou a regra de que os Juizes de Orphãos teem a necessaria jurisdicção para supprirem o consentimento dos pais ou tutores para casamento. Carta de Lei de 22 de Setembro de 1828 art. 2.<sup>o</sup> § 4.<sup>o</sup>

de crime perpetrado contra o Estado, Ord. cit. § 6.º.— 5.ª a familiaridade com os feiticeiros, ou uso que os filhos possam fazer de feitiçaria (1). Ord. cit. § 7.º.— 6.ª, a traição armada á vida de seu pai e por qualquer modo que attentarem contra a sua vida, ainda mesmo quando, fazendo-o, não houver effeito. Ord. cit. §§ 8.º e 9.º.— 7.ª, o ajuntamento carnal com a madrasta ou com a concubina de seu pai; e o mesmo a respeito da filha, que semelhante ajuntamento tiver com o padraсто, ou com o barregão de sua mãe. Ord. cit. 10.º §.— 8.ª, a delação ou informação á justiça a respeito do pai, quando d'esta denuncia lhe resultar algum prejuizo, seja contra a sua vida, seja contra a sua honra ou bens. Ord. cit. 11.º §.— 9.ª, si o filho varão não der fiança pelo pai ou mãe, estando presos por dividas, sendo para isso requerida. Ord. cit. 12.º §.— 10.ª, si o filho tolheu seu pai ou sua mãe de fazerem seu testamento á sua vontade, em cujo caso, morrendo o pai n'esse meio tempo sem testamento, fica o filho ou filha excluido da herança por esse facto; e, não morrendo logo, o poderá desherdar. Ord. cit. 13.º §.— 11.ª, não tendo cuidado no pai ou mãe desassizados.— 12.ª, si o filho ou filha se fizerem hereges, afastando-se dos preceitos religiosos que o pai ou mãe lhes ensinaram.— 13.ª, si a filha ainda menor si fizer meretriz publica ou concubina, tambem póde ser desherdada. Ord. cit. 1.º §

Assim, pois, vê-se que os pais não pódem desherdar seus filhos a seu arbitrio, mas somente tendo alguma das causas que aponta a Ord. liv. 4.º tit. 88, sendo necessario declarar a causa legitima porque os desherda, na forma da Ord. liv. 4.º tit. 82. (2)

O que fica dito sobre o pai, ou mãe haverá lugar a respeito do avô ou da avó e dos outros ascendentes, quer da parte do pai, quer da mãe. Ord. liv. 4.º tit. 88 § 18.

#### 14.º Paragrapho

##### *Desherdação dos pais feita pelos filhos*

Pódem os pais ser desherdados pelos filhos, pelas causas seguintes, que aponta a Ord. liv. 4.º tit. 89, sendo quasi as

(1) Em nossos tempos com difficuldades se poderá isto admittir, por ser olhada como imaginaria a sua existencia e de algum modo repugnante

(2) Vide § 20.º d'este mesmo capitulo.

mesmas porque os pais podem desherdar os filhos :— 1.<sup>a</sup>, si o pai ou mãe armar traições á vida do filho, tratando de tal por si ou por outra pessoa e procurar-lhe a morte Ord. cit. 1.<sup>o</sup> §. — 2.<sup>a</sup>, si o pai teve ajuntamento carnal com a nora ou com a concubina de seu filho, que tenha ou tivesse teúda e manteúda. Ord. cit. 2.<sup>o</sup> §. — 3.<sup>a</sup>, si o pai ou mãe impediu o filho de fazer testamento. Ord. cit. 3.<sup>o</sup> §. — 4.<sup>a</sup>, si o pai der veneno á mãe do filho, ou esta ao pai. Ord. cit. 4.<sup>o</sup> §. — 5.<sup>a</sup>, si o filho ou filha perder o entendimento natural e o pai ou mãe não o quizerem curar ou tratar. Ord. cit., 5.<sup>o</sup> §.

O que fica dito sobre a desherdação do pai ou mãe pelo filho ou filha tambem tem logar a respeito do avô ou da avó, que semelhante mal hajam commettido para com o neto ou neta.

### 15.<sup>o</sup> Paragrapho

#### *Desherdação do irmão pelo irmão*

Posto que seja permittido geralmente ao irmão desherdar seu irmão, sem declarar a causa porque o faz e se entença ser desherdado ainda quando d'elle não faça menção no testamento, não podendo ou não tendo direito o irmão desherdado para contradizer e fazer revogar o testamento em que assim fôr desherdado, como é expresso na Ord. liv. 4.<sup>o</sup> tit. 90, comtudo esta regra têm excepção quando o irmão instituir alguém reputado entre os bons como vil e torpe e de mãos costumes, por ser bebado, tafúl, ou de outra semelhante torpeza, porque então poderá o irmão intentar a queréla *inofficiosi* contra o testamento do irmão. A queréla *inofficiosi* sómente terá lugar quando aquelle que fôr desherdado não fôr tambem vil e torpe, como o instituido, segundo declara a Ord. cit. § 1.<sup>o</sup>, ou se não houver sido ingrato para com seu irmão, porque então, ainda que seja instituida a pessoa vil e torpe, não poderá contradizer tal testamento; comtanto que a ingratidão seja commettida por cada uma d'estas cousas : 1.<sup>a</sup>, si ordenou por alguma maneira a morte ao irmão ; 2.<sup>a</sup>, ou dormio com sua mulher ; 3.<sup>a</sup>, ou se lhe fez alguma accusação crime ; 4.<sup>a</sup>, ou si lhe procurou perda de todos os seus bens, ou da maior parte d'elles. Ord. cit. 2.<sup>o</sup> §.

## 16.º Paragrapho

*Prova da desherdação*

A prova da desherdação compete ao herdeiro instituído ou escripto, quando for declarada no testamento a causa porque alguém foi desherdado; então, compete a prova a esse herdeiro escripto sobre a veracidade d'essa causa e razão da desherdação, como no testamento foi expressa e declarada e que é legitima, expressa e sufficiente para a desherdação.

Pelo que pertence aos irmãos,— como não é necessario que um irmão declare a causa porque desherda outro, segundo é expresso na Ord. liv. 4.º tit. 90, póde-o desherdar ainda sem fazer menção d'elle, excepto si a elle preferiu pessoa torpe, caso em que então poderá querelar do testamento do irmão nos termos expressos na Ord. cit. §§ 1.º e 2.º.

Sobre os filhos e pais, não é admittido que o herdeiro instituído allegue alguma cousa legitima, uma vez que não seja expressa essa causa pelo testador, porque nenhum valor terá como se vê na Ord. liv. 4.º, tit. 82.

## 17.º Paragrapho

*Dos legados*

Legado é qualquer cousa que se deixa em testamento ou codicillo pór titulo singular.

O usufructo de todos os bens que o testador deixa a alguém é um legado. Este usufructuario, porem, não é obrigado ás dividas nem ainda ao funeral do testador. (1)

Segundo Guerreiro, a regra é venderem-se tantos bens hereditarios quantos bastem para pagar as dividas e d'este modo tanto o proprietario como o usufructuario soffrem. 27

(1) Cod. « De heredibus instituendis » liv. 6, tit. 24.

Se o legado é deixado a algum dos herdeiros chama-se então prelegado. Se o testador, porem, deixa uma coisa a dous herdeiros, sobre a herança, partem-na por igual, ainda que tenha assignado maior porção de herança a um do que a outro. (1)

Se o legatario é rogado pelo testador de restituir a coisa legada a alguém, ou se o herdeiro é rogado por elle para dar certa coisa a alguma pessoa, chama-se *fideicommisso*, conforme já ficou dito. (2)

Os legados e fideicommissos particulares são equiparados em tudo. O que se deixa por bem da alma ou descargo de consciencia chama-se — *legado pio*. —

Podem ser legadas todas as cousas que estão no commercio e que podem ser uteis ao legatario, isto é, cousas que podem recahir no dominio, estar no patrimonio e servir para os usos e necessidades: — assim, as que existem podem ser legadas, como ainda as que não existem, mas, tem a faculdade de existir, como os fructos, que ainda hão de nascer.

Este legado é puro e não condicional, por isso que se transmite logo para os herdeiros do legatario.

Deve-se fazer differença entre *transmissão do legado e prestação do legado*.

Quanto á transmissão elle é puro, porque, logo depois da morte do testador, passa para os legatarios o dominio para o effeito de passar aos herdeiros: quanto á prestação do legado, ha differença de quando é deixado *demonstrationis causa*, ou *taxationis causa*.

No primeiro caso não é condicional o legado e ainda que não nasçam os fructos o herdeiro tem obrigação de os prestar *aliunde*; si, porem, é deixado *taxationis causa*, é condicional e se não nascerem os fructos não se presta o legado — tudo se collige das palavras porque o testador se explica; porque si elle declarou o predio onde deviam nascer os fructos, não nascendo não se deve o legado; e pelo contrario, se não declarou o predio, porque então sempre o herdeiro tinha obrigação de os prestar ao legatario, por se julgar legada aquella quantidade e não ser restricta aos fructos que produzisse aquella predio.

(1) Inst. « De legem Falcidiam » liv. 2.º, tit. 22 § 1.º. « De legatis », liv. 2.º, tit. 20.

(2) Vide § 2.º do capitulo 3.º, liv. 2.º da parte especial d'este trabalho.

Podem-se legar não só as cousas futuras, como os fructos que estão pendentes ou para nascer, mas ainda tambem : 1.º, as cousas alheias.— 2.º, as cousas incorporeas.— 3.º, as cousas corporeas, como são os moveis e semoventes.— 4.º, um factio contanto que seja licito.— 5.º, as cousas letigiosas, sendo n'este caso o herdeiro obrigado a seguir a demanda começada até o fim, e vencendo entregar ao legatario a cousa vencida, na fórma da Ord. liv. 4.º tit. 10.º § 11.

No numero das cousas incorporeas estão os Direitos e acções que pôdem produzir utilidade.

Quanto ás cousas alheias, diremos com Corrêa Tellés e com o § 4.º das Institutas, liv. 2.º tit., « de legatis » : — o herdeiro não é obrigado a entregar a cousa alheia legada, mas deve fazer diligencia pela compra d'ella, ou dar a estimação, se o dono a não quizer vender.

Quanto ao factio licito, temos para exemplo o caso da disposição do testador que *manda o herdeiro ensinar officio a tal legatario*, ou quando dispõe o testador dizendo « *que o herdeiro mande fazer nma casa.* »

O testador deve ter em vista na deixa dos legados a consideração de que o legado fica sem effeito, morrendo o legatario primeiro que elle testador : portanto, deve declarar se quer que accreça aos outros legatarios ou que se transmitta aos herdeiros do defunto.

O legatario pôde pedir o legado deixado, ou pela acção de *reivindicação*, — por isso que esta nasce do dominio— quando o legado é puro, que passa logo para o legatario, depois da morte do testador, ou pela acção *pessoal* nascida do testamento, ou pela acção *hypothecaria*, por isso que os bens hereditarios estão tacitamente obrigados em penhor aos *legatarios* e *fideicommissarios*.

Pôde-se comtudo usar de outra acção mais proficua, qual a da *assignação de dez dias*, que é mais summaria e de que se falla na Ord. liv. 3.º tit. 25.

O legatario pôde repudiar ou renunciar o legado, não só *intotum*, mas *in parte*.

No caso de repudiação, renuncia ou falta de legatario, vai o legado ao herdeiro como pessoa mais favorecida do testador.

## 18.º Paragrapho

*Reconhecimento de filhos naturaes (1)*

Chamam-se filhos naturaes aquelles que nascem de pessôas que não teem impedimento para casar, ou sejam tidos de uma ou de muitas concubinas, como se deduz da Ord. liv. 4.º tit. 92, que adoptou n'esta parte o Direito Canonico.

Chamam-se filhos legitimados esses mesmos filhos naturaes depois de reduzidos ao patrio poder por meio da legitimação.

Póde ser feito o reconhecimento ou legitimação: 1.º por testamento.— 2.º subseqüente matrimonio.— 3.º por escriptura publica. Ord. liv. 2.º tit. 35, § 12.— Ord. liv. 4.º, tit. 96, princ.

Os filhos assim legitimados adquirem Direitos.

Os legitimados pelo casamento subseqüente são chamados á successão do pai *ab-intestado*.

Os filhos naturaes não são herdeiros: a lei não lhes dá direito sobre os bens de seus pais fallecidos, senão quando teem sido legalmente reconhecidos: sobre os bens dos parentes de seus pais e mães não lhes dá direito. (2)

## 19.º Paragrapho

*Cartas de consciencia*

Cartas de consciencia são as disposições que um testador dá ao seu testamenteiro por escripto e em segredo, para que este as execute tambem em segredo, e de que no seu testamento faz menção.

Por semelhante disposição, feita em testamento solemne, se commette ao testamenteiro a execução da vontade do testador declarada na carta, admissivel em direito, para não se infamar a memoria do testador com a solução de certas dividas e obrigações, porque seria deshonoroso d'ellas fazer menção no testamento.

(1) Vêde Teixeira de Freitas.— Cons. das leis,— art. 212 e sua nota 2ª.

(2) Sobre esta materia vide o commentario à lei n.º 463 de 2 de Setembro de 1847 sobre successão dos filhos naturaes e sua filiação, pelo Dr. Agostinho Marques Perdigão Malheiros.

Convem advertir que, quando taes cartas forem avulsas e não mencionadas no testamento, nenhuma validade tem. O meio de evitar a fraude, com que por semelhante modo se pôde illudir sobre a cecima dos legados e heranças vem a ser o juramento do testamenteiro para declarar se as disposições, que lhe foram commettidas em segredo pelo testador nas cartas chamadas de consciencia, são meramente deixas e legados, ou res:tituições e pagas de dividas de consciencia; no primeiro caso deve pagar a taxa, no segundo ser isento conforme o seu juramento. (1)

## 20.º Paragrapho

### *Liberdade de testar*

As discussões sobre a liberdade de testar tem sido muitas — dizem uns que ella deve ser illimitada e dizem outros que deve ser limitada.

A nossa legislação limita esse Direito, porque quem tem herdeiros forçados não pôde dispor da totalidade de seus bens.

Em geral, dizem os escriptores, o testador deve apreciar melhor do que ninguem os costumes, idoneidade de seus filhos e parentes e por ahi melhor partilhar os seus bens, deixando a aquelle que tem bastante capacidade os seus bens moveis, por haver mais facilidade de alienal-os, deixando a aquelle que tem menos capacidade os seus bens de raiz— que encontram mais difficuldades para serem objecto de um contracto que lhe possa prejudicar.

E uma vez que se encontra na familia essa diversidade de aptidões, porque impedir o pai do direito de dispor de seus bens como melhor lhe aprouver?

Parece então que o melhor systema é o de dar ao pai o direito de livre disposição.

Então elles figuram um exemplo: supponha-se um pai que tem quatro filhos; mas um d'elles pela sua educação que teve tornou-se independente da casa paterna— é um advogado importante ou um medico distincto, e, portanto vive por si, independentemente de seu pai.

(2) Corrêa Telles— Digesto Portuguez— tomo 3.º, n. 1843.

Além d'isso ha uma irmã que por um casamento vantajoso que realisou está perfeitamente bem.

Restam os outros dois que, menores talvez, sem recursos ainda, precisam dos meios que deixar seu pai para alcançarem as commodidades da vida.

Ora, si para esta familia transportarmos o principio da igualdade da partilha, nós vamos ver que a herança, que póde ser insufficiente para um, vai ser distribuida por quatro, quando de mais a mais dois d'elles estão bem, independentemente das partes que lhes possa tocar.

O que poderá legitimar esse principio da desherdação em que ficam os filhos, si proceder-se á divisão conforme as necessidades de cada um ? (1)

Não trepidam em dar a seguinte resposta : que muitas vezes a negligencia dos filhos, a sua inaptidão é occasionada por esta certeza que, por morte de seus pais, tem direito de herdar os seus bens.

Não se devem abandonar por isso todos estes inconvenientes que podem apparecer no lar domestico e melhor será dar ao pai a ampla liberdade de, apreciando a capacidade do filho, as suas necessidades, testar como julgar conveniente, pois foi elle o juiz que a natureza collocou ao lado da familia.

Nós temos porem o systema de limitação.

Confessam os sustentadores d'esta doutrina que a ternura dos pais para com os filhos é um sentimento geralmente reconhecido, é uma garantia de que o legislador fará mal, se por ventura desconfiar.

Si não fosse preciso então attender aos casos excepcionaes, á influencia dos máos costumes e á intervenção de estranhos no lar domestico, não haveria inconveniente em dar aquella ampla liberdade ao direito dos pais.

Na generalidade dos casos o amor do pai faz com que haja uma perfeita igualdade, mesmo quando ha aquella desigualdade, conforme exemplificamos. Mas a desherdação é igual ao caso do parricidio.

Dizem uns que inutil é prever a legislação este crime, porque é impossivel dar-se um facto tão nefando.

(1) Vide § 13.º d'este mesmo Capitulo.

Qual a posição em que ficará esta legislação quando tal facto apparecer ?

Deixará impune o parricida ?

O principio dominante é que a lei penal deve punir o parricida com penas mais severas do que o simples homicida — « o que não se verifica no nosso actual Codigo Penal de de 1890. »

Assim tambem o facto do pai ser deshumano para com o filho é muito raro.

E' preciso, portanto, que na lei civil si encontre um meio de prevenir esse facto que não deve passar desapercibido aos olhos do legislador.

Mas então deve se dar aos pais a liberdade de testar, *mas nunca na totalidade de seus bens com prejuizo de seus filhos* ; e a estatistica dos povos em que dominou a ampla liberdade mostra que os pais se entregavam unicamente ao futuro de um filho com prejuizo dos outros.

Entre nós se divide a fortuna em tres partes, reservando-se duas para os filhos ; de modo que se um pai dispuzer da terça parte de sua fortuna, sem nada dizer das outras duas, terá feito um testamento bom. (1)

*Este assumpto é melhor estudado na materia geral de testamentos*, que estamos desenvolvendo, principalmente nos diversos modos de testar, onde teremos occasião de vêr se este direito deve ser considerado amplo ou limitado pela lei civil.

## 21.º Paragrapho

### *Testamentarios* (2)

A pessoa que faz testamento tem por fim mostrar as suas ultimas vontades.

A manifestação da ultima vontade tende na maior parte das vezes á declarações relativas aos bens, á instituição de quem deve ser o beneficiado com os bens da pessoa que morre, quer esta instituição se realise por meio da herança ou do legado.

(1) Diante do exemplo figurado, portanto, o pai pôde favorecer mais aos dois filhos menores, legando-lhes a terça parte de sua fortuna, alem da legitima que lhes couber.

(2) Primeiras linhas orphanologicas do Dr. Silva Ramos, cap. 6.º § 39, nota 84.

Mas ha muitas vezes testamentos que não tem disposição sobre bens, porque o testador quer que a successão legitima seja a que se realise ; mas ha negocios de familia, declarações especiosas e que por isso fazem apparecer o testamento.

Quer n'um quer n'outro caso, é preciso uma pessoa que venha executar as disposições testamentarias.

Se o testador faz declarações do que deve a Pedro e Paulo e se quer que a divida seja paga d'esta ou d'aquella maneira precisa ainda de uma pessoa que de tal se encarregue.

Se resolve fazer declarações reconhecendo filhos naturaes, determinando o modo porque devem ser tratados, ainda é necessario uma pessoa que venha realisar sua vontade.

Por isso sempre que ha manifestação de ultima vontade, é preciso uma pessoa que realise essa ultima vontade: essa pessoa então é o que se chama—*testamenteiro*. (1)

Não havendo testamenteiro nomeado no testamento o disposto no mesmo deve ser cumprido pelos herdeiros.

O cumprimento da vontade do testador depende das regras que se encontram no testamento ; e portanto se pôde dizer como os praticos portuguezes, que o testamenteiro é um mandatario do testador, e o titulo do seu mandato é o testamento.

Pôde acontecer que o testador não tenha testamenteiro, uma vez que o não declarou, porque não é esta uma condição essencial : portanto, pôdem apparecer hypotheses em que abra-se o testamento e não encontre-se nomeado testamenteiro ; mas ainda mesmo no caso em que o testador tenha nomeado testamenteiros, pôdem faltar estes ou porque estejam ausentes ou porque estejam em estado anormal, interdictos por exemplo ; e o testamenteiro que tem de exercer altas funcções, em ultima analyse—ser mandatario do testador,— precisa de certa capacidade que não possui o interdicto.

Pôde ainda dar-se o facto do testamenteiro encarregar-se do testamento, mas ser mais tarde removido d'esta funcção por fraude ou dolo ; e assim desaparece completamente a entidade que tem de representar a pessoa do morto.

---

(1) Na falta de conjuge e de ascendente ou descendente que fique em posse e cabeça de casal, é o *testamenteiro o inventariante*.—Ord. liv. 4.ª, tit. 96 princ.

N'este caso, conforme já dissemos, incumbe-se então aos herdeiros desse dever: em 1.º lugar aos herdeiros testamentarios; na falta d'estes aos herdeiros legitimos; e na falta d'estes é licito ao Juiz fazer a nomeação de um testamenteiro que se encarregue da execução do testamento.

De sorte que, ou por designação do testador, ou por intervenção dos herdeiros, ou por nomeação do Juiz, é sempre necessario que haja essa pessoa.

O testador pôde nomear um ou muitos testamenteiros.

A Ordenação em que se basea a execução do testamento é a do liv. 1.º, tit. 62 em seus diversos paragraphos.

Logo depois da morte do testador veem as obrigações do testamenteiro, ou dos herdeiros, portanto, o seu primeiro dever é levar o testamento ao Juiz para ser aberto e realisada a vontade do testador relativa ao enterro.

Tem sempre um certo tempo para executar as disposições do testamento e consiste elle no praso marcado pela lei, salvo si o testador, concededor de seus negocios, tem marcado um praso differente.

Ora, parece que o testamenteiro deve ter os meios de realisar todas as vontades do testador e portanto elle pôde coagir os herdeiros a que entreguem os meios necessarios para isso

Se elle precisa entregar objectos que foram legados vai haivel-os do individuo que os possue.

Já é sabido que todo o individuo que se acha encarregado de negocio alheio deve prestar contas, não só para que se isente da responsabilidade, como para sua boa gestão.

O testamenteiro á medida que vai cumprindo as disposições do testamento, vai recebendo quitações dos individuos perante quem realisa essas disposições; e depois de cumpridas as disposições testamentarias, declara ao Juiz como consta dos documentos e pede para que dê a sua missão por terminada: este examina se por ventura estão discriminadas as disposições em todas as verbas testamentarias, sendo a respeito d'esta exigencia bom consignar que aquelles pequenos pagamentos que de ordinario se fazem sem colher documentos sejam aceitos pelo Juiz, uma vez declarados pelo testamenteiro. Então, uma vez julgado o processo pelo Juiz este dará quitação ao testamenteiro.

Finalmente, direi que póde acontecer que, abrindo-se o testamento, conhecendo-se as suas disposições, appareça para alguém o interesse de fazel-o desaparecer.

É o que acontecia sempre quando estava ao encargo do parochou ou das autoridades ecclesiasticas e por isso determinou-se a pratica de serem unicamente competentes para abrirem os testamentos as autoridades que tivessem de proceder ao cumprimento dos mesmos.

De modo que, aberto perante o Juiz Provedor, não voltava mais o testamento para as partes, porque lavrava-se um termo de abertura de testamento, lavrava-se um termo da hora e da casa em que houvesse morrido o testador e feito isto guardava-se o testamento. (1)

## CAPITULO 4.º

### *Diversos modos de testar*

Vejamos quantas especies de testamentos se acham autorisadas pelo nosso Direito.

Pela Ord. liv. 4.º tit. 80 temos em uso: 1.º— o testamento publico: 2.º—o testamento privado aberto: 3.º—o testamento cerrado ou mystico: 4.º o testamento nuncupativo: —5.º testamentos especiaes ou privilegiados. Ord. liv. 4.º tit. 83.

### 1.º Paragrapho

#### *Testamento publico*

O testamento publico do Direito Romano era aquelle que, comquanto não estivesse revestido de todas as formalidades precisas para a validade dos testamentos, entretanto podia

(1) Ainda está adoptado este uso entre nós.

No Estado do Rio de Janeiro a lei n. 43 A de 1.º de Março de 1893, art. 209, letra n contém esta disposição e no art. 213, letra n falla-se quando compete ao Juiz de Paz, para providenciar sobre disposições funerarias só.

vigorar porque era offerecido ao principe e este com sua autoridade suppria os defeitos em que tinha incorrido o mesmo testamento.

Alem d'essa especie de testamento publico, que era feito *coram principe*, havia uma segunda, que era a do testamento feito *apud acta*, isto é, o que era feito perante o Juiz, ou magistrado, como um acto judicial; este era valido sem ter mais alguma outra solemnidade, e *publico*, por ser munido com a fé e autoridade publica.

Como muito bem diz Trigo de Loureiro em seu tratado de Direito Civil, vol. 2.<sup>o</sup> § 354, este testamento assim, conforme o Direito Romano, não existe na nossa legislação patria.

Em Direito Patrio o testamento é *publico* porque é feito perante um funcionario publico— e é o Tabellião de Notas: é *publico* no sentido de ser opposto ao particular, porque a especie de testamento que é elaborada de accordo com esta disposição é desde logo conhecida por todos que queiram ter d'elle conhecimento, ao passo que vamos ver outras fórmas em que as disposições não são desde logo conhecidas.

Portanto, o testamento é publico: 1.<sup>o</sup>— *porque é feito perante o Tabellião de Notas*: 2.<sup>o</sup>— *porque as suas disposições desde logo são conhecidas, porque é feito por escriptura publica e por isso qualquer pode pedir um traslado, uma certidão da mesma escriptura e ter assim um conhecimento da mesma.*

A base da doutrina é firmada no ponto em que se define o testamento publico, na Ord. do liv. 4.<sup>o</sup> tit. 90, que diz: querendo alguma pessoa fazer testamento aberto por Tabellião publico podel-o-ha fazer, comtanto que tenha cinco testemunhas, varões livres ou tidos por livres, que sejam maiores de quatorze annos, de maneira que, com o Tabellião, que fizer o testamento, sejam seis testemunhas, etc.

## 2.<sup>o</sup> Paragrapho

### *Testamento privado aberto (1)*

A base d'este testamento está na Ordenação do liv. 4.<sup>o</sup>, tit. 80 § 3.<sup>o</sup>.

(1) Muitos advogados e publicistas não querem admittir esta especie de testamento, entretanto, existem na verdade e durante o meu tirocinio já o tenho encontrado. Vi dar-se o nome do testamento nuncupativo (*especie tão differente!*) a um testamento d'esta especie pelo facto de renhida discussão entre dous advogados procuradores das partes.

Este testamento é feito pelo testador ou por outra pessoa privada. Extrahimos breves proposições ás formalidades exigidas n'este paragrapho 3.º das Ordenações para a validade do testamento.

1.º— E' preciso que este testamento seja feito com cinco testemunhas e a pessoa que escreve será considerada a sexta.

2.ª— E' necessario, é expressamente determinado na Ord. que este testamento depois de escripto deve ser lido perante as testemunhas.

3.ª— E' necessario tambem que todas as testemunhas o assignem, inclusive a que escrever pelo testador, declarando que o faz a seu rogo.

4.ª— E' mais necessario que todas as testemunhas sejam varões maiores de quatorze annos, livres ou tidos como tal.

5.ª— E' preciso que haja publicação ou reducção d'este testamento depois da morte do testador.

Pelos pontos de contacto quasi que se pôde dizer que este testamento é uma especie dos que pôdem ser considerados como publicos. E' publico este testamento, não porque appareça n'elle funcionario publico, mas porque as suas disposições são conhecidas desde que são escriptas.

Vejamos alguns pontos de semelhança e depois vejamos outros pontos de differença entre estes testamentos.

A 1.ª semelhança é a seguinte: *elle é aberto.*

*Aberto* o do preambulo da Ord., *aberto* o do paragrapho 3.º da mesma Ord., porque as suas disposições são conhecidas desde o momento em que são escriptas e n'isto differenciam-se do *testamento cerrado*, em que as disposições do testador conservam-se em perfeito segredo, ás vezes só conhecidas pelo testador, outras pela pessoa que escreveu pelo testador.

Em 2.º lugar assim como o testamento publico tem cinco testemunhas, este tambem se pôde dizer que tem cinco.

E' verdade que a Ord. diz que tem seis testemunhas, porque conta com o testador; mas, ha ahi um vicio de phrase. O testador que escreve não pôde ser testemunha.

Testemunha é quem presencia um acto e tem mais tarde de asseverar que tal acto se deu; ora, o testador não pôde asseverar que em tal tempo se fez um testamento que é o seu,

porque quando se trata d'isto já elle é morto. Uma 3.<sup>a</sup> semelhança é que todas as testemunhas do paragrapho 3.<sup>o</sup> da Ord. citada como as do preambulo da mesma devem assignar o escripto, onde se faz as disposições testamentarias de alguem.

Em 4.<sup>o</sup> lugar temos que assim como no testamento do preambulo da Ordenação se exige que as testemunhas sejam varões maiores de quatorze annos, livres ou como tal tidos, no paragrapho 3.<sup>o</sup> se fazem as mesmas exigencias.

Pontos de differença :

Em 1.<sup>o</sup> lugar o testamento publico é feito por um funcionario publico ; o do paragrapho 3.<sup>o</sup> é escripto pelo testador ou por um particular a seu rogo, que não dá fé publica a este testamento.

Em 2.<sup>o</sup> lugar alguns autores mencionam como ponto de differença : que este testamento deve ser lido ante as testemunhas, ao passo que o do preambulo da Ordenação não deve.

Em 3.<sup>o</sup> lugar, o testamento, por isso que tem fé publica pelo caracter publico do funcionario que o faz, não precisa mais que sejam as suas disposições asseveradas e lidas em presença das testemunhas em juizo.

O testamento do preambulo da Ordenação não depende da reducção, vive por si, fica completo e acabado desde que é lavrado e assignado pelas testemunhas e pelo testador.

O testamento do paragrapho 3.<sup>o</sup> depende de reducção ; não tem o seu acabamento completo, emquanto não é asseverado pelas testemunhas depois da morte do testador. Portanto, o testamento do preambulo termina no acto em que termina a escriptura : o testamento do paragrapho 3.<sup>o</sup> termina quando são chamadas as testemunhas para deporem em Juizo, a respeito da validade do testamento que assignaram.

Vistas assim a differença e a semelhança entre um e outro testamento e assignalado que esta ultima differença— a da reducção— é uma das principaes que se póde apresentar, vejamos em que consiste essa reducção.

Esta reducção faz-se por meio de um processo judicial depois da morte do testador e é propria d'esta especie de testamento, como o é do *testamento nuncupativo*.

A redução então se faz praticamente assim: os interessados na validade do testamento, os herdeiros testamentarios, os legatarios, emfim, qualquer interessado, requer ao Juiz da Provedoria, que é o competente, e este despachará o requerimento, mandando immediatamente citar as testemunhas e isto dizem os praticos, ainda mesmo que as partes interessadas, querendo invalidar este testamento, peçam vista dos autos.

Diz Pereira e Souza que é bom conselho mandar inquirir as testemunhas, para depois dar vista ás partes e não deve protelar, porque póde dar isto tempo a que uma das testemunhas falleça. Por isso aconselham os praticos que, mesmo quando os herdeiros legitimos queiram impugnar a validade dos testamentos, só se os attenda depois de inqueridas as testemunhas.

Inqueridas as testemunhas, *se não ha discussão, cu depois da discussão*, julga o Juiz por sentença. Feito isto immediatamente abre-se o testamento e dá-se execução ás suas disposições.

### 3.º Paragrapho

#### *Testamento cerrado ou mystico*

Este testamento tem pontos de contacto e de differença com os dois testamentos de que nos occupamos.

No testamento cerrado encontra-se uma fôrma de testamento em que as disposições procedem em inteiro segredo. O testador faz o seu testamento e ninguem conhece-o.

Ora, n'este caso ha maior perigo de uma fraude, de um erro, de um inconveniente. Mas, como procede aqui o legislador?

Elle não exige uma testemunha que assigne a rogo do testador com a declaração prescripta no preambulo da Ordenação do liv. 4.º, tit. 80.

Portanto, se a Ord. no paragrapho 1.º permite que o testamento cerrado, feito por terceiro, seja assignado por este terceiro independentemente de declaração, nos vemos no paragrapho ci.ado da Ord: « *E querendo o testador fazer o testamento cerrado, o poderá fazer d'esta maneira. Depois que*

*escrever, ou mandar escrever seu testamento, em que declare sua vontade, o assignará, não sendo escripto por sua mão; porque sendo escripto por sua mão, bastará ainda que não seja por elle assignado.... etc. »*

Continuando diz essa Ord. : « *si o testador faz o testamento cerrado mandando escrevel-o por outra pessoa, porque não sabe escrever, será o testamento assignado pela pessoa que escreve* » mas não declara que esta pessoa declare a razão porque o faz.

Então argumentão os escriptores : se n'este caso em que se trata de um testamento cerrado o legislador não exigiu a declaração, quando trata-se de um *testamento publico* que se faz diante de tantas testemunhas e de um funcionario publico, muito menos. Mas, refuta-se esta consideração, dizendo-se—« *DURA LEX SED LEX* » — é determinação do Direito que haja aquella solemnidade.

No testamento cerrado não é necessaria a declaração, mas, veja-se o modo como procede o legislador.

O testamento cerrado tem duas phases : uma em que o testador manda escrever o seu testamento e aqui a Ord. não exige aquella declaração ; mas, depois d'isto feito, diz a Ordenação : « *cerrado o testamento, o testador entregará ao tabellião perante cinco testemunhas varões livres ou havidos como taes e maiores de quatorze annos e o tabellião lavrará na presença d'ellas o instrumento da approvação, no qual assignarão todas as cinco testemunhas e o testador, que, se não souber ou não puder assignar, assignará por elle uma das testemunhas, declarando ao pé do signal a razão porque o faz.* »

Na primeira phase, portanto, não se exige a declaração e isto porque o legislador talvez entenda que ha uma razão clara da vontade do testador no facto de ser elle o portador do testamento para o tabellião ; mas, em presença do funcionario publico, apparece a exigencia.

Portanto, é de notar isto : que a exigencia do legislador no preambulo da Ord. deve ser guardada, porque duas vezes a exige.

Devemos procurar saber agora, se a falta da declaração da testemunha invalida o testamento. Vamos ver se essa falta póde ser supprida pelo tabellião.

*O tabellião declara que uma testemunha vai assignar, porque o testador não sabe escrever e a testemunha esquece-se de escrever a declaração.* Lobão discute a questão e segue a opinião, « de que a declaração do tabellião suppre a falta de declaração da testemunha.

Assim, vê-se pois, que o testamento cerrado e o testamento publico tem pontos de contacto.

Entre o testamento cerrado e o testamento privado aberto tambem ha ponto de contacto « que é o de ser o testamento cerrado ou mystico, como o aberto, escripto pelo proprio testador ou por uma pessoa a seu rogo ».

Mas, ha pontos de differença. Assim differençam-se essencialmente em que no testamento cerrado ou mystico as disposições do testador não são conhecidas senão depois da sua morte, ao passo que no testamento aberto, de que fallámos, as disposições são logo conhecidas. No testamento feito por notas do tabellião ha uma escriptura que como tal póde ser conhecida de todos.

O testamento que é feito perante cinco ou seis testemunhas é em suas disposições conhecido por ellas.

E o testamento cerrado ou mystico já não é conforme a Ord. do liv. 4.º, tit. 8º, § 3.º, mas, sim conforme os §§ 1.º e 2.º da mesma Ordenação :— as disposições do testador conservam completo sigillo, se por ventura elle não as quer revelar, de modo que só são conhecidas depois de sua morte.

D'ahi vem-lhe o nome de mystico, isto é, secreto, mysterioso. E este testamento, como é sabido, é o mais usado, porque de ordinario n'estas disposições ha negocios privados de familia e então o testador guarda em segredo suas disposições, para evitar certos inconvenientes que se poderiam dar com a manifestação da vontade. Extrahindo das fórmulas d'este testamento cerrado ou mystico dos §§ da Ord. citados, pode-se ennumerar-os do seguinte modo : « este testamento é celebrado em dois periodos de tempos differentes : um é aquelle em que o testador, ou por si mesmo escreve o testamento ou indica suas disposições para um amigo seu escrever : findo este primeiro acto passa-se ao segundo que é o de apresentar se esta peça escripta ao tabellião, para este lançar o instrumento de approvação do testamento ».

Portanto: 1.<sup>a</sup> solemnidade d'esta fórmula— o testador escreve ou pede a alguém para escrever: 2.<sup>a</sup>— a entrega d'esta peça ao tabellião afim de que elle lance o seu instrumento de approvação: 3.<sup>a</sup>— esta entrega é feita perante cinco testemunhas com a mesma exigencia de condições que vê-se a respeito das outras duas maneiras de testar.

4.<sup>a</sup>— o tabellião deve perguntar ao testador se é aquelle o seu testamento e se o ha por bom, firme e valioso:

5.<sup>a</sup>— E' preciso que o testador responda affirmativamente a esta pergunta:

6.<sup>a</sup>— O tabellião lança o instrumento de approvação no testamento, depois de passar a sua vista pelo mesmo, NÃO PARA LER, mas, para verificar si não tem elle borrão, palavras riscadas ou entrelinha e, assim approvando-o, assigna o mesmo tabellião e em seguida ás testemunhas e o testador. Finalmente, se o testador não sabe escrever pede a uma das testemunhas para assignar por elle, então a testemunha assignará a *seu rogo*, declarando a razão— *porque o testador não sabe escrever ou porque não pôde escrever.*

São estas as exigencias d'este testamento.

Este testamento se é escripto pelo testador não tem necessidade de sua assignatura.

Este testamento em forma de carta é depois entregue pelo testador ao tabellião, para passar pela solemnidade do instrumento de approvação.

A pratica manda que se entregue o testamento aberto ao tabellião afim de que este lave o seu instrumento de approvação; assim, em contraposição aos §§ 1.<sup>o</sup> e 2.<sup>o</sup> da citada Ord., que diz que deve-se entregar o testamento cerrado e cosido. A pratica manda que entregue-o aberto, visto a impossibilidade do tabellião assignal-o estando cosido.

Nem ha inconveniente algum n'este acto, porquanto o testamento, emquanto é guardado pelo testador, não é conhecido. A entrega do testamento cerrado e cosido tem por fim conservar as suas disposições em sigillo.

## 4.º Paragrapho

*Testamento nuncupativo*

Serve de base a este testamento o § 4.º da Ord. livro 4º, tit. 80.

As suas condições são : em 1.º lugar só pôde ser feito por aquelle que está proximo de morrer.

Esta fórmula tem a conveniencia de ser nuncupativa, qual seja a de não chamar-se o tabellião porque n'esse interim pôde fallecer o que quer testar.

Por tal motivo é permittida a validade das disposições verbaes nos momentos extremos.

Tem por outro lado muitos inconvenientes porque, por isso que é de natureza verbal, não permite disposições ou providencias detalhadas sobre os negocios do testador : se a vida do testador está muito complicada de negocios, se tem de fazer legados, se tem de fazer declarações relativas a dividas, esta fórmula não pôde se prestar a tanto.

Portanto, sendo verbalmente feito e não por escripto, o testador deverá fallar ante as testemunhas ; estas conservarão o que ouviram e mais tarde deporão sobre isso ; entretanto, pôde-se escrever immediatamente depois aquillo que as testemunhas ouviram, assignando estas.

Se não houver porem este escripto isto não annulla o testamento.

Mas assim feito o *testamento nuncupativo* é necessario que presenciassem este acto seis testemunhas, as quaes pôdem ser, segundo a Ord. cit. homens ou mulheres ; e assim encontra-se esta differença entre esta fórmula de testar e as que temos estudado,— porque n'esta fórmula, em que o legislador quiz dar facilidade á facção testamentaria, dispensam-se certas formalidades e accitam-se as mulheres como testemunhas.

Ainda devemos extrahir o seguinte principio da Ord. : que se o testador vem a restabelecer-se da doença que o obrigou a fazer testamento, não valle este mais,— é preciso que faça outro.

São estes os principios que pôdem ser extrahidos da Ord. ; mas devemos addicionar um outro que é o da redução, e esta vem, não fundada em determinação especial da lei, mas fundada na pratica.

Examinando assim esta fôrma nuncupativa do Direito Patrio, oriunda do Direito Romano, e examinadas as suas disposições, vejamos ainda uma classificação de testamentos que se faz no mesmo Direito Patrio; e é conveniente entrar n'essa averiguação, para entender o que dizem alguns autores patrios, que comprehendem n'esta classe de *testamento nuncupativo*— *o testamento aberto escripto per particular*. (1)

Para elles ha dois testamentos nuncupativos: ou o que o testador escreve ou o que faz escrever em presença das testemunhas.

Contrariando estas opiniões está a opinião de Mello Freire.

A opinião de Mello Freire é a mais accetavel, porque se considerarmos as duas fórmulas formando uma só classificação, é preciso para isso que conservem os mesmos attributos essenciaes, que se achem presos por um só principio que conserva-lhes o character commum.

A opinião de Mello Freire, *tão ampla como è, entretanto*, dizendo que mesmo estando o homem são de corpo e alma pôde testar verbalmente, não pôde prevalecer entre nós, embora seja accetavel, como dissemos, porque o contrario está estabelecido nas leis e praxe, conforme já declarámos.

## 5.º Paragrapho

### *Testamento de mão commum*

Na enumeração das especies de testamentos não se pôde esquecer esta, que sem constituir uma especie de testamento privilegiado, todavia apresenta-nos um typo especial.

Este testamento é feito com todas as solemnidades da Ord. liv. 4.º tit. 80 em qualquer dos seus paragraphos: ora os que assim são feitos não são privilegiados, logo o testamento de mão commum não é privilegiado.

Vejamos em que consiste a sua singularidade.

Em 1.º lugar temos a assignalar que n'este testamento ha duas vontades a manifestar-se em uma só carta testamentaria.

(1) Vide § 2.º d'este mesmo capitolo 4.º.

Em regra geral nos outros testamentos encontramos sempre *um individuo* manifestando sua ultima vontade.

Temos, pois, dois testamentos em um só escripto.

Em 2.º lugar já temos visto que para alguém manifestar a sua vontade e prevalecer esta como testamento é preciso que se realizem certas solemnidades, sem as quaes o testamento é nullo; se nos outros testamentos são precisas cinco testemunhas, n'estes *não são precisas dez*.

Segundo uns este testamento só pôde ser feito entre marido e mulher; mas é factó reconhecido no Direito Portuguez que duas pessoas pôdem-se combinar para isso.

Existindo convenção o testamento é irremediavelmente nullo, porque o pacto e a convenção em materia testamentaria são reputados inteiramente nullos; e isto vê-se em Gomes—*nos seus commentaries*— onde diz que o pacto que alguém faz para adquirir uma successão ou instituir alguém por seu herdeiro é nullo de direito.

Uma questão levanta-se entre os autores: dois individuos fazem o seu testamento escripto na mesma peça; depois um quer revogar o seu.

Pergunta-se: pôde fazel-o sem combinar com o individuo com quem fez o primeiro testamento?

Esta questão discute-se em trez terrenos differentes: ou de haver um fallecido, ou de existirem ambos; e em ambos os casos tem ella um alcance pratico, porque trata-se de ver si existindo os dois pôde um revogar e reformar o seu testamento, sem combinar com o outro; ou si tendo um morrido, o outro está impossibilitado de reformar o seu testamento.

Vemos que a solução deve ser a de ter o individuo plena liberdade, quer esteja viva a outra parte, quer não.

Para isto basta jogar com os principios já apresentados a respeito da disposição testamentaria.

E' a disposição testamentaria a manifestação da vontade; esta vontade é livre até os ultimos instantes; e então querendo-se reformar a disposição que já se fez pôde-se fazel-o quando bem aprouver.

Só havia uma cousa que poderia embaraçar esta reforma e essa seria o pacto em que ambos tivessem estabelecido organizar o seu testamento de um certo modo.

Então um não poderia reformar o testamento sem violar o pacto que havia feito.

Em conclusão dizemos que um pôde reformar o testamento sem combinar com o outro.

Isto está em GOMES na decisão 145, em VALLASCO e ambos fundam-se na lei.

VALLASCO assim diz na sua consulta 7.<sup>a</sup> :

A lei em que elles se fundam é o liv. 30 do Dig. « *de legatis*. »

Outra questão : marido e mulher pôdem-se instituir reciprocamente no mesmo testamento ?

Ambos os testadores conhecem as disposições um do outro e então quer-se saber se pôde haver esta reciprocidade de instituição, esta reciprocidade em que um é herdeiro do outro.

Sustentam então alguns que tal instituição reciproca não deve ser tolerada, e as razões são : em 1.<sup>o</sup> lugar considera-se que a reciprocidade da instituição dá lugar a inconvenientes, porque reciprocamente as duas partes pôdem desejar a morte uma da outra, e isto está fundado na lei 30 do Codigo « *de factis*. »

Então para impedir este desejo attentatorio da existencia de um testador em relação a outro, procura-se impedir esta faculdade de instituirem-se reciprocamente.

Mas, em 2.<sup>o</sup> lugar declara-se que o Direito de instituição reciproca só é concedido aos soldados e na lei 19 do Digesto — « *de pactis* » — encontra-se este privilegio. Então se só o soldado tem este privilegio é regra do Direito que não pôde haver instituição reciproca sem ser do soldado : logo é nullo o testamento em que marido e mulher se tiverem reciprocamente instituido.

Estas razões, porem, não servem : em 1.<sup>o</sup> lugar porque em Direito Patrio temos a pratica contraria : em 2.<sup>o</sup> lugar porque as razões do Direito Romano, de um testador desejar a morte de outro, — aquellas considerações de que ahi deve-se encontrar uma convenção e então esta não é tolerada, porque só entre soldados po: privilegio é que ella foi tolerada — não pôdem prevalecer porque em 1.<sup>o</sup> lugar deve-se ver que na instituição de alguém no testamento nós vamos encontrar a afeição, o mutuo amor : portanto, ahi onde reciprocamente

os testadores se instituirem encontrar-se-ha o reciproco amor repellindo o desejo da morte um do outro.

Não são estas razões simplesmente especulativas, porque na lei 50 do Dig. liv. 2.º, tit. 14— « *de pactis* »— se diz que a base da instituição está na affeição reciproca.

Em 2.º lugar a lei entende-se pelo seu conjuncto de circumstancias.

Deve-se ver que o principio procurou firmar esta lei que veio servir de base para declarar impossivel a instituição reciproca e que veio estabelecer a impossibilidade de convenção.

Não se quer a convenção ; portanto, o testamento em que houver a convenção entre as partes— instituir uma a outra para ser instituido por esta outra, não ha dúvida que é nullo pela razão do pacto.

Mas, si não se poder presumir assim esta instituição, se virmos na affeição reciproca dos testadores a instituição que fizeram, se observarmos que entre dous conjuges que não tem filhos, a instituição reciproca é uma das cousas mais naturaes do mundo e não ha nada que a macule, parece que não devem predominar as considerações do Direito Romano.

Dizem, portanto, alguns escriptores que é livre ás partes instituirem-se reciprocamente, desde que esta instituição não tem por base a convenção ou contracto.

O testamento revogado por um, não importa a revogação do outro que foi feito juntamente com elle : permanece a sua vontade intacta e completa.

## 6.º Paragrapho

### *Testamentos privilegiados*

#### I.— TESTAMENTO MILITAR :

O testamento militar é especial áquelles que seguem a milicia. Este testamento tem o character especial de testamento privilegiado.

Ha regras geraes para todos os individuos e ha excepções para os testamentos privilegiados.

Aquelles que acham-se em posição especial gosam ás vezes de alguns favores : trata-se então aqui de um d'esses que se acham em posição anormal e do testamento que póde valer sem algumas das formalidades prescriptas na lei.

O primeiro é o testamento militar *do soldado*, ou menos solenne.

O testamento do soldado é, portanto, o primeiro de que vamos fallar e vejamos porque é elle privilegiado.

A razão do privilegio é clara e positivamente mencionada em lei, é uma razão philosophica da Ord. liv. 4.<sup>o</sup>, tit. 83, principio e §§ 5.<sup>o</sup> e 6.<sup>o</sup>.

Temos favores com relação ás formulas de que o soldado pôde lançar mão e favores com relação aos direitos que lhe competem na facção activa testamentaria.

Assim, em 1.<sup>o</sup> lugar— em regra o filho-familia não pôde testar, ainda que o pai consinta; o filho-familia soldado pôde testar sobre os seus bens castrenses: é isto do § 1.<sup>o</sup> da Ord. do liv. 4.<sup>o</sup> citado. (1).

Em 2.<sup>o</sup> lugar— o condemnado á morte não pôde testar se não na terça parte de seus bens, para *obras pias*;— o condemnado á morte—*soldado*—pôde dispor de toda a sua fortuna.

O soldado por um privilegio da Ord. pôde morrer em parte testado e em parte não.

Foi considerado pela lei de 9 de Setembro de 1769 uma ficção do Direito Romano e uma ficção condemnada, *o morrer alguém em parte testado e em parte não*.

Mas, em fren e do Direito da Ord., eza este um privilegio especial do soldado, pelo que este pôde morrer em parte testado e em parte não.

Finalmente, a Ord. cit. § 9.<sup>o</sup> diz que os soldados não gosarão do privilegio, quando estiverem fóra do exercito ou expedição e conflicto de guerra, isto é, quando estiverem em em suas casas, ou em outra parte, como os que se acharem recolhidos aos presidios ou fortalezas, e os moradores e fronteiros dos lugares de Africa, salvo se os ditos soldados de presidios e fortalezas estiverem de cerco, porque então poderão fazer testamento como os soldados em campanha. Este testamento pode ser feito com duas testemunhas sómente, homens ou mulheres. (2)

(1) Pôde testar tambem nos bens quasi castrenses. E' preciso que tenha a idade legitima de 14 annos e não tenha na milicia algum officio ou dignidade.

(2) Este testamento pode ser escripto ou verbal. Escripto ainda que seja no chão com a espada, ou no escudo, ou na espada com o sangue das feridas comtanto que se prove com as duas testemunhas.

## II.— TESTAMENTO MARITIMO.

Chama-se testamento marítimo aquelle que é feito a bordo de um navio em viagem por algum empregado do mesmo navio ou por algum dos individuos que n'elle se acham— *os passageiros*.

Mas será esta fórma de testar privilegiada ?

Trigo de Loureiro segue a affirmativa e tem por sí a opinião de Gouvêa Pinto.

Convêm este autor que as Ordenações não fallam d'este testamento privilegiado ; porém, seria duro e iniquo que o marinheiro em viagem não podesse fazer um testamento válido nas proximidades de um naufragio, durante os perigos de uma tempestade, que incontestavelmente despertam na pessoa desejos de fazer disposições, instituindo alguém seu herdeiro, dando explicações a respeito de segredos, a respeito de sua vida, de seus negocios,— seria demasiada crueldade n'estas circumstancias privar os individuos de fazer o testamento por maneira menos solemne do que a prescripta na Ord. liv. 4.º tit. 80.

A formula então é :

Em 1.º lugar é preciso que a disposição seja recebida pelo commandante do navio ou immediato :

Em 2.º lugar é necessario que a manifestação seja assignada pelo testador, e se elle não souber ou não puder assignar é necessario que outro assigne e declare a razão porque o faz ;

Em 3.º lugar é necessario que estejam presentes duas testemunhas que possam attestar a veracidade da disposição e a entrega d'esta peça testamentaria ao commandante do navio ;

Em 4.º lugar é necessario que sejam feitos dois signaes da mesma disposição para o effeito de ser entregue um dos exemplares no momento em que este navio chegar a algum porto, ao consul da nação do testador, afim de que este remetta-o para o seu paiz, devendo ser o outro entregue no paiz, d'onde sahiu o navio, á justiça competente ;

Em 5.º lugar é necessario que se lance no registro de bordo do navio o testamento em sua íntegra.

Os testamentos assim feitos serão válidos se por ventura morrerem os testadores sem chegarem a desembarcar em terra onde haja tabellião que possa approval-os, porque pelo modo contrario serão nullos.

E' o que se póde dizer sobre o testamento marítimo. Vide sobre este assumpto— Silva Lisboa ( Visconde de Cayrú ) — Dir. Mercantil, vol. 2.º paginas 697 e 737.

### III. — TESTAMENTO DE PAI PARA FILHÔ.

E' essa uma terceira especie de testamento privilegiado, que dá-se quando os pais declaram verbalmente a seus filhos, ou por escripto, em particular, com exclusão de qualquer estranho, que deixa só a elles a sua herança, e isto nada mais é do que a declaração da successão legitima.

Póde-se, porém, dar o caso de um pai ou de uma mãe deixar a sua terça unicamente a um d'elles, prejudicando assim os outros, e então os outros reclamam a annullação do testamento : mas, dizem uns que não póde ser annullado, porque essa terça é a legitima parte de que o testador póde dispor, havendo todavia opiniões contrarias.

Taes testamentos não são admittidos pelas nossas leis : assim diremos com Gouvêa Pinto que, si elles não tiverem as solemnidades que se requerem nos outros, serão nullos, e então herdarão os filhos *ab intestado*, como se não houvesse testamento.

Querem os praxistas deduzir a sua introducção, ou autorisal-o com a Ord. liv. 3.º, tit. 59, § 11,— o que não parece regular.

### IV. — TESTAMENTO RURAL.

O testamento rural é feito no campo ou lugar despovoado, em que por Direito Romano se requeriam para a validade cinco testemunhas, si não se podessem achar outras, sem intervenção de funcionario publico.

As Ordenações Philippinas, que nos guiam não consideram este testamento como necessario, portanto, observando com a nossa legislação diremos que não ha tal testamento.

Além d'isto, se olharmos para o nosso Direito veremos que não se poderá apresentar a razão de que nos campos e despovoados seja difficil de encontrar-se o funcionario publico que vá com a sua fé publica dar validade ao testamento — não procede essa difficuldade porque os escrivães do Juiz de Paz são competentes para praticar taes actos.

E, portanto, havendo um funcionario em cada freguezia ou districto, podemos dizer que ao lado de cada enfermo achasse esse funcionario; e, porisso, é patente que fica essa difficuldade sanada.

A respeito do codicillo a Ord. do liv. 4.º, tit. 86, § 2.º previo o caso da difficuldade de encontrar-se o numero de testemunhas preciso.

Essa Ord. diz que tres testemunhas bastam para o codicillo em lugares despovoados,— quando em regra geral são precisas quatro.

Mas esta disposição é especial só para o codicillo.

Ainda ha dois outros testamentos considerados privilegiados e que entretanto não se acham tambem adoptados ou exceptuados pelas nossas leis; estes são: *o testamento ad pias causas* e *o testamento feito no tempo de peste*.

## 7.º Paragrapho

*Condições intrinsecas dos testamentos: capacidade e vontade.*

As solemnidades internas dos testamentos devem-se ir buscar principalmente á pessoa do testador e no modo de testar. Essas solemnidades são:

1.ª— E' necessario que o testador quando fizer o seu testamento esteja em seu perfeito juizo; ( não é preciso que esteja com saude, pois, póde testar até o ultimo momento de vida, uma vez que saiba dar razão porque dispõe, e conserve o seu juizo em perfeição, como se deduz da Ord. liv. 4.º, tit. 80, § 4.º e tit. 81, pr. §§ 1.º e 2.º ).

2.ª— E' necessario que tenha liberdade de vontade, como se deduz da Ord. cit. tit. 84.

3.ª— Deve o testador ter capacidade civil, por isso que a facção de testamento só compete áquelles a quem as leis civis a facultam.

Tambem pertence ao modo de testar a instituição ou herdação expressa, que é uma das solemnidades intimas.

As nações civilisadas requerem para a validade dos testamentos a inteireza da capacidade do herdeiro, isto é, a capacidade natural e civil, para poder ser instituido.

Estas solemnidades por serem tiradas da natureza do acto se chamam *intrinsecas* ou *internas* e em Direito Romano se comprehendem debaixo dos termos facultativos de *facção activa* e *passiva* de testamento.

## 8.º Paragrapho

### *Nomeação de tutores*

A tutela consiste no poder e autoridade, que o Direito Civil dá e permite que se dê a um homem livre, para amparar aquelle que não pôde defender-se em razão da idade. São os tutores guardas e defensores dos bens e pessoas do pupillo.

Diz-se ainda que a tutela é o encargo imposto pela propria lei ou pela vontade do homem á alguma pessoa, em conformidade das disposições da mesma lei, para gratuitamente governar a pessoa e bens do pupillo.

Segundo a Ord. liv. 4.º, tit. 102, a tutela é testamentaria, ou legitima, ou dativa.

Os pupillos, isto é, os *impuberes*, orphãos de pai, se dizem estar debaixo de tutela; e os *puberes*, isto é os menores até á idade de vinte e um annos não estão debaixo de tutela, mas, sim de curatela— Ord. liv. 4.º, tit. 104, § 6.º.

São *impuberes* os que ainda não são chegados á idade de quatorze annos sendo varões, ou doze sendo mulheres; depois que passam da referida idade e não chegam á de vinte e um annos, dão-se-lhe curadores. Ord. liv. 4.º, tit. 104, § 6.º —Ord. liv. 3.º, tit. 29, § 1.º e tit. 41, § 8.º e tit. 63 §5.º — Teixeira de Freitas— Cons. das leis civis, art. 25 e nota 1.ª.

Tambem acontece algumas vezes que sendo mesmo vivo o pai, se dê tutor ao filho impubere, como, por exemplo, quando o pai for turvado do intendimento ou doente de tal enfermidade que não possa reger e administrar os bens de seus filhos.— Ord. liv. 1.º tit. 88, § 6.º.

A tutela *testamentaria* é constituida pelo pai, mãe ou avô, dando a seus filhos impuberes ou aos netos tutor em testamento, ainda que não do mesmo modo e com o mesmo direito.

O tutor dado pelo pai, ou, morto este, pelo avô, aos filhos ou netos que estivessem ao tempo da morte sob seu poder, fica logo constituído sem fiança nem informação, salva sempre a informação a que se procede a respeito conforme a Ord. liv. 4.º tit. 102, pr. e § 1.º, isto é, se era o testador pessoa capaz de fazer testamento, se o tutor tinha e tem as condições exigidas para tal encargo, etc.

A mesma Ord. no § 2.º diz: o tutor dado pela mãe a seu filho, ou pelo pai ao filho natural, (acrescentamos nós: ou por estranho que deixa o pupillo por seu herdeiro) exige confirmação do Juiz de Orphãos, a quem sempre importa procurar alguma informação acerca da pessoa do tutor.

*Tutela legitima* tem lugar se não foi constituída a *testamentaria*— e chama-se legitima por ser deferida pela lei.

Esta é deferida em primeiro lugar á mãe ou avô, se quezerem e viverem honestamente, e não forem já outra vez casados, e prometterem perante o Juiz cuidar da pessoa e bens do menor como devem, e renunciando a segundas nupcias e ao beneficio do *Senatus Consultus Velleiano*.

Se a mãe não quizer receber a tutela do filho impubere, não pôde ser coagida e então difere-se aos mais proximos parentes podendo ser obrigados a aceitar-a; e o mais capaz, ainda que não seja tão proximo em gráo como os outros. (1) No caso de haver mais de um parente de igual gráo o Juiz escolherá o mais idoneo d'entre elles.

Os que se escusarem da tutela legitima, se o pupillo morrer antes da puberdade, não lhe succedem. Ord. cit. § 6.º. A mesma Ord. nos §§ 3.º e 5.º refere-se á fiança que devem prestar taes tutores.

*Tutela dativa* é aquella que, na falta de *testamentaria* ou *legitima*, é conferida pelo Juiz.

Comtudo este não deve nomear pessoa estranha enquanto existirem parentes do menor.

O tutor dativo não é obrigado a qualquer caução, pois, é bastante que sua fé seja approvada pelo Juiz e nem na Ord. citada se faz menção de caução alguma que elle seja

(1) A mãe, pela lei do casamento civil, n. 181 de 24 de Janeiro de 1890, succede ao pai em todo o patrio-poder e é tutora nata de seus filhos.

obrigado a prestar. O officio, autoridade e administração do tutor é quasi o mesmo que o do pai, em cujo lugar succede o tutor.

Mello Freire no liv. 2.º, tit. 11, §§ 4.º e 5.º refere-se ainda a uma especie de tutela que é a denominada *pacticia*— e que se constitue por uma convenção celebrada pelo pai em sua vida, pedindo e rogando á pessoa de sua escolha e confiança que se queira incumbir, depois de sua morte, da defeza das pessoas de seus filhos orphãos e da administração de seus bens,— e esse seu amigo assim o promette ; ou tambem quando, proximo a retirar-se para regiões remotas, incumbembe a algum seu amigo que em todo o tempo da sua ausencia tome a seu cargo a defeza de algum ou alguns de seus filhos menores, que assim se vê obrigado a abandonar.

## CAPITULO 5º.

*Des direitos de testar e de successão legitima : seus fundamentos*

### PRIMEIRA PARTE

#### Parapho unico

Occupando-nos dos pactos successorios, doações *mortis causa*, legados, testamento e successão legitima da familia ou proximos parentes do morto, discutimos a questão de saber si taes instituições são meras creações da lei civil ou se teem o seu fundamento no Direito Natural.

Em geral, salvas certas opiniões extravagantes, ninguem contesta que a facção testamentaria deve ser reconhecida e decretada como um direito na sociedade ; quanto, porém, áquella questão divergem os escriptores. Muitos de grande nota e modernos pensam que esse direito não é uma derivação directa do Direito Natural e que só existe legitimamente porque a lei civil o consagra.

Não acceitamos esta doutrina ; e demonstrado que o direito de testar é realmente um direito natural, demonstrado ficar á que nenhuma sociedade civil póde sem injustiça deixar de reconhecê-lo e decretal-o.

Contra o direito de testar por Direito Natural, a argumentação de muitos escriptores, que seguem doutrinas analogas, consiste em dizer:— 1.º que a morte extingue todos os direitos do homem, e que, portanto, não é admissivel a faculdade que a este se attribue de estipular o que quer que seja acerca de seus bens para depois d'aquella;— 2.º que o testamento para ser válido, segundo os principios de Direito Natural, devêra ser feito com a intervenção da vontade não só do testador, mas tambem do instituido e que desde que elle não opera os effeitos de um pacto senão porque a lei civil como tal o reconhece vem a ser realmente d'esta que elle tira a sua realidade.

Mas primeiramente aquelles que excluem a faculdade natural de testar sob o fundamento de que a morte tudo acaba, ou fazem um jogo pueril de palavras, porque sabem perfeitamente que no testamento não é um morto que dispõe, e que ninguem jamais deu direitos a um defunto; ou usam de um argumento, que, tomado na sua unica significação possivel, provaria, si fosse procedente, muito mais do que elles pretendem, iria até ao absurdo e á subversão social.

Em geral todos os contractos translaticios do dominio de alguma cousa, feitos *inter vivos*, prorogam-se e mantêm os seus effeitos indefinidamente além da morte d'aquelles que os fazem; e si a circumstancia de terem elles desde logo execução, de nenhum modo modifica aquella regra, que tudo cessa pela morte, porque razão hão de ser esses mesmos contractos considerados como directamente fundados no Direito Natural, e não o ha de ser o direito de transmittir o que é seu a outrem por testamento?

Si este direito não pôde ser uma derivação immediata do Direito Natural por não se poder validamente estipular para depois da morte, no mesmo caso estão quaesquer doações, trocas, compras e vendas feitas *inter vivos*, cuja effectividade passa alem da vida dos que praticam taes actos.

A ser consequente a theoria que combatemos deveria ella declarar caducos tocos esses contractos desde que qualquer das partes contractantes fallecesse.

Tanto valle, com effeito, dizer-se que não se pôde em vida dispôr validamente para depois da morte, como dizer-se que nada do que se dispoz durante aquella pôde subsistir depois d'esta.

Daria isto no absurdo de tornarem-se impossiveis todos os contractos ou transacções entre os homens sobre as cousas, ou a inanidade de todos elles e do dominio, sem a intervenção da lei positiva social.

Dir-se-ha que se não deve realmente equiparar as disposições testamentarias aos contractos *inter vivos* que indicámos porque estes eram já actos consummados na occasião da morte dos que os fizeram.

Mas, si a doação, a troca, a compra e venda se consummaram em vida dos pactuantes, só porque estes assim o quizeram e determinaram, porque motivo não hão de consummarse do mesmo modo aquellas disposições, embora depois da morte de quem as fez, si tambem tal é a sua vontade sobre uma cousa de que elle emquanto vivo dispõe legitimamente?

Ha evidentemente contradicção flagrante em negar-se o natural direito de testar e reconhecer-se ao mesmo tempo, como directamente fundado no Direito Natural, o direito de propriedade ou o dominio, que é essencialmente a faculdade que tem o proprietario de dispôr do que é seu durante a vida, de qualquer modo e com quaesquer condições que lhe aprouver.

Fôra um manifesto contrasenso admittir-se que por Direito Natural alguém, momentos antes de uma morte certa, tem o direito de reunir todos os titulos de sua fortuna e lançal-os ao mar ou ao fogo, o que aliás é incontestavel e que não tem por esse mesmo Direito a faculdade de dal-os n'essa mesma occasião a um seu amigo.

E' difficil comprehender-se como aquella primeira resolução de tal individuo é conforme á lei da justiça absoluta, e que a segunda para ser válida carece de uma disposição expressa da lei social.

Belime denuncia perfeitamente a futilidade de tal argumento, quando diz: « si eu posso confiar um objecto a um amigo, pedindo-lhe que o transmita depois da minha morte a uma pessoa que lhe indico, porque não poderei transferil-o directamente a esta por testamento? »

De uma doação com reserva de usufructo, durante a vida, a uma disposição testamentaria, vai realmente differença muito pouco sensivel aos olhos da razão pura. »

E nós diremos que não vai differença alguma sob o ponto de vista em que as consideramos na questão vertente.

Entretanto, depois de uma tão concludente reflexão no sentido da nossa these, declara aquelle author citado, que o direito de testar não é uma derivação directa nem do Direito Natural, nem do Direito Civil, mas de um *Direito da razão*, que a não ser aquelle não sabemos qual seja.

Quanto ao segundo arguimento de que se servem, como dissemos, os adversarios do natural direito de testar, consistente em dizerem, que as disposições testamentarias não pôdem ter tal fundamento por não constituirem um pacto, desde que na instituição de herdeiro não se dá a declaração da vontade d'este, tambem não resiste á analyse.

Porquanto, si o herdeiro instituido realmente aceita a herança que lhe foi deixada, essa declaração de facto se realisa e a circumstancia de vir posteriormente á do instituidor, de não coincidir com ella no mesmo acto da instituição, não é razão juridica para entender-se que não houve accordo das vontades de um e outro, ou que este não se operou de modo sufficiente.

A instituição e acceitação da herança constituem, pois, por si mesmas um verdadeiro pacto, no qual se verificam todas as condições juridicas essenciaes para a sua perfeita validade, e consequentemente o direito de testar não depende da disposição expressa de uma lei civil que o consagre, emtóra seja ella necessaria como garantia de sua realisação.

Si o direito de testar, ou o seu exercicio, depende da lei civil, depende como todos os mais direitos naturaes do homem, sem que por isso se considerem todos estes puras creações d'aquella.

Esta lei é a sua commum garantia, mas não a sua origem ou fundamento superior.

Demais, a lei civil, que impedisse o exercicio d'aquelle direito seria vã, ou o seu mais certo e unico resultado seria provocar a fraude e a desmoralisação publica, porque então todo o proprietario poria seus bens em nome de terceiros; venderia estes com clausula de fideicommisso; teria o cuidado, envelhecendo, de converter a sua fortuna em especies para transmittil-a de mão a mão a quem o quizesse.

Si pois semelhante disposição de lei tivesse taes consequencias, é claro que em nenhuma hypothese se póde comprehendel-a, e que a lei d'onde tal direito se deriva não póde deixar de ser uma lei de character absoluto, uma lei natural.

Comprehende-se bem a necessidade da intervenção da lei civil em materia de testamento ; mas, tambem se comprehende em que sentido, para que fins, e dentro de que limites ella póde e deve ter lugar.

Tudo se poderá conceder ao legislador social em tal assumpto, menos o podêr de inhibir a facção testamentaria a quem não tenha realmente algum impedimento natural e justo que para isso o inhabilite, ou de oppor-se á fiel execução de um testamento feito segundo as condições juridicas.

#### SEGUNDA PARTE :

Veremos agora se o direito de successão legitima da familia e dos mais proximos parentes do morto é derivada simplesmente do Direito Civil ou si o é tambem do Direito Natural.

Ainda n'este sentido, em geral, como no direito de testar, ninguem contesta, salvas certas opiniões extravagantes, que a successão legitima deve ser reconhecida e decretada como um direito na sociedade ; quanto, porém, á questão de saber-se a sua derivação divergem os escriptores.

Não nos parece menos insustentavel do que no direito de testar a opinião de que a successão deriva directamente do Direito Civil, embóra tenha tambem em seu apoio notaveis autores.

Ao contrario pensamos que não só aquella successão é um direito natural da familia e de taes parentes dos que morrem sem testamento, mas, ainda que é um direito de tal ordem, ao menos para os conjuges, os filhos e os descendentes e ascendentes na linha directa, que aquelle que os deixa por sua morte não póde transmittir os seus bens a estranhos.

Quer isto dizer, que em nossa opinião não só é legitima e necessaria aquella successão *ab intestato*, mas ainda que a lei civil não póde deixar de impol-a, ou de decretal-a como uma disposição positiva, sem desconhecer os justos reclames da natureza humana e os proprios interesses bem entendidos da sociedade.

Trataremos no capitulo seguinte da successão *ab intestata*, em sua parte pratica, pelo Dircito Civil especialmente.

Seja qual fôr a relação juridica em que comprehenda-se o dono de alguma cousa a respeito do seu destino depois de sua morte, o resultado a que chegamos quanto á questão ver-tente é o mesmo.

Si lhe negamos o direito de testar, é claro que, não podendo os seus bens ficar perpetuamente vagos, nem ser presa do primeiro aventureiro que os occupe, como já demonstramos, que devendo passar a alguem por um titulo mais legitimo, e ninguem o tendo melhor do que a sua familia, deve esta naturalmente succeder-lhe nos mesmos.

Si ao contrario admittimos o direito de testar por qual-quer lei, natural ou civil, sendo tambem muito natural que o pai de familia revestido d'esse direito d'elle use em favor d'esta, e sendo isto incontestavelmedte o que lhe ordena a natureza segue-se ainda que essa successão tem seu directo fundamento no Direito Natural e que o Direito Civil, estabelecendo-a expressamente, não faz mais do que confirmar o que aquelle dispõe.

Os proprios que não admittem essa successão como um direito natural, reconhecem que desconhecida ella pela civil mas consagrado o direito de testar, o uso que d'este voluntariamente fariam os paes de familia em favor d'esta, é cousa com que se deve contar e que é esse o remedio necessario e effi-caz ás desordens ou escandalos que viriam de sua transmissão a estranhos praticada como regra.

Mas, si isto é incontestavel, como de facto o é, a reflexão que antes de tudo nos acode ao espirito não é, de certo, que essa successão deva ser eliminada d'entre os direitos naturaes e considerada tal somente pela lei civil.

Ao contrario, desde que a mesma, convertida em lei positiva, é um remedio indispensavel e o unico efficaz aos males e escandalos da desherdação da familia, resultado possivel da idéa de não ser aquella reputada um direito absoluto e natural, é claro que a consequencia que devemos tirar é, exactamente, que se lhe deva attribuir este character.

Não é possível admitir-se que a providencia a taes males e escandalos contra a natureza fique perante esta entregue ao arbitrio de paes desnaturados, ou ás eventualidades, aliás de facil realisação, que empeçam a facção do testamento.

Ha manifesta inconsequencia n'esta doutrina, que, para livrar-se dos effeitos desastrosos a que conduz, invoca por fim o proprio principio fundamental d'aquelle que combate : assim, porque é um perfeito contrasenso, em todo o caso, creou-se a possibilidade de taes males e escandalos segundo o Direito Natural, na expectativa de sua cura por um movel que exactamente, a respeito d'aquelles a quem deve applicar-se o remedio, não tem a minima influencia.

Outras razões, porém, ainda mais directas e positivas repellem igualmente tal doutrina.

Desde que a familia é uma instituição fundada, mais que nenhuma, no Direito Natural, e debaixo da immediata protecção d'este se deve reputar tudo quanto seja de seu vital interesse, não pôde ser d'ahi excluida a successão necessaria e reciproca entre os seus membros.

A idéa de hereditariedade é tão estreitamente ligada á constituição da familia, como a propria noção da propriedade ; e desde que tal successão deriva d'esses principios, ou n'elles assenta, não pôde ser considerada como uma simples criação do Direito convencional do Estado.

Si ella não se fundasse directamente no Direito Natural, poderiam os Codigos Civis dos povos decretar, sem injustiça, a prohibição formal para os pais de instituirem os seus filhos herdeiros.

Mas ninguem ainda ousou ou ousará sustentar tão monstruoso paradoxo ; nem legislação de paiz algum pôde declarar os filhos inhabeis para succederem a seus pais, embóra alguns hajam que attribuem a estes a faculdade absoluta de testar em seu prejuizo, disposição aliás igualmente injustificavel, á vista do que já temos dito.

Finalmente, nada se pôde legitimamente concluir contra o Direito Natural ou contra o seu caracter de justo, independentemente da lei civil que o consagra.

Para corrigirem-se as anomalias contrarias á natureza, e portanto contrarias ao Direito que d'ella se deduz, e forçal-as a submetterem-se á sua regra, é que o Direito Civil deve intervir e de facto intervem com a disposição positiva que a sanciona.

Mas, isto de modo algum quer dizer que essa regra seja uma pura criação do Direito Civil.

Na antiga Roma o direito absoluto de testar, em prejuizo da familia, teve de ceder mais tarde ao influxo da philosophia e da moral christã ; e se ainda hoje prevalece um resto d'esse absolutismo das ultimas vontades, em Inglaterra e nos Estados Unidos da America do Norte, illudem-se ou querem illudir, aquelles que a isso de qualquer modo referem-se e á prosperidade d'essas duas grandes nações.

Outras e muito complexas são as verdadeiras causas do seu prodigioso engrandecimento.

Concluiremos, portanto, que a successão legitima *ab intestata*, ou apezar de testamento em contrario, é um direito natural do mesmo modo que o é o de testar, e que a lei civil que os não crêa, nem pôde justamente supprimir qualquer d'elles, deve em todo o caso expressamente consagral-os.

Dizem-nos isto a razão e o Direito da Natureza. O que este não pôde dizer-nos, quanto á successão legitima, é unicamente até que gráo de parentesco com o morto elle deve ser imposto, nem determinar positivamente outras condições praticas que são indispensaveis para a sua effectiva e justa realisação.

E' isto unicamente o que deve competir e compete de facto ao Direito Civil em tal materia, de que nos occuparemos no capitulo seguinte.

## CAITULO 6.º

### *Successão ab-intestada*

#### 1.º Paragrapho

Pelas Ordenações não se prescreve clara e precisamente a ordem da successão ab-intestada : suppõe-se como fundamento principal d'csta materia o Direito Romano estabelecido na Nov. 118, que, por ser muito conforme á Razão e Naturezá,

tem sido adoptada em todas as nações da Europa, tendo sómente alterado algumas cousas, que se não apropriavam bem aos costumes e principios adoptados n'este ou n'aquelle paiz.

Ha entre nós cinco ordens de successão *ab-intestada*, quaes as dos *descendentes*, *ascendentes*, *collateraes*, *conjuges* e *Estado*.

Pelo amor, pela affeição, pelo laço de familia, naturalmente que, fallecendo alguem sem disposição testamentaria, devem ser chamados em 1.º lugar á successão os *descendentes*, e entre estes sem duvida devem estar em primeiro lugar os filhos; por isso, fallecendo alguem *ab-intestado* tendo filhos, são estes os primeiros que a lei chama á successão e depois os mais descendentes, pela ordem seguinte :

1.º— Todos os filhos legitimados,— Ord. liv. 4.º titulos 82 e 96.

Filhos legitimados são os que nascem de solemnes e justas nupcias, de que falla a Ord., liv. 4.º tit. 96 princ. seguindo o Direito Romano.

2.º— Os filhos legitimados pelo subsequente matrimonio, — Ord. liv. 4.º, tit. 96 princ. e liv. 2.º tit. 35, 12.º §.

Filhos legitimados são aquelles que, não nascendo de justas nupcias, foram depois reduzidos ao patrio poder por meio da legitimação : esta póde ser feita ou pela *nomeação de filho feita em testamento pelo pai*, — Ord. do tit. 35, liv. 2.º cit., ou *pelo seguinte matrimonio*.

Todos estes concorrendo sós succedem em iguaes porções, sendo os bens allodiaes, sem differença de sexo, idade ou familia— succedendo por isso o filho juntamente com a filha, o menor com o maior, o que está debaixo do poder do pai, com o que está fóra, como o casado, o emancipado, e isto tanto na successão testamentaria, como na legitima, por isso que as Ords. cit. não fazem esta differença, o que se comprova pela pratica;— e não só succedem os filhos que tem o mesmo pai e a mesma mãe, como os do primeiro matrimonio mas, ainda os do segundo matrimonio, comtanto que sejam *legitimos*, Ord. liv. 4.º tit. 96 e tit. 91, 2.º §.

Os filhos do primeiro matrimonio concorrem com os de segundo pela morte do pai commum, não ha duvida, succedendo igualmente nos bens adquiridos, o que é conforme o Direito Romano.

A Ord. liv. 4.º tit. 91, §§ 2.º e 4.º tratando da successão dos pais nas heranças dos filhos, diz que o conjuge que passar a segundas nupcias, tendo filhos do primeiro matrimonio, ficará sómente com o usufructo dos bens d'esses filhos e que por isso si algum fallecer sem descendentes, lhe não succederá a mãe, que assim passou a segundas nupcias senão n'esse usufructo, indo por morte d'este os ditos bens aos outros filhos do primeiro matrimonio, si os tiver, e não aos do segundo matrimonio; porém, fallecendo a mãe sem deixar filhos do primeiro matrimonio, ainda que fiquem netos, já não terá lugar a disposição d'essa lei da Ordenação; mas, ficando filhos do primeiro matrimonio e algum neto, representante do pai morto, o dito neto concorrerá na successão com o tio vivo no caso de não haver testamento, porque tendo-o feito se guardará a disposição do Direito Commum, que é a authentica,— segundo a qual o conjuge, que passa a segundas nupcias está na razão dos estranhos para poder ser instituido pelos filhos do primeiro matrimonio, da qual authentica se tirou o disposto na Ord. cit. § 2.º.

O que fica dito tem lugar tanto a respeito do pai como a respeito da mãe, segundo se vê nos §§ 3.º e 4.º da mesma Ord. cit. com a unica differença do pai não ser obrigado a dar fiança, como a mãe, quando succede no usufructo dos moveis, ou dinheiro dos filhos do primeiro matrimonio.

Os filhos illegitimos naturaes não reconhecidos succedem somente á mãe.

Os filhos *adulterinos*, *incestuosos* e *sacrilegos*, não dão successão ao pai nem á mãe— Ord. liv. 4.º tit. 93 e Nov. 89, cap. ultimo. (1)

3.º— Na falta de filhos que, segundo as regras estabelecidas, possam succeder, serão chamados em segundo lugar os netos— Ord. liv. 4.º tit. 82. § 4.º e tit. 96 princ.; mas, podem os netos concorrer á successão do avô, ou sós, ou juntamente com os filhos (seus tios), com a differença que os filhos

(1) Com o decreto que separou a igreja do Estado e com o decreto do casamento civil n. 181 de 24 de Janeiro de 1890, parece-nos claro que deixou de vigorar esta Ord. liv. 4.º, tit. 93, na parte referente aos Clerigos.

Mello Freire, liv. 2.º, tit. 5.º, § 16 e Borges Carneiro, tomo 2.º § 203' nota, dizem que o filho adulterino fica perfeitamente legitimado pelo subsequente matrimonio, logo que este seja possível.

sucedem *in-capita* e os netos *in-stirpes* pelo direito de representação; e na falta dos netos succedem pelo mesmo modo os bisnetos e mais descendentes.

Este direito de representação tem lugar nos descendentes até *ao infinito*, nos collateraes só o tem até o terceiro grão, Nov. 118, cap. 3.º, e por consequencia não tem lugar senão até aos filhos dos irmãos.

O mesmo se verifica na emphyteuse familiar, conforme a Ord. liv. 4.º tit. 36, § 4.º e tit. 37, § 6.º— Vide reconhecimento de filhos naturaes no § 18 do cap. 3.º d'este mesmo livro.

#### ASCENDENTES :

Na falta de filhos, netos e mais descendentes, se devolve a herança dos filhos, que morrerem *ab-intestado*, aos ascendentes, isto é, aos pais si os tiverem, e na sua falta, aos avós ou bis-avós, com exclusão dos irmãos germanos e seus filhos.— Ord. liv. 4.º, tit. 91.

#### COLLATERAES :

Na falta de descendentes e ascendentes succedem na 3.ª ordem os collateraes do defuncto intestado, isto é:— em 1.º lugar os irmãos germanos e sobrinhos (filhos de irmãos germanos) os quaes excluem todos os outros parentes:— os sobrinhos apparecem pelo Direito de representação:— em 2.º lugar na falta de irmãos e sobrinhos germanos succedem os irmãos e sobrinhos unilateraes.

Todos estes parentes succedem no seu grau, representando os irmãos cada um por sí, e os sobrinhos, que concorram com os tios, sómente por seu pai a quem representam:— em 3.º lugar, não havendo irmãos germanos nem unilateraes e nem sobrinhos, succedem então os outros parentes que estiverem no grau mais proximo, cada um por sí, sem mais representação do grau do morto; porque o direito dos collateraes representarem o parente morto acaba com o 3.º grau, e os que estiverem no 5.º são excluidos pelo 4.º, e os do 6.º pelos do 5.º, etc.

Os filhos illegitimos nascidos ainda de damnado ou punivel coito são herdeiros tambem *legitimos dos irmãos e parentes* da parte da mãe, succedendo entre sí na fórma da Ord.

liv. 4.º, tit. 93— a mesma que diz que estes filhos não dão successão nem ao pai nem á mãe.

CONJUGES :

Na falta de todos os parentes da 1.ª, 2.ª e 3.ª ordem até o decimo grau, succedem os conjuges na 4.ª ordem entre sí, fallecendo *ab-intestados*, na fórma da Ord. liv. 4.º, tit. 94, a qual diz que, para o conjugue sobrevivente assim herder, é necessario que ao tempo da morte estivessem vivendo juntos sem que houvesse separação de thalamo ou meza.

Os interpretes accrescentam, que si o conjugue sobrevivente não dêsse causa a essa separação deveria excluir o Estado, succedendo ao conjugue fallecido; o que na verdade é conforme á razão, pois, não é justo que aquelles que não teem dado causa á separação sejam privados de um direito que já lhes competia pela lei.

ESTADO :

Não havendo conjugue sobrevivente succede o Estado na 5.ª e ultima ordem.

## 2.º Paragrapho

### *Filhos posthumos*

O filho posthumo adquire e transmite a successão do seu quinhão hereditario, mas, é preciso nascer vivo e em termos de poder continuar a viver, não havendo justos motivos de se presumir que não seja filho do defunto.

Para ter lugar esta successão é mais necessario que não nasça antes do setimo mez, ainda que viva alguns dias:— assim acontecendo dizem uns escriptores que não existe o Direito, porque em regra é inevitavel e outros pensam de modo contrario. (1)

Não se considera filho legitimo o que nascer dez mezes depois da morte do pai.

E' o que acha-se adoptado pela pratica, attendendo-se ás circumstancias do excesso do tempo e da aptidão para viver.

Vide 2.ª parte do 1.º capitulo da parte geral d'esta obra. Adoptamos a opinião de Savigny que diz que a viabilidade não é uma condição para que se possa considerar o individuo como participante dos direitos.

## CAPITULO 7.º

*Inventario*

## 1.º Parapho

Todas as pessoas que administram bens alheios ou que querem dar bõa conta da sua administração devem fazer inventario, para que não corram risco os seus bens e para que a todo o tempo conste o que pertencer aos bens administrados.

Muitas regras geraes são estabelecidas por Trigo de Loureiro :— a 1.ª é que deve fazer inventario quem administra bens alheios e quizer dar conta exacta dos seus deveres :— a 2.ª é que aquelle que quizer ver-se livre das obrigações do defunto deve fazer inventario.

A primeira regra é rasoavel e a segunda já foi vista por nós porque já dissemos que o inventario é o recurso dado pelo Direito para o herdeiro não pagar dividas superiores ao acervo.

Menciona além destas muitas outras :

Assim,— que o marido, por morte da mulher, é obrigado a fazer inventario dos bens do casal.

Alongando esta regra devemos dizer que não é só no caso do fallecimento da mulher, mas tambem no caso do fallecimento do marido ha a obrigação de se fazer o inventario dos bens.

Já dissemos que em regra no nosso Direito não será necessario o inventario, quando todos os interessados forem maiores, porque não haverá necessidade de *partilha judicial*.

Mas se ficarem menores, se houverem interdictos, a partilha judicial será sempre necessaria.

Prova-se isto com a Ord. do liv. 1.º tit. 88, § 4.º e com a Ord. do liv. 4.º, tit. 95.

Os herdeiros poderão fazer a partilha amigavelmente e a prática tem sancionado este meio, fazendo-se quando muito uma declaração para que o Juiz tome conhecimento, homologando-a.

Uma outra regra apresentada por Trigo de Loureiro é— o co-herdeiro ou outra pessoa que fica na posse dos bens do defunto *ab-intestado* deve fazer inventario si entre os chamados pela lei á herança houver alguém de menor idade.

Uma outra regra é: os herdeiros testamentarios ou legitimos, que não forem ascendentes ou descendentes do defunto, devem fazer o inventario porquanto todos são obrigados ao pagamento do imposto.

N'este ponto convem ser examinado o seguinte: entre nós ha varios impostos lançados sobre a propriedade pelo titulo da successão, chamados— *taxa do sello da herança—sello do quinhão hereditario e decima dos legados*.

As nossas leis, porem, não guardam uma perfeita discriminação entre estes impostos, ás vezes confundem-os.

E' conveniente, porem, fazer a distincção, porque os onus de pagar um ou outro imposto são differentes.

A taxa da herança é o imposto que paga o herdeiro forçado.

Sello do quinhão hereditario é aquelle que pagam todos os que recebem bens, ainda mesmo os ascendentes e descendentes legitimos.

A decima dos legados é o pagamento unicamente feito pelo legatario. Este é o imposto do legado.

Segundo o Direito moderno todos estes impostos, provenientes da passagem da propriedade de uma mão para outra, estão fundidos em um só que se chama *imposto de transmissão de propriedade*.

Assim, quando a fazenda publica é parte interessada, não se póde deixar de fazer inventario, porque é concedido ao procurador fiscal ou Collector de rendas o Direito de fiscalisar a marcha do inventario e a avaliação dos bens, para que não fique defraudada a fazenda publica.

Mas, no caso em que ha só e simplesmente a obrigação de pagar o sello do quinhão hereditario deve cessar aquella obrigação do inventario e a intervenção do procurador.

Uma outra regra é: que o pai, avô, filho ou outro parente do furioso, mentecapto ou prodigo, a quem for incumbida a guarda de sua pessoa e a administração de seus bens, tambem deve fazer inventario, segundo a Ord. do liv. 4.º, tit. 103, §§ 1.º, 4.º, 5.º e 6.º.

Esta regra é subordinada á primeira que apresentamos.

Uma outra regra é: succede ás vezes que um individuo ausenta-se e perde-se a sua noticia, de modo que pensa-se que elle morreu: Os herdeiros mais chegados então pódem-se habilitar para que se lhes dê uma successão transitoria — Ord. liv. 1.º, tit. 62, § 38.

Portanto, sempre que se der o caso de ausencia de um individuo, embora não haja certeza da sua morte, dar-se-ha a successão transitoria.

Mas esta successão depende de um inventario, porque é possivel que o individuo não esteja morto e appareça mais tarde requerendo que lhe sejam entregues os seus bens.

Uma outra regra é: o Juiz de Orphãos tem a obrigação de fazer o inventario, quando ha interessados orphãos, e alem dos casos em que ha menores temos os de que falla o Reg. de 15 de Junho de 1859—quando são encontrados bens vagos e do evento.

Mas, não é ainda só n'este caso: quando morre alguém no seu districto, sem deixar pessoas presentes que tomem immediatamente conta dos seus bens, tambem compete-lhe fazer o inventario, assim como quando ha alguém que dissipe os proprios bens, de modo que possa ser considerado como prodigo.

## 2.º Paragrapho

### *Tempo e lugar em que deve ser feito o inventario judicial*

E' expresso no Direito que o inventario deve ter começo dentro de trinta dias depois da morte do individuo de cuja successão se trata e isto está na Ord. liv. 1.º, tit. 88 § 4.º. E' expresso mais que elle deve terminar-se dentro de trinta dias da data em que tiver começado.

Varios autores confirmam este principio: assim, Guerreiro, Vallasco, Pereira e Souza e outros.

A' vista, porem, de preatorias que muitas vezes tem-se que expedir, e da difficuldade com que se tem que fazer marcar o inventario reconhece-se que muitas vezes não é possivel o inventario ter o seu termo dentro de trinta dias. 48

A Ord. do liv. 4.º, tit. 96, §§ 12 e 13 manda proceder a sequestro, quando o individuo demora o inventario por mais de um anno.

Ora, ve-se por ahi que reconheceu a Ord. que nem sempre era possivel concluir o inventario dentro de trinta dias e nem se diga que a Ordenação se refere a maiores, porque ella trata tambem de menores.

Quando se tratar de descriminar bens, para geril-os e conserval-os, porque o Senhor não é conhecido, é visto que o Juiz competente é o do lugar em que estes bens forem encontrados.

Quando tratar-se da separação dos bens por divorcio dos conjuges, é mais natural procurar-se o Juiz do domicilio das partes.

A Jurisdicção dos juizes do Orphãos é determinada pelas circumstancias especiaes do individuo que ainda não tem chegado á maioridade.

A Ord. do liv. 1.º tit. 88 veio determinar então que os juizes de orphãos são os competentes para tratar do inventario, em que entram menores.

Quaes serão, porem, esses interesses dos menores que determinam a competencia do Juiz ?

Será todo e qualquer interesse ou o de uma escala maior ?

No Direito Romano qualquer interesse determinava a competencia d'este Juiz especial.

Firmado isto temos o principio de que, sempre que ha um menor, está a competencia do Juiz de Orphãos estabelecida.

A Ord. do liv. 1.º, tit. 88 § 7.º diz que a competencia do Juiz de Orphãos é determinada por todos os casos, em que se trata de um menor que vai herdar.

Quando não ha um objecto certo, mas, uma quantidade incerta, por exemplo a terça ou quarta parte da herança, ha necessidade de intervir o Juiz de Orphãos no inventario, para defender os interesses do menor.

Mas, quando se trata de um legado singular, de uma quantidade certa, então não ha necessidade de intervir no inventario o menor, e, desapparecendo elle, desapparece a competencia do Juiz de Orphãos ; — então, o Juiz competente n'este caso é o Juiz commum.

Quando começa um pleito entre partes e fallece uma d'ellas pára completamente esse pleito até que sejam chamados para continual-o os herdeiros da que falleceu.

Quando se está procedendo ao inventario acontece muitas vezes que o prazo de trinta dias, por ser pequeno, não é sufficiente para as partilhas.

Acontece que havendo herdeiros menores, n'esse curto prazo de trinta dias, ao findar-se, tornam-se maiores; e então attingindo á maioridade, qual dos Juizes deve resolver a partilha d'ahi por diante?

Uns dizem que o Juiz de Orphãos tendo começado o inventario deve passar ao Juiz commum, uma vez que terminou o prazo que era da sua competencia,— o da menoridade dos herdeiros.

Quando o Juiz commum começa a partilha e acontece morrer um dos herdeiros deixando filhos menores, antes de esgotar-se o prazo de trinta dias, dizem tambem alguns escriptores que virá tratar da questão o Juiz de orphãos.

O mesmo acontecerá com o prazo maior de trinta dias.

Estudada a questão da competencia dos Juizes no inventario e com relação á jurisdicção que se poderá encontrar em uma mesma localidade, resta ver a competencia d'esses Juizes pelo lado da diversidade de lugares.

A hypothese é: morre alguém, deixando herdeiros e bens em varios pontos: pergunta-se, onde se deve fazer o inventario, no lugar onde existe o maior numero de bens ou no lugar onde existem os herdeiros?

Podemos dizer que a regra que se acha a este respeito mais geralmente seguida é a seguinte: que o Juiz competente para conhecer da partilha é o Juiz do domicilio do defunto.

Expedem-se precatorias para os lugares onde existem herdeiros afim de que sejam intimados para virem ou mandar as suas procurações e expedem-se precatorias para os lugares onde existem bens.

D'esta opinião é Pereira e Souza.

Trigo de Loureiro acha essa opinião infundada e abandona a regra do domicilio do defunto.

Segundo sua opinião o inventario é feito no domicilio dos herdeiros.

Se fallecer em um lugar onde não tem todos os seus bens, existindo entretanto herdeiros no ponto onde existam alguns d'esses bens,— se deve procurar o fôro onde estão esses herdeiros e não o do domicilio do defunto.

A pratica mais seguida não é esta de Trigo de Loureiro.

O Conselheiro Ramalho ensina que a partilha deve ser perante o fôro do domicilio do herdeiro e acha esta pratica melhor, porque diz que o herdeiro é o réu da causa e sendo réu sempre propõe-se a acção onde elle reside.

Limitamo-nos, porem, a dizer que a pratica segue a primeira doutrina.

Pela legislação patria moderna cada Estado tem a sua organização judiciaria especial de accordo com os interesses que lhes são peculiares e com a administração da Justiça necessaria em cada um.

Assim, no Estado do Rio de Janeiro hoje temos a lei n.º 43 A de 1.º de Março de 1893, em vigor, que determina as attribuições dos Juizes, que são para este caso em numero de dois « *o Juiz Municipal e o Juiz de Direito* »

O Juiz Municipal é o mesmo Juiz de Orphãos : este é o preparador dos feitos, com attribuições de julgar as causas civeis, commerciaes, orphanologicas ou da provedoria, que se moverem no Municipio de sua jurisdicção, até ao valor de 1:000\$000, sendo o minimo 200\$000, com appellação no effeito suspensivo para o Juiz de Direito, exceptuando as causas que tem privilegio de fôro.

Assim, pois, no Estado do Rio de Janeiro o Juiz Municipal prepara todos os inventarios e interessa-se quando ha orphãos sempre ou pessoas incapazes mas, o julgamento das partilhas só lhe compete quando o valor da causa é de mais de duzentos mil reis ate um conto de reis, competindo então o julgamento das de maior valor ao Juiz de Direito. O Juiz Municipal é o substituto do Juiz de Direito.

Na Capital Federal ha o decreto 1030 de 14 de Novembro de 1890 em vigor « organização da justiça do Districto Federal » que dá essas attribuições ao Pretor com a alçada de um conto de reis.

Em S. Paulo ha o decreto da lei n. 18 de 21 de Novembro de 1891. que dá essas attribuições aos Juizes de Paz adjunctos, com a alçada de 300\$000. Em Minas Geraes dão-se essas attribuições aos Juizes Substitutos, etc. Assim em todos os Estados.

### 3.º Paragrapho

#### *Cabeça de casal ; direitos e obrigações*

Por morte de um dos conjuges fica o outro na posse dos bens, como cabeça de casal, por determinação da Ord. do liv. 4.º, tits. 95 e 96, §§ 6.º e 9.º.

Se o que morre é viuvo, deve ser nomeado para cabeça de casal o co-herdeiro mais velho, se com elle vivia ao tempo do fallecimento, aliás um dos outros em quem se verificar esta circumstancia.

Se nenhum d'elles vivia com o inventariado, deve o Juiz nomear aquelle que tiver mais conhecimento dos bens, comtanto que tenha probidade.

As questões suscitadas sobre a nomeação de cabeça de casal devem ser decididas summariamente pelo Juiz do inventario que concederá os recursos legitimos e sem suspensão.

Chama-se— cabeça de casal— a pessoa que tem a posse dos bens a partilhar.

Segundo o Dr. Alencastro Autran a viuva não póde ser privada do encargo de inventariante dos bens de seu casal por uma simples disposição testamentaria, em face da Ord. liv. 4.º, tit. 95 princ. combinada com a Ord. do liv. 1.º, tit. 88 §§ 4.º e 8.º.

O cabeça de casal, indicado pela lei, não comparecendo, póde o juiz constrangel-o a isso pelos meios legitimos, ou melhor fará o juiz,— se não comparecer o cabeça de casal no praso, que se lhe assignou, proceder-se-ha a sequestro nos bens da herança, o qual se não levantará ainda mesmo no caso de se offerecer fiador idoneo. Pela falta de comparecimento julga-se tambem a notificação por sentença, e, ou se procede á revelia, ou se nomêa outro cabeça de casal para descrever os bens.

Se comparecer o cabeça de casal difere-se-lhe juramento para fazer debaixo d'elle a descripção dos bens e as declarações indispensaveis— Ord. liv. 1.º, tit. 88, § 1.º.

E' controverso se o cabeça de casal pôde prestar este juramento por procurador.

Guerreiro entende que o inventariante deve prestar o juramento em pessoa e o Juiz tambem deve deferil-o pessoalmente.

O contrario defendem outros.

Hoje, porem, a pratica mais geralmente seguida é a de ser facultado ao inventariante prestar o juramento por procurador ou pessoalmente, como se vê na lei n. 43 A de 1.º de Março de 1893 do Estado do Rio de Janeiro, no art. 258, attendendo-se á impossibilidade de poder comparecer em tempo preciso muitas vezes, marcado por lei, aquelle que é designado para cabeça de casal.

Assim é mais facil começar-se precisamente o inventario no praso legal.

Embóra Guerreiro diga que é de absoluta necessidade o proprio inventariante comparecer perante o Juiz, baseado na Ord. do liv. 1.º tit. 88, affirmando que essa Ord. requer *pro forma* que o inventariante jure em pessoa, para que o juramento lhe estimule a consciencia, acreditamos que é acertadissima a sabia disposição da lei do Estado do Rio de Janeiro, baseada em bôa experiencia.

No decreto n. 1030 de 14 de Novembro de 1890 « da Justiça Federal », art. 64, faculta-se ao Reu de contravenção e ao queixoso o comparecimento por Procuração, *deixando ao arbitrio do Juiz o que a este respeito refere-se ao inventario*, porque, relativamente á procuração, n'esse decreto nada se encontra sobre o inventariante, em artigo nenhum.

O Dr. Alencastro Autran diz em sua nota 21.<sup>a</sup>, pag. 180 do seu « Manual da Justiça Federal » que o comparecimento do Réu por procuração, no caso de contravenção, art. 64 do decr. 1030, é uma innovação bem digna de reparo.

De leve tocamos n'este ponto do dec. 1030, simplesmente para justificar que, se ao Reu, no caso apresentado, é facultada a Procuração, pensando com o Conselheiro Ramalho, *exclusivamente a este respeito*, si for exacto o que este escriptor

diz (conforme nos referimos no final do 2.º § d'este mesmo capitulo), isto é, que o herdeiro é reu da causa, implicitamente comprehende-se que o dec. citado faculta a procuração ao cabeça de casal.

A Organização Judiciaria do Estado de S. Paulo, lei n.º 18 de 31 de Novembro de 1891 (hoje completamente reformada por uma muito boa e sabia) não previu este caso, pelo facto de não serem então n'essa occasião ainda promulgadas as leis processuaes, adoptando então as leis em vigor n'aquella epoca.

Não temos presente a nova organização judiciaria d'esse Estado, por isso não affirmamos que exista disposição alli a este respeito, portanto limita-mo-nos ao que fica dito.

Continuando diremos que o cabeça de casal deve declarar o dia do fallecimento do inventariado, se fez testamento, quaes os herdeiros que lhe ficaram, seus nomes, idades e estados.

Todas estas declarações são de absoluta necessidade e todas se devem escrever em um auto, ou termo, lançado no inventario pelo escrivão e assignado pelo juiz e pelo dito cabeça de casal e segundo Suzano de Araujo, autor do Codigo Orphanologico, si este não puder ou não souber escrever assignará alguém a seu rogo, mencionando-se esta circumstancia no termo.

A Ord. do liv. 4.º, tit. 95 diz que o cabeça de casal póde usar dos interdictos possessorios, quando fôr espoliado ou perturbado na posse dos bens inventariados.

Conforme a Ord. do liv. 4.º, tit. 96 12.º § perde o cabeça de casal a posse dos bens se suscitar questões que demorem a partilha por mais de um anno, porque n'esse caso é a herança posta em sequestro com todos os seus rendimentos, até á decisão das referidas questões.

Segundo a Ord. do liv. 4.º, tit. 88 § 4.º, nenhum dos co-herdeiros tem direito a fazer descrever no inventario bens alhuns contra a vontade do cabeça de casal, ainda que notoriamente pertençam á herança. Não compete, porem, ao cabeça de casal a descripção dos dotes que os co-herdeiros receberam, porque elles mesmos os devem descrever debaixo de juramento no acto da collação.

Segundo a Ord. do liv. 1.º tit. 88, § 9.º o cabeça de casal que deixa de descrever bens pertencentes á herança incorre na pena de perder todo o direito que a elles tinha e na de pagar o duplo do seu justo valor aos outros co-herdeiros.

A mesma Ord. citada diz, conforme a interpretação que se lhe der, que não terão lugar as penas senão depois de sentença proferida em causa ordinaria, nem se tiver occultado os ditos bens sem malicia, por não estarem em poder do inventariado ao tempo da sua morte.

Assim pensa Pereira de Carvalho nas suas « *Prim. linhas Orphan.* »

Tambem não póde o cabeça de casal alienar bens alguns da herança antes de feita a partilha, nem accionar, nem ser accionado *in solidum* pelas dividas—Pereira de Carvalho, citado.

Só lhe é facultado accionar ou ser accionado pela parte correspondente ao seu quinhão hereditario, bem como todos os outros co-herdeiros.

#### 4.º Paragrapho

##### *Descripção dos bens*

Descripção de bens é o arrolamento exacto de tudo aquillo que o defunto possuia ao tempo da sua morte.

Reputa-se exacto o arrolamento que faz o cabeça de casal, debaixo de juramento ; por isso a prova em contrario incumbe aos herdeiros, legatarios e credores, se o contestarem ( Valasco, de Partit., cap. 8.º n. 43, e Alexandre, liv. 6.º, cons. 4, e Decius, cons. 272 n. 31, cons. 595 n. 4 ).

Devem, portanto, ser descriptos, não só os bens moveis, semoventes e de raiz, mas os direitos e acções, e cada coisa separadamente.

Os bens de raiz devem ser descriptos com todas as suas situações e confrontações : os moveis devem ser descriptos com todos os signaes e notas characteristics que os distinguem de quaesquer outros—Ord. liv. 1.º, tit. 88 § 4.º: os semoventes devem ser descriptos pela mesma maneira dos moveis.

Pertencem á classe dos *direitos e acções*:— 1.<sup>o</sup>, as dividas activas— Ord. liv. 1.<sup>o</sup>, tit. 88, § 4.<sup>o</sup>:— 2.<sup>o</sup>, as acções eventuaes e que ainda dependem de se verificar a condição, como por exemplo, o fideicomisso, o legado condicional:— 3.<sup>o</sup>, o usufructo, o uso, habitação e quaesquer outras servidões devidas ao defunto e a seus herdeiros; não assim si eram limitados á vida do inventariado, porque já acabaram com ella e já não tem valor algum.

A Ord. do liv. 1.<sup>o</sup>, tit. 88, § 4.<sup>o</sup> diz que seria impossivel fazer-se a partilha se descrevesse alguem todos os bens juntos. Ainda quando se descrever um todo, como o rebanho, deve-se declarar de quantas partes consta, para se avaliar cada uma separadamente.

Ha cousas que não devem ser descriptas, taes como os vestidos de uso, a cama ou leito da viuva e o annel ou joia nupcial.

Diz o Dr. Autran que tambem não devem ser descriptos os retratos de familia e as imagens de Santos.

E' controverso se os vestidos de uso, a cama e joia nupcial, sendo de grande valor relativamente á herança, deverão ser descriptos.

Alguns entendem que não, porque presumiram doados esses bens, e serem taes doações irrevogaveis.— Diz então o Dr. Autran— mas desde que as doações não se presumem e que são nullas as excedentes da taxa legal, quando carecedoras dos requisitos necessarios, outra não póde ser a solução senão pela affirmativa. (Guia prat. do proc. Orphan. por um Juiz de Orphãos, nota 185 do Dr. Alencastro Autran).

## 5.<sup>o</sup> Paragrapho

### *Collação*

Collação é o acto pelo qual os descendentes trazem á massa commum dos bens de seus ascendentes o que receberam do seu casal, para ser dividido entre todos os outros descendentes, com os mais bens do mesmo casal.

Deve-se fazer a collação, ainda que por morte do doador não existam bens alguns.

Os dotes conferidos não augmentam a terça do defunto, salvo quando elles não foram legitimamente constituídos,— Peireira de Carvalho, prim. lin. orphan., notas 121 e 122 e Ord. liv. 1.º, tit. 88, princ.

## 6.º Paragrapho

### *Avaliação*

Avaliar uma cousa é determinar o seu justo preço.

O justo preço das cousas não deve determinar-se pela affeição particular de qualquer, mas sim pela verdadeira, geral e commum estimação dos homens— Ord. liv. 4.º, tit. 11, § 4.º e tit. 13.

Devem ser avaliados todos os bens descriptos no inventario, seja qual for a sua qualidade ou natureza.

Deve ser avaliada cada cousa separadamente e não podem os avaliadores nomeados commetter a avaliação a qualquer outra pessoa, nem fazel-a na falta de algum d'elles. (1)

## 7.º Paragrapho

### *Licitação*

Licitação é o acto pelo qual se põe a lanço os bens da herança, que não admittem commoda divisão, para se adjudicarem áquelle dos co-herdeiros que mais offerecer.

A licitação nos bens que admittem commoda divisão é desconhecida pelo Direito Romano, reprovada pela legislação portugueza e pela das nações civilisadas, impugnada pelos doutores mais acreditados, absolutamente desnecessaria e muitas vezes funesta. ( Ord. liv. 4.º, tits. 96 e 97 consolidações das leis civis por T. de Freitas, nota 26 ao art. 1166, 3.ª ediç. )

---

(1) Vide § 4.º d'este mesmo capitulo.

## 8.º Paragrapho

*Partilhas*

Chama-se partilha a divisão que se faz do patrimonio do defunto, entre o conjuge sobrevivente e os herdeiros d'aquelle ou entre estes sómente.

Diz o Dr. Alencastro Autran que a partilha é o processo que tem por fim *singulas res singulis hæredibus adjudicare* — nota 231, Guia pratica do proc. orphan.

A partilha deve ser feita na presença do Juiz pelos partidores do juizo.

As qualidades essenciaes de uma boa partilha são as seguintes :

- 1.ª— Observar-se a maior igualdade que for possível.
- 2.ª— Consultar-se a commodidade dos co-herdeiros.
- 3.ª— Evitarem-se litigios futuros.

A partilha, antes de julgada por sentença, pôde ser impugnada nos proprios autos ; e qualquer lesão, por mais modica que seja, deve ser attendida.

A partilha legitimamente feita e julgada por sentença, não pôde rescindir-se, e apenas se pôde emendar, havendo para isso justa causa.

A causa justa para a emenda da partilha, depois de julgada por sentença, é a lesão ; é, porém, necessario que ella seja da sexta parte pelo menos, com relação a todo o quinhão hereditario d'aquelle que se julga lesado— Ord. do liv. 4.º, tit. 96, § 20.

Apezar d'isto, porem, costuma-se attender a qualquer lesão, por minima que seja, no grau de appellação, por ser a igualdade da essencia da partilha.

A emenda da partilha deve requerer-se dentro do tempo determinado pela lei e pelos meios competentes.

Sendo a lesão sómente da sexta parte, deve-se requerer a emenda da partilha dentro de um anno, contado do dia da intimação da sentença ou da sciencia d'ella— Ord. do liv. 4.º, tit. 96, § 19.

Sendo de mais de metade ou enorme, póde-se requerer dentro de quinze annos— Ord. do liv. 4.º, tit. 13, § 5.º

Sendo enormissima póde-se não só requerer a emenda, mas até mesmo a rescisão da partilha dentro de trinta annos, — cit. Ord. 10.º § *in fine* § 21, Ord. liv. 4.º, tit. 96 tam-  
bem citada.

Tanto os embargos, como a appellação, devem ser inter-  
postos dentro do decendio; e, passado elle, já nenhum des-  
tes recursos terão lugar— Ord. do liv. 3.º, tit. 79, §§ 1.º e  
2.º, salvo o caso de ausencia do interessado, porque então  
correrá o praso de 10 dias da data da intimação do lapso do  
tempo.

Esse caso está previsto nas leis modernas: assim na lei  
n. 43 A de 1.º de Março de 1893, do Estado do Rio de Janeiro,  
art. 256 § unico, encontra-se disposição a esse respeito.

Pela partilha adquirem os herdeiros o dominio dos bens  
que lhes foram adjudicados e não póde a posse, ou a entrega  
d'elles ser-lhes impedida ou demorada.

As cartas ou formaes de partilha só tem execução entre o  
cabeça de casal e co-herdeiros e não contra terceiros, salvo  
se figurarem no inventario e foram n'elle convencidos— Ord.  
liv. 4.º, tit. 96, § 22 e Ord. liv. 3.º, tit. 81. *Res inter  
alios acta et judicata aliis nec nocet nec prodest.*

Julgando-se nulla a partilha procede-se a novo inventario;  
e julgando-se apenas errada, procede-se á sua reforma no  
mesmo inventario, que deve-se remetter ao juizo da appella-  
ção.

Ainda que já sejam maiores todos os co-herdeiros quando  
se decidir a nullidade da partilha, o novo inventario deverá  
ser feito no juizo de orphãos aonde se fez o primeiro que  
será substituído.

Pódem, porem, os co-herdeiros fazer a partilha extrajudi-  
cial e amigavelmente, se n'isso convierem.

A garantia das quotas hereditarias, por meio das cartas ou  
formaes de partilha, terá lugar sempre que os interessados a  
requererem; e na sentença do Juiz assim se declarará sem-  
pre isso.

As cartas ou formaes de partilhas conterão as peças dos autos indicadas nos decretos ns. 5737 de 2 de Setembro de 1874 e 9549 de 23 de Janeiro de 1886, referidos no art. 292 da lei n. 43 a cit. e outras, combinadas, conforme as disposições de cada uma.

N'essa mesma lei, art. 561,— no caso em que o inventario e a partilha de herança são dispensados das fórmas solemnas — § 7.º manda-se dar aos herdeiros simples certidões declarativas dos respectivos quinhões, as quaes terão a mesma força das cartas de partilha desde que n'ellas venha inserto o theor da sentença.

Isto só nos inventarios que são dispensados das fórmas solemnes. Outras muitas leis assim não preceituam.

## 9.º Paragrapho

### *Sonegados*

A Ord. do liv. 1.º tit. 88, § 9.º diz: « E o pai, ou mãe, ou qualquer outra pessoa, que por mandado de justiça fizer inventario, e n'elle sonegar ou incobrir alguma cousa, assim movel, como de raiz, que fosse do defunto ao tempo de seu fallecimento, perderá para os menores tudo aquillo que sonegar.

E não haverá parte alguma (se a tiver) do que sonegar, e mais pagará em dobro para os menores a valia das cousas, que assim sonegar e não puzer no inventario, posto que nas ditas cousas, que assim sonegou, não tenha parte alguma. E alem d'isso haverá a pena de perjuro. »

E' o que diz *ipsis verbis* a Ord. cit.

Diz Pereira de Carvalho que o cabeça de casal, porem, não incorre nas ditas penas antes de comminadas por sentença proferida com conhecimento ordinario.

Tambem não incorre n'ellas: 1.º, se a occultação não foi maliciosa, mas filha da ignorancia; 2.º, se os bens occulta-

dos, ou não descriptos, não estavam em poder do defunto ao tempo da sua morte, por ser essa circumstancia expressamente requerida pela cit. Ord. ; 3.º, se eram modicos em relação á opulencia da herança.— Pereira de Carvalho, Prim. linhas sobre o proc. orphan. nota 65.

Obtida a sentença por um dos co-herdeiros contra o inventariante, pódem os mais co-herdeiros por essa mesma sentença, em que não intervieram, executar o cabeça de casal pelos seus quinhões— é esta uma excepção da Ord. liv. 3.º, tit. 81, em que a sentença aproveita a terceiro, em razão de ser a causa connexa e individua.— Corr. Tell. Doutr. nota 2 ao § 289. A accção de sonogados corre no juizo de orphãos em que se fez o inventario.

Não procede a accção de sonogados quanto á pena, mas só para nova divisão de bens não descriptos, quando não ha menores.— Pereira e Souza, Prim. linhas civis, nota 1021. Só existindo má fé pódem ser applicaveis ao inventariante as penas de sonogados impostas pela Ord. liv. 1.º, tit. 88 § 9.º. Accord. do Sup. Tribun. de 23 de Julho de 1859, na *Chronica do Fôro* n. 17.



## LIVRO TERCEIRO

CONTINUAÇÃO DOS DIREITOS REAES OU DIREITOS DAS COUSAS

### CAPITULO 4.º

USUFRUCTO :—*Direitos e obrigações.*— *Extincção.* (1)

#### Paragrapho unico

Chama-se usufructo o direito de gosar de uma cousa cuja propriedade é de outrem, tirando d'ella todo o proveito, toda a utilidade e todo o commodo que ella possa produzir, sem alterar-lhe a substancia : é o direito de gosar das cousas de que outrem tem a propriedade como o dono mesmo, mas com a obrigação de conservar-lhe a substancia.

O usufructuario tem direitos e esses consistem na faculdade que tem o que não é proprietario de gosar das cousas pertencentes a outrem, por certo tempo, ou durante a sua vida, com obrigação de deixar salva a substancia da cousa.

O usufructo é constituído umas vezes pela lei, outras por testamento, doação ou outro contracto, ou puramente, ou a certo dia ou com condição.

O usufructuario póde utilizar-se de toda a sorte de fructos e rendimentos que a cousa produz naturalmente, ou accedendo á cultura ou á industria ;— ou dos fructos civis, como os alugueis de um predio urbano ou rustico, os juros de sommas exigiveis.

Os fructos pendentes no momento em que começar o usufructo pertencem ao usufructuario, mas deve pagar as despesas da cultura d'elles a quem as fez, ou a seus herdeiros.

Acha-se perfeitamente fundamentado o que diz-se sobre o usufructo no livro 33 do « *Codicis* »— *De usufructu et habitatione*,— em seus diversos fragmentos.

(1) Coelho da Rocha— Dir. Civ. e Teixeira de Freitas— Cons. das leis Civis.

Os fructos pendentes no momento em que acaba o usufructo pertencem ao proprietario, com a obrigação de pagar este a cultura ao usufructuario ou a seus herdeiros, porque debaixo do nome de fructos entende-se o que resta depois de pagas as despesas.

As rendas de casas, fóros e juros de dinheiro, reputam-se vencidos dia por dia e por isso repartem-se antre o proprietario e o usufructuario com respeito ao tempo em que se começou e acabou o usufructo.

As pensões de terras arrendadas, que se pagam em epoca fixa, pertencem ao usufructuario, se no acto de começar o usufructo os fructos estavam ainda pendentes; ao proprietario, se os fructos de que se pagava a pensão estavam pendentes quando o usufructo acabou.

O usufructuario póde arrendar os bens, objecto de seu usufructo, mas o arrendamento não dura além do tempo do usufructo.

Póde tambem doar, vender ou empenhar o seu usufructo.

Se não tiver servidão para o predio do usufructo senão por outro da herança d'aquelle que lhe deixou o usufructo, póde obrigar o possuidor d'este a dar-lh'a :— Dig. liv. 7.º, tit. 6.º— « *Si usufructus petetur* » frag. 1.º, §§ 2.º e 3.º — *Sed si ususfructus sit legatus, ad quem aditus non est per hereditarium fundum, ex testamento utique agendo, fructuaris consequetur, ut cum aditu sibi praestetur usufructus*, ou então :— *utrum autem aditus tantum et iter etc.*

O usufructuario póde embargar a obra nova que alguém fizer em detrimento do seu usufructo.

Se o proprietario a fizer póde pedir-lhe a sua indemnisação.

Póde, finalmente, o usufructuario intentar as acções possessorias contra quem o esbulhar ou turbar na posse dos bens do usufructo.

Como pelo acto constitutivo do usufructo, não só resultam direitos ao usufructuario, como tambem obrigações, justo é que se diga quaes sejam.

As obrigações do usufructuario são : dar caução á restituição dos bens, findo que seja o usufructo, e á indemnisação dos damnos que causar.

Desta caução é desobrigado o pai usufructuario dos bens dos filhos, o doador que reservou o usufructo dos bens doados, o usufructuario a quem o instituidor desobrigou de dar caução.

Ainda que dispensada seja a caução, o usufructuario é sempre obrigado a restituir os bens e indemnisar os damnos.

O usufructuario deve ser obrigado a fazer inventario dos bens do usufructo com especificação do bom ou máu estado d'elles, para se verificar a sua responsabilidade.

As pequenas reparações do usufructo devem ser feitas pelo usufructuario á sua custa.

Se as casas ou obras arruinadas forem desnecessarias ou inuteis não póde o usufructurio reedifical-as sem licença do proprietario ; e se o fizer, não poderá pedir indemnisação, findo o usufructo.

Não póde tambem continuar a obra nova que o instituidor do usufructo deixou principiada, se o proprietario não consentir.

Em regra, as bemfeitorias uteis que o usufructuario fizer e que causarem utilidade permanente, no fim do usufructo pódem ser pedidas por elle ou por seus herdeiros, como qualquer possuidor de boa fé.

Os impostos lançados, não sobre os rendimentos, mas sobre o valor dos predios, devem ser pagos pelo proprietario ; e este pagando-o, póde exigir juros d'elles ao usufructuario emquanto desfructar ; e se em vez do proprietario este os pagar, póde exigil-os do proprietario, findo o usufructo. Cod. Civ. Fr.

As decimas e outros encargos do predio ficam a cargo do usufructuario.— Lobão— Obrigações recipr. § 220.

O *legatario universal* do usufructo de toda uma successão é responsavel e obrigado a pagar qualquer pensão alimentaria deixada pelo testador, e o *legatario a titulo universal* do usufructo, tal como o de uma quota da successão, uma quarta parte, metade, só fica obrigado na proporção de seu goso, sem nenhuma repetição ao proprietario.

56

O usufructuario a titulo particular não é responsavel pelas dividas a que estiver obrigado e hypothecado o predio do usufructo.

Se for obrigado a pagar-as ou coagido, tem recurso contra o proprietario. (Vide o que ficou dito no livro 2.º, cap. 1.º, § 3.º d'esta obra sobre legatarios e Trigo de Loureiro, — Trat. de Dir. Civ.

Rogron diz que o legatario a titulo particular é aquelle a quem o testador lega o usufructo de um campo, de uma casa, ou de qualquer outro objecto certo e designado. Vide capitulo citado.

O usufructo extingue-se:—pela morte do usufructuario; por ter expirado o tempo do usufructo; pela reunião sobre a mesma pessoa das duas qualidades de usufructuario e proprietario; pelo não uso da cousa durante trinta annos; pela perda total da cousa e pelo abuso que o usufructuario fizer dos bens.

Usufructo paterno é aquelle em que o pai é usufructuario dos bens dos filhos, emquanto se não emancipam ou casam, — Ord. liv. 4.º, tit. 97, § 19.

Não tem o pai esse usufructo nos bens que constituem o peculio castrense ou quasi-castrense do filho, nem nos que são deixados ao filho com a condição de não ser elle (pai) o usufructuario. — Ords. liv. 3.º, tit. 9.º, § 3.º; liv. 4.º, tit. 97, § 18, tit. 98, § 5.º em que são expressos mais outros diversos casos em que o pai não percebe o usufructo.

Sobre esta materia consulte-se Teixeira de Freitas— Cons. das leis,— art. 178 e seguintes, e Ccelho da Rocha— Dir. Civ. e os outros citados.

O usufructuario pôde renunciar o usufructo: mas, assim acontecendo elle não fica livre de pagar o dano resultante de sua culpa antecedente. O usufructuario pôde eximir-se de fazer as pequenas reparações a que é obrigado, renunciando ao usufructo do predio que as exige.

## CAPITULO 2.º

*Uso e habitação*

## Paraphographo unico

O Direito de uso é a faculdade que alguém tem de servir-se da propriedade de outrem.

Entende-se o uso debaixo de dois pontos de vista :

1.º— O uso pessoal, que se extingue com a pessoa a quem foi concedido :

2.º— O uso real que se transmite com a propriedade por cuja utilidade foi estabelecido.

Os direitos de uso podem ser constituídos por testamento, doação ou outro contracto. O titulo que os constituir pôde dar mais ou menos latitude sobre o modo de usar ou de habitar.

Se nada se declara entende-se que o usuario de um predio somente pôde colher os fructos indispensaveis para seu uso e de sua familia. (1)

Entende-se que o habitador pôde viver na casa que lhe foi concedida com sua familia : ou mesmo sua viuva, ainda que esta venha a casar-se depois.

Nem o usuario, nem o habitador podem arrendar o predio, nem ceder a outra pessoa o seu uso ou habitação.

O usuario não pôde aproveitar-se de todos os rendimentos da cousa, mas só dos necessarios ao seu uso pessoal. Assim differe-se o usuario do usufructuario.

O usuario e o habitador são obrigados a dar caução como o usufructuario, salvo se forem dispensados.

O uso e habitação entendem-se vitalicios, se os titulos que os constituirem não marcarem mais ou menos duração e se não constituirem onus real sobre as cousas em que recahirem. ( Art. 6.º do dec. n. 169 A de 19 de Janeiro de 1890, que substituiu as leis n.ºs 1237 de 24 de Setembro de 1864 e 3272 de 5 de Outubro de 1885. )

(1) Coelho da Rocha— Dir. Civ.— trata d'esta materia.

Não pôdem ser oppostos aos credores hypothecarios, si os titulos respectivos não tiverem sido transcriptos antes das hypothecas. — Citado art. do cit. dec. § 2.º.

Os onus reaes passam com o immovel para o dominio do comprador ou successor.

## CAPITULO 3.º

### *Servidões* (1)

#### Parapho unico

A servidão é um encargo imposto sobre uma propriedade para o uso e utilidade de outra propriedade pertencente a diverso proprietario, ou para utilidade de uma pessoa.

Assim, vê-se que umas são *pessoaes*, como o uso, habitação, usufructo sem os titulos que constituem onus reaes. (2) outras *reaes*, que uma propriedade deve a outra propriedade — Ord. liv. 1.º, tit. 68, §§ 22, 24, 27, 33, 35, 38 e 39.

As servidões são constituídas, ou pelo proprietario em virtude do seu direito, ou pelo Juiz, — cit. Ord. §§ 37 e 38. (3)

As servidões *pessoaes* acabam com a morte das pessoas a quem são devidas, ou com a destruição do predio da servidão, e, ainda que este seja reedificado, não revive a servidão extincta.

As *servidões reaes* são perpetuas, não havendo convenção, mas pôde-se convencionar que acabem depois de certo tempo.

Diz-se *servidão affirmativa* a que consiste em poder o senhor dominante fazer algum acto no predio serviente: e *negativa* quando pôde prohibir que o serviente faça no seu predio obra que se opponha á servidão devida.

(1) T. de Freitas, — Cons. das leis civis, arts. 937 e seguintes. — Coelho da Rocha, — Tr. do Dir. Civil.

(2) Vide Cap. 2.º d'este mesmo livro, n'esta obra.

(3) T. de Freitas, — Cons. das leis civis, arts. 954, 955 e 956.

Diz-se *servidão continua* a que não necessita de actos humanos para continuar a exercer-se depois de constituida, por exemplo— um aqueducto.

*Servidão descontinua* é a que precisa de actos humanos para continuar a exercitar-se, como o direito de transito pelo predio serviente. —Lobão, notas a Mello, liv. 3.º, tit. 13, § 1.º, numero 12.

*Servidão aparente* é a que se manifesta por obras visiveis : *servidão não aparente* é a que não tem signaes exteriores que a deem a conhecer, como é a que tem contra o direito de impedir que outro levante as suas casas mais alto.

Chamam-se *servidões urbanas* as que servem de utilidade aos predios da habitação, e *rusticas* as outras.

Ha servidões constituidas pela natureza, como a que os predios inferiores tem de receber as aguas que nascem nos superiores, ou que ahi cahem quando chove ; mas, n'este caso o dono superior não deve fazer obra, com a qual aquella servidão se torne mais onerosa ao inferior.

Quando em acto de partilhas uma fazenda é dividida em quinhões, e alguns d'estes não tocam em caminho publico, o Juiz da partilha, com o parecer dos peritos, deverá estabelecer as servidões indispensaveis.

Póde-se constituir tambem a servidão por contracto ou por disposição de ultima vontade de pessoa habil para poder gravar os seus bens immoveis com encargos ; por isso não podem impor servidão passiva e perpetua : 1.º, o administrador dos bens vinculados ; 2.º, o emphyteuta sem consentimento do senhorio ; 3.º, o usufructuario sem consentimento do proprietario ; 4.º, o socio na cousa commum, sem accordo dos companheiros ; 5.º, o marido sem consentimento da mulher.

Aquelle a quem a servidão é devida tem direito de fazer as obras necessarias para o uso e conservação d'ella. O dono do predio serviente não tem obrigação de fazer obras ou despesas a beneficio da servidão, salvo se o titulo adquirido o obrigar a fazel-as.

Quando o titulo de servidão o obrigar a fazer obras para manutenção d'ella, desobrigar-se-ha de as fazer, abandonando o predio serviente. O senhor dominante nada pôde fazer que torne mais onerosa a servidão áquelle que a soffre.

Não pôde tambem ampliar a servidão de um predio a outro, ao qual não seja devida, nem mudar o local da servidão de um sitio para outro contra a vontade do dono serviente.

O dono do predio serviente pôde fazer as obras que, sem tornarem a servidão menos commoda, lh'a façam menos onerosa.

Pôde tambem requerer que a servidão seja mudada para sitio igualmente commodo, se no actual é um obstaculo a bemfeitorias uteis.— Almeida e Souza, Trat. das aguas.

Se o senhor dominante puder abrir servidão para o caminho publico, e por este modo deixar de usar da servidão pelo predio serviente, apenas poderá exigir que este faça a despezas precisa para promptificar a nova servidão.

Quando o predio dominante for dividido por herdeiros, todos elles não pôdem fazer mais largo uso do que quando o predio era todo de um dono ; exemplo :— si se tratar de um direito de passagem todos os proprietarios são obrigados a exercel-o pelo mesmo lugar.

Se o senhorio dominante abusa da servidão, ou o serviente impede o uso d'ella, pôdem ser demandados por acção de *força turbativa*.

O dominante a quem a servidão for denegada pôde usar da *acção confessoria* para ser restituído ao uso da servidão devida ; e o serviente da *acção negatoria* para ser exonerado da servidão indevida. Sobre esta materia vide Coelho da Rocha —Tr. do Dir. Civ. e Teixeira de Freitas, Cons. das leis civis, arts. 937 e seguintes e art. 1332.

## CAPITULO 2.º

### *Emphyteuse*

#### Parapho unico

O contracto de emphyteuse sóbe á mais remota antiguidade ; desde sua origem foi consubstancialmente caracterizado por clausulas que constituem-lhe, por assim dizer, a sciencia.

Não é um contracto commum, mas regido por lei especial, que dá-lhe um cunho tambem especial, e nesse ponto de vista deve ser discutido para todas as relações de Direito.

Os direitos dos emphyteutas são correlatos dos seus deveres, e estes tão latos como são aquelles; restringem-se pelo vigor d'esses; não fôra isso, e o direito de posse seria absorvido pela latitude do direito de utilidade, o dominio directo annullado pelo dominio de uso.

Assim, pois, direitos e deveres reciprocos e que se equilibram pela excepcionalidade de uns e outros, constituem o titulo do senhorio util e do senhorio directo, regidos pela mesma lei geral, lei que não pôde ser alterada sem turbação do proprio contracto em sua essencia.

Entre as obrigações do emphyteuta está a do pagamento da renda em praso certo, que representa para o senhorio um dos elementos do seu titulo de senhorio directo.

A este respeito exprimem-se nos mesmos termos todos os escriptores de Direito Civil, que tratam d'esta mareria.

Entre as obrigações do emphyteuta, pois, está a de pagar exactamente a renda annual ( pensão, reditus, canon ) mediante a qual *elle exerce o direito de emphyteuta*— Mayns, — Cours. de droit romain, tomo 1.º.

E' portanto, como se vê, a base do direito do emphyteuta o pagamento annual da pensão estipulada para fôro.

Esse dever é tão restricto, tão imperioso, tão da essencia do contracto, que elle serve de base para a extincção da emphyteusa.

Em certos casos, diz o mesmo autor, o proprietario pôde privar o emphyteuta do seu direito, principalmente : a) se este ultimo vender a emphyteusa sem disso prevenir o proprietario ; b) se deixar de pagar a renda durante tres annos.

E' igualmente explicito n'este ponto Trigo de Loureiro — Dir. Civ. brasileiro — tomo 2.º.

Antes de tudo, diz este civilista, convem saber que ha certas cousas que são da essencia e outras que são da naturza da emphyteuse :

Assim, é da *essencia* e naturalmente da sua definição o seguinte requisito:— *o senhorio util paga uma certa pensão ou fôro annual em reconhecimento do senhorio directo (e nisso principalmente o contracto de aforamento se distingue dos outros contractos em que ha prestações quasi semelhantes).*

E é da *natureza* da emphyteuse a seguinte condição:— *que o senhorio util que deixa de pagar o fôro por tres annos continuos, ou pelo tempo determinado pelo contracto de aforamento, perde o seu direito para o senhorio directo.*

Sobre o mesmo assumpto exprime-se Coelho da Rocha— Dir. Civ. Portuguez, tomo 2.<sup>o</sup>— no capitulo sob o titulo — *Des direitos dos senhores*— collocando em primeiro lugar o direito de receber o canon, diz: *canon, pensão, fôro, renda, é a prestação que o emphyteuta deve satisfazer annualmente ao senhorio em reconhecimento do dominio directo.*

Continúa o mesmo autor citado. Este direito do senhorio é tão imperioso e tão restricto o dever do pagamento, que lhe compéte hypotheca legal privilegiada sobre os bens do foreiro e constitue a base do direito de consolidação, isto é, o direito que tem o senhorio de recuperar o dominio util do aforado, extinguindo-se assim o contracto de emphyteuse por culpa do foreiro « *se deixou de pagar o fôro por tres annos seguidos, sendo o praso secular ou per do's, sendo ecclesiastico* »— acrescenta o mesmo autor.

A este respeito é ainda explicito Teixeira de Freitas— Cons. das leis civis,— quando assignala entre as obrigações dos foreiros a do pagamento do fôro *em tempo devido*, segundo os termos do contracto, referindo-se nos mesmos termos quanto á condição do commisso « *se deixou de pagar o fôro por tres annos consecutivos sendo secular o praso* ».

Assim, os civilistas que occupam-se do assumpto, são portanto obrigados a reportar-se á lei que o rege, reproduzindo-a nos mesmos termos.

A condição do pagamento em praso certo é consubstancial do contracto, como da lei se verifica, estabelecendo a relação entre os dous, senhorio e foreiro, regulando o direito de ambos e garantindo-os.

Os contractos de emphyteuse, portanto, quando não são alterados por accordo anterior regulam-se pelos preceitos expressos na lei geral que os rege— Ord. liv. 4.º, tit. 39 e tit. 37— e uma vez firmados não pôdem ser alterados por nenhuma das partes, nem contra qualquer d'ellas, sem violação da propria lei, que se poderá invocar contra a violação.

Teixeira de Freitas na Cons. das leis civis, art. 629, diz: não evita o forçiro a pena de commisso, ainda que se offereça a pagar os fóros atrasados e ainda que o senhorio lh'os receba, salvo se a este lhe aprouver desistir — expressamente — do seu direito.

Chamam-se predios allodiaes aquelles sobre que recae o dominio pleno.

Chamam-se predios emphyteuticos aquelles cujo dominio se acha partido em directo e util e collocado em diversas pessoas.

## CAPITULO 5.º

### 1.º. Paragrapho

#### *Penhor* (1)

O penhor é uma convenção pela qual um devedor entrega uma cousa ao seu credor em segurança da sua divida.

O empenhamento de uma cousa movel chama-se penhor ; o empenhamento do bem de raiz chama-se antichrese.

O credor, em falta de pagamento, não pôde dispôr do penhor.

A clausula que autorisa o credor a apropriar-se do penhor e a dispôr d'elle, sem as formalidades prescriptas pela lei, é nulla, segundo se infere da Ord., liv. 4.º, tit. 56, pr. e § 1.º, pois que só permite que o penhor fique arremattado ao credor pelo justo preço avaliado por dois louvados juramentados, escolhendo cada uma das partes o seu ; então ficará arremattado ao credor pelo preço em que for o penhor estimado, e

(1) Teixeira de Freitas,—Cons. das leis civis, arts. 767 e seguintes e respectivas notas—Cap. 11.º

nunca pelo que o proprio credor der, quando mesmo assim fosse ajustado. E tambem não poderá ser vendido particularmente pelo credor, ainda que por convenção das partes assim fosse ajustado, porque, não obstante esse ajuste, o devedor pôde protestar e requerer ao Juiz, para que o credor não venda o seu penhor, pois que logo quer pagar; e se o credor depois do dito protesto fizer e attentar alguma cousa, tudo será tornado ao primeiro estado.—Ord. liv. 3.º, tit. 78, § 7.º.

Prevalece sempre o principio— que o penhor só pôde ser vendido judicialmente, citado o devedor para vêr fazer a venda, ou para remir se quizer.

Silva Lisboa (Visconde de Cayrú) no seu tratado de Dir. Mercantil, vol. 2.º, fls. 489, diz :

« Penhor particular é o que se estabelece por escripto privado, ou por entrega confidencial.

Penhor publico é o que se faz por escriptura publica.

Penhor simples é o que não tem senão a mera applicação da cousa empenhada para o reembolso do que é devido.

Penhor privilegiado é o que tem preferencia para o pagamento, ainda aos credores hypothecarios anteriores, como soldadas de marinheiros no casco e frete das embarcações, o dinheiro dado para reparo das mesmas, etc.

O penhor é um contracto accessorio ao credito e obrigação principal, bem como o da fiança, sendo ambos destinados para segurança da divida.

O art. 14 do dec. n.º 169 A de 19 de Janeiro de 1890 regula as acções e execuções pignoraticias—o § 4.º diz : para que o executado, sua mulher, ascendentes ou descendentes, possa remir ou dar lançador a todos ou a alguns de seus bens penhorados, é preciso que offereça preço igual ao da avaliação, na primeira praça, e, nas outras, ao maior que n'ellas fôr offerecido— § 5.º— nenhuma das pessoas acima indicadas poderá remir ou dar lançador a algum ou alguns bens, havendo licitante, que se proponha arrematar todos os bens, offerecendo por elles os preços que na occasião tiveram. Em diversos paragraphos do art. 14, cit. dec. tit. 7.º, encontram-se, emfim, disposições relativas a este assumpto.

O Visconde de Cayrú, continuando diz :— No contracto pignoratício pódem-se fazer os seguintes pactos honestos :

1.º— Que, não se resgatando o penhor com o pagamento da divida total no termo prefixo pela convenção das partes, seja elle vendido pelo credor por um preço justo ;

2.º— Que perdido o penhor expire o direito do mesmo.

São, porem, illicitos e reprovados por Direito, como repugnantes á natureza do contracto e aos bons costumes :

1.º— O pacto de se apoderar o credor da cousa empenhada pela sua propria autoridade ;

2.º— Que não pagando o devedor em um dia certo fique o penhor cedido ao credor ;

3.º— Que não se venda a cousa, que se deu em penhor.

## 2.º Paragrapho

### *Antichrese*

Antichrese é um contracto pelo qual um devedor dá em penhor ao seu credor uma propriedade de raiz até ao inteiro embolso da sua divida.

O credor percebe os fructos da propriedade, imputa-os annualmente, e até a concurrencia dos juros da somma devida, feito a deducção dos tributos pagos, reparos uteis e necessarios e encargos que annualmente se satisfazem, e depois abate o excedente do valor dos fructos, se os houver, no principal do credito.

Este contracto assim celebrado nada tem de usurario, e como tal não póde ser considerado como inválido, ou prohibido, e nos mesmos termos d'aquelle a que se refere a Ord. liv. 4.º, tit. 67, §§ 1.º e 4.º, em que figura a convenção de que os rendimentos do predio dado em penhor fiquem ao credor em satisfação dos juros da divida, — o que a mesma Ord. só admite no caso de falta de pagamento do dote prometido a algum homem para casar, quando se lhe dá em penhor algum predio com tal convenção, isto é, que casando

possa haver todos os fructos e novidades da cousa empenhada, até lhe ser cumpridamente pago todo o principal sem descontar deste cousa alguma; o que se cumprirá emquanto durar o casamento, porque, apartado este por qualquer maneira, não deixará de fazer-se o desconto do principal,— citada Ord. § 1.º— Se emphyteuta empenha o praso ao senhorio, emquanto não lhe pagar a divida, póde o senhorio colher todos os rendimentos, excedam ou não o juro da divida; e entretanto não póde o senhorio vencer os fóros do mesmo praso.— Cit. Ord., § 4.º— Vêde Coelho da Rocha— Tr. do Dir. Civ. Portuguez. (1)

### 3.º Paragrapho

#### *Hypotheca* (2)

A hypotheca é um direito real sobre os bens immoveis affectos ou sujeitos ao pagamento de uma obrigação.

E' de sua natureza indivisivel e subsiste sobre todos os bens affectados, sobre cada um, e sobre cada uma porção d'elles; segue-os em todas e quaesquer mãos a que vão parar. Diz-se que a hypotheca é indivisivel, segundo o principio— *est tota in toto, et tota in qualibet parte*: assim, por exemplo, alguém morre deixando uma propriedade affecta á uma hypotheca por 50:000\$000, e um dos herdeiros paga pela sua parte doze,— a propriedade fica affectada pela totalidade, como se nada tivesse sido pago.

Todos os bens de um devedor respondem a seus credores por suas obrigações; mas os direitos destes sobre os bens podem diversificar, segundo forem os credores chirographarios, hypothecarios ou privilegiados.

Chirographarios se dizem todos aquelles constituídos por um titulo celebrado sob assignaturas particulares pela fórma porque os puderam fazer, a que a lei não tem dado privilegio, nem ás partes nenhum direito real sobre os bens do devedor.

(1) T. de Freitas, — Cons. das leis civis, art. 768,— nota 1.ª

(2) Teixeira de Freitas— Cons. das leis civis, arts. 1268 a 1318.

Estes credores pôdem por meio de seus titulos perseguir pessoalmente seu devedor, fazer vender os bens que lhe pertencem, para se pagarem, em quanto estão em suas mãos ; mas, se o devedor tiver d'elles disposto, não tem acção alguma contra os que tiverem adquirido.

Si tiverem feito vender os bens que estavam em poder de seu devedor, e não puderem todos fazer-se pagar pelo seu preço, serão pagos *pro rata* e em proporção de suas dividas, sendo de igual natureza e antiguidade, pois que esta entre nós dá-lhes, em igualdade de titulo, preferencia.

Credores hypothecarios são aquelles que teem sobre os bens do seu devedor um direito real, que lhes permite seguir esses bens em qualquer mão em que se achem, e pagar-se pelo seu preço com preferencia aos credores chirographarios.

A hypotheca hoje é regulada pelo decreto n. 169 A de 19 de Janeiro de 1890, em substituição da lei n. 1237 de 24 de Setembro de 1864 e do capitulo 4.º da lei 3272 de 5 de Outubro de 1885.

A hypotheca só tem lugar nos casos e segundo as fórmulas marcadas pela lei.

A hypotheca hoje sómente é regulada pela lei civil, ainda que algum ou todos os credores sejam commerciantes.

Estão derogadas as disposições do Codigo Commercial, relativas á hypotheca dos bens de raiz.

A hypotheca é *legal*, *judicial* ou *convencional*.

*Hypotheca legal* é a que resulta da lei :

*Hypotheca judicial* é a que provém dos julgados.

*Hypotheca convencional* é a que depende das convenções e sua fórmula externa.

Rigorosamente fallando e na sancção do Direito Civil, são sómente susceptiveis de hypotheca os bens de raiz, e não os moveis, salvo quando são accessorios d'aquelles, como os animaes, os instrumentos de lavoura e utensilios das fabricas, quando forem hypothecados com os mesmos immoveis. 62

— Art. 2.º § 1.º do cit. dec. 169— só pódem ser objecto de hypotheca: os immoveis, os accessorios dos immoveis com os mesmos immoveis; os animaes pertencentes ás propriedades agrícolas, que forem especificados no contracto, sendo com as mesmas propriedades; o dominio directo dos bens emphyteuticos; o dominio util dos mesmos bens, independente da licença do senhorio, o qual não perde, no caso de alienação, o direito de opção; os engenhos centraes, fabricas, usinas e officinas, abrangendo os edificios e mschinismos; as estradas de ferro, comprehendendo todos os seus immoveis, accessorios, material fixo e rodante.

Só pôde hypothecar quem pôde alhear. Os immoveis que não pódem ser alheados, não pódem ser hypothecados.

As hypothecas exigem por sua natureza instrumentos publicos, e não se pódem contrahir por escriptos particulares.

A prioridade da hypotheca, quer geral, quer tacita ou especial, é a primeira regra decisiva nas preferencias em concurso dos credores.

O art. 4.º do dec. cit. prohibiu as hypothecas geraes e sobre bens futuros.

Havendo hypothecas especiaes em diversos bens, preferem os credores cada um nos respectivos bens.

As hypothecas legaes de toda e qualquer especie em nenhum caso valerão contra terceiros, sem a indispensavel formalidade da inscripção e especialisação, art. 3.º, § 10 do cit. decreto. (1)

São effeitos da hypotheca:

1.º— O direito que compete ao credor de fazer vender a coisa hypothecada, quer a tenha em seu poder, quer ficasse em poder do devedor;

2.º— O direito de preferencia a qualquer outro credor;

3.º— O direito de reivindicar a coisa hypothecada até do poder de terceiros possuidores;

(1) Vide Teixeira de Freitas— Cons. das leis civis— arts. 1268 á 1318 e suas respectivas notas.

4.º— O ficar a cousa hypothecada especialmente sujeita, e applicada não só ao pagamento do debito total, mas tambem por todas as consequencias do mesmo debito, e que se pôdem augmentar, e tem *trato successivo*, como acontece com os fructos naturaes e civis, juros, damnos, interesses legitimos, despezas do processo, e as mais feitas para a conservação da cousa hypothecada e outras de semelhante natureza e destino.— Visconde de Cayrú, Tr. de Dir. Merc. pag. 490, vol. 2.º.

A hypotheca legal é remivel, quando especialisada, na fórma do titulo 4.º do cit. dec. 169 A, art. 10, § 10, figurando pelas pessoas a quem ella pertence, aquellas que pela legislação em vigor forem competentes.

Em regra geral a hypotheca legal não é renunciavel. (1)

A remissão da hypotheca tem lugar ainda não sendo vencida a divida.

O cessionario do credito hypothecario ou a pessoa validamente subrogada no dito credito, exercerá sobre o immovel os mesmos direitos que competem ao cedente ou subrogante, e tem o direito de fazer inscrever á margem da inscripção principal a cessão ou subrogação.

As cessões só se pôdem fazer por escriptura publica, ou termo judicial.

A hypotheca extingue-se :

- 1.º— Pela extincção da obrigação principal ;
- 2.º— Pela destruição da cousa hypothecada ;
- 3.º— Pela renuncia do credor ;
- 4.º— Pela remissão ;
- 5.º— Pela sentença passado am julgado.

A extincção das hypothecas só começa a ter effeito depois de averbada no competente registro, e só poderá ser attendida em juizo á vista da certidão do averbamento.

A prescripção de hypotheca não pôde ser independente e diversa da prescripção ou obrigação principal—Decreto 169 A citado, art. 11 e seus paragraphos. *Casos de renuncia tacita* :

(1) Vide pags. 45 e 46 da Rev. da Faculdade de Direito de S. Paulo de 1893.

— O illustrado mestre Dr. B. Machado, tratando do regimem hypothecario na Rev. da Faculdade de Direito de S. Paulo de 1893, diz : E' licito a qualquer abandonar consciencientemente o seu direito, a menos que a lei expressa lh'o prohiba : *Unicuique licet contemnere hæc, quæ pro se introducta sunt* :

E abandonal-o sem que ao mesmo tempo o transfira a outrem : Pelo que, entre as causas que, por vontade do titular, extinguem a hypotheca, se include a renuncia do credor, *remissio pignoris*, que aliás é um resolvente commum ao vinculo de outras obrigações.

Assim enumerando a renuncia entre os modos porque se extingue a hypotheca, não creou direito novo o decreto n.º 169 A de 19 de Janeiro de 1890, art. 11, § 3.º reproduzido no art. 266 § 3.º do Regulamento n. 370 de 2 de Maio seguinte : trasladou apenas disposições anteriores, quaes as da lei n. 1237 de 24 de Setembro de 1864, art. 11, § 3.º e do decreto regulamentar n. 3453 de 26 de Abril de 1865, art. 249 § 3.º Em caso analogo, o decreto n. 9549 de 23 de Janeiro de 1886, art. 116 já havia recebido essa renuncia como extinctiva do penhor agricola.

Somente pódem ser renunciadas as hypothecas convencionaes e as judicarias.

As hypothecas legaes, ou porque falleça em umas a capacidade dos renunciantes, ou porque em outras preponderem interesses de ordem publica, não são renunciaveis.

Assim, as hypothecas que garantem a bôa administração dos bens dos menores, interdictos ; assim, as hypothecas constituidas em favor da mulher casada.

Entretanto, em algumas legislações, se reconhece a faculdade da renuncia, mesmo tacita, nas hypothecas legaes da mulher casada : a lei franceza de 13 de Fevereiro de 1889, como anteriormente a de 25 de Março de 1855, pondo fóra de seu alcance a *irrevogabilidade* dos pactos antenupciaes e a consideração suplementar de pertencer essa hypotheca ao dominio da ordem publica, admite a renuncia, exercida pela mulher casada, á hypotheca que em seu favor onera os immoveis do marido, uma vez que a renuncia seja *publica, authentica, expressa*, ou *tacita* mas resultante de factos limitativamente determinados.

Entre nós podendo os pactos antenupciaes, que determinam as hypothecas legaes, ser posteriormente alterados ou modificados, attendendo á necessidade de amparar os bens e os direitos da mulher casada, esta não póde renunciar á hypotheca legal, em seu interesse constituída, peiorando assim, por acto voluntario, da condição que perante o marido lhe asseguram o casamento e os pactos antenupciaes. (1)

Para que valha na extincção da hypotheca convencional a renuncia não está adstricta a uma fôrma unica.

Póde ser *expressa*, convencional, explicita, ou *tacita*, implicita, consoante á fôrma que a exteriorisa:— *expressa*, quando *formaes e directos* são os termos, ou signaes em que o credor a declara; *tacita*, si induzida de actos, factos, positivos ou negativos, que necessariamente supponham no credor a intenção de renunciar a garantia hypothecaria.

Ha, porém, quem conteste a extincção dá hypotheca, mediante uma renuncia que, a um tempo, não seja *expressa e especial*: não comprehendendo como possa resolver direitos uma causa, que, resultante de actos, factos mais ou menos concludentes, se reduz muitas vezes a uma enganadora apparencia.

Sem duvida, uma renuncia tacita não póde ser utilmente invocada, quando assente em actos ou factos equivocos, accommodaveis a explicações diversas, si não contrarias.

Em casos duvidosos, a renuncia nunca se presume, porque *nemo res suas jactare præsumitur*.

Mas, d'esse principio á absolutaproscripção da renuncia tacita em sua funcção extinctiva da hypotheca, vai immensa differença.

Regeitar a renuncia tacita equivale a supprimir as *manifestações indirectas da ventade* em todas as relações contractuaes, eliminando o consentimento tacito;— contrariar a liberdade das convenções, por impedir que o accordo dos contrahentes produza todos os seus effectos juridicos independentemente da fôrma que o enuncie, n'aquelles casos em que a lei não exige um consentimento formal, expresso, (A. Wable). 60

(1) Lafayette— Direito das cousas § 191.

Na renuncia expressa, a vontade contractual se manifesta por signaes preorganizados, e cuja funcção natural consiste na enunciação d'aquella vontade. Na tacita, porem, a manifestação da vontade resulta *accidentalmente* dos actos que a explicam, revela-se em actos ou factos, *não predestinados* áquella manifestação, mas que a suppõem por isso mesmo que excluem vontade diversa, ou contraria.

Porque— o facto dos contrahentes posterior ao contracto e que tem relação com o objecto principal, é a *melhor explicação* da vontade que as partes tiveram no acto da celebração do mesmo contracto ?

E' que esse facto, positivo ou negativo, comquanto não seja por natureza disposto ás manifestações directas da intenção dos contrahentes, contudo a revela, e ás vezes mais inequivocamente do que as manifestações directas, interpretativas da primitiva intenção.

Fica reservado ao prudente arbitrio do juiz decidir si os actos ou factos, emergentes em qualquer dos casos em que se trate de renuncia tacita, são indicativos ou não da intenção contractual que se pretende fazer prevalecer.

São questões de facto, para as quaes o direito costuma proporcionar certos principios amplos, flexiveis, que derem livre margem á apreciação prudente do magistrado, ou, como dirá Giorgi— *al buau senso*.

Variaveis em extremo como são os actos ou factos, que *accidentalmente* pôdem enunciar a vontade contractual, quando fórme, conserve ou anniquille obrigações,— impossivel seria, si não perigoso, o coordenal-os, distribuil-os taxativamente.

Exemplificando, diremos :

Costuma-se reputar tacitamente renunciada a hypothecada, em qualquer dos seguintes casos :

a) si o credor consente na venda do immovel que lhe está hypothecada.

b) se assigna conjunctamente com o devedor a escriptura de alienação do immovel, e a sua assignatura não pôde ter outra explicação que não a renuncia ;

c) se consente que o devedor hypothecue o immovel a outrem.

São estes os tres casos geralmente indicados em nosso direito. E' o que diz Lafayette, no Direito das Cousas, § 276 e tambem o distincto, illustre e probo Jurisconsulto Patrio Dr. Joaquim de Oliveira Machado, de pujante intellectualidade, no seu Manual do Official do Reg. Geral § 254. (1)

No direito romano, que subsidia o nosso, o credor que prestasse consentimento á alienação da cousa hypothecada, renunciava tacitamente a hypotheca : *creditor qui permittit rem venire, pignus demittit*—L. 158, D., de Reg. juris.

E era esse o principio constante :—*si in venditioni pignoris consenserit creditor, vel, ut debitor hanc rem permutet, vel donet, vel in dotem det, dicendum erit, pignus liberari : nisi salva causa pignoris sui consensit, nam solent multi salva causa pignoris sui consentire.*—L. 4 § 1.º, D., Quibus mod. hyp. solv.—

Não renunciaria, pois, quem consentisse na alienação, sob reserva de subsistir o onus hypothecario na cousa alienada.

Ainda mais : Caso não se effectuasse a venda consentida pelo credor, se reputava insistente o onus da hypotheca. O devedor não se podia valer do consentimento prestado.

Não assim, quando o devedor viesse a readquirir a cousa, que houvera sido alienada com o consentimento do credor.

Duas opiniões disputaram a solução do caso.

Uma—doutrinava que o onus hypothecario revivia desde o momento em que a cousa alienada reentrasse no patrimonio do primitivo devedor.

Outra, ao contrario dava por extinctos os direitos do credor hypothecario, sem admittir a possibilidade de sua renovação.

(1) Nota do autor d'este livro.— O Dr. Oliveira Machado é um dos Jurisconsultos Patrios que mais tem concorrido para o engrandecimento da nossa litteratura e praxe juridica. Seu filho, Dr. Machado Junior, actualmente Juiz de Direito, comquanto não tenha publicado trabalho algum até esta data, seguindo, entretanto, os seus bellos predicados, já tem bons e luminosos julgados e sentenças, que, publicados, produziram completos tratados de alguns ramos de Direito e que provariam a força da sua intellectualidade.

Por haver tido a felicidade de encontral-o como companheiro, logo no principio da minha fatigante, mas nobre carreira publica de magistrado, posso affirmar essas verdades e o faço, crente de que, deixando o seu retrahimento um dia, inicie a publicidade de sua prova.

Foi essa a solução que prevaleceu na legislação de Justiniano, não obstante Mackeldey querer sustentar o contrario.

Requer-se, porem, na renuncia tacita pelo consentimento, que os actos d'esse consentimento sejam univocos, incondicionaes, *nisi salva causa pignoris*, porquanto muitos costumam *salva causa pignoris consentire*.

Por isso é que— ao credor ficava sempre salvo o direito de provar que os actos arguidos não eram indicativos de renuncia.

A presumpção é uma relação *moralmente certa e logicamente univoca* do facto conhecido para o facto a conhecer ; e essa relação seria equivocca, si os mesmos factos fossem susceptiveis de mais de uma explicação.

Mas qual o fundamento d'essa presumpção na renuncia tacita ?

Presume-se que o credor, consentindo na venda da coisa hypothecada, renunciou tacitamente á hypotheca, porque o consentimento, não sendo indispensavel para a validade da alienação, deve ter uma explicação unica, a de renunciar o direito.

Ao contrario, o consentimento do credor se reputaria um acto inutil, uma formalidade ociosa, o que a lei nunca presume.

Se esse é o fundamento em que assenta a renuncia presumida, não parece que, em direito patrio, resigne a garantia hypothecaria o credor que, pura e simplesmente :

- a) Consente na venda do immovel hypothecado ; ou que
- b) assigna conjunctamente com o devedor a escriptura da alienação do mesmo immovel.

E a presumpção desaparece, porque desaparece o seu fundamento.

Com effeito, si a intervenção do consentimento do credor na alienação do immovel hypothecado não accrescenta uma só linha á validade do acto, não é menos certo, que para outros effeitos juridicos essa intervenção é solicitada.

E assim, o consentimento do credor, não se reduzindo a um acto inutil, a uma formalidade van, deve ter outra explicação que não a renuncia tacita de direitos.

Ora, torna-se *indispensavel* a outorga do credor nas alienações dos immoveis gravados por hypotheca; o consentimento tem uma *explicação legal*, que, por isso mesmo, exclue a da renuncia tacita.

A hypotheca produz um *direito real* contra terceiros que venham a adquirir o immovel, por titulo posterior á instituição do onus; e o terceiro que, adquirindo o immovel assim gravado, não tratar de remil-o dentro dos trinta dias que se seguirem á transmissão, fica sujeito á excussão do immovel, caso o preço da alienação não baste para o pagamento da divida hypothecaria.

A lei previne dois casos:

Ou o preço da alienação do immovel onerado é insufficiente para a solução integral do debito:

Ou tal preço basta para o mesmo pagamento.

Na primeira hypothese é indispensavel a remissão do immovel, a menos que o adquirente queira supportar a expropriação judicial. A remissão não é tão somente adaptada e *applicavel* ao caso, mas ainda, — *necessaria*.

Na segunda hypothese, embora não seja *applicavel e necessaria* a remissão do immovel, a lei formalmente exige que o credor *outorgue e assigne*, com o adquirente, a escriptura de venda do mesmo immovel.

De modo que, para evitar a excussão, o adquirente deve remir o immovel, si o preço da alienação fôr inferior á divida; não é, porém, necessaria a remissão, no caso de ser o preço sufficiente para o pagamento, mas ainda ahi — é indispensavel que o credor *outorgue e assigne* a escriptura.

Consequentemente, a intervenção do credor corresponde a uma exigencia da lei, visto que trata-se de disposição do dec. n. 370 de 2 de Maio de 1890; é necessario para que o adquirente evite a excussão, mesmo que o preço da alienação baste para a solução dos encargos hypothecarios.

Assim sendo, o consentimento do credor, prestado pura e simplesmente, não se póde interpretar como renuncia tacita á hypotheca; deixa de ser um acto ocioso.

Considera-se ainda tacitamente renunciada a hypotheca, si o credor consente que o devedor hypothèque o immovel a outrem, e o faz sem reservas. Mas semelhante consentimento póde não implicar renuncia total.

Ao credor assiste o direito de, em beneficio de outro, desistir da prelação em que ficou constituido, sem que de tal se infira renuncia á garantia.

A prelação é uma qualidade extrinseca da hypotheca; desaparece, por vontade do credor, mas não prejudica á essencia d'aquella obrigação.

Quando, porém o credor abdica o direito de sequella, por isso mesmo se extingue e se anniquilla a hypotheca, porque desaparece a essencia, a substancia d'essa relação juridica.

Em ambos os casos, a difficuldade está por inteiro no apurar a qual das duas intenções, ou si a todas obedeceu o credor prestando o seu consentimento.

Na duvida, deve-se presumir que o credor apenas desistiu da prelação. (1)

---

(1) Sobre esta materia vide Lafayette, Dir. das cousas cit.— Oliveira Machado, trab. cit.— Laurent, Cours element. de Dir. Civ.— Merlin, Repert. Hypothèques.—Revista cit. da Faculdade de Direito de S. Paulo.



## LIVRO QUARTO

DIREITOS PESSOAES OU DIREITOS DAS OBRIGAÇÕES

### CAPITULO 1.º

#### 1.º Paragrapho

*Obrigaçào : noção e especie (1)*

Obrigaçào é um vinculo juridico que nos liga de modo, que nos põe na necessidade moral de fazer ou deixar de fazer alguma cousa, segundo as leis da nossa cidade ; ou por outra, é um laço de Direito em virtude do qual uma das pessoas tem direito de exigir da outra, que lhe dê, lhe faça ou lhe preste alguma cousa.

A substancia da obrigaçào não consiste em fazer nossa alguma cousa nem em submitter ao nosso poder alguém, mas, sim em obrigar para conosco outrem, ou a dar, ou a fazer, ou a prestar alguma cousa.

Portanto, não é obrigaçào toda a necessidade de Direito, todo o officio, mas, somente aquelle vinculo peculiar entre o devedor e o credor.

A força da palavra obrigaçào varia: pois, não só se dá esse nome ao proprio vinculo de necessidade entre credor e devedor, mas tambem ao direito d'elle, oriundo da obrigaçào, ou ao officio do devedor, e tambem é causa de que a obrigaçào nasce, por exemplo o contracto :— ou ao instrumento em que se contem a prova da obrigaçào contrahida.

Finalmente, em sentido mais extricto toma-se a obrigaçào pelo *nexo do penhor*.

Para nascer uma obrigaçào duas cousas são precisas : algum factó ou acontecimento, pelo qual se constitue entre duas ou mais pessoas uma certa relação, e o preceito do Direito—o qual estabelece que a esta relação é inherente o vinculo do Direito.

(1) Vide o Tratado de Obrigações de Pothier

Por conseguinte não podem existir obrigações que nasçam só das leis, sem intervir factó algum, nem se póde constituir obrigação pela vontade só de algum homem.

Segundo Corrêa Telles é bastante que a lei conceda um Direito para se entender que impõe uma obrigação áquelles contra os quaes aquelle Direito possa ser exercido e vice-versa.

Quando a lei civil concede Direitos ou impõe obrigações, sempre se entendem acompanhadas de acção forense para os fazer effectivos, ainda que ella o não declare.

Os direitos e obrigações que derivam da lei civil só principiam quando ella é promulgada.

Os actos ou contractos devem regular-se pela lei do tempo em que foram feitos, porque as disposições da lei não tem effeito retroactivo.

Porem, a lei interpretativa retroage ao tempo da lei interpretada.

Os direitos e obrigações são pessoas, autorizam ou ligam certa pessoa a outra sem respeito á posse de alguma cousa.

Póde, porém, ser objecto de um direito pessoal certa cousa que outrem nos deve entregar ou fazer: é o que em linguagem dos Jurisconsultos se chama *jus ad rem*.

Um direito se diz real quando a faculdade de o exercer é annexa a cer a cousa, sem respeito á pessoa que a possui — exemplo, servidão predial.

Todos os direitos reaes e pessoas podem ser cedidos e transferidos a outro.

Conforme a Ord. livro 1.º, tít. 96 e 97 exceptuam-se aquelles que tem sido concedidos á pessoa designada para pessoalmente os exercitar e tambem aquelles que são inherentes á pessoa, que tenha uma certa qualidade, como o primogenito, no tempo em que essa qualidade era considerada.

Um Direito ou obrigação é *condicional* quando é subordinado a um acontecimento que póde ou não vir a existir.

A obrigação chama-se *pura*, se é certo que o acontecimento ha de existir necessariamente, ainda que incerto o tempo. E por isso se este direito ou obrigação é estabelecido por contracto desde logo é transmissivel aos herdeiros dos contraentes.

Mas, se for estabelecida por disposição de ultima vontade, equivale á *condicional*, se acaso o herdeiro ou legatario morre antes do acontecimento, porque, em regra, a herança ou legado caduca se o herdeiro ou legatario morre antes de verificada a condição.

A condição é *suspensiva* quando comprehendida de modo que do acontecimento d'ella dependa a aquisição do direito de um ou obrigação de outro.

Se é comprehendida de modo que o acontecimento faça cessar o direito adquirido ou a obrigação contrahida, a condição é *resolutiva*.

É *potestativa* se a existencia do acontecimento depende sómente da vontade da pessoa interessada: é *casual* se o acontecimento depende do acaso ou da vontade de um terceiro.

*Mista de potestativa e casual* se depende em parte da vontade do interessado e em parte do acaso.

Dizemos que a condição é *negativa* quando consiste em não fazer alguma cousa: é *impossivel e irrisoria*, ou *perplexa*, ou *intelligivel*, quando o acontecimento é superior ás forças da natureza, ou quando opposto á lei e aos bons costumes.

Ainda chamamos a condição de *inutil* quando dá-se o caso de ser imposta por disposição de ultima vontade e puder ser dispensada pelo Juiz se o testador morrer sem dispôr o motivo razoavel de a impôr.

Em Direito Romano apenas ha vestigios d'esta disposição.

Devem ser citados, porém, e ouvidos os interessados, e o Juiz só então dispensará de cumprir tal condição, depois que conheça sua manifesta inutilidade.

Não reputa-se condição a que é deixada na livre vontade do devedor para este dar ou fazer se bem quizer. (1)

ESPECIES:— Quanto aos modos de nascimento das obrigações em geral e das obrigações de patrimonio em particular distinguimos duas especies conforme as obrigações nascem de estados ou de situações independentes da vontade das pessoas desembaraçadas em um lugar; ou ellas nascem da vontade justa ou injusta das partes.

(1) Sobre esta materia vide o Digesto Portuguez de Corrêa Telles.

Estas ultimas subdividem-se então em obrigações que nascem de negocios juridicos, no primeiro caso, e obrigações que nascem d'um delicto — no segundo caso.

I.—Obrigações que resultam de negocios juridicos ou obrigações de negocios :

a ) Obrigações unilateraes de negocios que nascem da vontade justa de uma só das partes, por exemplo,— na gestão de negocios de outrem sem mandato, na tutela e curatella etc.

b ) Obrigações bilateraes de negocios, que nascem das vontades de duas partes, ou dos contractos : 1.º— contractos unilateraes, desiguaes ou beneficentes, por exemplo,— a doação : 2.º— contractos bilateraes, desiguaes, onerosos ou synallagmaticos.

II.—Obrigações que nascem de delictos :

III.—Obrigações que nascem de estados ou obrigações que nenhuma das partes creou por sua vontade.

Uma obrigação é efficaz quando ella produz todos os effeitos que deve ter, conforme a sua causa ou seu fim licito, e a efficacia mostra-se no que a lei garante, uma execução por uma acção.

As leis positivas estabelecem entretanto, com relação á efficacia das obrigações, uma differença justificavel pela Philosphia do Direito.

Ha no Direito Positivo obrigações ás quaes as leis asseguram uma plena efficacia por uma acção, e ha outras ás quaes as leis positivas por várias razões, tocando o fundo ou a fôrma, recusam a plena efficacia pela acção, despertando alem de tudo os meios de Direito pelos quaes ellas pôdem ficar efficazes.

Estas obrigações são chamadas naturaes, por opposição ás primeiras que se chamam civis. (1)

## 2.º Paragrapho

### *Obrigações civis e naturaes*

Chama-se obrigação *civil* aquella que nos dá o podêr de perseguir por meio de uma acção o devedor constrangido.

(1) Vide Corrêa Telles e Pothier— Tratado das obrigações.

E' *natural* a obrigação pela qual não se póde repetir o que se acha pago.

A obrigação *natural* differe da *civil* tão sómente n'isto, que não produz a acção : no mais tem a mesma força e poder que têm as obrigações civis.

E' util : póde-se dar em segurança d'ella penhor e fideijussão e os mais effeitos que ha de obrigações.

Não se deve confundir a obrigação *natural* com essas causas, em que não ha absolutamente vinculo algum de obrigação.

De obrigações civis distinguem-se duas especies : porquanto ou são constituídas por leis ou comprovadas por certo Direito Civil

Quando a acção é dada pelo Pretor— chama-se pretória.

Essa divisão do Direito Romano não se accomoda ás nossas leis patrias e costumes, no rigor do sentido d'esse Direito ; porquanto a *obrigação natural* é entre nós completamente destituida de effeito juridico civil, por exemplo : a obrigação do filho-familia a respeito de dinheiro que tomou por emprestimo.— Ord. liv. 4.º, tit. 50, § 2.º

A obrigação mixta tem efficacia no nosso fôro.

Entre nós toda a obrigação é civil.

A outra divisão que o Direito Romano faz das obrigações civis e pretorias, não tem uso nenhum entre nós ; porquanto, todas as obrigações em que corresponde em outro individuo o direito de exigir em juizo a effectividade d'ellas, derivam entre nós do Direito Civil e são, portanto, civis.

A obrigação puramente natural ou imperfeita, tal como a que só liga em consciencia, sem dar á outra parte o referido direito, pertencem todos os officios de humanidade e principalmente a obrigação do filho-familia, que tomou dinheiro emprestado,— a qual não produz a acção civil, segundo a Ord. do liv. 4.º, tit. 50, § 2.º e a obrigação *anti-doral*, isto é, a gratidão para com o bemfeitor, a qual tambem não produz a acção nem por Direito Romano, nem por Direito Patrio.

## 3.º Paragrapho

*Obrigações principaes e accessorias*

Obrigaçãõ principal é aquella que primeiro começou a existir e que subsiste por si mesmo independente de outra.

Obrigaçãõ accessoria é aquella que não existe sem a principal, a qual accresce para garantia e segurança de seu cumprimento e que por isso mesmo extingue-se quando se extingue a principal e é nulla quando a principal fôr nulla.—Ord. liv. 4.º, tit. 48, § 1.º e tit. 50 § 2.º e tit. 67 § 8.º

E' assim que ás obrigações resultantes de contractos e á outras pôdem-se dar abonadores e fiadores, penhores ou hypothecas, etc.

Fiador é aquelle que se obriga por outra pessoa a dar ou fazer alguma cousa, a que esta se obrigou.

As mulheres não pôdem ser fiadoras, nem tomar sobre si obrigações alheias.

A mulher, porém, que é herdeira do devedor fallecido, pôde renovar em si a obrigaçãõ d'este, se acceitar a herança.

## 4.º Paragrapho

*Obrigações parciaes e solidarias*

Uma obrigaçãõ é solidaria quando liga muitos simultanea e conjunctamente, de tal sorte que, qualquer d'elles, á escolha de seu credor commum pôde ser demandado pela totalidade da divida : Vice-versa— um Direito é solidario entre muitos credores, quando qualquer d'estes pôde exigir do seu devedor commum a totalidade da divida, se outro de entre elles ainda o não tiver feito.

O devedor commum pôde pagar áquelle de seus credores solidarios que mais lhe agradar e pagando fica desobrigado para com todos.

Desde porem que acha-se começada uma demanda por um d'elles já não pôde pagar a outro.

Aquelle dos credores solidarios que receber a totalidade da divida fica obrigado a dar aos outros as suas respectivas partes, ainda que não sejam socios.

Qualquer d'elles, porem, só pôde perdoar ao devedor comum a sua respectiva parte; porquanto, sómente são procuradores uns dos outros, n'aquillo que interessa a todos.

Um dos devedores solidarios, segundo Corrêa Telles, sendo demandado pelo total pôde valer-se do beneficio da divisão, excepto se os co-devedores forem fallidos.

Aquelle credor d'entre todos que começou a demandar um dos devedores solidarios, bem pôde desistir da acção e intentá-la contra qualquer dos outros.

Se um dos credores passou quitação de certa parte da divida a um dos devedores solidarios, não perde por isso o direito solidario contra os outros a respeito do resto da divida, assim como se recebeu de um d'elles a sua parte dos juros preteritos, não perde o direito solidario contra esse mesmo pelo capital e juros futuros. (1)

O devedor solidario que pagou a totalidade da divida, pôde demandar os outros pelas suas respectivas partes, ainda mesmo sem expressa cessão das acções do credor.

Se um dos co-devedores tiver fallido a sua parte da divida é rateada por todos os outros.

Se a cousa devida em especie pereceu por culpa de um d'elles, os outros o podem demandar pelas perdas e interesses na parte que lhes pertencer.

A solidariedade da obrigação não se presume, deve portanto, ser expressamente estipulada, exceptuados os casos em que a mesma lei a determina— como no caso da Ord. liv. 4.º, tit. 59, § 4.º

### 5.º Paragrapho

#### *Obrigações alternativas*

Um Direito ou obrigação é alternativo quando o credor pôde pedir de duas cousas uma, ou para o credor dar ou fazer uma de duas cousas.

(1) Vide Pothier— Tr. das Obrig. cap. 3.º, n. 279. O Codigo Civil Francez restringio esta regra, no caso do credor ter recebido os juros de parte da divida por dez annos consecutivos.

E em regra nas alternativas a escolha é do devedor, se ao credor não foi concedida expressamente a faculdade de escolher.

Na obrigação alternativa de uma prestação annual, bem pôde o devedor em um anno escolher e pagar de um modo, e em outro de outro modo e se uma coisa da alternativa deixar de ser objecto da obrigação o devedor deve pagar a outra precisamente.

Assim, tambem se uma das cousas perecer, ainda mesmo que o devedor não tenha culpa deve pagar a outra.

E se ambas as cousas perecerem, uma por culpa, outra sem culpa do devedor, deve pagar a estimação da que perecer por sua culpa e se ambas perecerem sem sua culpa e sem ter havido mora na entrega, extingue-se a obrigação.

Mas, quando a escolha fôr do credor e uma das cousas perecer por culpa do devedor, mas a outra existir, pôde o credor escolher a estimação d'aquella que perecer.

A *obrigação é simples* quando existe só de uma das partes o dever de satisfazela e independente de outras condições; no sentido contrario as obrigações são *compostas*.

E' *simples facultativa* quando existindo de uma só parte mais de um laço juridico para com a pessoa á quem se obriga, fica a faculdade de preencher a uma ou outra condição.

*Compostas cumulativas* quando existem de ambas as partes laços juridicos obrigatorios, sendo presididas pelas mesmas condições das alternativas.

## 6.º Paragrapho

### *Obrigações de dar, fazer e não fazer*

A obrigação de dar coisa certa e determinada importa a de a entregar e de a conservar até o acto da entrega, sob pena de indemnização de perdas e de interesse ao credor.

Em regra aquellé que é obrigado a conservar uma coisa deve applicar á sua guarda e conservação a mesma vigilancia e cuidado que um bom pai de familia costuma applicar á guarda de seus bens,

O devedor não pôde eximir-se de entregar a cousa emquanto a tiver em seu poder, offerecendo-se a pagar a estimação d'ella. (1)

Toda a obrigação de fazer ou não fazer, no caso de não ser cumprida resolve-se em perdas e interesses

Quanto porem, á obrigação de não fazer, o credor tem o Direito de requerer que se desfaça aquillo que o devedor fez em contração d'ella, á custa do mesmo devedor, se isso fôr possível, ou aliás pedir a indemnisação de perdas e interesses,— o que pôde fazer logo que se verifique a contração.— Codigo Civil Francez, art. 1145.

Tambem pôde requerer no caso de inexecução da acção de fazer, que a obra seja feita por outro á custa do devedor, se isto fôr possível.

As perdas e interesses consistem no que o credor perdeu de seu e no que elle deixou de ganhar por não ter sido cumprida a obrigação.

A perda e o interesse que um devedor deve indemnisar, diz Pothier, que é consequencia immediata da inexecução da obrigação.

Pothier continuando ainda diz que a perda ou interesse remoto, que não foi ou não podia ser previsto pelo devedor no tempo da obrigação contrahida não deve ser indemnizada, e se o devedor da obrigação ou na falta de cumprimento d'ella, ou no modo de a executar foi comprehendido em dolo ou culpa larga, é responsavel não só pela perda, mas tambem pelo lucro que o credor deixou de ter.

Segundo VINNIO e WALDECK, *culpa larga* é a falta de diligencia que ainda as pessoas dissolutas costumam usar.

Esta especie de culpa é equiparada ao dolo ou proposito de fazer mal, quando se trata de indemnisar qualquer perda.

*Culpa leve*, diz o Cod. da Prussia, é a falta de diligencia por parte de qualquer pai de familia bem governado.

VINNIO diz que per via de regra qualquer pessoa constituida em obrigação é responsavel pela culpa leve.

O Cod. da Prussia ainda diz : *culpa levissima* é a falta que se não pôde evitar, se não com uma habilidade transcendente ou com uma força de attenção maior do que a commun.

(1) Ord. liv. 3.º, tit. 36, § 15.

A' esta especie de culpa, segundo o Cod. da Prussia, se entende responsabilisar-se aquelle que se encarregou de uma obrigação que por si mesma exigia summa capacidade ou uma attenção maior que a commum.

*Caso fortuito* é o acontecimento que não podia ser previsto, segundo Waldeck, ou ainda que o fosse não se lhe poderia resistir.

Em regra, ninguém é responsavel por casos fortuitos.

Exceptuam-se os casos :

- 1.º— Em que alguém obrigou-se a responder por elles ;
- 2.º— Em que a mora ou culpa do devedor os motivou ;
- 3.º— Em que a lei obriga a responder por elles.

Sobre esta materia deve-se vêr o Tratado das Obrigações por Pothier.

Ahi trata-se vastamente d'esta materia.

## 7.º Paragrapho

### *Obrigações divisiveis e indivisiveis*

Um direito e obrigação é indivisivel, quando tem por objecto uma cousa que, tendo de ser entregue, não é susceptivel de divisão, bem como um facto na sua execução.

E' o que diz Pothier.

Se os credores são muitos ou muitos os herdeiros de um só credor, qualquer d'elles póde demandar o cumprimento da obrigação— *in solidum*— e da mesma sorte se são muitos os devedores ou muitos os herdeiros de um só devedor, qualquer d'elles póde ser demandado *in solidum*.

Mas ao herdeiro que é demandado pelo total da obrigação, diz Pothier, é permittido chamar á autoria os seus co-herdeiros, para que o ajudem a defender a causa ou a pagar a obrigação.

Em regra um herdeiro é obrigado somente á parte da divida do defunto, proporcionada á parte que tem na herança.

Exceptuam-se os casos seguintes para poder ser demandado por toda a divida :

- 1.º— Si esta é de um corpo certo e elle só o possui ;  
 2.º— Se a divida é hypothecaria e elle só possui a hypotheca ;  
 3.º— Se elle só foi encarregado pelo testador de fazer o pagamento.

A solidariedade estipulada por si só, não dá á obrigação o caracter de indivisivel.

Porém o devedor que se obrigou por toda a divida não se exime de responder por toda ella.

## 8.º Paragrapho

### *Obrigações puras e condicionais*

Sobre este paragrapho deve-se ver o que dissemos no final do § 1.º d'este mesmo capitulo.

SUSPENSIVA.— Antes de verificado o acontecimento da condição suspensiva, não pôde o credor da obrigação exercitar o seu direito : pôde porém exercer os actos licitos, segundo diz Pothier, no seu *Trat. de Obrig.*, tendentes a conservar o seu direito eventual.

Se a condição fôr negativa, o credor pôde entrar no exercicio de seu direito, dando caução de restituir no caso de acontecimento contrario.

Se o devedor da cousa age com dolo para impedir o acontecimento da condição, esta se ha por preenchida como se realmente o fôra.

Se foi fixado o tempo dentro do qual se deveria verificar a condição, passado elle julga-se não cumprida, ainda que venha a verificar-se depois.

Se não foi marcado o tempo para implemento da condição, pôde-se pedir o que foi promettido em todo o tempo que ella se verificar.

RESOLUTIVA.— Emquanto a condição resolutive não se verificar, o acto ou contracto reputar-se-ha puro, isto é, como se não houvera a condição.

Portanto, a perda ou damno da cousa, antes da condição se verificar, corre por conta d'aquelle que estava senhor d'ella.

Quando esta condição fôr imposta em favor de uma parte não operará a resolução do contracto se a parte favorecida não quizer que ella se resolva.— Ord. liv. 4.º, tit. 5.º, § 3.º.

Tambem se julga não resolvido se, dependendo a condição da vontade de terceiro, uma das partes o induziu com dolo, para vir resolver o contracto.

Em todos os contractos que produzem obrigações bilateraes, sempre se subentende a condição resolutiva, por que um poderá requerer a dissolução da sua obrigação, se o outro não se presta a cumprir a sua.

**POTESTATIVA :— CASUAL OU MIXTA.**— Quando o acontecimento depende do acaso, tem-se por cumprida a condição declarada em testamento, quer o acontecimento se tenha verificado em vida do testador, quer depois de sua morte.

Mas se o acontecimento é potestativo ou mixto de casual e potestativo, deve verificar-se depois da morte do testador, sendo tal o facto que se possa reiterar.

Quando o proprio testador fôr culpado em se não poder observar a condição mixta, deve-se ter esta por cumprida.

Se não tiver culpa mas fôr causa innocente de modo que não possa ser cumprida a condição, então julga-se não cumprida.

**IMPOSSIVEIS.**— Qualquer condição impossivel, declarada em disposição de ultima vontade, tem-se por não escripta, sem que por isso fique viciada a disposição.

Porém uma condição tal constante e imposta em contracto torna nullo o mesmo contracto.

E se o contracto é ajustado com condição de não fazer cousa physicamente impossivel tem-se como puro.— Vide Corrêa Telles.

**PLURALIDADE E INDIVISIBILIDADE DAS CONDIÇÕES.**— Se muitas condições forem impostas copulativamente, não bastará cumprir uma ou outra ; para adquirir Direito devem-se cumprir todas.

Se forem impostas disjunctivamente bastará cumprir uma parte disjunctiva.

O cumprimento de uma condição é indivisível, ainda que seja divisível o objecto d'ella.

Se uma cousa for promettida a diversas pessoas collectivamente, se derem a outro uma cousa divisível, cada um póde pedir a sua respectiva parte, se der a sua quota parte do que lhe foi mandado.

Tambem é permittido áquelle a quem foram deixados alguns bens, debaixo da condição de dar certa somma a outro, requerer abatimento do encargo, se os bens deixados soffrerem sem culpa sua notavel diminuição.

## CAPITULO 2.º

### FONTES DAS OBRIGAÇÕES

#### CESSÃO E EXTINÇÃO DAS OBRIGAÇÕES

#### Secção 1.ª — 1.º Paragrapho

##### *Contractos*

Toda a convenção, que duas ou mais pessoas fazem de dar, fazer ou não fazer alguma cousa— é um contracto.

O contracto é *synallagmatico* ou *bilateral* quando os contractantes se obrigam reciprocamente uns para com os outros.

E' *unilateral* quando uma ou muitas pessoas são obrigadas para com uma ou muitas outras, sem que haja compromisso da parte d'estas ultimas.

E' *commutativo* quando cada uma das partes se compromette a dar ou a fazer alguma cousa que é considerada como equivalente do que se dá ou do que se faz por ella.

Quando o equivalente consiste no risco de ganho ou de perda para cada uma das partes, depois de um acontecimento incerto, o contracto é *alleario*.

O contracto de *beneficencia* é aquelle em que uma das partes concede á outra uma vantagem puramente gratuita. 73

Contracto de *titulo oneroso* é o que sujeita cada uma das partes a dar ou a fazer alguma cousa.

São requisitos essenciaes para a validade de qualquer contracto : 1.º— que as partes tenham capacidade para contractar : 2.º— que intervenham o consentimento da pessoa que se obriga e acceitação da que adquire o direito : 3.º— que seja licito o objecto do contracto.

Devem guardar-se tambem as fórmias estabelecidas pela lei, quando ella commina pena de nullidade por não serem observadas.

Aquillo que é da natureza de um contracto, mas não da substancia d'elle, subentende-se ainda que expressamente não tenha sido estipulado, podendo porém as partes estipular o contrario.

Segundo Pothier os accidentes de um contracto não subentendem-se se as partes os não estipularem expressamente.

O objecto do contracto deve ser cousa licita e possivel.

O contracto é nullo se o objecto n'elle já não existe ou se nunca pudér existir

## 2º. Paragrapho

### *Quasi contractos*

Chamam-se quasi contractos os factos voluntarios do homem, dos quaes resulta um compromisso qualquer para com um terceiro e ás vezes um compromisso reciproco das duas partes—ou ainda podemos definir os quasi contractos como a gestão de outrem sem mandato,— como a tutela, e a curatela, a acceitação de uma successão, a administração de uma cousa commum particular ou de uma successão commum, o pagamento de uma divida indvida.

A denominação de quasi contracto tem sido conservada no Cod. Francez.

Bellime torna, com razão redicula a explicação que algumas vezes tem sido dada dos quasi contractos, com o sendo convenções fictas, assim como suppunha Wolff.

Além dos contractos haviam pactos que antigamente não produziam uma acção civil, mas muitos foram pouco a pouco garantidos por uma acção, uns pelos pretores, outros por constituições imperiaes, por exemplo: a doação.

Segundo Proudhon, a estas distincções e definições dos contractos que apresentamos, relativas á fôrma e ás condições dos contractos, ajunta-se uma ultima e esta é a que diz respeito ao seu objecto.

Segundo a natureza das cousas de que se trata ou o objecto que se propõe, os contractos são *domesticos, civis, commerciaes, ou politicos*.

### 3.º Paragrapho

#### *Delictos e quasi delictos*

Qualquer pessoa que soffrer damno na sua pessoa ou bens ainda que possa querelar e accusar criminalmente o réu, se não quizer querelar, poderá demandar civilmente a sua indemnisação.

Essa falta do cumprimento da obrigação é que provêm immediatamente de factos illicitos.

Entende-se por factos illicitos: 1.º— não só os factos positivos que são expressamente prohibidos e castigados pela lei (delictos). 2.º— mas tambem as omissões dos deveres de cada um, que as leis não consentem, quando d'ellas pôde resultar damno ou perda a outrem (quasi delictos).

Os delictos offendem á sociedade e ordinariamente prejudicam a terceiro: pela offensa á sociedade é o delinquente castigado com a pena competente; e esta parte pertence ao Direito Criminal; pelo damno compete sempre ao prejudicado a acção para pedir indemnisação, o que pertence ao Direito Civil.

Segundo Puffendorf, em regra aquelle que de proposito ou por culpa grave offende a outro em sua pessoa ou bens, deve pagar-lhe damnos e interesses.

Segundo Burlamaqui, se a culpa foi leve deve-lhe pagar somente a perda immediata que resultou da offensa ; e o caso fortuito não livra de pagar a perda, quando o acto que a causou era contrario á uma lei prohibitiva. — Ord. liv. 4.º, tit. 53, § 3.º, ou quando aquelle que fez o damno se poz por sua conducta illicita em circumstancia de causal-o.

Não se livra o offensor de pagar a perda immediata causada por culpa grave.

Segundo Grotius e Puffendorf, se muitas pessoas causarem damno de proposito ou por culpa grave e não se puder distinguir qual d'ellas o causou, um responde por todos e todos por um.

Tambem quando é impossivel determinar a porção de perda que pertence a cada um dos co-réus, cada um responde por todos ; e segundo dizem Pothier e Vinnio, um co-réu fazendo a indemnisação por conta de muitos, tem direito de haver de cada um d'estes a sua quota parte.

A perda causada por um acto involuntario não pôde ser imputada áquelle que a causou.

O damno causado por um furioso ou menor de sete annos deve ser indemnizado pela pessoa que o tinha debaixo de sua guarda, verificando-se culpa em o não guardar ou vigiar ; e se não houve culpa d'este o damno é um caso fortuito que não admite indemnisação, salvo se do damno mesmo proveio lucro a quem o causou ; porém se o damno foi causado por um impubere que tenha o uso da razão, segundo Vinnio, deve ser indemnizado á custa dos bens d'este, ou pelos pais ou pelos superiores que tenham tido culpa em não o acautelarem. — Ord. liv. 5.º, tit. 135—e no caso do pai não ter tido culpa alguma no delicto do filho, não pôde ser obrigado a indemnizar o damno, segundo diz Lobão.

Aguelle que agiu por ordem de pessoa a quem devia obedecer não é responsavel pelo damno, mas sim quem o mandou, e se o acto mandado era de sua natureza mau ou prohibido pela lei, tão responsavel é o mandatario como o mandante, e se o mandatario excedeu o mandato é responsavel pelo damno do excesso, si era facil cumprir o mandato sem excesso.

Aquelle que por ignorancia executou ordem contraria á lei tem regresso contra quem o mandou e se a ordem não era contraria á lei, quem a deu não é responsavel pelo damno proveniente da má execução.

Os pais e amos que sabem que os filhos ou creados fazem damno e os não vigiam e acautelam são como cúmplices e responsaveis pelos damnos que elles fazem.

A' vista d'esta asserção diremos com Corrêa Telles, que sendo evidente que o damno foi causado pelos familiares de uma casa, vasando alguma cousa na rua, o chefe da familia é o responsavel, salvo regresso contra pessoa da familia que fez o damno.

Segundo Domat aquella que entretem animaes selvagens e nocivos é responsavel pelos damnos que fizerem, soltando-se, ainda que não interviesse culpa do dono na soltura.

Se o damno fôr produzido por animaes domesticos sómente deve ser indemnizado pelo dono ou pela pessoa que os devia acautelar se interveio falta de vigilancia da sua parte; se o damno fôr provocado ou irritado por alguem, o provocante é o responsavel, e se este fôr o damnificado não pôde pedir indemnisação, e se acontecer o animal de um dono provocar o animal de outro e se este soffrer damno, o dono do primeiro deve indemnizar o segundo e se o animal provocante é o que soffre o damno, não pôde o dono pedir indemnisação.

Seguindo nós a opinião de Vinnio diremos que todas as indemnisações que pôdem ser demandadas contra quem praticou o delicto pôdem ser demandadas a seus herdeiros e bem assim os quasi delictos— segundo a regra de que o herdeiro succede em todos os direitos e obrigações da pessoa de quem herda.

A reparação do damno faz-se repondo as cousas no mesmo estado em que estavam antes, se isto é possível— não sendo paga-se o equivalente em dinheiro.

Aquelle que matou um homem, deve pagar em todos os casos á viuva e filhos do morto os gastos da cura que fosse intentada e os do funeral; e mais do que isso, se o homicidio foi de proposito ou de culpa larga deve tambem pagar-lhes os alimentos, educação e dotes taes como elles poderiam esperar de seu marido e pai conforme as suas facultades. 75

Os ataques contra a honra não admittem apreciação em dinheiro, excepto quando o damno fôr causado immediatamente pelo crime e o contrario acontece com aquelle que de qualquer maneira priva outro de sua liberdade pessoal, pois que é responsavel por todo o damno que d'ahi lhe possa resultar.

## Secção 2.<sup>a</sup>

### *Sessão das obrigações*

#### Parapho unico

Se der-se o facto de, na occasião em que o devedor contrahir a obrigação, ter bens sufficientes para satisfazel-a e sem culpa sua lhe sobrevierem perdas que o inhabilite de pagar totalmente aos credores póde ceder-lhes os bens e obrigar-os a aceitar a cessão.

No requerimento que fizer ao Juiz deve juntar um mappa dos bens que tinha quando contrahiu as dividas e dos que agora tem, e outro mappa de todos os credores e das dividas que tem para com elles e justificar as perdas que lhe sobrevieram sem culpa sua, com citação dos credores.

Não se reputa burlão aquelle que, no acto de contrahir a obrigação declarou não ter fazendas ou tel-as obrigadas a outros.

Assim, porque não são admittidos a fazer cessão de bens : 1.<sup>o</sup>— os devedores á Fazenda Nacional ; 2.<sup>o</sup>— os que se acoutam em casa de pessoa poderosa para não serem demandados.— Ord. liv. 4.<sup>o</sup>, tit. 74, §§ 8.<sup>o</sup> e 10.<sup>o</sup> ; 3.<sup>o</sup>— os burlões e illicadores.— cit. Ord. § 7.<sup>o</sup> ; 4.<sup>o</sup>— os que alhearem os bens em fraude dos credores, mórmente se a alheação foi feita depois de condemnados a pagar.— cit. Ord. § 9.<sup>o</sup> ; 5.<sup>o</sup>— os condemnados em pena pecuniaria por delicto.

Tambem não é admittida a cessão de bens áquelle que se obrigou a um facto que póde bem realisar, se os bens que tem não chegam para pagar o interesse.

Secção 3.<sup>a</sup>*Extincção das obrigações*

## 1.º Paragrapho

As obrigações extinguem-se :

- 1.º— Pelo *pagamento* ;
- 2.º— Pela *novação* ;
- 3.º— Pela *renuncia* ou *perdão da dívida* ;
- 4.º— Pela *compensação* ;
- 5.º— Pela *confusão* ;
- 6.º— Pela *perda da coisa devida* ;
- 7.º— Pela *nullidade ou rescisão* ;
- 8.º— Pelo *effeito da condição resolutiva* ;
- 9.º— Pela *prescrição*— aos quaes se póde accrescentar ;
- 10.º— Pelo *mutuo dissenso*.

Em Direito Romano fazia-se uma importante distincção entre obrigações que se extinguíam— *ipso jure*— e outras que se extinguíam— *per exceptiones*.—

As primeiras eram aquellas em que a causa extinctiva produzia o effeito de não se poder mais intentar a acção para se pedir o seu cumprimento,— o que se verificava nos Juizes — *bonæ fidei*: tal era o effeito do *pagamento* da *novação*, etc. As segundas ainda depois da causa extincta podiam por Direito Civil ser pedidas pela acção competente, porém o réu podia illidir essa acção por meio de uma excepção perpetua, que o pretor para esse fim tenha introduzido— o que sómente tinha lugar nos Juizes— *stricti-juris*.

## 2.º Paragrapho

PAGAMENTO : *objecto, modo, tempo, lugar, pessoas e effeitos.*

Pagamento, n'este sentido em que tomamos a palavra, é o cumprimento natural de qualquer obrigação acceita pelo credor.

No sentido mais extricto e vulgar toma-se esta palavra pelo cumprimento das obrigações de dar e principalmente de dar alguma quantia de dinheiro.

O pagamento extingue a obrigação principal e portanto também os accessorios, como fianças, hypothecas, etc.

Pode elle ser: 1.º *real*; 2.º, por meio de *consignação*; 3.º, pôde ser feito por um terceiro ou por subrogação; 4.º, pôde ser feito indevidamente.

Pôde validamente pagar: 1.º, o proprio devedor ou pessoa por elle encarregada; 2.º, si o pagamento contiver alienação deve o solvente: *a*) poder alienar e por isso o menor, o interdicto, a mulher casada não pôdem pagar sem autoridade do tutor ou marido: *b*) ser proprietario da cousa que dá em solução.

Si essa cousa fôr fungivel, ainda que alheia, o pagamento torna-se válido desde que o credor a consumiu, ficando ao dono d'ella apenas o direito de indemnisação.

O pagamento deve ser feito: 1.º, ao proprio credor, ou á pessoa por elle autorizada; 2.º, o pagamento feito a terceiro não extingue a obrigação; excepto quando esteja: *a*) indicado na convenção; *b*) autorisado pela lei, como tutor; *c*) determinado por sentença, como no sequestro; *d*) quando esteja pelo credor ratificado o pagamento; *e*) ou quando este d'elle se aproveitar; *f*) ou se esse terceiro por qualquer titulo vem a succeder no credito. — MODO — emquanto ao modo: 1.º, o devedor não satisfaz senão entregando a propria cousa que deve.

No caso de ser impossivel a entrega satisfaz dando a estimação e as perdas e interesses; 2.º, si deve cousa certa, satisfaz entregando-a na estado em que se acha e não é responsavel pelas deteriorações, excepto se provierem de culpa ou mora; 3.º, si a divida não é determinada senão pela especie não é obrigado a dar a melhor; 4.º, o pagamento deve ser feito por inteiro e não por partes, excepto; *a*) emquanto aos herdeiros do devedor, se a divida é divisivel; *b*) no caso de adjudicação dos rendimentos do predio executado cuja avaliação excede o duplo da divida; 5.º, si o pagamento deve ser feito por medida, na falta de declaração entende-se que deve ser pela do lugar, onde se deve pagar. — LUGAR E TEMPO. — O pagamento deve fazer-se no lugar e tempo determinado no titulo.

Na falta d'este : 1.º, si a divida consta de cousa certa, deve ser no lugar onde ella se achava ao tempo da obrigação: 2.º, nos outros casos deve ser feito o pagamento no do domicilio do devedor ; 3.º, si a divida é pura deve-se fazer o pagamento em qualquer tempo que o credor a peça, porém o Juiz pôde conceder ao devedor um espaço razoavel, ao menos de 10 dias ; 4.º, o credor que pede a divida antes do tempo, incorre na pena de esperar outro tanto tempo como o que faltava, excepto se o devedor ou os fiadores tiverem fallido : 5.º, o devedor que paga antes do tempo não pôde repetir o que pagou, excepto quando pagou antes da existencia da condição suspensiva, visto não existir ainda a obrigação.

O pagamento pôde provar-se por todos os meios de provas e principalmente pelos recibos ou quitações.

Presume-se a divida paga se o titulo particular d'ella apparece rasgado ou obliterado em poder do credor, ou mesmo riscado no seu livro o assento respectivo.

Quando a divida consta por escriptura publica tambem a quitação ou distracto deve ser feito por outro igual titulo.

### 3.º Paragrapho

#### *Consignação judicial*

Consignação é o deposito judicial da divida, que faz o devedor, ou : *a*) porque o credor é duvidoso ou incapaz de receber ; *b*) ou quando o credor recusa acceital-a ou passar quitação segura.

Porem para a consignação proceder : 1.º, deve o devedor ter offerecido a divida ao credor em tempo e lugar competentes— excepto sendo o credor duvidoso ou incapaz.

Se depositar antes é responsavel por todos os prejuizos e despezas do deposito ; 2.º, deve fazer citar o credor para depositar ; 3.º, deve effectivamente verificar o deposito se é cousa movel, ou se é de raiz declarando-a despejada ; 4.º, se o credor não acceita a consignação deve o devedor fazel-a julgar por sentença, e devem ser disputados os embargos se o credor os oppõe.

Quando um terceiro de proposito paga uma divida alheia : *a*) ou o faz somente para desobrigar o devedor e paga em nome d'elle, fosse ou não para isso autorizado e então a divida fica extincta ; *b*) ou paga por interesse proprio, em seu nome e n'esse caso a obrigação do devedor continúa ; unicamente fica extincto o direito do antigo credor, ou antes passa para aquelle que pagou.

Esta mudança de credor chama-se subrogação a qual póde ser legal ou convencional.

A legal da-se nos casos em que a lei declara que aquelle que pagou a divida fique subrogado nos mesmos direitos do credor independente de convenção ou cessão.

A cedencia ou cessão que é o modo da subrogação convencional dá-se quando o credor originario transmite o seu direito, credito ou acção a outro sem accordo do devedor ; ou seja gratuitamente— o que equivale a uma doação,— ou recebendo uma compensação que equivale a uma renda.

1.º— Não se pódem ceder os direitos ou acções litigiosas ;

2.º— Nem se póde ceder a pessoas poderosas ;

3.º— A cedencia comprehende os accessorios da obrigação como a hypotheca ou fiança ;

4.º— Emquanto o devedor não fôr intimado, convencido ou não convier na subrogação póde validamente pagar ou transigir com o originario credor ;

5.º— O cedente sómente é responsavel pela garantia da certeza da divida, não pela solvabilidade do devedor, excepto se declarou outra cousa.

#### 4.º Paragrapho

##### NOVAÇÃO — *noção e effeitos*

Novação é a conversão da antiga obrigação em outra nova.

Para se dar novação é necessario :

1.º— Consentimento e portanto capacidade dos que contrahem a nova obrigação ;

2.º— Animo de contrahil-a ou seja expresso ou ao menos

deduzido dos termos em que a nova obrigação é contractada porque na falta d'este requisito subsistem ambas entendendo-se a segunda reforçando a primeira ;

3.<sup>o</sup>— Que a nova obrigação seja válida e que a condição se verifique, no caso de ser condicional ;

4.<sup>o</sup>— Que a antiga obrigação fosse válida ao menos naturalmente.

A novação póde operar-se por tres maneiras :

1.<sup>a</sup>— Quando se faz uma simples mudança na cousa da obrigação entre as mesmas pessoas: exemplo :— devia por emprestimo, agora deve por aluguer.

2.<sup>a</sup>— Quando o antigo credor traspassa o seu direito para outro ao qual o devedor se obriga novamente e n'isto difere da subrogação que ordinariamente se faz sem intervenção do devedor ;

3.<sup>a</sup>— Quando o novo devedor se obriga em lugar do antigo.

EFFECTOS :— Pela novação extingue-se a antiga obrigação e em lugar d'ella fórma-se outra nova, portanto :

1.<sup>o</sup>— Extinguem-se tambem os accessorios, como fiança, penhor :

2.<sup>o</sup>— O devedor não póde oppôr contra a segunda obrigação as excepções que lhe competiam pela primeira :

3.<sup>a</sup>— Na delegação de devedor o antigo devedor fica livre ainda que o novo se torne insolúvel.

### 5.<sup>o</sup> Paragrapho

#### *Renuncia ou perdão da divida*

A remissão ou perdão da divida extingue a obrigação porque a cada um é livre renunciar os seus direitos em tudo que não offenda o direito publico.

A remissão póde ser : ou *expressa*, sendo feita por convenção ou acto expresso do remittente ; ou *tacita* quando se deduz de algum facio do credor que deixa presumir o animo de perdoar como a entrega voluntaria ao devedor do escripto original da divida.

**MUTUO DISSENSO** :— Mutuo dissenso é o ajuste que as partes fazem de ficar sem effeito a obrigação.

Este modo de extinguir propriamente só se verifica emquanto a obrigação não está executada : aliás será antes um novo contracto do que a extinção da antiga obrigação.

**TRANSACÇÃO** :— Quando sobre o direito de uma parte e a obrigação da outra ha litigio, ou bem fundado receio de o vir a haver, a duvida pôde reduzir-se á certeza por meio de uma transacção.— Ord. liv. 3.º, tit. 78, § 1.º.

Esta convenção deve provar-se por prova litteral, se o objecto fôr de quantia.— Ord. liv. 3.º, tit. 59.

E' preciso, porém, que os transigentes tenham capacidade para dispôr das cousas, que fazem objecto da transacção.

A transacção tem o mesmo effeito que o caso julgado em ultima instancia. Mas não liga senão as partes transigentes, ou seus herdeiros e não a outros quaesquer interessados.— Ord. liv. 3.º, tit. 78, § 1.º.

A transacção é restricta ao negocio de que se tratou sem extensão a outras cousas, ou a outros casos de que as partes não cogitaram, ou não trataram.

Se a um dos transigentes sobreveiu depois da transacção novo direito, aquelle outro não o impede usal-o.

Annollada a transacção é restituida a acção, ou excepções a quem antes as tinha.

## 6.º Paragrapho

**COMPENSAÇÃO** :— *Noção e effeitos*

Compensação é o desconto que reciprocamente se faz nas dividas de duas pessoas que devem uma á outra.

Contêm extinção de obrigação, pois, seria dureza e um rodeio inutil obrigar uma pessoa a pagar a outra aquillo mesmo que tem direito a pedir-lhe.

Para se dar compensação é necessario :

1.º— Que as dividas de uma e de outra parte sejam certas e liquidadas ;

- 2.º— Que as dividas sejam de cousas fungiveis ;  
 3.º— Que sejam exigiveis ;  
 4.º— Que a divida opposta em compensação pertença á mesma pessoa que a oppõe ;  
 5.º— Que a compensação não seja em prejuizo de terceiro ;  
 6.º— No caso de penhora feita no credito por um terceiro, o devedor não pôde oppor em prejuizo d'este a compensação de dividas do seu credor, contrahidas depois da penhora.

EFFEITOS :— A compensação extingue *ipso jure* a divida, ou toda se as dividas são iguaes, ou na concorrente quantia desde o momento em que começou a divida reciproca ainda que o devedor a ignorasse.

Portanto, com a divida principal extinguem-se tambem as accessorias.

## 7.º Paragrapho

### *Confusão*

Dá-se confusão quando na mesma pessoa se reúnem as qualidades de credor e devedor, por exemplo : quando o credor herdeiro do devedor, extinguem-se portanto as obrigações, porque ninguem pôde ser obrigado a si mesmo.

O herdeiro porém pôde evitar a confusão fazendo inventario da herança.

## 8.º Paragrapho

### *Impossibilidade sobrevinda ou perda da coisa devida*

A perda da coisa devida extingue a obrigação :

- 1.º— Quer a coisa deixe de existir natural, quer legalmente por ser retirada do commercio ;  
 2.º— Comtanto que seja devida coisa certa e determinada ;  
 3.º— Comtanto que a coisa certa tenha perecido por acaso, sem culpa do devedor ;  
 4.º— Pois se pereceu por culpa do devedor ou estando em mora, sempre fica obrigado á estimação, excepto emquanto á mora si provar que ella igualmente teria perecido em poder do credor ;

5.º— Pelo mesmo motivo o ladrão e possuidores de má fé não se livram da obrigação, ainda que a cousa perecesse por acaso ;

6.º— Quando da cousa que pereceu se aproveitou alguma parte, esta mesma é devida ao credor.

## CAPITULO 3.º

### ACÇÕES DE NULLIDADE E RESCISÃO

#### *Prescripção da acção*

#### Secção 1.ª

Acção n'este sentido é o meio de proseguir em juizo os nossos direitos ou, o que vale o mesmo, de exigir o cumprimento da obrigação correspondente a esse direito.

Para o fim a que aqui nos propomos indicaremos sómente como especies de acções : 1.º, emquanto ao fundamento— as acções *prejudiciaes* ; 2.º, quanto ao objecto— *rei persecutorias, penaes e mixtas* ; 3.º, quanto á fórma— *ordinarias e summarias*, ás quaes se pôde accrescentar— as *executivas*, summarissimas, decendiarias, etc.

Nas acções devem intervir necessariamente os dois contendores— autor e réu— e o Juiz.

A nullidade do acto juridico é a consequencia da falta de alguma solemnidade especial na fórma interna ou externa do acto e é tambem a pena da lei imposta á infracção.

A nullidade umas vezes resulta *ipso jure*, isto é, por expressa declaração da lei, outras vezes só se verifica quando o interessado a reclama. Assim, o contracto sobre cousa illicita é nullo *ipso jure* ; o contracto lesivo, a doação só se annulla, por causa da ingratição, requerendo-o a parte. Os actos outras vezes rescindem-se.

A nullidade é estabelecida pela lei em favor do interesse geral e a rescisão é estabelecida em favor de certa pessoa querendo usar d'ella ; se não quizer o acto continúa valido.

Assim, o testamento em que faltaram solemnidades essenciaes, é nullo *ipso jure*; mas, os actos do menor, feitos com as formalidades legaes, são válidos ainda que elle possa rescindir-os por via de restituição. A compra e venda pôde rescindir-se por causa da *lesão enorme ou enormissima*.

Ainda que na linguagem vulgar essas duas especies de acções, enorme e enormissima, confundem-se, contudo tem differenças notaveis.

Tratando d'esta materia, o Dr. J. Monteiro na Revista da Faculdade de S. Paulo de 1893 diz no Capitulo que intitulou « *Da defeza das relações de Direito ou theoria geral das acções* » o seguinte: O estado especial das relações de direito resulta da conformidade entre os actos livres do homem e as regras de Direito; mas precisamente porque taes actos assentam na liberdade, é sempre possivel a violação das relações de Direito.

Ora, todo o direito violado, ou meramente ameaçado, logo manifesta uma força reactiva propria, que o põe virtualmente em estado de defeza. D'aqui vem a primeira idéa de *acção*, cujo germen é esse: uma relação de direito pre-existente e sua negação. (1)

N'esta concepção vem synthetisar-se a idéa de que Ihering fez o thema do seu *Combate pelo direito*.

Se o direito é effectivamente uma idéa pratica, isto é, indicativo de um fim, e si realmente toda a idéa de tendencia é essencialmente dupla, isto é, de fim e de meio; si na verdade o fim do direito é a paz, e o meio de attingil-a é a luta, esta, socialmente organisada, só pôde ser a acção judicial.

Savigny, no seu Trat. de Dir. Romano, referindo-se ás acções *in personam*, pretende que a existencia de uma relação de direito anterior á violação não é uma circumstancia decisiva;

(1) Esta negação não presuppõe constante a idéa de violencia; basta o implemento da obrigação, conteúdo da relação de direito. Nem a reparação, como observa Scialoja tira os seus caracteres do facto material que a consoma. Assim, a acção de satisfação do damno causado pelo furto e a acção de mutuo podem visar o mesmo resultado— por exemplo: a restituição de certa somma de dinheiro; mas « a reparação do direito violado é de indole diversa, por isso que, no primeiro caso, o fundamento da acção, isto é, a especie de direito violado e o modo de lezal-o, são absolutamente diversos da especie de direito lezado e do modo de lezal-o no segundo caso. »

e exemplifica: relativamente ás acções resultantes dos contractos, existe uma obrigação anterior não só á *litis-contestatio* como mesmo á violação, mas relativamente ás acções *ex delicto* a obrigação só começa com a violação.

Mas Savigny não tem razão, porque, como pondera Serafini substitue elle a offensa que se contem no delicto mesmo pelo implemento da obrigação de satisfazer o damno causado pelo mesmo delicto.

O proprio Savigny, censurando a Thon o apresentar como, character particular das acções *ex delicto* o facto de darem ellas o começo á prescripção da violação do direito diz que Thon se enganou porque « confunde a violação do direito contido no delicto mesmo com a falta de pagamento. »

*Acção (actio juris)* é a reacção que a força do direito oppõe á acção contraria (*violatio juris*) de terceiro; é um movimento de re-equilibrio; é um remedio.

O fundamento juridico da acção é o proprio direito violado, (1) e o seu momento funcional a mesma violação por parte de pessoa determinada.

Esta violação cria um vinculo de direito identico a uma obrigação, d'aqual é sujeito activo o titular da relação de direito, e sujeito passivo, o seu violador.

Fazendo-se a determinação analytica da idéa de acção, pôde-se dizer que o vocabulo juridico *acção* pôde ser considerado debaixo de tres accepções differentes, a saber:

1.<sup>a</sup>— Accepção *subjectiva*— significando o proprio direito reagindo contra a acção contraria de terceiro, ou a faculdade de defendel-o judicialmente; (*E' o sentido do § 1.º da Inst. « de actioibus »* — o *jus persiquendi*; é a *faculdade*, de que falla Maynz, Dir. Rom. § 136, ou a *facultas agendi*: é a *possibilitadae inherente a todo direito de se fazer valer em juizo* — segundo outros.)

2.<sup>a</sup>— Accepção *objectiva*, ou o acto da defeza judicial.

3.<sup>a</sup>— Accepção *formal*, ou o modo pratico d'esta defeza.

N'esta accepção, acção é synonymo de demanda, feito, litigio, pleito.

(1) Os escriptores divergem muito na determinação do fundamento da acção. Tratam diversamente do assumpto Savigny, Vico, Galdi, Pescatore etc.

Quanto ao *subjectivismo da acção*, podemos dizer ainda com o illustre Jurisconsulto Dr. J. P. Monteiro, que, na primeira d'aquellas accepções, *acção* é uma phase da propria relação de direito violada, e definil-a — *a virtude propria a cada direito de se affirmar por meio da força scial.*

N'este sentido é completa a difinição do citado § 1.º da Instituta: *actio nihil aliud est quam jus persequendi in judicio quod sibi debetur.*

Savigny, Maynz e outros, seguindo ao Jurisconsulto Daniel, citado por Paula Baptista, *Comp. de Theor. e Prat. do Proc. Civ.*, que á definição de Justiniano accrescentou as palavras *aut nostrum est*, ou a Hotomanus, que propunha additar *suumve est*— um e outro por lhes parecer que aquella definição não comprehendia os direitos reaes, censuram a mesma definição vinda do Digesto, fr. 51, liv. 44, tit. 7.º.

Quanto ao *objectivismo da acção* diremos que, conforme aquella segunda accepção, *acção* define-se: *o acto pelo qual se invoca o officio do juiz para que affirme a existencia de uma relação de direito contestada.*

Na 3.ª e ultima accepção ou *formal*, o termo *acção* se define: *o modo pratico do exercicio do direito de acção.*

N'este sentido, *acção* ou *processo*, *demanda*, *pleito*, entra no quadro da eurementica forense ou jurisprudencia pratica.

*Condições subjectivas para o exercicio das acções*:— Para a objectivação do direito de acção, isto é, para que a *virtus actionis* ou *potestas agendi* se converta proveitosamente na *ratio agendi*, requer-se, no agente, o concurso das quatro seguintes condições: 1.ª—A existencia de um direito; 2.ª— Interesse de agir; 3.ª— Qualidade para agir; 4.ª— Capacidade, si age no proprio nome, *mandado*, si no de outrem.

Quanto á primeira condição, facilmente se comprehende, que o direito de que se trata não pôde significar uma relação juridica isenta de qualquer impugnação, ou uma relação de direito de existencia intuitiva; aliás, si a acção importasse necessariamente a existencia real do direito, nem se conceberia possível sentença que concluísse pela absolvição do accionado; basta que se *pretenda* certa relação do direito. 81

As simples *pretensões de direito* devem ser tuteladas pela autoridade judiciaria, pois que só a sentença ha de afinal declarar de modo estavel si a pretensão é ou não direito, ou por outra, si a apparencia de uma relação de direito cobria effectivamente uma justa relação de direito.

Este direito, ou pretensão de direito preeisa ter a condição de exigibilidade, isto é, precisa não pender de termo ou condição e não estar prescripto.

Quanto á segunda condição, ha o brocardo do velho direito francez, que diz :— *Pas d'interêt, pas d'action*— e repetem os escriptores modernos :— *L'interêt est la mesure des actions*.

Nem se pretenda unificar esta com a condição anterior, pois nem sempre a existencia de um direito coincide com o interesse de que aqui se trata.

A *potestas agendi* é cousa diversa da *ratio agendi*, pois que, como diz Mancini, bem se póde figurar um individuo a quem pertença certo direito, e todavia faltar-lhe interesse em promover *acção*, como no caso de lhe não ser contestado o direito, ou de já se achar affirmado por sentença ou garantido efficazmente em sua existencia concreta.

Bem como o direito deve cercar-se de certas condições, quaes as que expuzemos acima, o interesse tambem deve ser *directo e actual*. Mancini discorre proficientemente e abundantemente sobre este assumpto.

Quanto á 3.<sup>a</sup> condição, diremos que a qualidade a que ahi se allude é a faculdade legal de estar em juizo, e portanto, o titulo pelo qual o autor acciona. Nem basta ser titular do direito : preciso é ainda ter a *disponibilidade* ou *exercício livre* d'esse direito.— Mancini n. 409.

Quanto á 4.<sup>a</sup> condição, o autor póde agir pessoalmente ou por mandatario seu. No primeiro caso precisa não ser d'aquelles a quem a lei nega a capacidade de facto para o livre exercicio pessoal das relações do direito : a incapacidade é então supprida nos termos da lei positiva.

No segundo caso, alem d'essa mesma capacidade no mandant, para poder constituir mandatario, preciso é que este seja capaz de exercer o mandato judicial.

*Divisão das acções*:— Sob o 2.º aspecto, ou accepção objectiva, pódem as acções sujeitar-se á divisão seguinte: 1.ª — Com relação ao elemento gerador da acção ou do direito negado, em *prejudiciaes*, *personaes*, *reaes*, e *in rem scriptæ* ou *mixtas*; 2.ª — Com relação ao resultado, em *reipersecutorias*, *penaes* e *mixtas*.

*Acção prejudicial* é aquella que garante ou defende o estado da pessoa. A Ord. liv. 3.º, tit. 11, § 4.º dá exemplo d'estas acções, as quaes tendem a tutelar as relações de direito constitutivas do *status* e mais proximamente os estados de liberdade e familia, pois que, relativamente aos direitos de cidade, estes são regulados pelo direito publico interno— Vide Paula Baptista— Proc. Civ.

Dizem-se tecnicamente *prejudiciaes*, porque taes acções não são *reaes*, visto não serem reaes os direitos que ellas protegem, nem *personaes*, visto não provirem de uma obrigação contrahida por uma pessoa previamente determinada. Entretanto, na technica juridica, a expressão *excepções* ou *questões prejudiciaes* designa cousa differente, particularmente applicavel no processo criminal. São questões civis de cuja solução depende a legitimidade da acção criminal.

Mas não vemos razão para que se não admittam no juizo civil estas questões ou excepções, aliás usadas entre os Romanos.

*Acção pessoal* é aquella que se funda em uma *pre-existente relação de credito*, e *real* a que tem origem no *direito de propriedade em qualquer de suas manifestações*.

E' a *summa divisio* das acções. E assim devia ser, pois que sendo as acções a garantia dos direitos, sua principal classificação deve defluir da classificação dos proprios direitos, que como se sabe, são *personaes* ou *reaes*.

*Acção in rem scripta ou mixta* é aquella, que sendo pessoal, tem pela lei positiva ou pela jurisprudencia uma *direcção real* — Maynz, Dir. Rom. § 137, III; isto é, as acções *in rem scriptæ* podem ser, como se fossem reaes, dirigidas contra quem quer que detenha a cousa litigiosa, não obstante por ellas se pedir, por serem personaes, o cumprimento de uma obrigação.— Paula Baptista, 3.ª ediç. Proc. civ. — 82

A synonymia de *in rem scripta* ou *mixta* é vivamente combatida por varios escriptores, por exemplo :— Mancini e outros muitos ; mas nós, por varios motivos, adoptamos-a : 1.º— porque a classica distincção romana, das chamadas *acções mixtas*, tem hoje apenas merecimento historico ; 2.º— porque as taes acções *quædam mixtam causam obtinere videntur*, *tam in rem quam in personam* ainda não lograram colher uma explicação uniforme da parte dos escriptores ; 3.º— porque, n'essa intrincada confusão e perplexidade dos escriptores de nota alguns fazem, entretanto, as *acções mixtas* synonymo das *in rem scripta*— n'este numero estão Cujacio e Troplong.

*Acção reipersecutoria* é aquella pela qual se pede o que é nosso ou nos é devido e está fóra do nosso patrimonio :— *penal* é aquella pela qual se pede a satisfação da pena convencional ou legal :— *mixta* é aquella pela qual se pede conjunctamente uma e outra, isto é, a cousa ou a prestação da obrigação e a pena.

As acções ainda se sujeitam a outras divisões, as quaes são, d'entre as principaes : 1.ª— *Movéis e immovéis*, segundo o seu objecto é movel ou immovel ; 2.ª— *Possessorias e petitorias*, segundo se pede unicamente a posse ou dominio.

No Direito Patrio, sob a lettra das Ords. liv. 3.º, tit. 40, § 2.º— 78 § 3.º e liv. 4.º tit. 58 e outros—alguns escriptores, como Lafayette, *Dir. das Cousas* e Paula Baptista resolvem negativamente quando se trata da questão de saber-se si nas acções possessorias é licito ao réo defender-se pela excepção do dominio. Outros, como Lobão— Interdictos § 234 e Teixeira de Freitas, Cons. das leis civis, fundados no Ass. de 16 de Fevereiro de 1786, opinam que não se deve julgar a posse em favor d'aquelle a quem se mostra EVIDENTEMENTE que não pertence a propriedade.

Esta nos parece a melhor doutrina, imposta pela razão do direito, que não pôde ser suffocada pela lettra nua de um texto de lei, isoladamente tomado.

3.ª— *Principaes e accessorias, preparatorias e preventivas, connexas, incidentes*, significando cada qual aquillo que a denominação por sí só está indicando, nenhuma tendo importancia scientifica, distincta. Coincidem com uma ou outra das primeiras divisões que apresentamos.

Conforme já declarámos no principio d'este capitulo, repi-  
tindo, diremos que, debaixo do ponto exclusivo da *fôrma*, as  
acções dividem-se principalmente em *ordinarias*, *summarias*,  
*summarissimas* e *executivas*, segundo seus termos processuaes  
são qualitativa e quantitativamente considerados ; e segundo  
a especialidade da relação de direito litigiosa, em *decendiaria*,  
*de divisão e demarcação de terras*, de *divorcio*, de *séguro*, etc.

*Accumulação e concurso de acções* :— Ha differença entre  
*accumulação* e *concurso das acções*.

Dá-se o primeiro caso quando uma ou mais pessoas, por  
*interesse commum*, ou seja por *identidade* de titulo ou pelo  
*mesmo objecto*, são credoras de uma ou mais pessoas ; bem  
assim quando, posto que não haja *communhão de interesse ma-  
terial*, houver *identidade de questão juridica* e os direitos em  
litigio tiverem *commum a origem do facto*, isto é, um *titulo  
único* e uma mesma *causa de pedir*.

Em qualquer d'estes casos é licito accumular acções, o que  
de resto obedece ao principio politico informativo do processo :  
— *maximo resultado com minimo esforço*.

Dá-se *concurso de acções* quando a mesma pessoa, para o  
mesmo fim ou diverso, dispõe de mais de uma acção, mas  
das quaes uma prejudica a outra ; por : a *actio redhibitoria*  
e a *quantū minoris* para a mesma cousa comprada.

O uso de uma importa a renuncia de outra, pelo brocardo  
*electa una via non datur regressus ad altera*.

*Extinção das acções* :— As acções extinguem-se quando se  
extingue o direito sobre que se fundam. Consequentemente,  
todas as cousas pelas quaes se extinguem as relações de di-  
reito tambem importam a extinção das acções.

São principaes : a renuncia, a novação, a solução, a remis-  
são, a confusão, a compensação, e a morte nas acções activa  
ou passivamente intransmissiveis. (1)

Ja tratámos d'esta materia no capitulo 2.º do livro 4.º d'este  
mesmo trabalho.

10

(1) Vide Rev. Acad. cit.

Secção 2.<sup>a</sup>*Prescripção da acção*

A prescripção da acção é o espaço de tempo marcado pela lei, que opéra os effeitos : 1.<sup>o</sup>— de livrar o devedor da obrigação : 2.<sup>o</sup>— de sanar os vícios do titulo, pelo qual tinha sido adquirida a propriedade.

A primeira chama-se— *prescripção extinctiva* : a segunda—*adquisitiva*.

A prescripção extinctiva foi introduzida por se presumir paga ou perdoada a divida, que por certo espaço não fosse pedida e para que as demandas tivessem termo.

A adquisitiva foi adoptada para obviar o inconveniente de ser sempre incerto o direito de propriedade.

Em regra a pessoa obrigada a dar ou a fazer alguma cousa certa, ou a pagar a outro certa quantia, qualqner que seja a origem da obrigação, somente póde ser demandado até trinta annos.— Ord. liv. 4.<sup>o</sup>, tit. 79, prin.—

Os trinta annos começam a contar-se desde o dia em que o devedor é obrigado a pagar.— Cit. Ord.

Até áquelle dia, não podendo o credor intentar acção, não lhe corre tempo.

Em favor dos in:puberes dorme a prescripção durante o tempo da impuberdade, de sorte que se não conta esse tempo.— Ord. liv. 4.<sup>o</sup>, tit. 79 § 2.<sup>o</sup>.

Quando, porem, o varão completar quatorze annos e a mulher doze, o tempo da prescripção correrá contra elles,— em-bóra possam valer-se do beneficio da restituição.—Cit. Ord.

Tambem se suspenderá o tempo da prescripção emquanto o filho estiver debaixo do patrio poder a respeito das acções que puder intentar contra o pai, ou contra terceiros, que comprarem ao pai os seus bens.— Ord. liv. 3.<sup>o</sup>, tit. 9.<sup>o</sup>, §3.<sup>o</sup>.

Assim tambem se suspenderá durante o matrimonio a respeito das acções que um dos conjuges puder mover contra o outro ; ou contra terceiros, no caso em que, ententando contra elles a acção, reflectir sobre um dos conjuges responsabilidade.

A prescrição da acção de evicção não começará a correr senão desde o momento que a cousa for vencida ao possuidor d'ella.

Em geral não corre tempó da prescripção, em quanto o devedor pôr factos, ou por palavras reconhece a obrigação de pagar.

Assim, porque é sen pre necessario a bôa fé ao devedor para a prescripção lhe aproveitar.—Ord. liv. 4.º tit, 79 princ.

A prescripção interrompe-se pela citação do devedor.

As dividas para com a Fazenda Nacional sómente prescrevem por quarenta annos depois de contrahidas, ou depois de interrompida a prescripção.

A acção de lesão enorme prescreve passados quinze annos.

*Prescripção acquisitiva.*— O titulo com que se adquiriu a propriedade pôde ter vicio que o annulle, porém, se intervier bôa fé do adquirente e posse não interrompida pelo tempo da lei, esta prescripção resalvará o vicio do titulo e a propriedade ficará legalmente adquirida.

São justos titulos para prescrever: a herança, o legado, a compra, a troca, a doação ou doct e outros semelhantes.

Não se presume titulo, ainda depois de trinta annos, quando o direito resiste á posse do prescribente: em tal caso é preciso que este o exhiba.

A posse para prescrever deve ser: contínua e não interrompida— pacífica, publica e não equivocca— a titulo de proprietario.

O mesmo que diz respeito á interrupção da prescripção extinctiva é applicavel para a interrupção da acquisitiva.

Se o possuidor fôr esbulhado da posse e dentro do anno intentar acção de força para ser restituído e com effeito o fôr por virtude da sentença, contar-se-ha para a prescripção o tempo do esbulho, como se n'esse tempo possuísse.

O esbulho soffrido por mais de anno e dia, sem o esbulhado requerer restituição da posse, assim como interrompe naturalmente esta, tambem interrompe a prescripção.

A penhora ou arresto feito na cousa em poder do prescribente não interrompe a posse, quando provada por meio de embargos ou outros meios de direito, porque o penhorado ou

arrestado conserva a posse civil, por isso conta-se este tempo para a prescripção. — Ord. liv. 3.º, tit. 86, § 1.º in fine.

A posse tomada por violencia, ou clandestinamente e os actos feitos por favor ou licença de outro não produzem prescripção alguma.

Aquelles que possuem em nome de outros, taes como o inquilino, o colono, o rendeiro, o depositario ou procurador, nunca pôdem obter prescripção por falta de justo titulo.

Os titulos da posse são *pro soluto, pro emptore, pro donato, pro legato, pro dote, pro herede, pro derelicto, pro suo*. — Dig. liv. 41, tit. 2.º frag. 3.º § 21.

« *De acquirenda, vel amittenda pssessione.* »

Sobre esta materia vide « *Acções possessórias* » do Conselheiro Ribas e o que dissemos no § 6.º e outros do Capitulo 1.º, liv. 1.º da parte especial d'este nosso trabalho e 2.ª secção do Capitulo 1.º, livro 2.º.

Vide mais Teixeira de Freitas, Cons. das leis civis, arts. 853 e seguintes e arts. 1319 e seguintes com as respectivas notas.

Fim



# Corrigenda

PAG.	LINHAS	ERROS	EMENDAS
IX	21	ontras	outras
IX	28	( <i>Em alguns volumes</i> ) disse-o	disse— o Direito
IX	46	o meu intuito foi	o meu intuito— foi
33	18	Aappareceram	Appareceram
35	25	( <i>Em alguns volumes</i> ) entratanto	entretanto
37	3	sob	sobre
54	24	protegidas	protegidos
68	37	fructibus	fructibus
70	7	pssse	posse
74	9	codocillo	codicillo
76	Nota 1. <sup>a</sup>	nebis	nobis
81	6	emphytense	emphyteuse
81	Nota 2. <sup>a</sup>	Fundements	Fondements
87	11	coltura	cultura
87	14	pininsula	peninsula.
93	Nota 2. <sup>a</sup>	Cavoatã	Caroatã
99	8	individa	indevida
99	14	prociso	preciso
101	18	devide	divide
101	31	originaes	originarios
103	11	prohibitibas	prohibitivas
103	24	exempções	isenções
106	16	pertencente	pertencia
111	34	um	em
117	21	existam	existem
125	15	que está na posse de alguem	de que se está de posse
126	6	trasfere	transfere
127	22	impresta	empresta
127	31	Deve-se	Devem-se
129	13	é	á
130	19	alguem	algun
131	6	fiducario	fiduciario
132	31	prescrebente	prescribente
150	Nota 1. <sup>a</sup>	<i>impeberum</i>	impuberum
151	27	entregue,	entregue o fideicommisso,
152	Nota	sem licença	sem licença dos pais
155	14	cousa	causa
159	29		supprima-se—sua—
170	31	das	as
176	8	o principio	principio
178	29	signaes	originaes
180	32	intimas	internas
187	1	tivesse	tiver
194	23	inevitavel	inviavel
195	7	administra	administrar

PAG.	LINHAS	ERROS	EMENDAS
205	22	porque presumiram	por presumirem
214	12	usufacturio	usufructuario
218	33	sciencia	essencia
219	26	emphyteusa	emphyteuse
220	12	<i>senhores</i>	<i>senhorios</i>
230	24	<i>al buan</i>	<i>al buon</i>
235	§	<i>especie</i>	<i>especies</i>
235	17	é causa	á causa
252	Secção 2. <sup>a</sup>	<i>Sessão das obrigações</i>	<i>Cessão das obrigações</i>

N. B.— Alem d'estes, escaparam outros erros de imprensa que o leitor facilmente corrigirá.

4A

# Indice alphabetico



	PAGINAS
Acções . . . . .	18
« de nullidade e rescisão das obrigações . . . . .	260
« possessorias . . . . .	49
« que nascem do dominio . . . . .	98
Accessão . . . . .	107
« mixta . . . . .	111
Acquisição de posse . . . . .	53 e 72
« do dominio . . . . .	99
Analyse da posse— se é um facto ou um Direito . . . . .	44
« da posse—se é um Direito pessoal ou real . . . . .	49
Antichrese . . . . .	223
Ascendentes como e quando succedem ab-intestado . . . . .	193
Avaliação de bens . . . . .	206



Beneficio do inventario . . . . .	134
« de restituição . . . . .	137
Bens em geral . . . . .	144
« communs . . . . .	28
« estadoaes . . . . .	31
« municipaes . . . . .	31
« particulares . . . . .	35



Causas modificadoras dos Direitos Civis . . . . .	6
Cabeça de casal— direitos e obrigações . . . . .	201
Caça e pesca como modo de adquirir dominio . . . . .	103
Cartas de consciencia . . . . .	158
Cerimonia da insinuação . . . . .	93
Cessão das obrigações . . . . .	252
Classificação das cousas . . . . .	14
Commixtão e confusão como modo de adquirir dominio . . . . .	110

Codicillo. . . . .	140
Compensação como modo de extinguir obrigações	258
Composse ou posse commum. . . . .	79
Collateraes quando succedem ab-intestado. . . . .	193
Collação de bens nas partilhas . . . . .	205
Condições necessarias á existencia dos Direitos Civis	1
« intrinsecas dos testamentos : — capacidade e vontade . . . . .	180
Conjuge sobrevivente quando succede ab-intestado	194
Consignação judicial como modo de extinguir obrigações	255
Confusão « « « « «	259
« « « « « adquirir dominio	110
Contractos como fontes das obrigações . . . . .	247
Cousa— objecto do Direito. . . . .	1
Cousas : noção e classificação . . . . .	14
« consideradas em si mesmas : divisão. . . . .	16
« corporeas e incorporeas. . . . .	16
« existentes e futuras. . . . .	19
« consideradas em sua composição e aggregação (res singulares, compositæ et universitas rerum)	20
« divisiveis e indivisiveis . . . . .	20
« principaes e accessorias. . . . .	22
« communs. . . . .	27 e 28
« fungiveis e não fungiveis . . . . .	24
« consumiveis e inconsumiveis . . . . .	25
« consideradas em relação ao direito de propriedade— divisão . . . . .	25
« consideradas em relação ao proprietario—divisão	28
« publicas : nacionaes ou da União : regionaes ou dos Estados : municipaes : particulares. . . . .	28
« singulares e collectivas. . . . .	20
« sem dono (res nullius et derelictæ, res communes, res publice, res universitatis. . . . .	27

## D

Decima dos legados . . . . .	196
Delictos como fonte de obrigações. . . . .	249
Descendentes como e quando succedem ab-intestado	191
Descrição de bens em partilha. . . . .	204
Desherdação. . . . .	152
« dos paes feita pelos filhos. . . . .	153

Desherdação do irmão pelo irmão. . . . .	154
« prova. . . . .	155
Direito de deliberar . . . . .	138
« de accrescer . . . . .	144
« e obrigações geraes do herdeiro ou legatario	143
« pessoas e reaes . . . . .	112
« e obrigações do usufructuario. . . . .	211
« de testar. . . . .	183
« de successão legitima . . . . .	183
Distincção entre posse e propriedade. . . . .	41
« dos bens em geral. . . . .	144
Diversos modos de testar. . . . .	164
Divisão primordial dos Direitos Civis—reaes e pessoas	12
« das cousas consideradas em si mesmas. . . . .	16
« « « « em relação ao Direito	
de propriedade. . . . .	25
« das cousas consideradas em relação ao pro-	
prietario. . . . .	28
« da posse. . . . .	63
« da tradição. . . . .	118
Dominio :—noção, extensão e faculdades inherentes.	89
« adquirido pela herança. . . . .	135
« universal ou eminente. . . . .	92
« particular. . . . .	91
« pleno e menos pleno : — directo e util.	91
« natural . . . . .	92
« aquisição pelos modos naturaes e civis	99
« verdadeiro e ficto . . . . .	91 e 92
« quiescens ou dormiens . . . . .	92
« restricções. . . . .	92
« adquirido pela occupação. . . . .	102
« « caça e pesca. . . . .	103
« « por invenção. . . . .	104
« « pela accessão. . . . .	107
« « « incorporação . . . . .	108
« « « especificação. . . . .	109
« « « commixtão e confusão . . . . .	110
« « « accessão mixta . . . . .	111
« « « tradição . . . . .	116
« « « usucapião. . . . .	125

## E

Efeitos da compensação como modo de extinguir obrigações. . . . .	258
« da posse . . . . .	57
Emphyteuse. . . . .	218
Especies da tradição . . . . .	118
« de obrigações. . . . .	237
Especificação como modo de adquirir dominio . . . . .	109
Estado:— como succede nos bens vacantes. . . . .	194
Extensão do dominio . . . . .	89
Extinção do usufructo. . . . .	211
« das obrigações . . . . .	253

## F

Faculdades inherentes a dominio . . . . .	89
Fidei-commisso. . . . .	130
Filhos naturaes. . . . .	158
Filhos posthumos . . . . .	194
Fontes das obrigações. . . . .	247

## H

Habitação . . . . .	215
Herança como modo de adquirir dominio. . . . .	125
« modos pelos quaes se adquire e repudia. . . . .	134
« transmissão. . . . .	142
Herdeiros:— instituição . . . . .	146
« obrigações geraes e Direitos . . . . .	143
« substituições. . . . .	148
Hypotheca . . . . .	224

## I

Impossibilidade sobrevinda como modo de extinguir obrigações. . . . .	259
Imposto de transmissão de propriedade. . . . .	196
Incorporação como modo de adquirir dominio. . . . .	108
Insinuação. . . . .	93
Instituição de herdeiros . . . . .	146

Interdictos possessorios . . . . .	49
Invenção como modo de adquirir dominio. . . . .	104
Inventario. . . . .	195
« judicial :— tempo e lugar em que deve ser feito . . . . .	197
Irrevogabilidade do dominio. . . . .	90

## L

Legados. . . . .	155
Legatario . . . . .	131
« direitos e obrigações geraes. . . . .	143
Liberdade de testar . . . . .	159
Licitação . . . . .	206
Logar em que deve ser feito o inventario. . . . .	197

## M

Modos de adquirir a posse. . . . .	72
Modos de adquirir dominio. . . . .	99
Modos de testar. . . . .	164
Modos pelo qual se adquire e repudia a herança. . . . .	134
Mutuo dissenso como meio de extinguir obrigações. . . . .	258

## N

Noção de cousas :— sua classificação. . . . .	14
Noção juridica da posse. . . . .	39
Noção do dominio. . . . .	89
Noção da tradição. . . . .	117
Noção de obrigações . . . . .	235
Nomeação de tutores. . . . .	181
Novação :— noção e efeitos. . . . .	256

## O

Obrigações geraes do herdeiro ou legatario. . . . .	143
Obrigações :— noção e especies . . . . .	235

Obrigações civis e naturaes. . . . .	238
Obrigações principaes e accessorias. . . . .	240
Obrigações parciaes e solidarias. . . . .	240
Obrigações alternativas, simples facultativas e com- postas cumulativas. . . . .	241 e 242
Obrigações de dar, fazer ou não fazer. . . . .	242
Obrigações divisiveis e indivisiveis. . . . .	244
Obrigações puras e incondicionaes. . . . .	245
Obrigações fontes. . . . .	247
Obrigações cessão. . . . .	252
Obrigações extincção . . . . .	253
Obrigações extincção pelo pagamento. . . . .	253
Obrigações extincção por consignação judicial. . . . .	255
Ocupação como modo de adquirir dominio. . . . .	102 e 104

## P

Pagamento como extincção de obrigações. . . . .	253
Partilhas. . . . .	207
Penhor. . . . .	221
Percepção de fructos da coisa alheia. . . . .	113
Perda da coisa devida como modo de extinguir obrigações. . . . .	259
Perda da posse. . . . .	75
Perdão da divida como modo de extinguir obrigações	257
Pesca como modo de adquirir dominio . . . . .	103
Pessoa :— Objecto do Direito. . . . .	1
Posse— parte geral—noção juridica da posse. . . . .	37
Posse de direitos pessoaes. . . . .	80
Posse commum. . . . .	79
Posse e propriedade :— distincção . . . . .	41
Posse analyse se é um facto ou um Direito. . . . .	44
Posse analyse se é um Direito real ou pessoal. . . . .	49
Posse aquisição . . . . .	53 e 72
Posse effeitos . . . . .	57
Posse divisões. . . . .	63
Posse com relação ao tempo de sua aquisição e aos modos porque se adquire. . . . .	72
Prescripção. . . . .	94, 125, 132
Prescripção acquisitiva. . . . .	132 e 268

Prescripção extinctiva . . . . .	268
Prescripção da acção. . . . .	268
Prova da desherdação. . . . .	155

## Q

Quasi contractos como fonte de obrigações. . .	248
Quasi delictos. . . . .	249
Quasi posse. . . . .	53, 79, 80

## R

Reconhecimento de filhos naturaes. . . . .	158
Renuncia da divida como modo de extinguir obrigações. . . . .	257
Repudio de herança. . . . .	134
Requisitos da tradição. . . . .	117
Restricções do domínio. . . . .	92

## S

Sello do quinhão hereditario. . . . .	106
Servidões . . . . .	216
Sonegados . . . . .	209
Substituições dos herdeiros . . . . .	148
Substituição reciproca. . . . .	149
Substituição pupillar . . . . .	149
Substituição exemplar. . . . .	150
Substituição compendiosa . . . . .	151
Successão legitima . . . . .	183
Successão ab-intestada . . . . .	190

## T

Taxa do sello de herança. . . . .	196
Tempo da aquisição da posse. . . . .	72
Tempo em que deve ser feito o inventario . . . . .	197

Testamenteiros. . . . .	161
Testamento de mão commum. . . . .	173
Testamento cerrado ou mystico. . . . .	168
Testamento nuncupativo. . . . .	172
Testamento privado aberto. . . . .	165
Testamento publico. . . . .	164
Testamentos privilegiados. . . . .	176
Testamento privilegiado militar. . . . .	176
Testamento privilegiado maritimo . . . . .	178
Testamento privilegiado de pae para filho . . . . .	179
Testamento privilegiado rural . . . . .	179
Tradição como modo de adquirir dominio. . . . .	116
Tradição especies — divisões . . . . .	118
Tradição noção e requisitos. . . . .	117
Tradição se é essencial para a aquisição do dominio . . . . .	119
Transacção como modo de extinguir obrigações . . . . .	258
Transmissão de herança. . . . .	142
Tutela dativa. . . . .	182
Tutela legitima . . . . .	182
Tutela pacticia . . . . .	183
Tutela testamentaria. . . . .	181
Tutores :— nomeação . . . . .	181

## U

Uso e habitação . . . . .	215
Usucapião como modo de adquirir dominio . . . . .	125
Usufructo :— direitos e obrigações :— extincção . . . . .	211

## V

Viuvo ou viuva como succede ab-intestado. . . . .	194
Viuvo ou viuva cabeça de casal : direitos e obrigações. . . . .	201

10

5/0283

02/05-624

(T)