

Direito Civil

Curso de Direito Civil Brasileiro Vol. II

Antonio Joaquim Ribas

História do Direito
Brasileiro



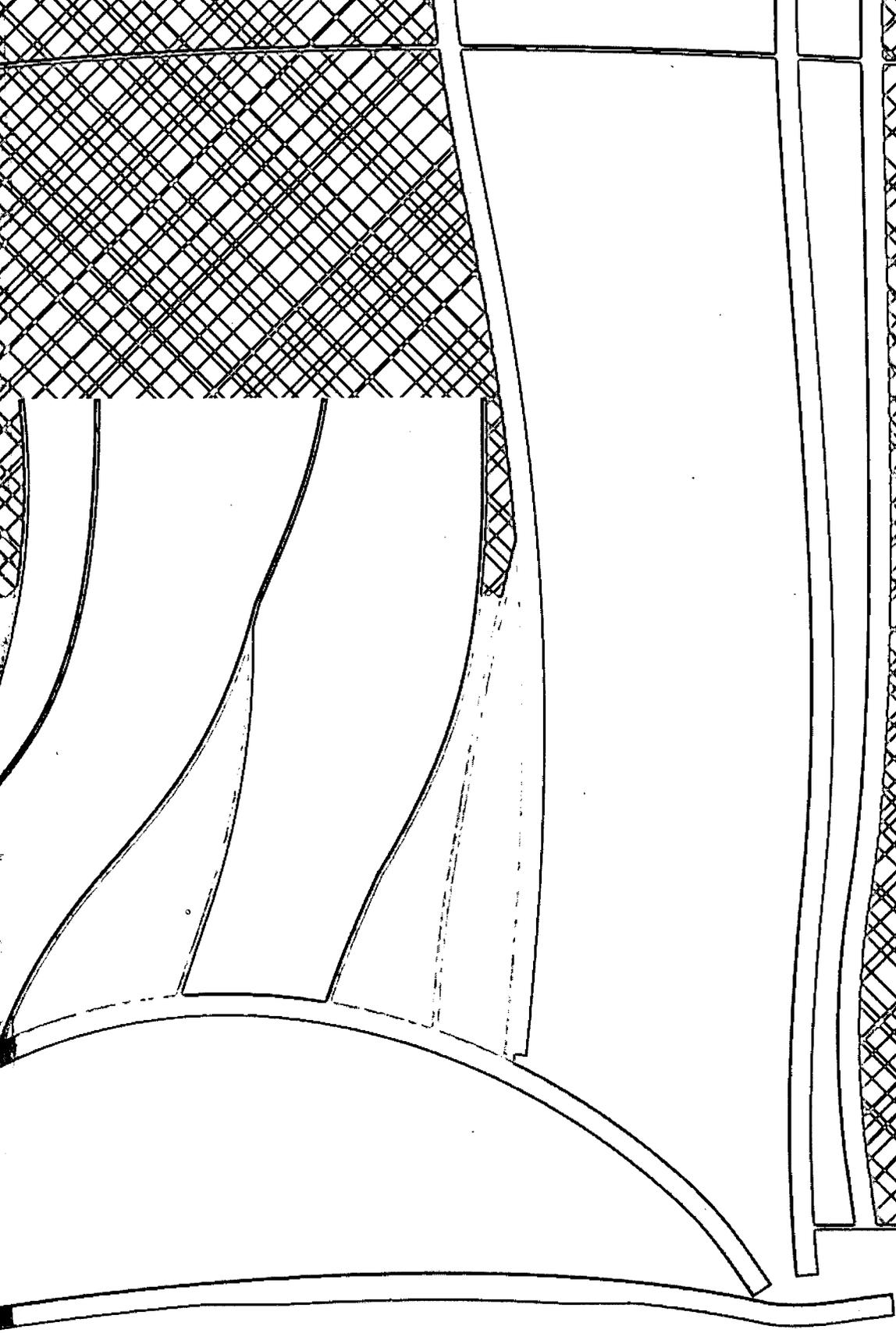
2

Senado Federal

Senador José Sarney, Presidente
Senador Paulo Paim, 1º Vice-Presidente
Senador Eduardo Siqueira Campos, 2º Vice-Presidente
Senador Romeu Tuma, 1º Secretário
Senador Alberto Silva, 2º Secretário
Senador Heráclito Fortes, 3º Secretário
Senador Sérgio Zambiasi, 4º Secretário
Senador João Alberto Souza, Suplente
Senador Serys Shhessarenko, Suplente
Senador Geraldo Mesquita Júnior, Suplente
Senador Marcelo Crivella, Suplente

Superior Tribunal de Justiça

Ministro Nilson Vital Naves, Presidente
Ministro Edson Carvalho Vidigal, Vice-Presidente
Ministro Antônio de Pádua Ribeiro
Ministro Luiz Carlos Fontes de Alencar, Diretor da Revista
Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira
Ministro Raphael de Barros Monteiro Filho
Ministro Francisco Peçanha Martins
Ministro Humberto Gomes de Barros
Ministro Francisco Cesar Asfor Rocha, Coordenador-Geral da Justiça Federal
Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior
Ministro Vicente Leal de Araújo
Ministro Ari Pargendler
Ministro José Augusto Delgado
Ministro José Arnaldo da Fonseca
Ministro Fernando Gonçalves
Ministro Carlos Alberto Menezes Direito
Ministro Felix Fischer
Ministro Aldir Guimarães Passarinho Junior
Ministro Gilson Langaro Dipp
Ministro Hamilton Carvalhido
Ministro Jorge Tadeo Flaquer Scartezzini
Ministra Eliana Calmon Alves
Ministro Paulo Benjamin Fragoso Gallotti
Ministro Francisco Cândido de Melo Falcão Neto
Ministro Domingos Franciulli Netto
Ministra Fátima Nancy Andrighi
Ministro Sebastião de Oliveira Castro Filho
Ministra Laurita Hilário Vaz
Ministro Paulo Geraldo de Oliveira Medina
Ministro Luiz Fux
Ministro João Otávio de Noronha
Ministro Teori Albino Zavascki
Ministro José de Castro Meira



Direito Civil

**Curso de
Direito Civil
Brasileiro**

Vol. II

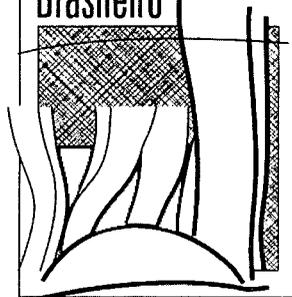
Antonio Joaquim Ribas

Obra fac-similar

Prefácio de

Antônio de Pádua Ribeiro

**História do Direito
Brasileiro**



Brasília
Junho/2003

Conselho Editorial

Senador José Sarney, Presidente
Joaquim Campelo Marques, Vice-Presidente
Carlos Henrique Cardim, Conselheiro
Carlyle Coutinho Madruga, Conselheiro
Raimundo Pontes Cunha Neto, Conselheiro

O Conselho Editorial do Senado Federal, criado pela Mesa Diretora em 31 de janeiro de 1997, buscará editar, sempre, obras de valor histórico e cultural e de relevância para a compreensão da história política, econômica e social do Brasil e reflexão sobre os destinos do país.

Coleção História do Direito Brasileiro - Direito Civil

ANTONIO JOAQUIM RIBAS	JOSÉ DE ALENCAR
Curso de Direito Civil brasileiro	A Propriedade pelo Cons. José de Alencar - com uma prefação do Cons. Dr. Antonio Joaquim Ribas
ANTONIO MAGARINOS TORRES	LAFAYETTE RODRIGUES PEREIRA
Nota Promissória - estudos da lei, da doutrina e da jurisprudência cambial brasileira	Direito das Coisas - adaptação ao Código Civil por José Bonifácio de Andrada e Silva
AUGUSTO TEIXEIRA DE FREITAS	LAFAYETTE RODRIGUES PEREIRA
Consolidação das Leis Civis	Direitos de Família - anotações e adaptações ao Código Civil por José Bonifácio de Andrada e Silva
AUGUSTO TEIXEIRA DE FREITAS	LOURENÇO TRIGO DE LOUREIRO
Código Civil: esboço	Instituições de Direito Civil brasileiro
CLÓVIS BEVILÁQUA	PEDRO ORLANDO
Direito das Coisas	Direitos Autorais: seu conceito, sua prática e respectivas garantias em face das Convenções Internacionais, da legislação federal e da jurisprudência dos tribunais
FRANCISCO DE PAULA LACERDA DE ALMEIDA	
Obrigações: exposição systemática desta parte do Direito Civil patrio segundo o método dos "Direitos de Família" e "Direito das Causas" do Conselheiro Lafayette Rodrigues Pereira	

Comissão Organizadora do Superior Tribunal de Justiça

Walkir Teixeira Bottecchia, Secretário-Geral
Jefferson Paranhos Santos, Assessor de Articulação Parlamentar
Marcelo Raffaelli, Assessor Jurídico
Luciana Raquel Jáuregui Costandrade, Assessora Jurídica
Judite Amaral de Medeiros Vieira, Núcleo de Redação e Revisão
Mari Lúcia Del Fiaco, Núcleo de Redação e Revisão
Stael François de Medeiros Oliveira Andrade, Núcleo de Redação e Revisão

Projeto Gráfico

Carlos Figueiredo, Núcleo de Programação Visual
Eduardo Lessa, Núcleo de Programação Visual
Tais Villela, Coordenadora do Núcleo de Programação Visual

Ribas, Antonio Joaquim, 1820-1870.

Curso de Direito Civil brasileiro / Antonio Joaquim

Ribas ; prefácio de Antônio de Pádua Ribeiro. -- Brasília : Senado Federal, Conselho Editorial, 2003.

2 v. -- (História do direito brasileiro)

1. Direito Civil, Brasil. I. Título. II. Série.

CDDir. 342.1

Coleção HISTÓRIA DO DIREITO BRASILEIRO

No prefácio de sua monumental *A Política Exterior do Império*, dizia Calógeras, referindo-se à história diplomática do país, que era preciso evitar se perdesse “o contato com esse passado tão fecundo em lições e tão cheio de seiva alentadora para quem o sabe consultar”. Foi com a mesma finalidade, agora com foco na história das instituições jurídicas brasileiras, que o Senado Federal e o Superior Tribunal de Justiça celebraram convênio para a reedição de grandes obras do Direito Civil e Penal pátrio que comporão a coleção intitulada *História do Direito Brasileiro*.

O projeto nasceu de sugestão que me fez o pesquisador Walter Costa Porto, advogado, professor universitário, ex-Ministro do Superior Tribunal Eleitoral, emérito constitucionalista, personalidade merecedora do respeito de todos quantos o conhecem, a quem presto neste ensejo a justa homenagem que lhe é devida.

Seu objetivo é atualizar, num corpo orgânico, parte da história de nosso Direito e, dessarte, colocar à disposição de especialistas e demais interessados obras da literatura jurídica nacional hoje esgotadas ou de difícil acesso. A importância da iniciativa é evidente: por um lado, contribui para a preservação de nosso patrimônio cultural; por outro, ajudará os estudiosos da evolução das instituições do Direito brasileiro.

Quer nos escritos, quer nas biografias, evidencia-se a magnitude das personalidades a serem reeditadas. Com efeito, não se trata apenas de juristas e autores de obras de Direito, mas de luminares da cultura nacional, que foram também catedráticos, literatos, jornalistas, ocupantes de elevados cargos públicos e militantes da política.

A coleção publicará onze livros de Direito Civil e dez de Direito Penal. Aqueles são os seguintes:

- *A Propriedade pelo Cons. José de Alencar* – com uma prefacção do Cons. Dr. Antonio Joaquim Ribas, trazendo de volta livro cujo autor, além de dar expressiva contribuição às letras brasileiras, teve importante carreira política e ocupou o Ministério da Justiça no gabinete Itaboraí.



Acresce ser o livro prefaciado por Antonio Joaquim Ribas, jurista que também será reeditado na coleção.

- *Consolidação das Leis Civis*, de 1858, e *Código Civil: esboço*, dois trabalhos de reconhecido valor histórico, da lavra de Augusto Teixeira de Freitas. O primeiro foi-lhe encomendado pelo governo imperial; a comissão encarregada de revê-lo, após dar o laudo aprobatório, acrescentou que sua qualidade recomendava a habilitação de Teixeira de Freitas “para o Projeto do Código Civil, do qual a *Consolidação* é preparatório importante”. Seu esboço de Código Civil, não aproveitado no Brasil, serviu de base para o Código Civil da República Argentina. Quanto à *Consolidação*, seu mérito histórico é realçado pela visão da visceral repulsa ao escravismo manifestada pelo autor.

- *Curso de Direito Civil brasileiro*, de Antonio Joaquim Ribas, que, como dito acima, prefaciou *A Propriedade*, de José de Alencar. No prefácio da 2ª edição do *Curso de Direito Civil* (1880), Ribas disse, em palavras que condizem com o objetivo da coleção *História do Direito Brasileiro*, que “Sem o conhecimento [da] teoria [do Direito Civil pátrio] ninguém pode aspirar ao honroso título de jurisconsulto, e nem exercer digna e satisfatoriamente a nobre profissão de advogar ou de julgar”.

- *Direitos de Família e Direito das Coisas*, de Lafayette Rodrigues Pereira, datados respectivamente de 1869 e 1877, ambos adaptados ao Código Civil de 1916 por José Bonifácio de Andrada e Silva. Lafayette foi advogado e jornalista liberal, Ministro da Justiça, Senador, Presidente do Conselho e, *last but not least*, defensor de Machado de Assis contra a crítica feroz de Sílvio Romero. Com graça, dizia, a respeito de seu renome, “Subi montado em dois livrinhos de direito”. São esses “livrinhos” que aqui estão vindo a lume, obras cujo método Lacerda de Almeida – outro nome na lista de autores da coleção – utilizou para a exposição sistemática do direito das obrigações.

- *Direito das Coisas*, de Clóvis Beviláqua, permitirá aos estudiosos hodiernos familiarizar-se com um gigante da literatura jurídica nacional, autor, a convite do Presidente Epitácio Pessoa, do projeto do Código Civil brasileiro. Modernizador, expressou no projeto sua revolta contra a vetustez do Direito Civil vigente no Brasil.

- *Instituições de Direito Civil brasileiro, oferecidas, dedicadas e consagradas a Sua Majestade Imperial o Senhor Dom Pedro II*, por Lourenço Trigo de Loureiro, nascido em Portugal (Vizeu) e formado em Olinda, onde mais tarde ocupou a cátedra de direito civil; teve cargos políticos, foi



professor de francês e tradutor de literatura francesa, inclusive do teatro de Racine. Seu livro, datado de 1850, constitui valioso elemento para aquilatar o cenário contra o qual, meio século depois, Beviláqua expressaria sua revolta.

- *Obrigações: exposição systematica desta parte do Direito Civil patrio segundo o methodo dos "Direitos de Família" e "Direito das Cousas" do Conselheiro Lafayette Rodrigues Pereira*, de Francisco de Paula Lacerda de Almeida. Publicado em 1897, é um dos muitos livros sobre temas de direito civil deixados por Lacerda de Almeida.

- *Direitos Autorais: seu conceito, sua prática e respectivas garantias em face das Convenções Internacionais, da legislação federal e da jurisprudência dos tribunais*, de autoria de Pedro Orlando. Autor de obras sobre direito comercial, questões trabalhistas e fiscais, Orlando é também autor do *Novíssimo Dicionário Jurídico Brasileiro*.

- *Nota Promissória – estudos da lei, da doutrina e da jurisprudência cambial brasileira*, por Antônio Magarinos Torres. Advogado, catedrático e vice-diretor da Escola Superior de Comércio do Rio de Janeiro, juiz e presidente do Tribunal do Júri da então capital do país. Prolífico autor, escreveu sobre direito comercial, fiscal, penal e finanças.

Os dez livros dedicados ao Direito Penal incluem:

- *Tratado de direito penal allemão, prefácio e tradução de José Hygino Duarte Pereira*, de Franz von Liszt, jurista alemão, catedrático da Universidade de Berlim. A par, por si só, do elevado conceito do *Tratado*, quisemos, com a publicação, destacar o alto valor do prefácio de José Hygino, de indispensável leitura, que, por isso mesmo, ajusta-se à finalidade da coleção a respeito da história do direito brasileiro.

- *Lições de direito criminal*, de Braz Florentino Henriques de Souza, autor de trabalhos sobre Direito Civil e Criminal, designado membro da comissão encarregada de rever o Código Civil em 1865. *Lições de Direito Criminal* data de 1860.

- *Anotações theoreticas e praticas ao Codigo Criminal*, de Thomaz Alves Junior. Crítico do Código Penal de 1830, que considerava prolixo e casuístico, Thomaz Alves o analisa detidamente, historiando sua apresentação, discussão e aprovação. Desse modo, as *Anotações* iluminam os leitores do século XXI quanto ao pensamento dos legisladores brasileiros do Império e constituem leitura complementar à obra de Braz Florentino.

- *Menores e Loucos em Direito Criminal e Estudos de Direito*, de Tobias Barreto. Conhecido por sua poesia, Barreto era talvez mais jurista que poeta. Formou-se na Faculdade de Direito do Recife, da qual foi depois catedrático, tendo entre seus discípulos Clóvis Beviláqua, Graça Aranha e Sílvio Romero. Fizeram parte da denominada “Escola do Recife”, que marcou o pensamento brasileiro (a propósito, entre outras, de Nelson Saldanha, *A Escola do Recife*, 1976 e 1978, e, de Miguel Reale, *O Culturalismo da Escola do Recife*, de 1956). Tobias foi um inovador; lutou incessantemente contra a estreiteza do ambiente cultural então imperante no Brasil.

- *Código Criminal do Império do Brasil anotado*, por Antonio Luiz Ferreira Tinôco. O Código do Império, reconhecido como “obra legislativa realmente honrosa para a cultura jurídica nacional” (Aníbal Bruno), filiava-se à corrente dos criadores do Direito Penal liberal (entre eles, Romagnoni e Bentham); admiravam-lhe a clareza e a concisão, entre tantos outros juristas, Vicente de Azevedo e Jiménez de Asúa, por exemplo. “Independente e autônomo, efetivamente nacional e próprio” (Edgard Costa), foi o inspirador do Código Penal espanhol de 1848 (Basileu Garcia e Frederico Marques). Acolheu a pena de morte, é certo, mas D. Pedro II passou a comutá-la em galés perpétuas após a ocorrência de um erro judiciário, ao que se conta. Segundo Hamilton Carvalhido, a obra de Tinôco “nos garante uma segura visão da realidade penal no último quartel do século XIX”.

- *Código Penal commentado, theorica e praticamente*, de João Vieira de Araújo. Abolida a escravidão, Nabuco apresentou projeto, que nem chegou a ser discutido, para autorizar a adaptação das leis penais à nova situação. Sobreveio, logo após, o Código Penal de 1890, cuja elaboração fora cometida ao Conselheiro Baptista Pereira. O Código receberia várias críticas. Em 1893, Vieira de Araújo apresentou à Câmara dos Deputados projeto de um Código, sem êxito; logo depois, apresentava outro esboço, também sem sucesso.

- *Código Penal da República dos Estados Unidos do Brasil*, por Oscar de Macedo Soares. Diplomado em Direito pela Faculdade do Largo São Francisco, foi jornalista, secretário das províncias de Alagoas e Ceará, político conservador, advogado e autor de várias obras de Direito.

- *Direito Penal brasileiro segundo o Código Penal mandado executar pelo Decr. N. 847 de 11 de outubro de 1890 e leis que o modificaram ou completaram, elucidados pela doutrina e jurisprudência*, de Galdino



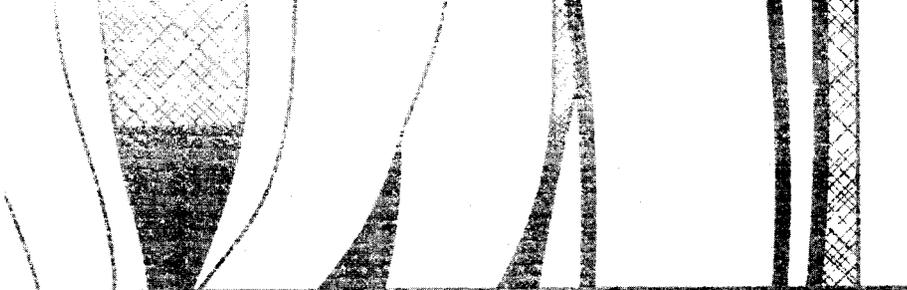
Siqueira. Desembargador do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e autor de livros sobre Direito Penal, em 1930 Siqueira foi incumbido pelo Ministro da Justiça e Negócios Interiores de redigir um anteprojeto de Código de Processo Civil. Em 1917 tinha participado, pela acusação, no julgamento do assassinato de Pinheiro Machado.

- *Código Penal dos Estados Unidos do Brasil comentado*, de Antonio José da Costa e Silva, livro que antecedeu a preparação, em 1938, do projeto de Código Criminal encomendado por Francisco Campos a Alcântara Machado. Costa e Silva participou da comissão revisora do projeto, a qual contava com luminares como Nelson Hungria e Roberto Lyra e cujo resultado foi o Código Penal de 1940.

O leitor pode compreender, em face do que precede, a relevância da iniciativa tomada conjuntamente pelo Senado Federal e o Superior Tribunal de Justiça.

Como país jovem, na afoiteza de perseguir os objetivos de progresso e desenvolvimento, às vezes nos temos descuidado do passado cultural, sacrificando-o erradamente, ao confundir o que é antigo com o que é obsoleto. Almejo que a publicação da *História do Direito Brasileiro* concorra para remediar ótica tão equivocada, porque, nas palavras de Ginoulhiac em sua *Histoire générale du droit français*, "Ce n'est pas seulement dans la suite des faits, des événements, que consiste l'histoire d'un peuple; mais encore, mais surtout, dans le développement de ses institutions et de ses lois."

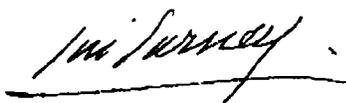

Ministro Nilson Naves
Presidente do Superior Tribunal de Justiça



Nota do Editor

O Superior Tribunal de Justiça e o Senado Federal estão reeditando alguns dos títulos essenciais da literatura jurídica brasileira. A Coleção *História do Direito Brasileiro*, com títulos de direito civil e penal, deverá ocupar um lugar importante nas bibliotecas de magistrados, advogados e estudiosos de direito.

Esta coleção se insere no programa editorial do Senado, que se destina ao desenvolvimento da cultura, à preservação de nosso patrimônio histórico e à aproximação do cidadão com o poder legislativo.



Senador José Sarney

Presidente do Conselho Editorial do Senado Federal

CURSO

DE

DIREITO CIVIL BRASILEIRO

II

Parte Geral

CURSO

DE

DIREITO CIVIL BRASILEIRO

II

Parte Geral

PELO CONSELHEIRO

DR. ANTONIO JOAQUIM RIBAS

TOMO II



RIO DE JANEIRO

B. L. GARNIER — LIVREIRO-EDITOR

71 Rua do Ouvidor 71

—*—
1880

ADVERTENCIA.

Reputar-se-hão contrafeitos, e portanto sujeitos ás penas do art. 261 do Código Criminal, todos os exemplares que não se acharem rubricados pelo autor ou por seu procurador, para este fim especialmente autorizado.

1968

[Handwritten signature]

CURSO DE DIREITO CIVIL BRASILEIRO

PARTE GERAL

TITULO I

Dos direitos e dos seus elementos em geral.

CAPITULO I

NOÇÃO E CLASSIFICAÇÃO DOS DIREITOS.

§ 1.º

Noção do direito.

A liberdade é a essencia do homem.

O direito é a liberdade circumscripta pela lei; quer ella actue sobre a propria personalidade, quer actue sobre um ente exterior.

Assim, a liberdade humana póde desenvolver-se amplamente em todos os sentidos, emquanto não encontrar limites na lei.

Esta noção fundamental do Direito acha-se consagrada na seguinte these da nossa Lei Fundamental :

Art. 179 § 1.º *Nenhum cidadão póde ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma cousa. senão em virtude da lei.*

O homem póde, pois, em geral exercer ou deixar de exercer os seus direitos, como lhe approuver (1) ; e ainda quando deste exercicio decorra prejuizo para terceiro.—*Qui jure suo utitur, neminem ledit* (2).

Esta regra, porém, tem as seguintes limitações :

1.º Os direitos relativos ás acções, isto é,

(1) Julianus, fr. 41 Dig. De minor (IV, 4). —Unicuique licet contemnere hæc quæ pro se introducta sunt.—Vide Const. un. Cod. Ut nemo invitus agere cogatur (III, 7).

(2) Gaio, fr. 55 Dig. De Reg. Jur. (L, 17)—Nullus videtur dolo facere, qui suo jure utitur.

Paulo—fr. 151 Dig. cit. (L, 17) ; Nemo damnun facit, nisi qui id fecit, quod facere jus non habet.

Vide, fr. 155 § 1.º Dig. cit. (L, 17) ; fr. 9 Dig. De servit. præd. urb. (VIII, 2) ; fr. 24 § 12 e fr. 26. Dig. De damn. infect. (XXXIX, 2).

aos meios de proseguir em Juizo o reconhecimento e a realisação dos nossos direitos, se não forem exercidos dentro dos prazos legais, se extinguirão pelo não uso. E' isto o que se denomina *prescrição*.

2.º Não é licito exercer um direito com o unico fim de lesar a outrem, e sem que de seu exercicio resulte para nós utilidade (3).

Para que, porém, se possa oppôr esta limitação ao direito, é preciso que se prove clara e concludentemente a intenção de prejudicar a terceiro e a não utilidade do titular do direito.

No direito está incluída a faculdade de

(3) Ulpiano, fr. 1 § 12 Dig. De aquæ pluv. arc. act. (XXXIX, 3).

Marcellus scribit, cum eo, qui in suo fodiens, vicini fontem avertit, nihil posse agi... *si non animo nocendi, sed suum agrum meliorem faciendi id fecit.*

Paulo, fr. 2 § 5 Dig. cod. Opinor utilem actionem vel interdictum mihi competere adversus vicinum, si velim agerem restituere in agro ejus, *qui factus mihi quidem prodesse potest, ipsi vero nihil nociturus est.* Vide fr. 1 § 11 Dig. eod.

Celso fr. 38 Diz. De rei vind. (VI,1) neque malitūs indulgendum est.

fazer tudo que é necessario para o exercicio delle (4); bem como está inherente a obrigação de suportar todos os encargos que a elle se prendem. (5)

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.

§ 2.º

Classificação dos direitos

Os direitos podem ser classificados segundo:

(4) Celso fr. 10 Dig. De servit. (VIII,1) Si iter legatum sit, qua, nisi opere facto, iri nou possit, licere fodiendo, substruendo iter facere, Proculus ait. Vide fr. 20 § 1 Dig. De serv. præd. urb. (VIII, 2); fr. 3 § 3 Dig. De serv. præd. rust. (VIII, 3); fr. 11 Dig. De comm. præd. (VIII, 4).

(5) Paulo fr. 10 Dig. De reg. jur. (L, 17).— Secundum naturam est, commoda cujusque rei eum sequi, quem sequentur incommoda.

Const. un. § 4 Cod. De caduc. tollend. (VI, 51) Neque enim ferendus est is, qui lucrum quidem amplectitur, onus autem si annexum contemnit.

A lei que os define.

Os sujeitos onde os direitos residem.

O objecto sobre que elles recáem.

I Considerados os direitos segundo a lei que os define, podem ser classificados pelo mesmo modo porque se classifica a lei; isto é—o direito subjectivo pode ser classificado parallelamente ao direito objectivo que o regula (6).

II Considerados os direitos segundo o *seu* *sujeito* devemos classificar-os em *geraes*, *especies* e *individuaes*, parallelamente á classificação que fazião os Jurisconsultos Romanos (7):

Jus generale, commune ou *vulgatum*.

Jus singulare.

Privata privilegia ou *personales constitutiones* :

III Considerados os direitos segundo o seu objecto, podemos classificar-os em direitos *familiares*, *convencionaes* e *reaes*, segundo recáem

(6) Vide vol. 1.º Titulo 1 Cap. 2.

(7) Vide vol. 1.º T. 3 Cap. 4 § 2, (IV).

sobre pessoas naturalmente sujeitas pelas relações de familia ; sobre serviços livremente estipulados, ou sobre seres pertencentes ao mundo faltar (8).

Tambem se costuma dividir os direitos em *primitivos* ou *absolutos* e *derivados* ou *hypotheticos*, segundo pertencem ao homem só pelo facto da sua existencia, ou por facto especial que dá lugar á sua aquisição.

Affirmativos e negativos, segundo tem por objecto um facto positivo ou uma omissão.

Presentes e futuros, segundo já existem ou se espera que venhão a existir, desde que esta esperanza é protegida pela lei.

Neste segundo caso comprehendem-se os direitos dos *nascituros* (9), os que emanam das hypothecas, das obrigações condicionaes, do caucionamento de divida que ainda não exista, etc. (10).

(8) Vide Cap. 3 huj. tit. e vol. 1.º T. 4 Cap. 3 § 2.

(9) Vide Tit. 2 Cap. 1 § 2.

(10) Javolenus pr. 55 in fin. Dig. De judiciis (V, 1) Neminem puto dubitaturum, quin fidejussor

Não nos demoraremos, porém, sobre estas classificações por serem de pouca utilidade pratica.

CAPITULO II

DAS PHASES DOS DIREITOS

Os direitos podem ser considerados em relação ao tempo e modo da sua *adquisição*, *conservação* ou *perda*, (1) como mostraremos nos §§ seguintes.

§ 1.º

Adquisição dos direitos.

Os direitos pódem ser *adquiridos* no momento do nosso nascimento, no decurso da

ante obligationem rei accipi possit. Vid. fr. 13 § 5 Dig. De pignor. (XX, 1); fr. 30 § 1 Dig. De acquir. hered. (XXIX, 2); fr. 3 Dig. Si pars hered. pet. (VI, 4) ; fr. 4 pr. Dig. De damno infecto (XXXIX, 2).

(1) Totum autem jus consistit aut in adquirendo, aut in conservando, aut in minuendo. Aut enim hoc agitur, quemadmodum quid cujusque fiat, aut quemadmodum quis rem vel jus suum conservet, aut quomodo alienet, aut amittat. Ulp. fr. 41 Dig. De leg. (I, 3).

vida, ou por morte de outrem, e por tantos modos differentes, quantas são as ordens de factos juridicos ou não juridicos, de que trataremos no Tit. 4.º, Cap. 1 § un.

Os jurisconsultos costumão distinguir os modos *derivados* de adquirir dos modos *originaes*, segundo houve, ou não, transmissão do direito de uma pessoa a outra.

Aquelles se diz pertencerem ao Direito Civil; estes ao Direito natural ou das gentes (2).

As Institutas de Justiniano tambem distinguem os modos de adquirir por universalidades (*per universitatem*), dos modos de adquirir cousas particulares (*singulas res*); a que corresponde, posto que não exactamente, a distincção que os jurisconsultos francezes fazem entre a :

1.º Successão *universal* ou *por titulo universal*, e a

2.º Successão por titulo singular.

Os diversos modos de successão *per uni-*

(2) Inst. § 11 De divis. rer. (II, 1); Gaio fr. 1 Dig. De adquir. rer. dom. (XLI, 1). Vide o § antecedente III.

versitatem do antigo Direito Romano forão no moderno reduzidos a dous— o *confisco de bens* e a herança.

Abolido o confisco pelo art. 179 § 20 da nossa Constituição Política, só resta-nos hoje um meio de *successão universal* — a herança.

Qualquer que seja o modo de successão, a qualidade e extensão do direito do snccessor, são sempre exactamente determinadas, pela qualidade e extensão dos direitos do antecessor ; d'ahi vem o proverbio—*Nemo plus juris ad alium transferre potest, quam ipse haberet* (3).

§ 2.º

Conservação dos direitos.

Os direitos podem ser *conservados* por qualquer dos seguintes modos (4).

1.º O *protesto* ; isto é a solemne declaração

(3) Vid. fr. 1 § 13 Dig. Quod legat. (XLIII, 3) ; fr. 54, 59, 175 §§ 1 e 117 Dig. De reg. jur. (L, 17).

(4) Mackeldey Dr. Rom. P. G. § 192 ; Coelho da Rocha Dir. Civ. Port. § 51.

pela qual nos resalvamos das consequencias nocivas de certos actos (5).

2.º A *reserva*; isto é a conservação expressa de certos direitos que se poderião suppôr renunciados ou cedidos em consequencia de algum acto nosso.

3.º A *retenção*; isto é o acto pelo qual conservamos a cousa alheia que já possuíamos por motivo legitimo, até que o seu proprietario satisfaça a obrigação que nos deve relativa á mesma cousa (6).

4.º A *caução*; isto é, a segurança que uma pessoa dá a outra sobre o cumprimento da sua obrigação (7). A caução pode ser *juratória*, *fideijussoria* ou *pignoratícia*. Nesta ultima se comprehende tambem a *hypotheca*.

5.º O *arresto* ou *embargo*, o *sequestro* e a *penhora*, isto é, os actos pelos quaes o Juiz

(7) In us, quæ pendent a voluntate protestantis, statur ejus protestatione — Phæb. Decis. 150 n. 19.

(6) Como no caso de retenção de predio por beneficentorias. Vid. Consolidação das L. do Proc. Civ. art. 1346 § 3.º, etc.

(7) Cautio subrogatur loco sequestri — Reinoso Observ. 37 n. 47.

tira a uma das partes a posse de seus bens e os deposita, para assegurar a realização dos direitos da outra parte (8).

§ 3.º

Extinção dos direitos.

Os direitos podem ser *extinctos* :

1.º Por vontade do titular; ou

2.º Contra a vontade delle.

Extinguem-se os direitos por vontade do titular em qualquer dos seguintes casos de :

1.º *Renuncia* que consiste no abandono de um direito sem o transferir a qualquer outro (9). Mas, sómente se póde renunciar di-

(8) Vid. a Consol. das Leis do Proc. Civ. arts. 894 e seg. 1262 e seg.

(9) Juliano fr. 41 Dig. De minor. viginteq. ann. (IV, 4); ... uniuque licet contemnere hæc, quæ pro se introducta sunt. Vid. Const. 29 Cod. (II 3); Const. 11 Cod. (IV, 1) Ad jura renuntiata non datur regressus; Vid. Const. 4, Cod. (II, 3); Const. 51 Cod. (I, 3). Valasco Cons. 173 n. 3; não é, pois, exacta a doutrina deste jurisconsulto quando diz (Cons. cit. n. 16)—renuntiatio juris est donatio.

reito que realmente nos pertença (10); e para que valha a renuncia, é de mister que se tenha exacto conhecimento do objecto que se renuncia. (11)

2.º *Alienação*: isto é a transferencia do direito a certa pessoa.

Em geral, todo o direito pode ser alienado; salvo se a isso se oppõem a natureza *personalissima* delle, ou prohibição legal, judicial, convencional ou testamentaria (12).

(10) Paulo fr. 174 Dig. De reg. jur. (L, 17.)
Quod quis, si velit, habere non potest: id repudiare non potest.

Pode-se renunciar um direito futuro. Valasco Cons. 135 n. 9.

(11) Idem fr. 19 § 2 De inoff. testam. (V, 2)...
nec enim quæ eæ testamento adivit, quid putat valere, repudiare legitimam hereditatem videtur, quam quidem nescit sibi defferri: cum et hi, qui sciant, jus suum, eligentis id quod putant sibi competere, non amittant. Vid. fr. 8 Dig. De hered. petit. (V, 3). Renuntiare non videtur, quod sibi competere ignorat. Valasco Cons. 169 n. 13.

(12) Vid. Pr. § 2 Instit. II, 8, Const. un. § 15 Cod. V, 13; Const. 12 e 13 Cod. V, 71; fr. 1 pr. fr. 10 pr. Dig. (XXVII, 10).

Alienationis prohibitio nunquam debet presumi adjecta, nisi ponatur capresse. Reinoso Obs. 68 n. 8.

Extinguem-se os direitos contra a vontade do titular delles :

1.º Quando a lei os extingue *directamente*, como a Lei de 17 de Setembro de 1871 extinguiu o direito do senhor da escrava aos filhos desta, nascidos depois daquella data.

2.º Pela morte do sujeito do direito, quando este é de natureza *pessoalissima*; ou pela perda do *estado* — (*status*), quando o direito se deriva deste.

3.º Pela extincção da cousa, ou da obrigação, a que se refere o direito.

4.º Pela resolução do direito do cedente, segundo o aphorismo — *Resoluto jure cedentis, resolvitur jus concessum*.

5 Pela realisação da condição resolutiva, ou do termo, a que o direito estava sujeito (13).

6 Pela extincção do interesse do titular (14).

(13) Vide fr. 4 e pr. Dig. (VIII, 1), fr. 4 Dig. (VII, 1); fr. 6 pr. Dig. (XX, 6); fr. 44 §§ 1 e 2 Dig. (XLIV, 7). Vide Tit. 4 Cap. 5 § 1 n. 6 e § 2.

(14) Ulp. fr. 8 Dig. Mandati vel contra (XVII, 1).

7 Pela prescrição.

Os direitos podem ser suspensos temporaria ou indefinidamente por acto judicial, como nos casos de demencia, de prodigalidade, de abuso do patrio poder, de sevicias do marido, etc.

CAPITULO III

§ Unico.

*Dos elementos constitutivos dos direitos,
em geral.*

Considerando como faculdade de obrar, o di-

Mandati actio tunc competit, quum cæpit interesse ejus, qui mandavit, ceterum si nihil interest; cessat mandati actio.

... Et in similibus hoc, idem erit probandum. Vide Paulo fr. 136 Dig. De verb. Obl. (XLVI; 1).

Esta regra deve, porém, ser empregada com summa cautella; só quando se prova cabalmente, que o titular do direito não tem, nem póde vir a ter, interesse algum no exercicio deste direito, que aliás pode ser nocivo a outrem, como dissemos no § 1 do Capitulo antecedente. Vide os frs. cit. na nota 3 do § 1, do dito Capitulo.

reito não póde existir sem um sujeito onde reside, ou que o exerça ; esse sujeito denomina-se — *pessoa*.

Ha seres constituídos pessoas pela propria natureza : são aquelles a quem ella dotou de racionalidade e liberdade, — os homens. Mas, a lei, á imitação da natureza, creou outras pessoas ou entidades, que ella tornou capazes de direitos ; e outras vezes, em opposição a ella, despojou da pessoalidade alguns dos seres a quem a natureza a havia concedido.

Tambem para que o direito exista precisa de um objecto sobre que se exerça, que seja submettido á livre acção do sujeito, e este possa converter em meio para o seu fim. Mas o sujeito, a pessoa, póde exercer a sua acção sobre si mesmo ou sobre o mundo externo.

Não tratamos aqui da acção ou dos direitos que recáem sobre as proprias pessoas, e que se costumão denominar — *primitivos*, pois não compete ao Direito Civil regulal-os e definil-os, posto que até certo ponto os proteja. Quanto, porém, á acção que se exerce sobre o mundo exterior, o sujeito do Direito ou a pessoa encontra seres privados de razão e de liberdade, que elle póde sujeitar inteiramente ao seu proprio

livre do homem; cada uma destas especies se subdivide em outras, de que opportunamente trataremos.

Destas considerações geraes resultão os seguintes corollarios:

I. Que as pessoas são, em geral, os sujeitos do direito; mas tambem podem figurar como objecto, sómente em relação a alguns de seus actos, em virtude de estipulação filha de sua propria vontade, ou em virtude de sua posição no seio do organismo humanitario (relações de familia), ou pela sua inacção em relação a todos os direitos existentes no seio da humanidade.

II. Que as cousas em geral são os objectos dos direitos, e como taes se considerão tanto os seres a quem a natureza negou a pessoalidade, como os que forão della privados pela lei, violentando-se a natureza; mas que tambem ás cousas póde a lei ligar uma pessoalidade de pura criação sua, e então pódem ser sujeitos de direitos (1).

(1) Sobre a materia deste Cap. V. T. 1, Cap. 2, § 2; Ahrens, Cours. de Dr. Nat. P. Gen. C. 3 §§ 1, 2 e P. Sp. C. 1º; Thiercelin Princ. du Dr. II cap. 2; Savigny Tr. de Dr. Rom. § 53; Ortolan Expl. hist. des

Inst. Génér. T. Prel. n. 3; Mayuz Élé. de Dr. Rom. § 95; Mackeldey Man. de Dr. Rom. Intr. § 14; o Sr. A. T. de Freitas Consol. da Leis, Introd. p. 20, 80, 107⁶ etc. Nova Apostil. II; Coelho da Rocha Inst. de Dir. Civ. Port. P. Ger. § 47; Liz Teixeira Cours. de Dir. Civ. Port. P. 1^a § 3, etc.

TITULO II

Das pessoas.

CAPITULO I.

NOÇÕES GERAES.

O sujeito dos direitos, ou o ente capaz de adquirir e exercer direitos, é a *pessoa*. Mas a pessoa pode ser creada pela natureza ou pela lei. D'ahi vem a sua classificação em duas ordens:

I. As pessoas naturaes.

II. As pessoas juridicas.

As primeiras os jurisconsultos tambem costumão denominar *physicas*, ou *individuaes*, e Ulpiano as chamava *singularis persona*, por opposição a *populus*, *curia*, *collegium*, *corpus*.

As segundas igualmente se denominão *mo-raes*, *abstractas*, *ficticias* ou *civis* (1).

(1) Abrens, Cours de Dr. Nat. P. G. C. 3 § 1: Sa.

Devemos lembrar que a pessoalidade é sempre um attributo immaterial, mas que, ou pela natureza, ou pela lei, está ligada a um ente existente no mundo physico, ou por elle se manifesta:

Os Romanos tambem empregavão a palavra *pessoa* para designar cada papel que o homem representa na scena juridica, á semelhança das mascaras de que os actores se revestião no antigo drama (2), ou cada qualidade em virtude da qual

vigny, Tr. de Dr. Rom. § 54; Ortolan, Expl. hist. des Inst. Génér. T. 1, cap. 1; Maynz, Élé. de Dr. Rom. §§ 96 e seg.; Mackeldey, Man. de Dr. Rom. § 121 e seg.; Fresquet, Tr. Elem. de Dr. Rom. T. 2 Cap. 2 n. 1 e 2; o Sr. A. T. de Freitas Cod. Civ. art. 16, seg., e not., Nova Apostil II; Coelho da Rocha, Inst. de Dr. Civ. Port. P. G. § 54 e seg.; Liz Teixeira, Cours. de Dr. Civ. Port. P. 1 §§ 5 e 6; Toullier Le Dr. Civ. Fr. L. 1, Introd.; Zachariæ, Le Dr. Civ. Fr. T. 1, Intr. § 40. Parece-nos dispensavel o neologismo de que usa o nosso illustre collega o Sr. Dr. A. T. de Freitas—pessoas de existencia visivel e invisivel.

(2) Ulpiano, fr. 34 D. De adq. rer. dom. (XLI, 1). Segundo alguns escriptores a palavra — *persona* — deriva-se do verbo — *personare* — resoar, e primitivamente significava a mascara com que os antigos actores cobrião o rosto, e cuja boca era disposta de modo a augmentar a voz, afim de poder ser distinctamente

elle tem certos direitos ou obrigações. Neste sentido o mesmo homem pôde reunir em si muitas pessoas, — a de pai, de filho, de parente, de marido, de tutor, etc. E' tambem neste sentido que diz Ulpiano: « *Hereditas non heredis personam, sed defuncti sustinet* ». (3).

ouvida em todos os pontos dos vastos amphitheatros em que se representavão os dramas. Da mascara passou a palavra — *persona* — ao character representado pelo actor, depois ao papel que cada um representa na grande scena do mundo; e finalmente á significação technica que lhes dão os jurisconsultos. — Fresquet cit. T. 2, cap. 2 n. 1; Toullier, cit. n. 168; Ortol. cit. Gen. P. 1, n. 21 e 23; Mourlon, Répét. écrit. sur le prem. exam. du Cod. Nap. n. 97 e not.

(3) Entre muitos exemplos com que se pôde esclarecer esta doutrina, apresentamos os seguintes:

Inst. § 4 De inoff. testam. (II, 18) — Si tutor nomine pupilli, cujus tutelam gerebat, ex testamento patris sui legatum acceperit, quum nihil erat ipsi tutori relictum a patri suo, nihilominus poterit nomine suo de inofficioso patris testamento agere.

§ 5. Sed et si a contrario pupilli nomine, cui nihil relictum fuerit, de inofficioso egerit, et superatus est, ipse tutor, quod sibi in eodem testamento legatum relictum est, non amittit.

Paulo, fr. 3 D. De adopt. et emancip. (I, 7) — Si consul, vel præses filius familias sit, posse eum apud semetipsem vel emancipari, vel in adoptionem dari constat. V. Reinos. Obs. 8, n. 6, 8, 23, 27, 28 e 54.

CAPITULO II

DAS PESSOAS NATURAES. I SUA NATUREZA E LIMITES DA SUA EXISTENCIA.

§ 1.º

Sua natureza.

Segundo o direito racional, todo o homem é pessoa, e toda a pessoa é homem. No direito positivo, porém, assim não succede; se por um lado a lei creou outras pessoas que não o homem, — as pessoas juridicas; por outro lado privou até certo ponto alguns homens da qualidade de pessoa, taes são os escravos. Demais, as pessoas não representão todas a mesma somma de direitos; pelo contrario, estes achão-se distribuidos em gradações diversas, tanto pelas pessoas naturaes como pelas juridicas.

O direito romano só considera como homem, ou pessoa, o ente nascido da mulher, quando nelle concorrem as seguintes condições: 1.º, ter a fôrma humana; 2.º, estar completamente separado da mãe; 3.º, viver depois desta completa separação.

A completa ausencia da fôrma humana no

féto da mulher constitue o *monstrum* ou *prodigium*; não, porém, quaesquer vícios ou irregularidades de seus membros, quando não importão a inteira negação da fôrma humana (1).

(1) Paulo, L. 4, T. 9 § 3.—Mulier si monstrosum aliquid, aut prodigiosum enixa sit, nihil proficit. Non sunt enim liberi, qui contra formam humani generis, converso more procreantur.

§ 4.—Partum, qui membrorum humanorum officia duplicavit, quia hac ratione aliquatenus videtur effectus, matri prodesse placuit.

Idem, fr. 14 D. De stat. hom. (I, 5)— Non sunt liberi, qui contra formam humani generis converso more procreantur; veluti si mulier monstrosum aliquid, aut prodigiosum enixa sit. Partus autem, qui membrorum humanorum officia ampliavit, aliquatenus videtur effectus; et ideo inter liberos connumerabitur.

Const. 3 in fin. Cod. De posth. hered. instit. (VI, 29)—... hoc tantummodo requirendo, si vivus ad orbem totus processit, ad nullum declinans monstrum vel prodigium.

Ulpiano, fr. 38, D. De verbor. signif. (I, 16)—*Ostentum* Labeo definit, omne contra naturam cujusque rei genitum, factumque. Duo genera autem sunt ostentorum: unum quotiens quid contra naturam nascitur, tribus manibus fortè, aut pedibus, aut qua alia parte corporis, quæ naturæ contraria est: alterum cum quid prodigiosum videtur, quæ Greci—*phantasmata*, id est *visiones* vocant.

Mas, qual é o característico por onde se distingue o parto simplesmente irregular e extraordinário do verdadeiramente monstruoso?

Sustentão alguns jurisconsultos que é a conformação da cabeça, e pretendem deduzir esta regra do frag. de Paulo 44 D. *De religiosis et sumpt. funer.* (XI, 7) (2); porém este texto não se

Idem, fr. 135 D. eod. tit.—Queret aliquis, si portentosum, vel monstruosum, vel debilem mulier ediderit, vel qualem visu, vel vagitu novum, humanæ figuræ, sed alterius magis animalis, quam hominis partum, an quia enixa est, prodesse ei debeat? Et magis est, ut hæc quoque parentibus prosint: nec enim est quod eis imputetur, quæ, qualiter potuerunt, statutis obtemperaverunt: neque id, quod fataliter accessit, matri damnum injungere debet.

Idem, fr. 12, § 1, D. De liber. et posth. instit. (XXVIII, 2)—Quid tamen si non integrum animal edictum sit, cum spiritu tamen: an adhuc testamentum rumpat? et hoc tamen rumpit.

Idem, fr. 141, D. De verb. signif. (L. 16)—Etiam ea mulier, cum moreretur creditur filium habere, quæ exciso utero edere possit.

Sobre toda materia deste § v. especialmente Savigny Tr. de Dr. Rom. Cap. 2 §§ 61 e 63; Gravina Orig. Jur. Civ. L. 2, Cap. 31.

(2) Paulo, fr. 44, D. Supra cit. tit.—Cum in diversis locis sepultura est, uterque quidem locus reli-

presta a semelhante interpretação, e nem ha outro d'onde se deduza tal illação.

Ante os actuaes progressos da zoologia e da physiologia semelhante questão nem é mais possível ; porquanto é fóra de duvida que da mulher não póde nascer um fêto que não seja humano, por mais anormal que seja a sua conformação (3).

§ 2.º

Começo da sua existencia.

Em quanto o filho não está completamente separado de sua mãe, considera-se fazer parte

giosus non sit; quia una sepultura plura sepulcra efficere non potest: mihi autem videtur, illum religiosum esse, nbi quod est principale conditum est; id est, cujus imago fit, indè cognoscimur.

(3) Sedillot, Ferreira Borges e outros escriptores de medicina forense apresentam muitos exemplos das mais monstruosas aberrações da natureza na formação dos fêtos, e os classificão em 4 ordens: 1º, *ageneses* — diminuição de força formadora; 2º, *hypergeneses* — augmentação de força formadora; 3º, *diplogenesis* — deviação organica, com deviação de germens; 4º, *heterogeneses* — deviação organica com qualidades estranhas do producto de geração. Fer. Borg. Med. for. Cap. 10 Secc. 2.

das víceras maternas, e não estar ainda nascido (4). E', porém, indiferente, que o parto seja natural, ou tenha lugar por meio de operação cirurgica; por uma antiga lei do tempo da realza era até ordenado expressamente, que se abrisse o corpo da mulher que fallecesse no estado de gravidez, afim de salvar-se a vida do filho (5).

(4) Papiniano fr. 9 § 1, D. Ad. Leg. Facid. (XXXV, 2).-- Circa ventrem ancillæ nulla temporis admissa distinctio est. Nec immeritò: quia partus nondum editus homo non rectè fuisse dicitur.

Juliano fr. 26 D. De statu hom. (1, 5).— Qui in utero sunt, in toto pene jure civili inteiliguntur rerum natura esse.

Ulpiano fr. 1 § 1, D. De inspic. ventre (XXV, 4). Partus enim antequam edatur, mulieris portio est, vel viscerum.

Const. 3, Cod. De posthumis hered. instit. (VI, 29)., perfecte natus... ad orbem totus processit.

V. o Sr. A. T. de Freitas, Proj. do Cod. Civ. Bras. art. 222.

(5) Marcello fr. 2, D. De mortuo infer. (XI, 8).— Negat lex Regia, mulierem, quæ prægnans mortua sit, humari antequam partus ei excidatur. Qui contra fecerit, spem animantis cum gravida peremisse videtur.

Ulpiano fr. 12 pr. D. De lib. et posth. hered. instit. (XXVIII, 2).— Quod dicitur filium natum rum-

Para gozar da capacidade juridica não é suficiente que, durante um parto prolongado, dê o filho signaes de vida, se vier a morrer antes de completamente separado da mãe (6), e por mais forte razão antes de começado o parto, quer tenha ou não a gravidez chegado ao seu ultimo periodo (7).

Alguns antigos jurisconsultos entendião, que era indispensavel que o filho houvesse gri-

pere testamentum, natus accipe etsi exsecto ventre editus sit : nam et hic rumpit testamentum, silicet si nascatur in potestate.

Idem fr. 6 pr. D. De inoff. test. (V, 2). — Simili modo et eum, qui post testamentum matris factum exsecto ventre extractus est, posse queri dico.

Idem fr. 1 § 5, D. Ad. Sen-Cons. Tertyll et Orphit. (XXXVIII, 17).—Sed si matris, exsecto ventre, filius editus sit, magis dicendem est, hunc quoque ad legitimam hereditatem admitti. V. o Sr. A. T. Freitas, cit. art. 223.

(6) Paulo IV, 9 § 1... vivos pariant ; Const. 3, Cod. De posth. hered. instit. (VI, 29)... vivus natus est.

(7) Const. 2, Cod. De posth. hered. instit. (VI, 29) —Uxor is abortu testamentum mariti non solvi. Paulo fr. 129, D. De verb. signif. (L, 16). — Qui mortui nascuntur, neque nati, neque procreati videntur : quia nunquam liberi appellari potuerunt.

tado, para poder-se afirmar que nascêra vivo; Justiniano, porém, com razão condemna esta opinião, adoptando a dos Sabinianos; esta circumstancia é, pois, indifferente, uma vez que o filho dê quaesquer signaes certos de vida (8).

Tambem é indifferente a duração da vida do filho, por mais breve que seja, e a existencia, ou não existencia, das condições de

(8) Const. 3, Cod. De posth. hered. instit. (VI, 29). Quod certatum est apud veteres, nos decidimus. Quum igitur is, qui in ventre portabatur, præteritus fuerat, qui, si ad lucem fuisset redactus, suus heres patri existeret, si non alius eum antecederet, et nascendo ruptum testamentum faceret: si posthumus in hunc quidem orbem devolutus est, voce autem non emissa ab hac luce subtractus est, dubitabatur, si is posthumus ruptum facere testamentum posset? et veterum animi turbati sunt, quid de paterno elogio statuendum sit.—Cumque Sabiniani existimabant, si vivus natus esset: etsi vocem non emisit, rumpi testamentum: apparet que, quod et si mutus fuerat, hoc ipsum faciebat. Eorum etiam nos laudamus sententiam, et sancimus, si vivus perfecte natus est: licet illico postquam in terram cecidit, vel in manibus obstetricis decessit: nihilominus testamentum rumpi. Hoc tantum modo requirendo, si vivus ad orbein totus precessit, ad nullum declinans monstrum, vel prodigium. V. Sr. A. T. de Freitas cit. art. 225.

vitalidade. Ainda quando seja o parto prematuro, e tenha o fêto qualquer vicio de conformação que impossibilite a prolongação de sua vida, goza da capacidade juridica, desde que viveu alguns momentos depois de completo o seu nascimento (9).

E' verdade que das palavras de Paulo L. IV, T. 9 Ad Sen-Cons. Tertyllianum § 1 e 5 (10) parece deduzir-se que elle exige além da vida a maturidade do fêto, para que o seu nascimento possa produzir effeitos juridicos. Mas, é certo que essa condição só se refere á mãe para poder gozar do beneficio do dito

(9) Const. 2 Cod. De posth. hered. instit. (VI, 29) —Posthumo vero preterito, quamvis natus illico decesserit, non restitui ruptum, juris evidentissimi est. V. na not. antecedente a Const. 3, ejusd. tit. vb.: *Licet illico postquam in terram cecidit, vel in manibus obstetricis decessit.*— O Cod. do Perú art. 4.º exige a duração da vida por 24 horas.

(10) § 1.—*Matres tam ingenuæ, quam libertinæ, ut jus liberorum consecutæ videantur, ter et quater peperisse sufficit, dummodo vivos et pleni temporis pariant.*

§ 5.—*Septimo mense natus matri prodest: ratio enim Pythagorei numeri hoc videtur admittere, ut aut septimo pleno, aut decimo mense partus maturior videatur.*

Sen-cons. Tertylliano, e não ao filho para adquirir a capacidade jurídica (11).

Devemos advertir também, que estas condições variavão nos seus efeitos, a saber: 1.º isentar as mãis de certas penas; 2.º conceder-lhes certos privilegios; 3.º a capacidade aos filhos. No primeiro caso o Direito Romano era menos rigoroso, porque pelo character odioso

(11) Sobre a questão da vitalidade do feto V. Savigny. Tr. de Dir. Rom. vol. 2, Append III; Gravina cit. Liv. 2, Cap. 30; Merlin Quest. *vb. vie*; Toullier vol. 4, n. 97; Marcadé Cours de Dr. Civ. ao art. 725; Zachariæ Le Dr. Civ. Fr. § 43; Durantou vol. 6º n. 75; Chabot Tr. des succ. ao art. 625 n. 13, e 725, n. 12; Billard Dissert. med. leg. sur la vitalité; Fodéré Med. Leg. I, § 316 e seg.; Maynz Elém. de Dr. Rom. § 97 obs.; Mackeldey Man. de Dr. Rom. § 123, e not. 3; Rep. das Ord. vol. II, p. 175 *vb.—doação, Amplia 7*, e vol. III, *vb.—Nascimento do filho*; Portugal De Donat, p. 3, cap. 18, n. 25; Guerr. De divis. L. 1, Cap. 2, n. 35 e seg.; Pinheiro De testam Disp. 5, Secc. 3 § 3 n. 161; B. Carneiro Dir. Civ. § 19 n. 17 e nota—b—; Corrêa Telles Dig. Port. n. 853; Coelho da Rocha Inst. de Dir. Civ. Port. § 56 e not.; o Sr. A. T. de Freitas, Proj. de Cod. Civ. Braz. art. 224 e nota.

dessas penas se procurava restringil-as quanto fosse possível.

Dahi vem a apparente contradicção entre alguns textos do Direito Romano. Assim, Ulpiano sustenta que o parto aproveita á mãe, ainda quando obtido por meio de operação cirurgica (12), entretanto que Paulo affirma o contrario (13). Mas, é manifesto que o primeiro jurisconsulto só tinha em vista a isenção de penas, emquanto o segundo só attendia aos privilegios (14).

Posto que seja necessario que o filho esteja completamente separado da mãe, para que comece a gozar de capacidade, considera-se comtudo como já nascido, para o que é do seu interesse, desde o momento em que é concebido. — *Nasciturus pro jam nato habetur, si de ejus commodo agitur* (15).

(12) Ulpiano fr. 141, C. De verb. sign. (L, 16); V. not. 1, in fin. supra.

(13) Paulo fr. 132 § 1, D. De verb. sign. (L, 16.) — *Falsum est eam peperisse, cui mortuæ filius exsectus est.*

(14) Savigny cit. § 61 nota.—e—

(15) E' assim que se concilia a apparente antinomia que ha entre os fr. citados na nota 4 e os seguintes :

Assim o Direito Penal protege a vida intra-uterina do filho, qualificando crime e punindo os

Paulo fr. 7, D. De stat. hom : (1, 5.)—Quid in utero est, perinde ac si in rebus humanis esset, custoditur ; quotiens de commodis ipsius partus quæritur ; quamquam alii antequam nascatur, nequaquam prosit.

Juliano fr. 26, D. cit. loc.—Qui in utero sunt, in toto pene jure civili intelliguntur in rerum natura esse. Nam et legitimæ hereditates his restituntur : et si prægnans mulier ab hostibus capta sit ; id, quod natum erit, postliminium habet : item patris, vel matris conditionem sequitur. Præterea si ancilla prægnans surrepta fuerit ; quamvis apud bonæ fidei emptorem peperit, id quod natum erit, tamquam furtivum usu non capitur. His consequens est, ut libertus quoque quandiu patroni filius nasci possit, eo jure sit, quo sunt, qui patronos habent.

Idem fr. 3, D. Si pars hered. petatur (V, 4) — Antiqui libero ventri ita prospexerunt, ut in tempus nascendi omnia ei jura integra reservarent ; sicut apparet in jure hereditatum, in quibus, qui post eum gradum sunt agnationis, quod est id quod in utero est non admittuntur, dum incertum est, an nasci possit.

Triphoninus fr. 231, D. De verb. signif. (L, 16).— Quod dicimus, eum, qui nasci speratur, pro superstite esse : tunc verum est, cum de ipsius jure quæritur. Aliis autem non prodest, nisi natus.

Achão-se ainda diversas applicações deste principio nos seguintes textos :—fr. 18, D. I, 5 ; fr. 7 § 1.º, D. 1, 9 ; fr. 3, D. V, 4 ; fr. 84, D. XXIX, 2 ; fr. 8,

que occasionão aborto, por qualquer meio interno ou externo, ou com conhecimento de causa fornecem drogas ou quaesquer meios para este fim (16) ; suspendendo a execução da pena ultima na mulher gravida, e até o julgamento desta, quando tenha sido pronunciada como indiciada nessa pena (17).

O Direito Romano punia o aborto, ainda quando commettido pela mãe, e o mesmo faz o

D. XXXIV, 5 ; fr. 36, D. XLVI, 3 ; fr. 3, D. XLVIII, 19 ; Const. 1 e 2, Cod. VI, 29.

(16) Cod. Crim. art. 199. Occasionar aborto por qualquer meio empregado interior ou exteriormente com consentimento da mulher pejada — Penas de prisão com trabalho por um a cinco annos.

Se este crime fôr commettido sem consentimento da mulher pejada — Penas dobradas.

Art. 200. Fornecer com conhecimento de causa droga ou quaesquer meios para produzir o aborto, ainda que este se não verifique — Penas de prisão com trabalho por dous a seis annos.

Se este crime fôr commettido por medico, boticario, cirurgião ou praticante de taes artes — Penas dobradas.

(17) Cod. Crim. art. 43. Na mulher prenhe não se executará a pena de morte, nem mesmo ella será julgada em caso de a merecer, senão 40 dias depois do parto.

Codigo Penal Francez (18); aparta-se, porém, delles neste ponto o nosso Codigo Criminal.

Por outro lado o Direito Civil protege o estado do filho, impedindo que possam influir nelle desfavoravelmente quaesquer alterações, porque por ventura passem o do pai ou o da mãe, durante o estado de gravidez (19), e resguardando os seus direitos hereditarios até a época do seu nascimento (20).

Para este fim o Direito Pretorio instituiu a *bonorum possessio ventris nomine*, admittida tambem no Direito patric (21), e como não

(18) Fr. 18, D. De stat. hom. (I, 5); fr. 2, De mort. infer. (XI, 8); fr. 4, De extr. crim. (XLVII, 11); fr. 11, Ad. Leg. Corn. de Sicar. (XLVIII, 8); fr. 3 e 39, De pœnis (XLVIII, 19); Cod. Pén. Fr. art. 317; Cheauveau et Helie Théorie du Cod. Pén. n. 2592 e seg.

(19) Inst. de Just. pr. De ingent. (I, 4); Gaio I, §§ 89 e seg., fr. 18 e 26, D. De stat. hom. (I, 5); fr. 7 § 1, D. De Senator (I, 9).

(20) V. os fr. cit. na not. 15.— Sobre os limites do tempo legitimo do parto V. Port. De Donat. L. 3, cap. 18, n. 25 e seg.; Gam. Decis. 525; Phæbo Decis. 51; Barb. Castig. ad. Ord. L. 4, tit. 82 § 5.

(21) V. Paulo fr. 3, D. Si pars hered. pet. (V, 4); e todo tit. do D. De ventr. in posses. mitt. et curat. ejus (XXXVII, 9).

se póde de antemão saber, se nascerão um ou mais filhos, estabeleceu-se, para regular a partilha provisoria, a presumpção de que nascerião tres gêmeos, presumpção que cessa logo que se verifica o parto (22).

Ord. L. 3 tit. 18 § 7.— E poderá ouvir e julgar sobre demandas que faça alguma mulher que ficasse prenhe, pedindo que a metão em posse de alguns bens, que lhe pertencerem por razão da criança que tem no ventre. Vide Report. das Ord. vol. 3 pag. 644 *Mulher que etc.*

(22) Paulo no fr. 3, citada na nota antecedente, nos refere diversos factos relativos ao numero de filhos, que elle mesmo qualifica de *incredibilia... ut fabulis adnumerentur*; taes são o nascimento de quatro filhos de um só parto, no Peloponeso, e muitos partos de sete gêmeos no Egypto, o que diz-nos elle ser referido por *non leves auctores*; os tres Horacios vencedores dos Curiacios, e os cinco gêmeos nascidos de uma mulher livre de Alexandria, quatro no mesmo parto e o quinto quarenta dias depois, os quaes serão apresentados a Hadriano, em cujo palacio Lælio diz tæl-os visto. Gaio fr. 8 D. De reb. dub. (XXXII, 5) acrescenta, que esta mulher chamava-se Serapias; e Juliano fr. 36. De solut. et liberat. (XLVI, 3) diz-nos, que este facto lhe foi affirmado no Egypto e, para acreditar na sua possibilidade, funda-se na asserção de Aristoteles,—*quia vulvæ mulierum totidem receptacula habere possunt.*

Os Jurisconsultos, porém, resolvêrão seguir o

§ 3.º

Fim da sua existencia.

O Direito Romano, assim como define as condições que determinão o começo da existencia das pessoas naturaes, marca a idade de 100 annos como o seu extremo limite em geral (23). Elle é, porém, particularmente explicito na hypothese da morte de duas ou mais pessoas, occorrida na mesma occasião, e estabelece, como presumpção geral, que fallecêrão no mesmo momento; mas, quando se trata de um filho que pereceu com o

meio termo pela razão que dá Theophrasto, — *Quod enim semel, aut bis existit, prætereunt leges.*

Ulpiano fr. 4, D. Si pars hered. pet. (V, 4) — *Et si pauciores fuerint nati, residuum ei pro rata ad crescere: si plures quàm tres, decrescere de ea parte, ex qua heres factus est.* V. Gaio cit. fr. 8, D. De reb dub. (XXXIV, 5); e Jul. 36, D. De solut. et. liberat. (XLVI, 3).

(23) Esta regra deduz-se de um frag. de Alfeno 76, D. De judiciis (V, 1) e dous de Gaio 56 D. De Usufr. (VII, 1) e 8 De usu et usufr. (XXXIII, 2), nos quaes trata-se de determinar a duração do usufructo deixado aos Municipios; e assim tambem da Const. de Justiniano 19, Cod. De Sacrs. Eccl. (1, 2)... *unum tantummodo terminum humanæ vitæ imponimus, id est, centum metas annorum.*

Is finis vite longuissimus est. d. 8 ff. de unig. leg. alibi.

pai ou a mãe, decide que falleceu primeiro, se por ventura era impubere, e depois, no caso contrario; menos quando o pai é liberto ou herdeiro gravado de um fidei-commisso com a condição *si sine liberis decesserit*, porque em ambos estes casos prevalece a regra geral da simultaneidade (24).

A medicina legal e a estatistica mostram que a vida humana póde attingir e até ultrapassar os 100 annos, mas que este facto é rarissimo; que já aos 70 annos a serie decrescente dos vivos, além de pouco numerosa, vai em cada vez mais rapida progressão (25).

A jurisprudencia moderna estrangeira parece hesitar entre estes dous prazos (26); o Codigo

(24) V. o fr. 26 pr. D. De pact. dotal. (XXIII, 4); fr. 32 § 14. De Donat int. vir. (XXIV. 1); 9, 10, 17, 18, 19, 23, e 24. De reb. dub. (XXXIV, 5); fr. 34 Ad. S. C. Trebell. (XXXVI, 1); fr. 26 De mort. caus. donat. (XXXIX, 6).— Cod. Civ. Fr. arts. 720, 721 e 722; Zachariæ Le Dr. Civ. Fr. § 352; Toullier Le Dr. Civ. Fr. 4 n. 74 e seg; Paillet Man. de Dr. Fr. ao cit. art. 722 do Cod. Civ., etc.; Per. de Carv. Dissert. Jur. e Pract. Quest. III.

(25) B. de Verulam.—Hist. vit. et mort; Gesner Del termini de la vita; Sikor Medic. Leg. P. 2 Cap. 1 § 12, etc.

Civil Francez, art. 129, adopta o primeiro, entretanto que a legislação allemã segue o segundo(27).

O Direito patrio é omisso a este respeito ; não marca prazo para a successão definitiva do ausente (28); e sim apenas para a provisoria ; a saber :—1° de dez annos a contar da data das ultimas noticias, quando o ausente houver deixado procurador ;—2° de quatro annos, quando não houver deixado procurador ;—3° de dous annos, quando, havendo partido em navio para destino certo, não constar da sua chegada a esse porto, ou a qualquer outro, nem das pessoas que com elle forão.

Tambem os nossos Jurisconsultos hesitam entre as idades de 100 (29), e de 70 ou

(26) V. os Jurisconsultos referidos por Guerreiro De orphan. Tr. 2 L. 2 Cap. 5 ns. 91 e 92.

(27) Mul. ad Struv. Exerc. 10 Thes. 66 ; Stryk De Success. abintest. Diss. 10 Cap. 6 § 6, etc. Cod. Pruss. I, 1, § 38.

(28) Ord. L. 1. T. 62 § 38, DD. de 15 de Novembro de 1827 e 15 de Junho de 1859 art. 47.

(29) Esta opinião tem por base, não só os fragmentos da Legislação Romana citados na nota 23, como o Psalmo (XC, 10).

V. Per. e Souz. Pr. Lin. sobre o Proc. Civ. not.

60 annos (30), como o limite presumido da vida humana; deve-se, porém, considerar como preponderante a opinião que estatue a idade de 70 annos (31).

A legitimiidade da parte se regula pelos dous seguintes limites:—182 dias depois da concepção, ou dez mezes depois della (32). Embora,

529 e 1017; B. Carneiro Dir. Civ. de Port. L. 1. T. 1. § 19 n. 16; e os Jurisconsultos citados por Guerreiro. De orphan. Tr. 2. L. 2 Cap. 5 n. 91.—Oliveira De munere Provisoris Cap. 4 n. 2 observa que a idade de 100 annos é o extremo limite a que póde chegar a vida humana, mas não o seu limite presumivel. O Proj. de Cod. Civ. Bras. art. 267 defere a successão definitiva do ausente aos noventa annos de idade.

(30) Guerreiro cit. Tr. 2 L. 2. Cap. 5 n. 92; Pegas ad Ord. L. 1º T. 50. Cap. 9 n. 233.

(31) Almeida e Souza. Tr. Pr. dos Morgados Cap. 13. § 9; Per. de Carvalho, Pr. Lin. sobre o Proces. Orphan. not. 347; o Sr. Coelho da Rocha Inst. de Dir. Civ. Port. § 70—72; o Sr. Trigo de Loureiro Inst. de Dir. Civ. Bras. § 225, e os Jurisconsultos referidos por Guerreiro cit. na nota antecedente.—Qui in belli certamine intravit, et postea vivus nemine apparuit, mortuus presumitur. Val P. 1. Cons. 91 n. 4; Guerr. Decis. Quest. 96 n. 2.

(32) Fr. 3 § 11 D. De suis, et legit. (XXXVIII, 16)

porém, nascido antes dos 182 dias, o casamento subsequente, ou o reconhecimento do pae, supre o tempo que falta (33).

CAPITULO III

DAS PESSOAS NATURAES.—II SUAS CLASSIFICAÇÕES.

§ 1.º

Noções geraes.

Já vimos que a expressão — *pessoa* não é sempre identica comsigo mesma; posto que

—Post decem menses mortis natus non admittetur ad legitimam hereditatem.

Fr. 3 § 12 Dig. Cod.—De eo autem, que centesimo octogesimo secundo die natus est, Hippocrates scripsit, et Divus Pius Pontificibus rescripsit, justo tempore videri natum, nec videri in servitatem conceptum, cum mater ipsius ante centesimum octogesimum secundum diem esset manumissa.

Fr. 12 Dig. De statu hom. (I, 5)—Septimo mense nasci perectum partum jam receptum est propter auctoritatem doctissimi viri Hippocratis. Et ideo credendum est, cum qui eo nuptiis septimo mense natus est, justum filium esse. V. Nov. 39 Cap. 2.

(33) Const. 10 e 11 Cod. De nat. lib. (V, 27).

signifique sempre um ente capaz de direitos, não determina a mesma extensão desta capacidade em todos os casos.

O Direito Romano reconhecia tres diversos grãos de capacidade que os Jurisconsultos modernos denominão estados (*status*), a saber : o de liberdade, o de cidade, e o de familia ; estes tres estados servião de fundamento uns aos outros na mesma ordem porque os apresentamos, de sorte que a perda do primeiro importava a dos outros, bem como a perda do segundo importava a do terceiro.

Estas perdas de *estado* equivalião a outras tantas restricções de capacidade, e se denominavão *capitis deminutiones* ou *minutiones* ; havião, pois, tres *capitis deminutionis*, que consistião: a *maxima*, na perda da liberdade; a *média*, na da cidade ; e a *minima*, na da familia.

Assim tambem a estes tres *estados* correspondiãõ as seguintes classificações das pessoas em :

1.º *Liberi*, e *servi* ; os *liberi* se subdividião em *ingenui* e *libertini*.

2.º *Cives*, *latini*, e *peregrini*.

3.º *Personæ sui juris*, e *alieni juris* ; estas

se subdividião em *filiifamilias*, e *qui in mancipio sunt*.

Quanto aos escravos e ás mulheres casadas — *in manu*, posto que tambem fossem *alieni juris*, não exprimião novos grãos na escala da capacidade; pertencião aquelles á primeira classificação, e estas á categoria dos filhos familias (1).

Tendo em attenção a legislação patria, dividiremos as pessoas em relação :

- I, á liberdade.
- II, á nacionalidade.
- III, á familia.
- IV, ao parentesco.
- V, ao sexo.
- VI, á idade.
- VII, á saude.

(1) Savigny, Tr. de Dir. Rom. Cap. 2 § 43 e seg.; Marezoll, Dr. Priv. des Rom. L. 2, Cap. 1 § 67; Mackeldey Elém. de Dr. Rom. P. Ger. Secç, 2, Cap. 1 § 123 e seg.; Maynz, Elém. de Dr. Rom. L. 1 T. 2, § 97; Ortolan, Expl. hist. des Instit. Gen. 1 P. T. 1 Cap. 2, etc.

VIII, á religião.

IX, á profissão.

X, á fama.

XI, ao domicilio.

Sem pretendermos esgotar estas classificações, que darião assumpto a muito largo desenvolvimento, passamos a dar dellas rapida noção.

§ 2.º

A liberdade.

Em relação ao direito de *liberdade* dividem-se os homens em — *livres e escravos*, e aquelles se subdividem em — *ingenuos e libertos*.

Chama-se ingenuo o que nasce livre; liberto o que, tendo nascido escravo, veio a conseguir a liberdade. Entre os Romanos esta distincção influia poderosamente na condição do liberto para tornal-a inferior á do ingenuo (1). Entre nós esta influencia hoje só se estende á esphera do

(1) Ulpiano XI, 16, XXI, 14, XXII, 3: Gaio III §§ 55 — 76.

direito politico (2) ; pois a possibilidade de ser o liberto reconduzido ao estado de escravidão, por ingratição, nos casos definidos pela Ord. L. 4, Tit. 63 § 7 e seguintes, cessou pela disposição do art. 4 § 9 da Lei n. 2040 de 28 de Setembro de 1871 (3).

A *dominica potestas* dos Romanos, constando de dous elementos — o *dominium* e a *potestas*, impunha ao escravo dupla subjeição ao Senhor, e o considerava ao mesmo tempo como *cousa* e como *pessoa*. Esta instituição não despessoalizava, pois, inteiramente o escravo, nem poderia

(2) Const. Pol. art. 6. § 1.— São Cidadãos Brasileiros todos os que nascerem no Brasil, quer sejam ingenuos ou libertos, ainda que o pai seja estrangeiro, uma vez que este não resida por serviço de sua nação.

Art. 94 § 2.— Os libertos são excluidos de serem eleitores, e consequentemente de todos os cargos para que se exigem as qualidades de eleitor.

A lei, porém, de 28 de Setembro de 1871, invertendo a technologia juridica, qualificou de *ingenuos* todos os filhos de mulheres *escravas*, que nascessem da sua data em diante.

(3) D'est'arte terminou a questão outr'ora entre nós tão disputada— Si se acha, ou não, em vigor a citada Ord. L. 4. Tit. 63 §§ 7 e seguintes. Vide a nota da 1.^a edição correspondente a esta.

elle sêl-o, pois que a sua incapacidade era subjeita a restricções (4).

Á proporção, porém, que o direito estricto se foi approximando do racional, foi-se restringindo a *dominica potestas*, e parallelamente alargando a capacidade dos escravos, esta instituição reconhecida como opposta á natureza, e a liberdade como faculdade natural (5).

(4) Paulo fr. 215 D. De verb. signif. (L, 16).—Potestatis verbo plures significantur: in persona magistratum imperium, in persona liberorum patria potestas, in *persona servi* dominium.

Ulpiano fr. 22 D. De reg. jur. (L, 17).— In personam servilem nulla cadit obligatio.

Gaio fr. 3. D. De stat. hom. (I, 5)—Summa itaque de jure personarum divisio hæc est: quod omnes homines aut liberi sunt, aut servi.—V. Gaio. I, 120, 121, 123, 139 e fr. 6 §§ 2 e 3 D. De usu fr. (VII, 1). Entretanto Theophilo os denomina — *πρόσωποι*, *personam non habentes* e a Nov. Theod. 24 § 2, dig.—*Servos... quasi nec personam habentes*.

(5) Florentino fr. 4, D. De stat. hom. (I, 5).— Libertas est naturalis facultas ejus, quod cuique facere libet, nisi si quid vi, aut jure prohibetur.—§ 1.—*Servitus est constitutio juris gentium, qua quis dominio alieno contra naturam subicitur*.

Ulpiano fr. 4 D. De just. et jur. (I, 1).—... quum jure naturali omnes liberi nascerentur, nec esset nota

Entre nós também os direitos do senhor sobre o escravo constituem dominio e poder ; em relação ao dominio o escravo é cousa, em relação ao poder é pessoa.

Com effeito, o senhor não póde exercer sobre o seu escravo o imperio illimitado que tem sobre as suas cousas, e lhe são vedados, como se fossem praticados em relação á pessoas livres, todos aquelles actos que o Direito Penal Commum qualifica crime; salvo unicamente o castigo moderado, e não contraio ás leis em vigor (6),

Em geral, o Direito Penal considera o escravo como pessoa, quando o julga apto para servir de agente ou paciente de qualquer delicto; e o Direito Administrativo, quando lhe

manumissio, quum servitus esset ignota. V. §§ 1, e 2 das Inst. de jur. person. (I, 3).

Noç. Prel. de Dir. Adm. Bras. T. 3. Cap. 4. § 1.

(6) Cod. Crim. art. 14.—Será o crime justificavel e não terá a punição delle :

Quando o mal consistir no castigo moderado que os pais derem a seus filhos, os *senhores* a seus *escravos*, e os mestres a seus discipulos; ou desse castigo resultar, uma vez que a qualidade delle não seja contrario ás leis em vigor.

concede certa protecção, ou o sujeita a certas restricções, que só se podem referir a pessoas (7).

Tambem hoje tem entre nós o escravo um começo de *personalidade civil* pelo direito de adquirir bens para a formação de um peculio para a sua alforria (8).

§ 3.º

A nacionalidade.

Em relação á *nacionalidade*, dividem-se as pessoas em *cidadãos* e *estrangeiros*; e os primeiros se subdividem em *natos* e *naturalizados*.

Entre nós se não distingue a qualidade de Cidadão da de Brasileiro, nem aquella depende da condição de sexo ou idade (1); distinguem-se, porém, duas classes de cidadãos; os *activos*, a quem a lei concede o exercicio dos direitos

(7) Noç. Prel. de Dir. Adm. Bras. Tit. 3 Cap. 4, § 3.

(8) Lei n. 2040 de 28 de Setembro de 1871 art. 4.

(1) V. Cod. Civ. Fr. art. 8, 9, 10, e Const. 22 frim. an. VIII art. 2.º

eleitoraes ; e os não *activos* a quem ella os nega (2).

Tanto os cidadãos, como os estrangeiros gozão dos mesmos direitos privados (ou civis no sentido restricto) ; os estrangeiros, porém, soffrem algumas restricções, quanto aos direitos administrativos (ou civis no sentido lato), e são inteiramente excluidos dos politicos, ou da participação directa e indirecta nas funcções do poder politico (3).

Quanto a esta ultima classe de direitos, tambem soffrem algumas restricções os cidadãos naturalizados (4).

Não pertence á esphera do direito privado determinar os modos porque se adquire, ou perde a nacionalidade ; apenas nos limitamos a observar que os filhos dos estrangeiros, nascidos no Brasil, estão durante a sua menoridade sujeitos ao mesmo direito que regula o *estado civil*

(2) Const. Pol. art. 9.

(3) Noç. Prel. de Dir. Adm. Bras. T. 3. Cap. 1.

(4) Const. cit. art. 95 § 2 e 136 ; Lei de 12 de Agosto de 1834 art. 4 e 27 ; Av. de 29 de Outubro de 1855. — Noç. Prel. de Dir. Adm. Bras. T. 3. cap. 2 § 3.

dos pais, sem prejuizo da sua nacionalidade reconhecida pelo art. 6.º da Constituição Política; mas, logo que chegam á maioridade, entram no exercicio dos direitos de cidadão Brasileiro, e se sujeitam ás respectivas obrigações na fórma da dita Constituição e das leis (5).

Assim mais, a estrangeira que se casa com Brasileiro segue a condição civil deste; e semelhantemente a Brasileira que se casa com estrangeiro segue a do marido; podendo, porém, esta, se enviuvar, recobrar a sua primeira condição, uma vez que declare que quer fixar domicilio no Império (6).

§ 4.º

A familia.

Em relação á *familia*, dividem-se as pessoas em :

1.º *Solteiros, casados e viuvos*, e estas duas ultimas classes se subdividem em *maridos e mulheres*.

(5) Decr. n. 1096 de 10 de Setembro de 1860 art. 1.

(6) Cit. Decr. n. 1096 art. 2.— V. Noç. Prelim. de Dir. Adm. Bras. T. 3. Cap. 2. §§ 1 e 2.

2.º Pais e filhos.

I No Direito Romano denomina-se *familia* a reunião de tudo quanto se acha submettido ao dominio e poder privado de uma só pessoa, considerando-se esta reunião como um todo, uma *universitas*; em sentido mais restricto *familia* significa o complexo dos homens submettidos ao poder privado de um chefe; e, em sentido ainda mais restricto, comprehende os homens livres com exclusão dos escravos, ou estes com exclusão daquelles. Tambem esta palavra se toma pela reunião dos agnados (1).

(1) Ulpiano fr. 195 § 2, D. De verb. (L, 16).
—Familiae appellatio refertur et ad corporis cujusdam significationem, quod aut jure proprio ipsorum, aut communi universæ cognationis continetur. Jure proprio familiam dicimus plures personas, quæ sunt sub nnius potestate, aut natura, aut jure subjectæ; nputa patrem familias, matremfamilias, filiumfamilias, filiamfamilias, quique deinceps vivem eorum sequuntur, utputa nepotes, et neptes, et deinceps... Communi jure familiam dicimus omnium agnatorum; nam, etsi, patrefamilias mortuo, singuli singulas familias habent, tamen omnes, qui sub unius potestate fuerunt, recte ejusdem familiae appellabuntur, qui ex eadem domo et gente proditi sunt.

V. Savigny. cit. § 53 not. — e —; Merezoll cit.

O poder domestico se dividia em :

1.º *Potestas*, que se subdividia em *patria e dominica*; o primeiro recahia sobre os filhos, e o segundo sobre os escravos (2).

2.º *Manus*, ou o poder do marido sobre a mulher, quando *in manum mariti convenerat*, poder que se assemelhava á *patria potestas* (3).

3.º *Mancipium*, ou o poder que um estranho adquiria sobre os filhos, ou mulher de outrem *in manu*, vendidos pelo pai, ou pelo marido; este poder, embora mais se assemelhasse á *dominica* do que á *patria potestas*, não se confundia, com elle inteiramente (4).

§ 78: Ortolan cit. Gen. P. I, T. 1. § 3. n. 20; Cod. da Luiz. art. 3522 n. 16.

(2) Gaio I, 49.— Sed rursus earum personarum, quæ alieno jure subjectæ sunt, aliæ in potestate, aliæ in manu, aliæ in mancipio sunt. 52.— In potestate itaque sunt servi dominorum... 55 — Item in potestate nostra sunt liberi nostri. O mesmo I, 142, II, 86, 96, e III, 163; Ulpiano XIX, 18, XXIV, 23 e seg.; Inst. de Justin. I, 8 pr., e 9 pr.

(3) Gaio II, 159.— Idem juris ut in uxoris persona, quæ in manu est, quia filiæ loco est.— Sobre as duas especies da — *in manum conventio* V. Gaio I, 114.

(4) Gaio I, 123.— Servorum loco constituuntur.

No tempo de Justiniano, porém, estes dous ultimos ramos do poder domestico já desde muito tempo tinham desaparecido.

II. Entre nós, como entre os Romanos, o patrio poder é a pedra angular da familia e emana do matrimonio.

O homem solteiro, segundo a expressão do philosopho allemão, é um ente incompleto; é pela união com a mulher que elle se completa (5).

No direito politico e administrativo o casamento e a viuvez accarreão certos direitos a isenções (6). No privado, o casamento importa e cessação do patrio poder e da curatela dos menores, e o gozo mais ou menos amplo dos direitos civis, segundo elles têm ou não attingido

Id, III, 114. Idem de eo, qui in mancipio est, magis prævaluit; nam et is servi loco est.— Sobre estas tres especies de poder domestico V. Savigny cit. § 55 e 67; Merezoll cit. § 73; Maynz cit. § 98; Ortolan cit. Gen. 1. P. T. 1. § 3 n. 17, etc.

(5) Fichte Sittenlehre p. 449; V. Savigny cit. § 53 not.—c.

(6) Const. art. 92 § 1; L. n. 387 de 19 de Agosto de 1846 art. 18 § 1; Instr. de 10 de Julho de 1822 §§ 3, 6 e 7; n. 602 de 19 de Setembro de 1850 art. 121, etc.

ás idades de 18, de 20 e de 21 annos (7). Os conjuges communicão entre si os privilegios, e a viuva continúa a gozar dos do marido ainda depois da morte deste (8); perde-os, porém, se passar a segundas nupcias, e é então privada da tutella dos filhos ou netos (9). Á que delapida os bens, impõe-se curador (10).

III. Chamão-se filhos *legitimos* áquelles cujos pais são ligados pelo matrimonio, quer seja este anterior ou posterior ao seu nascimento (11).

Denominão-se *illegitimos*, (naturaes no sentido lato), ou vulgarmente bastardos, os filhos das outras especies; a saber: 1.º, os *naturaes* (no sentido restricto), ou aquelles entre cujos pais era legalmente possivel o consorcio (12);

(7) Ord. L. 1, tit. 88 §§ 6 e 27; e L. 3, tit. 41 § 8; Res. de 31 de Outubro de 1831.

(8) Guerr. De Orphan. Tr. 2, L. 6, Cap. 1, n. 71 e 83;

Rep. das Ord. vol. 4 p. 910 vb.—*viuva*, e vol. 1, p. 772 vb.—*custas*. As viúvas não gozão de restituição. Ass. II, de 29 de Maio de 1814.

(9) Ord. L. 4, tit. 102 § 3.

(10) Ord. L. 4, tit. 107.

(11) Ord. L. 2, tit. 35 § 12.

(12) Ord. L. 4, tit. 92 pr.

2.º, os *espurios*, ou aquelles entre cujos pais o consorcio era legalmente impossivel. Esta ultima classe subdivide-se em—espurios simplesmente taes, e adulterinos, sacrilegos e incestuosos (13).

Os filhos illegitimos de qualquer especie podem ser instituidos herdeiros em testamento, não havendo herdeiros necessarios (14). Em geral os filhos naturaes só podem succeder na herança paterna, quando são reconhecidos por escriptura publica, ou testamento ; e para concorrerem com os legitimos nesta herança, é indispensavel que a dita escriptura tenha sido passada antes do casamento do pai (15).

Pela adopção e adrogação podem tambem adquirir filiação pessoas que naturalmente a não têm (16).

§ 5.º

O parentesco.

Parentesco é o nexó existente entre pessoas

(13) Ord. L. 4, tit. 93.

(14) Dec. de 11 de Agosto de 1831.

(15) L. 463 de 2 de Setembro de 1847.

(16) Ord. L. 2, tit. 56 pr. ; L. 3, tit. 9 § 2, e tit.

oriundas umas das outras ou de um tronco commum, ou entre um conjuge e os parentes do outro. Quando o nexo provém do proprio sangue chama-se *consanguinidade*; quando provém do conjuge—*affinidade* (1).

O Direito Romano denomina *agnação* o parentesco existente entre pessoas que vivem sob o mesmo patrio poder, ou que viverião sob elle, se fosse vivo o tronco d'onde descendem; assim a agnação transmite-se sempre pelo sexo varonil. Quanto ao parentesco que se transmite pelo sexo feminino, denomina-se *cognação natural*.

Chamavão-se *gentes* os aggregados de familias descendentes de origem sempre ingenua, que usavão dos mesmos nomes e dos mesmos sacrificios (*nomnia et sacra gentilitia*), e de que fazião parte os respectivos clientes e libertos.

59 § 11; Lei de 30 de Novembro de 1841. Tabell. § 38; Decis. n. 76 de 10 de Julho de 1850, e n. 236 de 18 de Outubro de 1852.

(1) Ord. L. 4, T. 92 pr.—Instit. I, 10 § 12, III, 1 § 2; fr. 23, D. I, 5; Nov. 89.—Mell. Fr. Inst. Jur. Civ. L. 2, T. 6 §§ 1 e seg.; B. Carneiro cit. §§ 177 e 139. etc.

A influencia, porém, desta instituição já no tempo de Gaio havia desaparecido (2).

Entre nós o parentesco se divide em *consanguineo*, *uterino* e *germano*, segundo descende só do pai, só da mãe, ou de ambos; e em *legitima* ou *legal*, *natural* e *espiritual*, segundo provém do matrimonio, do ajuntamento illicito, ou dos sacramentos do baptismo e confirmação (3). Semelhantemente divide-se a afinidade em *legitima* e *natural*, segundo provém, ou não, do matrimonio (4).

No parentesco distinguem-se *linhas* e *grados*. Linha é a serie de pessoas providas do mesmo

(2) § 1. Inst. De leg. agnat. tutel. (I, 15).— Sunt autem agnati per virilis sexus personas cognatione conjuncti... At, qui per fœminini sexus personas cognatione junguntur, non sunt agnati, sed alias naturali jure cognati.— Modestino fr. 4 § 2 D. De grad. et affin. (XXXVIII 10). Sobre a *gentilitas* v. ex professo Niebuhr Hist. Rom. Vol. 1.º pag. 32 e seg.

(3) Cons. Trid. Sess. 24. De ref. matr. Cap. 2; Const. do Arceb. da Bah. T. 18 n. 65, e T. 22 n. 80; Zachariæ cit. § 47.

(4) Const. do Arceb. da Bah. T. 57 n. 285,— 11; Gmeiner Inst. Jur. Eccl. Priv. § 274; B. Carn, Dir. Civ. § 162 n. 2; Maynz cit. § 104.

progenitor, que se denomina tronco; gráo é a distancia de uma a outra geração.

A linha divide-se em *recta* e *collateral*; aquella se subdivide em *ascendente* e *descendente*; e esta em *igual* e *desigual*, e tambem se denomina *transversal* ou *obliqua*,

Na linha *recta* contão-se tantos gráos quantas são as gerações; na *transversal*, porém, podem-se seguir dous methodos differentes.

Segundo o Direito Romano contão-se todas as gerações ou gráos, subindo por uma das linhas até o tronco, e descendo pela outra; segundo o Canonico, contão-se só por um lado, e se as linhas são desiguaes, attende-se á mais remota, entendendo-se que os *collateraes* distão entre si, tanto quanto ambos ou o mais remoto delles dista do tronco *commum* (5). O nosso Direito ora manda seguir um methodo, ora outro (6).

(5) Gravina Inst. Canon. Cap. 13; Cavall. Inst. Jur. Can. T. 2, cap. 21 §§ 5 e 6; Gmeiner cit. § 243 e seg.; Maynz cit. § 103; Zachariæ cit. § 47; B. Carn. cit. § 161, etc.

(6) Para a successão hereditaria contão-se os gráos de parentesco segundo o Direito Civil (Romano), Ord. Liv. 4, tit. 94, e tit. 96 pr.; Ass. de 16 de

O Direito Romano não contava grãos na afinidade ; mas o Canonico conta-os por analogia, e entende-se que um conjuge dista dos parentes do outro tantos grãos de afinidade, quantos são os de consanguinidade deste (7).

O parentesco entre nós só se conta até o *decimo* grão (de direito civil) (8) ; a afinidade quando proveniente de união licita, só é impedimento derimente do matrimonio até o *quarto* grão (de direito canonico), e quando prove-

Fevereiro de 1786, sobre o 1.º ques. ; Reg. de 9 de Maio de 1842 art. 3 § 2; a lei porém manda contar-os pelo Direito Canonico na successão dos prazos entre collateraes, L. de 9 de Setembro de 1769 § 26 ; nas suspeições dos Juizes, Ord. L. 3, tit. 24 pr. ; na incapacidade para testemunha, Ord. L. 3, tit. 58 § 9 ; na arrecadação dos bens de defuntos que não deixão collateraes na terra, Reg. n. 2433 de 15 de Junho de 1859 art. 3 § 1.—V. mais Inst. de 14 de Novembro de 1833 arts. 24 e 25, Reg. n. 414 de 4 de Junho de 1845 art. 6 § 2, Av. n. 193 de 1.º de Agosto de 1859 sobre 5.º duv.

(7) Modestino cit. fr. 4 § 5 De grad. et affin. (XXXVIII, 10). — Gradus autem adffinitatis nulli sunt.—V. Gravina cit. cap. 13 ; Gmeiner cit. § 274 corol. 2; B. Carn. cit § 162. n. 5, etc.

(8) V. a nota 6 supra.

niente de união illicita, só o é até o *segundo* gráo (9).

O parentesco e a afinidade originão relações jurídicas de grande importancia, tanto no direito theorico como no pratico (10).

§ 6.º

O sexo.

Tambem o sexo exerce notavel influencia nas relações jurídicas. Com effeito, no Direito Romano primitivo, a mulher achava-se sempre na dependencia de alguém, sob o poder do pai, sob a *mão* do marido, ou sob a tutela perpetua dos agnados *propter sexus infirmitatem, et propter forensium rerum ignorantiam* (1). Desta subjeição só as Vestaes erão isentas; mas Augusto, na lei Papia Poppea, eximio tambem della as mulheres que tivessem tres filhos; e Claudio a

(9) Const. do Arceb. da Bah. § 285, 11.

(10) V. Mell. Fr. cit. L. 2, T. 6 §§ 25 e 26; B. Carn. cit. §§ 163—166; o Sr. Trigo de Loureiro Inst. de Dir. Civ. Bras. § 120.

(1) Ulpiano, Reg. II, 1; Gaio, I, § 144.— *Veteres voluerunt fœminas etiam, si perfectæ ætatis sint, propter animi levitatem in tutela esse.*

supprimio, deixando unicamente subsistir, entre as tutelas legitimas e reaes, a dos ascendentes e patronos; afinal a tutela das mulheres veio a cahir inteiramente em desuso, e no tempo de Constantino achava-se inteiramente extincta (2).

As mulheres, porém, continuárão naquelle Direito sempre sujeitas a certas restricções de capacidade, que ainda entre nós subsistem; taes como, salvas raras excepções, para:

I. As funcções publicas (3).

II. A tutela (4).

(2) Cod. II, 45, Const. 2 § 1.º

(3) Paulo fr. 12 § 2, D. De judiciis (V, I).— *Mo-ribus, fœminæ, et servi; non quia non habent judi-cium, sed quia receptum est, ut civilibus officiis non fungantur.*

Ulpiano fr. 2, D. De reg. jur. (L, 17).— *Fœminæ ab omnibus officiis civilibus, vel publicis remotæ sunt. Et ideo nec judices esse possunt, nec magistra-tum gerere, nec postulare, nec pro alio intervenire, nec procuratores existere.*

(4) Ord. L. 4, tit. 102. § 3 in fin.— *Neratius fr. ult. D: De tutelis (XXVI, 1).*— *Fœminæ tutores dari non possunt, quia id munus masculorum est: nisi a principe filiorum tutelam specialiter postulent.*

III. Postular em juízo (5).

IV. Servir de testemunhas em testamento (6).

Em compensação, porém, gosavão e ainda gozão de certos privilegios, como :

I O do S. C. Velliano (7). Das suas fianças nem siquer emana uma *obrigação natural*—Savi-gny—Obrig. § 12, not. (p.)

(5) Ulpiano fr. 1 § 5, D. De postul. (III, 1).— Sexum, dum foeminas prohibet pro aliis postulare; V. Paulo fr. 54 princ. D. De procurat. (III, 3). Podem, porém, requerer em Juízo em causa propria, ou nas dos pais, quando impedidos pelas molestias ou velhice; Const. 4. Cod. De procurat. (II, 13), e Paulo fr. 41 De procurat. (III, 3).

(6) Ord. L. 4, tit. 80 pr. §§ 1 e 3. Ulpiano fr. 20 § 6, D. Qui testamenta facere possunt (XXVIII, 1).— Mulier testimonium dicere in testamento quidem non poterit. Podem porém ser testemunhas nos testamentos nuncupativos, e dos soldados, cit. Ord. § 4, e T. 83 § 5.

(7) Ord. L. 4, T. 61,—Do beneficio do Senatus-consulto Velleano introduzido em favor das mulheres, que ficão por fiadoras de outrem; Ord., L. 4, tit. 102 § 3... para o que renunciarão perante o juiz o beneficio da Lei do Velleano, etc.— V. D. Ad. S. C. Vellejanum (XVI, 1), e Cod. eodem (IV, 29); Mell. Fr. cit. L. 4, T. 3 § 29; B. Carneiro cit. § 213. Vide Consol. dos L. do Proc. Civ. art. 590 e 591 e Comm. CDXLVI.

caso particular; os segundos fixavão como regra universal a idade de 14 annos para os varões. Javoleno Prisco, combinando as duas opiniões, exigia simultaneamente *et habitus corporis, et numerus annorum*; Justiniano, porém, por motivo de decencia publica,— *dignum esse castitate nostrorum temporum existimans*, sanccionou a doutrina dos Proculeanos (2).

Esta época importante da vida se assignava por um acto publico e solemne,—a troca da *prætexta* bordada de purpura pela *toga virilis*; cerimonia que ordinariamente tinha lugar uma vez por anno na festa das *liberalia* (17 de Março), logo que se completava a idade de 14 annos, mas que alguns, por motivo de conveniencia particular, retardavão por um ou mais annos (3). Em

(2) Inst. de Gaio, I § 193; Ulpiano, Reg. Lib. Sing. XI, 28; Inst. de Justin, pr., Quib. mod. tut. fin. (I, 22); Const. 3, Cod. Quando tutores (V, 60). — V. sobre toda a materia relativa á idade, Savigny cit. § 106 — 111; Maynz cit. § 99; Mackeldey cit. § 131.

(3) Augusto tomou o toga viril depois de 15 annos, Caligula depois de 18, Marco Aurelio na época ordinaria, depois dos 14; Nero, porém, tomou-a antes de completar esta idade.— V. Savigny cit. § 109 not, *h usq. not. l.*

regra, esta mudança de vestes é que determinava a puberdade, e a conseguinte cessação da tutela, no caso de ser-se *sui juris*; d'ahi vinha que ao impubere se denominava *prætextatus* ou *investis*, e ao pubere *vesticeps* (4).

Quanto ás mulheres, por antigo costume incontroverso, a puberdade começava aos 12 annos, e nunca se disputava sobre a necessidade de exame individual, absolutamente incompativel com o pudor tão melindroso deste sexo (5). Esta época, porém, não era nellas assignalada pela mudança de trajos, pois conservavão a *prætexta* até o dia do casamento, e, se cessava a tutela pupillar, entravão ellas immediatamente sob a dos agnados.

A applicação rigorosa, porém, do principio da absoluta incapacidade dos impuberes não podia deixar de accarrear-lhes graves inconvenientes; pois para muitos e importantes actos exigia o Direito o concurso pessoal dos interessados, e, portanto, não podião elles ser representados

(4) Fr. 3 § 6, D. De lib. exhib. (XLIII, 30); Gaio, I, § 102: Ulpiano, VIII § 5. O impubere *sui juris* tambem se chamava *pupillus*; Pomponio fr. 239, D. De verb. sig. (L. 16).

(5) V. not. 2 supra.

pelos tutores. Demais, observou-se que o discernimento não se manifesta subitamente, e sim vai se desenvolvendo á proporção que se aproxima a puberdade. Pelo que dividio-se em dous o periodo anterior a esta: ao primeiro, que termina aos 7 annos de idade, denominou-se infancia (6) ; o segundo, que estende-se até á puberdade (12 ou 14 annos) subdividio-se em *ætas pubertati proxima* e *infantiæ proxima*.

Accurcio entendia que esta divisão deve fazer-se em duas partes iguaes ; outros que a linha divisoria depende do mais precoce ou serodeo desenvolvimento de cada um. Alguns modernos jurisconsultos, porém, rejeitão ambas as opiniões, e só considerão como *proximus* o que se acha muito perto de uma ou de outra época, vindo por conseguinte a haver grande intervallo sem nome especial, cujos limites dependem da apreciação do juiz em cada caso individual (7).

(6) Const. 18 pr., Cod. De jure deliber. (VI, 30). — Si infanti, id est minori septem annis ; Ulpiano fr. 1 § 2, D. De admin., (XXVI, 7); L. 8 Cod. Theod. De maternis bonis, VIII, 18; cit. Const. 18. § 4. Cod. De jure deliber, e 14 De sponsal. (XXIII, 1).

(7) Mello Fr. cit. L. T. 13 § 2. not. ; Savigny cit. § 107 Vinn ad pr. Inst. Quib. mod. tut. fin. ; Stryk Vol. 4, Disp. 22 ; De V pœn. imp. a n. 19.

O impubere *pubertati proximus* considerava-se ter naturalmente capacidade para todos os actos em que não podia comprometter os seus interesses, como o *stipulari*, comquanto precisasse do consentimento do tutor para todos os outros, como o *promittere*; ao impubere sahido da infancia, *qui fari potest*, concedia-se igual capacidade por *benigna interpretatio utilitatis causa recepta*, visto entender-se que tem consciencia de seus actos, e comprehende a significação das palavras, posto que não completamente a natureza e valor dos negocios (8); ao infante, porém, negava-se absolutamente a capacidade, ainda para estipular, visto não poder comprehender

(8) Modestino, fr. 14. D. De sponsal. (XXIII, 1), reconhece, em geral, a intelligencia do pubere sahido da infancia, e especialmente a sua capacidade para contrahir esponsaes: — *quam propter et a primordio ætatis sponsalia effici possunt, si modo id fieri ab utraque persona intelligatur, id est, si non sint minores quam septem annis*. Outros textos, porém, lhe negão a intelligencia dos negocios: — *quam vis actum rei non intelligerent*, fr. 5 D. De reg. jur. (L. 17); — *nondum intelligat quid agatur*, fr. 1 § 13, D. De oblig. et act. (XLIV, 7); — *causam adquirendæ hereditatis non intelligat*, fr. 9, D. De adq. vel omitt. hered.; porém as Inst. de Justin. § 10 De inut. stipul. III, 19 lhe negão, em geral, a intelligencia

as palavras que apenas poderá machinalmente articular (9).

No antigo Direito a puberdade importava o gozo da plena capacidade civil, salvo a respeito de certas instituições especiaes, que exigião diversos grãos de idade (10). Assim, Ulpiano

cia: —nam infans et qui infantiaē proximus est... nullum intellectum habent.

(9) Ulpiano fr. 70, D. De verb. obligat. (XLV, 1) —Mulier... fecerat... promittere dotem... infanti... placebat ex stipulatu actionem non esse, quoniam qui fari non poterat, estipulari non poterat. Mæcianus fr. 65 § 3, D. Ad. Sen-Cons. Trebell: (XXXVI, 1) — Si pupillo infanti... neque pupillus ipse id desiderare possit, cum fari non possit.

V. Ulpiano fr. 30 §§ 1, 2, 4, D. De fideicommiss. libert. (XL, 5); Const. 1, Cod. Ad Sen-Cons. Tertull. (VI, 56); cit. § 10 das Inst. De inut. stip. (III, 19).

(10) Assim exigião-se: 17 annos para postular em juizo, Ulpiano fr. 1 § 3, D. De postul. (III, 1), e para manumittir um escravo sem licença do magistrado, Inst. § 7, Qui et quibus ex causis (I, 6); antes a idade de 20 annos era a fixada para este ultimo acto (Ulpiano I, 13. Gaio 1; § 38); — 18 annos para o exercicio das funcções de Juiz, — *judex*, Ulpiano fr. 57. D. De re jud. (XLII, 1); — 20 annos para que se podesse tornar effectivamente escravo o homem livre, que como escravo fraudulentamente se vendia, Inst. § 4 De jur. person. (I, 3).

(11), fundado em uma Constituição de Adriano, decide, que os alimentos deixados *usque ad pubertatem* devem ser pagos aos varões até a idade de 18 annos, e ás mulheres até a dos 14 annos ; e Modestino (12), que o adoptante deve pelo menos ser 18 annos mais velho que o adoptado, idade esta que denomina *plena pubertas* ; esta mesma idade é exigida pela Nov. 115 Cap. 3.º § 13 para que possa o menor incorrer na pena de desherdação, por-não haver resgatado os pais do captiveiro.

A experiencia, porém, mostrou quão perigosa era esta ampla faculdade de dispôr de seus bens, concedida aos puberes, muito mais depois que se introduzirão em Roma a riqueza, o luxo e a corrupção dos costumes, Assim, meiado o se-

(11) Fr. 14 § 1, D. De alimentis, (XXXIV, 1) — Sciat Hadrianus constituisse, ut pueri usque ad decimum octavum, puellæ usque ad quartum decimum annum alantur... Sed etsi generaliter pubertas non sic definiatur, tamen pietatis intuitu in sola specie alimentorum hoc tempus ætatis esse observandum non est incivile.

(12) Fr. 40 § 1, D. De adop. (I, 7)—major esse debet eo quem... filium facit: et utique plenæ pubertatis, id est decem et octo annis eum præcedere debet.

V. Inst. § 4, De adop. (I, 11).

culo VI (da fundação de Roma), a Lei Plætoria (que alguns chamavão Lætoria) transferio para os 25 annos a *ætas legitima*, que antes era a puberdade, e ameaçou de proceso criminal os que usassem de fraude nos seus negocios com os menores. Mais tarde o Pretor concedeu a estes em seu edicto mais efficaz protecção, creando em favor delles o beneficio da *in integrum restitutio* contra todo o acto, ou ommissão, que lhes podesse ser prejudicial. Finalmente Marco Aurelio determinou que se lhes nomeassem curadores para velar sobre os seus bens.

Attendendo-se, porém, que estas restricções da capacidade dos puberes poderião algumas vezes trazer-lhes inconvenientes, permittio-se aos varões de mais de vinte annos, e ás mulheres de mais de dezoito, pedirem ao Imperador a *venia ætatis*, que os equiparava aos maiores, salvas algumas limitações da faculdade de alienar (13).

Tambem a avançada idade influa nas relações juridicas, Com effeito a idade de setenta annos importava em geral a dispensa das fuuc-

(13) Cod. De his qui veniam ætatis impetraverunt (II, 45), e Const. 10, De appell. (VII, 62).

ções e cargos publicos, e especialmente a escusa da tutela (14),

Na jurisprudencia patria a principal divisão da vida humana é em *maioridade e minoridade*; esta subdivide-se em puberdade e impuberdade, e esta ultima em *puericia e infancia*, A maioridade começa aos vinte e um annos (15); as épocas, em que começa a puberdade, e termina a infancia, são as mesmas estabelecidas pelo Direito Romano (16). A subdivisão da puberdade em plena e menos plena só pôde ter appli-

(14) Fr. 3, D. De jur. immunit. (L, 60); Const. 10, Cod. De decur. (X, 31); a dispensa do cargo de decurião era concedida aos 55 annos, fr. 2 § 8, fr. 11, D. De decur. (L. 2); Const. 3, Cod. Qui ætate vel profess. (X, 49).

(15) Res. de 31 de Outubro de 1831, Av. de 28 de Novembro de 1834, e 23 de Novembro de 1855. Res. de Cons. da secç. da just. do Cons. de Est. de 18 de Maio de 1866.

(16) Ord. L. 3, tit. 29 § 1, tit. 41 § 8, tit. 63 § 5, L. 4, tit. 104 § 6. O Cod. Civ. Fr. fixa a puberdade ou a capacidade para contrahir matrimonio aos 15 annos para as mulheres, e aos 18 para os homens; o governo porém pôde dispensar na idade.—V. Mello Fr. cit. L. 2, T. 13 § 2; Moraes De execut. L. 2, cap. 20 a n. 49; Ferr. Borg. Inst. de Med. For. Cap. I, Secç. I, Zachariæ cit. § 45.

cação no Direito Civil ás questões relativas a alimentos e adopções (17), ou á entrega dos bens dos orphãos casados com licença do juiz (18), e ao supprimento da idade das mulheres (19).

A minoridade importa certas restricções de capacidade, mas tambem confere certos privilegios. Assim os menores em geral são excluidos :

1. Do exercicio dos direitos eleitoraes (20),

(17) V. not. 1—9 supra ; Alm. e Souz. Not. a Mello L. 2, T. 13, aos §§ 2 e 3.

(18) Ord. L. 1, tit. 88 § 27.

(19) Ord. L. 3, tit. 42 pr. Esta ordenação, concedendo aos varões o supprimento de idade aos 20 annos e ás mulheres aos 18, teve em vista iguala-los aos maiores de 25 annos, como no § 1º declara ; por tanto parece que quiz diminuir a maioridade de 7 ou 5 annos segundo os sexos. Hoje, porém, que a maioridade é aos 21, dever-se-ha conceder o supprimento de idade, guardada a mesma proporção, aos 14 e 16 annos ? Entendemos que não está isto ao alcance do interprete, nem conviria que o legislador sancionasse semelhante disposição.

(20) Em regra exige-se 25 annos para o exercicio destes direitos ; sómente são exceptuados os casados, e officiaes militares, maiores de 21 annos, os bachareis formados, e Clerigos de Ordens Sacras.

e dos cargos publicos, salvas algumas excepções (21).

II. Da tutela (22).

(21) A Ord. L. 1, T. 94 pr. prohibe que os menores sirvão officios de justiça, fazenda, ou governança; a Const. porém no cit. art. 92. § 1 sómente os privados direitos eleitoraes, e não dos outros direitos politicos; de sorte que póde-se ser funcionario ou empregado publico, sem que entretanto se possa votar por falta de idade (Avs. n. 47 de 17 de Março e n. 75 de 15 de Abril de 1847, 5ª duv.); assim, exige-se a idade de 18 annos para os empregos do Thesouro e Thesourarias de Fazenda (D. n. 736 de 20 de Novembro de 1850 art. 45), para os de primeira entrancia das alfandegas e mesas de rendas, e 20 para os de segunda entrancia (D. n. 2647 de 19 de Set. de 1860 arts. 80, 81 e 85); para os de praticante das recebedorias (D. n. 2551 de 17 de Março de 1860), etc. Entretanto, exige-se 40 annos para os cargos de Senador e Conselheiro de Estado (Const. art. 45 § 2 e 139, L. de 23 de Novembro de 1841 art. 4); 25 para o de Regente, quando este é o parente mais chegado ao Imperador (Const. art. 123), e para o de Jurado salvo os casados e officiaes militares, maiores de 21 annos, os Bachareis formados e Clerigos de ordens sacras (Cod. do Pr. Crim. art. 23, L. de 3 de Dezembro de 1841 art. 27, combin. com o Art. 94, e 92 § 1.º da Const.) V. Portugal cit. L. 2 Cap. 19 n. 60 e seg.

(22) Ord. L. 4, Tit. 102 § 1; Inst. § 2 Qui testam. tut. dar. poss. (I, 24); Cod. Civ. Fr. art. 442.

III. Da procuradoria judicial (23).

(23) A Ord. L. 1 Tit. 48 § 20 declara que o menor não pode ser procurador, salvo sendo Bacharel, Licenciado ou Doutor em Direito Civil ou Canonico; entretanto, a Ord. Liv. 3 Tit. 9 § 5 diz: — Porém quando, como procurador, o filho ou liberto quizer demandar cada uma das ditas pessoas, não o poderá fazer sem ter a idade de 17 annos perfeitos. Caldas na L. *Si curatorem, vb. Hunc contractum*, n. 36 vers. *Notum est*, reconhece a antinomia destas duas Ordenações, e a attribue á negligencia dos compiladores. Man. Barboza na *Remiss. Doct.* á cit. Ord. L. 1, T. 48 § 20 as concilia dizendo, que a primeira destas Ords. se refere ao Procurador coustituido para todas as causas, e a segunda ao que é constituido para uma causa particular. Egidio na L. *Ex hoc jure*, D. De just. et jur. P. 2, cap. 10 n. 10 sustenta que o § 20 das cit. Ords. se refere aos procuradores judiciaes, e o § 5 aos extrajudiciaes ou *ad negocia*. Aug. Barboza in *Collect. Doct.* in Lib I *Sext. Decret.* Tit. 19 *De Procurat.* Cap. 5. *Qui generaliter § Licet* e in *De Præterm., et additam. ad Collect.* cit. T., Cap., e § diz que os procuradores judiciaes devem ter 25 annos, e que os extrajudiciaes podem sel-o aos 16 completos e cita a Lei Castell. 19 Tit. 5, part. 3, onde esta distincção é expressa. O mesmo seguem o Sr. Trigo de Loureiro Inst. de Dir. Civ. Bras. § 240; Consolid. das Leis Civ. art. 466 § 1 not. 3, e art. 185 not. 1; Liz Teixeira Curs. de Dir. Civ. Port. P. 1 Tit. 13 § 4. — V. Repert. das Ords. vol. 3 pag. 4 not.

IV. Da faculdade de obrigarem-se judicial (24), e extrajudicialmente (25), sem au-

(a); Thom. Vallasco Alleg. 20 n. 9; e Molin. de Just. et jur. Tr. 2, Disp. 228 n. 14 in fin.

(24) Ord. L. 3, Tit. 41 § 2 —... porque se o feito fosse tratado por elle mesmo sem autoridade do tutor ou curador, a sentença dada contra elle será por direito nenhuma.

(25) Infere-se de todo o contexto das Ords. L. 3. T. 41, e L. 4, tit. 102 e 103. Sobre esta materia, e a da nota precedente, vid. especialmente Guerreiro cit. Tr. 3, L. 5, Cap. 7 e 8, L. 6, Cap. 6, 7, 12, 14 e 15. O menor (menos o infante) pode validamente fazer quaesquer contractos ou actos, que sómente lhe sejam uteis, e que de nenhum modo o possam prejudicar. Elle póde, pois, com autoridade do tutor ou annullal-os, ou exigir o seu cumprimento da parte contraria, segundo lhe forem prejudiciaes ou uteis; é por este motivo, que se diz — que taes contractos claudicão. Neratius, fr. 41, D. De condit. indeb. (XII, 6.); Licin — Rufin, fr. 49, D. De oblig. et act. (XLIV, 7.), Inst. pr. De auct. tutor. (I, 21) Si... quid dari sibi stipulentur: non est necessaria tutoris auctoritas: quod si aliis promittant pupilli, necessaria est tutoris auctoritas. Namque placuit meliorem quidem conditionem licere eis facere, etiam sine tutoris autoritate: deteriore non aliter, quam cum tutoris autoritate. Unde in his causis, ex quibus obligationes mutuæ nascuntur, ut in emptionibus, venditionibus, locationibus, conductionibus,

torisação do pai, tutor, ou curador (26),

Os impuberes estão sujeitos além destas ás seguintes restricções ; não poderem :

V. Fazer testamento (27).

VI. Contrahir matrimonio (28).

mandatis, depositis : si tutoris autoritas non inter-
veniat : ipsi quidem, qui cum his contrahunt, obli-
gantur ; at invicem pupilli non obligantur.— Vid.
sobre esta materia Vinn. Instit. ad. loc. cit. Gothfried
ao fr. 3 De reg. juris (L. 17), Moraes cit. L. 2, Cap. 20
n. 54 e seg.; Phæb. Dec. 180 n. 2. V. nota 3.
Os commerciantes maiores de 18 annos podem valida-
mente obrigar e hypothecar os seus bens moveis, ou
de raiz, sem que lhes caiba o beneficio da restituição
contra estes actos, ou quaesquer outras obrigações
communis que contrahirem (Cod. do Comm. Art. 1 §§ 2
e 4 e art. 26).

(26) A todo o orphão menor de 21 annos deve-se
nomear tutor ou curador (Ord. L. 4, tit. 102 pr. e
tit. 104 § ult.); e assim tambem a todo o filho-familia
menor dessa idade, cujo pai estiver impedido de
exercer o seu poder sobre elle (Ord. L. 1, tit. 88 § 6
vb.— e se o pai fôr torvado de entendimento, etc.); ou
cujos interesses em certos negocios fôrem antitheticos
aos do pai, como de ordinario succede nos inventarios
das mães (Guerr. De Orph. Tr. 1, L. 4, Cap. 5, n. 31
e Tr. 2, L. 3. cap. II, ns. 3 e 9.)

(27) Ord. L. 4, tit. 81 pr. e tit. 83 § 1.

(28) Cons. Trid. sess. 24, cap. 1 De reform. ma-

VII. Servir de testemunhas (29).

XIII. Denunciar (30).

E os infantes ás seguintes ; não poderem:

IX. Estipular, ainda a seu favor (31); nem

X. Contrahir esponsaes (32).

Os privilegios dos menores em geral são:

I. O beneficio da restituição *in integrum* (33).

trim., recebido e mandado executar pelo Decr. de 12 de Setembro de 1564 e L. de 8 de Abril de 1569; Const. do Arc. da Bah. L. 2, tit. 64 § 267; Decr. de 3 de Novembro de 1827.— A menor de 12 annos póde casar com licença do Ordinario, mostrando que tem discrição e disposição bastante; Const. cit. § 267.

(29) Ord. Liv. 3, tit. 56 § 6; Cod. do Proc. Crim. art. 89.

(30) Cod. do Proc. Crim. art. 75 § 4.

(31) Ulpiano fr. 70 D. De verb. oblig. (XLV. 1), v. not. 9 supra: Moraes cit. L. 2. cap. 20, n. 49.

(32) Modestino fr. 14 D. De sponsal. (XXIII, 1), v. n. 8 supra; Cons. Trid. sess. 24, cap. 1 cit.; Cav. P. 2, cap. 19 § 2. Os impuberes podem comtudo ressilir os esponsaes, logo que chegão á puberdade; cap. 8 ex. De spons. impuber.

(33) Ord. L. 3, tit. 41; Dig. L. IV, T. 1; Cod. L. II, T. 46 e 53, e L. 5, T. 74.— Restitutio in integrum

II. A escusa do erro de Direito (34).

III. A isenção, ou minoração das penas (35).

in genere sic solet definiri: ut sit pristini status amissi recuperatio, Cocceji vol. 2 Disp. 41 § 52 cit. por Alm. e Souz. Not. a Mell. ao L. 2, T. 13 § 8, n. 1. A restituição *in integrum* é remedio extraordinario de que só se deve lançar mão quando faltar o meio ordinario da nullidade; Ord. cit. § 2, e Reg. do Des. do Paço §§ 28 e 31; Ulpiano fr. 16 pr. e § 3, D. De minor. (IV, 4); assim, quando o contracto é feito, ou o acto judicial passado, sem a assistencia do tutor ou curador, ou se, ainda com antorisação deste, se fizerão alienações de bens de raiz sem as devidas formalidades, ou nos casos do Cod. — In quibus caus. in integr. restit. necess. non est (II, 41), taes actos são por natureza nullos, e o menor tem o direito de fazer declarar esta nullidade por sentença. Quando, porém, o acto judicial ou extrajudicial é em si mesmo valido, mas prejudicial ao menor, póde-se pedir a sua rescisão por este meio extraordinario. A nullidade prescreve em 30 annos, e a restituição 5 annos depois de finda a menoridade. Além dos casos mencionados na citada Ord. L. 3, tit. 41, vid. os do L. 4, tit. 87 § 3, tit. 79 § 2, tit. 96 § 21; Moraes cit. L. 6, cap. 9, a n. 39, e cap. 14 a n. 19; Guerr. Tr. 3, L. 5, cop. 11, n. 37, 40, 42 e seg.; Almeida e Souza, Not. a Mell. L. 2, T. 13 § 9.

(34) Vid. Tit. 3, Cap. 4.

(35) Os menores são isentos das penas de galés (Cod. Crim. art. 46 § 2). e da de morte, visto que nunca podem ser condemnados ao gráo

IV. O fóro privilegiado (36).

V. Certas isenções administrativas (37).

maximo das penas, por ser a menoridade em si mesma circumstancia attenuante (Cod. cit. art. 18 § 10). Se são menores de 17 annos póde o Juiz impôr-lhes sómente a pena de complicitade, ainda quando sêjão autores do delicto (Cod. cit. art. 18 § 10). Em regra os impuberes não se julgão criminosos (Cod. cit. art. 10 § 1); se, entretanto, provar-se que obrarão com discernimento, devem ser recolhidos ás casas de correcção pelo tempo que ao Juiz parecer, comtanto que não ultrapasse a idade de 17 annos (Cod. cit. art. 13).

(36) Ord. L. 1, Tit. 88 § 7. Quaes as causas a que se estende este privilegio V. Dispos. Prov. acerca da adm. da just. civ. art. 20, Regul. de 15 de Março de 1842 art. 4 e 5, e 2 de Outubro de 1851 art. 32.

(37) Os menores de 18 annos são isentos do recrutamento (Instr. de 10 de Julho de 1822 art. 3); do alistamento, e consequentemente de todo o serviço da Guarda Nacional (Lei n. 602 de 19 de Setembro de 1850 art. 9 § 1, D. n. 722 de 25 de Outubro de 1850 art. 14 § 1); do serviço do Jury os menores de 21 annos, embora casados, ou officiaes militares (Cod. do Proc. Crim. art. 23, e L. de 3 de Dezembro de 1841, art. 27 comb. com os arts. 94 e 92 § 1.º).

Tambem entre nós a velhice confere alguns favores; taes são:

I. Aos decrepitos, pelo torpor, que de ordinario se manifesta nesta idade, inhibidos de tratarem dos seus interesses, o beneficio da restituição *in intregum* (38).

II. Aos setenta annos a escusa da tutela (39).

III. Aos sessenta annos a substituição da pena de galés, pela prisão com trabalho (40).

IV. Certas isenções administrativas em varias idades (41).

(38) Repert. cit. vol. 3, pag. 10; B. Carn. cit. § 221 n. 10. Deve-se entender, — quando a decrepitude é acompanhada de imbecilidade, caso em que se lhes deve nomear curador; Guerr. cit. Tr. 3, L. 2, n. 2 Cap. n. 2 e seg., L. 5, cap. 10 n. 14 e 55.

(39) Ord. L. 4, tit. 104 § 3; Repert, cit. vol. 3, pag. 8, e vol. 2, p. 328 vb. *escusos*; Cod. L. 5, T. 68.

(40) Cod. Crim. art. 45 § 2 in fin.

(41) Aos 50 annos são isentes do serviço activo da Guarda Nacional e aos 60 do alistamento, e, consequentemente, de todo o serviço della (L. n. 602, de 19 de Setemb. de 1850 art. 9 § 1 e 12 § 2;

§ 8.º

A saude.

Em relação á saude o Direito Romano dividia os homens em *sani*, e *morbo*, ou *vitio laborantes*, segundo a molestia é temporaria ou permanente (1).

As molestias e enfermidades dividem-se em physicas, e mentaes ; comprehendem-se na primeira classe os impotentes (2), os surdos e mudos (3); e na segunda os furiosos, mentecaptos e dementes. A estas diversas enfermi-

Decr. n. 722 de 25 de Outub. de 1850 art. 14 § 1; e 19 § 2); aos 35 do recrutamento (Inst. de 10 de Julho de 1822 art. 3).

(1) V. a definição de *morbum e vitium* dado por Sabino e referida por Ulpiano fr. 1 § 7, D. De ædil edict. (XXI, 1), e a de Modestino no fr. 101 § 2, D. De verb sig. (L. 16). Segundo Javoleno (fr. 113, D. cit. L. 16) *Morbis santicus est, qui cuique rei nocet.*

(2) Os impotentes por vicio de conformação denominão-se — *spadones*, e por operação — *castrati* — Fr. 128, D. L. 16; fr. 6 § ult. e fr. 7, D. XXI, 1; fr. 39 § 1, D. XXIII, 3; fr. 6 pr. e § 1, D. XXVIII, 2; fr. 40 § 2. D. I, 7; § 9, Inst. I, 11.

(3) § 3, Inst. II, 12; fr. 1 § ult. D. XLIV, 7;

dades correspondião certas restricções de capacidade.

Tambem entre nós os enfermos gozão de alguns favores, e estão sujeitos a diversas cathogorias de incapacidades, mais ou menos amplas. Assim :

I. Concede-se-lhes 9 dias para comparecerem á citação, ou mandarem procurador, prazo este que póde ser concedido segunda vez, se a enfermidade persistir (4).

II. Quando a enfermidade é grave e perpetua, são isentos da tutella (5), bem como de certos encargos administrativos (6). Em geral, porém, não são considerados incapazes; entretanto, são tidos como suspeitos de sugestão, e nullos os

fr. 1 § 3, D. III, 1; fr. 4, D. XXIX, 11; Const. 10, Cod. VI, 22.

(4) Ord. L. 3, tit. 9 § 10.

(5) Ord. L. 4, tit. 102, § 1; Modestino fr. 12, D. De excus. tut. (XXVI, 1); § 7, Inst. ejusd. tit. (1,25); Cod. V, 67. Neste caso o Direito Romano tambem mandava dar-lhes curador. B. Carn. cit. § 268 n. 7 e 269 n. 25.

(6) Taes como são o recrutamento (D. n. 293 de 8 de Maio de 1843 art. 9; Port. de 7 de Janeiro de 1824, Rep. de Cunh. Mat.; Av. de 1 de Dezembro de 1835 etc.); a classificação na lista da reserva da Guarda Na-

testamentos nuncupativos feitos na hora da morte á perguntas de outrem (7).

cional (L. n. 602 de 19 de Setembro de 1850 art. 12 § 1 ; D. n. 722 de 25 de Outubro de 1850 art. 19 § 1.

(7) A L. de 25 de Julho de 1766 §§ 5, 7, 9, annullára (com certas restricções) os testamentos feitos em estado de doença aguda ou grave ; V. Ass. I, de 5 de Abril de 1770 e L. de 1 de Agosto 1774 § 3 e seg. ; estas leis, porém, forão suspensas pelo Dec. de 17 de Julho de 1778. Hoje prevalece o principio geral de Labeo fr. 2, D. Qui test. fac. poss. (XXVIII, 1) e da Const. de Diocleciano 3, Cod. ejusd. tit. (VI, 22), e a sua applicação feita por Constantino na Const. 15, Cod. De testam. et quemadm. test. ordin. (VI, 23)—Nec necessaria sunt momenta verborum, quæ forte seminecis et balbutiens lingua profudit. V. Alm. e Souza Coll. de Dissert 2 §§ 36 e 37. Quanto aos testamentos —*ad interrogationem alterius* v. Rep. IV p. 788 ; Mello cit. L. 3, tit. 5 § 28 ; Alm. e Souz. cit. §§ 38 e 39 ; B. Carn. cit. § 268 n. 16 ; Troplong cit. n. 491. O Cod. Civ. Fr. art. 909 annulla as liberalidades feitas por um enfermo a seu medico, quer sejam disposições entre vivos ou testamentarias ; na legislação patria, porém, não existem textos precisos a este respeito ; e na romana apenas encontramos o fr. de Ulpiano 3, D. De extraord. cognit. (L, 13), que em caso de fraude manda o medico restituir ao doente o objecto comprado, e a Const. de Valentiniano e Valente que veda aos archiatros receberem o que os enfermos lhes prometterem para obter a sua saude :—*quos etiam ea pa-*

III. Os impotentes, quer provenha este vicio de causa natural ou accidental, são inhabeis para o matrimonio (8).

IV. Os surdos-mudos de nascimenio não podem testar (9), nem servir de testemunhas na confecção dos testamentos (10), e são sujeitos

timur accipere, quæ sani offerunt pro obsequiis, non ea quæ periclitantes pro salute promittent. B. Carn. cit. § 268 n. 17 ; Troplong cit. n. 635 e seg.

(8) Const. do Arc. da Bah. § 285 n. 12; Cav. cit. cap. 28 n. 6; B. Carn. cit. § 104 n. 2 e seg.

(9) Ord. L. 4, T. 81 § 5 e tit. 87 § 11; Gaio fr. 6 § 1, D. Qui test. fac. poss. (XXVIII, 1); Inst. § 3, Quib, non est permiss. fac. testam, (II. 12). Não provindo o defeito de nascimento, podem testar por sua propria mão.

(10) Ord. L. 4, Tit. 85 pr.; Inst. § 6, De testam, ord. (II, 10); Per. e Souza Prim. Lin. sobre o Proc. Civ. not. 477, e outros J. Cons. generalisção a disposição desta ordenação; não ha, porém, razão para fazel-o, ao menos em relação aos surdos-mudos, educados segundo os preceitos de Sicard, Braidwood, etc., que, sabendo ler e escrever, podem exprimir o seu pensamento de modo claro e seguro. E' verdade que a Ord. L. 1, tit. 86 *passim* e o Cod. do Proc. Crim. art. 88 presuppõe que, as respostas das testemunhas são dadas vocalmente, pois é este o facto que geralmente se dá, mas não o exigem como condição de validade

às restricções geraes de capacidade dos menores, pelo que se lhes nomeia curador (11).

V. Os cegos não podem ser testemunhas nos testamentos, nem em geral nos negocios que se

das testemunhas.—E' esta a opinião de Troplong Des donat. entre vifs et testam n. 1679 admittida ao menos como excepção no caso de mudez, provinda de accidente, por Per. e Souz. cit. n. 490, fundado na autoridade de Covar. e Muller ad Struv.

(11) Guerr. cit. T. 3, L. 4, cap. 3 n. 37 e seg., e L. 5, cap. 10 n. 35 e seg. ; Mell. cit. L. 2, T. 12 § 7 ; Per. de Carvalho Pr. Lin, sobre o Proc. Orphan. P. 2, not. 294. Não podem, consequentemente, estar em Juizo como autores, como réos, ou como procuradores ; B. Carn. cit. § 269 n. 22 e 33 ; Per. e Souz. cit. §§ 42, 49, e 59. Deve-se porém entender esta doutrina com a mesma limitação da nota antecedente, isto é, que não tem applicação aos surdos-mudos convenientemente educados ; talvez por este motivo o Sr. Dr. Paula Baptista (Comp. do theor, e pract. do proc. civ.) não inclue esta classe entre as absolutamente prohibidas, de que trata no § 734. Assim, o aviso n. 37 de 24 de Janeiro de 1863 declara que a surdo-mudez não importa *ipso facto* a demencia ; e que aquelle que sabe ler e escrever é competente para receber o meio soldo de sua mulher.

referem á visão (12). Podem porém, advogar

(12) Ord. L. 4, tit. 85 pr. ; Inst. § 6, De test. ord. (II, 10) ; Per. e Souz. cit. not. 477 ; B. Carneiro cit. § 270 n. 3 ; Troplong. cit. n. 1678. A Const. 8 Cod. Qui test. fac. poss. (VI, 32) só admitte o cego a testar ou nuncupativamente, ou por escripto, fazendo neste caso ler o testamento perante ás testemunhas e o tabellião, ou mais nma testemunha na falta deste, o que corresponde ás formas de testar prescriptas pelas Ord. L. 4, T. 80, com exclusão da mystica ou cerrada (do § 1) ; pelo que entende B. Carneiro (§ 290 n. 46) que entre nós o testamento cerrado do cego é nullo. Reconhecendo a facilidade da fraude, e conseguintemente de ataque a que se presta esta forma de testar em relação aos cegos, nem por isso nos julgamos autorizados a irrogar contra ella a pena de nullidade, que a lei patria não decreta; pois, por qualquer motivo de conveniencia não se póde restringir a capacidade de alguém, uma vez que a lei não o faça ; Touplong: cit. n. 540 e 1660 ; Gouvêa Pinto cit. Cap. 10 n. 7, not. V. Paulo Sent. V. 4 § 4 ; e Inst. de Just. § 4. Quib. non est permiss. (II, 12). Esta doutrina foi confirmada depois da 1.ª edição desta obra, pelo Decreto n. 2878 de 21 de Junho de 1879, que declarou validos os testamentos cerrados dos cegos. Não sendo os cegos sujeitos a outras restricções de capacidade, não estão no caso de receberem curador ; Cont. 3, Cod. Qui dare tut. vel curat. poss.— Luminibus captum curatorem haberi debere, falso tibi persuasum est. Guerr. cit. T. 3, L. 4, Cap. 3 n. 120 ; Mell. Fr. cit. L. 2, tit. 12 § 7 ; B. Carn. cit. § 270 n. 2 ; Per. de Carv. cit. P. 2, not. 294.

(13), votar e exercer os direitos politicos (14).

VI. Os enfermos de alienação mental são designados nas leis das XII Taboas pela expressão *furiosi*; Juliano (15), Ulpiano (16), e Macer (17), usão das palavras *demens* e *dementia*, que tambem se empregão no Codigo (18); em outros fragmentos apparecem as expressões *mentecaptus* (19) e *mentis non compos* (20). As nossas Ordenações dão ás diversas cathogorias destes enfermos as denominações de *sandeus*, *furiosos*, *mentecaptos*, *desasisados* e *desmemoriados* (21). O Codigo Civil Francez (22) distingue a imbecilidade, a demencia e o furor. A imbecili-

(13) Av. n. 90 de 4 de Março de 1863.

(14) Av. n. 368 de 8 de Agosto de 1863.

(15) Fr. 7 § 1, D. De curat. furios. (XXVII, 10).

(16) Fr. 8 § 1, D. De tutor, et curat. (XXVI, 5).

(17) Fr. 14, D. De officio præsid. (1, 18).

(18) Const. 25, De nuptiis. (V, 4).

(19) Paulo fr. 17, D. Qui tut. fac. poss. (XXVIII, 1); Const. 25, Cod. De nuptiis (V, 4); Inst. § 4, De curat, (I, 23).

(20) Ulpiano fr. 20 § 4, D. Qui test. fac. poss. (XXVIII, 1); Const. 3, Cod. de Curat. vel prod. (V, 70).

(21) Ord. L. 4, tit. 81 pr. e § 1, e tit. 103 *passim*.

(22) Art. 489.

dade é o enfraquecimento mental semelhante ao da infancia, ou da extrema decrepitude; a demencia exprime genericamente a ausencia da razão, com os seus variados accidentes; o furor é uma das especies da demencia, e é caracterizado pela violencia e ferocidade. A medicina legal costuma dividir a alienação mental em mania, monomania ou melancholica, demencia e idiotismo (23).

Deixando de parte esta questão de classificação, que excede as raias que circunscrevemos a este trabalho, o que ao jurisconsulto convem conhecer é a natureza desta enfermidade, de modo a poder distinguir a saude da enfermidade mental. Ora, o caracter essencial que distingue estes dous estados é—a presença ou ausencia da razão; assim, sempre que se der esta ausencia, ou permanente ou intermittentemente, ou total ou parcialmente, ou placida ou violentamente, affirmamos que se verifica um caso de alienação mental.

Tambem não nos compete expôr aqui os symptomas que revelão as varias especies de

(23) Pinel *Traité de l'alienat. mentale*; Esquirol *Medico-Chirur. Review* vol. 1, etc.

alienação mental, ou os meios praticos pelos quaes se chega a verificar a existencia deste estado (24); diremos sómente que o jurisconsulto deve menos attender aos phenomenos pathologicos, do que ás manifestações immediatas do pensamento por meio dos actos e das palavras (25).

O assumpto, porém, é difficilimo; porque, ora a demencia se reveste pertinazmente das apparencias da razão, ora a integridade da mente coexiste com certa tendencia a actos ou palavras que tocão ás raias da alienação (26). Na duvida, julga-se em favor do estado de sanidade, que é o normal (27). Entretanto, provado o estado de demencia, não se presu-

(24) Pegas, 5, For. Cap. 103 n. 8; Reinoso Observ. 32 n. 4 e seg.

(25) Ord. L. 4 tit. 81 § 2; Repert. cit. IV, p. 246, vb. *presumpt.*, 780, vb. *testad.* II p. 260 vb. *furiosus*; Portugal De donat. L. 3, cap. 15 n. 27.

(26) Pegas cit. 4, cap. 72 n. 32; Valasco Cons. 145 n. 14; Reinoso cit. Observ. 32 n. 11 e seg.; Phæbo P. 1, Decis. 78 n. 1.

(27) Portugal cit. L. 3, cap. 15 n. 25 e 28, e os J. Cons. cit. na nota antecedente.

mem os lucidos intervallos, e precisão de especial prova (28).

Não se deve tomar por lucido intervallo a tranquillidade superficial, ou na phrase de Celso (29) — a sombra do repouso, *inumbata quies*, que algumas vezes não é mais do que a prostração produzida pela propria enfermidade; só como tal deve considerar-se o pleno restabelecimento da luz da razão, *eclipsada* pelas trevas da demencia ; é este o estado que Justiniano denomina *perfectissima intervalla* (30).

A alienação mental é juridicamente comparavel á infancia ; são-lhe pois concedidos os mesmos favores (31), imposta a mesma ge-

(28) Troplong. cit. art. 450 — 452.

(29) Fr. 18 § 1, D. De adquir. vel amitt. possess. (XLI, 2).

(30) Const. 6, Cod. De curat. fur. vel prod. (V. 70).

(31) Africano fr. 47, D. De adquir. vel omitt. hered. (XXIX. 2) — *Furiosi autem voluntas nulla est.* Cod. Crim. art. 10 — Tambem não se julgão criminosos : . . . § 2. Os loucos de todo o genero, salvo se tiverem lucidos intervallos, e nelles commetterem o crime.

ral incapacidade (32), e, conseguintemente, é ella sujeita á curadoria (33). Nos lucidos intervallos, porém, cessa a incapacidade, posto que não cesse a curadoria (34).

Os alienados, abandonados por seus parentes, podem desherdal-os, logo que recuperem o uso da razão, ainda que herdeiros necessarios sejam; e se morrerem *ab intestato*, ou com testamento anterior á enfermidade, são esses parentes excluidos da herança. Para melhor assegurar o devido tratamento a estes enfermos, estabeleceu-se que qualquer póde requerer os herdeiros legitimos ou testamentarios para que cumprão este dever, sob pena de passar a herança ao estranho que em vez delles o cumprir (35).

(32) A Ord. L. 4, tit. 81 pr. veda-lhes o fazerem testamento.

(33) Ord. L. 4, tit. 103.

(34) Ord. cit. Liv, 4, tit. 103 § 3; Const. cit. 6, Cod. De curat. furios. vel prod. (V, 70). Na jurisprudencia franceza prevalece o principio opposto; Troplong cit. n. 461 e seg: contra, Merlin Repert vb *Testament*.

(35) Ord. L. 4, tit. 88 §§ 14, 15, e 89 § 5; Novell. 115, cap. 3; Portugal De donat L. 3, cap. 20 n. 24. Querem alguns Jurisconsultos, em virtude do frag.

Entre nós os prodigos são equiparados aos dementes, quanto á incapacidade, aos favores, e á subjeição á curadoria (36). O Direito Romano contém disposição semelhante (37) que, segundo nos diz Ulpiano (38), data das leis das XII Tabôas. Esta curadoria, porém, lhe não pôde ser imposta, senão em virtude de processo e com citação delle.

Em que consiste a prodigalidade? A Ord. L. 4, Tit. 103 § 6 o diz:— *em gastar desordenadamente, e destruir a sua fazenda*; não se

de Marciano 3, D. De his quæ ut indignis anfer. (XXXIV, 9), que se funda em uma Constituição de Antonino referida por Marcello, que esta pena de perdimento da herança seja applicavel aos herdeiros legitimos ou testamentarios, qualquer que seja a molestia daquelles a quem devião succeder, sempre que negligenciarem a sua cura; mas, tendo a lei marcado precisamente os casos de desherdamento, torna-se insustentavel semelhante interpretação, ampliativa de disposição penal.

(36) Ord. L. 4, tit. 103 § 16 e seg., tit. 81 § 4, tit. 85 pr.; Mell. Tr. cit. L. 2, T. 12 § 9 in fin.

(37) Paulo Sent. L. 3, T. 4 § 7; Ulpiano Reg. Lib. Sing. T. 20 § 13; Inst. § 3, De curat. (I, 23); Dig. De curat. furios. (XXVII, 10); Cod. De curat. furios. vel prodig. (V, 70).

(38) Fr. I, D. De curat. furios. (XXVII, 10).

deve, pois, confundil-a com a liberalidade, o amor do luxo e da sumptuosidade, ou ainda com os vícios dispendiosos. Posto que a Moral pras-me a estes, não compete ao direito reprimil-os, violando a propriedade garantida em toda sua plenitude pela Constituição Política (39).

A prodigalidade, juridicamente considerada, consiste, pois, na tendencia a dispender a sua fortuna de modo incompativel com o pleno uso da razão (40).

(39) Const. art. 179 § 22. A unica excepção que a Constituição faz no direito de propriedade é—quando o bem publico legalmente verificado exige o uso e emprego da propriedade do cidadão, sendo este previamente indemnizado do valor della.

(40) Mell. Fr. cit. L. 2 T. 12 § 9 ; B. Carneiro cit. § 264 n. 5, not. (a) ; Per. de Carvalho cit. 2 P. n. 287 ; Portugal cit. L. 3, cap. 15 n. 34 define assim a prodigalidade : — Dicitur autem prodigus is, qui neque finem, neque tempus expensarum habet, sed bona sua dilacerando, et dissipando profundit, L. 1.º Cod. de curat. furios ; Vel qui proter modum, ac sine nullo delectu pecuniis utitur ; parumque omninò aut capit, aut quærit. Na continuação, porém, deste periodo, Portugal afasta-se das idéas que expuzemos. O Cod. Civ. Fr. arts. 513 e 514 não decreta propriamente a interdicção do prodigo ; apenas o subjeita a um conselho de familia, quanto a certos actos, entre os quaes

Cumprê, porém, attender-se que a nullidade dos actos do prodigo não se estende aos anteriores á sentença da interdicção; nem cessa emquanto esta não é competentemente revogada, ainda quando se prove a effectiva correcção do prodigo; entretanto, que os actos do alienado são validos ou nullos, segundo se provar que, quando os praticou, achava-se, ou não, effectivamente no plenc uso de sua razão, quer já estivesse, ou não, proferida, ou revogada a sentença declaratoria da alienação (41).

§ 9.º

A religião.

Antes do apparecimento do Christianismo não se conhecião em Roma differenças de direitos civis ou politicos, provenientes de motivos religiosos; pelo contrario, os Romanos trazião para o Capitolio os deuses das nações vencidas,

se não acha comprehendido o fazer testamento (V. art. 902). O Cod. da Luisiana art. 413, abolio completamente esta interdicção.

(41) Ord. L. 4, Tit. 103 §§ 3 e 6. B. Carneiro cit. §§ 261 n. 32, § 265 n. 5 e § 266 n. 3; Troplong cit. n. 534.

e lhes rendião culto. A mesma religião mosaica, que elles denominavão — *judaica superstitio*, foi tolerada pelos primeiros Imperadores, que admittirão os sectarios della a todas as honras, os obrigarão o cumprir os preceitos de seu proprio culto, e especialmente lhes permittirão a circumcisão dos meninos, o que em geral era punido como crime de castração (1).

O Christianismo, porém, ferindo de frente as crenças polytheistas, e o que ainda mais é, pregando doutrina moral que tornava indispensavel a reconstrucção da sociedade sobre novas bases, despertou nas autoridades romanas o espirito de intolerancia, que se manifestou pelas mais ferozes perseguições.

Quando a Lei Evangelica se tornou religião do Estado, os Imperadores, ainda animados do mesmo espirito de pagãa intolerancia, fulminarão contra todos os que a não seguião numerosas constituições, subjeitando-os a penas algumas vezes crueis, ou pelo menos a diversas restricções de capacidade.

(1) Ulpiano fr 3 § 3, D. De Decur. (L, 2); Modestino fr. 11, D. Ad. leg. Corn. de sicar. et venif. (XLVIII, 8).

Então classificavão-se os homens em — *fideles* e *infideles*; os primeiros subdividião-se em *orthodoxi* ou *catholici* e *heretici*, segundo acceitavão ou não todos os dogmas dos Concílios Ecumenicos; os segundos em *judæi* e *pagani*, conforme erão sectarios da religião de Moysés ou do polytheismo. Chamavão-se *apostatae* os que abandonavão as doutrinas da igreja catholica para recaírem nos erros de paganismo, do judaismo, ou de qualquer heresia.

Os pagãos não estavam propriamente sujeitos á restricções de capacidade, visto que o seu culto era absolutamente vedado sob pena capital e de geral confisco; mandarão-se fechar os seus templos, prohibirão-se todos os seus ritos e sacrificios, qualificando-os crimes publicos (2).

(2) V. Cod. L. 1, T. 11 — De paganis et sacrificiis et templis. A Const. 1, (de Constancio, an. 342, cit. Tit.) diz:— quod si aliquid forte hujusmodi perpetraverint, gladio ultore sternantur, facultates etiam perempti fisco decernimus vindicari. Estas mesmas penas são decretadas nas Constituições de outros Imperadores; Arcadio e Honório, porém, providenciavão, para que fossem os templos conservados, as antigas festividades publicas e banquetes, — *festos conventus, et festa convivia* (Const. 3—5 cit. tit.), e Honório e Theodosio, para que, a pretexto de religião, não

Os judeos erão tratados com tolerancia ; suas pessoas, seus bens, e seu culto erão respeitadados ; sómente lhes era vedado o accesso aos cargos e dignidades publicas, e, na esphera do Direito Privado, o casamento com as christãas (3).

Para os hereges, pelo contrario, a lei era em geral severissima ; a uns punia com a perpetua infamia, a outros com o confisco ou a deportação, e a alguns até com o ultimo supplicio ; em geral, erão declarados incapazes de herdar e de testar, algumas vezes — de todos os actos juridicos (4).

Com igual rigor erão tratados os apostatas, a quem, em geral se negava o direito de herdar e de testar (5).

fizessem os particulares violencias contra os pagãos e judeos (Const. 6 cit. tit.).

(3) V. Cod. De judæis et cælicollis. (I, 9). O casamento entre Judeos e Christãos foi vedado por uma Constituição de Valentiniano, Theodosio e Arcadio (5, cit. tit.) que o subjeitou ás penas de adulterio, e a ser accusado por qualquer do pôvo,— *publicis vocibus*.

(4) V. Cod. Do hæreticis, et manichæis et Samaritis (I, 5)

(5) V. Cod. De apostatis (I, 7).

Pela legislação portugueza, os judeos, ainda depois de convertidos, bem como os descendentes destes, erão excluidos dos cargos publicos (6), e de quaesquer honras, fóros, assentamentos, etc. (7); erão até expulsos de Portugal, sob pena de morte, os que sahião nos *autos da fé* (8). Os hereges e apostatas incorrião, além das penas canonicas, nas civis de infamia, confiscação geral de bens, e de serem queimados vivos (9). Demais estas tres classes de pessoas — judeos, hereges, e apostatas, estavão sujeitas a certas restricções juridicas (10).

(6) C. R. de 13 de Abril de 1633; especialmente era-lhes vedado o serviço de lettras; C. R. de 24 de Maio de 1605, 10 de Novembro de 1621, 23 de Fevereiro de 1623 etc. — V. Alv. de 24 de Junho de 1771.

(7) C. R. de 6 de Maio de 1614 cap. 3.

(8) Alv. de 5 de Agosto de 1683.

(9) Ord. L. 5, T. 1; L. de 12 de Junho de 1769, 25 de Maio de 1773, 15 de Dezembro de 1774.

(10) Aos judeos não valia a immuidade das Igrejas (Ord. L. 2, tit. 5 § 1); não podião ser testemunhas em litigios entre Christãos (Ord. L. 3, tit. 56 § 4); e erão obrigados a andar de ca-

Hoje, comquanto a Constituição declare religião do Estado a catholica-apostolica-romana, estabelece o principio da tolerancia religiosa.

Este principio, porém, é limitado, pois que os cultos acatholicos sómente são permitidos em particular; isto é, em casas que não tenham a fôrma exterior de templo, e sem publicidade (11).

Tanto o principio da tolerancia como este seu limite, são protegidos pelo Codigo Criminal (12).

Mas, não sómente achão-se abolidas as penas decretadas pela anterior legislação contra os delictos religiosos, como tambem devem-se julgar extinctas as respectivas restricções de capacidade, visto que estas emanavão daquellas. Demais, devendo a Lei conceder a todos igual

rapuça ou chapéo amarello (Ord. L. 5, tit. 94). Aos heroges e apostatas era denegada a facção testamentaria, activa e passiva (Ord. Liv. 4. tit. 81 § 4, tit. 88 § 17 e tit. 89 § 7).

(11) Const. arts. 5 e 179 § 5; Cod. Crim. art. 276.

(12) Cod. Crim. cit. art. 191, 276, e 277.

protecção (13), deixarião de recebê-la os sectarios desses cultos, se continuassem sujeitos a estas restricções (14).

§ 10.

A profissão.

Tambem os direitos privados se modificavão em Roma, segundo a diversidade de profissões.

(13) Const. art. 179 § 13.— A Constituição entretanto faz uma limitação ao principio da plena igualdade dos direitos politicos dos acatholicos, inhabilitando-os para as funcções de deputado; nenhuma outra limitação, porém, póde ser decretada em lei ordinaria, porque iria de encontro á disposição do art. 179 da Const.

(14) Sobre a materia deste §, V. especialmente Savigny Tr. de Dr. Rom. § 84; Marezoll Dr. Priv. des Rom. § 77; Maynz Élém. de Dr. Rôm. § 106; Mackeldey Man. de Dr. Rom. § 148; Ortolan Expl. hist. des Instit., Gener., n. 27; Cavall. Inst. Jur. Can. P. 3, Caps. 30 e 31; Gmeiner Instit. Jur. Eccl. Priv. § 293, e seg.; Philips Dr. Eccl. §§ 97—102; Ag. Barb. In. Lib. V, Decret. T. 7. De hæreticis; Mell. Fr. Ins. Jur. Crim. T. 2 § 5 e seg.; M. Barboza ad. Ord. L. 2. tit. 5 § 1, n. 2, L. 3, tit. 54 concl. 7, n. 47, L. 4, tit. 81 § 4 e L. 5, tit. 1.

umas havião que conferião privilegios, outras que diminuindo ou restringindo a consideração publica, *existimatio*, limitavão a capacidade.

Entre as primeiras sobresahião a clerical (1), a militar (2) e a rustica (3); das segundas trataremos no § seguinte. Mas, outras profissões tambem havião que gozavão de varios privilegios, como a dos professores dos *estudos liberaes*, *eleuteria*, a dos advogados, medicos, banqueiros, etc. (4).

Muitas erão as profissões e industrias privilegiadas pela autiga legislação portugueza (5);

(1) V. Cod. L. 1, T. 3, De episcopis et clericis, etc.; Nov. 131, De ecclesiasticis titulis e privilegiis, etc.

(2) Inst. L. 2, T. 11, De militare testamento; Dig. L. 29, Tit. 1.º, De militis; L. 37, T. 13, De bon. poss. ex test. milit.; L. 49, T. 16, De re militari; Cod. L. 12, T. 36, De re militari. V. Gaio Com. II, § 109.

(3) V. fr. 2 § 1, Dig. Si quis voe. in jus. (II, 5); fr. 1 § 5, Dig. De edendo (II, 13); fr. 2 § 7 in fin. Dig. De jure fisci, (XLIX, 14); Const. 8, Cod. Qui admitti ad bonor. possess. poss.; (VI, 9.)

(4) V. Dig. L. 50, T. 13, De extraordinariis cognitionibus; Cod. L. 2, T. 7—9; L. 10, T. 52, etc.

(5) V. Fernandes Thomaz Repert. Ger. vb. *privilegiado e privilegio*.

mas, esses privilegios, em geral, e em particular as corporações de officios, seus juizes, escrivães e mestres, forão abolidos pela Constituição (6). Entretanto, ainda se considerão privilegiadas na esphera de direito civil as profissões :

I. Dos *advogados, medicos, cirurgiões e boticarios*, quanto ao processo para a cobrança dos seus salarios, e a dos primeiros, bem como em geral os *doutores*, quanto á força probante dos alvarás, por elles feitos e assignados (7).

II. Dos *militares*, quanto á dispensa de certas formalidades testamentarias, e a escusa do erro de direito (8).

III. Dos *commerciantes* matriculados, quanto a certas prerogativas relativas ao commercio (9).

(6) Art. 179 §§ 16, 17, 24 e 25.

(7) Man. Barb. ad Ord. L. 1, T. 24 § 41; Alv. de 22 de Janeiro de 1810 § 34; L. de 30 de Agosto de 1828 § 5; Ord. L. 3, tit. 59 § 15; Ord. n. 82 de 30 de Março de 1849.— V. T. 1 Cap. 1 § 5.

(8) Ord. L. 4, T. 83; V. Tit. 3, cap. 4. Os officiaes militares até o posto de capitão tambem tem a faculdade de passar procuração por instrumento particular; cit. Ord. n. 82 de 30 de Março de 1849.

(9) Cod. Comm. art. 21, 22, 309, 310, 825, e 898, 14 e 15 do Tit. Un.; Reg. n. 737 de 25 Novembro

IV. Dos *rusticos*, quanto á escusa do erro de direito (10).

§ 11.

A consideração civil (Infamia, indignidade, miserabilidade.) — Direito Romano.

Entre os Romanos a plenitude da consideração publica—*existimatio*, era condição da plenitude da capacidade juridica, e a lei definia os factos, que presumindo-se restringir ou nullificar aquella, tambem restringião ou modificavão esta (1).

de 1850 art. 3 § 1, 321 e 343 § 3. V. Decr. n. 1697 de 1 de Maio de 1855 art. 2.

(10) V. T. 3, Cap. 4.

(1) Callistrato fr. 5 § 1, Dig. De extraord. cognit. (L. 13).— *Existimatio est dignitatis illese status, legibus ac moribus comprobatus, qui ex delicto nostro auctoritate legum aut minuitur, aut consumitur.* Sobre a infamia entre os Romanos, v. Dig. L. III, T. 2, De his, qui notantur infamia, Cod. L. II, T. 12. Ex quibus causis infamia irrogatur; Savigny Tr. de Dr. Rom. §§ 76—83; Marezol Dr. Priv. des Rom. § 76; Maynz Élém. de Dr. Rom. § 105; Mackeldey Man. de Dr. Rom. §§ 127 e 128; Ortolan Expl. hist. des Instit. Gen. n. 24; Molitor De minuta existinat. ex juræ rom., etc.

Pela *capitis diminutio magna e media*, perdendo-se o direito de liberdade e o de cidade, perdia-se toda consideração civil, e por conseguinte toda capacidade de direito civil (2). Mas, ainda conservando-se estes dous direitos ou *estados*, podia-se soffrer alguma diminuição na *existimatio*, e ficar conseguintemente inhibido do exercicio de certos direitos, para os quaes se exigia a plenitude desta.

Esta diminuição da *existimatio* denominava-se—*infamia*, e tinha lugar nos seguintes casos :

I. De qualquer condemnação criminal proferida em um *judicium publicum* (3); erão tambem equiparadas a estas condemnações as baixas dadas aos soldados por causa ignominiosa, a surpresa da mulher em flagrante delicto de adulterio, a violação de transacção feita sob juramento, e o facto de se não provar a denuncia dada ao fisco (4).

(2) Callistrato cit. fr. 5 §§ 2 e 3.

(3) Fr. 7, Dig. De publ. judic. (XLVIII, I); fr. 56, Dig. Pro socio (VII, 2).

(4) Jul. fr. 1, e Ulp. fr. 2 pr. e §§ 1 2 Dig. cit. De his qui not. inf. (III, 2); Ulp. fr. 43 §§ 12 e 13. Dig. cit. De ritu nupt. (XXIII, 2); Const.

II. Da condemnação por certos delictos privados, como o furto, o roubo, a injuria, e a fraude (5), A usura tambem devêra ser classificada entre estes delictos ; e, comquanto, pela legislação Justiniana fosse isenta de pena, continuou sempre a ser considerada como infame (6).

III. Da condemnação nas acções *pro socio, tutela, mandati e depositi* (7), sempre que se verificava a fraude (8) ; e no caso de insol-

41, Cod. De transact. (II, 4) ; Marciano fr. 18, § 7, Dig. e Callistrato fr. 2 pr. Dig. De jure fisci. (XLIX, 14).

(5) Inst. § 3, De pœna temere litig. (IV, 16) ; Ulp. fr. 4, § 5 Dig. De his qui not. infamia (III, 2).

(6) Const. 20, Cod. Ex quibus caus. inf. (II, 12).

(7) Inst. cit. § 3 ; Ulp. fr. 6 §§ 5—7, Dig. cit. De his qui not. infam.

(8) Marezoll (*Ueber die bürgerliche Ehre*) sustenta que se incorria na infamia nestes casos, independentemente da verificação da fraude; Doneau (XVIII, 8) §§ 8—13 mostra o contrario ; v. a conciliação destas opiniões em Savigny cit. § 77, not. (t). Entre estes casos include-se a destituição do tutor por suspeito, (Inst. § 6, De susp. tutor., I, 26 ; fr. 3 § 16, Dig. eod. tit., XXVI, 1 ; Const. 9, Cod. eod. tit. V, 43) ; e o casamento delle ou de sen

vabilidade, quando esta dava lugar a *missio creditorum in bona*, e não quando o devedor voluntariamente entregava os bens—*cessio bonorum* (9).

IV. De actos concernentes ás relações sexuaes, taes como :

1.° A inobservancia da duração legal do luto, caso em que a infamia estendia-se, além dos consortes aos seus pais, se aquelles vivião sob o poder destes, e havião recebido autorisação para este fim (10) ; o periodo do luto, que era de dez mezes, foi elevado a doze por uma Constituição de Gratiano, Valentiniano e Theodosio (an. 381) (11).

2.° A bigamia, e os duplos esponsaes, casos

filho com a pupilla (fr. 26 pr. D. De ritu napt. XXIII, 2 e Const. 7 Cod. De interd. matrim. V. 6).

(9) Gaio Comm. II § 154 ; Const. 8, Cod. Qui bon. (VII, 71) ; Const. 11, Ex quib : caus. inf. (II, 12).

(10) Ulp. fr. 11 e 23 Dig. cit. De his qui not. inf. Esta disposição tinha por fim evitar a *turbationem sanguinis* (cit. fr. 11 § 1).

(11) Cod. L. 5, T. 9, De secundis nuptiis.

em que a infamia também se ampliava aos pais em cujo poder estavam os contrahentes (12).

3.º A pederastia passiva, *muliebria passus* (13).

V. Certas profissões como:

1.º A da prostituição da mulher, *palam, corpore*, ou *vulgo quæstum facere* (14).

2.º A de dar alcouce, *lenocinium facere* (15).

3.º A de representar publicamente nos theatros,—*qui artem ludricam faciunt*, ou de combater as feras nos amphitheatros (16).

Além das consequencias politicas que trazia a infamia, isto é, a perda das *honores* e do *suffra-*

(12) Ulp. fr. 13 § 1—4, D. cit. De his qui not. inf. (III, 2).

(13) Fr. 1 § 6, D. De postul. (III, 1); e Const. 31, Cod. Ad. Leg. Jul. de adult. (IX, 9).

(14) Ulp. Reg. T. 13 § 1 e fr. 43, D. De ritu nupt. (XXIII, 2), onde desenvolve amplamente a materia.

(15) Ulp. fr. 4 §§ 2 e 3, D. cit. De his qui not. infam. (III, 2), e cit. fr. 43 §§ 6—9, D. De ritu nupt. (XXIII, 2).

(16) Ulp. fr. 2 § 5, cit. De his qui not. infam. (III, 2), e fr. 1 § 6, D. cit. De postul. (III, 1).

gium, outras havião concernentes ao direito privado, como seião :

1.º A perda do direito de postular em juizo, salvo em favor de certas pessoas determinadas (17).

2.º A prohibiçãõ de contrahir matrimonio com pessoas de certas classes (18).

3.º A incapacidade para servir de testemunha em juizo ou nos actos solemnes (19).

4.º E para herdar por testamento, havendo irmão vivo do testador, o que dava lugar á *querela inofficiosi testamenti* (20).

(17) Fr. 1 §§ 8 e 11, fr. 2—5, De postul. (III, 1).

(18) Ulp. Reg. Lib. Sing. T. 13 e 14; e D. L. XXIII, T. 2, De ritu nuptiarum.

(19) Novell. 90, Cap. 1 — Sancimus autem... bonæ opinionis esse oportere testes, et aut carentes hujusmodi derogatione per dignitatis, aut militæ, aut divitiarum, aut officii, causam: aut si non tales consistent, ex utroque tamen quia fide digni sunt, testimonium perhibere. Et non quosdam artifices ignobiles, neque vilissimos, neque nimis obscuros ad testimonium procedere, sed ut si qua de eis dubitatio fuerit, possit facile demonstrari testium vita, quia inculpabilis atque moderata est.

(20) Const. 27, Cod. De inoff. testam. (III, 28) :

Savigny, porém, afastando-se da opinião geral, não considera estes dous ultimos preceitos como consequencias rigorosas da infamia.

Cumpre observar-se que umas vezes a infamia emanava das condemnações judicarias, outras vezes estava ligada immediatamente a certos actos ou profissões, independentemente da declaração do juiz ; dahi vem a divisão, que fazem os jurisconsultos modernos, de infamia *mediata* e *immediata*. Tambem elles a costumão dividir em *infamia juris et facti* ; e definem a primeira a que é expressamente irrogada pela lei, e a segunda a que acompanha certos actos ou costumes, considerados como deshonorosos pela opinião publica, embora a lei os não declare infames (21).

Fratres, vel sorores uterini ab inofficiosi actione contra testamentum fratris, vel sororis penitus arceantur. Consanguinei autem, durante adgnatione, vel non, contra testamentum fratris sui, vel sororis de inofficioso quæstionem movere possunt; si scripti hæredes infamiæ, vel turpitudinis, vel levis notæ macula adspergantur: vel liberti, qui perperam, et non bene merentes, maximisque beneficiis suum patronum adsecuti, instituti sunt, excepto servo necessario hærede instituto. V. § 1, Inst. De inoff. test. (II, 18).

(21) Jul. fr. 2, D. De obseq. parent. (XXXVII, 15).

O illustre professor de Berlim tambem não aceita estas divisões ; considera a primeira como superflua e esteril, e a segunda como inteiramente inadmissivel, e até perigosa, por não poder-se dar caracteristico certo á *infamia facti*, e ficar ella dependente da opinião publica, que por vezes deixa-se desvairar por preconceitos ou rumores infundados.

Havião além disso certas pessoas que por suas condições sociaes ou profissões erão qualificadas como — *turpes, viles, abjectæ, humiles*, taes como os libertos, e os filhos dos que se davão a *artem lubricam*.

Nestes casos não havia *infamia*, e sim apenas uma *levis nota*, que entretanto produzia effeitos juridicos em relação ao matrimonio e á que-rela *inofficiosi testamenti* (22). Outras pessoas havião a quem os censores infligião discriciona-

— ... licet enim urbis edicti non habeantur infames ita condemnati, se tamem ipsa, et opinione hominum non effugiunt infamiæ notam. V. Callist. fr. 3, D. De test. (XXII, 5).

(22) Ulp. cit. Reg. Lib. Sing. T. 13 e 16 § 2; Paulo fr. 41 pr. e § 5, D. cit. De ritu nupt. (XXIII, 2); Modest. fr. 1 § 1, D. De natal. restit. (XL, 11); cit. Const. 27, Cod. De inoff. testam. (III, 28).

riamente a deshonra por meio de uma nota nas listas do censo, e a quem podião expellir do senado, da ordem equestre, e até de todas as tribus, tornando-os neste caso — *erarii*.

A indignidade, porém, era uma instituição inteiramente differente da infamia ; applicava-se a certos actos criminosos ou reprovados pela moral, quasi sempre relativos ás pessoas de quem o indigno devêra receber herança ou legado, ou relativos a esta mesma herança ou legado, e consistia na inaptidão para reter a estes em seu poder. A indignidade tambem se não confundia com a incapacidade, porque a instituição do incapaz era nulla, emquanto a do indigno era valida ; sómente este não podia conservar em seu poder a herança ou legado, os quaes devião passar para o fisco ou outras pessoas.

Havião casos de indignidade que se referião só ás heranças, outros só aos legados, outros finalmente, que erão communs tanto ás heranças como aos legados. Umaz vezes esta pena era imposta em proveito do fisco, outras vezes o era em proveito de diversas classes de pessoas designadas pela lei (23).

(23) V. Dig. L. XXXIV, T. 9, De his quæ ut

Direito moderno.

Ambas estas instituições perpetuárão-se mais ou menos no Direito das nações modernas (24). Assim, a legislação franceza decreta penas afflictivas e infamantes, ou simplétmente infamantes, que importão a restricção dos direitos civis e administrativos (25); a pena de morte, de prisão perpetua com trabalho, e de deportação, accarreavão a morte civil, isto é, a extincção de todos os direitos, menos os que são indispensaveis para a conservação da vida physica do civilmente morto (26). Hoje o morte civil está

indigni auferuntur; Cod. L, VI, T. 35, De his quibus ut indignis hereditates auferuntur, etc.—Troplong Des donat. entre vifs et des testam. n. 180, 573 e seg.; Mackeldey cit. § 710; Zachariæ Le Dr. Civ. Fr. § 353, 355 e 356; Toullier Le Dr. Civ, Fr. vol. 4, n. 105 e seg.; etc.

(24) Tambem encontramos a instituição da infamia adoptada pelo Direito Canonico, com pouca alteração da forma que tinha entre os Romanos: Cavall. P. 1. Cap. 21 § 5.

(25) Cod. Pen. art. 6, 8, 28, 31; Chauveau et Helie Théor. du Cod. Pen. n. 105 e seg.

(26) Cod. Pen. cit. art. 18, e Cod. Civ. arts. 23 e 25; Zachariæ cit. §§ 65 — 68, e 70.

abolida; comtudo persiste a mesma incapacidade absoluta dos condemnados a penas afflictivas perpetuas (27). Tambem o notorio máo procedimento, ainda não sendo punivel, inhabilita para as funcções da tutela (28).

Segundo a legislação hungara certos crimes graves podem dar lugar á declaração de infamia, a qual, porém, deve ser proferida em processo especial, — *processus infamiæ*. Nos codigos alle-mães publicados depois de 1838, não se decreta a infamia como corollario da penalidade, mas sim em maior ou menor escala a restricção dos direitos politicos, civis e honorificos (29).

Quanto á *indignidade*, a lei franceza tambem expressamente a declara em certos casos (30).

A legislação e jurisprudencia portugueza

(27) Lei de 8 de Junho de 1850 art. 3, e 31 de Maio de 1854; Zachariæ cit. § 66; Troplong cit. n. 511 e 542.

(28) Cod. Civ. cit. art. 444 § 1.

(29) Mittermeier La législ. pén. § 26; Rossi Dr. Pén. L. 3, Cap. 10; Boitard Leç. sur le Cod. pén. p. 81 e seg., 213 e seg. etc.

(30) Cod. Civ. cit. art. 727; Paillet ao cit. art. 727; Zachariæ §§ 353, 355, 356; Toullier cit. vol. 4 n. 106 e seg.; Troplong cit. n. 180, 573 e seg., etc.

igualmente admittem a infamia, e a sua classificação em infamia de direito e de facto, mediata e immediata, e como corollario della, além da exclusão de todas as honras e cargos publicos (31), estatuem a incapacidade do infame :

I. Para servir de procurador em juizo (22).

II. Para ser instituido herdeiro com prætérioção do irmão do testador (33), e para querellar o testamento do irmão, posto que nelle seja outro infame instituido.

(31) Ord. L. 1, T. 24 § 1, e L. 5, T. 6 § 13, — V. Const. 2 e 12 Cod. De Dignit.

(32) Ord. L. 1, T. 48 § 25.— Item o que fôr condemnado por falsidade, ou outro crime, porque fique infame, não poderá ser procurador.— Pelo Ass. da Cas. da Suppl. de 28 de Julho de 1671 declarou-se que os penitenciados pelo crime de judaismo, seus filhos e netos, não podem advogar na dita Casa da Supplicação, nem nos outros auditorios da Côrte.

(33) Ord. L. 4, T. 90 § 1.—Quando o irmão testador fizer herdeiro pessoa infame de infamia de Direito ou de feito: assim como se o herdeiro instituido fosse reputado entre os bons, por vil e torpe, e de mãos costumes, por ser bebado, taful ou de outras semelhantes torpezas, etc. Rep. das Ord. vol. 3, pag. 63, *vb. Infame não pôde querellar, etc.*

III. Para ser nomeado tutor, ainda testamentario (34).

Quanto á incapacidade para servir de testemunha, a Ordenação não a irroga de modo absoluto ; mas declara que ao condemnado por falsidade poderá a parte oppôr a *contradicta de falsidade, e segundo esta fôr provada assi será o seu testemunho impugnado em parte ou em todo* (35). Prohibe, porém, que se defira juramento suppletorio ao autor ou réo, *quando fôr pessoa torpe e vil* (36).

Entretanto essa legislação não define quaes os casos em que se incorre na infamia de direito, e apenas exemplificativamente como taes aponta o crime de falsidade e o de lesa-majestade] divina ou humana de primeira cabeça, devendo algumas vezes estender-se a infamia aos filhos e netos varões do condemnado (37).

(34) Ord. L. 4, T. 102 § 1... E saberá outrosi, se deixou por tutor, ou curador pessoa, que per Direito o póde ser, que não seja...ou infame... V. Rep. das Ord. cit. vol. 3, pag. 62 *vb*, *Infame*.

(35) Ord. L. 3, tit. 58 §§ 5.— Phæbo, Decis. 108 n. 41.

(36) Ord. L. 3, tit. 52 § 2.

(37) Ord. L. I, tit. 48 § 25 e L. 5 T. 6 pr. §§ 13

Os jurisconsultos, porém, suppreem esta lacuna côm as disposições do Direito Romano.

Quanto á infamia de facto, tambem ella a define exemplificativamente, e díz que deve considerar-se *infame de feito* o que é *reputado entrè os bons por vil e torpe, e de mãos costumes, por ser bebado, taful, ou de outras semelhantes torpezas* (38), ampliando assim o sentido das expressões *turpes* e *viles* do Direito Romano.

Cumpre-nos lembrar que, em certa época forão em Portugal os christãos novos e seus descendentes votados á perpetua infamia (39), e se mandavão tirar escrupulosas informações

e 21 ; L. de 25 de Maio de 1773. A segunda destas Ord. cit. referindo-se aos *antigos sabedores*, que comparavão este crime á lepra, por ser esta enfermidade incuravel e hereditaria, diz que—*assi elle condemna o que o commette, e impece e infama os que de sua linha descendem,—posto que não tenham culpa*. A Const. de Arcadio e Honorio 5, Cod. Ad. leg. Jul. mag. (IX, 8), depois de condemnar os réos deste crime á morte e ao confisco geral, diz que perdôa aos filhos —*imperatoria specialiter lenitate... (paterno enim deberent perire supplicio, in quibus paterni, hoc est hereditarii criminis exempla metuuntur.)*

(38) Ord. L. 4, tit. 90, § 1. V. not. 33 supra.

(39) V. § 9 supra not. 6 — 8.

secretas acerca dos pretendentes a officios, ordens e dignidades, bem como acerca de suas mulheres, para verificar-se se tinham parte de christãos novos, mouros ou mulatos (40). Estas ini-
quas distincções, porém, forão completamente abolidas (41).

A tendencia a restringir os casos de infamia observa-se tambem nos actos que declarão, que não é infame o officio de cortadores dos açougues (42), nem o casamento de Portuguezes com indigenas da America (43), nem a pena de calceta aos vadios (44), nem a profissão de comediante, ainda assalariado (45).

Distinctos jurisconsultos estrangeiros recu-

(40) Decr. de 16 de Agosto de 1671; Res. de 20 de Setembro de 1672, cit. por B. Carn. § 290 n. 1. not. a).

(41) Alv. de 24 de Janeiro de 1771, Lei de 25 de Maio de 1773, 15 de Dezembro de 1774, Av. de 11 de Março de 1774.

(42) Prov. de 8 de Junho de 1750.

(43) Alv. de 4 de Abril de 1755.

(44) DD. de 4 de Novembro de 1755 e de 27 de Janeiro de 1757.

(45) Alv. de 17 de Julho de 1771 § 10.— V. Mell. cit. L. 2, T. 13 § 13 not.

são-se a admittir a infamia no Direito Civil moderno (46); pode-se até asseverar que a opinião hoje dominante é absolutamente contraria a esta instituição. Com effeito, o legislador exorbita da esphera do Direito, quando quer pautar a estima e desprezo publico, pois que estes são phenomenos da consciencia, e consequentemente do dominio exclusivo da moral; seus preceitos são portanto ociosos, ou impunemente burlados, segundo conformão-se ou contrarião a opinião publica. Demais, a lei, ainda punindo, deve elevar e não abater o homem na escala da moralidade; ora, imprimindo estigma indelevel, ella procura impedir que o infamado se rehabilite aos olhos da sociedade, e salvo o caso de extraordinaria energia de character, impossibilita a sua regeneração moral (47).

Entretanto a nossa Constituição Politica (48) limita-se a prohibir que *a infamia do réo se transmitta aos parentes em qualquer gráo que seja*; donde logicamente se infere que esta instituição conti-

(46) Savigny cit. § 83.

(47) Haous obser. sur le proj. de revis. do Cod. pen. vol. 1 p. 122 e seg. V. Chauveau et Helie cit, n. 110, 2º Add.

(48) Art. 179 § 20.

nuou a existir, tendo-se apenas tornado intransmissível; accresce que nenhuma lei posterior a abolio expressamente (49).

Attendendo-se, porém, que nenhum crime póde ser punido com penas que não estejam estabelecidas nas leis, ou com mais ou menos do que as que estas decretão (50), e que a infamia não se acha incluída entre as penas estatuidas pelo Código Criminal, ou as suas consequencias, pensão alguns distinctos jurisconsultos que foi abolida implicitamente pelo dito Código a que se ligava a certos crimes publicos ou particulares, segundo o Direito Romano. Mas desde se julgão abolidos estes casos de infamia de Direito, não

(49) O Sr. Dr. P. Baptista Comp. da theor, e prat. de proc. civ. § 135 admitte tanto a infamia de Direito, como a de facto; porquanto, qualifica como testemunhas defeituosas por falta de boa fama os condemnados por crime de falsidade, e *outros crimes considerados infamantes*, as meretrizes, malfeitores, jogadores, vadios, etc.; a mesma doutrina, com pequena alteração, é sustentada pelo Sr. Dr. Moraes Carvalho Praxe forense § 526, e Souza Pinto Prim. Lin. sobre o Proc. Civ. Bras. § 1265; este ultimo no § 122 tambem qualifica a infamia como um dos impedimentos para o cargo de procurador.

(50) Cod. Crim. art. 33.

ha razão para que se considerem subsistentes os outros casos de infamia da mesma especie, ou da de facto, visto que nestes ha apenas factos moralmente reprovados, mas não legalmente puniveis (51). Alguns, entretanto, sustentão que sómente acha-se abolida a infamia de Direito, e que subsiste a de facto, o que absolutamente não nos parece logico (52).

Quanto á indignidade, a legislação a admitia, quando o herdeiro *ab intestato* impede aquelle, a quem houvera de succeder, de fazer seu testamento, ou quando o herdeiro testamentario impede o testador de revogal-o (53), e em geral em todos os mais casos em que pelas Ordenações ou pelo Direito Commum devem os bens passar para

(51) Sobre a questão—quaes os crimes que pela legislação Portugueza induzião infamia, v. Mell. Fr. cit. Ins. Jur. Crim. T. 1 § 18, e Th. Valasco All. 13.

(52) O Sr. Dr. Tr. de Loureiro cit. § 400 concede a *querela de testamento inófcioso*, quando o instituido herdeiro é pessoa torpe por seus vicios ou máos costumes, o que constitue a infamia de facto ; o Sr. Dr. T. de Freitas, Consol. art. 1020 sustenta a mesma doutrina, e usa da expressão—*pessoa vil e de máos costumes*; nenhum dos dous, porém qualifica o herdeiro de *infame*.

(53) Ord. L. 4, T. 48 pr. e § 2.

o Fisco, por não poderem certas pessoas havêl-os por indignas (54), casos que, além de outros jurisconsultos, Portugal amplamente expõe (55).

Entre nós, porém, não subsiste a indignidade, porque ella importaria a confiscação da herança, e a Constituição (56) determina *que não haverá em caso algum confiscação de bens*.

(54) Ord. L. 2, T. 26 § 19.

(55) Portugal De donat. reg. L. 3, cap. 29, 31—33; Cabedo P. 2, Decis. 58; Mell. Fr. cit. L. 4, T. 2 § 13, not. ; Alm. e Souz. Not. a Mell. L. 2, T. 4 § 3 n. 2.

(56) Const. art. 179 § 20. — Não obstante a formula generica de que serve-se a Constituição neste §, entende-se que ainda são permittidos os confiscos em certos casos particulares de ordem administrativa, taes como os de que tratão a Circ. de 3 de Março de 1828 Coll. Nab. ; o Tr. com a Un. Anglo-Americ. de 12 de Dezembro de 1828 arts. 18, 19 e 28 ; a Lei n. 369 de 18 de Setembro de 1845, art. 35 ; a Ord. n. 27 de 12 de Março de 1864, etc. V. o Sr. Dr. Per-Perdigão Malheiro Man. do Proc. dos Feitos da Faz. Nac. § 162 e not. 312 e 313.

§ 12.º

O domicilio.

Domicilio é o lugar onde se habita com intenção de permanecer (1).

Em relação ao domicilio classificão-se as pessoas nas seguintes especies :

I. Os que tem domicilio *voluntario* ; para que este se verifique é preciso não só a effectiva residencia em um lugar, como tambem a intenção de ahi continual-a, emquanto alguma nova razão não vier mudar esta intenção (2).

II. Os que tem domicilio *necessario*, isto é, determinado pela lei ; taes são os degredados (3);

(1) Ord. L. 2, tit. 56 § 1.—V. Dig. L. 4, T. 1, Ad. Municip. et de incol. ; e Cod L. X. T. 39, De incolis. etc.

(2) Papiniano fr. 17 § 13, D. cit. (L, 1). — Sola domus possessio, quæ in aliena civitate comparatur, domicilium non facit; Paulo fr. 20 D. eod. loc. (L, 1). — Domicilium re et facto transfertur, non nuda contestatione.

(3) Paulo fr. 22 § 3, D. eod. loc. (L, 1). — Relegatus in eo loco, in quem relegatus est, interim necessarium domicilium habet. V. Ulp. fr. 27 § 3, eod. loc. ; Cod. Crim. art. 51.

os soldados que se achão de guarnição (4); os funcionarios ou empregados publicos (5); os filhos (6), e mulheres casadas (7), emquanto não se separão definitivamente dos pais, ou dos maridos.

III. Os que estão *ausentes* do seu domicilio; qualquer póde conservar-se ou sahir do Imperio, como lhe convenha, levando consigo os seus bens, guardados os regulamentos policiaes, e salvo o prejuizo de terceiro (8); a mesma liberdade tem o cidadão ou o estrangeiro de viajar dentro do Brasil (9). O ausente póde fazer quaesquer contractos por procurador, e em geral basta a acceitação do tabellião para tudo quanto lhe é util (10). Elle goza do beneficio de res-

(4) Hermogen. fr. 22 § 1, D. cit. loc. (L, 1). — Miles ibi domicilium habere videtur, ubi meret, *si nihil in patria possideat*.

(5) Arg. dos fr. 20, 22 § 3, e 23 § 1, supra cit. V. o Sr. Coelho da Rocha § 68.

(6) Ulp. fr. 3, 4 e 6 § 1, D. cit. loco.

(7) Paulo fr. 22 § 1, e Papirio Justo fr. 38 § 3.

(8) Const. art. 179 § 6.

(9) Lei de 3 de Dezembro de 1841 art. 12; Reg. de 31 de Janeiro de 1842 art. 67—110; D. n. 1531 de 10 de Janeiro de 1855. V. Noç. prelim. de Dir. Adm. Bras. T. 3. Cap. 3 § 2.

(10) Ord. L. 4 T. 63 pr. — Pegas For. Cap. 28, n.

tituição *in integrum* (11), e a prescrição a que está sujeito é de mais longo prazo (12). E' nullo o processo contra elle intentado sem citação, e esta deve ter lugar por precatória, se se sabé o lugar onde se acha, ou por edictos, se este é incerto (13). O procurador do ausente, porém, pôde receber esta citação, salvo se na procuração elle se reservou a nova citação (14). São judicialmente arrecadados os bens dos ausentes que não se sabe se são mortos ou vivos, e entregues, sob fiança, aos seus parentes mais proximos, como curadores,—*dous* annos depois de começada a ausencia, se esta teve lugar por meio de viagem maritima, e não consta que o navio ou as pessoas que nelle forão chegassem ao ponto a que se destinavão, ou a qualquer outro ; — *quatro* annos depois das ultimas noticias, se o ausente não deixou procurador na terra ; e — *dez*

898—900 ; B. Carn. Dir. Civ. § 279 n. 1 ; Corr. Tell. Man. do Tabell. Secç. 1, Cap. 1 § 5.

(11) Fr. 17 § 1, fr. 21—23, fr. 26 § 7, fr. 27, fr. 41, e fr. 43, Dé Quib. caus. maj. vigintq. an. in integr. restituuntur (IV, 6).

(12) Ord. L. 1, T. 84 § 23, e L. 4, T. 3 § 1.

(13) Ord. L. 3, tit. 1 § 2, e seg. § 8, e tit. 2 pr. e § 1.

(14) Ord. L. 3, tit. 2 pr. e § 1.

anos depois, se o deixou (15). Esta curadoria também se denomina *successão provisoria*, e se transforma em definitiva, logo que se finda o prazo legal ou presumido da vida do ausente (16). Mas, desde que este volta, são-lhe entregues os seus bens em todos os casos, recebendo o curador uma remuneração pelos seus serviços (17).

(15) Ord. L. 1, tit. 62 § 38 ; Reg. do Des. do Paç. § 50; Decr. de 15 de Novembro de 1827 ; e n. 2433 de 15 de Junho de 1859 art. 1 — 3, 47, etc.

(16) V. Cap. 3, huj. tit., e Per. de Carv. Pr. Lin. sobre o Proc. Orph.; P. 2, Cap. 25; B. Carn. cit. § 282.

(17) V. not. 15 supra, e Per. de Carv. cit. § 180, 183 e respectivas notas. — Deferida a successão definitiva, cessa a fiança pelos bens do ausente, e o successor adquire o direito de dispôr amplamente delles, como de propriedade sua ; e ainda quando o ausente appareça, não pôde annullar as alienações que se tiverem feito, e sim apenas reclamar o seu preço do vendedor. Quanto ao salario dos curadores judiciaes dos bens do ausente, acha-se marcado no cit. Reg. n. 2433 de 15 de Junho de 1859 arts. 82 e 83; é porém muito controversa a questão,— se o successor provisorio tem direito a apropriar-se dos bens do ausente, e qual a remuneração a que tem direito pela sua administração, quando tenha de entregal-os ao ausente que appareceu. A Ord. L. 1, T. 62 § 38, nas palavras — *declarando que se quer obrigar a tornar a fazenda, ou a parte que lhe fôr entregue, ao ausente, se appa-*

IV. Os que tem *mais de um domicilio* ; aquelle que reside promiscuamente em dous ou mais

reccr... parece indicar que o successor provisório só restitue os proprios bens que recebe, e não os seus fructos; mas nas palavras *declarando no termo da entrega a fazenda que é, e que val, e rende...* dá a entender que elle tambem deve restituir os fructos, vistos que os manda avaliar. — Phæbo P, 1, Aresto 78. e Pegas á Ord. L. 1, T. 88 § 53 n. 7 sustentão que o successor provisório, ou curador de ausentes, tem como os demais curadores direito á vintena, ou 5 por centro do rendimento dos bens, na fórmula da Ord. L. 1, T. 88 § 53 ; Per. de Carvalho not. 345, porém, entende que esta Ord. só é applicavel aos curadores judiciaes, providos na fórmula da Ord. L. 1, T. 90, e que a respeito dos outros, sendo omissa a lei, deve-se recorrer ao art. 127 do Cod. Civ. Francez, como Direito subsidiario. É certo que a cit. Ord. L. 1, T. 62 § 38 não usa das denominações — curadores, ou successores provisórios, as quaes lhes forão dadas só pelos Jurisconsultos ; e portanto não lhes pôde ser applicavel a disposição da Ord. L. 1, T. 88 § 53, quando ao salario, Ord. esta cujos termos só se referem aos curadores de orphãos ; mas esta lacuna da nossa legislação não se pôde preencher com o Direito Francez, visto que este caso não é algum daquelles em que elle é subsidiario (V. T. 2, Cap. 4 § 3). Deverão porém estes curadores, ou successores provisórios, prestar gratuitamente os seus serviços na administração de taes bens ? — Não, por certo ; aliás os ausentes se locuple-

lugares tem domicilio em todos estes; e em qualquer delles póde ser demandado (18).

V. Os que *não tem domicilio*; denominam-se vagabundos os que não residem em parte certa, e considera-se seu domicilio qualquer lugar em que forem encontrados (19).

tarião á custa delles. Poderão reter ou apropriar-se dos fructos como possuidores de boa fé? — Tambem não; pois recebendo esses bens *jure curatorio*, e não *jure hereditario*, segundo a expressão de Oliva (De mun. provis. Cap. 4 § 3), ou sabendo que elles lhes não pertencem, e sim aos ausentes, nunca podem ser considerados como possuidores de boa fé. Nenhuma outro solução resta, pois, sijnão fazer liquidar, e avaliar os seus serviços de administração, segundo a fórmula geral admittida nesta especie de processos. O successor definitivo, porém, é que deve ser considerado possuidor de boa fé, para não restituir os fructos, visto que recebe os bens do ausente *juri hereditario*.

(18) Labeon sustentava o contrario; Paulo, porém, o combate no fr. 6, D. Ad municip. et de incol. (L. 1). V. Ulp. fr. 27 § 2, D. cit. loc.; Phœbo Dicis. 34, n. 10 e 11.

(19) Ulp. cit. fr. 27 § 2; Lei de 3 de Dez. de 1841 art. 37; B. Carneiro cit. § 275 n. 8.

CAPITULO IV.

DAS PESSOAS JURIDICAS.— I SUA NATUREZA E SUAS CLASSIFICAÇÕES.

§ 1.º

Noções geraes.

A personalidade natural é um facto independente da lei, e que lhe é imposto; facto que ella apenas reconhece e regula, mas que, embora algumas vezes o tenha tentado, não póde abolir, nem absolutamente desconhecer. A personalidade juridica, pelo contrario, sómente existe em virtude da lei; mas esta, creando-a, não póde dotal-a da plena capacidade de que as pessoas naturaes são susceptiveis.

Com effeito a personalidade juridica é essencialmente restricta; sómente estende-se ao direito dos bens, e não póde comprehender o de familia, porquanto as relações de familia presuppõem factos sómente realizaveis por pessoas naturaes, e tem a sua razão efficiente no destino do homem, da pessoa natural. Não succede o mesmo com o direito dos bens, pois sendo uma extensão de poder, um meio de segurança e

desenvolvimento para a livre actividade (1), e apenas presuppondo factos cuja realisação está ao alcance da pessoa juridica, ou de seu representante, póde, e, com mais ou menos extensão, deve á esta ser attribuido. É por esta razão que Savigny define a pessoa juridica,—o sujeito do direito dos bens creado artificialmente (2).

Assim, as pessoas juridicas são capazes de todos os *jura in re*, das obrigações activas e passivas, da successão como meio de adquirir, do poder dominical e dos direitos que deste se derivão; mas não o são do casamento, do patrio peder, do parentesco e da tutela (3).

As pessoas juridicas podem ser classificadas sob dous aspectos: quanto ao modo da sua existencia, e ao de sua manifestação (4).

(1) Savigny, Tr. de Dir. Rom. § 85.

(2) Os Romanos não tinham um termo generico para designar as pessoas juridicas de todas as especies, e usavão da phrase — *personnæ vice*, e outras equivalentes.—V. fr. 22 D. *De fidejus.* (LXVI, 1); fr. 2. *De bon. posses.* (XXXVII, 1); fr. 117. *De reg. jur.* (L. 17); Ulp. Reg. L. S. (T. XXVIII, § 12).

(3) Savigny, cit. § 85.

(4) Savigny, cit. § 85.

Consideradas quanto ao primeiro modo, ellas se dividem em pessoas juridicas :

I. De existencia necessaria, e são: o Estado e suas divisões permanentes, as provincias e os municipios.

II. E de existencia voluntaria e contingente, e são: as corporações, instituições pias ou de utilidade publica, e heranças jacentes.

Consideradas quanto ao segundo modo, observamos que :

I. Umas ligão-se e encarnão-se em certos homens, e têm por fim promover os interesses destes; taes são as de existencia necessaria e as corporações.

II. Outras não se manifestão por certos e determinados homens, nem tem por fim promover os interesses destes, e sim a realisação de uma idéa; taes são as instituições pias e heranças jacentes.

Não se deve, porém, confundir as sociedades ordinarias, civis ou commerciaes, com as corporações, nem com as instituições pias. É verdade que são, como as corporações, reuniões de homens que têm um fim commum, e que, como as instituições pias, podem ser creadas para um fim

de utilidade publica, que não se prende aos interesses de seus membros. É também verdade que se assemelham a umas e outras em poderem ter fim permanente ou transitorio, e em poder cada um de seus membros conservar-se independente, ou em dever submeter-se á reunião dos outros.

O ponto essencial de distincção é outro : é que 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 cada um de seus membros ; e a instituição pia é em si mesma uma abstracção pessoalisada, que póde ser representada por pessoas individuaes indeterminadas (5). Segue-se destes principios :

I. Que nas sociedades cada membro tem parte nos bens, nos direitos e obrigações dellas, conserva a sua individualidade independente, e

(5) Maynz, cit. § 109.— Pomponio, fr. 59 pr., D. *Pro-socio* (XVII, 2) distingue as simples sociedades, — *privatae societates*, das que os Romanos denominavão corporações, e hoje geralmente se denominão sociedades anonyms. As companhias commerciaes são denominadas corpos politicos pela Cond. 2, de 8 de Janeiro de 1773; Rep. de F. Thom. vb. *Corp. pol.* n. 1658.

não póde ser constrangido a submeter-se ás decisões dos outros, salvo se de antemão sujeitou-se a alguma restricção desta independencia. E pelo contrario.

II. Que nas corporações, salva as industriaes, os bens, direitos e obrigações, pertencem ás proprias corporações, sem que cada um de seus membros tenha nelles uma quota qualquer (6); que as decisões devem ser dadas pela collectividade na fórma de suas leis internas, e na falta destas, pela maioria de seus membros, e são obrigatorias para cada um destes (7).

III. Que nas instituições de utilidade publica os bens, direitos e obrigações não pertencem nem áquelles que representam essas instituições e administração esses bens, de que aliás devem dar contas, nem áquelles que aproveitam dos serviços prestados por essas instituições e em cujo favor

(6) Savigny, cit. § 86, not. *b*, e § 89, not. *b*.

(7) Ulp. fr. 160, § 1, D. reg. jur. (L. 17).— Reperitur ad universos quod publice fit per majorem partem. Comp. Const. 5, Cod. De legation. (X, 63); Const. 3. De vend. reb. civ. (XI, 31); Nov. 120, cap. 6 §§ 1 e 2.— V. Savigny cit. § 96—100; Moraes. De execut. L. 3, cap. 15, n. 2 e 6, e L. 5, cap. 13, n. 2.

forão ellas creadas (8) ; nem uns nem outros tambem têm o direito de se opporem ás deliberações tomadas pelas respectivas administrações na fórmula de suas leis internas (9)

IV. Que as sociedades podem existir só pelo concurso de seus membros, independentemente da authorisação do Estado, emquanto esta é indispensavel para a existencia das corporações e instituições de publica utilidade, porque a personalidade que lhes dá vida, não existindo pela natureza, só póde ser artificialmente creada pela lei ou pelo Estado.

Altas considerações de politica e de administração accrescem que não permitem que se entregue ás vontades individuaes a criação das pessoas juridicas ; taes são a necessidade de evitar que o seu fim contrarie em todo ou em parte o do Estado e os outros fins sociaes que elle protege ; que em seu poder se accumule grande massa de riquezas, desviadas assim da circulação, etc. (10).

V. As sociedades podem extinguir-se, ou

(8) Savigny, cit. § 86, not. *b*.

(9) Savigny, cit. §§ 96—100.

(10) Savigny, cit. § 99.

pelo accôrdo de todos os sócios, ou pela simples retirada de um delles ; emquanto as corporações e instituições de publica utilidade subsistem sempre identicas, ainda quando o seu pessoal se substitua por outro ou inteiramente se extinga, e assim como é precisa a autorisação do Estado para a sua criação, tambem o é para a sua extincção (11). Quando, porém, a corporação é de natureza voluntaria, precisa ter tres membros para que comece a existir, e subsiste emquanto um destes se conserva (12).

O Direito Romano reconhece como pessoas juridicas: 1º, de existencia necessaria, o Estado, o principe, como detentor do supremo poder,

(11) Savigny, cit. § 99, in fin.

(12) Marcello fr. 85, D. De verb. signif. (L. 16)— Neratius Priscus tres facere existimat collegium, et hoc magis sequendum est.—Com. Ulp. fr. 40 § 3, cit. loc.; id. fr. 1 § 17, D. De vi et de vi arm. (XLIII, 10); Ulpiano fr. 7 § 2, D. Quod cujus univers. etc. (III, 4).—Sed si universitas ad unum redit, magis admittitur posse eum et convenire et conveniri, cum jus omnium in unum reciderit, et stet nomen universitatis; Stryk L. 47, T. 22 § 1.

Alfeno fr. 76, D. De judiciis. (V, 1) ; Savigny cit. § 78 ; Maynz cit. § 109 in fin. ; Moraes, De Execut. L. 5, cap. 13, n. 1 e 2.

qualquer emprego publico em relação aos direitos que a elle se prendem, o thesouro do povo (*ærarium*), e o do principe (*fiscus*), os municipios, as cidades e outras povoações inferiores, como as *vici, fora, consiliabula, e castella*, as curias, *curiæ* ou *decuriones*; 2º, de existencia voluntaria, — os collegios de sacerdotes pagãos, e depois os do clero christão, diversas sociedades de funcionarios publicos, principalmente a dos *scribas* (*decuriæ*), industriaes ou corporação de artífices, amigaveis ou clubs de amigos (*sodalitates, sodalitia*); 3º, as instituições pias, como os templos e os deuses pagãos, e depois as igrejas christãs, os hospicios para enfermos, peregrinos, velhos, crianças e orphãos (13). De cada uma destas tres classes de pessoas juridicas, segundo o estado da legislação e jurisprudencia patria, trataremos nos paraphos seguintes.

4.º. Quanto ás *heranças jacentes*, isto é, que não tem successores, ou cujos successores são desconhecidos, o direito romano ora as consi-

(13) Sobre a materia deste cap. v. Savigny Tr. de Dr. Rom. §§ 85—103; Maynz Elém. de Dr. Rom. §§ 107—111; Marezoll, Dr. Priv. des Rom. § 69; Mackeldey, Man. de Dr. Rom.; Zachariæ Le Dr. Civ. Fr. §§ 40 e 41; Foucart Elém de Dr. Publ. et Adm. n. 214 — 217.

derava como pessoas, senhora dos bens que as compunhão (14), ora como representantes das pessoas dos defuntos, e não dos herdeiros desconhecidos (15),

(14) Fr. 22 D. De fidejus. (XLVI, 1)... hereditas personæ vice fungitur, sicuti municipium, et decuria, et societas.

Fr. 15 pr. D. De usurp. (XLI, 3)... nam hereditatem in quibusdam vice personæ fungi receptum est.

Fr. 13 § 5, Quod vi (XLIII, 24)... dominum locum obtinet.

Fr. 15 pr. De interrog. (XI, 1)... domini loco habetur. Fr. 61 pr. De adquir. rer. dom. (XLI, 1).— pro domino habetur.— V. Savigny cit. § 102, not. *d*.

(15) Pr. Inst. De stip. serv. (III, 17)... personæ defuncti vicem sustinet.

§ 2. Inst. De hered. instit. (II, 14).— Personæ vicem sustinet, non heredis futuri, sed defuncti.

Fr. 34 D. De adquir. rer. dom. (XLI, 1)—Hereditas enim non heredis personam sed defuncti sustinet. Observaremos que Gaio fr. 31 § 1 D. De hered. instit. (XXVIII, 5), reúne estes dois modos de considerar a herança nas expressões—quia creditum est hereditatem dominam esse, et defuncti locum obtinere; e que Pomponio fr. 24, D. De novat. (XLVI, 2), afasta-se de ambos os modos nas expressões—transit ad heredem, cujus personam interim hereditas sustinet. Savigny cit. § 102 not. *e e f*.—Vinn. Instit. De her. inst., § 2, sustenta que a herança representa tanto a pessoa do defunto, como a do herdeiro, em diversas

Não obstante, porém, as expressões genericas de que algumas vezes usão os jurisconsultos romanos (16), não se deve pensar que a personalidade das heranças jacentes tivesse a mesma extensão de capacidade que tinham as outras pessoas juridicas, e sim que sómente a tinha restricta para o fim de poder enriquecer-se pela aquisição de heranças deixadas aos escravos que dellas fazião parte (17), pelas estipulações destes (18) e mancipações de bens, e assim tambem para poder continuar a usucapião começada pelo defunto (19). É verdade que esta

considerações, iste é, segundo está jacente ou addida. V. Val. Alleg. 68. n. 10.

(16) V: os textos cits. nas duas notas antecedentes.

(17) Fr. 61 pr. D. De acquir. rer. dom. (XLI, 1); fr. 31 § 1, e fr. 52 D. De hered. instit. (XXVIII, 5); § 2. Inst. De hered. instit. (II, 14); Savigny cit. not. *m*; Vinn. cit. n. 1; Portugal De donat. L. 3, cap. 14, n. 17 e 18.

(18) Pr. Inst. De stip. serv. (III, 17); fr. 33 § 2, e fr. 34, D. De acquir. rer. dom. (XLI, 1); fr. 18 pr. De stip. serv. (XLV, 3); Savigny cit. not. *m*; Vinn. cit. n. 1; Portugal cit. n. 18.

(19) Fr. 31 § 5, fr. 40, fr. 44 § 3. D. De usurp. (XLI, 3); fr. 30 pr. Ex quib. caus. mag. vig. an. (IV, 5); Savigny cit. not. *s*; Portugal cit. n. 20 e 22.

capacidade tambem se ampliava algumas vezes ás aquisições dos escravos pela simples tradição, ou por um contracto *bonæ fidei* (20), ou ainda a outros casos que não as ditas aquisições (21); mas Savigny (22) observa que são meras extensões accidentaes de regra estabelecida para outro fim, e sustenta que nem ainda entre os Romanos erão as successões consideradas como pessoas, e que em todo o caso não passou esta ficção para o direito moderno, visto que este não acceta o principio da aquisição por intermedio dos escravos.

Mello Freire (23) tambem qualifica esta ficção como *inutil, ociosa e derisoria*, e a Lei de 9 de Setembro de 1769 pref. a considera como uma das maximas dos Romanos que se firmão em falsos fundamentos.

(20) Fr. 16, De oblig. et act. (XLIV, 7); fr. 33 § 2 De adquir. rer. dom. (XLI, 1); fr. 1 § 5. De adquir. poss. (XLI, 5); fr. 29, De cap. (XLIX, 15); fr. 15 pr. De usurp. (XLI, 3); fr. 11 § 2 De acceptilat. (XLVI, 4); Savigny cit. not. n.

(21) Fr. 22, De fidejuss. (XLVI, 1); fr. 24, De novat. (XLVI, 2); fr. 13 § 5, Quod vi (XLIII, 24); fr. 15 pr., De interrogat. (XI, 1); Savigny cit. not. o.

(22) V. Savigny cit. § 102.

(23) L. 3, T. 6 § 1 not.

Nem ha hoje heranças *jacentes* no sentido estricto, isto é, que não tem senhor ; porque pela morte dos defuntos passam logo para os herdeiros testamentarios ou legitimos, ainda que ausentes estejam, e, na falta (24) destes e de conjuges, devolvem-se á fazenda nacional (25). Assim, porém, denominão-se em nossa technologia juridico-administrativa aquellas heranças que não tem herdeiros certos ou testamentarios presentes ; por herdeiros certos entendem-se os testamentarios, os ascendentes, descendentes e collateraes até o 2.º gráo, notoriamenté por taes conhecidos (26) ; e chamão-se vagas ou vacantes as que por taes e por devolvidas ao Estado são declaradas pelo juiz competente, por haverem sido repudiadas, ou por não haverem comparecido os respectivos herdeiros a habilitarem-se (27).

(24) Ass. de 16 de Fevereiro de 1786.

(25) Lei de 25 de Junho de 1766 § 1 ; Reg. n. 160 de 9 de Maio de 1842, art. 3 § 2 ; n. 2433 de 15 de Junho de 1859, art. 11 § 2.

(26) Ord. L. 2, tit. 26 § 17 ; Reg. cit. n. 160. art. 31 §§ 2 e 4, arts. 18, 20, 24, 34 e 37 ; Reg. n. 422 de 27 de Jun. de 1845, art. 1 ; Reg. cit. n. 2433, arts. 1, 3, 11, etc. Sobre espolios de Bispos Vid. Avs. n. 394 de 4 de Dez. de 1864, e n. 109 de 12 de Dez. de 1864.

(27) Reg. cit. n. 160, art. 33, e n. 2433, art. 51.

§ 2.º

As pessoas juridicas de existencia necessaria

Segundo a legislação patria as pessoas juridicas d'esta especie são : o Estado, as provincias e os municipios.

I. Com effeito, o Estado é uma immensa corporação, creada providencialmente para duplo e elevado fim : —realizar a idéa do justo, proteger e auxiliar o desenvolvimento humano em todos os seus ramos. Para preencher a sua missão, elle precisa de certos meios materiaes de acção; por este motivo em todos os tempos, e em todos os paizes lhe tem sido concedido o direito dos bens.

O Estado póde, pois, possuir, e effectivamente possui, o pleno direito de propriedade e todos os seus desmembramentos ou *jura in re*; o das obrigações activas e passivas; o de ser instituido herdeiro ou legatario em testamento, e o de suc-

Sobre a differença entre herança jacente e vacante — V. Port. De donat. L. 3, cap. 14, n. 12. Cab. P. 2, Decis. 61, n. 1; Molina, De just. et jur. Disp. 53, n. 5 e seg.; Dr. Perd. Malh. cit. § 351, e not. 586 e 588.

ceder *ab intestato* na falta de descendentes, ascendentes, collateraes successiveis e conjuges, ou quando estes repudião a herança; o direito dominical ou poder sobre os escravos, e os direitos que deste se originão (1).

Compete ao poder legislativo regular a administração dos bens do Estado ou nacionaes, e de decretar a sua alienação (2).

Esta administração está confiada aos diversos ministerios de Estado, ás repartições e agentes que lhes são subordinados, e principalmente ao thesouro nacional, á quem incumbe a geral superintendencia e fiscalisação (3).

O Estado, como sujeito do direito dos bens, chamava-se primitivamente entre os Romanos *ærarium*; no periodo imperial, porém, quando as provincias forão repartidas entre o Impera-

(1) Savigny Tr. de Dr. Rom. § 85; Noc. Prelim, do Dir. Adm. Bras. T. 2 cap. 1 § 2 e cap. 6 § 4.

(2) Const. art. 15 § 15.

(3) Lei de 4 de Outubro de 1831, art. 6 §§ 1, 3, 6, 8 e 11; Dec. n. 736 de 20 de Novembro de 1850, art. 3 §§ 3, 6 e 9, art. 4 §§ 1 e 5.— V. o Sr. Dr. Perdigão Malheiro Man. do Proc. dos Feitos da Faz. Nac. T. 2, cap. 4.

dor e o Senado, continuou-se a dar este nome á parte do thesouro publico cuja administração cabia ao Senado, e a parte que ficou pertencendo ao Imperador chamou-se *fiscus* (4). A proporção que o Senado se foi nullificando e a autoridade concentrando na mão dos Imperadores, forão-se confundindo estas duas fracções do thesouro publico pela absorpção do *ærarium* pelo *fiscus*. Entretanto, o do dominio privado dos Imperadores, *res privata principis*, foi sempre distincto do *fiscus* (5).

Em Portugal nunca prevaleceu (6), nem entre nós prevalece, esta differença, comquanto os bens nacionaes se classifiquem em diversas ordens, como mostraremos no capitulo seguinte, e se distinguão dos bens particulares do Monarcha e dos Principes da Imperial Familia, que estão em tudo sujeitos ás leis civis (7):

(4) *Fiscus*, significa o ceirão de esparto, ou a cesta de vimes, em que os romanos costumavão guardar ou transportar o dinheiro; e como o *Cæsaris fiscus* era o que encerrava maiores sommas, e mais attrahia a attenção de todos, ficou assim sendo denominado por antonomasia. Savigny, cit. § 88, in fin.

(5) Savigny cit. § 88, not. qq.

(6) Portugal, De donat. reg. L. 3, cap. 43, n. 5.

(7) O unico principio particular que os distin-

Considerando como pessoa jurídica, o Estado também está sujeito ás leis civis communs, e os seus litigios á alçada do poder judiciario e ás formulas communs (8); goza, porém, de importantes privilegios que adiante exporemos (9).

gue, é que o Imperador e Principes da Familia Imperial, tem um representante necessario para receber do thesouro publico a dotação, alimentos e dotes que lhes forem designados, e para com elle se tratarem as acções activas e passivas concernentes aos interesses da Casa Imperial; este representante é o mordomo nomeado pelo Imperador (Const. art. 114). O mordomo é, pois, o representante necessario do Imperador, e dos Principes nas suas relações externas para com o Thesouro Publico e o Poder Judicial; mas não o é na gestão interna dos bens, principalmente em relação aos Principes que se casão, ou estabelecem economia separada.

O Av. n. 326 de 2 de Nov. de 1864 manda entregar a quantia para enxoval da Princesa Imperial, a quota para aluguel do predio ao procurador do marido (Conde d'Eu) e a dotação ao mordomo da Casa Imperial.

(8) Lei n. 242 de 29 de Novembro de 1841, arts. 3 e 14; Ord.—Instr. n. 6 de 12 de Janeiro de 1842, art. 4; Instr. da Dir. Ger. do Cont. de 10 de Abril de 1851, art. 9.

(9) V. § 5 huj. cap. vb. VI. *Privilegios*.

II. Ao principio as provincias romanas não erão dotadas de pessoalidade juridica, e só nos ultimos tempos do Imperio a conseguirão (10). Entre nós ellas a possuem, e com capacidade tão extensa como a do Estado, salvo unicamente o direito de succeder *ab intestato* na falta de herdeiros (11).

Compete ás assembléas legislativas provincias regular a administração dos bens provincias, aos presidentes das provincias exercer essa administração por si, e por meio dos agentes que lhe são subordinados (12).

III. Os municipios entre os Romanos tiveram existencia anterior á do Estado, e quasi que se póde dizer que o Imperio Romano não foi senão a successiva e immensa ampliação do primitivo municipio Romano. Os municipios conquistados, porém, não perdião inteiramente a sua indivi-

(10) Cod. Theod. L. 2, T. 12.

(11) Reg. n. 160 de 9 de Maio de 1842, art. 3 § 2, e n. 2433 de 15 de Junho de 1859, art. 11 § 2. A Fazenda Prov. só é isenta do pagamento da siza e imposto sobre loterias. Decr. n. 776 de 6 de Setembro de 1854, e Av. n. 469 de 9 de Outubro de 1863.

(12) Acto Add. art. 11 § 4, e art. 24 § 4.

dualidade, região-se por leis próprias, e em todo o caso conservavão a sua pessoalidade jurídica. Igualmente a possessão as colonias e as povoações sem autonomia administrativa, como as villas e aldeias (13).

Tambem entre nós os municipios são pessoas juridicas, cuja capacidade em relação aos direitos patrimoniaes tem a mesma extensão que a das provincias (14). Elles são representados pelas respectivas camaras, á quem cabe o exercicio desta capacidade, salva a superintendencia que sobre ellas foi confiada ás assembléas provinciaes e presidentes de provincia (15). Em juizo elles são representados pelos procuradores das Camaras (16).

(13) Guizot, Des Municipies Rom. ; Savigny cit. § 87; Maynz, cit. § 108.

(14) Const. arts. 72, 167 e 169 ; Lei de 1.º de Outubro de 1828, arts. 41, 42, etc.

(15) Acto Add. art. 10 §§ 5—7, art. 11 § 3 e art. 13 seg. parte ; cit. L. de 1.º de Outubro de 1828, arts. 42 e 73; n. 108 de 26 de Maio de 1840, arts. 23 e 24.

(16) Lei de 1.ª de Outubro de 1827, art. 81.

§ 3.º

As corporações.

As corporações são pessoas jurídicas, encarnadas em collectividades de pessoas naturaes, que aliás se podem substituir por outras sem que aquellas se alterem. Dividem-se segundo os seus fins em :

Pias,

Industriaes, e

Sodalicias.

I. *Corporações pias.* Estas corporações, que têm por fim representar e promover as instituições pias de que trataremos no seguinte parographo, ou o preenchimento pessoal de serviços pios, ou de utilidade social, pelos seus membros, dividem-se em ;

1.º Religiosas,

2.º Beneficentes, e

3.º Litterarias ; posto que esta terceira classe ordinariamente não seja incluída neste genero, tem com elle um fim commum, isto é, o preenchimento de um dever, e não o interesse de seus membros.

1.º As corporações religiosas subdividem-se em :

A — Ordens monasticas,

B — Ordens terceiras, irmandades e confrarias,

C — Cabidos.

As *ordens monasticas* são corporações cenobiticas que dedicão-se á vida ascetica (1) ; o que

(1) Já antes do apparecimento do Christianismo encontramos entre os Pithagoricos, os Essenios e os Therapeutas uma imagem da vida monastica ; porém, o seu desenvolvimento em larga escala, entre os Christãos, foi devido ás perseguições promovidas contra estes pelos Imperadores Romanos, e principalmente por Decio, no seculo III. A Thebaida e outros desertos povoárão-se assim de *anacoretas*, que em santo socego dedicavão-se exclusivamente ao serviço de Deos ; Pachomio, mais tarde, no reinado de Constantino o Grande, resolveu alguns a adoptarem a vida communal, e os reunio em *cenobios*, ou conventos, donde nasceu a especie dos cenobitas. Além destas duas especies havião a dos *sarabaitas* e *gyrovagios*, ramos esurios que cedo extinguirão-se. Entretanto, a vida monachal era mal vista no Occidente da Europa, e só meado o seculo IV, começou ahi a ser adoptada ; o seu desenvolvimento e regularisação forão, porém, devidos a S. Bento, fundador do Mosteiro de

constitue a sua essencia é a *profissão*, isto é, a prestação dos votos solemnes d'*obediencia*, *pobreza* e *castidade*, a que algumas ajuntão um quarto voto ; assim, as ordens militares juravão defender a religião pelas armas ; a da Santissima Trindade tratar da redempção dos captivos : e a dos padres da companhia de Jesus obedecer ao Papa devotamente. Pelo voto de *obediencia* obrigavão-se a submetterem-se á *regra*, á vontade de seus superiores, e especialmente a permanecerem na ordem ; pelo de *pobreza*, a nada poderem adquirir para si, e a possuirem tudo em commum ; pelo de *castidade*, a se absterem do matrimonio, comò de toda a impureza carnal (2).

Pela profissão monastica estinguem-se todos os direitos do sangue ; os que a fazem, reputão-se terem morrido para o mundo, e os seus bens se devolvem aos seus herdeiros *ab intestato*, ou por testamento (3).

Cassini em 530. Cavall. Inst. Jur. Can. P. 1, Cap. 38 e seg. ; Van-Espen. Jur. Eccl. Univ. P. 1, T. 24, P. 3, § 541 e seg.

(2) Cavall. cit. P. 1, cap. 41 ; Van-Espen. cit. 527 e seg.

(3) L. de 9 de Setembro de 1769, §§ 10 e 11 ; B. Carneiro Dir. Civ. Port. § 75, n. 9 ; e Mello Inst. Jur. Civ. Lus. L. 3, T. 5 § 24, sustentão que a herança

Nenhuma nova ordem monastica se póde estabelecer no Imperio sem authorisação do governo imperial, a quem tambem cabe o direito de permittir ou vedar a admissão dos noviços (4). Compete, porém, ás assembléas provinciaes legislar sobre conventos e quaesquer ordens religiosas, permittindo a fundação de conventos pelas ordens autorizadas pelo governo imperial, ou abolindo-os (5); mas não dar destino aos seus bens, visto ser esta attribuição pertencente ao governo imperial (6).

Tambem a criação e abolição das *ordens terceiras* ou *irmandades* ou *confrarias religiosas*, bem como a approvação dos seus estatutos ou compromissos é da competencia das assembléas provinciaes, algumas das quaes têm delegado esta attribuição aos presidentes das respectivas provincias (7). Estas corporações achão-se tambem

dos frades não se devolve aos herdeiros pela profissão, e sim pela morte natural.

(4) V. as muitas CC. RR. e Res. mencionadas por B. Carn. cit. § 75, n. 2, not. a.

(5) Acto Add. art. 10 § 10; Lei de 9 de Dezembro de 1830; Dec. de 25 de Agosto de 1831.

(6) Lei n. 41 de 14 de Outubro de 1836.

(7) Acto Add. art. 10 § 10; Ord. de 18 de Abril

sujeitas ao provedor (8) dos residuos e capellas, e aos juizes de direito em correição (9) quanto:

1.º A validade das eleições, e conservação das suas mesas regedoras e officiaes, pois compete ao provedor annullal-as e fazer renoval-as, tanto neste caso, como no de remoção das ditas mesas e officiaes por suspeitos, negligentes, e prevaricadores, podendo nomear interinamente quem os substitua.

2.º A prestação de suas contas de receita e despeza, sendo os seus officiaes responsaveis pela má arrecadação das rendas, e pela sua applicação e despezas illegaes, podendo o provedor depô-los e fazer eleger outros.

de 1842. Antes de obterem a approvação da autoridade temporal, devem os compromissos ser approvados pelo Ordinario quanto á parte religiosa ; L. de 22 de Setembro de 1828, art. 2 § 11 ; D. n. 2711 de 19 de Dezembro de 1860 art. 33 § 1. Os compromissos devem ser registrados nos respectivos Juizos da Provedoria. D. cit. n. 2711, art. 33 § 2.

(8) Este cargo acha-se annexo ao de Juiz Municipal. Lei de 3 de Dezembro de 1841, art. 114 § 2 ; Decr. de 15 de Março de 1842, art. 2 § 2.

(9) Ord. L. 1, T. 62 §§ 54, 62—65 ; D. n. 831 de 1.º de Outubro de 1851, art. 46.

3.º A administração de seus bens, devendo o provedor fazê-los tombar, providenciar sobre o seu aproveitamento, reformando quaesquer accórdãos ou deliberações prejudiciaes, aforal-os em hasta publica, reivindicar-os quando andarem alheados, e annullar os contractos lesivos e nullos.

Chama-se em geral *cabido* ou *capitulo* a reunião dos membros de uma corporação para deliberarem em *commum*; aquelle nome, porém, costuma-se dar especialmente á reunião dos conegos seculares (10), e este á dos monges. Os

(10) A instituição dos conegos— *Canonici* — teve por fundador Chrodogango, bispo de Metz, contemporaneo de Pepino o Breve, que reunio os clericos de sua diocese em vida *communal* na mesma casa, com as mesmas vestes, e na mesma mesa, seguindo uma regra certa, posto que sem prestação dos votos monachas. Na immensa anarchia do seculo x estes sacerdotes *Canonicos* forão pouco a pouco relaxando os deveres da vida *communal*, até que passarão a adoptar inteiramente a vida singular. No seculo xi Pedro Damião, e Ivo Carnotense pretendêrão reformal-os, o com effeito restabelecêrão algumas *communities* destes clericos, sujeitando-as porém aos votos monachas; d'ahi vem a divisão dos conegos regulares e seculares. E' sómente destes ultimos que aqui tratamos, pois os outros achão-se comprehendidos nas

conegos fórmão, pois, uma corporação adstricta e certos deveres religiosos, e a certas cathedraes ou igrejas collegiadas (11). A criação dos cabidos é feita pelo poder legislativo (12), e a nomeação dos conegos pelo governo imperial, sob proposta dos respectivos bispos, como em geral o provimento de todos os benefícios ecclesiasticos (13).

2.º *Corporações beneficentes* são as que se de-

clases monasticas, de que acima fallamos.—Cavall. cit. P. 1, cap. 20 §§ 1 — 5.

O cabido é uma especie de senado ou conselho do bispo, com voto consultivo em certos negocios, e deliberativo em outros. *Séde vacante*, succede por direito proprio na jurisdicção episcopal, com certas limitações, posto que não no poder de ordem; esta jurisdicção elle a exerce por meio de um vigario de sua escolha. Quando, porém, as cathedraes não tem cabido, ou este não elege o vigario capitular dentro de oito dias, devolve-se a nomeação deste ao Metropolita, que deve designar para este fim o bispo mais visinho. Cavall. cit. §§ 12—14; B. Carneiro cit. § 61 ns. 6—8 e not. a; C. R. de 13 de Novembro de 1799 no Rep. de F. Thom. verb.—*Bisp. vag.*—Sobre as attribuições do cabido e *séde vacant*. Vid. Av. n. 150 de 7 de Junho de 1864.

(11) Cavall. cit. P. 1, cap, 20 §§ 1—5.

(12) Const. art. 15 § 16.

(13) Const. art. 102 § 2.

dicão a certas obras de caridade ou philantropia; de ordinario tambem tem fins religiosos, ou achão-se ligadas a instituições pias, que representam e promovem, e por taes motivos confundem-se vulgarmente com as corporações religiosas, ou com estas instituições. Entre as corporações exclusivamente beneficentes distinguem-se as lojas maçonicas, prohibidas por varias bul-las pontificias, como a *Provida Romanorum*, de 18 de Maio de 1751, confirmat. da de 28 de Abril de 1738, nella inserta.

3.º Comprehendemos entre as *corporações litterarias* não só as que se distinguão á cultura da litteratura no sentido technico desta palavra, como todas as que têm por fim promover qualquer ramo da cultura intellectual. Tambem estas existem algumas vezes de per si, e outras como representantes de instituições analogas, com que vulgarmente as julgão identificadas.

II. Considerão-se como *corporações industriaes* as companhias ou sociedades anonymas, instituidas para o fim de explorar qualquer ramo de industria em beneficio de seus membros, como sejam as operações bancarias e commerciaes, a construcção de caminhos de ferro, canaes navegaveis, etc.

Havião em Roma diversas corporações de artífices, *fabrorum*, como a dos padeiros, *pistorum*, e barqueiros, *navicularum*, que gozavão de certos privilegios, e que Savigny considera como classes intermedias entre as pessoas juridicas de existencia necessaria, e as corporações artificiaes ou voluntarias, Havião igualmente sociedades para a exploração das minas, salinas e percepção dos impostos, que forão erectas em corporações (14).

Tambem em nosso paiz existião outr'ora corporações de officios que forão abolidas pela Constituição (15), e ainda hoje existem sociedades industriaes anonymas com variados fins, que são verdadeiras corporações.

III. Existem tambem entre nós diversas especies de *sodalicios*, ou sociedades semelhantes ás *sodalitates* ou *collegia sodalitia* dos Romanos, as quaes tem por fim a reunião amigavel

(14) Callistr. fr. 17 § 2, D. De excusat. (XXVII, 1); Id. fr. 5 §§ 9 e 12, D. De jur. imm. (L. 6); Gaio fr. 1 pr. D. Quod cujusc univers., etc. (III, 4); Savigny Tr. de Dr. Rom. § 88; Maynz Elém. de Dr. Rom. § 108.

(15) Const. art. 179 § 25—Ficão abolidas as corporações de officios, seus juizes, escrivães e mestres.

de seus membros para quaesquer divertimentos ou prazeres licitos.

As sociedades anonymas ou corporações de todas as especies não podem incorporar-se ou funcionar sem authorisação do governo, sob pena de um a cinco contos de réis de multa (16); os bancos de emissão, porém, e suas caixas filiaes ou agencias só podem ser autorizadas por acto legislativo (17). Em certos casos estão as corporações sujeitas a serem dissolvidas pelo governo. A incorporação ou dissolução das religiosas, beneficentes ou litterarias, existentes nas provincias, podem tambem ser determinadas pelos presidentes destas (18).

§ 4.º

As instituições pias.

As instituições pias são pessoas juridicas

(16) Alv. de 30 de Março de 1818; Cod. do Comm. art. 295; L. n. 1083 de 22 de Agosto de 1860, art. 2; D. cit. n. 2711 de 19 de Dezembro de 1860 art. 1 pr.

(17) L. cit. n. 1083, art. 2 § 2; D. cit. n. 2711 art. 1 § 1.

(18) V. cit. L. n. 1033 e cit. Decr. n. 2711, arts. 35—40.

meramente ideaes, que ainda que se manifestem por certos homens e se liguem a certas cousas, podem subsistir sem elles, de sorte que quando estes desapareção, podem ellas servir-se de outros meios de manifestação.

Seguindo um systema de classificação parallelo ao das corporações pias, dividiremos as instituições pias em — 1.º, religiosas, 2.º, beneficentes, e lhes ajuntaremos em 3.º lugar as litterarias, que como aquellas tem por fim o preenchimento de um dever e são de utilidade geral para a sociedade.

I. *Instituições religiosas.* — Entre os Romanos, os templos podião possuir escravos e receber fideicomissos (1) ; e certos deoses havião que tinhão o privilegio de poderem ser instituidos herdeiros (2). Até o tempo de Constantino as igrejas erão consideradas como collegios illicitos, e não podião adquirir ; foi este imperador quem lhes concedeu a pessoalidade

(1) Scævola fr. 20 § 1, D. De ann, legat. (XXXIII, 1) ; Savigny Tr. de Dr. Rom. § 88.

(2) Ulpiano Reg. Lib. Sing. T. 22 § 6, indica quaes erão esses deoses.

juridica quanto ao direito dos bens (3). Onde, porém, reside esta personalidade, na igreja christã em geral ou no seu chefe visivel, o Santo Padre? Em cada igreja diocesana, ou no seu chefe, o bispo? Em cada igreja parochial, ou em cada um dos templos christãos que se achão na mesma parochia?

Comquanto os principios da unidade de Deos, da fé, e da communhão christã tendão a generalisar a idéa desta pessoa juridica, as necessidades da vida pratica forçarão a admittir a sua pluralidade, e a localisal-a em todos os templos christãos (4).

Assim Justiniano decidio (5) que, se um testador instituir Jesus Christo herdeiro, deve-se entender que instituiu a igreja do lugar que habita; se instituir um archanjo ou martyr, deve-se entender a igreja consagrada a estes no lugar do seu domicilio, ou na capital da provincia; se houverem muitas igrejas no lu-

(3) Const. 1 è pass. Cod. De Sacros, Eccl. (I, 2).

(4) Cavall. P. 2, cap. 35 § 1; Savigny cit. § 88.

(5) Const. 26, Cod. cit. De Sacros. Eccl. (texto não glosado); Nov. 131 cap. 9; Maynz Elém. de Dr. Rom. § 110 not. 45; Sagviny cit. § 88 not. ee.

gar, deve-se preferir aquella a que o testador mostrava mais devoção, e quando esta circumstancia não seja conhecida, a mais pobre.

As *Igrejas* como pessoas juridicas capazes dos direitos dos bens, denominão-se *Fabricas*, e aquelles que as representam *Fabriqueiros*. Tambem a *Mitra* ou a dignidade episcopal tem esta capacidade, e os seus bens são administrados por um *Economio* (6).

(6) Nos primeiros seculos os rendimentos dos bens de todas as igrejas de cada diocese affluirão para os *ararium* commun, collocado nas cathedraes e administrado pelos bispos, com auxilio dos presbyteros e diaconos e erão distribuidos em alimentos aos ministros das igrejas inferiores. O augmento destes bens e o dos trabalhos peculiares das funcções episcopaes, tornarão mais tarde indispensavel a creação de um ministro particular (*Æconomus*) para cuidar desse erario. Para regularisar a distribuição destes rendimentos, estabeleceu-se no seculo v que se dividissem em quatro partes: uma para o bispo, outra para todo o clero, a terceira para os pobres, e a quarta para as despesas com os vasos sagrados, com o serviço do culto e reparo das igrejas.

Hoje a organização dos bens ecclesiasticos é entre nós inteiramente differente. Os bispos recebem uma congrua, além de certos emolumentos mais ou menos avultados, e dos rendimentos dos bens peculiarmente

Os fabriqueiros, bem como o economo, são nomeados pelos bispos (7), a quem também compete distribuir tanto os rendimentos da fabrica, como os da mitra, para as respectivas despesas, segundo julgar necessario (8). O cargo de fabriqueiro, porém, é incompativel com o de parochio (9).

II. *Instituições de beneficencia.* — Entre os Romanos o Estado exercia a caridade publica,

pertencentes á dignidade episcopal, ou á mitra ; uma parte destes emolumentos e rendimentos é destinada ao soccorro da pobreza, e constitue a *Caixa Pia*. O clero vive do rendimento de suas ordens, dos bens que constituem o seu patrimonio, e da sua congrua e emolumentos, quando tem um beneficio. As despesas com o serviço do culto, vasos sagrados e reparo das igrejas são feitas pelo Estado, ou pelo rendimento dos bens pertencentes a cada igreja, cuja administração denomina-se Fabrica. Cavall. cit. P. 2, Cap. 36 §§ 1—3.

(7) A Circular de 27 de Abril de 1855 manda subsistir o *costume* de serem os fabriqueiros nomeados pelos bispos, *emquanto não houverem* providencias legislativas, e salvas as leis provinciaes anteriores á lei da interpretação do Acto Adicional, ainda não derogadas.

(8) Av. de 5 de Novembro de 1858.

(9) Av. de 31 de Agosto de 1784.

já concedendo alimentos aos trigemeos, aos orphãos e meninos, filhos de pais pobres, ja distribuindo trigo ao povo gratuitamente, ou por metade do preço do mercado. Foi, porém, com a elevação do christianismo á religião do Estado, que estas instituições tomárão grande desenvolvimento, contribuindo para este resultado os privilegios que pelos imperadores lhes forão concedidos (10).

Assim, afastando-se da regra geral de Direito, que prohibia instituir por herdeiro a pessoa incerta, Justiniano julga válida a instituição dos pobres em geral, devendo-se entender neste caso instituido o hospicio do lugar, ou na falta deste, a igreja, sob a condição de dedicar a herança ao allivio dos pobres (11). O mesmo decidio no caso de ser a instituição a favor dos captivos (12), e incumbio os bispos e arcebispos de fazerem dar execução ás verbas pias dos testamentos (13).

(10) Maynz cit. § 110; Savigny cit. § 88,

(11) Const. 24, Cod. De Episcop. (I, 3).

(12) Const. 49, Cod. cit. De Episcop. (I, 3).

(13) Const. 46, Cod, cit. De Episcop. (I, 3), texto não glosado); Savigni cit. § 88.

Numerosas instituições com effeito brotá-
rão de todas as partes, destinadas ao auxilio
da infancia desvalida, da enfermidade, da in-
digencia, da velhice, das miserias de todos os
generos, auxilio tanto mais precioso, quão raros
erão os que da caridade individual se devião
esperar e quão nmerosas erão as causas de
soffrimento nesses seculos de geral anarchia
(14).

As instituições de beneficencia podem-se
dividir em publicas e particulares, religiosas e
profanas, segundo os seus fundadores, e os fins
a que são destinadas.

Assim, algumas destas instituições são
fundadas, sustentadas e regidas pela administra-
ção publica com o fim exclusivo da beneficencia;
outras o são pelas autoridades ecclesiasticas,
e além da caridade tem tambem por fim
o preenchimento de certos deveres religiosos;
outras, finalmente, o são pelos particulares, ou

(14) Chamavão-se *xenodochias*, os hospícios de peregrinos; *ptochotrophias*, os de indigentes; *orphantrophias*, os dos orphãos; *brephotrophias*, os dos infantes recém-nascidos; *nosocomias*, os dos enfermos; *gerontocomias*, os dos velhos. — Cavall. cit. P. 2, cap. 31 § 1; Maynz cit. § 110 not. 43. *

para o fim exclusivo da beneficencia, ou conjunctamente para fins religiosos.

É da attribuição das assembléas provinciaes legislar sobre as instituições pias de todas estas especies, existentes nas provincias (15), menos as que são fundadas e administradas pelo governo imperial; e ao provedor dos residuos e capellas, bem como aos juizes de direito em correição, compete:

1. Attribuições semelhantes áquellas que exercem sobre as ordens terceiras, irmandades e confrarias ácerca da conservação e aproveitamento de seus bens, tomada de contas de sua receita e despesa, punição, demissão e substituição dos seus administradores (16). E além disto:

2.º Examinar se estas instituições preenchem os seus fins, e se aquelles, a favor de quem forão creadas, recebem os devidos auxilios (17).

(15) Acto Add. art. 10 § 10 :—Casas de soccorros publicos.

(16) Ord. L. 1, T. 62 §§ 62—64; D. n. 834 de 2 de Outubro de 1851, art. 47.

(17) Ord. cit. L. 1, T. 62 § 65; Alv. de 13 de Janeiro de 1615 e 18 de Outubro de 1806 § 4. Sobre as attribuições dos juizes de direito em correição, rela-

III. *Instituições litterarias.* — Abrangemos sob esta denominação não só as instituições que tem por fim o desenvolvimento dos conhecimentos litterarios, como o de quaesquer sciencias ou artes (18).

Compete ás assembléas provinciaes legislar sobre todas as instituições desta especie, menos as que fôrem creadas por lei geral (19); e aos agentes da administração publica nomeados para este fim cabe o direito de inspeccional-as, e obrigar-as a cumprir as leis, a que estão sujeitas, bem como os proprios programmas (20). As sociedades litterarias ou scientificas, sob a fórma anonyma, devem impetrar autorisação para se incorporarem e funcionarem, ou directamente ao governo imperial ou aos presidentes nas provincias, sob a mesma pena estabelecida para as outras corporações ou sociedades anonymas.

tivas aos hospitaes—v. D. n. 834 de 2 de Outubro de 1851, art. 45.

(18) Savigny cit. § 86.

(19) Acto Add. art. 10 § 2. Não podem, porém, conferir o gráo de bacharel; Av. de 15 de Fevereiro de 1844.

(20) D. n. 1331 A de 17 de Fevereiro de 1854, arts. 99—114, 120—131.

CAPITULO V.

DAS PESSOAS JURIDICAS. — II SUA CAPACIDADE.

§ 1.º

Noções geraes.

As pessoas juridicas são creadas para servirem de sujeito ao direito dos bens; assim a esphera de sua capacidade acha-se limitada, em geral, pelo seu destino. Cumpre-nos, porém, fazer estudo mais minucioso dos elementos desta capacidade, e ver as modificações porque passam em relação á cada uma das especies das pessoas juridicas.

§ 2.º

Obrigações.

As pessoas juridicas podem, em geral, como as naturaes, contractar e adquirir obrigações activas e passivas; estas, porém, só se referem á unidade ideal que constitue as pessoas juridicas, e não aos membros em que porventura ellas se encarnem (1).

(1) Ulpiano fr. 7 § 1, D. Quod cujus. univers.

Comtudo esta faculdade de contractar soffre as seguintes limitações:

1.º As ordens monasticas não podem, sem autorisação do governo imperial, alienar, arrendar ou aforar, nem fazer qualquer contracto oneroso sobre os bens moveis, immoveis e semoventes do seu patrimonio, nem permutar os immoveis por apolices da divida publica, na fórma da Lei n. 369 de 18 de Setembro de 1845 art. 44 (2). Tambem não podem receber dinheiro a

etc. (III, 4).— Siquid universitati debetur, singulis non debetur: nec, quod debet universitas, singuli debent.

(2) Const. 14, Cod. de Sacros. Eccles. (I, 2) ; Lei de 9 de Dezembro de 1830 e respectivo Reg. Decr. n. 655 de 28 de Novembro de 1849.—V. Avs. de 10 de Maio e Port. de 13 de Outubro de 1836 ; Av. de 20 e 28 de Fevereiro, 12 de Abril, Ord. de 22 de Maio, Av. de 4 de Setembro de 1837; Port. de 11 de Junho, Avs. de 22 e 30 de Julho de 1839 ; Av. de 26 de Fevereiro, e Reg. de 2 de Outubro de 1851, art. 44 § 3 ; Av. de 10 de Novembro de 1853.

Os tabelliães e escrivães não podem lavrar as escripturas, sem que se lhe mostre autorisação do Governo Imperial Av. n. 221 de 16 Ag. 1864.

Os contractos que se afastão das clausulas em que são concedidas as autorisações são nullos. Av. n. 367 de 22 de Nov. 1864.

juros senão com as cautelas do Alv de 22 de Junho de 1768 (3).

2.º Os contractos feitos com os administradores de pessoas juridicas não as obrigão, e sim aos ditos administradores por seus bens, salvo se o credor provar que o objecto do contracto foi effectivamente empregado em proveito da pessoa juridica (4); o que se entende não só no mutuo, como em todos os contractos que se referem *principalmente* á utilidade do outro contractante, não nos que se dirigem igualmente á de ambos (5); e ainda que os administradores na escriptura renunciem este privilegio ou confessessem a versão (6).

(3) Alv. de 6 Julho de 1776, — V. B. Carn. cit. § 84, n. 6.

O Governo tem entendido que tambem para este fim precisão as Ordens de autorisação delle. V. Av. n. 151 de 1864. Pelo que, os seus bens não estão sujeitos as execuções por dividas; e á taes execuções se devem oppôr os Procuradores Fiscaes. Avs. n. 416 e 417 de 15 de Set. e Ord. n. 436 de 22 de Set. de 1865.

(4) Fr. 27, D. De reb. credit. (XII, I).—V. Savigny cit. § 92.

(5) B. Carn. cit. § 99 n. 1—12, § 225, n. 9.

(6) B. Carn. cit. § 299, n. 7—9.

A obrigação de provar a versão não tem lugar quando se contractou com toda corporação, ou com syndico. ou procurador por ella especialmente nomeado para fazer este contracto ; ou quando a corporação, ou o conselho que a representa, ratificou a este ; ou quando ambos os contrahentes são pessoas juridicas. Mas se em qualquer destes casos a pessoa juridica devedora tomar a si o onus de provar a não-versão, poderá rescindir o contracto pelo beneficio de restituição *in integram* (7).

Quanto ás obrigações que se fórmão contra o nossa vontade e independentemente de actos nossos, têm para as pessoas juridicas, como para as naturaes, identicos effeitos (8) :

§ 3.º

Direitos reaes.

As pessoas juridicas pódem ter a propriedade de todas as espeeies de cousas, salvas certas restricções legaes que exporemos. Assim pódem ter escravos ; mas do principio — que a propriedade pertence ás pessoas juridicas, e

(7) B. Carn. cit. § 299, n. 4—6.

(8) Savigny cit. § 92, nota d.

não aos membros que em certos casos as compõem —, seguem-se em relação aos escravos dellas importantes corollarios na esphera do Direito Penal (1).

(1) São punidos com a pena de morte os escravos, que matarem, propinarem veneno, ferirem gravemente, ou fizerem qualquer outra grave offensa physica a seu senhor, á mulher, descendentes, ou ascendentes deste que em sua companhia morarem, a administrador, feitor, e ás mulheres destes que com elles viverem (Lei de 10 de Junho de 1835, Art. 1). Mas se estes crimes forem commettidos por escravos, pertencentes a uma corporação, em relação aos membros desta, como pelos escravos da nação contra qualquer cidadão, pois que estes não são juridicamente seus senhores, não serão julgados por esta lei excepcional, e sim pelo direito commum. Se, porém, taes crimes fôrem commettidos por escravos pertencentes a uma corporação, ou instituição, em relação aos administradores, ou feitores destas, incorrerão nas penas da dita lei. Assim, pelo Direito Romano, comquanto o escravo não pudesse depôr em Juizo contra o senhor, os pertencentes ás cidades podião fazê-lo contra os cidadãos della, fr. 1, § 7 D. De quæst. (XLVIII, 18); nem erão para com estes obrigados os libertos de uma cidade á submissão e respeitos, que todos devião guardar para com seus patronos, fr. 10 § 4, D. De in jus. voc. (II, 4).

Não pódem, porém, os *corpos de mão-morta* possuir bens de raiz, sob pena de cahirem em commisso, salvo com especial authorisação do poder legislativo; com a differença que se os houverem por compra ou em pagamento de divida, incorrem immediatamente na pena por este mesmo facto, e o vendedor na da perda do preço ou importancia da divida; mas se os houverem por doação, testamento ou successão, a pena só poderá ser imposta passado o prazo de seis mezes.

Dentro deste prazo devem os ditos bens, legitimamente adquiridos até 20 de Agosto de 1864, ser alheados e convertido o seu producto em apolices da divida publica que serão intransferiveis, ou só com licença do Governo (2).

Para esta alienação, que deve ser completa,

(2) Lei de 9 de Dez. de 1830; Decr. n. 1225 de 20 de Agosto de 1864, Circ. n. 316 de 22 de Out. de 1864 e Avs. n. 418 de 15 de Set. de 1865, e n. 319 de 29 de Agosto de 1866. Ord. L. 2, tit. 18 pr. e § 1.— Repert. vol 1 p. 281, vb. *bens de raiz*; Portugal De donat. reg. L. 3, cap. 43 n. 36 e seg., 54 e seg. A troca era permittida no caso do § 4 da cit. Ord.; mas, a Port. de 11 de Junho de 1839, julgou necessaria, ainda neste caso, authorisação do poder legislativo. B. Carn. Dir. Civ. Port. § 307, n. 4.

não se exigem as solemnidades em geral prescriptas para as alienações dos seus bens, visto ser ella necessaria e determinada pela lei (3). Varias vezes, porém, lhes tem sido remettida a pena de *commisso* (4); e ainda ultimamente o mesmo fizeram o Alvará de 16 de Setembro de 1817 e o Decreto n. 1225 de 20 de Agosto de 1864 a respeito dos bens possuidos até essa data.

Esta prohibição abrange tanto o dominio directo como o util, de sorte que não é licito a estas corporações conservar o dominio directo de bens havidos sem authorisação, transmittindo o util a

(3) Repert. Vol. 1, p. 293 vb. *bens de raiz*; vol. 3, p. 588 vb. *mosteiro*; B. Carn. cit. § 305, n. 6.

(4) Ord. cit. L. 2, tit. 18 § 3; Alv. de 20 de Julho de 1611; 12 de Maio de 1782 § 4; 22 de Julho em Prov. do Des. do P. de 13 de Outubro de 1792; Decr. de 15 de Março de 1800 conf. pelo Alv. de 18 de Outubro de 1806 § 2. Ha tambem diversos casos de perdões especiaes, como os do D. de 18 de Setembro de 1777, Avs. de 10 de Julho e de 19 de Setembro de 1792, etc. O Av. de 15 de Abril de 1834, parece considerar em vigor o Alv. de 20 de Julho de 1793, que isentou das penas de *commisso* as confrarias do Santissimo Sacramento; mas pelo Edit. de 20 de Março de 1820 (Coll. Nab.) se declarou que estas confrarias não forão pelo dito Alv. habilitadas para novas, maiores e illimitadas acquisições. B. Carn. cit. § 306, n. 4.

terceiro (5); nem consolidar este áquelle em bens nunca consolidados, e em que ellas sempre tiverão só o primeiro (6).

Assim tambem não lhes é licito haver a administração de bens encapellados, ou de qualquer modo vinculados, ainda que o encargo seja simplesmente de missas; nem haver bens immoveis por doação, ou arrendamento, por prazo determinado ou indeterminado, por serem onerosos estes contractos; nem finalmente, haver terrenos de marinha, ou acrescidos sobre o mar; salvo com autorisação do Poder competente (7).

Entendem-se por corpos de mão-morta para

(5) A reserva do dominio directo importaria o direito á laudemios e foros, que se classificão entre os bens immoveis. Ord. L. 3, tit. 47; L. de 4 de Julho de 1768 § 3.—B. Carn. cit. § 305, n. 5.

(6) As Leis de 4 de Junho de 1768 § 1, e de 12 de Maio de 1769 § 4, revogárão a Ord. L. 1, tit. 62 § 48 L. 2, tit. 1 § 6, donde se concluia que a consolidaçãõ era permittida.

(7) Alv. de 20 de Julho de 1793, vb.—*administração de bens immoveis*, etc.; D. de 8 de Julho de 1802; Prov. do Des. do Paç. de 26 de Junho e 22 de Agosto de 1769; B. Carneiro cit. § 306, ns. 13 e 14. Ord. n. 116 de 17 de Março e Av. n. 251 de 9 de Julho de 1866.

se julgarem sujeitos ás leis da amortização, as corporações pias e as instituições pias, segundo as classificações que fizemos nos dous anteriores paragraphos, devendo, porém, excluir-se o 3.º membro de ambas as classificações, isto é, as corporações e instituições litterarias particulares, de que não cogitou a legislação (8).

(8) A Universidade de Coimbra era qualificada corpo ou corporação em diversos actos do governo (V. Rep. de F. Thom. vb. *Univ. de Coim.*), e poossuia bens de raiz (Av. e Instr. de 28 de Agosto de 1772); mas era antes instituição administrativa ou repartição publica, do que corporação, no sentido do direito privado. As primeiras universidades que se estabelecerão na Europa tinhão este ultimo character, Savigny, *Geschichte des Roemischen Rechts im Mittelalter*, etc.

As leis de amortização existião desde os primeiros reis portuguezes, e comprehendião as ordens monasticas, as igrejas, e os clerigos; entre ellas, porém, distingue-se uma de D. Diniz de 21 de Março de 1291 (L. de 9 de Setembro de 1769 § 10; Mell. Fr. Hist. Jur. Civ. Lus. § 55 e not.). As Ord. Philip. L. 2, tit. 18, só as applicão ás igrejas e mosteiros; mas a L. de 4 de Julho de 1768 as estende a quaesquer ontros *corpos de mão-morta*, devendo-se como taes considerar as confrarias, pela Prov. de 14 de Maio de 1770, e Alv. de 20 de Julho de 1793; o Ass. I de 29 de Março de 1770 amplia as disposições da L. de 9 de

Todas as outras especies de pessoas juridicas estão isentas da sancção destas leis (9).

Dos immoveis, pertencentes ás corporações, uns são administrados por conta dellas e constituem o seu patrimonio, outros são abandonados ao uso da totalidade ou de certas classes de seus membros (10).

Duvidava-se outr'ora se as pessoas juridicas podião adquirir *posse*; Ulpiano, porém, decide que o podem fazer, tanto pelos seus escravos como pelos seus representantes livres (11). Entre-

Setembro de 1769 § 21, relativas ás instituições d'alma,—*ás ordens, irmandades e corporações em geral.*

(9) A Circ. n. 4 de 15 de Janeiro de 1844 declara que as camaras municipaes não se achão incluidas entre as corporações de mão-morta.

(10) Savigny cit. § 91, not. *m*, colloca nesta segunda classe o *ager publicus* dos Romanos, reservado a principio aos patricios, e depois aos *optimates*; assim entre nós o Estado, as provincias, os municipios tem certos bens que constituem os seus respectivos patrimonios, e outros destinados ao uso publico. Ord. L. 2, tit. 26 §§ 8 e 9; L. de 1.º de Outubro de 1828, art. 41; L. n. 605 de 18 de Setembro de 1850, art. 3 § 1.—V. Cap. 6 § 11 huj. tit.

(11) Fr. 7 § 3, D. Ad. exhib. (X, 4); fr. 2, D. De adquir. vel. amitt poss. XLI, 2).

podem praticar ; o terceiro, comquanto não encontrasse obstaculo nas fórmãs do direito, talvez por ser corollario dos primeiros principios.

Mais tarde, sendo-lhes concedido o patronado, este trouxe como consequencia a successão *ab intestato*, e depois a testamentaria dos seus libertos. Aos municipios, além deste direito, tambem foi concedido o de receber qualquer successão testamentaria. Com igual amplitude foi dado por especiaes privilegios este direito a certos deoses e a certas corporações, bem como a estas o de succeder a seus membros quando, na falta de outros herdeiros, a herança tinha de se devolver ao fisco. Assim tambem foi permittido ás cidades, collegios e templos receber legados e fideicommissos. Nunca, porém, se concedeu por medida geral ás pessoas juridicas o direito successorio em toda sua amplitude (1).

Entendem alguns jurisconsultos patrios que entre nós as corporações succedem *ab intestato* aos seus membros que fallecem sem deixar parente successivel ou conjuge, tendo

(1) Ulpiano Reg. Lib. Sing. T. 22 §§ 5 e 6 ; Savigny cit. § 93.

ellas para este fim preferencia ao fisco, e confundindo com ellas as instituições pias, sustentão esta doutrina especialmente em favor das igrejas e dos mosteiros (2). Nós a limitamos às corporações monasticas em relação aos espolios dos seus membros; mas ainda neste caso não ha verdadeira successão hereditaria, pois que nada podendo os religiosos adquirir para si, e sim sómente para os respectivos conventos, por sua morte estes continuão o dominio que já d'antes tinham nos bens que constituem estes espolios (3).

Quanto á successão testamentaria nas heranças, legados e fideicommissos, póde-se estabelecer como principio geral a capacidade das pessoas juridicas com as seguintes limitações :

1.º Que a alma não póde ser instituida herdeira, sendo neste caso nulla a instituição, bem como os legados (4).

(2) B. Carn. cit. § 299, ns. 18 e 19 ; Portugal De donat. reg. L. 3, cap. 20 ns. 1, 3, 10, 20, 37, etc.

(3) Pegas For. vol. 2, cap. 20, ns. 31, 89, 95, etc. ; Moraes De execut. L. 2, cap. 8, ns. 6, 14, 18, etc. ; B. Carn. cit. §§ 83, 85, n. 5, etc.

(4) Lei de 25 de Junho de 1777, § 10 ; D. de 17 de Julho de 1778 ; Ass. de 21 do Junho de 1777.

2.º Que entende-se haver instituição d'alma, sempre que fôr instituída alguma corporação pia, ou instituição pia, com exclusão das litterarias (5).

3.º Que o mesmo se entende sempre que as ditas corporações ou instituições forem nomeadas testamentearias, ainda que se não faça menção de herdeiras (6).

§ 5.º

Acções.

A capacidade, concedida ás pessoas juridicas, de pouca efficacia seria, se ellas não pudessem comparecer em juizo, para vindicar os seus direitos lesados ou defender-se de injustas pretenções alheias. Assim é-lhes geralmente reconhecido o direito de comparecerem em juizo como autoras ou rés nas acções reaes, ou

(5) L. de 9 de Setembro de 1769, § 21, revalid. pelo Alv. de 20 de Maio de 1796 ; Ass. I, de 29 de Março, IV de 5 de Dezembro de 1770, I de 20 de Julho de 1780, e II de 21 de Julho de 1797.

(6) Cit. Ass. I de 29 de Março de 1770 ; B. Carn. cit. § 299, n. 15 e not. *b*.

pessoas, relativas aos direitos dos bens, únicos para que foram instituídas (1),

Para este fim ellas podem fazer-se representar em juízo, ou por um procurador especial para cada negocio, que os Romanos chamavão *Actor*, ou por um procurador geral, que denominavão *Syndicus* (2). É manifesto que, quando se trata de uma corporação, o procurador ou syndico não representa os membros desta, e sim a unidade ideal que a constitue; e se ella se acha reduzida a um só membro, este póde intentar directamente os processos, mas não em seu proprio nome, e sim sempre no da corporação (3).

Qualquer membro della, ou qualquer estranho á pessoa juridica, póde na qualidade de defensor, sustentar os seus direitos, como succede com

(1) Ulpiano fr. 7 pr., D. cit. Quod cujusc. univers. etc. (III, 4); Savigny cit. § 92; B. Carneiro cit. § 300, n. 1.

(2) Fr. 1 § 1, fr. 6 § 1 e 3, fr. 3. D. cit. Quod cujusc. univers. etc. (III, 4); Savigny cit. § 92; Aug. Barbosa *Collect. Doct.* in lib. 1 Decret. T. 39, *De Syndico*; B. Carn. cit. § 300, n. 2.

(3) Fr. 2 e fr. 7 § 2, D. cit. Quod. cujusc. univers. etc. (III, 4); Savigny cit. § 89 not. b e § 92; B. Carneiro cit. § 298, n. 12 e seg., e § 300.

as pessoas naturaes (4). Aquelles em quem a pessoa juridica se encarna, ou que a apresentação, não podem servir de testemunhas nas causas della, se têm nisso interesse pessoal e immediato; o contrario succede, quando apenas se trata do interesse da pessoa juridica (5). Quanto ao juramento judiciario, o Direito Romano só trata delle em relação ás pessoas juridicas, quando é condição annexa a legado deixado a municipio, e decide que deve ser prestado pelos respectivos magistrados. Segundo os preceitos geraes de nossa legislação, o syndico ou procurador precisa ter mandado especial para jurar (6).

(4) Fr. 1 § 3, D. cit. Quod cujusc. univ. etc. (III, 4); Savigny cit. § 92; B. Carn. cit. § 300, n. 5.

(5) Pereira e Souza, Pr. Lin. Civ., 1 P. not. 481; B. Carn. cit. § 300, n. 6.

(6) Paulo fr. 97, D. De condit. et demonstr. (XXXV, 1). — Municipibus, *si jurassent*, legatum est... Per eos itaque jurabunt, per quos municipii res gerentur.—Ord. L. 3, T. 7 pr., tit. 43 § 3; Corrêa Telles Man. do Tabell. § 277, n. 3; Savigny cit. § 92, in fin.

§ 6.º

*Responsabilidade penal e civil pelos delictos,
quasi-delictos e obrigações (1)*

Na média idade, em que a sociedade plebeia se tinha organizado geralmente em corporações afim de lutar mais vantajosamente contra a anarchia feudal dos barões, é natural que se houvesse exagerado o principio da collectividade, e em geral da pessoalidade juridica, ao ponto de assemelhal-o ao da pessoalidade natural, até na imputabilidade criminal e, conseguintemente, na penalidade. Não faltão com effeito exemplos estrondosos de cidades incendiadas e espalhadas as cinzas aos ventos, ou arrazadas, sulcadas pelo arado e semeádas de sal, de corporações multadas, dissolvidas e privadas de todos os bens pelo confisco, ou cruelmente punidas nas pessoas de todos os seus membros (2).

(1) Sobre estas questões—V. Savigny cit. §§ 94 e 95 ; Ortolan Elém. de Dr. Pen. ns. 491, 496 e 544.

(2) Entre outros exemplos apontaremos os dous famosos do arrasamento de Milão por Frederico, Barbaruiva, da Allemanha, e a abolição e atroz punição da Ordem dos Templarios por Philippe, o Bello, da França.

Ainda modernamente distinctos jurisconsultos têm sustentado o principio da absoluta capacidade de direito e de acção nas pessoas juridicas, não só na esphera dos factos civis como na dos criminaes (3). Outros, porém, observão que taes pessoas só têm existencia em virtude da lei, e para os fins por esta designados; que sendo creadas unicamente para participarem do direito dos bens, nenhuma outra especie de relações juridicas podem ter; que a capacidade de commetter delictos não é condição para poder participar daquelle direito (4). Na verdade, é manifesto que as pessoas juridicas não têm a capacidade absoluta de direito, de volição e de acção, pois, se a tivessem, seriam tambem capazes dos direitos de familia, o que é absurdo. Assim tambem é manifesto que a capacidade de commetter delictos ou a responsabilidade criminal, não é condição para a capacidade relativa ao direito dos bens; tanto assim que os im-

(3) Taes como Stieber em Haubold, *Opuscula* vol. 2, pag. LXXIII; Mühlenbruch vol. 1, § 197: *Sintenis De delictis et pœn. univers. Serv.*—V. Savigny cit. § 94, nota *b*.

(4) Savigny cit. § 94, not. *a*, menciona como partidarios desta opinião, que é tambem a delle, Zachariæ, Haubold, e Feuerbach.

puberes e alienados têm esta capacidade sem terem aquella.

Demais, as pessoas juridicas só têm existencia ideal, e a lei, creando-as, não deu-lhes nem podia dar-lhes os attributos reaes da racionalidade e liberdade moral. que são as condições essenciaes da imputabilidade penal; a lei era, pois, impotente para conceder-lhes a responsabilidade criminal.

Não podendo as pessoas juridicas ter determinações proprias, a realidade da sua existencia só se póde manifestar pelas determinações dos representantes que a lei lhes concedeu; ora, repugna com as noções elementares e fundamentaes do Direito Criminal, que se lance sobre ellas a responsabilidade dos actos praticados por estes, porque seria violar o principio da identidade do delinquente e do condemnado.

Os representantes das pessoas juridicas só obrãõ como taes, emquanto se encerrãõ na esphera que a lei traçou á sua missão; desde que a transpõem, despem-se de seu character de verdadeiros representantes, e conseguintemente obrãõ unicamente sob a sua responsabilidade pessoal.

Nem importa que os crimes tenham sido com-

mettidos em proveito das pessoas juridicas e no exercicio das funcções de representantes destas, porque em todo o caso ha abuso destas funcções, transgressão da esphera legal de acção desses representantes; e por taes factos, meramente individuaes, só podem responder os que os praticão. Fôra tão illogico e iniquo punir as pessoas juridicas pelos crimes de seus representantes, embora commettidos em proveito dellas, como punir os pupillos alienados pelos delictos de seus tutores ou curadores, embora perpetrados para lucro delles, e no exercicio das funcções da tutela ou curatela.

Esta doutrina é verdadeira em relação a todas as especies de pessoas juridicas; e se alguns jurisconsultos têm pretendido responsabilisar ás de existencia necessaria e ás corporações pelos actos criminosos da maioria dos seus membros, é por confundirem a entidade abstracta e collectiva com as pessoas naturaes que a constituem; mas, em vista do que antecedentemente expendemos, esta confusão não pôde subsistir (5).

(5) Sobre esta materia tem variado a doutrina do Direito Canonico; Innocencio IV prohibio a punição das corporações, e só sujeitou a ella os membros

Cumpre-nos aqui observar que se as pessoas jurídicas não podem ser agentes de delictos, podem, porém, ser pacientes delles, e têm direito a propôr as competentes acções crimes e civeis, para haverem a sua punição e a reparação do damno causado. Por certo que ellas não podem ser pacientes de todas as especies de delictos ; mas alguns ha de que o podem ser ; taes são os que affectão os seus interesses materiaes e moraes, a sua fortuna e a sua reputação, não porque possão por qualquer modo offender a sua sensibilidade (pois que a não tem), mas

individualmente culpados ; C. 5 De sent. excommunicat., in VI (V, 11) ; Bonifacio VIII em um caso especial ameaçou a ellas mesmas de interdicto ; C. 4, De censib., in VI (III, 20). — V. Savigny cit. § 95.

A Lei n. 387 de 19 de Agosto de 1846, art. 126, parece á primeira vista afastar-se destes principios, impondo multas collectivamente ás camaras municipaes, mesas dos collegios eleitoraes, conselhos municipaes de recurso, juntas de qualificação, e mesas parochiaes ; deve-se, porém, entender que nestas penas sómente incorrem os membros destas entidades collectivas que houverem votado ou tomado parte nos actos que derem lugar a essa decretação ; pelo que devem nas respectivas actas fazer as precisas declarações os que não houverem participado desses actos, afim de se eximirem da responsabilidade penal Av. n. 35 de 8 de Março de 1847, 4.^a dec., etc.

porque lesão os seus direitos de propriedade e pessoalidade.

Quanto ás obrigações nascidas dos delictos, divergem em opiniões aquelles mesmos jurisconsultos que aliás são accordes quanto á irresponsabilidade penal. Dizem uns que, sendo as pessoas juridicas capazes de obrigações, devem ser responsaveis pelas perdas e interesses provenientes do seu não-cumprimento ; que assim mais devem sê-lo pelos prejuizos causados pelas suas cousas, bem como pelas pessoas empregadas no seu serviço, sem o que não haveria segurança para entrar-se em relações com ellas, e a sua pessoalidade civil se tornaria impossivel ; que tambem pode-se responsabilisar civilmente as pessoas collectivas (de existencia necessaria ou corporações) pelos delictos de seus representantes, afim de interessal-as na prevenção destes; e comquanto reconheção que esta medida é algum tanto excepcional e exorbitante, entendem que póde ter lugar, visto que a responsabilidade civil pelos delictos póde ser transferida de uma a outra pessoa, ou pela successão hereditaria ou pela caução e pagamento, feitos por terceiro.

Deve-se, porém, convir na responsabilidade das pessoas juridicas pelo não-cumprimento das obrigações contrahidas pelos seus repre-

sentantes, ou pelos quasi-delictos destes, commettidos no exercicio de suas funcções, muito mais se dahi lhes proveio algum lucro; porquanto, sendo em seu proveito creadas estas funcções e feitos estes serviços, assim como têm direito aos beneficios, devem-se sujeitar aos onus que dahi lhes possão provir. Não succede o mesmo com as obrigações nascidas dos delictos, pois conservão o character pessoalissimo destes, e consequentemente a sua intransmissibilidade, salvo no caso de haverem as pessoas juridicas participado gratuitamente dos proveitos dos crimes, ou de terem estes sido commettidos pelos seus escravos, até a concurrencia do valor destes (6).

§ 7.º

Privilegios.

As pessoas juridicas, tendo apenas existencia ideal, que só revela-se por determinações alheias, merecem da lei especial protecção, como todos os que não podem zelar dos seus proprios direitos. A todas em geral é, pois, concedido :

(6) Cod. Crim. art. 28.

1.º O beneficio da restituição *in integrum*
(1).

(1) O beneficio da restituição *in integrum* introduzido pelo Pretor em favor dos menores, lesados pelos seus proprios actos ou pelos de seus tutores ou curadores, e dos maiores nos casos de ausencia, violencia, erro, fraude, *captis diminutio*, e *alienatio judicii mutandi causa facta*, foi depois ampliada á *Republica*, ou ao Estado, e ás suas divisões politicas; Paulo fr. 22 § 2, D. Ex quib. caus. maj. vig. an. in integr. restit. (IV, 6); Const. 4, Cod. eod. tit. (II, 54); mais tarde foi tambem concedida pelo direito canonico ás igrejas, ordens monasticas e irmandades religiosas. C. 1, 3, 6. X. De in intr. restit. (I, 41); Const. 11, X. De reb. eccles. (III. 13). A nossa Ord. L. 3, tit. 41, § 7, a concede não só aos menores, como ás outras pessoas que conforme o Direito gozão do beneficio de restituição; ora devendo-se tomar a palavra—Direito—como synonyma de Direito praticamente admitido no reino, torna-se evidente que deve-se estender este privilegio não só ás classes favorecidas pelo Direito Romano e Canonico, como em geral a todos aquelles cujos interesses são administrados por estranhos, por não poderem elles mesmos administral-os; pois tal era a amplitude das regras de Direito admittidas em Portugal pelos Praxistas e pelos tribunaes. Pegas vol. 15 á cit. Ord. L. 3, tit. 41, n. 17; Mell. Freir. cit. L. 2, tit. 13 § 9; Per. e Souza. Prim. Lin. sobre o Proc. Civ. not. 598; B. Carn. cit. § 297, n. 9. Quanto aos hospitaes, o refere julgado o mesmo Pegas P.

As pessoas juridicas de existencia necessaria gozão, além deste, do seguinte privilegio:

2.º Não estarem os seus bens sujeitos a penhora (2).

O Estado e as provincias têm mais :

3.º O privilegio de fôro em todas as causas ordinarias ou summarias, em que fôrem autores ou réos, assistentes ou oppoentes (3).

1 Dec. 51, n. 6 : V. Valasco Cons. 105, n. 44 ; quanto ás confrarias, V. a discordancia de opiniões em Barbosa De Jur. Eccl. L. 2, cap. 11, n. 90.

(2) Const. art. 15 § 15 e Instr. da Dir. Ger. do Cont. de 10 de Abril de 1851, art. 14 ; Acto Add. art. 11 § 4, e art. 10 §§ 5 e 6 ; L. de 1.º de Outubro de 1828, arts. 42, 43 e 45 ; de 26 de Maio de 1840, arts. 23 e 24 ; e Port. de 20 de Fevereiro de 1850 .— V. o Sr. Dr. Perdigão Malheiro Man. do Proc. dos Feit. da Faz. Nac. §§ 296—298. O Av. n. 120 de 24 Março de 1863 assim o declarou a respeito dos bens municipaes. As doações feitas á Fazenda publica, ás provincias e aos municipios, bem como todas as excedentes á taxa legal, devem ser insinuadas, com as unicas excepções declaradas na Lei. Av. n. 337 de 29 de Agosto de 1866. Os bens do Estado não pódem ser alienados pelo Governo, sem auctorisação legal, nem ainda em beneficio das Provincias ou Municipios. Av. n. 158 de 16 de Jan. de 1854.

(3) L. n. 242 de 29 de Novembro de 1841 ; Ord.

TITULO III.

Das cousas.

CAPITULO I

NOÇÕES GERAES.

§ 1.º

Noção geral de cousa.

Todos os direitos recahem, ou sobre *peessoas* ligadas aos sujeitos por vinculos naturaes e moraes, e não tem um valor economico, nem fazem parte do patrimonio destes; ou recáem sobre *cousas* e *obrigações* que tem um tal valor e fazem parte do patrimonio dos sujeitos. A's cousas e obrigações dá-se a denominação commum de *bens*.

A palavra *bens* deriva-se de *bona*, e esta, segundo Ulpiano, vem de *beare*, que significa *tornar feliz*; comprehendem-se na palavra *bonu*, accrescenta o Jurisconsulto romano, não só as

cousas sujeitas ao nosso dominio, como as que possuimos de boa fé, que consistem em superficie ou em acções (1). Tambem os Romanos denominavão *pecunia* as cousas que estão no patrimonio de alguem; e Paulo nos diz que a palavra *res* é mais ampla, e comprehende tambem as cousas que estão fóra do patrimonio de alguem (2).

No sentido ontologico *cousa* é tudo que existe ou póde existir; no sentido juridico-racional é uma parte qualquer do mundo fatal (3), Tomada na primeira accepção, a palavra *cousa* é mais ampla do que *bens*, e está para com esta na relação de genero para com especie (4); tomada na segunda, se por um lado é mais ampla, por outro é mais restricta, porque não

(1) Ulpiano fr. 49, D. verb. signif. (L, 16) — *Bona ex eo dicuntur, quod beant, hoc est, beatos faciunt: beare est prodesse, etc.*

(2) Paulo fr. 5, pr. D. cit. loc. (L, 16)— *Rei appellatio latior est quam pecunia: quia etiam ea, quæ extra computationem patrimonii nostri sunt, continet: cum pecuniæ significatio ad ea referatur, quæ in patrimonio sunt.*

(3) Marezoll. Dr. Priv. des Rom. § 83.

(4) Mourlon Rep. écr. sur le pr. ex. du Cod. Nap. n. 1332.

comprehende os bens de existencia apenas ideal, como os direitos e acções.

Segundo alguns Jurisconsultos, *eousa* é tudo quanto póde ser objecto de direitos (5), ou fazer parte do patrimonio de alguém (6), ou todo o objecto material susceptivel de medida de valor (7). Desta variedade de definições, tão diversas em sua amplitude (8), vê-se quão discordes são os Jurisconsultos sobre a idéa que se deve ligar a esta palavra; e como seja esta uma das noções fundamentaes do Direito, dahi

(5) Maynz Élém. de Dr. Rom. § 113; Liz Teixeira Curs. de Dir. Civ. Port. P. 2 T. 1 § 1.

(6) Pellat Expos. des prin. du Dr. Rom. sur la Propriété n. 6 not.; Mel. Fr. Inst. Jur. Civ. Lus. T. 3, cap. 1 § 1; Vicat. Vocab. utr. jur. *vb. res.*—Est autem hoc sensu res omne id quod sua natura habile est, ut possit in bonis alicujus esse, seu alicujus suum esse.

(7) O Sr. Dr. A. T. de Freitas, Esboço do Cod. Civ. n. 317; Mackeldey Man. de Dr. Rom. § 151.

(8) Portugal De donat. reg. L. 3, cap. 38, n. 12 e 13, diz que a palavra—*res*—significa mais do que—*pecunia* e do que—*bona*—, e accressenta—*nihil in mundo excogitari valet, quod res dici non posse*. Entretanto esta palavra é tomada em mui variados e até contrarios sentidos nas leis romanas, como mostra o mesmo Portugal cit. § 13.

provém renhidas logomachias que desapparecem sempre que se clareia esta noção.

§ 2.º

Classificação das cousas segundo o Dir. Romano.

Gaio apresenta tres classificações das cousas. A suprema divisão das cousas diz elle (1), que estão em nosso patrimonio ou fóra delle (2), é em *res divini juris* e *res humani juris*. Subdivide as primeiras em *res sacræ* (3) reli-

(1) Gaio. *Inst. Comment.* II, § 1 e seg.

(2) Paulo. fr. 1. D. *de usu et usufr.* (XXXIII, 2) diz que o usufructo das cervidões não se póde legar — *quia id neque ex bouis, neque extra bonis sit*. Deste fragmento pretendêrão alguns Jurisconsultos deduzir uma 3.ª classe de cousas que não estão no nosso patrimonio, nem fóra delle. Mas Vinnio (*Inst. Comm.* L. 2, Tit. 1. princ.) mostra que esta questão só versa sobre os apices do direito.

(3) Gaio. *Inst. Comm.* II, § 4. — *Sacræ sunt quæ diis superis consecrata sunt...* § 5. *Sed sacrum quidem solum exestimatur auctoritate populi Romani fieri; consecratur enim lege, de ea re lata, aut senatusconsulto facto.*

giosæ (4) e sanctæ (5) e as segundas em publicæ e privatæ. Accrescenta que as cousas publicas ipsius universitatis esse creduntur, consequin-

Marciano. fr. 6 § 3 D. *De divis res.* (I, 8). — *Sacræ autem res sunt hac, quæ publice consecratæ sunt, non private; si quis ergo privatim sibi sacrum constituerit, sacrum non est, sed profanum.*

Instit. § 8. *De rer. divis* (II, 1). *Sacra sunt, quæ rite et per pontifices Deo consecrata sunt, veluti cedes sacræ et dona quæ rite ad ministerium Dei dedicata sunt.*

(4) Gaio *Inst. Comm.* II § 4... *religiosæ quæ diis manibus relictæ sunt.* Marciano fr. 6, § 4, D. cit. loc. (I, 8) — *religiosum autem locum unusquisque sua voluntate facit, dum mortuum infert in locum suum.* Todo este § do fr. foi transferido para as *Inst. de Justin.* § 9. *De rer. divis.* (II, 1).

(5) Gaio. *Inst. Comm.* II 8.— *Sanctæ quoque res, velut muri et portæ, quodammodo divini juris sunt.*

Marciano fr. 8. D. *De divis rer.* (I, 8). *Sanctum est quod ab injuria hominum defensum atque munitum est.*

Ulp. fr. 9, § 3. D. cit. loc. (I, 8). *Proprie dicimus sancta, quæ neque sacra, neque profana sunt, sed sanctione quodam confirmata...*

Inst. § 10 cit. loc. (II, 1). *Sanctæ quoque res, veluti muri et portæ quodammodo divini juris sunt, et ideo nullius in bonis sunt. Ideo autem muros sanctos dicimus, quia pena capitis constituta est in eos qui aliquid in muros deliquerint...*

temente, que ellas, bem como as cousas de direito divino, *nullius in bonis esse creditur*, finalmente que as cousas privadas são *quæ singulorum sunt*.

Em segundo lugar divide as cousas em *corporales* e *incorporales* (6); define as primeiras: *quæ tangi possunt*; e as segundas, *quæ tangi non possunt*, taes como as que consistem em direito — a herança, o usufructo e as obrigações de qualquer modo contrahidas, embora estes direitos nos possam levar á aquisição de cousas corporeas ou sejam a estas inherentes.

Comquanto não se possa determinar ao certo quaes erão os direitos que os Jurisconsultos Romanos consideravão como cousas incorporeas (7), devemos como taes considerar todos os que se podem comprehender na classe dos bens, que fazem parte do patrimonio de alguem, ou que tem valor notoriamente apreciavel, com excepção porém do dominio; porquanto, reahindo este sempre sobre cousas corporeas e

(6) Gaio. *Inst. Comm.* II §§ 12 — 14. Estes tres §§ forão transportados para o Dig. I, 8, fr. 1, § 1, e depois para as *Inst. de Justin.* II, 2.

(7) Mackeldey. *Man. de dir. Rom.* § 152.

absorver todas as utilidades que se podem tirar dellas, confunde-se e identifica-se com ellas na linguagem habitual.

Finalmente classifica as cousas em *mancipi* e *nec mancipi* (8). Entre as primeiras se incluem os predios rusticos e urbanos, situados no solo italico; os servos e quadrupedes, *quæ dorso, collove domantur*, não, porém, os elephantes e camelos, posto que domados tenham sido, visto a sua origem manifestamente perigrina. Todas as outras cousas corporeas, consideradas individualmente, assim como todas as incorporeas, com excepção das servidões dos fundos rusticos, serão classificadas entre as *nec mancipi*; a colleccão porém dos bens de uma pessoa considerados como formando uma *universitas* era *mancipi res*.

A differença juridica existente entre estas duas especies de bens era — que as *res mancipi* só se podião alienar pela mancipação ou cessão juridica; emquanto ás *res nec mancipi* quando corporeas, podião ser alienadas pela simples tradicção — *nuda traditione*.

(8) Gaio. *Inst. Comm.* II, § 15 e seg.; Ulp. *Reg. Lib. Sing.* T. 19 § 1.

A *mancipação*, direito privativo dos cidadãos Romanos, era uma venda imaginaria effectuada em presença de 5 testemunhas puberes, e de uma pessoa encarregada de ter a balança, todos os cidadãos romanos; lançando o comprador um pedaço de bronze na balança, como que em paga do objecto recebido em *mancipio* e proferindo estas palavras: *hunc ego hominem ex jure Quiritium meum esse aio, isque mihi emptus est, hoc acre ceneaque libra* (9).

Marciano (10) divide as cousas, considerando-as em relação ao direito natural em: *communia omnium, universitas, nullius e singulorum*; e qualifica (11) como subdivisão da classe das *res nullius* as — *sacræ, religiosæ e sanctæ*.

As Institutas de Justiniano (12) dão preferencia á classificação de Marciano, acrescentando-lhe um novo membro, o das *res publicæ*.

Estas classificações, porém, são hoje inaceitaveis, exceptuadas apenas a das cousas cor-

(9) Gaio. *Inst. Comm.* I § 119.

(10) Fr. 2 pr. *D. cit. loc.* (I, 8)

(11) Fr. 6 § 2. *D. cit. loc.* (I, 8).

(12) *De rer. div.* pr. (II, 1).

preas e incorporeas que, no estado actual da jurisprudencia patria e estrangeira, não póde ser omittida (13). Entretanto graves objecções se levantão contra a sua admissão nos codigos modernos (14).

As cousas sagradas pertencem ordinariamente ás igrejas (15), as religiosas ás municipalidades (16); as sanctas, no sentido do direito Romano, não existem hoje.

(13) O Cod. Civ. Franc. art. 1607 falla em *direitos incorporeos* e no art. 2075 em *moveis incorporeos*. Vid. Mourlon. Rep. Ecr. sur le pr. ex. du Code Napoléon. N. 1342 e seg.; Huber. Jure Civit. II, Cap. 11, n. II; Molina de Just. et jur. Tr. 2. Disp. 2 n. 4. Guerr. Rat. vedd. L. 3. Cap. 9 n. 3 — 6; Liz Teix. Cours. de Dir. Civ. Port. P. 2. T. I § 1; C. da Rocha. Inst. de Dir. Civ. Port. § 77; Trigo de Lour. Instit. de Dir. Civ. Braz. § 246.

(14) O Sr. Dr. A. Teix. de Freitas a discute largamente e a resolve pela negativa. V. Esboço do Cod. Civ. Art. 317 Nota.

(15) Ord. L. 2. Tit. 24; Lei de 9 de Dez. de 1830; Decr. de 28 de Nov. de 1849; Instit. pr. De rer. divis. et adquir. ips. dom. (II, 1). Huber. Jure Civit. L. 2 Cap. 11 n. V e seg.

(16) Lei do 1.º de Outubro de 1826, Art. 66, § 2 — As questões relativas ao estabelecimento de

A divisão das cousas em *mancipi e nec mancipi* não passa de mera reminiscencia historica e nenhuma applicação póde ter.

A classificação de Marciano, ainda accrescentada pelas Institutas, não satisfaz as condições do metodo rigoroso e não póde deixar de ser profundamente modificada.

Pelo que, tomando a palavra *cousa* no seu mais amplo sentido, e considerando as *cousas* sob duplo aspecto, faremos com os Jurisconsultos as seguintes classificações :

- I. Quanto á sua natureza :
 - 1.° Immoveis, moveis e acções.
 - 2.° Existentes e futuras.
 - 3.° Singulares e collectivas.
 - 4.° Divisiveis e indivisiveis.
 - 5.° Principaes e accessorias.
 - 6.° Fungiveis e não fungiveis.

cemiterios prendem-se antes ao Direito administrativo do que ao Civil. Vid. Noc. Prel. de Dir. adm. Braz. Cap. 5 § 2 III.

II. Quanto ao seu proprietario.

1.º Cousas que estão no commercio e fóra delle.

2.º Cousas sem dono.

3.º Cousas publicas e particulares.

CAPITULO II.

DA CLASSIFICAÇÃO DAS COUSAS. I. EM RELAÇÃO A SUA NATUREZA.

§ 1.º

Cousas immoveis, moveis e acções.

A classificação das cousas em corporeas e incorporeas corresponde até certo ponto a que o nosso Direito faz dos bens em *immoveis, moveis e acções exigiveis*; aquella, porém, é mais ampla do que esta.

De grande importancia theorica e pratica é esta ultima classificação; trataremos, pois, em particular de cada uma de suas subdivisões.

I. Chamão-se *immoveis*, no sentido restricto, aquelles bens que, por sua natureza, ou por acto humano, achão-se de tal modo fixos em um lu-

gar, que se não podem absolutamente transportar para outro, ou se não pôde fazê-lo sem deterioral-os em sua substancia e fórma,

No sentido lato, esta classe de bens se subdivide em immoveis (1) :

- 1.º Por natureza ;
- 2.º Por acto humano ;
- 3.º Por destino ;
- 4.º Pelo objecto a que se applicação ;

(1) A nossa legislação relativa á siza classifica em tres ordens os immoveis : 1.º, os que o são por sua natureza, como os predios urbanos e rusticos, as arvores e fructos, em quanto adherentes ao solo; 2.º, os que, pelo destino e applicação que lhes dá o proprietario, fazem parte integrante do predio, como os instrumentos de agricultura e utensilios das fabricas, em quanto se achão perpetuamente unidos aos respectivos estabelecimentos; 3.º, os que, pelo objecto a que se applicação, participão da natureza dos bens de raiz propriamente taes, como são o usufructo das cousas immoveis, as servidões, e as acções que tendem a reivindicar algum bem immovel. Res. de 16 de Fevereiro e 16 de Setembro de 1818; Prov. de 8 de Janeiro de 1819; Instr. de 1.º de Setembro de 1836 art. 5; Lei n. 1237 de 24 de Set. de 1864 art. 2; Decr. n. 3453 de 26 de Abril de 1865 art. 138—141.

5.º Por especial disposição legislativa.

1.º São immoveis por *natureza* :

a) O solo (2).

b) As arvores e, em geral, os vegetaes, emquanto adherem ao solo pelas raizes e delle se alimentão, quer tenham ahi sido semeados, ou plantados pelo proprietario, ou por um estranho, quer tenham brotado espontaneamente (3).

(2) Javolenus fr. 115 D. De verb. signif. (L. 16).— *Questio est, fundus a possessione, vel agro, vel prædio quid distet. Fundus est omne quidquid solo tenetur. Ager est, si species fundi ad usum hominis comparatur. Possessio ab agro juris proprietate distat. Quidquid enim adprehendimus, cujus proprietas ad nos non pertinet, aut nec potest pertinere; hoc possessionem appellamus. Possessio ergo, usus; ager, proprietas loci est. Prædium utriusque superscriptæ generale nomen est: nam et ager, et possessio, hujus appellationis species sunt. Comp. Florentino fr. 211, D. eod. (L. 16).— V. not. 26 infr.*

(3) Pomp. fr. 40, D. De act. empt. (XIX, 1) Q. Mutius scribit: Dominus fundi de prædio arbores stantes vendiderat, et pro his rebus pecuniam accepit, et tradere volebat. Emptor quærebat, quid se facere oporteret; et verebatur, ne hæ arbores ejus non viderentur factæ? Pomponius: Arborum quæ in fundo continentur, non est separatum corpus à fundo: et ideo, ut dominus suas specialiter arbores vin-

não só os muros dos edificios, presos ao solo pelos alicerces, como o assoalho, o tecto, as portas, as janellas, e as respectivas ferragens (8), os canos de esgoto, ou destinados á conducção de agua (9).

As cousas preparadas para fazerem parte de um predio, como as telhas, as estacas dos parreirae, etc., não se consideram como immoveis antes de serem collocadas nos respectivos lugares; o contrario, porém, succede quando são delles tirados para de novo serem collocados (10).

135 3 ; e contra Mello Inst. Jur. Civ. Lus. L. 3, T. 3 § 8 : B. Carn. Dir. Civ. Lus. L. 2 § 65, ns. 19—21.

(8) Ulp. fr. 17 pr. D. act. emp. et vend. (XIX, 1). Fundi nihil est, nisi quod terra se tenet. *Ædium* autem multa esse, quæ *ædibus* adfixa non sunt, ignorari non oportet, utputa seras, claves, claustra. Comp. Ulp. fr. 12 § 25, D. De instruc. vel instrum.; Javol. fr. 242 § 2, D. De verb. sig. (L. 16); Cod. Civ. Fr. art. 519.

(9) Ulp. cit. fr. 17 §§ 7, 8 e 9, D. (XIX, 1) refer. á opin. de Labeon, diz — si perpetuo fuerint positæ, *ædium* sunt. Conc. o fr. 15. fr. 38 § 2, e fr. 40 § 6 cit. loco.: fr. 12 § 24, D. De instruct. vel instr. leg. (XXXIII, 7); Cod. Civ. Fr. art. 523.

(10) Ulp. cit. fr. 17 § 10, D. (XIX, 1). Ea

Tambem não se considerão como taes os edificios apenas collocados sobre o solo sem alicerces e provisoriamente, como barracas e outras construcções que, depois de breve tempo, são desmanchadas e transportadas para outro lugar (11).

3.º São immoveis por *destino* :

a) Os objectos moveis ligados perpetuamente pelo proprietario a um predio, sem que comtudo fação parte delle ou sejão de sua essencia ; se fõrem a elle ligados por um es-

quæ ex ædificio detracta sunt, ut reponantur, ædificii sunt : at quæ parata sunt, ut imponantur non sunt ædificii. V. a applic. deste principio no § 11 e seg., e no fr. de Javoleno 18 § 1 e seg.

(11) Javoleno fr. 18 pr. D. cit. (XIX, 1); Grannaria, quæ ex tabulis fieri solent, ita ædium sunt, si stipites eorum in terra defossi sunt : quod si supra terram sunt, rutis et cæsis cedunt. — Comp. Javol. fr. 242 § 4, D. De verb. sig. (L, 16) ; Scævola fr. 60, D. De adq. rer. dom. (XLI, 1). Esta mesma doutrina encontra-se nas Instr. de 1 de Setembro de 1836, art. 6 § 1, in fin.; Decr. n. 152 de 16 de Abril de 1842, art. 2.º, in fin.; Off. de 9 de Novembro de 1835.

tranho, ou temporariamente pelo proprietario, continuão a ser considerados como moveis (12).

Quando, porém, se deve julgar que um movel se acha perpetuamente ligado a um immovel, ou com elle incorporado ?

Pothier entende que isto só tem lugar, quando o movel é destinado *ad integrandam domum*, e que o contrario succede, quando é destinado *ad instruendam*, isto é, que o movel se immobilisa, quando serve para completar o immovel, embora não esteja a este ligado por vinculos materiaes ; e que conserva a sua natureza propria de movel, quando serve sómente para ornar o immovel, embora esteja a elle materialmente vinculado, de sorte que, tirado o

(12) Ulp. fr. 17 § 7, D. De act. empt. (XIX, 1). — *Labeo generaliter scribit, ea, quæ perpetui usus causa in ædificiis sunt, ædificii esse ; quæ vero ad presens, non esse ædificii :*

Ulp. fr. 13 § ult. cit. loc. D. De act. empt. (XIX, 1). — *Ædibus distractis vel legatis ea esse ædium solemus dicere, quæ quasi pars ædium, vel propter ædes habentur, utputa puteat. Pomp. fr. 14, eod. loc. — id est, quod puteum operitur.*

Celso fr. 38, § 2, in fin. cit. loc. (XIX, 1). — *Nonne proprius est, ut incerta et inclusa ædificio partem ejus esse existimemus ?*

movel, conserve-se o immovel em sua perfeição, sem que nada pareça faltar-lhe.

A applicação, porém, desta doutrina, aliás geralmente seguida pelos Jurisconsultos francezes, encontrava difficuldades, e dava lugar a aberrações; pelo que o Cod. Civ. Fr. art 525 a substituiu pela seguinte:— Considera-se um movel perpetuamente ligado a um immovel, quando o proprietario os soldou com gesso, cal, ou cimento; ou quando não podem ser separados sem serem quebrados ou deteriorados, ou sem quebrar-se ou deteriorar-se a parte do immovel a que o movel está ligado (13). Exceptuão-se:

(13) Ulpiano diz que os lagares, cubas e outros objectos destinados a trabalhos industriaes, embora estejam coherentes ao edificio, não fazem parte d'elle, e devem antes ser considerados como instrumentos; fr. 17 pr. D. De act. emp. (XIX, 1): — *Multa etiam defossa esse, neque tamen fundi aut villæ haberi, utputa vasa vinaria, torcularia: quoniam hæc instrumenti magis sunt, etiam si ædificiis cohærent.* Entretanto, no fr. 15 § 6, D. De usufr. (VII, 1), depois de mostrar a duvida que se movia sobre a questão, se o usufructuario tem direito a usar dos toneis existentes em um predio? Este Jurisconsulto a decide pela affirmativa:—*Sed ego puto, nisi sit contraria voluntas, etiam instrumentum fundi, vel domus contineri.* Conc. o fr. 9 § 7, D. De usufr. (VII, 1):—*Instrumenti autem*

— Os espelhos, painéis e outros ornamentos, cujos caixilhos estão incorporados com o madeiramento, embora possam ser tirados sem fractura nem deterioração (14).

— As estatuas. collocadas em nichos feitos de proposito para recebê-las, e por analogia, —

fructum habere debet. Paulo, porém, fr. 76 pr. D. De contr. empt. (XVIII, 1) decide que os toneis que se achão enterrados são comprehendidos na venda do predio : — *Dolia in horreis defossa, si non sint nominatim in venditione excepta, horreorum venditione cecissee videri.* Pelo contrario Celso fr. 93 § 4, D. De leg. (XXXII, III) decide que no legado do predio não se achão comprehendidas as machinas, etc.— *Quæro, an... machina, vasa vinaria, id est cuppæ, et dolia, quæ in cella defixa sunt, item granaria, legata essent? Respondit, non recte peti, quod legatum non esset.* Altim. De nullit. T. 8, Quæst. 1, Sect. 1, Sect. 1, n. 237, 238, 249, 270 a 272; Portug. De donat. reg. L. 2, cap. 26, n. 77; Moraes De execut. L. 6, cap. 1, n. 32; Mourlon cit. n. 1375.

A doutrina do art. 525 do Cod. Civ. Fr. acha-se entre nós aceita e applicada, quanto á siza, pela Ord. n. 367, de 6 de Novembro de 1856.

(14) Ulp. fr. 17 § 3, D. De act. empt. (XIX, 1). — *Quæ tabulæ pictæ protectorio includuntur, item quæ crustæ marmoreæ ædium sunt.* § 4. — *Reticuli circa columnas, plutei circa parietes, item celicia vela, ædium non sunt.*

sobre sócos preparados, para este fim e fixos no solo por obra de pedreiro (15).

b) Os moveis que o proprietario colloca em um predio para serviço deste, como as machinas, intrumentos e gado destinado a trabalhos da industria extrativa, agricola, ou fabril, em quanto se achão unidos a esse predio e não podem ser delle separados sem interrupção das respectivas operações industriaes (16). O gado

(15) Ulp. fr. 17 cit. § 9 (XIX, 1). — Item constat, sigilla, columnas quoque, et personas, ex quarum rostris aqua salire solet, villæ esse.

Ulp. fr. 12 § 23, D. De instruct. vel instrum. leg. (XXXIII, 7). — Sigilla, et statuæ adfixæ, instrumento domus non continentur, sed domus portio sunt. V. Mourlon cit. n. 1375.

(16) A Prov. de 8 de Junho de 1819, Inst. de 1 de Setembro de 1836 e Ord. n. 143 de 4 de Outubro de 1847, declarão que os instrumentos de agricultura, uténsilios de fabricas, e gado vaccum e cavallar destinado ao serviço dos predios, em quanto se achão unidos a estes, e fazendo delles parte integrante estão sujeitos ao imposto da siza.

Entretanto, a Ord. n. 367, de 6 de Novembro de 1856, em execução na Resol. Imp. de 5 do mesmo mez, declarou á respeito da fabrica de refinação de assucar de Nietheroy, que se devião considerar como sujeitos ao sello proporcional, e isentos da siza, não só os moveis propriamente ditos e sobresallentes da

de criação, porém, destinado á reproducção ou á venda, não se considera como immobilizado, comquanto sirva para aproveitarem-se certos productos do immovel, as ervas, etc.,

referida fabrica, mas tambem todos os objectos que podessem ser tirados ou removidos do solo e dos edificios da fabrica, sem ruina ou deterioração, quer dos proprios objectos, quer dos mesmos edificios. Estes bens, e assim mais os escravos maiores de 12 ou 14 annos, segundo os sexos, não podem nas execuções ser desmembrados, ou separados dos predios, e uns dos outros, salvo por convenção especial do devedor e credor, quando a divida é das que envolve hypotheca legal ; é isto o que se denomina *privilegio de integridade*. Alv. de 6 de Julho de 1807 § 2 ; de 21 de Janeiro de 1809 § 2 ; Lei de 30 de Agosto de 1833, arts. 2 e 3 ; Reg. n. 737 de 25 de Novembro de 1850, art. 531 § 2 ; Reg. n. 2432 de 15 de Junho de 1859, art. 38 § 1. Os escravos, porém, não são incluídos no valor dos predios para pagamento da siza ; Ord. n. 247 de 9 de Setembro de 1840 ; n. 266 de 10 de Novembro 1851. As fabricas de mineração e de assucar gozavão anteriormente de outros privilegios que forão abolidos pela cit. L. de 30 de Agosto de 1833, art. 1.º — V. Av. n. 423 de 23 de Dez. de 1856. Sobre a prohibição de separar os conjuges escravos, os filhos destes menores de 12 annos ou os filhos de mãe escrava da mesma idade — Vid. Lei n. 2040 de 28 de Set. de 1871 art. 1 § 5, art. 3 §§ 7 e 8, Decr. n. 5135 de 13 de Nov. de 1872 arts. 9, 20, etc. e Decr. n. 4835 de 1 de Dez. de 1871.

cujo valor aliás se perderia, *per greges fructus ex saltu percipiuntur* (17).

4.º São immoveis *pelo objecto a que se applicação* (18) :

a) O usufructo dos immoveis (19).

b) As servidões (20).

(17) Ulp. fr. 15, D. De act. empt. (XIX, 1)... Pisces autem, qui sunt in piscina, non sunt ædium, nec fundi. Pomp. fr. 16, D. cit. loc. (XIX, 1). Non magis, quam pulli, aut cetera animalia, quæ in fundo sunt. Conf. Ulp. fr. 8 e 9 § 1, D. De inst. vel instrum. leg. (XXXIII, 7). V. Ord. n. 143, de 4 de Outubro de 1847. A doutrina do Cod. Civ. Fr., art. 522 e 524, é mais ampla. — V. Paillet, ao cit. art. 524; Durantou, vol. 4 n. 560; Demolombe, vol. 1 n. 235; e contra Moulou, n. 1367.

(18) V. Res. de 16 de Fevereiro e 16 de Setembro de 1818; Prov. de 8 de Janeiro de 1819; Instr. de 1 de Setembro de 1836, art. 5; Ord. n. 251 de 19 de Novembro de 1853.

(19) Paulo fr. 1, D. De usufr. etc. (VII, 1). — Ususfructus est jus alienis rebus utendi, fruendi, salva rerum substantia. Inst. pr. De usufr. (I, 4).

(20) Pompon. fr. 15 § 1, D. De servit. (VIII, 1). — Servitutum non ea natura est, ut aliquid faciat quis...; sed ut aliquid patiatu, aut non faciat.

Molina De just. et jur. Tr. 2, Disp. 2, n. 2. —

c) As acções competentes para a reivindicação dos immoveis (21). Os Jurisconsultos, porém, não costumão aqui tomar a palavra—*reivindicação* no sentido tecnico, e comprehendem nesta classe de bens todas as acções reaes ou pessoas tendentes a haver um immovel (22).

Servitus est habitudo, passivave obligatio, in re aliena, respondens juri in eadem re ad aliquid circa illam faciendum, aut impediendum, salva illius substantia.

(21) Paulo fr. 15, D. De reg. jur. (L. 17).—Is qui actionem habet ad rem recuperandam, ipsam rem habere videtur.

Modestino fr. 52, D. De adquir. rer. dom. (XLI,I)—Rem in bonis nostris habere intelligimur, quotiens possidentes exceptionem ; aut amittentes ad recuperandam eam actionem habemus. Marciano fr. 30 § 1, Ad. Sen.-Cons. Trebell. (XXXVI—1).— Si quis *bona sua*, vel *omnia sua* rogaverit restituere, fideicommissariam restitutionem esse intelligendum est. Nam meorum et tuorum appellatione etiam actiones contineri dicendum est.

Ulp. fr. 143, D. De verb. signif. (L,16).—Id apud se quis habere videtur, de quo habet actionem ; habetur enim, quod peti potest.

(22) Portugal cit. L. 2, cap. 26, n. 92 ; Val. Cons, 77, in pr. ; Molina cit. Tr. 2, Disp. 69 n. 1 ; Mourlon cit. n. 1380 e seg.

d) As rendas, pensões, tenças e fôros, quer perpetuos ou vitalícios sejam; é manifesto, pois, que não se comprehendem nesta classe os rendimentos provenientes da simples locação dos predios, quer deva durar por mais ou por menos de 10 annos (23).

5.ª São immoveis por *disposição legislativa para fins especiaes* :

a) As embarcações, para fim de se guardar

Visto que taes acções se considerão como bens immoveis, segue-se : 1.º, que se não podem alienar as que pertencem aos menores, sem as solemnidades prescriptas para a alienação dos seus immoveis (not. 25 infra) ; 2.ª, que a sua cessão, feita por preço, está sujeita ao pagamento da siza (Lima de Gabell. pag. 96 n. 22 ; Av. n. 148 de 5 de Maio de 1851) ; 3.º, que o marido não póde alienal-os sem outorga da mulher (Guerr. Tr. 2, L. 6, Cap. 2, n. 22).—V. Alm. e Souz. Not. a Mell. L. 3. T. 1 § 10, n. 9.

(23) Ord. L. 3, tit. 47 pr. ; L. 4, tit. 48 § 8 ; Alv. de 3 de Novembro de 1757.— Portugal cit. L. 2, cap. 26, n. 85 ; Const. 14 vb.—*aut annonas civiles*, Cod. De Sacr. Eccl. (I, 2), etc.— Quanto a outras especies de cousas, consideradas como immoveis pela antiga legislação hoje revogada, v. Consolid. das Leis Civ. art. 43, not. 2.

nas vendas judiciaes dellas as regras prescriptas para a arrematação dos immoveis (24).

b) Os moveis preciosos dos menores, como ouro, prata, pedras preciosas e perolas, para o fim de ficar a sua alienação sujeita ás mesmas solemnidades prescriptas para a dos immoveis (25).

Os immoveis por natureza e por acto humano denominão-se *predios*, e subdividem-se em:

1.º Urbanos e rusticos.

2.º Allodiaes e emphyteuticos.

(24) Cod. Comm. art. 478 ; Reg. n. 737 de 25 de Novembro de 1850 art. 511 fin. e 531 § 3 ; Ord. n. 98 de 30 de Novembro de 1843.

(25) B. Carn. Dir. Civ. § 237, n. 8 ; Moraes cit. L. 6, cap. 1, n. 32 ; Alm. e Souz. Not. a Mell. L. 3, T. 1 § 10, art. 2, n. 7, in fin ; Av. n. 45 de 12 de Julho de 1844. As condições para a alienação dos bens immoveis dos menores são 4 : — justa causa, intervenção do tutor, despacho do juiz, e hasta publica. Reinoso Obs. 30 ; Phæbo P. 1, Decis. 60, ns. 10—12 ; Valasco Cons. 89 n. 2 ; Guerr. De divis. L. 7, Cap. 1.º, n. 96, e Cap. 2, etc. ; B. Carn. cit. § 239, ns. 10—37 ; e Repert. das Ord. vol. 1, p. 289, *vb.*—*Bens de Raiz dos Orphãos*, etc., not.— *c* —et *ibi* — a opinião de Themudo.

1.º São predios *urbanos* (26) :

a) Quaesquer porções de solo situado dentro dos limites das cidades, villas e povoações, como chacaras, quintaes e jardins.

b) Todos os edificios cobertos situados dentro daquelles limites, qualquer que seja a sua denominação, fôrma, materia e destino, uma vez que estejam fixados no solo de modo que se não possam tirar sem se destruirem.

c) Os predios nobres que servem para morada e recreio dos que habitão no campo temporaria ou continuamente, como casas, cocheiras, jardins, etc.

São predios *rusticos* (27) :

(26) Inst. de 1º de Setembro de 1836, art. 6; D. n. 152 de 16 de Abril de 1842, art. 2. Ainda quando os predios são comprados para o fim de serem demolidos, são sujeitos ao pagamento da siza. Ord. n. 9 de 11 de Janeiro de 1855.

Florentino fr. 211, D. De verb. signif. (L. 16) — *Fundi* appellatione omne ædificium, et omnis ager continetur. Sed in usu urbana ædificia, *ædes*; rustica, *villæ* dicuntur. *Locus* vero sine ædificio in urbe, *area*; rure autem *ager* appellatur: idemque ager cum ædificio fundus dicitur.

(27) Instr. cit. de 1º de Setembro de 1836, art. 7.

a) Os terrenos situados fóra dos limites das cidades, villas e povoações, destinados á agricultura, qualquer que seja a sua extensão e estado de aproveitamento.

b) Quaesquer edificios situados fóra daquelles limites e destinados á morada dos agricultores, ou ao serviço de qualquer ramo de industria.

c) As datas de terras e aguas mineraes, estejam ou não em uso e aproveitamento.

2.º Predios *allodiaes* são aquelles sobre que recahe o dominio pleno (28).

Predios *emphyteuticos* são aquelles cujo dominio se acha partido em directo e util, e collocado em diversas pessoas (29).

(28) A palavra *allodio* deriva-se das raizes germanicas *all*, todo, e *od*, propriedade; significa, portanto, propriedade inteira, ou plena; Aug. Thierry Lettr. sur L'Histoire de France.

(29) A palavra *emphyteuse* tem por origem o verbo grego *εμφυτεύω fut. εύσω, insero*, e originariamente significava a terra dada para ser cultivada sob condição de certas prestações. Sobre a *emphyteusis* e o censo, segundo a legislação patria, V., além de outros, as monographias: — Valasco De jure *emphyteutico*;

II. *Moveis*. — Chamão-se moveis aquelles bens que, sem deterioração na substancia ou na fôrma, podem ser transportados, ou se transportão a si mesmos de um lugar para outro; dahi vem a sua divisão em (30) :

Moveis (no sentido restricto), e

Semoventes.

As palavras *moveis*, *bens moveis*, *effeitos moveis*, *mobilia*, *trastes*, *alfaias*, *casa mobiliada e casa com tudo o que nella se acha*, são tomadas em sentido mais ou menos amplo, e os Jurisconsultos não estão de accôrdo sobre a sua precisa

Caldas Pereira, De renovatione, nominatione, et extinctione emphyteuseos ; Pinheiro De ceusu et emphyteusi ; Almeida e Souza, Tr. pract. e crit. do Dir. Emphyteutico ; Cordoso Mem. sobre a avaliação dos bens de prazo; Carrêa Telles Ensaio sobre a natureza do censo consignativo, etc. A alienação do dominio util é sujeita á siza. Ord. n. 251 de 19 de Novembro de 1853.

(30) Celso fr. 93, D. De verb. signif. (L, 16).— *Moventium*, item *mobilium appellatione idem significamus: si tamen apparet, defunctum animalia duntaxat, quia se ipsa moverent, moventia vocasse. Quod verum est.*

f) Os carros, carrinhos e carruagens de qualquer especie.

5.º A expressão *casa mobiliada* comprehende o predio e a respectiva mobilia ou alfaias; e *casa com tudo que nella se acha* exprime o predio e todos os bens moveis que nelle existirem, com exclusão da moeda de qualquer especie, bem como dos direitos e acções e dos respectivos titulos (34),

III. Comquanto as *acções* se considerem como immoveis ou moveis, segundo se referem áquelles ou a estes, a Lei de 20 de Junho de 1774 §§ 17, 27—29 com ellas constitue terceira categoria distincta de bens, quando trata de classi-

(34) Paulo fr. 92 § 1, D. De leg. (XXXII, 3)— *His verbis domibus legatis: fidei heredum meorum committo, uti sinant, eum habere domus meas, in quibus habito, nullo omnino excepto, cum omni instrumento, et repositis omnibus, non videri testatorem de pecunia numerata, aut instrumentis debitorum sensisse. Scœvola fr. 28, in fin. D. De instruc. et instrum. (XXXIII, 7)—Respondit, ea, quibus instructus sit fundos, secundem verba legati, quæ sint in eadem causa, quum dies legati cedat, instrumento contineri. Comp. idem fr. 6, Ulp. fr. 12 § 45, fr. 18 § 14, etc. D. De instruc. vel instrum. leg. (XXXIII, 7). Sobre a differença entre *fundus instructus* e *fundus cum instrumento*, v. o fr. 12 § 27 e seg. D. cit.*

ficar a estes para determinar a ordem segundo a qual deve ser feita a penhora na execução das sentenças civeis (35).

Quanto á expressão *acções exigiveis*, de que usa a citada Lei, não podemos deixar de consideral-a como defeituosa, visto que toda a acção tem por fim exigir a realização de um direito; devemos, porém, entender que a Lei só quiz tratar aqui das acções que têm por fim exigir a realização dos direitos que se comprehendem na classe dos *bens* (36).

§ 2.º

Cousas existentes e futuras.

Consideradas em relação á sua existencia, as cousas se dividem em :

I, Existentes e

(35) Ord. L. 3, tit. 86 §§ 7 e 8; Reg. n. 737 de 25 de Novembro de 1850 art. 512. Este Reg. porém, classifica em cinco especies os bens para a execução, e colloca antes dos moveis, immoveis e acções: 1º, o dinheiro, ouro, prata e pedras preciosas; 2º, os titulos de divida publica e quaesquer papeis de credito do governo.

(36) Mourlon cit. n. 1392.

hypothecadas (5), legadas (6), etc. A obliga-

turi recte ementur; ut, cum editus esset partus, jam tunc, cum contractum esset negotium, venditio facta intelligatur.

§ 1.^o Aliquando tamen et sine re venditio intelligitur, veluti cum quasi alea emitur: quod fit, cum captus piscium, vel avium, vel missilium, emitur. Emptio enim contrahitur, etiam si nihil inciderit, quia spei emptio est. Et quod missilium nomine eo casu captum est, si evictum fuerit, nulla eo nomine ex empto obligatio contrahitur, quia id actum intelligitur.

Paulo fr. 34 § 2, D. cit. (XVIII, 1).— Liberum hominem scientes emere non possumus: sed nec talis emptio, aut stipulatio admittenda est, *cum servus erit*: quamvis dixerimus futuras res emi posse. Nec enim fas est, ejusmodi casus expectare. V. Ulp. fr. 11 § 18 D. De act. empt. (XIX, 1), nota 3 supra.

(5) Gaio fr. 11 § 3, D. Qui potiores in pig. vel hypoth. (XX, 4)— Si de futura re convenerit, ut hypothecæ sit, sicuti est partu: hoc queritur an ancilla conventionis tempore in bonis fuit debitoris, et in fructibus, si convenit ut sin pignori; æque quæritur, an fundus vel jus utendi fruendi conventiones tempore fuerit debitoris?

V. Gaio fr. 15 pr. D. De pig. et hypoth. (XX, 1), not. 1 supra.

(6) § 7 Inst. De leg. (II, 20)— Ea quoque res quæ in rerum natura non est, si modo futura est,

ção, porém, de entregar a coisa future sobre que versa a estipulação ou o legado, só começa no momento em que ella se torna existente, ou como diz Paulo : *cum ea per rerum naturam prestari potest* (7).

Com quanto o legado condicional seja intransmissivel, pendente a condiçãe (8) pode-se transmittir o que recahe sobre coisa futura, ou a esperança do legado; pois este não deve ser considerado; como verdadeiramente condicional, e sim apenas como sujeito a um prazo proveniente de causa extrinseca, e não do próprio testamento (9).

recte legatur, veluti fructus, qui in illo fundo nati erunt; aut quod ex illa ancilla natum erit.

V. Pomp. fr. 24, D. De leg. (XXX, 1) c Mæcianus fr. 17 pr. D. De leg. (XXXII, 3) not. 2 sup.

(7) Paulo fr. 73, D. De verb. obligat. (XLV, 1) — Interdum pura stipulatio ex re ipsa dilationem capit: veluti si *id, quod in utero sit, aut fructus, futuros aut domum edificari*, stipulatus sit: tunc enim incipit actio, cum ea per rerum naturam præstari potest.

(8) Ulp. fr. 4 e 5, D. Quando dies leg. (XXXVI, 2).

(9) Ulp. fr. 37 § 1, (XXXV, 2) .! ad heredem transire legatum dictum est. Idque et Julianus respondit: magis, enim mora quam conditiõ legato injecta videtur.

§ 3.º

Cousas singulares e collectivas

Pomponeo (1) distinguia tres especies de corpos : 1.º *quod continetur uno spiritu, id est unitum*; 2.º *quod ex contingentibus, hoc est pluribus inter se coherentibus constat, id est connexum*; 3.º *quod ex distantibus constat, ut corpora plura non soluta sed uni nomini subjecta*. Preferimos, porém, por mais completa, a classificação seguinte :

I, Chamão-se singulares as cousas indivi-

Papin; fr. 25 § 1, D. cit. XXXVI, 2) — *Contrarium non est, quod, si medio tempore legatarius moriatur, et postea partus edatur fructos perveniant, pecuniam pupillos exsolvat, heres legatarii petitionem habet; namque dies legati, cui conditio nom adscribitur, quam vis extrinsecus expectanda sit, cedit.*

Entretanto, Pomponio (fr. 1 § ult. D. De condit. et demonstrat, XXXV, 1) denomina taes legados — condicionaes; Papiniano, porém, (fr. 99, D. cit. XXXV, 1) não considera como taes os que se achão sujeitos a condições extrinsecas — *non ex testamento venientes, id est, quæ tacite, inesse videntur*. V. Vinn. Inst. Imp. Com. L. 2, T. 20 ao § 7.

(1) Fr. 30, D. De usurpat. e usucap. (XLI, 3); Paulo fr. 23, § 1. D. De rei vind. (VI, 1), sobre as acções que nos competem para reaver o nosso, desde que entra na *composição* ou na *collecção*, de uma cousa alheia, v. Paulo fr. 23 § 5, D. De rei vind. (VI, 1).

duaes e distinctas, consideradas em si mesmas e como taes (2). Ellas se dividem em cousas :

1.º *Simples*, que são as que constão de partes homogeneas ou, na phrase dos jurisconsultos, de partes da mesma especie ligadas entre si naturalmente, como o animal, o vegetal, etc.

2.º *Compostas*, que são as que constão de partes heterogeneas artificialmente unidas, *corpus quod ex contingentibus constat, s. c. connexum*, como o edificio, a machina, etc.

II. Chamão-se *collectivas* as cousas que consistem na reunião de muitas individuaes e distinctas, *corpus quod ex distantibus constat*, formando um todo, ou universalidade de cousas, *universitas rerum*, sob certas relações legaes. Dividem-se em cousas :

1.º *Collectiva de facto (universitas facti)*, que são as que constão de individuos distinctos da mesma especie, juntos em um todo, como o rebanho, os generos reunidos em um armazem, etc. (3) Pelo que, quando se hypo-

(2) V. Vinn. Inst. Imp. Comm. L. 2, T. 20 § 18 ; Mackeldey Man. de Dr. Rom § 155 ; Proj. do Cod, Civ. art. 360 e seg.

(3) Ulp. fr. 1 § 3, D. De rei vind. (VI, 1) e

theca um rebanho, sustenta Marciano, que ficão subjeitos á hypotheca todas as ovelhas que depòis vêm a nascer, ainda que o rebanho se renove inteiramente (4); e assim tambem, constituido sobre elle um legado, ficão comprehendidas neste todas as que depois do testamento nascerem ou se ajuntarem ao rebanho; e se este ficar reduzido a uma só ovelha, subsistirá sempre o legado (5), salvo se consistir apenas no usufructo (6).

Seguudo Pomponio, porém, deixa de existir o rebanho desde que fica reduzido a uma ovelha (7), ou a menos de 10, segundo Calistrato (8);

fr. 70 § 3, D. De usufr. et quemad. quis ut (VII, 1); Scævola fr. 34 pr. (De taberna) D. De pign. et hypoth. (XX, 1).

(4) Fr. 13 pr. D. De pign. et hypoth. (XX, 1).

(5) § 118 Inst. De leg. (II 20): Ulp. fr. 21 e Pompon. fr. 22, D. De leg. (XXX, 1).

(6) Pomp. fr. ult. D. Quib. mod. usufr. vel us. amitt. (VII, 4) — Cum gregis usufructus legatus est, et usque eo numerus pervenit gregis, ut grex non infelligatur, perit usufructus.

(7) Fr. 22 e fr. 65 § 1, D. De leg. (XXX, 1).

(8) Fr. 3 pr. D. De abigeis (XLVII, 14). V. Marciano fr. 65 § 4, D. De leg. (XXXII, III). Entretanto considerava-se como crime de *abigeato*

parece, pois, que se devêra nestes casos considerar o legado como extinto, pela regra — *si res legata sine facto heredis perierit, legatario dedit* (9). Não succede porém, assim, porque como diz Gaio (10), *in toto et pars continetur*, é portanto o legado constituido em um rebanho comprehende todos os individuos que o compõem (11). Do mesmo modo destruida pelo incendio a casa legada, subsiste o legado na sua área (12); renovados parcial ou totalmente os generos contidos em um armazem, subsiste a hypotheca nelle constituida (13):

2.º *Collectivas de direito (universitas juris)*; que são as que constão de cousas de diversas es-

o furto de 4 ou 5 porcos, e o de 1 boi, ou cavallo; cit. fr. 3 pr.

(9) § 16 Inst. De leg. (II, 20).

(10) Fr. 113, D. De reg. jur. (L, 17).

(11) V. Papin. fr. 65 § 1, D. De leg. (XXXI, II); Celso fr. 79 pr. D. De leg. (XXXII, III).

(12) Pomp. fr. 22 cit. (XXX, I); Paulo fr. 98 § ult.; D. De solut. et liberat. (XLVI, 3)... pars enim insulæ area est, et quidem maxima, cui etiam superficies cedit... area autem extet, sicut cætera, ex quibus ædificium constitit.

(13) Scævola fr. 34, pr. cit. D. De pign. et hypoth. (XX, 1).

pecies, corporeas ou incorporeas, que reunidas formão um patrimonio, como a herança, o peculio, etc. (14).

Observa Mackeldey, que a regra— *res cœeedit in locum pretii, et pretium in locum rei*, isto é, *tudo que é adquirido pelas cousas individuaes que compoem a universalidade, ou em seu lugar, pertence a esta universalidade, e pôde ser reclamado por aquelle que tem direito sobre ellã*, só se applica ás universalidades de direito que são objecto de successão universal (15), e não ás que são objecto de

(14) Ulp. fr. 1 § 1, D. Quor. bonor. XLIII, 2 e fr. 13 § 8, D. De hered. petit. (V, 3).

(15) Ulp. fr. 30 pr. D. De hered. petit. (V, 3)— *Item veniunt in hereditatem etiam ea, quæ hereditatis causa comparata sunt... Et si quidem pecunia hereditaria sint comparata, sine dubio venient: si vero non pecunia hereditaria, videndum erit: et puto, etiam hæc venire, si magna utilitas hereditatis versetur, pretium scilicet restituturo herede.* V. mais o mesmo fr. § 1, 2 e 12 e fr. 22.—A applicação deste principio ao peculio dos escravos acha-se em Ulp. fr. 5 § 5, 11 e 14. D. De tribut. act. (XIV, 3); e ao peculio dos filhos na Const. 1, C. De castr. pœcul. milit. (XII, 36.)— *In castrensi vero peculio prædium donatum non esse constat, quamvis empta ex castrensi peculio pœadia ejus conditionis efficiantur.*

successão particular, nem ás universalidades de facto (16).

Vulteius entende que a expressão *per universitatem* deve referir-se ao titulo da aquisição e não ás cousas adquiridas ; esta opinião, porém, é satisfactoriamente combatida por Vinn (17). Dos sete antigos modos de aquisição *per universitatem* (18), no tempo de Justiniano só restavão

(16) Juliano fr. 56, D. De reivind. (VI, 1)—*Vindicatio non ut gregis, ita et peculii recepta est : sed res singulas is, cui legatum peculium est, petet.*

Ulp. fr. 32 § 2. D. De pecul. (XV, 1)—*Venditor servi, si cum peculio servum vendidit, et tradiderit peculium, ne intra annum quidem de peculio convenietur : neque enim hoc pretium servi peculium est, ut Neratius scripsit.*

Const. 6, Cod. De reivind. (III, 32)—*Si ex ea pecunia, quam deposueras, is, apud quem collocata fuerat, sibi possessiones comparavit, ipsique traditæ sunt, tibi vel omnes tradi, vel quasdam ex his compensationis causa ab invito eo in te transferri, injuriosum est.*

(17) Inst. Imper. Comm. L. II, T. 9, ao § 7, n. 1.

(18) V. Anton. Contius Disp. L. 1, Cap. 12. Além dos 4 de Justiniano, anteriormente havião mais : — a successão pela venda dos bens do devedor, a redução da mulher livre á escravidão, e a *coemptio*, ou *conventio in manum*.

quatro: *susceptio hereditatis*, *bonorum possessio*, *agnitio*, *adrogatio*, e *libentium conservandam causa bonorum additio* (19); e destes só entre nós vigora o primeiro — a herança (20).

§ 4.º

Cousas divisíveis e indivisíveis.

As cousas são *divisíveis* ou *indivisíveis*, e esta divisibilidade é:

I. De *facto*, quando, sem serem inteiramente destruídas, podem ser materialmente partidas, de modo que cada uma das fracções forme um todo particular e independente. — Estas fracções na linguagem jurídica dos Romanos denominão-se *partes certæ*, e a posse dellas *pro diviso*.

II. De *direito* ou *legal*, quando a coisa pode ser possuída em *commun* por diversas pessoas, abstracção feita da sua divisibilidade de *facto*. As partes ideaes de cada um dos co-possuidores denominão-se *partes incertæ*, e esta posse *commun pro indiviso*.

(19) Inst. L. II, T. 9 § 7.

(20) Mell. Er. Instit. Jur. Civ. Lris. II, o 3, T. 3

E' evidente, pois, que todas as cousas corporaes ou são divisiveis de facto, ou se o não são, pelo menos são divisiveis de direito; assim nma casa ou um escravo póde ser idealmente, (*intellectu*) dividido, *re manente integra*, e cada parte pertencer a differente senhor (1).

As cousas incorporaes, segundo a phraeologia romana, comquanto não sejam divisiveis de facto, em geral o são idealmente e de direito, *si talis sint, ut quod ex his percipitur, dividi natura possit* (2); taes são o direito a uma herança, a qualquer coisa divisivel, as obrigações, ao usufructo (3). As servidões, porém, com a uica

(1) Ulpiano fr. 9 § 1, D. De solut. et liberat. (XLVI, 3).—Item qui Stichum debet, parte Stichi data in reliquam partem tenetur... sed si debitor reliquam partem Stichi solverit, vel per actorem steterit, quominus accipiat, liberatur.

(2) Vinn. Partit. jur. L. 2, Cap. 36.

(3) Ulp. fr. 9 § 12, D. De hered. instit. (XXVIII, 5).—Heredes juris successores sunt: et, si plures instituantur, dividi inter eos à testatore jus oportet: quod si non fiat, omnes æqualiter heredes sunt. Const. 6, Cod. Familiæ erciscundæ (III, 36).—Ea, quæ in nominibus sunt, non recipiunt divisionem: cum ipso jure in portiones hereditarias ex lege duodecim tabularum divisa sint.

excepção do usufructo, são indivisíveis de direito (4).

Papin. fr. 5, D. De usufr. (VII, 1)— *Usus fructus et ab initio pro parte indivisa, vel divisa constitui, et legitimo tempore similiter amitti, eademque ratione per legem Falcidiam minui potest. Reo quoque promittendi defuncto, in partes hereditarias usufructus obligatio dividitur: et si ex communi prædio debeat, uno ex sociis defendente, pro parte defendentis fiet restitutio.*

Paulo fr. 1 § 9, D. Ad. leg. Falcid. (XXXV, 2)— *Si ususfructus legatus sit, qui et dividi potest, non sicut cæteræ servitutes individuae sunt: veteres quidem æstimandum totum usumfructum putabant, et ita constituendum, quantum sit in legato. Sed Aristo a veterum opinione recessit: ait enim, posse quartam partem ex eo, sicut ex corporibus, retineri. Idque Julianus recte probat.*

(4) Pomponius fr. 17, D. De servitut. (VIII, 1)— *Viæ, itineris, actus, aquæductus pars in obligationem deduci non potest: quia usus eorum indivisus est. Et ideo si stipulator decesserit, pluribus heredibus relictis, singuli solidam viam petunt. Et si promissor decesserit, pluribus heredibus relictis, a singulis heredibus solida petitio est.*

Gaio fr. 80 § 1, D. Ad. leg. Falcid. (XXXV, 2) — *Quædam legata divisionem non recipiunt: ut ecce legatum viæ, itineris, actusve: ad nullum enim ea res pro parte potest pertinere.*

Paulo fr. 19, D. De usu et habit. (VII, 8) — *Usus*

otierib eb aievisivibni § 5. otortitub ob oçoço

Cousas principaes e accessorias.

Cousas ha que têm existencia juridica propria, enquanto outras a têm dependente; isto é, o dominio das primeiras é determinado em relação ás proprias cousas, enquanto to das segundas só é em relação á causa que as produz, ou á cousa a que se achão adherentes. Aquellas se denominão *principaes* e estas *accessorias* (1)

pars legari non potest: nam frui quidem pro parte possumus, uti pro parte non possumus.

Idem fr. 2 § 1, D. De verb. oblig. (XLV, 1) — Quædam non recipiunt (*partium prestationem*): ut in his, quæ natura divisionem non admittunt, veluti cum viam, iter, actum stipulamur.

Ulp. fr. 72, D. eod. loc. (XLV, 1) — Stipulationes non dividuntur earum rerum, quæ divisionem non recipiunt, veluti viæ, itineris, actus, aquæductus, cæterarumque servitutum.

Sobre a divisibilidade das obrigações, v. mais Paulo fr. 25 §§ 9 e 10, D. De famil. ercisc (X, 2). Idem fr. 2, 4 e 85, D. De verb. oblig. (XLV, 1); Pomponio fr. 3 § 1, e Ulp. fr. 15, D. De oper. libert. (XXXVIII, 1); Paulo fr. 1 § 9, e Gaio fr. 80 § 1, D. Ad leg. Falcid. (XXXV, 2).

(1) Vinn. Jurispr., Contr. L. 1, Caps. 22 e 23; o

As cousas accessorias se dividem em *naturalmente accessorias* e *industrialmente accessorias*, segundo esta qualidade lhes provém unicamente da acção das leis naturaes, ou da vontade e acto humano.

I. As consas naturalmente accessorias são :

1.º As terras que se ajuntão ao nosso solo, ou pela alluvião (2), ou pela força do rio desde que a elle se unem inteiramente (3) ; as que são

mesmo e Ortolan ao § 19 das Inst. de rer. divis. (II, 1); Mackeldey Man. de Dr. Rom. § 158 e seg.; Marezoll Dr. Priv. des Rom. §§ 96 e 87; Mourlon Répét. écrit sur le prem. exam. du Cod. Nap. n. 1441 e seg., 1512 e seg.; Fragoso De regim. reip. P. 3, L. 6, § 2, e L. 9, § 4; Guerr. De Divis. Tr. 2. L. 3, Caps. 7 e 8, e Decis. Quest. 1 e seg.; Proj. do Cod. Civ. art. 368 e seg.

(2) V. § 11, huj. cap. nota 26—28.

(3) Gaio fr. 7 § 2, D. De adquir. rer. dom. (XLI, 1).. si longiore tempore fundo meo hæserit, arboresque, quas secum traxerit, in meum fundum radices egerint, ex eo tempore videtur meo fundo acquisita esse; frag. transportado com leves alterações de palavras para o § 21 Instit. De rer. divis. (II, 1).

Ulpiano fr. 9 § 2, D. De dam. inf. (XXXIX, 2)— Ita demum autem crustam vindicari possi idem Alfenus ait, si non coaluerit, nec unitatem cum terra mea feerit. Nec arbor potest vindicari a te, quæ translata in agrum meum cum terra mea coaluit.

abandonadas pelo rio; e as ilhas que nestes se fórmão (4).

2.º Os fructos ou productos dos seres organicos que nos pertencem.

3.º O parto das escravas (5).

Os Jurisconsultos romanos não incluíão o parto das escravas entre os fructos, e o classifica-vão como especie particular de accessão, porque, diz Gaio (6), é absurdo que se considere como fructo aquelle para quem a natureza preparou todos os fructos. Vinn. (7), porém, combate esta razão de Gaio, e julga tão absurdo que se considere o homem fructo, como que elle sirva a outro homem; nem é elle qualificado fructo em relação a si mesmo, mas sim em relação a outros

(4) V. § 11, huj. cap., nots. 25—28.

(5) § 4 Instit. De jur. person. (I, 3)—*Servi aut nascuntur, aut fiunt: nascuntur ex ancillis nostris.*

(6) Gaio fr. 28 § 1. D. De usuris (XXII, 1)—*Partus vero ancillæ in fructu non est: itaque ad domum proprietatis pertinet. Absurdum enim videbatur, hominem in fructu esse, cum omnes fructus rerum natura hominum gratia comparaverit; este frag. foi transportado para o § 37 da Instit. De rer. divis. (II, 1).*

(7) Ao cit. § 37 das Instit. De rer. divis. (II, 1).

homens. Demais, o mesmo Gaio (8) observa que a outros respeito os escravos são equiparados aos rebanhos; podião, portanto, também sê-lo a respeito da producção dos filhos. Parece, portanto, preferivel a razão deduzida da dignidade humana e da publica honestidade que desta disposição dá Ulpiano (9), a saber: que as escravas não são destinadas a darem crias, e sim a servirem. Também os Jurisconsultos patrios não classificão os filhos das escravas entre os fructos, posto que estendão a elles o dominio dos senhores das mãis (10).

(8) Fr. 2, pr. D. Ad leg. Aquil. (XIX, 2) — *Lege Aquilia, capite primo cavetur: ut qui servum, servamve, alienum, alienamve, quadrupedem vel pecudem injuria occiderit.*

Cit. fr. § 2, *Ut igitur adparet, servis nostris exæquat quadrupedes, quæ pecudum numero sunt, et gregatim habentur: veluti oves, capræ, boves, equi, muli, asini.* Comp. com Papiniano fr. 8, e Paulo frag. 14, D. De usuris (XXII, 1); o mesmo Paulo fr. 24 § 1, D. Ad leg. Falc. (XXXV, 2); Jul. fr. 91 § 7, D. De leg. (XXX, I). V. Ord. L. 5, T. 62).

(9) Fr. 27, pr. De hered. petit. (V, 3) — *Ancillarum etiam partus, et partuum partus, quamquam fructus esse non existimantur, quia non temere ancillæ ejus rei causa comparantur ut pariant, augent tamen hereditatem.*

(10) Gama Decis. 135 n. 4; Molina De just. et jure

Os fructos podem classificar-se de diferentes modos, segundo as relações por que os consideramos (11); assim dividem-se:

1.º Quanto á sua origem em :

a) *Naturaes*, que são os que a natureza produz espontaneamente, sem os cuidados do homem (12).

Tr. 2, Disp. 7 n. 6, e Disp. 188 n. 5; Guerr. De Mun. Jud. Orph. Tr. 1, L. 3, Cap. 12 n. 135, e De divis. Tr. 2, L. 7. Cap. 8 n. 40.

(11) V. Guerr. De Divis. Tr. 2, L. 3, Cap. 7 n. 2 — 5; Vinn. ao § 35 n. 1, Instit. De rer. divis. (II, 1).

(12) Pomp. fr. 45, D. De usur. (XXII, 1)—Fructus percipiendo uxor, vel vir ex re donata, suos facit: illos tamen, quos suis operis adquisierit, veluti serendo: nam si pomum decerpserit, vel ex silva cœciderit, non fit ejus: sicuti nec cujuslibet bonæ fidei possessoris: quia non ex facto ejus is fructus nascitur.

Paulo fr. 48, D. De adquir. rer. dom. (XLI, 1) — Bonæ fidei emptor non dubie percipiendo fructus etiam ex aliena re, suos interim facit: non tantum eos qui deligentia et opera ejus pervenerunt, sed omnes: quia quod ad fructus attinet, loco domini pene est. Denique etiam priusquam percipiat, statim ubi à solo separati sunt, bonæ fidei emptoris fiunt. — V. Ulpiano fr. 3. D. De verb. sign. (L. 16).

b) *Industriaes*, que são os que o trabalho humano produz, embora coadjuvado pela acção das leis naturaes (13).

c) *Civis*. Em sentido improprio tambem se denominão *fructos* as rendas da terra e dos capitaes fixos ou circulantes, os foros, pensões, alugueres, juros, etc. (14).

2.º Quanto á sua natureza em :

a) *Vegetaes*; que são todos os que o solo

(13) V. os frag. cit. na nota antecedente.

(14) Ulp. fr. 29, D. De hered. pet. (V, 3)—*Mercedes plane a colonis acceptæ loco sunt fructuum. Operæ quoque servorum in eadem erunt causa, qua sunt pensiones. Item vecturæ navium, et jumentorum.*

Idem fr. 34, D. De usur. (XXII, 1)—Usuræ vicem fructuum obtinent: et merito non debent a fructibus separari: et ita in legatis, et fideicommissis, et in tutelæ actione, et in cæteris judiciis, bonæ fidei servatur. Hoc idem igitur in cæteris obventionibus dicemus.

Pompon. fr. 121, D. De verb. sign. (L, 16)—Usura pecuniæ, quam percipimus, in fructu non est: quia non ex ipso corpore, sed ex alia causa, id est nova obligatione.

produz, quer espontaneamente, quer pelo auxilio da cultura humana (15).

b) *Animaes*; que são todos os productos de animaes que nos pertencem, como as crias, o leite, a lã, etc. (16); porém o senhor do macho, que por meio da fecundação concorreu para a existencia das crias, só tem direito á retribuição pecuniaria deste serviço, prestado pelo seu animal (17).

(15) Lei de 27 Novembro de 1804, § 9; Mourlon cit. n. 1513; Jul. fr. 25 pr. D. De usur. (XXII, 1)... quia omnis fructus non jure seminis, sed. jure soli percipitur. V. Const. 11, Cod. De reivind. (III, 32).

(16) § 19, Instit. De rer. divis. (II, 1)—Item ea, quæ ex animalibus dominio tuo subjectis nata sunt, eodem jure tibi acquiruntur.

§ 37, Instit. eod. loc. (II, 1)—In pecudum fructu etiam fætus est, sicuti lac, pilus, et lana: itaque agni, hædi, et vituli, et equuli, et suculi, statim naturale jure dominii fructuarii sunt; transport. de Gaio fr. 28, D. De usur. (XXII, 1).

Comp. Ulp. fr. 5 § 2, D. De usufr. et quemadum, etc. (VI, 1); Florentino fr. 2 e 6: e Venuleio fr. 66, D. De adquir. rer. dom. (XLI, 1).

(17) Ulpiano fr. 53, D. De furtis (XLVII, 2). — Alguns Jurisconsultos classificão todos os fructos animaes entre os industriaes; Vinn., porém, inclina-se

c) *Artificiaes*; que são todos os industriaes não comprehendidos nas duas classes anteriores.

3.º Quanto ao seu estado em :

a) *Pendientes* ou *estantes*; que são os que ainda se achão physicamente ligados á cousa principal que os produzio (18).

b) *Separados*; os que já se achão della desligados e independentes. A simples separação dos fructos, qualquer que fosse a sua causa e motivo, basta para conferir o direito de propriedade sobre elles ao possuidor de boa fé da cousa frugifera—*quia quod ad fructus attinet, loco domini pene est* (19). E', porém,

á opinião de Bartolo, que deixa esta decisão ao arbitrio do Juiz. Vinn. Jur. Contr. Cap. 22, not. b.

(18) Gaio fr. 44, D. De reivind. (VI, 1)... fructus pendentes pars fundi videntur.

Ulpiano fr. 27 pr. D. De usufr. et quemadmod. etc. (VII, 1)—Si pendentes fructus jam maturos reliquisset testator, fructuarius eos feret, si die legati cedente, adhuc pendentes deprehendisset: nam et stantes fructus ad fructuarium pertinent. Comp. Ulpiano fr. 7 § 15, D. Solut. matrim. (XXIV, 3), e Paulo fr. 26 § 1, D. De furt. (XLVII, 2).

(19) Além dos frag. cit. na nota antecedente v. Paulo fr. 13, D. Quib. mod. usufr. (VII, 4)—

obrigado a restituil-os ao proprietario d'esta, si ainda os conserva em seu poder (20).

c) *Percebidos*; os que forão separados pelo possuidor ou por alguem em seu nome, e que portanto achão-se por elle apprehendidos ou possuidos. A percepção, além da separação, é indispensavel ao usufructuario, para que possa adquirir a propriedade dos fructos (21).

Julianus ait, fructuarii fructus tum fieri cum eos perceperit: bonæ fidei possessoris, mox quam a solo separati sint.

Juliano fr. 25 § 1, D. De usur. et fr. (XXII, 1)—Cum fructuarii quidem non fiant, antequam ab eo percipiantur: ad bonæ fidei autem possessorem pertineant, quoquo modo a solo separati fuerint sicut ejus, qui vectigalem fundum habet, fructus fiunt, simul atque solo separati sunt.

Paulo fr. 48, D. De adquir. rer. dom. (XLI, 1)—Denique etiam priusquam percipiat, statim ubi a solo separati sunt, bonæ fidei emptoris fiunt.

Marezol Dr. Priv. des Rom. § 98; Ortolan Expl. histor. des Instit. n. 402; Mackeldey Man de Dr. Rom. § 160; Valasco De partit. n. 9—13.

(20) Hüber. Podicc. jur, oiv. L. 2, T. 1, n. 35; Zoesio, Comm. ad. Pam. L. 22, T. 1 n. 42;

(21) Comquanto Vinn. ao § 35 n. 3 das Instit. De rer. div. (II, 1) e outros Jurisconsultos confundão as duas classes de fructos *separados e per-*

d) *Consumidos*; os que o possuidor destruiu, applicando ao seu uso, ou alienou.—Como o possuidor de boa fé torna-se, pela separação, proprietario dos fructos, é manifesto que, consumindo-os, consome, o que é seu, e portanto não pôde ser obrigado a restituil-os ao proprietario da cousa principal; salvo na petição de herança, se com elles locupletou-se (22).

cebidos, achamos a sua distincção assaz fundamentada nos frag. cit. na nota antecedente, e especialmente no ultimo de Paulo (fr. 48 D. De adquir. rer. dom. (XLI, 1)—V. § 36 Instit. cit. loc. (II, 1).

(22) Paulo fr. 4 § 2. D. Fin. regund. (X, 1)—*Post litem autem contestatam etiam fructus venient in hoc judicio: nam et culpa, et dolus ex inde præstantur. Sed ante judicium percepti non omnimodo hoc in judicium venient: aut enim bona fide percepit, et lucrari eum oportet, si eos consumpsit: aut mala fide, et condici oportet.*

V. Papin. fr. 1 § 2, D. De pignor. (XX, 1); Afric. fr. 4, D. De adquir. rer. dom. (XLI, 1); Paulo fr. 4 § 19, D. De usurp. et usucap. (XLI, 3); Idem fr. 41 § 1, D. De re jud. (LXII, 1); Const. 22, Cod. De reivind. (III, 32); Vinn. ao § 35, ns. 10 e 11 das Instit. De rer. divis. (II, 1); Pellat De la propriété pags. 305 e 312; Borges Carn. Dir. Civ. Liv. 2, § 36, n. 9 e seg. O Cod. Civ. Franc. art. 549 apartou-se neste ponto do Direito Romano.—V. Murlon cit. n. 1448.

e) *Precipiendos*; os que, podendo ter sido percebidos não o foram por culpa do possuidor.— Este, quando é de má fé, é obrigado a restituir os que assim deixou de perceber em qualquer tempo; quando, porém, é de boa fé, só é obrigado a fazê-lo depois da contestação da lide (23); porque, como diz Ulpiano (24), *post litem contestatam omnes incipiunt malæ fidei possessores esse*.

II. As cousas *industrialmente accessorias* se dividem em duas classes: — umas se ligão a cousas principaes immoveis, outras a moveis. Pertencem á primeira classe:

1.º A semente semeada, e a arvore ou qualquer vegetal plantado pelo proprietario ou por estranho em terreno proprio ou alheio, depois que elle cria raizes (25).

2.º Os materiaes com que o seu proprie-

(23) § 2 Inst. De Off. Jud. (IV, 17); fr. 62 § 1, D. De reivind. (VI, 1); B. Carn. cit. L. 2, § 36 ns. 18 e 22.

(24) Fr. 25 § 7, D. De hered. petit. (V, 3).

(25) §§ 31 e 32 Instit. de rer. divis. (II, 1); Gaio fr. 7 § ult. D. De adquir. rer. dom. (XLI, 1), etc.

tario ou um estranho construe edificio em solo proprio ou alheio (26).

3.º Os immoveis por destino e pelo objecto a que se applicação (27).

O direito varia segundo as hypotheses em que estas cousas se tornão accessorias, e a boa ou má fé que interveio neste acto ; o principio dominante, porém, é que o accessorio segue o principal, que as disposições que regem a este comprehendem aquelle, salvo se foi expressamente estipulado o contrario (28).

Pertencem á segunda classe as cousas tornadas accessorias ;

1.º Pela *união* ou *adjuncção*, que consiste na união de duas cousas apenas por um lado de sua superficie, de modo que permaneção

(26) §§ 29 e 30 Inst. cit. (II, 1); Gaio fr. cit. § 12, D. (XLI, 1), etc.

(27) V. § 3 huj. cap. not. 12 — 23.

(28) Fr. 13 § 31, e fr. 14 — 18, D. De act. empt. (XIX, 1); fr. 19 § 20 e fr. 2, D. De aur. arg. et mund. ornam. (XXXIV, 2). V. Ord. L. 4, tit. 53, § 2; Port. De donat. L. 3, cap. 26, n. 66 e cap. 28, n. 111; Reineso Observ. 61 n. 6.

distinctas; ella póde ter lugar por cinco modos, a saber :

a) Por *inclusão*, como quando se engasta uma pedra preciosa em aro de ouro (29).

b) Por *solda*, como quando se liga a uma estatua o membro de outra, ou se caldeião duas peças de metal (30).

(29) Ulp. fr. 19 § 13, D. De aur. argent. mund. ornam. (XXXIV, 2).—Perveniamus et ad gemmas inclusas argento, auroque. Et ait Sabinus, auro argenteove cedere; ei enim cedit, cujus major est species. Quod recte expressum. Semper enim cum quærimus, quid cui cedat, illud spectamus, quid cujus rei ornandæ causa adhibetur: ut accessio cedat principali. Cedent igitur gemmæ phialis, vel lancibus, inclusæ auro argenteove.

(30) Paulo fr. 23 § 5, D. De reivind. (VI, 1).—Item quæcumque aliis juncta, sive adjecta, accessionis loco cedunt, ea quandiu cohærent, domæinus indicare non potest: sed ad exhibendum agere potest, ut separentur, et tunc vindicentur: scilicet excepto eo, quod Cassius de ferruminatione scribit: dicit enim, si statuæ suæ ferruminatione junctum brachium sit, unitate majoris partis consumi: et quod semel alienum factum sit, etiam si inde abruptum sit, redire ad priorem dominum non posse. Non idem in eo, quod ad plumbatum sit: quia ferruminatio per eandem materiam facit confusionem: plumbatura non idem efficit.

c) Pela *textura*, como quando se tecem fios de ouro ou purpura com outras materias (31).

d) Pela *escriptura*, como quando se escreve em qualquer papel ou pergaminho (32).

e) Pela *pintura* com quando se pinta em qualquer téla ou taboas (33).

2.º Pela *mistura*; esta se pôde fazer por dous modos :

a) Pela *mistura*, (no sentido estricto) de duas cousas não liquidas (34); ou

Ideoque in omnibus his casibus, in quibus nec ad exhibendum, neque in rem locum habet, in factum actio necessaria est. V. Idem fr. 26 § 1, D. De adquir. rer. dom. (XLI, 1); Ulp. fr. 7 § 2, D. Ad exhibend. (X, 4).

(31) § 26 Instit. De rer. divis. (II, 1); Paulo fr. 26 § 1, D. De adquir. rer. dom. (XLI, 1); Ulpiano fr. 7 § 2, D. Ad. exhibend. (X, 4).

(32) § 33 Instit. cit. loco (II, 1); Gaio fr. 9 § 1, D. cit. loc. (XLI, 1); idem Instit. II, § 77.

(33) § 34, Instit. cit. loc. (II, 1); Gaio fr. 9 § 2, D. cit. loc. (XLI, 1); idem Instit. II, § 78; em contrario Paulo fr. 23 § 3, D. De rei vind. (VI, 1).

(34) § 28 Inst. cit. loc. (II, 1).

b) Pela confusão de dous liquidos (35).

Chamão-se *pertenças* as cousas que pela lei ou pela vontade humana são ligadas a outras para o fim de servirem perpetuamente ao uso destas (36). Tanto os moveis como os immoveis podem ter *pertenças*, e as destes podem ser tanto os moveis como os immoveis e as cousas incorporeas (37). A qualidade de pertença sómente cessa pela completa separação da cousa em relação áquella a quem ella serve (38).

3.º Pela *especificação*; esta tem lugar quando pelo trabalho se dá nova fôrma á materia, e se crêa um objecto novo—*novam especiem* (39).

(35) § 27 Inst. cit. loc. (II, 1); Ulp. fr. 5 § 1, D. cit. loc. (VI, 1).

(36) Fr. 13 § 31 e fr. 14—18, D. (XIX, 1). Sobre o que sejam *pertenças*, v. Pegas á Ord. L. 2. tit. 33, ad rubr. § 354; Port. De donat. L. 3, cap. 44, ns. 7 e 8.

(37) Fr. 47—49 e 78 pr. D. (XVIII, 1); fr. 31 e 66 D. XXXII, fr. 15, D. XXXIII, 6; fr. 20 § 7, D. XXXIII. 7; — Ord. L. 2, tit. 33 § 99.

(38) Fr. 17 § 11, D. XIX, 1; fr. 41 § 12. D. XXX; fr. 242 § 4, D. L. 16.

(39) § 25 Inst. cit. loc. (II, 1); Gaio fr. 7 § 7; Calistrato fr. 12 § 1; Paulo fr. 24, D. De adquir. rer. dom. (XLI, 1); Ulp. fr. 5 § 1, D. De reivind. (VI, 1).

III. Chamão-se em geral *bemfeitorias* os melhoramentos que se fazem na cousa alheia, quer seja esta immovel, quer movel (40). Ellas se dividem em: (41).

(40) Guerr. De divis. L. 3, cap. 8; Pegas ad præm. Ord. Gloss. 43; B. Carn. Dir. Civ. L. 2, §§ 67—69, etc.—Ord. L. 4 tit. 48 § 7.

(41) Ulpiano Regul. Lib. Sing.—(VI, § 14 Impensarum species sunt tres: aut enim necessariæ dicuntur, aut utiles, aut voluptuosæ.

§ 15. *Necessariæ* sunt impensæ, quibus non factis, dos deterior futura esset, veluti si quis ruinosas ædes refecerit.

§ 16. *Utiles* sunt, quibus non factis, quidem deterior dos non fieret; factis autem, fructuosior dos effecta est; veluti si vineta et oliveta fecerit.

§ 17 *Voluptuosæ* sunt, quibus neque omissis, deterior dos fieret; neque factis fructuosior effecta est: quod evenit in viridariis, similibus que rebus. Comp. Idem. fr. 1, § 1, 5, § 3, 7 pr. et *pass.* D. De impens in res dotal fact. (XXV, 1); Paulo fr. 79, D. De verbor. sign. (L. 16).

O direito do que coustrue, ou planta, em terreno alheio e, em geral, dos que fazem bemfeitorias em cousa alheia para haver as despezas *necessarias* ou *uteis* que com ellas fez, é sujeito ás seguintes condições:

- 1.º Que ainda persistão as bemfeitorias
- 2.º Que augmentassem o valor da cousa, e só se

De ordinario as cousas, fungiveis ou não fungiveis naturalmente, também o são civilmente; isto é, as cousas que se consomem pelo uso, se considerão em relação á sua quantidade e qualidade, e as que se não consomem assim, se considerão em relação ao seu proprio individuo. Succede, porém, algumas vezes o contrario (3), isto é:

numero, mensura consistunt: quoniam eorum datione possumus in creditum ire: quia in genere suo functionem magis recipiunt per solutionem, quam specie: nam in cæteris rebus ideo in creditum ire non possumus, quia aliud pro alio invito creditori solvi non potest.

Juliano fr. 54, D. De verb. oblig. (XLV, 1). — In stipulationibus alias species, alia genera deducuntur. Cum *species* stipulamur, necesse est inter dominos, et inter heredes ita dividi stipulationem, ut partes corporum cuique debebuntur. Quotiens autem *genera* stipulamur numero fit inter eos divisio. Ord. L. 4, tit. 50, pr... e fica sempre obrigado a pagar o genero, que não podia perecer, que é outro tal dinheiro, trigo, vinho ou azeite, ou outro legume. — V. Ord. L. 4, tit. 53 § 1, na nota antecedente.

(3) Gaio fr. 4, D. Commod. vel. contr. (XIII, 6) Sæpe etiam ad hoc commodantur pecuniæ, ut dicis gratia numerationis loco intercedant. — V. Papin. fr. 24, D. Deposit. vel. contr. (XVI, 3);

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

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

3.º As cousas que ordinariamente se medem, pesão ou contão, *quæ pondere, numero, mensurave constant* (4), podem ser civilmente consideradas como não fungiveis; e pelo contrario.

4.º Os immoveis podem ser considerados como fungiveis.

Ulp. fr. 30 § 6, e 34 § 4, D. De leg. (XXX, 1)
Paulo fr. 37, D. De verb. obligat. (XLV, 1); Ord.
L. 4, tit. 50, pr. e tit. 53, § 1 not. ant.

(4/ Pr. Instit. Quib. mod. re contrah. oblig.
(III, 14); Paulo fr. 2 § 1, D. De reb. credit. (XII, 1).
V. not. 2, supra.

CAPITULO III.

DA CLASSIFICAÇÃO DAS COUSAS. — II EM RELAÇÃO
AO SEU PROPRIETARIO.

§ 1.º

Cousas que estão no commercio e fóra delle.

Commercio, no sentido juridico, é o direito de compra e venda, ou a faculdade de contractar com alguém sobre alguma cousa (1). Assim em relação á sua alienabilidade ou á capacidade de serem transferidas de um proprietario a outro, as cousas dividem-se em duas classes:

1.º As que estão no commercio: isto é, que podem ser livremente alienadas: e

II. As que estão fóra do commercio, ou que não são susceptíveis desta livre alienação.

(1) Ulp. Regul. Lib. Sing. T. XIX, § 5.—*Commercium est emendi, vendendique invicem jus*. V. Hermógen. fr. 5, D. De just. et jur. (I, 1); Paulo fr. 24 § 1, D. De minor. vig. (IV, 4); Ulp. fr. 39 § 10, De leg. (XXX, 1); Pompon. fr. 6, pr. D. De contr. empt. (XVIII, 1); Paulo fr. 83, D. De verb. oblig. (XLV, 1); Vinn. Instit. L. 2, T. 1, § 11, n. 2; Vicat. Vocab. jur. utr. *vb.*—*Commercium*.

Esta classificação não é identica á que os Romanos fazião de *res quæ in nostro patrimonio*, e *res quæ extra nostrum patrimonium habentur*; porquanto a appropriação das cousas não importa necessariamente o poder de alienal-as (2), nem tambem a sua não appropriação a impossibilidade de serem appropriadas, e depois alienanas; porém a sua inappropriabilidade importa evidentemente a sua inalienabilidade.

Gaio distingue a alienabilidade que provém do Direito Natural, e que se effectua por meio da tradição, da alienabilidade que provém do Direito Civil, e que se effectua por meio da *mancipação*, da *in jure cessio*, e da *usucapião* (3)

(2) Gaio, Inst. II, § 62. *Accidit aliquando, ut qui dominus sit, alienandæ rei potestatem non habeat; et qui dominus non sit, alienare posse; como exemplo do primeiro principio apresenta o fundo dotal; e como exemplo do segundo a alienação que é feita pelo agnado, curador do furioso, pelo procurador e credor pignoraticio.*

(3) Instit. II, § 65— *Ergo ex his, quæ diximus, adparet, quædam naturali jure alienari, qualia sunt ea, quæ traditione alienantur; quædam civili, nam mancipationis et in jure cessionis et usucapionis jus proprium est civium romanorum.*

Vinnius (4) observa que nem todas as cousas podem ser appropriadas ; que é preciso que sejam *nullius* ; que, ainda entre estas, algumas especies ha, que não são capazes de occupação, porque são *nullius* a certos respeitos e não a outros ; taes são, o homem livre, as cousas de direito divino, as publicas e as hereditarias antes da addição da herança.

Devemos attender que a inappropriabilidade das cousas póde ser absoluta ou relativa. A inappropriabilidade absoluta provém da sua mesma natureza, como succede com a luz, o calorico, os fluidos atmosphericos, e outras cousas que o homem não póde sujeitar ao imperio da sua vontade. O Direito Romano as denomina *res communes omnium* (5) e dellas trataremos no paragrapho seguinte.

(4) Jurispr. Contractæ L. 1, cap. 18. Verùm non quævis res nobis quavis apprehensione acquiruntur ; interest enim utrum res nullius sint, an alicujus propriæ... Sunt enim quator species, quæ quamvis nullius sint, tamen, quia non omni ex parte, nec omni jure nullius sunt, occupanti non cedunt ; ut homo liber, res divini juris, res publicæ, res hereditariæ nondum adita hæreditate.

(5) § 1 Instit. De rerum div. (II, 1) ; Marciano fr. 2, § 1, D. eod. tit. (I, 8) ; Panlo fr. 51, D. De contr. empt. (XVIII, 1).

A inappropriabilidade relativa provém de acto humano, e póde referir-se ao modo da appropriação, ou ás pessoas que a fazem. Assim.

1.º Cousas ha que são inappropriaveis em virtude de acto voluntario do alienante, por ser este acto vedado, sob pena de nullidade. A sua appropriação, porém, póde ter lugar contra a vontade do alienante, por meio da prescripção (6).

2.º Outras ha que não podem ser appropriadas por certas pessoas, como os bens dos orphãos pelos respectivos tutores, curadores, juizes e escrivães (7).

A inalienabilidade das cousas, tambem póde ser absoluta ou relativa. A primeira provém :

(6) Que a prohibição da alienação não importa a prohibição da prescripção, mostra-o Gabr. Per. Dec. 52, n. 3.

(7) Ord. L. 1, T. 62, § 38, tit. 88, §§ 29, e 30, tit. 89 § 8; Reg. de 2 do Outubro de 1851, art. 32 § 6. Sobre as pessoas a quem é vedado comprar certos bens, v. Consol. das Leis Civ. art. 585.

1.º Da propria natureza, quando as cousas são absolutamente inappropriaveis.

2.º De acto humano, quando a alienação é vedada por lei, contracto ou disposição de ultima vontade (8), como as cousas e acções litigiosas (9), os bens dotaes (10), os penhorados nas execuções, quando o seu valor excede o dobro da divida (11), e os desmembrados nas execuções, quando gozão de privilegio de integridade (12).

A inalienabilidade relativa das cousas, consiste em não poderem ser alienadas :

I. Sem licença da autoridade competente, como :

1.º Os bens das pessoas juridicas de existencia necessaria (13).

(8) Ord. L. 4, tit. 11, §§ 1 e 2.

(9) Ord. L. 4, tit. 10.

(10) Reg. do Des. do Paç. § 40; Lei de 22 de Setembro de 1828, art. 2, § 1.

(11) Lei de 20 de Junho de 1774 § 24; D. Reg. n. 737 de 25 de Novembro de 1850, art. 564.

(12) V. § 3, not. 16 huj. cap.;—e a doutrina de Gabr. Per. not. 6 supra.

(13) V. Cap. 5, § 5, huj. tit. Man. do Proc. dos Feitos da Faz. Nac. §§ 296—298.

2.º Os das corporações e instituições pias, salvas as litterarias (14).

3.º Os das pessoas naturaes incapazes (15).

II. Ou sem o consentimento de certas pessoas, como :

1.º Pelos ascendentes aos descendentes sem o consentimento dos outros descendentes (16).

2.º Pelo marido sem o consentimento da mulher os bens de raiz (17).

3.º Pelos foreiros sem o consentimento do senhorio os bens aforados (18).

§ 2.º

Cousas sem dono.

Consideradas em relação ao direito de propriedade, classificão-se as cousas em duas gran-

(14) V. cit. Cap. 5, § 5; Consol. das Leis Civis art. 582 § 4.

(15) Ord. L. 1, tit. 88, §§ 25 e 26.

(16) Ord. L. 4, tit. 12.

(17) Ord. L. 4, tit. 48.

(18) Ord. L. 4, tit. 1, § 3, e tit. 38.

des ordens ; as que não estão sujeitas a este direito ou não pertencem á pessoa alguma, *res nullius*, e as que estão-lhe sujeitas ou pertencem á pessoa determinada, *res alicujus*.

As cousas qualificadas como *nullius*, no sentido amplo, se dividem nas seguintes classes :

I. As que por sua natureza não podem ser apropriadas, e são destinadas ao uso e gozo de todos ; os juriconsultos romanos (1) as denominam *res communes*, e comprehendão entre ellas o ar, a agua corrente, o mar e as praias do mar.

1.º E' verdade que a Ord. L. 1.º Tit. 68 § 32 parece incluir o *ar das ruas* na propriedade das camaras municipaes (2) ; mas lendo attenta-

(1) § 1.º Inst. De rer. div (11, 1) ; Marciano fr. 2, § 1, D. eod, loc. (1, 8) ; Pompon. fr. 23, D. Quib. mod. ususfr. vel us. amitt. (VII, 4) ; Nerat. fr. 14. D. De acquir, rer. dom. (XLI, 1) ; Ulp. fr. 13, D. Com. prædior. (VIII, 4) ; 1 Paulo fr. 51, D. De contrah. empt. (XVIII, 1) ; Ulp. fr. 1 § 17, D. De (XLIII, 12) ; Id. fr. 13 § 7, D. De injur. et fam. libell. (XLVII, 10) ; Celso fr. 3 § 1, D. Ne quid in loco publ. (XLIII, 8).

(2) Ord. L. 1. T. 68 § 32—... E um e outro, e cada um per si poderão fazer janellas e frestas sobre aquelle balcão ; porquanto posto que o tal balcão, ou abobeda, sté nas paredes, sempre assi o debaixo do balcão, como o *ar de cima*, fica do Con-

mente esta Oêdenação, vê-se que ella não trata propriamente da substancia denominada *ar*, e sim do espaço por este occupado, que fica perpendicular ao solo pertencente á camara, e que é como que dependencia deste, E' esta a razão pela qual não se pode construir edificio que se estenda pelo espaço perpendicular ao solo do vizinho, nem ter arvores cujos ramos lhe fiquem sobranceiros, ou cujas raizes se entranhem no solo alheio ; assim como não se pôde prolongar por elle a mina, aliás aberta no solo proprio (3).

2.º Quando á *agua corrente, agua profluens*, devemos notar que os mesmos jurisconsultos que a enumerão entre as *cousas communs*, qualificação

selho. Pomponio fr. 21 § 2, Quod vi aut clam (XLIII, 24).— In opere novo tam soli quam cæli mensura facienda est. Ulpiano fr. 22 § 4, D. cit. loc. (XLIII, 24)... quia sepulcri sit non solum is locus, qui recipiat humationem, sed omne etiam supra id cælum.

(3) Fr. 8 § 5, D. Si servit. vinc. (VIII. 5), fr. 22 § 4, D. Quod vi aut clam (XLIII, 24) ; fr. 29 § 1, D. Ad. leg. Aquil. (IX, 2) , Pompon. fr. 6 § 2, D. Arbor. furt. cæsar. (XLVII, 8) ; D. De arboribus caedendis (XLIII, 27) ; Const. 1, Cod. De interdic. (VIII, 1).— V. Portugal De donat. L. 3, cap. 8 n. 10, e seg.

os rios todos (4) ou quasi todos (5) como *cousas publicas*; ao mesmo tempo que Ulpiano (6) considera a *agua viva* como porção do predio. Vinnius (7), porém, concilia estas apparentes antinomias, distinguindo entre *orio*, considerado como o volume permanente de aguas que correm por um alveo, volume que, pela regra de Alfeno (8), é sempre identico, embora se mudem as partes de que se compoem, e a propria agua

(4) § 2, Instit. De rer. divis. (II, 1).

(5) Marciano fr. 4 § 1, D. De divis. rer. (I, 8).

(6) F. 11 pr. D. Quod vi aut clam (XLIII, 24)...
portio enim agri videtur aqua viva.

(7) Instit. Comment, ao L. II, T. I. § 2 n. 2; v. Portugal De donat. L. 3, cap. 8 ns. 36 e 37. Accurcio e alguns Glossadores entendião por *agua profluens* a da chuva, — *agua de caelo cadente*, outros a que rebenta da nascente, — *agua nascente et scaturiente*.

(8) Fr. 76 D. De judiciis (V, 1)... neque in hoc solum evenire, ut partibus commutatis eadem res esse existimaretur, sed et in multis cæteris rebus... Quapropter cujus rei species eadem consisteret, rem quoquo eandem esse existimari. Como exemplos da applicação desta regra menciona Alfeno — a *legião* e o povo, que são sempre os mesmos, embora se substituição os individuos que os compoem; o navio, muitas vezes refeito, de que nenhuma das tabos primitivas resta, e o proprio organismo humano, cujas moleculas tod os os dias se renovão.

que corre e cujas moléculas se succedem perennemente.

O rio, em virtude da sua constante união ao alveo, e ás margens que o contêm, pertence ao dono destas ; a agua, em virtude de sua incessante mobilidade, não póde ser objecto de occupação, salvo quando se separa parte della.

3.º Comquanto nos passados seculos Portugal se arrogasse o dominio do mar das Indias, a Inglaterra o do Austral, Veneza e Gênova o dos respectivos golphos, e distinctos jurisconsultos procurassem sustentar a justiça de semelhantes pretensões (9), o principio da plena liberdade dos mares, proclamado por Hugo Grotio, tem universalmente prevalecido como corollario do da sua commuidade, ensinado pelos jurisconsultos romanos.

Exceptua-se a zona mais proxima da terra. que se denomina mar territorial, e de que depois trataremos.

(9) Selden, *Mare clausum*; sobre o modo porque os particulares podem adquirir direito á uma parte do mar, v. Portugal *De donat.* L. 3, cap. 8. ns. 5, 29, 44, e seg.

4.º Em opposição áquelles (10) que sustentavão, que as praias do mar devião ser classificadas entre as cousas communs, Celso declara pertencerem ao povo romano as que se achão comprehendidas no respectivo territorio nacional (11). Não convindo discutir aqui os systemas (12) pelos quaes se tem tentado conciliar estas opiniões, observaremos apenas que a de Celso é a que foi aceita pela nossa jurisprudencia (13).

II. As cousas que podem ser appropriadas, mas nunca o forão, e a que no sentido restricto se dá a denominação de *res nullius*. Esta classe

(10) Marciano fr. 2 § 1, D. De devis rer. (I, 8) Naratius fr. 15 pr. D. De adquir. rer. dom. (XLI, 1); Ulp. fr. 1 § 17, D. De flumm. (XLIII, 12); etc.

(11) Celso fr. 3, pr. D. Nequid in loco publ. (XLIII, 8);— Littora, in quæ populus Romanus imperium habet, populi Romani esse arbitror.

(12) Uns sustentavão que as praias do mar só se podem dizer pertencentes ao povo Romano, quanto á protecção; outros, que de *communis* que erão pelo Direito das Gentes, tinhão-se tornado exclusivas do povo Romano pela *conquista, jure belli*; Portugal De donat. L. 3, cap. 8 ns. 31—33.

(13) V. infra § 11 not. 36 — 38.

compreheude tanto *cousas animadas*, como *inanimadas* (14).

1.º Entre as *cousas animadas* enumeramos as aves, os peixes, e em geral qualquer animal bravio, emquanto não o temos sob o nosso poder, ou o não domesticamos, e não se considera achar-se neste caso o que se encontra no predio de alguém, emquanto conserva a sua natural liberdade, ou o que simplesmente foi ferido pelo caçador, emquanto este o não captura: pelo que tanto uns como outros ficão pertencendo a quem effectivamente os captura, embora o faça em predio alheio, e coutra a vontade do dono d'elle; o que aliás só é vedado quando o predio se acha murado ou vallado. Desde que o animal bravio, ainda que tenha sido domesticado, recupera a sua natural liberdade volta á condição de *res nullius* (15).

(14) Sobre a classificação das *res nullius* v. (amplamente) Vinn. Jurispr. Contr. L. 3, Cap. 19.

(15) Instit. de Just. De rer. divis. (II, 1).—§ 12 Feræ igitur bestię, et volucres, et pisces, id est, omnia animalia, quæ mari, cœlo, et terra nascuntur, simulatque ab alio capta fuerint, jure gentium statim illius esse incipiunt: quod enim ante nullius est, id naturali ratione occupanti conceditur. Nec interest, feras bestias et volucres utrum in suo fundo

Os Jurisconsultos romanos comprehendião expressamente na classe de animaes bravios—

quis capiat, an in alieno. Plane qui in alienum fundum ingreditur venandi aut aucupandi gratia, potest a domino, si is præviderit, prohiberi, ne ingrediatur. Quidquid autem eorum ceperis, eousque tuum esse intelligitur, donec tua custodia coerceatur. Cum vero evaserit custodiam tuam, et in libertatem naturalem se receperit, tuum esse desinit et rursus occupantis fit. Naturalem autem libertatem recipere intelligitur, cum vel oculos effugerit, vel ita sit in conspectu tuo, ut difficilis sit ejus persecutio.

§ 13. Illud quæsitum est an, si fera bestia ita vulnerata sit, ut capi possit, statim tua esse intelligatur. Quibusdam placuit, statim esse tuam, et eousque tuam videri, donec eam persequaris. Quod si desieris persequi, desineri esse tuam, et rursus fieri occupantis. Alii non aliter putaverunt tuam esse, quam si eam ceperis. Sed posteriorem sententiam nos confirmamus, quia multa accidere solent, ut eam non capias.

§ 15... In iis autem animalibus, quæ ex consuetudine abire et redire solent, talis regula comprobata est; ut eousque tua esse intelligantur, donec animum revertendi habeant. Nam si revertendi animum habere desierint, etiam tua esse desinunt, et fiunt occupantium. Revertendi autem animum videntur desinere habere tunc, cum revertendi consuetudinem deseruerint.—Ord. L. 5, tit. 62 § 6; Lei de 1 de Julho de 1776 §§ 1—3.—V. Gaius Instit. §§

as abelhas, os pavões e os pombos; e dellas excluião as gallinhas e os gansos. Emquanto, porém, se conserva o enxame na colmêa, ou, quando tenha fugido, se pôde acompanhá-lo com a vista, e facilmente captural-o, ou emquanto os pavões, pombos, e em geral os animaes domesticados conservão o animo ou o habito de voltar para casa, deixão de ser considerados como *nullius* (16).

Comquanto todas as especies de animaes bravios possão ser appropriadas pelo primeiro occupante em virtude da regra — *quod ante nullius est, id naturali ratione occupanti conceditur*, é certo que o Poder Publico tem a attribuição de regulamentar, e até de prohibir, em certos casos, essas appropriações. Na antiga legislação não faltão exemplos de actos taes, relativos á caça e á pesca (17).

66—68, D. De adquir. rer. dom. (XL, 1), fr. 1—5 § 4, D. De adquir. vel amitt. poss. (XLI, 2), Paulo fr. 1 § 1, id fr. 3 §§ 14—16 etc.; Portugal De donat. L. 3 Cap. 9.

(16) §§ 14—16 Instit. de Justin. De rer. div. (II, 1); e fr. 5 § 2—6, D. De adquir. rer. dom. (XL, 1).

(17) V. as Ord. Liv. 5, tit. 88 e 91, e em Mell. Freire Inst. Jur. Civ. Lus. L. 3, T. 3 § 4, a legis-

2.º Na classe das cousas inanimadas se comprehendem :

a) As lenhas ou qualquer productos vegetaes das terras destinadas ao uso publico ; não porém as mattas pertencentes ás terras devolutas, que se comprehendem entre os bens nacionaes (18).

b) O coral, o ambar, as perolas, as pedras preciosas, e quaesquer productos mineraes, animaes ou vegetaes que se encontrão nos mares, nas praias, e nos rios publicos (19).

lação posterior ; assim mais o Alv. de 21 de Março de 1800.

O Decr. 2756 de 27 de Fev. de 1861 regula a construcção e conservação de curraes de peixe, nas costas, portos e outras aguas navegaveis do Imperio.

(18) Lei n. 601 de 18 de Setembro de 1850 art. 2 ; Reg. n. 1318 de 30 de Janeiro de 1854 art. 88. — V. o § seguinte not. 57.

(19) O fr. de Florentino (3 D. De divis. rer. 1, 8) transportado para as Inst. de Justin. (§ 18 De rer. divis. II, 1) diz — Item lapilli, et gemmæ, et cetera, quæ in litore maris inveniuntur, jure naturali statim inventoris fiunt ; este direito não se estendia pois ás cousas achadas nos rios, porque estas erão ou publicas ou particulares, emquanto as praias do mar erão communs. Entre nós porém, que tanto aquellas como estas se comprehendem entre os bens nacionaes, parece dever-se uniformisar a doutrina em relação a ambas.

III. As cousas que, tendo sido apropriadas, forão depois voluntariamente abandonadas pelo seu proprietario (20). Para que a cousa se considere abandonada, — *res pro derelicto habita*, e possa ser apropriada pelo primeiro occupante, são necessarias duas condições.

Ulp. fr. 19 § 17, D. De auro, arg. mundi ornam. (XXXIV, 2) fundado na opinião de Servio, referida por Sabino nos livros sobre Vitellio, mostra qual a distincção entre as *gemmæ*, e os *lapilli*, Vid. Vinn. ao § 18 Inst. De rer. divis. (II, 1), e Vicat. vb. — *gemmæ e lapilli*.

Portugal De donat. L. 3, cap. 13 n. 92 e Cabedo Decis. 48, n. 9, 2.^a pr., nos referem um caso julgado em que se decidio que o ambar, como as demais cousas *nullius* achadas na praia, não pertencem ao Rei.

(20) § 46. Instit. De rer. divis. (II, 1).— Qua ratione verius esse videtur, si rem pro derelicto a domino habitam occupaverit quis, statim eum dominum effici. Pro derelicto autem habetur, quod dominus ea mente abjecerit, ut id in numero rerum suarum esse nolit: ideoque statim dominus ejus esse desinit. V. Ulpiano fr. 1, D. Pro derelicto (XLI, 7); Vinn. ao cit. § das Instit.; Vicat. cit. vb. — *Derelictum*; Mello Freire cit. L. 3, T. 3, § 5; Molina De Just. et Jur. Tr. Disp. 53 n. 3.

Proculo sustentava que a cousa abandonada só cessa de pertencer ao abandonante, desde que co-

1.º Que o proprietario não queira que a coisa continue a ser sua.

2.º Que abra mão della.

A falta de qualquer destas duas condições obsta a que a coisa seja considerada—*pro derelicto*.

Assim, como taes não se considerão as cargas alijadas ao mar para salvar o navio da tempestade (21). Entretanto o que acha qualquer

meça a ser possuida por outrem; Juliano, porém, dizia que desde que o proprietario a abandona, ella deixa de pertencer-lhe, e que só começa a pertencer a outrem, desde que é possuida; esta segunda opinião é a que foi approvada por Paulo. — V. fr. 2 § 1, D. cit. (XLI, 7).

(21) Jul. fr. 7, D. cit. (XLI, 7). — Si quis merces ex nave jactatas invenisset, num ideo usucapere non possit, quia non viderentur derelictæ, quæritur? Sed verius est, eum pro derelicto usucapere non posse. — V. Gaio fr. 9 § 8, D. De adquir. rer. dom. (XLI, 1); Javoleno fr. 21 § 2, D. De adquir. vel amitt. possess. (XLI, 21); Paulo fr. 2 § 8, D. De lege Rhodia (XIV, 2). Ulpiano fr. 44 § 11 D. De furtis (XLVII, 2) parece contradizer esta doutrina; como porém se trata de materia criminal, elle suppõe neste caso uma intenção mais favoravel ao réo; v. § seg. not. 84 e 85.

objecto fluctuando no mar, arrojado á praia, ou tirado do fundo do mar, rios e lagôas, ignorando-se os navios a que pertencêrão, tem direito á metade de seu valor, ficando a outra metade depositada por um anno, no fim do qual prescreve em favor do Estado, se ninguem a reclamar. Mas as moedas—*missilia*; que na instalação das novas autoridades se costumavão outr'ora lançar ao povo, erão havidas *pro derelicto* (22).

O simples facto da *descrição* de um predio não importa a derelicção; é preciso que se prove que o proprietario renunciou a todo o direito que sobre elle tinha, *ut id in numero rerum suarum esse nolit*, como diz Justiniano; renuncia esta que, segundo alguns praxistas, só póde ter lugar por termo judicial (23).

Não se considerão porém como *nullius* as cousas perdidas; aquelle que as acha não póde

(22) § 45. Instit. De rer. divis. (II, 1); Pompon. fr. 5 § 1, D. Pro derel. (XLI, 7); Gaio fr. 9 § 7, D. De adquir. rer. dom. (XLI, 1); Pompon. fr. 8 § 1, D. De contr. empt. (XVIII, 1); Cod. L. 11, tit. 5; Nov. 115 cap. 1 e 2.

(23) Valasco De Partit. cap. 15. ns. 50 e 51; Nett. De testam. L. 5, Tit. 13 n. 6; Alm. e Souza Not. á Mello ao L. 3, T. 3 § 5, n. 5.

appropriar-se dellas ; se o faz, ou deixa de manifestal-as á autoridade competente no prazo legal, commette o crime de furto (24). Trataremos dellas no § seguinte (25).

Quanto aos thesouros abandonados, a sua invenção se regulava no Direito Romano por disposições especiaes. Aquelle que os achava no seu predio, ou por acaso, ou procurando deliberadamente, tinha o direito de appropriar-se delles ; aquelle que os achava casualmente no predio alheio, appropriava-se de metade delles, ficando a outra metade pertencendo ao dono do predio, e consequentemente ao principe ou á cidade, se o thesouro era achado em lugar publico; aquelle que, procurando-o deliberadamente, o achava em lugar alheio, quer privado, quer publico, era obrigado a restituil-o inteiro ao dono do lugar (26).

(24) Cod. Crim. art. 260. — § 47 Instit. De rer. divis. (II, 1).— *Nec longe videntur discedere ab his, quæ de rheda currente non intelligentibus dominis cadunt. Ulp. fr. 44 § 4, D. De furtis (XLVII, 2).* — *Qui alienum quid jacens, lucri faciendi causa sustulit, furti obstringitur, sive scit cujus sit, sive ignoravit ; nihil enim ad furtum minuendum facit, quod cujus sit ignoret.*

(25) V. o § seg. not. 80 — 83.

(26) § 39 Instit. De rer. divis. (II, 1). Quanto á con-

Estas disposições, porém, não forão aceitas por diversas nações modernas (27). Mello, adverso ás tradições do romanismo, tambem as rejeita, e diz que esses thesouros se devem considerar como bens vagos, e consequentemente pertencentes ao rei, por força da Ord. liv. 2, tit 26, § 17; alguns Jurisconsultos patrios sustentão ser esta a praxe, comquanto a combatão (28); outros, porém defendem a opinião contraria e tambem fundão-se em casos julgados (29).

Entendemos que se não póde affirmar que o

ciliação da disposição deste § ácerca dos thesouros achados em lugar sagrado ou religioso, com o fr. de Callistrato 3 § 10, D. De jure fisci (XLIX, 14), v. Vinn e Ortolan ao cit. § da Instit.; Gothfr. ad. 1 Cod. Theod. De Thesaur.; Molina De just. et. jur. Tr. 2, Disp. 56, n. 5; Fragoso De Regim Reip. P. 1, L. 3, Disp. 5 § 2, n. 19 *vb. Secunda propositio*; Portug. De Donat. L. 3, cap. 13, n. 54 e seg.

(27) Como a Allemanha, a França, a Inglaterra, a Hespanha, a Dinamarca; Grot. De jure belli, Cap. 8 n. 7.

(28) Fragoso cit. P. 1, L. 3, Disp. 5, § 2 n. 19 *vb. Nec obstat leges.*

(29) Molina cit. Tr. 2, Disp. 57 n. 9; Portugal cit. L. 3, Cap. 13 n. 1—91; Cabedo P. 2, Dec. 56; Frag. cit. P. 1, L. 3, Disp. 5 § 2 n. 19; Barbosa De sol. matr.

thesouro abandonado seja *res nullius*, a parte rei, segundo a phrase dos escolasticos ; pois póde succeder que exista quem o occultou, ou herdeiro deste ; porém o consideramos como *res nullius*, por ignorarmos quem seja o seu dono, e por ser até possível que ningnem exista que a elle tenha direito ; pelo que não póde propriamente estar sujeito ao direito de *invenção*. Mas tambem não o podemos considerar como *accessão* do predio, em que foi achado, e sujeito ao direito de *oçcupação* do senhor deste ; porque embora nelle estivesse occulto, não fazia parte integrante delle.

Assim, rigorosamente fallando, devem os thesouros abandonados ser incluídos entre os *bens vagos*, segundo a definição da nossa actual legislação, na especie daquelles *á que não é achado se-*

L. 8, *Divortio* § fin. *Si fund.* n. 51 nos refere uma antiga lei de D. Diniz que dava duas partes do thesouro ao inventor e uma ao fisco, quando achado no proprio predio ; uma ao inventor e duas ao fisco quando achado em lugar publico ou do rei ; e quando achado em lugar alheio, dividia o thesouro em tres partes iguaes, uma para o dono do lugar, outra para o inventor e outra para o fisco. Esta lei, porém, não foi publicada, e Cabedo refere casos julgados no sentido das disposições do Direito Romano.

nhorio certo (30). Attendendo porém a especialidade da materia, e a ausencia de legislação patria expressa sobre ella, pensamos que se deve regular pelo Direito Romano, em que se procurão harmonisar a quasi-invenção e occupação que neste caso se dão (31).

Denominão-se *thesouros abandonados* quaesquer porções de dinheiro, joias, ou outros objectos de algum valor, que se achão enterrados ou de qualquer modo escondidos, sem que reste memoria de seu dono (32); assim duas condi-

(30) Reg. n. 160 de 9 de Maio de 1842 e 2433 de 15 de Junho de 1859. O Av. n. 402 de 10 de Julho de 1861 fund. na dispos. gen. do Reg. n. 2433 art. 11 § 1 e Av. de 21 de Agosto de 1840 dá decisão contraria á nossa; mas aqui a hypothese é especial.

(31) Vinn ao cit. § das Instit. n. 6; Ortolan eod. loc. n. 410.

(32) Paulo fr. 31 § 1, D. De adquir. rer. dom. (XLI, 1)— *Thesaurus est vetus quaedam depositio pecuniæ, cujus non extat memoria, ut jam dominum non habeat. Const. un. do Imp. Leão Cod. De Thesaur. (X, 15)—... thesaurum (id est condita ab ignotis dominis tempore vetustiori mobilia)....*

V. Tryphonino fr. 63, D. cit. De adquir. rer. dom. (XLI, 1); Scævola fr. 67, D. De rei vind. (VI, 1); Paulo fr. 3 § 3; Papin. fr. 44, D. De adquir. vel amitt. possess. XLI. 2); Javoleno fr. 39 § 1, D. De auro, arg.,

ções são neste caso indispensáveis: — que o objecto não esteja patente, e que se ignore quem seja o seu proprietario.

IV.— As cousas pertencentes ao inimigo tomadas durante a guerra. No digesto encontramos varios fragmentos que decláráo, que as cousas pertencentes ao inimigo consideráo-se como *nullius*, e ficáo portanto sendo de quem dellas se apodera (33). Outros fragmentos, porém, parecem contradizer esta doutrina, e incluir es-

mundi ornam. (XXXIV, 2); Callistrato fr. 1 pr., e Id. fr. 3 §§ 10 e 11. D. jure fisci (XLIX, 14). Vicat cit. *vb. Thesaurus*.

(33) § 17 Instit. de Justin. De rer. divis. (II, 1)— Item ea, quæ ex hostibus capimus, jure gentium statim nostra fiunt: adeo quidem, ut et liberi homines in servitatem nostram deducantur.

Gaio Inst. II § 69 — Ea quoque, quæ ex hostibus capiuntur, naturali ratione nostra fiunt; Idem fr. 5 § 7, D. De adquir. rer. dom. (XLI, 1).

Celso fr. 51 § 1. D. cit. (XLI, 1)—Et quæ res hostiles apud nos sunt: non publicæ, sed occupantium fiunt.

Paulo fr. 1 § 1. D. De adquir. vel amitt. posses. (XLI, 2) — Dominiumque rerum ex naturali possessione cœpisse... Item bello capta, et insula in mari enata... ejus fiunt, qui primus eorum possessionem nactus est.

tas cousas na classe das publicas (34). Alguns Jurisconsultos concilião estas disposições, dizendo que os bens moveis dos inimigos são do primeiro occupante, emquanto os immoveis ficão pertencendo ao Estado (35). Mas esta distincção é insustentavel em presença das fontes e dos factos relatados pela historia.

A doutrina verdadeira é, que todos os immoveis, bem como os moveis, tomados em common no saque dos arraiaes, ou das cidades, inimigas, feito por ordem dos generaes, pertencião ao Estado, comquanto muitas vezes os generaes dividissem parte dos despojos entre os soldados ; os moveis, porém, tomados em pe-

(34) Marciano fr. 31. D. De jure fisci (XLIX, 14) — Divus Commodus rescripsit, obsidum bona, sicut captivorum, omnimodo in fiscum esse cogenda.

Modestino fr. 13, D. Ad leg. Jul. pecul. (XLVIII, 13) — Is qui prædam ab hostibus captam subripuit, lege peculatus tenetur.

Pompon. fr. 20 § 1 D. De capt. et de postlim. (XLIX, 15) — Publicatur enim ille ager, qui ex hostibus captus sit.

Flerentino fr. 4 § 2, D. De Stat. bom. (I, 5)—Servi ex eo appellati sunt, quod imperatores captivos vendere... solent.

(35) Portugal, De donat. L. 2, Cap. 26 n. 46.

leja singular, ou em excursões livres, não ordenadas pelos generaes, pertencião ao captor (36).

Segundo nos refere Portugal (37), por antigo costume fundado em lei de Castella, entre nós se attribuia ao rei o quinto dos despojos de guerra, e o restante se dividia entre os soldados e o general.

Vestigios deste costume se encontrão no decreto de declaração de guerra á França (38), que determina que todas as tomadias e presas fiquem pertencendo aos apresadores, *sem deducção alguma em beneficio da real fazenda.*

Tambem na reorganisação dos corpos regulares da capitania de S. Paulo (39) se ordenou que todas as tomadias que por elles fossem feitas aos inimigos, em corpo ou por destacamento, lhes ficassem pertencendo, e marcou-se-lhes a compensação, que receberião pelas

(36) V. Vinn. e Ortol. ao cit. § 17 das Inst. De rer. divis. (II, 1).

(37) Cit. L. 2, Cap. 26 n. 50.

(38) Decr. de 10 de Junho de 1808.

(39) Alv. de 29 de Agosto de 1808, art. 10.

armas e trophéos ; disposição esta que foi reproduzida em actos posteriores (40).

Pertencem igualmente aos captores as presas feitas nas guerras maritimas, segundo os preceitos dos respectivos regulamentos (41). O direito das gentes moderno, porém, tende manifestamente a diminuir os horrores da guerra e consequentemente a proteger a propriedade dos particulares durante essas crises internacionaes (42).

§ 3

Bens publicos e particulares.

Em relação aos seus proprietarios os bens

(40) 1.º Decr. de 14 de Junho de 1828 art. 4 ;
2.º Decr. da mesma data art. 5.

(41) Reg. de 18 de Junho de 1703 (transcripto em Phcebo, Decis. 195), Alv. de 7 de Dezembro de 1796, 9 de Maio de 1797, 4 de Maio de 1805, 30 de Dezembro de 1822, Lei n. 234 de 25 de Novembro de 1841 art. 7 § 3, Decr. n. 124 de 5 de Fevereiro de 1842 arts. 32 — 36.

(42) Declaração dos plenipotenciarios, reunidos no congresso de Paris a 16 de Abril de 1856, sobre a abolição do corso e outras medidas protectoras do

se dividem em *publicos* e *particulares*, segundo aquelles são pessoas publicas ou particulares.

Como já vimos, as pessoas juridicas publicas, ou de existencia necessaria, segundo a phrase de Savigny, são ao mesmo tempo collectividades politicas ou administrativas permanentes, cuja constituição se prende á ordem social e ao fim do Estado, a saber—a nação, as provinciaes, e os municipios. Assim os bens publicos (no sentido lato) se dividem—em nacionaes, provinciaes e municipaes (1).

commercio das nações neutras. Martens Précis du Droit des Gens mod. de l'Europe §§ 279 — 282 b, e nots. 65 e 76 — 79.

(1) As palavras *bens publicos* tomão-se em sentido lato no frag. de Ulp. 17 pr. D. De verb. sig. (L, 16)—*Inter publica habemus, non sacra, nec religiosa, nec quæ publicis usibus destinata sunt: sed si qua sunt civitatum, velut bona, sed peculia servorum civitatum procul dubio publica habentur*; na Const. art. 132 § 6, Lei de 15 de Outubro de 1827 art. 6, Cod. Crim. art. 178, etc., Lei de 15 de Novembro de 1827, 4 de Outubro de 1834 Tit. 3 Cap. 1, epigr., 4 de Outubro de 1831, D n. 736 de 20 de Novembro de 1850, n. 870 de 22 de Novembro de 1851, n. 2343 de 29 de Janeiro de 1859, n. 2548 de 10 de Março de 1860, etc., *vb* *Fazenda publica, thesouro publico, rendas publicas, divida publica*, etc. Tomão-se em sentido

Cada uma destas entidades, porém, possui bens de duas ordens: — uns se ligão aos seus fins, como collectividades politicas ou administrativas, e nesta qualidade são por ellas geridos, outros lhes pertencem, na qualidade de meras pessoas juridicas. Os primeiros constituem o seu dominio publico (no sentido restricto), os segundos o seu dominio privado.

O dominio publico da nação, das provincias e dos municipios comprehende os bens destinados ao uso commum dos cidadãos, destino que é absolutamente incompativel com o da appropriação particular; pelo que estão fóra do commercio, e são imprescriptiveis (2).

restricto no frag. de Pomp. 6 pr., D. De contr. empt. (XVIII, 1)... aut quorum, commercium non sit, ut publica, quæ uon in pecunia populi, sed in publico usu habeantur, ut est campus Martius: na Lei de 1 de Outubro de 1828 art. 41 vb. *servidões e caminhos publicos*, etc.

(2) Como, porém, estes bens por acto da autoridade competente podem deixar de ser destinados ao uso publico, e passar para o dominio particular, quando se provar que por tempo immemorial pertencêrão a um particular, prescreverão em favor d'elle, embora tambem se prove que em tempo anterior pertencêrão ao dominio publico, pois deve-se presumir que passarão deste para o particular por acto da au-

O dominio privado destas pessoas juridicas publicas comprehende os bens que constituem o seu patrimonio, e que, salvos alguns privilegios, são equiparados aos do patrimonio das pessoas particulares, juridicas ou naturaes, pelo que estão no commercio e são prescriptiveis.

Assim, todos os bens nacionaes, provinciaes e municipaes, são publicos, no sentido lato, e sómente alguns o são, no sentido restricto.

São bens publicos, no *sentido restricto*, ou pertencem ao dominio publico da nação, das provincias ou dos municipios, segundo a entidade sob cuja administração e guarda se achão :

I.— A ruas, estradas, e caminhos publicos, praças, cáes, fontes, canaes, pontes e quaesquer obras construidas para o uso gratuito de todos.

Os Romanos (3) dividião os caminhos em

toridade competente, ainda quando não se prove este acto. Sobre os amplos effeitos da prescripção immemorial, e a sua applicação aos *Direitos Reaes*, v. Portugal De donat. reg. L. 3, Cap. 3 n. 66, e Cap. 45; Pegas ad Ord. L. 2, Tit. 33 ad rubr. n. 433—437 e 450—453; Valasco Cons. 167 in fin.

(3) Ulp. fr. 2 § 22, D. Ne quid in loco publ. (XLIII, 8).

publicos, privados e vicinaes; os primeiros que também se denominavão *vias prætorias* ou *consulares*, tinham por característico o serem construidos em solo publico (4) e conduzirem a cidade, rio, mar, ou outro caminho publico (5). Os vicinaes erão também considerados publicos, quando não erão construidos por contribuição dos terrenos dos particulares, ou quando de sua construcção não restava memoria (6).

A Ord. liv. 2, tit, 26, § 8, declara que a propriedade das estradas e ruas publicas pertence ao patrimonio real, comquanto o seu uso seja *commum* (7). Hoje as estradas se dividem em

(4) Ulp. cit. fr. 2 § 21, D. (XLIII, 8). *Viam publicam eam dicimus. cujus etiam solum publicum est... viæ autem publicæ solum publicum est, relictum ad directum certis finibus latitudinis ab eo, qui jus publicandi habuit, ut ea publice iretur, comaretur.*

(5) Ulp. fr. 3 § 1, D. De loc. et itin publ. (XLIII, 7).

(6) Ulp. cit. fr. 2 § 22, D. (XLIII, 8) e cit. fr. 3 pr. D. De loc. et itiner. publ. (XLIII, 7). V. D. De itinere, actuque privato (XLIII, 19).

(7) Ord. L 2, Tit. 26 § 8. — E posto que o uso das estradas e ruas publicas e dos rios seja igualmente *commum* a toda a gente, e ainda a todos os animaes, sempre a propriedade dellas fica do patrimonio real.

geraes (8), provinciaes (9) e municipaes (10), e a esta ultima classe pertencem as que os Romanos denominavoã *vicinaes publicas* (11).

Os particulares não podem fechar caminho publico, ou mudar o seu leito, ainda com o consentimento dos vizinhos ; e caso o fação, nunca poderão adquirir por prescripção o seu antigo leito salvo pela immemorial, o que aliás distinctos Jurisconsultos contestão (12).

O alinhamento, limpeza, illuminação e despachamento, das ruas, cáes e praças, e assim tambem a conservação e reparos de quaesquer construcções em beneficio commum dos habitantes, ou para decoro e ornamento

(8) Lei de 29 de Agosto de 1829 art. 2 e Res. n. 353 de 12 de Julho de 1845 art. 1 § 4.

(9) Lei de 20 de Outubro de 1823 art. 24 § 5 e n. 38 de 3 de Outubro de 1834, arts. 5 e 12, e Act. Add. art. 10 § 8.

(10) Lei de 1.º de Outubro de 1828 arts. 41 e 66 § 6 ; v. Ord. L. 1, T. 66 § 24 e tit. 69 § 1.

(11) Ulpiano fr. 2 § 22, Ne quid in loco publ. (XLIII, 8) ; Vicinales sunt viæ, quæ in vicis sunt, vel quæ in vicos ducunt.

(12) Portugal cit. L. 3, Cap. 4, ns. 46, 65 e 66.

das povoações, compete ás camaras municipaes (13).

II.—Os rios e lagos navegaveis, bem como as respectivas margens (14). As Instittutas declarão publicos todos os rios (15); porém Marciano (16) e Ulpiano (17) reconhecem que sómente alguns pertencem a esta classe, enquanto outros considerão-se como partes integrantes dos predios por onde correm, e sujeitos ás mesmas leis que a estes regem (18).

(13) Cit. L. de 1.º de Outubro de 1828 art. 66 § 1; v. cit. Ord. L. 1, tit. 69 § 1. Aos juizes de paz compete procurar compôr as duvidas ácerca de caminhos particulares, atravessadouros e passagens dos rios e ribeiros; Lei de 15 de Outubro de 1827 art. 5. § 14.

(14) Ord. L. 2, tit. 26 § 8; v. not. 7 supra.

(15) § 2 De Divis. rer. (II, 1). *Flumina autem omnia, et portus publica sunt; ideoque jus piscandi omnibus commune est in portu, fluminibusque.*

(16) Fr. 4 § 1, D. De divis. rer. (I, 8). — *Sed flumina pene omnia et portus publica sunt.*

(17) Fr. 1 § 3, D. De flum. (XLIII, 12). — *Fluminum quædam publica sunt, quædam non.*

(18) Ulp. fr. 1 § 10 D. De flum. (XLIII,

O uso dos rios publicos é livre a todos, salvo os regulamentos policiaes, quanto á navegação e pesca, e ás demais utilidades a que naturalmente se prestão, como tirar agua, dar de beber a animaes, lavar, construir moinhos, etc. (19).

O jurisconsulto Paulo diz que as margens ou ribanceiras dos rios são as que os contêm nas suas maiores enchentes (20). Ulpiano (21) porém as limita aos pontos a que chega o volume ordinario de suas aguas, e não áquelles que

12)...nam quod fit in privato flumine, perinde est, atque si in alio privato loco fiat.

(19) Ulpiano fr. 1, D. Ut in flum. publ. (XLIII, 14). Vinn. á Instit. L. 2, tit. 1 § 2. n. 3; Portugal cit. L. 3, Cap. 4; é preciso porém que este uso seja tal que não destrua as qualidades naturaes do rio, nem offenda o direito de terceiro; Portugal cit. n. 28, etc.

(20) Fr. 3 § 1, D. De flum. (XLIII, 12).— Ripa ea putatus esse, quæ plenissimum flumen continet.

(21) Fr. 1 § 5, eod. loc. (XLIII, 12).— Ripa autem ita recte definietur, id quod flumen continet, naturalem rigorem cursus sui tenens.

Esta opinião deve entre nós prevalecer por se harmonisar com o que se acha estabelecido acerca dos limites das praias do mar. Vide not. 36.

temporariamente alcança pelo transbordamento produzido pela chuva, pela maré, ou por qualquer outra causa, e apresenta o exemplo do transbordamento periodico do Nilo que cobre o Egypto, sem que comtudo mude ou amplie as suas margens. Como este rio, outros existem em nosso paiz, cujas innundações cobrem vastissimas regiões.

Comquanto Paulo (22) affirme que as margens dos rios publicos são publicas como estes, só se deve, de acôrdo com a opinião de Gaio (23) e Pomponio (24) fundado na autoridade de Ceiso o Filho, entender isto, quanto ao uso dellas relativo ás necessidades da navegação e da pesca, e não quanto á sua propriedade, pois esta pertence ao dono dos predios visinhos.

O alveo do rio, emquanto por este é occupado,

(22) Fr. 3, pr. D. De flum. (XLIII, 12).— *Flumina publica quæ fluunt, ripæque eorum publicæ sunt.*

(23) Fr. 5, pr. D. De divis. rer. (I, 8).— *Riparum usus publicus est jure gentium, sicut ipsius fluminis... Sed proprietas illorum est, quorum prædiis hærent.*

(24) F. 30 § 1 D. De adquir. rer. dom. (XLI, 1)... *quia solum ipsum meum privatum est, usus autem ejus publicus intelligitur. Conf. Neratio fr. 15 eod.*

segue a sua natureza. Assim é publico o alveo do rio publico, quer antigo seja, quer delle se tenha apoderado de pouco tempo ; ainda quando este houvesse sido terreno privado ; torna-se publico, emquanto o alveo abandonado, de publico que era, se torna privado, e pertencente aos proprietarios dos terrenos por onde corria ; quando, porém, depois de uma inundaçãõ volta o rio a seu antigo leito, o terreno temporariamente por este occupado, continúa a pertencer ao seu antigo proprietario (25).

(25) Gaio fr. 7 § 5, D. De adquir. rer. dom. (XLI, 1). — Quod si toto naturali alveo relicto, flumen alias fluere cœperit, prior quidem alveus eorum est, qui prope ripam prædia possident, pro modo scilicet latitudinis cujusque prædii ; quæ latitudo prope ripam sit : novus autem alveus ejus juris esse incipit, cujus et ipsum flumen, id est, publicus juris gentium. Quod si post aliquod temporis ad priorem alveum reversum fuerit et flumen : rursus novus alveus eorum esse incipit, qui prope ripam ejus prædia possident.

Pomponeo fr. 30 § 1, eod loc. (XLI, 1)... Et ideo, cum exsiccatuŝ esset alveus, proximorum fit ; quia jam populus eo non utitur. § 2... Nam et natura fluminis hæc est, ut curso suo mutato, alvei causam mutet. § 3... Flumina enim censitorum vice fuguntur, ut ex privato in publicum addicant, et ex publico in privatum. Itaque sicuti hic fundus cum alveus fluminis factus esset, fuisset publicus : ita nunc privatus ejus esse debet, cujos antea fuit.

Pela mesma razão os terrenos que naturalmente se fórmão juntos as margens dos rios por desecação ou alluvião, e as ilhas que nelle surgem (26), pertencem ao proprietario das margens a que estão adjacentes ou mais proximas, e pertence a ambos os proprietarios a ilha que apparece no meio do rio (27).

V. Gaio fr. 7 § 5 e Alf. Var. fr. 38, D. cit. loc. (XLI, I) ; Ulp. fr. 1 § 7 D. De flum. (XLIII, 12); §§ 23 e 24 Instit. De rer. divis.

(26) Pomponio fr. 30 § 2, D. De adqñir. rer. dom. (XLI, 1), diz que as ilhas se podem formar nos rios de tres modos : 1.º, quando o rio cerca um terreno que antes não fazia parte do alveo ; 2.º quando deixa em secco uma parte do seu alveo e começa a correr em redor ; 3.º, quando com as materias que transporta fórma uma eminencia sobre o alveo, e depois a augmenta pela alluvião. Paulo fr. 65 § 2, D. eod. loc. (XLI, 1), acrescenta um 4º modo de se formarem as ilhas nos rios a saber : —pela reunião de ramos de arvores, ou outras materias leves, de modo que não adhirão ao solo e possão mover-se. As ilhas formadas do 1º e 4º modo são publicas ; das formadas do 2º e 3º modo trataremos na nota seguinte.

(27) Ulpiano fr. 1 § 6, D. De flumin. (XLIII. 12). — Si insulâ in publico flumine fuerit nata, inque ea aliquid fiat, non videtur in publico fieri : illa enim insula aut occupantis est, si limitati agrî fuerunt. aut ejus, cujus ripam contingit : aut, si in medio alveo

O direito de alluvião porém só existe quando

nata est, eorum est, qui prope utrasque ripas possident.

Gaio Inst. C. II § 70.— Sed et id, quod per alluvionem nobis adjicitur, eodem jure nostrum fit. Per alluvionem autem id videtur adjici, quod ita paulatim flume nagro nostro adjicit, ut æstimare non possimus, quantum quoquo momento temporis adjiciatur. Hoc est, quod volgo dicitur, per alluvionem id adjici videri, quo ita paulatim adjicitur, ut oculos nostros fallat.—§ 71.—Quod si flumen partem aliquam ex tuo prædio detraxerit et ad meum prædium attulerit, hæc pars tua manet. § 72—At si in medio flumine insula nata sit, hæc eorum omnium communis est, qui ab utraque parte fluminis prope ripam prædia possident. Si vero non sit in medio flumine, ad eos pertinet, qui ab ea parte quæ proxima est, juxta ripam prædia habent.

V. Gaio fr. 7 § 1, e seg.; Procul fr. 56, D. De adquir. rer. dom. (XLI, 1); §§ 20—22 Instit. De rer. divis. (II, 1); Cod. De alluv. (VII, 41).

Em opposição, porém, a estes textos parece achar-se o seguinte de Labeo (fr. 65 § 4, D. De adquir. rer. dom. XLI, 1)... Si id, quod in publicum innatum aut ædificatum est, publicum est, insula quoque, quæ in flumine publico nata est, publica esse debet.

Cujas entende que a doutrina de Labeo só se refere ao uso; porém Vinn e Ortolan ao cit. § 22 das Instit. De rer. divis. (II, 1) mostram que esta intelligencia é erronea; o primeiro acrescenta que o texto está mutilado e que se deve ler — *Non si id*

o terreno tem por unicos limites os accidentes naturaes *ager arcifinius*: como rios, montanhas, etc., e não quando é limitado por uma medida certa *ager limitatus*, porque neste caso o possuidor nada legitimamente póde possuir além das raias fixas. Tambem não tem lugar nos lagos e tanques, porque conservão, sempre os mesmos limites, embora suas aguas algumas vezes cresção ou diminuição (28).

etc.; é este tambem o pensar de Accursio, que atesta assim ler-se em alguns velhos codices; e o segundo sustenta que a doutrina de Labeo só se refere á hypothese do § 2.º do mesmo fragmento, isto é: a ilha que se fórma sobre ramos de arvores, e não adhere ao alveo. Outros, finalmente, entendem que esse fragmento só é applicavel ás ilhas que se formão defronte de lugares publicos, por ex.: no Tybre na parte que atravessa Roma. Em todo o caso a opinião de Ulpiano é a que mais se harmonisa com a doutrina geral do direito rômano, e a que se acha consagrada nas Instit. de Justiniano.

(28) Calistrato fr. 12 e Florentino fr. 16, D. De adquirir. rer. dom (XLI, 1); Ulp. fr. 1 §§ 6 e 7 D. De flumin. (XLIII, 12). A definição de *ager limitatus* nos é dada por Trebatius, referido por Florentino no fr. 16 supra., agrum, qui, hostibus devictis, ea conditione concessus sit, ut in civitatem veniret, habere alluvionem, neque esse limitatum: agrum autem manucaptum limitatum fuisse, ut sciretur, quidcui-

Posto que alguns distinctos Jurisconsultos (29) sustentem que são publicas as ilhas que se fórmao nos rios publicos, pensamos differentemente, não só por isso ser contra a doutrina geral do Direito Romano (30), como porque a Ord. do liv. 2.º tit. 26, § 10, só attribue aos *direitos reaes* as ilhas adjacentes mais chegadas ao reino, isto é, as que apparecem no mar ; o Alv. de 28 de Maio de 1791 § 29 só exceptuou de compensação os proprietarios das margens que havião *usurpado* o alveo do rio por meio de insoas, camalhões ou mouxões ; e esta parece ser a opinião predominante na jurisprudencia patria (31)

que datum esset, quid venisset, quid in publico relicto esset. Sobre as diversas intelligencias que se tem dado a este fragmento e o que são os *agri arcifeni* V. Valasco Jur. Emphyt. Quest. 16 ns. 10 e 11 : Vinn e Ortolan ao § 20 das Inst. De rer. divis.

(29) Mello Freire Inst. Jur. Civ. Lus. L. 3, tit. 3 § 7 ; Liz Teix. Cur. de Dir. Civ. Port. ao cit. § de Mello ; Coelho da Rocha Inst. de Dir. Civ. Port. L. 2, Cap. 2 § 417.

(30) V. not. 25 e 27 supra.

(31) Portugal De donat. L. 3, Cap. 7 n. 8—10 ; Valasco Jur. Emphyt. Quest. 16 n. 5 ; Alm. e Souz. Nota ao L. 3, T. 3 § 7 de Mello ; Arouca, Bagna e outros por este citados. O Sr. Teixeira de Freitas (Consol. das Leis Civis art. 52 § 2 not. 2, pag. 23)

III.— Os mares territoriaes, e interiores, as bahias, os portos e as respectivas praias. — Posto que se classifique o mar entre as cousas *communis* (32), os Jurisconsultos e Publicistas considerão a zona que orla as terras como susceptivel de propriedade, e effectivamente pertencente ás nações que senhoreão essas terras Este direito se funda sobre a necessidade que cada Estado tem desta porção de mar para a sua conservação, sobre a possibilidade de defendê-la de terra, e sobre o universal consentimento dos povos cultos (33).

Qual, porém, deverá ser a extensão desta zona? Os publicistas do seculo xiv davão-lhe 60 milhas, porque antes do descobrimento da bussola, este era o limite extremo da navegação das galéras, outros a elevavão a 100 milhas, a dous dias de viagem, etc. A opi-

reconhece que é este o direito vigente : mas propõe a sua reforma no Esboço do Cod. Civ. art. 336, ns. 6 e 7.

(32) V. § 10 huj. cap.

(33) Grot. De Jur. bell. et pac. L. 2, Cap. 3 § 10; Bynkershoeck De dominio maris Cap. 3; Martens Précis du Dr. des Gens mod. de l'Eur. L. 2, cap. 1 § 41; Hautefueille Des dr. et des dev. des nat. neutr. T. 1, cap. 1, sect. 1.

nião, porém, hoje geralmente adoptada, e que mais se conforma com o direito racional e positivo, é que a *linha de respeito* que fixa o limite dos mares territoriaes é determinada pelo maior alcance do canhão (34).

Pela mesma razão se considerão como fazendo parte do territorio nacional os mares interiores, bahias, enceadas, portos e ancoradouros (35).

(34) Alv. de 4 de Maio de 1805 § 2. Além dos Publicistas citados na nota antecedente v. Wattel Dr. des Gens T. 1, L. 1, Cap. 23; Klüber Dr. des Gens mod. P. 2, tit. 2, Sect. 1, cap. 1. § 130; Azuni Dr. marit. de l'Europ. P. 1, cap. 2, art. 2 § 15.

(35) Av n. 42 de 3 de Fevereiro de 1852... Porquanto sendo os mares interiores do municipio da côrte além do ponto onde terminão as marinhas, assim como todos os outros que circumdão o Imperio, do dominio nacional...

Ord. L. 2, tit. 26 § 9. Item os portos de mar onde os navios costumão ancorar.

Ulp. fr. 59, D. De verb. sig. (L. 16). = Portus appellatus est conclusus locus, quo importantur merces, et inde exportentur. Eaque nihilominus statio est conclusa, atque munita. Inde angiportum dictum est. V. Id. fr. 1 §§ 3 e 13, D. De flumin. (XLIII, 12) e § 2 das Inst. De rer. div. (II, 1).

Segundo Celso e Javoleno, praia do mar é a porção de terreno a que chegam as maiores marés (36). Devemos, porém, entender que ella sómente se estende até a linha do preamar médio durante uma lunação, pois que d'ahi em diante começa os terrenos de marinha, de que adiante trataremos.

O uso das praias, como o dos mares territoriaes, interiores, etc., é franqueado a todos, e por isso se qualifica como *publico*. É preciso, porém, que cada um sirva-se destas cousas de

(36) Celso fr. 96, D. De verb. sig. (L. 16).— Litus est, quousque maximus fluctus a mari pervenit.

Celso attribue esta definição a Cicero; este porém (Top. Cap. 7) a refere a Aquilo.

Javoleno fr. 112 cit. loc. (L. 16).—Litus publicum est eatenus, qua maxime fluctus exæstuat. Idem que juris est in lacu, nisi is totus privatus est.

Esta opinião foi sancionada pelas Inst. de Just. § 3. De rer. divis.— (II, 1). Est autem litus maris, quatenus hibernus fluctus maximus excurrit.

Tambem o Aviso de 20 de Outubro de 1832 a adoptou, mandando contar as 15 braças dos terrenos da marinha dos pontos até onde chegasse a maré nas maiores enchentes. Esta disposição, porém, foi logo revogada pelas Instr. de 14 de Nov. de 1832 art. 4 e Ord. de 12 de Julho de 1835 que estabelecerão a doutrina acima exposta.

modo a não impedir o uso dos outros. Entretanto o Direito Romano permittia aos particulares edificar na praia e, emquanto subsistia o edificio, tornavão-se senhores do solo (37); a nosso, porém, não o permite sem licença d'õ autoridade competente (38).

IV.— Os terrenos de logradouro publico.

(37) Marciano fr. 6, D. De divis. rer. (I, 8). In, tantum, ut et soli domini constituentur, qui ibi ædificant, sed quandiu ædificium manet: alioquin, ædificiõ dilapso, quasi jure postliminii revertitur locus in pristinam causam: et, si alius in eodem loco ædificaverit, ejus fiet. V. Port: cit. L. 3, Cap. 8 n. 34.

(38) Ferr. De nov. op. L. 6, Disc. 13 n. 21. O Decr. de 21 de Janeiro de 1809 determinou que o conselho da fazenda aforasse ou arrendasse nas praias do Rio de Janeiro alguns terrenos para construcção de armazens e trapiches; o Decr. de 13 de Julho de 1820 declarou que sãõ dependencias da repartição de marinha todas as praias de qualquer porto, e especialmente as que ficãõ situadas nas immediações de estabelecimentos navaes, e mandou regularisar as concessões feitas por diversas autoridades, substituindo os seus titulos por outros expedidos por esta repartição, ficando suspenso o dito Decr. de 13 de Julho; o Decr. n. 447 de 19 de Maio de 1846 attribuiu ás Capitancias dos portos a policia dos portos, cães, praias, e recifes no littoral.

Certos terrenos existem que são do uso commum dos moradores de uma ou mais freguezias, municipios, ou comarcas, os quaes se não considerão devolutos, nem podem ser vendidos ou de qualquer modo passar a propriedade particular (39). A antiga legislação, mandando aforar os baldios dos conselhos, exceptuava os que fossem necessarios para logradouros dos povos (40).

Comprehendem-se entre os bens publicos, no *sentido lato*, além dos de dominio publico de que temos tratado, os de dominio privado da nação, das provincias e dos municipios, a saber :

(39) Lei n. 601 de 18 de Setembro de 1850, art. 5 § 4; Reg. n. 1318 de 30 de Janeiro de 1854, art. 77. V. not. 2 supra. V. Av. n. 44 de 26 de Janeiro de 1861.

Na forma dos Ords. do Thesouro de 7 de Out. e 14 de Nov. de 1833, Av. de 5 de Nov. de 1846 e Ord. de 23 de Ag. de 1853 os terrenos de marinhas e alluviões destinados para logradouro publico não podem ser aforados, ou arrendados ás Camaras Municipaes, ou ter outro destino que não seja a servidão publica. Av. n. 44 de 26 de Jan. de 1861.

(40) Ord. L. 4, tit. 34 §§ 9, 10, 12, 14 e 15; Alv. de 23 de Julho de 1766, 7 de Novembro de 1804 e 11 de Abril de 1815.

I. — *Os bens nacionaes* (no sentido lato) ; estes se subdividem em — bens da corôa, e do Estado.

No antigo regimen da monarchia illimitada incluiu-se na classe dos bens da corôa não só os que erão reservados ao rei em signal de sua dignidade, como os que erão destinados á satisfação das necessidades do Estado (41). Hoje sómente como taes se considerão os terrenos nacionaes, possuidos pelo Sr. D. Pedro I, fundador do Imperio, e que ficarão sempre pertencendo aos seus successores; e assim mais os bens adquiridos, e as construeções feitas á custa da nação para a decencia, e recreio do Imperador e de sua familia (42).

Cumpre porém distinguir estes bens, que constituem o patrimonio publico do monarcha, dos que constituem o seu patrimonio privado e são todos os que elle adquire por titulo de direito privado, como a herança, legado. doa-

(41) V. Ord. L. 2, tit. 25 ; Portugal cit. L. 3, cap. 23 : Pegas a Ord. L. 2, tit. 17 § 1, n. 15 e seg.; e tit. 33, n. 434.

(42) Const. do Imp. art. 115 ; Lei n. 166 de 29 de Setembro de 1840, arts. 3, 5 — 7 ; Ord. reg. n. 6 de 12 de Janeiro de 1842, art. 3 § 1.

ção, etc. Sobre estes bens elle exerce pleno direito de propriedade, como qualquer cidadão sobre a sua fortuna, e consequentemente póde alienal-os ou transmittil-os hereditariamente segundo as leis geraes, ainda á pessoas que lhe não succedão no throno (43).

Não acontece o mesmo com os bens da corôa, ou o patrimonio publico do monarcha, que elle não póde alienar, e passão necessariamente aos seus successores no throno, permanecendo sempre o dominio destes bens na nação (44).

Comquanto, porém, a dotação seja assignada ao Imperador e Imperatriz em razão de sua alta dignidade, os bens comprados com estes dinheiros, ou os produzidos pelos bens da corôa, não se considerão como pertencentes ao patrimonio publico, e sim ao privado do monarcha.

Tambem não se classificão entre os bens da corôa os pertencentes aos principes, salvo quando expressamente o contrario se determina ; comquanto as acções a elles relativas, bem como

(43) Portugal cit. L. 3, cap. 23, n. 7.

(44) Const. art. 115 ; Port. cit. L. 3, cap. 23, n. 8.

ao patrimonio publico e privado do monarcha, devão ser tratadas com o mordomo da casa imperial (45).

Denominão-se bens do Estado, geraes, ou nacionaes, no sentido restricto :

1.º As ilhas adjacentes ao territorio nacional (46).

2.º Os terrenos de marinha, excepto os que por actos do poder competente estiverem includidos no dominio particular (47); denominão-se assim todos os que banhados pelas aguas do mar, ou dos rios navegaveis, vão até a distancia de 15 braças craveiras para parte da terra,

(45) Const. cit. art. 107 e 114 ; Decr. de 28 de Agosto de 1840; Lei de 29 de Setembro de 1840; Decr. de 19 de Junho de 1839.

(46) Ord. L. 2 tit. 26 § 10—Item as ilha adjacentes mais chegadas ao Reino.

(47) Lei de 15 de Novembro de 1831 art. 51 § 14 ; Instr. de 14 de Novembro de 1832 art. 1; Av. de 10 de Julho de 1834 e 30 de Janeiro de 1836; n. 256 de 15 de Novembro de 1852 e n. 231 de 10 de Julho de 1857. V. os Decr. de 21 de Janeiro de 1809 e 13 de Julho de 1820 cit. na nota 38 supra.

Outr'ora denominavão-se marinhas, as praias onde se fazião salinas: Ord. L. 2, tit. 26 § 15; v. Repert. de Fern. Thom. *vb. Marinhas de sal.*

contadas estas, desde os pontos a que chega o preamar médio de uma lunação (48).

Não se considerão porém terrenos de marinha as margens dos rios de agua doce, ainda que navegaveis sejam, que ficarem fóra do alcance das marés (49), nem as margens dos igarapés e gamboas, sejam formadas de agua doce ou salgada, sejam ou não sujeitas ás marés, que estiverem introduzidas e encravadas em terrenos de fazendas, chacaras, ou quaesquer outras propriedades, em que não haja publica servidão ; devendo-se neste caso incluir na medição para o aforamento a extensão sómente das emboca-

(48) Instr. cit. de 14 de Novembro de 1832 art. 4 ; Ord. de 12 de Julho de 1835. Anteriormente, o Aviso de 20 de Outubro de 1832 mandou contar as quinze braças do ponto até onde chegasse a maré nas maiores enchentes.

(49) Ord. de 20 de Agosto de 1835; Port. de 21 de Abril de 1836. Anteriormente, a Ord. de 21 de Outubro de 1833 declarou, em relação ao littoral do interior da provincia do Rio Grande do Sul, que os terrenos de marinha se devem ahí contar—dos pontos onde chegam as aguas na sua elevação média no decurso de um anno, produzida esta elevação, ou pela acção dos ventos em alguma das estações do anno, ou por maior cópia de agua nas fontes, que alimentão os rios que banhão o littoral do interior da provincia.

duras de taes igarapés e gambôas, que estiverem na beira-mar ou dos rios a que chega a maré ordinariamente (50).

Deduzidos destes terrenos aquelles que forem necessarios para logradouros publicos, isto é, para embarque, desembarque, e mercados publicos de comestiveis, terrenos que as camaras municipaes tem o direito de reclamar do ministro da fazenda na côrte, e dos presidentes nas provincias (51), devem os restantes ser aforados perpetuamente por estas autoridades aos particulares que os requererem (52).

(50) Ord. cit. do 20 de Agosto de 1835.

(51) Lei cit. de 15 de Novembro de 1831 art. 51 § 14; Av. de 20 de Outubro de 1832; Ord. de 14 de Novembro de 1833; Av. n. 126 de 25 de Novembro de 1846.

(52) Lei cit. de 15 de Novembro de 1831 art. 51 § 14; Av. de 25 de Agosto de 1837; Ord. de 13 de Dezembro de 1839. Sobre as regras que devem determinar a preferencia entre os concurrentes, v. Ord. de 7 de Fevereiro e 12 de Julho de 1833; 20 de Maio, 20 de Agosto e 24 de Setembro de 1835; 14 e 30 de Janeiro § 1 e Port. de 17 de Maio de 1836; 20 de Julho de 1839; 4 e 22 de Julho de 1842; n. 149 de 7 de Outubro de 1847; 24 de Janeiro de 1848; Ord. de 6 de Julho de 1850; n. 173 de 31 de Maio de 1851; n. 256 de 15 de Novembro

de 1852; n. 226 de 19 de Outubro de 1853.— Sobre o fôro a que devem ser sujeitos, v. Av. de 20 de Outubro de 1832; Instr. cit. de 14 de Novembro de 1832 art. 11; Ord. cit. de 30 de Janeiro de 1836 § 6; Lei de 20 de Outubro de 1838 art. 9 § 27; Av. de 5 de Agosto e 13 de Dezembro de 1839; Ord. n. 193 de 12 de Julho de 1851.— Sobre o processo da medição e demarcação dos mesmos terrenos, v. Instr. cit. de 14 de Novembro de 1832 art. 1 — 3, 5 — 9 e 12; 12 de Junho de 1833; 10 de Julho de 1834; Ord. de 5 de Setembro de 1836, 6 de Março, 6 de Maio, 21 de Julho e 7 de Outubro de 1837, 16 de Julho de 1847, 26 de Dezembro de 1861.— Sobre a fôrma da sua avaliação, v. Instr. cit. de 14 de Novembro de 1832 art. 9 e 10; Ord. de 20 de Março de 1840; Decr. n. 467 de 23 de Agosto de 1846; Ord. de 11 de Outubro de 1847, 24 de Janeiro de 1848; Decr. n. 656 de 5 de Dezembro de 1849. — Quanto ao laudemio, v. L. de 20 de Outubro de 1838 art. 9 § 27; Av. de 5 de Agosto de 1839; Decr. cit. de 5 de Dezembro de 1849; Av. n. 60 de 25 de Junho de 1850 e n. 193 de 12 de Julho de 1851. Av. n. 178 e 179 de 19 de Abril de 1861; n. 207 de 10 de Maio de 1861.— Sobre o commissio em que se pôde incorrer, v. Ord. n. 308 de 12 de Junho de 1841; Av. n. 376 de 12 de Novembro de 1856. — Sobre a sua permuta. V. Av. n. 29 de 16 de Janeiro de 1861.— Sobre todo o assumpto desta nota, v. o Sr. Dr. Pereira de Barros Apont. de Dir. Fin. T. 3, Cap. 1 §§ 28 e 29, o Sr. Dr. P. Malheiro Man. do Proc. dos Feit. da Faz.

3.º Os terrenos de alluvião ou de formação artificial que assentão sobre o fundo do mar (53). Não succede, porém, o mesmo com os terrenos de alluvião e ilhas formadas nos rios publicos, como já vimos (54).

Pelo Direito Romano era permittido aos particulares não só lançar pilares no mar e construir sobre elles, como tambem formar artificialmente ilhas nelle, visto que o mar considerava-se *nullius* e consequentemente do primeiro occupante (55).

Isto, porém, entre nós é prohibido, bem como lançar entulho, fazer aterros ou obras no litto-

Nac. §§ 308 — 316; o Sr. Dr. T. de Freitas Consol. das Leis Civ. art. 54 — 57.

(53) Av. n. 42 de 3 de Fevereiro de 1852 e n. 379 de 7 de Dezembro de 1855. A proceder a razão dada por este Aviso, tambem devem ser do Estado as alluviões e ilhas formadas nos rios publicos, visto ser publico o alveo destes.

(54) V. nota 25—27 supra.

(55) Pomp. fr. 30 § 4 D. De adquir. rer. dom. (XLI, 1). Si pilas in mare jactaverim, et supra eas inædificaverim, continuo ædificiu meum fit. Item si insulam in mari ædificaverim, continuo mea fit: quoniam id, quod nullius sit, occupantis fit.

ral dos portos (56), ainda aos proprios foreiros de marinhãs, sem concessão dô poder competente (57).

4.º As terras devolutas. Como taes se devem considerar (58) :

a) As que não se acharem applicadas a algum uso publico, nacional, provincial ou municipal, *ou p.º não se acharem na posse legitima de alg.º pessoa*

b) As que não se acharem no dominio particular por qualquer titulo legitimo, nem fôrem havidas por sesmarias e outras concessões do governo geral ou provincial, *sem que sejam devolutas* ~~não~~ *incursas em* commisso por falta de cumprimento das condições de medição, confirmação e cultura.

c) As que ~~não~~ se acharem dadas por sesmarias ou outras concessões do governo, que, ~~apesar de~~ *nao* ~~incursas em~~ commisso, fôrem revalidadas pela lei.

(56) Decr. n. 447 de 19 de Maio de 1846 arts. 12 e 13.

(57) Av. cit. de 3 de Fevereiro de 1852.

(58) L. n. 601 de 18 de Setembro de 1850 art. 3; Reg. n. 1318 de 30 de Janeiro de 1854 arts. 22—26. — Transcrevemos as palavras da Lei; mas o Sr. T. de Freitas modifica a definição de—*terras devolutas*—em seu Esboço do Cod. Civ. art. 337.

x cumpridas as clausulas de medição, confirmação e cultura

d) As que ~~não~~ se acharem occupadas por posses que, ~~apesar de~~ não se fundarem em titulo legal, ~~forem~~ ^{sejam} ligitimadas pela lei.

Estas terras devem ser, depois de medidas, divididas e demarcadas, vendidas pelo governo aos particulares em hasta publica ou fóra della, como e quando julgar mais conveniente, reservando-se, porém, as que forem necessarias para a colonisação dos indigenas, para a fundação de povoações, abertura de estradas, e quaesquer outras servidões, para assento de estabelecimentos publicos e para a construcção naval (59).

(59) Arts. 12 e 14 da cit. Lei n. 601 e arts. 64—81 do cit. Reg. n. 1318.

A Ord. L. 4, tit. 43 mandava dar de sesmaria as terras, casaes ou pardieiros que não fossem lavrados e aproveitados, tivessem ou não senhorio. A existencia de extensissimos terrenos incultos no Brasil deu occasião a providencias especiaes ácerca da concessão de suas sesmarias. V. CC. RR. de 16 de Março de 1682, 27 de Dezembro de 1695, 7 de Dezembro de 1697, 23 de Novembro de 1698, 20 de Janeiro de 1699, 27 de Janeiro de 1711; Prov. de 20 de Agosto de 1727, 28 de Março de 1743; Alv. de 5 de Janeiro de 1785, 5 de Outubro de 1795 (suspenso pelo Decr. de 10 de Dezembro de 1796), Decr. de 22 de Junho e 25 de Novembro de 1808 e Alv. de 25 de Janeiro

Sómente em zona de 10 leguas contigua aos limites do Imperio com paizes estrangeiros é permittida a concessão gratuita de terras para o estabelecimento de colonias militares, podendo estas concessões serem feitas não só aos colonos, como a outros povoadores nacionaes ou estrangeiros (60).

As florestas ou mattas que crescem em terras devolutas, como dependencia que são destas, pertencem tambem ao Estado; aquelles que as derrubarem, ou lhes puzerem fogo, são sujeitos á pena de 2 a 6 mezes de prisão e multa de 100\$000 rs., além da satisfação do damno causado (61).

5.º O páo-brazil e madeiras reservadas.

Já desde o começo do seculo xvii, que o

de 1809, etc.—O governo, porém, mandou suspender a concessão de novas sesmarias até a convocação da Assembléa Geral Constituinte; Res. de 17 de Julho de 1822; Officio de 6 de Outubro de 1823. Comtudo ainda algumas se concederão em casos especiaes, como para patrimonio de novas povoações, a empras de navegação fluvial, abertura de estradas, etc.

(60) Reg. cit. n. 1318 arts. 82—86.

(61) Lei de 15 de Outubro de 1827 art. 15 § 12 Circ. de 19 de Janeiro e 3 de Novembro de 1833; Lei cit. n. 601, art. 2 pr.; Reg. cit. n. 1318 art. 88.

páo-brasil constitue um monopolio do Estado, cuja violação era punida com a morte, e a confiscação geral dos bens (62); seu córte, remessa e distribuição pelas praças da Europa, se fazia por conta da fazenda real, por intermedio de seus provedores e do tribunal da junta do commercio geral (63). Depois da independencia nacional o producto deste monopolio foi applicado ao pagamento da divida externa (64); o córte desta madeira incumbido aos mesmos proprietarios dos terrenos que as produzem, e só no caso de recusa destes á outras pessoas autorizadas pelas thesourarias de fazenda (65); e sujeitas á multa de 30\$000, por tonelada as embarcações que

(62) Reg. de 12 de Dezembro de 1605 §§ 1 e 4.

(63) Alv. de 5 de Janeiro e 6 de Fevereiro, Reg. cit. de 12 de Dezembro de 1605, 3 de Junho de 1609, 19 de Setembro de 1672 cap. 74; Alv. de 1º de Agosto de 1697, 6 de Março de 1703. Decr. de 13 de Novembro de 1755.

(64) O maximo que o governo foi autorizado a remetter era em vinte quatro mil quintaes; Lei de 15 de Novembro de 1831 art. 51 § 16.

(65) O governo foi autorizado a pagar até 8\$000 por quintal; L. n. 243 de 30 de Novembro de 1841 art. 11; Reg. de 11 de Janeiro de 1842; alterado pelo de 15 de Março de 1845; Ord. de 15 de Março e 22 de Dezembro de 1845.

levarem este genero por contrabando para os portos estrangeiros (66).

Tambem desde o seculo xvii que se derão providencias para evitar o estrago das florestas no nosso paiz (67), e especialmente das madeiras proprias para a construcção naval. Mandou-se que estas, quando situadas nos portos, costa de mar e suas vizinhanças, ficassem inteiramente reservadas; que os seus terrenos se não dessem de sesmarias; e que os mesmos sesmeiros do interior não pudessem cortar madeiras grossas e de lei sem licença do governador, e capitão-general da respectiva capitania (68). Modernamente os juizes de paz fôrão incumbidos de vigiar sobre a conservação das mattas e florestas publicas, onde as houver, e obstar nas particulares ao córte de madeiras reservadas por lei (69); e comquanto fossem extinctas as conservatorias dos córtes de madeiras (70), con-

(66) Lei de 21 de Outubro de 1843 art. 27; Reg. n. 363 de 20 de Junho de 1844.

(67) Reg. de 12 de Setembro de 1652 § 22, e 13 de Outubro de 1751 § 29.

(68) Alv. de 5 de Outubro de 1795 §§ 9 e 10.

(69) Lei de 15 de Outubro de 1827 art. 5 § 12.

(70) Lei de 15 de Novembro de 1831 art. 11.

tinua a prohibição de cortar as reservadas por lei sem licença do governo, ainda em terrenos particulares (71).

6.º As minas e terrenos diamantinos. As Ords. (72) colloção entre os *Direitos Reaes*—os *veiros e minas de ouro ou prata ou qualquer outro metal*; mas permitem aos particulares a sua exploração, quer em terrenos seus ou alheios, com licença do provedor dos metaes, pagando o *quinto* do seu producto ao rei: e concedem premio aos que as acharem.

O descobrimento das ricas minas do Brasil

(71) Ord. de 19 de Janeiro e 3 de Novembro de 1833, 17 de Novembro e 3 de Dezembro de 1834, 7 de Agosto de 1835, e n, 260 de 30 de Dezembro de 1850. A Res. de 9 de Dezembro de 1830 art. 1 mandou reservar na provincia de Santa Catharina as perobas, como as sesmarias declarão, e as locuranas em lugar dos tapinhoães, que nella não existem. O cit. Av. de 7 de Agosto de 1835 declara que as madeiras prohibidas por Lei são—a peroba de todas as qualidades, o tapinhoã e o brasil. Sobre as diversas qualidades de madeiras que os arsenaes devem empregar nas construcções navaes, v. Ord. de 7 de Janeiro de 1835 e 9 de Agosto de 1837.

(72) L. 2, tit. 26 § 16 e tit. 34; Decr. de 16 de Setembro de 1824.

deu causa a numerosas providencias (73). Sendo, porém, muito gravoso o pagamento dos *quintos* do ouro por capitação, os povos de Minas Geraes requerêrão a sua substituição pelo imposto fixo de 100 arrobas deste metal, o que lhes foi concedido, mandando-se restabelecer as casas de fundição para se reduzir o ouro á barras, as quaes, bem como o ouro em pó, devião correr como moeda nos territorios das minas, com exclusão de outra além da provincial de prata e cobre que se mandou fundir (74). Este imposto foi reduzido a 5 %. (75), e depois substituído pelo de 2\$000 rs. por cada data mineral que se conceder, ou cuja medição se ratificar e 1 % de

(73) Prov. RR. de 2 de Janeiro, 28 de Março e 15 de Junho de 1608, 7 de Janeiro de 1609, 4 de Novembro de 1613, 8 de Agosto de 1618; Alv. de 27 de Julho e 5 de Setembro de 1641, 7 e 8 de Junho de 1644; C. R. de 27 de Junho de 1696, 19 de Abril de 1702 e 7 de Maio de 1703; L. de 11 de Fevereiro de 1719.

(74) Alv. de 3 de Dezembro de 1750; v. Decr. de 19 de Fevereiro de 1652; Alv. de 5 de Maio de 1753, 24 de Abril de 1801; Decr. de 17 de Setembro de 1824.

(75) Lei de 27 de Outubro de 1827, 27 de Setembro de 1828, 28 de Novembro 1831; Reg. de 14 de Fevereiro e Lei de 24 de Outubro de 1832 art. 23 e 94; Decr. u. 478 de 12 de Outubro de 1846.

exportação, permittindo-se o livre curso do ouro em pó ou em barras por todo Imperio (76).

Tambem as minas de diamantes forão declaradas pertencerem á corôa (77); entretanto autorisou-se a sua exploração, sujeitando-a a rigorosissima fiscalisação. Os diamantes de 24 quilates ou mais, forão declarados pertencerem á fazenda real, e forros os escravos que manifestassem os de 20 ou mais quilates (78). A administração dos terrenos diamantinos, porém, passou por uma reforma radical depois da independencia nacional; as antigas intendencia e

(76) Lei de 28 de Outubro de 1848 art. 9 § 14 e arts. 32—34; n. 719 de 28 de Setembro de 1853 art. 17.

(77) Lei de 24 de Dezembro de 1734; Alv. de 13 de Maio de 1703; Res. de 27 de Setembro de 1828; Decr. de 25 de Outubro de 1832 art. 9, 31 de Maio de 1833; Av. de 23 de Março de 1838; Decr. n. 314 de 24 de Setembro de 1845 art. 9; Lei n. 601 de 18 de Setembro de 1850 art. 16 § 4.— V. Reg. n. 465 de 17 de Agosto e Av. n. 112 de 21 de Outubro de 1846; Decr. de 5 de Dezembro de 1847.

(78) Alv. de 11 de Agosto de 1753, 2 de Agosto de 1771; Decr. de 3 de Junho de 1777; Ord. de 4 de Maio de 1801; Alv. de 13 de Maio de 1803 e 20 de Outubro de 1808.

juntas de administração diamantina forão abolidas (79), creados inspectores geraes das terras diamantinas, e estas divididas em datas e arrendadas em hasta publica (80), pelo preço minimo de 1 real annual por braça quadrada. Os diamantes estão tambem sujeitos na exportação ao imposto de $1/2$ por % (81)

(79) Lei de 24 de Outubro de 1827, 24 de Outubro de 1832 art. 23; Res. de 25 de Outubro de 1832; Decr. de 31 de Maio de 1833.

(80) Decr. de 25 de Outubro de 1832 revogado pelo Decr. n. 374 de 24 de Setembro de 1845; D.—Reg. n. 465 de 17 de Agosto e Av.—Instr. n. 112 de 21 de Outubro de 1846; Ord. n. 46 de 17 de Março, n. 131 de 30 de Setembro, e Decr. n. 543 de 5 de Dezembro de 1847; Lei n. 514 de 28 de Outubro de 1848 art. 35; Lei n. 665 de 6 de Setembro, e Decr. n. 1080 de 11 de Dezembro de 1852; Lei n. 751 de 15 de Julho de 1854; Av. n. 214 de 9 de Junho de 1856, n. 605 de 26 de Dezembro de 1861. O cit. Decr. de 25 de Outubro de 1832 art. 11 e Officio de 30 de Agosto de 1837 declarão que a exploração dos terrenos diamantinos só é permittida aos cidadãos; esse decreto, porém, foi revogado pelo de n. 374 cit.; entretanto o de n. 465 art. 27 § 3 só permittie essa exploração ás companhias, cujos membros metade ao menos fôr composta de cidadãos.

(81) Lei de 2 de Setembro de 1846 art. 13; Decr. n. 492 de 2 de Janeiro e Av. n. 44 de 16 de Março de 1847 e n. 8 de 8 de Janeiro de 1848.

7.º Os bens vagos (82). Compreendem-se nesta classe :

a) Os moveis e de raiz a que não é achado senhorio certo (83). Os que achão taes bens são obrigados a manifestal-os ao juiz de paz ou inspector de quarteirão no prazo de 15 dias, sob pena de se considerar e punir como furto a omissão no cumprimento desta obrigação (84).

(82) Reg. n. 160 de 9 de Maio de 1842 art. 3 e n. 2433 de 15 de Junho de 1859 art. 11.—Callistrato fr. 1 § 3, D. De jur. fisc. (XLIX, 14) ; Marciano fr. 114 §2, D. De leg. (XXX, 1) ; Ulp. fr. 2 § 47, D. Ad. Sen. Cons. Tertyll. et Orphit. (XXXVIII, 17) ; Cod. L. 10, T. 10 — V. Fragoso De regim. reipubl. P. 1, L. 3, Disp. 5 § 2 ; Portugal de donat. L. 3, cap. 14.

(83) Ord. L. 2, tit. 26 § 17 ; Reg. n. 160 art. 3 § 1 e n. 2433 art. 11 § 1. Entrão nesta classe os bens encontrados no cofre dos orphãos, sem saber-se a quem pertençaõ, Av. n. 125 de 1.º de Julho de 1854 ; bem como as propriedades das extinctas aldeias de Indios, Av. n. 44 de 21 de Janeiro de 1856 ; não assim os terrenos dellaç, abandonados pelos Indios, que se reputão nacionaes devolutos, Av. n. 172 de 21 de Outubro de 1850, n. 273 de 18 de Dezembro de 1852 e cit. n. 44 de 1856.

(84) A pena é de prisão com trabalho por um mez a dous annos, e de multa de 5 a 20 por centô do valor da cousa achada ; Cod. Crim. art. 260.

O juiz de orphãos, depois de proceder a arrecadação delles, deve mandar fixar editaes chamando os seus verdadeiros senhores, e fazer todas as possíveis diligencias para descobri-los ; caso o não consiga, deve declarar-os vagos, fazê-los arrematar, e recolher o seu producto aos cofres publicos ; este, porém, é restituído ao seu verdadeiro senhor, quando appareça e se habilite antes de decorrido o lapso da prescripção (85).

b) As heranças vacantes. Como taes se considerão aquellas que não tem successores legitimos ou testamentarios, ou que por estes forão repudiados. A ordem da successão hereditaria é a seguinte :

- I. Os descendentes.
- II. Os ascendentes.
- III. Os herdsiros testamentarios.
- IV. Os collateraes.

(85) Reg. n. 160 arts. 4, 21, etc. ; Reg. n. 2433 arts. 12, 34, etc. Quanto ás cousas achadas em virtude de mandado de busca, passado pela autoridade criminal, procede-se na fórmula dos arts. 194 e 195 do Cod. do Proc. Crim.

V. O conjuge.

VI. O Estado.

O juiz de orphãos deve proceder á respeito destes bens como os da anterior especie (86).

c) Os bens do evento achados no municipio da côrte. Assim se denomina o gado, ou quaesquer animaes, que se achão sem se saber quem seja o seu senhor ou dono. Á respeito delles se procede como á respeito das duas especies anteriores, competindo, porém, a sua arrecadação aos provedores de residuos (87).

(86) Reg. de 11 de Maio de 1560 § 8; Ord. L. 1, tit. 90 § 1, e L. 3, tit. 18 § 9, L. 4, tit. 94 e 96; Lei de 4 de Dezembro de 1775 §§ 7 e 11; Alv. de 28 de Janeiro de 1788, 26 de Agosto de 1801 §§ 1, 3 e 4; Reg. n. 160 art. 3 § 2, etc., e n. 2433 art. 11 § 2, etc.

(87) Ord. L. 3, tit. 94 e L. 5, tit. 62; Lei n. 586 de 6 de Setembro de 1850 art. 14; Av. n. 245 de 10 de Novembro de 1853; Reg. n. 160 art. 3 § 3, 44 e seg., n. 2433 art. 11 § 3, 85 e seg., —V. Portugal De donat. L. 3, cap. 13, n. 96; Fragozo De regim. reipubl. P. 1, L. 2, Disp. 5 n. 17; Per. e Souz. Lin. Civ. not. 1002.

Os escravos abandonados por seus senhores

d) Os navios e seus carregamentos pertencentes a inimigos ou a piratas naufragados nas costas do Imperio. As Ordenações entregavão estes bens ao primeiro occupante ; hoje, porém, são pertencentes ao Estado, e como taes devem ser arrecadados (88). Fóra destes dous casos os salvados devem ser escrupulosamente conservados em favor dos seus pro-

forão declarados libertos pela lei n. 2040 de 28 de Set. de 1871 art. 6 § 4. Vide Decr. n. 5135 de 13 de Nov. de 1872 arts. 75 § 4, 76 e segs.

(88) A Ord. L. 2, tit. 32 § 1 diz : E quando os navios que se perderem forem de infieis inimigos de nossa santa fé, que não forem nossos subditos ou forem de outras pessoas, com quem tenhamos guerra, ou de *cossarios que andarem a toda a roupa*, as cousas assim perdidas serão daquelles, que as primeiro occuparem » Esta Ord. porém, foi derogada pelo Alv. de 20 de Dezembro de 1813, que attribuiu estes bens ao Estado ; os Reg. n. 160 art. 3 § 5 e n. 2433 art. 11 § 5 supprimirão as palavras *infieis, etc.*, por ir essa disposição da Ord. de encontro á Constituição arts. 5 e 179 § 5; mas conservando a palavra *cossario*, e supprimindo inadvertidamente as seguintes — *que andarem a toda roupa*, alterão-lhe o sentido, porque a Ord. não trata do que hoje chamamos *corsario*, e sim dos que no mar roubão a inimigos e amigos, isto é dos piratas.

prietarios, deduzidas as despesas do seu sal-
vamento, defesa, segurança e guarda, e os
direitos a que estiverem sujeitos (89).

Tambem devemos comprehender entre os
bens vagos e consequentemente pertencentes ao
Estado os das capellas, nos casos de falta de
legitimo administrador, de extincção de suc-
cessão, ou de commissio, e os das corporações
de mão-morta, nos casos de extincção, de abo-
lição ou de commissio (90).

(89) Reg. de 22 de Junho de 1836 art. 305 ;
Cod. Comm. arts. 731 — 739 ; Decr. n. 855 de 8
de Novembro de 1851 art. 12 ; Off. n. 66 de 5 de
Fevereiro de 1856 ; e Decr. n. 2647 de 19 de Se-
tembre de 1860 (Reg. das Alf. e Mes. de Rend.)
arts. 331 — 338. Este ultimo Reg no cit. art. 338
declara que prescreve em favor do Estado, se não
fôr reclamado dentro de um anno, metade do valor
dos objectos que se acharem fluctuando no mar,
forem arrojados á praia ou tirados do fundo do
mar, rios e lagôas, quando se ignorarem os na-
vios a que pertencêrão, cabendo a outra metade
ao que os acharem.—V. Portugal De donat. L. 3
Cap. 13 n. 97 e seg.; Fragoso De regim. rei-
publ. P. 1, L. 3, Disp. 5 n. 16.

(90) A Legislação relativa a esta materia, acha-
se indicada no Decr. n. 834 de 2 de Outubro de 1851
art. 49 § 2 e Av. n. 85 de 28 de Março de 1854.—V. o

Comquanto as capellas e as outras especies de vinculos existentes, fossem extinctos por morte dos actuaes administradores legitimos e se prohibisse a instituição de novos, é possível que ainda existão algumas capellas desta especie, e essa disposição abolitiva não se estende áquellas que não pertencem a familias, e sim a pessoas juridicas (91).

Embora tambem fosse abolida a confiscação de bens pela Constituição do Imperio (92), achase estabelecido que nem por isso ficarão isentos do commisso as capellas e corporações de mão-morta, quando se verificão as hypotheses em que esta pena é decretada (93).

8.º Os proprios nacionaes. Dá-se esta denominação aos predios urbanos e rusticos, que se achão com as formalidades legaes incorporados nesta especie do dominio nacional, e assentados nos respectivos livros do thesouro e

Sr. Dr. Perd. Malheiro, Man. do Proc. dos Feit. da Faz. Nac. not. 312.

(91) Lei de 6 de Outubro de 1835 ; Obs. do Sr. Dr. A. P. Rebouças ao art. 62 not. 1 da Consol. das Leis.

(92) Art. 179 § 20.

(93) V. o Decr. n. 834 e Av. n. 85 de 1854, not. 90 sup.

thesourarias ; comprehendem-se entre elles as fortalezas, fortes, castellos, baluartes, cidadellas, e todos os seus pertences. Os que não são applicados ao serviço publico dão-se de arrendamento com o prazo não excedente de 9 annos (94).

Para completarmos a nomenclatura dos bens do Estado geraes ou nacionaes, diremos que nesta classe tambem se comprehende grande massa de bens moveis de elevado valor, como sejam — o material dos diversos ministerios, e repartições publicas, as machinas, materias primas e productos das officinas do Estado, os li-

(94) Ord. L. 2, tit. 36 ; Reg. da Faz. de 17 de Outubro de 1516 cap. 18, 95 e 115 ; Lei de 4 de Outubro de 1831 art. 27 §§ 5 e 64 ; 15 de Novembro de 1831 art. 51 § 15 ; Instr. do Cont. Ger. de Revis. do Thes. Nac. de 26 de Abril de 1832, P. 3, cap. 2 arts. 44—50 ; Lei de 24 de Outubro de 1832 art. 21 ; Off. de 14 de Março, Ord. de 2 de Setembro, Lei de 12 de Outubro arts. 1—5, Ord. de 12 de Outubro de 1833 ; Lei n. 109 de 11 de Outubro art. 12, Instr. de 26 de Outubro de 1837 § 7 ; Ord. n. 85 de 26 de Agosto de 1846, n. 43 de 16 de Março de 1847 ; Decr. n. 736 de 20 de Novembro de 1850 art. 3 §§ 4 e 9, art. 16 § 2 ; n. 870 de 22 de Novembro de 1851 art. 1 § 13 e art. 15 § 14 ; Av. n. 149 de 20 de Março de 1861, n. 378 de 12 de Agosto de 1862 ; n. 284 de 20 de Junho de 1863.

vros e manuscriptos das bibliothecas, archivos, etc., (95).

II. *Os bens provinciaes.*— Já vimos que as provincias são dotadas de capacidade juridica, quasi tão extensa como a do Estado (96). Ellas com effeito possuem bens cuja administração é regulada pelas respectivas assembléas legislativas, e exercida pelos presidentes de provincia, e agentes inferiores peculiares (97).

III. *Bens municipaes.*— Vimos tambem que os municipios tem capacidade juridica igual a das provincias, a qual é exercida pelas respectivas camaras sob a superintendencia das assem-

(95) Noc. Prelim. De Dir. Adm. Bras. Cap. 5 § 2, II.

(96) V. Cap. 5 § 2, II, huj. tit.

(97) Lei de 12 de Agosto de 1834 art. 11 § 4 ; Av. de 6 de Abril de 1835, 13 de Outubro de 1838 ; Lei n. 601 de 18 de Setembro de 1850 art. 3 § 1. A separação dos impostos provinciaes e geraes foi feita pela Lei n. 40 de 3 de Outubro de 1834 arts. 36—39 em referencia á Lei n. 58 de 8 de Outubro de 1833 arts. 31—35. V. Lei n. 514 de 28 de Outubro de 1848 art. 16, n. 586 de 6 de Setembro de 1850 art. 14 ; Av. n. 119 de 24 de Março de 1851, n. 245 de 10 de Novembro de 1853 e 27 de Dezembro de 1854.

bléas legislativas e presidentes de provincia (98). Elles possuem bens propios que constituem o seu patrimonio, e que não se devem confundir com os de uso commum, e logradouros publicos (99).

Bens particulares. São todos os que pertencem ás pessoas naturaes ou juridicas, com exclusão sómente das publicas ou de existencia necessaria. Os Jurisconsultos, fundados no Direito Feudal, costumavão dividir esta classe de bens em *hereditarios* e *adquiridos*, segundo erão ou não havidos por successão avita. A lei de *avoengo*, já revogada pela Ord. Affons. (100), foi de novo instaurada por pouco tempo (101), mas hoje se acha segunda vez abolida (102), e consequentemente tornou-se esta classificação de

(98) V. Cap. 5 § 2, III, huj. tit.

(99) Ord. L. 1, tit. 66 §§ 11 e 17; Decr. de 20 de Maio e 11 de Junho de 1734; Lei de 22 de Setembro de 1828 art. 2 § 10, e 1.º de Outubro de 1828 arts. 41—45, e 51— V. Vinn. ao § 6 Instit. De rer. div. (II, 1), e not. de Heineck; Guerr. De muner. jud. orph. Tr. 4, L. 6, Cap. 1 ns. 1 e 2.

(100) L. 4, tit. 37.

(101) Lei de 9 de Setembro de 1769 § 1.

(102) Decr. de 17 de Julho de 1778.

bens meramente nominal, e sem influencia nas relações de direito (103).

Os bens particulares constituem o principal objecto do Direito Civil; delles nos occuparemos largamente na parte especial, e então estudaremos as suas diversas classificações em *dotaes*, *paraphernaes*, *dos menores*, *etc.*, de que aqui não tratamos, por não terem caracter de generalidade.

Advirtimos, finalmente, que os bens podem ser ao mesmo tempo publicos e particulares, quando o dominio directo se acha separado do util; assim os terrenos de marinha e outros dados pelo Estado em aforamento são publicos em relação ao dominio *directo*, e particulares, em relações ao dominio util; e pelo inverso podem existir bens cujo dominio directo pertença a particulares e o util ao Estado (104).

(103) Mell. Freir. Instit. Jur. Civ. Lus. L. 3, T. 3 § 10 e not.

(104) Proj. do Cod. Civ. not. ao art. 347.

TITULO IV

Dos actos juridicos.

CAPITULO I

DOS FACTOS EM GERAL.

§ unico.

O conhecimento do Direito não se pode tornar completo sem o dos factos ou acontecimentos, em virtude dos quaes começam ou acabão as relações juridicas e os direitos e obrigações que dellas decorrem (1).

Cumpre, porém, notar-se, que a mais numerosa e importante classe de factos não se apresenta com o character exclusivo de darem começo a uma relação juridica, ou de lhe darem fim; e sim com character mixto—ao mes-

(1) Vide Savigny. Dr. Rom. § C. IV; Müllenbruch Doctr. Pandect, § 83.

mo tempo que destroem uma antiga relação jurídica, creão outra nova.

Este character mixto se encontra nas transformações ou metamorphoses do Direito, quer subjectivas, quer objectivas.

A transformação é *subjectiva*, quando a mesma relação de direito é transportada de uma para outra pessoa, e assim se perpetua pela substituição de novo sujeito,

E' o que se denomina *successão*.

Ella é *objectiva*, quando se considera persistente a mesma relação de direito apesar da modificação de seu conteúdo.

E' o que succede nos casos de *prejuizos, perdas e damnos*; pelo que este modo de transformação pertence especialmente ao *Direito das obrigações*, e ás materias que se regem pelos principios destas (2).

Os factos se dividem nas seguintes classes :

I. *Positivos* ou *negativos* — segundo é da sua realisação, ou omissão, que depende a aquisição ou perda do direito.

(2) Savigny cit. § 104.

II. *Voluntarios e não voluntarios* ou *externos*—segundo são gerados pela actividade livre da propria pessoa a quem interessão ou por causas extranhas a esta actividade, quaesquer que estas sejam.

A classe dos factos *não voluntarios* ou *externos* comprehendem :

1.º Os que são filhos de causas meramente fataes.

2.º Os que são praticados pela mesma pessoa a quem interessão; mas sob a influencia de causas que obstão ao pleno exercicio da vontade (3).

3.º Os que são praticados por pessoas extranhas, embora com liberdade.

Tambem os factos *não voluntarios* ou *externos* se subdividem em *fortuitos* ou *não fortuitos*, segundo a sua realisação se póde, ou não, prever com segurança.

(3) O acto de um demente é considerado como um facto meramente fortuito — impune autem puto admittendum, quæ per furorem alicujus accidit, quomodo si casu aliquo, sine facto personæ, id accidisset.—Pomp. fr. 61 in fin. Dig. De adminis et peric. tutor. (XXVI, 7).

A classe dos factos voluntarios se subdivide em duas: a dos factos *licitos* e a dos *illicitos*, segundo a sua realisação é, ou não, prohibida pela lei.

Quando os factos licitos tem por fim immediato a adquisição, conservação, protecção, ou perda, de direitos, embora tambem outro fim ulterior não juridico, se denominão—*actos juridicos*, ou segundo Savigny—*declarações de vontade*.

Não se denominão, porém, *actos juridicos* ou *declarações de vontade*, aquelles actos que não tem directamente por objecto um fim juridico, embora delle possam emanar effeitos juridicos, de que o agente pouco ou nada se preocupa.

Assim, o cassador que persegue um animal, não se lembra da *occupação*, por cujo meio vae adquirir a propriedade d'elle; nem o que manda fazer concertos urgentes na propriedade de um amigo auzente, pensa no quasi contracto do *negatiorum gestio*; nem a ladrão, no actodo furto, tem em vista contrahir as obrigações que nascem do delicto (4).

Quanto á expressão—*actos legitimos*, embora

(4) Savigny cit. § 104 nots. g e h.

synonyma de—*actos juridicos*, alguns Jurisconsultos modernos a pretendem limitar a certos *actos solemnes*, que não podem ser praticados por mandatarios, e em que se não pode admittir condição, nem termo,

Esta opinião se funda na erronea interpretação do fragmento de Papiniano, 77 Dig. *De reg. jur.* (L, 17), cuja attenta leitura, porem, inteiramente a repelle.

Observaremos, que a expressão *actos legitimos* só se encontra duas vezes nas fontes do Direito Romano, a saber no citado fragmento de Papiniano e na Const. 21 Cod. *De hæreticis* (I, 5), em que Justiniano declara os manicheos e outros herejes incapazes de servirem de testemunha em Juizo—*quibus pro reatus similitudine omnis legitimus actus interdictus est* (5).

Os actos juridicos, ainda se subdividem em

1.º *Unilateraes e bilateraes*—segundo basta, para fazel-os, a vontade de uma só pessoa, ou precisa-se o concurso de duas ou mais pessoas.

(5) Vid. Heineck, *Antiq. rom. Procem.* § 6. *Hist. jur.* §§ 40 e seg.; Pothier *Proleg. ad Pand.* C. 1 § 3; Berriat St. Prix *Hist. du Dr. Rom.* pag. 52 e seg.

2.º Actos *inter vivos* e *disposições de ultima vontade*, segundo o acto tem de produzir effeito durante a vida, ou depois da morte, daquelles de quem emana.

Deixando de parte as outras especies de factos, só trataremos, nos seguintes capitulos, das duas que mais interessão o Jurisconsulto — os *actos juridicos* e os *actos illicitos*.

CAPITULO II.

DOS ACTOS JURIDICOS.— I. SUA FÓRMA E ELEMENTOS CONSTITUTIVOS EM GERAL.

A fôrma do acto juridico é o complexo das disposições legaes de cuja observação depende a validade do acto.

Esta fôrma se divide em *interna* e *externa*.

A fôrma *interna* se refere ao conteudo e objecto do acto; a *externa* ás solemnidades que se devem praticar no momento da sua celebração, como a escriptura, ou a presença de certo numero de testemunhas.

O Direito Romano, em geral, não exigia formalidades externas para os actos juridi-

cos (1); mas, quando as exigia, a ausencia dellas importava a nullidade do acto, embora especialmente a não declarasse (2).

Entre nós succede o contrario; a falta das formalidades externas não annulla o acto, senão quando a lei o determina (3).

Tambem a fôrma do acto se divide—em *publica* e *particular*, segundo nella intervem, ou não, uma auctoridade, ou official publico; e—em *judicial* ou *extra-judicial*, segundo é feito em juizo, ou fóra d'elle.

Quanto aos elementos constitutivos dos actos juridicos, cumpre fazer uma triplice distincção (4).

(1) Fr. 4. Dig. De fide instrum. (XXII, 4); Const. 28 Cod. De transact. (II, 4).

(2) Const. 5. Cod. De leg. (I, 14).

(3) Ass. de 23 de Julho de 1811.

(4) Cumpre notar-se, que esta distincção é inteiramente *pratica* e somente feita em vista da terminologia geralmente acceita pelos Jurisconsultos.

Porquanto, a analyse destes elementos mostra que os unicos, que são verdadeiramente *constitutivos* do acto juridico, são os que se denominão *essenciaes*; e que os *naturaes* e *accidentaes* nada mais são do que os

I. Os *essenciaes (essentialia)*, isto é aquelles sem os quaes não póde o acto existir, ainda quando as partes expressamente os queirão dispensar (5).

Estes elementos se dividem em — *geraes e particulares*.

Os elementos *essenciaes geraes* são os que se exigem para a validade de todos os actos juridicos; os *particulares* são os que distinguem os actos de uma especie dos de outra especie.

II. Os *naturacs (naturalia)* são os que emanão do acto, desde que este está perfeito segundo a lei, e se subentendem, ainda que expressamente não tenham sido estipulados.

Como, porém, estes elementos não são *essenciaes*, as partes podem estipular a sua supressão ou alteração, quando a lei o não prohibir expressamente; incumbindo a quem al-

effeitos produzidos pelo acto, quer de pleno direito, quer em virtude de convenção das partes.

(5) Neste caso varião as consequencias. Vid. fr. 4, fr. 5 § 2, fr. 12 § 1 Dig. XXIII, 4 ; fr. 1 §§ 45 e 46 Dig. XVI, 3; fr. 36 e 38 Dig. XVIII, 1; fr. 6 Dig. XLI, 6.

legar esta supressão ou alteração, o onus de proval-a (6).

III. Os *accidentales* ou *accessorios*, isto é as *clausulas* que não se derivão da natureza do acto juridico, mas que as partes podem determinar, como lhes aprouver, modificando até as consequencias que dessa natureza se derivão.

Como estas clausulas não se presumem, ao que as invoca, incumbe o onus de proval-as, oxepto quando a perfeição e validade do acto forão subordinadas a ellas ; neste caso, deve o adversario provar, ou que o acto foi concluido pura e simplesmente, ou que a clausula foi preenchida (7).

(6) Fr. 11 §§ 1, 2 e ult. Dig. XIX, 1; fr. 5 § 4 Dig. XIX, 5; fr. 24 Dig. XVI, 3; fr. 3 Dig. XII, 1; fr. 70 Dig. XVII, 2; fr. 4 Dig. XIII, 7.

(7) Fr. 10 Dig. XLV, 1; Const. 9 Cod. VIII, 36.

CAPITULO III

DOS ACTOS JURIDICOS. — II SEUS ELEMENTOS ESSENCIAES,

§ 1.º

Noções geraes.

Os elementos *essenciaes* dos actos juridicos referem-se ás *personas* dos que os praticão, ou aos *objectos* delles.

I. Quanto ás *personas* dos agentes, é necessario que tenham *capacidade* para mudarem o estado dos seus direitos, e que hajão plenamente consentido nesta mudança.

Esta capacidade pode ser *natural* ou *civil*.

1.ª A *capacidade natural* consiste no pleno uso da razão e liberdade de modo a produzir o completo consentimento do agente.

Assim os infantes (1), os dementes, salvo nos lucidos intervallos (2), os ebrios (3), os ira-

(1) Vid. Tit. 2 Cap. 3 § 7 nots. 8, 9, 31 e 32.

(2) Vid. Tit. 2. Cap. 3 § 8 n. VI Reinos. Obs. 32.

(3) Port. Donat. L. 3, cap. 15, ns. 30 e 31 ;
Moraes. De execut. L. 2, cap. 20 n. 31.

dos (4), não podem praticar actos juridicos, que validos sejam.

Não basta, porém, que se prove que o agente era habituado a embriagar-se, ou a irar-se; deve-se provar que, quando praticou o acto, se achava em estado de completa embriaguez, ou sujeito a vehemente accesso de ira (5).

2.^a A *capacidade civil* consiste em ser a pessoa *perfeita e independente*.

Assim os que estão sob o poder paterno, ou marital, sob tutela, ou curatela, não podem praticar com validade certos actos juridicos.

As restricções da capacidade civil varião em seus effeitos como opportunamente se mostrará.

3.^a O *consentimento* pode ser *expresso, tacito, anterior* ou *posterior* ao acto.

O *consentimento expresso* é o que se mani-

(4) Quidquid in calore iracundiæ, vel fit, vel dicitur, non prius ratum est, quam si perseverantia apparuit, judicium animi fuisse. Paulo fr. 48 Dig. De reg. jur. (L, 17). *Ira furor brevis*.

(5) Borg. Carn. Dir. Civ. L. 1, Tit. 30, § 263 ns. 2 e 9.

feita por meio de palavras, por escripto ou por outros signaes que claramente possam substituir as palavras (6).

O *tacito* é o que se deduz de actos que não podem ter outra explicação rasoavel, sinão ter o agente querido dar o seu consentimento (7).

Entretanto a regra —*qui tacet consentit*— não é verdadeira em sua generalidade; e sim sómente quando a lei impõe a obrigação de de-

(6) Paulo fr. 38 Dig. De oblig. et act. (XLIV, 7); Non figura literarum, sed oratione, quam expriment literæ, obligamur; quatenus placuit, non minus valere, quod scriptura, quam quod vocibus lingua figuratis significaretur. Modest. fr. 52, § 10 Dig. cit. (XLIV, 7). Sed et nudo solo pleraque consistunt. Gabr. Desis. 123 n. 3.

(7) Scœvola fr. 5 Dig. Rat. rem. hab. et de ratiabit. (XLVI, 8). Non tantum verbis ratum haberi posse, sed etiam actu. § 7. Inst. de Just. De hered. qualit et differ. (II, 19) Item.... potest aut proherede gerendo, aut etiam nuda voluntate inscipientis hereditatis, heres fieri.... si voluntatem suam declararet vel re, vel verbis, de adenda hereditate. Vid. fr. 2 § 1.º fr. 57 pr. D. (II, 14); fr. 3 § ult. D. (XX, 4). Valasco Cons. 119 n. 10.

clarar expressamente o não consentimento a algum acto (8).

O consentimento *anterior* é o que, como em regra succede, se dá antes de praticado o acto.

O *posterior* é o que se denomina *ratificação* e que, em geral, tem os mesmos effectos que o anterior (9).

Não basta, porém, que se dê o consentimento, é preciso que este consentimento seja *livre e serio* (10).

(8) Paulo fr. 142 Dig. De. reg. jur. (L, 17) — Qui tacet, non utique fatetur, sed tamen verum est, eum non negare.

Ulp. fr. 8 § 1 Dig. De procurat. et defens. (III, 3)— Invitus procurator non solet dare; invitum accipere debemus non eum tantum, qui contradicit, verum eum quoque, qui consensisse non probatur.

(9) Ulp. fr. 12 § 4 Dig. De solut. et liberat. (XLVI, 3)— Sed et si non vero procuratori solvam, ratum autem habeat dominus, quod solutum est, liberatio contingit, rati enim habitio mandato comparatur.

Vid. fr. 16 § 1 Dig. XX, 1; fr. 20 pr. Dig. XIII, 7, Const. 7 pr. Cod. IV, 28; Const. 25 *in fine* Cod. V. 16, — Sobre quando deve sempre ser anterior. Vid. Reinoso Ob. 43 n. 24.

(10) Sobre qual o consentimento que se deva considerar livre. Vid. Gabr. Decis. 123 n. 2.

As causas, que podem impedir ou viciar a livre manifestação do consentimento, são :— o *erro*, o *dolo*, a *violencia* e a *simulação*, de que trataremos nos seguintes §§.

II. Quanto ao *objecto* dos actos juridicos, devemos observar que elle não pode ser senão uma cousa existente, ou ao menos possível, e nunca uma cousa, ou acção, impossível, physica ou moralmente (11).

Alem disto deve elle ter as seguintes condições :

1.º Não ser absolutamente indeterminado.

(11) Celso fr. 185 Dig. De reg. jur. (L, 17) *Impossibilium nulla obligatio est.*

Ulp. fr. 31 Dig. cit. (L, 17) — *Verum est, neque pacta, neque stipulationes factum posse tollere; quod enim impossibile est, neque pacto, neque stipulatione potest comprehendi, ut utilem actionem, aut factum efficere possit.*

§ 1 Instit. De inutil. stipul. (III, 19) — *At si quis rem, quæ in rerum natura non est, aut esse non potest, dari stipulatus fuerit, veluti Stichum, qui mortuus sit, quem vivere credebat, aut Hyppocentaurum, qui esse non possit, inutilis erit stipulatio.*

Vid. § 2 Inst. cit. (III, 19); fr. 5 pr. Dig. (XX, 1); frs. 8 pr. e § 1 e fr. 34 § 2 Dig. (XVIII, 1); frs. 26, 35 pr. e § 1 e 141 § 4 Dig. (XLV, 1), etc.

Pode, sim, sel-o quanto ao individuo — *species*, mas não quanto á classe a que pertence — *genus*. Assim, pode este objecto ser certa quantidade de *cousas fungiveis*, dinheiro, litros de farinha, etc.; ou uma *cousa não fungivel* de certa especie — um escravo, um cavallo, etc.

Quando se indicão dous ou mais objectos sobre que deve recaír a obrigação, ella se denomina *alternativa* ou *disjunctiva*.

A escolha do objecto, nestes casos, pertence ao devedor ou a seus herdeiros; salvo, quando das circumstancias da hypothese se deduz o contrario. Mas, notificada a escolha, o devedor não pode mais variar (12).

2.º A sua execução não deve depender exclusivamente da vontade da pessoa que nelle se obriga (13).

(12) Vid. Maynz — Elem. de Dr. Rom. § 275.

(13) Pompon. fr. 8 Dig. De obl. et act. (XLIV, 7) — Sub hac conditione: *Si volam*, nulla fit obligatio; pro non dicto enim est, quod dari, nisi velis, cogi non possis. Vid. frs. 17, 46 § 3, 105 § 1, 108 § 1, 115 pr. Dig. (XLV, 1) — Sobre as excepções a esta regra Vid. fr. 69 § 4 Dig. (XXIII, 3); fr. 24 pr. Dig. (XIX, 2); Const. 3 (V, 11).

3.º Não prejudicar os direitos de terceiro(14).

4.º Não conter promessa inteiramente inutil á pessoa a quem ella é feita (15).

§ 2.º

O erro e a ignorancia.

Os Jurisconsultes costumão equiparar o *erro* e a *ignorancia*, porque, na verdade, são as mesmas as suas consequencias légaes (1).

Ha, entretanto, differença entre estas duas noções: a *ignorancia* consiste no desconhecimento total da cousa; o *erro* na falsa idéa que della se faz. Em ambos é commum a ausencia da idéa verdadeira da cousa.

A *ignorancia*, ou *erro*, pode se referir a um ponto de direito ou de facto.

No primeiro caso se denomina *ignorancia* ou *erro de Direito*; no segundo *ignorancia* ou *erro de facto* (2).

(14) Const. 5 Cod. (I, 14).

(15) Fr. 61 Dig. (II, 14); fr. 13 pr. Dig. (VIII, 1).

(1) Vid. vol. 1 Tit. 3 Cap. 4.

(2) Vid. Dig. De juris et facti ignorantia (XXII, 6); Cod. eod. (I, 18).

Quanto ao *erro de Direito*, já assás largamente com elle nos occupamos no vol. 1.º, Tit. 3, Cap, 4; pelo que, nos limitamos agora ás seguintes breves considerações sobre o *erro de facto*.

Como ordinariamente a ignorancia só dá lugar a omissões, e é o erro a razão determinante de certos actos juridicos, trataremos deste especialmente.

O erro pode referir-se á *pessoa* ou ao *objecto* do acto.

Pode referir-se á pessoa nos dous seguintes casos :

1.º Quando a expressão da vontade, no acto unilateral ou symnallagmatico, está em contradicção com a mesma vontade.

2.º Quando nos actos symnalagmaticos cada parte exprime o que realmente quer, mas, que é differente do que o outro quer, enganando-se assim cada um a respeito da vontade do outro.

Em ambos estes casos não ha verdadeira declaração de vontade, nem acto juridico valido.

O erro póde referir-se ao objecto :

1.º Compreendendo todo o conteúdo da vontade, como quando se assigna um acto substituído ao verdadeiro ou lido infielmente, ou quando se enche um papel, assignado em branco, contra a vontade do signatario.

2.º Compreendendo sómente parte da vontade, como quando se refere :

A A' natureza do acto juridico.

B A' cousa que faz o objecto da relação de direito.

C A' pessoa com quem se quer estabelecer essa relação.

O erro póde equiparar-se á falta de discernimento, com a differença que a influencia desta é geral e abrange todos os actos praticados pelo impubere e alienado; emquanto a influencia daquelle só se refere a certos factos particulares.

Numerosos textos do Direito Romano servem de fundamento a esta doutrina (3).

(3) Cum errantis voluntas nulla sit. Const. 8 Cod. De jur. et fact. ignor. (I, 18).

Cum nullus sit errantis consensus. Const. 9 Cod. cit. (I, 18).

Entretanto, Savigny (4) a combate e mostra que a vontade é sempre livre, ainda em presença de deliberações em que influa o erro ; por quanto, ella podia ter repellido o alvitre erroneo e regeitado as vantagens que parecião cercal-o.

Deve-se tambem distinguir entre o erro *essencial* e *concomitante* (*minus essentialis*).

O primeiro é o que affecta a *natureza* do acto, ou que recáe, nos contractos, sobre a mesma prestação a que as partes tiverão intenção de se obrigar, ou sobre algum dos seus elementos essenciaes ; o segundo é todo e qualquer erro alem destes.

E' evidente, que o erro essencial, sendo

Non videntur, qui errant, consentire. Fr. 116 § 2 Dig. De reg. jur. (L, 17).

Nulla enim voluntas errantis est. Fr. 20 Dig. De aqua pluv. (XXXIX, 3).

Error enim litigatorum non habet consensum. Fr. 2 pr. Dig. De jud. (V, 1).

... Cum non consentiant qui errent. Quid enim tam contrarium consensui est, quam error, qui impiritiam detegit. Fr. 15 Dig. De jurisd. (II, 1).

(4) Dir. Rom § CXV.

exclusivo do consentimento, fere de nullidade qualquer acto em que intervem ; não assim o erro concomitante.

Na maior parte dos casos considera-se como essencial o erro e, por tanto, nullificante do *consentimento*, quando se refere :

1.º A' *natureza do acto ou contracto* ; como se alguém julgar receber por empréstimo aquillo de que se lhe faz doação ; ou que se lhe entrega em deposito, ou como commodato, o que se lhe dá como mutuo ; nestes casos não haveria nem mutuo, nem doação, nem deposito, nem commo-dato (5).

2.º Ao *proprio objecto da prestação*, sobre que recáe a obrigação (*error in corpore*) ; como se o comprador julgar comprar um terreno differente daquelle que o vendedor julgar vender, salvo quando pela natureza da estipulação se mostrar que é indifferente a individualidade do objecto (6) ou á *substancia* ou

(5) Fr. 18 Dig. De reb. cred. (XII, 1) ; fr. 9 Dig. De contrah. emt. (XVIII, 1) ; fr. 381 Dig. De obl. et act. (XLIX, 7) ; Comp. fr. 5 pr. Dig. De negat. gest. (III, 5). Vid. Savigny, Dir. Rom. § 136.

(6) § 23 Inst. Stipul. (III, 19) ; fr. 9, pr. e §

materia do objecto da prestação; como quando se toma o bronze por ouro, o chumbo por prata, o vinagre (não o vinho azedo) por vinho (7).

Quando, porém, o erro se refere á *quantidade, extensão, valor pecuniario, qualidade* ou *accessorios* do objecto da prestação, pode, segundo as circumstancias, influir, ou não, sobre o consentimento e ser qualificado como *essencial* ou *concomitante* (8).

1. Dig. De contrah. emt. (XVIII, 1); fr. 83, § 1 e fr. 137, § 1 Dig. De verb. obl. (XLV, 1); Const. 10 Cod. De donat. (VIII, 54); Savigny cit. § 136.

(7) Fr. 9 § 2, fr. 14 pr. e § 1 Dig. De contrah. emt. (XVIII, 1). Os frs. 22, Dig. De verb. obl. (XLV, 1) e 182 Dig. De pignor. act. (XIII, 7), embora pareçam contrarios a estes, realmente não o são; porque o primeiro trata do caso em que o errante, em vez de prejudicar-se, lucrou com o erro, e no segundo accresce haver um caso de dolo.

(8) Frs. 10, 11, 14, 34 pr. e 58 pr. Dig. De contrah. emt. (XVIII, 1). As Inst. de Justiniano, § 5, De inutil. stipul. (III, 19), fundada na de Gaio (III, 102), estabelece, em geral, a *inutilidade* da convenção em que um estipula vinte e o outro promete dez; no Digesto, porém, (frs. 1 § 4, 83 § 3 De verb. obl. (XLV, 1); fr. 15 De exceptil. (XLVI, 4); fr. 27, § 3, De recept. (IV, 8); frs. 6

3.º O mesmo succede quanto ao *erro sobre a pessoa* que deve dar ou receber a prestação. Com effeito, muitas vezes só se tem em vista a prestação, sendo indifferente a pessoa por quem é dada ou recebida, como quando se trata de uma obra ordinaria ou vulgar, que pode ser feita por qualquer operario. Outras vezes tem-se em vista, não só a prestação, como a pessoa que a deve dar ou receber, como quando se trata de uma obra de arte ou sciencia (9).

Assim tambem, se um testador nomeia herdeiro pessoa differente da que pretendia instituir, não vale a instituição, para um nem para outro (10).

e 34 De reg. jur. (L, 17), tratando-se da hypothese em que o credor consente na redução da obrigação, se declara, que ella vale pela quantia menor — *quod minus est*; interpretação esta que concorda com o frag. de Pomponio 52, Dig. Locati, (XIX, 2). Vide Savigny cit. §§ 136 a 139, onde a materia é largamente desenvolvida.

(9) Fr. 32, Dig. de reb. cred. (XII, 1). Conc. fr. 15 Dig. De jurisd. (II, 1) e fr. 2 pr. Dig. De judic. (V, 1). Vide Savigny Dir. Rom. § 136.

(10) *Quotiens volens alium heredem scribere; alium scripserit, in corpore hominis errans.* Fr. 9 pr. Dig. De hered. instit. (XXVIII, 5).

Nunca, porém, se considera essencial o erro sobre o *nome* da cousa, quando sobre esta nem uma duvida exista (11); nem o erro sobre os *motivos* que levarão as partes a praticarem o acto (12).

Tambem não é essencial o erro sobre a pessoa com quem contractamos, se por ventura não é aquella com quem tivemos intenção de contractar; salvo si é a mesma que deve dar ou receber a prestação, como acima se expõe.

Em geral, é indifferente que o erro seja *unilateral* ou *bilateral*; desde que affecta o consentimento, quer de uma, quer de ambas as partes, o acto é nullo.

Nem é verdade que o erro, ainda quando não annulle o acto, dê sempre direito á in-

(11) *Nihil enim facit error nominis, cum de corpore constat.* Fr. 9 § 1 Dig. De contr. emt. (XVIII, 1); fr. 34 pr. Dig. de acq. poss. (XLI, 2); frs. 32, 65 § 1 e 80 Dig. De verb. obl. (XLV, 1).

(12) Fr. 3 § 7 *in fin.* Dig. De condic. caus. dat. (XII, 4); frs. 52 e 65 § 2 Dig. De condic. indeb. (XII, 6); fr. 38 Dig. De dolo malo (IV, 3); fr. 5 § 1 Dig. *Emti.* (XIX, 1).

demnisação de prejuizos, perdas e danos. Este direito só existe quando o erro provem da fraude da outra parte (13); ou quando esta affirmou a existencia de certas qualidades que se não encontrão na cousa que faz o objecto do contracto (14).

Finalmente, devemos observar, que aquelle que allega o erro deve proval-o, salvo se alguma presumpção de Direito milita a seu favor (15); e assim mais, que só procede esta allegação, quando o erro é excusavel, isto é, quando não procede de negligencia grosseira e imperdoavel, de modo que não se teria podido evital-o, empregando-se os cuidados convenientes (16).

(13) Fr. 1 § 1 Dig. De pignor. act. (XIII, 7) e fr. 22 *in fine*. Dig. De verb. obl. (XLV, 1).

(14) Frs. 40 § 2 e 45 Dig. De contr. emt. (XVIII, 1) e fr. 21 § 2 Dig. *Emti* (XIX, 1).

(15) Paulo fr. 25 pr. e § 1 Dig. De prob. et pres. (XXII, 3)...compelli ad probationes...vel aliquam justam ignorantiae causam indebitum ab eo solutum...

(16) Fr. 3 § 1 Dig. fr. 9 § 2, De jur. et fact. ignor. (XXII, 6); fr. 11 pr. e fr. 15 § 1 Dig. De contr. emt. (XVIII, 1); fr. 15 § 1 Dig. *Pro suo* (XLI, 10).

Em geral é inexcusavel o erro sobre facto proprio (17).

§ 3.º

O dolo.

As sociedades repousam sobre a sinceridade e a confiança nas relações sociaes ; é a missão do Direito assegurar a independencia do desenvolvimento individual na esphera dessas relações.

Ora, essa independencia pode ser atacada pela *violencia*. como essa confiança pelo *dolo* ou *fraude*.

Eis porque o Direito condemna e combate tanto a *violencia* como a *fraude*, e para annullar os seus effeitos, concede especial excepção e acção, bem como o recurso da restituição; meios estes que, no primeiro caso, se podem estender a pessoas extranhas e innocentes (*in rem*), e no segundo se limitão ao autor ou aos seus succes-

(17) Fr. 3 pr., fr. 5 Dig. De jur. et fact. ignor. (XXII, 6); fr. 7 Dig. Ad. S. C. Vellej. (XVI, 1); fr. 5 § 1 Dig. *Pro suo* (XLI, 10); fr. 42 Dig. De reg. jur. (L. 17).

sores universaes, e só em certos casos aos singulares (1).

A expressão *dolo* designa, em geral, a violação immoral da boa fé sobre que repousão todas as transacções sociaes.

O dolo pode admittir diversos grãos de perversidade.

Com effeito, umas vezes incorre na mais severa censura, e até, segundo o antigo Direito, na infamia; outras vezes apenas provoca mera desapprovação, como nos casos da *excepção de dolo*, em que a injustiça consiste unicamente na pertinacia da prosecução da acção em juizo, sem que, porém, mereça o autor censura pela sua proposição (2)

O dolo pode ser feito :

1.º Com o intuito de libertar um devedor das suas obrigações, e neste caso se oppõe a *culpa e casus*.

(1) Savigny cit. § 115 nota (g); Themudo Decis. 3 n. 25 e 29.

(2) ... petendo facit dolose. Fr. 2 § 5 Dig. De doli excep. (XLIV, 4); hoc ipso dolo facit quod petit. fr. 36 Dig. De verb. obl. (XLV, 1). Vide Savigny cit. § 115 nota (i).

2.º Com o fim deliberado de determinar em outrem uma declaração de vontade ; e é o que se denomina *fraude*.

Os antigos Jurisconsultos Romanos distinguão o *dolus bonus* e o *dolus malus*.

O primeiro era toda a astucia ou artificio, empregado para se attingir um fim louvavel ou ao menos licito; como o de que usamos para nos defendermos de qualquer aggressão contra nossa pessoa ou os nossos direitos— *si adversus hostem, latronemve quis machinaretur* ; caso este em que a propria violencia é permittida, pois que o adversario se collocou fóra da esphera do Direito (3).

Dolo máo é a falsificação da verdade, feita com intenção maliciosa, isto é para o fim de prejudicar a outrem (4), independentemente do

(3) Ulp. fr. 1 §§ 1 e 2 Dig. Do dolo malo (IV, 3).

(4) Ulp. fr. 1 § 2 Cod. (IV, 3)— *Dolum malum Servius quidem ita definit, machinationem quandam alterius decipiendi causa, quum aliud simulatur, et aliud agitur. Labeo autem, posse et sine simulatione id agi, ut quis circumveniat; posse et sine dolo malo aliud agi, aliud simulari; sicuti faciunt, qui per ejusmodi simulationem desserviant et tuentur vel sua vel aliena. Itaque ipse sic definiit, dolum malum esse omnem calliditatem, fallaciam, machina-*

lucro que possa tirar o seu autor (5).

A intenção maliciosa se manifesta ordinariamente por modo positivo, mas pode também manifestar-se por modo negativo, isto é por um facto ou por uma omissão (6).

Dá-se o dolo *negativo* ou por omissão, quando se consente que outro permaneça em erro, que se não provocou, deixando de advertil-o do erro. Mas para que este dolo seja im-

tionem ad circumveniendum, fallendum, decipiendum alterum adhibitam.

(5) Gaio fr. 39 Dig. De dolo malo (IV, 3).—Si te Titio obtuleris de ea re, quam non possidebas, in hoc, ut alius usucapiat, et iudicatum solvi satisfaceris; quamvis absolutus sis, de dolo malo tamen teneberis; et ita Sabinus placit.

Furius Anthianus fr. 40 Dig. cit. (IV, 3)—Is qui decipit aliquem, ut hereditatem non idoneam adiret, de dolo tenebitur: nisi fortasse ipse creditor erat, et solus erat: tunc enim sufficit contra eum doli mali exceptio.

(6) Ulp. fr. 8 § 9 Dig. mandati vel contra (XVII, 1). Dolo autem facere videtur, qui it quod potest restituere, non restituit.

Id. fr. 44 Dig. Eodem (XVII, 1)—Dolus est, si quis nolit persequi, quod persequi potest, aut si quis non exegerit quod exigere solvere...

putavel, é preciso, que a natureza do contracto nos autorise a contar com a sinceridade daquelle com quem se contractou, de sorte que o silencio seja inseparavel das declarações (7).

A palavra *fraude* geralmente se emprega como synonymo de *dolo* mas ella significa especialmente o resultado do dolo, ou os prejuizos por elle causados (8).

Os Jurisconsultos modernos costumão distinguir o *dolus causam dans* e o *dolus incidens*.

(7) Gaio fr. 35 § 8 Dig. De contr. emt. (XVIII, 1) — Si quis in vendendo prædio confinem celaverit, quem emptor, si audisset, empturus non esset, teneri venditorem, dicimus.

Florent. fr. 43 § 2 eod. (XVIII, 1)—Dolum malum a se abesse præstare venditor debet: qui non tantum in eo est, qui fallendi causa obscure loquitur, sed etiam, qui insidiosè, obscure dissimulat.

Ulp. fr. 11 § 5 Dig. De act. emt (XIX, 1)—Si quis virginem se emere putassit, quem mulier venisset, et sciens errare eum venditor passus sit, redhibitionem quidem ex hac causa non esse: verumtamen ex empto competere actionem ad resolvendam emptionem, ut pretio restituto mulier reddatur.

(8) Ulp. fr. 1 § 15 Dig. Si quid in fraud. patroni (XXXVIII, 5)—Fraus enim in damno accipitur pecuniario. Sobre os diversos modos, porque se pode fazer a fraude Vide Valasco Cons. 154 n. 10.

O primeiro é o que foi a causa ou motivo determinante do contracto, de sorte que sem elle a parte enganada não teria contractado; pelo que deve produzir a resolução do contracto.

O ségundo é o que fez que a parte, aliás deliberada a contractar por outros motivos, mas enganada, sobre os elementos accessorios da prestação, se impozesse uma obrigação mais onerosa do que a que se importaria, se conhecesse a verdade; o que só dá lugar á indemnisação de prejuizos, perdas e danos

Esta distincção, porém, só pode ser admittida nos contractos de bôa fé (9). Em geral, o Juiz deve decretar a resolução do contracto; salvo quando esta se houver tornado impossivel ou já não indemnizar perfeitamente a parte lesada; pois neste caso só lhe resta pedir a indemnisação dos danos soffridos, ou a diminuição da prestação que lhe incumbe (10).

(9) Vide os fr. 11 § 5 Dig. De dolo malo (IV, 3); fr. 71 § 1.º, fr. 13 § 4 e fr. 32 Dig. *Empt.* (XIX, 1); fr. 12 § 1 Dig. De jur. dot. (XXIII, 3).

(10) Vide fr. 18 pr. e §§ 1 e 4 Dig. De dolo malo (IV, 3).

§ 4.º

A violencia.

Os Jurisconsultos dividem a violencia physica e moral, ou *vis absoluta* e *vis compulsiva*.

A *violencia physica*, redusindo aquelle sobre quem recáe o estado puramente passivo, obsta á creação de actos juridicos, que não podem emanar senão da actividade psychica.

Assim, se tomando-se e dirigindo-se, pela força, a mão de alguém, se o obriga a assignar um papel, vale tanto esta assignatura como se fosse feita exclusivamente pela mão de quem violentou; e, portanto, deve ser considerada como assignatura falsa.

A violencia physica se subdivide em *positiva* e *negativa*.

A primeira dá-se em casos, como os que ficão expostos; a segunda quando se impede alguém, por meios materiaes, de praticar qualquer acto juridico, para que tem capacidade; como quando se impede alguém de fazer o seu testamento, ou alterar o testamento, já feito, quer pela acção directa sobre o testador, quer tolhendo o accesso

ao tabellião, ás testemunhas, ou ao que tem de escrever o testamento (1).

O autor da violencia, quer positiva, quer negativa, incorre na sanção penal (2).

A *violencia moral* é a acção exercida sobre a vontade alheia por meio de ameaças — *metus* (3).

(1) Vide a Ord. L. 4 Tit. 84 — *Dos que prohibem algumas pessoas fazerem os seus testamentos*, ou as constrangem a isso; Ulp. fr. 1 Dig. Si quis aliq. test. prohib. (XXIX, 6); Paulo fr. 19 Dig. De his quæ ut indig. auf. (XXXIV, 9).

(2) Cod. Criminal art. 180—Impedir que alguém faça o que a lei permite, ou obrigar a fazer o que a lei não manda:

Penas de prisão por um a seis mezes, e de multa correspondente a metade do tempo de prisão.

Se este crime fôr commettido por empregado publico que para isso se servir do seu emprego, incorrerá, além das penas declaradas, na suspensão do emprego por dois mezes a quatro annos.

(3) Ulp. fr. 1 Dig. Quod met. caus. (IV, 2) — Ait Prætor: *Quod metus causa gestum erit ratum non habebit. Olim ita edissebatur: Quod vi, metusve causa. Vis enim fiebat mentio propter necessitatem inpositam contrariam voluntate, metus instantis vel futuri periculi, causa mentis trepidatione. Sed postea detracta est vis, mentio ideo, quia quodcumque vi atroce fit, id metu quoque fieri videatur.*

Parecerá talvez, á primeira vista, que a violencia moral importa a ausencia da liberdade; mas, assim não é.

A pessoa ameaçada pode optar entre a repulsa material da violencia e a subjeição a ella; ou, pelo menos, entre a acceitação do mal comminado e a pratica do acto que lhe é imposto.

Conseguentemente, tomando esta ultima resolução, escolhe livremente dar o seu consentimento ao acto, que assim é juridicamente valido (4).

Mas, como dissemos, a violencia, atacando a autonomia individual, é uma immoralidade que não póde deixar de ser condemnada pelo Direito, cuja missão é defender essa autonomia (5).

(4) Paulo fr. 21 § 5 Dig. cit. (IV, 2)—... quamvis si liberum esset nolluissent, tamen coactus volui.— Vid. no fr. de Ceto 22 Dig. De ritu nupt. (XXIII, 2) o caso da validade do matrimonio contractado sob a acção do *medo reverencial* do pae.— Metus reverentialis non sufficit per se ad rescindendum contractum. Valasco Cons. 130 n. 21.

(5) Ulp. fr. 116 Dig. De reg. jur. (L. 17) Nihil consensui tam contrarium est, qui bonæ fidei jn-

Eis porque elle annulla os effeitos da violencia, como os da fraude, concedendo para este fim excepção e acção especial, bem como o recurso da restituição *in integrum*.

Para que, porém, a violencia possa produzir estes effeitos é preciso que reuna as seguintes condições (6):

1.º O mal da ameaça deve ser grave como a morte, as feridas (7), ou a perda da liberdade, quer pela detenção material, quer pela escravidão (8) ou, finalmente, a perda de parte consideravel da fortuna (9).

dicia sustinet, quam vis atque metus: quem comprobare *contra bonos mores* est.

Id. fr. 3 § 1 Dig. cit. (IV, 2)—... vim accipimus... quæ adversus *bonos mores* fiat...

(6) Vid. Savigny cit. § 114.

(7) Fr. 3 § 1, fr. 7 § 1, fr. 8 pr. e § 2 Dig. cit. (IV, 2); fr. 3 Dig. Ex quib. caus. mag. (IV, 6). Const. 13 Cod. De transact. (II, 4); Const. 7 Cod. De his quæ vi. (II, 20).

(8) Frs. 4 e 7 § 1, 22 e 23, §§ 1 e 2 Dig. cit. (IV, 2).

(9) Neste caso, porém, não tem lugar a *actio netus causa*, e sim a *condictio ob turpem causam*, que não se dirige como aquella também — contra ter-

Não se refere, portanto, aos ataques feitos á reputação; porque o offendido tem protecção na legislação penal (10).

2.º O temor deve ser fundado, isto é, capaz de impressionar um homem rasoavel e de animo; pois que a lei não acoroçoa os caracteres fracos e capazes de se deixarem dominar por vãs phantasias. Pelo que, o mal da ameaça deve ser presente, ou verosimil e difficil de evitar-se (11).

3.º Não basta que exista o temor; é preciso que emane de uma ameaça, feita para determinar o acto (12).

ceiros, e sim somente contra o autor da ameaça. Savigny cit. § 114 not. (r).

(10) Cod. Crim. arts. 229 — 246.

(11) Ulp. fr. 1 Dig. cit. (IV, 2). Vid. not. 3.

Gaio fr. 6 Dig. cit. (IV, 2) *Metum autem non vani homini, sed qui merito et in homine constantissimo cadat, ad hoc edictum pertinere constat.*

Ulp. fr. 9 Dig. cit. (IV, 2) *Metum autem presentem accipere debemus, non suspicionem inferendi ejus.*

Celso fr. 184 Dig. De reg. jur. (L, 17) — *Vani timoris justa excusatio non est.*

(12) Ulp. cit. fr. 9 Dig. (IV, 2) — *Et ita Pom-*

Se as ameaças levarem o paciente a tal estado de exaltação que perca a consciencia de suas palavras e dos seus actos, serão estes radicalmente nullos ; porque este estado é equiparado ao da demencia transitoria.

Neste caso, não importa que o terror provenha de um acontecimento natural, ou seja meramente chimerico, gerado por animo excessivamente timorato.

Tambem os Jurisconsultos costumão distinguir a violencia em *metus causam dans* e *metus incidens*. Mas, esta distincção, que em nenhum texto se funda, não tem applicações praticas.

§ 5.º

A simulação.

A *simulação* consiste no disfarce ou occultação da verdade, dando aos actos, uma das partes ou ambas, apparencias diversas da realidade (1)

poneus. . . ait enim metum illatum accipiendum, id est, si illatus est timor ab aliquo. Vid. fr. 14 § 3 e 21 pr. Dig. eod. loc.

(1) Fr. 30 Dig. (XXIII, 2) ; fr. 12 Dig. (XXXIX,

No Direito Romano, as convenções simuladas diviãõ ser entendidas segundo os principios da convenção real que occultavãõ (2); e erãõ validas, salvo quando continhão dolo (3), ou erãõ contrarias ás leis (4).

A lei pratica (5), porém, attendendo aos *muitos enganos que se seguem dos contractos simulados*, isto é, em que as partes *digão e declarem, ou confessem simuladamente alguma cousa que na verdade entre elles nos taes contractos nã ; se-*

3) ; fr. 55 Dig. (XVIII, 1) ; fr. 3 § 2 Dig. (XLIV, 7) ; Const. 17 Cod. (IV, 29) ; Plus valere quod agitur, quam quod simulate concipitur. Vid. Valasco Cons. 154 n. 1.

Sobre a distincção entre simulação e falsidade, Vide Valasco cit. n. 2.

(2) Vid. os frag. cit. na nota precedente.

(3) Fr. 7 § 9 Dig. (II, 4) ; fr. 49 pr. Dig. (XIX, 1).

(4) Fr. 5 § 5, 7 § 6 e 32 §§ 24 e 25 Dig. De donat. inter viv. et uxor. (XXIX, 1).

(5) Ord. L. 4 tit. 71. Simulationes in contractibus reprobantur, et illos annullant, si fiant in fraudem legis, vel fisci, vel alicujus tertii ; reliquæ vero non nocentes permissæ sunt. Valasco Cons. 154 n. 11. — A simulação póde-se provar por indicios e conjecturas, não leves, mas vehementes e urgentes. Valasco citado ns. 16 a 19.

ja contractada, nem convinda, os declara nenhuns e le nenhum vigor e os pune com o confisco da cousa, movel ou de raiz, ou da quantidade sobre que recairão.

Esta disposição comprehende, não só os contractos bilateraes e unilateraes, como quaesquer escripturas, alvarás e autos de confisões, feitas em Juizo e fóra, quer haja prejuizo da parte, quer somente haja fraude da ordenação ou de alguma lei.

CAPITULO IV

DOS ACTOS JURIDICOS.— III. SEUS ELEMENTOS NATURAES.

Em que consistão os elementos *naturaes* dos actos juridicos, expozemos no § 1.º II.

Determinando a lei as qualidades *naturaes* de cada um dos contractos ou actos juridicos, as suas consequencias e effeitos, á proporção que trata de cada um delles, não é possível fazer-se aqui a enumeração desses elementos, pois que se achão espalhados em todo o corpo do Direito.

Como exemplo, apenas diremos que um

dos elementos naturaes do mutuo é a gratuidade, e da compra e renda a evicção (1).

CAPITULO V

DOS ACTOS JURIDICOS.— IV. SEUS ELEMENTOS ACCIDENTAES.

Estes elementos se referem á *modalidade* do acto, ou á sua *confirmação*.

Os que se referem á modalidade são : a *condição*, o *termo*, o *modo* e a *causa*.

Os que se referem á confirmação são — o *juramento*, a *pena*, e as *arrhas*.

§ 1.º

A condição.

A condição é um acontecimento incerto e futuro, de que as partes fazem depender a existencia de uma relação de Direito.

Se o acontecimento é futuro, mas certo, isto é se deve necessariamente acontecer ou

(1) Coelho da Rocha, Instit. de Dir. Civ. Port. § 165.

não acontecer, não constitue condição e sim *termo*. Se não é futuro, embora seja incerto, também não constitue condição (1).

O mesmo se deve dizer, quando a clausula contém um *elemento natural* do contracto, e não exprime uma declaração de vontade arbitraria ; como quando se institue um herdeiro, com a condição que sobreviva ao testador, se promette um dote sob a condição de casamento, etc. Taes condições nao aproveitão, nem prejudicão —; são inuteis — *frustras adduntur*.

Os Romanos donominavão essas clausulas — *conditionis tacitæ, quæ insunt, tacita insunt, extrinsecus venit* (2).

As condições se dividem em — *positivas* ou *negativas, potestativas, casuaes e mixtas, possiveis e impossiveis, suspensivas e resolutivas*.

N. 1. *Condições positivas e negativas*.

As condições se dividem em *positivas e ne-*

(1) Savigny cit. § CXVI.

(2) Frs. 1 e 99 De cond. (XXXV, 1); fr. 25 § 1 Quando dies (XXXVI, 2); fr. 68 De jur. dot. (XXIII, 3); Vid. Savigny cit. § CXVI, not. (d).

gativas, segundo tem por objecto a existencia ou a não existencia de um facto.

Se o facto da condição positiva é de natureza a se repetir rara e difficilmente, basta que se pratique uma vêz

Se elle já estava praticado, antes de estabelecida a condição, e disso tinha conhecimento o que impôz a condição, é preciso que se renove (3).

Se a condição negativa é restricta a tempo determinado, julga-se executada, logo que passou este tempo, sem que tivesse lugar o facto, ou logo que o facto se torna impossivel, como no caso de morte (4).

Os herdeiros ou legatarios, instituidos sob condição negativa, podem entrar logo na posse da herança ou legado, prestando caução—*Muciania cautio* (5).

(3) Fr. 11 pr. e § 1 Dig. De condit. (XXXV, 1); fr. 45 § 2 Dig. De leg. II (XXXI, un.); Const. 7 Cod. De inst. et subst. (VI, 25); § 4 Inst. De verb. oblig. (III, 15).

(4) Cit. § 4 Inst. De verb. oblig. (III, 15); fr. 73 De cond. (XXXV, 1); Reinoso Obs. 64 n. 9.

(5) Frs. 7 e 73 Dig. cit. (XXXV, 1).

N. 2. *Condições potestativas, casuaes e mixtas* (6).

Condição *potestativa* é a que depende da vontade ou do facto de uma das partes. Se, porém, este facto é acompanhado de grande dificuldade ou de perigo, a condição perde o character de potestativa (7).

Condição *casual* é aquella que depende de um facto que está fóra do poder de qualquer das partes.

Condição *mixta* é aquella que depende em parte da vontade, e em parte de um facto extranho á pessoa.

Sobre a condição potestativa cumpre attender-se ás seguintes regras :

(6) Const. un. § 7 Cod. De caduc. tollend. (VI, 51) Sin autem aliquid sub conditione relinquatur, vel casuali, vel potestativa, vel mixta, quarum eventus ex fortuna, vel honoratæ personæ voluntate, vel ex utraque pendeat.

(7) Fr. 137, § 2 Dig. de verb. oblig. (XLV, 1) — Toda a condição negativa é potestativa, porque nenhum poder humano póde forçar um homem de resolução a praticar um acto contra a vontade. Savigny cit. not. (g). Valasco. Cons. 155 n. 2.

1.º E' inefficaz e superflua, se consiste em simples declaração de vontade (*si vellit*), ou se é evidente que o direito não pode ser adquirido ou exercido sem essa declaração: como a instituição de herdeiro (8), a condição *si vellit*, ou a estipulação com a clausula—*cum petiero*.

Não succede o mesmo, se a condição consiste em facto externo, embora pareça inteiramente voluntario e indifferente, como se *Capitolium ascenderit*; pois póde succeder que quem impôz a condição, tenha nisso algum interesse real.

2.º Se o preenchimento da condição depende exclusivamente da vontade de quem parece obrigado no acto, quer este lhe confira ou não direitos.

Ella exclue inteiramente a existencia de qualquer relação juridica, quer seja a obrigação unilateral, ou bilateral, pois que não se póde constringer a parte a executal-a.

(8) No Direito Romano esta doutrina só era applicavel ao herdeiro *extraneus*, não ao *suus*, porque a acceitação da herança por este era obrigatoria Vid. fr. 48. Dig. De verb. obl. (XLV, 1); fr. 86 Dig. De her. inst. (XXVIII, 5); fr. 12 Dig. De cond. inst. (XXVIII, 7).

O mesmo succede, quando o pagamento do legado é deixado inteiramente á vontade do herdeiro; não, porém, se a condição depende de acto externo do obrigado (9).

3.º Se o preenchimento da condição depende da vontade de terceiro, vale nos contractos, nos fideicommissos e legados; mas não nas instituições de herdeiros; porque vista a gravidade do acto, deve o testador apreciar pessoalmente o merito do que deve succeder-lhe na herança, e não referir-se ao juizo de terceiro; salvo se a condição depende de acto material deste (10).

(9) Frs. 17, 46, § 3, 108, § 1 Dig. De verb. obl. (XLV, 1); frs. 7 e 17. Dig. De contr. emt. (XVIII, 1); Const. 13 Cod. eod. (IV, 38); frs. 43 § 2 Dig. de leg. I (XXX, un.); fr. 11, § 7, De leg. III (XXXII, un.). Vid. Valasco, Cons. 122, n. 13. Exceptua-se o caso da venda *ad gustum*, em que ella só depende da vontade do comprador; visto que a este compete a apreciação da qualidade da cousa comprada. Paulo, fr. 34, § 5, Dig. De contr. emt. (XVIII, 1); § 4, Inst. De empt. (III, 24).

(10) Fr. 68 Dig. De hered. inst. (XXVIII, 5); fr. 52 Dig. De cond. (XXXV, 1); fr. 1 pr. Dig. De leg. II (XXXI, un).

N. 3. *Condições possíveis e impossíveis.*

Esta classificação emana da possibilidade ou impossibilidade do facto que constitue a condição.

As condições impossíveis nullificão a efficacia dos contractos (11).

Os Proculéianos também applicávão esta regra ás disposições testamentarias; mas os Sabínianos considerávão taes condições como não escriptas; e transformávão a verba testamentaria em disposição pura e simples. Foi esta segunda doutrina a que veio a prevalecer (12).

Assim, considera-se impossivel e não escripta a condição referente ao passado e que

(11) Gaio III, § 98 ; § 11 Inst. De inutil. stipul. (III, 19) : frs. 7 e 137 § 6 Dig. De verb. obl. (XLV, 1) ; frs. 1 § 11 e 31 Dig. De obl. et act. (XLIV, 7) ; fr. 9 § 6 Dig. De reb. cred. (XII, 1) ; fr. 29 Dig. De fidejuss. (XLVI, 1).

(12) Gaio III, § 98 ; § 10 Inst. De inutil. stipul. (II, 14) ; fr. 36 § 1 Dig. De cond. (XXXV, 1) ; frs. 1, 6 e 20 pr. Dig. De cond. inst. (XXVIII, 7) ; fr. 16 *in fin.* De injust. (XXVIII, 3) ; fr. 104 § 1 Dig. De leg. I (XXX, un) ; fr. 5 § 4 Dig. Quando dies (XXXVI, 2).

falhou antes do testamento e ainda sem sciencia do testador (13).

Se, porém, este mesmo a collocou no passado, ou no presente, ainda quando estivesse realmente na incerteza, torna-se nulla a disposição a que se refere a condição (14).

Se a condição é, em parte possivel, e em parte impossivel, reputa-se não escripta, quanto a esta, e quanto áquella valida e efficaz (15).

Considerão-se tambem como impossiveis as condições, cujo preenchimento excederia excessivamente as proporções ordinarias entre os meios e os fins, considerando em geral, e não relativamente a individuo determinado; como seja a construcção de sumptuoso monumento no espaço de tres dias (16).

A impossibilidade, porém, deve ser de natureza permanente, e não depender de mudança de tempo ou de circumstancias.

(13) Fr. 6 § 1 Dig. cit. (XXXV, 1).

(14) Fr. 16 Dig. cit. De injust. (XXIII, 3).

(15) Fr. 6 § 1 Dig. cit. (XXV, 1); fr. 45 Dig. De hered. inst. (XXVIII, 5).

(16) Ulp. fr. 6 Dig. cit. (XXV, 1).

Assim, se a uma disposição de testamento, ou de contracto, se liga uma condição possível no tempo em que estes actos se celebrarão, mas que depois se torna impossível, considera-se esta como não preenchida, e como annullada a herança, o legado ou o contracto que della depende (17).

No caso inverso, a condição impossível, mas susceptível de tornar-se possível, considera-se como verdadeira e efficaz (18). E', porém, preciso que esta possibilidade emane de um acontecimento ordinario e verosimil. Se a condição se refere a um acontecimento illegal ou immoral, reputa-se absolutamente impossível (19). Nem é licito contar com a mudança possível das regras de Direito, e sim sómente com a das circumstancias de facto (20).

(17) Fr. 94 pr. Dig. cit (XXV, 1); fr. 20 § 3 Dig. De statu lib. (XL, 7); fr. 23 § 2 Dig. Ad leg. Aquil. (IX, 2).

(18) Fr. 58 Dig. cit. (XXXV, 1).

(19) Paulo fr. 34 § 2 Dig. De contrat. empt. (XVIII, 1)... nec enim fas est, ejusmodi casus expectare. Vide fr. 83 § 5 Dig. De verb. oblig. (XLV, 1).

(20) Venuleius. fr. 137 § 6 Dig. De verb. oblig. (XLV, 1 ... nec ad rem pertinet, quod jus mutari potest.

N. 4 *Condições possíveis e impossíveis.*—
I *Condições immoraes.*

Os Jurisconsultos modernos costumão classificar a impossibilidade, relativa ás condições, em *physica, juridica e moral*, segundo ella se refere ás leis da natureza, ao direito ou aos bons costumes.

Savigny (21), porem, combate esta classificação, por estabelecer entre principios essencialmente differentes uma similitude que apenas existe em seus effeitos, e ainda assim de modo restricto.

Porquanto, diz elle, o que constitue as condições impossíveis é a ausencia do character essencial da verdadeira condição — a incerteza do acontecimento, porque ellas não deixão lugar á liberdade humana, ou ao acaso.

Mas, nas condições contrarias ao direito ou á moral, existe sempre esta incerteza, pois que os actos que os infringem são livres ; e, como toda a condição illegal é ao mesmo tempo immoral, elle reúne ambas as especies sob este ultimo epitheto.

(21) Dir. Rom. cit. § 122.

Entretanto, as condições immoraes são assemelhadas em seus effeitos ás impossiveis, pelo que se considerão como não potestativas. Porquanto, como diz Papiniano (22), não se deve admittir que qualquer pessoa possa praticar um acto immoral.

Como as condições impossiveis, as immoraes annullão os contractos e se considerão não escriptas nos testamentos; porem, tranformão as instituições do herdeiro e legado em disposições puras e simples.

Mas, esta similitude só existe, quando o preenchimento da condição importa uma immoralidade, isto é quando se impõem uma acção immoral como condição de um direito a adquirir; não nos outros casos.

Assim, vale a pena pecuniaria, estipulada para o caso em que algum dos contrac-

(22) Papin. fr. 15 Dig. De cond. inst. (XXVIII,7). Filius, qui fuit in potestate, sub conditione scriptus heres quam Senatus aut Princeps improbant, testamentum infirmat patris, *ac si conditio non esset in ejus potestate*: nam quæ facta lædunt pietatem, existimationem, vericundiam nostram, *et ut generaliter dixerim, contra bonos mores fiunt*: *nec facere nos posse credendum est.*

tantes praticassem um acto immoral (23); ou a disposição testamentaria em que se determine ao herdeiro pagar um legado no caso de praticar um acto immoral.

Os legados *penæ nomine, quod coercendi heredis causa relinquitur*, que são outr'ora considerados *inuteis*, forão permittidos por Justiniano; excepto quando tem por fim constringer á cousas impossiveis, prohibidas pelas leis ou deshonestas (24).

Nem tambem vale o contracto em que se promettesse a alguem uma quantia de dinheiro para se abster de um delito, ou cumprir um dever (25); e o pagamento já effectuado

(23) Fr. 121 § 1 Dig. De verb. obl. (XLV, 1); Const. 1 e 2 Cod. Simancip. (IV, 56); Pompono fr. 19 Dig. cit. (XLV, 1), porém, declara nulla esta pena, quando o marido se sujeita o ella no caso de divorcio proveniente de culpa sua.

(24) § 36 Inst. De leg. (II, 20)—...exceptio his videlicet, quæ impossibilia sunt, vel legibus interdicta, aut alias probrosa. Vide Phæbo Dec. 111 n. 20.

(25) Ulp. fr. 7 § 3 Dig. De pactis (II, 14) Si ob maleficium, ne fiat, promissum est, nulla est obligatio ex hac conventionione. E' o crime previsto nos arts. 129 a 136 do Cod. Criminal.

para o mesmo fim póde ser repetido em virtude da — *condictio ob turpem causam* (26).

Isto, porém, só procede quando o que prometteu ou deu, teve por movel um temor ou uma esperança ; não quando elle obra desinteressadamente e com o unico intuito de resguardar o direito ou a moral. (27)

Cessa tambem o direito á repetição, quando o que deu é complice da immoralidade, como no caso de peita da autoridade (28).

N. 5. *Condições possiveis e impossiveis.*— II *Condições prohibidas.*

Condições ha que, não sendo immoraes em

(26) Paulo fr. 1 § 2 Dig. do condict. ob turp. vel inj. caus. (XII, 5) — Quod si turpis causa accipientis fuerit, etiam si res secuta sit, repeti potest.

Ulp. fr. 2 pr. Dig. cit. (XII, 5) Ut puta dedi tibi, ne sacrilegium facias, ne furtum, ne hominem occidas ; in qua specie Julianus scribit, si tibi dedero, ne hominem occidas ; condici posse.

(27) Savigny cit. § CXXII *in fin.*

(28) Paulo fr. 5 Dig. cit. (XII, 5) Ubi autem et dantis, et accipientis turpitude versatur, non posse repeti dicimus, veluti si pecunia detur ut male judicetur.

si mesmas, são comtudo prohibidas em certos casos; taes são as condições:

1.º De celibato perpetuo, ainda quando importe indirectamente um legado deixado ao pai ou filho do que deve permanecer em celibato (29); não assim a permanencia na viuvez, ou a prohibição de matrimonio com pessoa determinada; salvo se por circumstancias especiaes esta pessoa não achasse facilmente com quem casasse (30).

2.º De divorcio, com condição de um bem pecuniario (31).

(29) Frs. 62. 63 § 1, 72 § 5, 74, 77 § 2, 79 § 4 e 100 Dig. De cond. (XXIV, 1).

(30) Terentius Clem. fr. 64 Dig. cit. (XXXV, 1) — Hoc modo legato dato: *si Lucio Titio non nupserit*, non esse legi locum, Julianus aiebat. § 1. Quod si ita scriptum esset: *Ariciæ non nupserit*, interesse, an fraus legi facta esset; nam si ea esset, quæ aliubi, nuptias non facile possit invenire, interpretandum, ipso jure rescindi, quod fraudandæ legis gratia esset adscriptum; legem enim utilem republicæ, sobolis scilicet procreandæ causa latam, adjuvandam interpretatione.

(31) Ulp. fr. 8 § 1 Dig. De usu. (VII, 8); Const. 5 Cod. De Inst. (VI, 25).

3.º Da escolha de um conjuge, deixado á vontade de terceiro (32).

4.º De habitar em lugar determinado, ou a escolha de terceiro (33). Esta obrigação, porém, póde ser imposta pelo patrono, ou contractada para si e seus herdeiros (34).

5.º De mudar, ou não mudar, de religião; porquanto, não se deve permittir que considerações de interesse material possam iufluir em materia de pura consciencia.

6.º De juramento, imposto ao herdeiro ou legatario, de executar u.na prestação. O pretor Romano não só reputava não escripta esta condição, como a transformava em *mo.lo*, obrigando o herdeiro ou legatario a praticar o acto que elle devia jurar (35).

(32) Frs. 28 e 72 § 4 Dig. De cond. (XXXV, 1) — *Conditio opposita in legato relicto filiaë, si illa arbitrato Lucii Titii nupserit, regicienda est.* Gama Decis. 314 n. 3.

(33) Fr. 71 § 2 Dig. De Cond. (XXXV, 1).

(34) Ord. L. 4 tit. 42 *in fine*: « Que não sejam constrangidas pessoas algumas a pessoalmente morarem em algumas terras, ou casaes. »

(35) Frs. 26 pr. Dig. De cond. (XXXV, 1); 8, §§ 7 e 8 Dig. De cond. inst. (XXXVIII, 7).

7.º Qualquer estipulação que possa involver captação de herança (36).

Tambem pela legislação patria são prohibidas nas escripturas as seguintes clausulas:

8.º Qualquer pena convencional que possa ferir a liberdade que deve reinar em materia de matrimonio ; como nos casos de divorcio ou não realização de matrimonio com pessoa determinada (37) ; salvo se a pena é estipulada em contracto esponsalicio (38).

E' valida, porém, a instituição de her-

(36) Papin. fr. 70 Dig. De hered. instit. (XXVIII, 5) — Captatorias institutiones non eas Senatus improbavit, quæ mutuis affectionibus judicia provocaverunt: sed quarum conditio confertur ad secretum alienæ voluntatis. Vide nos frs. 29, 71 pr. e § 1 e 81 Dig. cit. (XXVIII, 5) exemplos de instituições captatorias.

(37) Paulo fr. 134 pr. Dig. De verb. oblig (XLV, 1) . . . quia inhonestum visum est, vinculo pæna matrimonia obstringi, sive futura, sive jam contracta. — Vid. fr. 71 § 1 Dig. De cond. (XXXV, 1); Const. 2 Cod. De inut. stipul. (VIII, 39). Cabedo P. 2 Decis. 31.

(38) Lei de 6 de Out. de 1784 § 8; Berard. Jus. eccles. Vol. 3 Diss. 2 Cap. 3.

deiro, ou o legado, sob a condição de casar-se em geral, ou de casar-se, ou não casar-se, com pessoa determinada, salva a excepção contida no fragmento de Terent. Clem. acima transcripto (39).

Assim tambem, é licita a promessa de dinheiro sob a condição de casamento; salvo quando se tem por fim comprar e vender o consentimento, o que seria uma indignidade (40)

9.º A pena convencional para o caso em que não se institua herdeiro certa pessoa; pois fere a plena liberdade de testar, que se deve conservar até a morte (41).

(39) Frs. 63 pr. e § 1, 64 pr. 71 pr. e § 1 Dig. cit. (XXXV, 1); Const. 2 Cod. De inst. (VI, 25). *Vide nota 29 supra.*

(40) Fr. 97 § 2 Dig. De verb. obl. (XLV, 1).

(41) Fr. 61 Dig. De verb. oblig. (XLV, 1).

Pactos successorios. A Ord. L. 4 tit. 70 §§ 3 e 4 prohibe os pactos successorios, quer *de succedendo*, quer *de non succedendo*; salvo quando estes ultimos são confirmados por juramento.

Entretanto, entende Mello Freire (Instit. Jur. Civ. Lus. L. 3 tit. 5 § 36 not.), que elles são entre nós geralmente permittidos, taxando de ineptas e supersticiosas as razões do Direito Romano, em que se funda a prohibição.

10. A *clausula depositaria*, isto é, que os contractantes não sejam ouvidos em juízo sem primeiro depositarem certa quantia, salvo em contractos de transacção (42).

11. A renuncia da primeira citação, ou que em vez das partes seja citado o destruidor ou tabellião (43).

12. O juramento promissorio; não assim o assertorio (44).

13. A renuncia da excepção *non numeratæ pecuniæ*, ou do direito de reclamar contra a confissão feita em escriptura de haver recebido certa quantia por emprestimo (45).

Esta opinião, porém, é combatida por Almeida e Souza, Seg. Linh. Suppl. Tr. 13 § 18, e por Gouvea Pinto Tr. dos testam. Cap. 21.

Quanto aos pactos successorios, estipulados em contractos matrimoniaes, Almeida e Souza, de accordo com Mello (Notas ao L. 2 tit. 9 § 25 n. 2) os admitte, fundado na disposição generica da Lei de 17 de Agosto de 1761 § 8. . . *possão estipular assim para a vida, como para a morte, as reservas e condições, que bem lhes parecer.*

(42) Lei cit. de 31 de Maio de 1874.

(43) Lei cit. de 31 de Maio de 1874.

(44) Ord. L. 4 tit. 73 § 1. Vid. Lima a Ord. cit.

(45) Ord. L. 4 tit. 51 pr. e § 5.

14. A da acção de lesão, ou a clausula da doação de maior valia, nos contractos em que ha lesão (46).

15. A do beneficio do Sen. Cons. Vellejano (47).

16. A de revogar a doação por motivo de ingratição (48).

17. A do beneficio de divisão pelos fadores (49).

18. A do direito de appellar ou aggravar da sentença dos arbitros, feita na escriptura de compromisso (50).

Os tabelliães que escreverem nos instrumentos publicos estas clausulas prohibidas incorrem nas penas do Codigo Criminal Tit. 5.º Capitulo 1.º, segundo o motivo que houver determinado o acto.

(46) Ord. L. 4 tit. 13 § 9.

(47) Ord. L. 4 tit. 61 § 9.

(48) Ord. L. 4 tit. 63 § 10.

(49) Ord. L. 4 tit. 59 § 4.

(50) Ord. L. 3 tit. 16 pr. Vid. Corr. Tell. Man. do Tabell. §§ 7 e 8.

N. 6. *Condições suspensivas e resolutivas.*

Esta classificação, geralmente admittida pelos Jurisconsultos modernos, funda-se na diversidade do effeito que a condição tem de produzir.

Assim, a condição *suspensiva* tem por fim criar um direito; enquanto a *resolutiva* tem por fim extinguir, ou rescindir um direito.

Entretanto, Mayuz (51) e Thibaut (52) rejeitão esta classificação; porquanto, entendem que toda a condição é suspensiva, pois que é de sua essencia suspender sempre o effeito do acto a que estão ligadas, e que toda a questão consiste em saber quem, em definitiva, conservará a cousa.

Não é, porém, exacto, como elles dizem, que a condição resolutiva envolva um acto accessorio ao primeiro que creou a relação jurídica, que aquella condição tem por fim rescindir eventualmente.

(51) Elem. de Dr. Rom. § 128 bis.

(52) Civilist. Abhandel. pag. 361.— Savigny cit. § 120, Müllenbruch Doctr. Pand. § 106 B e Mackeldey Man. de Dir. Rom. § 179 admittem a classificação.

E' esta uma hypothese differente que se realiza em caso semelhante ao da *retrovenditio* e cujos effeitos são differentes da condição suspensiva.

Com effeito, no caso desta condição, a relação juridica, ao principio, é pura ou não condicional; mas, desde que se realiza a condição, ella se aniquilla, como se não houvesse existido:— *pura conditio quæ resolvitur sub conditione* (53).

Pelo que, nesta hypothese, a propriedade volta por si mesma, sem nova tradição, e as alienações, feitas no intervallo, que são validas, são immediatamente annulladas; emquanto na primeira hypothese, não volta a propriedade, sem nova tradição; e permanecem validas as alienações intermediarias (54).

Para destinguir na pratica estas duas hy-

(53) Fr. 3 Dig. De contr. emt. (XXVIII, 1); fr. 2 e 4 § 3 Dig. De in diem. addict. (XVIII, 2); fr. 1 Dig. De leg. comis. (XVIII, 3); fr. 41 pr. Dig. De reivind. (VI, 1); fr. 3 Dig. Quib mod. pig. (XX, 6); Const. 4 Cod. De pact. inter. emt. (IV, 54).

(54) fr. 12 Dig. De præscr. verb. (XIX, 5); Const. 2 Cod. De pact. inter. emt. (IV, 54).

potheses, é preciso indagar, pelas palavras do contracto ou do acto juridico, qual foi a intenção das partes (55).

Para determinarmos os effectos das condições suspensivas, devemos distinguir tres phases (56) :

1.º Aquella em que o acontecimento que constitue a condição permanece em suspensão—*pendet de conditio*.

2.º O momento em que se realiza esse acontecimento —*conditio existit, impleta ou expleta conditio*.

3.º O caso em que se torna certo que o acontecimento não se realizará —*deficit conditio*.

(55) Fr. 2 Dig. De in diem addict. (XVIII, 2); fr. 1 Dig. De leg. comis. (XVIII, 3). Os Jurisconsultos modernos distinguem as duas hypotheses pelas *verba directa* ou *obliqua* que as partes empregão; mas os Romanos dizem que a *in diem addictio* e a *lex commissoria* constituem uma venda sob condição e a *retrovinditio* envolve um segundo contracto de *revenda*. Savigny cit. § CXX, not. (o).

(56) Savigny cit. § 120.

I. *Condição pendente.* Emquanto a condição está suspensa, o direito também permanece suspenso; nem se póde dizer que exista, e sim que apenas é possível; mas esta simples possibilidade de direito, ou esta eventualidade gera relações jurídicas como veremos.

Da não existencia do Direito emquanto pende a condição, segue-se (57) :

1.º Que a parte interessada não póde exigir a sua execução (58).

2.º Que se a parte contraria entrega a coisa eventualmente devida, o aceitante não adquire a propriedade, nem se quer posse capaz de usucapião, e fica sujeito a ser accionado pela acção de reivindicação; salvo se a coisa foi consumida, porque neste caso deverá ser accionado pela *conditio indebiti*; (59) ou se teve

(57) Maynz cit. § 288 bis (A).

(58) Fr. 54 Dig. De verb. sig. (L, 16); § 4 Inst. de verb. obl. (III, 15).

(59) Vide o longo e explicito fr. de Paulo 8 pr. Dig. De peric. et comm. (XXIII, 6); fr. 2 § 2 Dig. Pro. emt. (XLI, 4); fr. 1 § 2 Dig. Pro. dot. (XLI, 9).

intenção de transfrir a propriedade apesar da suspensão da condição (60).

3.º O perigo da coisa condicionalmente devida não corre por conta do credor eventual; salvo, em certos casos quando a condição vem a realizar-se (61).

Da possibilidade de vir a existir o direito segue-se:

1.º Se o devedor eventual procura impedir a realização da condição, elle se obriga como se ella se houvesse effectivamente realizado (62).

(60) Frs. 6 pr. e 7 § 1 Dig. De condict. caus. dat. caus. non secut. (XII, 4); fr. 7 § 3, 8 e 9 pr. Dig. de jur. dot. (XXIII, 3).

(61) Frs. 16, 18, 48, 56, 60 § 1 Dig. De condict. indeb. (XII, 6). Sobre os casos da excepção vide o fr. de Paulo supra cit. 8 pr. Dig. De peric et comm. (XVIII, 6)

(62) Ulp. fr. 161 Dig. De reg. juris. (L, 17) In jure civile receptum est, quoties per eum cuius interest conditionem non impleri, fiat, quominus impleatur, perinde haberi, ac si impleta conditio fuisset. Fr. 39 Dig. eod. fr. 81 § 1 Dig; De cond. et dem. (XXXV, 1); fr. 50 in fin. Dig. De contr. emt. (XVIII, 1); fr. 5 e 8 Dig. De leg. commiss. (XVIII, 3).

2.º Esta eventualidade de direito constitue um — *jus futurum* ou, como dizião os Romanos, uma — *spes debitum ire*, que faz parte do nosso patrimonio e se transmite aos herdeiros do credor e devedor eventuaes (63):

3.º O credor tem o direito de requerer medidas conservatorias do seu direito eventual, como sejam a caução a immissão na posse, a separação dos patimonios dos socios (64):

(63) § 4 Inst. De verb. obl. (III, 15)—Ex conditionali stipulatione tantum spes est debitum iri, eamque ipsam spem in heredem transmittimus, siprius, quam conditio existat, mors nobis conti gerit.

§ 25 Inst. De inutil. stipul. (III, 19)—Quum quis sub aliqua conditione stipulatus fuerit, licet ante conditionem dicesserit, postea, existente conditione, heres ejus agere potest. Idem est, et ex promissoris parte.

Julianus fr. 57 Dig. De verb. oblig. (XVI, 1) —Si quis, *si Titius Consul factus erit*, decem dari sponderit, quamvis pendente conditione, promissor moriatur, relinquet heredem obligatum.

Ulp. fr. 42 Dig. De obl. et act. (XLIV, 7) Eum qui stipulatus est, sub conditione, placet etiam pendente conditione creditorem esse.

(64) Fr. 41 Dig. De judic. (V, 1); fr. 38 pr. Dig. Pro. soc. (XVII, 2); fr. 15 § 5 Dig. De pig.

II Condição *existente* ou *realizada*. Desde que se preenche a condição, a relação jurídica e os direitos e obrigações della emanados existem, como se não tivessem sido condicionaes, e os seus effeitos se retrotrahem, em geral, ao dia em que se concluiu a convenção.—*Retrahitur impleta conditio ad conventionis diem* (65).

Esta regra se applica especialmente ao *perigo* e *commodo* da coisa eventualmente devida. Assim:

1.º Se a coisa augmenta de valor ou de interesse, é o credor quem aproveita deste augmento, e pela mesma razão tem direito aos fructos por ella produzidos; salvo a intenção das partes em contrario. (66).

(XX, 1); fr. 6 Dig. Quib ex caus. impossess. eatur (XLII, 4); fr. 4 pr. Dig. De separati (XLII, 6).

(65) Fr. 11 § 1 *in fn.* Dig. Qui pot in pig. (XX, 4)... Cum enim semel conditio existit, perinde habetur, ac si illo tempore, quo stipulatio interposta est, sine conditione facta esset. Vide fr. 8 pr. Dig. De peric et comm. (XVIII, 6); fr. 78 pr. Dig. De verb. obl. (XLV, 1); fr. 16 Dig. De solut. (XLI, 3),

(66) Frs. 2 § 1, 4 § 3, 6 pr. e 16 Dig. De in diem adict. (XVIII, 2); fr. 4 pr. Dig. De Leg. commiss. (XVIII, 3); fr. 18 Dig. De usurpat.

2.º Pelo contrario, é elle quem soffre os prejuizos, se a cousa soffreu depreciação ou deterioração; salvo provindo esta da culpa do devedor (67).

3.º Se, porém, a cousa pereceu em consequencia de causa fortuita, a convenção se annulla de facto, visto que no momento em que tem de nascer a obrigação, lhe fallece um dos seus elementos essenciaes (68).

4.º A instituição de herdeiro condicional produz os seus effeitos desde a morte do testador, isto é desde o momento em que se abre a successão (69).

(XLI, 3) fr. 11 § 10 Dig. Quod vi aut clam (XLIII, 24).

(67) Paulo fr. 8 Dig. De peric. et comm. reivind. (XVIII, 6)... quod (conditio) si extiterit, Procul et Octavenus, emtoris esse periculum, aiunt.. Sane si extet res, licet deterior effecta, potest dici, esse damnum emtoris.

(68) Paulo fr. 8 Dig. cit. (XVIII, 6) Plane si pendente conditione res interierit, perimitur emtio, sicuti stipulationes et legata conditionalia perimuntur, si pendente conditione res extincta fuerit.

(69) Fr. 15 pr. Dig. De reb. dub. (XXXIV, 5); frs. 17 § 1 e 35 Dig. Ad. Leg. Aquil. (IX, 2); frs. 11 § 2 e 9 Dig. De donat. inter viv. (XXIV, 1);

5.º Quanto aos legados, tornão-se nullas todas as alienações intermediarias, desde que se preenche a condição; mas os fructos colhidos nesse intervallo pertencem ao herdeiro; salvo declaração contraria do testador (70). Neste caso a condição se considera como fixação de termo; *per conditionem tempus demonstratur* (71).

III. *Condição deficiente*. Se vier a faltar a condição suspensiva, ou se si tornar certo que ella não se realizará, a convenção não produzirá effeito, e o estado das relações juridicas permanecerá como erão antes da convenção (72).

fr. 40 Dig. De mort. caus. donat. (XXXIX 6);
Const. 7 Cod. Ad Sen. — Cons. Maced (IV, 28);
Const. 25 Cod. De donat. inter viv. (V, 16). Valasco Cons, 171 n. 9.

(70) Fr. 11 § 1 Dig. Quemadm. serv. (VIII, 4);
fr. 105 Dig. De cond (XXXV, 1) Const. 3 Cod.
Comm. de leg. (VI, 43).

(71) Ponpon fr. 22 pr. Dig. Quando dies (XXXVI, 2).

(72) Fr. 37 Dig. De contr. emt. (XVIII, 1)...
similis erit sub conditione factoe venditioni, quae nulla est, si conditio defecerit; fr. 17 pr. Dig. De peric. et comm. rei vind. (XVIII, 6); Vide Valasco Cons. 120 n. 17; Phæbo Decis. 105 n. 27.

Caso seja resolutoria a condição, a obrigação continuará eficaz, e não será rescindida (73).

N. 7. *Preenchimento das condições.*

Além do que fica exposto sobre esta materia nos numeros anteriores, cumpre observar-se que as condições devem, em geral, ser preenchidas segundo a intenção daquelles que as dictarão, antes lo que segundo as palavras por que são expressas (74); assim mais, que ellas se reputão preenchidas nos seguintes casos:

1.º De renuncia voluntaria dos que dellas devião aproveitar, —*ut puta si jussus heredi decem dare, et ille accipere nolit* (75).

(73) Fr. 5 § 4 e 15 § 1 Dig. De in diem addiat (XVIII, 2).

(74) Papin. fr. 101 pr. Dig. De cond. (XXXV, 1); — Respondi, quum in conditionibus testamentorum voluntatem potius, quam verba considerari oporteat. Ulp. fr. 19 pr. eod. (XXXV, 1)— Vide sobre esta materia Savigny cit. §§ 118 e 119 Müllenchbruch cit. § 109.

(75) Fr. 5 § 5 Dig. Quando dies (XXXVI, 2); frs. 14, 31 e 78 pr. Dig. De cond. (XXXV, 1); frs. 11 e 23 Dig. De cond. inst. (XXVIII, 7); fr. 34 § 4 De leg. II (XXXI, un.); Const. 1 Cod. De his quæ sub modo (VI, 45).

2.º Quando o seu não preenchimento provem dos que dellas aproveitão : — *quoties per eum, cujus interest, conditionem non impleri, fiat, quominus impleatur, perinde haberi, ac si impleta conditio fuisset* (76).

3.º Em favor da *liberdade*, e dos *alimentos*, quando a *condição mixta* deixa de se preencher por facto extranho á pessoa beneficiada, e esta está prompta a executal-a e tem preparado os meios de execução (77).

§ 2.º

O termo.

O *termo (dies)* é o limite posto no tempo á efficacia de uma relação jurídica (1). —

Este limite póde ser *primordial* ou *final*,

(76) Ulp. fr. 161 Dig. De reg. jur. (L, 17); fr. 24 Dig. De cond. (XXXV, 1); fr. 85 § 7 Dig. De verb. obl. (XLV, 1),. etc.

(77) Const. 1 Cod. De leg. (VI, 37); Const. 7 Cod. De cond. insert. (VI, 46); Const. Ult. Cod. De necess. serv. hered. inst. (VI, 27) etc.

(1) Savigny cit. §§ 125 e seg.; Müllenbruch cit. § 110.

isto é, póde se referir ao começo ou ao fim da relação jurídica.

Ao primeiro os Jurisconsultos Romanos denominavão — *in diem* ou *ex die* e ao segundo — *ad diem*.

O termo póde ser marcado por um ponto fixo no curso geral e invariavel do tempo, como seja *um dia do Calendario*, ou por um acontecimento futuro que deve realizar-se necessariamente em um momento determinado.

A designação do termo pelo *dia do Calendario* póde-se fazer *imediatamente*, designando-se o anno, o mez e o dia (ex: 1.º de Janeiro de 1890), ou *mediatamente*, declarando-se o tempo que tem de decorrer da data em que é lavrado o contracto ou acto (ex: a 1 anno da data deste).

Como o termo e a condição se referem sempre a um acontecimento futuro (e como tal pódo ser considerado a chegada do dia do Calendario) parecem á primeira vista confundir-se.

Ha, porém, entre elles uma distincção essencial; é que a *condição* se refere a um

acontecimento *incerto*, e o termo a um acontecimento *certo*.

Pelo que, a subjeição de uma relação jurídica á morte de uma das partes interessadas, ou de terceiro, não se considera como condição, e sim como termo, visto que a morte é certa, embora seja incerto o dia della.

Quando, porém, o acontecimento é incerto, ha sempre condição, ainda quando se designe com as falsas apparencias de termo; como seja a designação do dia do casamento, pois que este póde sempre deixar de realizar-se.

Pode-se tambem reunir um termo a uma condição, como quando se designa o dia da maioridade de alguém. Porquanto, póde-se, partindo do dia do nascimento marcar o dia *certo*, do Calendario em que se verificará a maioridade, comquanto seja *incerto* se esta se verificará, pois que póde a pessoa morrer antes della (2).

N. 1. O termo primordial (*in diem ou ex die*).

(2) Em tal caso, diz Pompono (fr. 22 Dig. Quando dies legat. — XXXVI, 2) não passa o legado ao herdeiro, *quoniam non solum diem, sed et conditionem hoc legatum in se continet.*

O termo primordial pela designação de um dia do Calendario, não importa o adiamento da aquisição do direito, e sim o do exercicio delle.

Por mais remoto que seja o termo, pode o direito ser alienado com desconto, e assim entrar o adquirente desde já no gozo do seu valôr actual.

Esta restricção não é applicavel ás instituições de herdeiro e neste caso se reputa não escripta ; por que nunca se póde passar da successão legal á testamentaria (3).

E', porém, applicavel aos legados, bem como aos contractos. O direito ao legado se adquire desde o dia da morte do testador (*dies cedit*) ; só o seu gozo é que é adiado (*dies venit*).

A designação do *termo* por meio de um acontecimento se transmuda em *condição* nas disposições testamentarias, quer quanto ás in-

(3) § 9 Inst. De her. instit. (II, 14) Ex certo tempore aut ad certum tempus non potest... denique adjectum haberi pro supervacua placet, et perinde esse, ac si pure heres institutus esset. Vid. fr. 34 Dig. De hered. instit. (XXVIII, 5).

stituições de herdeiro, quer quanto aos legados; é uma condição de sobrevivencia em epocha determinada (4); salvo quando o termo do legado é o proprio dia da morte do testador (5).

Não succede o mesmo com os contractos, onde a restricção relativa ao acontecimento certo, sempre se considera *termo* e não *condição*.

Deste principio segue-se a importante consequencia quanto á *conditio indebiti* que não se pode repetir o pagamento feito antes de chegar o termo, e sim pode-se repetir o pagamento de divida condicional, feito antes da realização da condição (6).

(4) Fr. 75 Dig. De cond. (XXXV, 1) *Dies incertus conditionem in testamentum facit*. Vid. Const. 9 Cod. De hered. instit. (VI, 24); frs. 1 § 2 e 79 § 1 Dig. De cond. (XXXV, 1); fr. 12 § 1 Dig. De leg. II (XXXI, un.); frs. 4 pr. e 13 *in fine*, Dig. Quando dies (XXXVI, 2).

(5) Fr. 79 pr. Dig. De cond. (XXXV, 1); fr. 4 § 1 Quando dies (XXXVI, 2).

(6) Frs. 10, 16 pr. 17 e 56 Dig. De cond. indeb. (XII, 6) Fr. 16 pr. cit. — *Sub conditione debitum, per errorem solutum, pendente quidem con-*

Se o termo primordial é impossível, a disposição que a elle se refere, quer nos contractos, quer nos testamentos, é annullada ; porque não se pode considerar séria (7).

N. 2. *O termo final (ad diem).*

Pelo antigo Direito Romano, não podião ser sujeitos ao mesmo termo final, como não podem sel-o a uma condição resolutiva, as instituições de herdeiro, os legados e as obrigações estipuladas em contracto.

Mas, pelo Direito Romano moderno se estabelecêrão meios de conseguir os mesmos resultados, já pela instituição dos fideicommissos sob condição suspensiva, ou a datar de certo prazo, já pelas excepções *doli* ou *pacti*.

ditione, repetitur: conditione autem existente, repeti non potest. § 1 Quod autem sub incerto die debetur, die existente non repetitur. Fr. 17 cit. Si *cum moriar* dare promisero, et autea solvam, repetere me non posse, Celsus ait; quæ sententia vera est.

(7) Fr. 46 § 1 Dig. De verb. oblig. (XLV, 1); fr. 51 Dig. De usufr. (VII, 1); fr. 5 Dig. De usu et usufr. leg. (XXXIII, 2); fr. 4 § 1 Dig. De statutib. (XL, 7), etc.

O termo final impossível se reputa não escripto; como si se concedeu um usufructo por cem annos; pois não se deve contar que o usufructuario viva tanto tempo.

§ 3.º

O modo.

O *modo* é a clausula pela qual, restringindo-se a propria vontade, se impoem certos encargos, ou obrigações, áquelle em cujo proveito se constitue um direito, nos actos de mera liberalidade, como sejam as disposições testamentarias ou as doações (1).

Com quanto, na maior parte dos casos, se possão attingir os mesmos resultados, tanto pelo *modo*, como pela *condição*, ha entre elles as seguintes distincções (2).

(1) Vid. Dig. L. XXXV T. 1; Cod. L. VI T. 45 e L. VIII T. 55. E' esta a doutrina de Savigny cit. § 128; Müllenbruch cit. § 111 e Maynz cit. § 288. Entretanto, Mackeldey § 181 sustenta que o *modo* póde tambem existir nos actos por titulo oneroso e se funda nos frs. 41 pr. Dig. De contrah. emt. (XVIII, 1) e 58 § 2 Dig. Locati cond. (XIX, 2).

(2) Vid. Themudo, Decis. 1 n. 23; Cabedo, Decis. 158 n. 1; Gama, Decis. 158 n. 1.

1.º Que o *modo* é coercitivo e não suspensivo, enquanto a *condição* é suspensiva e não coercitiva; pelo que aquelle não impede a aquisição do direito (3).

2.º Que se póde dar caução para a execução do modo.

3.º Que se o modo se torna impossivel, esta impossibilidade não acarrea a nullidade da liberalidade.

Na practica muitas vezes se confundem os termos pelos quaes se procura exprimir o *modo* e a *condição*; e é pela apreciação das circumstancias de cada acto que se póde discriminar a verdadeira intenção das partes (4).

Na duvida, se prefere o *modo* á condição por envolver menor restricção (5).

Tambem não se deve confundir o *modo* com a expressão de um simples desejo, conselho ou exhortação; como quando se dá, ou lega, uma quantia de dinheiro para que a pessoa beneficiada construa, ou compre um predio. Esta

(3) Gabriel, Decis. 98 n. 1.

(4) Phæbo, Decis. 11, ns. 5 e 9.

(5) Reinoso, Obs. 69 n. 14.

declaração, em regra, não incerra uma obrigação jurídica; salvo se mostrar evidentemente que foi esta a intenção do doador ou testador (6).

O modo póde consistir em se determinar (7):

1.º O uso que se deve fazer da coisa ou quantia dada, ou legada; ou

2.º A restituição da coisa depois de certo tempo; ou

3.º Uma prestação que se deve fazer, como remuneração, com tanto que esta não seja tão grande que transforme o acto de gratuito em oneroso.

O modo se executa pelos seguintes meios (8).

1.º Os coherdeiros podem se constranger

(6) Fr. 13, § 2. Dig. De don. inter vir et ux. (XXIV, 1); fr. 71 pr. Dig. De cond. (XXXV, 1); fr. 2, § 7 Dig. De don. (XXXIX, 5).

(7) Fr. 17, § 4 Dig. De cond. (XXXV, 1) Quodsi cui in hoc legatum sit, ut ex eo aliquid faceret, veluti monumentum testatori, vel opus, aut epulum municipibus faceret, vel ex eo ut partem alii restitueret, sub modo legatum videtur. Vide Müllenbruch, cit. § 111.

(8) Savigny, cit. § 129.

uns aos outros a executarem o modo pela acção *familiæ erciscundæ*. Se ha um só herdeiro, o Juiz póde obrigar-o, negando-lhe as acções que nascem do direito hereditario.

2.º O legatario póde tambem ser constrangido pelo Juiz, ou pelo herdeiro, exigindo-se-lhe caução; ainda quando este não tenha interesse pessoal na execução do *modo*.

3.º No caso de manumissão, vela o Juiz sobre a execução do *modo*, comquanto a liberdade seja adquirida immediatamente.

4.º Se o *modo*, nas doações, envolve um proveito em favor de terceiro este póde constranger o donatario á sua execução; e, em todo o caso, o doador o póde fazer, ou exigir a restituição da cousa ou quantia doada, ainda quando não tenha interesse pessoal na execução do *modo*. No caso de annullação da doação, as prestações já feitas em virtude do *modo* devem constituir uma reducção parcial da doação.

Se o *modo* é immoral, irrazoavel ou impossivel, desaparece a obrigação de executal-o; salvo se somente o é em parte, porque então deve ser executado na outra parte.

§ 4.º

A causa.

Causa do acto juridico é o motivo que sterminou a sua realização.

Em geral, a falsa causa não prejudica a alidade do acto: — *falsa causa non nocet* (1).

Succede muitas vezes que o autor de uma liberalidade, quer por acto *inter vivos*, uer *causa mortis*, não deseja que se suspeite verdadeiro motivo que o determinou, e o occulta deliberadamente sob falsas apparencias.

(1) § 31 Inst. De leg. (II, 20) — Longe magis egato falsa causa non nocet, veluti cum ita quis lixerit:— *Titio, quia, absente me, negotia mea curavit, Stichum do lego*; vel ita:— *Titio, quia patrocínio ejus capitali crimine liberatus sum, Stichum do lego*; licet enim neque negotia testatoris unquam gessit Titius, neque patrocínio ejus liberatus est, legatum tamen volet.

Ulp. fr. 3 Dig. De donat. (XXXIX, 5).—Et generaliter hoc in donationibus definiendum est, multum interesse, causa donandi fuit an conditio; si causa fuit, cessare repetitionem, si conditio, repetitioni locum fore. Vide Gaio fr. 17, § 2 Dig. De cond. (XXXV, 1).

Como elle não tinha a obrigação de revelar esse verdadeiro motivo, nada importa saber, se o que declara é, ou não, falso; salvo si a existencia da propria intenção do doador ou testador está ligada á verdade do motivo expresso.

Pelo que, não vale o acto, quando a sua causa é annunciada sob a forma de condição (2), ou quando se prova que nasceu de um erro (3).

§ 5.º

O Juramento.

O *juramento* é a asseveração de um factio

(2) § 31 Inst. cit. (II, 20) *Sed si conditionaliter enuntiata fuerit causa, aliud juris est, veluti hoc modo:— Titio, si negotia mea curaverit, fundum do lego.* Vide Gaio fr. 17 § 2 Dig. De cond. (XXXV, 1).

(3) Papin. fr. 72 § 6 Dig. cit. (XXXV, 1) — *Falsam causam legato non obesse, verius est, quia ratio legandi legato non cohæret; sed plerumque doli exceptio locum habet, si probatur alias legaturus non fuisset.* Vid. Ulp. fr. 9 Dig. de hered. instit. (XXVIII, 5); Paulo fr. 5 § 1 Dig. De act. emt. (XIX, 1); Const. 4 Cod. (VI, 24).

como verdade, sob a invocação do nome de Deus.

Elle pode referir-se a factos *passados*, para confirmar a sua verdade, ou a factos *futuros*, para confirmar a promessa da sua realização.

D'ahi vem a divisão do juramento em *assertorio* ou *declaratorio* e *promissorio* (1).

Agora, porem, só tratamos da segunda especie.

Pelo Direito Romano o juramento não produzia obrigação propria, e só fortalecia a já existente (2).

O Direito Canonico, porem, attribue-lhe a capacidade de tornar civilmente efficaz uma promessa que, sem elle, o não seria (3).

(1) Ord. L. 4 tit. 73 pr. Sobre esta e outras classificações do *juramento*. Vid. Comm. CCLVIII á Consolidação, das Leis do Processo Civil pelo Cons. Dr. A. J. Ribas com a collaboração de seu filho o Dr. Julio A. Ribas.

(2) Ulp. fr. 7 § 16 Dig. De pact. (II, 14); Const. 5 § 1 Cod. De leg. (I, 14).

(3) *Auth. Sacramenta puberum*, Cod. Si advers. vend. II, 28; Cap. 28, X, 2, 24; Cap. 2 De pactis in VI.

Entre nós estes juramentos são prohibidos (4); e os tabelliães que os escreverem são sujeitos a pena (5).

Outr'ora o Dezembargo do Paço, dispensando na lei, permittia o juramento promisorio (6); mas, por occasião da extincção deste Tribunal, não foi esta attribuição transferida para alguma outra auctoridade (7).

§ 6.º

A pena.

A pena convencional ou clausula penal é a convenção accessoria do contracto, pela qual as partes se obrigão a certa prestação no caso

(4) Ord. L. 4 tit. 73 pr. — Valasco, Cons. 99 e 154 n. 3; Gama, Decis. 247 n. 2.

(5) Ord. L. 1 tit. 78 § 1.

(6) Regim. do Dez. do Paço § 78.

(7) Lei de 22 de Set. de 1828. Sobre os pactos successorios, confirmaveis, ou não, por juramento.— Vid. a Ord. L. 4 tit. 70 §§ 3 e 4; Mello Freire Instit. Jur. Civ. Lus. L. 3 T. 5 § 36 not.; e Alm. e Souza Suppl. ás Seg. Linh. Diss. 13.

de não execução, total ou parcial, da convenção principal (1).

Assim, se a obrigação principal é nulla, nenhum valôr tem a pena (2).

O credor tem o direito de pedir a pena estipulada, ou a execução da obrigação principal. Não pôde, porém, pedir ambas as cousas; nem pedir a pena e ao mesmo tempo a indemnisação dos prejuizos, perdas e danos pelo não cumprimento do contracto; pois que a pena representa essa indemnisação, salvo, em ambos os casos, estipulação expressa em contrario (3).

Se a obrigação é *á termo*, e não é cumprida dentro d'este, a pena torna-se irrevogavel, independentemente de citação da parte para o cumprimento do contracto (4).

(1) § 7 Instit. III, 15; § 19 Instit. III, 19; fr. 33 § 16 Dig. XLV, 1; Const. 12 Cod. VIII, 38.

(2) Ord. L. 4 tit. 48 § 1 e, tit. 70 § 3.

(3) Fr. 10 § 1 Dig. II, 14; fr. 115 § 2 Dig. XLV, 1; Const. 17 Cod. II, 4; § 7 Inst. De verb. oblig. (III, 15).

(4) Fr. 22 Dig. De recep. (IV, 8); fr. 9 Dig. De naut. foen. (XXII, 2); fr. 23 Dig. De oblig. e act.

A clausula penal não torna a obrigação indivisivel (5).

§ 7.º

As arrhas.

As *arrhas* são tudo quanto uma das partes contractantes dá a outra, em signal da perfeição do contracto e para assegurar a sua execução.

Ellas ordinariamente consistem em certa quantidade de dinheiro; mas, nada obsta a que se empregue, para o mesmo fim, qualquer outro objecto. Os Romanos, segundo Ulpiano (1), costumavão servir-se de anneis — *annuli*.

Entre nós, como entre os Romanos, usão-se das *arrhas* particularmente nos contractos

(XLIV, 7); fr. 77 Dig. De verb. obl. (XLV, 1); e sobre tudo a Const. 12 Cod. De contrat. vel. committ. stipul. (VIII, 38).

(5) Maynz Dr. Rom. §§ 276 Obs. 1 e 340 Obs.

(1) Fr. 11 § 6 Dig. De act. emt. et vend. (XIX, 1).

de compra e venda (2) e nos esponsalícios (3); mas, podem-se usar em quaesquer outros.

As arrhas, nas compras e vendas chamão-se *signal*.

Se o contracto se executa, ou se rescinde de commum acôrdo, as arrhas tornão-se de nenhum effeito; isto é, devem ser restituídas, ou imputadas nas prestações reciprocas (4).

O mesmo succede quando o contracto deixa de ser executado por falta de alguma das partes (5).

Se, porem, o contracto deixa de ser exe-

(2) Ord. L. 4 tit. 2-- *Das compras e vendas feitas por signal* dado ao vendedor simplesmente, ou em começo de paga. O Cod. Civ. Fr. art. 1590 considera o contracto, a que accede o signal, como simples promessa do vendedor.

(3) Lei de 6 Out. de 1784.

(4) Fr. 5 § 15 Dig. De instit. act. (XIV, 3); fr. 11 § 6 Dig. De act. emt. et vend. (XIX, 1); Const. 2 Cod. Quando liceat ab emt. disced. (IV, 45).

(5) Fr. 6 pr. e fr. 8 Dig. De lege commiss. (XVIII, 1); Ord. L. 4 tit. 2 § 1... se o comprador *se arrependeu* e se quizer afastar do contracto, podel-o-ha fazer...; se o vendedor... se quizer *arrepender* e afastar da venda, podel-o-ha fazer.

cutado por falta de alguma das partes, esta perde as arrhas que deu, ou restitue, em dobro, as que recebeu (6).

Nas compras e vendas, se as arrhas são dadas *em parte de paga, ou em signal e paga, não se poderá jamais alguma das partes arrepender e sair do contracto sem consentimento da outra parte*, ainda que queira pagar as arrhas (7).

Na duvida, se entende que as arrhas são dadas em parte de paga, ou em signal e paga (8).

Esta doutrina tem applicação especial á compra e venda mercantil, onde não é permitido o arrependimento, ainda quando a parte se sujeita a perder o dobro da quantia dada ou recebida adiantadamente; *salvo se assim fôr ajustado entre ambos como pena convencional do que se arrepender* (9).

(6) Ord. cit. § 3.

(7) Ord. cit. § 3.

(8) Alm. e Souza, Fasc. de Diss. Vol. 2 Diss 2 § 4.

(9) Cod. Com. Br. art. 218. Cod. Com. Port. art. 463.

Nos contractos esponsalícios, se as arrhas não são expressamente estipuladas, [[o]] esposo ou esposa que *sem justa causa* se retracta, ou o que, *por culpa sua*, deu causa á retractação, fica sujeito a indemnisar a outra parte as perdas e interesses que se liquidarem, conforme as circumstancias (10).

CAPITULO VI.

DOS ACTOS JURIDICOS. — V. SUA INTERPRETAÇÃO.

Os Jurisconsultos costumão dividir a interpretação dos actos juridicos em *authentica*, *usual* e *doutrinal* e subdividir esta em *grammatical* e *logica* (1).

I. *Interpretação authentica*. — Se o acto é *unilateral*, como um testamento, o seu melhor interprete é o seu autor; as expressões duvidosas devem-se, pois, entender no sentido em que se provar que o seu autor lhes quiz dar (2).

(10) Cit. Lei de 6 de Out. de 1784 § 8.

(1) Vid. vol. 1 Tit. III Cap. 5.º *Da interpretação das leis civis*.

(2) Mæciano fr. 96 Dig. De reg. jur. (L, 17)

Se, porem, o acto é o resultado do concurso de duas ou mais pessoas, a sua interpretação authentica só pode provir do acôrdo de todos estes, e a explicação, dada só por um, não pode prejudicar os outros.

II. *Interpretação usual.* — Esta especie tem lugar, quando o acto encerra palavras ou expressões que, no paiz e no tempo em que elle foi celebrado, tinham sentido determinado, o qual se deve sempre conservar em quanto não se demonstrar que o autor do acto lhe deu outro (3); maximé quando em casos identicos assim já se tem julgado.

In ambiguis orationibus maxime sententia spectanda est ejus, qui eas protulisset. Vid. Ulp. fr. 21 § 1 *in fin.* Dig. Qui testam. fac. pross. (XXVIII, 1). Vid. Müllenbruch cit. § 115; Mackeldey cit. § 188.

(3) Arg. de Paulo fr. 37 e Callistrato fr. 38 Dig. De constit. princ. (I, 3); Ulp. fr. 21 § 1 *in fin.* Dig. cit. (XXVIII, 1)... conjectionem fieri ejus, quod reliquid, vel ex vicinis scripturis, vel ex *consuetudine* patris familias, vel *regionis*. Vid. fr. 69 § 1 Dig. XXXII, e frs. 9 a 12 Dig. XXXVI, 6; frs. 34 Dig. L, 17; Phæbo Dicis. 201 n. 27; Valasco Cons. 192.

III. *Interpretação doutrinal.* Esta especie se funda nas seguintes regras :

1.^a Deve-se indagar a verdadeira intenção do autor do acto nas suas palavras, linguagem, circumstancias e relações dos interessados (4).

2.^a Deve-se procurar o sentido mais accommodado ao objecto de que se trata, e á natureza do acto (5) e decidir contra o que invoca um sentido contrario, pois que o de-veria ter exprimido mais claramente (6).

3.^a Deve-se preferir o sentido proprio e geralmente acceito das palavras, e entender

(4) Papin. fr. 219 Dig. De verb. sig. (L, 16)--
In conventionibus contrahentium voluntatem potius, quam verba spectare placuit.

(5) Ulp. fr. 67 Dig. De reg. jur. (L, 17)—
Quoties idem sermo duas sententias exprimit, ea potissimum excipiatur, quæ rei gerendæ aptior est. Vid. fr. 5 Dig. XII, 1; fr. 11 §§ 1^o e 2^o Dig. XIX, 1; fr. 22 pr. Dig. XVIII, 1.—Interpretatio faciendâ est secundum naturam negotii. Cabedo P. 1 Decis. 153 n. 2.

(6) Interpretatio faciendâ est contra eum, qui clarius loqui potuisset ac debuisset. Vid. Paulo fr. 172 pr. Dig. L, 17; fr. 39 Dig. II, 14; fr. 21 Dig. XVIII, 1; fr. 26 Dig. XXXIV, 5; fr. 38 § 8 Dig. LXV, 1; Valasco, Cons. 146 n. 11.

o que em casos taes communmente se costuma fazer (7).

4.^a As expressões geraes devem-se entender geralmente; mas a *especie* sempre deroga o *genero* (8).

5.^a Se a duvida se refere á quantia da divida, deve-se decidir do modo o menos prejudicial ao que prometteu (9).

6.^a Deve-se preferir a intelligencia que faz valer o acto, á que o torne insubsistente (10).

(7) Paulo fr. 25 § 1 Dig. De leg. III, (XXXII) Quum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis questio.

Paulo fr. 114 Dig. De reg. jur. (L, 17) — In obscuris inspici solere, quod verisimilius est, aut quod plerumque fieri solet. — Reinozo, Obs. 68 n. 5 e Obs. 15 n. 9; Cabedo, P. 2, Decis. 34 n. 8; Valasco, Cons. 146 n. 20.

(8) Papin. fr. 80 Dig. cit. (L, 17). In toto jure generi per speciem derogatur, et illud potissimum habetur, quod ad speciem directum est.

(9) In dubio id quod minimum est sequitur Ulp fr. 9 e 34 Dig. De reg. jur. (L, 17); Vid. fr. 52 Dig. (XIX, 2); fr. 1 § 4 Dig. (XLV, 1). Cabedo P. 1 Dec. 140 n. 3.

(10) Jul. fr. 12 Dig. De reb. dub. (XXXIV, 5)

7.^a Deve-se entender que as partes qui-
zerão se conformar com a lei (11).

8.^a Nas causas favoráveis, ou privilegiadas
quanto á prova, se deve decidir a duvida a
favor dellas (12).

CAPITULO VII.

DOS ACTOS JURIDICOS. — VI. SUA NULLIDADE, RESCISÃO E CONVERSÃO.

I. *Nullidade.*— Já mostramos que um dos
effeitos da violação das leis é a nullidade dos
actos que constituem essa violação ou della
emanão; e assim mais, quaes os casos e os
effeitos das nullidades *absolutas* e *relativas* (1).

Quoties in actionibus, aut in exceptionibus ambi-
gua oratio est, commodissimum est, id accipi,
quo res, de qua agitur, magis valeat, quam pe-
reat. Valasco, Alleg. 12 n. 6—Facienda est inter-
pretatio in dubio, ut actus valeat.

(11) Gaio fr. 16 Dig. De condit. (XXXV, 1)—In
his, quæ extra testamentum incurrerent, possunt res
ex bono et æquo interpretationem capere. Ea vero,
quæ ex ipso testamento orientur, necesse est se-
cundum scripti juris rationem expediri.

(12) Sobre quaes sejião estas cousas—Vid. Ribas
Comment. CCXVIII á Consolid. das leis do proc. civ.

(1) Vid. Vol. 1 T. III Cap. 3.

Accrescentaremos agora que, no caso de nullidade absoluta, sendo o acto insubsistente em Direito, deixa de produzir effeito independentemente de declaração judicial.

Não succede o mesmo no caso de nullidade relativa ; pois que o acto produz os seus effeitos emquanto o Juiz o não rescinde a requerimento da parte, em cujo favôr foi instituida a nullidade ; quer esta faça valer o seu direito por meio da acção competente, quer por meio de excepção, como sejam as de restituição *in integrum*, de testamento inofficioso, de dolo, medo, etc., (2).

Para se determinar a validade ou invalidade de um acto juridico, deve-se consideralo no momento em que é practicado.

Se nesse momento é valido, permanece tal, embora sobrevenhão circumstancias que o annullarião, si sob a influencia dellas houvesse sido practicado.

Se, pelo contrario, é nullo nesse momento,

(2) Phæbo Decis. 24 ns. 4 e 5 — Nullitas, inducta in favorem alicujus, non habet locum, nisi ille velit.

não se torna jamais valido, embora desappareção os motivos de nullidade (3).

A nullidade, que se refere somente á parte não principal de um acto, não se deve estender a todo elle; consequentemente, deve-se considerar subsistente a parte do acto que não fôr affectado pela nullidade (4).

Se, porem, a parte viciada do acto é a principal, torna-se invalido todo o acto (5).

II. *Rescisão*. — Comquanto vulgarmente se

(3) Paulo fr. 29 Dig. De reg. jur. (L, 17) Quod initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere. Vid. Javol. fr. 201 e Licin. Ruf. fr. 210 Dig. cit. (L, 17); fr. 1 Dig. (XXXIV, 7); fr. 8 pr. Dig. (XVII, 1); fr. 78 pr. Dig. (XLV, 1).

(4) Utile per inutile non vitiatur — Ulp. fr. 1 § 5 Dig. De verb. oblig. (XLV, 1)... duæ sunt quodammodo stipulationes, una utilis, alia inutilis; neque vitiatur utilis per hanc inutilem. Vid. fr. 29 Dig. (XXII, 1); fr. 11 § 1 Dig. (XIII, 5); Const. 36 § 3 Cod. (VIII, 54).

(5) Paulo fr. 178 Dig. De reg. jur. (L, 17). Quum principalis causa non consistat, plerumque ne ea quidem, quæ sequuntur, locum habent. Vid. fr. 27 *in fin.* Dig. Fam. escisc. (X, 2); fr. 17 Dig. De injus. rupt. irrit. test. (XXVIII, 3); Const. 1 *in fin.* Cod. De posth. hered instit. (VI, 29).

costume confundir a nullidade do acto com a sua rescisão, ha entre ellas differenças essenciaes ; como sejam :

1.º Na acção de nullidade se pode pedir a restituição dos fructos desde a celebração do acto ; na segunda somente depois da contestação da lide (6).

2.º A acção de nullidade prescreve por 30 annos (7); a de rescisão tem prazos mais curtos, como a de lesão enorme que prescreve por 15 annos (8).

III. *Conversão.* — Visto a regra de Julia-
no (9) *que se deve preferir a intelligencia que faz valer o acto*, sempre que este não pode subsistir com a forma, sob a qual se apresenta, deve-se converter esta forma em outra sob a qual possa valer.

Esta conversão algumas vezes tem lugar

(6) Ord. L. 3 tit. 66 § 1 e L. 4 tit. 13 § 10.
Vid. Consol. das Leis do proc. civ. art. 260 § 5.

(7) Ord. L. 4 tit. 79.

(8) Ord. L. 4 tit. 13 § 5.

(9) Fr. 12 Dig. De reb. dub. (XXXIV, 5) cit.
na nota 10 ao Cap. antecedente.

ipso jure, como no contracto de *venda* sob a condição de não se poder exigir o preço (*ne petatur pretium*), o qual se transforma em *doação* (10).

Outras vezes ella tem lugar por vontade de seus auctores, quando estes expressamente declarão, que querem que o acto valha por qualquer modo que possa valêr; como no caso da *clausula codicillar* (11).

Mas, para que se possa effectuar a *conservação*, é preciso que o acto que se quer converter possua todas as condições precisas para que possa valer como aquelle em que é convertido (12).

(10) Frs. 36 e 38 Dig. (XVIII, 1); fr. 6 Dig. (XLI, 6).

(11) Fr. 66 Dig. (V, 1); fr. 1 Dig. (XXIX, 7); Const. 8 § 1 Cod. (VI, 36).

(12) Fr. 12 Dig. De transact. (II, 15); frs. 83 § 1 e 99 pr. *in fin.* Dig. De verb. oblig. (XLV, 1).

CAPITULO VII.

D O S A C T O S I L L I C I T O S .

§ 1.º

Considerações geraes.

Denominão-se *actos illicitos* todos os que são contrarios ao Direito ou á moral.

Por sua natureza, são elles absolutamente privados de efficacia juridica (1).

Os actos contrarios ás leis penaes ou policiaes se qualificão *crimes* ou *delictos* e *contravenções*.

(1) Fr. 45 Dig. De reg. jur. (L,17)— Privatorum conventio juri publico non derogat.

Fr. 15 Dig. De condit. instit. (XXVIII, 7)— Nam quæ facta lædunt pietatem, existimationem, verecundiam nostram, et (ut generaliter dixerim) contra bonos mores fiunt, nec facere nos posse credendum est.

Const. 6 Cod. De pact. (II, 3) — Pacta, quæ contra leges, constitutionesque, vel bonos mores fiunt, nullam vim habere, indubitati juris est.

Vide § 7 Inst. De mand. (III, 26); fr. 27 §§ 3 e 4 Dig. De pact. (II, 14); fr. 57 Dig. Pro socio (XVII, 2); frs. 26, 27 pr., 36 § 4 e 123 Dig. De verb. oblig. (XLV, 1); Const. 5 Cod. De leg. (I, 11).

Os actos contrarios ás leis civis se denominão *dolosos*, ou *fraudentos* e *culposos*.

Do dolo e fraude já tratamos no Cap. 3.º § 3.º huj tit. Cumpre-nos agora dar algumas noções sobre a *culpa* e o *caso fortuito*.

§ 2.º

A culpa.

A *culpa* é a responsabilidade resultante de um acto ou omissão prejudiciaes a alguém, mas practicados sem intenção malefica.

Para que haja *culpa* é, pois, necessario o concurso de dous elementos :

1.º A imputabilidade da pessoa a quem se attribue (1).

(1) Os dementes não são responsaveis pela culpa, porque são incapazes de imputação. Africano fr. 47 Dig. De acquir. rer. amitt. hered. (XXIX, 2).— Furiosi autem voluntas nulla est. Vid. fr. 60. Dig. De rei vind. (VI, 1); fr. 61 in fin. Dig. De adm. tutor. (XXVI, 7); fr. 5 § 2 Dig. Ad leg. Aquil. (IX, 2). O fr. 46 Dig. De oblig. et act. (XLIV, 7) não é contradictorio a estes; pois se refere a um impubere e não a um demente. Vid. Gabr. Decis. 69 n. 4.

2.º A ausencia da intenção malifica (2).

Como o dolo, a culpa póde ser *positiva* ou *negativa*, segundo se manifesta por um *acto* ou por uma *omissão*.

Ordinariamente, porém, se manifesta por este segundo modo; e é o que se denomina *negligencia culpada*.

Em geral, tem todos o dever de desempenhar as suas obrigações com o mesmo cuidado com que um bom pai de familia gere os seus negocios, *deligentia boni patris-familias*, isto é com o cuidado de um homem attento, diligente e previdente. A ausencia deste cuidado constitue a culpa (3).

Os Jurisconsultos modernos costumão dividir a culpa em *lata*, *leve* e *levissima* (4).

(2) Se houver intenção malefica, não será culpa e sim dolo.

(3) Homo diligens... et studiosus pater familias, cujus personam incredibile est in aliquo facile errare. Fr. 25 pr. Dig. De probat. (XXII, 3). Vid. Celso fr. 32 Dig. Depositum (XVI, 3) na nota 5.

(4) Traité du contr. du mariage; Doneau, Comm. Jur. Liv. 7 Cap. 7.

A culpa lata muito se approxima do dolo (5).

Para que ella se verifique, é necessario :

1.º Que se desprezem todos os cuidados os mais ordinarios, que não se faça o que todos julgarião necessario fazerem em taes circumstancias (6).

2.º Que a pessoa, encarregada dos negocios de outrem, os trate scientemente menos bem que os seus (7).

(5) Quod Nerva diceret latiore culpam dolum esse, Proculo displicebat, mihi verissimum videtur; nam et si quis non ad eum modum quem hominum natura desiderat, diligens est, nisi tamen ad suum modum curam in deposito præstat, fraude non caret. Nec enim salva fide minorem iis quam suis rebus diligentiam præstabit. Celso fr. 32 Dig. Depositum (XVI, 3), Vid. fr. 22 § 3 Dig. Av. S. Ct. Trebell. (XXXVI, 1). Valasco, Cons. 26 n. 4.

(6) Lata culpa est nimia negligentia, i. è. — non intelligere quod omnes intelligunt. Fr. 213 § 2 Dig. De verb. sign., (L, 16). Latæ culpæ finis est, non intelligere id quod omnes intelligunt. — Fr. 223 Dig. eod. (L, 16).

(7) Fr. 32 Dig. (XVI, 5); Fr. 22 § 3 Dig. (XXXVI, 1).

A culpa *leve* é aquella em que não se verifica alguma destas duas condições.

A culpa *levissima* é a que só se poderia evitar com um cuidado ainda maior, do que o que um bom pae de familia costuma ter na gerencia dos seus negocios.

Du Caurroy (8), Savigny (9), Müllenbruch (10), excluem este terceiro membro da classificação, por ser de difficil applicação na pratica e desconhecido do Direito Romano, em cùjas fontes só uma vez encontramos a expressão — *culpa levissima*, empregada em relação aos casos da lei Aquilia (11).

Em vista a disposição do artigo 1137 do Cod. Civ. Francez, entende Toullier (12) que foi abolida a divisão tripartida da culpa; Durantou (13), porém, sustenta o contrario. Tro-

(8) Inst. de Just. L. 3 tit. 25 n. 1068.

(9) Tr. de Dir. Rom. § 19.

(10) Doct. Pand. § 554.

(11) In lege Aquilia et levissima culpa venit. Ulp. fr. 44 Dig. Ad. leg. Aquil. (IX, 2).

(12) Vol. 6 n. 230 e seg.

(13) Vol. 10 n. 398 e seg.

plong (14), collocando-se no meio termo, pensa que o Código só conservou a *culpa lata e leve* e que exclue toda a indagação e responsabilidade pela *culpa levissima*.

Na legislação patria, porém, encontramos vestígios desta divisão tripartida (15).

Porque, comquanto, em regra, não se possam exigir mais do que os cuidados de um homem attento, diligente e previdente, e não cuidados excepcionaes e minuciosos além do que *hominum natura desiderat*, não podemos deixar de admittir a culpa levissima nos seguintes casos :

1.º No que recebe a coisa emprestada, quanto á obrigação de guardal-a (16).

(14) De la vente — Vol. 1 n. 363 e seg.

(15) E porque este contracto se faz regularmente em proveito do que recebe a coisa emprestada, e não do que a empresta, fica obrigado aquelle a que se empresta, guardal-a com toda diligencia como si fôra sua. E não somente se lhe imputará o dóllo e *culpa grande*, mas ainda qualquer *culpa leve e levissima*, assim pela coisa principal, como pelo accessorio. Ord. Liv. 4 Tit. 53 § 2.

(16) Ord. Liv. 4 tit. 53 § 2 citada na nota antecedente.

2.º No autor do damno, quanto á obrigação de indemnisa-lo plenissimamente (17).

§ 3.º

O caso fortuito ou de força maior.

Caso fortuito ou de *força maior* é o acontecimento para que não se concorreu e a que se não liga imputabilidade (1). Os Romanos o donominão — *casus, vis major, vis divina, factum, fatalitas*.

(17) Ulp. fr. 44 Dig. Ad. leg. Aquil. (IX, 2) cit. na nota 11 ; Ord. L. 4 tit. 53 §§ 2 e 3 (arg.); Cod. Crim. arts. 21 e seg. ; Lei de 3 de Dez. de 1841 art. 68.

(1) Ulp. fr. 5 § 4 Dig. Commodati (XIII, 16)— *Quod vero senectute contigit, vel morbo, vel vi latronum ereptum est, aut si quid simile accidit, dicendum est, nihil eorum esse imputandum ei, qui commodatum accepit, nisi aliqua culpa interveniat.*

Const. 6 Cod. De pignorat. act. (IV, 24)— *Quæ fortuitis casibus accidunt, cum prævideri non potuerint...*

Vid. Cabedo, P.2 Decis. 114 n. 9, Reinoso, Obs. 57 ns. 18 e 19.

Pela inexecução da obrigação, ou pelos danos resultantes de taes acontecimentos, ninguem é responsavel (2).

Esta regra é applicavel, quer nos contractos *bilateraes*, quer nos *unilateraes*, de sorte que, se um dos contractantes é, por força maior, impossibilitado de cumprir o contracto, o outro nem por isso fica tambem desobrigado de cumpril-o (3).

Quando, porem, o caso fortuito é provocado ou determinado por dolo ou falta anterior da parte, esta é responsavel pelo damno proveniente d'elle. E' o que os Jurisconsultos

(2) Up. fr. 23 Dig. De reg. jur. (L, 17) — *Animalium vero casus, mortisque, quæ sine culpa accidunt, fuga servorum, qui custodiri non solent, rapinæ, tumultus, incendiæ, aquarum magnitudines, impetus prædonum a nullo præstantur. Vid. Gama, Decis. 252 n. 1 e Rinoso, Obs. 35 n. 2.*

(3) No § 3 das Instit. — De emt. et vendit. (III, 23) encontramos a applicação desta regra aos contractos de venda.

costumão denominar — *casus culpa vol dolo determinatus* (4).

Entretanto, as convenções das partes podem modificar a responsabilidade relativa ao dolo, falta ou caso fortuito.

E' certo que não se pode estipular a não responsabilidade pelo dolo *futuro* — *ne dolus præstetur*, por ser isto contrario aos bons costumes (5). Mas, a parte pode renunciar o direito á indemnisação pelo damno proveniente de um dolo *passado* (6).

A responsabilidade pela culpa pode ser

(4) Nos frs. 18 pr. Dig. Commod. (XIII, 16) e 11 § 1 Dig. Locati (XIX, 2) achamos a applicação desta regra aos contractos de commodato e locação. Vid. fr. 36 § 1 Dig. De rei vind. (VI, 1); fr. 1 § 4 Dig. De oblig. et act. (XLIV, 7); e a Ord. L. 4 Tit. 53 § 3 na not. 7 ao § 4.º huj. tit.

(5) Fr. 23 Dig. De reg. jur. (L, 17); fr. 17 pr. Dig. Commod. (XIII, 6); fr. 1 § 7 Dig. Depositum (XVI, 3); fr. 27 § 4 Dig. De pact. (II, 14). A antinomia que parece haver entre este fr. 6 e os frs. 7 § 15 Dig. De pact. cit. e 27 § 3 Dig. *eodem* é resolvida por Mainz § 259 nota 20.

(6) Fr. 26 § 4 Dig. De pact. (II, 14) e Const. 34 Cod. De transact. (II, 14).

restringida ou abolida pela convenção das partes (7); e, pelo contrario, podem as partes estipular a responsabilidade pela falta leve, ou caso fortuito, nos casos em que ella só de-
vêra existir para a culpa lata (8).

§ 4.º

A indemnisação do damno.

Os Jurisconsultos costumão classificar o damno em 4 especies, a saber; os que provem :

- 1.º Dos contractos.
- 2.º Dos delictos.
- 3.º Dos quasi-contractos.
- 4.º Dos quasi-delictos.

(7) Fr. 23 Dig. De reg. jur. (L, 17), fr. 5 § 2 Dig. Commod. (XIII, 6); fr. 1 § 6, 10 e 35 Dig. Depos. (XVI, 3); fr. 72 § 3 Dig. De condit. et demonstr. (XXXV, 1).

(8) Esta responsabilidade pode até emanar tacitamente das circumstancias do negocio, como nos casos dos frs. 1 § 35 Dig. Deposit. (XVI, 3); fr. 15 § 3 Dig. Commod. (XIII, 6); Const- 20 Cod. De negot. gest. [(II, 19), etc.

Mas, esta classificação é entre nós vaga, arbitraria e carecedora de base legal.

Na propria legislação Romana, ella é incompleta e illogica.

Assás é lembrar que as Institutas de Justiniano, L. 4 T. 5 *De obligationibus, quæ quasi ex delicto nascuntur* sómente apresentam quatro hypotheses especiaes, em que se verificação taes obrigações; parecendo, portanto, que todas as outras, nascidas de factos illicitos, devão entrar sob o imperio da *Lei Aquilia* em sua disposição geral (1).

Accresce que não vemos esta classificação adoptada na nossa jurisprudencia classica (2); nem pelos mais eminentes jurisconsultos patrios modernos, como sejam Mello Freire (Inst. Jur. Civ. Lus.), Corrêa Telles (Doutr. das Acç.),

(1) § 13 Inst. De leg. Aquil. (IV, 3) — Capite tertio de omni cætero damno cavetur. Ulp. fr. 27 Dig. Ad. leg. Aquil. (IX, 2) Tertio autem capite, ait eodem lex Aquilia: Ceterarum rerum, præter hominem et pecudem occisos, si quis alteri damnum facit, quod usserit, fregerit, ruperit injuria; quanti ea res erit in diebus triginta proximis, tantum æs domino dare damnus esto.

(2) Reinoso, Obs. 9 n. 3 e seg.

Loureiro (Inst. de Dir. Civ. Braz.), Coelho da Rocha (Inst. do Dir. Civ. Port.), etc.

Pelo que, diremos que, quer o damno provenha de delicto, quer de dolo ou culpa civeis, dá logar á acção de indemnisação (3).

Esta indemnisação deve ser a mais completa possível (4), e sempre será pedida por

(3) Qui ex dolo, injuria, vel maleficio damnum dedit, tenetur ad interesse lucri cessantis. Reinoso Obs. 9 n. 14.

(4) Cod. Criminal:

Art. 21 — O delinquente satisfará o damno que causar com o delicto.

Art. 22 — A satisfação será sempre a mais completa que fôr possível, sendo no caso de duvida a favor do offendido.

Para este fim o mal, que resultar á pessoa e bens do offendido, será avaliado em todas as suas partes e consequencias.

Art. 23 — No caso de restituição, far-se-ha esta da propria cousa, com indemnisação dos deterioramentos, e na falta della, do seo equivalente.

Art. 24 — Se a propria cousa estiver em poder de terceiro, será este obrigado a entregal a, havendo a indemnisação pelos bens do delinquente.

Art. 25 — Para se restituir o equivalente, quando não existir a propria cousa, será esta

acção civil, ainda quando o damno nasça do delicto ; não se podendo, porém, questionar mais sobre a existencia do facto, e sobre quem

avaliada pelo seu preço ordinario, e pelo de affeição, comtanto que este não exceda á somma daquelle.

Art. 26. Na satisfação se comprehenderão não só os juro ordinarios, os quaes se contarão na proporção do damno causado e desde o momento do crime, mas tambem os juro compostos.

Art. 27. Quando o crime for commettido por mais de um delinquente, a satisfação será á custa de todos, ficando, porém, cada um delles solidariamente obrigado, e para esse fim se haverão por especialmente hypothecados os bens dos delinquentes desde o momento do crime.

Art. 28. Serão obrigados á satisfação, posto que não sejam delinquentes.

§ 1.º O senhor pelo escravo até o valôr deste.

§ 2.º O que gratuitamente tiver participado dos productos do crime até a concurrente quantia.

Art. 29. A obrigação de satisfazer o damno na fórma dos artigos antecedentes passa aos herdeiros dos delinquentes até o valor dos bens herdados, e o direito de haver a satisfação passa aos herdeiros dos offendidos.

Art. 30. A completa satisfação do offendido preferirá sempre ao pagamento das multas, a que tambem ficarão hypothecados os bens dos delinquentes, na fórma do artigo 27.

seja o seu auctor, quando estas questões se achem decididas no crime (5).

Quando o réo não tem bens sufficientes para a satisfação do damno, se commuta esta sua obrigação em prisão com trabalho pelo tempo necessario para ganhar a quantia da satisfação (6).

(5) Lei de 3 de Dez. de 1841, art. 68. Esta lei revogou o artigo 31 do Codigo Criminal.

(6) Cod. Criminal Art. 32.

Em todo o caso, não tendo o delinquente meios para a satisfação, dentro em oito dias, que lhe serão assignados, será condemnado á prisão com trabalho pelo tempo necessario para ganhar a quantia da satisfação.

A jurisdição civil é competente para a execução da sua Sentença, sobre a indemnisação, se o réo tem bens para serem executados; no caso porém, de verificar-se, ou que não ha bens, ou que são insufficientes, é incontestavel a competencia do Juiz das execuções criminaes para reduzir a satisfação do damno á prisão, devendo para isso o juizo do civil remetter-lhe o processo. Av. de 18 de Out. de 1854.

O perdão ou minoração das penas impostas aos réos, com que os agraciar o Poder moderador, não os eximirá da obrigação de satisfazer o mal causado em toda sua plenitude (Cod. Crim. art. 66);

Nas questões meramente civeis, quer o damno provenha do dolo, quer da culpa (7)—lata, leve ou levissima (8), quer da positiva ou negativa, isto é da negligencia culpada, ou da simples impericia (9), quer o auctor directamente causasse o damno, quer sómente desse occasião a elle (10), ha sempre acção para a sua plenissima indemnisação.

e ainda menos de pagar as custas do processo.— Av. de 3 de Dez. de 1835.

(7) Paulo fr. 30 § 3.º Dig. Ad leg. Aquil. (IX, 2) In hac quoque actione... dolus et culpa puni- tur... Ord. L. 4, tit. 53, § 3 — Porém se a coisa percesse por caso fortuito, não será obrigado.... a pagar o damno, salvo quando no dito caso fortuito interviesse culpa sua.

(8) Ulp. fr. 44. Dig. cit. (IX, 2) In lege Aquilia et levissima culpa venit. Ord. L. 4, tit. 53, § 2— E não sómente se lhe imputará o dolo e culpa grande, mas, ainda qualquer culpa leve e levissima.

(9) Gaio fr. 132. Dig. De reg. jur. (L, 17) — Imperitia quoque culpæ annumeratur (repetido no fr. 7 das Inst. de Just. De leg. Aquil. (IV, 3).

(10) Paulo fr. 30. Dig. cit. (IX, 2) Nam et qui occasionem præstat, damnum fecisse videtur.

INDICE.

PARTE GERAL.

TITULO I

DOS DIREITOS E DOS SEUS ELEMENTOS EM GERAL.

	Pag.
Capitulo I.— Noção e classificação dos direitos.....	1
§ 1.º Noção do Direito.....	6
§ 2.º Classificação dos direitos.....	8
Capitulo II.— Das phases dos direitos.....	11
§ 1.º Adquisição dos direitos.....	11
§ 2.º Conservação dos direitos.....	13
§ 3.º Extinção dos direitos.....	15
Capitulo III. § unico.— Dos elementos constitutivos dos direitos em geral.....	18

TITULO II.

DAS PESSOAS.

Capitulo I.— Noções geraes.....	27
D CIVIL II	29

	Pag.
Capitulo II.— Das pessoas naturaes. I. Sua natureza e e limites da sua existencia.....	28
§ 1.º Sua natureza.....	28
§ 2.º Começo da sua existencia.....	31
§ 3.º Fim da sua existencia.....	42
Capitulo III.— Das pessoas naturaes. II. Suas classifica- ções.....	46
§ 1.º Noções geraes.....	46
§ 2.º A liberdade.....	49
§ 3.º A nacionalidade.....	53
§ 4.º A familia.....	55
§ 5.º O parentesco.....	60
§ 6.º O sexo.....	65
§ 7.º A idade.....	69
§ 8.º A saude.....	87
§ 9.º A religião.....	100
§ 10.º A profissão.....	106
§ 11.º A consideração civil (Infamia, indignidade, mi- serabilidade).....	109
N. I. Direito Romano.....	109
N. II. Direito moderno.....	118
§ 12.º O domicilio.....	128
Capitulo IV.— Das pessoas juridicas : I. Sua natureza e suas classificações.....	134
§ 1.º Noções geraes.....	134
§ 2.º As pessoas juridicas de existencia necessaria.....	146
§ 3.º As corporações.....	152
§ 4.º As instituições pias.....	161
Capitulo V.— Das pessoas juridicas : II. Sua capacidade.	170
§ 1.º Noções geraes.....	170
§ 2.º Obrigações.....	170
§ 3.º Direitos reaes.....	173
§ 4.º Successões hereditarias.....	181
§ 5.º Acções.....	184
§ 6.º Responsabilidade penal e civil pelos delictos, quasi- delictos e obrigações.....	187
§ 7.º Privilegios.....	193

TITULO III.

DAS COUSAS.

	Pag.
Capitulo I.—Noções geraes.....	199
§ 1.º Noção geral de cousa.....	199
§ 2.º Classificação das cousas segundo o Direito Romano.....	202
Capitulo II.—Da classificação das cousas. I. Em relação á sua natureza.....	209
§ 1.º Cousas immoveis, moveis e acções.....	209
§ 2.º Cousas existentes e futuras.....	231
§ 3.º Cousas singulares e collectivas.....	235
§ 4.º Cousas divisiveis e indivisiveis.....	241
§ 5.º Cousas principaes e accessorias.....	244
§ 6.º Cousas fungiveis e não fungiveis.....	261
Capitulo III.—Da classificação das cousas. II. Em relação ao seu proprietario.....	264
§ 1.º Cousas que estão no commercio e fóra d'elle.....	264
§ 2.º Cousas sem dono.....	269
§ 3.º Bens publicos e particulares.....	289

TITULO IV.

DOS ACTOS JURIDICOS.

Capitulo I.—Dos factos em geral.....	335
§ Unico.....	335
Capitulo II.—Dos actos juridicos. I. Sua forma e elementos constitutivos em geral.....	340
Capitulo III.—Dos actos juridicos. II. Seus elementos especiaes.....	344
§ 1.º Noções geraes.....	344
§ 2.º O erro e a ignorancia.....	350
§ 3.º O dolo.....	359
§ 4.º A violencia.....	365
§ 5.º A simulação.....	370

Capitulo IV.— Dos actos juridicos.— III. Seus elementos naturaes.....	372
Capitulo V.— Dos actos jurfdicos.— IV. Seus elementos accidentaes,.....	373
§ 1.º A condição.....	373
§ 2.º O termo.....	402
§ 3.º O modo.....	408
§ 4.º A causa.....	412
§ 5.º O juramento.....	418
§ 6.º A pena.....	415
§ As arrhas.....	417
Capitulo VI.— Dos actos juridicos.— V. Sua interpretação	420
Capitulo VII.— Dos actos juridicos.— VI. Sua nullidade recisão e conversão.....	424
Capitulo VIII.— Dos actos illicitos.....	429
§ 1.º Considerações geraes.....	429
§ 2.º A culpa.....	430
§ 3.º O caso fortuito ou de força maior.....	435
§ 4.º A indemnisação do damno.....	438

INDICE ANALYTICO

PRIMEIRO VOLUME

Introdução ao estudo do Direito Civil.

TITULO I. — DA SCIENCIA DO DIREITO CIVIL.

CAPITULO I. — DO DIREITO EM GERAL.

§ 1.º — *O Direito; noção historica.*

	Pag.
O Direito é um elemento essencial da vida social.....	1
Como se manifesta nas nações primitivas da Asia.....	»
Theocracias.....	2
Monarchias absolutas.....	»

	Pag.
A Grecia.....	2
Heraclito.....	»
Archytas.....	»
Os Sophistas.....	»
Socrates.....	3
Anthistenes.....	»
Aristippo.....	»
Platão.....	»
Aristoteles.....	»
Confusão do direito e da moral.....	4
Roma.....	5
Tempos primitivos.....	»
Invasão do plebeiado no governo e da razão no direito.....	»
Desenvolvimento da tendencia philosophi- ca ao ponto de se anteporem os precei- tos do direito racional aos do escripto	6
Idéas sobre os reciprocos limites do di- reito e da moral.....	7
Diversos sentidos da palavra <i>obligatio</i> ..	8
Destruição do Imperio Romano occiden- tal e estabelecimento das monarchias barbaras.....	9
Vencedores e vencidos.....	»
Feudalismo.....	»
Renascimento da cultura do Direito Romano.....	16

Civilisação moderna.....	Pag. 10
--------------------------	------------

§ 2.º -- *O Direito, noção philosophica.*

O Direito como noção — da razão espontanea.....	11
— Da reflexão.....	»
Noção da ordem universal.....	12
Problema philosophico, theologicò e historico da conciliação da liberdade com o providencialismo.....	»
Diversos sentidos da palavra Direito..	»
A ordem no mundo da liberdade e da fatalidade	13
Sentimento do justo.....	15
O Direito como elemento das religiões.	»
Monumentos primitivos de religião e de legislação	16
Os diversos systemas do direito.....	17
Relações das idéas de direito e de justiça.....	18

§ 3.º — *Distincção da moral e do direito.*

Nem todas as relações humanas são objecto do Direito.....	19
Qual o motivo.....	20

	Pag.
Distincção entre o objecto do direito e o da moral.....	20
Coercibilidade e não coercibilidade....	21
Subjectividade e objectividade.....	22
Absolutividade e invariabilidade, relatividade e variabilidade.....	»
Mobilidade da linha divisoria entre o direito e a moral.....	23
Por que lado se amplia ou se restringe.	»
Pontos de contacto e de differença entre os deveres juridicos e moraes...	24
Inutilidade da distincção entre direitos e deveres perfectos e imperfectos....	»
Correlatividade do direito e obrigação.	»

§ 4.º — *A jurisprudencia. I. Sciencia.*

Definição da jurisprudencia pelos Romanos	25
Explicação	»
Diversos sentidos desta palavra.....	26
O conhecimento theorico não constitue a jurisprudencia.....	»
Necessidade da practica	27
Esta, porém, só de per si tambem a não constitue	28
Elementos que constituem a jurisprudencia	»

	Pag.
Em que consiste a practica ou applicação do direito.....	29
Distincção entre legisleio, jurisperito, rabela e jurisconsulto.....	30

§ 5.º— *A jurisprudeneia. II Profissão.*

Dignidade desta profissão.....	»
Direito a honorarios.....	31
O que é a chicana	»
Errado juizo do vulgo	»
Quaes as carreiras a que a jurisprudencia dá entrada.....	33
1.º A advocacia e seus privilegios entre os Romanos e entre nós.....	»
Denominações dadas pelo Romanos aos advogados.....	»
2.º Dignidade e privilegios dos magistrados	»
3.º Alto magisterio das Faculdades de Direito e suas honras	34
4.º Cargos administrativos a que a jurisprudencia é condição indispensavel ou motivo de preferencia.....	35
Necessidade de ampliar o numero de taes cargos	36
Conclusão	»

CAPITULO II.— DA DIVISÃO DO DIREITO.

§ 1.º— *Divisão do Direito em geral.*

	Pag.
Justificação da divisão do direito em — objectivo e subjectivo.....	38
Racional e positivo	»
Privado e publico,.....	39

§ 2.º — *Direito objectivo e subjectivo*

O que é o direito objectivo.....	40
Diversos sentidos desta expressão.....	»
O que é o direito subjectivo.....	41
Dever exigível que lhe corresponde...	»
<i>Officium</i> na technologia romana.....	»
A coacção como attributo do direito..	42
Onde reside ella — nas sociedades não civilisadas.....	»
Nas civilisadas.....	»
Direito de guerra privado.....	»
Vestigios do direito de vindicta parti- cular na actual legislação civil.....	43
— E criminal.....	»
Pena contra os que a empregão.....	»
Elementos do direito subjectivo.....	44
O subjecto do direito.....	»
O seu objecto.....	»
Os factos.....	»

§ 3.º— *Direito racional e positivo.*

	Pag.
Origem do direito racional.....	44
E do positivo.....	»
Direito consuetudinario e escripto.....	45
Systemas philosophicos que negão directa o indirectamente o direito racional.....	46
Eschola historica.....	»
Sua doutrina.....	47
Espontaneidade da origem e desenvolvimento do Direito no seio do povo.	»
Formação de varios órgãos.....	»
A legislação e a Jurisprudencia.....	48
Elementos do Direito individual e exclusivo, geral e commum.....	»
Critica.....	49
O que é o ideal do Direito.....	»
Sua realisação historica.....	50
Em que consistem os progressos do direito.....	»
A influencia de legislador e seus limites.....	»

§ 4.º— *Direito privado e suas subdivisões.*

O que era Direito privado entre os Romanos.....	51
---	----

	Pag.
E quaes suas origens.....	51
Preceitos — naturaes.....	52
Das gentes.....	»
E civis.....	53
Emprego da expressão — <i>jus naturale</i> ..	54
<i>Naturalis ratio</i> & (nota).....	»
O que é na actual nomenclatura juridica—	
Direito privado.....	55
Suas subdivisões, segundo os Juriscon-	
sultos Allemães.....	56
Direito privado commum e.....	»
Especial.....	»
Diversos sentidos da expressão Direito	
Civil.	57
Direito Commercial.....	»
Internacional privado.....	58
Criminal.....	59
Questão acerca da classificação deste... ,	60
Divisão do Direito privado em theorico e	
pratico.....	»

§ 5.º—*Direito Publico e suas subdivisões.*

Definição e objecto do Direito Publico,	
segundo a Jurisprudencia Romana....	61
Segundo a nomenclatura actual das scien-	
cias	«

	Pag.
Sua divisão em :.....	62
Interno e.....	»
Externo.....	»
Subdivisão do Direito Publico interno em	»
1.º Politico ou governamental.....	»
2.º Administrativo (Direito financeiro e camarario)	63
Subdivisão do Direito Publico externo em.	64
1.º Internacional ou das Gentes.....	»
2.º Publico-Ecclesiastico	»
Subdivisão do Direito Internacional em..	65
1.º Maritimo e.....	»
2.º Diplomatico	»
Divisão do Direito Publico interno e externo em.....	»
1.º Racinal e	»
2.º Positivo.....	»

CAPITULO III.— DOS ESTUDOS PROPEDEUTICOS DO
DIREITO CIVIL.

§ 1.º— *Noções geraes.*

Lei da divisão do trabalho applicado ás sciencias	»
Laço genealogico destas e sua mutua dependencia	66

	Pag.
O que são sciencias propedeuticas e...	67
Auxiliares, em geral; e.....	68
Especialmente em relação ao Direito Civil.....	»

§ 2.º— *Estudos propedeuticos do Direito Civil.*
I Linguas.

Caracter da instrucção secundaria.....	69
Necessidade para o Jurisconsulto do es- tudo profundo :	
1.º Da lingua nacional.....	»
2.º Da latinidade.....	70
Versões do Corpus Juris Civilis Romani e Canonici.....	71
3.º Da lingua grega.....	72
4.º Da franceza.....	73
5.º Da allemã.....	»
6.º Da ingleza.....	74
Necessidade do estudo da litteratura clas- sica e moderna.....	75

§ 3.º— *Estudos propedeuticos do Direito Civil.*
II Sciencias.

Necessidade para o Jurisconsulto do es- tudo :	
1.º Das mathematicas elementares....	76

	Pag.
2.º Dos elementos da historia natural..	76
3.ª Da historia universal e especialmente da patria (Brazileira e Portugueza) e romana	78
4.º Da Philosophia—A logica e a moral, a psychologia e a theodicea.....	80
Tristes exemplos da ignorancia dos estudos propedeuticos pelos Jurisconsultos.....	81

CAPITULO IV — DAS SCIENCIAS AXILIARES
DO DIREITO CIVIL

§ 1.º — *Diversos ramos do Direito.*

Quaes são as sciencias auxiliares (no sentido restricto) do Direito Civil.....	84
Sua classificação.....	85
Necessidades para o Jurisconsulto do estudo :	
1.º Da philosophia do Direito privado e sciencia do Direito racional.....	»
Referencia do Direito Romano e Patrio ao racional	87
2.º Do Direito Publico.....	»
Missão do Estado.....	88
Influencia do Direito Publico interno no Civil.....	»

	Pag.
Relações deste com o Direito Administrativo	89
Das gentes e.....	90
Ecclesiastico	»

§ 2.º — *A historia e practica do Direito.*

1.º Necessidade para o Jurisconsulto do estudo da historia do Direito.....	91
Divisão desta em interna e externa.....	»
Os seus elementos.....	»
A bibliographia e a.....	92
Litteratura juridica.....	»
Influencia da historia do Direito no estudo especulativo e practico do Direito.....	95
Sua divisão em.....	»
2.º Practica juridica.....	94
Jurisprudencia cautelar ou eurentica e.....	95
Arte do notariado.,.....	»
Sua importancia e necessidade, para o Jurisconsulto, quer theorico, quer practico	96

§ 3.º — *Sciencias não juridicas.*

1.º O que é a hermeneutica e a.....	96
-------------------------------------	----

	Pag.
Critica	96
Divisão desta em.....	97
Critica Diplomática ou inferior e.....	»
Alta critica.....	»
Critica conjectural.....	»
Qual a applicação que dos diversos ramos da critica se pode fazer ao direito mo- derno	98
Exemplos de omissões e defeitos em textos de legislação moderna.....	»
Necessidade da hermeneutica para o Ju- risconsulto.....	100
2.º O que é medicina legal.....	101
Sua necessidade para o civilista, como para o criminalista, o legislador e o ad- ministrador.....	»
Programma incompleto das Faculdades de Direito.....	102

TITULO II. — DAS FONTES DO DIREITO CIVIL.

CAPITULO I

§ *Unico.* — *Das fontes do Direito Civil em geral.*

O que são fontes do Direito.....	103
Anterioridade do Direito em relação á legislação	»

	Pag.
Missao do legislador.....	104
Necessidade da legislação.....	»
A jurisprudencia.....	105
Como ella se forma.....	»
Qual a sua influencia.....	106
Quaes as fontes a que se deve remontar o Jurisconsulto patrio.....	»
Fontes — essenciaes e.....	107
Subsidiarias do Direito.....	»

CAPITULO II. DAS FONTES ESSENCIAES DO DIREITO
CIVIL. — LEGISLAÇÃO NACIONAL.

§ 1.º — *Noções Geraes.*

Sentido em que tomamos a palavra le- gislação.....	»
Classificação da legislação segundo a sua forma e materia.....	108
Poder absoluto da monarchia antiga e suas consequencias em relação ao Di- reito.....	»
Organização actual do Poder Politico, donde óra emana o principio obri- gatorio.....	109
Legislação anterior á independencia na- cional.....	110

	Pag.
Sua admissão entre nós, e.....	110
Seus limites.....	»

§ 2.º—*As Ordenações.*

O que são as Ordenações.....	111
Organisação da compilação Philippina..	»
Quaes as anteriores leis que ficarão ainda vigorando	112
Imperfeição das Ordenações e seu atrazo em relação ao estado actual da nossa sociedade.....	»

§ 3.º—*As Leis.*

O que são as Leis, no sentido restricto.	113
Como e sob que formulas se expedião outr'ora	114
Formação actual das Leis.....	»
A sua sancção e.....	»
Formula de promulgação.....	115

§ 4.º — *Os Decretos.*

Formula antiga dos Decretos.....	116
Formula actual dos Decretos do Poder Legislativo	»
Moderador e.....	117

	Pag.
Executivo	117
Pessoas do monarcha.....	»
Da Assembléa Geral.....	118
Classificação dos Decretos do Poder Exe- cutivo em relação:	
1.º A' natureza de sua matéria.....	»
2.º A' comprehensibilidade de suas dis- posições.....	»
3.º A' origem de sua auctoridade ou da sua força obrigatoria.....	»
4.º Ao modo porque são preparados..	»

§ 5.º *Os Alvarás e cartas regias.*

Formula dos Alvarás réaes.....	119
Quando cessou o seu uso.....	»
Diversos actos assim denominados....	»
Formula das Cartas regias e.....	120
Cartas Imperiaes.....	»

§ 6.º—*As Resoluções de Consulta, provisões e assentos
da Casa da Supplicação.*

Como se expedião e sob que formula :	
As resoluções de Consulta.....	121
As provisões e.....	»
Os assentos de Casa da Supplicação..	122

	Pag.
Resoluções imperiaes e.....	122
Provisões no regimen actual.....	123

§ 7.º—*Os Avisos e Portarias.*

Os avisos e portarias no antigo regimen.....	124
No actual.....	»
Ordens do thesouro.....	»

§ 8.º — *Outras especies de actos em relação á sua materia.*

Classificação destes actos em :

1.º Regulamentos	125
2.º Regimentos	»
3.º Estatutos	»
4.º Instrucções	126
5.º Pragmaticas.....	»
6.º Foráes.....	»
7.º Concordatas e tratados.....	127
8.º Privilegios.....	»

CAPITULO III — DAS FONTES SUBSIDIARIAS DO DIREITO CIVIL. I. — DIREITO CONSUECUDINARIO.

§ 1.º—*Considerações geraes.*

Obrigaçào dos magistrados de decidirem

	Pag.
os processos que cahem em sua jurisdição	129
Necessidade de recorrerem a outras fontes além da legislação patria, visto a insufficiencia desta.....	»
Classificação das fontes subsidiarias...	130
 § 2.º — <i>O Direito consuetudinario. I. Popular.</i>	
A consciencia nacional.....	»
Origem primitiva do Direito.....	»
Como elle se manifesta.....	131
O que é o costume.....	»
Fundamento do costume entre os Romanos	»
<i>Prudentium auctoritas, e res judicatae</i> ..	134
Quaes as applicações do costume entre esse povo. Const. 2, Cod. <i>Quæ sit longa consuetudo</i> (VIII, 53).....	136
O costume segundo o Direito Canonico.	137
Quaes as suas condições, para que possa surtir effectos.....	»
Segundo a legislação patria.....	»
As Ordenações umas vezes o confirmam, outras o invalidão, outras mandam observal-o de preferencia ás suas proprias disposições.....	138

	Pag.
Quaes as condições para que entre nós deva ser observado.....	140
1.º Conformidade com a boa razão....	»
2.º Não opposição ás Leis.....	»
Limitações.....	141
Improcedencia das distincções do desuetudo e <i>consuetudo abrogatoria</i>	143
Das fórmias de governo em relação á força obrigatoria do costume.....	144
3.º Antiguidade de mais de cem annos.	»
Motivo desta condição.....	
O costume no Direito Commercial.....	145
Quaes as condições para que se admittão em Juizo os usos e practicas commerciaes	»
Em que casos se deve provar o costume em materia civil e commercial.....	146

§ 3.º — *O Direito consuetudinario (continuação)*
II Scientifico.

Influencia dos Jurisconsultos entre os Romanos	149
As suas <i>responsa</i> e.....	»
<i>Disputationes fori</i>	»
Divulgação das <i>legis actiones</i> e.....	150
<i>Dies fasti et nefasti</i>	»

	Pag.
Cneo Flavio e.....	150
Tiberio Coruncanio.....	»
Jurisconsultos officiaes creados por Augusto	151
A <i>lex citationis</i> de Theodosio II e Valentiano III.....	152
Compilações justineaneas.....	153
Proibição de commental-as.....	»
Os primeiros Jurisconsultos portuguezes.	154
Exagerada influencia dos Glossadores..	»
Sua exclusão pela Lei de 18 de Agosto de 1769, § 13.....	»
Verdadeira intelligencia desta lei.....	»
Qual a autoridade dos Jurisconsultos nacionaes e estrangeiros, e	155
Seus limites.....	»
No caso de divergencia de opiniões, qual a que se deve seguir.....	157
E quando todas são de igual peso....	158
Diversos systemas a este respeito.....	»
Qual o preferivel.....	»
As decisões judicarias.....	159
Qual a sua força obrigatoria.....	»
Os <i>præjudicia</i>	»
Versatilidade dos tribunaes.....	160
Autoridade moral dos casos julgados...	»
Disposições do Codigo prussiano.....	161

	Pag.
Do austriaco.....	162
Do francez.,.....	162

CAPITULO IV.— DAS FONTES SUBSIDIARIAS DO
DIREITO CIVIL. II.—LEGISLAÇÃO ESTRANHA.

§ 1.º — *Direito Romano.*

O Romanismo.....	163
Sua influencia nos tempos modernos..	»
Na Lusitania sob os Wisigodos.....	»
Descobrimento das Pandectas (nota 3).	165
Introducção das compilações justineaneas em Portugal.....	»
O Dr. João das Regras.....	»
Influencia do Romanismo nas diversas compilações de leis portuguezas....	166
Disposições das Ordenações Philippinas a este respeito.....	»
Reacção operada pela Lei de 18 de Agosto de 1769.....	167
O principio da <i>boa razão</i>	»
Sua definição pela Lei de 28 de Agosto de 1772.....	168
O <i>uso moderno</i> das nações civilisadas..	»
Necessidade do estudo do Direito Ro- mano.....	169

	Pag.
Compilações anteriores á de Justiniano (nota 11).....	170
As prosteriores.....	173
As deste Imperador.....	»
Triboniano.....	174
<i>Justineanus Codex</i>	»
Noções geraes ácerca do <i>corpus juris civilis</i>	»
I. As <i>Pandectæ seu Digesta</i>	»
II. As <i>Institutiones</i>	177
III. O <i>Codex repetitæ prelectionis</i>	179
IV. As <i>Novellæ</i>	180
Como se resolvem as autinomias das leis romanas.....	181

§ 2.º— *O Direito Canonico.*

Revolução radical operada pelo Chris- tianismo na humanidade.....	182
Sua influencia no Romanismo.....	183
Necessidade de um Direito inteiramente christão.....	»
Origem e desenvolvimento do Direito Canonico.....	184
Direito ecclesiastico e.....	»
Sua distincção do Canonico.....	»
Invasão deste na esphera secular.....	185
Reacção da Lei de 18 de Agosto de 1769.	186

	Pag.
Limites actuaes da jurisdicção ecclesiastica.....	187
Necessidade do estudo do Direito Canonico para o Jurisconsulto.....	»
Noções geraes do <i>Corpus juris Canonici</i> ..	188
I. <i>Decretum Gratiani</i>	»
I <i>Decretales Gregorii IX</i>	189
III <i>Liber Sextus</i>	190
IV <i>Constitutiones Clementinæ</i>	»
V <i>Extravagantes</i>	191
Outras addições.....	»
Collecções anteriores ao Direito de Gratiano	192
I <i>Codex Dyonisianus</i>	»
II <i>Codex Isidori Peccatoris</i>	»
Concilios Ecumenicos e.....	193
Decretaes posteriores ao <i>corpus juris</i>	»
<i>Regulæ chancellarix</i>	»
Declarações das congregações dos cardeaes	»

§ 3.º — *O Direito das nações modernas.*

Em que casos as leis das nações modernas constituem direito subsidiario para nós em materia civil e commercial.....	194
---	-----

	Pag.
Quando entre si divergem, qual se deve preferir.....	195
Os diversos codigos modernos e suas tendencias geraes.....	196

TITULO III.— DAS LEIS CIVIS.

CAPITULO I.— DA DEFINIÇÃO E DIVISÃO
DAS LEIS CIVIS.

§ 1.º— *Definição das leis civis.*

O que é a lei no sentido amplo.....	200
Definição de Montesquieu.....	»
Em sentido restricto	»
O que é a lei positiva	201
Classificação das leis deduzidas da do Direito	»

§ 2.º— *Classificação das leis civis.*

Classificação das leis civis em relação..	202
I. Ao testemunho que nol-as attesta em:	
Consuetudinarias ou.....	»
Escriptas	»
II. A sua natureza em :	
Theoricas e.....	203
Practicas ou.....	»

	Pag.
Substantivas e.....	203
Adjectivas	»
III. Ao seu objecto, em :	
Pessoaes e.....	204
Reaes	»
Leis mixtas.....	»
IV. A' sua amplitude em :	
Geraes.....	205
Especiaes e.....	»
Individuaes.....	»
<i>Jus generale, commune</i> ou <i>vulgatum</i>	»
<i>Jus singulare</i>	»
<i>Privata privilegia</i>	»
Opinião de Maynz.....	206
Divisões dos <i>privilegios</i>	207
Opinião de Falck.....	»
Abolição dos antigos privilegios pela Constituição Politica.....	208
Quaes as unicas excepções deste prin- cipio,.....	»
Porque modo cessavão os privilegios segundo a antiga legislação.....	209
Segundo a actual.....	»
Divisão das leis em :	
Geraes.....	210
Provínciaes e.....	»
Municipaes.....	»

	Pag.
V. A's relações de direito que dominão em :	
Absolutas ou imperativas.....	211
Suppletivas ou dispositivas.....	»
Leis prohibitivas.....	212
Permissivas.....	»
Opinião de Savigny.....	213
De Coelho da Rocha....	»
Classificação de Bentham.....	»

CAPITULO II.—DO COMEÇO E CESSAÇÃO DA FORÇA OBRIGATORIA DAS LEIS CIVIS.

§ 1.º— *Da publicação das Leis.*

Necessidade da publicação das leis...	215
Porque fórma esta se fazia em Roma e quando começava a obrigatoriedade das leis.....	»
Diversos systemas successivos de publicação das leis em França.....	216
Sua critica.....	217
Systema das Ordenações Affonsinas, Manuelinos e.....	220
Philippinas.....	221
Legislação actual de Portugal.....	»
A promulgação da lei e sua necessidade.....	222

	Pag.
Quando começa a sua obrigatoriedade.	223
Publicação effectiva.....	»
Legislação actual,.....	225

§ 2.º — *A não retroactividade das Leis Civis.*

Fundamentos racionaes do principio da não retroactividade das leis.....	226
Segundo o Direito Romano (nota 2)..	227
O Canonico (nota 3).....	»
O patrio antigo (nota 4).....	»
O vigente.....	229
Em que consiste a retroactividade das leis.....	»
Quando se applicão a casos pendentes e factos passados...!	»
I As leis de organização judiciaria....	»
II As de processo civil e criminal....	230
III As penaes e civis.....	»
IV As interpretativas ou declaratorias.	232
O que são direitos adquiridos.....	234
Diversas opiniões a este respeito....	»
Dalloz.....	»
Merlin.....	»
Ducaurroy.....	235
Joubert.....	236
Direitos logicamente nascidos de factos	

	Pag.
naturaes; ou.....	236
Meramente de disposições legislativas..	236
Quaes a Lei póde abolir ou sómente regularizar.....	237
Direitos nascidos de contractos.....	238
Pessoaes dos funcionarios e empregados publicos.....	»
Facto consummado.....	»
Retroactividade quanto ao genero de provas.....	239
Exemplos.....	240
Direitos adquiridos.....	»
I Em sentido lato.....	241
II Em sentido restricto.....	»
Questão da retroactividade das leis de ordem publica e de policia.....	242
Quanto ás prescripções.....	243

§ 3.º — *A revogação das leis.*

O principio da revogabilidade das leis.	244
Abrogação, e.....	245
Derrogação.....	»
Revogação expressa, e.....	»
Tacita.....	»
Principio da revogabilidade das leis posteriores pelas anteriores.....	246

	Pag.
I Antinomia parcial.....	246
Opinião do Zachariæ.....	247
II Derogação das disposições principaes..	»
III Antinomia de lei especial e geral.	»
Revogação pelo desuso ou cessação da razão da lei.....	248
Remissiva	»

CAPITULO III.

§ *Unico.*— *Dos effeitos da violação das leis civis.*

A quem a lei civil obriga,.....	»
Reverencia e respeito que lhe são de- vidos	»
A lei civil em relação ao monarcha...	249
Duas ordens de consequencias da in- fracção da lei civil.....	»
I. Nullidade dos actos que lhe são con- trarios	»
Infracção das leis protectoras dos in- teresses sociaes e individuaes.....	250
Nullidades absolutas e relativas.....	»
Consequencias de cada uma destas es- pecies de nullidades.....	»
Em que casos ha nullidade absoluta..	252
Nullidade e injustiça das sentenças...	254

	Pag.
II. Punição das autoridades infractoras das leis civis.....	255
Perante quem são processadas.....	256
Condemnação nas custas e indemnisação do mal causado ás partes.....	»
Multas em que incorrem os advogados, e sua responsabilidade pelo damno causado aos clientes.....	257
Em que pena incorrem quando advogão pela parte contraria, a aconselhão ou della recebem alguma cousa.....	»

CAPITULO IV.

§ *Unico.*— *Da ignorancia e erro de direito.*

Presumpção do conhecimento da lei ..	259
Ignorancia e erro de direito e de facto	261
<i>Jus ignorare</i> e.....	262
<i>Jus solum ignorare</i>	»
Quando são excusaveis o erro de facto e o de Direito.....	263
<i>Damno vitando</i> e.....	264
<i>Lucro capiendo</i>	»
Opinião de Cujas.....	265
De Donneau.....	»
<i>Damnum rei amittendæ</i> , e.....	»
<i>Rei amissæ</i>	»

	Pag.
Opinião de Savigny.....	266
Em que casos era escusavel o erro de Direito para :	
I Os menores.....	»
II As mulheres.....	267
III Os rusticos.....	270
IV Os soldados	»
Quando tem lugar o <i>conditio indebiti</i> ..	272
Disposições dos codigos modernos sobre esta materia.....	274
O da Prussia	»
O da Austria	»
O da França.....	»
Doutrina dos antigos e modernos Juriscon- sultos francezes.....	275
O Codigo da Sardenha.....	»
Legislação patria.....	276
Doutrina dos antigos e modernos Juriscon- sultos patrios.....	277

CAPITULO V.

§ *Unico.*— *Da interpretação das leis civis.*

O que é interpretação.....	283
A que leis se applica	»
I Divisão da interpretação quanto á sua origem em.....	284

	Pag.
Legal ou publica, e	284
Privada	»
Subdivisão da primeira em:	
Authentica e	285
Usual	»
Interpretação por via de auctoridade	287
Segundo a legislação franceza	»
Entre nós não compete ao governo a res- peito das leis de Direito privado	288
Abusos que se ião introduzindo entre nós.	289
A quem compete entre nós a attribuição de interpretar doutrinal, mas obriga- tariamente essas leis. (nota)	290
II. Divisão da interpretação quanto aos seus elementos :	
<i>Grammatical</i>	291
<i>Logico</i>	»
<i>Historico</i> e	»
<i>Systematico</i>	»
Combinação destes elementos para a in- terpretação doutrinal	292
III. Divisão da interpretação quanto aos seus resultados em :	
<i>Declaratoria</i>	293
<i>Extensiva</i> e	»
<i>Restrictiva</i>	»
O Jurisconsulto não póde entre nós am-	

	Pag.
pliar, nem restringir o pensamento da lei.....	294
Podia-o, porém, entre os Romanos.....	295
Preceitos hermeneuticos fundados na legislação patria.....	»

TITULO IV. — DA CODIFICAÇÃO.

CAPITULO I. — DA OPPORTUNIDADE DA CODIFICAÇÃO.

§ 1.º — *Da controversia dos Jurisconsultos allemães.*

Doutrinas de Thibaut.....	299
Savigny e outros.....	300

§ 2.º — *Nossa opinião sobre a oportunidade das codificações.*

Quando as codificações são, ou não, convenientes.....	304
Systema de reformas parciaes e successivas.....	306
Quando apparecem as codificações.....	»
Tendencia favoravel das nações modernas.	309
Codificações patrias.....	»
Necessidade do Codigo Civil.....	310
Dificuldade deste trabalho.....	»

Pag.
CAPITULO II. — OS DIVERSOS SYSTEMAS DE CODIFICAÇÃO.

§ 1.º — *Noções geraes.*

Necessidade de boa classificação no Código Civil.....	311
O que é uma boa classificação.....	312

§ 2.º — *Systema dos Romanos.*

Systema de Gaio.....	313
Sua critica.....	»

§ 3.º — *Systemas modernos.*

Diversos systemas creados por Vulteius e outros Jurisconsultos modernos...	319
Systema do Código Civil Portuguez..	»

§ 4.º — *Systema preferivel.*

Divisão do Código em :	
I Direito de familia.....	324
II Direito das cousas.....	326
III Direito das obrigações.....	328
IV Direito das successões.....	329
Differença entre os direitos de familia e os das obrigações.....	»

	Pag.
Pontos do contacto entre os direitos das cousas e os das obrigações.....	329
Principios syntheticos cuja exposição deve preceder ás codificações.....	333
Perigos que nellas cumpre evitar.....	»

TITULO V.—DA LITTERATURA JURIDICA.

CAPITULO I.

§ Unico.— Da jurisprudencia romana.

Começo da litteratura romana.....	335
Diversos systemas de divisão da sua historia.....	»
I Idade das leis das XII Taboas até Augusto.....	336
II De Augusto até Hadriano.....	339
III de Hadriano até Alexandre Severo.	344
IV De Alexandre Severo até Justiniano.	345
Justificação desta divisão.....	346
Os principaes jurisconsultos (e seitas) de cada periodo.....	»
Os seus escriptos.....	»
Classificação destes.....	347
Noticia dos fragmentos que nos restão d'esses escriptores.....	348

CAPITULO II.— DA JURISPRUDENCIA MODERNA.

§ 1.º— *Civilistas estrangeiros.*

Energia vital do Direito Romano.....	351
Sua restauração no seculo XII.....	352
Irnerio	»
Seus antecessores (nota 1).....	»
Os Glossadores.....	353
Seus trabalhos.....	354
Principaes Jurisconsultos da escola dos :	
I Irnerianos (Bulgarianos e Gosianos).	»
II Accursianos.....	356
III Bartholistas	358
Regeneração da Jurisprudencia no se- culo XVI.....	359
Angelo Politiano e.....	360
André Alciati.....	»
Cujas e outros Jurisconsultos do se- culo XVI	359
A jurisprudencia no seculo XVII em França.....	362
Nos Paizes Baixos.....	363
Na Allemanha.....	»
A jurisprudencia em cada um destes paizes no seculo XVIII.....	364
E no seculo XIX.....	365

Pag.

§ 2.º—*Civilistas patrios anteriores á compilação Philippina.*

A jurisprudencia em Portugal durante o dominio da casa Burgundica.....	367
Os primeiros ensaios de codificação sob o fundador da Casa de Avis.....	»
O Doutor João das Regras.....	369
As Ordenações Affonsinas.....	»
Sua pequena influencia no desenvolvimento do Direito.....	370
Ordenações Manuelinas.....	»
Apogéo da litteratura portugueza.....	371
Antonio Gouvêa.....	»
Professores do Direito em Coimbra no seculo XVI.....	373
Alvaro Valasco.....	375
Outros praxistas e canonistas.....	376

§ 3.º — *Civilistas patrios posteriores á compilação Philippina*

Decadencia da jurisprudencia em Portugal no seculo XVII.....	379
Compilação Philippina.....	380
Proscrição da escola Cujaciana e restauração da de Bartolo.....	»
Manoel Rodrigues Navarro.....	»

	Pag.
Domingos Antonio Portugal e outros Praxistas deste seculo....,.....	381
Commentadores das Ordēnações.....	382
Praxistas do seculo XVIII.....	383
Mello Freire.....	384
Praxistas do seculo XIX.....	386
A jurisprudencia no Brazil depois da in- dependencia.....	388
Em Portugal.....	390

SEGUNDO VOLUME

Parte Geral

TITULO I. — DOS DIREITOS E DOS SEUS ELEMENTOS, EM GERAL.

CAPITULO I. — NOÇÃO E CLASSIFICAÇÃO DOS DIREITOS.

§ 1.º — *Noção do Direito.*

	Pag.
A liberdade é a essencia do homem ; e o direito é a liberdade circunscripta pela lei.....	5
O homem pode, em geral, exercer o seu direito, ainda quando deste exercicio decorra prejuizo para terceiro.....	6
Limitações desta regra.....	»
O que está incluido no direito.....	7
Como elle pode ser exercido.....	8

§ 2.º — *Classificações dos direitos.*

Diversos modos de classificação dos direitos	8
Classificação dos direitos segundo :	
I A lei que os define.....	9
II O seu sujeito	»
III O seu objecto.....	»
Divisão dos direitos em :	
<i>Primitivos</i> ou <i>absolutos</i> e <i>derivados</i> ou <i>hypotheticos</i>	10
<i>Affirmativos</i> e <i>negativos</i>	»
<i>Presentes</i> e <i>futuros</i>	»
(Direitos dos <i>nascituros</i>)	»

CAPITULO II. — DAS PHASES DOS DIREITOS.

Phases dos direitos, em geral.....	11
------------------------------------	----

§ 1.º — *Adquisição dos direitos.*

Quando e porque modos podem ser adquiridos os direitos.....	»
Direitos <i>originarios</i> e <i>adquiridos</i>	»
Modos de adquirir, segundo :	
As Institutas de Justiniano.....	12
Os Jurisconsultos francezes.....	»

	Pag.
Adquisição por <i>successão universal</i>	12
Abolição do confisco.....	13

§ 2.º — *Conservação dos direitos.*

Modos de conservação dos direitos :

O <i>protesto</i>	»
A <i>reserva</i>	14
A <i>retenção</i>	»
A <i>caução</i>	»
O <i>arresto</i>	»

§ 3.º — *Extincção dos direitos.*

Modos de extincção dos direitos :

I Por vontade do titular.....	15
A <i>renúncia</i>	»
A <i>alienação</i>	16
II Contra a vontade do titular :	
Por decretação directa da lei.....	»
Pela <i>morte</i> do sujeito do direito.....	17
Pela <i>extincção da coisa</i> ou da <i>obrigação</i>	»
Pela <i>resolução</i> do direito do cedente... ..	»
Pela realização da <i>condição resolutiva</i> ou do termo.....	»
Pela extincção do interesse do titular.....	»
Pela <i>prescrição</i>	18

	Pag.
Suspensão dos direitos, temporaria ou indefinida, por acto judicial.....	18

CAPITULO III.

§ *Unico.* — *Dos elementos constitutivos dos direitos em geral.*

Subjeito aos direitos — a pessoa de criação natural ou juridica.....	19
Objecto do direito — seres da natureza physica	21
Actos ou serviços livremente estipulados ou prescriptos pela natureza.....	»
Corollarios.....	22

TITULO II.— DAS PESSOAS.

CAPITULO I — NOÇÕES GERAES.

Pessoas naturaes ou juridicas.....	25
Diversos sentidos da palavra pessoa...	»
Etymologia desta palavra (nota 2)....	26

CAPITULO II. — DAS PESSOAS NATURAES. I. — SUA NATUREZA E LIMITES DA SUA EXISTENCIA.

§ 1.º — *Sua natureza.*

Homem e pessoa, no direito racional e positivo	28
--	----

	Pag.
Condições	28
1.º A fórma humana do fêto.....	»
<i>Monstrum</i> ou <i>prodigium</i>	29
2.º Completa separação do fêto.....	28
3.º A vida do fêto depois de sua completa separação.....	»

§ 2.º—*Começo da sua existencia.*

Quando tem elle lugar.....	32
Questão da vitalidade do fêto.....	33
Para que effeitos se exigia no Direito Romano a maturidade do fêto.....	36
Contradicção apparente de alguns textos.	37
Protecção que ao fêto dá o Direito Penal..	38
O civil.....	40
Partos gemeos (nota).....	41

§ 3.º—*Fim da sua existencia.*

Quando tem elle lugar.....	42
Presumpção da prioridade de morte em diversas hypotheses.....	43
Questão relativa ao limite extremo presumido da vida humana.....	»

Pag.

CAPITULO III. — DAS PESSOAS NATURAES. II. — SUAS
CLASSIFICAÇÕES.

§ 1.º — *Noções geraes.*

Theoria dos estados e das <i>capitis diminutiones</i>	47
Classificação correspondente das pessoas em :	
1.º <i>libri</i> e <i>servi</i>	»
2.º <i>cives</i> , <i>latini</i> e <i>perigrini</i>	»
3.º <i>personæ sui juris</i> e <i>alleni juris</i>	»
Subclassificações.....	48

§ 2.º — *A liberdade.*

Classificação dos homens em livres e escravos	49
E dos primeiros em <i>ingenuos</i> e <i>libertos</i>	»
Influencia desta classificação no Direito Romano	»
E <i>patrio</i>	»
Questão da revogação da alforria (Nota)	50
A <i>dominica potestas</i> dos Romanos.....	»
Sua modificação entre nós.....	52

§ 3.º — *A nacionalidade.*

Cidadãos e estrangeiros.....	53
------------------------------	----

	Pag.
Cidadãos natos e naturalizados.....	53
Activos e não activos.....	»
Extensão dos direitos de cada classe..	54
Filhos de estrangeiros nascidos no Brazil	»
E de estrangeira que casa com brasileiro, ou brasileira que casa com estrangeiro	55

§ 4.º — *A familia.*

1.º Solteiros, casados e viuvos.....	»
2.º Pais e filhos.....	56
Diversos sentidos da palavra <i>familia</i> no <i>Direito Romano</i>	»
Divisão do poder domestico em :	
1.º <i>Potestas</i>	57
2.º <i>Manus</i>	»
3.º <i>Mancipium</i>	»
Influencia do casamento no direito po- litico, administrativo e privado.....	58
Divisão dos filhos em legitimos o ille- gitimos.....	59
Subdivisão destes em :	
Naturaes (no sentido restricto) ; e.....	»
Espurios (espurios simplesmente taes) adulterinos, sacrilegos e incestuosos.	60
Direitos dos filhos illegitimos á herança paterna	»
Adopção, e.....	»

Adrogação.....	Pag. 60
----------------	------------

§ 5.º— *O parentesco.*

O que é parentesco	»
Consaguinidade e afinidade.....	61
Agnação e cogação.....	»
A <i>gens</i> entre os Romanos.....	»
Diversas especies de parentesco e de affi- nidade	62
Linhas de parentesco :	
Recta (ascendente e descendente).....	63
Collateral.....	»
Transversal ou obliqua.....	»
Grãos de parentesco.....	»
Como se contão segundo o Direito Romano e Canonico.....	»
Em que casos se segue um ou outro me- thodo (nota).....	»
Até que grãos se estende a influencia do parentesco e da afinidade.....	64

§ 6.º— *O sexo.*

Condição juridica da mulher segundo o Direito Romano.....	65
Suas restricções de capacidade, e.....	66

	Pag.
Seus privilegios segundo aquelle Direito e o patrio —.....	67
Hermaphroditas	68

§ 7.º— *A idade.*

Direito Romano.....	69
Divisão da idade humana segundo o Direito Romano ;.....	»
<i>Prima e secunda ætas</i>	»
Sabinianos e Proculcianos.....	»
<i>Prætextatus</i> ou <i>investis</i> , e.....	71
<i>Vesticeps</i>	»
Infancia e puericia.....	»
Seus limites.....	72
Pubertati proximus.....	73
Puberdade.....	74
Instituições especiaes em que se exigião diversos grãos de idade.....	75
Medidas protectoras dos puberes.....	»
<i>Lex Hætoria</i> ; <i>in integrum restitutio</i>	76
Curadorias	»
<i>Venia ætatis</i>	»
Isenções concedidas aos 70 annos.....	»
Direito Patrio.....	»
Divisão da idade.....	77
Restricções de capacidade dos menores, em geral.....	79

	Pag.
Dos impuberes.....	82
Dos infantes.....	83
Em que casos se nomêão tutores e curadores aos orphãos e filhos familias (nota).....	»
Em que idade se concede o supprimento de idade.....	»
Privilegios dos menores.....	»
Cargos publicos para que são aptos (nota).	»
Procuradoria,— conciliação das Ord. Liv. 1.º tit. 48 § 20 e Liv. 3.º tit. 9 § 5 (nota).....	»
Restituição <i>in integrum</i> (nota).....	»
Isenções penaes e administrativas dos menores (nota).....	»
Isenções civis, penaes e administrativas concedidas aos velhos em diversas idades.....	86

§ 8.º — *A saude.*

<i>Sani e morbo ou vitio laborantes</i>	87
Favores concedidos aos enfermos segundo o Direito Patrio.....	88
Suas restricções de capacidade.....	»
Enfermidade grave e perpetua.....	»
Testamento dos enfermos e suas liberalidades para com os medicos.....	89

	Pag.
Impotentes	90
Surdos-mudos.....	»
Cégos.....	91
Alienação mental e suas diversas espe- cies.....	93
Seu character essencial.....	95
Lucidos intervallos.....	96
Favores concedidos aos alienados.....	»
Prodigalidade ; em que <i>ella</i> consiste...	98

§ 9.º — *A religião.*

Polytheismo romano	100
Suas relações para com os outros cultos	101
Christianismo	»
<i>Fidelis (orthodoxi), infidelis (Judæi e pagani)</i>	102
Condições juridicas destas differentes classes.....	»
Intolerancia da antiga legislação portu- gueza para com os Judeus e seus descendentes, os hereges e apostatas	104
Tolerancia limitada da legislação vigente	105

§ 10. — *A profissão.*

Profissões privilegiadas no Direito Ro- mano	106
---	-----

	Pag.
No patrio antigo.....	107
E no vigente.....	»
Advogados.....	108
Medicos.....	»
Cirurgiões.....	»
Boticarios.....	»
Militares.....	»
Commerciantes.....	»
Rusticos.....	109

§ 11.— *A consideração civil.*

<i>A existimatio</i> entre os Romanos.....	»
Como se perdia inteiramente ou em parte.	110
Infamia.....	»
Suas origens, e.....	»
Efeitos.....	111
Infamia immediata e mediata.....	115
De direito ou de facto.....	»
Profissões <i>turpes</i> e <i>viles</i>	116
Suas condições juridicas.....	»
Indignidade.....	117
Sua differença da incapacidade.....	»
Differentes applicações.....	»
A infamia e a incapacidade segundo a legislação franceza (morte civil), hun- gara, allemã, patria, antiga e vigente..	118

Opiniões dos Jurisconsultos nacionaes (nota).....	125
---	-----

§ 12.— *O domicilio.*

O que é domicilio.....	128
1.º Os que o tem <i>voluntario</i>	»
2.º Ou <i>necessario</i>	»
3.º Os que delle estão <i>ausentes</i>	129
4.º Os que tem <i>mais de um domicilio</i> ...	132
5.º Os que <i>não o tem</i> ou os <i>vagabundos</i> .	133

CAPITULO IV.— III — DAS PESSOAS JURIDICAS.—

I.—SUA NATUREZA E SUAS CLASSIFICAÇÕES.

§ 1.º— *Noções geraes.*

A pessoaalidade juridica.....	134
Sua origem.....	»
Limites de sua capacidade, e.....	»
Sua classificação em relação.....	135
1.º Ao modo de sua existencia.....	136
2.º Ao de sua manifestação.....	»
Distincção entre as sociedades ordina- rias, civis ou commerciaes e as cor- porações e instituições pias.....	»
Corollarios.....	137
Direito Romano.....	140

	Pag.
Pessoas jurídicas.....	140
1.º De existencia necessaria.....	»
2.º De existencia voluntaria.....	141
3.º Instituições pias.....	»

§ 2.º *As pessoas jurídicas de existencia necessaria.*

I O Estado.....	146
Seus fins.....	»
Extensão de sua capacidade juridica..	147
Direito Romano. <i>Ærarium, fiscus</i>	147
Etymologia desta palavra (Nota).....	148
Bens particulares do Imperador e principes da familia imperial.....	»
Funcções do mordomo da casa imperial (Nota).....	»
II As provincias.....	150
Extensão de sua capacidade juridica..	»
Administração de seus bens.....	»
III Os municipios entre os Romanos..	»
Extensão de sua capacidade juridica entre nós.....	151
Administração de seus bens.....	»

§ 3.º — *As corporações.*

Classificação das corporações.....	152
------------------------------------	-----

	Pag.
I. Corporações pias, que subdividem-se em:	
1.º Religiosas:	»
a) Ordens monasticas.....	153
Sua origem historica (nota).....	»
Seus votos.....	154
De que auctoridade depende a sua ad-	
missão no paiz.....	155
A entrada de noviços, e.....	»
A fundação de conventos.....	»
b) Ordens terceiras.....	»
Irmandades e confrarias.....	»
A quem compete a sua criação e abo-	
lição, e.....	»
A tomada de suas contas.....	156
c) Cabidos.....	157
Sua origem historica (nota).....	»
A quem compete a sua criação, e.....	158
Nomeação dos conegos.....	»
2.º Beneficentes.....	159
O que são	158
Lojas maçonicas.....	159
3.º Litterarias.....	158
O que são.....	159
II. Corporações industriaes.....	»
Direito Romano	160
Patrio antigo (corporações de officio) e	
moderno.....	»

Companhias ou sociedades anonymas...	161
III. Corporações sodalicias.....	
Direito Romano	
Patrio.....	
De quem depende a incorporação e dissolução das sociedades anonymas ou corporações de todas as especies....	»

§ 4.º— *As instituições pias.*

Natureza das instituições pias.....	»
Sua classificação em :	
1.º Instituições religiosas.....	162
Os templos no Direito Romano antigo..	»
As igrejas no Direito Justineaneo.....	163
Onde está a personalidade jurídica na Igreja christã em geral, ou no Summo Pontifice ?.....	»
Em cada Igreja diocesana, ou no bispo ?.	»
Em cada Igreja parochial, ou em cada templo christão ?.....	»
Bens ecclesiasticos (nota).....	164
Fabricas das Igrejas.....	»
Mitra	»
Fabriqueiros e economos.....	165
2.º Instituições de beneficencia.....	»
Direito Romano antigo.....	»
Direito Justineaneo	166

	Pag.
Instituições dos pobres ou captivos como herdeiros	166
Xenodochias	167
Ptochotrophias	»
Orphanotrophias	»
Brephotrophias	»
Nosocomias, e.....	»
Gerontocomias (nota).....	»
Divisão das instituições de beneficencia em :	
Publicas e particulares	»
Religiosas e profanas.....	»
A quem compete auctorisar o seu estabelecimento, e.....	168
Tomar as suas contas.....	»
3.º Instituições litterarias.....	169
A quem compete a sua criação e inspecção	»

CAPITULO V.— DAS PESSOAS JURIDICAS.— II SUA CAPACIDADE.

§ 1.º— *Noções geraes.*

I. Direitos reaes.....	173
Extensão de capacidade.....	»
Os escravos das corporações.....	»

	Pag.
Seus crimes contra os membros destas.	174
Direito de padroado.....	»
Que bens os corpos de mão-morta não pódem possuir.....	175
Extensão desta prohibição.....	176
Pena de commisso.....	»
O que se entende por corpos de mão- morta.....	177
Como as pessoas juridicas pódem ad- quirir posse e servidões.....	179
Direito Romano, e.....	180
Patrio.....	»
II. Obrigações.....	170
Extensão da capacidade.....	»
Alienação de bens pelos corpos de mão morta.....	171
Contractos com os administradores das pessoas juridicas.....	172
A quem incumbe a prova da lesão,..	173
III. Successões hereditarias.....	181
Incapacidade das pessoas juridicas para a successão hereditaria segundo o Di- reito Romano antigo.....	»
Modificações porque passou este direito	182
A quem competem os bens dos mem- bros das corporações que fallecem sem herdeiros necessarios.....	»

	Pag.
Limitação da capacidade das pessoas jurídicas quanto á successão testamentaria.....	183
IV. Acções	184
Extensão da capacidade. Procurador das pessoas jurídicas, <i>actor e syndicus</i> ...	»
V. Responsabilidade penal e civil.....	187
Exageração do principio de collectividade durante a média idade.....	»
Opiniões dos jurisconsultos sobre a questão da responsabilidade penal e civil das pessoas jurídicas.....	188
Solução negativa e seus fundamentos.	189
As pessoas jurídicas, comquanto não possam ser agentes de delictos, podem ser pacientes de alguns delles.....	191
Responsabilidade civil pelos damnos causados pelas suas cousas ou pelos seus agentes e pelo não cumprimento das obrigações contrahidas pelos seus representantes	192
VI. Privilegios concedidos :	
1.º A's pessoas jurídicas, em geral...	193
Beneficio da restituição <i>in integrum</i> . (nota).	194
2.º A's pessoas jurídicas de existencia necessaria	»

	Pag.
3.º Ao Estado e ás provincias conjunc- tamente	195
4.º Ao Estado exclusivamente.....	196

TITULO III.— DAS COUSAS.

CAPITULO I.— NOÇÕES GERAES.

§ 1.º— *Noção geral da coisa.*

Objecto dos direitos	199
O que são bens e <i>pecunia</i>	200
Diversos sentidos da palavra — <i>cousa</i> ..	»

§ 2.º— *Da classificação das cousas segundo o
Direito Romano.*

Classificação das cousas segundo :	
Gaio.....	202
Marciano	206
As Institutas de Justiniano.....	»
Nosso juizo sobre estas classificações...	
Classificação que adoptamos.....	208

CAPITULO II.— DA CLASSIFICAÇÃO DAS COUSAS.

I.— EM RELAÇÃO Á SUA NATUREZA.

§ 1.º— *Cousas immoveis, moveis e acções.*

I. Bens immoveis.....	209
-----------------------	-----

	Pag.
1.º Por natureza.....	211
a) O solo.....	»
b) As arvores e vegetaes emquanto ad- herem ao solo pelas raizes e delle se alimentão.....	»
c) Os fructos emquanto pendem dos ve- getaes que os prodnzirão.....	212
Venda da colheita pendente.....	»
2.º Por arte humana.....	213
As cousas preparadas para fazerem parte de um predio ou delle tiradas para serem recollocadas.....	214
As barracas e outras construcções sem alicerces	215
3.º Por destino :	
a) Os objectos moveis ligados perpetua- mente pelo proprietario ao predio...	»
Quando, porém, se deve entender que ha esta perpetua ligação.....	216
Opinião de Pothier.....	»
O Codigo Civil francez.....	217
b) Os moveis collocados pelo propieta- rio no predio para o serviço deste..	219
Privilegio de integridade (Nota).....	»
4.º Pelo objecto a que se applicão :	
a) O usufructo dos immoveis.....	221
b) As servidões	»

	Pag.
c) As acções competentes para a reivindicação dos immoveis.....	222
Corollarios (Nota).....	»
d) As rendas, pensões, tensas e fóros perpetuos e vitalicios.....	223
5.º Por disposição legislativa para fins especiaes :	
a) As embarcações.....	»
b) Os moveis preciosos dos menores...	224
Condições para a alienação dos immoveis pertencentes aos menores (nota).	224
Predios.....	»
Sua divisão em :	
1.º Urbanos e rusticos.....	»
2.º Allodiaes e emphyteuticos.....	»
Definição de cada uma destas especies ; e de — <i>fundus, ædes, villa, ager</i> (Nota).	225
Etymologia das palavras — allodio e emphyteuse (nota).....	226
II. Bens moveis.....	227
Diversos sentidos das palavras — moveis, alfajas, casa mobiliada, casa com tudo que nella se acha.....	»
III. Acções :	
O que são as acções exigiveis de que trata a Lei de 20 de Junho de 1774 §§ 17, 27 e 29.....	230

	Pag.
Classificação de bens para a execução, segundo o Regulamento n. 737 de 25 de Novembro de 1850 Art. 512....	231

§ 2.º — *Cousas existentes e futuras.*

O que são cousas futuras.....	232
Quando começa a obrigação de entre- gal-as.	»
Legado condicional, pendente á con- dição	234

§ 3.º — *Cousas singulares e collectivas.*

Definição e subdivisão das cousas sin- gulares, em :	
1.º Simples e.....	236
2.º Compostas	»
E das cousas collectivas em :	
1.º Collectivas de facto, e.....	»
2.º De direito.....	238
Como se entende a expressão — <i>per uni- versitatem</i>	239
Modos de adquirir <i>per universitatem</i> ...	240

§ 4.º — *Cousas divisíveis e indivisíveis.*

Em que consiste a indivisibilidade :

	Pag.
1.º De facto.....	241
2.º De direito	»
Divisibilidade das cousas em :	
Corporeas, e.....	242
Incorporeas.....	»

§ 5.º — *Cousas principaes e accessorias.*

Definição de cousas principaes e accessorias.....	244
I. Cousas naturalmente accessorias :	
1.º As terras que se ajuntão ao nosso solo pela alluvião, ou pela força do rio.	245
2.º Os fructos	246
3.º O parto das escravas.....	»
Porque este não é incluído entre os fructos.	»
Classificação dos fructos :	
1.º Quanto á sua origem em :	
a) naturaes	248
b) industriaes, e.....	249
c) civis.....	»
2.º Quanto á sua natureza, em :	
a) vegetaes.....	»
b) animaes.....	250
3.º Quanto ao seu estado em :	
a) pendentes ou estantes.....	251
b) separados.....	»

	Pag.
c) percebidos.....	252
d) consumidos.....	253
e) percipiendos.....	254
Direito relativo a estas diversas classes de fructos	
II. Cousas industrialmente accessorias :	
1.º As que se ligão a cousas principaes immoveis ou.....	»
2.º A moveis.....	»
Subdivisão da segunda classe em acces- sorias	255
1.º por união ou adjuncção, a saber :	256
a) por inclusão.....	257
b) por solda.....	»
c) pela textura.....	»
d) pela escriptura	»
e) pela pintura.....	»
2.º Pela mistura	»
a) de duas cousas não liquidas, (mistura no sentido restricto).....	»
b) ou liquidas (confusão).....	258
Pertencas de moveis e immoveis.....	»
Bemfeitorias	259
1.º necessarias	260
2.º uteis	»
3.º voluptuarias.....	»

	Pag.
§ 6.º — <i>Cousas fungiveis e não fungiveis.</i>	
1.º <i>Cousas naturalmente fungiveis e não fungiveis</i>	260
2.º <i>Cousas civilmente fungiveis e não fungiveis</i>	261
Corollarios.....	262

CAPITULO III. — DA CLASSIFICAÇÃO DAS COUSAS. — II
EM RELAÇÃO AO SEU PROPRIETARIO.

§ 1.º — *Cousas que estão no commercio e fóra delle.*

Commercio no sentido juridico.....	264
Cousas que estão no commercio e fóra d'elle.....	»
Alienabilidade e appropriabilidade das cousas.....	265
Opinião de Gaio e de Vinneo.....	»
Inappropriabilidade absoluta e relativa das cousas.....	266
Inalienabilidade absoluta e relativa das cousas.....	268

§ 2.º — *As cousas sem dono.*

Divisão das cousas *nullius* (no sentido amplo) em :

	Pag.
I. As que por sua natureza não podem ser appropriadas	270
<i>Res communes</i> dos Romanos — o ar, a agua corrente, o mar e as praias do mar	»
II. As que podem ser appropriadas, mas nunca o forão.....	274
Comprehendem :	
1.º cousas animadas, — aves, peixes e animaes bravios.....	275
2.º Cousas inanimadas — lenhas das terras de uso publico, vegetaes, coral, ambar, perolas, pedras precíosas, achados no mar, praias e rios publicos.	278
III. As que voluntariamente forão abandonadas pelos proprietarios.....	279
Condições constitutivas do abandono..	280
Objectos que se achão fluctuando no mar, ou que por este são arrojados nas praias.....	281
<i>Missilia</i>	»
Deserção de predios.....	»
Thesouros abandonados.....	282
Legislação Romana.....	»
Patria antiga.....	283
Estão sujeitos ao direito de invenção, ou de accessão ?.....	284

	Pag.
IV Cousas pertencentes ao inimigo, tomadas durante a guerra.....	286
Direito Romano.....	»
Conciliação de autinomias.....	287
Direito Patrio, antigo e moderno.....	288

§ 3.º — *Bens publicos e particulares.*

Bens publicos (no sentido lato).....	289
Dominio publico (no sentido restricto) e privado das pessoas juridicas publicas o de existencia necessaria	291
Exemplos (nota).....	»
Imprescriptibilidade dos bens publicos, (nota).....	»
Bens publicos (no sentido restricto), ou do dominio publico.....	292
1.º Ruas, estradas, etc.....	»
Direito Romano e patrio.....	»
2.º Rios, lagos navegaveis e as respectivas margens	295
Direito Romano.....	»
O que são margens do rio.....	296
O alveo	297
Direito de aluvião.....	299
<i>Ager orcfinius</i> e <i>ager limitatus</i>	301
Ilhas formadas nos rios.....	302

	Pag.
Como se formão (nota).....	302
Conciliação de autinomias do Direito Romano (nota).....	»
3.º Os mares territoriaes, interiores, etc.	303
Fundamento do direito aos mares territoriaes, e extensão destes.....	»
Praias do mar.....	305
O seu uso, segundo o Direito Romano e Patrio.....	»
4.º Os terrenos de logradouro publico.	306
Bens publicos (no sentido lato) do dominio privado das pessoas publicas ou de existencia necessaria.....	307
I. Os bens nacionaes (no sentido lato).	308
Os da corôa.....	»
Distincção entre o patrimonio publico e privado do monarcha.....	»
Os do Estado, nacionaes (no sentido restricto), ou geraes, a saber:.....	310
1.º As ilhas adjacentes ao territorio nacional.....	»
2.º Os terrenos de marinha.....	»
Legislação sobre a preferencia entre os concurrentes.....	311
O fôro a que estão sujeitos.....	312
O processo de medição e demarcação dos dit,js terrenos.....	»

	Pag.
A fórma de sua avaliação.....	312
O seu laudemio.....	»
O commissio em que pódem cair.....	»
3.º Os terrenos de aluvião, ou de formação artificial, que assentam no fundo do mar.....	314
Direito Romano, e.....	»
Patrio.....	»
4.º As terras devolutas.....	315
5.º O páo-brasil e madeiras reservadas. Legislação patria e vigente.....	317
6.º As minas e terrenos diamantinos.. Legislação patria, antiga e vigente...	318
7.º Os bens vagos a saber.....	320
a) Os moveis e de raiz a que não é achado senhorio certo.....	324
b) As heranças vacantes.....	»
c) Os bens de evento achados no Município da Côrte.....	325
d) Os navios e seus carregamentos pertencentes a inimigo, ou pirata.....	326
Bens de capellas, nos casos de falta de legitimo administrador, de extinctção de successão, ou de commissio, e das corporações de mão morta nos casos de extinctção, de abolição, ou de commissio.....	327
	328

	Pag.
8.º Os proprios nacionaes.....	329
Outros bens do Estado.....	330
II. Os bens provinciaes.....	331
III. Os bens municipaes.....	»
Bens particulares, hereditarios, e adquiridos.....	332
Combinação dos dominios <i>directo</i> e <i>util</i> , nos bens publicos e particulares....	333

TITULO IV.—DOS ACTOS JURIDICOS.

CAPITULO I.

§ *Unico.* — *Dos factos em geral.*

Necessidade do estudo dos factos.....	336
Factos <i>mixtos</i> , que destróem uma relação juridica e dão começo a outra.....	»
Transformação <i>subjectiva</i> (<i>successão</i>).....	»
Transformação <i>objectiva</i> (<i>acção de prejuizos, perdas e damnos</i>).....	»
Divisão dos factos em:	
<i>Positivos</i> e <i>negativos</i>	»
<i>Voluntarios</i> e <i>não voluntarios</i> ou <i>externos</i> .	337
Subdivisão dos factos <i>não voluntarios</i> ou <i>externos</i> em :	
<i>Fataes</i>	»
<i>Praticados sem liberdade</i> ou.....	»

	Pag.
<i>Praticados por pessoas extranhas</i>	337
<i>Fortuitos</i>	»
<i>Não fortuitos</i>	»
Subdivisão dos factos <i>voluntarios</i> em :	
<i>Licitos</i>	338
<i>Illicitos</i>	»
O que são :	
Actos <i>legitimos</i>	»
Actos <i>solemnes</i>	339
Subdivisão dos actos <i>juridicos</i> em :	
<i>Unilateraes</i>	»
<i>Bilateraes</i>	»
<i>Inter-vivos</i>	340
Disposições de ultima vontade.....	»

CAPITULO II.—DOS ACTOS JURIDICOS. I.—SUA FORMA
E ELEMENTOS CONSTITUTIVOS, EM GERAL.

O que é a <i>fórma</i> dos actos <i>juridicos</i> ..	»
Sua divisão em :	
<i>Interna</i>	»
<i>Externa</i>	»
<i>Publica</i>	341
<i>Particular</i>	»
Elementos dos actos <i>juridicos</i> :	
<i>Essenciaes</i> (geraes e <i>particulares</i>).....	342
<i>Naturaes</i>	»
<i>Accidentaes</i>	343

Pag.

CAPITULO III. — DOS ACTOS JURIDICOS. — II. —
SEUS ELEMENTOS ESSENCIAES.

§ 1.º.— *Noções geraes.*

Elementos essenciaes que se referem :	
A' <i>pessoa</i> do agente.....	344
Ao <i>objecto</i> do acto.....	»
<i>Capacidade natural</i> do agente.....	»
<i>Capacidade civil</i>	345
Consentimento :	
<i>Expresso</i> e.....	»
<i>Tacito</i>	346
<i>Anterior</i> e.....	347
<i>Posterior</i>	»
Causas que podem viciar o consenti- mento.....	348
Qual póde ser o <i>objecto</i> do acto juri- dico.....	»
Suas condições.....	»

§ 2.º.— *O erro e a ignorancia.*

O que são o <i>erro</i> e a <i>ignorancia</i> (de di- reito e de facto).....	350
Quando o erro se refere :	
A' <i>pessoa</i>	351

	Pag.
Ao <i>objecto do acto</i>	351
Diferença entre o erro e a <i>falta de discernimento</i>	352
Doutrina de Savigny.....	353
Distincção entre o erro :	
<i>Essencial</i> , e.....	»
<i>Concomitante</i>	»
O erro é essencial quando se refere :	
1.º A' <i>natureza do acto</i> ou <i>contracto</i>	354
2.º <i>Ao proprio objecto da prestação</i>	»
Casos em que o erro póde ser ou deixar de ser essencial.....	355
3.º A' <i>pessoa</i> que deve dar ou receber a prestação.....	356
Erro sobre o nome do herdeiro.....	»
Quando não é essencial o erro sobre o <i>nome</i> da coisa ou os <i>motivos</i> do acto.	357
E' indiferente que o erro seja <i>unilateral</i> ou <i>bilateral</i>	»
Nem sempre dá direito á indemnisação.	»
Quem deve provar o erro, e quando procede a sua <i>allegação</i>	358

§ 3.º O dolo.

Porque o direito condemna e combate o dolo.....	359
---	-----

	Pag.
O que é o dolo.....	360
Seus diversos grãos.....	360
<i>Dolus bonus</i> e <i>dolus malus</i> dos Jurisconsultos Romanos.....	361
Divisão do dolo em :	
<i>Positivo</i>	»
<i>Negativo</i>	362
(A <i>fraude</i>).....	363
<i>Dolus causam damnus</i>	364
<i>Dolus incidens</i>	»

§ 4.º — A violencia.

Divisão da violencia em :	
<i>Physica</i> e.....	365
<i>Moral</i>	»
A violencia <i>physica</i> subdivide-se em :	
<i>Positiva</i> e.....	»
<i>Negativa</i>	»
A violencia <i>moral</i>	366
Condições que ella deve ter, para que annulle o acto.....	367
<i>Metus causam dans</i> e... ..	370
<i>Metus incidens</i>	»

§ 5.º — A simulação.

O que é a simulação.....	»
--------------------------	---

Disposições do Direito Romano e.....	Pag. 371
Do Direito Patrio.....	»

CAPITULO IV. — DOS ACTOS JURIDICOS. — III. — SEUS
ELEMENTOS NATURAES.

§ *Unico.*

Elles se achão espalhados em todo o corpo do Direito	372
Exemplos.....	»

CAPITULO V. — DOS ACTOS JURIDICOS. — IV. — SEUS
ELEMENTOS ACCIDENTAES.

Elementos que se referem :	
A' <i>modalidade</i>	373
A' <i>confirmação</i>	»

§ 1.º — *A condição.*

O que é condição.....	»
Diversas especies de condições.....	374
N. 1. Condições <i>positivas e negativas</i> ...	»
N. 2. Condições <i>potestativas, casuaes e mixtas</i>	376
Regras relativas ás condições potesta- tivas.....	376

	Pag.
N. 3.— Condições <i>possiveis e impossiveis</i> .	379
Doutrina dos Proculianos e Sabinianos.	»
Quaes são as condições impossiveis...	»
Em que deve consistir a impossibilidade.	380
N. 4. — Condições impossiveis. — I.	
Condições immoraes	382
Impossibilidade <i>physica, juridica e moral</i> .	»
Doutrina de Savigny.....	»
Effeitos das condições immoraes.....	383
Legados <i>penæ nomine</i>	384
Quando vale, ou não, a promessa de dinheiro para alguém se abster de um delicto ; ou cumprir um dever.....	»
Cessa o direito de repetição quanto ao complice da immoralidade.....	385
N. 5.— Condições <i>possiveis e impossiveis</i> . — II. Condições prohibidas....	»
Condições que, não sendo immoraes, são comtudo prohibidas em certos casos.	»
Condições pela legislação patria prohi- bidas nas escripturas.....	388
Pena que fere a liberdade em materia de matrimonio ; condição de <i>casar-se</i> ou de <i>não casar-se</i>	»
Pena para o caso em que <i>não se ins- titua herdeiro certa pessoa</i>	389
<i>Pactos successorios</i> (Nota).....	»

	Pag.
N. 6.— Condições suspensivas e resolu- tivas.....	392
O que sejam estas condições.....	»
Opinião de Maynz e Thibaut.....	»
Critica desta opinião.....	»
Diferença entre a <i>retrovenda</i> e a con- dição suspensiva.....	393
Efeitos da condição suspensiva.....	394
I. Condição <i>Pendente</i>	395
II. <i>Existente</i> ou <i>realizada</i>	398
III. <i>Deficiente</i>	400
N. 7. — Preenchimento das condições.	401
Quando se reputão preenchidas.....	»

§ 2.º— O termo.

Divisão do termo em:	
<i>Primordial</i> (<i>in diem</i> ou <i>ex die</i>).....	403
Final (<i>ad diem</i>).....	»
Como se marca o termo.....	»
Diferença entre <i>termo</i> e <i>condição</i>	»
N. 1.— O termo primordial (<i>in diem</i> ou <i>ex die</i>).....	404
Designação do termo:	
I. Por um dia do Calendario (suas con- sequencias).....	405

	Pag.
II. Por meio de um acontecimento (suas consequencias)	405
Applicação á condição <i>indebiti</i>	406
Termo primordial impossivel.....	407
N. 2. — Termo final (<i>ad diem</i>) :	
Disposições de Direito Romano.....	407
Termo final impossivel.....	408

§ 3.º— *O modo.*

O que é o modo.....	»
Diferença entre <i>modo</i> e <i>condição</i>	409
Na duvida se prefere o modo á condição.	»
Diferença entre o modo e um simples desejo, conselho ou exhortação.....	»
Em que póde consistir o modo.....	410
Como elle se executa.....	»
Modo immoral, irrazoavel ou impossivel.	411

§ 4.º— *A causa.*

O que é a <i>causa</i> do acto juridico. A <i>falsa causa</i>	412
--	-----

§ 5.º— *O juramento.*

O que é o juramento.....	413
--------------------------	-----

	Pags.
Sua divisão em :	
<i>Assertorio</i> ou <i>declaratorio</i> e.....	414
<i>Promissorio</i>	»
Juramento promissorio segundo o Di- reito :	
Romano	»
Canonico	»
Patrio	415

§ 6.º — *A pena.*

O que é a <i>pena convencional</i> ou <i>clausula</i> <i>penal</i>	»
Direitos do credor a respeito della....	416
Quando a pena se torna irrevogavel...	»

§ 7.º — *As arrhas.*

O que são as arrhas.....	417
Quando se usão.....	»
O <i>signal</i> nas cômpras e vendas.....	418
Quando as arrhas se tornão de nenhum effeito	»
Quando se instituem ou pagão em dobro.	419
Arrhas dadas em <i>parte de paga</i> ou em <i>signal de paga</i>	»
Nas vendas mercantis.....	»
Nos contractos sponsalicios.....	420

CAPITULO V

§ *Unico.*—*Dos actos judiciaes.*— V. *Sua interpretação.*

Diversas especies de interpretação :	
<i>Authentica</i>	»
<i>Usual</i>	421
<i>Doutrinal</i>	422
Regras da interpretação doutrinal.....	»

CAPITULO VI.

§ *Unico.* — *Dos actos juridicos.* — *Sua nullidade rescisão e conversão.*

I. <i>Nullidade</i>	424
Nullidades <i>absolutas e relativas</i>	»
Diferença dos seus effectos.....	425
Quando deve ser considerado o acto juridico para se determinar a sua validade, ou invalidade.....	»
Nullidade que só se refere á parte principal, ou não principal do acto.....	426
II. <i>Rescisão</i>	»
Em que differe da nullidade.....	427
III. <i>Conversão</i> :	
Em que consiste e quando tem lugar.	»

	Pag.
Quando se faz <i>ipso jure</i>	»
Quando por vontade das partes.....	»

CAPITULO VI.— DOS ACTOS ILICITOS.

§ 1.º — *Considerações geraes.*

O que são actos <i>illicitos</i>	429
Sua inefficacia.....	»
Actos <i>illicitos</i> contrarios :	
A's leis penaes e policiaes.....	»
A's leis civis.....	430
Dolo e fraude (<i>remissivé</i>).....	»

§ 2.º — *A culpa.*

O que é a <i>culpa</i>	»
Quaes os seus elementos.....	»
<i>Culpa positiva e negativa</i>	431
<i>Negligencia culpada</i>	»
Divisão da culpa em :	
<i>Lata</i>	432
<i>Leve</i> e.....	433
<i>Levissima</i>	»
Opiniões dos Jurisconsultos modernos sobre a <i>culpa levissima</i>	»
Doutrina da legislação patria.....	434

	Pag.
Em que casos tem entre nós lugar a culpa levíssima.....	435

§ 3.º— *O caso fortuito ou de força maior.*

O que é <i>caso fortuito</i> ou de força maior. »	
Irresponsabilidade que delles provém..	436
Excepção desta regra..... »	
Convenções das partes sobre a responsabilidade pelo caso fortuito, pelo dolo, ou pela culpa.....	437

§ 4.º— *A indemnisação pelo damno.*

Classificação do damno.....	438
Sua critica.....	439
Indemnisação do damno.....	440
Quando o damno provém de delicto, como se commuta em prisão.....	442
Indemnisação do damno, em <i>materia civil</i> , quando elle provém de dolo ou culpa.	443

Curso de Direito Civil Brasileiro – Volume II (edição fac-similar), de Antônio Joaquim Ribas, foi impresso em papel vergê areia 85g/m², nas oficinas da SEEP (Secretaria Especial de Editoração e Publicações), do Senado Federal, em Brasília. Acabou-se de imprimir em agosto de 2003, como parte integrante da Coleção História do Direito Brasileiro – Série Direito Civil (Volume 2).

Coleção

História do Direito
Brasileiro



Direito Civil

ANTONIO JOAQUIM RIBAS

Curso de Direito Civil brasileiro

ANTONIO MAGARINOS TORRES

Nota Promissória - estudos da lei, da doutrina e da jurisprudência cambial brasileira

AUGUSTO TEIXEIRA DE FREITAS

Consolidação das Leis Civis

AUGUSTO TEIXEIRA DE FREITAS

Código Civil: esboço

CLÓVIS BEVILÁQUA

Direito das Coisas

FRANCISCO DE PAULA LACERDA DE ALMEIDA

Obrigações: exposição systematica desta parte do Direito Civil patrio segundo o methodo dos "Direitos de Família" e "Direito das Cousas" do Conselheiro Lafayette Rodrigues Pereira

JOSÉ DE ALENCAR

A Propriedade pelo Cons. José de Alencar - com uma prefação do Cons. Dr. Antonio Joaquim Ribas

LAFAYETTE RODRIGUES PEREIRA

Direito das Coisas - adaptação ao Código Civil por José Bonifácio de Andrada e Silva

LAFAYETTE RODRIGUES PEREIRA

Direitos de Família - anotações e adaptações ao Código Civil por José Bonifácio de Andrada e Silva

LOURENÇO TRIGO DE LOUREIRO

Instituições de Direito Civil brasileiro

PEDRO ORLANDO

Direitos Autorais: seu conceito, sua prática e respectivas garantias em face das Convenções Internacionais, da legislação federal e da jurisprudência dos tribunais