

Direito Civil

Consolidação das Leis Civis Vol. I

Augusto Teixeira de Freitas

História do Direito
Brasileiro



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.

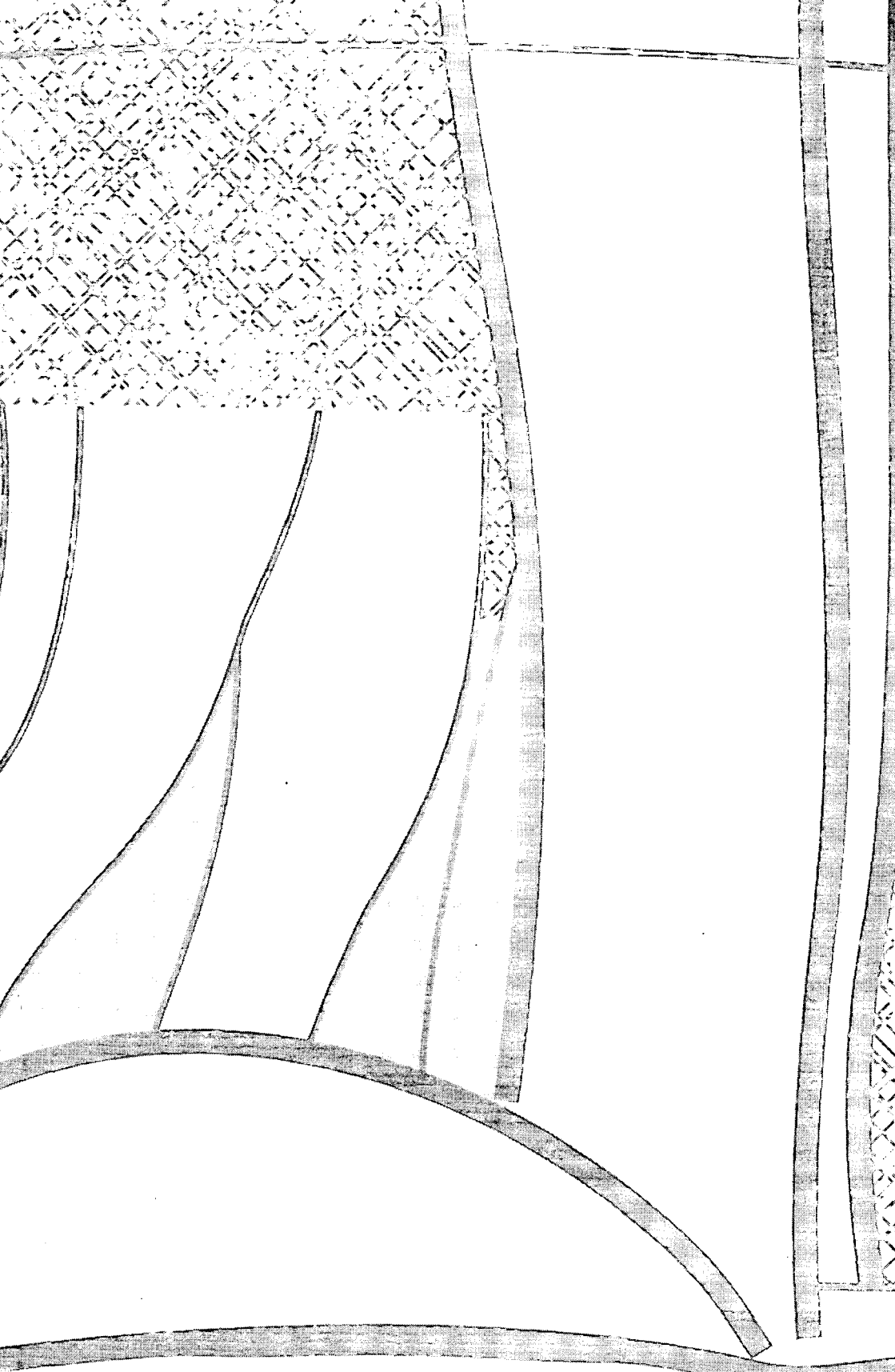
Seu objetivo é atualizar, num corpo orgânico, parte da história de nosso Direito e, dessarte, colocar à disposição de especialistas e demais interessados obras da literatura jurídica nacional hoje esgotadas ou de difícil acesso. A importância da iniciativa é evidente: por um lado, contribui para a preservação 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 luminárias 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. Antônio 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





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
Senadora Serys Silhessarenko, 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 Andriqui
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



Direito Civil

Consolidação das Leis Civis Vol. I

Augusto Teixeira de Freitas
Obra fac-similar

Prefácio de
Ruy Rosado de Aguiar

História do Direito
Brasileiro

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

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 França 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

Freitas, Augusto Teixeira de.

Consolidação das leis civis / Augusto Teixeira de Freitas ;
prefácio de Ruy Rosado de Aguiar. -- Ed. fac-sim. -- Brasília :
Senado Federal, Conselho Editorial, 2003.

2 v. -- (Coleção história do direito brasileiro. Direito civil)

1. Direito civil, legislação, 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 jurisconsultos 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 prefação do Cons. Dr. Antônio 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 Antônio 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 Antônio 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”.

- *Direito 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 sistemática desta parte do Direito Civil pátrio segundo o método 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 alemão, 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 teóricas e práticas ao Código Criminal*, de Thomaz Alves Júnior. 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 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 comentado, teórica 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

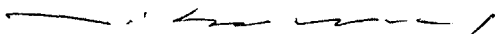


Siqueira. Desembargador do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e autor de livros sobre direito penal, em 1930 Siqueira foi incumbido pelo Ministro da Justiça e Negócios Interiores de redigir um anteprojeto de Código de Processo Civil. Em 1917 tinha participado, pela acusação, no julgamento do assassinato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

- *Código Penal dos Estados Unidos do Brasil comentado*, de Antônio 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

Prefácio

1. Já foi dito que melhor se compreende Teixeira de Freitas pela sua obra, não pelos fatos de sua vida. Porém acredito que quatro episódios devem ser referidos, porque marcantes do seu feitio moral, certamente refletido na produção intelectual.

Em 1835, com 19 anos, cursando o quarto ano do Curso Jurídico no antigo Convento de São Francisco, em São Paulo, requereu fosse examinado por outros professores que não os titulares da segunda cadeira, o que lhe foi indeferido pelo Ministro do Império Joaquim Vieira da Silva e Souza. Com isso, abandonou o curso e retornou a Olinda, onde já cursara o primeiro ano, diplomando-se em 1837. A história da época não registra pedido igual, cujas razões não ficaram até hoje explicadas, e a reação do estudante mostra a firmeza da sua insatisfação.

Mais tarde, em 1857, empossado havia poucos meses na Presidência do Instituto dos Advogados Brasileiros, nobre instituição que ajudara a fundar em 1843, Teixeira de Freitas emitiu parecer em consulta feita ao Instituto sobre se eram livres os filhos de escrava que, em testamento, havia sido liberta, mas com a cláusula de servir a um herdeiro ou legatário, enquanto este vivesse. Fundado na interpretação de texto de Ulpiano, entendeu que eles seriam escravos, enquanto Caetano Alberto Soares, ex-presidente e também parecerista, respondera que os filhos seriam livres. A questão foi submetida a votos no Instituto e venceu a tese de Caetano Alberto. Inconformado com os debates, que se prolongaram por três sessões, e com o resultado desfavorável, Freitas enviou carta ao Instituto e renunciou à sua presidência, ocasião em que ofereceu certa quantia (um conto de réis) para se iniciar uma biblioteca, indicando como primeira necessidade a aquisição de exemplar do “Corpus Juris Civilis”. A renúncia foi aceita, mas a oferta recusada.

O Ministro Moreira Alves, romanista insigne, afirmou ser a solução “correta, mesmo à luz dos mais recentes estudos de Schulz, Arangio-Ruiz e Donatuti, em face do direito justinianeu, que continuava sendo o direito subsidiário das Ordenações Filipinas aplicadas no Brasil” (“A

formação romanística de Teixeira de Freitas e seu espírito inovador”, in “Augusto Teixeira de Freitas e il Diritto Latinoamericano”; Cedam-Padova, 1983, p. 20). Houve quem visse aí “uma tendência ao *ius strictum* e ao legalismo” (Nelson Saldanha, “História e Sistema em Teixeira de Freitas”, *op. cit.*, p. 60), o que corrobora a crítica que lhe fez René David, de ser demasiadamente dogmático. Na carta que enviou ao Instituto, Freitas explicou: “em questões de jurisprudência, não posso compreender que se desenvolvam paixões; não sei também que fruto se possa colher dos assaltos de uma primeira idéia, e arrebatamento do entusiasmo, em matéria de pura observação e raciocínio... As opiniões alheias devem ser respeitadas, mas a certeza não é o mesmo que a dúvida. Se me negares o brilho do sol, eu não direi que tendes uma opinião, direi que sois cegos”. Devo lembrar ter sido ele convicto adversário da escravidão, tanto que não a mencionou na Consolidação e no Esboço, embora o regime fosse escravocrata. O incidente demonstra a sua intransigência com a rigorosa observância do sistema jurídico, ainda que a conclusão contrariasse os seus sentimentos.

Em ofício de 20 de setembro de 1867, Teixeira de Freitas submeteu ao Ministro da Justiça seu propósito de abandonar o Esboço do Código Civil, no qual trabalhava desde 1859, já adiantada a empresa com 3.702 artigos publicados, outros 1.314 prontos para publicar, e propôs a unificação do Direito Privado, com a elaboração de dois novos códigos: um Código Geral, com as leis que ensinam, para os homens de ciência, e um Código Civil, com as leis que mandam, para o povo. Isso significaria modificação profunda de tudo quanto se pensara àquele tempo sobre a legislação do Direito Privado. O Conselho de Estado, pela comissão formada por José Tomás Nabuco de Araújo, Francisco de Sales Torres Homem e o Visconde de Jequitinhonha (Francisco Gê Acaíaba Montezuma), aprovou o plano, “uma invenção, que pode dar glória ao autor e ao país”.

No Ministério da Justiça, porém, estava José de Alencar, que não aceitava o Esboço e, menos ainda, a nova proposta: “Em minha humilde opinião, não só o engenhoso e vasto plano ultimamente delineado pelo bacharel Augusto Teixeira de Freitas, mas também o esboço anterior, são, como elementos legislativos, *frutos muito prematuros*, embora como trabalhos científicos revelem as altas faculdades do autor, e sua opulenta literatura jurídica”. O Ministério deixou o assunto de lado até que, em 1872, sendo Ministro da Justiça Manuel Antonio Duarte de Azevedo,

expediu-se ofício pelo qual era considerado rescindido o contrato com Teixeira de Freitas e ele exonerado das suas obrigações.

Esse terceiro fato (1867) revela a pureza de propósito do cientista, que não vacilou em sacrificar uma vida de estudos e rejeitar a obra que até ali construía, mas que agora o descontentava; diante do impasse, assumiu o único comportamento por ele considerado compatível com a necessidade de manter-se fiel à sua convicção atual, a melhor para a ordem jurídica do país. Disse Freitas: “Se engendrei tudo isso (*o plano da Consolidação*), se alterei minhas primeiras idéias, por que não poderei mais uma vez alterá-las, ou antes, requintá-las, no meu ardente amor pela conquista da verdade jurídica?... Não há tipo para essa arbitrária separação de leis, a que deu-se o nome de Direito Comercial ou Código Comercial; pois que todos os atos da vida jurídica, excetuados os benéficos, podem ser comerciais ou não comerciais, isto é, tanto podem ter por fim o lucro pecuniário, como outra satisfação da existência... O meio de sair de tais embaraços, de sanar tantos inconvenientes, de reparar os erros do passado, de fixar os conhecimentos jurídicos, de estabelecer a unidade da legislação e de extremar os verdadeiros limites da codificação civil só o acharemos na composição de dois códigos cujas divisões capitais vêm a ser: CÓDIGO GERAL. Livro 1º – Das causas jurídicas. Seção 1ª – Das pessoas. Seção 2ª – Dos bens. Seção 3ª – Dos fatos. Livro 2º – Dos efeitos jurídicos. CÓDIGO CIVIL. Livro 1º – Dos efeitos jurídicos. Livro 2º – Dos direitos pessoais. Livro 3º – Dos direitos reais”.

“É uma página dolorosa, a mais dolorosa da história intelectual da jurisprudência brasileira, essa, em que o sábio jurista renega e despedaça todo o seu trabalho anterior, sacrificando-o, com heróica abnegação de um estóico, ao que ele julgava a verdade científica” (Clóvis Beviláqua, “Código Civil”, v. 1, p. 12).

Comentando o acontecido, disse Pontes de Miranda: “O Esboço de Teixeira de Freitas, *que nos teria dado o melhor Código Civil do Século XIX, prestou-nos, não se transformando em Código Civil, o serviço de pôr-nos em dia com o que genialmente entrevia* e permitiu-nos sorrir dos imitadores do Código Civil francês, enquanto Portugal, imitando-o, deixou que a sua história jurídica se fizesse mais nossa do que dele... Já Teixeira de Freitas percebera que a parte do direito concernente à eficácia (‘dos efeitos civis’, dizia ele) havia de ser todo um livro, após as causas, as pessoas, os bens e os fatos jurídicos. Somente depois trataria – no plano do direito civil – dos direitos pessoais e dos direitos reais. O Código

o Bacharel Augusto Teixeira de Freitas, a quem foi concedido o prazo de cinco anos para “coligir e classificar toda a legislação pátria, inclusive a de Portugal, anterior à Independência do Império, compreendendo-se na coleção e classificação as leis ab-rogadas ou obsoletas, com exceção das portuguesas”; a classificação guardaria as divisões de Direito Público ou Administrativo e Privado, assim como as subdivisões respectivas, e seria feita por ordem cronológica; depois, Teixeira de Freitas consolidaria “toda a legislação civil pátria, com as mesmas condições da classificação”. “Consiste a consolidação em mostrar o último estado da legislação.”

“O próprio enunciado revela a magnitude e a dificuldade da obra a empreender; punham-se frente ao jurisconsulto os imensos e informes materiais que a legislação e a prática do direito ofereciam para que fosse separando, as partes mortas e caducas, pela comparação de seus textos e interpretações, vitalizando os ramos vitais e ao aplicar na tarefa um espírito de sintética unificação, para fazer surgir um corpo orgânico daquele obscuro conjunto” (Enrique Martinez Paz, “Freitas y su influencia sobre el Código Civil Argentino”, Córdoba, Argentina, Imprenta de la Universidad, 1927, p. XIV).

O material encontrado foi assim descrito pelo nosso autor: “Nunca tivemos Código Civil, e se por tal reputássemos o corpo das Ordenações Filipinas, ou antes o 4º Livro delas, que mais se dedicou aos contratos e sucessões, estaríamos ainda assim envolvidos na imensa teia de leis extravagantes, que se tem acumulado no decurso de mais de dois séculos e meio. Também não existe um só escritor, antigo ou moderno, que puramente se limitasse a coligir e ordenar o Direito Pátrio. Aquelas Ordenações, que são pobríssimas, reclamavam copioso suplemento. Seus colaboradores, ou pela escassez de luzes de que têm sido acusados, ou por fugirem a maior trabalho, reportaram-se muitas vezes ao Direito Romano, e mesmo geralmente o autorizaram, mandando até guardar as glosas de Accursio, e as opiniões de Bartolo e mais doutores. Essa fraqueza, que a Ord. L. 3º T. 64 igualmente estendera ao Direito Canônico; a famosa Lei de 18 de agosto de 1769, que deu largas ao arbítrio com o título de – boa razão; o outro subsídio dos – estilos e costumes; tudo concorreu para que os nossos juristas carregassem suas obras de materiais estranhos, ultrapassando mesmo as raias dos casos omissos. As cousas têm chegado a tal ponto que menos se conhece e estuda nosso direito pelas leis, que o constituem; do que pelos praxistas que as invadiram” (Introdução, p. XXXII).

Freitas não chegou a entregar ao Governo o trabalho de classificação. Embora estivessem adiantados seus esforços, foi interrompida a tarefa para dar preferência à consolidação civil, que era a intenção primordial do Governo, pois a classificação era “idéia de segunda ordem”, como explicou na Introdução (3ª ed., p. XXIX – XXXI).

Em 24 de dezembro de 1858, o Imperador aprovou a Consolidação das Leis Civis. Muito embora não tivesse sido submetido ao Parlamento, sendo discutível estivesse o Imperador autorizado a aprová-lo como texto legal, a verdade é que o diploma de Teixeira de Freitas passou a funcionar como tal, seja porque afinal fora aprovado pelo Governo Imperial, seja pela autoridade do seu organizador, seja pela facilidade que trouxe aos operadores do foro, agora dispensados de recorrer à legislação esparsa.

A Consolidação foi o verdadeiro Código Civil do Brasil durante mais de meio século (1858-1917). Assim a ele se referiu Clóvis Beviláqua: “o nosso primeiro Código Civil” (“Teixeira de Freitas”, Revista de La Universidad Nacional de Córdoba, ano IV, n. 1, março de 1917, *apud* Ernesto Nieto Blanc, “Augusto Teixeira de Freitas”, La Ley, v. 130, p. 783). “Começou (a Consolidação), em seguida, a desempenhar o papel de Código”, disse Rodrigo Octavio (“Teixeira de Freitas e a unidade do Direito Privado”, Archivo Judiciário, v. XXV, 1933, p. 69). “A Consolidação (*encomendada por seu pai*), que até hoje nos serve de Código Civil”, escreveu Joaquim Nabuco (“Um estadista do Império”, v. II, p. 1051).

3. Ao apresentar a Consolidação, o autor expôs na “Introdução”, com mais de duzentas páginas, as questões teóricas enfrentadas quanto ao método, seleção e classificação. A Consolidação propriamente dita reúne 1333 artigos, com notas explicativas.

“A Introdução é, segundo a opinião unânime de todos aqueles que a estudaram, uma das páginas mais notáveis de Direito escritas na América Latina, capaz, por ela só, de fazer a fama de seu autor, como jurisconsulto, não somente pelo conhecimento da lei, mas como possuindo uma idéia construtiva das necessidades jurídicas da sociedade” (Rodrigo Octávio, “Teixeira de Freitas e a unidade do Direito Privado”, in “Archivo Judiciário”, 1933, v. 35, p. 61).

O autor começa por estabelecer os limites do Direito Civil, que toma na sua aceção mais estrita, excluindo as disposições processuais, de organização judiciária e o Direito Comercial, cuja autonomia não admitia (p. XXXIX). Observou, com a nitidez que a doutrina da época não

percebera, que a distinção entre o Direito Civil e o Direito Penal estava na natureza da sanção (p. LXII).

Explica por que deixou de referir a situação dos escravos: “Cumpre advertir que não há um só lugar de nosso texto onde se trate de escravos. Temos, é verdade, a escravidão entre nós; mas, se esse mal é uma exceção, que lamentamos; condenado a extinguir-se em época mais ou menos remota; façamos também uma exceção, um capítulo avulso, na reforma de nossas leis civis; não as maculemos com disposições vergonhosas” (p. XXXVII).

No estudo que faz do sistema de Direito Civil, evidencia familiaridade com o Direito Romano, com a ciência jurídica do seu tempo, sendo reiterados os elogios a Savigny, “o sábio”, e recolhe o ensino de filósofos, especialmente de Bentham e Leibnitz.

Para a classificação dos direitos, aceita de Leibnitz a idéia central de que “não são as pessoas e as coisas que se devem distinguir, mas suas obrigações e seus direitos” (p. XLIX) e por isso conclui que, “na distinção dos *direitos reais*, e dos *direitos pessoais* repousa todo o sistema do Direito Civil” (p. LXII). E logo adiante: “Observai atentamente as variadas manifestações desses direitos, estudai a natureza do homem e as suas necessidades; e não achareis outros caracteres mais importantes, d’onde possa resultar uma divisão ampla, dominante de todas as partes, senão os que distinguem os *direitos absolutos* e os *direitos relativos*” (p. LXIII). E completa (p. LXVI): “Os chamados direitos absolutos – liberdade, segurança e propriedade – entram na compreensão da legislação criminal, que os protege e assegura com a penalidade. Desses direitos, o de propriedade unicamente entra na legislação civil. É no direito de propriedade que havemos de achar os direitos reais”.

Essa limitação de matéria civil hoje certamente não seria de acolher, pois os direitos da personalidade integram também o Direito Privado, mas o autor expressava idéia que correspondia ao desenvolvimento da ciência naquele tempo, reservando-os preferentemente para o âmbito das leis administrativas (p. CV). Mesmo assim, na sua genialidade, não deixou de consignar: quando resultar dano à segurança e à liberdade, “cuja reparação é necessária, a legislação civil tem providenciado para a satisfação desse dano. Resulta, pois, que os direitos de personalidade entram na legislação civil, tanto quanto se faz preciso que entrem, segundo os princípios” (p. CV). Os princípios, hoje, estão mais estendidos, mas a regra é a mesma.

“O direito real tem duas manifestações: uma necessária, e outra possível. Ou nós o exercemos sobre nossas próprias cousas – *jus in re propria*, – ou sobre cousas de outros – *jus in re aliena*” (p. LXXIII); nesse caso tem por objeto a propriedade limitada (p. LXXIV). Já os direitos pessoais pertencem em regra ao Direito Civil e “são relativos, em contraposição aos direitos absolutos, porque não recaem sobre todos” (p. LXVIII).

Teixeira de Freitas distinguiu o direito da ação – *jus persequendi* – e este da sanção do direito (isto é, a consequência jurídica pela violação do direito) e disse que a todo direito corresponde uma ação e toda ação supõe um direito violado. Porém, advertiu com clareza: “A forma da ação (isto é, ação de direito processual) pode existir sem a ação, e sem o direito. Ter um direito, ter uma ação, não é o mesmo que formar uma ação, porque a ação (*processual*) muitas vezes se propõe sem direito (*material*)” (p. XCI).

4. A seguir, o autor explica como esses princípios inicialmente expostos foram aplicados na Consolidação, que tem uma Parte Geral, com dois títulos, “das pessoas e das coisas”, e uma Parte Especial, composta de dois livros, “dos direitos pessoais e dos direitos reais”.

“Tem-se confundido a parte geral ou elementar do direito civil com a parte especial. Os direitos existem por causa das pessoas, e onde não há pessoas não pode haver questão de direitos. Deve-se tratar primeiro, e separadamente, dos dois elementos dos direitos, pessoas e coisas, já que a sua existência deve ser suposta para todos os direitos. Esta é a ordem de idéia, e se ela se desconhece, envolvendo-se em parte o direito efetivo com o direito possível, então cumpre logo tratar de todos os direitos, porque todos os direitos são das pessoas” (p. CXLVI).

As pessoas são os entes capazes de ter e dever direitos, são singulares ou coletivas (p. CXXI); as coisas são tomadas em sentido físico e natural, e como bens, “mas o nosso direito, com o seu misto de direito romano e direito francês, admitiu a inútil, e má, distinção das coisas corpóreas e incorpóreas” (p. CXXII), categoria que o autor não manteve. A solução adotada por Teixeira de Freitas, “que o induz a excluir as criações e as invenções da realidade ou dominialidade civil,” foi criticada por Orlando de Carvalho, que refere manifestações posteriores de Freitas, revisando em parte a posição anterior (“Teixeira de Freitas e a Unificação do Direito Privado”, in “Augusto Teixeira de Freitas e il Diritto Latinoamericano”, *op. cit.*, p. 110 e nota 31).

Teixeira de Freitas menciona que autores incluem nessa Parte Geral uma terceira categoria, que são os fatos, os fatos jurídicos e os atos jurídicos; ao tempo da Consolidação, Teixeira de Freitas não aceitava essa distinção, o que somente veio a ocorrer mais tarde, quando da elaboração do Esboço (p. XXX e nota 204).

Também estuda a classificação que deve ser dada aos direitos de família, que ele incluiu entre os direitos pessoais. “Se a essência das obrigações está em adstringir o ente passivo dos direitos, esses direitos são pessoais; se os direitos nas relações de família são pessoais, é precisamente porque ligam do mesmo modo, porém, com mais intensidade, o ente passivo dos direitos. A diferença entre uns e outros só consiste no grau de intensidade, na maior ou menor eficácia do vínculo” (p. CXLVII).

A posse, reconhece ele, assume um papel muito interessante na cena das relações jurídicas e por isso examina as suas diferentes manifestações, que assim classifica: “1°. A posse, como modo de adquirir domínio na ocupação das coisas sem senhor; 2°. A posse como modo de adquirir domínio na tradição das coisas, quando feita pelo proprietário legítimo; 3°. A posse *civilis possessio*, como um dos elementos da prescrição aquisitiva (*usucapio*) na tradição feita por quem não é proprietário legítimo (*traditio a non domino*) – e constituindo a propriedade putativa, que é protegida pela ação publiciana; 4°. A posse, separada do domínio, e protegida pelos interditos ou ações possessórias. Nas três primeiras manifestações, a posse entra indubitavelmente na classe dos direitos reais, pois que pertence à teoria do domínio” (p. CLVIII e CLIX). Já quanto à posse dos interditos, a posse isolada, “ainda que injusta, toma o caráter de direito”. Essa posse permite o uso de “interditos possessórios, que não são mais que ações derivadas de obrigações *ex-delicto*. Eis o motivo que levou-nos a tratar do esbulho juntamente com o dano, e na Seção 2ª do Livro 1º, que se inscreve – dos direitos pessoais nas relações civis” (p. CLXI).

Teixeira de Freitas percebeu a importância do crédito como fator de desenvolvimento e de riqueza da nação: “Crédito pessoal, crédito real, são as duas potências paralelas às duas grandes classes de direitos, que constituem toda a riqueza nacional. O primeiro funda-se na confiança pessoal: por isso mesmo que prescinde de uma garantia exterior, funciona ordinariamente com a propriedade móvel, que segue a pessoa, e presta-se à circulação rápida. O segundo, visto que só refere-se a objetos

corpóreos, sem lhe impor a qualidade da pessoa, tem por objeto a propriedade imóvel” (p. CLXXIII).

Para dar segurança ao crédito real, com a hipoteca do bem, indispensável seria a instituição de um sistema adequado de aquisição e transmissão da propriedade imóvel. Com essa premissa, analisa o modo de transferência da propriedade, distinguindo os dois planos: “Há duas relações distintas, que não se devem confundir. A primeira entre o proprietário e o adquirente. A segunda entre o proprietário e terceiros, ou antes entre o ato da transmissão da propriedade e a sociedade inteira. A primeira relação é de direito pessoal, e de interesse privado; a segunda é de direito real, e de interesse público. O direito pessoal não ultrapassa os limites da obrigação, que o constitui; o direito real obriga a todos, e pode ser alegado contra todos... Pela natureza das coisas,... o direito real deve manifestar-se por outros caracteres, por outros sinais, que não os do direito pessoal; e que esses sinais devem ser tão visíveis, tão públicos, quanto for possível. Não se concebe que a sociedade esteja obrigada a respeitar um direito, que não tem conhecido. Eis a razão filosófica do grande princípio da tradição, que a sabedoria dos romanos tem fixado, as legislações posteriores reconhecido, e que também passou para o nosso direito civil” (p. CLXXXII-III). Para a transmissão da propriedade do bem imóvel são necessários os dois elementos: a relação pessoal, com o contrato; a relação real, com a tradição, mas esta só por si é insuficiente porque pressupõe o direito pessoal (p. CLXXXIV).

Discorre sobre o regime germânico de cadastro geral de imóveis e necessidade de transcrição do título, que elogia por proporcionar as mais sólidas garantias, mas pondera as dificuldades que decorreriam de sua implantação no Brasil, país de tão grande extensão territorial, com domínio incerto e apenas presumido na maior parte dos casos (p. CCIV e CCX), temores que, depois se viu, eram injustificados.

5. É essa Consolidação, elaborada por um homem de gênio que a ela dedicou o melhor de seus esforços e que a aperfeiçoou enquanto teve forças, com seguidas reimpressões e aditamentos; é esse texto inovador – na medida em que pode sê-lo uma consolidação – que, pela primeira vez, contemplou sistemática alemã, adotada nas obras dos pandectistas, da divisão do Código Civil em Parte Geral e em Parte Especial (Moreira Alves, *op. cit.*, p. 27); que foi estudado e elogiado por Raoul de La Grasserie (“Lois civiles du Brésil”, p. 49); é esse texto que se cuida agora de

reimprimir nessa elogiável iniciativa conjunta do Senado Federal e do Superior Tribunal de Justiça. Foi escolhida a 3ª edição, de 1876, a última revista pelo autor.

Sua importância atual reside no fato de que a Consolidação das Leis Civis, ao resgatar e ordenar a nossa herança jurídica, também desenhou a fisionomia da legislação civil que a seguiu, tanto no Código Civil de 1917 como no recente Código Civil de 2002.

Ministro Ruy Rosado de Aguiar

CONSOLIDAÇÃO

DAS

LEIS CIVIS



LEGISLAÇÃO DO BRASIL

CONSOLIDAÇÃO

DAS

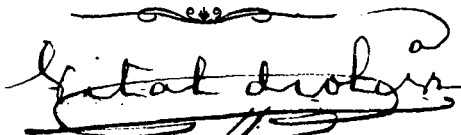
LEIS CIVIS

PUBLICAÇÃO AUTORIZADA PELO GOVERNO

- Quod si leges, alias super alias accumulatas,
- in tam vasta excreverint volumina, aut tanta confu-
- sione laboraverint, ut eas de integro retractare, et
- in corpus sanum et habile redigere, ex usu sit, id
- ante omnia agito. •

BACON DE FONTIB. JUR. APHOR. 59,

TERCEIRA EDIÇÃO MAIS AUMENTADA



RIO DE JANEIRO

B. L. GARNIER

LIVREIRO EDICTOR DO INSTITUTO HISTORICO

65 RUA DO OUVIDOR 65

1876

INSTITUTO TYPOGRAPHICO DO DIREITO.

52 RUA DE THEOPHILO OTTONI 52

Obras no prélo :

DIDIMO JUNIOR.—**Direito Criminal :** Da Autoria. 1 v.

LAFAYETTE RODRIGUES PEREIRA.—**Direito das Cousas.** Constitue materia deste livro :— A posse, o dominio, modos de adquirir dominio, usufructo, uso, habitação, servidão, emphyteuse, penhór, antichrese e hypotheca.

— **Direito de familia.** 2ª Edição mais correcta e augmentada.

PAULA RAMOS JUNIOR.—**Commentario ao Código Criminal Brasileiro.** Tom. 2º.

10/10/10

10/10/10

10/10/10

10/10/10

10/10/10

10/10/10

10/10/10

10/10/10

10/10/10

10/10/10

10/10/10

10/10/10

10/10/10

ADVERTENCIA

Os motivos desta 3ª Edição da CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS CIVIS constão do Requerimento e Aviso inicialmente aqui estampados, pelos quaes o Governo Imperial dignou-se autorisal-a. São estes :

1.º Seguir o progresso da legislação accrescida sobre a 2ª Edição de 1865, abrangendo portanto um intervallo de dez annos, que alterou, addicionou, ou explicou, a citada nas Notas relativas á cada um dos Artigos do texto, sem mudar em nada a redacção deste :

2.º Attender ao movimento da doutrina em livros publicados durante o mesmo intervallo, robustecendo-a com razões novas em ponto de firmar animos vacillantes.

Justifica-se o primeiro destes motivos com 375 disposições, para mais, dos *Actos do Poder Legislativo*, *Actos do Poder Executivo*, e das *Decisões do Governo* (classificação expressamente começada pela Typographia Nacional em 1868), que achei na moderna Collecção de Leis, pertencentes ao meu assumpto ; poucas as dos primeiros, mais as dos segundos, em grande cópia as das *Decisões do Governo* ; senão todas posteriores á 1865, na mór parte sem duvida, pois que aproveitei

o ensejo para indicar omittidas disposições anteriores dentro e fóra daquela Collecção.

Quanto á numeração desses Actos, e das Decisões do Governo, preenchi agora os numeros escapados nas procedentes Edições; de modo que vai tudo numerado, á começar do anno de 1841, em que teve principio a impressão pela Typographia Nacional em virtude dos Regulamentos, do 1º de Janeiro de 1838 (que revogou o Decr. de 23 ou 27 de Junho de 1833), de 24 de Fevereiro de 1838, e de 30 de Abril de 1840.

Convergem para o segundo motivo 23 publicações, de que tive noticia, e á que sollicitamente attendi; posto que a colheita pouco abundante seja, não por escassez de fructos, mas para não avolumar em demazia esta 3ª Edição.

Houve até desejo de separar os additamentos della pela abreviatura—3ª Ed.—, hebendo gradualmente nas tres fontes da juridica opulencia—LEGISLAÇÃO, DOCTRINA, JURISPRUDENCIA—; á exemplo dos Juristas Francezes, tão felizmente imitado nas duas Revistas dos Srs. Drs. José da Silva Costa e J. J. do Monte, e graças aos tres nitidos volumes da Jurisprudencia dos Tribunaes do Sr. Dr. Manoel da Silva Mafra! Desse plano só tem agora realidade a indicativa abreviatura dos additamentos. O mais, talvez, para uma 4ª Edição em mais grosso volume; ou então em dois tomos, um para os preliminares da Obra, outro para o corpo d'ella.

Além dos immediatos motivos d'esta 3ª Edição, outro im-

péra de um pensamento de unidade, vinculo do espirito humano, de que dá prova a epigraphe---LEGISLAÇÃO DO BRAZIL---; assim no frontispicio desta 3ª Edição, como nos da 2ª e 1ª, em observancia do meu primitivo plano approved pelo Governo Imperial.

Supra o 4º Indice, no fim d'esta 3ª Edição, a demora não longa da---CLASSIFICAÇÃO DAS LEIS---, onde com todas as subdivisões esse mesmo Indice representará a corôa da nossa unidade artificial---LEGISLAÇÃO DO BRAZIL---. Serve somente agora para n'essa unidade marcar o logar proprio do nosso Direito Civil (*strictissimo sensu*), qual o consolidamos; e como da introdução *infra* consta na pagina referente á nota 12, e do Relatorio da Commissão Revisôra.

Supra o 3º Indice, tambem no fim desta 3ª Edição, o defectivo do 2º---Taboa das Materias---; e mostre aos sectarios da Escóla Historica, singularmente ao estimavel autor do livro ---*Direitos de Familia*,--- a possibilidade scientifica de baixar com a civil divisão dos *direitos* em *pessoaes* e *reaes* por suas naturaes subdivisões até se-exaurir o assumpto.

A Taboa das Materias, 2º Indice, publicou-se na 1ª Edição; mas, por arbitrio da Typographia, antes do corpo da Obra, como se antes da impressão acabada fôra possivel saber dos numeros da paginação. E por sobra d'infortunio, ainda arbitrio ou incuria da Typographia, foi supprimida na 2ª Edição a Taboa das Materias.

O Indice Alphabetico, 1.º Indice, irá bem revisto, e

locupletos, para mais proficuamente prestar-se ás necessidades do uso prático.

Alterei o systema da remissão das Notas, numeradas sem progressão de pagina á pagina, sem progressão em muitas paginas, e tão embaraçoso para os trabalhos typographicos d'esta 3ª Edição. A numeração progredirá seguidamente de pagina á pagina, mas terminando em cada Titulo, em cada Capitulo. O mesmo faço na numeração das Notas da Introdução, e nas seis novas ao Relatorio da Commissão Revisora.

N'esta restauração dos meus trabalhos juridicos apresento-me com a firmeza de uma consciencia satisfeita. Revi meus serviços precedentes, e, salvas algumas rectificações, nada menos achei que linhas cadentes de ponto superior,—á esperarem prolongamentos,—á prometterem perfeição ao desenho.

Rio de Janeiro 24 de Setembro de 1875.

O AUTOR.

Senhor.

Augusto Teixeira de Freitas, autor da CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS CIVIS, foi autorizado pelo Governo Imperial á fazer imprimir á sua custa uma 2ª Edição d'esse Livro, actualmente em voga, com feliz aceitação das Repartições, dos Tribunaes, e Juizes do Imperio; como tudo consta do Aviso desta Secretaria dos Negocios da Justiça, expedido em data de 12 de Janeiro de 1859; e do Requerimento do Supplicante, á que refere-se o mesmo Aviso.

Ora, publicada a 2ª Edição em 1865, são decorridos dez annos, em cujo intervallo baixarão varias disposições legislativas, e governamentaes, que alterarão, addicionarão, ou explicarão, as citadas nas Notas relativas á cada um dos Artigos do texto; além de que, sobre a parte doutrinal de taes Notas, e maiormente a que prende-se aoCodigo do Commercio (de que não é possível separar a legislação civil, já como fonte de regras geraes, já como direito subsidiario), varias publicações fizeram-se em sentido discrepante, que talvez concorrão para

debilitar as soluções adoptadas, se as não robustecerem razões novas, e capazes de convencer animos vacillantes.

Em taes circumstancias, sem mudar a redacção do texto, que parece correctissima; tanto mais approvada como está pelo Governo Imperial no Decreto n. 2318 de 22 de Dezembro de 1858, mediante o parecer de uma Commissão illustrada; entende o Supplicante ser de necessidade, ou de summa utilidade ao menos, tirar uma 3ª Edição, que satisfaça os indicados fins, e progressivamente siga a corrente das idéas em tão importante assumpto.

Vem pois implorar á VOSSA MAGESTADE IMPERIAL, e pelos mesmos motivos expostos quando requereu para a 2ª Edição, a graça de autorisal-o para a pretendida 3ª Edição; e com todos os indultos da autorisação antecedente, que d'esta nova se reputaráõ integrantes.

Ousa esperar o Supplicante mais esta outra prova de animação da parte de um Governo tão empenhado, como tem sido, em aperfeiçoar a Legislação Civil Brasileira.---E. R. M. AUGUSTO TEIXEIRA DE FREITAS.

2.^a Secção.—Ministerio dos Negocios da Justiça. Rio de Janeiro 30 de Agosto de 1875.—Sua Magestade o Imperador, Deferindo o requerimento, em que Vm. pediu authorisação para fazer imprimir á sua custa uma terceira edição da Obra CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS CIVIS, com os indultos da authorisação anterior, Ha por bem conceder-lhe faculdade para o fim requerido.

Deus guarde á Vm. —DIOGO VELHO C. DE ALBUQUERQUE.
—Sr. Bacharel Augusto Teixeira de Freitas.

Senhor.

Augusto Teixeira de Freitas, tendo celebrado com o Governo Imperial o Contracto de 15 de Fevereiro de 1855, em virtude do qual elaborára a CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS CIVIS, que foi impressa por Ordem do mesmo Governo, expedida pela Secretaria d'Estado dos Negocios da Justiça, intenta fazer imprimir á sua custa uma segunda Edição dessa Obra, instigado pela necessidade de varias correccões, posto que ligeiras; e mais ainda pelo dezejo de dar á luz annotações importantes, que pouco á pouco foi addicionando ás Notas existentes; e muito illustrão, e desenvolvem, as materias do texto. No sobredito Contracto foi reconhecida a propriedade do Supplicante quanto ás edições que ulteriormente houvesse de tirar, o que parece dispensar a intervenção do Governo Imperial. Entretanto, muito influindo para boa aceitação da Obra, que nenhuma edição se faça, sem que por qualquer modo conste que o Governo a tem permitido; o Supplicante vem implorar á V. M. Imperial a Graça de autorizar-o para a pretendida segunda edição, dignando-se consentir, que a autorisação se faça pu-

blica, e que seja estampada no principio da Obra, juntamente com o Decreto n. 2318 de 22 de Dezembro de 1858, e parecer, á que elle se refere, da douda Commissão encarregada de revér o trabalho. Ousa o Supplicante esperar mais esta prova de animação da parte de um Governo, que tão solícito se mostra em promover o perfeiçoamento da Legislação do Paiz.

—E. R. M.—AUGUSTO TEIXEIRA DE FREITAS.

3.ª Secção.—Ministerio dos Negocios da Justiça. Rio de Janeiro em 12 de Janeiro de 1859.—S. M. o Imperador, Deferindo o requerimento em que Vm. pedio authorisação para fazer imprimir á sua custa um segunda edição da Obra que elaborára, intitulada CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS CIVIS, publicar essa authorisação, e estampar no principio da Obra o Decreto n. 2318 de 22 de Dezembro do anno proximo preterito, e o parecer, á que elle se refere, da Commissão encarregada de revêr semelhante trabalho, Ha por bem conceder-lhe faculdade para o fim requerido.

Deus guarde a Vm.—JOSÉ THOMAZ NABUCO DE ARAUJO.
—Sr. Augusto Teixeira de Freitas.

**Decreto n. 2318 de 22 de Dezembro
de 1858**

**PROVIDÊNCIA SOBRE A CONFECÇÃO E ORGANISAÇÃO DO CODIGO
CIVIL DO IMPERIO**

Visto, e approvedo, o parecer da Commissão encarregada de revêr a Consolidação das Leis Civis : Hei por bem decretar o seguinte :

Art. 1.º O meu Ministro e Secretario d'Estado dos Negocios da Justica contractará com um Jurisconsulto de sua escolha a confecção de um Projecto do Codigo Civil do Imperio.

Art. 2.º Feito o Projecto será examinado por uma Commissão de sete Jurisconsultos da Córte e Imperio, presidida por um dos meus Conselheiros d'Estado, vencendo seus membros as gratificações que fôrem marcadas.

Serão dadas as necessarias instrucções para as conferencias da Commissão, protocolo dos motivos do Projecto, e demais providencias que convier á boa organisação deste trabalho.

José Thomaz Nabuco de Araujo, do meu Conselho, Ministro e Secretario d'Estado dos Negocios da Justiça, assim o tenha entendido, e faça executar.

Palacio do Rio de Janeiro em 22 de Dezembro de 1858, trigesimo-setimo da Independencia e do Imperio.

Com a rubrica de S. M. o Imperador.

José Thomaz Nabuco de Araujo.

Relatorio da Commissão incumbida de revêr a Consolidação
das Leis Civis

Illm. e Exm. Sr.—A Commissão encarregada por Aviso de 9 de Fevereiro do corrente anno de examinar a *Consolidação das Leis Civis*, elaborada pelo Dr. Augusto Teixeira de Freitas por virtude do contracto, que com elle celebrou o Governo Imperial em 15 de Fevereiro de 1855; vem dar conta á V. Ex. do resultado do seu trabalho, o qual não podia deixar de ser demorado sem deixar de ser consciencioso, visto como dependia do exame detalhado das leis consolidadas.

Por meio do exame, á que procedeu a Commissão, chegou ella á justa apreciação dessa elaboração, que, á par do estudo profundo, erudição vasta, e methodo didactico, dá testemunho do zelo, dedicação, e constancia, do seu distincto autor; e recommenda, e attesta, sua habilitação para o Projecto do Codigo Civil, do qual a *Consolidação* é preparatorio importante.

A apreciação, sem fazer outro volume como o da *Consolidação*, não póde ser minuciosa como a analyse que a produziu; ella é pois em complexo, salvos os defeitos de que se resente um ou outro artigo, salvas as divergencias da Commissão á respeito da intelligencia de algumas leis e derogação implicita de outras. (1)

(1) O Sr. Rebouças, em suas *Observaç. á Consolid.* pags. 167, 173, e 174, 2.^a Edição, censura a Commissão por não têr apontado os *defeitos* vagamente arguidos, e suas *divergencias* na intelligencia de algumas leis, e derogação implicita de outras; achando contradictorios esses assertos em damno

E' sensível a omissão, que houve na *Consolidação* á respeito das disposições concernentes á escravidão; porquanto, posto deva ella constituir, por motivos politicos e de ordem publica, uma lei especial, comtudo convinha saber-se o estado defectivo da legislação á este respeito. (2)

Esses defeitos, essas divergencias, e a omissão, não compromettem o merito geral da obra.

A Comissão considera a *Consolidação* digna de approvação, senão do louvor do Governo Imperial, pela fidelidade e

do Fôro com o da *fidelidade* do texto, e com a favoravel recommendação do trabalho.

As divergencias na intelligencia de algumas leis, e derogação implicita de outras, é provavel, que surgissem sobre leis citadas na Introducção da Obra, ou nas Notas da Obra, por affinidades illustrativas do assumpto.

Quanto porém aos *defeitos*, de que se resente um ou outro artigo? Fôra melhor têr advertido ao Autor, para que se justificasse, ou corrigisse seus erros.

Em resultado, tanto importa não havêr-se arguido defeito algum. Nas composições litterarias só prejudicão arguicões definidas, á que não respondêrão, ou mal respondêrão, seus autôres.

3.^a ED.

(2) Vid. Not. 10 da Introd. *infra*, d'onde consta na 2.^a Edição o saneamento, pelo modo possível, da omissão lamentada pela Comissão.

No mesmo proposito dou conta agora da legislação sobre-vinda, e que avultou por motivo da Lei n. 2040 da 28 de Setembro de 1871; *Lei do Elemento Servil*, seu nome em voga.

As Notas aos Arts. 42, e outros, contêm quasi toda a legislação sobre *escravidão e alforria*.

clareza do texto, pela illustração das notas respectivas, as quaes o fundamentão, e ao mesmo passo o regenerão dos erros e abusos da praxe; sendo que dest'arte a *Consolidação*, além do fim especial á que se destina, presta um serviço importante ao fóro, desvairado pela incerteza e diversidade de opiniões, as quaes, no vasio do direito patrio, achão largas para o arbitrio, adoptando muitas vezes como subsidiarias, por supposta omisção das nossas leis, disposições que lhes são contrarias.

A Introducção, que precede a *Consolidação*, é um bello epilogo do Direito Civil; historica e profunda quanto ao preterito, rica de idéas e de elementos quanto ao futuro ou *de constituendo*, brilha e domina nella um pensamento capital, e vem á ser a differença dos *direitos reaes* e *pessoaes*; differença que, na phrase bem cabida de que o autor se serve, é a chave de todas as relações civis. (3)

No sentido dessa differença, que o autor assignala com clareza, e deduz logicamente das relações da vida civil, o methodo adoptado quanto á divisão das materias que a *Consoli-*

3.ª ED.

(3) Antagonismo aberto, entre o Livro dos *Dir. de Fam.* do Sr. Dr. Lafayete, e o Relatorio da illustre Commissão!

Se, como diz esse Livro, a differença dos direitos *pessoaes* e *reaes* não preenche os intuitos da Sciencia; não é, não póde ser, a chave de todas as relações civis:

Se, como diz a Commissão, é a chave de todas as relações civis, preenche, não póde deixar de preencher, os intuitos da Sciencia.

Para não alongar as Notas d'esta 3.ª Ed. soffro o pezar de não responder já, ponto por ponto, ao adversario da Commissão com defeza completa. Fica reservada para opportuna occasião.

dação comprehende, as quaes se reduzem ao Direito Civil strictamente tal ; afóra a organização judiciaria, que é de natureza politica ; afóra as leis do processo, que serão consequencia do codigo civil ; afóra as leis especiaes do commercio, que constituem excepção ; é o seguinte :

Em duas partes se divide a *Consolidação* :

A Parte Geral comprehende dois titulos distîntos, um relativo ás pessoas, e outro ás cousas ; estes dois titulos consistem nos prolegomenos das relações juridicas, que fazem objecto do Direito Civil.

No 1º titulo, o das—pessoas—, o autor considera os actos do nascimento e morte ; e distingue as pessoas sómente quando á idade, familia, alienação, e ausencia.

Pelas razões, que o autor menciona á pag. 11, excluiu deste titulo o estado da escravidão.

Considerando os direitos sómente como civis ou politicos, do homem ou do cidadão ; sendo os direitos politicos os que se referem á participação do poder e funções publicas, e por consequencia só e exclusivamente dos Brasileiros ; e os direitos civis communs aos Brasileiros, e estrangeiros ; o autor não assignala neste titulo diversa condição ao nacional, e ao estrangeiro.

Tambem não trata da privação dos direitos civis, a qual elle presuppõe que se não dá em caso algum, nem como consequencia da privação dos direitos politicos, nem por effeito de condemnações judicias.

Talvez fôra cabivel assignalar neste titulo o estado religioso regular, o qual importa a privação de muitos direitos civis : o moderno Codigo Civil do Chile, e a Lei da Toscana, considerão esse estado como—morte civil. (4)

3.ª ED.

(4) Veja-se Introd. *infra* Not. 6.

Certo, como consequencia logica da differença dos direitos pessoaes e reaes, o methodo proposto, tendente á uma especial classificação dessa universidade, ou complexo de bens, é á primeira vista de olhos uma necessidade do systema.

Meditando-se essa differença de direitos pessoaes e reaes, em que se funda o methodo adoptado para consolidação, e predisposto para a projectada reforma da legislação civil; sente-se, que essa differença não é uma questão metaphysica sem utilidade pratica, porém muito importante ás relações civis e economicas.

Essa differença é um dos principios capitaes, em que se fundou a reforma hypothecaria pendente ao Corpo Legislativo, e reclamada como um dos maiores interesses da situação.

Certamente, sem que sejam caracterisados ou destrinchados os direitos, que desmembrão, gravão, ou affectão, a propriedade; e que seguindo-a, apesar de transferida, podem ser opostos *adversus omnes*, e contra quaesquer possuidores; a reforma hypothecaria deve causar, ou soffrer, difficuldades e contradicções; posto desembaraçada das outras concurrentes hypothecas pela especialisação e publicidade, posto estrema da dos privilegios que devem recahir sobre os moveis, ou subsidiariamente sobre os immoveis, a hypotheca se encontrará muitas vezes com as diversas e arbitrarías limitações da propriedade.

Determinados esses direitos, é facil a publicidade, em a qual assenta essencialmente a reforma hypothecaria.

Não se podem caracterisar com mais precisão e clareza, do que o autor caracterisou, os direitos reaes, os quaes, como absolutos, ou contra todos, muito importão á sociedade por motivos de ordem publica, e interesses economicos da mais alta categoria.

Affectar o objecto da propriedade sem consideração á pessoa alguma, seguil-o incessantemente em poder de todo e qualquer possuidor ; eis o effeito constante do direito real, eis o seu coraceter distinctivo. O direito pessoal não adhere ao objecto da propriedade, não o segue, mas prende-se exclusivamente á pessoa obrigada.

Assim, a possibilidade do direito real, com o seu effeito essencialmente physico, só se concebe em relação aos objectos corporeos, susceptíveis de sequela.

Tem sua séde verdadeira sobre os immoveis—*solum et res soli*—.

É exercido, ou sobre as nossas proprias cousas—*jus in re propria*—, ou sobre as cousas alheias—*jus in re aliena*—.

Exercido sobre nossas proprias cousas, o direito real é o dominio, ou a propriedade plena ; exercido sobre as cousas alheias, o direito real consiste nas limitações da propriedade.

Nem todas as limitações da propriedade constituem direitos reaes *in re aliena*, mas sómente aquellas, que importão direitos elementares do dominio, como uso e posse, gozo, etc.

Todavia as limitações, que constituem direitos reaes, varião conforme a legislação dos diversos paizes, e pois não têm caracteres exclusivos.

Em ultima analyse, porém, é fóra de duvida, que o principio cognoscitivo, a definição satisfactoria é aquella, que caracteriza o direito real pela acção *in rem* que o acompanha.

Em verdade, entende a Commissão que os direitos reaes, sendo, como são, absolutos ; e podendo ser exercidos contra todos, e contra quaesquer pessoas estranhas á convenção que os constitue ; não podem ser arbitrarios, mas devem ser definidos e determinados pela lei : podem as partes crear entre si, e contra si, as obrigações pessoaes, que lhes approuvér, por necessi-

dade ou capricho; mas não devem impô-las á terceiros não contractantes, só a lei tem este imperio.

Além disto, estas limitações arbitrarías embaraçam as transacções civis, a circulação da propriedade, e especialmente obstão á consolidação do credito territorial.

As idéas do autor quanto á tradição, como complemento do dominio, e modo de adquirir, são luminosas e recommendáveis, justificão o nosso Direito Patrio, ; e demonstrão, que a tradição não é só interesse das partes, mas um interesse de terceiros e da sociedade.

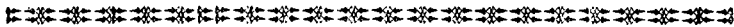
A Comissão conclue, que a *Consolidação* merece approvação, e louvor, do Governo Imperial.

Rio de Janeiro 4 de Dezembro de 1858.—*V. de Uruguay*
—José Thomaz Nabuco de Araujo—Caetano. Alberto
Soares.

3.ª Secção.—Ministerio dos Negocios da Justiça. Rio de Janeiro 24 de Dezembro de 1858.—Havendo a Commissão encarregada de revêr e examinar a *Consolidação das Leis Civis*, por Vm. elaborada, trazido ao conhecimento do Governo Imperial, em Officio de 4 do corrente, o resultado do seu exame; communico a Vm., para seu conhecimento, que S. M. o Imperador dignou-se approvar a referida *Consolidação*; e manda louvar o zelo, intelligencia, e actividade, com que Vm. se dedicou ao importante trabalho, de que fôra incumbido.

Deos guarde á Vm.—*José Thomaz Nabuco de Araújo.*
—Sr. Augusto Teixeira de Freitas.





INTRODUÇÃO

A presente publicação é a ultima parte dos trabalhos preparatorios, que para a reforma da Legislação Civil comprehendêra o Governo Imperial. Examinadas as Leis da nossa extensa Collecção, distribuidas em suas divisões naturaes, explorou-se particularmente a classe das—*Leis Civis*—, e dellas se apresenta um extracto fiél. É um trabalho de simplificação, que, destinado á grande obra do Código Civil Brasileiro, mal aspira o merecimento de uma codificação provisoria (1).

(1) A publicação desta ultima parte dos trabalhos preparatorios precede a das outras, por ser precisamente a que preenche as vistas do Governo, como a de que se carece para ponto de partida na confecção do Código Civil. A classificação das outras partes da Legislação foi idéa de segunda ordem, no intuito de colher-se proveito maior. Essa classificação scientifica, mais que as chronologicas, e as alphabeticas, facilitará o estudo de cada um dos ramos da legislação; sua utilidade tem de ser permanente, entretanto que a da parte ora impressa não passa de transitoria.

3.^o ED.

O que occorrêra depois de publicar-se a CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS CIVIS consta dos Decretos seguintes :

« Consolidará (tal foi o programma do Governo) toda a Legislação Civil Patria com as mesmas condições da Classificação

Decr. n. 2318 de 22 de Dezembro de 1858, transcripto *supra* pag. 17, com preambulo approbatorio da mesma CONSOLIDAÇÃO, providenciando sobre o Projecto do Codigo Civil do Imperio :

Decr. n. 2337 de 11 de Janeiro de 1859, approvando o Contracto com o Bacharel Augusto Teixeira de Freitas para fazer o Projecto do Codigo Civil :

Decr. n. 3188 de 18 de Novembro de 1863, fixando premio ao dito Bacharel pelo Projecto do Codigo Civil :

Decr. n. 3292 de 23 de Julho de 1864, dando instrucções á Commissão creada pelo Decr. de 29 de Dezembro de 1863 para exame do Projecto do Codigo Civil :

Decr. n. 5164 de 11 de Dezembro de 1872, approvando o Contracto com o Conselheiro José Thomaz Nabuco de Araujo para redacção do Projecto do Codigo Civil do Imperio.

Quanto aos factos intermedios de 1863 á 11 de Dezembro de 1872, data do ultimo dos citados Decretos, tudo consta minuciosamente dos Relatorios do Ministerio da Justiça em 1869 e 1872.

No Relatorio de 1872 acha-se entre os Annexos, o Parecer do Conselho d'Estado sobre a minha Proposta de um Codigo Geral, e o Aviso de 18 de Novembro de 1872 exonerando-me das obrigações do meu Contracto pela desarmonia profunda entre meu pensamento e as vistas do Governo Imperial. Assim termina esse Aviso, á que sou tão grato :

« Cabe-me a satisfação de agradecer e louvar a V. S., em nome do Governo Imperial, pelo serviço prestado com o Esboço do Codigo Civil, que, se não é ainda projecto de Codigo, é trabalho de incontestavel utilidade e merecimento. »

ção (2).—Consiste a consolidação em mostrar o ultimo estado da Legislação.—A Consolidação será feita por titulos, e artigos, em os quaes serão reduzidas á proposições claras e succintas as disposições em vigor.—Em notas correspondentes deverá citar a lei, que autorisa a disposição; e declarar o costume, que estiver estabelecido contra, ou além do texto. »

Está assim traçada a natureza e marcha do trabalho, deixan-

(2) As condições da Classificação são as seguintes: Colligirá e classificará toda a legislação patria, inclusive a de Portugal, anterior á Independencia do Imperio; comprehendendo-se na collecção e classificação as leis abrogadas ou obsoletas, com excepção das portuguezas que forem peculiares áquelle Reino, e não contiverem alguma disposição geral que estabeleça regra de Direito.—A classificação guardará as divisões do Direito Publico e Administrativo, e do Direito Privado, assim como as subdivisões respectivas. Será feita por ordem chronologica, contendo porém indice alphabetico por materias.

3.^a ED.

Os trabalhos da CLASSIFICAÇÃO DAS LEIS forão interrompidos, e preferidos, pelos do Projecto do Codigo Civil.

Está *ra integra* essa parte ampla de meu Programma adoptado pelo Governo, e comprehendido em meu primitivo Contracto de 15 de Fevereiro de 1855; salva a superveniencia do Decr. n. 5129 de 6 de Novembro de 1872, dando instrucções para consolidação das disposições legislativas e regulamentares concernentes ao processo civil e criminal.

Mui adiantados estão meus trabalhos sobre a CLASSIFICAÇÃO DAS LEIS, trabalhos indispensaveis, que não entreguei ao Governo por temôr de extravios; e mesmo porque o Aviso de 18 de Novembro de 1872, citado na Not. antecedente, só exigio a entrega dos manuscriptos do Esboço do Codigo Civil.

do-se porém grande arbitrio. Quaes os verdadeiros limites da Legislação Civil? Quaes as disposições actualmente em vigor? Qual o teor de sua coordenação propria? Os entendedores da materia, aquelles que conhecem o estado da nossa Legislação, sua incerteza, seus elementos heterogeneos, podem bem avaliar a difficuldade e importancia destas questões.

Nunca tivemos Codigo Civil, e se por tal reputassemos o corpo das ordenações Philippinas, ou antes o 4º livro dellas, que mais se dedicou aos contractos e successões, estariamos ainda assim envolvidos na immensa teia das leis extravagantes, que se tem accumulado no decurso de mais de dois seculos e meio. Tambem não existe um só escriptor, antigo ou moderno, que puramente se limitasse á colligir e ordenar o Direito Patrio.

Aquellas Ordenações, que são pobrissimas, reclamavão copioso supplemento. Seus collaboradores, ou pela escassez de luzes de que têm sido accusados (3), ou por fugirem á maior trabalho, reportárão-se muitas vezes ao Direito Romano, e mesmo geralmente o autorisárão mandando até guardar as glosas de Accursio, e as opiniões de Bartolo e mais Doutores.

Essa franqueza, que a Ord. L. 3º T. 64 igualmente estendêra ao Direito Canonico; a famosa Lei de 18 de Agosto de 1769, que deulargas ao arbitrio com o titulo de—*boa razão*—; o outro subsidio dos—*estilos, e costumes*—; tudo correu, para que os nossos Juristas carregassem suas Obras de materiaes estranhos, ultrapassando mesmo as raias dos casos omissos. As cousas têm chegado á tal ponto, que menos se conhece, e estuda, nosso Direito pelas leis, que o constituem;

(3) Mell. Freir. Hist. Jur. Civ. Lusit. Cap. 9º §§91 á 93,—Samp. Prelecc. de Dir. Patr. Part. 1ª T. 1º § 12,—Dissert. Crit. de J. V. Alv. da Silv.

do que pelos Praxistas que as invadirão. Outras causas ainda contribuem para tão desagradavel situação.

A legislação civil é sempre dominada pela organização politica. Uma legislação moldada para uma Monarchia absoluta, sob o predomínio de outras idéas, deve em muitos casos resignar ás condições do systema representativo.

Quantas leis entre nós não incorrerão desde logo em virtual e necessaria revogação, por se tornarem incompatíveis com as bases da Carta Constitucional? (4) Quantas outras não se achão inutilizadas, ou modificadas, só por effeito das leis novas? A força do habito, entretanto, as tem perpetuado, e para muitos é sempre grande argumento a falta de disposições designadamente revogatorias.

Ainda se pensa (por exemplo), com o apoio da Ord. L. 4° T. 81 § 6°, que temos—*servos da pena*—, e que os condemnados á morte não podem fazer testamento (5). O Codigo do Commercio no Art. 157 ainda falla da—*morte civil*—(6). A sanção da Ord. L. 2° T. 18 contra corporações de mão morta possuidoras de bens de raiz ainda se applica, como se

(4) Para cessara odiosa differença nos direitos de successão hereditaria entre filhos de homem nobre e peão, não bastou que a Const. abotisse os privilegios, e proclamasse a igualdade perante a lei (Art. 179 §§ 13 e 16); foi necessario, que sobreviesse a disposição expressa do Art. 1° do Decr. n. 463 de 2 de Setembro de 1847.

(5) Vid. Not. ao Art. 993 § 5° Consolid.

(6) Imitou-se o Art. 818 do Cod. Com. Portuguez, que sem discernimento copiou-se do Art. 2003 do Cod. Civil Franc.

A illustrada Commissão ponderou em seu Relatorio, que talvez fôra cabivel assignalar no Tit. 1° da Parte Geral—*das pessoas*—o estado religioso regular, do qual resulta privação de

o *commissio* não fôra confiscação (7), Também crê-se, que os serviços feitos ao Estado são artigos de propriedade,

muitos direitos civis; observando que o moderno Código Civil do Chile, e a Lei da Toscana, considerão esse estado como—*moete civil*—.

Respondo, que muito de propósito evitei esta expressão metaphorica, de que tem brotado tantos erros de legislação, e de doutrina, sem nada ter de exacto. Ainda bem que a douta Commissão reconhece, que a profissão monastica, supposto prive de muitos direitos civis, não induz a privação de todos. Della não resulta senão uma *incapacidade civil*, que nem é *absoluta* como a dos menores impuberes, e dementes declarados por taes em Juizo.

O Código Civil Chileno, tratando no Art. 95 dessa chamada *morte civil*, poudo dizer sómente: « Termina também a personalidade, relativamente aos *direitos de propriedade*, pela morte civil, que é a profissão solemne, executada conforme as leis em instituto monastico reconhecido pela Igreja Catholica. »

Ora, essa privação de direitos de propriedade vai assignalada na Consolidação, Arts. 343, 982 § 1º, 991, 992, 993 § 5º, 1000, e 1001.

Não se pôde dizer, que o religioso está *civilmente morto*; quando a Ord. L. 2º T. 9º § 3º consente, que elle possa de mandar pelos delictos commetidos em sua pessoa; e a do L. 3º T. 28 § 1º declara, que elle pôde estar em Juizo para advogar, ou procurar, por si, por suas Igrejas, pelas pessoas miserraveis, e por seus parentes.

(7) Vid. Ord. de 13 de Agosto de 1832, de 19 de Dezembro de 1833, e Av. de 19 de Outubro de 1837. Não se falla, portanto, em *commissio* no Art. 69 da Consolidação. Vid. Not. á esse Art. Pôde-se entender, como em França, que só se aboliu o confisco geral de bens, e não o confisco parcial, de que temos

que se pôde ceder e legar na fórma do caduco Regimento das Mercês de 19 de Janeiro de 1671 (8). A separação dos pode-

tantos casos em nosso Cod. Pen., e nos Regulamentos Fiscaes ; e que recahem, ou no corpo de delicto, ou nas cousas produzidas pelo delicto, ou nas que têm servido para commetter o delicto; mas note-se, que em França o confisco parcial não passa dos objectos moveis. O fim da lei fica satisfeito com a venda coacta dos immoveis illegalmente adquiridos pelas corporações de mão-morta. Não ha exemplo recente da applicação dessa pena ás corporações infractoras, e isto prova sua repugnancia com a nova ordem de cousas.

Penso hoje de diverso modo. *Vejase* o additamento á ultima Not. do Art. 69.

(8) Leia-se o Art. 27 das Instrucções de 10 de Abril de 1851, dadas pelo Conselheiro Maia aos Procuradores do Juizo dos Feitos da Fazenda.

Leia-se tambem o Manual do Procurador dos Feitos, do Dr. Perdigão Malheiros, §§ 211 e 218 e suas Notas.

Cumpre, porem, que se me entenda. As recompensas por serviços ao Estado, com o direito adquirido á ellas, são garantidas pela Constituição do Imperio Arts. 102 § 11 e 179 §§ 13 e 28 ; mas, assim como a pena não passa da pessoa do delinquente, as recompensas não podem passar de quem presta serviços ao Estado. Isto resulta das palavras do § 13 Art. 179 da Constituição, quando diz: — *e recompensará em proporção dos merecimentos de cada um* —. O direito adquirido, de que falla o § 28 desse Art., pertence exclusivamente á quem presta serviços remuneraveis, não é artigo de propriedade, não é transmissivel.

Entretanto o Art. 27 das citadas Instrucções de 10 de Abril de 1851 presuppõe a allegação de serviços alheios, e cessão delles. A Nota 32 á esse Art. das Instrucções accrescenta, que a acção de serviços alheios pertence á aquelles, á quem forão

res políticos não impede, que os Magistrados exerção funcções, que lhes são estranhas (9).

Examinar as leis em seus proprios textos sem influencia de alheias opiniões, comparar attentamente as leis novas com as antigas, medir com precisão o alcance e as consequencias de umas e outras; eis o laborioso processo, que empregado temos para conhecer a substancia viva da Legislação.

Para achar, porém; os limites do Direito Civil; e a norma da exposição das materias, que lhe pertencem; recorreremos á estudos de outra natureza, consultámos os monumentos legislativos, revimos e meditámos as tradições da Sciencia; e com livre espirito procurámos essa unidade superior,

renunciados, ou deixados; aos pais pelos serviços dos filhos, aos filhos pelos dos pais, e aos irmãos pelos dos irmãos. Assim dispõe o Regimento de 19 de Janeiro de 1671, que certamente está derogado nesta parte.

Se não estivesse derogado, os serviços feitos ao Estado ainda seriam descriptos, e avaliados, nos inventarios, como anteriormente se praticava; assim como com os Officios de Justiça, e de Fazenda (Per. de Carv. Proc. Orphanol. Nota 100). Mas tudo isto acabou, e a Lei de 11 de Outubro de 1827 declarou em seu Art. 1º, que nenhum Officio de Justiça, ou Fazenda, seja qual fôr sua qualidade e denominação, — *se conferisse d titulo de propriedade* —.

(9) Vid. Not. ao Art. 217 Consolid. sobre as legitimações *per rescriptum principis*.

E' muito sensível a confusão do administrativo com o judicial na jurisdicção dos Juizes Provedores dos Residuos, e Juizes de Direito em Correição. Veja-se a Ord. L. 1º T. 62 sobre Capellas, Hospitaes, e Confrarias. Veja-se o Regulamento das Correições n. 834 de 2 de Outubro de 1851.

que concentra verdades isoladas, penetra as mais reconditas relações, e dá esperanças de um trabalho consciencioso.

A parte pratica, e, por assim dizer, material do trabalho, terá em si mesma a prova de sua bôa, ou infeliz, execução, já quanto ás disposições adoptadas e substanciadas, já quanto á fidelidade e exactidão do transcripto, já quanto ás qualidades do estylo. Os legistas limitar-se-hão á comparar o texto de cada um dos artigos com a lei, ou leis, que o abonão em suas respectivas notas. Os jurisperitos irão mais longe, e nessas mesmas notas acharão ferundos traços, proposições susceptíveis dos mais ricos desenvolvimentos. A natureza do trabalho não consentia demonstrações.

Cumpre advertir, que não ha um só lugar do nosso texto, onde se trate de *escravos*. Temos, é verdade, a escravidão entre nós; mas, se esse mal é uma excepção, que lamentamos; condemnado á extinguir-se em época mais, ou menos, remota; façamos tambem uma excepção, um capitulo avulso, na reforma das nossas Leis Cíveis; não as maculemos com disposições vergonhosas, que não podem servir para a posteridade: fique o *estado de liberdade* sem o seu correlativo odioso. As Leis concernentes á escravidão (que não são muitas) serão pois classificadas á parte, e formarão nosso *Codigo Negro* (10).

(10) Assim chamou-se o Edicto de 1685, regulando a sorte dos escravos nas Colonias Francezas.

«E' sensível (palavras do Relatorio da illustrada Commissão) a omissão, que houve á respeito das disposições concernentes á escravidão; porquanto, posto deva ella constituir, por motivos politicos e de ordem publica, uma Lei especial, comtudo convinha saber-se o estado defectivo da legislação á este respeito. »

A parte theorica, ou scientifica, demanda algumas explicações, tendentes sobretudo á justificar o methodo seguido; e á fornecer esclarecimentos tanto mais necessarios, quanto independentes forão as idéas, que o determinarão.

A demarcação dos limites da Legislação Civil é assumpto, que não se pôde separar do exame geral das outras divisões, que compoem a taboa synthetica da Classificação das Leis (11). Basta saber por ora, que tomámos o Direito Civil em sua

Nesta 2.^a Edição suprimos a censurada lacuna, não nas disposições do texto, que ficão intactas, mas em cada uma de suas notas explicativas. Vai indicado o pouco, que temos de legislação civil relativa á escravos; e além disto um copioso subsidio, que extrahimos do Direito Romano, unica norma na solução dos casos occurrentes.

Assim procedemos, no intuito de prestar um serviço ao Fôro. São mui frequentes, e delicadas, as questões, que este assumpto offerece.

(11) Pertence esse exame á uma outra Introducção, que será estampada no primeiro dos volumes relativos á *Classificação das Leis*. Eis as partes dessa outra Introducção: 1.^o, Programma official, 2.^o, Theoria da classificação das leis, 3.^o, Divisões actuaes da legislação, 4.^o, Divisões das leis verificadas pela analyse, 5.^o, Taboa da classificação das leis.

3.^a ED.

No meu Folheto Critico do Projecto do Cod. Civ. Port. (Nova Apostilla) transcrevi passagens d'essa outra Introducção da *Classificação das Leis*, de que até imprimirão-se algumas folhas infelizmente extraviadas.

A *Theoria da Classificação das Leis* é partitura da Theoria da *Classificação*, como é tambem a da classificação dos *poderes* no Direito Publico, e a da classificação dos *direitos* no Di-

accepção mais stricta, excluidas as leis do processo, as da respectiva organização judiciaria; e tambem as disposições excepçionaes, cujo complexo fórma hoje o Direito Commercial (12).

Conhecido o quadro da Legislação Civil, era de mister conhecer suas divisões peculiares, e destas trataremos agora. Principiaremos pelo actual systema do Direito Civil, fixaremos depois algumas noções fundamentaes, investigando a theoria dos *direitos reaes* e dos *direitos pessoas*; e indica-

reito Privado; sempre pelo imprescindivel processo da divisão dichotomica, instrumento unico, não de arte bruta, mas da Arte-Sciencia (Bentham—Classificação), e portanto do Direito.

O Direito é um dos ramos d'Arte—*Ars boni et æqui*—, ligatimado pela sua Sciencia—*justi atque iniusti scientia*.

A divisão dichotomica presuppõe a partição do *genero*, que é divisão preliminar em partes aliquotas.

O erro está no esquecimento da *compreensão das idéas*, na busca ulterior de mais uma divisão para o complexo, quando essa divisão deve ser a da entrada.

Usem d'este methodo, e terão removidas quaesquer difficuldades na *classificação dos direitos*.

(12) Não acontece isto com o nosso Direito Commercial, cujo Codigo, não achando apoio na defectiva legislação civil, que temos, contém muitas materias de Direito Commum, que lhe não pertencem.

3.^a ED.

Agora, pelo 4.^o Indice no fim d'esta Edição, ver-se-ha precisamente o grão do Direito Privado, ou Direito Civil, nas suas tres accepções. Quanto ao Commercial, justifiquei meos assertos na Proposta de um *Codigo Geral*, approvada pelo Conselho d'Estado, que achar-se-ha entre os Annexos do Relatorio do Ministerio da Justiça em 1872.

remos por ultimo a applicação, que se pôde fazer dos principios. Dispôr elementos para a projectada reforma, tal é o pensamento, que nos domina.

ACTUAL SYSTEMA DO DIREITO CIVIL

Como se fosse possível dar força de lei á proposições scientificas, vê-se escripto nas Pandectas, que todo o direito refere-se ás pessoas, cousas, e acções.—*Omne jus vel ad personas pertinet, vel ad res, vel ad actiones* (13).

Este enunciado foi aceito pelos Commentadores como uma regra de divisão para as materias do Direito Civil, foi considerado um principio classificadôr das Leis Romanas. O que ha, porém, de commum entre a supposta regra e a ordem seguida naquellas Leis? O Codice e o Digesto tratão do Direito Privado, e tambem do Direito Publico; e a serie de seus Livros é tão destituida de nexos, que não denota observancia de methodo algum (14).

Nas Institutas, destinadas ao ensino, a pretendida norma devêra ter sido rigorosamente observada. Tambem isto não se confirma. Se o 1º Livro tem no Tit. 3º a inscripção—*de jure personarum*—, se o 2º Livro intitula-se—*de divisione rerum et qualitate*—amatando pela successão testamentaria; o 3º Livro começa pela herança *ab intestato*, como se fôra

(13) Dig. L. 1ª *de stat hom.*, Inst. L. 1ª T. 3º princ., Inst. de Gaio Comment. 1º n. 8.

(14) Cujacio entretanto chamava—*imperitissimi et ineptissimi*—aquelles, que até o seu tempo haviam censurado a ordem das Pandectas. Que veneração supersticiosa!

materia distincta do Livro antecedente, e termina com uma parte da materia de *obrigações*. As obrigações *ex delicto* achão-se desligadas no 4º Livro, que acaba pelas acções e ordem do Juizo.

Essa incoherente distribuição de materias foi regularizada por alguns Escriptores com a divisão em tres Livros, que correspondessem á triplice distincção; porém a primeira difficuldade estava em bem entendê-la. Os Jurisconsultos não estão de accôrdo sobre o que deva contêr a primeira parte—*de personis*—, e a duvida reapparece no limite das outras duas partes—*de rebus*—e—*de actionibus*—. A significação destas palavras tem sido differentemente entendida, querendo uns que as—*obrigações*—pertencão ao Tratado sobre as cousas, reputadas como cousas incorporeas—*res incorporales*—; e sustentando outros que as—*obrigações*—devem incluir-se no Tratado das acções, como uma introdução ás acções que dellas derivão; e mesmo porque todas as acções, inclusive a—*actio in rem*—, apresentão-se sob a fórma de credito contra aquelle, que tem lesado nossos direitos (15).

Tal foi o expediente, que tomárão, Mello Freire (16), e Bor-

(15) Savigny Dir. Rom. Tom. 1º pag. 382 e seg., Mackeldey Dir. Rom. Part. Ger. § 119 e Nots. Por se apresentarem as mesmas acções reaes sob a fórma de credito, está hoje introduzida a locução—*credor de dominio*—, que do Cod. Com. de Portugal passou para o nosso.

(16) Temos uma autoridade respeitavel, e nada mais; o mesmo Mell. Freir. não deixou de reconhecer a desordem do seu methodo. Ao principio do Livro 2º estabeleceu a proposição de Gaio. No Livro 3º declarou, que na significação de—*cousas*—entravão as—*acções*—; mas que apezar disto elle as não considerava como cousas incorporeas, e sim como meios de deman-

ges Carneiro (17), na exposição do nosso Direito Civil, commum á Portugal e ao Brazil. Um primeiro Livro para as —*personas*—: o segundo para as —*couzas*—, comprehendendo assim a successão testamentaria, como a successão *ab intestato*: e o terceiro Livro para as —*obrigações*—e—*acções*—. As doações *inter vivos*, e *causa mortis*, que por motivo peculiar estavam no Livro das Institutas—*de divisione rerum*—(18), forão transportadas para o Tratado das *obrigações*, á par dos outros contractos beneficicos.

Melhorou-se dest'arte o arranramento das Institutas, mas não se applicou o typo adoptado. O terceiro membro da divi-

dar nosso direito em Juizo. E no Livro 4º, referindo-se á uma phrase accidental da L. 42 § 2º *Dig. de procurat.*, conclue reunindo as acções e as obrigações, —*quia obligatio actionum veluti mater dicitur*—. Accrescenta que, embora seu methodo desagrade, —*hoc satis est homini occupato, id est, Jureconsulto*—! Já se vê, que Mell. Freir. dava pouca importancia á questão do methodo. *Os direitos reaes*, quando violados, produzem acções, do mesmo modo que os *direitos pessoas*.

(17) Declarou no Prefacio da sua Obra não acabada, que a divisão em tres Livros —das *personas*, *couzas*, e *obrigações*,—tres objectos do Direito—, era boa, e preferivel á novas theorias. Não bastava dizê-lo: era necessario, que o demonstrasse. Omitio as *acções*, substituindo-as pelas *obrigações*.

(18) Vinnio, Du Caurroy, Ortolan, Comment. ás Instit. L. 2º T. 7º, *de donation*. A doação não é modo de adquirir, é sómente um titulo. A palavra, porém, tomava-se em dois sentidos, indicando etymologicamente a propria tradição. « Ou começo pela tradição (diz Heinecc.), ou pela promessa: no primeiro caso a doação é modo de adquirir, no segundo é titulo.—*Donatio dicta est a dono, quasi dono datum*—*Dig. de mort. caus. donat.* L. 35 § 1º.

são comprehende as *obrigações* e as *acções*, quando só devêra contêr as *acções*. Confundio-se além disto materias, que são essencialmente distinctas.

Sem duvida ha um ponto de semelhança entre as—*obrigações*—(19), e as—*acções*—(20); pois que estas, ainda mesmo motivadas pela violação de *direitos absolutos*, tem sempre um caracter relativo. Ninguem desconhece, entretanto, que a *obrigação* preexiste independente da *acção*; e que a *acção* é a

(19) Em sentido geral não ha direito sem obrigação correlativa, mas trata-se aqui da obrigação do Direito Civil, correspondente aos direitos pessoaes—*jura in personam*—. A palavra indica especialmente o lado passivo do vinculo, porém virtualmente exprime o vinculo inteiro. O que é obrigação para um, constitue necessariamente direito para outro. Nada tem de falso o proverbio—*jus et obligatio sunt correlata*—, nem prevalecem as objecções em contrario. Vid. Maynz Elem. de Dir. Rom. § 88 pag. 191. Logo que o genero humano desaparecesse, ficando reduzido á um só homem, o direito de propriedade, e todos os mais direitos, ficarião sem razão de existencia. O direito quer a vida real: quer a possibilidade de relações do individuo intelligente e livre com entes, que têm a mesma natureza, e o mesmo destino. O delicto deixaria de sêr causa immediata da obrigação de reparar o damno causado, se o delicto não exprimissem um direito violado.

(20) *Acção*, no sentido vulgar, é o facto do homem, que impõe sua força pessoal á todas as forças exteriores, que o cercão. No sentido especial juridico,—*acção*—quer dizer direito de demandar em Juizo,—*jus persequendi in Judicio*—; quer dizer tambem o exercicio desse direito,—o meio de exercita-lo,—o processo,—*medium legitimum*. (definição de Heinecc.) *persequendi in judicio jura, quæ cuique competunt*;—*via sive medium* (definição de Vinn.), *per quod ad id, quod nostrum*

via *commum*, tanto para fazer valêr em Juizo o direito das obrigações (*direitos pessoases*), como para restabelecer o direito sobre as cousas (*direitos reaes*).

Não sendo possível harmonisar por este meio a realidade das cousas com o imaginado *typo*, recorreu-se á outros expedientes. Alguns considerão as—*obrigações*—como materia pertencente ao primeiro ramo da divi-ção—*pessoas*—(21) ; e tambem entendeu-se, que a palavra—*acções*—, empregada no fragmento de Gaio, designava, como na accepção vulgar, o mesmo que—*factos*—, capazes de produzir, ou de fazer cessar, direitos ou obrigações (22).

est, aut nobis debitum, si ultro non præstetur, pervenitur, et auferitur invitís —. A *acção*, pois, é um *direito*, é um *meio*; é simultaneamente, um *direito*, e um *meio*.—Como *meio*, isto é, como *facto* do homem para reconhecimento judicial de seus direitos, a *acção* entra na classe dos—*actos juridicos*—.

(21) As *obrigações* têm entrado, ao arbitrio de cada um, nos tres chamados *objectos* do direito—*pessoas*, *cousas*, e *acções*—. Ha exemplos de tudo, como se póde ver na excellente *Dissert. de Blondeau*, impressa na *Themis* Vol. 3º pag. 217.

(22) « Esta interpretação (diz o cit. Blondeau), que está em opposição ao uso geral, que os Jurisconsultos Romanos fizeram da palavra—*actio*—, não tornaria mais razoavel a proposição de Gaio. Em verdade, nada seria mais confuso do que um tratado, onde se começasse por definir todas as especies de direitos ou obrigações, sem indicar os modos particulares de adquirir ou perdêr cada especie; reunindo-se depois em uma segunda parte todos os acontecimentos, que se referissem ás diferentes especies. » Entretanto, não alargando a significação da palavra, já notámos que as—*acções*—são *factos*, são *actos juridicos*; senão capazes de engendrar direitos, ao menos de protegê-los e conserva-los.

A opinião mais geral (23) separa o terceiro ramo da divisão relativo ás—*acções*—como uma classe de—*direitos particulares*—, estabelecidos para segurança dos outros direitos; e que os suppoem violados, ou ameaçados de violação (24). Sob o nome de—*pessoas*—compreheude unicamente as diversas especies de—*poder*—, que uns podem ter sobre outros—*jura potestatis*—. Sob o nome de—*cousas*—abrange, não só o direito real, pelo qual uma cousa nos pertence; senão também o vinculo especial, que obriga uma pessoa á dar, fazer, ou não fazer. E' facil conhecer o que ha de vicioso, e arbitrario, em semelhante nomenclatura, e nas suas distincções.

Se começamos pelas—*pessoas*—, e descrevermos todos os seus direitos; nada mais teremos á fazer, e torna-se portanto inutil a divisão. Que razão (á não dar-se um ponto de vista especial) para, tratando-se dos direitos das pes oas, in-

(23) Alguns Codigos, como ver-se-ha depois, seguirão essa ordem e disposição de materias.

(24) Essa classe de—*direitos particulares*—, em contraposição aos outros direitos, deu lugar á que certo Jurisconsulto (Vulteius Jurisprud. Rom.) dividisse o Direito Privado em duas partes. A primeira, que intitulou—*de jure absoluto*—, contendo os direitos que não suppoem a existencia anterior de outros direitos. A segunda,—*de jure relato*—tratando dos direitos, que não existem, senão porque houve infracção de outros—*jus quod præsупponit aliud*—. Desta distincção póde resultar a separação geralmente adoptada das—*leis civis*—, e—*leis do processo*—; ou *leis substantivas*—e—*leis adjectivas*—, na phrase de Bentham; tomando-se a palavra —*acções*—objectivamente, para designar o meio e a fórma do processo. Tomando-se porém a acção como—*jus perseguendi*—, ella faz parte do Direito Privado theorico, e não do Direito Pratico. Vid. Eschbach—*Introd. á l'étud. du droit* §§ 28 e 29.

dicar tão sómente os—*jura potestatis*—, e excluir todos os outros? Todo o direito pertence ás pessoas, todo o direito é —*poder effectuado*—, e embora exercível com mais ou menos intensidade. As differentes especies d'esse—*poder effectuado*—são os direitos considerados em sua extensão. D'ahi dimanão as distincções, e as divisões.

Se começamos pelas—*cousas*—, no sentido amplo, também não podemos ir mais longe. As *cousas*, ou são de criação natural—*res corporales*—, ou de criação jurídica—*res incorporales*—. As *cousas* incorporeas—*quæ tangi non possunt*—comprehendem todos os direitos—*quæ in jure consistunt*— (25), e obrigações por qualquer modo contrahidas—*obligationes quoquo modo contractæ*— (26); e admittida esta theoria, como judiciosamente pondera Ortolan, todos os direitos vêm successivamente accomodar-se na divisão das *cousas* incorporeas (27).

Se tomamos as —*cousas*— no sentido stricto e natural, distribuindo-as para uma classe privativa, e reservando para outra classe—a das *pessoas*—as—*prestações de factos*

(25) Em Direito Romano, não se deve perder de vista, que os direitos reaes—*jura in re aliena*—(pois que os direitos pessoais se designavão pelo nome de —*obligationes*—) erão considerados como *cousas incorporeas*, não assim o direito real do dominio—*jus in re propria*—. O dominio identificava-se com a natureza dos bens, que erão seu objecto.

(26) Instit. Livr. 2º T. 2º, Dig. *de division. rer.* L. 1ª § 1º.—*Rei appellatione, et causæ, et jura, continentur*—Dig. *de verb. signif.* L. 23.

(27) Generalisat. du Droit Romain. Part. 1ª T. 2º Cap. 2º § 1.º

—ou—*serviços* (28), achar-nos-hemos com os seguintes resultados :

1.º As disposições concernentes ao *dominio*, e ás suas desmembrações, serão reunidas com a materia de obrigações relativas á entrega e ao gozo das—*cousas*,—*obligationes dandi*—, quaes as dos contractos em sua maior parte :

2.º Dessas obrigações relativas ás *cousas* serão separadas todas as outras, que tendem ao cumprimento de *serviços*, —*obligationes faciendi*—, quaes as dos contractos de mandato, locação de serviços ; assim como as que respeitão á extensão do poder paternal, e do poder marital :

3.º Desapparecerá desta sorte toda a differença entre *direitos reaes*, e *direitos pessoaes* ; differença tão importante, que é a chave de todas as relações civis.

Eis o fructo da rigorosa applicação de um enunciado equivoco, que não póde ser preceito de methodo. E como romper os laços naturaes das relações juridicas, envolvendo em ficticia combinação direitos, que derivão de principios oppositos ; e desligando outros, que visivelmente funcção com identicos effeitos ? Renda-se homenagem á sagacidade dos Jurisconsultos Romanos, mas não se diga, que houve idéa normal

(28) Fraseologia de Bentham (Trat. de Legisl. Vol. 3º pag. 274), designando todo o facto do homem, que póde ser util aos outros homens ; e tambem a omissão de factos, que podem ser nocivos. Aqui os *factos* são objecto de direitos, e não causa eficiente ou elemento gerador de direitos. Neste ultimo ponto de vista é que os factos têm importancia, e merecem a attenção do jurisconsulto—*ex facto jus oritur*—.

de systema nesse famoso texto, cuja importancia se tem exagerado (29).

Para evitar os indicados inconvenientes, varias classificações foram outr'ora propostas por alguns Jurisconsultos

3.ª ED.

(29) Aqui termino minhas observações sobre o systema do Direito Civil em relação ao enunciado romano—*omne jus, quo utimur, vel ad personis pertinet, vel ad res, vel ad actiones*—; e agora, n'este aspecto, eis meu final juizo :

1.º Tal enunciado refere-se ao —Direito—*jus*, e portanto não serve immediatamente para norma da classificação dos—direitos—*jura*; serve porém superiormente, para depois classificar-se os—*direitos*—pelo mesmo principio classificadôr do —*Direito*— :

2.º Refere-se ao—*omne jus*—, que é o *Direito em geral*, e portanto não foi destinado, nem podia sê-lo, para o *Direito Civil* em qualquer de suas accepções :

3.º Referente ao *Direito em geral*, é aceitavel; reproduzindo-se no moderno systema do Direito Internacional Privado, que divide as leis em—*pessoaes, reaes, e mixtas*.—Vid. *infra* Nots. 175 á 178) :

4.º Na referencia ao *Direito em geral*, é aproveitavel para a classificação dos—*direitos*—no Direito Civil; mostrando os *objectos dos direitos* como os mesmos das *leis*, e como os mesmos dos poderes no Direito Publico. Tal é o principio classificadôr juridico.

O Sr. Ribas, no seu Curso de Direito Civil Brasileiro, Tit. 5.º Cap. 3.º § 2.º, tambem entende, que a enunciação de Gaio não se-presta á boa distribuição das materias de um Código.

de espirito mais independente (30). Entre elles se bresaha o celebre Leibnitz, que com o poder de seu genio censurou as Institutas; e proclamou o supremo principio, que deve dominar nestas materias (31).

A divisão, disse elle, não foi deduzida da consideração, que só póde servir de base á uma classificação juridica; isto é,—*da differença, que se observa entre os direitos e as obrigações*. Não são as *personas*, e as *coisas*, que se devem distinguir; mas suas obrigações, e seus direitos. O terceiro membro—*acções*—é superabundante, porque as—*acções*—nada mais são do que consequencias dos direitos; e por occasião destes devem ser explicadas (32), seguindo a importante distincção do—*jus in re*—e do—*jus ad rem*—, isto é, de—*dominio*—e da—*obrigação*—.

Sem duvida, é impossivel haver verdadeira classificação, sem que se a derive das differenças e conformidades, que constituem a natureza das cousas; e tal foi o principio director, que cuidamos de fixar logo ao começo dos nossos trabalhos. Leibnitz, porém, teve de applica-lo ao Direito Civil, procurando a differença dos direitos na differença das causas, que os fazem nascer, ou que os fazem cessar (33).

(30) Na Dissert. já citada da *Themis* Vol. 3º pag. 217 dá-se noticia dos methodos propostos por Vultei, Conrado Lago, Connano, Hotoman, e Althusio.

(31) Na parte de suas Obras, que se intitula—*Nova methodus discendæ docendæque Jurisprudentiæ*—.

(32) Tambem assim pensamos, comtanto que se entenda a palavra—*acções*—, em seu primeiro sentido, como—*jus persequendi*—, e não como—*medium persequendi*—.

(33) As causas dos direitos são precisamente os—*factos*—em sua accepção mais larga, não unicamente os factos do homem,

Elle distingue cinco causas de direitos : 1º, a natureza, 2º, a convenção, 3º, a posse, 4º, a successão, 5º, o delicto.

Uma critica bem fundada desta classificação lê-se no Prefacio, que serve de introdução á parte das Obras de Leibnitz relativa á jurisprudencia. Transcreveremos o proprio texto :

« E' com razão, que Leibnitz procurou tirar da differença dos direitos todas as divisões da sciencia das leis. Mas os direitos não differem somente sob o ponto de vista das causas, que os produzem. Direitos, que apresentam a maior semelhança, podem derivar de causas differentes; ao passo que a mesma causa

mas todos os acontecimentos, em virtude dos quaes as relações de direito começo ou acabou. Savigny (Dir. Rom. Tom. 3º pag. 3 e seg.) os denomina—*factos juridicos*—, classificando como mais importantes—1º, as successões, 2º, os actos livres, 3º, as declarações de vontade, 4º, os contractos, 5º, as doações, 6º, os factos dependentes de uma fixação de tempo.

No Esboço do Codigo Civil os temos classificado deste modo :

Os factos são, *exteriores*, ou *factos humanos* :

Os factos exteriores são, *necessarios*, ou *fortuitos* :

Os factos humanos são, *involuntarios*, ou *voluntarios* :

Os involuntarios tambem são, *necessarios*, ou *fortuitos* :

Os voluntarios são, *actos licitos*, ou *illicitos* :

Os actos licitos, ou não têm por fim immediato aquisição, modificação, e extincção de direitos, ou são *actos juridicos* :

Os *actos juridicos*, ou são *entre vivos*, ou *disposições de ultima vontade*.

3.ª ED.

O Livro Dir. de Fam. Introd. pag. 6 e 7 tambem discretamente recusa a classificação de Leibnitz.

póde produzir direitos, que não têm entre si a menor analogia. »

Além disto, accrescenta Blondeau (34), a palavra---*natura*---, pela qual designa Leibnitz a primeira das causas, é extremamente vaga; e como elle entendia por *convenção* a propria lei, que considerou resultado do consentimento, ao menos tacito, de todos os membros da sociedade; poder-se-hia em rigôr refundir nesta segunda causa quasi todas as outras, e principalmente a *successão* e a *posse*.

Ao brilhante esforço de Leibnitz, que encerra uma verdade eterna, embora mal applicada, não são comparaveis outras tentativas, que se fizerão até meiado do seculo ultimo. Domat foi pouco feliz na divisão do seu Tratado das Leis Civis em duas partes ---*en;agemens*---(35) *successions*---, e o seu---*Delectus Legum*--- tem a mesma ordem dos cincoenta Livros do Digesto. Pothier nas suas Pandectas tambem não se desviou dessa ordem, e foi no Tit. ultimo---*de diversis rebus juris antiqui*---(uma especie de recapitulação de todas as materias), que elle adoptou um novo plano, approximado ao das *Institutas* (36).

A classificação de Pothier comprehende o Direito Publico, e incluye todo o Direito Privado, sem escapar as fórmãs

(34) Na Dissert. já mencionada, donde extrahimos uma grande parte destes esclarecimentos.

(35) Não se póde traduzir este termo sem infidelidade ao sentido do autor. Elle não quiz sómente exprimir as *convenções*, mas tambem (suas palavras) os empenhos, **que** se formão pelos laços naturaes do casamento entre o marido e a mulher, do nascimento entre os pais e os filhos, e do parentesco e alianças que d'ahi resultão.

(36) Assegura-se, que a idéa deste plano foi dada pelo Chancellor d'Aguesseau.

do *processo*, que não forão separadas das *acções* e *excepções*. Seu defeito capital está na confusão dos *direitos pessoaes* com os *direitos reaes*, cuja differença foi quasi aniquilada; pois que são envolvidas as *servidões*, a *hypotheca*, a *heranca*, e as *obrigações*, como especies de cousas incorporeas. Este vicio tem sua origem nas idéas do proprio Direito Romano, que o insigne Jurisconsulto substanciára.

Mais tarde a necessidade de uma melhor classificação foi geralmente sentida, innumerous ensaios succedêrão-se rapidamente, o methodo antigo foi quasi banido das escolas. Fallamos da Allemanha, o paiz da meditação, onde a Sciencia do Direito, associando-se á historia, e á philologia, tem alcançado os mais brilhantes triumphos. Não são em tudo concordos os Jurisconsultos da nova escola, mas pronuncião-se com poucas excepções contra a inintelligivel divisão de —*pessoas, cousas, e acções*—.

Quando começáron os trabalhos do Codigo Civil Francez em 1793, as novas idéas não tinham ainda tomado toda a sua ascendencia. Dominava em França o Direito Romano, e o que mais se conhecia, e estava em voga, quanto á innovações sobre o methodo do Direito Civil, limitava-se aos systemas de Domat e de Despeisses; cuja simplicidade tem sido encarecida até pelo proprio Maleville, um dos collaboradores do Codigo, á ponto de lamentar que não se a houvesse adoptado.

O que existia de codificação civil naquella época reduzia-se tambem ao Codigo de Baviera publicado em 1756, e ao da Prussia promulgado em 1794 (37).

(37) O Codigo Civil é parte integrante do Codigo Geral para os Estados Prussianos, que contém a legislação commercial, administrativa, e criminal. Não se deve confundir este

Esses Codigos extensos, o primeiro no sentido das idéas reinantes do Direito Romano (38), e o segundo delineado como parte de um plano geral, são menos proprios para servir de modelo (39). De resto pouca importancia se deu em França á questão fundamental do methodo, e a prova está em que o Codigo se foi decretando á retalhos; mandando-se depois incorporar as trinta e seis leis destacadas, que o compozerão.

Não seguio-se, nem o methodo de Domat e de Despeisses, nem a ordem das Institutas, sem perdêr-se contudo de vista a antiga divisão de *pessoas e cousas*. O 1º Livro intitula-se—*das pessoas*—, e o 2º Livro—*dos bens e das differentes modificações da propriedade*—. Se alguns vêem nisto um arremedo das Institutas, e fazem merecidas criticas em combinação com as materias do 3º Livro, que se inscreve—*dos diversos modos de adquirir a propriedade*—; outros, menos razoaveis, defendem á todo o transe o Codigo de seu paiz, explicando a

Codigo com a Obra conhecida pelo nome de—*Codigo Frederico*—, publicada em 1749 e 1751, e organizada pelo Chancellor Coccêo.

(38) Não conhecemos o Codigo da Baviera senão pelos fragmentos deslocados da Concord. de Saint-Joseph. Este Codigo (diz elle pag. 26 Ed. Franc.) é quasi inteiramente moldado sobre o Direito Romano.

(39) Entretanto, pelo que respeita ao regimen hypothecario, o Codigo Geral dos Estados Prussianos servio de typo aos grandes principios da *publicidade e especialidade*, que distinguem o systema germanico. E' pela *transcripção* dos titulos transl. titivos de dominio que se fixou a propriedade, e a *transcripção* quanto aos immoveis substituiu a *tradição* do Direito Romano.

divisão por modo estudado, e proclamando sua excellencia (40).

O que, porém, não se póde harmonisar é a inscripção do 3º Livro sobre os modos de aquisição da propriedade; inscripção que deu materia para mais de dous terços dos artigos, de que se compõe o Código todo. Abandonou-se, é verdade, a maxima cardeal do Direito Romano, reguladora da transferencia do dominio (41), passando o titulo á ser modo de adquirir. Mas quem quererá conceder, que sejam contractos translativos de propriedade o *deposito*, o *mandato*, e a *locação* de bens ou de serviços? Que analogia tem com o enunciado d'esse immenso Livro 3º o *pagamento*, a *novação*, a *compensação*, a *remissão*, e até (*contrainte par corps*) a *detenção pessoal*?

Com muita razão se tem dito que a ultima divisão do Código Civil Francez poderia ter comprehendido todas as leis civis, e que o tratado das *personas* e das *cousas* não passa de simples preliminar (42). Que tanto é assim, que, para dar-se alguma consistencia aos dois primeiros Livros, foi necessario inserir nelles muitas materias, que poderião entrar no 3º Livro como relativas aos meios de adquirir. Taes são no 1º Livro a

(40) Veja-se Lassaulx—*Introduct. à l'étude du Cod. Napol.*—, que explica por este modo:—O 1º Livro trata dos direitos resultantes das relações das pessoas, abstracção feita das cousas. O 3º Livro dos direitos provenientes das relações entre as pessoas, que têm por objecto as cousas no estado de movimento e circulação. O Livro intermediario diz respeito ás cousas no estado de repouso.

(41) *Traditionibus... dominia rerum, non nudis pactis, transferentur*—L. 20 Cod. de pact.

(42) Maleville—*Analyse de la discussion du Cod. Civil au Conseil d'Etat*— pag. 2.*

ausencia que dá logar á successão provisoria, o *casamento*, a *filiação*, a *adopção*, o *patrio poder*; e no 2º Livro a *accessão*, o *usufructo*, o *uso*, a *habitação*, e as *servidões*.

Não obstante seu methodo artificial, e com o mão principio da transferencia do dominio só por effeito dos contractos, o Codigo Civil da França tem exercido poderosa influencia. Ao tempo da sua promulgação (em 1804) deu-se a favoravel circumstancia de imperar logo como lei por toda a parte, onde se fez ouvir a vóz do conquistador, que lhe impuzera seu nome. Restaurada a Europa, o methodo conservou-se, e tem-se imitado, posto que as disposições constitutivas do direito de propriedade em relação á terceiros estejam profundamente alteradas.

As divisões geraes do Codigo Civil da França são as mesmas dos Codigos da Sardenha, Duas-Sicilias, Luisiana, Ducado de Baden, dos Cantões de Vaud e de Friburgo. Todos esses Codigos fórmão um só grupo.

Fazem grupo diverso o Codigo Civil Austriaco de 1811, o do Cantão de Berne de 1831, e o da Hollanda de 1838. Não seguirão a ordem do Codigo Francez, e exigindo, além do titulo, um acto exterior para regular a transmissão da propriedade, guardarão a antiga classificação geral, mais ou menos modificada.

No da Hollanda acha-se precisamente a triplice divisão de *peçoas*, *cousas*, e *obrigações*, á que accresceu um 4º Livro que se intitula—*da prova e da prescripção*—. Declarou-se categoricamente na Memoria Justificativa do primordial Projecto desse Codigo (43), que rejeitava-se o plano e a theoria do Codigo Francez.

(43) Vid. Themis Tom 6º pag. 49.

Admittindo-se a distincção das leis romanas (dizia o autor da citada Memoria) entre o direito na *cousa*, e o direito *contra as pessoas*,—*jus in re*— e—*jus ad rem*—, não hesitou-se em adoptar a ordem das Institutas, que por sua clareza e simplicidade excede á todas as outras, e que está confirmada pela experiencia dos seculos; e consagrada pela autoridade de quasi todos os philosophos, e dos mais notaveis Jurisconsultos.

Este rasgo de elogio ao inculcado methodo das Institutas foi um anachronismo, porque em 1819 (data da Memoria) já se havia convindo quasi geralmente em abandonar a divisão antiga, já o Direito Romano era leccionado por ordem diversa, e circulavão as Obras de Hugo, Mackeldey, e outros, onde domina a idéa capital de Leibnitz sobre a differença dos direitos.

O Codigo d'Austria trata no 1º Livro dos—*direitos reaes*—, e no 2º Livro dos—*direitos pessoaes*—. O do Cantão de Berne segue a mesma divisão, porém resentindo-se mais ostensivamente do vicio da antiga classificação; porquanto os *direitos reaes* e *direitos pessoaes* são subdivisões do *direito das cousas*, sendo o outro ramo da divisão geral o *direito das pessoas*.

Acha-se este defeito encoberto no Codigo d'Austria, onde não apparecem as denominações —*direito das cousas*— e —*direito das pessoas*—; mas o fundo do pensamento é o mesmo, dizendo-se—*direitos pessoaes sobre as cousas*—, e não simplesmente —*direitos pessoaes*—. E' na Introducção, ou Parte Geral, que se trata do—*direito relativo ás pessoas*—, e do—*direito relativo ás cousas*—; comparem-se porém essas duas secções, e ver-se-ha que a das *pessoas* teve 284 artigos, e a das *cousas* 24 artigos sómente. O motivo de tal desproporção? Ter-se tratado na Secção das *pessoas* de todos os

direitos de familia (44), o que por certo não está na ordem das disposições geraes ou preliminares.

O Codigo do Cantão de Argovia, cuja primeira parte sómente nos é conhecida (45), parece querer tomar differente direcção. Começa pelo:—*direitos pessoaes*—, e sob esta inscripção trata primeiro dos direitos de familia, comprehendidos na denominação secundaria de—*direitos pessoaes propriamente ditos*—. Qual seja a marcha ulterior desse Codigo, não se pôde prevêr; entretanto a divisão geral *direitos pessoaes*, abrangendo os direitos de familia, já denota novidade de plano (46).

(44) E note-se, que a desproporção teria sido maior, se das disposições sobre o casamento não fossem destacadas as dos pactos matrimoniaes, que passarão para o Livro 2º, onde se legisla sobre contractos.

(45) Concord. de S. Joseph 2ª Part. pag. 101.

(46) Temos recentemente o Projecto do Cod. Civ. de Portugal, e o do Chile, que muito desejamos conhecer. Tambem ainda não vimos o Projecto do Cod. Civ. Hespanhol publicado em 1852.

Agora por nós conhecidos esses Projectos, eis nosso juizo:

O Projecto do Cod. Civ. de Portugal tem um methodo muito defeituoso, ou antes, não tem methodo algum, como demonstrámos em um Opusculo de composição nossa com o titulo—*Nova Apostilla á censura do Sr. Alberto de Moraes Carvalho sobre o Projecto do Codigo Civil Portuguez*—.

O Codigo Civil Chileno é um bello trabalho, mas seu methodo está longe de agradar-nos. Depois de um Titulo Preliminar, á imitação do Cod. Nap., sobre as leis, sua promulgação, effectos, interpretação, e derogação, contém quatro Livros. O 1º trata das *pessoas*, o 2º dos *bens* e de seu dominio, posse, uso, e gozo; o 3º da *successão causa mortis* e da *doação inter vivos*; e o 4º das *obrigações*, e dos *contractos*.

Na exposição do nosso Direito Civil, o que ha de innovações no methodo antigo, attribuido ás Institutas, não passa do *Digesto Portuguez* de Corrêa Telles, e das Instituições de Coelho da Rocha, Professor na Universidade de Coimbra (47).

A primeira destas Obras, que seu autor considerou uma collecção de materias para o Codigo Civil de Portugal, não apresenta na distribuição e série de seus artigos ordem alguma, que se possa racionalmente justificar. O illustre Jurisconsulto renegeou os precedentes da legislação do seu paiz, esposando as idéas do Codigo Civil Francez, dispensando a tradição para transferencia do dominio, e quasi destruindo a differença dos

O Projecto do Codigo Civil Hespanhol é uma cópia servil do Cod. Nap.

(47) Não contemplamos o prospecto do Dr. Vicente J. F. Cardoso no Livro intitulado---*Que é o Codigo Civil?*—porque sempre o reputámos um desses desvios, em que soem cahir os que abusão de seus talentos por amor da novidade. O innovador confessa (pag. 160), que fôra inspirado pela perspectiva dos arbustos, que cercavão sua habitação na Ilha de S. Miguel; mas as inspirações nada rendem em materias desta ordem. Previo que seu plano era irrealizavel (pag. 183), reconheceu (pag. 161) que o ultimo ramo da sua—*Arvore de Justiça*—se havia de tocar muitas vezes com o primeiro; pois que é da morte de uns direitos que resulta o nascimento de outros. Legislação Criminal, do Processo e da Organização Judiciaria, tudo confundio-se com as materias do Direito Civil propriamente dito; e foi como preencheu-se o ramo da—*vida dos direitos*—. O proposto systema, em ultima analyse, teria por base a diversidade dos—*factos juridicos*—; cuja classificação é difficil, e sem valor pratico.

direitos reaes e direitos pessoaes, cuja distinção estabelecê-ra ao encetar sua codificação (48).

Envolveu com a materia dos contractos os modos originarios de adquirir a propriedade, e bem assim o usufructo, o uso, a habitação, a hypotheca, e a successão testamentaria. Tudo isto acha-se accumulado no 3º Livro, e no 1º Livro é que se trata dos direitos, que derivão da propriedade e da posse, assim como dos modos de fazer cessar as obrigações, e da prescripção. A successão a intestado está no 2º Livro com os direitos de familia, e em *appendice* trata-se ahi da locação de serviços, porque se diz--- os criados são como accessorios de uma familia (49).

O systema inteiro de umCodigo depende muitas vezes de uma só disposição (50) Se o respeitavel autor do Digesto Portuguez, imbuido nos principios de um falso Direito Natural (51) que não combina com os interesses da sociedade as relações entre as partes contractantes, resolveu adoptar a disposição do Art. 1583 do Codigo Civil Francez, um dos corolarios da outra disposição generica do Art. 711; era necessario, que

(48) Vid. Liv. 1º T. 3º ns. 43 e seguintes. No 3º Livro ns. 380, 381, e 385, e suas notas, o autor conspirou-se contra a legislação da Ord. L. 4º T. 7º, e T. 9º. Vid. Arts. 511, 534, 655, e 908 Consolid.

(49) Nos Códigos da Prussia, e da Luisiana, tambem se trata dos domesticos e servos em continuação dos direitos de familia.

(50) Judiciosa reflexão da citada Memoria justificativa do Projecto do Codigo Civil para os Paizes-Baixos, impressa na Themis Tom. 6º pag. 50.

(51) Fallaremos depois dos Escriptores, que proclamárão taes principios.

não tivesse omitido as diversas restricções desse Codigo, que servirão de correctivo (se bem que incompleto) (52) ao seu systema espiritualista, e acautelarão funestos abusos (53).

Ao contrario, se por um lado foi indifferente á todas as exigencias da sua innovação, tomando-a isoladamente, e não como applicação de uma theoria, que substitue o pensamento ao facto; por outro lado foi contradictorio, excluindo a tradição, e ao mesmo tempo conservando as regras do Direito Romano, e do Direito Portuguez, á respeito da tradição ficta, e symbolica, e dos actos solemnes da posse (54). Se o simples consen-

(52) Sobre isto não ha hoje duvida, porque, depois de acerbas criticas de muitos Escriptores, ahí está a reforma da Lei hypothecaria de 23 de Março de 1855. Vid. Not. 3 ao Art. 511 Consolid.

(53) Adiante exporemos quaes forão essas restricções, ou, antes, incoherencias.

(54) No Liv. 3º na propria Secção dos *effeitos da compra e venda* n. 383, e Liv. 1º ns. 595 e 596, vê-se a tradição ficta das clausulas *constituti*—, e da—*reserva do usufructo*—. Vid. Not. 4 ao Art. 909 Consolid. No Liv 1º ns. 590 e seguintes vem a tradição symbolica, e ns. 609 e seguintes os actos publicos de posse, substanciando-se as disposições da Ord. L. 1º T. 78 § 8º e L. 4º Tit. 58 §§ 3º e 4º—Vid. Arts. 910 á 913 Consolid. O Cod. Civ. Franc. Arts. 1604 e seg. trata da entrega da cousa, ou tradição, como uma obrigação do vendedor; reputa a tradição feita com a entrega das chaves da casa, ou dos titulos da propriedade; mas não como um acto symbolico—Zachariæ Dir. Civ. Franc. Tom. 1º pag. 397, Troplong. *Vente* Arts. 1604 á 1607—« Independentemente de declarações no acto da venda (Duranton Dir. Civ. Tom. 21 pag. 290), e da entrega dos titulos da propriedade, deve-se dizer, que hoje a posse transfere-se logo

timento dos contractantes basta para transferir a propriedade, sem dependencia da posse; não ha necessidade de ficções, nem de symbolos, que antecipem a tradição real; nem tão pouco de actos exteriores solemnes, que a manifestem.

A segunda Obra (a do Professor Coelho da Rocha) annuncia no prefacio a escolha do methodo de Mackeldey, entretanto que a imitação muito discorda do modelo (55). O que ha de semelhante é a *Parte Geral*, onde se estabelecem noções sobre os tres elementos—*pessoas, cousas, e actos juridicos*; porém Mackeldey não dividio, nem podia dividir, em relação á esses tres elementos, a *Parte Especial*, onde procurou expôr as diversas especies de direitos (56).

A exposição dos direitos, em symetria exterior com aquella divisão elementar, conduzio o distincto Professor á um desfecho, que não pôde agradar. A successão a intestado foi separada da successão testamentaria, e esta ultima especie de successão veio unir-se aos contractos. E como percebêr nesta repugnante junção a differença dos *direitos reaes* e dos *direitos pessoas*, que Mackeldey fizera tão sensível em dois livros distinctos? O systema do sabio Professor Allemão não peccou por este lado, mas pela abundancia de divisões escusadas.

para o comprador, ou donatario; do mesmo modo que a propriedade só pelo facto do contracto da venda, ou da doação. »

(55) O autor declara haver-se servido da traducção franceza de J. Bering—Bruxellas 1837—, que é a mesma que temos em vista. O Escriptor allemão alterou o systema das edições anteriores.

(56) O illustrado Professor Portuguez declara francamente, que não desconhece os inconvenientes do plano, que seguira.

A condição distinctiva dos *direitos absolutos* é que a sua correspondente obrigação (60) affecta a massa inteira das personalidades, com as quaes o agente do direito possa estar em contacto. A qualidade propria dos *direitos relativos*, ao inverso, é recahir sua peculiar obrigação sobre pessoas certas e determinadas (61).

extensão, á não dizêr-se *compreensão extensiva*, já que esta no papel das Taboas ou dos Indices representa-se como a *extensão* propriamente tal. A *partição* distribúe por partes aliquotas, a divisão por partes aliquantas. *Especies* representam porções externas de *generos*, *partes* representam porções internas de *todos*.

(60) Eis a obrigação no sentido largo, que não é do Direito Civil. Consideremos que a obrigação de respeitar os direitos absolutos é logicamente posterior, e que a obrigação em tal caso é *protectora*, e não *constitutiva*, como nos direitos pessoaes (segundo a distincção de um escriptor); mas, embora no primeiro caso a obrigação não seja a base ou a causa dos direitos, não se segue que possa haver direito sem obrigação correlativa—Archiv. de Droit. Tom. 5º pag. 133.

3.ª ED.

Pelas razões da Nota antecedente substitui no texto o adjectivo *especifica* pelo adjectivo *distinctiva*.

Factos são o objecto dos direitos *absolutos*, e *relativos*; e *factos* são, além dos *positivos*, os *negativos* da abstenção, e do não feito validamente.

A condição distinctiva dos *absolutos* (exactissimamente) é *têr factos* por objecto contra todos, com abstracção das *cousas*.

3.ª ED.

(61) Acrescente-se —mas abstrahindo de taes pessoas.

A qualidade propria dos *direitos relativos* (exactissimamente) é *têr factos* por objecto contra pessôas determinadas, com abstracção d'ellas.

No primeiro caso a obrigação é *negativa*, consiste na inacção, isto é, na abstenção de qualquer acto, que possa estorvar o direito. No segundo caso a obrigação é *positiva*, e consistente na necessidade de um facto ou prestação da pessoa obrigada (62). Esse facto ou prestação póde sêr tambem, como no primeiro caso, uma abstenção, mas com uma differença notavel.

A inacção indispensavel á effectividade dos *direitos absolutos* nunca induz a privação de um direito da parte daquelles, á quem a obrigação incumbe: essa inacção é necessaria para co-existencia dos direitos de todos, ou, por outro modo, é o justo limite dos direitos de cada um. Quando, porém, os *direitos pessoaes* (63) correspondem á uma obrigação de não fazer, ou de abstenção, a pessoa obrigada priva-se do exercicio de um direito que tinha, e que voluntariamente renunciou em favôr do agente do direito.

Se por estes caracteres, verificados nos constantes effeitos das relações humanas, é patente a differença dos *direitos absolu-*

(62) Eis a obrigação do Direito Civil.—*Juris vinculum, quo necessitate adstringitur alicujus rei solvendæ*—Inst. L. 3^o T. 13 princ. *Obligationum substantia in eo consistit, ut alium nobis obstringat, ad dandum aliquid, vel faciendum, vel præstandum*—Dig. de obligat. et action. L. 3^o princ.

3.^o ED.

Só attendi n'este contraste ao caracter *adversus omnes* dos *direitos absolutos*, mas não esqueça o outro caracter da abstracção das *cousas*. Convertidas em universidades juridicas (*universitates juris*) alimentão muitas obrigações *positivas*, como nas heranças, e nos concursos de credôres.

3.^o ED.

(63) Alterei com razão o texto, dizendo *direitos pessoaes*; e não, como estava,---*direito relativo*—.

tos e direitos relativos; temos as noções radicaes, de que devemos partir para exacto conhecimento do quadro inteiro das Leis Civis (64). As tradições da Sciencia confundem não pouco esta materia, as palavras nem sempre designão as idéas, e da analyse e deducção philosophicas colhem-se os seguintes corollarios :

Os chamados direitos absolutos—*liberdade, segurança, e propriedade*—(65), entrão na comprehensão da Legislação Criminal, que os protege e assegura com a penalidade (66). Desses

3.ª ED.

(64) Em accôrdo com minhas novas idéas na Proposta approvada pelo Conselho de Estado, e agora realisadas no meu 3.º Indice, fiz as mudanças anteriôres, e irei fazendo as necessarias. Agora no têxto se diz—para exacto conhecimento do quadro inteiro das Leis Civis—, e não como estava na 1ª e 2ª Edição.

(65) A enumeração de taes direitos é feita ao arbitrio de cada Escriptôr, sem que haja nisto inconveniente. Em ultima analyse reduzem-se aos direitos de—*personalidade*—e de—*propriedade*—, ou antes aos de—*personalidade*—sómente. O direito de *propriedade* é uma realização do direito de *personalidade* relativamente aos objectos exteriôres, de que o homem tem necessidade para sua existencia e desenvolvimento. Antes dessa realização existe a simples faculdade—*liberdade*—de unir á *personalidade* os objectos exteriôres. Ainda não ha *direito de propriedade*. O *direito de propriedade* começa no momento, em que a união se verifica. A enumeração, que acima adoptamos, é a da nossa Constituição no Art. 179. Harmonisemos a theoria com as Leis do Paiz.

(66) O nosso Cod. Pen. está felizmente de accôrdo com o Art. 179 da Const., classificando os crimes particulares : 1º, crimes contra a liberdade ; 2º, crimes contra a segurança ; 3º, crimes contra a propriedade.

direitos o de *propriedade* unicamente entra na Legislação Civil (67). É no *direito de propriedade* que havêmos de achar os *direitos reaes*.

Os direitos pessoaes, exceptuados os podêres da personalidade publica no circulo das leis organicas e administrativas, de que agora não tratamos (68), pertencem em regra á Legislação Civil (69), que define e regula as obri-

(67) Não queremos dizer, como Locré—*Esprit du Cod. Napol.* pag. 66---, que as Leis Civis só têm a estabelecêr regras sobre a propriedade, o que em sentido ainda mais extenso repete o Dr. Cardoso no seu Opusculo---*O que é o Codigo Civil?*--- pag. 95 e seg. Fallámos em referencia á direitos absolutos. Entre os---*direitos pessoaes*---alguns ha nas relações de familia, que não têm por objecto a propriedade. Quando os chamados absolutos de personalidade entrão na Legislação Civil, é com o character de direitos pessoaes em razão de terem sido violados. Elles não se manifestão activamente senão nos casos, em que têm sido lesados em consequencia de delictos ou quasi delictos, e então dão lugar á acções de pêrdas e damnos---Zachariae Tom. 1.º § 168.

(68) Quanto ás Leis Organicas, o Codigo Criminal pune as omissões dos empregados publicos. Essas omissões são violações de direitos pessoaes do Estado. Se os chamados direitos absolutos correspondem á inacção, a violação só pôde sêr uma acção. Os direitos pessoaes reclamão a acção, e a violação só pôde sêr a omissão. O crime pois (Art. 2.º § 1.º do Cod. Pen.) é uma acção ou omissão voluntaria contraria ás leis penaes. As leis administrativas contêm um longo catalogo de direitos pessoaes.

(69) Nas relações de familia existe um caso de excepção, que é o adulterio, punido pelos Arts. 250 e 251 do Cod. Crim. Este delicto, pelo lado dos conjuges entre si, importa a vio-

gações dos individuos entre si. Eis os nossos *direitos pessoaes* (70).

Direitos relativos—*direitos pessoaes*—corresponderião á mesma noção, se a variedade de expressão não denunciasse a differença. São *relativos* esses direitos, em contraposição aos *direitos absolutos*, porque não recahem sobre todos. São *pessoaes*, porque necessariamente dependem da intervenção de

lação de um direito pessoal; pelo lado do adultero, corresponde á offensa do direito de segurança do estado civil. Póde-se tambem contemplar o caso dos tutores e curadores, de que trata o Art. 247 do cit. Cod. Vid. Arts. 109, 291, e 585 § 2º, Consol. Nas relações dos contractos e quasi-contractos a regra é, que as faltas não constituem delicto, e regem-se pelos principios peculiares das convenções. Todavia, essas faltas podem algumas vezes degenerar em delictos do Direito Criminal, e temos exemplos no Cod. Crim. Arts. 258, 259, 264 §§ 2º e 3º, e 265 part. 2.ª Vid. Arts. 431, 435, e 535, Consol. Nas relações motivadas pelos delictos e quasi-delictos o não cumprimento das obrigações, que d'ahi resultão, não póde originar outros delictos. Entretanto o Art. 32 do Cod. Pen. e o Art. 226 do Cod. do Proc. Crim. mandavão condemnar á prisão com trabalho o delinquente, que não tivesse meio para satisfação do damno causado. Mas esta disposição foi virtualmente revogada pelo Art. 68 da Lei de 3 de Dezembro de 1841. O Av. Circ. n. 183 de 18 de Outubro de 1854 dá uma intelligencia contraria, que nos parece insustentavel. Vid. Art. 799 e Not. Consol. 1.

3.ª ED.

(70) Harmonisei a redacção d'este periodo com as novas idéas da Proposta do Codigo Geral, que aqui tanto influem.

peçoas individualmente passivas. Mas não são *peçoas*, porque abstrahem das peçoas individualmente passivas (71).

Com os *direitos reaes* não acontece o mesmo. Em primeiro lugar é preciso separar os direitos immediatamente concernentes á personalidade do homem, que são alheios da Legislação Civil. Em segundo lugar, separados esses direitos da personalidade, a idéa geral da *propriedade* carece de limitações, sem as quaes a noção dos *direitos reaes* será inexacta.

A idéa geral da *propriedade* é ampla : ella comprehende a universidade dos objectos exteriorés, corporeos e incorporeos, que constituem a fortuna ou patrimonio de cada um (72). Tanto fazem parte da nossa propriedade as *cousas materiaes*, que nos pertencem de um modo mais ou menos completo, como os *factos* ou *prestações*, que se nos devem, e que, á semelhança

3.ª ED.

(71) Harmonisei tambem este periodo com as indicadas novas idéas, rematando-o com a differença entre os *direitos relativos*, e os *direitos peçoas*.

(72) Ahrens *Cours de Droit Nat.* Part. 2ª L. 1º Cap. 1º, (4ª Ed.) applica a expressão—*propriedade*-- , como synonyma do *direito real*, aos objectos materiaes sómente, o que está nos habitos da linguagem; e, para enunciar a idéa mais extensa, serve-se do termo---*l'avoir*---. Tanto importa, que se mude de expressão para designar as duas idéas, como enuncia-las pelo mesmo vocabulo, comtanto que bem se-percebão as accepções diversas. Isto acontece com a maior parte dos termos juridicos. O mesmo Ahrens diz depois---a propriedade é o ponto central deste---*havér*---, concebido no ponto de vista do direito, porque as *prestações* concernem á *cousas*, ou são apreciaveis em dinheiro, signal representativo das *cousas*.

das *cousas materiaes*, tem um valór apreciavel, promiscuamente representado pela moeda (73).

A noção dos *direitos reaes* não é tão larga: está para a idéa geral da *propriedade*, como a parte está para o todo. A *propriedade* abrange os *direitos reaes*, e tambem a maior parte dos *direitos pessoaes* (74); e não haveria differença entre estes direitos, se o direito absoluto de *propriedade* fôsse o mesmo *direito real*.

Affectar o objecto da *propriedade* sem consideração á pessoa alguma, seguil-o incessantemente em podêr de todo e qualquer possuidôr, eis o effeito constante do *direito real*, eis seu character distinctivo. Este character é opposto ao do *direito*

(73) Tomada a *propriedade* neste sentido amplo, como complexo dos direitos *pessoaes*---*obligationes*---, e dos direitos *reaes*---*jura in re*---, é objecto do que chamão os Allemães *theoria do patrimonio*, ou---*direitos putrimoniaes*---. Vid. Maynz Dir. Rom. § 91 pag. 196. Estes *direitos patrimoniales* contra-poem-se em tal caso aos *direitos pessoaes* em sentido muito differente do nosso, isto é, comprehendendo os direitos concernentes ao estado do homem, sua capacidade de obrar, adquirir e dispôr; e até os direitos politicos, que não pertencem ao Direito Privado. Esta nomenclatura deriva do Direito Romano com a sua distincção de *cousas corporeas* e *incorporeas*. É por isso que os Codigos, que não seguirão o *systema* do Cod. Napoleão, não dizem simplesmente---*direitos pessoaes*---, quando tratam das obrigações dos contractos e delictos; mas sim---*direitos pessoaes sobre as cousas*---, sendo estes direitos *pessoaes*, e os *direitos reaes*, uma divisão do chamado---*direito das cousas*---.

(74) É preciso exceptuar, como já dissemos, alguns direitos *pessoaes* nas relações de familia.

pessoal, que não adhere ao objecto da propriedade, não o segue; mas prende-se exclusivamente á pessoa obrigada, —*ejus ossibus adheret ut lepra cuti*—.

Ora, que os *direitos reaes* não são applicaveis á todos os objectos, de que se compõe a propriedade; facilmente comprehendendo-se, e a observação confirma.

A possibilidade do *direito real*, com o seu effeito essencialmente physico, só concebe-se em relação aos objectos corporeos—*cousas*— no sentido natural da palavra; e tal é a primeira limitação, que de necessidade restringe a idéa de *propriedade* em seu sentido mais extenso. Os objectos incorporeos, que são apreciaveis pelo denominador commum—*moeda*—, fazem parte do nosso patrimonio, mas não estão sob nosso dominio, não são susceptiveis de posse, nem dos effeitos do *direito real* (75).

Ainda mais, o *direito real* recahe sobre objectos corporeos, que existem immediatamente submettidos ao agente do direito—*incidimus in eum*—, é affirmação do nosso poder sobre o objecto do direito;—*in re potestas plena*—, se se trata do dominio;—*pro parte*—, se se trata dos outros direitos reaes; entretanto que os objectos, representados pelos factos, ou prestações, que se nos devem, terão de existir, depois que esses factos fôrem cumpridos por um intermediario passivo do direito—*nulla in re potestas*—.

(75) *Dominium est jus in re corporali. ---Quum itaque incorporales res tangi nequeant; consequens est, ut proprietate nec possideantur, nec tradantur, nec in dominio sint; sed in bonis esse intelligantur.* Heinecc. *Elem. Jur. Civ.* §§ 287 e 341, *Recitation.* L. 2º T. 2º § 388. ---*Incorporales res traditionem et usucapionem non recipere, manifestum est---*L. 43 § 1º *Dig. de adquir. rer. dom.*

Outra distincção ainda se faz necessaria, para que a noção, que analysamos, fique precisamente em seu valór. As cousas (objectos corporeos) são moveis, ou immoveis (76).

As cousas moveis, sujeitas á *contractação* (77), sem assento fixo (78), susceptiveis de circulação rapida (79), de facil deterioração (80), consumiveis algumas ao primeiro uso, consistindo muitas vezes em *genero* e não em *especie*, determinando-se por quantidades abstractas, e podendo ser substituidas por outras cousas homogeneas, que preenchem as mesmas

(76) Art. 42 Consolid.

(77) Só as cousas moveis podem sêr furtadas, porque o furto de uma cousa suppõe necessariamente, que ella possa sêr tirada de um logar para outro---*amotio de loco ad locum*---Chauveau *Theor. du Cod. Pen.* Tom. 5º pag. 27. Furtar, roubar, ---*contractatio fraudulosa*---, é tirar a cousa alheia contra a vontade de seu dño---Arts. 257 e 259 Cod. Crim.

(78) D'ahi as regras sobre os estatutos do paiz, que devem regê-los---Vid. Chassat *Trait. des Statuts* pag. 95 e seg. ---*mobilia sequuntur personam*---

(79) E' por isso que as cousas moveis só podem servir de objecto ao commercio propriamente dito---*Mercis appellatio ad res mobiles tantum pertinet*---L. 66 Dig. *de verb. significat.* Vid. Massé *Droit Commerc.* Tom. 3º n. 419 e 432. A venda de immoveis não é commercial---Cod. do Com. Art. 191. As questões sobre immoveis, com poucas excepções, não competem ao Juizo Commercial---Cod. do Com. Tit. Un. Art. 19 § 3º, e Art. 13 do Reg. Com. n. 737.

(80) D'ahi as consequencias legais sobre a administração destes bens: importa vendê-los, e convertê-los promptamente em cousas productivas, quando pertencem á pessoas incapazes. Vid. Arts. 286 e seg., 329, 1237 § 4º, 1246, e 1248, Consolid.

funcções (81), escapão em grande parte á affectação, e aos effeitos, dos *direitos reaes* (82).

As segundas —*solum et res solá*—, pela sua natural consistencia, por seus attributos peculiares, vantagens que offercem, constituem a *propriedade* por excellencia (83), são a verdadeira séde dos *direitos reaes*. Verifiquêmos esta conclusão.

O *direito real* tem duas manifestações, uma necessaria, e a outra possivel. Ou nós o exercêmos sobre nossas proprias cousas—*jus in re propria*,—ou sobre cousas de outros—*jus in re aliena*.

(81) Destes caracteres resulta a importante distincção das cousas *fungiveis*, e *não fungiveis*.—*Resque usu consumuntur, —quæ pondere, numero, vel mensura, constant;— in genere suo magis recipiunt functionem per solutionem, quam specie*. Vid. Arts. 477, 478, 841 e seg. Consolid.

(82) É porisso que no *mutuo* o dominio da cousa emprestada não fica no mutuante, mas passa para o mutuario, que só tem obrigação de pagar outra igual quantidade do mesmo genero—Arts. 479 e 480 Consolid. No *quasi-usufructo* (usufructo de cousas fungiveis) a propriedade da cousa tambem passa para o usufructuario. Já não é assim no *commodato*— Art.497 Consolid. Pelo Direito Francez (Arts. 2279 e 1141 Cod. Civ.) a posse dos moveis vale como titulo, e d'ahi segue-se, que em geral a reivindicacão não é receptivel em materia movel—Zachariæ Dir. Civ. Franc. Tom. 1º pag. 155 e 193. Sobre a natureza e caracteres da propriedade movel veja-se Rivière *Exam. du regim. de la propriet. mobil.*

(83) É bem conhecida a antiga maxima ---*mobiliium vilis possessio*—.São bem pronunciadas todas as legislações na preferencia que dão á propriedade immovel, o que em parte se deve attribuir á influencia das tradições feudaes.

Em relação ás nossas proprias cousas, o *direito real* é o proprio dominio ; e como seu objecto em tal caso é a *propriedade plena*, quando tal, com todos os direitos elementares, que a constituem, não podem havêr especies (84).

Em relação ás cousas de outros, o *direito real* tem por objecto a *propriedade limitada* ; e como a limitação pôde sêr realizada por varios modos, a differença entre elles pôde occasionar outras tantas especies de *direitos reaes* (85).

(84) Não usamos da expressão--*propriedade plena*--para designar o mesmo que o *dominium plenum*--, isto é, a propriedade e o usufructo, em contraposição ao--*dominium minus plenum, vel imminutum*---, isto é, a propriedade decomposta em dominio *directo* e *util*---(Consol. Art. 62). Esta divisão do dominio (Consolid. Art. 915) não tem por objecto o dominio perfeito, mas sim o imperfeito, de que é uma subdivisão---Heinecc *Elem. secund. ord. Instit.* § 291. A outra divisão em *dominio solitario* e *condominio* é feita em relação ao agente do direito—*ad personam domini respicitur*—, e não destróe a unidade do dominio, porque a co-propriedade corresponde á uma parte ideal da coisa commum. A divisão em *revogavel* e *irrevogavel* suppõe o dominio transferido, posto que sujeito á uma resolução. Ora, a expressão--*propriedade plena*—considera reunidos todos os direitos parciaes, cujo complexo constitue o dominio; não se refere á algum modo particular de separação desses direitos parciaes, nem ás pessôas, que podem exercêr o dominio, nem ao modo da sua transferencia e duração.

3.ª ED.

Todavia, como effectivamente dá-se o nome de *dominio* á esses casos de propriedade não plena, fiquem salvos agora com a restricção—*quando tal*.

(85) Não se confunda a limitação da propriedade em geral com o *jus aliena in re*. Este direito real opêra uma limi-

Se o proprietario, para garantir o que deve, sujeita a propriedade ao credor, obrigando-se á não aliena-la—*propriedade affectada*—, dá-se o direito real de *hypotheca*. Se desmembra o dominio, perpetua ou temporariamente, transferindo á outro a utilidade da cousa, dá-se o *emphyteuse*. Se transfere o direito de posse, uso, ou gôzo, mais ou menos completamente,—*propriedade dividida, gravada*—, dão-se os direitos reaes das *servidões, superficie, usufructo, uso, e habitação*.

Concebe-se, que o direito real de dominio recáia, e produza seus effeitos, sobre uma certa classe de bens moveis (86); entretanto, que possivel é sempre sobre cousas immoveis. A usurpação das cousas moveis dá lugar á acções criminaes por furto, ou roubo; a sua restituição, ou a indemnisação do equivalente, consegue-se no juizo civil por uma acção pessoal *ex delicto* (87).

tação da propriedade, mas nem toda a limitação da propriedade confere um direito real na cousa alheia. Além de muitas limitações, ou modificações da propriedade, como dizem os Escriptôres Francezes, estabelecidas pela lei; existem outras, creadas pela vontade do homem, que não trazem *jura in re aliena*. Para haver *jus in re aliena* é necessario, que a propriedade seja limitada pela lei, ou pela vontade do homem (contractos e testamentos); mas conferindo á terceiros direitos elementares do dominio, á par do proprio dominio.

(86) Na reivindicação dos moveis (Art 917 Consolid.) o autôr deve declarar os signaes distinctivos da cousa. Ha porém muitas cousas me veis de facil confusão, de modo que não se podem distinguir umas das outras.

(87) Vid. Arts. 799, 802, 803, e 804, Consolid.

As cousas immoveis não podem ser furtadas (88). O proprietario excluido faz sempre valêr seu direito real, demandando á todo e qualquer possuidôr (89).

Quanto aos outros *direitos reaes—jura in re aliena—*, concebe-se a applicação da hypotheca aos bens moveis, e ha disto exemplos (90); tambem ha exemplos da applicação do

(88) Se os immoveis são objecto de uma occupação fraudulenta, ou violenta, não se dá furto, ou roubo; mas uma usurpação, invasão, intrusão---Merlin Repert. *vb.*---vol ---Secç. 1^a n. 2,---Chauveau *loc. cit.*---*Verum est quod plerique probant, fundi furti agi non posse*---L. 25 Dig. *de furt.* As Institutas L. 2^a Tit. 6^o *De usucap.* § 7^o, enunciando esta regra, attestão, que ella não foi sempre observada—*Abolita est quorundam veterum sententia existimantium etiam fundi locive furtum fieri.*

(89) Vid. Arts. 884 e 925, Consolid. Quando o proprietario escolhe demandar o valôr da cousa, a acção real toma o nome de *acção subsidiaria da reivindicacão*---Cit. Art. 925 Consolid., 927, e Not. ao Art. 841.

(90) O primeiro exemplo é o do nosso paiz, onde abundão as hypothecas sobre moveis, e até sobre dividas. A nossa lei civil nada distingue, antes permite as hypothecas geraes, e manda registra-las—Arts. 1284 e 1288 Consolid. O Cod. do Com. Arts. 266 e 879, supposto tolhêsse as hypothecas geraes, não diz que só se possão hypothecar bens immoveis; e as primeiras palavras do Art. 265 são simplesmente enunciativas. Pelo Direito Romano os moveis podião ser hypothecados segundo a regra—*Quod emptionem venditionemque recipit, etiam pignorationem recipere potest*—L. 9 § 1^o Dig. *de pignor. et hypoth.* O direito de penhôr e hypotheca (Mackeldey Dir. Rom. Not. 2 ao § 338) é ordinariamente um *direito real (jus in re)*, mas sómente quando uma cousa corporea fórma seu

usufructo (91), especialmente aos moveis, que se não conso-

objecto ; o direito de penhôr conferido sobre um credito, sem instrumento, que o represente, conserva sua natureza de obrigação. Actualmente todas as legislações, tanto as que seguirão o Cod. Civ. Franc., como as que adoptarão o regimen hypothecario germanico, restringem a hypotheca aos bens immoveis. Muito poucas se exceptuão, como as de Hamburgo e Lauenburgo, que permittem a hypotheca de moveis ; e a de Hungria, onde as hypothecas são geraes, salva a estipulação em contrario—S. Joseph *Concord. entre les Lois Hypth.* Introduct.—*Em moveis não ha sequela por hypotheca*—é a maxima do Direito Francez (Art. 2119 Cod. Civ.), que foi adoptada no Dig. Port. de Corr. Tel. L. 3º n. 1262. Evite-se porém o erro de pensar, como pensára Benech—*Droit de preference*—, que pôde haver hypotheca sem a sequela inherente ao direito real, ou que a força da hypotheca reside no direito de preferencia. O nosso Direito separa o direito de preferencia, e o da sequela ; mas aquelle existe, sem que haja hypotheca, o que não acontece com o outro. Vid. Nots. aos Arts. 834 e 1278 Consolid. A verdadeira hypotheca deve necessariamente têr seus effectos, consignados no Art. 1269 Consolid.

3.ª ED.

Dêsde a execução da Lei 1237 de 24 de Setembro de 1864 Art. 2º § 1º a hypotheca entre nós só recahe sobre immoveis, e seus accessorios com elles, como já da 2.ª Ed. consta Not. ao Art. 1269 § 2.º

(91) O usufructo,—direito de gozar da cousa de outro com a limitação de deixar salva a sua substancia---, é legal, ou voluntario. Em nossa legislação ha do usufructo legal varias especies :---1º, o dos bens da Corôa (Art. 52 § 3º, Consolid.) ---2º, o do pai sobre os bens de seus filhos não emancipados

mem ao primeiro uso (92). Entretanto que, não só a hypoteca e o usufructo, como todas as outras especies de direitos reaes, são proprias dos immoveis. As servidões reaes (93), o

(Art. 174 e seg., Consolid.)--3º, o da viuva quinquagenaria, que se recasa tendo descendentes (Art. 161 e seg. Consolid.) --4º, o do pai ou da mãe, que passam á segundas nupcias, existindo filhos do primeiro matrimonio, sobre os bens em que succedem por fallecimento de qualquer dos ditos filhos (Art. 966 e seg. Consolid.) Bem se vê, que estas especies referem-se á immoveis, e moveis. A nossa lei, como o Art. 526 do Cod. Civ. Franc., reputando immoveis o usufructo das couas immoveis (Art. 47, Consolid.), persuppõe o usufructo de cousas moveis. Vid. Art. 581, do Cod. Civ. Franc.—*Constituitur autem usufructus non tantum in fundo et ædibus, verum etiam in servis, jumentis, et ceteris rebus*—Inst. L. 2º T. 4º § 2º de usufr.

Quanto ao usufructo, que acima attribuo ao pai e á mãe, que passam á segundas nupcias, veja-se a Nota adicional ao Art. 966 Consolid.

(92) Consistindo o usufructo na limitação de não dispôr da substancia da cousa, e por consequente de a não consumir, resulta, que só devêra têr por objecto as cousas corporeas, que se não consumissem com o uso.---*Exceptis iis quæ ipso usu consumuntur*---são as palavras das Instit. *loc. cit.*; entretanto admittio-se depois por analogia o usufructo de cousas fungiveis, e d'ahi veio a distincção entre o---*verus usufructus*---e o---*quasi-fructus*---. Em tal caso, como já se notou, o usufructuario torna-se proprietario da cousa com obrigação de restituir outra quantidade do mesmo genero igual á consumida.

(93) As servidões reaes ou prediaes, em contraposição ás pessoaes, em cuja classe entra o usufructo, suppoem necessariamente a existencia de immoveis pertencendo á proprie-

emphyteuse (94), os direitos adherentes ao interiôr e á superficie do solo, são direitos reaes, que não podem recahir senão sobre immoveis (95).

E' portanto nas cousas immoveis, que o *direito real* apparece em suas diversas manifestações, e acha a possibilidade de seu desenvolvimento completo. Podêr-se-ha, porém, pela observação de seus effeitos, e caracteres, remontar á causa, que os produz? Haverá um principio determinante dos *direitos reaes*, que *a priori* se possa assignar, e sirva de regra ás legislações?

No dominio é o proprietario sómente, que se acha em relação immediata com a cousa, e sem o *direito real* o dominio seria aniquilado. O *direito real* em tal caso é um podêr inherente ao dominio, é o mesmo dominio, e com elle se confunde (96).

tarios differentes---Art. 47 Consolid. Sobre as servidões urbanas Vid. Arts. 936 á 956, 1330, e 1331, Consolid. Sobre as rusticas--Arts. 957, 958, e 1333, Consolid. Da diversidade das servidões, e da de outros direitos, vêm a necessidade de diposições geraes sobre o que sejam *predios urbanos*, e *rusticos*. Vid. Arts. 50 e 51 Consolid., extrahidos da legislação sobre a siza dos immoveis; e Lobão, *Trat. das Caz.* §§ 42 á 46.

(94) A natureza do emphyteuse está bem caracterizada no Art. 606 Consolid.

(95) Vid. Consolid. Nots. 4 e 5 ao Art. 52 § 2º, e Not. ao Art. 1332.

(96) Eis a razão, como já notamos, por que o Direito Romano, considerando cousas incorporeas os outros direitos reaes, não reputava da mesma maneira o dominio.

Nos outros direitos reaes—*jura in re aliena*—o agente do direito também está em relação immediata com a cousa. e sobre ella exerce, posto que parcialmente, ou até certo ponto, um direito tão independente, como o do dominio; mas esse direito não está só, elle co-existe com o do proprietario, de que foi emanação.

O dominio é a somma de todos os direitos possiveis, que pertencem ao proprietario sobre sua cousa, quaes os da *posse, uso, gozo, e livre disposição* (97). Os outros direitos reaes são parcelas daquella somma, são os proprios direitos constitutivos do dominio; são podêres, que sobre a cousa attribuem-se á outras pessoas.

Se em todos os casos de attribuição desses podêres realizados vissemos nascêr um *direito real*, haveria por certo um signal indicadôr, uma causa efficiente, de direitos reaes na cousa alheia. As Legislações, e a Historia do Direito, attestão o contrario.

As *servidões, o usufructo, o emphyteuse, o direito de superficie*, e outros direitos analogos, são faculdades de uso, e gozo, conferidas pelo proprietario da cousa; da mesma maneira que o são a *locação, e o commodato*. Entretanto, se das primeiras derivão *direitos reaes*, não só pela Legislação Romana, como por todas as legislações, e mesmo não acontece com as segundas.

A Legislação Franceza (98) em contrario á *L. emptorem* (99), e á nossa *Ord. L. 4° Tit. 9°* (100), nega ao comprador da

(97) Vid. Art. 884 Consolid. Para usar, e gozar, e necessario possuir.

(98) Art. 1743 Cod. Franc.

(99) L. 9. Cod. de locat. et conruc.

(100) Art. 655 Consolid., que reproduz a maxima—*sucessor particularis non tenetur stare colono*—.

cousa arrendada o direito de despejar o arrendatario; e desta maneira elevou a *locação* á categoria de um *direito real*, transformando a natureza deste contracto. Muitos Jurisconsultos, como Delvincourt (101), Toullier (102), Duranton (103) Proudhon (104), e Duvergier (105), sustentão ainda assim, que a locação só confere um *direito pessoal*; mas o sabio Troplong (106), os-refuta tão vigorosamente, que nada deixa á despejar. « Ora, o que é um direito (diz elle) (107), que da pessoa recahe sobre a cousa por uma affectação directa e incessante, que segue esta cousa de mão em mão, que sobrevive ás alienações, e ás mudanças de proprietarios? Será um desconhecido em jurisprudencia? Não. Os Jurisconsultos de todos os tempos o têm chamado—*direito real*—» (108).

(101) *Cours. de Cod. Civ. Franc.* Tom. 3º pag. 185 not. 2º, pag. 188 not. 5º, pag. 198 not. 5º.

(102) *Dir. Civ. Franc.* Tom. 3º n. 388 pag. 250.

(103) *Cours. de Droit Franc.* Tom. 4º n. 73 pag. 61, Tom. 17 n. 138 pag. 120 e seg.

(104) *Trait. des droits d'usufruit.*—Tom. 1º n. 102 pag. 105.

(105) *Droit Civ. — Franc. Louage* n. 279 e seg. No mesmo sentido — Demolombe Tom. 9º ns. 492 e seg., Marcadé ao Art. 1743, e outros Commentadôres.

(106) *Droit Civ. expliqué—Louage*—ns. 5 e seg., e us. 489 e seg.

(107) *Louage* n. 491.

(108) Esta opinião tão ardentemente sustentada vai ganhando terreno, como diz Martou—*Privil. et Hypoth.*—Tom. 1º pag. 51. A entrevista realidade, confissão MM. Dalloz Repert. Tom. 30 vb. *louage* n. 486, constitue em verdade uma realidade particular, mais ou menos anormal, mas que não pôde sêr desconhecida. Ultimamente a Lei hypothecaria da

Ainda ha outro exemplo. Em Genebra, no Projecto de Lei relativo á aquisição, conservação, e publicidade, dos direitos reaes sobre immoveis, organizado em 1827 por Girod, Rossi, e Bellet (109), forão submettidos os arrendamentos á inscripção como direitos restrictivos do de propriedade. « Quicá pela vez primeira (disse a Commissão em sua Exposição de motivos) (110), os arrendamentos são collocados entre os *direitos reaes*. »

O nosso proprio Direito Patrio offerece-nos á tal respeito uma prova, á que deve-se attendêr. A theoria das Ordenações

Belgica de 1851 manda registrar os arrendamentos excedentes á nove annos, ou contendo ao menos quitação de tres annos da renda. A Lei hypothecaria Franceza de 1855 tambem manda transcrevêr no registro os arrendamentos de mais de dezoito annos. Todavia, no Esboço do Cod. Civ., tenho conservado ao direito do locatario seu character de *direito pessoal*. Adopto a bôa legislação do Art. 1743 do Cod. Nap., abandonando assim o disposto na L. *emptorem* e na Ord. L. 4^o T. 9^o, e impedindo que o arrendatario (locatario de immoveis por tempo determinado) seja despejado pelo adquirente, quando elle tiver transcripto no Registro Publico sua escriptura de arrendamento. D'ahi porém não se segue, que o arrendatario tenha um direito real, Elle prefere ao adquirente, porque este sabia, ou devia sabêr, pela publicidade do registro, que o immovel estava arrendado. Desta maneira fica constituido em *má fé*, e portanto não póde sêr attendido em Juizo

(109) Este Projecto, que não chegou á têr execução, acha-se transcripto em---Odier---*Systèmes Hypothecaires*.

(110) Vid. Themis Tom. 9^o, onde vem essa Exposição de motivos.

Filippinas sobre arrendamento é a mesma da *L. emptorem*, a locação não engendra senão uma relação particular entre o locadôr e o locatario; entretanto cessava esta regra, se o arrendamento era de dez annos, ou mais, nos termos da Ord. L. 4°, T. 9° (111), reputando-se o arrendamento em tal caso um contracto emphyteutico (112).

Sobrevierão o Alvará de 3 de Novembro de 1857, e a Le de 4 de Julho de 1776, que reduzirão a locação á sua natureza pessoal, ainda que fôsse de cem annos, e até colonia perpetua (113). E que differença existe entre uma colonia perpetua, e um aforamento perpetuo? Não está o uso, e gôzo, para sempre transferido no colono? (114).

Pelo lado da posse sómente, ou detenção, da cousa, nós a vemos no *penhór* produzir um direito real (115), o que já não acontece no *deposito*. Nem o credôr pignoratício, nem o depositario, podem usar, e gozar, da cousa (116). O Direito Romano admittio o furto do uso da cousa em relação ao deposita-

(111) Esta excepção foi adoptada por quasi todos os DD. desde Bartolo. O mesmo acontecia no antigo Direito Francêz, como attesta Troplong --- *Louage* --- n. 478.

(112) A creação de um direito real neste arrendamento de longo tempo teve fundamento na L. 1ª § 3º, Dig. *de superf.*

(113) Arts. 651, e 915, Consolid. e Not.

(114) Art. 607 e Not., e Art. 608, Consolid.

(115) Dig. L. 16 *de pignor. et hypoth.* § 3º, Cod. *ibidem* L. 14, Cod. do Com. Art. 877 § 3º Vid Not. ao Art. 767 Consolid.

(116) Quanto ao credôr pignoratício—L. 54 Dig. *de furt.* Quanto ao depositario — Art. 431 Consolid. O Cod. do Com. Art. 276 equipara o credôr pignoratício ao depositario.

rio, e credôr pignoratício (117); e essa disposição passou para o nosso Direito (118).

No caso da *antichrese* ha uma retenção da cousa, igual á do penhor (119); mas, se o credôr antichretico tinha um direito real pela Legislação Romana (120), e o-tem por muitas legislações modernas (121), o Código Civil da França parece negar-lh'o, conferindo-lhe tão sómente direitos de retenção, e gozo (Arts. 2085 e 2087), e não querendo que essas faculdades prejudiquem aos direitos, que terceiros possuem têr adquirido sobre o immovel (Art. 2091), ou esses direitos sejam anteriores, ou posteriores, ao estabelecimento da *antichrese*.

A *hypotheca* não confere ao credôr, nem uso, e gozo, nem ao menos posse; e entretanto produz um direito real, que está

(117) *Inst. de oblig. quæ ex delict. nasc.* § 6°. No mesmo caso está o commodatario, que emprega a cousa em uso differente daquelle, para que lhe fôra emprestada—Vid. Art. 502 § 3° Consolid.

(118) Cod. Crim. Art. 258, e Art. 435 Consolid.

(119) Consolid. Art. 788 e Not. ao Art. 767.

(120) A *antichrese* era um penhór com pacto, e quanto ao *jus in re* o penhór e a *hypotheca* não differião—*Inter pignus et hypothecam tantum nominis sonus differt*—L. 5ª § 1º Dig. de *pign. et hypothec.* L. 30 de *noxal. action.*

(121) Nas legislações de todos os paizes, onde a *antichrese* é sujeita á transcripção juntamente com os outros direitos reaes.—Vid. Saint Joseph *Concord. entre les Lois Hypoth.*

(122) Troplong *Comment. du nantis., du gage, et de l'antichrese* ns. 573 e seg., Martou *Privil. et Hypoth.* n. 34. A questão de saber, se a *antichrese* é ou não direito real, e se póde portanto prejudicar á credôres hypothecarios e terceiros adquirentes, divide profundamente os Jurisconsultos e Tribunaes da França.

para a cousa, do mesmo modo que o direito pessoal está para a obrigação— *obligatio rei*—(123). Ella não desmembra a propriedade como o usufructo, não a transfere para o credôr, e a deixa subsistir intacta; sómente adstringe a cousa á fornecêr ao credôr seu pagamento pelo meio da venda (124). O direito creditorio pôde existir sem hypotheca, porque, independentemente della, os bens do devedôr ficão na verdade geralmente affectados ao pagamento de suas diydias (125). Por sua propria natureza a hypotheca é um direito real simples-

Tão controvertida tem sido a intelligencia do Cod. Civ. nesta parte, que na Belgica, depois do novo regimen hypothecario estatuido pela Lei de 16 de Dezembro de 1851, entende-se (Martou *loc. cit.*), que a antichrese não deve sêr transcripta; ao passo que na França o Art. 2º §1º da novissima Lei hypothecaria de 23 de Março de 1855 ordena a transcripção dos actos constitutivos de antichrese, igualmente com os de servidão, uso, e habitação.

(123) Sobre a analogia entre a hypotheca, e a obrigação. Vid. Molitor— *Obligat. en Droit Rom.* n. 2.

(124) Não se pôde todavia negar (Ortolan—*Generalis., du Droit Rom.* — pag. 90) que o direito de propriedade fica alterado em alguns de seus elementos. Vid. Demolombe Tom. 9º n. 471 pag. 367. Sobre os effeitos da hypotheca — Art. 1269 Consolid.

(125) Vid. Not. ao Art. 767 Consolid.—Maxima de Direito Francêz—*qui s'oblige oblige le sien*—Art. 2093 Cod. Civ. Franc. E'porisso, que Delvincourt Tom. 3º pag. 156 define a hypotheca — *affectação formal*—de um ou mais immoveis ao pagamento de uma obrigação.

mente accessorio, que não tem, como os principaes, a estabilidade, que caracteriza o direito real de dominio (126).

« Por toda a parte, onde a propriedade existe, diz Du-Roi (127), vê-se de um lado certos poderes attribuidos á uma pessoa sobre a cousa de outro por um *contracto nominado*, e enunciando-se pelo mesmo nome da convenção, que os tem feito nascêr, como na *locação*, *commodato*, *deposito*; ao passo que de outro lado a lei, ou um testamento, ou mesmo uma convenção, mas uma convenção *innominada*, estabelecem sobre as cousas outros poderes, que recebem uma denominação propria, e no todo independente do acontecimento, que os-faz adquirir, por exemplo, o *usufructo*, o *uso*, a *servidão* (128). »

(126) Tanto participa da natureza dos creditos, que são, com elles, sujeitos á todas as causas de extincção especiaes aos creditos. Ainda que a *hypotheca* seja sobre immoveis, muitos Escriptôres Francezes a collocão na classe dos bens moveis.

(127) Excellente trabalho traduzido do allemão, impresso na *Themis* Tom. 8º part. 2ª pag. 22, e recommendado por Mackeldey *Dir. Rom. not.* 1 aº § 238.

(128) « Até que ponto (Ortolan *loc. cit.*) as faculdades de disposição, que confere sobre a cousa a *locação* ou o *commodato*, entrão na classe dos direitos reaes? Os J. C. Romanos não resolvêrão esta questão. Preoccupados com a *theoria* dos *contractos*, e das acções, que delles resultão, não tem encarado a *locação*, e o *commodato*, senão em sua qualidade de *contractos*, sob a relação dos direitos pessoaes, que elles produzem.» Esta observação confirma nossas considerações, posto que Ortolan não caracterizou bem o — *direito real* —, [como depois veremos.

Para que esses poderes tivessem uma completa segurança, foi mister dar-lhes uma natureza absoluta, e geralmente obrigatória, como tem o direito real de dominio: porém bem se vê, que não é isto necessariamente da sua essencia (129). Não se pôde dizer, que existe uma causa determinante, um facto exclusivamente productôr desses direitos reaes; não se pôde dizer, que a theoria da Sciencia a-indique *a priori* nas diversas especies de—*jura in re*—, fóra das quaes não possam havêr outras especies (130).

Quando as legislações não prohibem expressamente a criação de outros direitos reaes, além dos que ellas designão, e regulão; a doutrina, e a jurisprudencia, inclinão-se, por deferencia ao principio da liberdade das convenções, á admitir combinações de todo o genero, uma vez que nada tenham de contrario á ordem publica (131).

« A perguntar-se, diz Toullier (132), quaes são os direitos, que se podem separar da propriedade perfeita, e de quantos modos se a-póde desmembrar, deve-se estabelecêr como principio, que cada um pôde dispôr de sua propriedade da maneira mais absoluta, que pôde desligar os direitos que lhe-parecer, estender ou limitar esses direitos; comtante que nada haja

(129) Marezoll (traducção de Pellat)—*Droit Privé des Rom.* § 86 pag. 231. O autôr não enuncia bem seu pensamento.

(130) O numero dos direitos reaes é obra do Direito Positivo, sobre a qual o tempo, os costumes, o genio particular dos differentes povos, o estado mais ou menos avançado da civilisação, e sobretudo a forma de organisação politica, e social, exercem a mais profunda influencia—Demolombe Tom. 9º n. 475 pag. 377.

(131) Martou—*Privil. et Hypoth. n.* 35.

(132) *Droit. Civ. Franc.* Tom. 3º n. 96.

de contrario ás leis, e á ordem publica; assim, nesta materia, segue-se o principio geral—tudo o que não é prohibido, é permitido—(133). »

« Se, levando a questão mais longe, pergunta-se, quaes são os modos mais usados de desmembrar a propriedade, quaes os direitos que separão-se mais ordinariamente, e sobre os quaes as leis tem disposições para servir de regra em falta de titulo, que a estabeleça; deve-se respondêr, que esses direitos não são os mesmos em todos os povos; e que no mesmo povo varião segundo os tempos, costumes, e legislação (134). »

O Direito Romano, no seu ultimo estado de desenvolvimento, admittio quatro especies de direitos reaes na cousa alheia—

(133) Nenhum cidadão póde sêr obrigado á deixar de fazer alguma cousa senão em virtude da lei—Const. Art. 179 § 1º. Em contrario diz Demolombe Tom. 9º n. 515 pag. 452: « Os particulares não podem por suas convenções, disposições, mudar as leis, que concernem á ordem publica; e no numero dessas leis estão as que interessão á terceiros, ao publico, á segurança das convenções, ao modo da transmissão dos bens. Ora, a lei, que determina e organiza os direitos reaes, de que os bens são susceptiveis, interessa sem duvida no mais alto gráo á terceiros, ao publico e á segurança das convenções. Logo, ella é uma lei de ordem publica, logo os particulares não podem muda-la, logo uma tal lei, na enumeração dos direitos reaes, que ella conhece, deve sêr necessariamente considerada como limitativa. »

(134) « Muitos direitos reaes (continúa o mesmo autôr, falando da legislação francêza), que erão de uso universal em nossa antiga legislação, estão proscriptos pela nova. » Taes são todos os direitos reaes do systema feudal, que por mil fórmas decompunhão e travavão a propriedade territorial, e que cahirão com a Revolução de 1789.

jura in re aliena—(135); mas a servidão, motivada pelas necessidades da agricultura, era dellas a mais antiga, e originariamente o unico—*jus in re aliena*—, denominado por excellencia —*jus in re*—, em contraposição ao dominio. Foi elle o unico, á que os Romanos applicárão por analogia as regras da propriedade, á ponto, não obstante reputarem as servidões cousas incorporeas, de transportarem para ellas a idéa de posse sob o nome de—*quasi possessio*—; com as consequencias juridicas da posse, os interdictos, e a usucapião (136).

Do que precede resulta, que definir o—*direito real*—em relação ao dominio fóra dar uma idéa falsa; pois a definição não comprehendaria o definido. Defini-lo pelas faculdades de uso, e gozo, como desmembradas do dominio, ou como coppediidade dividida quanto ao tempo, e modo, do uso, e gozo, não fóra melhor expediente; porquanto a hypotheca é um direito real, e não contém nenhuma dessas faculdades, nem opéra desmembração ou divisão alguma (137).

Desta maneira, já que os outros caracteres não são exclusivos, não póde haver definição que satisfaça, senão aquella, que caracteriza o *direito real* pela acção *in rem*, que sempre pre-

(135) Marezoll Obr. cit. § 104. Esses quatro direitos reaes na cousa alheia erão os seguintes—*servitus, emphyteusis, superficies, pignus*.

(136) Marezoll Obr. cit. § 105.

(137) A natureza do direito hypothecario tem sido objecto de vivas controversias, tem dado logar á esta questão. Ha muitas especies de direitos reaes, ou pelo contrario só existe um—o direito de dominio—, de que todos os outros são partes desligadas?

duz ; acção, que nunca póde competir ao *direito pessoal* (138), e que destaca portanto de um modo sensível a differença entre as duas especies de direitos, de que na divisão compõe-se toda a legislação civil.—*Jus in re est jus homini in rem competens, sine respectu ad certam personam, ex quo agi potest contra quemcumque possessorem.* —*Jus in personam (ad rem) est facultas competens in personam, ut aliquid dare, vel facere, teneatur* (139).

Esta definição do *direito real* tem sido censurada. Allega-se, que os direitos tem por si mesmos uma existencia propria, que os caracteriza ; que a distincção do *direito real* e do *direito pes-*

(138) Não fallamos segundo as tradições do Direito Romano, como vêr-se-ha depois.

(139) Heinecc. *Elem. Jur. Civ. secund. ord. Instit.* § 284.— « E' esta faculdade de seguir a causa nas mãos de qualquer possuidôr (diz Toullier *Droit Civ. Franc.* Tom. 3º n. 84), que fórma o caracter especifico do que chama-se *direito real*, *jus in re* ; com differença do *direito pessoal*, ou do direito á coisa, *jus ad rem*, que resulta de um vinculo puramente pessoal entre duas ou mais pessôas determinadas. » Rejeitamos a locução —*jus ad rem*,— porque tem o inconveniente de não empregar a palavra —*res*— em seu sentido natural.

3.ª ED.

E tambem rejeitamos essa locução —*jus ad rem* ou *in rem*—, porque tende á confundir, como parece têr confundido, os *direitos pessoaes* com os *direitos relativos* ; nos quaes, abstrahindo-se de *pessôas* individualmente obrigadas, restão as *cousas*, e lá se-esquece a objectividade dos *factos*.

No texto introduzi—*na divisão*—, porque, além das *especies*, a Legislação Civil tambem compõe-se das *classes da partição*, dividindo os —direitos em geral— por *absolutos e relativos*.

soal é independente da sua violação, e da natureza da sanção respectiva; que nada importa, que os-façamos valêr em juizo, ou em outra qualquer circumstancia, por meio de acção, ou de excepção,—*nihil refert, an actione, an exceptione, persequamur*.

Mas quem assignala o *direito real* pela sua acção correspondente, que em ultima analyse é só o que o-caracterisa em toda a escala de suas manifestações, nega por ventura sua existencia antes da violação possivel? Pelo contrario, toda a acção supõe um direito violado; a violação não se-concebe, sem que o direito exista.

Não se confunda a acção—*jus persequendi*—com a sanção do direito, nem com o meio ou fórma do processo. Entre o direito abstracto creado, ou declarado, pela lei, e a sanção do direito, ha largo espaço. Realizado o direito, quando impedido pela resistencia, a acção, como *medium persequendi*, é o vinculo legitimo entre o direito e a sanção do direito. Para havêr porém o meio, o direito deve existir antes. O direito, a accção, a fórma da accção, são tres factos, que a analyse distingue.

O direito não pôde existir sem a acção, do mesmo modo que a acção não existe sem o direito. A fórma da accção porém pôde existir sem a accção, e sem o direito. Têr um direito, têr uma accção, não é o mesmo que formar uma accção, como diz Boncenne (140), porque a accção muitas vezes se propõe sem direito. A accção é a faculdade complementar do direito, sem a qual o direito não existiria, ou fôra illusorio (141).

(140) *Theor. de la Proced. Civ.* Cap. 5º pag. 55.

(141) Fallamos sempre das accções como—*jus persequendi*—, neste sentido já dissemos que fazem parte do Direito Civil Theorico.

E' um erro pensar, diz outro Escriptor (142), que se-exerce o *direito real*, quando se-intenta acção contra aquelle que o-viola. O direito real se-exerce, quando se-usa da cousa, quando se-percebem os fructos della, quando della se-dispõe de um ou de outro modo. O character distinctivo do *direito real* é não havêr em seu exercicio, do agente para a cousa, algum intermedio individualmente passivo. Quando intenta-se uma acção real contra todo o possuidor, não se-exerce o direito, procura-se fazer reconhece-lo.

Não será isto encarar o *direito real* sómente em relação ao dominio? Não será confundir um direito *necessario* com direitos *contingentes*? Não será desconhecer, que o meio ou a fórmula de acção não é o mesmo, que o direito de acção? Ha direitos naturaes, que a razão concebe antes da lei, e neste caso está o dominio, ou a propriedade, com as justas faculdades, que lhe-ão inherentes. Ha direitos passíveis, creados pela lei (143); e taes são-o direito; reaes na cousa alheia—*jura in re aliena*—. Para que existão estes ultimos direitos, não basta, que se-use da cousa alheia, que se percebão os fructos della. Já observamos, que essas faculdades se-exercem nas cousas de outrem sem haver direito real. (144).

Tambem já observámos, que no dominio é o proprietario sómente, que se acha em relação com a cousa; e portanto a acção real não pôde deixar de existir, e de pertencêr-lhe. Nas faculdades de uso, e gozo, das cousas de outrem a acção real pôde deixar de existir para o agente, visto que já existe para o proprietario. O agente pôde usar, e gozar, da cousa, mas

(142) Ortolan *Generalisat. du Droit Rom.* Not. pag. 76.

(143) *Si dominium per leges, testamenta, aut pacta, relictum est, limitatum vocatur* — Heinecc. Obr. cit. § 287 not.

(144) Como no *commodato*, e na *locação*.

sómente com uma acção pessoal contra o proprietario, ficando neste a acção real—*adversus omnes*—.

Não se diz, que o *direito real* é a *acção real*; ou que elle só existe, quando a acção se-propõe; mas diz-se, que é direito armado com a acção real (145). Ora, esse direito assim provido, assim qualificado na legislação, existe independente de sua violação, independente da acção, que esta possa mó-tivar; elle faz-se valêr em toda a circumstancia, e por uma *excepção*, mas com seu predicado determinante.

Estão assim caracterizados os *direitos reaes*, recahindo sempre immediatamente—*recta via*—sobre as cousas (objectos materiaes), integralmente, ou parcialmente, por variados motivos; mas tendo invariavelmente a *acção real*, que é o attributo inherente á todos os existentes, e possiveis. *Cousa* é tudo, que se distingue da *pessoa* (146); e separados os direitos sobre cousas, não podem existir outros direitos, senão os relativos á pessoas, que são os *direitos pessoaes*.

Engendrem-se todas as combinações possiveis, investiguem-se as variadas relações da vida civil, e não achar-se-hão outros direitos, que não sejam os *reaes* e os *pessoaes*. « A

(145) O direito existe com a sua acção, isto é, com a faculdade de propô-la. O de propriedade (como diz Ahrens *Droit Nat.* 4^o Ed. pag. 369) não comprehende sómente o direito de *posse*, *disposição*, e *uso*, da cousa; mas tambem as *acções* necessarias á pessoa competente, ou seja para obtenção, ou para reivindicacção, ou recuperacção, ou seja para uso. —« A noção do direito real (palavras de Mackeldey *Part. Spec. L. 1^o nct. 2^{ao} § 239*) comprehende a de podêr demanda-lo por uma acção *in rem*. »

(146) Cod. Civ. Austr. Art. 285. Chama-se *cousa* o que é objecto de um direito, sem ser susceptivel de exercê-lo—Cod. do Cantão de Berne Art. 332.

noção nada tem de arbitrario, dimana necessariamente da natureza das cousas, é immutavel, e se-reproduz inevitavelmente em toda a legislação. Todos os direitos sem excepção, qualquer que seja o modo de sua aquisição, exercicio, e acção judiciaria, qualquer que seja seu objecto, vem á entrar em uma, ou na outra cathegoria (147). »

A confusão dos *direitos absolutos* em sua generalidade com os *direitos reaes*, os differentes aspectos em que os direitos são considerados, a flexível significação das palavras—*propriedade*—e—*cousa*,—explicação nesta materia a divergencia de opiniões, e apparente variedade de doutrina (148). Diremos com o já citado Ortolan, que a divisão dos direitos em *reaes* e *pessoaes* é exacta, comtanto que seja bem definida (149).

Para indentificar os *direitos absolutos* com os *direitos reaes*, como tem feito alguns Escriptôres allemães (150), é preciso

(147) Ortolan *Generalisat. du Droit Rom.* § 67 pag. 74.

3.ª ED.

Eis o Escriptôr escolhido pelo Livro dos Dir. de Fam. para condemnar a divisão dos direitos em *reaes* e *pessoaes*, e nas proprias palavras por mim ácima trasladadas! A mim favorecem ellas, tanto quanto valem autoridades, parecendo-me impossivel entendêr-se o contrario.

(148) As idéas do Direito Romano sobre as acções, como veremos depois, tem muito estorvado a applicação da verdadeira theoria.

(149) Obr. cit. § 66 pag. 72.

(150) Thibaut, autôr justamente celebre, esforçou-se em provar, que a liberdade, o patrio podêr, e outros direitos da personalidade, são igualmente *jura in re*; e que por consequencia o *jus in re* não é sempre direito sobre uma cousa.

ser infiel ao natural sentido das palavras ; e além disto ficarão obscurecidas as noções de uma theoria racional, impossibilitando-se a demarcação exacta dos verdadeiros limites do Direito Civil. São considerados, por exemplo, *direitos reaes* os direitos concernentes ao estado civil, á familia, e á individualidade physica, e moral, do homem, á pretexto de que esses direitos nospertencem directamente, immediatamente, e não dependem da obrigação ou intervenção de sujeito individualmente passivo (151).

(151) Vid. Ortolan Obr. cit. § 81 pag. 90 e 91. « São direitos reaes (palavras textuaes) a qualidade de pai, de filho, de homem livre, liberto, patrono, cidadão; e bem assim a liberdade, a segurança individual de nossa pessoa physica, a honra, a reputação, e todo o complexo das faculdades intellectuaes da nossa pessoa moral. » Bem sabemos, que até certo ponto têm estas asserções seu fundamento nas *acções* do Direito Romano, que erão o assumpto do autôr; mas, quando elle entrou na materia dos direitos reaes, disse, que fazia abstracção das tradições romanas, para recorrer ao puro raciocinio philosophico (pag. 512). Sempre que se-distinguirem os direitos reaes só pelo seu predicado de existirem---*generaliter—erga omnes*—, independentemente de qualquer obrigação privativa, commeter-se-ha erro de confundi-los com os direitos absolutos. Foi o que aconteceu tambem á Demolombe (Tom 9º n. 470), supposto reconheça (pag. 356) que o direito real suppõe necessariamente a existencia actual da cousa, á que se applica; pois que a cousa é seu objecto directo e immediato, e não póde havêr direito sem objecto. Em resultado, elle só trata dos direitos reaes em relação ás cousas, que entrão em nosso patrimonio, e na accepção mais litteralmente conforme á etymologia da palavra—*res*—(pag. 368).

Certamente o caracter commum dos direitos reaes, e dos direitos absolutos, é sua existencia independente de qualquer vinculo pessoal; porém, se os direitos reaes neste aspecto, são absolutos (152), não se-segue que os direitos absolutos sejam os reaes (153).

(152) Os direitos reaes imitam os absolutos, porque para nós não ha direito dessa especie sem acção *in rem*, que é contra qualquer possuidôr. Não ha termo, que signifique esses poderes, que podemos têr sobre as cousas de outros, mas sem acção real. Provavelmente por esse motivo Marezoll (§ 86 pag. 231) chamou esses poderes —*jura in re*—, e disse que não era da sua essencia serem absolutos. Como se-concebe o direito real sem acção real? Determinem-se as duas significações, 1º *direito real* — attribuição de poder sobre cousas de outros, 2º essa mesma attribuição com acção real *ad instar* do dominio. A palavra —*real*—, só alludindo á cousa —*res*—, tem exemplo na distincção dos contractos em *consensuales*, e *reaes*, Not. 4 ao Art. 511 Consolid. Tem exemplo na servidão, que, sendo sempre um direito real, todavia se diz *real*, para distingui-la da *pessoal*.

(153) Dos chamados direitos absolutos só o de propriedade entra na legislação civil. A noção dos direitos reaes não é tão larga: está para a idéa de propriedade, como a cópia para seu modelo.

3.ª ED.

Para não discrepar este periodo do têxto, e a sua Nota, do que já se disse, e dir-se-ha, sobre os *direitos absolutos* com a precisão autorizada pela minha Proposta de um Código Geral; eliminei do têxto estas palavras:—A especie está comprehendida no genero, mas o genero não é a especie—; e da Nota eliminei estas outras palavras:—A noção dos direitos reaes está para a idéa geral da propriedade, como a parte está para o todo—.

Já se-disse, com as rectificações desta 3.ª Edição, que a divisão dos direitos na *compreensão*, e na *extensão*, é feita por seus *objectos*, (154); e só com esta primeira verdade, sem lér

Eliminei-as porque, nem nos *direitos absolutos* ha *genero*, nem nos *direitos reaes* ha *parte*. Apenas se-podia dizêr, que a divisão na *compreensão* dá modelo para a divisão na *extensão*.

(154) Dois grãos do *querêr juridico*, um na *compreensão* outro na *extensão*, dão os direitos considerados em seus *objecto*, e d'ahi sahem as differenças. Explicando a divisão dos direitos em moveis, e immoveis, Demolombe (Tom. 9º ns. 346, 407, e 465) diz, que nesta divisão considera-se o objecto dos direitos; e que, para apreciar se um direito é real ou pessoal, considera-se, não o objecto, mas unicamente a causa, a origem, o principio geradôr do direito, Engano patente! Não disse o mesmo autôr, que o direito real suppõe necessariamente a existencia actual da causa, e seu objecto, e que não póde havêr direito sem objecto? A divisão dos direitos em *reaes* e *pessoaes* é feita em relação ao objecto dos direitos na maxima extensão. A divisão em *moveis*, e *immoveis*, tambem é feita em relação ao objecto dos direitos em menor extensão, referindo-se á *objectos corporeos*, *cousas propriamente ditas*. E demais, desprezando essa *theoria* do Direito Francêz sobre direitos moveis, e immoveis, a divisão em rigôr vem á sêr uma subdivisão dos *direito reaes*, que são os unicos que immediatamente recahem sobre *objectos corporeos*. Os *direitos pessoaes* não recahem sobre *objectos corporeos*; têm por objecto *peSSôas* com abstracção dos factos destas, e só por intermedio das *peSSôas* referem-se ás *cousas*. Em outro logar tornaremos á este assumpto.

3ª ED.

Foi rectificado todo o texto d'aqui em diante até o logar *infra* indicado.

c. l. c.

ainda distinguido taes *objectos*, sem havêl-os tomado para sua classe propria, os *direitos absolutos* confundir-se-hão com os *reaes*, os *relativos* com os *pessoaes*, e talvez todos entre si. Examinem-se com attenção esses *objectos*, e logo surgem as differenças :

1.º—Os *objectos* são corporeos, ou incorporeos ; isto é, cahem sob os sentidos, ou só podem ser percebidos pelo entendimento sem representação exterior corporea :

2.º—Os *objectos* corporeos representam-se exteriormente na natureza por *pessoas* e *cousas*, bem entendido, no sentido natural :

3.º—Os *objectos* incorporeos, sem representação exterior corporea, representam-se exteriormente *por idéas* :

Ora, a de *inacções* necessarias para o livre exercicio dos direitos de cada um :

Ora, a de *successões*, e *concursos creditorios* :

Ora, a de *outros factos*, com abstracção de *pessoas* e *cousas*, nas resoluções por condições ou prazos *inter vivos* ou *causa mortis*,—nas resoluções por condições ou prazos legaes de preempções,—nas resoluções por prazos legaes das prescripções, a extinctiva, e a acquisitiva ;—nas rescisões por nullidades não imputaveis, de falta de discernimento, ignorancia, ou erro inventiveis, coacção ;—nas rescisões por privilegios, ou beneficios, o de restituição de menores, ou qualquer outro restitutorio :

Quando os *objectos* dos direitos são corporeos pelo *realismo das pessoas* e *cousas*, não só apparecem seus titulares, como seus *objectos* submettidos mais ou menos intensamente :

Quando os *objectos* dos direitos são incorporeos, pelo *nominalismo das inacções*, póde-se dizer, que os direitos carecem de *objecto* ; pois só apparecem os titulares livremente exercendo-os, sem observar-se mais nada. Eis porque os Es-

criptores, n'esta classe, ou não fallão de objecto de direitos (155), ou dizem que se-confundem com a existencia da pessoa (156), ou que são direitos sobre a propria pessoa (157):

Quando os objectos dos direitos são incorporeos pelo *nominalismo das successões*, e *concurso creditorios*, mostram-se as *cousas*, e mostram-se os respectivos possuidôres; embora por taes não sejam considerados em relação á continencia, nem as *cousas* se-considerem immediatamente por modelo de *noções universaes e singulares*:

Quando os objectos dos direitos são incorporeos, pelo *conceitualismo* em todos os outros casos, temos pessoas accionaveis, possuidôres, ou não; mas d'ellas abstrahindo, considerando somente os factos, já necessarios, já fortuitos, já voluntarios, já involuntarios por qualquer causa, por modelo de *noções geraes*.

O que resulta desta analyse é, que, fazendo-se a divisão dos direitos no ponto de vista de seus *objectos incorporeos nas inacções*, chamados direitos absolutos, isto é, os que se-confundem com a existencia do sujeito activo, não podem entrar na divisão; mas somente os de todas as outras classes, tendo por objecto os *factos* sem as *pessoas e cousas*, e outras as *pessoas e cousas* sem os *factos*:

Na supposta primeira classe, não ha objecto, ha somente o sujeito activo:

Em outra classe, ha sempre objecto incorporeo, não se-cogita do sujeito activo, nem do sujeito passivo:

(155) Ahrens *Cours de Droit Nat.* 4^a Ed. pag. 190.

(156) Zachariæ *Cours de Droit Civ. Franc.* Trad. do Alem. 2^a Ed. Tom. 1^o pag. 138.

(157) Marezzol Obr. cit. § 48 pag. 147.

Em ultima classe, ha sempre objecto corporeo, não se-co-gita do mais :

Ora, os chamados direitos absolutos são os da personalida-de, que dêside o principio excluimos da Legislação Civil :

Os da outra classe são precisamente os *absolutos*, e os *rela-tivos* :

Os da ultima classe são precisamente os *pessoaes*, e os *reaes*:

Os da primeira classe não são os *absolutos* da segunda, com quanto uns, e outros, sejam *adversus omnes*, porque os *absolutos* referem-se aos seus objectos nominaes.

Os *absolutos* da segunda classe não são os *reaes*, supposto igualmente uns, e outros, sejam *adversus omnès*, porque os *reaes* referem-se ao seu objecto corporeo, *res* :

Os *relativos* não são os *pessoaes*, supposto uns, e outros, não sejam *adversus omnes*, porque os *pessoaes* referem-se ao seu objecto corporeo—*persona*—:

Os da primeira classe, carecendo de objecto, são inaprecia-veis, não tem preço venal, tem apenas utilidade; porque nelles funda-se o bem-ser moral, e material, do homem. Os da se-gunda, e terceira, classe, tem algum valor apreciavel, que mede nossa fortuna pecuniaria ; e outros deixão de tê-lo, não entrão em nosso patrimonio, sendo todavia vantagens contri-buintes ao mesmo bem-sêr do homem.

Bem se-vê, que as noções de *direitos reacs e pessoaes* são subordinadas ás dos direitos *absolutos e relativos*, são *noções generalisadas* por modelo das geraes, por isso mesmo que n'aquellas dividio-se a *extensão*, e nas outras a *compreensão*. Para os direitos sêrem *pessoaes* tem relação, como os *rela-tivos* ; para sêrem *reaes*, não tem relação pessoal, como os *absolutos*.

Se os direitos reaes não são pessoaes, se as noções são oppo-sitas, segue-se, que são direitos *ad instar* dos absolutos, por-

quanto a noção opposta á dos direitos relativos é a dos absolutos. Os direitos reaes não podião sêr taes, dando podêr exclusivo sobre cousas, senão fossem *adversus omnes*, se todos não se-abstivessem de impedil-os, se n'este intuito não fossem absolutos. Se porém n'este intuito os direitos reaes são absolutos, fóra d'este intuito os direitos absolutos não são reaes, independendo da immediata existencia de cousas (158).

Não são, portanto, direito reaes os concernentes á individualidade physica, e moral, do homem; e ao estado civil, e de familia. Esses direitos podem motivar relações positivas, desenvolver direitos pessoaes, que entrão na Legislação Civil. Isto verifica-se em dois casos :

1.º Em sua generalidade, como os direitos de personalidade não manifestão-se activamente senão quando tem sido violados, ou offendidos, por consequencia de delicto, ou quasi delicto, dão lugar á obrigações de satisfação, ou indemnisação, de damno. Neste sentido pôde-se dizer, que resolvem-se em direitos sobre objectos exteriores, isto é,—a prestação necessaria para satisfação do damno :

2.º Como o Estado é uma reunião de familias, como os homens estão ao mesmo tempo na associação familiar ; esta associação tem suas relações privativas, que produzem uma certa classe de obrigações consistentes, já em prestações ou factos, que não fazem parte do nosso patrimonio, nem se-confundem

(158) Aqui finalisou a rectificação integral do têxto indicado *supra* Not. 154, porém sempre na ordem dos raciocínios substituidos.

com as outras obrigações (159); já em outras prestações. que tem valor apreciavel.

Tambem costuma-se identificar os *direitos reaes* com os *personas*, dizendo-se que os *personas* existem na sociedade á respeito de todos, do mesmo modo que os *reaes*; que não ha um direito mais absoluto que outro,—que a sociedade inteira, a massa de todas as pessoas, está sempre obrigada á não embaraçar o gozo e exercicio dos direitos (160). Temos aqui um falso aspecto, que tambem confunde a materia.

(159) A fidelidade conjugal, o patrio poder, a cohabitacão dos conjuges, não são factos, que se possam chamar da nossa propriedade.

(160) Ortolan Obr. cit. § 57 pag. 75, e not. ao § 68 pag. 76 « Quando eu sou credôr, diz elle, é isto verdade não só para meu devedôr, como para todos. » Entretanto a obrigação de devedôr é pagar a divida, e os outros não tem esta obrigação. A obrigação dos outros é não impedir o exercicio do direito pessoal do credôr, e essa obrigação não corresponde ao direito pessoal, mas ao direito absoluto. E demais, quem se apodera de um titulo creditorio de outro commette um crime, não sobre o direito pessoal do credôr, que não é tangivel; mas sobre o titulo, que é objecto corporeo—Merlin *Quest. de Droit.* vb.—vol—§ 4º, Chauveau *Theor. de Cod. Pen.* Tom 5º pag. 28. Haverá crime contra a propriedade (palavras do Art. 268 do nosso Cod. Pen.), ou seu objecto tenha valôr por si, ou de qualquer maneira o represente. De resto, como Ortolan reconhece, que, se a obrigação geral collectiva existe para todos os direitos, ha casos, em que existe só, e sem direito pessoal; não resulta inconveniente do seu modo de vêr, porque estão distinguidos os direitos *reaes* e os *personas*. Vid. Demolombe Tom 9º pag. 355.

Quando os *direitos pessoaes* não são encarados em relação á pessoa individualmente obrigada, mas em relação aos outros —*adversus omnes*—, já não exprimem a mesma relação, a mesma obrigação. São absolutos, exprimem relação diversa, já como direitos de personalidade, já como direitos de propriedade. De personalidade, se os direitos pessoaes tem sómente uma utilidade; mas não um preço venal. De propriedade no outro caso, porque já dissemos, que a idéa de propriedade é larga, e abrange assim os direitos reaes, como os *pessoaes*, que fazem parte do nosso patrimonio. Os direitos *pessoaes* desta ultima especie, considerados como absolutos, são integrantes do direito de propriedade.

Por falta desta averiguação, sem a qual não é possível fixar o verdadeiro valor dos signaes da linguagem, e sondar as idéas que designão, e podem designar, segundo o aspecto psychologico, commette-se o erro de alargar a esphera do Direito Civil propriamente dito, deduzindo-se consequencias deploraveis (161).

Propõe-se, por exemplo, que hajão no Codigo Civil titulos especiaes para os direitos de *liberdade, segurança pessoal, e reputação*; arguindo-se que não basta para justificar a omissão

(161) Falla-se porisso em *morte civil*. Vid. Not. ao Art. 993 § 5º Consold., e Art. 157 § 3º do Cod. do Com. Que vem á sêr *direitos civis*? Que vem á sêr *direitos do cidadão*? —Que vem á sêr *direitos politicos*? Fixadas essas qualificações, a Const. do Imp. será bem entendida no Art. 7º, na inscripção do Tit. 8º, e nos Arts. 178 e 179. Não se confundirá a lei em geral com a lei civil, não haverá uma lei civil de pura nacionalidade (cousa que ninguem conhece entre nós), nem dir-se-ha que os estrangeiros não gozão de direitos civis. Vid. Pim. Buen. Dir. Pub. Brazil. ns. 533 e 640.

existirem no Código Penal as penas, que a violação desses direitos faz nascêr. Não fôra o mesmo, se-diz, dispensar a expli-
cação da *propriedade*, porque no Código Penal ha penas es-
tabelecidas para os delictos, que a—viólão? (162)

A censura é pouco reflectida, porquanto, além dos delictos, que violão a propriedade, reprimidos na legislação penal, ha muitas outras violações da propriedade (a maior parte dellas), que não são punidas criminalmente, que tem sómente sua sancção na legislação civil, e que portanto sómente á legislação civil pertencem.

A violação de quasi todos os direitos pessoaes, que fazem parte do nosso patrimonio, só dão lugar á acções civis, e não á acções criminaes. Essa violação só póde partir da pessôa individualmente obrigada. Quanto á outra parte da proprie-
dade, a violação produz quasi sempre acções civis. (163). Quando produz acções criminaes, a sancção não é completa com a applicação da pena, falta a restituição da cousa, ou a indemnisação do damno, o que consegue-se por acções civis (164).

Estes effeitos dimanão da natureza das cousas, já que nos delictos contra a propriedade corporea necessariamente o ob-

(162) Blondeau—*Sur le nouveau Cod. Civ. du royaume des Pays Bas*—Art. inpresso na Themis Tom. 6º pag. 222 e seg.

(163) Os immoveis devem sêr exceptuados, porque, já se disse, que não são susceptiveis de furto ou roubo. Só é possível, quanto á elles, o crime de damno—Arts. 266 e 267 Cod. Pen. A bancarrota, estellionato, e outros crimes contra a proprie-
dade (Arts. 263, 264, e 265, Cod. Pen.), tem por objecto a propriedade, não em partes, porém como patrimonio.

(164) Arts. 798, 799, e 802, Consolid.

jecto corporeo está entre o agente, e o paciente, do delicto ; entretanto que a sanção penal é estranha ao destino desse objecto, affectando só a pessoa. Ao contrario, nos delictos contra a personalidade, não ha nada de permeio entre o agente, e o paciente, do delicto. Nestes delictos a acção imputavel, que os—constitue, só pôde ser attribuida á uma intenção malevola ; ao passo que os direitos de propriedade podem ser violados por ignorancia, por simples erro (165), e mesmo por impossibilidade da parte da pessoa obrigada. (166)

A sanção dos delictos contra a personalidade,—contra os direitos de *liberdade e segurança*, fica preenchida em muitos casos com a applicação da pena sómente. Quando não fica preenchida, por haver damno resultante, cuja reparação é necessaria, a legislação civil tem providenciado para a satisfação desse damno. Resulta pois, que os direitos de personalidade entrão na legislação civil, tanto quanto se-faz preciso que entrem, segundo os principios.

Sem duvida, os direitos de personalidade, quaes são todos os que resultão do desenvolvimento de nossa liberdade, e que tem hoje tantas denominações, carecem de explicações ou restricções, como carece o direito de propriedade, restricções que os-harmonisão com as exigencias do bem social ; mas, se as explicações da propriedade pertencem em regra á Legis-

(165) D'ahi a differença entre possuidôres de bôa, ou de má fé ; e a protecção da Lei aos primeiros, e odio aos segundos. Vid. Arts. 585 § 6º, 573, 574, 577 § 2º, 580, 581, 929, 930, 1321, e outros, Consolid.

(166) Quando o devedôr (sem fraude) deixa de pagar por falta de bens, não tem logar a prisão—Lei de 20 de Junho de 1774, e Ass. de 18 de Agosto do mesmo anno. Vid. Not. ao Art. 839 Consolid.

laccão Cívil, as outras entrão na esphera das Leis Administrativas, e particularmente das Leis de Policia (167).

Que razão para confudí-las? E como confundí-las, se á respeito da propriedade o poder publico desce á arena da individualidade, como pessoa collectiva (168); quando aliás á respeito dos outros direitos procede sempre activamente, independente da intervenção do poder judicial (169)? Se deseja-se o reconhecimento legal dos direitos individuaes de personalidade, tão inviolaveis como o de propriedade, é o que se tem feito, e se-deve fazer, por meio de simples enunciações nas Constituições Políticas (170).

Não haja distincção entre as relações juridicas, já do poder publico com os individuos, já dos individuos entre si; não haja distincção entre os direitos da personalidade, e os da propriedade, não se restrinja tambem a significação da palavra *delicto*; e será impossivel marcar a linha de separação entre o Direito Civil, e o Direito Criminal.

(167) Quando se publicar a —*Classificação das Leis*—, ver-se-ha o que temos comprehendido nas Leis Administrativas, e como as temos dividido.

(168) Na esphera do Direito Civil as personalidades estão no mesmo nivel, ou sejam singulares, ou collectivas.

(169) Menos quando esses outros direitos são criminosamente violados, porque então funciona o Estado no Juizo Criminal, do mesmo modo que no Juizo Civil, por intermedio do ministerio publico, que representa uma pessoa moral. Eis o motivo de sêr o Direito Criminal um ramo do Direito Privado. Os Escriptôres Francêzes o considerão uma parte do Direito Publico, por não havêr, como entre nós, differença entre crimes publicos, e particulares.

(170) Como se vê nos differentes §§ do Art. 179 da nossa Const.

Se no sentido mais philosophico os direitos da personalidade fôrem considerados de propriedade (171), seguir-se-ha fazê-los entrar na orbita da Legislação Civil.

A palavra *delicto* é tomada em sentido tão largo, que Bentham, por exemplo, cujos escriptos abundão em idéas tão luminosas, entendeu, que toda a legislação civil rolava sobre *delictos*, *direitos*, *obrigações*, *serviços*, noções congenitas (172). Em seu ensaio para distincção do penal e do civil, a mesma idéa ampla do *delicto* induzio á reputar a lei penal uma consequencia, continuação, e terminação, da lei civil (173).

Não sendo a nossa distincção de *direitos reaes* e *direitos pessoaes* deduzida em consideração da personalidade activa dos direitos, nenhuma consistencia tem a censura de impropriedade de expressão que lê-se em alguns Escriptores (174). A personalidade activa é inseparavel de todos os direitos, e

{171} A *propriedade* pôde-se tomar em varias accepções: 1º, como qualidade ou attributo inherente á um objecto; 2º, como synonymo de *bem* necessario á vida pessoal, e social; 3º, como patrimonio de cada um, ou complexo de seus direitos reaes e pessoaes, que tem valôr pecuniario; 4º, como synonymo de dominio, ou propriedade corporea. Só as duas ultimas accepções são juridicas. Os Publicistas chamão—*propriedade pessoal—moral*—o direito, que tem cada um de dispôr de sua pessoa e faculdades individuaes; e para designarem a verdadeira propriedade, servem-se da expressão — *propriedade real*—.

(172) *Vue Génér. d'un Corps complet de Légil.* [Cap. 2º. Veremos depois as differentes accepções da palavra ---*delicto*.

(173) Obr. cit. Cap. 3º.

(174) Vid. Ahrens *Droit Nat. Part. Ger.* Cap. 3º § 1º.

portanto está entendido, que a denominação—*direitos pessoaes*—só pôde referir-se á personalidade passiva. Neste aspecto objectivo o que não se pôde negar é, que a personalidade passiva apparece immediatamente nos *direitos pessoaes*, ligada por um vinculo especial; e isto não acontece nos *direitos reaes*, cujos efeitos immediatos não se-exercem sobre pessôas, mas sobre cousas.

A applicação das palavras—*direitos pessoaes*—, referindo-se á personalidade activa do direito, em contraposição aos direitos que referem-se á um objecto qualquer para o qual nossa vontade se dirige (175), tem o inconveniente já notado da confusão dos direitos absolutos, e até dos direitos politicos, alheios da Legislação Civil, com os direitos pessoaes que respeitam á familia. Ainda mais, ella separa esses direitos pessoaes nas relações de familia dos outros direitos pessoaes, que são denominados *direitos das obrigações*; quando uns, e outros, considerados em seu genero, tem precisamente o mesmo caracter' (176).

Tambem usa-se da qualificação—*direitos e obrigações pessoaes*—para distinguir aquelles direitos, e obrigações, que autorisam, ou ligam, certa pessôa sem respeito á posse de alguma cousa; e neste caso a qualificação oppõe-se á dos—*direitos e obrigações reaes*—, quando a faculdade de exercê-los, ou as obrigações, são annexas á certa cousa, e posse della, sem respeito á pessoa que possue (177). Esta distincção tem um aspecto particular, e de valor pratico, porque tende á fazer con-

(175) Maynz Dir. Rom. § 91.

(176) Considerados em outro aspecto, não desconhecemos a differença entre elles.

(177) Corr. Tell. Dig. Port. Liv. 1º ns. 43, 45, e 46.

hecêr, que as obrigações reaes transferem-se, ainda que o possuidor ou o credor não consinta, transferidas que sejam as cousas á que são connexas; ao passo que o devedor da obrigação pessoal, ainda que transfira a cousa, não se-livra sem consentimento do credor.

Igualmente, sob aspectos particulares, os direitos são chamados *peessoaes*,—1º, por terem sido concedidos á pessoa designada para pessoalmente exercita-los (178); 2º, por serem inherentes á pessoa, que tenha uma certa qualidade (179); 3º, por não serem transmissiveis hereditariamente (180); 4º, por não poderem sêr exercidos por credores em nome do devedor (181). Ora, em todos estes aspectos, é claro, que as palavras—*direitos peessoaes*—são empregadas em accepção muito differente da que lhes-pertence na classificação, em que figurão objectivamente por opposição aos *direitos reaes* (182).

Applicadas finalmente as palavras—*direitos peessoaes*—para designar direitos, que resultão do que chama-se—*estatuto pessoal*—*leis peessoaes*—, oppostos aos do—*estatuto real*—*leis*

(178) Corr. Tell. Dig. Port. Liv. 1º n. 51.

(179) Corr. Tell. Dig. Port. Liv. 1º n. 52. Estes direitos *peessoaes* não podem sêr cedidos á outro.

(180) Cod. Civ. Franc. Arts. 617, e 1968.

(181) Cod. Civ. Franc. Arts. 1166, e 1446.

(182) A prova está, em que o *usufructo*, que é um direito *real* nesta classificação, vem á sêr um direito *pessoal*, quando se designa debaixo deste nome um direito vitalicio. O *usufructo* não pôde deixar de sêr vitalicio, para que o dominio não fique reduzido á nome vão. O aforamento perpetuo desmembra para sempre o dominio, mas este não fica aniquilado, porque o senhorio recebe a pensão dominical e recebe os laudemios nas transferencias.

reaes—(183), alludem á tradições feudaes, e atualmente á uma distincção do *Direito Internacional Privado*, que não pôde servir para dividir direitos no *Direito Civil* (184). Essa

(183) É commum a divisão das leis em *reaes* e *pessoaes*, correspondendo ao *statuto real* e ao *statuto pessoal*; porém ainda não vimos, debaixo deste ponto de vista, dividir do mesmo modo os direitos civis em *direitos reaes* e *direitos pessoaes*. Vid. Pim. Buen. Dir. Pub. Bras. T. 8º Cap. 3º Secç. 4ª e Secç. 5ª.

(184) Bem o confirma o que se chamava *statuto mixto*, tormento dos velhos Juristas. Como além dos intitulados direitos *reaes* e *pessoaes*, em correlação ás duas ordens de *statutos*, existem muitos outros direitos civis, a Obra, que citamos na Not. antecedente estabelece uma terceira categoria de direitos, que denominou *direitos civis em relação aos actos ou factos conventionaes*. Serão *reaes* ou *pessoaes* esses direitos? « A Lei, diz Classat *Traité des Statuts* n. 14, rege o homem, o solo que elle habita, e todos os objectos sobre os quaes elle exerce sua actividade. O *statuto* pôde rigorosamente não regêr senão o homem, ou o solo, tomados separadamente. » Este mesmo Escriptôr demonstra o paradoxo de Grocio, que fêz resultar do Direito Natural a divisão dos *statutos* em *pessoaes*, *reaes*, e *mixtos*; mostra (ns. 29 e seg.) que tal divisão não tem perdido (n. 49) sua verdadeira importancia. A mesma Obra (Dir. Pub. Bras. Tit. Prelim. Cap. 1º Secç. 3ª § 4º) considerou o *Direito Internacional Privado* como um ramo do *Direito Privado*, e não do *Direito das Gentes*; e desta falsa supposição resultarão muitas consequencias erroneas. « O principio de applicação das leis estrangeiras (Felix, *Droit Inter.* n. 12) no territorio de uma nação pertence, não ao *Direito Privado*, mas ao *Direito das Gentes*; bem que no fundo se trate de applicar disposições do *Direito Privado*, esta applicação não tem lugar senão em virtude de relações de nação á nação. »

distincção é feita em relação á estatutos (185), em relação á leis

3.ª ED.

Serve porém esta distincção do Direito Internacional Privado, como na Classificação das Lês veremos, para extensivamente dividi-las em geral.

(185) Esta palavra não tem mais seu sentido primitivo de leis municipaes, regendo provincias ou cidades; significa tanto como lei, e applica-se á todas as especies de leis. Na Inglaterra foi sempre esta a sua significação, dividindo-se a legislação em *escripta*, ou *statutaria*, e em *não escripta*, ou *commum*. Hoje a palavra conserva ainda sua antiga significação nos paizes, em que, não obstante uma legislação geral, as subdivisões do Estado são regidas distinctamente por leis particulares, que fórmão um direito positivo immediato; não constituindo as leis geraes senão um codigo subsidiario applicavel nos casos de silencio, ou insufficiencia dos *statutos*. Entre nós, se as Assembléas Provinciaes fõrem exorbitando, póde sêr que lentamente se vá creando um *Direito Statutario*. Em materia de conflicto de leis o termo *statuto* é tomado como synonymo de *lei*. Ora, como o homem póde sêr considerado objecto da lei sob a triplice ralação de sua pessõa, de seus bens, e de seus actos, costuma-se dividir as leis, ou *statutos*, em tres classes, *leis pessoaes*, *leis reaes*, e *leis que exercem seus effeitos sobre os actos do individuo*. E uma applicação não rigorosa do enunciado das Inst. — *omne jus vel ad personas pertinet, vel ad res, vel ad actiones*. Felix (*Droit Intern.* ns. 17 e 18) segue esta divisão, não admitindo os *statutos mixtos*, e corrigindo esta expressão. « Não entendemos porém (diz elle) estabelecêr uma divisão perfeitamente logica das diferentes especies de leis. Se as-distinguimos em tres classes, é segundo a exigencia da materia; isto é, em razão das diversas relações, sobre as quaes o homem está sujeito ás leis. »

privadas de um paiz, que podem, ou não, preponderar em outro ; em relação ao direito como synonymo de lei, ou complexo de leis. A nossa divisão tem outro aspecto, considera o direito como *faculdade realisada*, e não como *lei* ; divide os direitos, não as leis.

Para os que fazem aquella distincção a pessoa é objecto do direito (*lei*) activa e passivamente. Para nós a pessoa é objecto do direito pessoal (*faculdade*) só passivamente. O objecto dos direitos pessoaes são as pessoas nos factos á prestar, o que comprehende o—*não facto*—, ou—*factos negativos*.—E por ultimo, o *estatuto pessoal*, tratando de relações puramente pessoaes, que a vontade do homem não pôde mudar ; e o *estatuto real* de bens, que as leis governão sem facto dos proprietarios ; exprimem o que não se quer exprimir no Direito Civil (186).

Ficão assim fixadas as noções, que regem todo o Direito Civil : resta agora desenvolvêr a applicação, que fizemos, e que se pôde fazer, dos principios.

APPLICAÇÃO DE PRINCIPIOS

Sob as idéas fundamentaes, que temos desenvolvido, a CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS CIVIS apresenta em sua primeira divisão duas grandes categorias, que fórmão sua Parte Especial. A' esta Parte Especial antecede uma Parte Geral, que lhe serve de prolegomenos.

(186) Lassaulx *Introduct. d l'étude du Cod. Nap.* pag. 35, tendo adoptado a divisão das leis em *pessoaes e reaes*, já abstrahindo das cousas, já referindo-se ás cousas, explica satisfactoriamente a differença desta divisão combinada com as outras do *statuto pessoal e real*, e do *jus in re* e *jus in personam*.

A Parte Geral trata em dois Titulos das *peſſoas* e das *cousas*, que ſão os elementos constitutivos de todas as relações juridicas, e portanto das relações juridicas na eſphera do Direito Civil (187).

A Parte Especial compõe-se de dois Livros, em correspondencia com a fundamental divisão das duas categorias. O 1º Livro tem por objecto os *direitos pessoases*, o 2º Livro os *direitos reaes*.

O valôr destas locuções juridicas, cujo sentido tanto varia segundo a necessidade ou arbitrio das applicações, acha-se já determinado; e conveniente será repetir, que a nossa distincção é o producto da analyse de todos os direitos possiveis na sua *extensão*.

Direitos reaes ſão todos os que immediatamente recahem sobre as *cousas*, ou em unidade verdadeira, formando o direito

(187) Os elementos das relações juridicas na eſphera do Direito Privado em geral, e do Direito Publico, ſão tambem as *peſſoas* e as *cousas*, de que se compõe toda a natureza creada. As *peſſoas* tomadas como entes activos, e passivos, dos direitos (*natureza livre*); e as *cousas* como objectos corporeos, sobre que a nossa vontade póde recahir (*natureza não livre*). E pois que as *peſſoas* ſão tambem entes passivos dos direitos, a palavra comprehende os factos, que as pessoas podem prestar positiva e negativamente, e por consequencia as *cousas*, que dos factos devem resultar. Em ultima analyse pois, com excepção de alguns direitos nas relações de familia, as *cousas*, ora immediata, ora mediatamente, ſão os objectos de todos os direitos regidos pela Legislação Civil.

dé dominio, ou propriedade corporea; ou em unidade artificial, distribuidos por dois ou mais agentes (188).

Direitos pessoaes são os que affectão uma, ou mais pessoas obrigadas, e só por intermedio destas recahem sobre as cousas.

Direitos reaes, direitos pessoaes, são os dois elementos da propriedade, são os dous valôres componentes de toda a riqueza publica, de toda a riqueza particular.

O 1.º Livro sobre os *direitos pessoaes* acha-se dividido em duas Secções.

A 1.ª Secção trata dos *direitos pessoaes nas relações de familia*, cujas partes são o *casamento*, o *patrio poder*, e o *parentesco*; completando-se pela instituição suppletiva das *tutelas*, e *curatelas*.

A 2.ª Secção trata dos *direitos pessoaes nas relações civis*, descrevendo suas causas productôras, que são os *contractos* e os *delictos (actos licitos e illicitos)*, e as causas de sua extincção.

O 2.º Livro sobre os *direitos reaes* contém quatro Titulos, que tratão do *dominio*, *servidão*, *herança*, *hypotheca*; e um Titulo final, que tratã da *prescripção acquisitiva (usucapio)*.

(188) Podem havêr combinações de todo o genero, como já se notou *supra*. Os bens emphyteuticos podem sêr hypothecados, e tambem póde sêr o usufructo. Este póde têr por objecto os mesmos bens emphyteuticos, que tambem podem sêr sub-emphyteuticos. O mesmo predio póde sêr gravado com diversas servidões. A Jurisprudencia Francêza nos offerece á tal respeito uma variedade admiravel, e mais ainda o *systema feudal*, como diz Belime *Philosoph. de Droit* Tom. 2º pag 292, com a sua travação sem exemplo de mil direitos, supportando outros direitos parasitas, que partindo do solo como outros tantos fios vão têr á mil mãos em confusão inextricavel.

Esta distribuição de materias não é a que nosso espirito indica como mais perfeita. Nós a melhorariamos, se na em- preza de uma legislação nova tivessemos de escolhêr materias á vontade.

O *direito de herança* não é direito real, é um dos direitos absolutos. A *herança* é uma continuação do *dominio* e *di- reitos reaes* do môrto, que transmittem-se para seu herdeiro, ou herdeiros. A *herança* é um patrimonio, uma universalidade, é a propriedade em complexo ideal ; contendo, não só os *direitos reaes*, como os *direitos pessoaes*, activa e passiva- mente ; e desta maneira ella resolve-se em quantidade pura, que póde sêr negativa, ou igual á zero. A *herança*, portanto, tem natureza commum, que a-faz entrar nas duas especies de direitos (189).

(189) Por este motivo os Escriptôres Allemães fazem da he- rança um tratado particular. O direito de herança reputa-se não constituindo *jus in re* distincto do dominio—*singularum rerum adquisitio*—, se bem que se destingua como—*adquisitio per universitatem*—. Segundo o Direito Romano a herança é um dos *modos derivativos* de adquerir dominio, posto que dependen- te da *adição*. Como esse modo de adquirir entre nós (Consolid. Not. ao Art. 1231 § 1º) não depende do acto especial da *adição*, a herança é titulo do dominio do herdeiro, titulo que deriva da determinação da lei, ou das disposições de ultima vontade (Consolid. Art. 907); e ao mesmo tempo é modo de adquirir dominio (Consolid. Arts, 978, 979, 980, e 1025). Na ordem das acções a *reivindicatio* corresponde ao dominio, e a *hæredita- tis petitio* á herança; e estas acções só divergem, ou porque o réo possui os bens da herança como herdeiro, ou porque os possui por titulo singular. Isto porém só se-entende com cou- sas propriamente ditas, e não com direitos pessoaes cujos ob- jectos não são susceptiveis dos effeitos do direito real. Advir-

O *concurso de credôres*, para serem pagos por um só devedor insolvente, também tem qualidade *commum* (190). Atendidos os credores reivindicantes (191), os credores separatistas (192), os credores da massa (193), é preciso regu-

ta-se, que não fallamos agora a linguagem do Direito Romano, que, exceptuando o dominio, considerava todos os outros direitos, quer pessoas, quer mesmo reaes, como —*res incorporales*.—

3.º ED.

Os direitos de herança são os *universaes*, isto é, *successorios* á titulo universal; oppondo-se aos *singulares*, isto é, *successorios* á titulo singular.

(190) E por isso alguns Escriptôres Allemães, como Thibaut e Mackeldey, tem tratado distinctamente do concurso de credôres em parte especial.

(191) São os credôres de dominio, de que tratão o Cod. do Com. Arts. 874 e 88, e o Regul. Com. n. 737 Arts. 619 § 1º, 620, e 625.

(192) São os credôres e os legatarios daquelles, de quem o devedôr *commum* foi herdeiro; os credôres de um peculio distincto—Art. 874 § 5º do Cod. do Com., Art. 620 §§ 3º e 4º do Regul. Com. n. 737. Sobre o credito por separação de peculio vejjão-se os Arts. 1071 e 1072 Consolid.

(193) É preciso distinguir os credôres da massa, como tal, dos credôres que já o erão antes da abertura do concurso. O Cod. do Com. no Art. 876 confundio esses credôres da massa com os privilegiados.

lar a collição (194) entre credores chirographarios (195), entre credores chirographarios e hypothecarios (196), e entre credores meramente hypothecarios (197) ; e a hypotheca é um direito real, de onde provém para o credor concurrente o direito de preferencia (198).

Esta materia porém, que devêra ser tratada no mesmo logar, acha-se fraccionada nos dois Livros. (199)

(194) O concurso de credôres em geral comprehende os credôres reivindicantes, os separatistas, e os credôres da massa. O concurso em sentido restricto suppõe excluidos esses credôres, e só diz respeito aos outros.

(195) Entre credôres chirographarios pôde-se dar concurso: 1º, entre credôres chirographarios especiaes (Arts. 834 á 837 Consolid.), e chirographarios simplicies (Art. 838 Consolid.); 2º, de credôres chirographarios simplicies entre si (Art. 839 Consolid.)

(196) Art. 1269 § 2º Consolid.

(197) Quanto á hypotheca legal privilegiada—Art. 1271 Consolid. Quanto á hypotheca legal simples—Arts. 1273 á 1278 Consolid. Quanto á hypotheca convencional—Arts. 1284 á 1287 Consolid. Os bens moveis, e immoveis, no estado actual da legislação, são susceptiveis de hypotheca ; e assim não podemos distinguir os credôres privilegiados sem hypotheca. Não é assim pela novissima Lei da reforma hypothecaria.

(198) Art. 1269 Consolid.

(199) Trata-se do concurso de credôres chirographarios no Liv. 1º T. 4º Cap. 1º por occasião do *pagamento*, um dos meios de extincção dos direitos pessoaes ; e do Art. 833 em diante. De credôres hypothecarios no Liv. 2º T. 4º, por occasião da *hypotheca*, um dos direitos reaes.

3.ª ED.

Direitos dos credôres nos concursos chamo—*direitos creditorios*—oppondo-se á—*direitos successorios*—, e por uma *repartição* dos—*direitos absolutos*—.

O mesmo aconteceu com a *prescrição*, que em parte, como um dos meios de extinguir direitos pessoaes (*prescrição extinctiva*), está no Tit. 4º Cap. 3º do Liv. 1º; e em parte, como meio de extinguir direitos reaes, e como meio de adquirir dominio (*prescrição acquisitiva*), está no Tit. 5º do Liv. 2º (200).

Este resultado, á que chegamos com a rigorosa demarcação das duas classes de direitos, convenceu-nos da necessidade de um 3º Livro, que, contendo as disposições communs aos *direitos reaes* e aos *direitos pessoaes*, se-dividisse em tres Titulos, o 1º para a *herança*, o 2º para o *concurso de credores*, o 3º para a *prescrição*. O Codigo Civil Austriaco tem uma 3ª parte com a inscripção, que nós talvez adoptassemos em plano melhór de Legislação Civil; mas a materia dessa 3ª parte, que se divide em quatro Capitulos, exceptuando a do 4º, que trata da prescripção de extincção e de acquisição, é visivelmente só relativa á direitos pessoaes (201).

(200) Pothier (*Trat. de la prescript.* Art. Prelim.) já havia dito, que a prescripção, como meio de adquirir, nada tinha de commum com a outra senão o nome; todavia ellas tem um character commum, porque ambas extinguem direitos.

3.ª ED.

Os *direitos por prescripção* são uma parte dos *direitos resolutorios*, oppondo-se aos *resolutorios por clausula*, e por uma repartição dos *direitos relativos*.

(201) O 1º Cap. inscreve-se—*da consolidação dos direitos e obrigações*—, e trata das obrigações solidarias, e da caução fidejussoria e pignoratice. O 2º Cap. inscreve-se—*da modificação dos direitos e obrigações*—, e trata da novação, transacção, compromisso arbitral, cessão, e delegação. O 3º Cap. inscreve-

A nossa Parte Geral compõe-se de dois Titulos, um para as *pessoas*, outro para as *cousas*. Ora, como a entidade activa, e passiva, dos direitos, e o seu objecto, não bástão para engendral-os; como a causa efficiente é necessaria, isto é, a que faz nascêr, modificar, transmittir, e extinguir, os direitos, alguns Escriptôres addicionão este terceiro elemento sob a denominação de *factos*, *factos juridicos*, *actos juridicos*, de que tratão tambem na parte preliminar das materias do Direito Civil. Não nos conformamos com este methodo.

Direitos adquiridos são o objecto do Direito Civil. A parte especial de um Codigo Civil descreve os direitos por suas differenças, regula as relações juridicas como engendradas, o que suppõe os factos, que lhes tem dado origem, e regula tambem alguns d'esses factos. A parte geral, ou preliminar, não trata ainda de direitos; não trata portanto das causas, que os produzem; mas simplesmente prepara os elementos, *pessoas* e *cousas*, que tem de sêr objectos dos direitos.

se — da extinção dos direitos e obrigações —, e trata do pagamento, compensação, remissão, confusão, e vencimento do prazo. Todas estas materias não são promiscuas, mas entrão na theoria dos direitos pessoaes.

3.ª ED.

O desejado 3º Livro, contendo tres Titulos para a herança concurso de credôres, e prescripção, passou á ser Livro 1.º, segundo o plano approved pelo Conselho d'Estado; e com a inscripção—*effeitos civis*—, que são os *dereitos*.

Eis a partição, como irá no 4.º Indice á final :

Os direitos são *absolutos*, ou *relativos* :

Os absolutos são *creditorios*, ou *successorios* :

Os relativos são *resolutorios*, ou *rescisorios*.

Os *factos* são em grande parte acontecimentos fataes, independentes da vontade do homem. Desviados os *factos* necessários, os voluntarios são licitos, ou illicitos; e como os licitos —*actos juridicos*—precisão de sêr regulados, a materia dos *factos* deixa de sêr geral, e pertence quasi toda ás materias especiaes dos *contractos* e *testamentos* (202). Ha muitos direitos, que nada tem com esses *actos juridicos*, ao passo que sem *peçoas* e *cousas*, ao menos sem *peçoas*, não ha direitos possiveis.

A natureza dos *factos* é por tal modo concreta, que de necessidade devem sêr reservados para cada uma das materias especiaes, á exemplo do que se tem seguido no plano do Direito Romano, e de todas as Legislações. O estudo destas manifestações concretas, como reconhece Savigny, entra na exposição das diversas instituições de direito (203); e por certo, sendo as mais importantes as declarações de vontade nos *contractos* e *testamentos*, cabem melhor, quando d'ellas se trata, as disposições sobre as fórmãs d'esses *actos*, suas condições essenciaes, seus vicios, embora algumas d'essas disposições sejam susceptiveis de applicação *commum* (204).

(202) Já se disse *supra*, que as *acções* (*acções judiciaes*) são *actos juridicos*, porém estes *actos* não entrão na orbita do Direito Civil propriamente dito, são regulados por uma legislação á parte, que é a do processo.

(203) *Trait. de Droit Rom.* Tom. 3º Cap. 3º § 104.

(204) Mudarão minhas idéas, como se-póde vêr na Not. ao Art. 431 do *Esboço do Código Civil*, para a qual remetto os leitores.

3.º ED.

Segundo o plano approvedo pelo Conselho d'Estado os *factos* são uma das tres subdivisões das causas *juridicas* do Livro 1.º

As *peçoas* são tomadas como entes capazes de de têr e devêr direitos, e são *singulares* ou *collectivas*. Das *peçoas singulares* trata-se até o Art. 39, e nos Arts. 40 e 41 das *peçoas collectivas*, que, sob o nome de *universidades* (*universitates*), a nossa Ord. L. 3º T. 78 princ. e § 1º, e o Direito Romano, oppõe ás primeiras (205).

As *cousas*, na precisão do termo, devem sêr tomadas em sentido physico e natural, e como bens (206); mas o nosso

do *Codigo Geral*. Isto deve-se fazêr por outro modo, como mostrarei na Introduçção do primeiro Volume da—*Classificação das Leis*—.

(205) As *peçoas moraes* (que tambem se-denominão *abstractas, ficticias, civis, juridicas*) exprimem sempre a idéa de um certo numero de homens, ou existindo uns com os outros *ao mesmo tempo*, ou existindo uns depois dos outros *em diferentes tempos*, comtanto que seião concebidos como formando unidade, uma *peçoã*. Costuma-se dizêr, que a lei erige em *peçoas* o Estado, as cidades, os estabelecimentos de todo o genero, e até os objectos materiaes, como o fisco, a herança jacente. Não se-entenda, porém, que em algum caso o direito possa pertencêr ás *cousas*. Todos os direitos pertencem ás *peçoas*—*hominum causa omne jus constitutum est*—. Quando as *cousas*, por simples uso de liguagem, se-designão como investidas de direitos, é sempre no sentido de que representão *peçoã physica* ou *juridica*.

(206) A palavra—*bens*—, designando sómente as *cousas*, que podem sêr objecto do direito de propriedade, não significa o mesmo que a palavra—*cousas*—, a qual comprehende tudo que existe na natureza não livre como o ar, o mar, o sol, que não são susceptiveis de apropriação exclusiva—*Rei appellatio latior est quam pecunie, quæ etiam ea, quæ extra computationem patrimonii nostri sunt, continet; quum pecunie significatio*

Direito, com o seu mixto de Direito Romano e Direito Francês, admittio a inutil, e má, distincção das cousas corporeas e incorporeas (207); e tambem, por extensão das leis da siza, a distincção ainda peor dos bens immoveis por natureza, e pelo objecto á que se applicão (208). Será isto distinguir as cousas, ou distinguir os proprios direitos?

Tambem o Direito Romano fazia distincção entre o *homem* e a *pessoa*, não só porque além da pessoa individual existe a collectiva, senão tambem porque a pessoa é a entidade considerada em seus direitos, podendo portanto representar diferentes papeis (209); e finalmente porque o homem podia sêr

ad ea referatur, quæ in patrimonio sunt—L. 5^a § 1^o Dig. de verb. signif. As cousas pois do Direito Civil são os bens (Art. 42 Consolid.)—*bona ex eo dicuntur, quod beant, id est, beatos faciunt, beari enim est prodesse*—L. 49 Dig. de verb. signif. Philosophicamente, em accepção mais elevada, a palavra—*bens*—póde comprehendêr tudo quanto proporciona ao homem uma utilidade, seja material ou moral.

(207) Art. 42 Consolid. As cousas corporeas são os bens moveis, e immoveis; as incorporeas os direitos, e as accções exigiveis.

(208) Arts. 44, 45, e 47, Consolid., extrahidos das leis do imposto da siza, que adoptarão a classificação dos Arts. 517 á 526 do Cod. Civ. Franc.

(209) Em um caso a pessoa é considerada com todos os seus direitos, em outro caso com certos e determinados direitos, que lhe—provém de um estado, de uma qualidade. Neste ultimo caso a palavra—*persona*—allude á mascara, com que se cobrião os antigos actôres das peças dramaticas.

absolutamente privado da *capacidade jurídica*, ou no caso da escravidão, ou no caso da *capitis diminutio maxima* (210).

Só as duas primeiras accepções quadrão ao nosso Direito, não a ultima, uma vez que se prescindia de escravos (211). Os homens são sempre capazes de têr direitos.

(210) São bem conhecidas as tres restricções, que por Direito Romano diminuião a capacidade jurídica até o grão de privação completa—*capitis diminutio minima, media, maxima*—Estas degradações correspondião aos tres estados—*familix civitatis. libertatis*. Quanto ao 1º estado os homens erão *sui juris, alieni juris*. Quanto ao 2º *cives, peregrini*. Quanto ao 3º, *iberi, servi*.

(211) Do que temos prescindido, como já declaramos. Ninguém ousará dizêr, independentemente de qualquer demonstração, que uma pessôa livre entre nós pôde passar á condição de escravo. Mesmo com os libertos, desde que a nossa Carta no Art. 6º § 1º considerou-os Cidadãos Brasileiros, e no Art. 91 os admittio á votar nas eleições primarias, todos entendem, que tem cessado a Ord. L. 4º T. 63 §§ 7º, e 8º, quanto á revogação de alforrias por causa de ingratição—Vid. Not. ao Art. 421 Consolid.—. A escravidão, que, segundo o antigo Direito Romano, resultava da *capitis diminutio maxima*, como consequencia de certas penas—*servitus pœnæ*—foi abolida pelo Imperador Justiniano na Novel. 22 Cap. 8º, e antes d'elle já o-havia sido por Valentiniano na L. 8ª Cod. Theod. *de pœn*. Por inadvertencia fallou-se em *servo da pena* na Ord. L. 4º T. 81 § 6º, e na do L. 2º T. 26 § 28 da *pêrda do estado, ou liberdade, das pessôas*. Nunca houve em Portugal *servidão da pena*—Mell. Freir. L. 2º T. 1º § 11 Para a confiscação de bens não carecia o podêr absoluto d'essa ficção antiga do Direito Romano. Pelo Direito novo a solução negativa é evidente, porque a pena de morte, que é o caso da Ord. L. 4.

A capacidade jurídica portanto se-reduz á capacidade de obrar, só exprime um maior ou menor gráo de aptidão, a diversidade de aptidões, o que constitue o *estado das pessoas* (212).

Excluido o *estado de escravidão* opposto ao de *liberdade*, tambem é de mister excluir o *estado de estrangeiro* em opposi-

T. 81 § 6º, não póde produzir outro effeito, que não o designado nos Arts. 38 e seg. do Cod. Pen. As leis penaes não admittem interpretação extensiva, e por maior precaução ahi está o Art. 33 do mesmo Cod. Finalmente a Const. proclamou a inviolabilidade dos direitos do homem, e assegurando particularmente o direito de propriedade, e abolindo o confisco, que era o remate daquellas Ordenações, impossibilitou todo o pensamento do antigo legisladôr. Vid. Not. ao Art. 993 § 5º Consolid.

Quanto á revogação das alforrias, não basta attendêr á ingratição dos libertos, pois que ha outras causas de resolução. Completa-se agora o desenvolvimento, que esta materia requer, como se-póde vêr na Not. ao Art. 421 Consolid.

(212) Não era assim por Direito Romano, que fazia do—*status*— a condição característica da capacidade civil; e as outras qualidades, que aliás tambem são *estados*, reputava condição de certos direitos. É porisso que d'Aguesseau censura aos Jurisconsultos Romanos não terem defnido a palavra—*estado*—.

O ultimo estudo da *capacidade civil*, cujo resultado é o que apparece nos Arts. 16 e seguintes do *Esboço do Codigo Civil*. convenceu-me de que ella não se-reduz á capacidade de obrar. A capacidade civil é de direito, ou de facto; e esta ultima vem á sêr a capacidade de obrar, consiste na aptidão, ou no gráo de aptidão, das pessoas para exercêrem por si os actos da vida civil. Fiquem portanto rectificadas as idéas aqui expostas com as do têxto do *Esboço*, e seus commentarios.

ção ao de cidadão (213) ; e ficão-nos sómente o *estado de fa-*

(213) O estado de cidadão—*civis*—, opposto ao de estrangeiro—*peregrinus*—, repousa na distincção, que (note-se bem), na esphera do Direito Privado, fazião os Romanos de um Direito das Gentes comraun á todos os homens—*quod naturalis ratio inter omnes homines constituit*,—e de um Direito Cível, que cada povo por si estabelece para si—*quod quisque populus ipse sibi jus constituit*—. Provinha essa distincção de idéas que admittião a qualidade de origem entre os homens, ou pelo menos uma desigualdade fundamental resultante da conquista. Os estrangeiros não erão homens iguaes aos cidadãos romanos, e não podião portanto gozar dos mesmos direitos; reconhecia-se-lhes o gôzo do—*jus gentium*—, mas não do—*jus civile*—, que era privativo dos cidadãos romanos—*proprrium jus civium Romanorum*,—*jus quiritorium*—. A differença entre estrangeiros e cidadãos foi successivamente desaparecendo, houverão grãos intermediarios, até que foi abolida—L. 17 Dig. *de stat. hom.* Ten do cessado esta differença, cessou a distincção entre o—*jus civile*— e o—*jus gentium*—, as quaes se-identificarão. Em sentido inverso, não tendo nunca existido em Portugal, nem existindo entre nós, um Direito Cível dos cidadãos em contraste com outro Direito Cível de estrangeiros, cessou a differença entre cidadãos, e estrangeiros, na arena do Direito Cível, e portanto não existe mais a capacidade restricta dos estrangeiros. A este mesmo resultado chega Savigny Dir. Rom. Tom. 2º § 75 na applicação ao Direito actual dos principios sobre a capacidade e a—*capitis diminutio*. Apesar disto, a nossa Ord. L. 4º T. 81 § 6º ainda refere-se á esse—*jus civile*—, quando diz—*actos civis, que requerem autoridade do Direito Cível, como é o testamento*—. E quando foi que em Portugal negou-se aos estrangeiros a facção testamentaria, ou qualquer outro acto d'esses que só erão do—*Jus Civile*—, e não do—*Jus Gentium*?—*Neque ad hodiernos mores ap-*

milia, e todos os outros resultantes das incapacidades de obrar, naturaes, e legaes (214).

O Titulo 1º da Parte Geral começa pelo homem em sua vida preparatoria—*nasciturus, venter, qui in utero est*—(215), regula os actos do seu nascimento, e obito (216), e distingue as pessoas pelos seguintes estados: 1º, idade (217); 2º, familia (218); 3º, alterações mentaes (219); 4º. ausencia (220).

As disposições relativas á cada um d'estes assumptos são insufficientes, assim como as que concernem ás pessoas collectivas (221). Os actos de nascimento, e obito, e os de casamento, de que tratou-se na Parte Especial (222) como materia ligada á celebração do matrimonio, esperão a indispensavel reforma, que

tari possunt, quæ Romani de suorum civium jure, non temere aliis concedendo, nimia tenacitate tradiderunt—Mell. Freir. L. 2º T. 3º § 13 not.

(214) Muitos Escriptôres de Direito Romano, como Heinecc, abandonando o rigôr da theoria do—*status*—, o considerão simplesmente como a qualidade, que dá causa á diversidade dos direitos; e o dividem geralmente em *natural* e *civil*. O mesmo se guio Mell. Freir. L. 2º T. 1º § 1.º A qualidade da *nobreza* é hoje de nenhuma importancia para o Direito Civil—Vid. Arts. 369 §§ 5º e 6º, 457, 458, 459, e 694, Consolid.

(215) Art. 1º Consolid.

(216) Arts. 2º á 7º Consolid.

(217) Arts. 8º, 9º, e 11 á 28, Consolid.

(218) Art. 10 Consolid.

(219) Arts. 29 e 30 Consolid.

(220) Arts. 31 á 39 Consolid.

(221) Arts. 40 e 41 Consolid.

(222) Art. 99 Consolid.

já embalde tentára o Decreto de 18 de Junho de 1851 (223).

Não ha entre nós caso possível de privação de *direitos civis* (224), ou seja pela pêrda da qualidade de cidadão brazi-

(223) Vid. not. ao Art. 2º Consolid.

3.ª ED.

Por effeito da Lei n. 1829 de 9 de Setembro de 1870 rege, ou deve regêr actualmente o Regul. n. 5604 de 25 de Abril de 1874, sobre o registro civil dos *nascimentos, casamentos, e obitos*.

(224) Que vem á sêr *direitos civis*? Que vem á sêr *direitos do cidadão*? Que vem á sêr *direitos politicos*? Tambem ha outras denominações, como as de—*direitos do homem, direitos naturaes, direitos individuaes, direitos privados, direitos publicos, direitos de cidade, direitos civicos*. Todas estas denominações designão duas categorias de direitos, e só uma d'ellas é commum ás duas categorias, mas contendo uma antithese em relação á nacionalidade. Na mesma categoria os epithetos enuncião idéas especiaes. Com o mesmo epitheto a idéa é mais ou menos extensa. Em uma das categorias entrão os *direitos civis, direitos do homem, direitos naturaes, direitos individuaes, direitos privados, direitos publicos*. Na outra categoria, os *direitos politicos, direitos de cidade, direitos civicos*. A denominação commum é a dos—*direitos do cidadão*—, que presta-se á designar os direitos das duas categorias, ora comprehendendo os de ambas em toda a sua plenitude, ou com restricção; ora os direitos sómente de uma das categorias, mas tend) por base a idéa de nacionalidade, opposta á idéa contraria. Os *direitos do homem* são *individuaes*, porque lhe-pertencem como individuo, e não como membro de um pôvo; são *naturaes*, porque constituem a natureza humana; são *privados*, porque respeitão immediatamente ao interesse particular de cada um;

leiro, ou seja por effeito de condemnações judicarias (225). Sup-

são *civis* e *publicos*, porque as leis (note-se bem) as leis, e não sómente as leis *civis*, os-declarão, protegem, sancionão, e regulão. Esta expressão—*direitos publicos*—não tem uso entre nós, é dos Publicistas Francezes, que a-derivárão de suas Cartas de 1814 e 1830, alludindo aos mesmos direitos individuaes que aquellas Cartas declarárão, e garantirão. Os direitos são *politicos*, porque conferem ao cidadão a faculdade de participar mais ou menos immediatamente do exercicio ou estabelecimento do podêr, e das funcções publicas; são, quando tem verdadeiro character politico, os *direitos de cidade*, *direitos civicos*, porque pertencem á vida politica, e caracterisãm os cidadãos por excellencia, os cidadãos activos. Tambem não usamos d'estas duas ultimas expressões, que pertencem á Constituição Franceza de 1799 (anno 8º). Temos portanto em ultima analyse os—*direitos civis*—e os—*direitos politicos*—, que são todos os direitos *do homem e do cidadão*. Mas quanto aos *direitos politicos* a idéa pôde sêr menos extensa no Governo Constitucional, designando unicamente aquelles direitos, que nos-fazem participar da formação, e acção, dos grandes podêres publicos; isto é, dos que intervem na confecção das leis, ou são encarregados da sua execução. Quanto aos *direitos civis* a idéa tambem se-restringe, designando, não todos os direitos individuaes; mas unicamente aquelles, que são regulados pelo Direito Civil propriamente dito, e que podem sêr objecto de um Codigo Civil. Tal é a accepção, em que tomamos aqui os—*direitos civis*—. A accepção mais lata pertence ao nosso Direito Constitucional, que indistinctamente emprega as palavras—*direitos civis*—e—*direitos individuaes*—na inscripção do Tit. 8º, e nos Arts. 178 e 179, para designar todos os direitos, que não são—*direitos politicos*—.

(225) A Const. do Imp. no Art. 7º contém dois casos de privação dos *direitos de Cidadão Brasileiro* pela pêrda da qua-

lidade de cidadão, e um só caso—o de banimento—por effeito de condemnações judiciais; porém nós já determinámos o valôr das qualificações—*direitos do cidadão*—e—*direitos civis*—, e acabamos de vêr que exprimem idéas diversas. A primeira d'estas expressões é antithetica, para designar os *direitos politicos*, e aquelles *direitos civis, scilicet*, direitos não politicos, que são privativos dos nacionaes, e de que portanto os estrangeiros não podem gozar. Consequentemente a pèrda dos *direitos de cidadão* não importa a privação total dos direitos não politicos, em cuja classe entrão os *direitos civis* regidos pela Legislação Civil. Os direitos não politicos privativos da nacionalidade são os direitos individuaes com a expansão possível, que lhes dá a Carta no Art. 179, e que lhes dão as Leis secundarias. Os direitos não politicos, de que gozão os estrangeiros, são os mesmos direitos individuaes, porém um pouco mais limitados, não na esphera sómente do *Direito Civil*, senão também na esphera do *Direito Criminal* (outro ramo do *Direito Privado*), e na esphera do *Direito Administrativo*, um dos ramos do *Direito Publico*. Com effeito, o homem com os seus direitos individuaes não está sómente em relação com os outros homens, está igualmente com o podêr publico. Como no estado actual das sociedades modernas as restricções aos direitos dos estrangeiros não são, e não podem sêr, muitas; a differença entre nacionaes, e estrangeiros, deriva principalmente dos *direitos politicos*, de que os ultimos nunca podem gozar. E' por este motivo, que um insigne Publicista (Silvestre Pinheiro) nas suas observações á Carta Portugueza pag. 113 explica-se deste modo: « Quanto aos *direitos civis* nenhuma differença póde havêr entre nacionaes, e estrangeiros, em um paiz constitucional; e portanto é só aos *direitos politicos*, que se refere aquella distincção.» O mesmo repete no seu Man. do Cid. Tom. 1º pag. 15. Fugamos porém de suppôr, que o Art. 7º da Carta unicamente refere-se aos direitos politicos,

pôr actualmente um *Direito Civil* de pura nacionalidade (226),

não desprezemos sua boa phraseologia, não procuremos corrigi-la á feição do Direito Francez, para não cahirmos na confusão de idéas, que transviou alguns J. C. Poruguezes na intelligencia do Art. 8º da sua Carta, igual ao 7º da nossa. Liz Teix. Dir. Civ. Part. 1ª T. 2º § 12 entendeu, que a pêrda dos *direitos de cidadão* importava a pêrda dos *direitos politicos*, e dos *direitos civis*. Coelh. da Roch. Dir. Civ. §§ 200 e 201, ora applica as disposições da Carta á simples qualidade de nacional, ora aos *direitos politicos* sómente; posto que lhe-pareça devêr-se entendêr, que a Carta tambem falla da pêrda dos *direitos civis* Corr. Tell. Dig. Port Liv. 2º Tit. Prelim. não descreveu os casos de pêrda dos *direitos de nacional* (como aliás fazem os outros); mas os casos de pêrda dos *direitos politicos*! Será possivel perdêr tão sómente os *direitos politicos* sem perdêr tambem a nacionalidade?

(226) Labora neste engano o recente Comment. da nossa Const. sob o titulo — *Direito Publico Brasileiro* —, estabelecendo duas ordens de *direitos civis* (§§ 533, 611, e 640), confundindo o *Direito Positivo* em geral com o *Direito Civil*, e reunindo depois os *direitos civis* em um — *jus quiritium* — por contraste á um — *jus civitatis* — (§ 612). Ha nisto uma preocupação de falsas idéas bebidas nas theorias do Direito Francez, e nas tradições do Direito Romano, de onde resultarão graves erros. Concluiu-se: 1º, que o Direito Constitucional não deve contêr disposições sobre a qualificação da nacionalidade; 2º, que a nossa Carta só tratou disso por dependencia de materia; 3º, que nesta parte, não tendo ella character constitucional, pôde ser alterada por lei ordinaria (§§ 616 á 620). Estas conclusões são inadmissiveis, e sentimos não podêr aqui acompanhar cada uma das proposições, á que se tem recorrido para demonstrá-las. A lei constitucional é a primeira lei, de onde todas as outras devem dimanar. Constituida uma associação políti-

ca, a consequencia immediata é logo a designação de quem d'ella faz parte. A nacionalidade é a condição primordial dos direitos politicos, porque ninguem póde exercer direitos politicos sem ser nacional ; mais a nacionalidade não é o fundamento dos direitos individuaes, e dos *direitos civis* em particular ; isto é, dos *direitos civis* regidos pela *Legislação Civil*, porquanto os estrangeiros gozão destes direitos com algumas restricções, ou, por outro modo, gozão de quasi todos estes direitos. Quando se perde a nacionalidade, perdem-se necessariamente os direitos politicos ; mas não perdem-se isoladamente os direitos politicos, ficando a nacionalidade. Eis porque a nossa Carta mui sabiamente só designa no Art. 7º os casos de perda da nacionalidade, e quanto á direitos politicos (Art. 8º) só trata dos casos de suspensão. Na ordem politica a linha de separação entre reinícolas e estrangeiros é indestructível, na ordem civil não ha linha de separação, ha restricções ; e por muitas que fossem, longe estarião de uma supressão completa. Se a perda da nacionalidade produz sempre a dos direitos politicos, ao tempo que pouco influe nos direitos civis, é bem evidente, que a qualificação da nacionalidade pertence ao Direito Constitucional, e não ao Direito Civil. É impossível demonstrar, que esta matéria não tem caracter constitucional nos termos do Art. 178 da Carta, quando ella refere-se no todo aos direitos politicos, e em alguma cousa aos direitos individuaes. Não servem de exemplo as legislações de outros paizes, que fazem dependêr o gozo dos direitos civis da qualidade de nacional ; e neste caso estão o Cod. Franc., o Cod. Belga, e todos os outros, que o imitarão. A Ord. L. 2º T. 55 trata da nacionalidade, mas todos sabem, que a Compilação Filippina é um Cod. geral e que só o seu L. 4º contém o Direito Civil propriamente dito.

negar *direitos civis* aos estrangeiros (227), fallar em *morte ci-*

(227) Na Obra citada §§ 639 e 640 não se-apontou um só direito de *Legislação Civil* propriamente, de que os estrangeiros não gozem. Tudo que pertence ao exercicio de empregos publicos, á começar pelos de mais baixa escala, corresponde aos *direitos politicos*, não na accepção restricta, e usual, do regimen constitucional; mas na geral, como participação de funcções publicas. Quaes serão esses direitos civis, que procedem do Direito Natural, e do Direito das Gentes, Tratados, e costumes, da civilisação? Qual a lei nossa, que tem distinguido esses direitos civis mais naturaes, e menos civis, de outros direitos menos naturaes, e mais civis? —O *estatuto pessoal* é outra preocupação da citada Obra. As nações são entre si independentes, tem o podêr exclusivo de promulgar suas leis; e estas obrigão, nos limites de cada territorio, todas as *cousas*, e todas as *pessôas*, que n'elle se-achão. Quaesquer effeitos, que as leis estrangeiras possam têr no territorio de um Estado, dependem absolutamente do consentimento expresso, ou tacito, d'esse Estado—Wheaton—*Dir. Intern.* Part. 2.^o Cap. 2.^o §§ 1.^o e 2.^o Se uma nação (Chassat *Trait. des Stat.* pag. 214) está obrigada á reconhecêr no estrangeiro os direitos privativos da sua nacionalidade, a solução d'esta questão não se-vê escripta em parte alguma, nem tem entrado ao menos, como consequencia de uma obrigação correlativa á um direito certo, em o numero d'essas verdades geralmente recebidas, ou dos usos constantes entre os povos. Todos os Escriptôres reputão a exterritorialidade, que se dá á estas leis como acto de benevolencia, como devêr de sociabilidade humana, como facto de mutua conveniencia—*ob reciprocam utilitatem*—, e não como condição obligatoria. E demais, se os *statutos* são admittidos, ou observados, em uma nação, elles não fêstringem os direitos civis dos estrangeiros, antes os mantêm pelo modo mais favoravel. O que as nossas

vil (228); é conceber um chimerico estado de cousas, que

leis tem providenciado á este respeito acha-se colligido nos Arts. 406 e 408 Consolid.

Depois da leitura do que tem escripto Savigny Tom. 8º do seu Dir. Rom. fica-se convencido, de que n'esta materia não ha o arbitrario, que em geral se-suppõe. Cada relação de direito tem sua séde propria, seu lugar d'existencia. Eis o que determina a applicação de leis estrangeiras. Investigando esse lugar d'existencia, o legisladôr pôde erigir em preceito legislativo o que por ora reputa-se pertencêr á esphera do Direito das Gentes, e depende da controversia dos Escriptôres. É o que tenho feito no *Esboço do Codigo Civil*, em cujas notas achar-se-ha uma larga exposiçãõ de motivos.

(228) No Direito Romano não encontra-se a expressãõ metaphorica—*morte civil*—, mas os Interpretes a inventãrãõ por uma deducçãõ da theoria da—*capitis diminutio*—. Essa expressãõ alludia: 1º, á pêrda simplesmente (*salva libertate*) do direito de cidade—*capitis diminutio media*—; 2º, á escravidãõ das penas, um dos casos da—*capitis diminutio maxima*—. As Ordenações Affonsinas, colligidas em 1446, não fallãõ em *morte civil*. Esta locuçãõ introduzio-se depois nas Ordenações Manoelinas, e nas Filippinas, como vê-se das Ords. L. 5º T. 120 princ., T. 126 princ., e § 3º, e foi repetida na Cart. Reg. de 16 de Dezembro de 1615, dizendo-se de passagem—*morte natural ou civil*—; sem que se saiba, se uma é consequencia da outra, ou se sãõ duas penas diversas, e quaes os effeitos d'essa imagem da morte natural. O mais, que se lê em nossos Juristas, é obra d'elles, e não das nossas leis, salvo o caso da confiscaçãõ de bens da Ord. L. 2º Tit. 26 § 28, que falla da *pêrda da vida, ou estado, ou liberdade*, e o da Ord. L. 4º T. 81 § 6º, que falla da *servidãõ da pena*, privando do direito de testar aos condemnados á morte. Á esta ultima

evoca tradições do Direito Romano (229), reproduz más

Ord. se refere simplesmente a do L. 4º T. 83 § 2º, derivada da L. 11 Dig. de *tastam. milit.*, que faz uma excepção em favôr do soldado. A confiscação de bens era uma pena, que impunha-se em varios casos, e que não envolvia a idéa da *morte civil*; e levada a questão ao seu ultimo reducto, o da Ord. L. 4º T. 81 § 6º, a confiscação de bens ainda apparece nessa Ord. como complemento da supposta *morte civil*, sendo o seu effeito proximo privar os condemnados á morte de fazer testamento. Com esse unico effeito terá a metaphora algum valôr? A confiscação de bens foi abolida pelo Art. 20 da Const., e assim ficou mutilada aquella Ord. L. 4º T. 81 § 6º, e despojada do seu complemento. Já se-disse, que os casos de pêrda dos direitos de cidadão do Art. 7º da mesma Const. só se-referião aos direitos politicos, e á alguns direitos não politicos privativos da nacionalidade. No mesmo sentido deve-se entendêr o Art. 50 do Cod. Crim., concordante com o § 3º d'aquelle Art. 7º da Const., sobre a pena de banimento, privando para sempre os réos dos direitos de cidadão. Além de que, essa pena não tem sido applicada pelo mesmo Cod., e se o fosse, resolver-se-hia em prisão perpetua, quando o banido voltasse ao territorio do Imperio. A prisão (Art. 53) inhibe sómente o exercicio dos *direitos politicos*. A pena de morte tambem está definida no citado Cod., e não tem essa pena concomitante da chamada *morte civil*. Se a nossa legislação moderna (Vid. Repert. de Furt.), e ultimamente o Cod. do Com. Art. 157 § 3º (Vid. Not. ao Art. 993 § 5º Consolid.) fallão em *morte civil*—, repetem simplesmente um nome sem sombra de realidade. Vid. Card.—*O que é o Codigo Civil?*—

(229) A—*Civitas Romana*—comprehendia direitos de natureza politica, —*jus suffragii*—*jus honorum*—, de que dependia a participação no governo, e comprehendia tambem os direi-

theorias do Direito Francez (230); mas que nada tem de se-

tos privados. Não se-pense porém, como observa Savigny Tom. 2º pag. 46, que aquelles direitos politicos fórmão a base fundamental do direito de cidade. Havia no tempo da republlca uma classe particular de—*cives non optimo jure*—, isto é, *sine suffragio*; d'onde vê-se, que a qualidade de cidadão não era necessariamente ligada á posse d'esses direitos. A capacidade do Direito Privado subsistio sempre, e resultava da differença entre o *jus civile* e o *jus gentium*, os quaes erão uma subdivisão do *Jus Privatum—quod ad singulorum utilitatem spectat*. O *jus civitatis* nunca designou *direitos politicos*, era o mesmo—*jus civile—jus quiritorium*—; mas, não obstante sêr uma divisão do Direito Privado, tinha character politico, visto que distinguia direitos *privativos* dos cidadãos, de que os estrangeiros não podião gozar. Ora, tendo cessado tal distincção, não ha mais algum direito civil, que tenha o character de nacionalidade. Dêsde que os estrangeiros forão admittidos á exercêr os direitos privados sem distincção dos nacionaes, a accepção das Leis Romanas perdeu seu valôr de applicação pratica. Todavia os J. C. nunca d'ella se-desquitãrão, e os livros juridicos trazem enumerações de *direitos civis* (Vid. Guichard *Trait. des Droits Civils*); e discussões ridiculas, e inuteis, que remontão ao *estado da natureza*, hoje sem secretarios.

(230) A distincção romana do—*jus civile*—, e do *jus gentium*—insinnou-se na jurisprudencia dos Parlamantos, a differença entre cidadãos e estrangeiros era bem sensivel na effectividade do *direito de albinagio—droit d'aubaine*—; e supposto a Revolução de 1789 proclamasse os direitos do homem, e para sempre abolisse os direitos de albinagio, e de detracção; o Cod Civ. em 1804 distinguio as pessôas em relação ao gôzo, e á privação, dos direitos civis, estabeleceu essa

privação para os casos de perda da qualidade de francez ; limitou no Art. 11, e nos Arts. 726, e 912, (depois revogados por uma lei de 1819) os direitos dos estrangeiros ; e, conservando as antigas idéas sobre a *morte civil*, deu força ás imprias noções do Direito Romano, fazendo no Art. 25 uma particular distincção de direitos civis, onde até entrou o casamento ! A Const. Franc. de 1791 identificára as qualidades de *nacional*, e de cidadão ; mas, como todos os cidadãos não gozavão dos direitos politicos, discriminou-os em activos, e não activos. A Const. de 1795 (anno 3º), e sucessivamente a de 1799 (anno 8º), destruirão a identidade, chamando—*francezes*—os cidadãos não activos, e cidadãos os activos sómente. E o que fizerão os redactores do Cod. Civ. ? Coherentemente com essas ultimas Constituições estabelecêrão no Art. 7º, que o exercicio dos direitos civis era independente da qualidade de cidadão ; mas impropriamente transportárão para o Art. 17, e Arts. 23, e 24, disposições, que havião sido estatuidas para a perda dos direitos politicos (á que se tinha dado o nome de *direito de cidade*), e as applicárão para a perda dos direitos civis ligados á qualidade de simples nacional. Fizerão ainda mais, porque no Art. 17 adicionárão um novo caso, que não vê-se na Const. do anno 8º, qual o do estabelecimento em paiz estrangeiro sem intenção de voltar. Desta maneira legislárão como constituintes no Codigo Civil, visto que, perdida a qualidade nacional por este motivo, perdida estava a qualidade de cidadão. Se a qualidade de nacional era independente da de cidadão, a qualidade de cidadão não o era da qualidade de nacional, porque não se pôde têr direitos politicos sem sêr nacional. O caso é, que essa má legislação foi persistindo. As Cartas de 1814, e de 1830, forão mudas á este respeito. A ultima Const. de 1852 adoptou os grandes principios proclamados em 1789, mas o Cod. Civ. tinha em vista a Const. do anno 8.º A *morte civil*, que se-

melhante com a realidade da nossa vida civil (231). São aber-

póde dizer uma instituição peculiar da Legislação Franceza, tem sido geralmente abolida, e mesmo em França, por uma lei de 31 de Maio de 1854. Vid. Humbert Comment. á esta lei.

(231) 1.º—No ponto de vista do antigo Direito Romano, e do Direito Francez promiscuamente, já que as idéas do primeiro, posto que bastardeadas, passarão para o segundo; e não pondo em linha de conta escrupulosas apreciações da verdade historica, e as controversias proprias desta materia; o *casamento* (não obstante seu elemento natural, e seu elemento religioso, além do elemento civil), a *adopção*, o *patrio poder*, a *successão hereditaria*, a *facção testamentaria*, as *hypothecas*, e *privilegios* (em parte), e a *prescripção*, são do Direito Civil, e não do Direito Natural (ou das Gentes). Quasi todos os contractos, a *compra e venda*, a *locação*, a *sociedade*, o *deposito*, o *mutuo*, e outros, são do Direito Natural, e não do Direito Civil.—*Et ex hoc jure gentium omnes pene contractus introducti sunt, ut emptio et venditio, locatio et conductio, societas, depositum, mutuum, et alii innumerabiles*—Inst. de jur. natur. gent. et civ. § 2.º Quanto á propriedade immovel, e direitos reaes, que lhe são annexos, os Romanos tinham o—*dominium quiritarium*—e o—*dominium bonitarium*—, sendo aquelle só proprio dos cidadãos, e esta differença não existe no Direito Francez. A *doação entre vivos* era do Direito das Gentes, entretanto que o Art. 25 do Cod. Civ. Franc. a-considera como do Direito Civil. 2.º—No ponto de vista só do Direito Francez vemos o direito de albinagio (*droit d'aubaine*) estabelecido nos Arts. 726 e 912 do Cod. Civ., os quaes forão depois abrogados pela lei de 14 de Julho de 1819; vêmos duas classes de estrangeiros, os do Art. 11 gozando de direitos civis em proporção de uma reciprocidade diplomatica, e os do Art. 13

admittidos por uma especial autorisação, que não produz os mesmos effeitos da naturalisação; vemos os estrangeiros quasi reduzidos aos civilmente mortos, vemos finalmente no Art. 25 o longo catalogo de direitos, inclusive o de casamento, de que os civilmente mortos ficão privados. E o que tem tudo isto de commum com o nosso Direito Civil, e com a realidade da nossa vida civil? O direito de albinagio não consta que fosse praticado em Portugal. Como em França, e em outros paizes, esse chamado direito exercia-se, usurpando o fisco a fortuna dos particulares, celebrou-se com aquella nação a Convenção de 21 de Abril de 1778, que declarou tal direito reciprocamente abolido, salvando-se apenas um indetermindado direito de *detracção*, mas incerto. Essa Convenção foi confirmada em Tratados ulteriores, especialmente no Tratado de paz geral de 30 de Maio de 1814. Com a Russia tomára-se igual precaução no Tratado de 27 de Dezembro de 1787, renovado em 27 de Dezembro de 1798 (Vid. Resol. 1.^a de 23 de Setembro de 1826, Ordem de 5 de Novembro de 1840, Av. de 30 de Setembro de 1846, cit. no Repert. de Furt.) Para gozarem dos direitos civis, os estrangeiros não precisão de autorisação alguma. Nunca tivemos alguma situação conhecida de *morte civil*, ou como verdadeira imagem da morte natural, ou como imperfeito simulacro por privar de certos e determinados direitos. Em summa, quanto á *direitos civis* puramente, isto é, os regidos pela actual Legislação Civil, não descobrimos disposições especiaes senão no caso da *locação de serviços* (Arts. 696 e seg. [Consolid.]); e essas mesmas forão motivadas pela transitoria necessidade da colonisação. As disposições especiaes sobre herdeiros estrangeiros ausentes (Art. 34 Consolid.) e heranças de estrangeiros (Arts. 1260 á 1266 Consolid.), são protectôras e não restrictivas. A reciprocidade diplomatica do Art. 24 do Regul. de 8 de Novembro de 1851 é só a condição de um favor excepcional,

e não a do gôzo em geral dos direitos civis. Entre as incapacidades da tutela e curatela (Art. 262 Consolid.) não vemos que se contemple a proveniente da qualidade de estrangeiro. O Av. de 8 de Junho de 1837 (que de proposito não colligimos), com a sua differença entre pupillos nacionaes, e estrangeiros, não é applicavel na pratica senão ás tutelas dativas. Cumpre abandonar a idéa oriunda do Direito Romano, de que a tutela é um *munus publico*. As mulheres podem sêr tutôras, sendo mãis e avós (Arts. 245 § 1º, e 262 § 1º, Consolid.); e as mulheres não gozão de direitos politicos, não podem em regra exercêr funcções publicas. Se é do espirito de todas as legislações procurar unicamente no tutôr um protector desinteressado dos bens do pupillo, a tutela deve sêr razoavelmente confiada á pessoa, que segundo todas as probabilidades desempenhar melhor o fim, que se-deseja. Nas outras espheras do Direito ha varias differenças entre nacionaes e estrangeiros, que na—*Classif. das Leis*— procuraremos colligir com o maior cuidado. Sem fallar de funcções publicas, inclusive as de parochos, ou de outros beneficios ecclesiasticos, professôres, advogados, officiaes de Justiça, collectôres, corretôres, agentes de leilões, etc., as differenças mais notaveis dão-se nos casos da *liberdade de imprensa* (Art. 7º §§ 1º e 2º Cod. Crim.), *propriedade litteraria* (Art. 261 cit. Cod.), *acção de responsabilidade contra empregados publicos*, não sendo em causa propria (Art. 154 Cod. do Proc. Crim., e Art. 396 do Reg. de 31 de Janeiro de 1842), do *habeas-corpuz* (Art. 340 do Cod. do Paoc. Crim.), *mineração* (Ordem de 14 de Maio de 1849), e *concessão de terrenos diamantinos* (Decr. de 25 de Outubro de 1832 Art. 11).

3.ª ED.

A liberalidade da nossa Legislação para com os estrangeiros já fêz cessar duas das exclusões acima apontadas :

rações, como diz Savigny, á que sempre conduz uma applicação inhabil de factos historicos mal comprehendidos (232).

Lei da Ref. Jud. n. 2033 de 20 de Setembro de 1871 Art. 18 § 8º:—Não é vedado ao *estrangeiro* requerer para si ordem de *Habeas-Corpus* nos casos, em que esta tem lugar :

Lei n. 1507 de 26 de Setembro de 1867 Art. 23:—Os *estrangeiros* poderão isoladamente, ou em sociedade, como os subditos do Imperio, requerer, e obtêr, concessão para a mineração; ficando revogadas as disposições, que lhes vedão tal concessão.

Sobre a *propriedade industrial* outra liberalidade para com os estrangeiros (que já de facto existia) no Decr. n. 2682 de 23 de Outubro de 1875.

(232) Trat. de Dir. Rom. Tom. 2º pag. 149. Esta censura faz o sabio Escriptôr por occasião de um interessante episodio sobre o Direito Francez. Depois de observar, que os Autôres allemães expõem os principios romanos sobre a—*capitis diminutio*—sem pretenderem achar n'elles alguma applicação practica; depois de passar em resenha os effeitos da chamada *morte civil*, explica-se deste modo :

« A distincção entre o Direito Civil e o Direito Natural é evidentemente tirada do Direito Romano, mas ella tinha entre os Romanos uma significação muito diversa; porquanto o—*jus gentium*—era um direito completo, um direito positivo como o—*jus civile*—. Ao systema romano se tem irreflectidamente substituido um systema bem differente, uma distincção entre as instituições do Direito—*umas mais positivas, mais arbitrarías, e outras mais naturaes. Mas este systema, sem utilidade practica, é vago em suas demarcações, e vacillante em suas bases.* » Com igual criterio Chassat em seu Trat. dos *Statutos* pag. 197, censurando tambem o Direito Francez quanto á reciprocidade mathematica fundada sobre Tratados de que fêz

As *cousas*, em seu sentido largo e antinatural, porém designando mais particularmente os objectos materiaes, são consideradas em si mesmas, e depois em relação ás pessoas, ou antes em relação ao direito real de dominio (233), e outros direitos reaes. Neste segundo aspecto ellas se-distinguem : 1º, em *cousas do dominio nacional* (Arts. 25 á 59 Consolid.), 2º, em *cousas do dominio particular* (Arts. 62 á 75 Consolid.).

dependêr os direitos civis dos estrangeiros, reprová essas enumerações arbitrárias de direito, essas subtilidades, apreciações, e distincções mais ou menos plausiveis, que a materia fornece « A materia comporta, diz elle, uma theoria mais elevada, e mais segura. O que importa em legislação é consagrar principios, lançar vistas largas, que dominem as opiniões no sentido dos interesses geraes. »

(233) Já está dito, que a palavra—*dominio*—exprime em rigôr uma idéa menos extensa, do que o termo—*propriedade*. O dominio só recahe sobre objectos corporeos, e é porisso, que no Liv. 2.º Tit. 1.º, onde tratamos do direito real de dominio, não fallamos da *propriedade litteraria* (Art. 261 Cod. Crim.), e nem da *propriedade industrial* (Art. 179 § 26 Const., Lei de 28 de Agosto de 1830). O contrario vê-se no Dig. Port. de Corr. Tell. Liv. 3.º n. 42 á 54, e o mais notavel é, que tratou-se disto como materia propria da *occupação* das cousas achadas—*invenção*— (Arts. 885 a 889 Consolid.); como um dos modos originarios de adquirir propriedade ! As disposições sobre a *propriedade litteraria, industrial, e artistica*, não pertencem ao Direito Civil.

Entendo hoje, que no Cod. Civ. se-pód e,, e se-deve tratar da propriedade litteraria, industrial, e artistica : e assim fallei no Liv. 3.º do *Esboço*. Esta materia é de summa difficuldade, sua exacta comprehensão demanda grande esforço, e em tempo opportuno darei conta das minhas cogitações.

Classificamos as *cousas do dominio nacional*, isto é, do *dominio da soberania* (Not. ao Art. 52 Consolid.), e o-fizemos do seguinte modo: 1º, *cousas do uso publico* (Art. 52 § 1º Consolid.); 2º, *cousas do dominio do Estado* (Art. 52 § 2º Consolid.); 3º, *bens da Corôa* (Art. 52 § 3º Consolid.); definindo em seguida, nos termos da legislação actual, algumas das especies, que entram n'estas tres classes (Arts. 53 á 59 Consolid.).

Esses bens, e, mais propriamente, os *bens do dominio do Estado*, depois da modificação politica do Acto Adicional de 1834, fraccionárão-se, e tiverão a peculiar denominação de *bens geraes*, opposta á de *bens provinciaes*, e *bens municipaes*. Cumpria portanto distingui-los (Arts. 60 e 61 Consolid.), posto que, para não rompêr o laço da integridade nacional, é mister que se não desligue do grande dominio da soberania (234).

As *cousas do dominio particular* não são hoje divididas senão em relação ao *emphyteuse*, com as denominações de— *bens allodiaes* e *emphyteuticos* (Art. 62 Consolid.), visto têr cessado a outra limitação, que resultava dos vinculos (Arts. 73 á 75 Consolid.).

Não contemplando o *direito real do emphyteuse* como distincto *jus in re* entre os outros direitos reaes do Liv. 2º, e só tratando d'elle como *contracto de aforamento* (Arts. 605 á 649 Consolid.), supposto seja possivel (235) tambem estabele-cê-lo por disposição testamentaria, imitamos o Direito Romano (236), e os glosadores. Em verdade, pouco falta ao

(234) Vid. Not. ao Art. 61 Consolid.

(235) Not. ao Art. 605 Consolid.

(236) Trata-se do *emphyteuse* por occasião da locação, por têr com esta, e com a compra e venda, alguma affinida da

emphyteuse para ser completo dominio ; e com razão é elle reputado como se fosse o direito real de dominio, formando porém a especie do *dominio util*, ao lado da outra especie do *dominio directo* (237).

(*Instit. de locat. et condut.* § 3º, Cod. L. 4º T. 66 de *jur-
emphyteut*); mas o *emphyteuse* não se-confunde com esses contractos, antes é um contracto particular—*contractus emphyteuticarius*—. Já não acontece o mesmo com a *superficie*, que, tendo muita semelhança com o *emphyteuse*, e repousando, como elle, sobre um contracto, todavia não é contracto com nome particular, nem tem naturêza independente; pois que resulta, ora da compra, ora de uma locação, ora de uma doação.

Reconheço hoje, que não devia tratar do *emphyteuse* só como *contracto de aforamento*. Basta ponderar, que elle pôde sêr creado por disposição de ultima vontade, posto que até o presente, em minha longa pratica do Fôro, ainda não visse algum exemplo d'essa criação. Ainda que assim não fosse, se do contracto de aforamento resulta um direito real no immovel alheio, o Cap. *do aforamento* devia estar no Liv. 2º, que trata dos *direitos reaes*.

O mesmo acontece com o Cap. *do penhór*, que tambem pertence ao Liv. 2º.

(237) Art. 915 Consolid. A grande extensão dos poderes attribuidos ao *emphyteuta* induzio com razão os glosadores á vêr no *emphyteuse* uma especie de dominio, ou um direito analogo; e para o distinguir do *pleno* dominio, em contraposição ao *semipleno*, dividirão este em *directo* e *util*. Não vemos n'isto inconveniente, uma vez que se-reconhece, que o dominio nnteiro contém as duas especies ; e demais essas qualificações estão adoptadas em nossas leis, e em nossos costumes. O esabelecimento do *emphyteuse* é considerado como não constituindo um *titulus alienationis* ; mas não se-pôde negar, em

Os *direitos de familia* achão-se no Livro 1º, que trata dos *direitos pessoaes*; e na Secção 1ª d'esse Livro, que se inscreve—*dos direitos pessoaes nas relações de familia*—. Por esta maneira estão separados estes direitos pessoaes dos outros direitos pessoaes de que trata a Secção 2ª do mesmo Livro, e onde vê-se a inscripção diversa—*dos direitos pessoaes nas relações civis*—. Ha nisto uma innovação, que é do nosso devêr justificar.

Observámos anteriormente, que, na exposição do Direito Romano, a opinião mais geral comprehende sob o nome de *personas* os—*jura potestatis*—, que são os *direitos de familia* (238); e sob o nome de *cousas* abrange, não só os *direitos pessoaes (obligationes)*, como os *direitos reaes (jura in re)*.

Cumpra porém advertir, que, recorrendo-se á propria fonte, esses direitos de familia não são expostos como formando uma parte bem estremada, mas juntamente com a doutrina do—*status*—; isto é, da natureza, e capacidade juridica, das pessoas, o que parece ter sido um preliminar. Este é o me-

relação ao dominio util, que o aforamento envolve em si uma alienação primitiva desse dominio, a qual dá direito ao emphyteuta para alienações ulteriores. Compare-se a Not. ao Art. 120 com a Not. ao Art. 590 Consolid.

(238) Savigny Dir. Rom. Vol. 1º pag. 388. Muitos Escrip-tôres entendêrão, que a primeira parte *de personis* trata da doutrina do *status*, mas não no rigoroso sentido do Direito Romano. Hugo diz, que ella contém a doutrina da capacidade do direito, estabelecendo as tres condições, á que corresponde a triplice *capitis diminutio*. Outros buscão um meio termo, e dizem, que o direito das pessoas abrange ao mesmo tempo o *status*, e as relações de familia.

thodo das Institutas (239). Este é o methodo dos Codigos modernos (240). O Codigo Civil de Argovia, que em outro logar indicamos como denotando novidade de plano, tambem

(239) Os Romanos em seu systema de Direito não assignão ás relações de familia, isto é, ao casamento, e relações dos pais com os filhos, um logar particular, e independente; não tratão disto senão de passagem no — *jus quod ad personas pertinet*. Começão pela divisão dos homens em livres, e não livres — *status libertatis* —, á esta divisão adaptão immediatamente a subdivisão dos homens livres em ingenuos, e libertos. Isto lhes dá occasião de tratar ao mesmo tempo da distincção dos homens quanto ao *status civitatis*, e terminão o direito das pessoas por uma terceira divisão dos homens em — *homines sui juris, vel alieni juris*. Entre os homens *alieni juris*, designão particularmente os *fili familias*, e chegão assim á theoria do *status familiae*. Este *status* repousa sobre a agnação, e esta sobre o patrio poder. Á esta relação de familia, o — *patria potestas* —, ligão então a theoria do casamento. A tutela, e a curatela, fórmão um appendice da theoria do patrio poder. Marez. Dir. Rom. pag. 220.

(240) Tanto os que seguirão o systema do Cod. Civ. Franc. como todos os outros. Só vemos no Cod. Ger. da Prussia os direitos de familia tratados distinctamente na 2ª parte até o Tit 4º inclusive, seguindo-se nos outros Titulos os direitos e devêres dos amos e criados, e muitas materias alheias do Direito Civil propriamente dito. A 1ª parte desse Cod. trata em 23 Titulos das idéas geraes das pessôas e das cousas, e das materias especiaes, exceptuados os direitos de familia. Savigny Vol. 1.º pag. 356 dá o motivo de têr tratado o Cod. Prus. no direito das pessôas, e não entre os contractos, dos direitos dos criados de servir.

envolve a theoria geral das pessoas com os direitos pessoaes nas relações de família (241).

Tem-se confundido a parte geral ou elementar do Direito Civil com a parte especial. Os direitos-existem por causa das *pessoas*, e onde não ha pessoas não pôde haver questão de direitos (242). Deve-se tratar primeiro, e separadamente, dos dois elementos dos direitos—*pessoas* e *cousas*—, já que a sua existencia deve ser supposta para todos os direitos. Esta é a ordem das idéas, e, se ella se-desconhece, envolvendo-se em parte o direito effectivo com o direito possível, então cumpre logo tratar de todos os direitos, porque todos os direitos são das pessoas.

Os Escriptores allemães, adoptando a expressão—*direitos pessoaes*—para designar os direitos nas relações de família, não a-applicando nunca aos direitos pessoaes nas relações civis (*obligationes*), dos quaes tratão em uma subdivisão como parte dos direitos que chamão—*patrimoniaes*—; não deixão todavia de conhecer, que o *systema romano*, e o methodo usual dos Codigos, não devem ser adoptados. Elles tratão primeiro das pessoas em geral em uma Parte Preliminar, e della destacão

(241) A divisão geral—*direitos pessoaes*—, abrangendo os direitos de família, foi o que nos-mereceu attenção; mas pôde sêr, e é bem provavel, que tome-se a expressão—*direitos pessoaes*—no sentido que já distinguimos. Não parece, como supuzemos, que a denominação secundaria—*direitos pessoaes propriamente ditos*—compreenda os direitos de família; porquanto com essa denominação só se-inscreve o Cap. 1º, tratanto o Cap. 2º do casamento separadamente.

(242) *Nam parum est, jus nosse, si personæ, quarum causâ constitutum est, ignorentur*—Inst. de jûr. person.

os direitos de familia, objecto de um livro distincto, da Parte Especial (243).

Que a denominação—*direitos pessoases*—é applicavel aos direitos de familia, não é pois duvidoso. Que ella tambem é applicavel ao que na linguagem technica da Legislação Romana chama-se—*obrigações*,—vemos nós claramente, e sem medo de errar. Se a essencia das obrigações está em adstringir o ente passivo dos direitos, esses direitos são *pessoaes*. Se os direitos nas relações de familia são *pessoaes*, é precisamente porque ligão do mesmo modo, porém com mais intensidade, o ente passivo dos direitos (244). A differença entre uns, e outros, só consiste no gráo de intensidade, na maior ou menor efficacia do vinculo.

Não se-póde dizer, que os direitos de familia são *pessoaes*, porque só tem por objecto um certo numero de acções, ou prestações, que deve executar a pessoa sujeita. Não se-póde

(243) « Nós limitamos o *direito das pessoas* (Marez. Dir. Rom. pag. 221) á simples theoria do *status*, e assignamos um logar particular no *systema*, sob o nome de—*direito de familia*,—para as relações de familia propriamente ditas, etc. »—« O direito de familia (Meckeld. Dir. Rom. Liv. 3º pag. 252), tomado no sentido que lhe-damos, não deve sêr confundido com o *jus personarum* no sentido do Direito Romano, de que elle não fórma senã um dos elementos. »
Veja-se tambem Maynz Dir. Rom. pag. 197.

(244) Attenda-se ao que Marez. (Dir. Rom. pag. 150) não poude deixar de reconhecêr, fallando desses direitos *pessoaes* que não são os de familia: « São tambem chamados—*direitos pessoases*,— porque são os unicos direitos, á que corresponde sempre, e essencialmente, a obrigação de uma pessoa determinada. »

dizer também, que não se referem a um objecto qualquer, para o qual nossa vontade se-dirige. Estas razões não satisfazem.

Em primeiro lugar, ha muitos direitos nas relações de familia, que dizem respeito aos bens (245).

Em segundo lugar, fóra das relações de familia, ha alguns direitos, que tem igualmente por objecto acções, e prestações. Estas prestações só distinguem-se das outras, além da menor força do vinculo, em que todas tem um valor pecuniario, que faz parte do nosso patrimonio (246).

Isto mesmo tem reconhecido os Escriptores allemães, emprehendendo desligar dos direitos de familia aquelles, que dizem respeito aos bens (247). Savigny distingue o *direito de*

(245) É o que também reconhece o Escripôr ha pouco citado—Marez. Dir. Rom. pag. 150.— « Em verdade estes diversos direitos entrão á certos respeitos um no outro, e estão em uma dependencia mutua; por exemplo, os *jura potestatis* podem também conduzir indirectamente á direitos sobre os bens, e por consequencia sêr tratados debaixo desta relação, como estes ultimos. »

(246) No mandato, na locação de serviços, e nas obrigações em geral de fazer, ou não fazer, se as prestações são cumpridas, ellas tendem á augmentar nosso patrimonio. Se não são cumpridas, acontece o mesmó; porque todas as obrigações de fazer (*obligationes faciendi*) resolvem-se na indemnisação de perdas e interesses—Poth. Obrig. n. 146. Ninguem póde sêr constringido á fazer, ou á não fazer, alguma cousa; e se isso fosse possível, seria uma violencia, que não póde sêr modo de execução de contractos.

(247) « Tem havido a tentativa (Marez. Dir. Rom. pag. 221) de separar a parte dos direitos de familia, que in-

familia puro do direito de familia applicado (248). E não sendo possível, sem grande inconveniente, levar á effeito a separação, elles tratão de todos os direitos da familia depois dos direitos reaes, e dos direitos pessoaes (249).

O proprio Savigny, primeira autoridade n'estas materias, não deixa de justificar o methodo, que havemos adoptado. Quanto á posição da pessoa investida de um direito para com as outras pessoas, observa que, ora seu direito liga todas as pessoas estranhas, ora não liga senão individuos determinados. Sob este ponto de vista pareceu-lhe, que as instituições do direito deverião ser assim classificadas (250):

1.º Para com todos os homens,—os direitos reaes, e o direito de successão :

fluem sobre os bens, da outra parte desses direitos, e para fazer della um appendice do direito dos bens; porém esta separação conduz facilmente, e quasi necessariamente, á repetições superfluas; fôra além disto um desarranjo tal na harmonia do systema, que romperia o encadeamento das idéas de uma maneira mui prejudicial para os que começão o estudo do Direito. »

(248) *Trat. do Dir. Rom. Tom. 1º pag. 377, e 378.*

(249) « Não é impossivel (Savigny *Obr. cit. pag. 378*) separar o direito de familia applicado do direito de familia puro, e fazer delle uma subdivisão do direito dos bens; mas a realidade viva das relações de familia apparecerá melhor, se, depois de têr estudado a familia, passarmos immediatamente ás influencias, que ella exerce sobre os bens, e então vem á sêr necessario collocar o direito de familia depois do direito dos bens. »

(250) *Obr. cit. Vol. 1º pag. 376.*

2.ª Para com os individuos determinados,—as relações de familia, e as obrigações.

Eis confirmada a nossa divisão em *direitos reaes* e *direitos pessoaes*, pois que na primeira categoria entrá o direito de successão, e na segunda entrão os direitos pessoaes nas relações de familia, e os outros direitos pessoaes. As relações de familia, do mesmo modo que as obrigações, dão-se de individuos para individuos determinados (251).

Mas o sabio Escriptôr não attribue á esta classificação a verdadeira importancia e supremacia, que lhe-competem; antes considera a relação de direito, no aspecto em que a encaramos, como uma relação secundaria (252). Repugna-lhe envolver os direitos de familia com as obrigações, cuja analogia, diz elle, é accidental e exterior, mas não uma afinidade real.

Muitas differenças por certo a analyse descobre entre as relações de familia, e as outras relações de individuo para individuo, quando se-estudão em sua essencia, e em todo o seu

(251) Em outro lugar (Vol. 1.º pag. 345) diz elle : « Pelo que precede vê se, que cada relação de familia é uma relação natural-moral, e *inteiramente individual*, pois que existe de *individuo d individuo*; mas, encarada como relação de direito, é uma relação de uma pessôa para com todos os outros homens, porque é de sua essencia sêr conhecida geralmente. » —Esta distincção é toda de Direito Romano. Deriva das chamadas acções prejudiciaes —*prejudicia*,—de que fallaremos depois, e liga-se á confusão já censurada dos *direitos absolutos* com os *direitos reaes*. Os direitos de personalidade não entrão no Direito Civil.

(252) Vol. 1.º pag. 375 e 376, e pag. 332.

organismo (253); mas, quanto á manifestações exteriores, con-

(253) Dissémos, que, já considerados em outro aspecto os direitos pessoaes nas relações de familia, não desconheciamos a differença entre elles, e os mais direitos pessoaes. Esse outro aspecto é o da *intensidade*, ou do gráo de energia, com que o direito obra; e d'ahi provém a capital differença, pois que os podêres de familia como que tem por objecto a propria pessoa em si mesma, e não nos actos. Com effeito, quando os podêres de familia obrão em todo o seu rigor, como no Direito Romano, a personalidade de quem está submettido desaparece quasi inteiramente. D'ahi vem a differença entre pessôas *sui juris*, e —*alieni juris*—*personæ alieno juri subiectæ*, que passou para o nosso Direito—Arts. 10, 201, e 202, Consolid. Estas idéas do *patrio poder* estão hoje abandonadas. O limite da minoridade deve sêr tambem o da emancipação. Savigny estabelece todas estas differenças. 1. As relações de familia mostram-nos o homem, não como existindo por si mesmo, mas como um ente defeituoso, tendo necessidade de completar-se no seio de seu organismo geral; 2. As obrigações tem por objecto um acto individual, as relações de familia tomão a pessoa inteira do individuo como membro do todo organico, que compõe a humanidade; 3.º A materia da obrigação é arbitraria de sua natureza, porque um acto qualquer do homem, pôde dar logar á obrigação; porém a materia das relações de familia é dada pela natureza organica do homem, e traz o sello da necessidade; 4.º A obrigação de ordinario é temporaria, as relações de familia persistem sempre as mesmas; 5.º As familias contêm o germe do Estado, e o Estado, uma vez formado, tem por elementos constitutivos as familias, e não os individuos; 6.º A obrigação tem na realidade mais analogia com a propriedade, porque os bens, que estas duas especies de relações abrangem, alargão o poder do individuo além de seus limites naturaes; ao passo

sideradas genericamente, não é possível contestar, que os direitos de umas, e outras, funcionão com o mesmo caracter. Não fazemos questão de outras analogias, e diferenças; ellas podem variar segundo a idéa, que as-suscita. Sustentamos somente, que a mais importante das diferenças é a que determina a grande divisão dos direitos em *reaes* e *pessoaes*.

Este systema, que não quer subordinar a uma idéa superior de genero os direitos de familia, e os outros direitos pessoaes, classificando aquelles em uma divisão isolada, resente-se em demasia das noções do Direito Romano sobre os *jura potestatis*; noções, que em seu primitivo rigor mostrão-nos um poder absoluto, um poder que não é direito, e que nada tem de applicavel á familia da civilização moderna.

A' diferença, que existe, e se-queira actualmente achar, e que nós até certo ponto não desconhecemos, pensamos ter attendido, uma vez que, divididos os direitos em *reaes* e *pessoaes*, os direitos de familia apparecem como especie na subdivisão dos *pessoaes*.

São de character tão opposto os *direitos pessoaes nas relações civis (obligationes)*, e os *direitos reaes* que, na applicação do principio classificadôr, os Escriptôres allemães deixão de ser consequentes. Todos elles collocão, como ja notamos, os direitos de familia em uma só divisão principal, não obstante conhecerem que, além do direito de familia puro, ha o direito de familia applicado, que entra na divisão dos direitos patrimonias (254). Alguns tratão dos direitos reaes, e das obriga-

que as relações de familia servem para completar o individuo, etc.

(254) Tal é o systema de Savigny, Hugo, Heisee, Mackel^{es} dey, Marezoll, Maynz. O methodo mais natural, em nosso entendêr, será sempre o mais propicio ao ensino; só elle

-ções, também em duas divisões principaes, e com se não fossem especies de um genero (255).

Não, nós dividimos os direitos na *extensão* em *reaes*, e *personaes*; e subdividimos estes, fazendo apparecer os direitos de familia como especie de um genero subalterno. Elles vem á carcer de tres classes principaes, e estas, só pela simples razão do numero, não se prestão á verificação logica da formula negativa.

E como admittir, que seja mais importante a differença dos direitos derivada da idéa de *patrimonio*, idéa que falha em sua applicação; do que a differença, que considera os direitos pelo seu modo objectivo, e virtude funcional? A idéa de *patrimonio*, despojada do seu character de universalidade, da sua uni-

deve sêr adoptado. Os escriptores allemães dão conta do methodo, que achão mais natural; e logo depois o abandonão, não o applicão. Veja-se o que diz Savigny Vol. 1º Dir. Rom. pag. 378—« Resta saber, se é possível, se é bom, estudar na mesma ordem as instituições do direito; em outros termos, se a ordem natural, em que nosso espirito concebe estas instituições, é também a melhor classificação para um Tratado. Eleva-se aqui uma objecção capital, etc. »—Occorre também, que o methodo da legislação póde fugir da filiação das idéas. Não presuppõe taboa raza de conhecimentos, para que irremissivelmente deva sempre procedêr do mesmo modo. Apesar disto, não convém admittir, que se altere no ensino a ordem de qualquer legislação codificada.

(255) Dizemos alguns, porque Marezoll, por exemplo, expõe em um só livro a theoria do direito concernente aos bens, dividindo esse livro em duas secções; uma para o direito das cousas, ou theoria dos direitos reaes; e outra para o direito das obrigações, ou theoria dos direitos de credito,

dade representativa da unidade da pessoa, decomposta em somma com effectos naturaes, perde inquestionavelmente seu valor juridico (256).

Alguns Codigos, em accôrdo com a opiuião mais seguida, que rectificou o methodo effectivamente seguido nas Institutas, classificão, conforme tambem já notamos, as duas categorias de direitos, exceptuados os de familia, como sendo partes de um todo homogeneo, ao qual, do mesmo modo que no Direito Romano, chamãrão *direito das cousas*; e então os direitos pessoaes nas relações civis tomão o nome de *direitos pessoaes sobre as cousas*, em opposição aos *direitos reaes* (257). E não será isto reconhecêr, que, além desses intitutados *direitos pessoaes sobre as cousas*, ha outros direitos pessoaes?

Que essa denominação—*direitos pessoaes sobre as cousas*—é summamente defeituosa, demonstra-se por mais de uma razão :

1.º Porque induz á perceber com inexactidão, que nas relações de familia não ha direitos pessoaes sobre as cousas :

2.º Porque altera a indole dos direitos pessoaes, em que não se-attende senão á pessoa como objecto do direito; e não

(256) Em sentido lato o *patrimonio* é o todo dos bens de uma pessôa, incluindo mesmo os *bens innatos*, que tambem se-chamão *pessoaes*. Este não é o sentido do Direito Civil, onde o patrimonio—*pecunia*—refere-se unicamente ao todo dos *direitos pessoaes e reaes*, que campõe a propriedade. Podêr-se-ha dizêr, que os *bens innatos* entrão igualmente no *patrimonio*, quanto á suas consequencias juridicas, em razão de se-transformarem em direitos de indemnisação de pêrdas e interesses.

(257) Vejam-se os Codigos d'Austria, e do Cantão de Berne.

imediatamente ao facto, que póde referir-se á uma cousa propriamente dita, ou á um serviço :

3.º Porque dá consistencia á má nomenclatura de *cousas corporeas* e *incorporeas* :

4.º Porque, ainda mesmo que se-referisse ás *cousas* em seu sentido proprio, e natural, ha muita differença entre a relação immediata, e proxima, das cousas nos *direitos reaes*, e a relação medfata, e remota, nos *direitos pessoaes* :

5.º Porque, uma vez admittido o largo sentido da palavra *cousas*, as prestações de factos nas relações de familia entrão na generalidade da classificação.

Passemos agora á outra innovação do nesso plano, que nos-incumbe tambem justificar, e que felizmente está protegida pela suprema autoridade do admiravel Escriptôr, que tantas vezes havemos invocado (258). No Livro 1º Secção 2ª, que trata dos *direitos pessoaes nas relações civis*, achar-se-ha o Tit. 3º, onde promiscuamente consolidamos as disposições sobre o *damno*, e sobre o *esbulho*, como materias analogas; isto é, como *factos illicitos*, de que nascem obrigações, e direitos pessoaes (259).

O esbulho é uma privação da posse, e ahi se-nos-apresenta a celebre questão da *natureza da posse*, e da sua qualificação como *jus in re* ou *jus ad rem*, isto é, como *direito real* ou *direito pessoal*. Esta questão famosa demanda uma solução pre-emptoria para todos aquelles, que, como nós, obedecêrem ao principio classificador dos direitos por seus *objectos*.

(258) Savigny Trat. da posse Traducç. Franc. por F. d'Audelage sobre a ult. Ediç. (1841).

(259) Do *damno* trata-se nos Arts. 798 á 810 Consolid. Do *esbulho* nos Arts 811 á 821 Consolid.

O Direito Romano estabelece, quanto á *posse*, como faz em relação á propriedade, o modo de adquiri-la e perdê-la (260). Elle distingue a *posse* e a *detenção* (261), e não a considera sómente como *estado de facto*, que corresponde á propriedade como *estado de direito*; mas como condição de direitos particulares, e tal é o *jus possessionis*, (262).

Ninguém pôde comprar sua propria cousa (263), ninguém pôde furtal-a (264); e o mesmo acontece quanto aos contractos de locação, deposito, commodato, e precario (265). Exceptua-se entretanto esta regra, quando considera-se o nú-proprietario

(260) Se é necessario estabelecer o modo de adquirir e perdêr a *posse*, como condição das acções possessórias, nada tem isso de commum com a *posse*, que é consequencia e exercicio do direito de propriedade. Prevalece pois a critica, que já fizemos ao Dig. Port. de Corr. Tell. Adoptado o systema do Direito Francez, não ha necessidade de tratar da *posse* em relação ao dominio. Além de que, está demonstrado em Savigny Trat. da *posse* §§ 13 á 28 o erro da doutrina sobre os actos symbolicos de *posse*, ou *posse ficta*. A aquisição da *posse* consiste na *possibilidade physica* de obrar immediatamente sobre a cousa, e de desviar toda a acção estranha.

(261) A *detenção* fórma a base de toda a idéa de *posse*, e sua noção não é noção juridica. A *posse* existe quando a *detenção* (*corpus* ou *factum*) é acompanhada de uma certa vontade (*animus sibi habendi*).

(262) *Jus possessionis* não é o direito de possuir—*jus possidendi*, que pertence á theoria da propriedade.

(263) L. 21 Dig. de *usurpat.*

(264) *Rei nostræ* (sentença de Paulo L. 3º T. 31 n. 21) *furtum facere non possumus.*

(265) Cit. L. 21 Dig. de *usurpat.*, L. 4º § 3º de *precar.*, L. 15 *deposit.*

em relação á posse que pertence á outro. Concebe-se então a *emptio possessionis* (266), *conductio possessionis* (267), *precarium possessionis* (268); e por analogia *possessionis depositum*, *possessionis commodatum*. Também concebe-se o furto da propria cousa.

Além disso, tantas vantagens ou commodos se-tem attribuido á posse (269), tanto se-tem escripto, e tão vivo tem sido o debate; que ha sobre esta materia uma prevenção desfavoravel, como se ella envolvêsse uma difficuldade invencivel.

Alguns collocão a posse no direito das cōusas ao lado do *jus in re* e do *jus ad rem*, como uma parte principal e separada. Outros tratão da posse na parte geral do systema, como se ella fosse m̃ais geral do que qualquer outro direito. E muitos reputão a posse como um *jus in re*, ou propriedade provisoria á par do dominio, e tendo os interdictos como meio provisorio de reivindicacão (270). O Direito Cãnónico, com a amplitude, que se-lhe-deu, mais tem contribuido para confundir esta materia (271).

(266) L. 34 § 4º Dig. *de contrah. empt.*, L. 28 *de posses.*

(267) L. 28 Dig. *de posses.*, L. 35 § 1º, e L. 37 *de pign. act.*

(268) L. 6º § 4º, e L. 22 princ. *de precar.*

(269) São as *beatitudes* da posse. Tem-se feito um longo catalogo dessas vantagens, que, como attesta Savigny Obr. cit., já chegou ao numero de 72.

(270) Quasi todos os Codigos tratão da *posse* á par do dominio, como materia da mesma naturêza. Ora, sem duvida a *posse* é uma consequencia do dominio, mas em si é um *facto*, e não um *direito*. O ladrão, diz Boehm. *Doctr. de action.* Secç. 2, Cap. 4º § 1º tem a posse; e se eu lhe attribuir o *jus in re*, certamente não poderei demandal-o.

(271) Vid. Art. 811 Not. Consolid.

A idéa da *posse*, como tendo no systema do direito um logar especial e distincto, nós a-restringimos aos interdictos possessorios somente; e estes interdictos, ou acções possessórias, nós reputamos como derivados de obrigações *ex delicto*, que pertencem á classe dos *direitos pessoas* (272). Em substancia, como este trabalho requer, são estas as nossas razões.

A *posse* faz um papel muito interessante na scena das relações jurídicas, e cumpre examinar suas diferentes manifestações. Ellas reduzem-se ao seguinte :

1.º A *posse*, como modo de adquirir dominio na occupação das cousas sem senhor *occupatio rei nullius*—(273):

2.º A *posse*, como modo de adquirir dominio na tradição das cousas, quando feita pelo proprietário legitimo—*traditionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur*—(274):

3.º A *posse civilis possessio*—(275), como um dos elementos da prescripção acquisitiva (*usucapio*) na tradição feita por quem não é proprietario legitimo—*traditio a non domino*—e constituindo a *propriedade putativa*, que é protegida pela acção publiciana (276):

(272) Vid. *ibidem* Consolid.

(273) Arts. 885 á 889 Consolid.

(274) Arts. 906, 908, e Nots. , e 909, Consolid.

(275) *Posse civil* em Direito Romano é aquella, que conduz á prescripção adquisitiva, protegida pela *acção publiciana*. Oppõe-se á posse natural, *naturalis possessio*, que não se tem convertido, como a *civil*, em uma relação de direito. Essa *civilis possessio* não é a *posse civil* dos herdeiros, *posse ficta* do nosso Direito, e do Direito Francez, que não é instituição do Direito Romano, pelo qual exigia-se o acto da *adição da herança*—Arts. 978 á 981, 1025, 1026, e 1231 § 1.º Not. Consolid.

(276) Arts. 811 n. 5, e 1319, Consolid.

4.º A *posse*, separada do domínio, e protegida pelos *interdictos ou acções possessórias* (277).

Nas tres primeiras manifestações a *posse* entra indubitavelmente na classe dos *direitos reaes*, pois que pertence á theoria do domínio ; e quanto á esta *posse* é obvio, que não cabe questionar, se ella é, ou não, um direito, se constitue um *direito real*.

Quanto aos casos da—*occupatio*, e *traditio*—, a *posse* é comêço, e consequencia, do domínio ; mas não o motivo da aquisição do domínio. Ella principia (palavras de Savigny) no momento, em que o domínio adquire-se. A *posse* deve sêr legitima, não é legitima sem *justo titulo* (278); e o domínio presuppõe a coexistencia d'estes dois elementos (279).

Quanto ao caso da—*usucapio*—a *posse*, como productiva da prescripção acquisitiva, defendida pela acção publiciana, vale tanto como o próprio domínio ; é um domínio nascente, e presumptivo, que o Direito considera como verdadeiro domínio (280).

Ora, se esta *posse* da prescripção só por si não produz seu effeito, se deve ser acompanhada de *justo titulo* e *boa fé* (281);

(277) Arts. 811 á 821 Consolid.

(278) Art. 907 Consolid. O *justo titulo*, quando trata-se do verdadeiro dominio, emana do proprietario legitimo. Na *occupação* o *justo titulo* é a propria naturêza humana, razão de direitos.

(279) Art. 908 Consolid.

(280) Art. 908 Not. Consolid.

(281) Art. 1319 Consolid. O *justo titulo*, quando trata-se do domínio presumido, que é a via da prescripção, não depende da legitimidade do domínio anteriôr. Na supposição de havêr essa legitimidade, o *justo titulo* vem á sêr todo

é certo, que não constitue direito; sendo apenas uma das condições do direito. Fôra tão absurdo perguntar neste caso, se a *posse* é um direito, como perguntar se o *justo titulo* é um direito, ou se o é a *boa fé*. Seria igual absurdo perguntar, em relação ao dominio verdadeiro, se o *titulo* sómente é um direito, ou sómentê a *tradição*.

Temos, em ultima analyse, a *posse dos interdictos*, e sobre ella versa a questão; porque só n'este caso a *posse isolada*, ainda que injusta, toma o character de direito.

« A posse, diz o profundo Savigny (282), mostra-se primeiro como poder de facto sobre uma cousa, consequentemente como um não-direito (diferente do delicto), alguma cousa emfim de completamente estranho ao direito. Entretanto ella é protegida contras certas violações, e para assegurar esta protecção tem-se estabelecido regras sobre a aquisição, e perda, da posse, como se ella constituísse um direito. Daí o motivo desta protecção, e desta assimilhação da posse á um direito, tal é a questão.

« Acha-se este motivo na intima connexão entre o facto da posse, e o possuidor. O respeito devido á pessoa deste reflecte indirectamente sobre o facto. Fica assim o facto ao abrigo dos actos de violencia, porque estes alcançarião ao mesmo tempo a pessoa.

« Não viola-se em tal caso um direito independente da pessoa; ha porém na posição da pessoa alguma cousa de mudado em seu prejuizo, e o mal, que lhe é causado pela violencia,

aquelle, que, nos termos da lei, seria apto para transferir o mesmo dominio—Art 1320 Consolid.

(282) Savigny Obr. cit. § 6.º Todas as nossas idéas sobre a posse são as mesmas deste Escriptôr.

não póde sêr inteiramente reparado senão pêlo restabelecimento, ou protecção, deste estado de facto, que a violencia tem alterado. Tal é a verdadeira causa das acções possessórias.

Em verdade, examinada a naturêza dos interdictos possessorios, pelos quaes protege-se a posse, vê-se logo, que a violação desta não é uma violação material do direito, como se fosse uma propriedade presumptiva. O character commum de todos os interdictos possessorios é a condição de um acto, que já por sua fórmula é iniquo. E como de outra maneira poder-se-hia comprehendêr, que a posse, independente mesmo da sua legalidade, viesse a sêr base de direitos?

Quando o proprietario reivindica o que é seu, indifferente será indagar, como o réo teve a posse. Ao contrario, quem tem a simples posse de uma cousa não tem por este facto algum direito á detenção; tem sómente o direito de exigir, que nenhuma violencia lhe-seja feita no *quod interest* relativamente á posse.

Ora, além de que todo o interdicto é pessoal de sua natureza (283), conclue-se da analyse do facto da posse, no ponto de vista, em que ella tem no systema um lugar proprio, que os interdictos possessorios não são mais que acções derivadas de obrigações *ex delicto*. Eis o motivo, que levou-nos á tratar do esbulho juntamente com o damno, e na Secção 2ª do Livro 1º, que se inscreve—*dos direitos pessoas nas relações civis*—.

Observe-se ainda como, por occasião desta materia, o sabio Savigny vem soccorrêr-nos na confirmação do methodo, que havemos adoptado :

(283) *Interdicta omnia, licet in rem videantur concepta, vi tamen ipsa personalia sunt*—L. 1ª § 3ª Dig. de interdict.

« Aquelles, que dividem o direito de uma maneira geral em *direitos reaes* e *direitos de obrigação*, são por isto mesmo forçados á separar a *posse* de todo o direito real, e aquelles; que rejeitão esta divisão, devem procurar no Direito um lugar particular para todos os direitos de obrigação. Esse lugar será precisamente o da *posse* (284). »

Estas idéas tem sido sem vantagem combatidas, e em vão objecta-se com o lato sentido da palavra *delicto*, dizendo-se, que não ha acção, que não nasça do *delicto*. Tinhamos já notado, que sem restringir-se a significação da palavra *delicto* não seria possivel traçar a linha de separação entre o Direito Civil, e o Direito Criminal. Fixemos agora esta noção :

1ª significação da palavra *delicto*—toda a violação de direitos :

2ª significação—toda a violação de direitos com intenção malevola :

3ª significação—toda a violação de direitos com intenção malevola, reprimida pelas leis penaes:

4ª significação—toda a violação de direitos com intenção malevola, reprimida pelas leis penaes com penas correccionaes. Esta ultima significação é alheia do nosso Direito e da theoria da Sciencia ; pertence toda ao Direito Francez (285).

(284) Obr. cit. § 6º pag. 29. —Alguns Jurisconsultos (diz o nosso Lobão Not. á Mell. Tom. 3º pag. 77) tem mettido a posse no numero dos direitos *reaes*, mas é por erro. Porque em materia de posse não ha totalmente questão de direito real (*de jure in re*), mas do facto da posse (*de facto possessionis*). Por consequente o direito, que d'ahi resulta, deriva da obrigação pessoal, e de differentes causas (*ex obligatione personæ, et variis causarum figuris*).

(285) Cod. Pen. Franc. Art. 1.º

A primeira acceção é amplissima. Confrontada com as duas, que seguem em escala descendente, serve para no Direito Civil estremar as obrigações *ex delicto* de todas as outras obrigações dos contractos e quasi-contractos. As outras duas acceções separão o Direito Civil do Direito Criminal.

O Direito Civil trata sómente do delicto pelo lado da reparação do damno causado, ou o delicto seja reprimido pela legislação penal, ou não seja. Se ha uma pena decretada pela lei penal, o delicto é de Direito Criminal.

Se em relação á natureza das acções possessórias, como acções derivadas de obrigações *ex delicto*, prova alguma cousa o largo sentido da palavra—*delicto*—, certamente prova de mais; pois que tende á destruir uma differença essencial, qual a que distingue a classe particular das obrigações nascidas de *factos illicitos* da outra classe de obrigações derivadas dos *factos licitos*.

A violação de um direito (*delicto lato sensu*) é a causa immediata e proxima de todas as acções, mas a violação do direito com intenção perversa (*delicto stricto sensu*) não é a causa primeira de todas as acções.

Nas acções derivadas *ex contractu* temos a inexecução da obrigação, e nada mais. Nas acções oriundas *ex delicto* temos: 1.º a inexecução da obrigação de reparar o damno occasionado por um delicto; 2.º a violação de um direito preexistente, que esse commettido delicto presuppõe.

Antes da transgressão do contracto só existe o contracto, e antes deste não existe direito algum. Antes da inexecução da obrigação de reparar o damno existe o delicto, e antes do delicto existe outro direito violado. Basta reflectir nisto. Cumprido o contracto, não ha delicto algum. Cumprida a satisfação do damno resultante do delicto, tem existido o delicto, que pro-

duzio essa obrigação. O delinquente pôde reparar o damno causado, independentemente de sêr demandado pela acção civil (286).

Se se-objectasse tambem com a extensão, que por Direito Canonico tem-se dado aos interdictos possessorios, como acções, que podem ser intentadas contra todo o possuidôr; extensão, que só provém de um abuso de interpretação (287); demonstrou Savigny brilhantemente, que a theoria do Direito Romano em nada foi abrogada pelo Direito Canonico, cujos novos principios carecerião até de sentido, quando não considerados um additamento á essa theoria, cuja excellencia dimana da natureza das cousas.

Em verdade, o Direito Romano não dava acção contra o terceiro pussuidor, ainda mesmo que este houvesse recebido a cousa do autor da violencia, e com sciencia do esbulho (288). Mas Innocencio III, entendendo, que a alma desse terceiro corria tanto risco, como a do esbulhador, contra elle tambem permittio que se propuzesse a acção (289). Ha nisto, como

(286) Art. 799 Consolid.

(287) A interpretação cahio sobre o famoso Can. *Redintegranda sunt omnia expoliatis, etc.*, de que os praticos deduzirão as mais espantosas consequencias. « *Plura alia singularia (Bohem. Doctr. de Action. Secç. 2ª Cap. 4º § 39) ex hoc textu ineptissima sane interpretatione, deduxerunt, quæ in praxi mox applausum meruerunt, et ad nos quoque pervenerunt.* »

(288) *Non videor vi possidere, qui ab eo, quem scirem vi in possessionem esse, fundum accipiam—L. 3ª § 10 Dig. uti possidet.*

(289) C. 18, X, *de restit spoliat.*

observa Savigny, uma extensão do interdicto *de vi*, porém de pouca importancia (290).

Dados estes esclarecimentos, resta-nos ainda demonstrar, que a divisão cardeal dos *direitos pessoas* e *direitos reaes* é de valor verdadeiramente pratico, e que tambem a-reclamão imperiosamente as condições economicas da civilisação moderna.

IMPORTANCIA PRATICA

Incumbe ao legislador considerar os direitos em todas as suas phases, e por certo a que mais o-deve interessar é a da sua violação. O que seria o direito, se a sancção da lei não assegurasse seu livre desenvolvimento? Não partimos de um estado negativo, ou d'injustiça; mas da vida real da humanidade, onde a possibilidade da violação do direito reclama uma série de instituições protectoras. Se a violação não fosse possível, a lei seria inutil.

Tambem nunca o direito manifesta-se mais claramente do que quando, denegado, e agredido, a acção apparece, e em virtude della a autoridade judiciaria o-reconhece, proclama, e coage á respeitá-lo. Antes da violação do *direito pessoal* já existe um vinculo positivo, que na acção produz seu previsto effeito. O *direito real*, porém, como que dorme, para ostentar depois na offensa todo o podêr de seus effeitos (291). Pela

(290) O terceiro possuidôr, em tal caso, *scienter detinens*, pôde sêr comparado com o *receptadôr*, ou complice do Art. 6º § 1º do nosso Cod. Pen.

(291) « Praça ao direito real ! Abrem-se todas as fileiras para dar-lhe passagem, quando elle marcha com seu podêr absoluto, por sua propria e unica força, sem intermedio de

observação destes efeitos o legislador attento equilibra os variados interesses da vida social. Pela força destes efeitos o Jurisconsulto pratico mede nos direitos seu alcance possível, e não acha nelles outro character mais importante. As *acções* são seus instrumentos de trabalho.

Entre tantos ensaios, qual a classificação de direitos mais sensível na scena judiciaria, e que na Sciencia Pratica corresponde ás *acções*, de que se-póde fazer uso, comprehendendo-as todas? Não ha outra senão a dos *direitos pessoaes*, e *direitos reaes*. Para os primeiros as *acções pessoaes*. Para os segundos as *acções reaes*.

Nas Institutas L. 4º Tit. 6º § 1º de *actionibus* observa-se, que a *acção*, que tem por objecto o—*jus in re*—, e que chamou-se—*actio in rem*—, foi claramente opposta á *acção*, que tem por objecto o reconhecimento de uma obrigação—*actio in personam*—; ahi se diz, que é esta a divisão principal de todas as *acções* (292). Forçoso é porém confessar, quando estuda-se o Direito Romano, que tal divisão de *acções* não foi scientificamente estabelecida em razão de alguma differença anteriormente observada nos direitos.

A expressão—*jus in re*—não foi empregada no Direito Romano para designar algum genero particular de direitos (293).

algum devedôr, para a cousa, sobre que directamente cahe.» —Demolombe Tom. 9º pag. 373. Eis como os estudos juridicos tornão-se amenos para um bom amadôr!

(292) *Omnium actionum... summa divisio in duo genera deducitur: aut in rem sunt, aut in personam.*— *Actionum genera sunt duo: in rem, quæ dicitur vindicatio; et in personam quæ conditio appellatur*—L. 25 Dig. de obligat. et action.

(293) « Particularmente (Mynz pag. 387 n. 3) este termo não serve nunca para designar a propriedade, não se o encontra

O *Brachylogo* (294) foi a primeira Obra, onde essa expressão parece ter sido applicada para distinguir uma classe de direitos, em opposição á outra classe, que chamou-se—*jus in personam*—ou—*ad rem*—(295). A divisão das acções—*in rem* e *in personam*—só tem seu apoio na differença das formulas, por onde ellas se-enunciavão, e desta maneira a opposição entre as formulas correspondia á uma opposição entre os direitos reclamados.

Na—*actio in rem*—o direito, que fazia objecto do litigio, era enunciado—*quasi subjectio rei*—, e por conseguinte sem que se-nomeasse quem quer que fosse obrigado em razão do direito reclamado (296). Na—*actio in personam*—o direito reclamado era exprimido—*quasi officium personæ*—. Se a formula portanto era sómente o caracteristico da—*actio in rem*—, não bastando que se-pezesse em questão um *jus in re*, a differença das acções era illusoria, era simplesmente uma circumstancia exterior do processo formulario, e não a designação de uma qualidade inherente á natureza das acções.

senão em opposição ao *dominium*. »—Achão-se algumas vezes (Ortolan *Generalisat.* pag. 75 not. 3) as expressões *jus in re* ou *jus in rem*, mas applicadas indifferentemente para os direitos pessoaes, e para os direitos reaes.

(294) Compendio de Direito compôsto na Lombardia no anno 1100, cujo autôr é desconhecido—Mackeldey *Introducç.* § 80.

(295) Tambem attribuem-se estas denominações (*barbaras*, no dizêr de Ortolan) ao Direito Canonico, cujas passagens elle aponta pag. 75 nota 5. Veja-se tambem Mynz pag. 387 not. 2.

(296) *Aut cum eo agit, qui nullo jure ei obligatus est*—, talé o têxto das *Instit.* L. 4º T. 6º § 1º, definindo a—*in rem actio*—.

Na definição da *actio in rem*, segundo o antigo Direito Romano, parece, que não se teve em vista senão a acção do dominio —*vindicatio*—(297). Só depois a acção do dominio estendeu-se aos direitos analogos, como a herança, servidões, direito de superficie, emphyteuse, e hypotheca. Os *interdictos possessorios* não entrão na divisão (298); e tambem não entrão as *acções prejudiciaes*—*præjudicia*. Quanto á estas se diz, que assemelhão-se ás *acções in rem*, mas não se diz que pertença á este genero de acções (299).

Ainda mais, em alguns fragmentos fallou-se de *acções persoas in rem scriptæ*, e d'ahi resultou considerar-se *acções persoas* algumas, que competem contra todo o possuidor (300); e

(297) Eis a definição de Ulpiano—*In rem actio est per quam rem nostram quæ ab alio possidetur, petimus*—L. 25 Dig. de obligat. et action. Esta lei accrescenta—*et semper adversus eum est, qui rem possidet*---. A definição de Gaio não é tão restricta, abrange o usufructo, e a servidão.---*In rem actio est cum, aut corporalem rem intendimus nostram esse, aut jus aliquod nobis competere, velut, utendi, aut utendi fruendi, eundi, agendi, aquamve ducendi, vel alius tollendi, vel propiciendi*—Inst. Gai. Comment. 4º § 3º.

(298) Sobre a differença entre a acção, e os *interdictos*, veja-se Savigny Trat. da poss. § 34.

(299) *Præjudiciales actiones in rem esse videntur, quales sunt per quas queritur an aliquis liber—an libertus sit*, etc. Instit. L. 4º T. 6º § 13. Erão chamadas *in rem*, porque não se dirigião contra individuos determinados, como as derivadas das obrigações.

(300) Taes são as acções—*quod metus causa* (Corr. Tell. Doutr. das Acç. § 447), *ad exhibendum* (id. § 231), *aquæ pluviæ arcend.* (id. § 217), *Calvisiana* ou *Fabiana* (id. § 139 not. 2).

acções reaes outras, que se-diz só competirem contra certos possuidores, e cujo fundamento não é só o *jus in re* (301). Além disto existem as *acções*, que se tem chamado—*mixtas*— (302).

Essas denominações de *acções*, que passarão para as legislações e jurisprudencia modernas, e principalmente a analogia da *actio in rem* com os *præjudicia*, tem occasionado a confusão dos *direitos reaes* com os *direitos absolutos*, tem alterado as noções fundamentaes, e dão o motivo de não ter prevalecido a classificação fundada na differença capital dos *direitos reaes* e dos *direitos pessoaes*.

Dissipem-se idéas tradicionaes, medite-se livremente sobre a natureza dos direitos, applicuem-se os principios precedentemente fixados; e ver-se-ha, abandonado como tem sido o processo formulario dos Romanos, que não ha outras *acções* possiveis, na esphera do Direito Civil propriamente dito, senão as *acções reaes* e as *acções pessoaes*, que precisamente

Veja-se o mesmo Corr. Tell. Obr. cit. § 5º not. 1, e Boehmer *Doctr. de Action*, Secç. 1ª Cap. 3º § 5º.

(301) Como a *Pauliana* ou *Revocatoria* (Corr. Tell, Obr. cit. § 106), por dizêr-se que só compete contra o complice da fraude, ou adquirente por titulo gratuito; e onde portanto é preciso enunciar estas duas circumstancias. Na *Publiciana* (id. § 74), sobre a qual dá-se a ficção de que o autôr tem adquirido dominio pela prescripção, e que não compete contra todo o possuidôr indistinctamente; mas contra aquelle, que não tem titulo algum, ou o tem mais fraco que o do autôr.

(302) Taes são as *acções familiae erciscundæ, communi dividundo*, e *finium regundorum*. — *Quædam actiones mixtam causam obtinere videntur, tam in rem quam in personam*. — Instit. L. 4º Tit. 6º § 20.

correspondem ás duas grandes categorias dos *direitos reaes* e dos *direitos pessoaes*. A *acção* nasce do direito, d'elle descende, e nelle se-confunde. Em uma palavra, a *acção* é o direito pôsto em movimento (303).

Os *interdictos*, que protegem a posse, são hoje as *acções* pessoaes possessórias, de que já fallámos. As *acções prejudiciaes* estão reduzidas á meras habilitações, allegações de legitimações de partes, *questões d'estado*, e quando muito á *acções* preliminares de outras *acções* (304). As *acções in*

(303) Martou *Privil. et Hypothec.* Tom. 1º, pag. 48. Ou, como diz Demolombe Tom. 9º pag. 201, é o direito no estado de *acção*, em vez de estar no estado de repouso; o direito no estado de guerra, em vez de estar no estado de paz.

(304) Mesmo pelo Direito Romano o *præjudicium* era uma *acção*, que não tinha por fim fazêr pronunciar uma *condemnatio*, mas fazêr verificar a existencia de uma relação—Savigny Dir. Rom. Tom. 1º pag. 346, e Tom. 5º pag. 20. «A *acção prejudicial* (Zimmern Trat. das Acç. traduzido do Allemão pag. 207) não tende, como a *acção in rem*, á verificação de um direito absoluto, ou de um facto produzindo um direito absoluto, como na *acção hypothecaria*; ella conduz á verificação de um *status* no sentido de *conditio personarum*, de um direito sobre uma pessoa; ou emfim um facto, que determina as relações subjectivas de uma pessoa. » « Não se-poderia também (diz o nosso Lobão not. á Mell. Tom. 3º pags. 77 e 78) mettêr no numero dos direitos reaes os direitos, que derivão do estado das pessoas, nem comprehendêr nas *acções reaes* as *acções prejudiciaes*; porque neste primeiro objecto do direito não se-trata de cousas, nem por consequencia de direito real; mas unicamente do estado, e da qualidade, das pessoas, e dos direitos que d'elle resultão. »

rem scriptæ, e as chamadas *acções mixtas*, são tão impossíveis, como impossível fôra a existencia de *direitos mixtos*, isto é, que fossem á um tempo *reaes* e *pessoaes* (305).

Esta alliança ou mistura de *realidade* e *personalidade* não póde ser comprehendida, uma vez que os dois caracteres, que constituem de um lado o *direito real*, e do outro lado o *direito pessoal*, são entre si contrarios, e incompatíveis. A situação possível, e muito frequente, é só a da pessoa, que tem ao mesmo tempo, em relação á um objecto, um direito de *propriedade*, e tambem um direito de *credito*: e debaixo deste ponto de vista unicamente é que poder-se-ha dizer, que existem *acções mixtas* ou *pessoaes in rem scriptæ* (306).

(305) Demolombe Tom. 9º pag. 361 e seg.

(306) Pothier (*Introduct. génér. aux cout.* ns. 121 e 122) chamou *pessoaes-reaes* essas *acções* *pessoaes in rem scriptæ*. Chauveau (*Lois de la procéd.* Tom 1º pag. 280) censura com razão o legisladôr Francez por ter empregado a palavra *mixta* para qualificar uma *acção*. « Toda a cousa demandada, diz elle, sendo *movel*, ou *imovel*, não póde sêr uma, e outra, ao mesmo tempo; e foi inutil fallar de uma *qualidade hermaphrodita*, impossível de realizar-se ». O Direito Francez generalizou a distincção de *moveis* e *imoveis* aos bens incorporeos, o que indica a seguinte formula — *Actio quæ tendit ad mobile, mobilis est; actio quæ tendit ad immobile, est immobilis* —. Tem-se autorizado esta extensão com o fragmento da L. 15 Dig. de div. reg. jur., que diz — *Is qui actionem habet ad rem recuperandam, ipsam rem habere videtur*. Note-se porém, que o Direito Romano só applicou aos objectos corporeos a distincção de *moveis* e *imoveis*. Além disto entendeu-se, que as qualificações de *acções moveis* e *acções imoveis* erã equivalentes ás das *acções pessoaes* e *acções reaes*; o que é contestado

Meditadas as differentes hypotheses dessas acções assim denominadas, chega-se á conhecer, que nellas se contém, não um só direito, ou uma só acção, cujo character seja duplo e complexo; mas na realidade dois direitos, e duas acções, que simultaneamente pertencem á mesma pessoa em relação á mesma cousa (307). O character principal, e essencial, do direito deve ser o predominante, e este determina a natureza da acção. (308).

por muitos Jurisconsultos, que não querem sabêr do modo pelo qual o direito applica-se ás cousas propriamente ditas, como se estas fossem o objecto dos direitos pessoaes, e se mesmo mediatamente fossem sempre o seu objecto. Esses Jurisconsultos tem contra si a letra do Art. 526 do Cod. Civ. Franc., cuja redacção elles lamentão por só têr declarado *immovéis*, não todas as acções, que applicão-se ás cousas immovéis, porém sómente as acções que tendem á *reivindicar* algum immovel. Se esta redacção é erronea, o erro salvou-nos na transplantação, que, por causa do impostos da siza, fizemos para o nosso Direito das expressões do citado Art. 526 do Cod. Civ. Franc. Com esse erro ficou salva a theoria dos direitos *reaes e pessoaes*! Acertámos por acaso! Vid. Art. 47 Consolid.

(307) Nas acções, por exemplo, *finium regundorum* (de limites), *familix erciscundæ*, e *communi dividundo*, para partilha de herança, ou massa indivisa, o autôr reclama sobre a cousa um *direito real*; e contra seus vizinhos, coherdeiros, ou coproprietarios, um *direito pessoal*, em virtude do qual elles são obrigados á demarcação dos limites e á partilha.

(308) Veja-se o que acontece na acção de reivindicação, onde de ordinario pedem-se fructos, e rendimentos, e indemnisação de deteriorações, sem que porisso perca seu character de *acção real*. Attenda-se tambem ao que chama-se *actio in*

RELAÇÕES ECONOMICAS

A civilização moderna, que tanto se-distingue por seus progressos na carreira dos melhoramentos materiaes, alimenta-se com a livre circulação dos capitaes, reclama o movimento constante de toda a sorte de valôres. E quaes os phenomenos, que manifestão-se na realisação desse destino providencial?

As transacções distribuem os instrumentos da producção por todos os ramos de actividade, os capitaes aproximão-se á todas as necessidades, para que tenham uma direcção mais fecunda; e o poderoso motôr dessa rotação contínua é o—*credito*—. Com seu impulso os capitaes fixos transformão-se em capitaes rolantes (309), e o commercio, e a industria, reproduzem quotidianamente suas fôrças.

Credito pessoal, credito real, são as duas potencias paralelas ás duas grandes classes de direitos, que constituem toda a riqueza nacional. O primeiro funda-se na confiança pessoal: por isso mesmo que prescinde de uma garantia exterior, funciona ordinariamente com a *propriedade movel*, que segue a pessoa, e presta-se á uma circulação rapida. O segundo, visto que só refere-se á objectos corporeos, sem lhe-importar a qualidade da pessoa, tem por objecto a *propriedade immovel*,

factum, subsidiaria da reivindicación, quando a coisa não pôde sêr reivindicada — Corr. Tell. Doutr. das Acç. § 102. Sobre esta acção diz Boehmer. Secç. 2ª Cap. 2º § 11---*Quamvis personalis et ex obligatione immediate deducta sit, connexio tamen suadet, ut, quia loco reivindicacionis intentatur, ejus hic mentio fiat* —. Vid. Art. 881 Not. Consolid.

(309) J. Garnier *Elém. de l'Econom. Polit.* pag. 166. Elle adopta a definição proposta por Cieszkowski no seu notavel Livro—*Du crédit et de la circulation*.

a grande propriedade, a propriedade por excellencia, cuja natureza intrinseca só lhe-póde fornecêr condições apropriadas. (310)

Com o primeiro o commercio e a industria florescem em quasi todos os paizes. Sem o segundo a agricultura definha, e luta com os embaraços mais graves. Nosso paiz é agricola, e o desenvolvimento de seus grandes recursos naturaes, a mobilisação do seu solo (311), a circulação dos immensos valores, que elle encerra; eis o mais importante problema á resolver.

O *credito pessoal*, — *credito movel* —, não tem objecto intermediario, é de pessoa á pessoa, nada teme dos *direitos reaes*, posto que lhe-possão ser bem funestos; e particularmente reclama uma legislação convinavel, que facilite, e assegure, a

(310) Em relação ao *credito real*, que se tem chamado *credito territorial*, *credito agricola*, *credito rural*, por opposição ao *credito commercial* e *industrial*, é que se applica a maxima — *plus est cautionis in re, quam in persona* —. Este velho adagio (diz Wolowski — *Révue de Législat.* Ann. de 1852 Tom. 1.º pag. 63) não tem cessado de subsistir quanto á linha de demarcação que estabelece, se bem que por singular desvio a *caução* mais consideravel é hoje preferida á que parece menos segura; obtendo assim o *empenho pessoal* condições menos onerosas, que o *empenho territorial*. Os Francezes, do mesmo modo que em relação aos *direitos pessoaes* e *direitos reaes*, dividirão as acções *pessoaes* e as *reaes* (ao que resistem alguns Escriptôres, como já se-disse) em *moveis* e *immoveis*, tem suas instituições bancarias de — *crédit mobilier* —, e — *crédit immobilier* ou *foncier* —. Estas denominações se-vão vulgarizando.

(311) O que se-tem chamado — *mobilisação do solo* — não quer dizer — *retalhamento* —. « Muitas vezes se-tem confundido

prompta execução dos contractos (312). O *credito real*, — *credito immovel* —, repousando sobre a propriedade territorial — *solum et res soli* —, que é a verdadeira séde dos *direitos reaes*, tudo delles receia, e carece de que essa propriedade seja constituida e regulada pelo modo mais conducente á não comprimi-lo, senão tambem á desenvolvê-lo, e á facilita-lo (313).

E' assim, que a theoria dos *direitos pessoaes*, e *direitos reaes*, tambem apparece na scena economica. E' assim, que

(Wolowski *Revue de Législ.* no logar já citado) a circulação commoda de titulos, cuja solidez participa da do solo, com uma monstruosa emissão de papel-moeda; novos alchimistas acreditavão têr descoberto uma especie de pedra philosophal, erigindo em numerario *pedaços de terra*, arrancados á sua immobilidade para preencher o officio de agentes da circulação. — « *Mobilisar o solo*, na accepção commum que liga-se á esta palavra (Wolowski *ibid.* Ann. de 1839 Tom. 10 pag. 244) é tentar uma vã e perigosa utopia, é querêr engendrar um movimento esteril de rotação, e não um movimento fecundo de producção — » *Mobilisar o credito do solo* é obrar nos limites do possivel, e do justo, é dotar de um recurso immenso os intelligentes esforços do trabalho agricola. »

(312) Tal é a razão d' existencia desses Codigos especiaes, separados dos Codigos Civis, que contém o Direito Commercial; isto é, excepções, favores, e liberdades, em prol do commercio.

(313) « Na linguagem da economia politica e dos negocios (Relatorio de Vatismenil impresso na Rev. de Wolowski Ann. de 1850 Tom. 3º pag. 92) distinguem-se duas especies de creditos — o credito commercial, e industrial, e o credito territorial. A legislação commercial, quanto é possivel, tem provido á segurança do primeiro. A' legislação hypothecaria pertence protegêr o segundo.

ella corresponde á theoria do credito. E' assim, que o Direito Civil (314) liga-se á Sciencia das riquezas. E pelo meditado estudo destas combinações é que o paiz tem á esperar grande beneficio do Codigo Civil, que a sua *magna Carta* lhe ha promettido (315).

As relações humanas, que na esphera da Sciencia Juridica são consideradas factos, á que cabe applicar uma regra de direito, mostram-se na esphera da Sciencia Economica como vehiculos de producção, distribuição, e consumo, de riquezas; — como *trocas* de objectos da natureza physica, sem as quaes não pôde o homem satisfazêr suas necessidades, nem desenvolvêr as aspirações do seu genio.

Nos rudimentos do commercio essas transacções começam por *trocas do superfluo*, passam á ser depois, pela divisão do trabalho, que as multiplica, *trocas directas* de productos; convertem-se progressivamente, com a introducção da *moeda*, em *trocas indirectas*; e recebem finalmente um novo e soberano impulso com o desenvolvimento da noção do *credito*, isto é, com a expansão da confiança nas *peessoas*, e nas *cousas*, elementos de todas as relações. (316).

Se o *credito pessoal* presuppõe o vinculo individual das obrigações, o *credito real* não se concebe sem *direitos reaes*, que affectão immediatamente a propriedade immovel. Quanto á esta ultima classe de direitos nós já vimos, que á duas

(314) Tomamos aqui o Direito Civil na accepção, em que tambem comprehende o Direito Commercial, formando um só corpo.

(315) Const. do Imp. Art. 179 § 18.

(316) Veja-se Coquelin *Du crédit et des Banques*—Caps. 2º, 3º, e 4º; Pecqueur *Des améliorations matérielles* Cap. 18 sobre o credito.

manifestações se-deve attendêr; uma necessaria, que é a do *dominio—jus in re propria—*; outra contingente, que é a dos mais *direitos reaes—jura in re aliena—*. Agora, quanto ao *credito real*, attenda-se tambem, em primeiro logar ao *dominio*, em segundo logar aos outros *direitos reaes*, e sobretudo ao da *hypotheca*. Eis a mais alta theoria do *credito privado* (317).

Desta maneira partimos *a priori* da noção dos *direitos reaes*, e achamos a do *credito real* em sua maior generalidade; e com a possibilidade de todo o seu desenvolvimento, desde a infancia das sociedades, até o gráo mais aperfeiçoado.

Não é porém assim, que os Economistas a-considerão. Elles temão o *credito real* como synonymo de *confiança* em relação aos empréstimos caucionados por *hypothecas* (318),

(317) Diz-se—*credito privado*—, para distinguir o das transacções dos particulares e o *credito publico* dos Estados. Esta ultima expressão tambem applica-se menos rigorosamente ás grandes instituições de credito conhecidas pelo nome de—*bancos*—.

(318) Alguns negão até, que hajão duas especies de *credito*. Wolowski as-reconhece, como tendo um typo distincto, e pedindo uma organização especial; não fazendo distincção entre *credito territorial (crédit foncier)*, e *credito real (crédit reel)*; mas o-considera no ponto de vista do empréstimo *hypotecario*. « Quando empresta-se dinheiro sobre *hypotheca* (diz elle *Révue de Législ.* Tom 10 pag. 248) empresta-se á cousa, e não á pessôa; toma-se o *immovel* isoladamente, e se o individualisa; o proprietario em tal caso é a sua imagem viva. O que se-procura é o vinculo, que autorisa esta especie de representacão; e independentemente dos recusos, ou encargos pessoaes do individuo, dá-se balanço á cousa. »—« Sem duvida *credito*

e limitão ainda mais o sentido da expressão, applicando-a particularmente à criação de estabelecimentos bancarios des-

quer dizêr *confiança* (diz elle em outro lugar *Revue de Ltqislat.* Tom 43 pag. 63), repousa sempre sobre o abandono temporario dos instrumentos do trabalho representado pelo capital emprestado. Mas as condições varião forçosamente, quando repousão sobre uma simples promessa, ou se fundão sobre um penhõr material. A duração do empréstimo, a certeza do reembolso, os meios de execução, tudo depende da natureza da garantia. » Este Escripõtõr, como se-acaba de vêr, só applica o *credito real* aos empréstimos hypothecarios, e por conseguinte só aos immoveis, que são os bens susceptiveis de hypotheca; mas Ciesrkovski (*Du crédit et de la circulation* 2ª Edic. Cap. 1ª) liga ao *credito real* a idéa de um *penhõr determinado*, ou seja de objecto immovel, ou movel; e desse *credito real* vem á sêr uma especie o *credito territorial*. O *credito pessoal* em tal caso vem á sêr a idéa opposta, isto é, o credito garantido indetermindadamente pela obrigação do devedõr, sem algum penhõr de moveis, nem hypotheca de immoveis. De resto, estes dois eminentes Escripõtõres, e os Economistas em geral, tem seu ponto de vista sobremaneira exclusivo, não vendo mais nada senão a produçção de riquezas. Neste sentido distinguem a *circulaçção productiva ou activa* da *circulaçção consumidora ou passiva*, e tem esta como pernicioso, visto que aniquila capitaes. O consumo, dizem elles, não tem verdadeiro direito em economia politica senão sobre os productos e rendas, mas nunca sobre os capitaes. Desta maneira, o *credito territorial*, em vez de multiplicar as desapropriaçções e mutaçções, impede-as. « Chama-se *credito territorial* (diz entretanto Pecqueur Obr. cit. pag. 276), a maior ou menor possibilidade, e facilidade, que tem o proprietario, de achar dinheiro á juro modico, sobre penhõr, ou por venda, de sua propriedade immovel. »

tinados á facilitar taes empréstimos (319). Desta outra maneira, e partindo *a posteriori* dos empréstimos hypothecarios, chega-se ás mesmas idéas, e as consequencias são as mesmas.

Dada a noção da *hypotheca convencional*, como base do *credito real*, e para que a *confiança* do credor não seja illusoria, isto é, para que elle tenha a certeza de ser pago pelo immovel hypothecado, duas condições são necessarias :

1.º Que esse immovel pertença ao devedor, e seja disponivel em suas mãos :

2.º Que o valor desse immovel, vencido o prazo do pagamento, não seja distrahido, diminuido, ou alterado, por motivo de encargos, que, desconhecidos ao tempo do contracto, não tivessem podido entrar nos calculos do credor (320).

(319) Vatismenil no seu Relatorio já citado dissipou esta inexactidão, explicando o que se devia entendêr por—*organisação do credito territorial*—. O mutuante póde sêr uma pessoa particular, ou um estabelecimento bancario ; em uma e outra destas hypotheses, a segurança, que deve dar o regimen hypothecario, será a mesma. Cuidemos antes de tudo (di-se elle), do melhoramento das leis hypothecarias ; depois tratemos das leis propriás á favorecêr a creação de instituições de credito hypothecario. » Com estas palavras aplacou, em nossa Sessão legislativa de 1856, o habilissimo Ministro da Justiça, á quem o Paiz tanto deve, o ardôr daquelles, que, sem terem ainda legislação hypothecaria, tanto desejavão as instituições de credito territorial. Nós porém diremos,—*façamos um bom Código Civil, e sem nenhum embaraço elle dar-nos-ha uma boa legislação hypothecaria*—.

(320) Vid. Exposição de motivos do Projecto de lei relativo á aquisição, conservação, e publicidade, dos *direitos reaes* sobre immoveis, apresentado ao Conselho Representativo de Genebra em 21 de Dezembro de 1827. Essa Exposição

Ora, para que seja satisfeita a primeira condição, a idéa da *hypotheca* mostra-se logo como essencialmente ligada á do *domínio* e sua transmissão. E para que se-preencha a segunda condição, a *hypotheca* nos-conduz tambem á consideração dos direitos reaes de igual natureza, e de todos os outros direitos reaes. Eis porque, diz muito bem Troplong (321), repelem todos os Escriptoires francezes (322), não se póde concebêr um

achar-se-ha na *Themis* Tom. 9º, e o Projecto em Odier—*Systèmes Hypothécaires*—. São estas as mesmas idéas de Wolowski Tom. 10 da sua Revista pag. 248. « Para que o mutuante sobre *hypotheca* fique ao abrigo de todo o engano, é de mister, que conheça:—1.º A natureza do vinculo, que une o devedôr com a cousa, sobre que elle confere direitos: 2.º Tudo que pode diminuir o valôr do immovel: 3.º O montante das obrigações, de que já está gravado o mesmo immovel. »

(321) *Privileg. et Hypothec.* Pref.

(322) As criticas contra o *systema hypothecario* do Cod. Civ. partirão de todos os lados, e o principal vicio arguido pelos Juriscosultos e Economistas foi o da falta de um balanço das propriedades, e das relações especiaes, que unem cada devedôr ao immovel por elle dado em *hypotheca*. Por uma Circular de 7 de Maio de 1851 o Ministro da Justiça Martin (do Norte) havia consultado á todos os Tribunaes Superiores, e ás Faculdades de Direito, sobre os meios de melhorar a legislação do *hypothecas*, e ahi se-disse: « O modo da transmissão da propriedade acha-se estreitamente ligado com o regimen *hypothecario*, não é possivel tratar de um sem tocar no outro. Cumpre escolhêr entre o *systema* do Cod. Civ., que attribue ao puro consentimento o poder de transferir a propriedade, e os outros direitos reaes; e a lei de 11 *Brumaire* anno 7.º que exigia a transcrição dos contractos áfim de advertir á terceiros, e manifestar á todos o acontecimento,

bom systema hypothecario sem coordena-lo com o direito, que preside á transmissão da propriedade.

Este aspecto porém é acanhado, e não o que resulta do amplo estudo da materia. O *credito real* é necessario, e pôde existir, independente de instituições bancarias, que aliás podem depois desenvolvê-lo prodigiosamente (323). O *credito real* seria necessario, e poderia existir, independente mesmo dos empréstimos hypothecarios, e ainda quando a propriedade immovel fosse apenas susceptível de transmissões do dominio, sem alguma separação em qualquer sentido dos direitos elementares que o-constituem (324).

que faz passar de uma pessoa á outra a propriedade, e as suas desmembrações. » Os importantes documentos relativos á essa consulta forão colligidos e publicados em tres Volumes, onde vê-se, que o primeiro exame teve por objecto a *constituição do direito de propriedade em relação á terceiros*.

(323) « Sem criação de instituições novas (palavras do mencionado Relatorio de Vatismenil) o credito territorial faria progressos, só pelo motivo de ficarem os empréstimos hypothecarios isentos dos riscos, á que agora estão expostos; entretanto que sem melhoramento da legislação hypothecaria as novas instituições de credito, nem poder-se-hião fundar, nem subsistir, nem funcionar de maneira util. »

(324) Não fallamos no rigôr da Sciencia Economica, mas estamos convencidos da exactidão destas proposições, e somos abonados pela historia das instituições do Direito. Ainda hoje se-diz, e se-diz bem, que a hypotheca é principio de alienação—Art. 120 Not. Consolid. O fim da hypotheca é o pagamento, e o pagamento consegue-se pela venda do immovel hypothecado. A hypotheca foi o complemento de uma série de expedientes diversos, á que se-foi successivamente recorrendo para assegurar com mais efficacia os direi-

Ou se considere portanto o *credito real* em toda a generalidade da sua concepção, ou se o-encare particularmente em relação ao regimen hypothecario, não soffre duvida, que o facto mais importante, e ao mesmo tempo primario, vem á ser o da *transmissão* da propriedade immovel. Este facto deve preceder aos outros, até pela razão da grandeza juridica do direito do dominio, que está para os outros direitos reaes, como o todo está para suas partes, como a unidade para as fracções.

Ha nestas mutações, desde a sua causa geradôra até seu complemento, duas relações distinctas, que não se-devem confundir. A primeira entre o proprietario e o adquirente. A segunda entre o proprietario e terceiros, ou antes entre o acto da transmissão da propriedade e a sociedade inteira. A primeira relação é a do *direito pessoal*, e de interesse privado; a segunda é a do *direito real*, e de interesse publico. O *direito pessoal* não ultrapassa os limites da obrigação, que o-constitue:

tos dos credôres. A primeira idéa foi a do *penhór*, applicado aos immoveis—Art. 767 Consolid. Sendo equivocada, e muito incerta, a tradição quanto aos immoveis, adoptou-se o expediente do *pacto de retro*—Art. 551 Consolid. Os inconvenientes deste meio para o devedôr, que privava-se do seu immovel, supportando as despesas da transmissão, e vendo-o empeiorar em mão de um senhór precario, suggerirão a idéa da *relocação* da propria cousa condicionalmente vendida. As complicações dessas vendas, retractos, e locações, tambem motivarão a *antichrese*—Art. 768 Consolid. E o ultimo expediente foi então o da *hypotheca*, que evitou a imperfeição dos modos anteriôres, e preencheu o desejado fim sem translação alguma da propriedade, nem da posse, nem do usufructo do immovel.

o *direito real* obriga á todos, e póde ser allegado contra todos.

Pela natureza das cousas, por uma simples operação logica, por um sentimento espontaneo de justiça, pelo interesse da segurança das relações privadas á que liga-se a prosperidade geral, como se-queira dizer, decide-se de prompto, que o *direito real* deve-se manifestar por outros caracteres, por outros signaes, que não os do *direito pessoal*; e que esses signaes devem ser tão visiveis, tão publicos, quanto fôr possível. Não se-concebe, que a sociedade esteja obrigada á respeitar um direito, que não tem conhecido.

Eis a razão philosophica do grande principio da *tradição*, que a sabedoria dos Romanos tem fixado, as legislações posteriores reconhecido, e que tambem passou para o nosso Direito Civil. Penetrou-se a natureza do acto da transmissão da propriedade, attendeu-se ás condições da vida social.

Analysado o facto da *transmissão realisada*,—da aquisição da propriedade em virtude da transmissão feita por seu proprietario, ha uma linha á percorrer com seus dois pontos extremos. Á partir do extremo posterior acha-se a *posse* do novo proprietario, que é a propriedade em exercicio; antes della, a entrega physica da cousa (*tradição*), que fizera o antigo proprietario; e antes desta, a *causa* primordial da intenção commum de transferir, e adquirir, a propriedade. Á partir do extremo anterior acha-se o concurso de vontades do que transmite, e do que adquire; depois delle, a entrega da cousa; e depois desta, a propriedade effectivamente adquirida.

O facto intencional, a simples manifestação da vontade, é o *titulo de adquirir* (325). O facto material, a tradição, a pos-

(325) Arts. 906 e 907 Consolid.

se, é o modo de adquirir (326). Aquelle produz o *direito pessoal* somente (327), este o *direito real* (328); e por tal maneira ficão estas duas classes de direitos bem discriminadas em sua propria nascença. Note-se porém, que, se o *direito pessoal* pôde existir sem a *tradição* (329), e sem o *direito real*, que ella opéra; a *tradição* ao contrario só por si não confere o *direito real* (330), visto como sempre presuppõe (*causa procedens*) o *direito pessoal* com a sua correlativa obrigação de transferir o dominio (331).

Sagundo as idéas da civilisação aperfeiçoada não diremos, que o facto da *tradição* no Direito Romano houvesse sido estabelecido por motivo do que actualmente chama-se *credito*. Mas não diremos igualmente, que esse facto, de que se-fez dependêr a transmissão do dominio, fosse enxertado na legis-

(326) Arts 908 e 909 Consolid.

(327) Art. 511 Consolid.

(328) Arts. 534 e 908 Consolid,

(329) Tratamos agora dos *direitos pessoaes*, que dão causa á translação do dominio; e convem esta advertencia, porque ha *direitos pessoaes*, que não ficão engendrados, enquanto não ha *tradição*. Assim acontece nos *contractos reaes* do mutuo, commodato, deposito, e penhôr—Vid. Art. 511 Not. Consolid.—Eis a razão de fallar-se em *tradição real ou symbolica* nos Arts. 274 e 281 do Cod. do Com.

(330) Tanto a *tradição* só por si não confere dominio, que assim acontece no commodato, deposito, e penhôr.

(331) *Nunquam nuda traditio transfert dominium: sed ita, si venditio, aut aliqua justa causa, præcesserit, propter quam traditio sequeretur*—L. 31 princ. Dig. de *acquir. rer. domin.*

ção como formalismo inútil, e até prejudicial, sem razão jurídica d'existencia (332).

O que se-póde justamente arguir à *tradição* é que, como signal indicadôr da translação do dominio de immoveis, ou meio de publicidade, longe está de sêr um expediente satisfactorio; e tanto mais porque o facto da posse tem sido separado da propriedade, e não demonstra sempre a consequencia e exercicio desta (333). Não se-póde porém, negar, que o fim da *tradição* foi realmente a necessidade de uma advertencia sobre as mutações da propriedade, e por conseguinte a

(332) Toullier Tom. 4º n. 57 considera a *tradição* como uma dessas manifestações exteriorês, de que ha vestigios em quasi todas as sociedades nascentes, onde a civilisação pouco adiantada não tem ainda aperfeiçoado as idéas de propriedade. « Era preciso, diz elle, impressionar os sentidos, e fixar a memoria por actos materiaes, nos tempos, em que a escriptura era desconhecida, ou de uso muito raro.» --Troplong; em seu Comment sobre a *venda* n. 40, abunda nesta mesma-supposição. « Em minha opinião (são as suas palavras) uma dessas restricções arbitrarías introduzidas pela escravidão das fórmulas era a necessidade da *tradição* para completar entre as partes a translação da propriedade. » Em seu recente Comm. sobre a nova legislação hypothecaria n. 3 elle sustenta do mesmo modo, que a *tradição* não foi encarada pelos Romanos no ponto de vista do credito privado, e com o fim de servir de fundamento á confiança de terceiros; se bem que depois o credito soube aproveitar-se, até certo ponto, do systema anteriormente desenvolvido debaixo de outras influencias.

(333) *Nec possessio et proprietas misceri debent*—L. 52 princ. Dig. de posses.—*Nihil commune habet proprietas cum possessione*—L. 12 § 1º Dig. *ibidem*.

confiança de terceiros (334). A historia do Direito Romano, e de todas as legislações, sobejamente o-provãõ.

Todos sabem, que a *tradição* no Direito Romano substituiu a *mancipação* (*mancipatio*) (335) e a *cessão juridica* (*in jure cessio*) (336), á proporção que foi desapparecendo a antiga differença entre *res Mancipi* e *res nec Mancipi*, finalmente abolida por Justiniano (337). Esses dois actos, pelos quaes alienava-se ou transferia-se o dominio dos bens mais importantes, erãõ solemnissimos, da maior publicidade, e não exigião a presença da cousa, quando esta era immovel (338).

(334) Attendamos, entre outros Escriptôres, á Ricardo —*Traité des Donations*---Part 1^a Cap. 4^o Secç. 2^a n.901, quando trata da posse da cousa doada. « A posse em tal caso, diz elle, é o sello e verificação da doação, além de que a *tradição de facto* teve igualmente por fundamento o bem publico, e a segurança do commercio, afim de que o conhecimento da posse dos dominios não ficasse incerto, etc. » —Troplong no seu já cit. Comment. á nova lei hypothecaria n. 12 entende, que Ricardo enganou-se, reconhecendo todavia que *a posteriori* a *tradição* redundou em proveito do bem publico, da boa fé, e da solidêz das transacções.

(335) Acto solemne de transmissão da propriedade perante cinco testemunhas, representando as cinco classes do povo.

(336) Consistia em um processo imaginario de reivindicacão ante o pretôr, que declarava pertencêr a cousa ao reivindicante.

(337) L. un Cod. *de nud. jur. Quirit. tollendo*, e L. un. *de usucapione transformanda et de sublata differntia rerum Mancipi, et nec Mancipi*.

(338) *Immobiles etiam plures simul, et quæ diversis locis sunt, Mancipari possunt*---Ulpian. Fragm 19 § 6.º Quanto aos

E que prova mais evidente de que se-havia sentido necessidade, não de uma transmissão material de mão á mão, mas de um signal exterior, e publico, que revelasse á sociedade a mutação da propriedade? (339)

Todas as legislações, com variedade de formulas, tem ligado a translação do dominio de immoveis, e dos *direitos reaes*, á factos bem positivos, e conducentes á fazer notorios esses direitos, dando-lhes certa publicidade. O antigo Direito Germanico tinha muitas solemnidades sacramentaes, que imitavão a *mancipatio* das leis romanas (340). No regimen feudal encontra-se o *vest e devest*, *dessaisine* e *saisine*; e estas formalidades conservárão-se em muitos costumes de varios logares d' Allemanha, Belgica, e mesmo da França, que forão chamados paizes de *nantissement*, onde os immoveis só erão transferidos pelo que denominava-se—*obras da lei*—(341).

Desapparecendo as—*obras da lei*—com a abolição do feudalismo em França, onde a famosa Revolução de 1789 mos-

moveis a *apprehensão manual* (*manu capere*) era indispensavel.

(339) Veja-se o excellente artigo de Bonnier sobre a *transmissão da propriedade*—Rev. de Wolowski Tom 6º pag. 432.

(340) Troplong *Privil. e hypoth.* Pref.,—Comment. á Lei de 23 de Março de 1855 ns. 4 e 5,—Martou *Privil et hypoth.* n. 6.,—Odier *Systèmes Hypothecaires* § 2.º

(341) Chamava-se geralmente—*nantissement*,—na accepção particular de certos costumes, a formalidade da *inscripção*, ou *registro*, que assegurava a publicidade dos *direitos reaes*. Na accepção do Direito Commum Francez—*nantissement*—é termo generico, que comprehende o penhór dos moveis e dos immoveis; isto é, o penhór propriamente dito, e a anticrese. este termo generico não o-temos em nossa lingua.

trou-se implacavel com as antigas instituições em todas as suas fórmãs e vestígios, uma regra fecunda de publicidade dos *de-reitos reaes* foi estabelecida na Lei de 11 *Brumaire* anno 7º, que impedió os desastres da louca especulação das cedulas hypothecarias—*coupons*—, de que fôra causa a primeira Lei de 9 *Messidor* anno 3º (342).

Antes dessa legislação intermediaria a jurisprudencia franceza (com excepção das provincias mais impregnadas das idéas do Direito Germanico) havia geralmente adoptado como meio legal para o transporte da propriedade a *tradição* das leis romanas; mas este grande principio estava enfraquecido, e achava-se quasi neutralisado. A tendencia dos animos para a facilidade das transacções, o amôr da simplicidade, havião já introduzido varios modos de *tradição*, que se chamou symbolica (343), e ficta (344); resultando esta ultima até de uma simples enunciação de palavras—*constituto possessorio ex-*

(342) A integra dessas leis acha-se em Merlin *Rèpert. de Jurisprud.* vb.—*hypothèque*—Secç. 2ª § 1.º

(343) Quanto á moveis, veção-se varios casos de *tradição symbolica* nos Arts. 199 e 200 do Cod. Com., á que referem-se os Arts. 271 e 281. Quanto á immoveis, a entrega das chaves da casa, e a de titulos ou instrumentos, tem-se considerado *tradição symbolica*—Lob. Nots. á Mell. Tom. 3º pags. 113 e 114,—Pothier *Contrat de Vente* n. 315. Demonstra entretanto Savigny no seu *Trat. da posse* § 14, que ha uma *tradição real* nesses casos, em que se-diz havêr *tradição symbolica*.

(344) A *tradição ficta*, como dizião os antigos *Jurisconsultos*, faz-se—*vel longa, vel brevi manu*— Barbeyrac nots. á Pufendorf L. 4º Cap. 9º § 9º. Tambem mostra Savigny Obr. cit., que estes outros casos são igualmente de *tradição real*.

presso—(345), quando não era a consequencia necessaria das clausulas dos contractos de venda, doação, e outros semelhantes,—*constituto possessorio tacito*—(346).

Assim como a *tradição* havia substituido os actos solemnes e publicos da *mancipação*, e *cessão juridica*; a *tradição nominal* substituiu a *tradição real* (347), e tornou illusoria a

(345) E' o que se-chama vulgarmente—*causula constituti*—Art. 909 Not. Consolid., pela qual o vendedôr constitue-se detentôr da coisa em nome do comprador, até que este tome posse real e effectiva. No caso da—*brevis manu traditio*—o detentôr da coisa vem á sêr possuidôr. No caso do—*constitutnm possessorium*—o possuidor da coisa converte-se em detentôr só por effeito da vontade. Como antes da *tradição real* o dominio não ficava transferido, e o alienadôr podia obrar de má fé, contractando com outro, e transferindo-lhe o dominio (Art. 534 Consolid.); a expressão da *causula*—*constituti*—teve por fim obviar fraudes, antecipando os effeitos da *tradição real*, e fazendo-a existir dêsde o momento do contracto.

(346) A existencia do—*constituto*—, como consequencia de um outro acto, apparece nos seguintes casos: 1º, quando se dá uma coisa e ao mesmo tempo se a-remem por titulo de locação; 2º quando se a-dá, ou vende, mas reservando-se o usufructo; 3º, quando a coisa é dada em penhôr, e ao mesmo tempo se-deixa seu uso ao devedôr por titulo de *precario* (Art. 478 Not., e Art. 498, Consolid.); 4º, na sociedade *universorum bonorum* (Art. 745-Consolid.)

Vi. Savigny *Trat. da posse* § 27.

(347) « No corrêr do tempo (diz Ricardo *Traité des donations* Part. 1ª Cap. 4ª Seç. 2ª n. 902) a subtileza dos Juris-cônsultos reduzio o uso da *tradição* á puro jogo, introduzindo as posses civis, que se tomão por modo ficto; de modo que a

regra—*traditionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur*—(348). Forão apenas exceptuadas as tradições nos casos de doação, as quaes ficarão dependendo da formalidade da—*insinuação*—(349). Eis o estado, em que se achavão as cousas, quando o Código Civil da França admittio, que a propriedade fosse transmittida só por effeito do consentimento das partes, e sem necessidade de algum acto exterior (350).

tradição, que tinha sido estabelecida sobre fundamento tão solido, não serve mais que para engrossar as clausulas dos contractos, dependendo sómente do estylo dos notarios. »

(348) Em verdade esta passagem da L. 20 Cod. *de pactis* põe em opposição a simples convenção com a tradição, entretanto que no *constituto* a simples convenção, sem algum acto corporeo, conduz á aquisição da posse.

(349) « Nos primeiros tempos do Direito Civil, diz Ricardo Obr. cit. Part. 1ª Cap. 4º Secç. 3ª n. 1079, as doações, e bem assim todos os outros contractos, nos quaes havia translação de propriedade, não se completavão, sem que a estipulação fosse seguida de uma tradição real, actual, e continua ; as fraudes não erão de temêr, e os dominios por uma posse publica erão bem conhecidos. Mas a retenção do usufructo, e as outras tradições fictas, tendo sido inventadas para facilitar aos homens a execução de suas vontades, e adoçar a dureza da antiga lei, os Imperadores forão obrigados, para obviar as fraudes que nascião da indulgencia, que as novas leis tinhão admittido, á procurar novo remedio á uma nova desordem, e á tirar a clandestinidade, que havia nas doações por causa dessas tradições fictas. »

(350) « A propriedade dos bens (Art. 711 Cod. Civ.) adquire-se, e transmite-se... por effeito das obrigações. » —A obrigação (Art. 1138) faz o credôr proprietario, etc.

Confundio-se desta maneira, e logo em sua origem, o *direito pessoal* com o *direito real*; e para esta confusão muito contribuiu uma bella doutrina, que principiou em Grocio (351), e foi depois reproduzida por muitos Escriutores de Direito Natural (352). Occorre ainda, que, sendo o *direito pessoal* o meio mais commum para chegar á adquirir o *direito real*, e parecendo que este é o producto ou resultado daquelle, sua natural dependencia tende á offuscar a differença entre um e outro.

No contracto de venda, por exemplo, compete ao comprador o *direito pessoal* para o vendedor entregar-lhe a coisa vendida; e esse direito portanto vem a ser o meio, pelo qual a coisa vendida terá de ser transferida para o dominio do comprador. A coisa não será do dominio do comprador, sem que o vendedor satisfaça a obrigação de entrega-la.

(351) *De Jure belli ac pacis*. « A entrega da coisa, que se transfere á outro (L. 2º Cap. 6º § 1º n. 4) não é necessaria senão em virtude das Leis Civis. . . É assim, que em alguns logares é preciso para alienar validamente uma declaração perante o povo ou magistrado, ou um registro (a insinuação das doações); cousas estas, que certamente são do Direito Civil. A entrega não é necessaria por Direito Natural (L. 2º Cap. 8º § 25) para transportar a propriedade, e os proprios Jurisconsultos Romanos o reconhecem em certos casos. »

(352) Pufendorf *Droit de la Nature* (Traduç. de Barbeyrac) L. 4º Cap. 9º §§ 5º, e 9º, que se refere á Grocio; e com elle Wolff, Burlamaqui, Felice, Perreau, e outros. Esta doutrina suppunha um *estado da natureza*, que não é o do homem no estado social. Todos esses Escriptôres reconhecem, que na sociedade civil o consentimento só não basta para transferir a propriedade, sendo necessario além delle um acto sensivel e

Estabelecido pois o *direito pessoal*, de onde tem de resultar a transmissão da propriedade, e pois que a fé dos contractos deve ser mantida, muitos espiritos não quizerão vêr mais nada; e derão logo a propriedade como transmittida, e como adquirida, só pelo simples poder do concurso de vontades em um momento dado. Tomou-se a propriedade em seu elemento individual sómente, não attendeu-se ao seu elemento social (353); contou-se com a boa fé das convenções, como se a má fé não fosse possível, ou não pudesse prejudicar á terceiros (354).

positivo de entrega, como testemunho desse consentimento. Belime (*Philosophie du Droit* Tom. 2º pag. 259), que também entende havêr materialismo na doutrina do Direito Romano, e uma confusão grosseira do facto e do direito; reconhece todavia, que isto não exclue a questão de sabêr; se no interesse da segurança das relações não convem dar uma certa publicidade aos actos de alienação, para prevenir fraudes e sorpresas.

(353) « A propriedade (*Alrens Droit Naturel* 4ª Ed. pag. 390) compõe-se de dois elementos, um individual, e o outro social; se o primeiro é a base, o segundo é o reguladôr, do direito de propriedade; e ambos devem sêr combinados, e harmonisados, para darem á propriedade um caracter organico, reflexo das relações organicas, que existem entre o individuo e a sociedade, entre o homem e a humanidade. Do mesmo modo que o individuo não deve sêr absorvido pela sociedade, também o direito individual de propriedade não se perde no direito social ». Eis a doutrina, que, sem fazêr derivar só da lei a propriedade, como aliás pensárão Montesquieu e Bentham, attribue á lei o que verdadeiramente á lei pertence.

(354) « Costuma-se dizêr (*Bonnier Rev. de Wolowski* Tom. 6º pag. 438), que desta maneira attribue-se á vontade do homem sua nobre preponderancia,—que a vontade sup-

As cousas, que se convencionam transmittir, é possível, que não sejam transmittidas; e a mesma coisa pôde sêr vendida á duas diferentes pessoas (355). Se o contracto basta, independente de qualquer manifestação exterior da transferencia do dominio, o segundo comprador pôde em boa fé transmittir tambem a coisa, que assim irá successivamente passando á outros. Ahi temos um conflicto de direitos, ahi temos uma collisão, onde apparece de um lado o interesse de um só, e do outro lado o interesse de muitos. Deve-se indifferente sêr á constante incerteza do direito de propriedade, e ao abalo de tantas relações civis? Se este mal não pôde sêr inteiramente desviado, não convirá evita-lo no mais que fôr possível?

A innovação do Codigo Civil da França foi tão inesperada, tão perigosa, tão opposta á boa razão, que por muito tempo duvidou-se de que houvesse derogado o regimen da Lei de 11 *Brumaire* anno 7° (356). Troplong, Martou, e muitos outros

pre o facto, ou antes, que é um facto moral, que imprime nos objectos o cunho de seu poder. Mas de duas cousas uma: ou este exercicio tão nobre da vontade humana tem effeitos para com terceiros, e então, como pôde sêr occulto, longe de merecêr nossa approvação, vem á sêr o instrumento de fraudes deploraveis; ou estes effeitos são concentrados entre as partes, e então não produzem algum resultado serio. Encarada no primeiro ponto de vista, a transmissão da propriedade é um erro perigoso; no segundo ponto de vista ha uma subtiliza, uma ficção, contraria á natureza das cousas. »

(355) E' o que todas as legislações tem cuidado de prevenir --- Vid. Art. 534 Not. Consolid.

(356) Veja-se o excellent trabalho de Jourdan, impresso na *Themis* Tom. 5° pag. 373.

Jurisconsultos, não deixão de confessar, que esta mudança tão grave foi sorrrateiramente introduzida, sem a discussão especial, e profunda, que reclamava. Mesmo assim, quanto á bens moveis, o novo principio não teve applicação (357), e quanto aos immoves foi applicado com restricções (358).

Em vão, portanto, como se-tem censurado (359), o legislador francez proclamou seu principio de transmissão da propriedade só por effeito das convenções; pois que a força das

(357) *En fait de meubles la possession vaut titre* --- Art. 2276 Cod. Civ. No caso da venda de um immovel, successivamente feita á duas differentes pessôas, prefere aquella, que tem a prioridade do titulo. Quando se-trata de moveis (Art. 1141) prefere aquella, que de boa fé acha-se na posse da cousa, nada importando sêr posteriôr o seu titulo. Quereis vêr como o apuro da subtiliza tem procurado conciliar esta incoherencia? Alguns Escriptôres (Toullier, Delvincourt, e Zachar), reconhecêrão, que em materia de moveis havia-se derogado o principio da transmissão da propriedade *solo consensu*; mas outros (Demante e Marcadé) inventarão uma razão insigne. Elles dizem: « O que prova, que entre as partes contractantes, como á respeito de terceiros, a propriedade dos moveis se-transfere só pelo effeito do consentimento contractual, é que o titulo prevalece sobre a posse de má fé; e se a posse de boa fé destróe o effeito do titulo, e vale como titulo, é por uma especie de prescripção instantanea! » Que propriedade será essa, cujo direito succumbe em relação á toda a posse de boa fé? Será esse o *direito real*, que obriga á todos, e se-faz valêr contra todos?

(358) Os Arts. 939 e 1069 do Cod. Nap. mandão transcrevêr as *doações* de bens susceptiveis de hypotheca, e as *substituições*, para que possam têr effeito em relação á terceiros.

(359) Vid. Maynz *Elém. de Droit Rom.* § 191.

cousas o-obrigou á viola-lo em relação aos moveis, e á não mantê-lo relativamente aos immoveis senão por meio de disposições contradictorias e incompletas, que expozerão a propriedade territorial, e a garantia hypothecaria, á incertezas e perigos taes, que a segunda geração sentio a necessidade de reformar radicalmente a legislação nesta parte.

Aquillo, que desde logo não se-havia conhecido pela fascinação-de um principio bello na apparencia, porisso mesmò que fazia realçar o podêr da vontade humana, veio-se á conhecer depois pelas exigencias economicas de um bom regimen hypothecario. Em verdade, o systema hypothecario do Codigo Civil Francez ficara profundamente viciado, desde que se-confundirão os *direitos pessoas* com os *direitos reaes*. Era uma anomalia, e uma providencia inutil, manifestar ao publico o direito real da hypotheca, quando o primeiro direito real, fonte

(360) « Este systema (Martou *Privil. et Hypoth.* n. 9), que não tinha precedente, largamente contribuiu para viciar o regimen hypothecario de 1804. Cabe-lhe a censura de ter confundido o *jus in re* com o *jus ad rem*, a-propriedade com a obrigação, desconhecendo assim uma distincção baseada na natureza das cousas, e consagrada pelos legisladôres de todos os seculos. A propriedade não pôde ficar na sombra como a obrigação... Era preciso (n. 10) reformar este systema condemnado pelos principios de direito, e pelas necessidades economicas. A primeira condição de um bom regimen hypothecario é sêr ligado á um modo regular de transmissão da propriedade immovel. A propriedade é a base da hypotheca. Se ella não existe, a hypotheca aniquila-se. Se é duvidosa, a hypotheca vacilla. Se não se-pôde verificar facilmente, a hypotheca será aceita com desconfiança. Em summa, a publicidade das hypothecas é inseparavel da publicidade do direito de propriedade. »

de todos os outros, não tinha a mesma publicidade (360), e nos casos mais frequentes (361).

A Lei Franceza de 23 de Março de 1855 realisou a reforma já desejada por todos os Jurisconsultos (362), restaurando e melhorando o regimen hypothecario da Lei de 11 *Brumaire* anno 7º, e antes disto o mesmo já havia acontecido na Belgica por virtude da Lei de 16 de Dezembro de 1851.

Todavia ainda hoje se-diz, que a formalidade da transcripção nos registros hypothecarios dos actos translativos ou declara-

(361) Em verdade é muito de estranhar (como observa Bonsnier loc. cit.), que se tivesse o cuidado de dar publicidade á alienações por titulo gratuito, tão raras comparativamente ás outras; quando não se estabelece precaução alguma sobre a existencia das vendas, que se-fazem todos os dias. Estranha-se muito mais, que, havendo-se organizado um systema de publicidade para as hypothecas, não se-fizesse repousar sobre a publicidade a propriedade immovel, base de todo o systema. Vê-se bem (continúa o mesmo Escriptôr), que uma legislação, onde achão-se iguaes disparates, não tem sido feita de um só lance, e sob a influencia das mesmas idéas, mas que tem sido uma transacção entre opiniões divergentes. Ora, o eclectismo é sempre pernicioso em legislação. Não é com peças de relatório, que construe-se um grande edificio. Sirva isto de advertencia (dizemos nós) aos que entendem, que a organização do Cod. Civil póde sêr obra de muitos.

(362) Menos por Fouet de Conflans (*De la reform. hypothéc.*), á quem Levita (*Dé la reforme hypothéc. en France et en Prusse* pag. 35) chama o *Bigot dos nossos dias*. Bigot de Preameneu, e Tronchet, collaboradores do Cod. Nap., havião sustentado, que a publicidade viola o segredo das famílias, enfraquece a boa fé que é alma dos contractos, e prejudica a circulação alterando o credito, etc! Vid. Loclés Tom. 16, e Fenet. Tom. 15.

torios de direitos reaes sobre immoveis é só necessaria em relação á terceiros, mas não em relação ás partes contractantes; e que subsiste portanto em toda a sua força o—*philosophico e moral*—princípio do Codigo Napoleão! Tem-se dado ao Direito Francez uma physionómia singular, da qual não se-quer que seja despojado (363).

Não é possível condescendêr com os admiradores dessa tão venerada theoria, e na actualidade felizmente seu valor achasse reduzido á mero apparatus de palavras, que não tem significação pratica. Tendo-se reconhecido a necessidade de um factio externo como indicadôr legal da transmissã da propriedade, não descobrimos razão, pela qual em relação ás partes contractantes se-deva seguir o principio opposto da transferencia do dominio só por effeito do consentimento. Não vemos, que esse principio seja applicavel á qualquer caso, quando as relações entre as partes contractantes ficão perfeitamente acuteladas com o vinculo das obrigações.

Se o vendedor conserva a coisa vendida em seu poder, não a-entregando ao comprador, tem este sua acção pessoal para exigi-la; não se-faz necessario attribuir-lhe dominio, para que tenha uma inutil acção de reivindicacão (364). Se, não tendo havido tradição, a coisa vendida passa sem vicio para a posse do comprador, nega-se ao vendedor e á seus herdeiros, e representantes, o direito de reivindicar-la (365). Se tem-se de

(363) Vid. Troplong—Comment. á Lei de 23 de Março de 1855 n. 143, e Martou Comment. á Lei Belga de 16 de Dezembro de 1851 n. 63.

(364) Arts. 518 e 519 Consolid.

(365) *Si quis rem emerit, non autem fuerit ei tradita, sed possessionem sine vitio fuerit nactus, habet exceptionem contra venditorem*—L. 1ª § 5º Dig. de except rei vend.

regular a perda e risco da cousa vendida antes da sua entrega, tambem não será preciso convertêr o comprador em proprietario, para applicar-lhe a regra—*res suo domino perit*—; quando existe a outra regra, que livra dos casos fortuitos á todo o devedor de um corpo certo—*debitor rei certæ ejus interitu liberatur*—(366).

E como concebe-se, que o *direito real* só possa existir para com um individuo? O dominio é por sua essencia um, e quando se lhe-nega este character, certamente não existe dominio. Se o vendedor desde o momento do contracto tem perdido o dominio da cousa vendida, não se-concebe tambem, que elle validamente a possa vender segunda vez á outra pessoa, só porque o primeiro comprador não foi diligente em fazer transcrever seu titulo nos registros hypothecarios.

O nosso Direito não luta com taes incoherencias, e outros obstaculos do Direito Francez, que possão agora impedir a perfeição e harmonia do projectado Codigo Civil. Reina o salutar principio da *tradição*, á que estão igualmente sujeitas transmissões da propriedade movel, e immovel (367); os *direitos*

(366) Art. 537 Not. Consolid.

(367) Em relação aos immoveis, póde-se dizêr, que a tradição entre nós está reduzida á clausula—*constituti*—, que quasi sempre é inserida nas escripturas—Art. 909 Not. Consolid. A insinuação das doações, posto que a Lei de 22 Setembro de 1828 Art. 2º § 1º falle de um livro onde se-deve averbar (Art. 414 Consolid.), tem sido considerada mais como providencia contra extorsões, do que um meio de publicidade á bem de terceiro. Veja-se o preambulo da Lei de 25 de Janeiro de 1775, e a Dissert. 3ª de Lobão Facisc. Tom. 1.º Tambem quasi sempre ha omissão dessa formalidade, e quando se a pratica, não se-cumprem as determinações da Lei—Vid. Art. 411 Not. Consolid., e Art. 415.

pessoaes e os *direitos reaes* não se confundem, e não houvera inovação radical, se a tradição dos immoveis fôr feita por modo uniforme, solemne, e bem notorio, qual o da inscripção, ou transcripção nos registros publicos.

Com esta boa theoria o Direito Romano tambem nos-legou o detestavel systema das hypothecas occultas, e o vicio deste systema (se tal nome se lhe-póde dar) foi o que primeiro desafiou nossa attenção. Em 1834, por occasião do Projecto do actual Codigo do Commercio, procurou-se logo attenuar o mal mandando-se lançar no registro publico do commercio todas as escripturas de hypotheca, pena de não produzirem effeito algum contra terceiros. Esse Projecto passou á ser lei em o anno de 1850, mas neste intervallo creou-se um—*registro geral de hypothecas*—pelo Art. 35 da Lei de Orçamento de 21 de Outubro de 1843, e regulou-se esse registro pelo Decretode 14 de Novembro de 1846. Resultou d'ahi a inutil duplicata de registros, sobre que providenciára o Decreto de 7 de Dezembro de 1853.

Coube ao laborioso Ministro da Justiça o Sr. Nabuco de Araujo a gloria de propagar no paiz as novas idéas, que dominão a materia das hypothecas em harmonia ccm os progressos da Sciencia. Seu Relatorio de 1854 lançou as primeiras sementes, fez comprehender a urgencia da reforma hypothecaria, a necessidade de fundar o credito territorial sobre a base da hypotheca. O pensamento cardeal do seu Projecto, apresentado ao Corpo Legislativo na Sessão de 25 de Julho do mesmo anno (368), foi a publicidade das hypothecas, e com ella a de todas as transmissões de immoveis por titulos entre vivos, e constituições de direitos reaes.

(368) Vid. *Jorn. Comm. Supplem.* de 26 de Julho de 1854

(369) Vid. *Jorn. Comm.* de 23 de Agosto de 1854.

Uma Comissão especial da Camara dos Deputados examinou esse Projecto, e seu parecer (369) abundou nas mesmas idéas, e até excedeu-as, opinando que a transcripção no registro publico dos titulos de transmissão dos immoveis devia têr um valor ainda maior, do que se lhe-déra no Projecto.

« *A transcripção (segundo o Projecto) não induz a prova do dominio, que fica salvo á quem fór.* »—*A transcripção (disse a Comissão) deve importar a prova da propriedade, e não uma presumpção; logo que ella é recommendada e obrigatoria (370). Parece de logica rigorosa, e ao mesmo tempo conveniente, para afastar meios de fraude, que sempre a má fé procura, e consegue descobrir, que se lhe-dé a importancia de verdadeiro titulo.* »

No pensar de um dos Oradores daquella Camara a medida da transcripção liquidaria a propriedade para o futuro, deixando-a porém no mesmo estado quanto ao presente e passado com todas as variadas causas de complicação e incerteza (371). No entender de outro as difficuldades, ainda que grandes, poderião ser vencidas por um regulamento provisorio, purgando-se a propriedade, e aproveitando-se a predisposição da Lei das terras publicas (372).

(370) Houve nisto um engano, que foi depois sanado em Projecto substitutivo apresentado na Sessão de 9 de Julho de 1856. A transcripção não é, nem podia sêr, obrigatoria no systema, que se adoptou; mas só por ella, e desde a sua data, os titulos translativos de dominio produzem effeitos em relação á terceiros. O proprio interesse particular assegura neste caso a desejada publicidade.

(371) Vid. *Jorn. do Comm.* de 28 e 29 de Junho de 1855.

(372) Vid. *Jorn. do Comm.* de 30 de Junho de 1855. Á este discurso alludimos na Not. ao Art. 905 Consolid.

Não é estranho, que pelo empenho de fundar o credito territorial os espiritos tanto propendão para a idéa da *certeza legal da propriedade*. Se a simples transcripção dos titulos de dominio, e dos constitutivos de direitos reaes, fosse susceptivel de tranquillisar perfeitamente o credor hypothecario, como não desejar que tal solemnidade importe a prova irrecusavel do estado da propriedade immovel? Eis como se explicão as aspirações manifestadas na Sessão Legislativa de 1854, e 1855, e ainda outra razão as justifica.

Tal innovação não é um esforço racional, é já um facto, uma instituição reinante. cujos beneficios a experiencia confirma. Ahi estão as leis hypothecarias da Prussia, Austria, e de quasi todos os Estados d'Allemanha, que fallão em seu favor. Os Economistas, e alguns Jurisconsultos Francezes, cujos escriptos nos são familiares, encarecem no ultimo ponto a bondade da legislação desses paizes, applaudem seus grandes resultados em relação ao credito dos immoveis, e aos bancos publicos que o-mantêm no pé mais favoravel. Assim é, porém o assumpto requer muita meditação, e muita prudencia.

Será possivel estabelecer entre nós o systema hypothecario do Direito Germanico, para que toda a propriedade immovel fique legitimada e consolidada, tendo seus registros, como os tem, ou póde ter, o estado civil das pessoas? Será possivel ao menos liquida-la mais tarde, lenta, e gradualmente, ou depois de um tempo dado? Será possivel purga-la ou remi-la occasionalmente do perigo das reivindicações e evicções imprevistas, como se costuma remi-la das hypothecas? Ou devemos limitar-nos á transcripção publica dos futuros titulos como um meio de tradição dos immoveis, e condição legal da transmissão de todos os direitos reaes?

O que muito convem é, que se conheça á fundo as peculiares vantagens de cada um dos systemas, e suas contrariedades,

para que não se espere delle resultados, que não lhe-competem, nem se lhe-queira dar uma extensão impossivel.

Sendo feita a inscripção ou transcripção por meros officiaes publicos,—funcionarios inteiramente passivos—, não passará de um acto puramente material, de uma simples cópia litteral ou por extracto dos titulos de transmissão de dominio entre vivos, ou de constituição de direitos reaes. Ora, adoptada esta providencia, os registros publicos furão sempre conhecer as alienações que se-fôrem realisando, e os encargos consentidos por aquelle, que reputa-se proprietario; mas não fornecerão provas do estado certo da propriedade, não serão o signal infallivel, por onde os mutuantes e adquirentes possam conhecer a legitimidade do dominio, e a disponibilidade dos immoveis.

Um acto de alienação não constitue a prova do direito de quem aliena, nem por conseguinte do direito de quem adquire, pois que ninguem transmite mais direitos do que tem. Como saber, se o vendedor do immovel é seu legitimo e verdadeiro proprietario? Investigando-se a genealogia da propriedade, sua filiação de titulo em titulo, pôde-se chegar á grande probabilidade, e raras vezes á certeza completa. Além disto, os titulos podem contêr variados encargos, podem ser annullaveis por vicios intrinsecos do consentimento dos contrahentes, pela sua incapacidade civil, e por vicios de fórma.

Accresce ainda, que a propriedade não se adquire somente pela transferencia feita por legitimos proprietarios. Ella tambem adquire-se por uma posse contínua, posse juridica (*civilis possessio*), com a adjunção de certas circumstancias (*justus titulus—bona fides*); e esse meio de adquirir presuppõe a propriedade transferida por quem não era proprietario verdadeiro —*a non domino*—. Fallamos da—*prescripção*—, dessa filha do tempo, e da paz,—*patrona do genero humano*—, de que todas as legislações não têm podido prescindir.

A propriedade seria uma fonte de inquietações, o mal seria grande, se a *prescrição* não cobrisse com seu manto protector todos os defeitos das aquisições illegitimas e viciosas. Eis um outro campo para novas investigações. O tempo da posse teria sido sufficiente para prescrever? Seria a posse acompanhada de boa fé? Teria sido a prescrição interrompida ou suspensa?

O dominio é sempre difficil de provar, a propriedade perde-se na noite dos tempos, e a prescrição não bastou para tranquillisar as relações da vida civil. A sociedade e seus legisladores reconhecerão a necessidade de contentar-se com a —*propriedade putativa*— dando-lhe toda a força de —*propriedade verdadeira*—. Seria duro, que o adquirente de boa fé se achasse exposto ás pretensões de qualquer usurpador temerario; entretanto que seu dominio estava em germeu, e só dependia da consagração do tempo. Fingio-se, pois, que o prazo da prescrição já estava completo, e essa propriedade nascente, essa propriedade presumida, foi protegida por uma acção especial (373).

Se tal é o estado da nossa propriedade, se a *propriedade putativa* deve cedêr á *propriedade verdadeira*, do mesmo modo que toda a presumpção deve cedêr á verdade, se o titulo mais debil succumbe em presença do melhor titulo, como se-póde dar á transcrição do registro hypothecario a importancia de verdadeiro titulo? O registro publico da propriedade actual, por occasião de suas transferencias *inter vivos*, irá preparando um quadro sempre incompleto da propriedade immovel, tal qual existe; mas não a-purgará, não a-liquidará para o futuro; porisso mesmo que a não liquida quanto ao presente, e passado.

[(373) Vid. *infra* a explicação da *propriedade publiciana*.

Se essa transcripção de per si não tem, nem pôde têr, força de verdadeiro titulo, uma vez que não augmenta o valor do titulo já existente; se apenas fixa na cabeça do adquirente os mesmos direitos, que tinha seu antecessor; um simples registro, cadastro, ou recenseamento geral, da propriedade immovel, qual o tentado pelo Regul. de 30 de Janeiro de 1854 (374), ou outro dirigido com melhores bases, tambem de per si nada pedisporia para a liquidação e certeza dos dominios. Esse cadastro refere-se mais á cousa do que á pessoa, isto é, não designa nem assegura ao proprietario, á quem a cousa verdadeiramente pertence, todos os encargos, que a onerão; e, por conseguinte, não pôde dar em resultado uma exacta conta corrente de toda a propriedade immovel do paiz.

O cadastro, que serve de base ao systema do Direito Germanico, liga-se intimamente ao registro geral de todos os immoveis com os direitos reaes que os affectão, ou antes vem á ser esse mesmo registro (375); e desta maneira elle contém a prova official, e o titulo irrecusavel, de toda a propriedade. Constituem o direito de propriedade as inscripções, e averbações, desse grande Registro.

Dado esse systema em um paiz, deve-se crêr, que a propriedade acha-se completamente liquidada, sem o que não haveria a certeza, que elle offerece, ou que se lhe attribue; e tambem se-deve suppôr a necessidade de uma constante vigilancia, para que tal certeza se-consERVE em todo o ulterior movimento da propriedade. A introducção desse regimen portanto em um paiz, como o nosso, onde o dominio é incerto, e apenas presumido na mór parte dos casos, forçosamente depende de uma primeira operação, que vem á ser a liquidação

(374) Art. 905 Consolid.

(375) Not. ao Art. 905 Consolid.

de todos os immoveis, a consolidação da propriedade ; e sua depuração de todos os direitos, e pretensões eventuaes, que a-fazem duvidosa.

Á menos que um golpe de poder arbitrario cortasse o nó de tantas difficuldades, em vez de remove-las com a mais escrupulosa apreciação nos direitos de cada um, e de todos, fôra mister, para execução do plano, abalar a sociedade por seus fundamentos, chamar á contas um paiz inteiro, e perturbar todas as relações civis por meio de uma revolução sem exemplo. Tambem oppôr-se-hião á essa vã tentativa as primeiras idéas sobre a ordem judiciaria. Como obrigar-se á pleitear o proprietario verdadeiro, ou supposto, que não foi por ninguem inquietado? Como obrar o poder judicial, sem que o interesse de partes venha solicitar sua intervenção?

A manutenção de tal systema, se fosse possivel a legitimação da propriedade, lutaria com a mesma offensa de principios, e daria lugar aos gravissimos inconvenientes do regimen germanico. O registro das mutações futuras não poderia consistir sómente em uma transcrição material por intermedio de um official publico, mera testemunha instrumentaria ; mas deveria ser o effeito de um exame preliminar, e muito rigoroso, dos titulos que se apresentassem.

Para que assim fosse, as delicadas funções desse exame justificativo serião confiadas á uma magistratura, á juizes que conhecessem da verdade dos actos e da sua fórma ; transformando-se d'est'arte sua jurisdicção voluntaria em contenciosa; e submettendo-se a vontade livre das partes contractantes á uma autoridade, que não reclamárão.

Iguaes inconvenientes teria a lenta e gradual depuração da propriedade, á medida que fosse passando pela fieira de translações futuras ; e no mesmo caso estaria a expurgação em

um tempo dado, isto é, no maior que a lei tem marcado, ou houvesse de marcar, para a prescrição acquisitiva. Pelo nosso Direito a prescrição de trint' annos (longissimo tempo) não depende da existencia de titulo, bem que o possuidor de má fé em tempo nenhum possa prescrever (376); mas por outras legislações não se-póde oppôr á prescrição trintenaria, nem a falta de titulo, nem mesmo a do requisito de boa fé (377).

Concebe-se este ultimo expediente sob a idéa de que, passado o maior tempo da prescrição, a propriedade, que não se houvesse tranmittido, e que portanto não tivesse sido examinada e liquidada, estaria prescripta em mão de seus possuidores desde a época da lei; entretanto as prescrições dormem (378), e tambem podem ser interrompidas (379). Além disto, para que não houvessem lacunas na historia cadastral do movimento da propriedade, fôra preciso tambem não dispensar as acquisições por titulo *causa-mortis*, ao que se-oppõe o interesse publico da prompta devolução das heranças (380).

Como não tendo maior icconveniente poder-se-hia admittir uma expurgação facultativa, por occasião das alienações e

(376) Arts. 1321 e 1325 Consolid. O mesmo em Direito Romano.

(377) Cod. Civ. Franc. Art. 2262, e outros Codigos, que o imitárão.

(378) Arst. 856, e 857, Consolid.

(379) Art. 855-Consolid.— Estas disposições são applicaveis ás duas especies de prescrição, a *de extinctão* e a *de acquisição*.

(380) A nossa legislação o tem reconhecido na *poose civil*, que dá aos herdeiros — Arts. 978 e 1025 Consol. Essa *poose civil* tambem a-dá o Direito Francez com a sua maxima — *le mort saisit le vif*—.

contractos hypothecarios; creando-se pouco e pouco ao lado da propriedade incerta, uma propriedade remida e certa, e só dependente de um curto prazo de prescripção. Quem adquirisse com esta precaução, ou quem emprestasse sobre hypotheca, teria a segurança de que o immovel pertencia á seu antecessor ou devedor, sem estar sujeito á essas evicções inopinadas, cujo perigo será sempre inimigo do credito.

Não seria sem exemplo esse meio de purgar a propriedade, e tornal-a imcommutavel. As antigas leis da Belgica o-permittião (381), e um costume da Bretanha (Provincia da França) tambem havia admittido com o nome particular de—*appropriance*—o mesmo systema de protecção á propriedade, e firmeza de suas acquisições (382). Esta usança tão salutar, abolida pelo art. 56 da lei de 11 *Brumaire* anno 7º, tinha alguma semelhança com o *decreto voluntario* do antigo Direito Francez; depois substituido pelas *cartas de ratificação*: porém produzia effeitos mais extensos, libertando os immoveis, não só das hypothecas, senão tambem de todos os direitos reaes, ainda que fosse á titulo de dominio (383).

Em nosso Direito temos dois modos para remir a propriedade dos encargos hypothecarios (384), e se essa remissão é

(381) Vid. Merlin *Répert. de Jurisprud.*, e Favard de Langlade *Répert. de la Nouvel. Législ.* vb. *purge*.

(382) Merlin *Obr. cit.* vb. *appropriance*, e Troplong *Comment. de la Loi du 23 Mars 1855* n. 9.

(383) « A formalidade da *appropriance* (Sabire et Carteret *Encyclopéd. du Droit*) purgava os encargos, que gravavão o immovel; e tambem o direito, que qualquer terceiro podesse ter á titulo de proprietario. Nisto sua efficacia hia mais longe, que a dos *decretos voluntarios*, das *cartas de ratificação*, e *cartas de remissão (lettres de purge)* usadas nos Paizes Baixos.»

(384) Arts. 522, 527, e 1296, Consolid.

possivel quanto ao direito real da hypotheca, não deixa de ~~sê-lo quanto~~ aos direitos reaes por titulo de dominio. Os ~~creditos~~ hypothecarios, como diz Grenier (385), ~~tambem são~~ propriedade.

Quando são conhecidos os credores do vendedor do immovel, e podem ser pessoalmente avisados, não ha inconveniente, pois que o fim da hypotheca é o pagamento; porém no caso da ~~insciencia~~ delles, ou porque não ~~sejão~~ intimados (386), ou porque só o-sejão por editaes em ~~razão de~~ não serem conhecidos (387), é provavel, que hajão muitas preterições injustas.

Quanto aos direitos hypothecarios, os credores são sempre desconhecidos no systema de hypothecas clandestinas, e o-são em grande parte no systema da publicidade incompleta. Todavia o Codigo Civil Francez, assim como admittio a remissão das hypothecas inscriptas, de que é um preludio a transcripção dos contractos translativos de propriedade immovel (388), não hesitou em facultar meios para remissão das hypothecas logaes dos menores e mulheres casadas, que alias são dispensadas da inscripção (389).

Os direitos por titulo de dominio não conhecido achão-se nas ~~mesmas~~ circumstancias dos hypothecarios não registrados, e não se-póde negar, que ha injustiça em fazer depender a existencia de direitos legalmente adquiridos da fortuita noticia de uma proclamação (390). Ainda ha outro inconveniente

(385) *Traité des Hypotheq.* Tom. 2º pag. 122.

(386) No caso dos Arts. 527 e 1296 § 1º.

(387) No caso dos Arts. 524 e 1296 § 2º.

(388) Art. 2181 Cod. Civ. Franc.

(389) Arts. 2193, 2194, e 2195, cit. Cod.

(390) Vid. Meyer *Esprit des Instit. Judic.* Tom. 5º pag. 236.

nesse modo de consolidar a propriedade, inconveniente que provocou sua rejeição por parte dos sábios organizadores do Projecto de lei relativo á aquisição, conservação, e publicidade, dos direitos reaes sobre immoveis no Cantão de Genebra.

« Nossas antigas leis (diz-se na Exposição de motivos desse Projecto (391) davão esta segurança com o soccorro das—*subhastações*—. Aquelle, que comprava com as formalidades proprias dessa especie de venda, ficava garantido de toda a evicção. Pôstoque as *subhastações* não tivessem sido empregadas senão para as desapropriações forçadas, tornarão-se por desvio de sua instituição primitiva o meio frequentemente empregado para realisação das vendas puramente voluntarias.

« Mas, se por este meio alcançava-se a segurança do comprador, era por um preço que lhe tirava todo o merecimento.

Aquelle, que fazia pôr em venda, podendo envolver predios do vizinho com os do alienadôr, esse vizinho que nada sabia, não obstante as formalidades da hasta publica, ficava privado da faculdade de reivindicar o que era incontestavelmente sua propriedade. Assim pois estava-se em segurança como adquirente, mas incessantemente expôsto como proprietario.»

O systema hypothecario germanico será elogiado por aquelles que só o-conhecem ná apparencia (392). Derivado das antiguidades feudaes, medrando em paizes de longa mão preparados, onde a propriedade territorial consta de grandes dominios, não pôde convir á outros paizes de constituição diversa, cujo territorio tende progressivamente á retalhar-se por effeito das successões hereditarias. Com dados oppostos aos daquelle systema, o registro hypothecario, em correlação com o ca-

(391) Themis Tom. 9º pag. 4.

(392) Meyer Obr. cit. Tom. 4º pag. 293.

dastró, acompanhando as divisões materiaes e juridicas da propriedade immovel, fôra uma montanha de papeis, um dedalo de livros.

Repousa tal systema, em que o magistrado pôde, e deve, previamente examinar a força obrigatoria dos contractos, seu conteúdo, sua fórma, e os direitos de terceiros, que nada reclamão. Conceda-se, que esse preliminar exame tem vantagens, pois que pôde prevenir alguns abusos; entretanto, como não se-offerece correctivo contra omissões possiveis, como ha o gravissimo inconveniente das protelações; deve-se dar preferencia á plena liberdade das alienações, e transcrições, salvos os direitos de terceiros. A liberdade individual, vantagem mais preciosa da sociedade, repelle tantas formalidades, dispensa tanta vigilancia e supremacia.

Se o systema germanico, fixando a certeza da propriedade, proporciona ao credito real as mais solidas garantias; não se segue, que seja possivel transplantá-lo, e que não tenha tambem suas vantagens peculiares á bem do credito o systema da Legislação Franceza de 1779 (11 *Brumaire* anno 7°), ultimamente restaurado na propria França, e na Belgica. Nem todos podem tudo. Nas partes d'Allemanha, onde a propriedade territorial é fraccionavel, e tem mais vida, a sabedoria dos legisladores evitou, que o systema germanico fosse introduzido. O mesmo aconteceu na Baviera Rhenana, e nas Provincias Rhenanas da Prussia.

O systema da transcrição como acto concomitante das convenções, para operar a transmissão dos immoveis, e attribuir direitos reaes, se não purifica a propriedade, pelo menos a-expõe á luz da publicidade no estado em que se acha, preenche completamente o fim da *tradição*, separa os direitos reaes dos pessoaes, e impede os estellionatos; isto é, as fraudes das alienações e hypothecas duplicadas, da alienação do que

já está hypothecado, da hypotheca do que já está alienado; e da alienação e hypotheca de immoveis como livres, quando já estão onerados de direitos reaes, além de outros enganoso no mesmo sentido.

Quando houverem esses artificios fraudulentos, preferirá aquelle, cujo direito real tiver por si a prioridade da inscripção, ou transcripção, nos registros publicos (393). Os adquirentes, e mutuantes, se nada constar desses registros, sabem, que adquirem, e emprestão, com segurança em relação ao alienador ou devedor hypothecario, não sendo porém negligentes em dar á publicidade seus titulos. Pelo que respeita á direitos de terceiros em razão dos vicios, e qualidade, dos titulos anteriores; a lei não assegura náda, deixa á cada um o cuidado das investigações. Quando trata-se de interesses particulares, a vigilância individual será sempre mais proficua do que toda a protecção da autoridade.

Pelo fim dominante deste prudente systema de transcripção, bem se vê, que não se-faz preciso o mesmo meio de publicidade para as transmissões da propriedade por titulos *causa-mortis*. As fraudes, de que tal systema preserva, realisão-se pelo concurso de dois actos *inter vivos* contendo a alienação total ou parcial da mesma cousa pelo mesmo proprietario; e nas transmissões por morte não ha este perigo, não ha collisão possivel; ha um facto unico—o do fallecimento—, de onde provém os direitos successorios.

(393) Com a inserção da clausula—*constituti*—em todas as nossas escripturas póde-se dizêr, que está sem applicação quanto aos immoveis a regra do Art. 534 Consolid. ; póde-se dizêr, que temos o systema espiritualista do Cod. Civ. da França.

Seja qual fôr o systema, que se adopte, a theoria dos *direitos reaes*, pela sua intima correspondencia com a theoria do credito, merece por certo a primeira attenção. A Legislação Civil, que bem comprehendêr as necessidades economicas da época em que vivemos, deve designar taxativamente os *direitos reaes*, e declarar que não admitte outros. Deve sêr parca em concedê-los, deve expô-los á grande luz da publicidade; não se deixando porém dominar por alguma idéa exclusiva, não recusando protecção aos variados interesses da sociedade.

O *credito real* tem nos *direitos reaes* seu unico amparo, e ao mesmo tempo um poderoso inimigo. Apoiado na hypotheca dos immoveis, tem de conciliar as difficuldades, que resultão :

- 1.º Da mesma hypotheca :
- 2.º Do primeiro direito real, que ó o dominio :
- 3.º Dos outros direitos reaes.

Essas três origens de embaraços provem de situações differentes, em que a propriedade immóvel póde achar-se; e em cada uma dellas ha muitas e variadas modificações, que equivalem á situações novas. Ensaieemos uma classificação desses diversos estados da propriedade por excellencia.

Dois são os modos derivativos de adquiri-la :

- I. Por actos entre vivos:
- II. Por successão legal, ou testamentaria.

I

Adquirida por actos entre vivos

I. Propriedade completa, e verdadeira (394):

(394) Ou emanada *a domino*, ou *a non domino* já legitimada pela prescripção.

II. Propriedade tambem completa, mas putativa (395) :

(395) *Emanada a non domino*, ainda em germe, ainda não legitimada pela prescripção. Reconhecida a necessidade de protegêr essa propriedade nascente, adquirida com *justo titulo* e *boa fé*, e habil portanto para a prescripção, completado o tempo da posse, cumpria provêr á todos os casos possiveis.

Attenda-se á sabedoria, e riqueza, do Direito Romano. O proprietario putativo pôde ser demandado pela reivindicacão, pôde sêr impellido á demandar quando perde sua posse. Na posição passiva:—1º, se elle é demandado pelo proprietario verdadeiro, deve succumbir, porque, como já dissemos em outro lugar, a presumpção cede á verdade; 2º, se este reivindicante é o proprio vendedor da cousa aiheia, mas que succedeu depois ao proprietario verdadeiro, o proprietario putativo o-exclue com a—*exceptio doli*—; 3º, se esse reivindicante é successor singular ou universal do proprio vendedor da cousa alheia nas mesmas circumstancias, o proprietario putativo tambem o-exclue com a—*exceptio rei venditæ et traditæ*.—A *exceptio doli* era puramente pessoal, não podia sêr opposta contra aquelles á quem o antigo proprietario houvesse cedido seu direito; e então foi de mistér crear outra excepção applicavel á todos os casos. Os Commentadôres exprimem o principio, que serve de base á esta excepção, pelo bem conhecido aphorismo:—*Quem de eviczione tenet actio, eundem agentem repellit exceptio*. Sua interpretação é a seguinte: se alguem está obrigado á garantir-nos um direito em caso de evicção, nós o-podemos repellir por uma excepção, sendo que nos-conteste esse direito. Este principio applica-se tanto ao responsavel pela evicção, como á todos os seus successores e representantes, em virtude da outra regra—*nemo plus juris ad alium transferre potest quam ips habet*. Na posição activa, o proprietario putativo é protegido com a *publiciana in rem*

III. Propriedade limitada pelo emphyteuse (366):

I. Dominio directo (397):

II. Dominio util (398), sujeito á consolidação:

I. Por effeito da opção (399):

II. Por commisso (400):

III. Por devolução (401):

IV. Propriedade commum (402):

I. No estado conjugal:

actio—, inventada pelo Pretôr Publicio, e com o mesmo character e effeitos da reivindicacão—*ad instar proprietatis*. Já se vê, que esta acção é impotente contra o verdadeiro proprietario, que a—póde reppellir com a—*exceptio dominii*. Tal é a sentença de Paulo—*exceptio justí dominii publiciana objicienda est*—L. 16 Dig.—*de public. in rem action*. Mas, se o verdadeiro proprietario, que exclúe a acção publiciana com a excepção de dominio, é o proprio vendedor da cousa, alheia ao tempo da venda, mas sua ao tempo da acção, em razão de têr succedido ao proprietario verdadeiro, o proprietario putativo reivindicante tem contra a excepção de dominio a réplica—*rei venditæ et traditæ*—L. 72 Dig. *de reivindic.*—L. 4ª § 32 Dig. *de dol. et met. except.*

(396) Art. 62 Consolid. É um direito real, que se-distingue dos outros, constituindo uma especie vulgar de propriedade.

(397) Art. 915 Consolid.

(398) Art. 915 Consolid.

(399) Arts. 616 e 617 Consolid.

(400) Arts. 625 e 626 Consolid.

(401) No caso da caducidade quanto aos aforamentos vitalicios, que não existem entre nós—Art. 631 Consolid.; no caso do Art. 1189 Consolid.

(402) A copropriedade ou condominio em geral— Arts, 946, 954, e 1166, Consolid.

- I. Com regimen da communhão legal (403):
- II. Com o regimen da communhão convencional (404):
- III. Com o regimen dotal (405):
 - I. Dote inestimado (406):
 - II. Dote estimado (407):
- II. Na communhão entre herdeiros antes da partilha:
- III. Nas sociedades em geral;
- V. Propriedade limitada pelos direitos reaes:
 - I. Desmembrada:
 - I. Pelo usufructo:
 - I. Usufructo legal:
 - II. Usufructo convencional.
 - II. Pelo uso, e habitação.
 - III. Pelos censos (408).
 - IV. Pela superficie.
 - V. Pelos direitos no iuteriôr do solo, e seu espaço aéreo:
 - II. Gravada.
 - I. Pelas servidões reaes:
 - II. Pelas servidões pessoaes:
 - III. Affectada:

(403) Art. 111 Consolid. Neste regimen o marido, sem consentimento da mulher, não pôde alienar, hypothecar, e dar de aforamento, os immoveis do casal—Arts. 119 e 120 Consolid.

(404) Arts. 88 e 153 Consolid. O mesmo embaraço do caso antecedente.

(405) Art. 88 Consolid.

(406) Os bens dotaes são inalienaveis—Art. 122 Consolid.

(407) Dá á mulher um direito real de hypotheca—Arts. 123 e 1270 § 8º Consolid.

(408) Arts. 364 e 365 Consolid.

- I. Pela hypotheca:
 - I. Hypotheca legal:
 - I. Hypotheca legal privilegiada (409) :
 - II. Hypotheca legal simples (410):
 - III. Hypotheca judiciaria (411):
 - II. Hypotheca convencional (412) :
- II. Pela antichrese (413):
- VI. Propriedade revogavel, ou resoluvel (414):
 - I. Na venda (415):
 - I. Condições em geral (416):
 - II. Condições em particular:
 - I. Pacto commissorio (417):

(409) Art. 1270 Consolid.

(410) Art. 1272 Consolid.

(411) Art. 1272 § 6º Consolid.

(412) Art. 1279 Consolid.

(413) Art. 768 Consolid.

(414) Aquella, cuja continuação pôde sêr interrompida pelo proprietario anterior, que por motivo particular tem direito de reivindicar-la contra a vontade do actual proprietario. Falla-se da propriedade revogavel *ex tunc*, que dá lugar á applicação da regra—*resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis*, ou—*resoluto jure concedentis, resolvitur jus concessum*. A outra resolução *ex nunc* só dá uma acção pessoal. A venda, e a doação, contractos que tem por fim translação de dominio, são os dois casos mais communs, que motivão a revogação ou resolução.

(415) Equiparão-se ás vendas as trocas, e dações *in solutum*—Art. 595 §§ 2º e 4º Consolid.

(416) Art. 550 Consolid.

(417) Arts. 530 Not., e 532, Consolid.

II. Pacto de *retro* (418):

III. Pacto de *non alienando* (419):

IV. Pacto *addictione in diem* (420):

V. Pacto *protimeseos* (421):

II. Na doação:

I. Condições (422):

II. Superveniencia de filhos na que é feita entre marido e mulher (423):

VII. Propriedade rescisivel (424):

(418) Art. 551 Consolid.

(419) Art. 553 Consolid.

(420) Not. ao Art. 553 Consolid.

(421) Not. *ibidem* Consolid.

(422) Art. 420 Consolid.

(423) Art. 136 Consolid. O direito de revogar doações por motivo de ingratidão só dá uma acção pessoal—Art. 423 Consolid., Corr. Tell. Doutr. das Acç. § 101.

(424) A acção de rescisão, e a acção de nullidade, tem por fim annullar convenções; mas uma não se deve confundir com a outra. Entre a *nullidade* e a *rescisão* do contracto (Lobão Not. á Mell. Tom. 2º pag. 645) ha esta differença, que a nullidade opéra o mesmo como que se o contracto não existisse; e a rescisão o-suppõe valido, mas rescisivel. A nullidade produz seus effectos *ex tunc* desde o dia do acto, e a rescisão produz *ex nunc*; e isto para diversos effectos juridicos. O acto nullonão existe, e como concebêr que se possa rescindir o que não existe? O Direito Francez confunde a acção de nullidade com a de rescisão, o que tambem aconteceu no nosso Regul. Com. n. 737 Arts. 682 á 694. Estas acções nascem de contractosem certas circumstansias, e são pessoaes; mas como,—*cessante causa cessat effectus*—, a sentença, que annulla o contracto, restitue as cousas ao seu estado primitivo, e por conse-

- I. Pelo beneficio de restituição:
 - I. Concedido á menores, e pessoas á elles equiparadas (425):
 - II. Concedido á ausentes (426):
- II. Por erro nos contractos:
- III. Por violencia, coacção, e temôr (427):
- IV. Por dolo, fraude, e simulação (428):
- V. Por lesão enormissima (429):
- VI. Por vicios redhibitorios (430):
- VIII. Propriedade annullavel (431):
 - I. Por defeito interno:
 - I. Em relação á pessoas que contractão, por incapacidade:
 - I. De menores:
 - II. De pessoas á elles equiparadas:

guinte o direito real á quem o-tinha. Os Jurisconsultos Francezes aconselhão, que se-demande logo a parte obrigada, e o possuidor dos bens, para que não seja preciso propôr uma accção depois de outra.

(425) Arts. 12, 30, e 41, Consolid.

(426) Art. 36 Consolid., Corr. Tell. Doutr. das Acç § 104.

(427) Arts. 355, 356, e 357; Consolid.

(428) Art. 358 Consolid.

(429) Arts. 360 e 567 Consolid. Na *lesão enorme* o comprador demandado tem o alternativo de restituir a cousa, ou de inteirar o justo preço.

(430) Arts. 557 e 559 Consolid. Neste caso o comprador, que propõe a accção, é quem possui a cousa, mas em virtude da accção a cousa reverte para o domínio do vendedor.

(431) Neste caso a nullidade deve ser demandada e julgada.

- III. De menores suplementados, ou casados, que sem licença judicial não podem alienar e hypothecar immoveis (432) :
- IV. De mulheres casadas :
- V. De maridos, quanto aos immoveis do casal (433) :
- VI. Em varios casos especiaes (434) :
- II. Em relação ás cousas, objecto dos contractos :
 - I. Ás cousas litigiosas (435) :
 - II. Ás de heranças de pessoas vivas (436) :
 - III. Aos immoveis dotaes (437) :
 - IV. Em varios outros casos (438) :
- III. Em relação á causa dos contractos :
 - I. Falta de causa :
 - II. Causa falsa.
 - III. Causa illicita por prohibição da lei (439) :
 - IV. Causa illicita por opposição á moral. 440 :
- II. Por defeito externo.
 - I. Falta de solemnidades instrumentarias :

- (432) Art. 21 Consolid.
- (433) Arts. 119 e 120 Consolid.
- (434) Arts. 582 e 585 Consolid.
- (435) Art. 344 Consolid.
- (436) Art. 352 Consolid.
- (437) Arts. 122, e 586 § 4º, Consolid.
- (438) Arts. 570, e 586, Consolid.
- (439) Como as doações de homem casado á sua concubina—
Arts. 147, 426 á 429, e 1327 á 1329, Consolid.
- (440) Art. 329 Consolid.

- II. Falta de pagamento da siza (441) :
- IX. Propriedade nullamente adquirida (442) :
 - I. Por defeito interno :
 - I. Nullidade de alienações feitas por Ordens Regulares, sem licença do Governo (443) :
 - II. Nullidade de doações entre vivos de todos os bens sem reservado usu fructo, ou do necessario para subsistencia do doador (444.):
 - III. Nullidade de vendas feitas por pais á seus descendentes (445):
 - IV. Em varios outros casos (446):
 - II. Por defeito externo:
 - I. Falta de solemnidades instrumentarias substanciaes (447):
 - II. Falta de insinuação das doações (448):

(441) Art. 591 Consolid.

3.ª ED.

A siza está incluída no imposto de transmissão de propriedade, regulado pelos Decrs. n. 4355 de 17 de Abril de 1869, e n. 5581 de 31 de Março de 1874.

(442) Assim acontece, quando a nullidade é de pleno direito.

(443) Arts. 342, e 582 § 4º, Consolid.

(444) Art. 425 Consolid.

(445) Arts. 582 § 1º, e 583, Consolid.

(446) Arts. 582, 585, e 586, Consolid. Como as nossas leis não são claras, mesmo impondo o decreto irritante, é impossivel discriminar quaes as nullidades de pleno direito, quaes as dependentes de acção. O mesmo acontece quanto aos actos ou formulas do processo.

(447) Arts. 384 e seg. Consolid.

(448) Arts. 412, e 414 Not., Consolid.

II

Adquirida por successão hereditaria

I. Na successão legal:

I. Propriedade livre:

II. Propriedade de usufructo (449):

II. Na successão testamentaria:

I. Propriedade livre:

II. Propriedade gravada, e com encargos de restituições e condições:

III. Propriedade rescisivel, e annullavel, pelas mesmas causas, que podem viciar titulos entre vivos, além de outras causas privativas:

O que exigem de nós tantas, e tão sérias questões ? Um estudo meditado. Que nos-falta para emprehendêl-o ? Uma simples animação, e nada mais. Que resta fazer ? Completar a obra encetada. E que maior bem se-póde fazer á um povo, quando se-lhe-dá leis perfectas, e justas ? Tambem não ha factos mais glorioso, que possa immortalisar a memoria de um **MONARCHA** illustrado !

(449) Arts. 966 e seg. Consolid.

LEIS CIVIS

PARTE GERAL

TITULO I

DAS PESSOAS

Art. 1. As pessoas considerão-se como nascidas, apenas formadas no ventre materno; a Lei lhes-conserva seus direitos de successão para o tempo do nascimento (1). *Veja-se o*

Direito - 40, p. 610 -

(1) Ord. L. 3^o T. 18 § 7^o, e L. 4^o T. 82 § 5^o. Generalisei as disposições dos Arts. 199, e 1015.

Naciturus pro jam nato habetur, quando de ejus commodo agitur —L. 7, e 26, Dig. de stat. hom.

A Lei lhes-conserva seus direitos para o tempo do nascimento, contanto que nasção vivos—L. 129, e 231, Dig. de verb. signif.

Eliminem-se as palavras—*de successão*—, porque, além deste direito, ha outros que a Lei lhes-conserva.

A psse em nome do ventre, de que falla a Ord. L. 3^o T. 18 § 7^o, e a Curadoria de pessoas por nascêr—*nacituri*—, podem tambem têr logar por *doação*, que se-lhes-tenha feito.

Veja-se o Art. 43 do Cod. Crim.

Póde-se reconhecêr filhos naturaes ainda por nascêr, contanto que já estejam concebidos—Perdigão Comment. á Lei de 2 de Setembro de 1847 Quest. 14, Demolombe—*de la paternité* —ns. 414, e 415.

Art. 2. Prova-se o nascimento, e a morte, das pessoas pelos certidões de baptismo, e obito, extrahidas dos Livros Ecclesiasticos (2).

A alforria póde sêr concedida á escravo, que ainda exista no ventre materno. Se a mãe dêr á luz dois ou mais filhos, a liberdade reputa-se dada á todos, embora o testadôr só tenha feito menção de um—L. 14 Cod. de fideicommiss. libertat.

3.ª ED.

O Regul. n. 3650 de 18 de Maio de 1866 Art. 9.º §§ 1.º, 3.º, e 4.º, em virtude do Decr. n. 3598 de 27 de Janeiro do mesmo anno Art. 11, providenciou á bem dos *nascituros* nos Districtos Policiaes da Côrte, em accôrdo com os preceitos medico-legaes, mandando :

Nos casos de verificação de molhér grávida, sendo *viavel o feto*, e sobretudo se a *prenhêz estiver em tempo proprio*; procedêr logo aos exames necessarios, e praticar as operações tendentes á *salvar o feto* :

No exame dos corpos dos nascidos mortos, sobretudo nos caso de *abôrto*; indicar nos attestados de taes obitos a *idade intro-uterina*, e causa do obito :

Havendo motivo de suspeitar *abôrto criminoso*, procedêr á *exame da parturiente* por ordem do Chefe de Policia.

Nesta parte, porém, comprehendida na da creação de Medicos encarregados de verificar os obitos, foi revogado o citado Regul. pelo Decr. n. 4361 de 8 de Maio de 1868.

Vid. o Regul. n. 5604 de 25 de Abril de 1874, Art. 49 sobre os casos, de têr a criança nascido morta, de têr morrido na occasião do parto, ou dentro de trinta dias ; e Art. 50 sobre a communicacão de taes nascimentos pelo pai, e na falta delle pelos medicos, cirurgiões, parteiras ; ou outras pessoas, que tenham assistido ao parto

Cit. Regul. de 1874 Art. 51 n. 7.º.—O assento do nascimento deverá contêr a declaracão de que nasceu môrto, ou morreu no acto, ou logo depois do parto.

(2) Const. do Arcebis. da Bahia (8 de Julho de 1707) L. 1.º T. 20 § 70, e L. 4.º T. 49 § 831, Dec. de 13 de Julho de 1832, e de 11 de Julho de 1838. Por identidade de razão o § 5.º da Ord. L. 3.º T. 25. A secularisacão do registro dos nascimentos e obitos foi tentada pelo Decr. n. 798 de 18 de Junho

de 1851, que se-mandou suspendêr pelo de 29 de Janeiro de 1852.

Os nascimentos e obitos de pessoas não catholicas provão-se por certidões extrahidas dos respectivos Livros á cargo dos Escrivães do Juizo de Paz—Lei n. 1144 de 11 de Setembro de 1861 Art. 2.º, e Regul. n. 3069 de 17 de Abril de 1863 Art. 31.

Provão-se tambem por certidões extrahidas dos respectivos Livros á cargo dos Directôres de Colonias, ou das Autoridades Superiôres dellas—Cit. Regul. Art. 19.

A morte do recém-nascido, ainda que elle só tenha vivido um instante depois de completamente separado de sua mãe, não dispensa o registro do nascimento; devendo-se declarar isso mesmo no respectivo assento, com todas as circumstancias tendentes á verificar se o fallecimento têve ou não logar depois do parto.—Cit. Regul. Art. 47.

Fazem prova igualmente dos nascimentos e obitos os trasladados dos respectivos actos recebidos em suas Chancellarias pelos Consules Geraes, Consules, e Vice-Consules, dos paises, que assim convencionárão com o Imperio—Convenção Consular com a França de 10 de Dezembro de 1860 Art. 6.º, promulgada pelo Decr. n. 2787 de 26 de Abril de 1861; dita com a Confederação Suissa de 26 de Janeiro de 1861 Art. 8.º, promulgada pelo Decr. n. 2955 de 24 de Julho de 1862; dita com a Italia de 4 de Fevereiro de 1863, Art. 6.º, promulgada pelo Decr. n. 3085 de 28 de Abril do mesmo anno; dita com Portugal de 4 de Abril de 1863 Arts. 11 e 12, promulgada pelo Decr. n. 3145 de 27 de Agosto do mesmo anno; dita com a Hespanha de 9 de Fevereiro de 1863 Art. 9.º, promulgada pelo Decr. n. 3136 de 31 de Julho do mesmo anno.

Os obitos de pessôas fallecidas na Cidade do Rio de Janeiro provão-se por certidões extrahidas dos respectivos Livros dos Cemiterios—Regul. n. 796 de 14 de Junho de 1851 Art. 24, dito n. 1557 de 17 de Fevereiro de 1855 Art. 64, dito n. 2812 de 3 de Agosto de 1861 Art. 64.

3.ª ED.

Lei 2ª de 22 de Dezembro de 1761 Tit. 2º § 2.º—São em si diversas a identidade dos nomes, e a identidade das pessôas—. D'aqui resulta, que as Certidões de baptismo não provão a identidade de pessôa. (A identidade de pessoa, note-se bem, só pôde sêr provada por testemunhas, e para tal fim

observe-se a boa pratica de articular-a no penultimo dos Artigos de Habitação).

Resol. de 18 de Março de 1812 (Coll. Nab.)—Pelos baptismos não podem os Parochos pedir cousa alguma sem ni-corrêrem na pena de simonia, e só lhes-é permittido aceitar as offertas voluntarias dos fieis.

Decr. de 13 Julho 1832.—Os Parochos da Provincia de Minas passem Certidões de Baptismos, e Obitos (como outras proprias do seu Officio), independentemente de despacho de Autoridade Ecclesiastica.

Dito de 11 de Julho de 1838—A mesma providencia para o Municipio da Côrte.

Decr. n. 2812 de 3 de Agosto de 1861 Art. 9.º—Os Facultativos em seus Attestados de Obito devem declarar o nome, e os cognomes, a naturalidade, idade, condição, estado, profissão, e morada, do finado; como a molestia de que falleceu, e o dia, e hora, do fallecimento.

Av. n. 407 de 11 Setembro de 1869—Em conformidade do antecedente Decr. n. 2812 de 3 de Agosto de 1861 Art. 9.º

Lei n. 2040 de 28 de Setembro de 1871, Art. 8.º § 5.º—Os Parochos devem têr livros especiaes para o registro dos *nascimentos* e *obitos* dos filhos de escravas, nascidos dêsde a data desta Lei.

Regul. n. 5135 de 13 de Novembro de 1872 Arts. 2.º, 3.º, e 4.º—Sobre os assentamentos de baptismo dos filhos livres de molhér escrava, seus erros, e suas rectificações.

Decr. n. 5339 de 16 de Julho de 1873—Proroga por seis mezes, que findarão em 20 de Fevereiro de 1874, o prazo marcado para a execução das Convenções Consulares á cima citadas com a França, Suissa, Italia, Hespanha, e Portugal.

A Lei n. 1829 de 9 de Setembro de 1870, que mandou proceder ao recenseamento da população do Imperio, autorisou em seu Art. 2.º o Regul. n. 5604 de 25 de Abril de 1874 sobre o registro civil dos *nascimentos e obitos*, com o dos casamentos; e pelo Art. 1.º d'esse Regul. os respectivos assentos *certificação os factos do nascimento, e da morte*.

Os Arts. 48 á 55 desse Regul. de 1874 regulão o registro dos *nascimentos no territorio do Imperio* á cargo do Escrivão de Paz do districto da familia.

Os Arts. 67 á 72 desse Regul. de 1874 regulão o registro dos *obitos no territorio do Imperio*, á cargo do Escrivão de Paz do districto do fallecimento.

Art. 3. Os nascimentos, e obitos, em viagem de mar serão provados pelas cópias authenticas dos termos, que, por occasião de taes accidentes, deve fazer o Escrivão dos navios de guerra, ou o Capitão ou Mestre dos navios mercantes (3).

Art. 4. Os de Brasileiros em paiz estrangeiro provão-se pelas Certidões dos Registros Consulares (4).

Os Arts. 76, 77, e 78, desse Regul. de 1874 regulão o registro dos obitos :

Em prisão,

Em qualquer outro estebelecimento publico,

De pessôas encontradas accidental ou violentamente mortas,
De pessôas mortas em virtude da execução de sentença, que o mesmo Regul. chama *sentença de pena capital*, como se hoje aos enforcados, e arcabusados se cortasse a cabeça. Sendo figurada, não póde aqui por abundante passar a expressão, porque allude à *capitis diminutio* do Direito Romano.

Os Arts. 51 n. 3º e 55, desse Regul. de 1874 regulão os assentos de nascimento dos *gmeos* á respeito dos quaes consulte-se a Not. ao Art. 976 § 1 *infra*.

(3) Regim. Consular n. 520 de 11 de Junho de 1847 Arts. 118 á 122, Cod. do Com. Arts. 501, e 504.

3.ª ED.

Novo Regim. Consular, em substituição do antecedente de 1847, no Decr. n. 4968 de 24 de Maio de 1872 Arts. 117 á 121.

Sobre os *nascimentos, e obitos em viagem de mar*, a ultima legislação é a do Regul. n. 5604 de 25 de Abril de 1874 Arts. 56 á 59, e Art. 73.

(4) Cit. Regim. Consular de 11 de Junho de 1847 Arts. 171, 172, 178, 181, 182, e 225.

As cinco Convenções Consulares citadas ao Art. 2º são reciprocas. As declarações de nascimentos e obitos, que no Imperio podem tomar os Consules dos paizes que celebrárão taes Convenções, podem nesses paizes tomar os Consules do Imperio á seus nacionaes.

Art. 5. Serão todavia valiosos os actos de nascimentos e obitos de Brasileiros, ou de estrangeiros, feitos em paizes estrangeiros, se estiverem na fórma das Leis desses paizes, e legalizados pelos respectivos Agentes Consulares ou Diplomaticos nelles residentes (5).

Art. 6. Os obitos dos militares podem sêr provados pelas Certidões dos Livros dos Hospitales fixos, ou ambulantes, em conformidade das Leis em vigôr (6).

3.ª ED.

Novo Regim. Consular, em substituição do antecedente de 1847, no cit. Decr. n. 4968 de 24 de Maio de 1872 Arts. 169, 183, 186, e 187.

Sobre o registro dos nascimentos e obitos de Brasileiros em campanha, dentro ou fóra do Imperio, a ultima legislação é a do Regul. n. 5604 de 25 de Abril de 1874 Arts. 60, 61, 74, e 75. O cit. Art. 61 designou o Escrivão do Juizo de Paz do 1º Districto da Freguezia—do Sacramento do Municipio da Côrte—para os assentos, em que não se-declararem os nomes, e a residencia, ou ao menos a residencia dos pais. O cit. Art. 75 refere-se á esse Art. 61 sobre os assentamentos, quando os obitos se-derem em batalhas, e combates, e porisso não possam ser consignados no registro dos Corpos e do Commando em chefe.

O Art. 76 desse mesmo Regul. de 1874 (Not. ao Art. 2 *supra* tambem designa o Escrivão do Juizo de Paz do 1º Districto da Freguezia de—Sacramento do Municipio da Côrte—para o assentamento do obito no caso alli previsto.

Sobre os *assentos de obitos occorridos em Hospitales* veja-se o Art. 76 do Regul. n. 5604 de 25 de Abril de 1874.

(5) Cit. Regim. Consular de 11 de Junho de 1847 Art. 176.

3.ª ED.

Novo Regim. Consular, em substituição do antecedente de 1847, no Decreto n. 4968 de 24 de Maio de 1872 Art. 181.

(6) Alv. e Regim. de 27 de Março de 1805 T. 7º Arts. 27 e 28, Alv. de 14 de Junho de 1816, Port. de 24 de Fevereiro de 1824, Regul. de 17 de Fevereiro de 1832 Art. 18, Regul. de 9 de Dezembro de 1833 Art. 50.

Art. 7. Na falta de Certidões de baptismo, póde-se provar a idade por documentos, ou por outras quaesquer provas legaes (7). O pai ou a mãe, em tal caso, podem sêr testemunhas; mas serão cridos, como pessoas suspeitas (8).

Art. 8. As pessoas são maiores, ou menores. Aos vinte e um annos completos termina a menoridade, e se é habilitado para todos os actos da vida civil (9).

(7) Lei de 24 de Setembro de 1829. Até se-prova pelo aspectto, ou physionomia—Ord. L. 2º T. 54, Lei de 11 de Outubro. 1837 Art. 4º.

Não constando os assentos de baptismo dos Livros Ecclesiasticos, ou tendo-se estes perdido, ou não estando os assentos em devida fórma; as partes interessadas produzem justificações na Camara Episcopal, para que, provado quanto baste, se-abrão novos assentos, de que se-tirem certidões.

3.ª ED.

Avisos, n. 8 de 5 Janeiro de 1865, e n. 237 de 15 de Julho de 1874—As justificações de idade devem sêr produzidos perante o Juizo Ecclesiastico, que só é competente para isso.

Av. n. 398 de 28 de Outubro de 1874— Para o fim previsto no Art. 4º da Lei n. 2040 de 28 de Setembro de 1871, a certidão de baptismo, authentica e devidamente reconhecida, prevalece sobre a declaração da matricula, quanto á *idade do menor*.

(8) Ord. L. 3º T. 56 § 1º.

(9) Res. de 31 Outubro de 1831, Av. de 28 de Novembro de 1834. Existe a pratica de obrigar os que se-tornão maiores á prestar uma justificação inutil de capacidade, e á tirar Carta de emancipação. É abuso, contra o qual pronuncia-se o Av. n. 16 de 8 de Janeiro de 1856.

« Nesta Capital (Rebouças Observ. á esta Not.) não existe a pratica, á que se alludê. »

A Nota refere-se á pratica em geral, e não á desta Côte. Que deu-se o abuso, prova o mencionado Av. de 8 de Janeiro de 1856.

« Attingindo o orphão a idade de 21 annos (palavras do Av.), e provado este facto, deve sêr tido por emancipado, e apto para todos os actos da vida civil, independentemente de habilitação,

Art. 9. Exceptuão-se os Expostos, que logo aos vinte annos completos são havidos por maiores (10).

ou formal e expressa emancipação; sendo que a capacidade não carece de prova, porque é uma presumpção estabelecida pela Resol. de 31 de Outubro de 1831, e que só pôde sêr destruída pelos meios, e fórma, que as leis tem marcado para os maiores em geral. »

O abuso explica-se, porque tal era a pratica anteriôr, como do proprio Av. vê-se pela duvida, que elle resolveu, e confirma-se pela Not. 327 das Linh. Orphanol. de Per. de Carv.

Na Not. ao Art. 16 se-diz que, as nossas leis confundem o supplemento de idade com a emancipação; e tambem deve-se dizêr, que confundem a emancipação com a maioridade.

(10) Alv. de 31 de Janeiro de 1775 § 8.º

« O citado Alv. (Rebouças Observ. á esta Nota) trata tão sómente dos Expostos do Hospital da Casa de Misericordia de Lisboa, e portanto é lei peculiar ao Reino de Portugal, que não contém regra de direito, nem pôde têr execução no Imperio pela Lei de 20 de Outubro de 1823, etc. »

Esta Lei de 20 de Outubro de 1823 não decide a questão, porque declarou em inteiro vigôr as Leis Portuguezas promulgadas até o dia 25 de Abril de 1821, que não tivessem sido revogadas. A questão é, se o Alv. contém, ou não, regra de direito, e a affirmativa parece evidente. Abreviou-se o termo da menoridade dos Expostos, não por alguma consideração local, relativamente á Casa de Misericordia de Lisboa; mas unicamente pela qualidade das pessoas, de que se tratava. Para os Expostos, encurtando-se o tempo da sua menoridade, não ha perigo, visto que nada possuem; dando-se-lhes por outro lado uma compensação de sua má sorte, para mais depressa procurarem meios de vida. Não ha nisto *privilegio*, que incorra na censura da Constiuição do Imperio, porque não é lei de privilegio a que refere-se á uma classe inteira de pessoas. Se assim não fosse, condemnariamos uma grande parte do Direito Civil como legislação de privilegios. Que o § 8º do Alv. de 31 de Janeiro de 1775 contém uma disposição generica para todos os Expostos, vê-se em Per. do Carv. Linh. Orphanol. § 171 e Not. 331.

3.ª ED.

Regul. n. 5604 de 25 de Abril de 1874 Art. 53—Sendo *exposto*, declarar-se-ha (no assento de nascimento) o dia, mez,

e anno, e o logar, em que foi exposto; a hora em que foi encontrado, a sua idade apparente; e o envoltório, roupas, e quaesquer outros objectos, e signaes, que tivér, e que possam á todo o tempo fazêl-o reconhecêr.

O Cod. Orphanol. de Suzano Not. 123, e a Miscel. Jurid. de Rodrigues vb. *Menoridade*, aceitação minha generalisação do Alv. de 31 de Janeiro de 1775 § 8º pelo facto de o-citarem só, e não qualquer outra disposição, ou autoridade; dizendo o primeiro:— Os *Expostos* são havidos por maiores, logo que tem vinte annos completos;—e o segundo:— A idade de vinte annos completos é bastante para a emancipação dos *Expostos*.

Continúa, porém, á discrepar o respeitavel Autôr (Rebouças Observ. á Consolid.) á quem já respondi na 2ª Ed. Eis minha treplica:

1.º « Pelas quaes o Brazil se-governava até 25 de Abril de 1821 », disse o Art. 1º da Lei 6ª de 20 de Outubro de 1823, para excluir as leis posteriôres á essa data de 1821, não mencionada em sua Tabella annexa, á que refere-se o Art. 2º: O Alv. de 31 de Janeiro de 1775 § 8º é muito anteriôr á essa data: Logo, não foi excluido pela Lei 6ª de 20 de Outubro de 1823:

2.º « Os direitos, não para pessôas singularmente, mas em geral, se-constituem », disse a Lei 8ª Dig. *de legib.*, para impedir interpretações de odio ou favôr em relação á individuos: Eu generaliso o § 8º do Alv. de 31 de Janeiro de 1775: Logo, não sou impedido por essa Lei Romana, antes a-observo:

3.º « *Direito singular* é o introduzido contra a racional theôr, por alguma utilidade, com autoridade dos constituintes », disse a L. 16 Dig. *cod. tit.*, para distinguir entre Leis de aspectos individuaes, e de aspectos geraes: O Alv. de 31 de Janeiro de 1775 Art. 8º é lei de aspecto geral, menos geral em relação aos *Expostos* do Hospital de Lisboa, mais geral em relação aos *Expostos*: Logo, não cabe ao caso essa outra Lei Romana:

4.º « Disposições para Repartições ou Estações particulares não podem sêr generalisadas, » disse Borg. Carn. Dir. Civ. Introduc. Part. 2ª § 12 n. 29, para tolhêr generalisações de uma cousa á outra cousa, ou de uma pessoa á outra pessoa. Não considero o Hospital de Lisboa, não considero algum *Exposto* desse Hospital; considero uma classe de pessôas, considero todos os *Expostos*. Logo, não me-prende a doutrina do citade Jurista:

5.º « Generalisem-se as providencias do Alv. de 31 de Janeiro de 1775 á bem dos *Expostos* » desejou Per. de Carv. Linh. Orphan. Not. 222, porque a generalisação é possi-

Art. 10. A disposição do Art. 8. não é applicavel aos filhos-familias, emquanto não ficarem legalmente isentos do patrio poder (11). (Arts. 201 e 202)

vel no aspecto geral de criaturas engeitadas, e pela *bôa razão* do legisladôr e do interprete. Se generalizou esse Orphanologista dos Expostos do Hospital de Lisboa para todos os Expostos de Portugal, generalizo eu dos Expostos de Portugal, para os Expostos do Brazil; e fiz ainda mais, porque os-reputei maiores aos vinte annos completos sem dependencia da prova de capacidade indicada pelo mesmo Orphanologista Not. 331, visto dizêr o § 8º do cit. Alv. de 1775:—E logo que tivérem vinte annos completos, serão havidos por emancipados *sem embargo da Ord., que o contrario determina*—:

6.º Não só generalizei o § 8º do questionado Alv., como tambem o § 4º no Art. 275 *infra* Consolid. Recusais essa outra generalisação? Recusais o Alv. de 21 de Maio de 1751 Cap. 5º § 1º, e de 25 de Agosto de 1774 § 16 (Consolid. Arts. 452, 453, e 454), aliás concernentes ao Deposito Publico de Lisboa e do Porto? Não vêdes os favôres aos *Expostos* no Art. *infra* 1126, e nos Regul. n. 2708 de 15 de Dezembro de 1860 Art. 6º n. 1º, e 3581 de 31 de Março de 1874 Art. 13 n. 1º, quanto ao imposto de transmissão de propriedade? E os privilegios aos maridos, e filhos, das Amas dos *Engeitados* no Alv. de 9 de Novembro de 1802?

Ha dois processos para o entendimento humano, sem os quaes a elaboração scientifica do Direito não daria um passo. O da *deducção* para das leis genericas tirar regras especificas, o da *inducção* para das leis especificas tirar regras genericas. Este ultimo é mais frequente, porque as leis se-tem feito na relação particular dos casos occurrentes, como reconhece o proprio Alv. de 31 de Janeiro de 1775 em seu preambulo:—Que sendo o decurso dos tempos sujeito ás grandes alterações, que vem á fazêr necessarias muitas novas, e não cogitadas, providencias, etc.—Para a *deducção*, o proverbio—*generalis dispositio omnes species sub se contentas comprehendit*—. Para a *inducção*, este outro—*Ratio ubi est eadem, debet esse eadem juris dispositio*—.

(11) Ord. L. 4º T. 81 § 3º *ibi*—*de qualquer idade que seja*—Quanto aos direitos politicos, a Const. Art. 92 tambem faz esta distincção.

Art. 11. Os menores são especialmente protegidos pela Lei (12), a administração de suas pessoas e bens será encarregada á Tutores e Curadores (13), sob a privativa jurisdição dos Juizes dos Orphãos (14), e dos Juizes de Direito em cor-reição (15).

Os Arts., 1º n. 3º, e 26, do Cod. do Com., fallando distinc-tamente dos filhos-familias, que podem sêr commerciantes, confirmão a exactidão do têxto. Vid. Art. 205 Consolid.

(12) Os favôres, de que gozão os menores, serão indicados nos logares proprios.

3ª ED.

Av. (Rev.—*Direito*—Vol. 8.º pag. 187) de 23 de Junho de 1875— O Reg. n. 3784 de 19 de Janeiro de 1867, pôsto que se refira aos orphãos filhos de colonos, nada alterou, nem podia alterar, nos principios geraes de Direito ; devendo-se, portanto, entendêr, que ao Juiz de Orphãos compete a de-feza dos filhos menores de colonos.

Os *Indios* equipararão-se aos menores, porque o Decr. de 3 de Junho de 1833, Av. de 13 de Agosto de 1834, de 31 de Julho do mesmo anno, e Regul. de 15 de Março de 1842 Art. 5. § 12, encarregarão aos Juizes de Orphãos a administra-ção dos bens á elles *Indios* pertencentes. Vid. Not. ao Art. 1322 *infra*.

(13) Ord. L. 4º T. 102, e T. 104 § 6', Av. de 19 de Agosto de 1835, e n. 71 de 14 de Abril de 1847.

(14) Ord. L. 1.º T. 88, e T. 89, excitadas pelo Alv. de 24 de Outubro de 1814 ; Lei de 22 de Setembro de 1828 Art. 2º § 4 , e Regul. n. 143 de 15 de Março de 1842 Arts. 4 e 5.

3ª ED.

Pelo Art. 24 § 1º da Lei da Reforma Judiciaria n. 2033 de 20 de Setembro de 1871 foi mutilada a privativa jurisdição dos Juizes dos Orphãos, pois que no julgamento em 1ª in-stancia de todas as causas civeis nas respectivas Comarcas, que compete aos Juizes de Direito, inclúe-se o julgamento de partilhas, contas de Tutôres ; bem como qualquer outra decisão definitiva, que ponha termo á causa em 1ª instancia.

(15) Regul. n. 834 de 2 de Outubro de 1851 Cap. 5º Secç. 1ª. Anteriormente a Ord. L. 1º T. 62 §§ 28 á 38.

Art. 12. O *benefício de restituição* é concedido aos menores para podêrem rescindir os actos extrajudiciaes, e judiciaes, em que fôrem lesos durante o tempo da menoridade (16).

O Juizo de Orphãos da Côrte está isento da correição—
Art. 57 § 3º do Regul.

3.ª ED.

« Não ha duvida que as correições continuão » Consulta da Seccão do Conselho d'Estado dos Negocios da Justiça, sobre a qual foi expedido o Av. n. 201 de 9 de Julho de 1872. A duvida foi, se, á vista da Reforma Judiciaria da Lei n. 2033 de 20 de Setembro de 1871, continuavão em vigôr as *correições*, como fôrão estabelecidas pelo Regul. n. 834 de 2 de Outubro de 1851!

(16) Ord. L. 1º T. 88 § 28, L. 3º T. 20 §§ 19 e 32, T. 21 § 22, T. 41 princ. e §§ 1º, 2º, e 7º; T. 42 §§ 1º, 3º, e 4º; T. 86 § 6º, T. 88, L. 4º T. 61 § 7º, T. 79 § 2º, T. 96 § 21, Decis. n. 74 de 19 de Junho de 1848.

Mas os menores, e os filhos-familias commerciantes, não podem allegar o beneficio de restituição quanto aos actos ou obrigações do seu commercio—Cod. Com. Art. 26.

Os menores em geral (excepção da regra estatuida no têxto) não podem allegar o beneficio de restituição nas liquidações de sociedades commerciaes, e nos casos de quebra—Cod. do Com. Arts. 353 e 911, Regul. n. 737 de 25 de Novembro de 1850 Arts. 594, e 679.

Fóra destes casos podem allega-lo no Juizo Commercial—Cit. Regul. n. 737 Arts. 577 § 8º n. 1º, 578 § 3º, 579 § 4º n. 1º, e 679.

3.ª ED.

Ass. de 30 de Agosto de 1779—O damno e lesão é o fundamento da *restituição*.

O *beneficio de restituição* é um direito da classe dos *direitos restitutorios*, estes são uma parte dos *direitos rescisorios*, estes são uma parte dos *direitos relativos*, estes são uma parte dos *direitos divididos* na sua *compreensão*, sendo a outra parte

Art. 13. Este beneficio é extraordinario, só se-concede em falta de remedio ordinario ; e nos casos, e pela fórma, que o Direito determina (17).

nesta summidade os *direitos absolutos*. Vid. Introd. *supra* pag. 98.

Os do *beneficio de restituição* não são da classe do *Jus Singulari* definido na L. 16 Dig. *de legib.*

(17) Ord. L. 3^a T. 41 §§ 2^o e 7^o. Refere-se ao Direito Romano. Os menores não são soccorridos contra a disposição da Lei—Alv. de 15 de Setembro de 1696.

—*Em falta de remedio ordinario*, isto é, quando a lesão não pôde sêr reparada por outro meio judicial ; particularmente quando o acto é nullo, ou annullavel, caso em que a lesão pôde sêr reparada por acção de nullidade, ou pela allegação de nullidade em defeza—L. 16 princ. e §§ 1^o e 3^o Dig. *de minorib.* O *beneficio de restituição* suppõe, que o acto é válido, mas que foi lesivo,—*minor non restituitur tanquam minor, sed tanquam lesus*—.

—*Nos casos*, isto é, quando se-tem dado lesão de alguma importancia (abaixo da *lesão enorme*), ou pelo menos se-esteja expôsto á soffrê-la—L. 4^a Dig. *de in integ. restit.*, L. 9^a princ., e L. 49 Dig., *de minorib.*, L. 9^a § 4^o Dig. *de jurejur.*, L. 5^a princ. Cod. *de in integ. restitut. minor*.

Esta regra tem as seguintes excepções :

1.^o Quando o menor com intenção fraudulenta declarou-se maior—L. 1^a e 3^a Cod. *si min. se maj. dit.*

2.^o Quando já tem obtido supplemento de idade—L. 1^a Cod. *de his qui ven. etat. impetr.* Excepção prevista no Art. 22 Consolid.

3.^o Quando, depois de maior, ratifica o acto, expressamente ou tacitamente—L. 1^a e 2^a Cod. *si maj. fact. rat. hab.*

4.^o Quando, sendo já pubere, confirma o acto por juramento—L. 1^a Cod. *si adv. vendit.*

O menor só pôde demandar a restituição contra a pessôa, com quem tem feito o contracto lesivo, e herdeiros desta ; mas em regra não pôde allega-la contra terceiro possuidôr da cousa—L. 3^a § 2^o Dig. *de Senatus Cons. Maced.*, L. 11 § 7^o, e 12 Dig. *de minor. vig. quinq. ann.*, L. 6^a e 7^a Cod. *de in integ. restitut. min.*

Excepções desta regra—L. 9^a, 13 § 1^o, 14, e 38 § 1^o, Dig. *de minor. vig. quinq. ann.*

Tambem não pôde allega-la contra seu pai e mãe, com quem tenha contractado—L. 2^a Cod. *qui et adv. quos in integ. restitut.*

Quando tenha outro menor por adversario, só pôde allega-la, se este locupletou-se com o acto lesivo—L. 11 § 6^o, e 34 princ., Dig. *de minor. vig. quinq. ann.*

—*E pela fórma*, isto é, por acção ou por excepção—L. 9^a § 3^o Dig. *quod metus causa*, L. 9^a § 4^o Dig. *de jurejur.*; e portanto por embargos na execução—Ord. L. 3^o T. 86 § 6^o, e T. 87 § 2^o, Per. e Souz. Linh. Civ. Not. 883.

3.^a ED.

Ord. L. 3^o T. 80 § 3^o.—A restituição não vem por via geral, mas por graça, e *privilegio especial outorgado particularmente*; salvo se a cousa em questão fôr *individua*, que não possa sêr *partida*; porque então, sendo cousa que em si não padece *partição* ou *divisão*, a restituição dada á um aproveitará aos outros necessariamente. Vid. Per. e Souz. Linh. Civ. Nots. 615 e 883, e Mott. Apontam. Jurid. vb. *restituição*.

« E isto se-entende (Suzano Cod. Orphan. pag. 119), quando o Feito fosse tratado pelo Tutôr ou Curadôr do menor; então não ha restituição, ha inteira nullidade, e *d todo o tempo* ».

Provavelmente houve engano neste dizêr final—*e d todo o tempo*—, porquanto a acção de nullidade prescreve em trinta annos—Corr. Tel. Dig. Port. L. 1.^o ns. 247 e 1341.

« *Mas não é dada* (Suzano Cod. Orphan. Not. 114 Part. 1^a) *a sentença em seu favôr, salvo em idade infantil*. E tendo o menor remedio de nullidade, não pôde pedir o da restituição—Repert. vb. Menor, quando trata algum feito sem autoridade do Tutôr ou Curadôr, a sentença contra elle dada é nulla ».

Outro engano, porque, se a sentença não se-dêsse em favôr do menor na acção de nullidade, fôra dar e negar ao mesmo tempo, fôra inutilisar a acção de nullidade. Não diz isso o Repert. no logar citado. O que diz é, e por demais, que a disposição da lei só procede, quando a sentença é dada contra o menor; não quando dada em seu favôr, porque então é valida. Clarissimo, porque, sendo vencedôr na causa corrida sem autoridade do Tutôr ou Curadôr, não tem motivo

Art. 14. A restituição pôde sêr requerida até a idade de vinte e um annos, e mais quatro annos, que são vinte e cinco; e ainda depois, se por legitimo impedimento os menores forão privados de a requerêr (18). (Art. 857)

para demandar por acção de nullidade; por outra, só ha nullidade em proveito do menor, não do seu adversario. Isto mesmo já na 2.^a Ed. havia dito o periodo final da Not. *infra* ao Art. 26.

O Repert. limita em seguida sua advertencia, quando o menor demandou em *idade infantil*, isto é, com menos de sete annos (Borg. Carn. Dir. Civ. L. 1.^o Tit. 26 § 122 n. 2); mas eu rejeito esta limitação como evidentemente erronea, porque os dois casos só varião na especie de nullidade; no do *menor não infante*, a nullidade da *falta de Tutôr ou Curador* (Arts. 25 e 26 *infra* Consolid.); no do *menor infante*, a nullidade mais grave da *falta de discernimento*.

« Concedida a restituição contra a sentença (Suzano Cod. Orphan. pag. 120 e Not. 115 Part. 1.^a), suspende-se logo a sua execução até decisão da restituição. Mas, estando já feita a execução, permanece até que *se-annulle* a sentença executada, ainda que seja de partilha ».

Outro engano no dizêr—*se-annulle*,—porque, no figurado caso, o menor irá demandar por acção ordinaria a *restituição*, e não a *nullidade*.

Todas as *acções de nullidade* são *rescisorias*, expressão vulgar do nosso Fôro, expressão legalmente autorisada pelo Regul. n. 737 de 25 de Novembro de 1750 Art. 681 § 4.^o, contra o falso proverbio—*nullum quod est rescindi non potest*—; mas todas as *acções rescisorias* não são de *nullidade*, como prova o caso da restituição demandada por acção ordinaria, quando não é possível conseguil-a por embargos. Veja-se Not. *infra* ao Art. 1179, onde addicionei o adverbio—*aqui*—entre as palavras—*a rescisão suppõe*—. Os *direitos rescisorios* são *annullatorios ou restitutorios*, de que fallei na Not. *supra* ao Art. 12.

Sobre os 24 casos da Not. 117 de Suzano Cod. Orphan. Part. 1.^a, nos quaes não se-concede a restituição, ninguém os-admitta sem meditar.

(18) Ord. L. 3.^o T. 41 § 6.^o, harmonisada com a Resol. de 31 de Outubro de 1831; cit. Decis. n. 74 de 19 de Junho de 1848.

Art. 15. Estão sujeitos á indemnisação da lesão, que os menores soffrêrem, não só os bens de seus Tutores ou Curadores, culpados ou negligentes ; como subsidiariamente os dos Juizes, que taes Tutores nomeárão ou confirmárão (19).

Art. 16. Antes de terminada a menoridade é licito aos menores requerêr Provisão de supplemento de idade, se tiverem chegado á vinte annos sendo varões, e á dezoito sendo do outro sexo (20).

Art. 17. O supplemento de idade será concedido pelo Juiz de Orphãos, precedendo as diligências e informações necessarias sobre a capacidade do menor para regêr seus bens (21).

3.ª ED.

« Deve o menor (Suzano Cod. Orphan. pags. 120, 121, e Not. 116 Part. 1ª) pedir a restituição até quatro annos depois que chegar á idade de 21 ; e d'ahi para diante, só no caso de têr estado legitimamente impedido. *Ou se pedir incidentalmente*—Repert. vb. *Menor.* »

Não vejo esta ultima excepção no Repert. Se, passado o quatriennio, só a-póde pedir no caso de legitimo impedimento ; em nenhum outro caso póde pedil-a, e consequentemente no de *pedil-a incidentalmente*.

(19) Ord. L. 1º T. 88 §§ 3º, 16, 18, e 24 ; L. 3º T. 41 §§ 3º e 9º, e L. 4º T. 102 § 8º *in fin.* Regul. n. 834 de 2 de Outubro de 1851 Art. 32 § 8.º

(20) Ord. L. 1º T. 3º § 7º, T. 88 §§ 27 e 28, L. 3º T. 42 princ. e § 1º, Regim. do Desemb. do Paço § 13, Alv. de 24 de Julho de 1713. As nossas leis confundem o supplemento de idade e a emancipação, como vê-se no final do § 3º da Ord. L. 3º T. 9.º

(21) Lei de 22 de Setembro de 1828 Art. 2º § 4º, Av. de 15 de Fevereiro de 1838, de 5 de Novembro de 1840, Regul. n. 143 de 15 de Março de 1842 Art. 5º § 2º. As Provisões de supplemento de idade pagão o imposto da Tabella da Lei de 30 de Novembro de 1841 § 39, mas ha nisto a incerteza que póde-se vêr nas observações ao Art. 203 *infra*.

Art. 18. O casamento habilita o orphão menor para receber seus bens, e estes ser-lhe-hão entregues, tendo dezoito annos, se houver casado com authorisação do Juiz (22).

Art. 19. Não tendo havido authorisação do Juiz, a posse e administração dos bens lhe é negada até chegar á idade de vinte annos sendo que o casamento fosse desvantajoso, segundo a qualidade do menor, e sua fortuna (23).

Art. 20. Do mesmo modo proceder-se-ha com aquelle, que sem authorisação do Juiz casar com alguma orphã; salvo se o Juiz ordenar, que lhe-sejão os bens entregues, justificando o

3.ª ED.

Lei de 22 de Setembro de 1828 Art. 2º § 12—Sem constar do pagamento dos Novos Direitos na Estação competente não se-expeção estas concessões (as de supplemento de idade e outras).

Tabella annexa ao Regul. de 25 de Janeiro de 1832—As Provisões de supplemento de idade pagão 540 rês de Novos Direitos.

Av. n. 26 de 11 de Março de 1846—Expeção-se Cartas e Provisões (Titulos de supplemento de idade e de emancipação) iguaes ás que passavão os Tribunaes extinctos pela Lei de 22 de Setembro de 1828.

Sobre a *capacidade* diz o têxto, mas em sentido vulgar, e não no juridico de *capacidade civil*.

Esse vulgar sentido vem no § 1º do Alv. de 28 de Abril de 1681, o qual diz: A *capacidade* notoria deve-se regular, ou pela satisfação, que (Carcereiros) tiverem dado em algumas occupações semelhantes; ou pela que houver mais constante de sua vida, e costumes, etc.

(22) Ord. L. 1º Tit. 8ª § 27.

(23) Cit. Ord. L. 1º T. 88 § 19.

3.ª ED.

Liga-se este Art. 19 com os Arts. 107, 108, e 109, *infra*.

pretendente capacidade para regê-los, e merecendo por sua probidade e boa conducta tal concessão (24).

Art. 21. O menor, que obtivér supplemento de idade, ou fôr casado de idade de vinte annos, será de então em diante havido por maior ; mas não se-lhe-permitte sem consentimento do Juiz alienar, ou hypothecar, bens de raiz, pena de nulidade dos contractos (25).

(24) Ord. L. 1° T. 88 § 19, Regim. do Desembargo do Paço § 79, Lei de 22 de Setembro de 1828 Art. 2° § 4°, Regul. n. 143 de 15 de Março de 1842 Art. 5° § 8°, Av. n. 271 de 16 de Dezembro de 1852, Por tal concessão paga-se meio por cento dos bens entregues—§ 40 da Tabella annexa á Lei de 30 de Novembro de 1841.

Paga-se esse meio por cento, ou o casamento sem licença seja feito com orphão, ou orphã—Av. n. 213 de 22 de Junho de 1857.

3.ª ED.

Av. n. 182 de 23 de Julho de 1859—Approva a não entrega da legitima de uma orphã, que se casou sem licença do seu Juiz.

Regul. n. 4505 de 9 de Abril de 1870 Art. 1°—Págão sello proporcional ordens para entrega de bens de orphão, casado sem licença.

(25) Ord. L. 1° T. 88 § 28, L. 3° T. 42 §§ 1° e 2°, Regim. do Desemb. do Paço § 93, Lei de 22 de Setembro de 1828 Art. 2° § 4°, Regul. n. 143 de 15 de Março de 1842 Art. 5° § 3°. Mas os menores commerciantes podem validamente alienar e hypothecar seus bens de raiz—Art. 26 do Cod. do Com., e Art. 2° § 5° da Lei n. 1237 de 24 de Setembro de 1864. Quanto á direitos politicos, a Const. do Imp. Art. 92 § 1° tambem exceptúa os casados, porém com a differença de exigir 21 annos. A qualidade de Bachareis Formados, e de Clerigos de Ordens Sacras, não carece de declaração depois da Resol. de 31 de Outubro de 1831, porque ninguem pôde sêr Bacharel, ou Clerigo, sem têr 21 annos.

A prohibição de alienar ou hypothecar bens de raiz sem consentimento do Juiz é extensiva á menores supplementados

Art. 22. Supprida a idade, ou sendo casado o menor, e de idade de vinte annos, cessa o beneficio da restituição ; e não o-póde mais implorar, ainda que seja lesão em qualquer con-

de um e outro sexo, como resulta claramente da Ord. L. 3^o T. 42 § 2^o *ibi—em idade de vinte annos ou de dezoito—*.

Será porém extensiva á menores casados de um e outro sexo com a idade de vinte annos? Tem-se entendido, que a Ord. L. 1^o T. 88 § 28 só é applicavel á maridos menores, e não á hypothese de casar a menor com marido *sui juris*. Taes são nossos costumes.

Ora, tal intelligencia não acha apoio na legislação em vigôr, e na doutrina dos Commentadôres, com se-póde vêr em Borg. Carn. Dir. Civ. L. 1^o T. 29 § 257 n. 17. E na verdade, se a menor supplementada, como é expresso no § 2^o da citada Ord. L. 3^o T. 42, não póde sem licença alienar bens de raiz, segue-se, que, passando á casar nesse estado, não póde dar outorga á seu marido para alienação de taes bens.

Se esta consequencia é irrecusavel no caso da molhér supplementada, dá-se força de maior razão quando ella não o fôr, ainda mesmo que já tenha a idade de vinte annos.

Objectar-se-ha, que a razão é maior ainda, se a molhér não supplementada tivér menos de vinte annos, ou tivér menos de dezoito, caso em que o supplemento de idade não é possível, e que a Ord. L. 1^o T. 88 § 28 não faculta o remedio da licença nestas hypotheses.

Mas a duvida se-desvanece pela leitura do § 93 do Regim. do Desemb. do Paço, que diz assim:—Supprir idade ás molhéres para poderem vendêr bens de raiz, sendo contentes seus maridos—Estas palavras passárão textualmente para a Lei de 22 de Setembro de 1828 Art. 2^o § 4^o, e Regul. n. 143 de 15 de Março de 1842 Art. 5^o § 3^o; e dellas resulta, que a licença judicial póde sêr requerida em todos os casos de alienação ou hypotheca de bens de raiz por homem casado com molhér menor, ainda que esta não esteja na hypothese da Ord. L. 1^o T. 88 § 28 e L. 3^o T. 42 § 2^o, que só faltão do supplemento de idade.

A novissima Lei hypothecaria n. 1237 de 24 de Setembro de 1864 não tem alterado a disposições do texto. Diz seu Art. 2^o § 4^o, quanto á capacidade para hypothecar:—« Só póde hypothecar, quem póde alhear— ».

tracto posteriormente feito (26), e mesmo no judicialmente autorizado sobre bens de raiz (27).

Art. 23. A restituição contudo aproveita aos conjuges, uma vèz que um delles seja menor de vinte annos (28).

Art. 24. Se fôr devida alguma cousa ao menor com a condição de a-podêr haver quando tivêr idade cumprida e legitima, o supplemento de idade nada influirá em tal obrigação (29).

Art. 25. O menor até a idade de quatorze annos, e a menor até a de doze annos, serão activa e passivamente representados em Juizo por seus Tutores (30). (Art. 461)

(26) Ord. L. 3º T. 42 §§ 1º e 3º. Para os actos anteriores parece, que o quadriennio da restituição deve corrêr dos vinte annos.

L. 1ª Cod. *de his qui ven. ætat impetr.* Vid. Not. ao Art. 13.

(27) Ord. L. 1º T. 88 § 28. Foi inutil portanto a declaração do Art. 26 do Cod. do Com., negando o beneficio de restituição aos menores commerciantes.

Não foi inutil a declaração do Art. 26 do Cod. do Com., porque, além dos menores supplementados, e casados, com idade de vinte annos, que são os designados no Cod. do Com. Art. 1º n. 2º; tambem podem sêr commerciantes filhos-familias, que tenham mais de dezoito annos de idade com authorisação dos pais por escriptura publica—Cit. Cod. Art. 1º n. 3º.

(28) Ord. L. 3º T. 42 § 4º.

(29) Cit. Ord. L. 3º T. 42 § 5º.

(30) Ord. L. 3º T. 29 § 1º, T. 41 § 8º, e T. 63 § 5º.

São estes os *menores impuberes*, e as leis citadas declarão sua *incapacidade absoluta*; mas incompletamente, porque o-fazem em relação unicamente á *negocios judiciaes*.

Quanto á *negocios extrajudiciaes*, não temos lei civil, que proclame em geral a incapacidade dos impuberes. É somente declarada quanto á procuração pela Ord. L. 3º T. 29 § 1º (Consolid. Art. 461), quanto á facção testamentaria pela Ord.

Art. 26. Depois dessa idade os menores, que fôrem autores, tem intervenção propria; e se forem réos, devem sêr especialmente citados, e mais seus Curadores, pena de nullidade do processo (31). (Art. 462)

L. 4º T. 81 princ. (Consolid. Art. 993 § 1º), e quanto á sêrem testemunhas nos testamentos e codicillos pelas Ords. L. 4º T. 85 princ., e T. 86 § 1º (Consolid. Arts. 1063 § 1º, e 1080).

Esta lacuna da nossa legislação civil póde ser supprida, quanto á incapacidade dos impuberes para fazêrem contractos, pelo Art. 129 n. 1º Cod. do Com., que declara nullos todos os contractos commerciaes, que fôrem celebrados entre pessoas inhabeis para contractar. O que se-diz sobre a nullidade dos contractos commerciaes, em tal caso, é applicavel aos contractos em geral porque a razão é a mesma.

Se o impubere fôr citado em Juizo, e não seu tutor, o processo é nullo, e esta nullidade é *insanavel*. Este caso importa a falta de citação—cit. Ord. L. 3º T. 63 § 5º, e T. 75 princ. nas palavras: *sem a parte ser-primeiro citada*.

É *insanavel*, quer dizer, o menor, ou seu tutor, não póde ratificar o processado, e os Juizes não podem supprir a nullidade. Ao contrario (note-se bem), podem, e devem, neste caso pronunciar a nullidade sem dependencia de allegação della.

O Regul. n. 797 de 25 de Novembro de 1850, tendo declarado no Art. 672 § 1º, que são nullos os processos, quando as partes são menores, ou pessoas semelhantes, sem tutor ou curador, não distingue entre puberes e impuberes; e porisso tambem não faz distincção no Art. 674, dando á percebêr, que a ratificação é sempre possivel. Não é assim, a ratificação não é possivel quando a parte é menor impubere, que foi citada, e não seu tutor.

Esse mesmo Regul. no citado Art. 674 deixou de exprimir, que tal nullidade deve sêr pronunciada pelos Juizes, ainda que não seja allegada. Só applica aos contractos a essencial distincção entre nullidades *absolutas* e *relativas*, entre nullidades de *pleno direito* e *dependentes de acção* (Arts. 683 e 687), entretanto que esta distincção tambem é applicavel aos actos do processo. Entender-se-ha com exactidão o citado Art. 674 approximando-se d'elle estas palavras do Art. 686 § 3º:—*a nullidade de pleno direito não póde sêr relevada pelo Juiz, que a deve pronunciar*, etc.

(31) Cit. Leis.

São estes os menores *puberes* ou *adultos*, cuja incapacidade é *relativa*, isto é, exceptuada quanto aos actos que a lei declara; e á respeito desta incapacidade bem se vê, que o têxto tambem refere-se á *negocios judiciaes* sómente.

A *intervenção própria*, de que falla o têxto, effectua-se por procuração do menor adultô; mas elle não pôde fazê-la sem autorisação do Juiz do processo, ou de seu Curadôr—Art. 462 Consolid. Se o menor está sob o patrio podêr, sem autorisação do Juiz do processo, ou de seu pai.

Pena de nullidade do processo— Pôde dar-se esta nullidade em quatro casos:

1.º Figurando no processo, como autôr, ou réo, somente o Curadôr sem intervenção do menor:

2.º Figurando somente o menor sem assistencia, ou autorisação do Curadôr:

3.º Tendo sido citado, como réo, somente o Curadôr sem citação especial do menor:

4.º Tendo sido citado somente o menor sem citação do Curadôr.

A nullidade da Not. antecedente é *insanavel*, como se disse, *absoluta*; e a nullidade, de que ora se trata, é *sanavel*, *relativa*.

É *sanavel*, porque o menor, ou seu Curadôr, pôde ratificar o processado; e os Juizes podem supprir tal nullidade, quando é allegada na primeira, ou na segunda instancia, antes da sentença—Ord. L. 3º T. 63 §§ 1 e 2.

No caso da falta de procuração, os Juizes supprem a nullidade, mandando juntar a procuração em um termo, pena de lançamento; e no caso da falta de citação, mandando fazê-la, pena de révelia—cit. Ord. L. 3º T. 63 § 1.

A redacção do Regul. Com. n. 737 no citado Art. 674 é inexacta quanto á esta nullidade, e não ha razão para supprêr, que intencionalmente se-afastasse da bõa providencia da Ord. L. 3º T. 63 §§ 1º e 2º, tanto mais porque essa Ord. tem sido constantemente observada no Juizo Commercial. Inexacta, porque, referindo-se ás nullidades do Art. 672, e portanto á consistente na falta de intervenção do menor *pubere*, ou de seu Curadôr, diz:—*as referidas nullidades não podem ser suppridas pelo Juiz*—

É *relativa*, porque só interessá ás partes, porque só prejudica ao menor; e d'ahi resulta, que os Juizes não podem suppri-la, sem que seja allegada, ou arguida pelas partes; e que o menor, ou seu Curadôr, pôde ratificar o que se-fez.

A ratificação por parte do menor, ou de seu tutôr, pôde sêr *expressa*, ou *tacita*, e portanto não depende sacramentalmente (como erroneamente se-suppõe no Fôro) de um termo de ratificação do processado, pôsto que esta seja a melhor fórma de ratificar. Tanto assim é, que a ratificação também allude á nullidade de processos, ou de qualquer procedimento judicial, que já estejam terminados.

Esta theoria da *ratificação*, ou, para melhór dizêr, da *confirmação dos actos nullos*, é da maior importancia; e se fôr estudada pelos Juizes e Advogados, libertará nossas relações do constante flagello das nullidades.

A *ratificação* cobre a nullidade dos actos judiciaes e extrajudiciaes, e portanto a dos contractos. A doutrina estabelecida no Art. 688 do Regul. n. 737 sobre as nullidades dos contractos é também applicavel ás nullidades do processo. — Quando são *relativas*, umas e outras se-desvanecem pela ratificação dos actos; e a ratificação tem effeito retroactivo, salvo o prejuizo de terceiros. O Regul. diz:—*as nullidades podem sêr ratificadas*—. É uma redacção incorrecta. O que se ratifica é o acto, e não a nullidade.

Está entendido, que a pena de nullidade do processo, comminada no têxto não procede, quando a sentença fôr dada em favôr dos menores—Borg. Carn. Dir. Civ. Liv. 1.º T. 12 § 124 n. 4.º

3.º ED.

Confere este ultimo periodo como additamento da Not. 17 ao Art. 13 em relação ao Repert., não bem comprehendido por Suzano Proc. Orphan. Not. 114 Part. 1.º

« A Ord. L. 3.º T. 41 § 8.º *in fin.* (Rebouças Observ. pags. 11 e 12) não distingue nessa sua sancção, e a regra é que: → onde a lei não distingue, não devemos distinguir, etc. »

Se o veterano J. C. recusa o ultimo periodo da minha Nota da 2.º Ed., aceito eu para respondêr-lhe suas valentes armas da L. 13 § 29 Dig. *de act. empt. et vend.*, L. 19 Dig. *de reg. jur.*, e L. 25 *de legib.*, e com certeza de victoria infallivel.

Se aceita esse ultimo periodo, resuso eu, e com a mesma certeza, seus dois argumentos; tão contradictorios, como improcedentes.

A exclusão dos menores supplementados, e casados, nem pró nem contra prova; porque não inclui na Ord. alguém mais protegido por assistencia de Curadôres, e com a pena

Art. 27. Não se-entende esta disposição com os menores, que são havidos por maiores, ou por têrem obtido supplemento de idade, ou por têrem casado com a de vinte annos (32).

Art. 28. Quando a causa do menor corrêr á revelia, o Juiz della dar-lhe-ha Curador á lide, que sob juramento, e com informação do Tutor ou Curador, defenda o menor, pena de nullidade do processo (33). (Art. 309)

de nullidade do processo na falta della ; senão unicamente distingui o caso, em que nos processos sem tal assistencia julgar-se á favôr dos menores.

Não autorisar-se Borg. Carn. com alguma lei está indicando o imperio racional da distincção. A razão da providencia, a razão da nullidade, foi o recêio da lesão dos menores ; e tal razão cessa, quando os menores não fôrão lesados pelo bom exito das sentenças favoraveis. São elles os protegidos em relação á seus adversarios, e como trocar os papets na bôa fortuna de julgamentos accordes com a intenção do legisladôr ?

(32) Ord. L. 3.º T. 41 § 8.º *in fin.*

(33) Cit. Ord. L. 3.º T. 41 § 9.º—Quando a causa não corre á revelia do menor, manda somente esta Ord. que se dê juramento ao Procuradôr do menor ; mas, por costume do Fôro, ha sempre uma nomeação de Curadôr á lide.

Tambem por costume do Fôro, como os escravos entrão em o numero das pessoas incapazes, á ponto de se-reputarem *cousas*, e não *persôas*, nomea-se-lhes sempre um Curadôr, quando demandão ou são demandados por sua liberdade.—Vid. Provis. de 20 de Setembro, e de 15 de Dezembro, de 1823.

3.ª ED.

Av. n. 571 de 30 de Novembro de 1869—Os Curadôres Geraes, e os Curadôres *in litem*, além dos emolumentos do Regim. de Custas, só percebem os de Advogados, quando seus curatellados são vencedôres, satisfeitas as custas pelas partes vencidas ; sendo, nos inventarios e partilhas, obrigados os interessados ás custas *pro rata*, não ha de quem os Curadôres possam havêr emolumentos.

Art. 29. Os loucos de todo o genero, e os prodigos, são equiparados aos menores. A Lei do mesmo modo os-protege (34).

Art. 30. Elles são igualmente soccorridos com o beneficio da restituição (35).

Art. 31. Os bens e direitos dos ausentes serão encarregados pelos Juizes dos Orphãos á administração e vigilancia de Curadores (36), e fiscalizados pelos Juizes de Direito em correição (37), nos casos seguintes :

§ 1.º Quando o ausente se-achar em lugar incerto, sem se-saber se é morto ou vivo, não tendo molher; nem pai, sob cujo

Regul. n. 5135 de 13 de Novembro de 1872 Art. 84 § 1º (para execução da Lei do Elem. Serv.)—Se houver necessidade de *Curadôr*, á citação precederá a nomeação d'elle, etc.

Veja-se o *Direito* (Revista de 1874 5º Vol. pag. 5) sobre a nullidade do processo por falta de *Curadôr* ao réo escravo.

(34) Ord. L. 4º T. 103, Lei de 3 de Novembro de 1830 Art. 4º .

Regul. n. 834 de 2 de Outubro de 1851 Cap. 5º Secç. 1.ª Desprezei a variada terminologia das Leis antigas sobre loucos, usando da expressão do Art. 10 §2º do Cod Crim.

(35) Ord. L. 3º T. 41 § 4º .

(36) Ord. L. 1º T. 90 princ., Lei de 3 de Novembro de 1830 Arts. 1º e 2º, Av. de 28 de Agosto de 1833, Av. de 25 de Fevereiro de 1834, Regul. 143 de 15 de Março de 1842 Art. 5º §§ 7º, 10, e 11; e Regul. n. 2433 de 15 de Junho de 1859 Arts. 20 e seguintes.

(37) Regul. n. 834 de 2 de Outubro de 1851 Art. 48. Nessa fiscalização teve-se mais em vista os interesses da Fazenda Nacional, que os dos ausentes.

O Decr. n. 2433 de 15 de Junho de 1859 não derogou o Art. 48 do Regul. acima citado —Circ. n. 264 do 1º de Outubro de 1859.

podêr estivesse, nem procuradôr na terra (38), e ficando desamparados seus bens (39). (Art. 329)

2.º Tratando-se de heranças, que pertencão á herdeiro ausentes, ascendentes, ou descendentes (40); não tendo estes no logar procuradores legalmente autorizados para receberem o que lhes-pertencêr, ou não existindo presente conjuge sobrevivente, ou testamenteiro que aceite a testamentaria (41). (Art. 330)

(38) Ord. L. 1º T. 90 princ. nas palavras—*e seus bens desamparados por não haver quem delles tenha carregó*—, Regim. de 10 de Dezembro de 1613 Cap. 26.

(39) Ord. L. 1º T. 78 § 7º, T. 90 princ., Regul. n. 143 de 15 de Março de 1842 Art. 5º § 11; Regul. de 9 de Maio de 1842 Art. 1º § 2º, e Arts. 2º e 24; e cit. Regul. n. 2433 de 15 de Junho de 1859 Art. 1º n. 2º.

(40) Quanto á herdeiros collateraes—*ainda que notoriamente conhecidos*—a ausencia nada influe, porque sua presença no logar não impede a arrecadação da herança. O Art. 1º § 1º do Regul. de 27 de Junho de 1845 alterou a disposição do Art. 11 do Regul. de 9 de Maio de 1842. Esta intelligencia foi contrariada pelo Av. n. 84 de 28 de Julho de 1845, mas firmada depois pelo Av. n. 257 de 23 de Novembro de 1853, e Av. annexo de 12 de Janeiro de 1846.

Actualmente a presença no logar de herdeiros collateraes impede a arrecadação da herança, se o fôrem *dentro do 2º gráo por Direito Canonico, e notoriamente conhecidos*—cit. Regul. de 15 de Junho de 1859 Art. 3º n. 1º.

Se esses collateraes não fôrem *notoriamente conhecidos*, a arrecadação se-faz; mas cessará, sem deducção de porcentagens, se justificarem em prazo razoavel, assignado pelo Juiz, sua qualidade hereditaria—cit. Regul. de 15 Junho de 1859 Art. 4º.

(41) Regim. de 10 de Dezembro de 1613 Cap. 3º, Regul. de 9 de Maio de 1842 Art. 1º § 1º, e Arts. 2º, 11, e 24; Regul. de 27 de Junho de 1845 Art. 1º §§ 1º 2º, e 3º; Decis. n. 72 de 5 (e Julho de 1845, e cit. Regul. de 15 Junho de 1859 Art. 1º n. 1º, e Art. 3º, ns. 1º, 3º, e 4º.

§ 3.º Havendo herdeiros ausentes, de qualquer qualidade que sejam, sem procuradores no lugar (42), quando as heranças não são arrecadadas por estarem na posse de conjuge cabeça de casal, ou de testamenteiros, ou de herdeiros ascendentes (43). (Art. 331)

Testamenteiro que aceite a testamentaria, e que esteja presente na terra. Se ao tempo do fallecimento estiver ausente o testamenteiro, a arrecadação se-faz; mas apresentando-se o testamenteiro antes de feita a entrega aos herdeiros, ou de recolhido o producto dos bens ao Thesouro ou ás Thesourarias, lhe-é tudo entregue para cumprimento do testamento—cit. Regul. de 1859 Art. 3º n. 3º.

Quid, se, não estando presente o testamenteiro para aceitar a testamentaria, tem no lugar procuradôr especialmente autorisado que por elle quer aceita-la?

É caso de arrecadação nos termos do Art. 330 Consolid., á menos que o testadôr tenha expressamente autorisado a substituição do nomeado testamenteiro por outra pessoa, que o represente. Essa substituição do testamenteiro ausente por seu procuradôr equipara-se ao *substabelecimento do mandato*, e salido é (Art. 470 § 1º Consolid.), que sem podêres especiaes o mandato não pôde sêr substabelecido. É regra dominante do mandato, que o mandatario deve executa-lo por si mesmo, e pela razão simples de têr sido escolhido por seu credito, zelo, fidelidade—*industria personæ electa est*—. Além disto, quanto aos testamenteiros em particular, se tem constantemente entendido em Direito, que seu mandato é ligado á sua pessoa, e que portanto não o-pôde transferir á outrem—Furgole Trat. dos Testam. Cap. 10 Secç. 4ª n. 43, Troplong. Testam. ns. 2035 e 2038. Finalmente, o interesse publico do exacto cumprimento das disposições de ultima vontade engendra entre o testamenteiro e a autoridade relações, que não podem dependêr do arbitrio das partes—Not. ao Art. 1099 Consolid.

Ascendentes ou descendentes—Não basta estar presente avô ou avó, quando estão ausentes pai ou mãe herdeiro—Decis. n. 34 de 14 de Abril de 1846.

(42) Regul. de 27 de Junho de 1845 Art. 1º § 3º, e cit. Regul. de 15 de Junho de 1859 Art. 3º n. 4º.

(43) Cit. Regul. Art. 1º §§ 1º e 2º, e Art. 2º; e cit. Regul. de 15 de Junho de 1859 Art. 9º.

Art. 32. Se a ausencia exceedêr de dez annos, e suspei-
tar-se a morte do ausente, observar-se-ha o disposto nos
Arts. 334 e seguintes (44).

Art. 33. A mesma providencia tem logar no caso de re-
gular-se perdido o navio, e fallecidas as pessoas que nelle
partirão, por não havêr noticia de sua chegada ao porto de
seu destino, nem á algum outro porto, dentro de dois annos
nas viagens mais dilatadas (45).

Art. 34. Quando fallecêr algum estrangeiro sem testamen-
to, não havendo conjuge ou herdeiros presentes á quem per-
tença ficar na posse da herança ; ou mesmo com testamento,
se fórem estrangeiros os herdeiros e estiverem ausentes, e
ausentes tambem os testamenteiros ; não haverá nomeação de
Curadôr, e procederá o Juiz na fórma da legislação para
estes casos (46). (Art. 1260)

(44) Ord. L. 1º T. 62 § 38, Regim. do Desemb. do Paço § 50, Lei de 22 de Setembro de 1828 Art. 2º § 4º, Lei de 3 de Novembro de 1830 Arts. 1º e 2º, Disp. Prov. Art. 20, Regul. de 15 de Março de 1842 Art. 5º §§ 7º, 10, e 11 ; Regul. de 9 de Maio de 1842 Art. 12, e cit., Regul. de 15 de Junho de 1859 Art. 47.

3º. ED.

Sobre a exigencia, felizmente abolida, das chamadas—*certidões de vida*—, veja-se a Not. ao Art. 473 § 1º. Vejam-se tambem os Arts. 43, e 776.

(45) Decr. de 15 de Novembro de 1827. Não é caso de successão definitiva, porque o Decr. refere-se á Ord. L. 1º T. 62 § 38. Quanto ao prazo, concorda com o Art. 17 da Regulação de Seguros approvada pelo Alv. de 11 de Agosto de 1791, e com o Art. 720 do Cod. do Com. Não concorda com os Arts. 242 e 244 do Regul. das Alfandegas de 22 de Junho de 1836.

Cit. Regul. n. 2433 de 15 de Junho de 1859 Art. 57 n. 1.

(46) Regul. n. 855 de 8 de Novembro de 1851 Arts. 2º e seguintes. Este modo de procedêr, nos termos do Art. 24

do citado Regul., é só admissivel á respeito de subditos daquellas Nações, com as quaes, em virtude de accôrdo, fôr estabelecida a reciprocidade por meio de notas reversaes, attendendo Decreto do Governo.—*Vid. infr. Art. 1260.*—Por ora está em vigôr para com Portugal—Decr. n. 882 de 9 de Dezembro de 1851, Confederação Suissa—Decr. n. 1062 de 6 de Novembro de 1852, e Ducado de Parma—Decr. n. 1143 de 12 de Abril de 1853.

As disposições do cit. Decr. n. 855 de 8 de Novembro de 1851 são unicamente applicaveis ás arrecadações dos subditos estrangeiros fallecidos, ou que fallecêrem, depois da publicação dos Decretos do Governo Imperial, de que trata o Art. 24 do mesmo Decr.—Circul. n. 86 de 18 de Fevereiro de 1856.

Com a Republica do Uruguay, por notas reversaes de 13 de Novembro e 21 de Dezembro de 1857, foi igualmente ajustada a observancia do cit. Decr. de 1851.

Nestes casos o Juiz de Orphãos procede á arrecadação, servindo de Curadôr o respectivo Consul ou Vice-Consul, ou Agente Consular, nos termos do Decr. n. 2127 de 13 de Março de 1858.—*Vid. Av. n. 79 de 5 de Março de 1858*, que, no caso de têr deixado conjuge na terra o estrangeiro fallecido ab-intestado, declara, que os bens dos herdeiros ausentes não devem sêr entregues ao Agente Consular; pois só lhe compete assistir aos actos do inventario, e figurar nelles como mero representante dos herdeiros ausentes de sua Nação.

Devem hoje sêr observadas as Convenções Consulares citadas na Not. ao Art. 2º *supra* quanto ao fallecimento de estrangeiros no paiz, á saber, com a França Art. 7º, com a Suissa Art. 9º, com a Italia Art. 7º § 2º, com Portugal Art. 13, e com a Hespanha Art. 10.

3.ª ED.

Av. n. 32 de 19 de Janeiro de 1866—Remette o de 23 de Dezembro de 1865, providenciando sobre inventarios feitos nos Consulados das Nações estrangeiras das Convenções Consulares, e pendentes ao tempo em que expedio-se o Av. de 17 de Junho de 1865.

Av. Circ. n. 36 de 22 de Janeiro de 1866—Firma a intelligencia do Art. 10 da Convenção Consular com a Hespanha de 9 de Fevereiro de 1863, que foi promulgada pelo Decr. n. 3136 de 31 de Julho do mesmo anno.

Art. 35. Quanto á herdeiros ausentes de socios de sociedades commerciaes, ou de pessoas que tenham credores commerciantes, cumprão-se as disposições do Codigo do Commercio (47).

Art. 36. Aos que se-achão ausentes por motivo de serviço publico concede-se o beneficio de restituição, e gozão deste beneficio :

Decr. n. 3711 de 6 do Outubro de 1866 —Promulga a Declaração de 21 de Julho do dito anno, interpretando o Art. 7º da Convenção Consular com a França de 10 de Dezembro de 1860, que foi promulgada pelo Decr. n. 2787 de 26 de Abril de 1861.

Decr. n. 3935 de 21 de Agosto de 1867—Promulga o Accôrdo de 23 de Maio do dito anno, para regular a execução do Art. 13 da Convenção Consular com Portugal de 4 de Abril de 1863, promulgada pelo Decr. n. 3145 de 27 de Agosto do mesmo anno.

Decr. n. 4075 de 18 de Janeiro de 1868—Promulga a Declaração de 7 de Setembro de 1867, para firmar o sentido, e modo de execução, do Art. 9º da Convenção Consular com a Suissa de 26 de Janeiro de 1861, que foi promulgada pelo Decr. n. 2955 de 24 de Julho de 1862.

Av. n. 605 de 17 de Dezembro de 1869—As questões acerca do espolio de Subditos Portuguezes, que deixão viuva brasileira, e filhos menores, estão resolvidas pela Resolução n. 1096 de 10 de Setembro de 1860, e Decr. n. 3145 de 27 de Agosto de 1863, que promulgou a Convenção Consular de 4 de Abril d'aquelle anno.

Decr. n. 5533 de 24 de Janeiro de 1874—Promulga a Convenção de 22 de Abril de 1873 com a Gran-Bretanha sobre attribuições consulares, na qual, Art. 4º, e com dois Memorandos, ha estipulações peculiares para os casos de fallecimento dos respectivos subditos.

(47) Arts. 309 e 310 do Cod. do Com., Art. 9º do cit. Decr. n. 855 de 8 de Novembro de 1851, Regul. n. 737 de 25 de Novembro de 1850 Art. 21 §§ 1º e 2º, Regul. n. 738 da mesma data Art. 18 n. 9º, Regul. n. 1597 do 1º de Maio de 1855 Arts. 2º, e 12 § 4º, e Regul. n. 2433 de 15 de Junho de 1859 Art. 10.

§ 1.º Os ausentes no Exercito em tempo de guerra, que por tal motivo não podem comparecêr no logar para onde são citados:

§ 2.º Os ausentes em Embaixadas, Legações, e Commissões extraordinarias, e temporarias, de qualquer natureza que seião, cuja duração pôde sêr de qualquer modo definida (48).

Art. 37. Não gozão de tal beneficio os que se-acharem ausentes em Embaixadas, Legações, e Commissões ordinarias (49).

Art. 38. Em todos os casos de Embaixadas, Legações, e Commissões ordinarias, não deve comtudo ter logar contra o ausente a citação em começo de demanda; seguindo-se á este respeito o que se-acha disposto nas Leis do Processo sobre a citação dos Agentes Diplomaticos (50).

Art. 39. Aos ausentes em logar incerto, ou em logar certo perigoso, que tiverem de sêr demandados, se-permitte citar por edictos, informando-se primeiramente o Juiz por inquirição sobre a necessidade desta citação excepcional. Procedendo-se de outra maneira, será nullo o processo, que da citação resultar (51).

(48) Alv.-de 21 de Outubro de 1811 § 3º.

(49) Cit. Alv. de 21 de Outubro de 1811 § 3º *in fin.*

(50) Cit. Alv. de 21 de Outubro de 1811 § 4º. As Leis do processo, á que refere-se o Art., são a Ord. L. 3º T. 4º, e T. 33 § 5º.

(51) Ord. L. 2º T. 53 § 1º, e L. 3º T. 1º § 8º. A lei não manda nomear Curadôr á estes ausentes, mas o Juiz da Causa, justificada a ausencia, sempre o-nomêa. Esta é a praxe do Fôro.

Dispos. Provis. de 29 de Novembro de 1832 Art. 2º, Regul. Com. n. 737 Arts. 39, 45, 53 § 1º, e 54.

Art. 40. As pessoas são singulares, ou collectivas. São pessoas collectivas as Cidades, Villas, Concelhos, Confrarias, Cabidos, Priór e Convento, marido e molher, irmãos em uma herança; e outras semelhantes, que se-considerão como uma pessoa (52).

Os Praxistas exceptuão dois casos, em que não tem lugar esta citação por edictos; á saber, nas causas de reconheciménto e assignação de dez dias, e nas de juramento d'alma; porém não ha lei, que dê apoio á esta limitação; e o Regul. Com. n. 737 não a-tem feito. Per. e Souz. Linh. Civ. Not. 960 não é coherente nesta parte com a doutrina da Not. 203.

A justificação de ausencia no Juizo de Paz para o acto conciliatorio não dispensa outra justificação para citação inicial no Juizo Contencioso. Tal é a praxe, sem nenhuma utilidade, e com grave prejuizo das partes.

(52) Ord. L. 1º T. 31 § 1º, T. 84 § 3º, e L. 3º T. 78 princ. e § 1º.

Marido e molher: Porque vivem na sociedade conjugal, que é sociedade universal de bens, ou pelo menos de interesses. Toda a sociedade (á não ter sómente existencia entre os socios, como a colonia parciaria—Arts. 633 e 654 Consolid., sociedade em conta de participação, de capital e industria—Arts. 317 e 325 Cod. do Com.), é *pessoa collectiva*.

Todas as pessoas collectivas são *pessoas moraes* ou *juridicas*, porém ha pessoas juridicas, que não são collectivas, como os *estabelecimentos de utilidade publica*, que tem patrimonio seu—Savigny Dir. Rom. Tom. 2º pag. 237 Not.

Irmãos em uma herança: Porque achão-se na communhão dos bens da herança *pro indiviso*; e toda a communhão, de bens, ou de interesses, casual ou convencional, tambem considera-se *pessoa collectiva*.

3.ª ED.

Ord. L. 1º T. 62 § 46 —As quaes *tréz pessoas* se não entenderá *marido e molher* por *uma pessoa*, somente se-declarará o *marido e molher* por *primeira e segunda pessoa*, e o que deradeiro delles fallecêr possa nomear a *terceira*.

Av. n. 358 de 4 de Agosto de 1862—Uma Freguezia não pode sêr considerada Municipio, emquanto não se-installa a respectiva Camara.

Av. n. 44 de 26 de Janeiro de 1867—Quando o *Estado* funciona como *pessoa civil*, contractando com um particular á respeito de um direito individual, sujeita-se como qualquer cidadão á *Lei Privada* e ao Pedêr Judiciario. Vid. Not. ao Art. 884.

Os casos oppostos ao deste ultimo Av. são os do—*Contentioso Administrativo*—, sobre que vérsão as disposições citadas nos Apont. Jurid. de Motta, e a recente Obra de H. do Rego Barros, noticiada pelo *Direito* (Revista) de 1874 5º Vol. pag. 541.

Pessoas singulares:—Mas como á *pessoas singulares*—, são palavras da cit. Ord. L. 3º T. 73 § 1º.

Pessoas collectivus: Foi qualificação minha, que agora substituo pela de—*universaes*—. *Universalidade* (Bluteau) é o contrario de *singularidade*. Em verdade a cit. Ord. L. 3º T. 78 princ. diz: —e estes convem somente ás *universidades* das Cidades, Villas, Concelhos, Collegios, Confrarias, e quaesquer outros semelhantes, quando *juntamente* fazem seus actos—. Acrescente-se pois no têxto do Art. 40 *supra* a palavra—*Collegios*—entre as duas—*Concelhos, Confrarias*—.

Cabidos:—Está na cit. Ord. L. 1º T. 84 § 3º, onde tambem está—*Universidade*—, com inicial grande designando Estabelecimento Scientifico. Acrescente-se pois tambem no têxto do Art. 40 *supra* a palavra—*Universidades*—.

Priór e Convento:—Está na cit. Ord. L. 1º T. 31 § 1º:—marido e molhér, ou *Priór e Convento*—.

Marido e molhér:—Está nas duas cit. Ord. L. 1º T. 31 § 1º, e T. 84 § 3º, que são havidos por *um côrpo*.

Irmãos em uma herança:—Está na mesma cit. Ord. L. 1º T. 84 § 3º.

Em recapitulação, reprovo portanto qualquer divisão de pessoas, que não seja em *singulares*, ou *universaes*. E assim reprovo a do Dir. Civ. Brazil. de Ribas pag. 6 em *naturaes* ou *juridicas*—. Neste ultimo epitheto ha pleonasmoo, que se-desfaz nos de *pessoas Moraes* e *pessoas religiosas*.

Aceito a observação de Rebouças á este Art., porque agora corrijo a Not. *supra* da 2º Ed., e digo: Todas as *pessoas universaes* são *collectivas*, ou a colleccão seja de *cousas personificadas*, ou seja de *pessoas singulares*. Citei Savigny Dir. Rom.

Art. 41. As Igrejas tambem gozão do beneficio da restituição (53).

Tom. 2º pag. 237 Not. só para indicar esta subdivisão das *pessoas universaes*, e não porque elle dicesse não sêrem collectivas. As collecções de possôas não auferem o exterior sempre physico das *pessoas*, porque as *universaes* apparecem nas figuras visiveis dos seus representantes necessarios. Destes representantes o primeiro é o *Legislador*.

(53) Ord. L. 2º T. 1º § 6º, Ass. de 30 de Agosto de 1779. A Ord. L. 3º T. 41 § 4º, quanto ao beneficio da restituição, é ampla, referindo-se geralmente ao Direito Romano. Os Praxistas o-fazem extensivo ao Estado, ás Misericordias, Confrarias, e Camaras Municipaes, pelos factos ou omissões de seus agentes ou aministradores. As Insrtucções de 10 de Abril de 1851 Art. 17, dadas pelo Conselheiro Maia aos Procuradores Fiscaes, declarão, que tal privilegio compete á Fazenda Nacional.—Os presos não tem restituição, porque a Lei de 11 de Setembro de 1830 rovogou a Ord. L. 3º T. 9º § 12.—Tambem não a-tem as viúvas.—Vid. Art. 159.

Vid. *Pardigão Man. do Procur. dos Feit.* § 44.

As Igrejas têm hypotheca legal sobre os immoveis de seus thesoureiros, prepostos, procuradores, e syndicos. Vid. Nota ao Art. 69.

3.ª ED.

« A Lei de 11 de Setembro de 1830 (Rebouças Observ. pag. 14) não revogou em caso algum o *beneficio de restituição* do § 12 da Ord. L. 3º T. 9º, etc. » Revogou, porque esta Ord. prohibia a citação dos *presos*, que (Per. e Souz. Linh. Civ. § 89 n. 9, e Not. 218 n. 3) não podia sêr feita sem Provisão Régia. Se a Lei de 11 de Setembro de 1830 permittio a citação dos *presos*, concedendo-lhes outros favôres, cessou o motivo da *restituição*—*causa sublata tollitur effectus*—. Quanto mais, que esta Lei diz no Art. 6º:—Fica revogada a Ord. L. 3º T. 9º § 12—.

« A negativa (Rebouças Observ. pags. 14 e 15) do *beneficio de restituição* ás viúvas somente pôde sêr sustentada em vista do Ass. de 29 de Março de 1814, etc. » Respondo com a Not ao Art. 159 *infra*, que por erro typographico da 2.ª Ed. foi apontado como 155.

TITULO II

DAS COUSAS

Art. 42. Os bens são de três especies: moveis, immoveis, e acções exigíveis (1).

(1) Lei de 20 de Junho de 1774 §§ 17 e 27. Esta divisão tem effeito, tratando-se da penhora de bens nas execuções de sentenças. Os direitos e acções contão-se entre as cousas moveis, ou immoveis, conforme a natureza do objecto, á que se referem — Art. 47 Consolid.

Na classe dos bens moveis entrão os semoventes, e na classe dos semoventes entrão os escravos.

Posto que os escravos, como artigos de propriedade, devão ser considerados *cousas*; não se equiparão em tudo aos outros semoventes, e muito menos aos objectos inanimados, e porisso tem legislação peculiar.

Tratando dos Índios do Brazil, diz o Alv. de 6 de Junho de 1755 :— para que todos sejam havidos por livres sem dependencia de mais prova do que a plenissima, que á seu favor resulta da presumpção que está pela liberdade; enquanto por outras provas tambem plenissimas, e taes, que sejam bastantes para elidirem a dita presumpção, se não mostrar que effectivamente são escravos; incumbindo sempre o encargo da prova aos que requerem contra a liberdade, ainda sendo réos. Estas palavras encerrão uma regra geral de direito sobre a liberdade das pessôas.

Pela sua natureza (Alv. de 16 de Janeiro de 1759) as causas sobre liberdade não admittem estimação (*libertas inæstimabilis res est*—L. 106 Dig. de rég. jur.), e porisso excedem sempre a alçada, quando se julga contra a liberdade; não assim, quando se julga á favôr da liberdade, visto que para o appellante seu contendôr é um objecto de propriedade.

Os escravos (Av. n. 16 de 13 de Fevereiro de 1850) são inhabeis para adquirir por argumento da Ord. L. 4^o T. 92 pr. Em verdade, se por esta Ord. pôde succedêr o filho, que o homem solteiro houver de escrava alheia, se por morte de seu pai ficar forro; segue-se, que não pôde succedêr, se por morte de seu pai ainda fôr escravo; e não pôde succedêr, porque não

póde adquirir. Tolera-se todavia em nossos costumes, que os escravos possuão dinheiro, e bens moveis. (Vid. Nots. aos Arts. 982 § 1.º, e 993 § 5.º, *infra*).

Os escravos deixão de ser taes pela alforria ou manumissão (*manumissio est datio libertatis*—Inst. princ. *de libertin.*), e esta póde ser dada á titulo oneroso, ou gratuito. Á titulo gratuito, por acto entre vivos, ou por disposição de ultima vontade. Não conhecemos os outros modos de manumissão do Direito Romano.

Como a alforria póde sêr dada por fideicomisso, á prazo, ou debaixo de condição, ha um estado médio entre a escravidão e a liberdade; e os escravos, que se achão nesse estado, têm a denominação de—*estado-livres*—. Entende-se por—*estado-livre*—aquelle, que está destinado á sêr livre depois de certo tempo, ou depois do cumprimento de uma condição—L. 1ª pr. Dig. *de statutib.*

A condição do *estado-livre* é tal, que, á sêr vendido, nada perde do direito que tem á sua liberdade—L. 2ª Dig. *de statutib.*

O herdeiro do testadôr não póde tirara liberdade de um *estado-livre*. Não o-prejudicão, nem a alienação, nem a prescripção, desde que se-cumpra a condição da liberdade—L. 13 Cod. *de testam. manumis.*

O herdeiro não póde deteriorar a condição do *estado-livre*—L. 33 Dig. *de statutib.* Salvo, se a alforria tem sido dada sob condição de que o herdeiro não o-venda—L. 30 Dig. *de statutib.*

O *estado-livre* quasi em nada differe dos outros escravos, e porisso está sujeito ás mesmas penas—L. 29 Dig. *de statutib.* Revogada pela L. 9ª § 16 Dig. *de panis*, que manda punir o *estado-livre* como se fôra livre.

O *estado-livre* póde sêr abandonado para reparação do damno, que houver causado—L. 9 pr. Dig. *de statutib.* Vid. Not. ao Art. 807.

O *estado-livre* fica logo livre, se o-vende o herdeiro, á quem elle estava obrigado á servir—L. 3ª § 17 Dig. *de statutib.*

Os filhos de uma *estado-livre* nascem escravos do herdeiro—L. 16 Dig. *de statutib.* Tenho sempre opinado em contrario, seguindo como mais razoavel a disposição do Cod. da Luiziana Art. 196, que diz: « O filho nascido de molhér, que tem adquirido um direito absoluto á sua liberdade futura, segue a sorte de sua mãe, e fica livre na época determinada para sua alforria, ainda mesmo que venha á fallecêr antes dessa época. »

Não temos lei, que autorise alforrias tacitas, e apenas a Provis. 1ª de 15 de Dezembro de 1823 dá noticia de um caso

dellas, e sem que o-admitta, á saber, quando o senhor abandona seu escravo doente. Veja-se na Not. ao Art. 208 *infra* outro caso de alforria tacita.

Não ha alforria (L. 17 § 1º Dig. *qui et a quib. manumis*), se o senhor, não tendo intenção de libertar seu escravo, e só a de isenta-lo de castigo, declarara falsamente em Juizo que é livre.

Sobre escravos da Nação, que pretendão libertar-se—Ord. n. 160 de 30 de Outubro de 1847, e n. 7 de 8 de Janeiro de 1853. Vid. *Man. do Proc. dos Feitos* Addit. ao § 57 e Not. 145.

Ações exigiveis—Sobre o que se-deva entendêr por *ações* assim qualificadas, consulte-se Lobão *Trat. das Execuç. §§ 337, 382 á 387, e 400 á 405*, que mui sensatamente tem criticado os §§ 17 e 27 da Lei de 20 de Junho de 1774. O caso é, que, não permittindo essa Lei que os credits, direitos, e ações, do devedôr executado se-avaliem, arrematem, e adjudiquem, como bens de 1ª, e 2ª especie; e mandando sómente que as chamadas *ações exigiveis* se-arrematem pela sua liquida e verdadeira importancia (como se houvesse interesse para alguem em arrematar dividas sem deducção, pôr mais seguras que sejam), ou se arrematem *real por real* (arrematação esta, que hoje se-denomina—*real á real*—, e que antes é uma adjudicação ao credôr exequente para applicar á seu pagamento o que fôr cobrando); vê-se ao contrario todos os dias em nosso Fôro a arrematação de dividas pelo preço que podem alcançar em praça, preço que quasi sempre é muito inferior ao valôr nominal dellas. Desta discordancia entre a legislação vigente, e a praxe, resultão embargos de nullidade das arrematações, ou de lesão enorme e enormissima, fundados na generalidade da Ord. L. 4º T. 13 § 6º. É um deploravel estado de cousas, tanto mais porque o Art. 524 do Regul. n. 737 de 25 de Novembro de 1850 dispõe, que os devedôres do executado sejam demandados pelas ações competentes, precedendo arrematação ou adjudicação na fórmula prescripta pela Lei de 20 de Junho de 1774! Vejo entretanto, que o Art. 864 do Cod. do Com. permite aos administradôres de massas fallidas vendêr as dividas activas dellas, que fôrem de difficil liquidação, ou cobrança; vejo que o Art. 3º da Tabella das porcentagens dos curadôres, depositarios, e administradôres, das massas fallidas, distingue as dividas activas conhecidamente perdidas; e até vejo, em relação á Fazenda Nacional para pagamento da taxa de heranças e legados, que o Art. 19 do Decr. de 15 de Dezembro de 1860 manda vendêr em hasta publica no

Juizo dô inventario as dividas activas da herança, que se possão reputar incobreveis, ou de difficil liquidaçãõ, por insolvabilidade, fallencia, ou outras circumstancias dos devedôres.

3.ª ED.

Av. n. 324 de 22 de Setembro de 1857—A liberdade concedida, com o onus de serviço por algum tempo, é perfeita.

Decr. n. 2160 do 1º de Maio de 1858—Mandando proceder á nova matricula geral de todos os *escravos* sujeitos á taxa.

Decr. n. 2201 de 26 de Junho de 1858—Isenta do imposto do sello os actos promovidos, e quaesquer titulos e documentos apresentados em Juizo á favôr dos que litigãõ por sua liberdade.

Av. n. 13 de 19 de Janeiro de 1859—Deve sêr observado o Regul. Provincial da Provincia de Minas relativamente á *escravos* não reclamados por seu senhôres depois de certo tempo.

Decr. n. 2833 de 12 de Outubro de 1861—Altera o Art. 3º § 1º, e Art. 6º § 2º, do Decr. n. 2699 de 28 de Novembro de 1860, que regula a transferencia de *escravos*, e arrecadação do imposto da meia siza.

Av. n. 54 de 9 de Fevereiro de 1870—Não é *escravo* quem por mais de três annos achar-se no gôzo de sua liberdade, e como livre servio na Armada; cumprindo intentar em Juizo á quem reclamal-o a acção, á que tivêr direito.

Av. n. 158 de 15 de Junho de 1870—O facto de ter tido praça na Armada constitúe presumpção de *liberdade*: e sem que esta seja illidida em Juizo competente, não póde o individuo reclamado continuar prêso; cumprindo aos interessados usar dos direitos, que possão têr contra o dito individuo.

Lei n. 2040 de 28 de Setembro de 1871—Liberta os filhos de *molhêr escrava*, que ulteriormente nascêrem; e os *escravos da Nação*, e outros.

Decr. n. 4815 de 11 de Novembro de 1871—Instrucções para execuçãõ do Art. 6º § 1º desta Lei da libertaçãõ do ventre.

Regul. n. 4835 do 1º de Dezembro de 1871—Matricula especial dos *escravos*, e dos filhos livres de *molhêr escrava*.

Decr. n. 4960 de 8 de Maio de 1872—Altera o Regul. n. 4835 á cima na parte relativa á matricula dos filhos livres de *molhér escrava*.

Av. n. 397 de 22 de Outubro de 1872—Em vista do Art. 4º § 6º da Lei n. 2040 de 28 de Setembro de 1871 não competem emolumentos aos Tabelliães pelo registro das *cartas de liberdade*.

Decr. n. 5135 de 13 de Novembro de 1872—Regulamento Geral para execução da mesma Lei n. 2040 de 1871.

Av. n. 248 de 24 de Julho de 1874—Sobre a escripturação e entrega de quantias provenientes do *peculio de escravos*.

Av. n. 480 de 18 de Dezembro de 1874 —A entrega, ás Thesourarias de Fazendas de quantias provenientes de *peculio de escravos* deve sêr acompanhada de guia da Autoridade competente.

Av. (na Rev.—*Direito*—Vol. 8º, pag. 186) de 23 de Junho de 1875—Depois da Lei de 28 de Setembro de 1871, na qual estatuiu-se que ninguem mais nasceria escravo, são *absolutamente livres* os filhos das *alforriadas condicionalmente*, sem embargo de têrem sido levados á matricula.

A classificação de *bens immoveis, moveis, e semoventes*, apparece no Regul. n. 4355 de 17 de Abril de 1869 Arts. 2º e 5º n. 1º, e n. 5581 de 31 de Março de 1874 Arts. 1º e 2º n. 1º, sobre o imposto de transmissão de propriedade. Póde passar, comtanto que se-a-decomponha em dichotomicã, entendendo-se que nella *bens* são *cousas*. *Bens* são objectos ideaes, e portanto não são immoveis, nem moveis, nem semoventes. Eis a decomposição. As *cousas* são *moveis*, ou *immoveis*. As *cousas moveis* são *semoventes*, ou *amoviveis*.

Assim como as *peçoas* fôrão na *extensão* divididas em *singulares* ou *universaes*, as *cousas* tambem na *extensão* devem sêr divididas em *singulares* ou *universaes*. E' a divisão mais elevada. As *cousas*, como as *peçoas*, mostrão-se em collecções; e quando as *cousas* em collecção não são personificadas, são *cousas universaes*; *universalidades de facto*, que não se confundão com as *universalidades de direito*, como exactamente recommenda Zachar. Div. Civ. Ed. Belga Tom. 1º pag. 139. As collecções de *cousas* não auferem o exterior sempre physico das *cousas*, porque as *universaes* apparecem nas fórmãs visiveis de suas representações escriptas. Destas representações a primeira é a *Lei*.

Art. 43. As prestações perpetuas ou vitalicias de rendas, pensões, tenças, e lóros, seguem a natureza dos immoveis (2).

« *Acções exigiveis* (Reb. Observ. pags. 16 e 17) avalião-se, ponderando-se os grãos de probabilidade de sua cobrança, deduzidas as despezas extrajudiciaes e judiciaes. » *Difficilem rem postulasti!* Engano patente de *jure constituto* por qualquer de suas sortidas! Pela 1ª, porque em verdade a Lei de 20 de Junho de 1774 §§ 17 e 27 não manda fazêr taes avaliações: Pela 2ª, porque o Ass. de 23 de Março de 1786 trata de rendas e alugueres dos predios penhorados, que não são *dividas activas*: Pela 3ª, porque no caso dessas *acções exigiveis* a arrematação *real á real* presuppõe a inutilidade da avaliação: Pela 4ª, porque Lobão Trat. das Exec. § 337 reconhece a nossa interpretação, dizendo: « A Lei de 20 de Junho de 1774 §§ 17 e 27 parece, que fixou os justos preços das *acções exigiveis* na sua mesma importancia. » Ha erro na distincção desse Praxista sobre *dividas inexigiveis* ou de *difficil e duvidosa cobrança*, para não reputal-as comprehendidas na cit. Lei de 20 de Junho de 1774. *Dividas inexigiveis* são as suspensas por condições, e portanto incobreveis antes do futuro evento. As de *difficil e duvidosa cobrança* estão indistinctamente comprehendidas na Lei, fixadas em suas respectivas importancias.

(2) Ord. L. 3º T. 47 princ., e L. 4º T. 48 § 8.º A distincção entre rendas de locações por mais ou menos de dez annos cessou com a disposição do Alv. de 3 de Novembro de 1757. Tambem seguião a natureza dos immoveis os *direitos reaes, padroados*, e as *jurisdicções*. Não temos hoje *Donatarios da Corôa*, nem particular algum que exerça esses direitos da Soberania Nacional, inseparaveis dos Podêres Politicos, á quem forão delegados. Os *officios*, que a Ord. L. 4º T. 48 princ. tambem põe na linha dos immoveis, são meras serventias. não se-conferem á titulo de propriedade—Lei de 11 de Outubro de 1827, O Alv. de 23 de Fevereiro de 1771 suspendeu os de 21 de Junho de 1766, e 30 de Agosto de 1768, que, violentando a natureza das cousas, mandava considerar as—*apolices (acções) das companhias* — bens estaveis e solidos, que podião sêr vinculados, e não bens de terceira especie—. A Lei de 15 de Novembro de 1827, que fundou a Caixa d'Amortisação, não manda que as—*Apolices da divida publica*—se-reputem bens immoveis. Estão pois sem vigor os Alvs. de 31 de Janeiro de 1775 § 3º, de 13 de Março

de 1797 §§ 5º e 7º, de 23 de Janeiro de 1801, e de 7 de Março de 1801 § 4º, que attribuição esta qualificação ás antigas—*apolicies da divida publica*, e aos *padrões de juros*—, para o effeito de não poderem esses titulos sêr possuidos sem licença pelos corpos de mão-morta.—Veja se o Art. 44 da Lei de 18 de Setembro de 1845, e Decr. de 28 de Novembro de 1849.

E' certo, que violenta-se a natureza das cousas, quando se manda considerár bens immoveis apolices da Divida Publica, acções de companhias de commercio e industria, e quaesquer direitos perpetuos ou de longa duração. Entre esses direitos, e as cousas immoveis, não ha mais que uma analogia, ou semelhança, no ponto de vista da duração; porém a censura, que tenho feito, remonta ao disposto na Ord. L. 3º T. 47 princ., cabe á essa Ord., e não aos Alvs. de 23 de Fevereiro de 1771, 30 de Agosto de 1768, 31 de Janeiro de 1775 § 3º, 13 de Março de 1797 §§ 5º e 7º, 23 de Janeiro de 1801, e 7 de Março do mesmo anno § 4º, que não forão mais do que uma applicação ou consequencia daquella Ord. L. 3º T. 47 princ. As Apolices da Divida Publica são titulos de rendas perpetuas, e porisso comprehendidas naquella Ord., que attribue ás rendas perpetuas a natureza de immoveis. Modifiquei pois minhas idéas sobre este assumpto na parte relativa ás Apolices da Divida Publica, o que me-parece fóra de duvida; e de tal modificação resulta a preciosa consequencia, de que o marido não póde alienar sem outorga da mo-lher Apolices da Divida Publica pertencentes ao casal.

3.ª ED.

Reguls. n. 4355 de 17 de Abril de 1869 Art. 5º n. 2º, e n. 5581 de 31 de Março de 1874 Art. 2º n. 2º—São sujeitas ao imposto de transmissão de propriedade as *Apolices da Divida Publica Interna* (Decr. n. 4113 de 4 de Março de 1868 Art. 1º).

Os mesmos Reguls. n. 4355 Art. 5º n. 3º, e n. 5581 Art. 2º n. 3º—Tambem são sujeitos ao dito imposto os Titulos de Divida Publica Estrangeira.

O mesmo Regul. n. 5581 Art. 25 n. 7º, revogando o de n.4355 Art. 7º n. 7º—Para liquidação do dito imposto, o valor das *pensões vitalicias* será o producto da pensão de um anno multiplicado por 5.

Os mesmos Reguls. n. 4355 Art. 5º n. 8º, e n. 5581 Art. 7º n. 8º—Para liquidação do dito impôsto, o valôr dos *Titulos da Divida Publica* será o *medio do mercado*.

Qual o *valôr médio do mercado*, para o effeito dos cit. Reguls. n. 4355 Art. 5º n. 8º, e n. 5581 Art. 7º n. 8º, ou para qualquer outro effeito? O calculado entre o maximo e o minimo da respectiva cotação diaria, segundo o Regul. n. 806 de 26 de Julho de 1851 Art. 41 n. 6º, e Art. 43.

Qual pórem o dia dessa cotação, nas transmissões *inter vivos*, e nas transmissões *causa mortis*?

Quid, se não houver cotação? Vid. Azevedo Castro Annot. aos cit. Reguls. do imposto de transmissão pag. 32 Not. 103.

« Apolices da Divida Publica (Rodrigues Miscell. pag. 31) são consideradas na classe de bens de raiz—Consolid. Art. 43 Not., 2ª Ed. O Sr. Conselheiro Rebouças, em suas Observações á este Art., não combina com a doutrina, e entende que pertencem á classe dos moveis. »

Tambem não combina o Liv. dos Dir. de Fam. Not. 2ª pag. 378, e 379. Os Apontam. Jurid. de Mott. pag. 23 foram publicados antes da minha 2ª Ed., e porisso transcrevêrão em contrario minha abandonada opinião da 1ª Ed.

Ao primeiro illustrado Discordante respondo:

1.º O *recebido* contra razão do direito não se-deve produzir para consequencias, aphorismo da L. 14 Dig. de *legib.*, e 141 de *reg. jur.* Opinando pela immobilidade das Apolices da Divida Publica, tenho contra mim o *recebido*, tenho em meu favôr o direito e a razão do direito na Ord. L. 3.ª T. 47 princ. e L. 4.ª T. 48 § 8º; não tiro consequencias do *recebido*, tiro consequencias da *Lei*. Logo, protege-me o invocado aphorismo:

2.º Revogação de uma Lei suppõe a existencia della. Nenhuma lei manda, que as Apolições da Divida Publica não se-repetem bens immoveis, antes lei temos mandando reputal-as taes. Logo, não é possivel aqui a revogação do *negativo*, sim e, unicamente, a revogação do *affirmativo*:

3.º Ou o Regul. n. 737 de 25 de Novembro de 1850 Art. 512 § 2º admittia, ou não admittia, a comprehensão logica das Ords. citadas em relação ás Apolices da Divida Publica. Se admittia, derogou-as para o effeito somente da ordem dos *senhores commerciaes*, como para um só effeito converteu o *Cod. Com.* Art. 478 as embarcações em bens immoveis. Se não admittia, foi coherente ao seu-pensar; mas sem tolhêr pmsa-

res diversos em tudo, quanto não fosse ordem dos penhõres commerciaes :

4.º Nada prova o Art. 529 do Cod. Civ. Franc., porque, se agora a legislação desse paiz declara *moveis* as rendas perpetuas sobre o Estado, outr'ora (antes da Revolução de 1789) as-declarava *immoveis*, como é facil vêr nos Commentadõres.

Ao segundo não menos illustrado Discordante respondo :

1.º Sendo certo que a legislação portugueza equiparava as *antigas Apolices* aos bens de raiz, tenho a maior do meu syllogismo por generosa concessão de meu adversario :

2.º « Esta legislação não pôde sêr applicada ás nossas Apolices, taes como as-creou a Lei de 15 de Novembro de 1827. » Foi supposição minha na 1.ª Ed. da Consolid., e tão erronea, que renunciei na 2.ª Ed. :

3.º « As Apolices da Divida Publica não são por *sua natureza* *immoveis*, só a Lei pôde adjectivar-lhes esse *character ficticio*. » Tambem o mesmo digo *rebus sic stantibus*, observando simplesmente que a nossa herança legislativa portugueza tanto foi de *realidades* como de *ficções*. Contenda o Livro dos Dir. de Fam. com o Alv. de 30 de Agosto de 1761, que reprova por *absurda, e contra sua propria natureza*, a redução das Apolices á bens da terceira especie; dispute com o outro Alv. de 21 de Junho de 1766, que a mesma redução condemna por—*contraria á mesma natureza*, pela qual as Apolices contêm *bens solidos e estaveis*, que podem sêr vinculados; interrogue ao Art. 529 do Cod. Civ. Franc., que diz:—São *moveis pela determinação da lei* as rendas perpetuas sobre o Estado :

Se é *absurdo* não considerar taes Apolices bens *immoveis*, ahí não ha *character ficticio*; se são *immoveis* por *sua propria natureza*—pela *mesma natureza*, não são *immoveis* por *ficção da lei*; e se são *moveis* pela *determinação da lei*, é por que são *immoveis* pela *natureza*. O legisladôr, que as-immobilisa, mira a duração da renda, vê immovel no tempo; o legisladôr, que as-mobilisa, só vê immovel no espaço:

4.º Renda perpetua *á titulo gratuito*, renda perpetua *á titulo oneroso*, tudo é renda perpetua. São especies na razão da causa juridica, e as especies não se-devem confundir, para só achar uma, e negar a outra, ou embebêr uma na outra. Não bastará o Art. 529 do Cod. Civ. Francêz com as suas *rendas perpetuas sobre o Estado*? Veja-se então o Esb. do Cod. Civ. dêse do Art. 2235 ao Art. 2269 :

5.º « São inalienáveis as rendas perpetuas e as vitalicias, assentamentos da Ord. L. 4º T. 55 » *Sim*, inalienáveis são as constituídas *d título gratuito*, porque seu fundo de constituição é a pura liberalidade, para não dizer que não tem fundo; e porque também não devo dispôr daquillo, que se-me-deu só em consideração da minha pessoa. *Não*, quanto ás constituídas ou reservadas *d título oneroso*, por um contracto oneroso de—*do ut des*—; e porque á cada um é livre dispôr daquillo, que adquirio em trôco do seu dinheiro, ou de seus bens:

6.º O resgatavel das rendas constituídas ou reservadas, perpetuas ou vitalicias (nas outras adquiridas á título gratuito não ha resgate, porque não ha capital) não lhes-tira seu character de perpetuidade ou vitaliciedade. São *essencialmente resgataveis*, diz o Art. 2246 do Esb. do Cod. Civ., diz o Art. 530 do Cod. Civ. Franc. E' um direito inauferivel do devedôr da renda, e a immobilidade fica salva na inexigibilidade do capital:

7.º Não tem sido tal a intelligencia pratica, na Caixa da Amortisação não exige-se outorga da molhér para o marido transferir suas Apolices; mas, contra esse *uso*, *uso* eu agora da potente arma ministrada pelo primeiro Discordante, o aphorismo da L. 14 Dig. *de legib.*, e 141 *de reg. jur.*—*quod contra rationem juris receptum est, non est producendum ad consequentias*—. Aqui sim, temos direito, temos fina razão de direito, contra um *negatorio uso mal recebido*.

8.º Em conclusão falle meu syllogismo vencedôr:

Taes rendas (letra da Ord. L. 3º T. 47 princ.) seguem a natureza e qualidade dos bens de raiz, por taes são havidas, e julgadas:

Ora, são *taes rendas* as Apolices da Divida Publica:

Logo, as Apolices da Divida Publica seguem a natureza e qualidade dos bens de raiz, e por taes são havidas e julgadas.

Fixada a idéa de Apolices da Divida Publica, foi uma violação de contracto o Art. 20 da Lei n. 1507 de 26 de Setembro de 1867, que revogou o Art. 37 da Lei de 15 de Novembro de 1827. Este Art. 37 isentava as Apolices do imposto de heranças e legados, que agora pagão, como tem regulado o Decr. n. 4113 de 4 de Março de 1868, e confirmado os dois Reguls. de 1869 e 1874 sobre o impôsto de transmissão de propriedade.

Art. 44. São immoveis os bens por sua natureza, pelo seu destino, ou pelo objecto á que se applicação (3).

Art. 45. São immoveis por sua natureza :

Os predios urbanos, e rusticos:

Todas as arvores, e fructos, emquanto adherentes ao solo (4).

(3) Instrucções do 1º de Setembro de 1836 Art. 5.º

3.ª ED.

Regul. n. 5581 de 31 de Março de 1874 Art. 15 n. 1º, 2º, e 3º—São immoveis para o effeito de sêr devido imposto de transmissão de propriedade :

1.º Os bens de raiz por sua natureza (Prov. de 8 de Janeiro de 1849, Instr. do 1º do Setembro de 1836 Art. 5º, Ord. n. 251 de 19 de Novembro de 1853) :

2.º Os reputadõs taes por destino (Prov. e Instr. citadas, Ord. n. 143 de 4 de Outubro de 1847):

3.º Os que pelo objecto á que se applicação participão dessa natureza (Disposições citadas).

Esta theoria, como reconhece Demolombe Propriet. n. 331, pode sublevar difficuldades mui sêrias.

(4) Resol. de 16 de Fevereiro, e de 16 de Setembro de 1818; Prov. de 8 de Janeiro de 1819, e citadas Instrucções Art. 5.º

Predios urbanos e rusticos—em chão livre ou foreiro—Ord. n. 251 de 19 de Novembro de 1853. A alienação de predios em chão foreiro é alienação do dominio util, de que falla essa Ord. O direito real, que tem o emphyteuta, é considerado como se fosse o direito real de dominio, e porisso á semelhança deste se designa pelos immoveis, sobre que recae. Não havia pois razão para o Man. do Procur. dos Feit. § 528 n. 4 classificar á parte o *dominio util*. Nesta mesma censura incorre o Art. 2º § 1º da novissima Lei hypothecaria, declarando sêr objecto de hypotheca o *dominio util*, etc.

3.ª ED.

Arvores—considerão-se juridicamente, em suas raizes por se dilatarem sob o solo, em seus ramos por se dilatarem sobre

Art. 46. São immoveis por destino todos os instrumentos de agricultura, utensilios das fabricas, alambiques, gados dos engenhos, e outros estabelecimentos, emquanto se-achão á elles unidos, e não podem sêr separados sem interrupção dos respectivos trabalhos (5).

o solo, provocando assim questões entre titulares de predios confinantes. Dilatando-se sobre o solo do visinho, e causando-lhe prejuizo resultante da *sombra*, ou de outra causa, procede a regra de respondêr cada um por si, e pelas causas de sua propriedade.

Fructos — com o nome de *fructos naturales*, por opposição aos *fructos civis*, isto é, rendas de qualquer cousa.

Em quanto adherentes ao solo — o que extensivo é á *arvoredos, arbustos, plantações, plantas*.

Fructos pendentes são os unidos aos respectivos vegetaes.

Fructos percebidos são os colhidos.

Fructos percipiêndos os que não forão colhidos, mas devião ser colhidos.

Fructos exstantes são os colhidos ainda em sêr na posse ds quem os-colheu.

Fructos consumidos os colhidos, já gastos, ou alienados, por quem os-colheu.

Veja-se Alm. e Souz. Trat. das Arvores na Dissert. 8^a do Facisc.

(5) Leis citadas, e Decis. n. 143 de 4 de Outubro de 1847.

Não assim o gado, e bens moveis não reunidos aos immoveis, por não serem do serviço e parte integrante dos estabelecimentos—Cit. Decis. de 4 de Outubro de 1847. Nem os objectos, que possão ser tirados sem ruina ou deterioração dos immoveis, ou dos estabelecimentos—Av. n. 367 de 6 de Novembro de 1856.

São *accessorios dos immoveis* (Art. 2^o § 2^o da novissima Lei hypothecaria) para o effeito de podêrem ser objecto de hypotheca com os mesmos immoveis.

3.^a ED.

O Regul. n. 4355 de 17 de Abril de 1869 sobre o imposto de transmissão de propriedade attendeu no Art. 9^o ás transmissões simultaneas de immoveis, e moveis, ainda quando

Art. 47. São immoveis pelo objecto á que se applicão :

O usufructo das cousas immoveis :

As servidões :

As acções, que tendem á reivindicar algum immovel (6).

estes se não repute immoveis por destino, mandando cobrar o imposto na razão da taxa dos bens de raiz sobre o preço total ; mas exceptuando os contractos e actos, em que se estipular designado preço para os moveis.

« A excepção (Annibal Annot. ao cit. Regul. Not. 147) é sòmente relativa ao caso, em que os moveis não fazem parte integrante dos immoveis ; porque, se fizerem, considerão-se immoveis por destino (Consolid. Art. 46), e são sujeitos ao imposto na razão da taxa dos bens de raiz »

Approva-se esta sensata observação.

O Regul. n. 5581 de 31 de Março de 1874 Art. 17 repete a mesma disposição do antecedente n. 4355, mas accrescentando na excepção do § 1'— Os contractos, ou actos, que comprehendem escravos ; devendo pagar-se destes, em todo o caso, o imposto de transmissão de escravos.

Pertenças e accessorios são as palavras tabelliças, pelas quaes abrangem as escripturas todas as cousas moveis como partes de um immovel. D'ahi resulta a immobilisações.

Fructos são *pertenças* da terra.

(6) As Leis citadas ao Art. 45.

O usufructo das cousas immoveis, isto é, o direito real de usufructo sobre immoveis, e não todo o direito de gôzo relativo á immoveis. Esse direito de gôzo póde sêr um direito pessoal, como o do locatario, o do commodatario com faculdade de gozar ; e não se-paga siza nem pelo contracto de locação de immoveis, nem por emprestimo ou concsseão gratuita do gôzo desses bens, nem pela sublocação delles, nem pelas cessões de arrendamentos. Paga-se porém pela constituição do usufructo em immoveis por titulo oneroso, e pela cessão do usufructo em immoveis de outrem tambem por titulo oneroso, porquanto estes contractos equipáram-se á compra e venda. Vid. Nots. aos Arts. 593 § 1º e 651.

As servidões (que recahem sempre sobre immoveis), isto é, constituição de servidões tambem por titulo oneroso, que é só a que paga siza pelo mesmo motivo de equiparar-se á compra e venda. Não a cessão deste direito real, porque elle é intransmissivel separadamente dos immoveis.

O usufructo e a servidão são reconhecidos como direitos reaes no Art. 6º da novissima Lei hypothecaria, porém o usufructo pôde recahir sobre immoveis ou bens moveis.

As acções que tendem á reivindicar algum immovel, isto é, cessão de acções de reivindicacção de immoveis por titulo igualmente oneroso, sem o que não se-equipára á compra e venda, e portanto não se-paga siza. É uma applicação da regra da L. 15 Dig. de div. reg. jur.—is qui actionem habet ad rem recuperandam, ipsam rem habere videtur—.

3.ª ED.

Vid. Cunha Miranda—Dir. de Usufructo—.

Reputem-se não escriptas as distincções da Not. á cima em relação ao imposto da siza, pois que este, com o da taxa de heranças e legados, e outros, forão reunidos no de transmissão de propriedade.

Reguls. n. 4355 de 17 de Abril de 1869 Art. 5º n. 4º, e n. 5581 de 31 de Março de 1874 Art. 14 n. 5º.— E' devido o imposto dos *direitos e acções* relativas aos bens, de que trattaõ os numeros antecedentes. Vid. Not. 118 ao Art. 593.

Compreendem-se no Art. 47 Consolid. os direitos reaes de *uso*, e de *habitação* (Art. 884 Not. *infra*), e assim pensa Demolombe Propriet. n. 335. O *usufructo* dá o direito real de *usar e gosar* cousa alheia. O *uso* e a *habitação*, dão somente direitos reaes de *usar* sem *gosar*.

Não se compreende porem no Art. 47 Consolid. o *quasi usufructo*, pois não tem por objecto *immoveis*, mas sim *cousas fungiveis*, de que o *quasi-usufructuario* fica devedor para pagar com outras tantas em quantidade e valor. D'esta extenção vem distinguir-se (Coelh. da Roch. Dir. Civ. §608 not.) entre *quasi usufructo* e *mutuo*. Distincção vã, porque, se no usufructo o nú proprietario tem uma *spes dicitum iri*—, sem duvida o usufructuario é o correspondente devedor d'essa esperança passiva—infinita. Não ha legitimidade no *usufructo*, senão quandoosugeito ao *fideicommisso*.

As *servidões* do Art. 47 Consolid. são as *servidões reaes*, em que o direito real compete á immoveis personificados. *Usufructo, uso, e habitação*, tambem são *servidões* mas *servidões pessoais*, isto é, que competem á pessoas. O aspecto da Lei hypothecaria de 24 de Setembro de 1864 não foi o *activo* dos *direitos reas*, sim o *passivo* com a denominação de *onus reas*.

Art. 48. São consideradas partes integrantes das Fabricas de mineração, e de assucar, e lavoura de cannas, para se não desmembrarem nas execuções (7), as machinas, bôis, cavallos, e todos os moveis effectiva e immediatamente empregados na laboração das mesmas Fabricas, e lavouras (8).

(7) Os escravos maiores de 14 annos, e as escravas maiores de 12, tambem se-considerão partes componentes desses Estabellimentos, mas tão sómente para se não desmembrarem nas execuções. Das vendas de bens de raiz se-paga siza, que é imposto geral; das vendas de escravos o imposto diverso e provincial da meia siza—Ordem n. 247 de 9 de Setembro de 1840.

(8) Alvs. de 6 de Julho de 1807 § 2º, de 21 de Janeiro de 1809 § 2º, Lei de 30 de Agosto de 1833 Art. 2º, Regul. n. 737 de 25 de Novembro de 1850 Art. 531 § 2º É o denominado *privilegio da integridade*. Vid. Arts. 586 § 8º, e 589.

Vulgarmente tambem se-denomina *privilegio de senhor d'engenho*. Não ha porém na disposição da Lei de 30 de Agosto de 1833 alguma concessão de privilegio, e ao contrario estabelece no Art. 1º, que as fabricas de mineração e de assucar, e lavouras de cannas, ficão sujeitas ás leis geraes das execuções. Desta maneira foi revogado o antigo *privilegio de senhor d'engenho* dos Alvs. de 6 de Julho de 1807, e de 21 de Janeiro de 1809, que isentárão da penhora essas propriedades, á não se-darem certas e determinadas circumstancias. Uma das leis geraes das execuções é a estatuida pela de 20 de Junho de 1774 § 24, e pelo Regul. Com. n. 737 (Art. 586 § 7º Consolid.), e nella se-comprehendem as propriedades de que se-trata, do mesmo modo que quaesquer outros bens com todas as suas partes integrantes. A Lei de 30 de Agosto de 1833 explicou apenas no Art. 2º quaes erão as partes integrantes de taes propriedades, e a sua explicação nada tem de forçada. Vid. Art. 38 § 1º do Regul. n. 2433 de 15 de Junho de 1859.

Attenda-se : essa Lei diz no Art. 1º—*as fabricas de mineração e de assucar, e lavouras de cannas*—, no Art. 2º falla distinctamente de fabricas, e lavouras; e nestas duas palávras não ha syncnimia, ou uso inutil de expressão. O fim da lei foi comprehendêr em sua disposição, não só os senhores de engenhos de assucar, como os lavradôres de cannas, que não tem engenhos, e vão moê-las nos engenhos proximos.

Art. 49. Ainda que as embarcações sejam bens moveis, estão contudo sujeitas nas vendas judiciaes ás solemnidades das arrematações dos immoveis (9).

Art. 50. São predios urbanos :

Não estão no mesmo caso os donos de alambiques de aguardente ou cachaça.

Reputão-se partes integrantes das propriedades agricolas, para o effeito de poderem ser objecto de hypotheca (Art. 2º § 1º da novissima Lei hypothecaria) os escravos e animaes pertencentes ás ditas propriedades, que forem especificados no contracto, sendo hypothecados com ellas. São accessorios dos immoveis agricolas, para o mesmo effeito (Art. 2º § 2º da cit. Lei) os instrumentos da lavoura, e os utensilios das fabricas respectivas adherentes ao sólo. Vid. Not. ao art. 46.

« Fica derogado (Art. 14 § 2º da novissima Lei hypothecaria) o privilegio das fabricas de assucar e mineração, do qual trata a Lei de 30 de Agosto de 1833. » Vid. Not. ao Art. 586 § 8.º

3.ª ED.

Quanto aos impostos da siza de bens de raiz, e meia siza de escravos, de que falla-se nesta Nota; forão absorvidos no imposto de transmissão, segundo os Regul. n. 4355 de 17 de Abril de 1869, e n. 5581 de 31 de Março de 1874

(9) Cod. do Com. Art. 478, Regul. n. 737 de 25 de Novembro de 1850 Art. 542. O Cod. do Com. conformou-se com a antiquissima praxe do Fôro Civil.

Ninguem se-illuda com a disposição do Cod. do Com. Art. 478. As embarcações são bens moveis, e portanto, o proprietario dellas póde aliena-las ou hypotheca-las sem outorga de sua molhér. Esse Art. não altera a natureza de taes bens, manda simplesmente que nas arrematações delles se observem as solemnidades prescriptas para arrematações dos immoveis.

3.ª ED.

Tambem o Art. 512 § 2º do cit. Regul. n. 737 de 25 de Novembro de 1850 não altera a natureza legal dos Titulos de Divida Publica senão na ordem das penhoras commerciaes,

§ 1.º Todos os que servem para habitação, commodidade, e recreio, dos moradôres das Cidades, Villas, e Povoações; como casas, cocheiras, cavallariças, senzalas, barracas, telheiros, trapiches, armazens, lojas; e quaesquer outros edificios, de qualquer denominação, e fórma, que sejam, e de quaesquer materiaes que sejam construidos e cobertos; uma vez que sejam immoveis, isto é, fixados no solo; e de maneira que se não possam tirar, e transferir, do logar, em que se-acharem, sem se-destruirem :

§ 2.º As chacaras, quintas, e jardins, situados dentro dos limites das Cidades, Villas, e Povoações :

§ 3.º Os predios nobres, que servem para morada, e recreio, dos que habitão no campo, temporaria ou continuadamente, como casas, cocheiras, e jardins (10).

Art. 51. São predios rusticos :

§ 1.º Os terrenos destinados para agricultura, ou sejam grandes ou pequenos, cercados ou não cercados, cultivados ou incultos; como sesmarias, fazendas, estancias, sitios :

§ 2.º As casas de continuada morada dos fazendeiros e agricultôres, os paíões, celleiros, armazens, adegas, curraes, cavallariças, senzalas, barracas, e cabanas; os engenhos, fabricas, e quaesquer officinas; os moinhos d'agua, e de vento, que não fôrem portateis; os ranchos, telheiros, aqueductos; canaes, portos, e quaesquer edficios de qualquer denominação, fórma, e construcção, que sejam, quando fôrem immoveis :

como agora observei ao Art. 43 Not. Ninguem pois se-illuda outrossim quanto á ordem das penhoras não commerciaes, quanto á necessidade da outorga da molhér casada para alienação de taes Titulos da Divida Publica. Cumpra-se a lei da Ord. L. 3º T. 47 princ. e L. 4º T. 48 § 8º.

(10) Instrucc. do 1º de Setembro de 1836 Art. 6º, Regul. n. 152 de 16 de Abril de 1842 Art. 2.º

§ 3.º As datas de terras, e aguas mineraes, esteão ou não em uso, e aproveitamento (11).

Art. 52. São do *dominio nacional* (12) :

§ 1.º As cousas do *uso publico*, como estradas, e ruas publicas; rios navegaveis, e de que se-fazem os navegaveis, se são caudaes, que corrão em todo o tempo (13); e igualmente os portos de mar, onde navios costumão ancorar (14) :

(11) Cit. Instrucç. do 1º de Setembro de 1836 Art. 7.º

(12) *Dominio Nacional* no sentido mais extenso.

(13) Ord. L. 2º T. 26 § 8.º—E pôsto que (palavras da Lei) o uso das estradas e ruas publicas, e dos rios, seja igualmente commum á toda gente, sempre a propriedade fica no Patrimonio Real. Esta Ord., com todos os seus paragraphos, sobre os direitos da soberania, que out'ora denominavão-se *Direitos Reaes*, foi transcripta do Cap. 237 das Ordenações da Fazenda de 17 de Outubro de 1516; que vem no 1º Volume do Syst. dos Regimentos.

Ha estradas, que não pertencem á administração geral do Estado, sobre as quaes legislão as Assembléas Provincias—Acto Add. Art. 10 § 8.

Ellas tambem legislão sobre a navegação de rios no interior das Provincias, que não pertença á administração geral do Estado—Acto Add. loc. cit.

3.º ED.

Decr. n. 3749 de 7 de Dezembro de 1866—Abrindo os rios Amazonas, Tocantins, Tapajóz, Madeira, Negro, e S. Francisco, á navegação dos navios mercantes de todas as Nações.

(14) Cit. Ord. L. 2º T. 26 § 9.º Estão no mesmo caso as *praias do mar*, e os *mares territoriaes*—ou adjacentes em tanta distancia, quanta abrangêr o tiro do canhão—Alv. de 4 de Maio de 1805 § 2.º Mas as *praias do mar*, comprehendidas nos chamados terrenos de marinhas, pertencem em grande parte ao dominio particular, salvo o directo do Estado. Principiou-se pelo Decr. de 21 de Janeiro de 1809, que mandou aforar ou arrendar no Rio de Janeiro algumas praias para construcção de trapiches O Decr. de 13 de Julho de 1820 mandou legitimar concessões feitas por diversas Autoridades. E finalmente o Art. 51 § 14 da Lei de 15 de Novembro de 1831 deu facul-

§ 2.º As cousas do *dominio do Estado*, como ilhas adjacentes mais chegadas ao territorio nacional (15), terrenos de marinhas (16), mares interiõres além do ponto, onde as marinhas terminão (17); quaesquer accumulações de terras casuaes, ou artificiaes, que assentão sobre o fundo do mar (18), terras de-

dade ampla para o aforamento dos terrenos de marinhas, e mandou expedir titulos aos posseiros. Esse Décr. de 13 de Julho de 1820 diz, que sempre forão consideradas como dependencia da Repartição da Marinha todas as praias de qualquer porto, e particularmente aquellas, que ficão situadas nas immediações dos Estabelecimentos Navaes.

3ª. ED.

Veja-se a Introducção do Opusculo de Costa Lima—Collec. de Leis sobre Terrenos de Marinha.

(15) Ord. L. 2º T. 26 § 10.

(16) Lei de 15 de Novembro de 1831 Art. 51 § 14, Instrucções de 14 de Novembro de 1832 Art. 1.º É pura creação das nossas Leis modernas essa especie de *domnio do Estado*. Na antiga legislação a palavra *marinhas* designava os logares da praia, onde se-fazião salinas, de que a Corôa tirava rendas—Ord. L. 1º T. 62 § 46, e L. 2º T. 26 § 15. Essas marinhas de sal não tem analogia com o que hoje se-denomina *terrenos de marinhas*, se bem que antigamente ellas davão-se de sesmaria, e aforavão-se, com o nome de *salgados* e *sapaes*—Cabed. Part. 2ª Decis. 53, Alv. de 17 de Julho de 1769.

Os Avs. n. 256 de 15 de Novembro de 1852, e n. 231 de 10 de Julho de 1857, reconhecem, que ha terrenos de marinha, que não são do dominio do Estado, pois que delles fizerão-se concessões gratuitas.

(17) Decis. n. 42 de 3 de Fevereiro de 1852.

(18) Cit. Decis. de 3 de Fevereiro de 1852. Não comtemplo os *accrescidos por alluvião dos rios*, porque são disposições singulares as do Regim. das Lizirias de 24 de Novembro de 1576 Cap. 1º e 33, de 24 de Julho de 1704 Cap. 1º, e do Av. de 14 de Julho de 1807. Vid. Lobão Not. á Mell. L.3º § 7º, e Dissert. no fim das Not. ao L. 1º

volutas (19), minas e terrenos diamantinos (20), páo-brazil (21)

Vid. Av. n. 379 de 7 de Dezembro de 1855. Não se-póde aterrar sobre o mar sem licença do Governo—Av. n. 100 de 24 de Agosto de 1842.

3.^a ED.

Regul. n. 447 de 19 de Maio de 1846 Art. 13—Ninguem poderá fazer aterros, ou obra, no litoral do Porto, ou rios navegaveis, sem que tenha obtido licença da Camara Municipal, e pela Capitania do Porto seja declarado, depois de feitos os devidos exames, que não prejudicão o bom estado do Porto, ou rios, ou Estabelecimentos Nacionaes de Marinha de guerra, e os logradouros publicos, sob pena de demolição das obras, e multa, além da indemnisação do damno causado.

Av. n. 230 de 9 de Julho de 1874—Não tem logar o aforamento de *terrenos accrescidos* na parte do litoral comprehendida no plano do cáes geral da Cidade do Rio de Janeiro.

Av. n. 370 de 15 de Outubro de 1874—Não tem logar a concessão de outros *terrenos accrescidos* na mesma Cidade.

(19) Lei n. 601 de 18 de Setembro de 1850 Arts. 1.^o e 14.

3.^a ED.

Terras publicas, como tambem se-diz em nossa legislação antes e depois de crear-se a Repartição Geral das Terras Publicas (Lei n. 601 de 18 de Setembro de 1850 Art. 21, e Regul. n. 1318 de 30 de Janeiro de 1854) são as mesmas *terras devolutas*, ou ainda agora desoccupadas, ou já na posse dos particulares. Vid. Arts. 53, 904, e 905, *infra*.

(20) Ord. L. 2.^o Tit. 26 § 16, Tit. 28 priuc., e Tit. 34 § 10, Alv. de 24 de Dezembro de 1734, Dec. de 25 de Outubro de 1832 Art. 9.^o, Av. de 23 de Março de 1838, Lei n. 374 de 24 de Setembro de 1845 Art. 9.^o, Lei n. 601 de 18 de Setembro de 1850 Art. 16 § 4.^o E' um *direito real* sobre o interiôr do solo. Vid. Notas ao Art. 903.

Decr. de 16 de Setembro de 1824, Dec. n. 665 de 6 de Setembro de 1852, Lei n. 751 de 15 de Julho de 1854, Av. n. 214 de 9 de Junho de 1856. O novissimo Decr. n. 3350 de 29 de Novembro de 1864 marca os prazos, dentro dos quaes os concessionarios de minas devem começar á lavra-las, e recommear os trabalhos interrompidos.

3.ª ED.

Decr. n. 465 de 17 de Agosto de 1846—Regul. da administração dos *terrenos diamantinos*.

Regul. n. 5955 de 23 de Junho de 1875—Novo Regul. da administração dos *terrenos diamantinos*.

Outro *direito real* sobre o interiôr do solo, que não pertence ao dominio do Estado, é o de *sepulturas perpetuas*, á que refere-se o Decr. n. 1946 de 15 de Julho de 1857.

(21) Regim. de 12 de Dezembro de 1605, Lei n. 243 de 30 de Novembro de 1841 Art. 11, e Regul. de 11 de Janeiro de 1842. É um *direito real de superficie*

Lei de 21 de Outubro de 1843 Art. 27, Regul. n. 363 de 20 de Junho de 1844, Ord. n. 36 de 15 de Março de 1845, e 140 de 22 de Dezembro de 1845.

Fica abolido o estanco da venda do *páo-brazil*, e permittido o commercio deste producto nos termos da legislação fiscal, que regula o dos outros generos de exportação—Lei n. 1040 de 14 de Setembro de 1859 Art. 12. Deixou portanto de sêr do dominio do Estado.

3.ª ED.

« Não decretou o Podêr Legislativo (Rebouças Observ. pag. 20) a alienação do *páo-brazil* do dominio nacional, e a conclusão da Consolid. não está conforme ás premissas dizendo: Deixou portanto de sêr do dominio do Estado ».

Não era do dominio do Estado somente o *páo-brazil*. Também lhe-pertencião outras madeiras, as destinadas para construcção de navios, que chamavão-se *madeiras reservadas*, e designavão-se em relação á cada Provincia, como vê-se (sem memorar a legislação antiga) da Lei de 15 de Outubro de 1827 Art. 5º § 12, e dos Avisos de 19 de Janeiro, e 3 de Novembro de 1833, 17 de Novembro de 1834, e 7 de Agosto de 1835; mas, na duvida, abster-me de contempla-las na minha 1ª Ed., até que ao tempo da 2ª Ed. veio ao meu conhecimento o Art. 12 da Lei n. 1040 de 14 de Setembro de 1859.

Abolido o estanco da venda do *páo-brazil*, ficando livre seu commercio, e portanto seu córte; cessou o dominio do Estado sobre *madeiras reservadas*, não devia-se dizêr nos Apontam. Jurid. de Mott. vb. *mattás*: « Segundo estas disposições, per-

bens á que não é achado senhorio certo (22) ; os do even-

tencem á Nação, quando não pertencem por titulo legitimo á particulares. »

Dêsde a minha 1ª Ed. disse, que ahi havia um *direito de superficie*, e tal ahi era o dominio do Estado ; e ter dito na 2ª Ed. que deixára o *pdo-brazil* de sêr do dominio do Estado, não foi dizêr (como suppõe-se) que o *Poder Legislativo decretára a alienação do pdo-brazil do dominio nacional* !

Nas suas mattas e florestas tem o Estado seu *dominio pleno*, salvo até certo ponto o uso publico ; mas não tem mais o antigo direito real de superficie—*jus in re aliena*—sobre mattas do dominio particular. E' livre á cada um cortar e vendêr nos terrenos de sua propriedade as madeiras outr'ora —*reservadas pela lei*—. Fação estas distincções, e não surgirão motivos de duvida.

Pela incerteza de juizos sobre as *madeiras de lei*, cu *madeiras prohibidas*, os Reguls. dos terrenos diamantinos, n. 465 de 17 de Agosto de 1846 Art. 48, e n. 5955 de 23 de Junho de 1875 Art. 86, permittindo aos respectivos arrendatarios, para suas construcções, aproveitar as madeiras das mattas publicas dos districtos, onde estiverem os terrenos, reservou as madeiras, *que fossem de lei*.

(22) Ord. L. 2º Tit. 26 § 17, Av. de 21 de Agosto de 1840, Regul. n. 160 de 9 de Maio de 1842 Art. 3º § 1.º Omitto os bens de Capellas vagas, porque poucos ou nenhuns bens encapellados existem em virtude da Lei de 6 de Outubro de 1835, que abolio os vinculos. A legislação á tal respeito é a seguinte: Lei de 9 de Setembro de 1769 § 18, Alv. de 23 de Maio 1775, Alv. de 2 de Dezembro de 1791, Alv. de 20 de Maio de 1796, Alv. de 14 de Janeiro de 1807, Lei de 15 de Novembro de 1827 Art. 68 § 2º, Ordens de 30 de Junho, e de 4 de Julho de 1837, Lei de 6 de Outubro de 1835 Art. 4º, e Regul. de 2 de Outubro de 1851 Art. 49 § 2.º.

Regul. n. 2433 de 15 de Junho de 1859 Art. 11 n. 1.º

São bens vagos, que se-devolvem á Fazenda Nacional, e taes se-reputão : os objectos achados, e depositados competentemente, não reclamados dentro do prazo legal—Cod. do Proc. Crim. Art. 195, Regul. n. 160 de 9 de Maio de 1842 Art. 39, Av. n. 197 de 20 de Julho de 1855 ; e os encontrados nos cofres de orphãos sem se-sabêr á quem pertencem—Regul. n. 160 de 9 de Maio de 1842 Art. 39, e Av. n. 125 do 1º de Julho de 1854. (Vid. Not. ao Art. 893 *infra*)

to (23); aquelles, cujo dono falleceu sem testamento, não

3.ª ED.

Av. n. 53 de 15 de Fevereiro de 1853—Não é da competência do Ministerio da Fazenda providenciar sobre Capellas existentes, administradas por Ordens Terceiras, Irmandades, e pessoas particulares.

Av. n. 78 de 16 de Março de 1854—Hajão nas Provedorias de Reuidos *Livros do Registro das Capellas e seus Tombo*s, na fórma da Ord. L. 1.º T. 50 §§ 2.º e 3.º, e do Regul. n. 834 de 2 de Outubro de 1851 Art. 44 § 7.º

Av. n. 85 de 28 de Março de 1854 —Sobre as Capellas no caso de sêrem incorporadas á Corôa.

Av. n. 138 do 1.º de Maio de 1868—Bens de uma Imagem sem Irmandade pelo facto da *vacancia* passão para a Fazenda Publica, sujeitos á ficalisação do Juizo da Provedoria.

Bens vagos, d que não é achado senhôr certo (palavras da cit. Ord. L. 2.º T. 26 § 17) fazem parte da grande classe dos bens sujeitos ao —*dominio casual*—; á sabêr (Dice. Jur. de Per. e Souz.), o que acontece ao Rei (hoje ao Estado) por *direito de conquista*, ou por *adquisição*. Vid. Not. ao Art. 884 *infra*. Oppõe-se o *dominio casual* ao *dominio fixo*, que é o antigo dominio do Patrimonio de Rei (hoje do Estado). Para Portugal a descoberta do Brazil deu-lhe sobre o territorio conquistado um *dominio casual*. Para nós Brazileiros o *territorio nacional* (Art. 2.º da Const.) deu ao Estado um *dominio fixo*.

(23) Ord. L. 3.º Tit. 94, Regul n. 160 de 9 de Maio de 1842 Art. 3.º § 3.º Vid. Art. 3.º do Regul n. 2433 de 27 de Junho de 1845, onde ordenou-se que as palavras *Município da Côrte* fossem substituidas pelas palavras *em todo o Imperio*. Mas, depois das vacillações de diversas Leis de Orçamento, e dos Avisos n. 105 de 8 de Outubro de 1846, e n. 205 de 14 de Agosto de 1849, o Art. 14 da Lei n. 586 de 6 de Setembro de 1850 mandou, que o rendimento do *evento* ficasse pertencendo á receita provincial. Está, pois, justificada a restricção do § 3.º Art. 3.º do Regul. n. 160 de 9 de Maio de 1842. Surgirá talvez ácerca deste assumpto uma legislação exorbitante, ao sabôr de cada uma das Assembléas Porvinciaes ; e

deixando parentes até o decimo gráo segundo Direito Civil; ou com testamento, se os herdeiros repudião a herança (24); todas as embarcações, que se-perdêrem, e dêrem á costa nas praias do Imperio; e seus carre-

tão fundado é o receio, que o Av. n. 245 de 10 de Novembro de 1853 teve a precaução de explicar, que *bens do evento* não erão todos os bens vagos.

Regul n. 2433 de 15 de Junho de 1859 Art. 11 n. 3.º

(24) Regim. de 11 de Maio de 1560 § 8.º Ord. L. 1.º Tit. 90 § 1º, L. 3º Tit. 18 § 9º, L. 4º Tit. 94., *in fin.* Lei de 4 de Dezembro de 1775, Alv. de 28 de Janeiro de 1788, de 26 de Agosto de 1801, Regul. de 9 de Maio de 1842 Art. 3º § 2º, Regul. de 27 de Junho de 1845 Art. 3.º Este ultimo Regul. mandou supprimir as palavras—*ou sem elle*—, escriptas no Art. 3º § 2º do Regul. de 9 de Maio de 1842. Ora, a herança pôde ser repudiada nos dois casos de haver, ou não haver, testamento; e fôra conveniente declarar, que em qualquer dos dois casos o Fisco não entra senão depois de esgotada a escala da successão, Vid. Art. 959 § 5º e a respectiva Nota, e Art. 974. O § 4º Art. 3º do Regul. n. 160 de 9 de Maio de 1842, copiado do § 1º do Alv. de 26 de Agosto de 1801, é completamente ocioso.

Sobre a computação dos grãos de parentesco, até o decimo gráo segundo Direito Civil, veja-se a Not. 1.ª ao Art. 959 Consolid.

Ou com testamento, se os herdeiros repudião a herança—bem entendido, não havendo herdeiro legitimo; isto é, parente até o decimo gráo segundo Direito Civil, e conjuge sobrevivente.

Regul. n. 2433 de 15 de Junho de 1859 Art. 11 n. 2.º

gamentos, sendo de inimigos, ou corsarios (25); e os proprios nacionaes (26) :

(25) Alv. de 20 de Dezembro de 1813, Regul. n. 160 de 9 de Maio, de 1842 Art. 3º § 5.º (Vid. Regul. de 22 de Junho de 1836 Art. 305, e n. 855 de 8 de Novembro de 1851 Art. 12.) Esse Alv. de 1713 derogou a Ord. L. 2º T. 32 § 1º, onde se-facultava, que as cousas assim perdidas pelo naufragio fossem do primeiro occupante. Refere Phebo Decis. 195, que por uma Lei de 28 de Julho de 1704 se-havia obrigado os achadõres á pagarem o quinto para a Corõa. No § 5º Art. 3º do Regul. n. 160 de 9 de Maio de 1842 supprimio-se a palavra—*in-fieis*—.

Sendo de inimigos ou corsarios. Quando não forem de inimigos ou corsarios, não pertencem ao Estado; e deve-se observar, não só o disposto no Regul. n. 855 de 8 de Novembro de 1851 Art. 12, e no das Alfandegas n. 2647 de 19 de Setembro de 1860 Arts. 331 á 338 (que substituiu o de 22 de Junho de 1836), como o Cod. do Com. Arts. 731 á 739, Regul. n. 737 Art. 21 § 5º, Off. n. 66 de 5 de Fevereiro de 1856, e as Convenções Consulares citadas na Not. ao Art. 2º *supra*. Quanto á França—Convenção Consular Art. 11. Quanto á Italia—Convenção Consular Art. 12 n. 1º. Quanto á Portugal—Convenção Consular Art. 17. Quanto á Hespanha—Convenção Consular Art. 14.

« São bens vagos, que na conformidade das leis vigentes se-devolvem á Fazenda Nacional (Regul. n. 2433 de 15 de Junho de 1859 Art. 11 n. 5º) todas as embarcações, ou navios, que se perdêrem, ou dêrem á costa, nas praias do Imperio; e seus carregamentos, sendo de inimigos ou corsarios; salvo accordo, ou convenção, em contrário ».

Todavia, um dos principios de Direito Maritimo assentados no Congresso de Paris, e aceitos pelo Brazil, foi—que a mercadoria neutra, com excepção do contrabando de guerra, não pôde sêr aprezada sob pavilhão inimigo—Vid. Relat. do Minist. de Estr. 1857. Neste sentido pois fica modificada a disposição do texto, na parte relativa aos carregamentos de navios inimigos.

(26) Regim. da Faz. de 17 de Outubro de 1516 Cap. 18, 95, e 115; Lei de 4 de Outubro de 1831 Arts. 27 § 5º, e 64; Lei de 15 de Novembro de 1831 Art. 51 § 15, Instrucc. de 26 de Abril de 1832 Part. 3º Cap. 2º, Decr. n. 736 de 20 de Novembro de 1850 Art. 3º §§ 4º e 9º, e Art. 16 § 2º.

§ 3.º Os *bens da Corôa*, á saber : palacios, terrenos nacionaes, e construcções, que pertencem ao Imperador, e á seus successôres (27).

Art. 53. São *terras devolutas* :

§ 1.º As que não se-acharem applicadas á algum uso publico, nacional, provincial, ou municipal :

§ 2.º As que não se-acharem no dominio particular por qualquer titulo legitimo; nem forão havidas por sesmarias, e outras concessões do Governo Geral ou Provincial ; não incursas em commisso por falta de cumprimento das condições de medição, confirmação, e cultura :

§ 3.º As que se-acharem dadas por sesmaria, ou outras concessões do Governo, que, apesar de incursas em commisso, orem revalidadas :

§ 4.º As que se-acharem occupadas por posses, que, apesar de não se-fundarem em titulo legal, fôrem legitimadas (28).

(27) Const. do Imp. Art. 115, Off, de 15 de Março de 1833, e Regul. n. 6 de 12 de Janeiro de 1842 Art. 3º § 1.º

3.ª ED.

O têxto só contemplou immoveis como *bens da Corôa*, e não escravos á elles annexos. Sobre taes escravos temos agora a legislação seguinte :

Lei n. 2040 de 28 de Setembro de 1871 Art. 6º § 2º—. Serão declarados libertos os Escravos dados em usufructo á Corôa :

Regul. n. 5135 de 13 de Novembro de 1873 Art. 75 n. 2º, e § 2º—Os Escravos dados em usufructo á Corôa são equiparados, para todos os effeitos, aos escravos pertencentes á Nação.

Sobre os *bens da Corôa* recahe o dominio, que chama-se—*dominio da Corôa*—. Vid. Not. ao Art. 884 *infra*.

(28) Lei n. 601 de 18 de Setembro de 1850 Art. 3º, e Regul. n. 1318 de 30 de Janeiro de 1854.

Lei n. 628 de 17 de Setembro de 1851 Art. 11 § 5º, Av n. 98 de 8 de Maio de 1854.

Autorisou-se a venda dellas—cit. Lei de 18 de Setembro de 1850 Art. 14, assim como o aforamento das terras reservadas—cit. Regul. n. 1318 de 30 de Janeiro de 1854 Arts. 72 á 79, e o de lotes de terras devolutas proximas ás colonias militares de Pernambuco e Alagoas—cit. Lei n. 601 de 17 de Setembro de 1851 Art. II § 5°. Por concessão gratuita ninguem as-póde adquirir, excepto nos limites do Imperio com paizes estrangeiros em uma zona de dez leguas—cit. Lei n. 601 de 18 de Setembro de 1850 Art. 1°. Tambem não se-dão de arrendamento, por não serem comprehendidas nos *proprios*, embora sejam nacionaes—Av. n. 43 de 16 de Março de 1847, cit. Lei n. 601 de 1850 Art. 1°, e cit. Lei n. 628 de 1851 Art. II § 5°.

3.ª ED.

Av. n. 98 de 8 de Maio de 1854—Dando regulamento provisório para medição e demarcação das *terras devolutas e particulares*, em execução do § 2.º Art. 3.º do Decr. n. 1318 de 30 de Janeiro d'esse anno.

Decr. n. 2105 de 15 de Fevereiro de 1858—Declara da alçada dos Juizes Commissarios do Art. 30 do Regul. n. 1318 de 30 de Janeiro de 1854 as questões de todas as posses e sesmarias, que confinarem com terras devolutas.

Av. n. 272 de 17 de Agosto de 1874—Os Engenheiros e Agrimensôres, encarregados do serviço das medições, tem direito á braçagem marcada nos Arts. 12 e 13 do Regul. de 8 de Maio de 1854, alem dos vencimentos que percebem.

Decr. n. 5788 de 4 de Novembro de 1874—Approvando as Instrucções, pelas quaes deve regêr-se a Commissão do registro geral, e estatístico, das *terras publicas e possuidas*.

As *terras devolutas*, cuja venda foi autorizada pela Lei de 18 de Setembro de 1850 Art. 14, são as mesmas, que outr'ora no Brazil se davão gratuitamente por—*sesmaria*.—A Ord. L. 4.º T. 43 sobre as—*sesmarias*—só é applicavel ás de Portugal (terras de particulares desaproveitadas), não ás do Brazil. Sobre estas muito aproveita estudar toda a legislação, que achar-se-ha no Dicc. Jur. de Per. e Sousa, e no Repert. de Furt.

O dominante pensamento da Lei de 18 de Setembro de 1850 regulada pelo Decr. de 30 de Janeiro de 1854, foi estremar o actual dominio do Estado nas *terras devolutas*; e portanto as *terras publicas* já não devolutas por estarem na propriedade ou

Art. 54. São *terrenos de marinhas* todos os que, banhado pelas aguas do mar, ou dos rios navegaveis, vão até a distancia de quinze braças craveiras para parte de terra ; contadas estas dos pontos, á que chega o prêa mar médio de uma luação (29).

posse particular. As *terras publicas*, assim discriminadas, considerarão-se nas tres seguintes classes :

- 1.^a Terras simplsmente registraveis,
- 2.^a Terras revalidaveis,
- 3.^a Terras legitimaveis.

(29) Instr. de 14 de Novembro de 1832 Art. 4.^o, Ord. de 12 de Julho de 1833. Antes destas Instrucções o Av. de 20 de Outubro de 1832 mandou, —que se-considerassem *marinhas* quinze braças de terrenos contadas, não do ponto das marés médias, mas daquelle onde chegasse a maré nas maiores enchentes. —Haveria algum precedente para essas disposições? Não é possível descobri-lo. Veja-se entretanto o Av. de 14 de Julho de 1807, e o § 65 do Regim. de 20 de Fevereiro de 1708. Houve um arbitrio, que foi bem pouco escrupuloso para com o dominio particular. O mar, nos termos da Decis. n. 100 de 24 de Agosto de 1842, não póde sêr considerado como *marinhas*, e não se-deve dar por aforamento para aterrar-se ; e iguaes declarações havião feito o Av. de 24 de Maio de 1839, e Port. de 2 de Junho de 1840. Entendeu-se porém o contrario na Decis. de 11 de Outubro de 1847, que tem pre-valectido. Essas concessões para aterro do mar não estão comprehendidas no Art. 51 § 14 da Lei de 15 de Novembro de 1831, nem entrão nas Instrucções de 14 de Novembro de 1832. Nos terrenos de *marinha* conta-se do mar para terra, e nas concessões do mar procede-se inversamente, cessando a razão da Lei, —*que se-contentou apenas com quinze braças*—.

3.^a ED.

Veja-se toda a legislação sobre terrenos de *marinha*, compilada no cit. Opusculo de Costa Lima.

Lei n. 1507 de 26 de Setembro de 1867 Art. 39:—Fica reservada para servidão publica nas margens dos rios navegaveis, e de que se-fazem as navegações, fóra do alcance das marés, salvas as concessões legitimas feitas até a data

Art. 55. Não se-comprehendem nos terrenos de marinhas as margens dos rios d'agua doce, ainda que navegaveis, ficando fóra do alcance das marés (30).

Art. 56. Não se-comprehendem outrosim as margens das cambóas, sejam formadas d'agua doce ou salgada, sejam ou não sujeitas ás marés ; que estivérem engravadas em terrenos particulares, onde não haja publica servidão (31).

Art. 57. As marinhas, no caso do Art. antecedente, abrangem somente a extensão das embocaduras das cambóas, que estiverem na beira-mar, ou nos rios á que chega a maré ordinariamente (32).

Art. 58. São bens do evento o gado, ou as bestas, que se achão, sem sabêr-se do senhór ou dono á quem pertença (33).

da publicação da presente lei, a zona de sete braças contadas do ponto médio das enchentes ordinarias para o interiôr ; e o Governo autorizado para concedê-las em lotes razoaveis, na fórma das disposições sobre *terrenos de marinha*.

(30) Circ. de 20 de Agosto de 1835, Port. de 21 de Abril de 1836. Nos rios fóra do alcance das marés não se-póde calcular o preamar médio, ponto de partida das quinze braças. Antes da Circ. de 20 de Agosto de 1835 a Ordem de 21 de Outubro de 1833, relativa ao litoral do interior da Provincia do Rio Grande do Sul, implicára em confusão esta materia, mandando regular as marinhas pela elevação média das aguas dos rios no decurso de um anno—*elevação causada pela acção dos ventos, e maior cópia de aguas nas fontes*—. Que decisão singular! Pelo Direito Romano, e Francêz, o terreno das margens dos rios é solo privado, salvos os direitos do uso publico. Na Inglaterra a propriedade da Corôa estende-se até onde acaba o fluxo e refluxo do mar—*Daviel Trat. das Aguas n. 69, Hale de jure maris Cap. 5º e 6º*.

(31) Cit. Circ. de 20 de Agosto de 1835.

(32) Cit. Circ. de 20 de Agosto de 1835.

(33) Ord. L. 3º Tit. 94, Regul. n. 160 de 9 de Maio de 1842 Art. 44, Av. n. 245 de 10 de Novembro de 1853. Estas Leis applicão-se tambem aos escravos, de que não faço menção.

Decr. n. 1896 de 14 de Fevereiro de 1857 dando providencias á respeito dos escravos demorados na Casa de Correção da Côrte, Regul. n. 2433 de 15 de Junho de 1859 Arts. 85 á 97.

Os Provedores de residuos são os competentes para os processos relativos á bens do evento—Lei de 3 de Dezembro de 1841 Art. 114 § 2º, Regul. n. 143 de 15 de Março de 1842 Art. 2º § 2º, n. 160 de 9 de Maio de 1842 Art. 45, e n. 2433 de 15 de Junho de 1859 Art. 86.

Na arrematação de escravos do evento o lanço para liberdade será preferido á qualquer outro, ainda que superior, desde que cubra a avaliação—cit. Regul. n. 2433 de 15 de Junho de 1859 Art. 93. Advirta-se, que isto só procede na arrematação de escravos do evento, e não nas outras arrematações. Nas de escravos pertencentes á varios herdeiros, o Juiz dos Orphãos póde somente admittir o lanço delles em beneficio da sua liberdade, se fôr igual ao maior que em resultado da licitação apparecêr—Av. n. 388 de 21 de Dezembro de 1855.

Se até o acto da arrematação, e antes da entrega do objecto ao arrematante, e de recolhido o product, comparcêdo dono á reclamar, o Juiz sobrestará na arrematação, ou entrega; e provando elle seu direito, identidade de pessoa, e do objecto, não terá logar a arrematação, ou ficará sem effeito—cit. Regul. n. 2433 de 15 de Junho de 1859.

Se, depois de concluida a arrematação, e recolhido o product, comparecêr o dono, e justificar seu dominio, e a identidade do escravo, ou animal, de maneira que o Juiz reconheça o seu direito, ordenará por sentença, que se-lhe-entregue o producto liquido da arrematação—cit. Regul. n. 2433 de 15 de Junho do 1859 Art. 95.

Desta disposição resulta, que, feita validamente a arrematação (não assim, se é nulla), e recolhido seu product, o dono do escravo, ou animal, não tem direito para reivindicá-lo, demandando ao arrematante, ou á qualquer terceiro possuidôr. Esta solução é expressa na Ord. L. 3º T. 94 § 3º *ibi*: « E posto que, depois de lhe-serem julgados, venhão seus donos á demanda-las, não serão ouvidos, nem recebidos á tal demanda. »

Quid, quando se-tivêr feito a arrematação do escravo com mudança de seu verdadeiro nome, e com indicação de outro senhôr? Será nulla neste caso, e dará direito á reivindicção? Opinei pela affirmativa sob o fundamento de que os editaes

Art. 59. São *proprios nacionaes* os bens como taes incorporados, e assentados nos Livros delles ; isto é, os que se-ad-

não preenchêrão seu fim. Penso hoje de modo diverso, porque, não obstante a mudança de nome do escravo, e a do nome de seu verdadeiro dono, ha sufficiente advertencia (tanta quanto é possível por não merecêrem fé os interrogatorios dos escravos); uma vez que os editaes designem todos os signaes do escravo, data e circumstancias da achada ou entrega, para que se-possa conhecêr sua identidade. Vid. Art. 90 do cit. Regul. n. 2433 de 15 de Junho de 1859.

3.^a ED.

Lei n. 2040 de 28 de Setembro de 1871 Art. 6° § 4°— Serão declarados libertos os escravos abandonados por seus senhores :

Se estes os-abandonarem por invalidos, serão obrigados á alimentá-los, salvo o caso de penuria, sendo os alimentos taxados pelo Juiz de Orphãos.

Av. n. 318 de 10 de Setembro de 1872—Os escravos considerados *bens do evento* não estão comprehendidos no Art. 6° § 4° da Lei n. 2040 de 28 de Setembro de 1871.

Regul. n. 5135 de 13 de Novembro de 1872 Arts. 75 n. 4°, 76, 77, e 78—Confirmando a disposição *supra* do Art. 6° § 4° da Lei n. 2040 de 28 de Setembro de 1871, accrescentando :

§ 4.° Os escravos abandonados por seus senhores receberão do Juizo, que julgar o abandono, suas cartas :

Art. 76. Considera-se abandonado o escravo, cujo senhor, residindo no logar, e sendo conhecido, não o-mantem em sujeição, e não manifesta querêr mantê-lo sob sua autoridade :

As Cartas (Art. 77) passadas aos escravos abandonados serão a certidão da sentença extrahida pelo Escrivão, e rubricada pelo Juiz :

Repete (Art. 78) a disposição *supra* da Lei n. 2040 Art. 6° § 4°, accrescentando :

§ Unico—Os alimentos serão taxados na Sentença, que julgar o abandono.

Vid. *Direito* (Revista Ann. 1°, de 1873 Setembro, pag. 249) sobre—Escravos entre bens do evento—.

quirirão para a Fazenda Nacional por algum titulo (34), ou em virtude de Lei (35); em cujo numero entrão as fortalezas, fortes, castellos, baluartes, cidadellas, com todos os seus pertences (36).

(34) Leis já anteriõrmente citadas na ultima Not. ao § 2º do Art. 52, e Decis. n. 43 de 16 de Março de 1847.

(35) Não ha hoje *incorporação verbal*, como se-diz no Art. 33 das Instrucç. de 10 de Abril de 1851, autorizadas pelo Decr. da Reforma do Thesouro de 20 de Novembro de 1850. Toda a incorporação nos proprios é *real*, ainda que se-faça em virtude de Lei, o que não tem analogia com o caso da Ord. L. 2º Tit. 36, relativa aos *donatarios da Corõa*, em cujos titulos a incorporação operava-se por effeito de certas palavras nelles inseridas. Veja-se, por exemplo, a Lei de 9 de Dezembro de 1830 Art. 2º, onde se-diz—*passard d ser incorporada nos proprios nacionaes*.

O Av. n. 44 de 21 de Janeiro de 1856 diz, que tem logar *incorporação verbal* por Acto do Poder Legislativo.

Tomada a posse por parte da Fazenda, e proferida a sentença, extrahе-se esta; e transitada pela Chancellaria, onde a-houver, é remettida ao Thesouro na Cõrte, ou ás Thesourarias nas Provincias, para procedêrem ao respectivo assentamento—cit. Instrucç. de 10 de Abril de 1851 Art. 34, e Av. n. 249 de 15 de Julho de 1856.

3.ª ED.

O transito da Chancellaria foi abolido pelo Decr. n. 1730 de 5 de Outubro de 1869.

(36) Off. de 14 de Março, e Ord. de 2 de Setembro, de 1833. O Av. n. 172 de 21 de Outubro da 1850 mandou incorporar aos proprios nacionaes as terras dos Indios, que já não vivem aldeados, mas sim dispersos e confundidos na massa da população civilisada.

3.ª ED.

Av. n. 67 de 21 de Abril de 1857—Manda *incorporar aos terrenos nacionaes* as terras pertencentes á uma aldêa de Indios etc. declarando que, na conformidade do Av. n. 172 de 21 de Outubro de 1850, sejião *incorporadas* as porções das referidas terras que se acharem *desoccupadas*; arrecadando-se, como

Art. 60. Distinguem-se das especies á cima declaradas os *bens provinciaes*, cuja administração é regulada pelas Assembléas Legislativas das Provincias (37).

renda do Estado, os arrendamentos das que se acharem occupadas por pessoas não descendentes dos Índios primitivos.

Logo (deve-se concluir juridicamente) não se-incorporão nos proprios nacionaes as *porções occupadas* das referidas terras dos extinctos aldeamentos de Índios, ainda que os occupantes não se-reconheçam arrendatarios ou foreiros. Se taes occupantes, por si e seus antecessores, tem á seu favor a prescripção, devem ser respeitadas, em seu dominio legitimado, que tanto val como legitimo. No caso contrario só é incorporavel nos proprios o *direito reivindicatorio*, cuja acção pode intentar a Fazenda Nacional. Questões de propriedade, posse, prescripção, não pertencem ao contencioso administrativo, são da competencia do poder judiciario, como vê-se opinado na Consulta do Conselho de Estado de 4 de Julho de 1854.

Vid. Nots. aos Arts. 53 *supra*, e aos Arts. 610 § 1º e 1322 *infra*.

A inédita Provisão de 28 de Setembro de 1819 prohibio inquietar-se aos proprietarios dos predios visinhos ás do aldeamento dos Índios de S. Lourenço em Nicterohy, *emquanto* (formaes palavras) *não houver acção competente de reivindicação, e sentenças, e depois de disculido o direito de cada um.*

Lei n. 2040 de 28 de Setembro de 1871 Art. 6º § 1º—Serão declarados libertos os Escravos pertencentes á Nação, dando-lhes o Governo a occupação conveniente.

Regul. n. 5135 de 13 de Novembro de 1873 Art. 75 n. 1º, e § 1º—Os escravos pertencentes á Nação receberão suas Cartas de alforria em conformidade do Decr. n. 4815 de 11 de Novembro 1871, e terão o destino determinado no mesmo Decr.

Sobre o aforamento de *proprios nacionaes*—Art. 610 § 1º *infra*.

(37) Lei de 12 de Agosto de 1834 Art. 11 § 4º, Av. de 6 de Abril de 1835, Circ. de 13 de Outubro de 1838, Lei n. 601 de 18 de Setembro de 1850 Art. 3º § 1º.

3.ª ED.

Lei n. 514 de 28 de Outubro de 1848 Art. 16—A' cada uma das Provincias do Imperio ficão concedidas no mesmo,

Art. 61. Distinguem-se igualmente os *bens municipaes*, cuja administração, e conservação, pertence ás Camaras das Cidades, e Villas ; tanto os *proprios* do seu patrimonio (38), como os do *uso commum* dos moradôres (39).

ou em diferentes logares do seu territorio, seis leguas em quadra de terras devolutas, as quaes serão exclusivamente destinadas á colonisação, e não poderão sêr roteadas por braços escravos.

(38) Ord. L. 1.^o Tit. 66 §§ 11 e seg. ; Decr. de 20 de Maio, e de 11 de Junho, de 1734. Diz o primeiro desses Decretos, — *ficardõ propios dos Senados, que só tem o uso e administração, ficando os mesmos bens sujeitos ao meu supremo dominio* —. Lei de 23 de Julho de 1766 § 6.^o, de 22 de Setembro de 1828 Art. 2.^o § 10, do 1.^o de Outubro de 1828 Arts. 41 á 45 e Art. 51, Acto Adicional Art. 10 § 6.^o, Quanto á Camara Municipal da Côrte—Lei n. 108 de 26 de Maio de 1840 Arts. 23 e 24.

(39) Ord. L. 4.^o Tit. 43 §§ 9, 10, 12, e 15 ; Lei de 23 de Julho de 1766, Lei n. 601 de 18 de Setembro de 1850 Art. 5.^o § 4.^o

3.^a ED.

Av. de 2 de Julho de 1828—Sobre a observancia da Ord. L. 1.^o T. 66 § 11, concernente ás possessões, servidões, caminhos, e rocios, das Camaras Municipaes.

Os Reguls. dos terrenos diamantinos, n. 465 de 17 de Agosto de 1846 Art. 48, e n. 5955 de 23 de Junho de 1875 Art. 86, permitem aos respectivos arrendatarios trazêr nos campos, rocios, e pradqs. publicos, animaes do serviço da mineração.

Av. (na Revista—*Direito*—Vol. 4.^o pag. 228) de 19 de Março de 1874—A alienação dos terrenos designados para *logradouros publicos*, dos quaes a população já se acha de posse, só pode sêr autorísada pelo Assembléa Geral.

Logradouros publicos são logares do *uso publico municipal*, com os nomes de *baldios*, *maninhos*, para pastagens, lenhas, estrumes, e outras utilidades. E' um *direito de copropriedade*, cujos titulares são os *moradores* ou *municipes* de cada povoação, que antigamente chamavão-se *visinhos*, á quem compe-

Art. 62. Os bens do dominio particular são allodiaes, ou emphyteuticos (40).

tia *direito de vizinhança* Veja-se a Ord. L. 2º T. 56, sobre os *visinhos*, e a interessante obra de Fournel—*Traité du Voisinage*—. Sobre aforamento dos *bens municipaes*—Art. 610 § 2º *infra*.

(40) Ass. de 16 de Fevereiro de 1786. Extinctos os vinculos pela Lei de 6 de Outubro de 1835, deixo de mencionar os *bens vinculados*.

Deve-se lêr o Art. 62 *supra* com eliminação das palavras —do dominio particular—. Bens do dominio do Estado tambem podem sêr emphyteuticos, ou porque alguns são aforados aos particulares, como acontece com os terrenos de marinha, ou porque o Estado póde tomar de aforamento aos particulares.

A proposição do Art. tambem pecca por sua generalidade dando á percebêr, que todos os bens, immoveis e moveis, podem sêr allodiaes ou emphyteuticos, quando não é assim, porque só os immoveis são susceptiveis de emphyteuse.

« Os vinculos (Rebouças Observ. á este Art. e sua Not.) não forão extinctos pela Lei de 6 de Outubro de 1835. Ella manda em seu Art. 1º, que fiquem extinctos pela morte dos actuaes administradores, e no Art. 3º declara, que suas disposições só comprehendem os vinculos pertencentes á familias, administrados por individuos dellas. Assim pois devêr-se-hião mencionar os *bens vinculados*, etc. »

Vid. Not. adicional ao Art. 73.

3.ª ED.

Nos immoveis emphyteuticos o dominio inteiro está decomposto em *dominio util* e *directo*, e pela *consolidação* reintegra-se (Art. 625 Consolíd. e Not.).

Quando os aforamentos são perpetuos, como todos os do Brazil, os immoveis emphyteuticos equiparão-se aos allodiaes para os effeitos da successão ab intestato (Art. 975 Consolíd.)

Regul. n. 4355 de 17 de Abril de 1869 Art. 7º, ns. 1º 2º, e 3º—Para liquidação do preço dos bens sujeitos ao imposto de transmissão de propriedade, quando não poder ser calculado pela declaração das partes, ou havendo suspeita de fraude :

O valor dos *bens livres* (n. 1º) será arbitrado por peritos :

O do *dominio directo* (n. 2º) será a importancia de vinte fóros, e um laudemio.

Art. 63. A unica excepção á plenitude do direito de propriedade, conforme o Art. 179 § 22 da Constituição do Imperio, terá logar, quando o bem publico exigir o uso, e emprego, da propriedade do cidadão por necessidade ou utilidade (41).

O do *domínio dos bens emphyteuticos* (n. 3º), será o do predio livre, deduzido o do dominio directo na fórmula da regra antecedente: (O dominio dos bens emphyteuticos é o mesmo, que na Consolid. Art. 625 chama-se *domínio util*):

O dos bens subemphyteuticos (n. 3º) será esse mesmo valor, deduzidas vinte pensões subemphyteuticas equivalentes ao dominio do emphyteuta principal:

O Regul. n. 5581 de 3 de Março de 1874 Art. 25 e ns. 1.º, 2.º, 3.º, e 4.º, repete estas mesmas disposições, porém andando distinctamente attendêr aos titulos de aquisição, ou ás declarações da parte; e outrosim liquidando o valôr da constituição da emphyteuse, ou subemphyteuse, na importancia de vinte fóros, e da joia, se a-houvé.

Quanto ao *domínio util* confere com a avaliação da Prov. de 12 de Junho de 1776, quando tal dominio tem de continuar. Para o fim de sua *amortização* o Decr. de 6 de Março de 1769 avalia em 20 annos de foros, e 3 laudemios. Vid. Nots. aos Arts. 625 e 915 *infra*.

(41) Lei de 9 de Setembro de 1826, Lei n. 353 de 12 de Julho de 1845. Vid. Ord. Liv. 4º Tit. II princ., preambulo da Lei de 9 de Julho de 1773, e Decr. de 21 de Maio de 1821.

O § 4º da cit. Ord. Liv. 4º Tit. II contém outra excepção á plenitude do direito de propriedade, que vem á sêr a venda forçada de escravos, porque (palavras desta Ordenação)— *em favor da liberdade são muitas cousas outorgadas contra as regras geraes* —. Actualmente não se-póde dar o caso desta Ordenação, relativo á Mouros captivos destinados á resgate de christãos. Póde-se porém invocar esta Ord. para alforrias forçadas á requerimento de escravos, que se-offerecem á pagar o preço de sua avaliação; ou de terceiros, que pretendem liberta-los?

Que a cit. Ord. era especial no seu caso, e que delle não se-devia fazer regra, para que todo o senhôr fosse obrigado á vendêr seu escravo á quem dizia que o-queria libertar, observa-se no Repert. das Ords. Tom. 3º pag. 597.

De taes alforrias forçadas não ha exemplo nesta Côrte, mas não assim na Provincia da Bahia, como reconheceu o Desembargador Procurador da Corôa em seu parecer transcripto na Consulta do Conselho de Estado, á que se refere o Av. n. 388 de 21 de Dezembro de 1855. Em verdade introduzio-se nessa Provincia a pratica de poder-se remir nos inventarios qualquer escravo, logo que offereça seu valôr ; como mesmo de conseguir alforria forçada com citação do senhôr para nomear e approvar avaliadores, e pagamento ou deposito do preço da avaliação.

Essa pratica é abusiva, e por certo não terá continuado em vista do mencionado Aviso, que decide estes pontos :

1.º Que não se-deve admittir lanço de escravo em beneficio de sua liberdade, se não fôr igual ao maior que se-offerecêr em praça :

2.º Que não se-póde absolutamente aceitar do escravo, ou de terceiro não interessado, o preço da avaliação, quando opphão-se um ou mais herdeiros da herança, á que o escravo pertence :

3.º Que tanto importa no caso sujeito a opposição do herdeiro ou dos herdeiros, como a impossibilidade de reclamar algum delles por sêr menor, ou de por elle transigir seu tutôr.

A indicada Consulta do Conselho de Estado decide mais este outro ponto :

Que, se um ou mais herdeiros convêm na alforria, e algum ou alguns se-oppõem, podem os que convêm requerêr no acto da partilha a adjudicação de todos os escravos, que pela avaliação couberem em sua quota, para liberta-los pela mesma avaliação.

O indicado parecer do Desembargador Procurador da Corôa, approvado pela sobredita Consulta, decide finalmente estes outros pontos :

1.º Que qualquer herdeiro póde libertar os escravos que quizer dentro da sua quota, ainda antes da partilha, assignando termo de recebê-los por adjudicação pelo valor do inventario :

2.º Que qualquer escravo pertencente á Fazenda de Ausentes, cobrindo sua avaliação por bem de sua liberdade, deve-se-lhe recebêr o lanço, e conferir alforria dèsde logo :

3.º Que no acto da praça é licito ao escravo escolhêr e preferir para seu senhôr quem lhe-aprouvér d'entre os lançadores, e que o Juiz dos Ausentes deve aceitar o lanço desse arrematante, ainda que outros concurrentes offereção maior.

Um parecer do Juiz de Direito da Cidade do Pará, transcripto na indicada Consulta do Conselho de Estado, resolvendo a questão—*se o escravo pôde ser alforriado contra a vontade de seu dono, indemnizando-o*—, opina pela negativa, e que o Juiz deve recorrêr aos meios suasorios ante os interessados, como se-mandou praticar pelos Avs. de 17 de Março, e 29 de Julho, de 1830. Conferem com estes Avisos os de 22 de Agosto, e 18 de Novembro, de 1831; mas o de 15 de Dezembro do mesmo anno vai além, dizendo:—procure primeiro por meios pacificos obtêr o consentimento da senhora para a-libertar; e quando não o-possa conseguir, sendo depositada, faça proseguir os termos da lei, prestando á supplicante toda a protecção, que a humanidade, e a mesma lei, outorgão.

Opina mais esse parecer, que, no caso de partilhas, e havendo opposição de alguns herdeiros (o que está de accôrdo com a mencionada Consulta do Conselho de Estado), o Juiz tem o meio de mandar aquinhôar o escravo ao herdeiro, que quizer dar a liberdade recebendo o valor.

Pondera esse mesmo parecer, que a Resol. n. 30 de 11 de Agosto de 1837 Art. 1º manda alforriar todos os escravos de S. M. o Imperador, que derem o seu valor,—que o mesmo se pratica com os da Nação (Vid. Not. ao Art. 42),—e que os donos dos escavos armados pelos rebeldes do Rio Grande do Sul forão desapropriados, mandando-se indemnisa-los pelo Decr. de 26 de Julho de 1845, e Lei de 28 de Outubro de 1848 Art. 6º n. 26. Vid. Provis. de 23 de Outubro de 1823, e 16 de Setembro de 1824, sobre escravos, que servirão na Bahia por occasião da guerra da Independencia; ficando libertos por este facto, mediante a indemnisação de seus donos.

Outro parecer do Juiz de Orphãos da mesma Cidade do Pará, transcripto na referida Consulta, sobre alforria de escravos por quem se-offerece o seu valôr para liberta-los, dá noticia do costume de sêrem acompanhadas taes pretensões do offercimento de mais a quinta parte do valôr do escravo impetrante; costume, que reputa fundado provavelmente na consideração de que os preços de inventario são sempre inferiores ao verdadeiro valôr dos bens. É engano, a origem desse costume acha-se na cit. Ord. L. 4º T. 11 § 4º, que sobre a avaliação dos Mouros captivos, afim de sêrem resgatados, manda acrescentar a quinta parte della.

Alguns casos de alforria forçada temos em nossa legislação, á saber:

1.º Na Lei de 24 de Dezembro de 1734 sobre escravos, que manifestassem diamantes de vinte quilates, e dahi para cima; ordenando que ficassem forros, dando-se 400\$000 aos senhores delles.

2.º Na Provis. de 29 de Novembro de 1779 sobre escravos Irmãos da Irmandade de S. Benedicto, que por esta podião sêr comprados no caso de máo trato de seus senhores, ou de que-remem seus senhores vendê-los por vingança.

3.º Na Ord. de 9 de Abril de 1809 sobre escravos, que dessem parte de extravio ou contrabando de tapinhoam e pão-brazil.

4.º No A.º n. 188 de 20 de Maio de 1856 sobre escravos, que por ordem, ou em companhia, de seu senhôr, ou por qualquer razão que não a fuga, sahem do Imperio, e depois voltão á elle, declarando livres taes escravos. Vid. Man. do Procur. dos Feitos Not. 1431.

Por Direito Romano era caso de alforria forçada, quando o senhôr recebia dinheiro do seu escravo para libertal-o; dizendo a L. 4.º § 1.º Dig. *de manumis.*, que neste caso se-deve fechar os olhos á regra de que o escravo nada possui de seu. O mesmo procede, se o senhôr recebe dinheiro de alguem para libertar seu escravo—L. 19 Dig. *de manumis.*

3.ª ED.

Não ha que respondêr ás observações de Rebouças sobre este Art. 63, porque a Lei n. 2040 de 28 de Setembro de 1871, e seu Regul. n. 5135 de 13 de Novembro de 1872, vierão satisfazer as aspirações das almas de toque.

Quanto nessa Lei e seu Regul. se provê sobre *alforrias voluntarias* pertence ao Cap. *infra*, da Doação, Successão testamentaria, e Execução dos testamentos. As *alforrias forçadas* pertencem á este Art. 63, como *casos de desapropriação*.

Cit. Lei. n. 2040 de 28 de Setembro de 1871 Art. 4.º § 2.º —O escravo, que por meio de seu peculio obtivêr meios para indemnisação de seu valôr, *tem direito d alforria*. Se a indemnisação não fôr fixada por accordo, o-será por arbitramento:

Cit. Reg. n. 5135 de 13 de Novembro de 1872 Arts. 84 e 85 —Sobre taes alforrias por indemnisação.

A *libertação do ventre*, como se-tem chamado a dos filhos da molhêr escrava no Art. 1.º d'essa Lei n. 2040 de 1871, e no Art. 1.º do cit. Regul. n. 5135 de 1872, não é *caso de desapropriação*; com salva porem da junta conserva, que ver-se-ha

Art. 64. A desapropriação por necessidade publica tem logar nos casos seguintes :

§ 1.º Defesa do Estado :

§ 2.º Segurança publica :

§ 3.º Soccorro publico em tempo de fome, ou outra extraordinaria calamidade :

§ 4.º Salubridade publica (42).

Art. 65. A desapropriação por utilidade publica, provincial, e municipal, é da competencia das Assembléas Legislativas de cada uma das Provincias (43).

Art. 66. A que se-fizér por utilidade publica, geral ou municipal da Córte, terá logar nos casos seguintes :

§ 1.º Construcção de edificios, e estabelecimentos publicos, de qualquer natureza que sejam :

§ 2.º Fundaçáo de povoações, hospitaes, e casas de caridade, ou de instrucção :

§ 3.º Aberturas, alargamentos, ou prolongamentos, de estradas, ruas, praças, e canaes :

§ 4.º Construcção de pontes, fontes, aqueductos, portos, diques, cáes, pastagens, e de quaesquer estabelecimentos destinados á commodidade ou servidão publica :

infra Not. ao Art. 67. O futuro não é propriedade de ninguem é só propriedade da lei. *A lei só dispõe para o futuro. — A sua disposição* (Const. Art. 179 n. 3.º) *não tem* EFEITO RETROACTIVO.

(42) Lei de 9 de Setembro de 1826 Art. 1.º, Lei n. 353 de 12 de Julho de 1845 Art. 35.

A desapropriação por defeza do Estado comprehende a dos terrenos e edificios para fortificações, dentro das linhas destas—Av. n. 246 de 11 de Julho de 1856.

(43) Acto Adicional Art. 10 § 3.º

§ 5.º Construcções, ou obras, destinadas á decoraçáo, ou á salubridade publica (44).

Art. 67. Antes do proprietario ser privado da sua propriedade será indemnizado do valôr della. Se recusar recebê-lo, será o valôr da propriedade consignado no deposito publico, ficando livre a interposiçáo dos recursos legaes (45).

(44) Cit. Lei de 12 de Julho de 1845 Art. 1.º Considero abrogadas as disposiçóes das Leis de 9 de Julho e 14 de Outubro de 1773, e do Dec. de 17 de Julho de 1778, sobre adjudicaçáo de predios encravados e contiguos; e bem assim as do Alv. de 27 de Novembro de 1804 §§ 11, 12, e 13, applicadas ao Brazil pelo de 4 de Março de 1819, sobre construcções de canaes, levadas, e aqueductos. Entretanto as providencias destas Leis são necessarias. Vid. Not. ao Art. 894.

Aberturas de estradas — Quanto á desapropriaçáo para construcção de estradas de ferro no Brazil—Lei n. 816 de 10 de Julho de 1855, Regul. n. 1664 de 27 de Outubro do mesmo anno; quanto á estrada de ferro da Provincia de S. Paulo— Decr. n. 838 de 12 de Setembro de 1855, Decr. n. 1759 de 26 de Abril de 1856, Dec. n. 1930 de 26 de Abril de 1857.

É hoje diverso meu modo de pensar sobre a abrogaçáo das Leis de 9 de Julho de 1773, 14 de Outubro do mesmo anno, Decr. de 17 de Julho de 1778, Alv. de 27 de Novembro de 1804 §§ 11, 12, e 13, e de 4 de Março de 1819.

(45) Lei de 9 de Setembro de 1826 Arts. 5.º, 6.º, e 7.º, e Lei n. 353 de 12 de Julho de 1845 Arts. 29 e 30.

As desapropriações por necessidade ou utilidade publica são isentas de impostos: quanto á siza—Av. n. 28 de 29 de Março de 1842, Lei de 12 de Julho de 1845 Art. 33 (Not. ao Art. 596 § 1.º Consolid.); quanto ao sello fixo e proporcional—Cit. Lei n. 353 de 12 de Julho de 1845 no mesmo Art; e quanto á dizima da Chancellaria—Perdigáo Man. do Proc. dos Feit. §§ 175 e 196.

3.ª ED.

Regul. n. 4355 de 17 de Abril de 1869 Art. 4.º § unico n. 2.º—São isentos do imposto de transmissáo os actos de desapropriaçáo para o Estado, Provincias, ou Municipios.

Art. 68. No caso de perigo imminente, como de guerra ou commoção, cessarão todas as formalidades; e poder-se-ha tomar posse do uso, quando baste; ou mesmo do dominio da propriedade, quando seja necessario para o emprego do bem publico; logo que seja liquidado seu valôr, e previamente en-

Regul. n. 4505 de 9 de Abril de 1870 Art. 10 n. 11, e Art. 15 n. 6°—São isentos do *sello proporcional* os actos relativos á desapropriação por utilidade ou necessidade publica, por conta do Estado, das Administrações Provinciaes, ou das Camaras Municipaes:—São isentos do *sello fixo* os processos de desapropriação por utilidade ou necessidade publica, nas mesmas circumstancias.

Av. n. 246 de Julho de 1873.—Duvida resolvida pelo Art. 86 do Regul. de 13 de Novembro de 1872, se a questão se crear sobre valôr da *indemnisação*; não assim saber o *estado de liberdade*, caso em que a decisão é sempre do Juiz de Direito.

A duvida foi: Se incumbe aos Juizes de Direito julgar em 1ª instancia nas Comarcas Geraes ás causas de liberdade, ainda que o valôr seja inferior á 500\$000.

Regul. n. 5581 de 31 de Março de 1874 Art. 23 n. 2.º— Repete a mesma disposição do de n. 4,355 á cima.

A Lei n. 2040 de 23 de Setembro de 1871 Art. 1.º, declarando livres desde a sua data os filhos de molhér escrava, que nascessem no Imperio, e o mesmo declarando o Regul. n. 5135 de 13 de Novembro de 1872 Art. 1.º, incorrem na censura de inconstitucionaes, por privarem os proprietarios da sua propriedade sem indemnisação quanto aos filhos de molhér escrava já concebidos no tempo designado. Essa legislação, para estar de accôrdo com a doutrina juridica estampada no Art. 1.º Consol. *supra*, devêra têr marcado o prazo de nove ou dez mezes subsequentes á promulgação da lei; e no rigôr, adoptando esse prazo de nove ou dez mezes como tempo relugar da prenhez, devêra ter dito — *filhos concebidos* —, e não — *filhos nascidos* —. São bem conhecidas as disposições legislativas, e as preleccões doutrinaes, sobre a *presumpção da prenhez*, e *presumpção da paternidade*. Vid. Esb. do Cod. Civil Art. 53 á 61, 221 á 233, e 1466 á 1479.

tregue ao proprietario ou depositado, reservando-se os direitos para se-deduzirem em tempo opportuno (46).

Art. 69. Sem especial concessão do Corpo Legislativo, as Igrejas, Ordens Religiosas (47), Confrarias, Irmandades, Misericordias, Hospitaes, e quaesquer outras Corporações de

(46) Cit. Lei de 9 de Setembro de 1826 Art. 8.º

(47) Ord. L. 1.º Tit. 2.º § 19, L. 2.º Tit. 18, Alv. de 30 de Julho de 1611, Prov. de 13 de Agosto de 1612, Alv. 1.º de 23 de Novembro do mesmo anno, e de 20 de Abril de 1613, Decr. de 11 de Junho de 1672, Cart. Reg. de 30 de Janeiro de 1693, e de 19 de Março, Prov. de 7 de Agosto de 1727, de 21 de Março de 1743, Lei de 9 de Setembro de 1769 §§ 10 e 21; Ass. 1.º de 29 de Março de 1770, Ass. 4.º de 5 de Dezembro do mesmo anno, Av. de 22 de Julho de 1790, Ass. 2.º de 21 de Julho de 1797, Decr. de 16 de Setembro de 1817, Lei de 15 de Novembro de 1827 Art. 68 § 1.º

O citado Decr. de 16 de Setembro de 1817 dispensou á favor das Ordens religiosas as leis de amortização, para que podessem conservar e possuir os bens, direitos, e acções, que tivessem nessa data, porém sua disposição não é extensiva á outras corporações—Ord. de 19 de Dezembro de 1833, Av. n. 247 de 23 de Dezembro de 1854.

3.ª ED.

Lei n. 1764 de 28 de Junho de 1870 Art. 18:—Os predios rusticos e urbanos, terrenos, e escravos, que as *Ordens Religiosas* possuem, serão convertidos no prazo de doze annos em Apolices intransferiveis da Divida Publica Interna.

Não se-comprehendem nesta disposição os Conventos, e dependencias dos Conventos, em que residirem as Communi-dades; nem os escravos, que as mesmas Ordens libertarem sem clausula, ou com reserva de prestação de serviços não excedente de cinco annos; e as escravas, cujos filhos declararem que nascem livres.

As alienações á cima são aliviadas de metade do imposto de transmissão de propriedade.

mão-morta (48), não podem adquirir, ou possuir, por qual-

(48) Prov. de 13 de Fevereiro de 1770, Alv. de 31 de Janeiro de 1775, Alv. de 20 de Julho de 1793, Decr. de 15 de Março de 1800, Lei de 18 de Outubro de 1806 § 2.º, Prov. de 20 de Março de 1820, e de 19 de Dezembro de 1833, Av. de 15 de Abril de 1834, Av. de 19 de Outubro de 1837, Av. de 5 de Fevereiro de 1840, Regul. de 2 de Outubro de 1851 Art. 49 § 2.º Pela dispensa págão as Corporações de mão-morta 2 % do valor dos bens—Lei de 30 de Novembro de 1841 Tabel. § 32.

Sem pagarem esse imposto não podem entrar no gozo das dispensas, devendo-se reputar nullas as aquisições em contrario—Circ. de 10 e 18 de Outubro de 1859.

« Compete hypotheca legal (Art. 3.º § 6.º da novíssima Lei hypothecaria) ás Igrejas, Mosteiros, Misericordias, e Corporações de mão-morta, sobre os immoveis de seus Thesoureiros, prepostos, procuradores, e syndicos. A inscripção (Art. 9.º § 16 da cit. Lei) da hypotheca das Corporações de mão-morta deve sêr requerida por aquelles, que as administram; e incumbe ao Escrivão da Provedoria, ao Promotôr de Capellas, ao Juiz de Capellas, e ao Juiz de Direito em correição. »

Pela omissão da inscripção (Art. 9.º § 22 da cit. Lei) aquelles, que administram as Corporações de mão-morta, ficam sujeitos ás penas de estellionato, verificada a fraude.

3.ª ED.

O imposto pagavel pelas Corporações de mão-morta dispensadas entra hoje no de transmissão de propriedade—Regul. n. 4355 de 17 de Abril de 1869 Art. 1.º.

Cit. Regul. n. 4355 Art. 3.º n. 6.º—E' devido o imposto da aquisição de immoveis pelas Corporações de mão-morta, com licença do Podêr competente.

Regul. n. 5581 de 31 de Março de 1874 Art. 14 n. 6.º —Repete a mesma disposição do antecedente n. 4355 Art. 3.º n. 6.º

Cit. Regul. n. 5581 Art. 13 n. 1.º—São isentos do imposto os legados de propriedade ou usufructo á Santa Casa da Misericordia, e ao Recolhimento de Santa Thereza, com excepção dos legados pios não cumpridos (Ord. n. 90 de 18 de Agosto de 1845).

quer titulo bens alguns de raiz (49). (Art. 585 § 1º, e 612 § 1.º)

Cit. Regul. n. 5581 Art. 23 n. 14—E' isenta do imposto a compra de terrenos para *corporações*, á quem esta isenção tenha sido concedida por lei.

Vid. Nots. aos Arts. 516 § 7º, e 595 § 2.º

(49) *Acquisição por compra, dação in solutum, e por outro titulo*, prohibio a Ord. L. 2º Tit. 18 princ. A *troca* permittia-se no caso do § 4º da mesma Ord., mas a Port. de 11 de Junho de 1839 declarou necessaria nesta hypothese a dispensa do Corpo Legislativo. *Acquisição por doação e successão*, se a citada Ord. tambem permittia no § 1º com a posse limitada á anno e dia, cessou este indulto com a prohibição absoluta do § 10 da Lei de 9 Setembro de 1769, e do § 21 explicado pelos Assentos 1º de 29 de Março de 1770, 4º de 5 de Dezembro do mesmo anno, e 2º de 21 de Julho de 1797. Supprimi o *commisso*, que é uma confiscação parcial de bens de raiz, porque não pôde subsistir sob o imperio de instituições liberaes, que considerão a propriedade como fundada no direito natural.

Já disse na Introdução pag. 5, que tenho mudado de pensar sobre a suppressão do *commisso*, á respeito do qual é expressa a legislação citada nesta Nota e nas duas antecedentes, e se pôde vêr o Av. n. 85 de 28 de Março de 1854.

Este Aviso suppõe, que o prazo de anno e dia da Ord. L. 2º T. 18 § 1º ainda está em vigor, e o mesmo suppõe o § 2º Art. 49 do Regul. das Correições de 2 de Outubro de 1851; dizende-se porisso no Man. do Procur. dos Feitos Not. 312 que o *commisso* dá-se quando as Corporações de mão-morta possuem por mais de anno e dia bens de raiz, que podem nomenclativamente adquirir. Entendi os §§ 10 e 21 da Lei de 9 Setembro de 1769, e Ass. ácima citados, que á ella se referem, tudo combinado com o § 1º da Ord. L. 2º T. 18, como entendeu Gouv. Pinto Trat. dos Testam. Cap. 42 § 10; e parece, que é verdadeira esta intelligencia, e que as Corporações de mão-morta não tem mais o indulto de possuir bens de raiz por anno e dia, que lhes fossem doados ou deixados em testamento. Tanto assim é, que ninguem dirá actualmente sêrem ellas legitimos adquirentes de taes bens durante o anno e dia, e dentro deste prazo podêrem validamente vendê-los; o que aliás podião fazer pelo § 1º da Ord. L. 2º T. 18, quando diz—*no qual tempo se-tirard delles, não havendo nossa provisão para os-poder possuir por mais tempo. E não se-tirando delles no dito tempo, nem havendo nossa provisão, os-perderá para nós*—.

Note-se que antes da Lei de 9 de Setembro de 1769, como pondera-se na Not. ao Art. 1003 Consolid., as Corporações de mão-morta podião herdar; e istopresuppõe a Ord. citada § 1º, onde coherentemente prohibio-se, não a aquisição, mas sim a posse por mais de anno e dia.

Segue-se pois, que as Corporações de mão-morta actualmente devem requerêr licença á Assembléa Geral Legislativa para adquirirem os bens, que lhes-fôrem deixados em testamento, ou que lhes-fôrem doados; e não para possuirem taes bens por mais de anno e dia, como se os-tivessem legitimamente adquirido. Não será assim, se quizerem entendêr, que o Regul. de 2 de Outubro de 1851 Art. 49 § 2º, e cit. Av. de 28 de Março de 1854, revogárão a legislação intermédia, e restaurárão a da Ord. L. 2º T. 18 § 1º, e dos Alvs. de 30 de Julho de 1611, 13 de Agosto, e 23 de Novembro, de 1612, e 20 de Abril de 1613.

As Assembléas Provinciæes não podem cencedêr licença ás Corporações de mão-morta para aquisição de bens de raiz — Resol. n. 293 de 13 de Setembro de 1843.

A Santa Casa de Misericordia do Rio de Janeiro teve autorisação para adquirir e possuir bens de raiz á titulo oneroso ou gratuito sem limitação, dispensadas as leis da amortização; e foi relevada do commisso, em que tinha incorrido — Lei n. 460 de 30 de Agosto de 1847.

As Corporações de mão-morta estrangeiras podem adquirir e possuir no Imperio bens de raiz, tendo obtido licença de seus respectivos Governos? Sem duvida, se tambem a-obtiverem do Corpo Legislativo.

Sobre as Corporações de mão-morta se-tem recentemente disposto no Decr. n. 1225 de 20 de Agosto de 1864 o seguinte:

Art. 1.º O Governo é autorizado á concedêr ás Corporações de mão-morta licença para adquirirem, ou possuirem, por qualquer titulo, terrenos, ou propriedades necessarias para edificação de igrejas, capellas, cimiterios extra-muros, hospitaes, casas de educação, e de asylo, e quaesquer outros estabelecimentos publicos:

Art. 2.º Os bens de raiz adquiridos pelas Corporações de mão-morta, na conformidade da Ord. L. 2º T. 18 § 1º, serão, no prazo de seis mezes, contados de sua entrega, alheitados, e o seu producto convertido em Apolices da Divida Publica, sob as penas da mesma Ord.; exceptuados os predios e terre-

Art. 70. As Camaras Municipaes não são incluídas no numero das Corporações de mão-morta (50).

Art. 71. Os Clerigos tem direito de adquirir, possuir, e alienar, por qualquer titulo, bens de raiz; allodiaes, ou foreiros (51).

nos necessarios para o serviço das mesmas Corporações, e os que até agora tiverem constituido o seu patrimonio.

Referem-se á esse novissimo Decreto a Circ. de 22 de Outubro de 1864, e Av. da mesma data.

3.ª ED.

Regul. n. 4453 de 12 de Janeiro de 1870—Para execupção do Decr. á cima 1225 de 20 de Agosto de 1864, e da Lei n. 369 de 18 de Setembro de 1845 Art. 44.

Dispensão as Leis de Amortização á varias Corporações os Decretos seguintes:—n. 1093 de 5 de Setembro de 1860, n. 1133 de 24 de Julho de 1861, n. 1154 de 16 de Abril de 1862, n. 1865 de 13 de Outubro de 1870.

Vid. a primeira Not. ao Art. 776 *infra*.

Lei n. 1507 de 26 de Setembro de 1867 Art. 19 § 1º n. 4—A amortização, mediante licença do Podêr competente, pagará, além dos direitos, que devidos forem da aquisição na fórma das disposições antecedentes:

Por titulo gratuito 5%.

Por titulo oneroso 4%.

(50) Circ. n. 4 de 15 de Janeiro de 1844.

Como as Corporações de mão-morta pagão um imposto adicional á decima urbana (que é renda geral), a citada Circular declara, que os predios das Camarcas Municipaes não estão sujeitos á esse imposto, visto que ellas não são Corporações de mão-morta.

3.ª ED.

Do Av. n. 322 de 8 de Outubro de 1867 resulta, ao inverso do nosso têxto, que as *Camaras Municipaes* são Corporações de mão-morta. Engano profligado pelo Sr. Cortines Laxe no seu judicioso Comment. do Regim. das Cam. Munc. pag. 106.

(51) Lei das Côrtes Portuguezas de 19 de Novembro de 1821 Art. 1º, que mandou-se observar pelo Art. 2º da Lei 6ª de 20

Art. 72. Os Regulares secularisados poderão também adquirir por qualquer título entre vivos, ou por successão testamentaria qu legitima nos casos, em que a Lei a não prohibe (52). (Art. 982 § 2º, e 999)

Art. 73. Fica prohibido o estabelecimento de morgadões, capellas, e quaesquer outros vinculos de qualquer natureza, ou denominação, que sejam. Os existentes ficão extinctos pela morte dos actuaes administradores legitimos (53).

de Outubro de 1823. Ficarão de nenhum effeito a Ord. L. 2º Tit. 16, e Tit. 18, na parte relativa aos Clerigos.

(52) Cit. Lei de 19 de Novembro de 1821 Art. 2º, que alterou os fundamentos da Res. de 26 de Dezembro de 1809.

(53) Lei de 6 de Outubro de 1835 Art. 1º, Regul. n. 834 de 2 de Outubro de 1851 Art. 44 § 5º.

A redacção da Lei de 6 de Outubro de 1835 tem occasionado variedade de opiniões sobre sua intelligencia, póde provocar muitas duvidas; e cumpre investigar o que ella prohibe de futuro, e o que tem abolido de preterito.

—*Fica prohibido o estabelecimento de morgados*— : quanto á *morgados* não póde havêr questão, posto que haja discordancia sobre a differença entre *morgado* e *capella*. Ou convenhasse na distincção legal da Ord. L. 1º T. 62 § 53, ou aceite-se a de Mell. Freir. L. 3º T. 10 Not. ao § 1º, adoptada por Lobão em seu Trat. de Morg. Cap. 10 § 2º; a questão resolve-se pela discriminação das *capellas*, que estão comprehendidas na prohibição da Lei.

Capellas— : o que deve-se entendêr por esta palavra? Em geral, o encargo perpetuo de missas, anniversarios, ou quaesquer obras pias, imposto por um instituidôr sobre certos bens, para ser satisfeito pelos seus rendimentos. Se o encargo é temporario, não constitue propriamente *capella*; é um simples legado pio, —Coelho da Roch. Dir. Civ. § 524. Vid. Av. n. 85. de 28 de Março de 1854. Em particular, a denominação comprehendê:

1.º *Capellas vinculadas*, isto é, reguladas pelos mesmos principios, que regem os morgadões, e porisso á elles equiparadas:

2.º *Capellas administradas por Corporações de mão-morta*, como a de que trata o Alv. de 27 de Março de 1788:

3.º *Capellas não vinculadas*, de que trata o Alv. de 14 de Janeiro de 1807 § 3.º

Quaes as comprehendidas na prohibição da Lei de 6 de Outubro de 1835? Evidentemente só as *capellas vinculadas*, como resultará da investigação sobre o que exprime a palavra—*vinculo*—.

E quaesquer outros vinculos de qualquer natureza ou denominação que sejam—: O que deve-se entendêr por *vinculo*? Em geral, a sujeição de bens ao encargo perpetuo, ou temporario de substituições. Em particular, essa sujeição sómente ao encargo perpetuo de substituições.

Para haver *vinculo* não basta, que o disponente tenha imposto aos bens um encargo qualquer, ainda que este seja perpetuo; é necessario, que o encargo seja de duas ou mais substituições successivas até certo gráo, ou *in infinitum*. Eis o motivo, por que não são *vinculos*, nem as Capellas administradas por Corporações de mão-morta, nem as Capellas não vinculadas.

As administradas por Corporações de mão-morta, porque são perpetuas, não morrem como as pessoas vivas, não se dissolvem como outras pessoas juridicas; e portanto não ha substituição possível. É verdade, que os bens ficão inalienaveis como nos vinculos, ficão *amortizados*; mas assim acontece pela natureza dessas pessoas juridicas, que administram a Capella; e não pelo encargo de alguma substituição, pois que a substituição é impossível.

As não vinculadas, porquanto em não ha encargo de alguma substituição, não porque seja impossível, mas porque tal encargo não foi imposto pelo disponente. Foi imposto sómente o encargo da capella, da obra pia; e tal encargo não altera a natureza dos bens, não impede sua alienação, passa á elles annexo para qualquer adquirente. Diz porisso o citado Alv. de 14 de Janeiro de 1807 § 3.º, que taes bens, podendo ser alienados, não têm vinculo, não se-reputão propriamente bens de capella.

Qual o sentido, em que a Lei de 1835 prohibio o estabelecimento de quaesquer outros vinculos? Se tomamos o sentido especial da palavra—*vinculo*—, como significando sómente o encargo perpetuo de substituição; a Lei é inintelligivel, ou então prevenio o que já estava prevenido na Lei de 3 de Agosto de 1770.

Não se-conhecem outros vinculos na accepção rigorosa da palavra, que não sejam os *morgados* e as *capellas vinculadas*; e assim é impossivel sabêr, quaes sejam esses de diversa natureza, ou denominação, á que alude a Lei de 1835. Se alludio aos *morgados irregulares*, a cit. Lei de 3 de Agosto de 1770 reduzio todos esses morgados de preterito e de futuro á unica natureza de *regulares*. Se alludio aos fideicommissos familiares perpetuos, ahi está Lobão Obr. cit. § 13 reconhecendo, que taes fideicommissos erão propriamente morgados quanto ao preterito, e que de futuro seriaõ morgados prohibidos pela cit. Lei de 1770.

Tomando-se porêm a palavra—*vinculo*—no sentido geral, que acima determinamos, fica explicada a Lei de 6 de Outubro de 1835, quando, além dos morgados e capellas, prohibe o estabelecimento de quasquer outro vinculos. Esses outros vinculos são—os fideicommissos temporarios—, substituições fideicommissarias do 2º grão em diante Não do 1º grão, porque a Ord. L. 4º T. 87 § 12 as-faculta.

Seja como fôr, ainda que a palavra—*vinculo*—se-tome em seu sentido especial, poder-se-ha dizêr, que os vinculos não se-achão extinctos depois da Lei de 6 de Outubro de 1835? Como dizê-lo, se não ha vinculo sem substituição, e se essa Lei impédio a substituição? Embôra diga essa Lei—*e os existentes facão extinctos pela morte dos actuaes administradores legitimos*—, não se-segue, que antes da morte de taes administradores conservem os bens a natureza de vinculados; uma vez que a substituição, character essencial do vinculo, é impossivel. Se procedesse a censura do Sr. Rebouças (Nota ao Art. 62 *supra*), devêra ter sido inutilmente consolidada a Ord. L. 4º T. 100, e mais legislação, sobre morgados.

3.ª ED.

Evitar-se-hião muitas questões, diz amestradamente um Escriptôr, se antes dellas conviessem os polemistas na significação dos vocabulos em contenda.

Estudei porisso accuradamente a significação da palavra—*vinculo*—, e na 2ª Ed. fixei a sua variedade do sentido *mais intenso* ao *menos intenso*. Trabalho perdido, porque responde-se-me (Rebouças Observ. pag. 26)—manifesta-se inapplicavel o que por demais illustrou-se, e procede effectiva e continuamente a existencia de *vinculos*!

As questões são duas, ambas de palavras, e o meu recurso é solvêl-as assim :

Art. 74. Os bens, que em virtude do Art. precedente deixarem de sêr vinculados, passarão, segundo as Leis, que regulão a successão legitima, aos herdeiros dos ultimos administradores ; não podendo estes dispôr de taes bens em testamento, nem por outro algum titulo (54).

1.ª Questão:—Existem os *vinculos*, que a Lei de 6 de Outubro de 1835 no Art. 1º declarou extinctos ? Sim, e não. *Sim*, no sentido *menos intenso*, se ainda existe vivo algum administradôr de taes vinculos, cuja posse nos bens vinculados a Lei respeitou até o dia da sua morte. *Não*, no sentido *mais intenso*, porque o Art. 2º da Lei tirou á esses bens o *character vinculatorio*, reduzindo á successão legal ordinaria a excepcional da Ord. L. 4. T. 100.

2.ª Questão:—Existem os vinculos não pertencentes á familias, não administrados por individuos dellas, que a Lei de 6 de Outubro de 1835 no Art. 3º declara não têr comprehendido nas disposições dos Arts. 1º e 2º? Sim, e não. *Sim*, no sentido *menos intenso*, se para dar-se *vinculo* bastão encargos pios, ou outros de interesse publico, mais ou menos duradouros. *Não*, no sentido *mais intenso*, se para dar-se vinculo deve accrescêr o encargo perpetuo de substituições.

Que aproveita nutrir meras questões de palavras? Confessando o illustrado Antagonista, que fôra inutil consolidar a Ord. L. 4º T. 100, e mais legislação sobre morgados, parece do meu lado estar a victoria.

Sobre o *Registro das Capellas vagas* (Art. 52 § 2º Not. 22 *supra*), seus *Tombos*, e sobre as que estão no caso de se-incorporarem á Corôa; vejam-se a Ord. n. 53 de 15 de Fevereiro de 1853, a de n. 78 de 16 de Março de 1854, e a de n. 85 de 28 de Março do mesmo anno.

(54) Cít. Lei de 6 de Outubro de 1835 Art. 2.º

3.ª ED.

Av. n. 13 de 12 de Janeiro de 1855—Aos Provedôres de Capellas, e não aos Juizes dos Feitos, cabe o conhecimento das questões relativas á vacancia dos *vinculos* e capellas por commisso, ou por falta de successão regular e legitima.

Ar. 75. Todas as disposições testamentárias, ou doações, para instituições de morgados, e vinculos, que se não verificá-
rão, devem havêr-se como não escriptas; e os bens, que
fizerão objecto dellas, pertencem aos herdeiros dos instituidó-
res (55).

Av. n. 142 de 26 de Abril de 1858—Nas Comarcas, em que
não existão instituições de Capellas com bens vinculados,
e ordem de successão em sua administração e gôzo, não
ha fundamento para nellas havêrem os Livros de Tombo,
de que trata o Regul. das Correições.

Decr. n. 2941 de 27 de Junho de 1862—Manda executar
o Regul. para arrematação dos bens pertencentes ao extinto
Vinculo de Jaguará na Provincia de Minas Geraes.

3.^a ED.

Sobre a tomada de contas das extinctas Capellas vincula-
das, veja-se a Not. ao Art. 1123 *infra*.

(55) Decr. de 29 de Maio de 1837.

PARTE ESPECIAL

LIVRO I

DOS DIREITOS PESSOAES

SECÇÃO I

DOS DIREITOS PESSOAES NAS RELAÇÕES DE FAMILIA

TITULO I

DO MATRIMONIO

CAPITULO I

Dos esponsaes, e pactos nupciaes

Art 76. Não se-póde contrahir esponsaes senão por escriptura publica (1), lavrada por Tabellião, e assignada pelos contrahentes, e pelos Pais de cada um delles; e, na falta dos

Dirto 76 - p. 1165.

(1) A Ord. L. 3º T. 59 §§ 11 e 21 permittia outras provas, mas a Lei de 6 de Outubro de 1784 § 1º a-derogou. Escripturas de esponsaes simplesmente não se-usão entre nós, ellas se-fazem por occasião dos pactos matrimoniaes, quando os contrahentes por qualquer modo exceptuão, ou declarão, o regimen da communhão legal. A antiga Resol. de 21 de Julho de 1536 (na Collec. de Duarte N. de Leão pag. 700) exigia escriptura publica, marcando uma taxa mui diminuta. Vid. Not. ao Art. 88.

3.ª ED.

« O não sêrem tão frequentes (Rebouças Observ. pag. 28) as escripturas de esponsaes, como as de contracto antenuptial de dote e arrhas, não seria razão, para que não fossem

Pais, pelos respectivos Tutores ou Curadores, e por duas testemunhas ao menos (2). (Art. 367 § 3.º)

explicitamente ponderadas, dando-se uma idéa sufficiente da *sua efficacia*, e do *modo de procedêr* por ellas coercitivamente, *ao menos com remissão ao Trat. das Acç. Sum. de Lobão § 622 d 705.* »

Para que não fossem explicitamente ponderadas: Estão explicitamente ponderadas do Art. 76 ao Art. 87 as escripturas de esponsaes, e a verdade pratica da minha observação em nada prejudica a theorica da Lei—*quod abundat non nocet*—.

Sua efficacia: Está canonisada nos Art. 85, 86, e 87.

Modo de procedêr: Lá está nos Arts. 85 e 87.

Ao menos com remissão ao Trat. das Acç. Sum. de Lobão § 622 d 705: Aliás § 662 á 705, entre os quaes estão os §§ 674 e 677 desse Trat. de Lobão por mim citados, Nots. aos Arts. 80 e 85, e outros §§ citados ao Art. 81 Not. 8.

(2) Cit. Lei de 6 de Outubro de 1784 § 1.º As escripturas ante-nupciaes, e de dote e arrhas, estão sujeitas á sello proporcional—Regul. n. 681 de 10 de Julho de 1850 Art. 7º § 3.º

Esta determinação sobre o sello proporcional de taes escripturas é repetida no Art. 6º n. 3º do Regul. n. 2713 de 26 de Dezembro de 1860, e com a mesma redacção. Della resulta, que as escripturas ante-nupciaes sem excepção, ainda que não sejam de dote e arrhas, pagão sello proporcional; mas como cumprir tal disposição, quando as escripturas tiverem por objecto simplesmente a promessa de casamento? Em tal caso, o objecto do contracto não é apreciavel em dinheiro, e portanto resiste á applicação do sello proporcional.

3.ª ED.

« Acontecendo (Rebouças Observ. pag. 29) que a escriptura contenha tão somente a promessa de casamento sem alguma imputação de pena convencional, estará no caso de sêr tão somente sujeita ao sello fixo, como mui bem previne o mesmo Regul. ao Art. 58 § 2.º »

Sem duvida, forçoso era sujeitar ao sello fixo as escripturas de simples promessa de casamento, applicando-se o Art. 58 § 2º do Regul. n. 2713 de 26 de Dezembro de 1860; mas essa mesma necessidade condemnava a redacção do Art. 6º n. 3º desse Regul., que reproduzio a do Art. 7º § 3º, que só devia

Art. 77. Quaesquer promessas, pactos, ou convenções esponsalicias, que não fôrem contrahidas na fórmula do Art. antecedente, não produzirão effeito algum, nem serão admittidas em Juizo para qualquer acção; ainda que se-queira deixar a certeza de taes promessas, e convenções, no juramento daquelles, que as-negarem (3).

Art. 78. Não havendo Tabellião no lugar da habitação dos contrahentes, e estando distante mais de duas leguas, poderão estes ajustar o casamento por escripto particular na presença dos Pais, Tutores, ou Curadores, e quatro testemunhas, os quaes todos deverão assigna-lo (4).

Art. 79. Este escripto particular, se não fôr cumprido no espaço de um mêz, perde sua validade; salvo se fôr reduzido á escriptura publica (5).

contemplar para o sello proporcional as escripturas de dote e arrhas, e não as ante-nupciaes.

Tollitur questio, porque o ultimo Regul. do sello n. 4505 de 9 de Abril de 1870 guarda silencio sobre taes escripturas, sujeitando em geral ao sello fixo no Art. 13 § 1º *in fine* os contractos não sujeitos ao sello proporcional.

Que estas escripturas esponsalicias podem sêr lavradas pelos Escrivães do Juizo de Paz nos casos, em que fazem as vêzes de Tabelliães (Laffayette Dir. de Fam. pag. 6 not. 3), é uma deducção da Lei de 30 de Outubro de 1830—*semper specialia generalibus insunt*—.

(3) Cit. Lei de 6 de Outubro de 1784 § 1º. Vid. Not. ao Art. 375.

É este um dos casos, em que a escriptura publica é exigida como requisito essencial para existencia do contracto, e por isso está comprehendido no Art. 367 § 3º *infra*.

(4) Cit. Lei de 6 de Outubro de 1784 § 2º.

Como escapasse no Art. 367 § 3º *infra* esta excepção da regra do Art. 77, vai agora indicada na Not. ao mesmo Art. 367 § 3º.

(5) Cit. Lei de 6 de Outubro de 1784 § 2º.

Art. 80. A escriptura de esponsaes deve expressamente mencionar :

§ 1.º Os nomes dos Pais dos contrahentes :

§ 2.º O lugar, onde os contrahentes nascêrão, e forão baptisados :

§ 3.º Sua idade, e seu domicilio :

§ 4.º A espontanea e livre vontade das reciprocas promessas, feitas, e aceitas, sem a menor coacção :

§ 5.º A qualidade, e o grão de parentesco, se o houver, entre os contrahentes; com a declaração de que se-obrigão, se concedida lhes-fôr a dispensa legitima (6).

(6) Cit. Lei de 6 de Outubro de 1784 § 3.º

Cumpre observar, que os requisitos exigidos neste Art. para a escriptura de esponsaes não são da essencia do contracto. Sua ommissão não induz nullidade, e no caso de duvida é possível provar *aliunde* tudo quanto se-determina que seja mencionado na escriptura. São perigosas disposições semelhantes á essa do Art. 80, que aliás só tem em vista a melhoria do acto; visto como pessôas não sufficientemente instruidas, mesmo homens do Fôro, concluem logo, que o acto é nullo, quando não contém qualquer das declarações escriptas na lei. Deste defeito resente-se notavelmente nosso Cod. do Comm., e á elle se-devem tantas decisões de nullidade, sem que haja nullidade. E deste defeito na materia, de que ora se-trata, resente-se Lobão Acç. Sum. § 674, contemplando requisitos não essenciaes do contracto esponsalicio, de mistura com os essenciaes. Vid. Not. ao Art. 96.

3.º ED.

« Bem se-vê (Rebouças Observ. pag. 30), que é uma lei (a de 6 de Outubro de 1784 §§ 1º e 9º) formalmente prohibitiva *de tudo quanto* possa faltar ou contrariar ao seu preceito, com positiva e expressa sancção de nullidade, e de se-dizer com a L. 12 § 1º Dig. qui et a quib. manum. — *quod quidem perquam durum est, sed ita lex scripta est*—, como no caso do instrumento de approvação do testamento cerrado sanciona a Ord. L. 4º Tit. 80 § 1.º »

Art. 81. Os filhos-familias, e os menores até a idade de vinte e um annos (7), não podem contrahir esponsaes sem

De tudo quanto : Mas, se nesse *tudo quanto* só entrou a *fôrma essencial* de escriptura publica assignada pelos contrahentes, pais de cada um delles ; e, na falta destes, por seus tutores ou curadores ; não entrarão evidentemente as minudencias do Art. 80, e não entrarão por não serem *essenciaes*. O *decreto irritante* só alcança a omissão da *fôrma essencial*, não as *solemnidades accidentaes*.

Trata-se aqui de uma *nullidade de fôrma*, não de uma *nullidade por incapacidade*, qual a implicita da L. 12 § 1º Dig. *qui et a quib manum*, prohibindo libertar escravos.

E trata-se de uma *nullidade de fôrma*, sem paridade com a dos instrumentos de approvação dos testamentos cerrados *ex vi* da Ord. L. 4º T. 80 § 1º, explicada pelos Ass. de 17 de Agosto de 1811 e 10 de Junho de 1817 ; nos quaes instrumentos—*tudo é de rigôr*—, como dizem os Commentadores, e prevenirão os Arts. 1056 e 1057 Consolid. Que analogia, neste aspecto, em que a nullidade dos contractos esponsalícios deixa os contractantes em seu estado anterior de solteiros, ao passo que a dos testamentos é riscosa para a liberdade de testar, reduzindo heranças testamentarias á heranças ab intestato ?

(7) Na Lei está—*vinte cinco annos*—, que reduzi á vinte e um, tendo em vista a Resol. de 31 de Outubro de 1831, não obstante algumas razões em contrario. Approximei a palavra *menores* ás outras—*até a idade de vinte e um annos*—, para cortar as duvidas de interpretação que contradictoriamente suscitára Borges Carn. Dir. Civ. L. 1º T. 11 § 108 n. 16, reputando redundantes as ultimas palavras, se não fossem applicadas aos filhos-familias. Elle mesmo reconhece no T. 10 § 96 n. 17 Not., que os filhos-familias, ainda tendo mais da idade da Lei, estão no caso dos menores.

A disposição deste Art. (não como a do Art. antecedente) pertence á essencia do contracto esponsalício, porque respeita á capacidade das partes contractantes. Vid. Nots. aos Arts. 25 e 26.

Como vê-se do texto, a lei não faz distincção entre menores puberes e impuberes, e falla em geral de—*filhos-familias e menores até a idade de vinte e um annos*—. Poderão os menores impuberes contrahir esponsaes, consentindo seus Pais ou Tu-

consentimento de seus Pais, Tutores, ou Curadores ; e se estes o-prestarem, far-se-ha disto expressa menção na escriptura (8).

tores? Poderá o Juiz dos Orphãos supprir esse consentimento, ou concedêr licença para o casamento neste caso? A solução é negativa, mas implica com o Direito Canonico, e provavelmente foi este o motivo do silencio da lei.

Por Direito Canonico o varão para podêr contrahir matrimonio deve têr quatorze annos completos, e a molher doze annos completos, salvo quando antes dessa idade constar que tem discrição que suppra a falta della ; è para os esponsaes basta, que os promittentes tenham sete annos completos— Constit. do Arcebis. da Bahia Liv. 1.^o T. 63 n. 262, e T. 64 n. 267.

Posto que assim seja, não se-segue que os Pais e Tutores devão consentir em taes casamentos, do mesmo modo que os Juizes dos Orphãos. É verdade, que a Lei de 6 de Outubro de 1784 § 4.^o falla tambem de *tutores*, o que em rigôr allude á representação dos impuberes ; mas é de crer, que usasse desta palavra para conformar-se com os habitos da linguagem vulgar, que sempre chama *tutores*, e não *curadores*, os representantes dos menores orphãos, embora estes não sejam impuberes. Está hoje abandonado o rigôr do Direito Romano, reflectido em nossa Ord. L. 4.^o T. 102, applicando a palavra *tutores* para os menores impuberes, e a palavra *curadores* para os menores adultos ou puberes.

(8) Lei de 6 de Outubro de 1784 § 4.^o

—*Far-se-ha disso expressa menção na escriptura*—: mas a falta dessa expressa menção não induz nullidade, uma vez que os Pais, Tutores, ou Curadores, tenham outorgado e assignado as escripturas.

Seu consentimento pôde sêr prestado por escripto em declarações extrinsecas, e a inserção destas nas escripturas preenche o mesmo fim. Mais ainda : as escripturas não são nullas, ou antes a nullidade coberta fica, ou sanada, se depois dellas os Pais, Tutores, ou Curadores, prestarem seu consentimento, e assim confirmarem o contracto esponsalicio. Em regra a confirmação dos actos nullos (do mesmo modo que a ratificação dos actos de procurador não autorisado) pôde sêr *expressa* ou *tacita* ; porém no caso, de que se-trata, é prudente, que os

Art. 82. Se não quizerem presta-lo, o Juiz dos Orphãos (9), á requerimento das partes pode-lo-ha supprir na fórma, que dispõe o Art. 105; lavrando-se então a escriptura de esponsaes, onde será incorporada a Provisão ou Sentença do supprimento da licença (10).

Art. 83. Os processos para concessão, ou denegação, de taes licenças serão secretos, e portanto ordena-se :

§ 1.º Que não passem das mãos dos respectivos Juizes, e de seus Escrivães :

§ 2.º Que as proprias partes, ou seus procuradôres, vão aos Cartorios para dizêrem ou respondêrem por escripto o que hez-convier, tirando as cópias de que carecêrem :

Juizes exijão *confirmação expressa*, e não se-contentem com a prova de factos, dos quaes se-possa inferir *confirmação tacita*: Vid. Lob. Acc. Summ. §§ 666, 671, 672, e 673.

(9) Lei de 22 de Setembro de 1828 Art. 2º § 4º, Regul. n. 143 de 15 de Março de 1842 Art. 5º § 5º.

(10) Cit. Lei de 6 de Outubro de 1784 § 4º.

O que fica dito na Not. antecedente sobre a expressa menção nas escripturas do consentimento dos representantes dos menores é applicavel á incorporação da sentença de supprimento de licença, quero dizer, não ha nullidade, ainda que ella não se incorpore nas escripturas, uma vez que tal Sentença houve.

Essas Sentenças ou Provisões do supprimento de consentimento dos Pais, ou dos Tutores, ou Curadores, para casamento de menores págão o imposto do § 41 da Tabella annexa á Lei de 30 de Novembro de 1841? A Tabella só falla do supprimento de consentimento para casamento, e não do supprimento de consentimento para contrahir esponsaes. Vid. Not. ao Art. 105 Consolid.

3.ª ED.

Págão tambem sello fixo essas Provisões? Parece que sim, porquanto o Regul. n. 4505 de 9 de Abril de 1870 Art. 13 § 1º diz—Provisões de tutella, e outras não especificadas—.

§ 3.º Que as sentenças simplesmente concedão, ou denequem, as licenças, com indistincta relação ás provas, e sem individuação de fundamentos :

§ 4.º Que, passados seis mezes depois da decisão, mandem os Juizes queimar os processos (11).

Art. 84. Tendo os filhos mais de vinte e um annos, devem ainda assim pedir o consentimento dos Pais ; mas, se elles o recusarem, depois de satisfeito esse officio de obediencia e respeito, a celebração dos esponsaes póde ser effectuada independentemente do consentimento (Art. 104). (12)

Art. 85. No caso de retractação de algum dos contrahentes, a acção, que produzirem os esponsaes, terá a mesma natureza das assignações de dez dias. (13)

(11) Cit. Lei de 6 de Outubro de 1784 § 5.º

(12) Cit. Lei de 6 de Outubro de 1784 § 6.º

3.ª ED.

« Esta disposição (Lafayette Dir. de Fam. pag. 5 Not. 3) comprehende tambem os *filhos illegitimos reconhecidos*, ou *legitimados*. Com esta modificação deve sêr entendido o § 3º do Ass. de 9 de Abril de 1772. »

Exactissimo, porque—*lex posterior priori derogat*—, embora a Lei de 6 de Outubro de 1784 regulasse *esponsaes*, e o Ass. 5º de 9 de Abril de 1772 aspectasse ao *casamento*. Embora, porque pelos *esponsaes* se-vai ao casamento, e o—*qui medium vult finem vult*—faz equação com o—*qui finem vult medium vult*—.

(13) Cit. Lei de 6 de Outubro de 1784 § 7.º

Terá a mesma natureza das assignações de dez dias :—Como estas acções não são possiveis quando as escripturas não contem obrigação *certa e liquida*, e como as obrigações das escripturas de esponsaes entrão na classe das *obrigações de fazer*, que se resolvem em indemnisação de pèrdas e interesses ; segue-se, que não se póde demandar por assignação de dez dias senão no caso do Art. 86, quando a indemnisação

Art. 86. Os contrahentes, com aprovação de seus Pais, Tutores, ou Curadores, poderão definir e ajustar nas escrituras a quantia, que deve servir de compensação á parte lesa no caso de injusto repudio. (14)

Art. 87. Em falta de estipulação, a indemnisação das perdas e interesses ficará ao prudente arbitrio do Juiz, segundo as circumstancias que occorrêrem. (15)

Art. 88. Os esposos podem excluir a communhão de bens, no todo, ou em parte (16); e estipular quaesquer

tem sido prefixada, e não no caso contrario do Art. 87. É o que resulta dos §§ 7º e 8º da Lei de 6 de Outubro de 1784. Vid. Per. e Souz. Linh. Civ. Not. 957.

No caso do Art. 87, isto é, de não se-ter estipulado o valor pecuniario da indemnisação das pèrdas e iuteresses; só é possível propôr acção ordinaria, na qual, ou na execução da sentença, pôde sêr liquidada a indemnisação. Assim deve-se entendêr o § 7º da citada Lei, não obstante a generalidade das palavras do preambulo d'elle.

Tambem não é possível propôr nestes casos acção decendial, quando o contracto esponsalicio foi estipulado com alguma condição, caso em que o pedido depende da prova do cumprimento da condição—Cit. Per. e Souz. Linh. Civ. Not. 957, e Lob. Acç. Sum. § 677.

(14) Cit. Lei de 6 de Outubro de 1784 § 8.º

(15) Cit. Lei de 6 de Outubro de 1784 § 8.º

(16) Ord. L. 4º T. 95 § 3.º

Quando os conjuges nada convencionárão sobre o regimen do seu casamento, applica-se a regra do Art. 111 Consolid. ; e o regime do casamento é o de *communhão legal*, segundo o costume geral do Imperio.

Quando convencionárão communhão total de bens, é o caso do *casamento por carta de ametade*, cujo regime é o mesmo da communhão legal ; sem prejuizo de qualquer modificação, que se-tenha estipulado, e não altere a natureza do regime.

Quando convencionárão separação total de bens, isto é, excluirão inteiramente a communhão ; o regime do casamento é o *dotal*, ou então de *simples separação de bens*. O regime do-

pactos e condições, devendo-se guardar o que entre elles fór contractado (Art. 354). (17)

tal distingue-se do *regime de simples separação de bens* em que naquelle os bens do dote ficão *dotaes*; o que exprime privilegios, que se-lhes-attribuem; e sobretudo a inalienabilidade, como se-explicará na Not. ao Art. 122.

Quando convecionárão *communhão parcial de bens*, por outra, *separação parcial de bens*, ou *exclusão parcial da communhão*; o regime é *mixto*, e recebe a applicação das regras ou disposições de cada um dos regimes, de que se-compõe.

(17) Ord. L. 4º T. 46 princ., T. 60 *in fin.*, e T. 96 § 24 *in fin.* Neste caso não se-exceptionão os *pactos successorios*—Lei de 17 de Agosto de 1761 § 8º *in fin.* Vid. Not. no Art. 354.

—*Estipular quaesquer pactos e condições, devendo-se guardar o que entre elles fór contractado*—: comtanto que esses pactos não se-opponhão á moral, e aos bons costumes; e particularmente não sejam offensivos do *poder marital*, e do *poder paternal*.

Todos esses contractos ante-nupciaes só podem sêr feitos por escriptura publica, são nullos se fôrem feitos por outra fórmula, não obstante a Ord. L. 3º T. 59 § 11, e a opinião de alguns Praxistas. E' applicavel á esses contractos o que fica disposto no Art. 76 sobre os *contractos esponsalicios*, os quaes hoje não se-celebrão pura e simples mente, mas só para o fim de estabelecer o regime do casamento. Vid. Coelh. da Roch. Dir. Civ. § 256. Estes contractos podem têr grande influencia sobre direitos adquiridos por terceiros, e não se-póde suppôr que o legislador quizesse facilitar a prova delles por instrumentos particulares, e muito menos por testemunhas.

Só pôdem sêr feitos antes do casamento, e depois do casamento não podem sêr alterados ou modificados em qualquer sentido, pena de nullidade—Coelh. da Roch. Dir. Civ. § 256. Esta é a doutrina ensinada por todos os Escriptores modernos, e adoptada por todos os Codigos.

A questão da necessidade de escriptura publica para os contractos antenuciaes está decidida pelo Art. 3º § 9º da novissima Lei hypothecaria, que diz:—« Os dotes ou contractos antenuciaes não valem contra terceiro sem escriptura publica, sem expressa exclusão da communhão; sem estimação, e sem insinuação nos casos, em que a lei a-exige. » Bem se vê, que esta novissima Lei exige estes requisitos, para que taes

contractos valhão contra terceiros, e portanto são dispensaveis taes requisitos para effeitos entre as partes contractantes.

3.^a ED.

Se o Regul. n. 4355 de 17 de Abril de 1869 Art. 4.^o n. 6.^o, e o de n. 5581 de 31 de Março de 1874 Art. 23 n. 6.^o, isentão do imposto de transmissão os contractos de sociedade, não havendo transmissão de bens entre os socios e outras pessoas; deve-se concluir, que nas mesmas circumstancias isentão os contractos antenupciaes. Vid. Not. ao Art. 596 § 6.^o, e Art. 745, Consolid.

Todavia esta interpretação soffre duvida em vista do Av. n. 472 de 11 de Dezembro de 1874, que diz:—Estão sujeitas ao imposto as doações antenupciaes feitas entre os conjuges em grão de parentesco de tio com sobrinha, etc. E tanto mais, em vista da Lei n. 1836 de 27 de Setembro de 1870 Art. 15, citada ao Art. 417 § 1.^o Consolid.

« *Naturalmente* (Rebouças Observ. pag. 31) deve sêr anteriôr ao casamento para regêr as relações do marido e molhér, e *vice-versa*, no dominio, gôzo, e successão, dos bens, que tẽnhão de adquirir na constancia do matrimonio; porque, não sendo anteriôr á celebração e consummação do matrimonio, entendêr-se-ha por feito com reciproca communhão de bens, conforme a regra estabelecida na Ord. L. 4.^o T. 46. Mas do dispôsto nessa mêsmã lei se *não deve deprehender, que os conjuges*, tendo contractado antes do casamento em contrario ao regime da communhão reciproca de bens, *fiquem absolutamente vedados de resilir de suas preexistentes estipulações*, etc. Nem outro se-devêra tẽr que seja o intuito de *todos os Codigos*..... á partir do *Cod. Civ. da França*, etc. » Mesmo Coelho da Rocha, etc.

Naturalmente: E' adverbio juridicamente oppôsto á *positivamente*, e não ha *positivamente* sem pôr algum *quid*. Em verdade, se nada *pondo-se* temos o regime conjugal, que se-recc-nhece irrevogavel; minha conclusão deve á esse virtual regime só attribuir o *naturalmente*, e ao inverso contractual o *positivamente*.

A communhão tacita universal de bens no casamento, representa nestes a perfeita unidade dos casados. O homem solteiro (Ribas Dir. Civ. Brazil. pag. 36) é um ente incompleto, é pela união com a molhér que elle se completa. A communhão universal de bens (Laffayette Dir. de Fam.

pag. 109) reproduz no mundo material a identificação da vida e destinos dos conjugues.

Não se-deve deprehendêr, que os conjugues fiquem absolutamente vedados de resilir de suas preexistentes estipulações: Reduzida a questão apositivamente, afastando-se o naturalmente, a sentença affirmativa tem á seu favôr o—*ejus est permittere, cujus est vetare*—; mas positivamente, pergunto eu, convem permitir aos conjugues, no actual estado das relações sociaes, no actual dominio das idéas, a revogação de seus contractos matrimoniaes? Redondamente não: 1.º porque a molhér casada é criatura fraca sob o poderio do forte seu marido; 2.º porque as fraudessão frequentes; 3.º porque marido e molhér, *pessda collectiva* em todos os casos (Consolid. Art. 40), além de suas relações réciprocas, tem relações com terceiros.

Todos os Códigos: Legislando elles sem distincção a immutabilidade dos contractos matrimoniaes, não fica abrigo para sua mutabilidade em qualquer caso.

Cod. Civ. Franc.: Sua communhão legal (Art. 1404, e Laffayette Dir. de Fam. Not. 5ª pag. 386) exclue os immoveis possuidos ao tempo do casamento, os posteriormente adquiridos á titulo de herança; e portanto não favorece á quem raciocina com o ponto de partida de uma communhão universal de bens, visto que teria mutabilidade convencional para os bens comprehendidos nessa communhão.

Mesmo Coetho da Rôcha: Opiniões divergentes sobraõ, porrem felizmente na levantada questão esse Jurista tomou discretamente o melhor partido—*a irrevogabilidade das convenções matrimoniaes*—; não só as expressas, como a tacita da communhão—*universorum bonorum*—. Vid. Not. *infra* aos Arts. 111, e 745.

« Pode-se subordinar (Laffayette Dir. de Fam. pag. 115 Not.) a communhão á condição resolutoria? Sim, sem prejuizo de terceiros, que tenham direitos á fazer valêr contra o casal por dividas contrahidas no tempo, em que prevalecia a communhão. »

E de futuro os interesses de terceiros, sempre ameaçados pela condição resolutoria de um registrado contracto matrimonial, e sempre vigilantes? Bem discorreu Moulron com a sua negativa! Tão perigosamente não discorreu Rebouças, convidando no immutavel da nossa communhão legal! Taes clausulas resolutorias serão mais que violar accidentalmente a prohibição da lei, serão protestos contra ella, serão nada menos que provas de premeditação.—*Lex potest plus quam pactum*—.

Art. 89. No contracto dotal pôde-se fazer á molhér promessa ou doação de arrhas (18) de quantia certa, ou de certos bens moveis, ou immoveis; comtanto que não exceda a terça parte do dote, pena de ser nulla a promessa em todo o excedente (19).

Art. 90. A promessa de arrhas em quantia incerta (20) é prohibida, e não produzirá effeito algum (21).

(18) Não está em uso entre nós semelhante estipulação. applica-se vulgarmente a palavra para designar o contracto dotal.

No contracto dotal— : no contracto antenupcial, em que se estipula o *regimen dotal*. *Dote* em geral é tudo, que a molhér traz para a sociedade conjugal, qualquer que seja o regimen do casamento ; e portanto pôde haver *dote*, sem que haja *regimen dotal*.

3.ª ED.

Bens dotaes são os do dote, quando o regimen do casamento é dotal.

Bens extra-dotaes, ou *parafernaes*, são no regimen dotal os bens da molhér, que não fazem parte do dote, ou por ella reservados.

(19) Ord. L. 4º T. 47 princ. Não se dispensava esta prohibição —Resol. de 23 de Outubro de 1700.

Actualmente esta prohibição de excedêr a promessa ou doação de arrhas a terça parte do dote não merece attenção, não é observada. Todavia, como a Ord. L. 4º T. 47 está em vigôr, releva ponderar, que ella só procede, quando a molhér traz dote, e o marido lhe-promette ou dôa alguma cousa ; não assim, quando a molhér é dotada pelo marido, o que acontece todos os dias. Não se-repute essa constituição de dote pelo marido como illegal, ainda que a molhér tenha alguma cousa de seu.

(20) Dá-se-lhe o nome de *camara cerrada*.

(21) Ord. L. 4º T. 47 princ.

Art. 91. Se o promittente das arrhas for viuvo, e tivér filhos ou outros descendentes do primeiro matrimonio, as legitimas destes não serão per qualquer modo defraudadas (22).

Art. 92. Vencidas as arrhas, a segunda molhér não poderá havêr mais do que o valôr da terça parte dos bens, que tinba o marido ao tempo do contracto dotal; sendo nulla a obrigação das arrhas em todo o excesso da mesma terça, ainda que a promessa fosse de cousa determinada (23).

(22) Cit. Ord. L. 4º T. 47 § 1.º

(23) Cit. Ord. L. 4º T. 47 § 1.º Não tem hoje applicação os Decretos de 17 de Agosto de 1762, e de 17 de Junho de 1778, assim como a Lei de 4 de Fevereiro de 1765, que tratão dos *apanagios* e *alfinetes*.

A disposição dos Arts. 91 e 92 *supra* procede em relação aos herdeiros necessarios em geral, ainda que não sejam descendentes do promittente das arrhas—Borg. Carn. Dir. Civ. Liv. 1º T. 16 § 152 n. 18.

Procederá, quando o promittente das arrhas só tivér filhos naturaes reconhecidos, e portanto successiveis? A Ord. L. 4º T. 47 § 1º falla sómente de *filhos legitimos—descendentes legitimos*, e assim não pôde sêr ampliada á filhos illegitimos. Todavia eu distingo, e entendo, que a Ord. procede, quando os filhos naturaes tem sido legalmente reconhecidos antes do casamento de um pai promittente ou doadôr de arrhas.

Estas promessas e doações denominão-se *inofficiosas*, quando excedem a terça do promittente ou doador, attendendo-se porém ás forças de seu patrimonio no tempo, em que fêz a promessa ou doação.

Será extensiva a disposição da lei á toda e qualquer *doação inofficiosa*, isto é, offensiva das legitimas dos herdeiros necessarios do doador?

Entendo que não, posto que assim legislem muitos Codigos. Nossa legislação só prevenio este caso de doações *inofficiosas*, o da Ord. L. 4º T. 65 §§ 1º e 2º (Consolid. Arts. 139 á 142), e o da Ord. L. 4º T. 97 § 3º (Consolid. Arts. 1197 á 1204).

Art. 93. Podem sêr dados em dote bens moveis, e immoveis, assim como direitos e acções, ainda que esses bens estejam litigiosos (24). (Art. 351 § 1º)

3.ª ED.

Não se-confundão com os *apanagios* e *alfinetes*, á respeito dos quaes é bom consultar Collh. da Roch. Dir. Civ. §§ 284 e 287, as *prendas* e os *donativos* nos contractos esponsalicios, cuja restituição é devida, quando não segue-se o casamento, por applicação dos Arts. 85, 86, e 87, *supra*.

(24) Ord. L. 4ª T. 10 § 11. Como não ha hoje o crime de *usura*, torna-se inutil o favôr da Ord. L. 4ª T. 67 § 1º quanto ao dote.

3.ª ED.

Av. n. 464 de 23 de Outubro de 1860—O menor de 14 annos, que deflora virgem menor de 17 annos, apenas pôde soffrêr a pena correccional do Art. 13 do Cod. Crim.; quanto ao *dote*, o menor de 17 annos, com mais de 14 annos, está obrigado á satisfazel-o integralmente.

Lei n. 1217 de 7 de Julho de 1864—Estabelece a *dotação* de Suas Altezas Imperiaes, quando houver de realizar-se o seu consorcio.

Av. n. 262 de 17 de Julho de 1865—Sendo o *dote* uma verdadeira satisfação do mal causado pelo delicto do Art. 219, e outros do Cod. Crim., o modo de tornal-o effectivo é o do Art. 68 da Lei de 3 de Dezembro de 1841, explicado pelo Av. de 18 de Outubro de 1854; recorrendo-se, no caso de deficiencia do réo para pagamento do *dote*, ao que estabelece o Art. 32 do citado Cod.

Lei n. 1904 de 17 de Outubro de 1870—Estabelece para Sua Alteza D. Izabel, nos termos do respectivo contracto matrimonial, um *patrimonio* em terras nas Provincias de Santa-Catharina e Sergipe.

Lei n. 1905 da mesma data—O mesmo para Sua Alteza D. Leopoldina, sendo o *patrimonio* em terras nas Provincias do Paraná e Espirito-Santo.

3.ª ED.

Quando o dote consistir em direitos e acções, a *dotação* opera-se por uma *cessão*, em que o dotadôr é o *cedente*, e *cessionario* é quem recebe o dote.

Art. 94. E igualmente bens emphyteuticos, precedendo licença do senhorio, sem que se-lhe pague laudemio (25). (Arts. 614 § 2º, e 622)

(25) Ord. L. 4º T. 38 princ., e T. 95 § 1º *in fin.* Os bens que outr'ora chamavão-se—*da Corda*—não podião ser dados em dote sem licença régia—Ord. L. 2º T. 35 § 18.

« A Ord. L. 4º T. 38 pr. (Rebouças Observ. á este Art.) não exige licença alguma prévia ou precedente do senhorio para doar ou dotar, senão que se-lhe-faça sciente, para vêr se tem algum embargo, etc. »

Esta censura não me-parece procedente, porque, se a Ord. L. 4º T. 38 pr. diz—*para vêr se tem algum legitimo embargo*, está claro, que ha necessidade de licença prévia, visto como o embargo suppõe doação ainda não consummada. Provavelmente o illustrado censôr teve em vista o direito de opção do senhorio, ou de preferencia tanto por tanto, direito que não se-póde dar, quando a cousa aforada transfere-se á título gratuito; mas ainda assim o caso é duvidoso, como se-póde vêr no Repert. das Ords. Tom. 2º pag. 566, pois que o dote póde sêr constituido por pessoa estranha, e não pelo pai da dotada.

Citei a Ord. L. 4º T. 95 § 1º, tendo em vista sómente estas suas palavras—*por consentimento e autoridade do senhorio*—. Esta Ord. não trata propriamente da constituição do dote, mas fere a hypothese de ter o marido hypothecado á molhér bens foreiros, o que dá-se por certo para segurança do dote ou de arrhas promettidas. Vid. Arts. 155 § 2º, 614 § 2º, e 622, Consolid.

3.ª ED.

« Quanto fica expôsto, (Rebouças Observ. pags. 34 e 35), e se podesse mais dizer, nunca conseguiria provar, que fosse o fiel transumpto da Ord. L. 4º T. 38, tratando das doações e dotes de bens emphyteuticos, o Art., que á ella attribue dizer—*precedendo licença do senhorio*—; em vêz de—*lhe-fard saber*—, como literalmente diz a mesma Ord. etc. Nem em caso algum *fazer sciente* foi como *pedir licença*, ou á isto equivalente. »

Fazer sciente, sem dizêr mais nada a Ord., certamente não fôra pedir licença; porém a Ord. diz mais—*para vêr se tem algum legitimo embargo*—. Com este appendice *fazer sciente* é

CAPITULO II

Da celebração do matrimonio

Art. 95. As disposições do Concilio Tridentino (1), e da Constituição do Arcebispado da Bahia, á respeito do matri-

pedir licença, porque, dado o embargo e procedendo (justificada a reprovação, como diz o Trat. do Dir. Emphyt. de Lobão Not. ao § 368), a doação não se-faz, o dote não se-constitue. Não é pois licença de officio moral, ou de mera cortezia, como o do Art. 84 *supra*, já que a sua negativa legitimada impede o acto. Não póde o foreiro ao pedir da liença já estar incurso em commisso?

A licença em tal hypothese não importaria renuncia do commisso, como no caso (Lobão cit. § 804) do recebimento das pensões vencidas?

A tenaz censura ousou attribuir á um preconceito, e á uma confusão. A' preconceito, porque tem vogado a opinião de não sêr necessario para doar o consentimento do senhorio, de cuja solidêz muito duvidou o cit. Lobão na mesma Not. ao § 368. A' confusão, porque liga-se a licença com o *direito de opção* dos Arts. 616 e 617 *infra*. Sim, nos casos de doação e dote, não ha *direito de opção* para o senhorio, não basta que elle responda— *quero consolidar o dominio util com o directo*—; mas póde respondêr— *tenho legitimo impedimento*—, o que induzirá commisso, se o foreiro não esperar pela respectiva decisão judicial.

(1) Recebêrão e mandarão executar o Concilio Tridentino e Decr. de 12 de Setembro de 1564, e a Lei de 8 de Abril do 1569.

3.ª ED.

A Lei de 8 de Abril de 1569 (Borg. Carn. 1º Addit. pag. 31) recebeu e mandou executar o *Concilio Tridentino geral e indistinctamente*. N. B. Isto mesmo tinha já ordenado o Decr. de 12 de Setembro de 1564, porém posteriormente declarou Pio V, que somente recebia para si a jurisdicção espiritual, que é de Deus; deixando á *EL-Rei*, e á sua Corôa, a temporal e terrena, que é de *Cesar*.

monio, ficão em effectiva observancia em todos os Bispados, e Freguezias do Imperio (2).

Art. 96. Os Parochos receberão em face da Igreja os contrahentes, sendo do mesmo Bispado, ao mênos um delles seu parochiano ; e não havendo entre elles impedimento, depois de feitas as denunciaçãoes canonicas ; sem para isso ser necessaria licença dos Bispos, ou de seus delegados (3).

Av. de 29 de Fevereiro de 1840—Recomenda em todas as Parochias a predica ordenada pelo *Concilio Tridentino*, e pela Constituição do Arcebispo da Bahia.

(2) Decreto de 3 de Novembro de 1827.

Não tem hoje observancia quanto aos casamentos de pessoas, que professarem religião differente da do Estado—Decr. n. 1144 de 11 de Setembro de 1861, e Regul. n. 3069 de 17 de Abril de 1863.

(3) Cit. Decr. de 3 de Novembro de 1827.

Não havendo entre elles impedimento:—quanto aos impedimentos dos casamentos de pessoas não catholicas—cit. Regul. n. 3069 de 17 de Abril de 1863 Arts. 7 á 18.

Depois de feitas as denunciaçãoes:—quanto ás denunciaçãoes ou bauhos dos casamentos de pessoas não catholicas—cit. Regul. n. 3069 Arts. 56 á 59.

Não é impedimento a *escravidão*, ou seja de ambos os nubescentes, ou seja do escravo para casar com pessoa livre. « Os escravos e escravas (Constit. do Arcebispo da Bahia Liv. 1° T. 71 n. 303) podem casar com outras pessoas captivas ou livres, e seus senhores não lhes podem impedir o matrimonio, nem o uso d'elle em tempo e logar conveniente; nem por esse respeito os-podem tratar peor, nem vender para outros logares remotos, para onde o outro por ser captivo, ou por ter outro justo impedimento, o não possa seguir.... E declaramos, que, posto que casem, ficão escravos, como d'antes erão, e obrigados á todo o serviço de seu senhôr.

Ha porém *erro essencial*, e o casamento pôde sêr annullado, quando o homen livre casa com escrava, ignorando que o-era, ou vice-versa—Borg. Carn. Dir Civ. Liv. 1° T. 11 § 102 n. 5, e § 104 n. 56, Constit. do Arcebispo da Bahia Liv. 1° T. 67 n. 285 impedim. 1.°

Art. 97. O matrimonio não pôde ser celebrado contra as Leis do Imperio, e será punido o Ecclesiastico que recebêr os contrahentes, não se-mostrando habilitados na conformidade das mesmas Leis (4).

3.ª ED.

Av. n. 316 de 18 de Julho de 1865—Não ha meio legal de impedir, que o *preso* se-case por procuração.

Sobre procurações para contrahir matrimonio, veja-se a Not. ao Art. 470 *infra*.

Regul. n. 5604 de 25 de Abril de 1874 Art. 63 n. 7.º—O assento de casamento deverá contêr *necessariamente* a declaração de *parentesco*, ou *outro impedimento canonico*; assim como de todas, ou de algumas *denunciações canonicas*.

Cit. Regul. de 1874 Art. 63 n. 11—O assento do casamento deverá contêr *necessariamente*, se algum ou ambos os conjuges se-casarem por procuração, os nomes, idade, e domicilio ou residencia actual, do procurador, ou dos procuradores. Vid. Not. ao Art. 470 *infra*.

3.ª ED.

Sobre os impedimentos do matrimonio na Igreja Catholica, classificados como, *impedimentos dirimentes*,—*impedimentos impediêntes*, ou—*prohibitivos*; nada melhor se-pode consultar que o Dir. Eccl. de Monte T. 11. Cap. 1.º á 24.

N'esse Livro as quatro Arvores, de consanguinidade, de affinidade, cognação esperitual, e cognação legal, instruem completamente sobre os *grdos de parentesco segundo Direito Canonico*, á que refere-se o Art. 80 § 5.º *supra*.

Sobre os grãos de parentesco segundo Direito Civil veja-se a Not. 1 ao Art. 959 *infra*.

(4) Art. 247 do Cod. Crim. O Av. Circ. de 10 de Janeiro de 1771 havia prohibido, que os Parochos publicassem os proclamas dos filhos familias sem preceder consentimento dos Pais, mas o Decr. de 15 de Maio de 1778 revogou esse Av. Vid. Art. 106 *infra*.

« Bem se-vê, que semelhante Decr., o de 15 de Maio de 1778, (Rebouças Observ. á este Art.) nada tem, nem pôde ter, de prejudicial á Lei de 29 de Novembro de 1775, e ao Art. 247 do Cod. Crim., etc.»

Estou conforme com esta observação, e de minhas palavras não se-collige, que neguei, ou enfraqueci, a sanção do Art. 247 do Cod. Crim. Ao contrario, esse Art. cohibe o arbitrio dos Parochos—*posteriora derogant priora*—.

3.^a ED.

Av. n. 70 de 18 de Julho de 1846 (citado *infra* ao Art. 107) — Não é da competencia do Juizo Ecclesiastico conhecêr das vantagens, ou desvantagens, dos casamentos dos menores.

Av. n. 332 de 13 de Novembro de 1858—Os Parochos não podem recebêr em matrimonio orphãos menores sem licença do competente Juizo.

Av. n. 88 de 23 de Março de 1868—Deve ser punido com as penas do Art. 247 do Cod. Crim. o Parochos, que recebêr em casamento orphãos de qualquer especie sem licença do Juiz.

Av. n. 289 de 5 de Agosto de 1868—Confirma o anterior n. 88 de 23 de Março do mesmo anno.

Av. n. 470 de 16 de Outubro de 1869—Os Avisos de 18 de Julho de 1846, e 13 de Novembro de 1858, são extensivos á todos os orphãos, até mesmo aos indigentes, incorrendo porisso nas penas do Art. 247 do Cod. Crim. os Parochos, que os casarem sem licença do respectivo Juiz.

Que no Brazil, segundo a legislação vigente, os *Parochos* estão sujeitos á ser processados pela autoridade temporal, e perante ella responsabilizados, demonstrou vigorosamente o Dr. J. V. de Castro Tavares nas suas Cartas ao Arcebispo da Bahia.

Os escravos não podem casar sem consentimento de seus senhores, como tem firmado o Art. 63 n. 6^o do Regul. n. 5604 de 25 de Abril de 1874.

Cit. Regul. de 1874 Art. 63 n. 8.—O assento de casamento deverá conter *necessariamente*, no caso de menoridade de um ou de ambos os conjuges, declaração do consentimento dos superiores legitimis, que o-podem dar.

Cit. Regul. de 1874 Art. 64—Na hypothese da menoridade de um ou de ambos os conjuges, o assento fará menção do consentimento dos pais, tutores, ou curadores; e da natureza do documento, que o prova; e bem assim do alvará de licença do Juiz de Orphãos nos casos, em que é preciso. O consentimento por escripto dos pais, tutores, ou curadores, não é necessario, estando elles presentes, e assignando o assento.

Art. 98. Serão igualmente punidos os que contrahirem matrimonio clandestino (5), depois de declarado tal no Juizo Ecclesiastico (6).

Art. 99. Prova-se o matrimonio com certidões extrahidas dos Livros Ecclesiasticos, que mostrem sua celebração em face da Igreja, ou fóra della com licença do Prelado (7).

(5) Cod. Crim. Art. 248.

Matrimonio clandestino:—o que é feito sem assistencia do Parocho, ou de outro Sacerdote devidamente autorisado, e de duas testemunhas ao menos—Constit. do Arcebis. da Bahia Liv. 1º T. 67 n. 285 impedim. 14.

O matrimonio não é *clandestino* por não precederem banhos ou proclamas—Constit. do Arcebis. Liv. 1º T. 66 n. 281.

Quanto á casamentos de pessoas não catholicas, a falta de denunciações não os-annulla, faz sómente incorrer o Pastor ou Ministro nas penas do Art. 248 do Cod. Crim.—Regul. n. 3069 de 17 de Abril de 1863 Art. 56.

3.ª ED.

Regul. n. 5604 de 25 de Abril de 1874 Art. 63 n. 12—O assento do casamento deverá contêr *necessariamente* os nomes, idade, profissão, e domicilio ou residencia actual, de *duas das testemunhas, que assistirão ao casamento*, e que devem assinar o assento.

(6) Lei de 13 de Novembro de 1651.

Esta Lei está derogada pelo Cod. Crim. Art. 248, só na parte penal; não quanto á declaração da *clandestinidade* pelo Juizo Ecclesiastico, se o casamento é catholico ou mixto. Se é acatholico, a declaração da *clandestinidade* compete ao Juiz de Direito—cit. Regul. n. 3069 de 17 de Abril de 1863 Art. 9.º Vid. Laffayette Dir. de Fam. pag. 48 Not.

(7) Ord. L. 3º T. 25 § 5º, L. 4º T. 46 § 1º, L. 5º T. 38 § 4º; Const. do Arcebis. da Bahia L. 1º T. 73 §§ 318 e 319, Decr. de 13 de Julho de 1832, e de 11 de Julho de 1838.

Quanto á prova dos casamentos de pessoas não catholicas: Celebrados fóra do Imperio,

Celebrados no Imperio antes da publicação do Decr. n. 1144 de 11 de Setembro de 1861,

porém nossas Leis ultimas de 22 de Setembro de 1828 Art. 2º § 4º, e Regul. n. 143 de 15 de Março de 1842 Art. 5º § 5º, e Art. 15 § 12, só designão o *pai*, ou *tutor*. Quanto ao consentimento da mãe, entendo pois, que estão sem vigôr aquella Ord., e a citada Lei de 29 de Novembro de 1775. Tal é a intelligencia seguida no Fôro, porque nunca se-tem requerido o consentimento das mãis para casamento dos filhos.

« Não havendo lei, que expressamente derogasse a de 29 de Novembro de 1775 (Rebouças Observ. á este Art.), a intelligencia de estarem sem vigôr essa Lei, e a Ord. L. 1º T. 88 §§ 1º, 2º, e 3º, manifesta-se avêssa em geral á logica e hermeneutica, e em especial induz offensa de mui graves interesses da moral, das familias, e da ordem civil, etc. »

Não se-produz argumento, que convença, e contra a censura ahi temos a praxe do Fôro. A praxe é boa, porque, mesmo sob o dominio da legislação anterior á Lei de 22 de Setembro de 1828, e ao Regul. n. 143 de 15 de Março de 1842, entendia-se, que o voto do marido preponderava sobre o dissenso da molhêr—Lob. Acç. Sum. § 679

3.ª ED.

« A Lei de 22 de Setembro de 1828 tratou somente da attribuições, que competião ao extincto Desembargo do Paço e passavão d sêr exercidas pelas actuaes Autoridades; o Regul. de 15 de Março de 1842 Arts. 5º § 5º, e 15 § 12, não faz mais que repetir dessas attribuições as que ficarão competindo aos Juizes dos Orphãos. Não tratão, pois, essas disposições da derogação de algum dos preceitos essencialmente dispostos na legislação anteriôr; e no que lhes-é referente deve-se entendêr, que tem por fim sua execução, uma vêz que não lhes-é expressamente dirogatoria—*non est novum ut priores leges ad posteriores trahantur—posteriores leges ad priores pertinent nisi contrariae sunt*—. A Lei de 18 de Agosto de 1769 § 14 condemna a supposição de se-havêr por derogadas leis expressas tão somente *pelo facto de não sêrem postas em execução*. O que diz Lobão, etc ».

E passavão d sêr exercidas pelas actuaes Autoridades: Logo, se não passarão evidentemente as attribuições intregalmente omittidas, tambem não passarão evidentemente as repetidas na parte omittida—*inclusio unius, exclusio alterius*—.

Expressamente derogatoria: Mas, si—*posteriora derogant prioribus,—se-leges tempore posteriores potiores sunt his quae*

a idade, em que casem sem o dito consentimento (16). (Art. 1016 § 9.º)

Art. 103. Os do sexo feminino incorrem nas mesmas penas, casando sem consentimento dos Pais antes de têrem vinte e um annos (17). (Art. 1016 § 9.º)

Art. 104. Á respeito dos filhos, que não se-achão sob o patrio poder, e fôrem já maiores, guardar-se-ha o disposto no Art. 84; não sendo embaraço ao casamento a repugnancia dos Pais, e não incorrendo os filhos em pena alguma (18).

Art. 105. Recusando os Pais, Tutores, ou Curadores, consentir nos casamentos dos filhos, podem estes recorrêr aos Juizes de Orphãos; que, ouvindo de plano em termo summa-rio aos dissentientes, e informando-se da conveniencia dos casamentos; concederão, ou denegarão, as licenças; dando

(16) Cit. Ass. de 9 de Abril de 1772 § 2.º Como o Alv. de 29 de Agosto de 1776, confirmatorio deste Ass., é posterior á Lei de 19 de Junho de 1775, cessou a pena de *desnaturalisação* ahi fulminada.

(17) Cit. Ass. de 9 de Abril de 1772 § 2.º, com referencia á Res. de 31 de Outubro de 1831.

(18) Lei de 6 de Outubro de 1734 § 6.º, que modificou a de 29 de Novembro de 1775.

3.ª ED.

« A generalidade (Laffayette Dir. de Fam. pag. 44 Not. 3) do § 6.º da Lei de 6 de Outubro de 1784, isentando á todos os *maiores* da necessidade de pedir consentimento aos pais, comprehende tambem *os filhos illegitimos*, e assim *restringe* a disposição do § 3.º do Ass. de 9 de Abril de 1772. »

Tambem exactissimo, como no additamento da minha Nota ao Art. 84. Que importa não versar o Ass. sobre *esponsaes*; se—*fine habito de mediis non curatur*—? Não fôra cabivel a restricção do § 3.º do Ass. em prol dos *filhos illegitimos*, se o seu § 2.º exhibisse diversa disposição relativamente aos *filhos legitimos*. Para uns e outros, porém, era elle duro, dizendo—*qualquer que seja a idade em que se-casem—em qualquer idade que tenham—*.

recurso ás partes, na fórma das Leis do Processo (19). (Arts. 82, e 1016 § 9.º)

Art. 106. Obtidas as licenças, os recorrentes as-apresentem aos Parochos, á que tocarem, para por elles sêrem admitidos aos matrimonios, como se interviesse expresso consentimento dos Pais, Tutores, ou Curadores (20).

(19) Lei de 29 de Novembro de 1775, Ass. de 10 de Junho de 1777, Lei de 22 de Setembro de 1828 Art. 2º § 4º, Regul. de 15 de Março de 1842 Art. 5º § 5º, e Art. 15 § 12. Págão estas licenças o imposto do § 41 da Tabella annexa á Lei de 30 de Novembro de 1841, confirmado pelo Av. n. 42 do 1º de Maio de 1850. Págão tambem o sello do Art. 47 do Regul. n. 681 de 10 de Julho de 1850. O recurso é o de aggravado, mas, sendo sempre de petição, não de instrumento, as partes ficão sem recurso em alguns casos, visto que pelo Art. 15 do Regul. de 1842 não se-póde aggravar de petição fóra das cinco leguas. Os Praxistas são concordes em exceptuar da Lei de 29 de Novembro de 1775 este caso especial.

« Não se-devia deixar de dizer (Rebouças Observ. á este Art.), que o recurso é sempre, e á *todas as distancias*, o de aggravado de petição, como expressamente diz a Lei de 29 de Novembro de 1775, etc. »

Não se-disse, porque a Lei citada não falla em distancias ; mas aceito de bom grado a interpretação que-se lhe-dá, para que as partes tenham recurso em todos os casos.

3.ª ED.

A. disposição do Art. 47 do Regul. n. 681 de 10 de Julho de 1850 sobre o sello qualitativo de taes licenças para casamento está substituida (ao que parece) pela do Art. 13 § 1º do Regul. n. 4505 de 9 de Abril de 1870 sobre o sello fixo de papeis segundo o numero de folhas.

Av. (Rev.—*Direito*—Vol. 8º pag. 209) de 3 de Agosto de 1875—Açconcessão, ou denegação, de licenças para casamento de orphãos é exorbitante das attribuições dos Juizes substitutos.

(20) Cit. Lei de 29 de Novembro de 1775 § ultimo. Vid. Not. ao Art. 97 *supra*.

ou Curadores (13); e, casando sem este consentimento, incorrem na pena de desherdação, e na de privação do direito de pedir alimentos (14). (Arts. 170 § 5º, e 1016 § 9º.)

Art. 102. Os filhos-familias (15) do sexo masculino incorrem nas decretadas penas, á arbitrio dos Pais, qualquer que seja

ipsas præcesserunt—, ha uma derogação tacita, uma derogação virtual, tão cathgorica como a expressa.

Pelo facto de não serem postas em execução : Mas,—*optima est legum interpres consuetudo—leges non sunt suffragio legislatoris, sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem abrogantur*— . Convergem aqui a derogação tacita, e a praxe, em significativa harmonia.

O que diz Lobão, etc. : Foi citado unicamente por illustração, attendeu á legislação de seu tempo, que dizia no plural —*pais*—, e não no singular—,*pai*,—como a Lei de 22 de Setembro de 1828 Art. 2º § 4º, como o Regul. de 15 de Março de 1842 Art. 5º § 5º e Art. 15 § 12. A legislação anterior, tambem eu a-entendi como Lobão, recordando o consentimento da mãe.

(13) Trata-se de filhos, e não de orphãos. Verifica-se esta tutoria ou curadoria em dois casos : 1º, estando os pais—mentecaptos, conforme prevenio a Ord. L. 1º T. 88 § 6º ; 2º, estando ausentes. Vid. Arts. 177 e 178 *infra*.

(14) Ord. L. 4º T. 88 §§ 1º, 2º, e 3º ; Lei de 19 de Junho de 1775 §§ 4º e 5º, de 29 de Novembro do mesmo anno ; Ass. 5º de 9 de Abril de 1772 § 2º, confirmado pelo Alv. de 29 de Agosto de 1776, Lei de 6 de Outubro de 1784 § 6º.

3.ª ED.

Distinguão-se bem os dois casos : O deste Art. 101, em que os filhos-familias, e os filhos menores, *casão* sem consenno paterno, tutellar, ou curatellar ; e o outro caso do Art. 81, em que *tratão casamento* sem esse mesmo consenno. Aqui incorrem nas penas á cima decretadas, no caso do Art. 81 a pena é unicamente a de nullidade imposta no Art. 77.

(15) O Ass. de 9 de Abril de 1772 trata dos filhos em geral, e não de filhos-familias. Sua intelligencia deve ser restringida pela posterior disposição da Lei de 6 de Outubro de 1784 § 6º.

Art. 107. Os menores orphãos não podem casar sem licença do seu Juiz, sob a pena já declarada no Art. 19, ainda que a-tenhão da mãe ; quer esta se-conserve viuva, quer passe á segundas nupcias, ou seja delles tutora (21).

Art. 108. Se o casamento desigual do orphão lhe-fôr urdido por engano, ou induzimento, de terceiro ; será este ~~con-~~strangido á perfazêr tanto, quanto o orphão ~~podêra~~ achar, se casasse com igualdade (22).

(21) Ord. L. 1º T. 8ª §§ 19 e 27, Av. n. 70 de 18 de Julho de 1846.

3.ª ED.

Av. n. 312 de 20 de Outubro de 1859—O casamento de uma menor, filha de pai incognito, com mãe viva, não póde sêr effectuado sem licença do Juiz, á vista da Ord. L. 1º T. 88 §§ 19 e 27, e do Av. n. 70 de 18 de Julho de 1846.

Av. n. 116 de 9 de Março de 1860—Os filhos menores, que obtem licença de seus pais para se-casarem, não precisão do consentimento do Juiz de Orphãos.

Av. n. 88 de 23 de Março de 1868—Quanto ao casamento de orphãos filhos de pais incognitos, não ha duvida em face da Ord. L. 1º T. 88 §§ 19 e 27, e dos Avs. de 18 de Julho de 1846, e 20 de Outubro de 1859.

Av. n. 289 de 5 de Agosto de 1868—Confirma o antecedente n. 88 de 23 de Março do mesmo anno.

Av. n. 470 de 16 de Outubro de 1869—Os Avisos de 18 de Julho de 1846, e 13 de Novembro de 1858, são extensivos á todos os orphãos, até mesmo aos indigentes.

(22) Cit. Ord. L. 1º T. 88 § 20. Trata-se de uma indemnisação de damno, e não de uma pena. Como liquidar essa indemnisação ?

3.ª ED.

« A mesma Ord. (Reb. Observ. pag. 42) presta a base ou criterio, que deve havêr na computação da indemnidade, de que trata, dizendo-a—*tanto quanto devêra ser dado em casamento* com a dita pessoa, com quem se-casou ; e será obvio procedêr-se como no caso do dote, de que trata o Art. 219 do Cod. Crim., e em outro qualquer dependente de liquidação, embora

Art. 109. Se o proprio Tutor, ou Curador, induzir o orphão, e casa-lo sem autorisação do Juiz; havendo para si, directa ou indirectamente, no todo ou em parte, os bens do pupillo; ou entrando em alguma especulação de lucro, relativamente aos ditos bens; incorrerá nas penas do Art. 147 do Código Criminal (23).

Art. 110. Nenhum soldado poder-se-ha casar sem licença do chefe de seu respectivo corpo, regimento, ou batalhão (24).

a imputação se-chame pena, multa, satisfação, ou semelhante. »

Quem lêr attentamente essa Ord. L. 1º T. 88 § 20, certo convirá no defeito de sua redacção, porque diz—*alguma pessoa*—em relação ao terceiro induzidôr; e depois diz—*da dita pessoa*—com a dita pessoa—em relação á molhér do casado, sem têr antes della fallado. Agora a-entendi correctamente, e substituo o Art. á cima por outro nestes termos: Art. 108.—Se o casamento desigual do orphão lhe foi urdido por induzimento de terceiro, perfazerá este tanto quanto faltar para o dote, que devêrã têr a casada—.

Esta Ord., em continuação immediata do § 19, bem se-vê sêr só applicavel á orphãos do sexo masculino, e não aos do feminino, como distingui nos Arts. 19 e 20 *supra*. Proceda-se pois na liquidação, como adverte o illustrado Censôr, *ad instar* do caso do dote do Art. 219 do Cod. Crim.; liquidando-se ali o dote inteiro, aqui a parte necessária para preenchê-lo.

(23) Cit. Ord. L. 1º T. 88 § 21, harmonisada com a Lei nova.

(24) Art. 27 Cap. 26 do Regul. confirmado pelo Alv. de 18 de Feverero de 1763. O Regul. diz—*sem licença de seu coronel*—, mas tem-se entendido pela palavra—*coronel*—qualquer chefe encarregado do commando e disciplina de um regimento ou batalhão. Acha-se igual disposição no Cod. da Prussia Part. 2º T. 1º Secç. 1º Arts. 34 e 35, e no Cod. Civ. d'Austria Art. 54. Pela Ord. L. 1º T. 95, e pelo Decr. de 26 de Março de 1734, os julgadores temporaes não podião casar sem licença com molhéres da sua jurisdicção. Esta legislação foi declarada sem vigor pela Resol. de 14 de Dezembro de 1830,

Art. 112. Os bens emphyteuticos por aforamentos perpetuos, já possuidos por qualquer dos conjuges antes do casamento, ou depois adquiridos na constância do matrimonio, communicão-se entre elles, para serem partilhados por estimação, em conformidade dos Arts. 1186 á 1190 (2).

Art. 113. Não se-communicão os bens emphyteuticos :
§ 1.º Quando, não obstante a perpetuidade, o aforamento tiver sido concedido antes do casamento á uim dos conjuges,

pacto tacito. presumido pela lei, ou simplesmente do decreto, da determinação da lei? O sentido, em que esta questão fôr resolvida, *inflúe na solução de pontos importantes*, attinentes ao assumptò. Tenho para mim, que a communhão, não havendo pacto expresso, resulta directamente da lei, *ex potestate legis*, e não da presumpção do pacto tacito, etc. Se a communhão, na falta de convenção, deriva do pacto tacito entre as partes, *como solvêr a questão* sendo os contraheutes menores ou interdictos, se não se-póde presumir pactos entre pessoas incapazes de contractar? »

Inflúe na solução de pontos importantes : Não inflúe—*idem est quod idem valet*—A communhão tacita equiparada á expressa vê-se na Ord. L. 4º T. 46—*se-entendem sêrem feitos por carta de ametade*—. Liberrima equiparação, realisando em uma lei civil a tão admirada inspiração do *pacto social* de Rousseau! Juridica inspiração, traduzindo o—*naturalia*—dos actos, em relação ao—*essencialia e accidentalia*—, segundo os Escriptôres Allemães, (Macheldey § 168) segundo o Art. 563 do Esbôço do Cod.-Civ.—*lex naturam imitatur*—.

Como solvêr a questão : Obviamente: 1º porque—*per legem potest fieri, quod per pactum*—; 2.º porque, se a lei pela representação necessaria das tutellas e curatellas suppre a incapacidade dos menores e interdictos, póde por si mesmo suppril-a; 3.º porque os menores não podem casar emquanto impuberes (Dir. de Fam. pag. 21), e quando puberes já tem alguma capacidade para contractar (Art. 1870 n. 2º do Esb. do Cod. Civ) ; 4.º porque *interdictos* são os *loucos*, e os *prodigos*; mas os *loucos* são incapazes de casar-se (Dir. de Fam. pag. 22), eos *prodigos* tem para isso capacidade.

(2) Ord. L. 4º T. 36 § 7º, e T. 96 §§ 23 e 24.

ou á algum de seus antepassados, para elle, e para seus filhos, e descendentes (3). (Arts. 1191 e 1192)

(3) Ord. L. 4° T. 96 § 24. Denominavão-se—*prazos familiares*—Vid. Nots. ao Art. 609.

3.ª ED.

« Deixão de communicar-se (Laffayette Dir. de Fam. pag. 116) os prazos perpetuos, tomados antes do casamento para filhos e descendentes (*prazos familiares puros*). Communicão-se porém os *prazos hereditarios simples e os mixtos*, havidos antes ou ãa constancia do casamento; bem como os *perpetuos familiares puros* (para filhos e descendentes) adquiridos na constancia do matrimonio.—Ord. cit. *Não se-communicão os prazos de vida comprados antes dq casamento*—Ord. L. 4° T. 95 § 1.º »

Prazos familiares puros: Esta qualificação de *puros* oppõe-se á de *mixtos*, e na 5ª Not. ao Art. 609 *infra* só appliquei-a para subdivisão dos *prazos de nomeação restricta*. Como applical-a aos *prazos perpetuos*, se nestes não ha *mixtos*, visto que os perpetuos não familiares (unicos usados entre nós) communicão-se como bens livres (Consolid. Art. 112) só com differença na partilha?

Os prazos hereditarios simples e os mixtos: Se a qualificação de *mixtos* se-oppõe á de *puros*, não se-oppõe á de *simples*:

Esses chamados *prazos hereditarios simples, e os mixtos*, entrão nos bens emphyteuticos por *aforamentos perpetuos* do cit. Art. 112; são de uma classe do aforamento *perpetuo*, que o cit. Art. 609 subdividio em *hereditario* ou *familiar*. E' indifferente nesta mais alta subdivisão, que os bens passem á pessoas da familia, ou á estranhos, por successão *ab intestato* ou testamentaria, com salva da hypothese *in arena* do Art. 113 § 1.º

Bem como os perpetuos familiares puros: Devêra ter aito, segundo a minha classificação, *perpetuos familiares*, e melhor ainda *familiares* por estarem comprehendidos no seu genero *perpetuos* em antithese aos *hereditarios*. A. Ord. L. 4° T. 96 § 24 diz geralmente—*em perpetuo*—, e n'esta generalidade declara communicaveis taes bens, quando adquiridos na constancia do matrimonio.

§ 2.º Quando o aforamento fôr vitalício (4)

Não se-communicação os prazos de vida comprados antes do casamento: Devêra têr dito—*adquiridos antes do casamento*, e de todo o modo o dizêr não fôra aceitavel por occasionar um erro *in contrario sensu*. Jamais se-communicação os prazos de vida, mesmo os comprados na constancia do casamento, como exactamente consolidei no Art. 113 § 2.º. Meu escudo é a Ord. L. 4.º T. 95 § 1.º, que limita a posse do conjuge sobrevivivo aos *bens communs*, que hão-de sêr partidos,—*e em outra maneira não*—; exceptuando em seguida os dois casos desta ultima hypothese, e mandando no segundo caso (compra na constancia do matrimonio) partir a *valia dos bens*, ou o preço de seu custo. Imputo á mim mesmo este erro pela má redacção do Art. 114, que agora corrijo em additamento á sua Nota.

(4) Ord. L. 4º T. 95 § 1.º Não temos *bens da Corôa*, e de *morgados*, que esta Ord. tambem exceptua da communhão conjugal.

3.º ED.

« Deixão de communicar-se (Laffayette Dir. de Fam. pag. 116 e 117): O direito, em virtude do qual um dos conjuges percebe tença, pensão, mercê, ou *renda semelhante*: Os *bens gravados de fideicommisso*, e o direito do herdeiro fideicommissario antes de realisada a [condição suspensiva: As *doações, herança, e legados, d que o doadôr ou testadôr impôz a condição da incommunicabilidade.* »

Renda semelhante: Entrão as rendas da Ord. L. 3º T. 47 princ., e da Consolid. Art. 13, *sim*, ou *não*? *Sim*, communicão-se, quaes as representadas por Apêlices da Divida Publica. *Não*, deixão de communicar-se as vitalicias; porém Lobão Notas á Mell. L. 2º T. 8º § 10 n. 8 só falla das *doações régias* (Consolid. Not. ao Art. 417 § 2º) *tenças feitas pelo Rei, fructos de morgados* (de que fallei nesta Not. á cima), e de *prazos vitalicios* (exceptuados neste mesmo Art. 113 § 2º); porém Mell. Freir. L. 2º T. 8º § 13 Not. nada autorisa neste assumpto, nem tão pouco a Ord. L. 4º T. 65.

Bens gravados de fideicommisso: Não porque a herança gravada de fideicommisso seja inalienavel, mas sómente (herança, legado, ou doação) quando o constituinte do fideicommisso prohibio alienal-os.

Art. 114. Se os bens emphyteuticos incommunicaveis, no caso do § 2º do Art. antecedente, forem comprados na constancia do matrimonio, ou bemfeitorizados, haverá communição entre os conjuges dos bens, ou preço da compra na primeira hypothese, e do valor das bemfeitorias na segunda hypothese (5). (Arts. 155 § 1º, e 156)

Art. 115. No regime da communhão legal não-se communicão entre os conjuges as dividas passivas anteriores ao casamento (6)

Direito do herdeiro fideicommissario antes de realisada a condição: Direito de qualquer fideicommissario (herdeiro, legatario, ou donatario), porque antes do fallecimento do fiduciario só tem—*expectatio*—, póde não sobreviver-lhe. Nisto não ha opiniões divergentes. As divergencias são interpretativas, porque a redacção dos testamentos e das escripturas confunde o fideicommisso com o usufructo. Neste o usufructuario tem desde logo—*jus acquisitum*—, direito fraccionario sob a vigilancia da nua-propriedade, direito exercivel quasi com a mesma extensão da fiducia.

Doações, heranças, legados, d que o doador ou testador impõe a condição da incommunicabilidade: Está prevenido desde a 2.ª Ed. no que disse á Not. do Art. 111 *supra*.

(5) Ord. L. 4º T. 36 § 2º *in fin.*, T. 95 § 1º, e T. 97 § 24.

3.ª ED.

No Art. 114, em vêz de—haverá communicão entre os conjuges dos bens, etc.—, lêia-se—haverá communicão entre os conjuges da valia dos bens, ou do preço da compra na primeira hypothese, ou do valor das bemfeitorias na segunda hypothese—.

(6) Ord. L. 4º T. 95 § 4.º

Resulta a *contrario sensu*, que no regime da communhão communicão-se entre os conjuges as dividas passivas posteriores ao casamento.

Communicão-se todas essas dividas? Está entendido, que só as contrahidas por ambos os conjuges, ou sómente pelo marido; e não as contrahidas sómente pela molhér, pois que

a molhêr casada entra na classe das pessoas incapazes, e é representada pelo marido. Salvo, quando é pelo marido autorizada, ou reputa-se autorizada, como se é commerciante nos termos dos Arts. 1º n. 4º, e 28, do Cod. do Com., ou se já era commerciante ao tempo do casamento nos termos do Art. 29 do cit. Cod. A' tal respeito a Not. ao Art. 124 Consolid.

Communição-se todas essas dividas contrahidas somente pelo marido sem outorga da molhêr? Ha duas excepções:

A 1ª vem á ser das dividas, cujo pagamento consiste na alienação de bens de raiz, e esta excepção resulta necessariamente da Ord. L. 4º T. 48 (Art. 119 Consolid). Não se-costuma contemplar esta excepção, porque a palavra *dividas* exprime de ordinario sómente as *dividas de dinheiro*. Ella não esqueceu á Borg. Carn. Dir. Civ. Liv. 1º T. 12 § 120 n. 34, autorizando-se com Valasco, quando diz que o marido não pôde — *prometter que alienará bens de raiz*—.

A 2ª é das dividas originadas de actos criminosos ou illicitos do marido, á menos que a molhêr tenha participado da vantagem resultante desses actos; e esta excepção dimana da Ord. L. 4º T. 44 § 3º (Arts. 748, 749, e 750, Consolid.). visto como ha no casamento sob o regime de communhão absoluta uma sociedade universal.

A Ord. L. 5º T. 6º § 20 confirma esta excepção, a qual comprehende dividas contrahidas pelo marido por perdas ao jogo, ou para alimentar outros vicios—Borg. Carn. Dir. Civ. Liv. 1º T. 13 § 128 n. 21. Vid. L. 52 § 18 e L. 59 § 1º Dig. *pro socio*.

Nos casos destas duas excepções não é applicavel o disposto no Art. 116.

No caso da 1ª a divida não pôde ser cobrada, ainda que tenha por objecto a entrega de immovel trazido pelo marido para o casal; mas as consequencias da nullidade recahem exclusivamente sobre o marido devedor, e então applica-se a solução do 2º caso, pois que o acto nullo é um acto illicito.

No caso da 2ª excepção, a divida só recae sobre o marido, salva a meação da molhêr.

—*Haverá a molhêr toda a sua metade em salvo*: são as palavras da cit. Ord. L. 5º T. 6º § 20.

Procedem estas mesmas soluções á respeito da molhêr, se as dividas fôrem della por actos illicitos que praticasse, ou por actos nullos tendo dolosamente occultado sua incapacidade.

Art. 116. Essas dividas anteriores só podem sêr pagas, enquanto o matrimonio durar, pelos bens que trouxe para o casal o conjuge devedor, e pela sua meação nos adquiridos (7).

(7) Cit. Ord. L. 4° T. 95 § 4.° Como será possível conhecêr o que ha de adquiridos sem partilha de todo o casal? Os credores não podem requerêr essa partilha, e tal disposição portanto torna-se impraticavel. A praxe do Fôro assim o-confirma.

Este Art. faz uma excepção ás regras de Direito, que dominão a sociedade universal de bens presentes e futuros—*universorum bonorum*—. Em tal especie de sociedade, porisso mesmo que comprehende todos os bens presentes e futuros dos socios, fica ella obrigada por todas as dividas existentes ao tempo das entradas sociaes—Pothier Contr. de Socied. n. 37. Nosso Art. determina o contrario, e quer que as dividas anteriores ao casamento não fiquem á cargo da sociedade conjugal.

—*Essas dividas anteriores*—: reputão-se taes todas as dividas, que derivarem de causa ou facto anterior ao casamento, ainda que só depois do casamento se-tornem effectivas. Todas as obrigações começão no dia da existencia dos factos, que as-produzem.

—*Emquanto o matrimonio durar*—: ha portanto omissão sobre o pagamento dessas dividas anteriores na hypothese da dissolução do matrimonio, pois que a Ord. L. 4° T. 95 § 4° só teve em vista o pagamento de taes dividas na constancia do matrimonio.

Poder-se-ha, á sombra da omissão da lei, concluir à *contrario sensu* que, dissolvidò o matrimonio, as dividas anteriores ao casamento devem ser pagas pela meação do conjuge devedor? Absolutamente não, ou os bens que o conjuge devedor trouxe para o matrimonio e sua metade dos adqueridos não sejam sufficientes para o pagamento de suas dividas anteriores, ou sejam sufficientes.

Se não fôrem sufficientes, o conjuge não devedor seria prejudicado com a applicação de seus bens para pagamento de credores do outro. Se fôrem sufficientes, os credores serião prejudicados com a applicação dos bens sujeitos á seu pagamento para preenchêr a meação do conjuge não devedor. Logo: findo o matrimonio deve-se primeiro pagar a divida pelos bens adduzidos pelo conjuge devedor e pela sua metade

de adquiridos, e os que restarem communicão-se então aos do outro conjuge para fazêrem monte partivel—Borg. Carn. Dir. Civ. Liv. 1° T. 13 § 128 n. 12.

— *Pelos bens que trouxe para o casal o conjuge devedor* — : como a citada Ord., relativamente ás dividas anteriores ao casamento, reduz a sociedade universal dos conjuges *universorum bonorum* á uma sociedade universal de ganhos ou acquestos *universorum qua ex quaestu veniunt*, visto que obriga ao pagamento de taes dividas metade dos adquiridos; deve-se entender por bens adduzidos para o casal pelo conjuge devedor, não só os que elle trouxe ao tempo da celebração do casamento, senão tambem os que posteriormente adquirio por doação, herança, ou legado, ainda que sem clausula prohibitiva de communicação. Estes ultimos bens não entrão na classe dos *adquiridos*.

— *E pela sua meação nos adquiridos* — : entrão nesta classe, 1°, os fructos, rendimentos, e accessões, dos bens adduzidos para o casal pelos conjuges (e portanto as crias ou filhos de escravas); 2°, os adquiridos por seu emprego, trabalho, ou industria; 3°, os adquiridos por doação, ou deixa, á ambos conjunctanente; 4°, os adquiridos por compra, ou outro titulo oneroso, ainda que só em nome de um dos conjuges; 5°, os adquiridos por factos fortuitos, como loterias, jogo, apostas. Por outra, entrão nesta classe todos os bens que se achão no casal, depois de tirados os adduzidos por cada um dos conjuges (Borg. Carn. Dir. Civ. Liv. 1° T. 14 § 135 n. 4°); por occasião do casamento, ou depois delle por herança, doação, ou legado, como acima explicou-se.

Cumpre notar, que Borg. Carn. *loc. cit.*, fixando a noção dos *adquiridos*, tambem falla da *deducção das dividas*. Ora, allude isto ao regime de separação de bens entre os conjuges, e ás dividas contrahidas na constancia deste regime. Será isto applicavel á hypothese da Ord. L. 4° T. 95 § 4°, quando falla da *meação nos adquiridos*? São *adquiridos* nesta hypothese os bens achados no casal depois de deduzidos os que trouxe cada um dos conjuges sem attenção ás dividas contrahidas na constancia do matrimonio, ou esses bens já escoimados de taes dividas? Por outra, o pagamento das dividas contrahidas na constancia do matrimonio prefere ao das dividas anteriores? Como decidir os conflictos entre os credores destas duas categorias, não só em relação aos *adquiridos*, como em relação aos bens que trouxe para o casal cada um

dos conjuges? Não darei a solução destes conflicts, limitando-me á indica-los para convencêr quão difficullosa é, e mesmo impraticavel, a singular especie creada pela citada Ord., legislação pessima, que afastou-se dos principios.

Não pareceu assim ao Sr. Rebouças na Observ. que faz á este Art. na parte relativa á separação dós adquiridos na constancia do matrimonio, affirmando que tal separação é muito praticavel, e que os credores têm direito de requerêr a partilha do casal! Respondo, por amor da brevidade com as palavras abaixo transcriptas de Coelh. da Roch. Dir. Civ. Not. ao § 246:

« A outra parte da Ord., que permite aos credôres executar a metade dos adquiridos do devedôr, não tem podido sê entendida pelos Praxistas; porque os adquiridos não se podem fixar sem a separação das entradas, e partilha de todo o casal, —o que os credôres nunca podem requerer. »

Posto que os credores por dividas anteriores ao casamento possam pagar-se, dissolvido o matrimonio por fallecimento do conjuge devedor, pelos bens que elle trouxe para o casal; a acção deve sê proposta contra seus herdeiros, e o conjuge sobrevivente não devedor.

3.ª ED.

Duvida occorrendo (Rebouças Observ. pag. 45) sobre innovação da lei em caso não ainda estabelecido por inveterado uso, a suggestão do julgador não basta, haja interpretação authentica. Ao Autor da Consolid. foi preferivel o *magister dixit* de Coelho da Rocha ao aprêço das minhas observações. »

A. L. 11 Cod. *de legib.*, cuja versão fazemos em referencia ás LL. 10 e 11 Dig. *cod. tit.*, bem vê-se, que prefere os inveterados usos ás innovações da lei; e os usos do Fôro Português, e do nosso, não dão noticia de partilhas em vida dos conjuges por motivos de dividas anteriores ao matrimonio, nem á requerimento delles; nem á requerimento dos respectivos credores. Prefere porém a innovação da lei aos usos não inveterados, com necessidade de interpretação authentica. Onde essa interpretação authentica para o nosso caso em duvida?

Não rebellei-me contra a omnipotencia da Ord. L. 4º T. 95 § 4º, não reputei-a letra morta; apenas, com o pensar uniforme de Coelho da Rocha, achei-a impraticavel, não

Art. 117. Para dar-se a communhão legal é necessario, que haja entre os conjuges copula carnal depois da celebração solemne do matrimonio (8).

entendivel. Se na sua longa pratica tem procedido, ou visto procedêr, o meu Censôr como indica, ao arbitrio dos credores nas execuções das sentenças; continúe tal expediente, e decidão os Juizes como entendão melhor.

Com esta dissidencia accordou-se o Livro dos Dir. de Fam. pag. 389, mas aqui permitta-me oppôr-lhe o que sem razão me-oppuzera na sua bem escripta Introducção pag. 8 para condemnar a divisão dos direitos em *personas* e *reus*:—DESLOCA-SE, NÃO SE-RESOLVE, A DIFFICULDADE—.

Em seguida o mesmo Livro dos Dir. de Fam. *loc. cit.*, para rejeitar minha opinião e de Borg. Carn. sobre o modo do pagamento dessas dividas anteriores *soluta matrimonio* em partilha, produz um exemplo arithmetico, pelo qual mostra o prejuizo do conjuge não devedor em metade dos adquiridos. Se tal exemplo prova, em demasia prova á ponto de reprovar a solução legal do caso na constancia do matrimonio, solução terminante da Ord. L. 4° T. 95 § 4.° Eu o-produzo, tal qual, na constancia do matrimonio; e sobrevindologo a morte do conjuge devedor, ou morrendo depois sem augmento de fortuna, e peiôr ainda com decrescimento della; vejo prejudicado em metade dos adquiridos, senão em mais, o conjuge não devedor. A sociedade conjugal não é *sociedade de negocio*, sua communhão universal (*cit.* Livro pag. 109) reproduz no mundo material a identificação da vida dos conjuges. Se prevalecem aqui exemplos arithmeticos, se querêis equilibrio de fortunas pecuniarias, vedai então os casamentos entre ricos e pobres; dai remedio ao casal rico pela entrada pingue da molhér, e depois reduzido á miseria. Isto no aspecto das *personas*, que no das *cousas* e *direitos* a primeira operação em concursos creditorios é a *separação de patrimonios*, seguindo-se a do—*deducto ere alieno*—.

(8) Ord. L. 4° T. 46 § 1°, T. 94, e T. 95 princ. Compare-se com a disposição do Art. 119. É necessario o matrimonio *consummado* para comunicação dos bens, entretanto que basta o matrimonio *iniciado* para o marido não poder alienar bens de raiz. Não bastará a copula anteriôr? Esta questão é muito interessante para regular os effeitos dos casamentos *in extremis*, e argumenta-se por analogia com a

Art. 118. Resulta a communhão, ainda que se não prove a celebração do matrimonio, se os conjuges vivêrão ambos na mesma casa, em publica vóz e fama de casados, por tempo sufficiente para presumpção do matrimonio (9).

legitimação da prole por subseqüente matrimonio nos termos da Ord. L. 2º T. 35 § 12.

3.ª ED.

« A legislação citada (Rebouças Observ. pag. 47) somente quer que haja *copula carnal*, sem distincção de tempo anterior ou posterior á celebração do casamento, etc. »

Basta lêr as três Ords. citadas., L. 4º T. 46 § 1º, T. 94, e T. 95 princ. ; principalmente a ultima, cujas palavras *ad unguem* não sei porque não transcreveu-se para completar a transcripção. Ell-as terminantissimas :—*e pois que tanto que o casamento é consummado por copula, é a molhér feita meeira em todos os bens, que hão ambos—*. Segue-se irrecusavelmente não sêr meeira a molhér antes de consummado o casamento por copula. *Casamento* não é coito antes delle, para sêr um coito antes do outro. *Casamento iniciado* não é *casamento consummado* :—*Lex, quandiu dura, servanda est, et casus legis attenditur—*.

Analogia com a legitimação dos filhos por subseqüente matrimonio, ou absurdo por argumento *magis ad minus*, é difficil achar. *Pessoas* não são *cousas*. A prole vem do coito carnal para o mundo, e o proprio vem do mundo para o coito carnal. A prole é parte de nós mesmos, o proprio está fóra.

O Cod. Philipp. de Alm. ás citadas Ords. reconhece a indubitavel intelligencia dellas, em accôrdo com o Direito Canonico, sobre a necessidade da copula depois do casamento.

« A Lei (Laffayette Dir. de Fam. pag. 112), requer claramente a conjunção posterior ao casamento. »

(9) Ord. L. 4º T. 46 § 2º Já disse, que depois da aceitação do Concilio Tridentino não podem havêr esses *matrimonios presumidos*. Deu-se effeitos civis á ajuntamentos reprovados, á casamentos de *feito*, e não de *direito*, na phrase da Ord. L. 5º T. 26. Desta Ord. infere-se, que o matrimonio *putativo* produz os mesmos effeitos do matrimonio válido. Veja-se a ultima Not. ao Art. 100.

Revi com a luz de mais dilatados estudos a redacção deste Art. 118, e sou obrigado pela letra da sua justificante Ord. L. 4.^o T. 46 § 2.^o á mudal-a para esta outra.

« Art. 118. Resulta a communhão, posto que se não provem as palavras de presente da celebração do matrimonio, se os conjuges estiverão em casa *teída e manteída*, ou em casa de seu pai, ou em outra, em publica vóz e fama de marido e molhér, por tempo sufficiente segundo Direito para se-presumir matrimonio entre elles. »

A expressão antiquada—*teída e manteída*—(Cod. Filipp. de Alm. á esta Ord. pag. 834) reproduzio nosso Cod. Crim. no Art. 251; e assim observei ao Art. 100; cuja redacção, com a do Art. 149, corresponde á deste substitutivo Art. 118.

Rejeito os estudos de Alex. Hercul. sobre essa Ord. L. 4.^o T. 46 § 2.^o como tendentes á justificar em Portugal a introduccção do chamado *casamento civil*. Ella não prescindio do *elemento religioso* no casamento, ella o-presumio; e a presumpção *juris et de jure* não admitte prova em contrario,—*habetur pro veritate, —aquiparatur scripture*—.

A prova testemunhal da cohabitação e fama de casados não attribúo hoje á inadvertencia dos Compiladôres das Ords. Filipinas, como aliás disse na Not. ao correspondente Art. 100. Assim legislarão intencionalmente, não inventarão outra especie de casamento, não tinham obstaculo na admissão do Concilio Tridentino, antes guardarão o intimo conceito do sacramento do matrimonio. *Quid novum?* Para tudo os dois processos do espirito humano. Ou do sacramento, pela prova escripta de sua fórmula actual nos assentos de casamento, deduzimos a legitimidade do coito carnal dos casados; ou por esse coito, testemunhalmente provado sob os exigidos requisitos, induzimos a precedencia do sacramento. Nos dois casos, para seus peculiares effeitos legais; no primeiro, para o da uxoria outorga nos termos do Art. 119; no segundo, para o da communhão legal dos bens nos termos dos Arts. 117 e 118.

No primeiro caso, o effeito é *pessoal*, sem influencia do coito, sem influencia mesmo do coito precedente para legitimação da prole; no segundo caso, o effeito é *real*, cahe sobre *cousas*. Vejo pois admiravel coherencia nos Compiladores das Ords. Filipinas.

Art. 119. Desde a celebração do matrimonio, posto que não consummado por copula carnal (10), o marido não pôde alienar bens de raiz, allodiaes ou emphyteuticos, e direitos,

Mas não vejo coherencia, e só contradicção, no Livro dos Dir. de Fam. ; em uma de suas Notas finais pags. 375, 376, e 377, elogiando e querendo o *casamento civil*, censurando o Decr. n. 1144 de 11 de Setembro de 1861, por não têr omitido o elemento religioso; e no § 57 pag. 112, elogiando o estudo *vasto e profundo* de Alex. Hercul. sobre a Ord. L. 4º, T. 46 § 2º, e reputando-a revogada pela nossa Lei de 3 de Novembro de 1827 !

Essa Lei de 3 de Novembro de 1827 nada revogou, confirmou simplesmente as disposições do Concilio Tridentino, e da Constituição do Arcebispado da Bahia, que no Brazil sempre vigorarão. Se bom é o *casamento civil*, bõa tambem é a Ord. L. 4º T. 46 § 2º, em que para tal casamento Alex. Hercul. achou fonte historica. Se essa Ord. apõia o *casamento civil*, cumpria aproveitá-la á bem da introduccão de tal casamento entre nós, cumpria não considerá-la revogada por Lei de 1827.

E recresce a contradicção : 1.º porque na sua Introduccão pag. 9ª, o Livro dos Dir. de Fam. reprovou a decisão dos direitos *reaes e pessoas* pela disparatada reunião dos direitos de familia com as obrigações, sem contental-o a differença especifica : 2.º porque no § 9º consigna estas proposições :

« Não ha seita religiosa, que não considere o casamento um facto de sua competencia. »

« E' inquestionavel o direito que á cada religião pertence de regular a intervenção do elemento divino no casamento. »

(10) Ord. L. 4.º T. 48 § 9º.

3.ª ED.

Para autorisar o texto quanto á dispensa da consummação do matrimonio por copula carnal, citei o § 9º da Ord. L. 4º T. 48. Para autorisal-o quanto á necessidade da expressa outorga da molhér, citei essa mesma Ord. princ. e § 8º. Passou ao Sr. Rebouças (Observ. pag. 49) o citado § 9º.

Quer uma lei de excepção neste caso especial ? Ah! a-tem : —E tudo que dito é haverá logar, etc., *antes do matrimonio sêr entre elles por copula carnal consummado*, como nas que depois de sêr consumado fõrem feitas.

que á bens de raiz se-equiparão, sem expresso consentimento da molhér (11). (Art. 582 § 2.º)

(11) Cit. Ord. L. 4º T. 48 princ., e § 8.º Não temos lei sobre o direito do marido para alienar bens moveis independentemente do consentimento da molhér. Deprehende-se desta Ord., que só exigio o consentimento para alienação dos bens de raiz; e tambem da Ord. L. 4º T. 64, que restringio unicamente a alienação de moveis pelo meio da doação. Isto quanto ao regime da communhão: quanto ao regime dotal, Art. 122 e suas Notas.

Cessa a prohibição ao marido de alienar bens de raiz sem outorga da molhér desde a partilha dos bens do casal entre elles por effeito de sentença de divorcio no Juizo Ecclesiastico. Assim separados os bens do casal, a molhér póde livremente contractar sobre os que recebeu em sua meação, e portanto aliena-los, ainda que sejam de raiz.

Não se-devem reputar bens de raiz bemfeitorias, que o marido tenha feito em terrenos, ou em outros, immoveis, que não sejam do dominio pleno ou semipleno do casal, e de que era ou é arrendatario ou concessionario gratuito. Vid. Nots. aos Arts. 47, 593 § 1º, e 651.

Como a nullidade destas alienações sem outorga da molhér é *relativa*, segue-se que ella ou seus herdeiros podem *confirmar* a alienação annullavel, e que só ella ou seus herdeiros podem annulla-la. Antes de a-terem annullado, terceiros não podem allegar a nullidade. É o que resulta do § 3º da Ord. L. 4º T. 48 (Consolid. Art. 127). A *confirmação* nestes casos deve ser *expressa* em vista da mesma Ord. pr. (Consolid. Art. 121).

Procede a disposição do têxto (houve esta omissão na redacção d'elle), ou o regime do casamento seja de communhão de bens, ou seja de separação de bens com regime dotal ou sem elle. Note-se porém, que, sendo de separação de bens, a prohibição de alienar os de raiz sem consentimento da molhér só aproveita no caso de ter sido estimado *causa venditionis* o dote consistente em bens de raiz. Fóra deste caso a alienação, que o marido fizér, é inefficaz, não por falta de outorga da molhér, mas porque os immoveis são do dominio exclusivo da molhér.

Embarcações póde o marido alienar sem consentimento da molhér, porque não são bens de raiz, e por taes só se-reputão para o effeito designado no Art. 49. *supra*.

Equiparão-se á bens de raiz Apolices da Divida Publica, como se-disse na Not. ao Art 43 *supra* ; e assim não pôde o marido aliena-las sem consentimento da molhér.

Bens de raiz, ou direitos que á elles se-equiparão, pertencentes á alguma sociedade, de que o marido seja socio, não dependem do consentimento de sua molhér para serem alienados. A razão é, que a sociedade constitue uma pessoa distincta dos socios que a compõem, como tem reconhecido em uma das applicações desta regra o Art. 292 do Cod. do Com.

3.º ED.

« Bemfeitorias do marido arrendatario ou gratuito cessionario (Rebouças Observ. pag. 49) nos immoveis arrendados comprehendem-se na exigencia da outorga uxoria, tanto que são sujeitas ao impôsto da siza. »

Para cohibir esta obrigação remetti ás Nots. dos Arts. 47, 593 n. 1º, e 651, onde destaca-se o impossivel de bemfeitorias no ar; e actualmente nem esse absurdo da legislação fiscal pôde sér allegado, porque a siza foi abarcada pelo impôsto de transmissão de propriedade. O Regul. n. 5581 de 31 de Março de 1874 Art. 21 diz: —E' devido o impôsto da cessão ou venda de *bemfeitorias em terrenos arrendados*, ou actos equivalentes: § Unico — Exceptua-se a indemnisação de bemfeitorias pelo proprietario ao locatario (Av. n. 200 de 16 de Abril de 1869). A *siza* era um impôsto da transmissão de propriedade immovel, e o impôsto actual é de transmissão de propriedade; immovel, movel, e semovente.

Se a outorga uxoria é necessaria para alienação de immoveis pertencentes á sociedade, de que o marido seja socio; pela negativa Laffayette Dir. de Fam. pag. 72, e Orlando Cod. Com. Not. 382; dubitativamente Rebouças Observ. pag. 49, porque o Cod. do Com. não resolveu a questão, e porque pelo seu Art. 350 os bens particulares dos socios são sujeitos á execução pelas obrigações sociaes em seguimento á dos bens sociaes.

Dissipe-se tal duvida: 1.º por advertência da L. 10 Dig. *de legib.*—*neque leges ita scribi possunt, ut omnes casus comprehendantur*—: 2.º porque a sociedade faz só uma pessôa, sem obrigação para com os credores do casal ou do marido: 3.º porque o marido socio faz as vezes de *duas pessôas*, uma de socio em obrigação para com os credôres sociaes; outra

Art. 120. Não pôde tambem o marido sem o dito consentimento fazer aforamentos (12), nem hypothecar bens de raiz,

individual em obrigação para com estes mesmos, além da obrigação por suas dividas particulares.

Note-se, que o Sr. Rebouças distingue entre immoveis adquiridos pela sociedade na constancia della, e immoveis da entrada social do marido; julgando, quanto á estes ultimos, indubitavelmente necessaria a outorga uxoria. Esta distincção consta da Not. *infra* ao Art. 596 § 6º, mas escripto alli vê-se passarem do dominio particular do socio para o da pessoa da sociedade os immoveis das entradas sociaes. Logo, não procede a distincção entre immoveis de taes entradas e os adquiridos pela sociedade na constancia della. Uns e outros são *pares in pares* do dominio da sociedade.

Varie pois a questão para esta outra: Para entrar com immoveis em sociedades o marido carece da outorga de sua molhér? Sim, é minha solução de evidencia, não obstante o Art. 4º n. 6º do Regul. n. 4355 de 17 de Abril de 1869, e Art. 23 n. 6º do Regul. n. 5581 de 31 de Março de 1874, que isentação do imposto de transmissão os *contractos de sociedade*, isenção virtualmente negativa da passagem dos bens das entradas sociaes para o dominio da sociedade.

Procede ainda assim minha solução affirmativa. A consideração peculiar desses Reguls., em fuga ás normas juridicas do assumpto, foi a protecção dos contribuintes, foi não obrigal-os em pouco tempo á pagar duas vezes imposto pela transmissão dos mesmos bens, uma na constituição da sociedade, outra na dissolução della, se os bens da entrada tornão para o dominio do socio que a-fêz. Resguardar o mundano futuro da molhér foi só a mente da Ord. L. 4º T. 48, futuro tão arriscado pela alienação dos bens estaveis do casal, como (se não mais ainda) pela collocação de taes bens em sociaes emprêzas.

(12) Cit. Ord. L. 4º T. 48 § 8.º Aforar é transferir o dominio util, e como produzião o mesmo effeito os arrendamentos de dez e mais annos, a Ord. os-comtempla. O Alv. de 3 de Novembro de 1757 desvaneceu esta equipollencia.

« Não é sómente quanto aos bens (Rebouças Observ. á este Art.) em que a molhér fôr meeira. »

Procede esta censura, que já fica sanada na Not. ao Art. antecedente; mas com a distincção dessa Not. quanto ao dote

em que a molhér fôr meeira (13), salva a excepção do Art. 134. (Art. 1281)

Art. 121. O consentimento, ou a procuração, da molhér, deve-se provar por escriptura publica, pena de nullidade da alienação dos bens. e não é sufficiente a outorga tacita (14).

consistente em bens de raiz estimado *causa venditionis*. Um dote desta natureza vem á séro mesmo que um dote consistente em dinheiro, ou em outras cousas fungiveis, cujo dominio passa para o marido, ficando elle devedor do seu preço. É a hypothese do § 40 da Lei de 20 de Junho de 1774.

3.ª ED

Aforar é transferir o dominio util, e tanto assim que o Regul. n. 4355 de 17 de Abril de 1869 Art. 3º n. 7º, e o de n. 5581 de 31 de Março de 1874 Art. 14 n. 7º, sujeitarão a constituição da emphyteuse e subemphyteuse ao imposto de transmissão. Este argumento procede, quando a legislação fiscal vai de accôrdo com o Direito Civil; não assim quando resvala, como no caso de transmissão de bemfeitorias em terrenos arrendados, conforme notou-se ao Art. 119 Not. 11.

(13) Cod. do Com. Art. 267. A hypotheca é principio de alienação. Esta disposição foi enxertada no Cod. do Com. para supprir a lacuna da legislação civil, se bem que na praxe nunca houve duvida á tal respeito. Só pôde hypothecar, quem pôde alhear—Lei 1237 de 24 de Setembro de 1864 Art. 2º § 4º.

(14) Ord. L. 4º T. 48 princ. Basta a procuração—*fóra de Notas*—, que é o que está em uso. Vid. Not. ao Art. 456.

3.ª ED.

Expressum ubi requiritur, non sufficit tacitum, neque presumptum.

Não ha mais procurações *fóra de Notas*—Regim. de Custas n. 5737 de 2 de Setembro de 1874 Art. 98, Av. n. 374 de 16 de Outubro do mesmo anno.

« O consentimento (Laffayette Dir. de Fam. pag. 71) deve ser por escriptura, ou *particular*, segundo a especie de instrumento, que o acto exigir. »

Art. 122. Os bens dotaes são inalienaveis; não podem sêr hypothecados pelo marido, ainda que a molhêr consinta (15);

Engano! Confunde o instrumento da outorga com os de transmissão de immoveis, e os de constituição e transmissão de direitos reaes sobre immoveis. Não ha lei, que estatua correlação entre estes ultimos instrumentos, e os das procurações que nelles intervem. A forma das procurações tem suas regras peculiares, como vê-se nos Arts. *infra* 456 á 460.

« O consentimento dado posteriormente (Laffayette Dir. de Fam. pag. 71) revalida o acto. »

É verdade, mas por consequencia da regra — *renunciare juri, vel favori suo, quilibet potest*—, e não porque tal disponha-se na Ord. L. 4^o T. 48 § 3^o. As palavras dessa Ord.—porque nelles está approvar o contracto se quizerem—referem-se aos herdeiros da molhêr; não poder-se-hião referir á molhêr, á quem só por si não fôra permittido fazer ratificações expressas. Por acquiescencia dá-se uma ratificação tacita, mas só consolidavel pelo lapso do tempo da prescripção.

(15) Cod. do Com. Art. 268. Pela Ord. L. 4^o T. 48 princ. era ponto duvidoso, e deduzindo-se *a contrario sensu* a possibilidade da alienação do immovel dotal com consentimento da molhêr, a hypotheca vinha á ser possivel.

Os bens dotaes são inalienaveis: en tenda-se *immoveis dotaes*, quando não se-dão estimados ao marido *causa venditionis*, como resulta do Art. 123. Entenda-se tambem, que são inalienaveis só no *regime dotal*, não no regime de simples separação de bens. Neste ultimo regime os immoveis dotaes podem ser alienados pela molhêr com outorga do marido.

Deve-se entendêr estipulado o regime dotal, quando nas escripturas se-dissêr que os bens da molhêr serão considerados como dotaes, ou ficarão gozando dos privilegios dos bens dotaes, ou que não poderão sêr alienados.

A inalienabilidade dos bens dotaes cessa com a dissolução do casamento; quer por fallecimento do marido, quer por fallecimento da molhêr dotada, quer por sentença irrevogavel que tenha annullado o casamento. Não cessa porém por separação dos conjuges e dos bens em virtude de sentença de divorcio, pois que os conjuges podem reconciliar-se.

Não podem ser hypothecados pelo marido, ainda que a molhêr consinta: á menos que a molhêr seja commerciante, como vai salvo na generalidade do Art. 124. Sendo commerciante,

e sua subrogação por outros bens só póde têr logar sob concessão dos Juizes da primeira instancia, precedendo as informações necessarias (16). (Arts. 586 § 4º, e 1282)

póde hypothecar os immoveis dotaes, mesmo sem consentimento do marido.

Como cessa o privilegio dos bens dotaes nos casos acima designados, revalida-se a alienação, ou hypotheca, que delles se-tenha feito anteriormente? A solução negativa é evidente, posto que se possa argumentar em contrario com o Art. 2º § 6º da novissima Lei hypothecaria, que declara revalidada a hypotheca pelo dominio superveniente.

A consummação do matrimonio por copula carnal é necessaria para a molhêr havêr o dote constituido pelo marido na escriptura antenupcial, *ad instar* do disposto no Art. 117 quando o regime de casamento é de communhão? A razão é a mesma.

Quid, dizendo-se expressamente na escriptura da constituição do dote, que suas estipulações produzirão effeito, logo que o casamento se-verificar? A vontade das partes deve sêr cumprida, ainda que o marido declare em testamento que não chegou á ter copula carnal.

No regime de separação dos bens, seja ou não regime dotal, não valem as dividas contrahidas só pela molhêr em instrumentos por ella assignados sem autorisação ou assistencia do marido.

Póde-se cobrar dividas contrahidas pelo marido na constancia do casamento pelos rendimentos dos bens dotaes? Sim, porque taes rendimentos communicão-se por serem *adquiridos*.

Quid, quanto ás dividas do marido anteriormente ao casamento? Vid. Corr. Tell. Dig. Port. Liv. 2º n. 167.

☞ Dizendo a novissima Lei hypothecaria no Art. 2º § 4º, que não podem ser hypothecados os immoveis, que não podem ser alienados; segue-se, que os immoveis dotaes não podem ser hypothecados, porisso que são inalienaveis.

(16) Regim. do Desemb. do Paço § 40, Lei de 22 de Setembro de 1828 Art. 2º § 1.º As licenças para essas subrogações pagão o imposto do § 44 da Tabella de 1841.

3.ª ED.

Regul. n. 4355 de 17 de Abril de 1869 Arts. 1º e 3º n. 10
—O imposto de licença para *subrogação de bens inalienaveis* fica

Art. 123. Se o dote consistir em bens, que se derem estimados ao marido, a molhér terá direito de credôra privilegiada (17). (Art. 1270 § 8.º)

substituído pelo de transmissão de propriedade (Lei n. 1507 de 26 de Setembro de 1867 Art. 19) :

Regul. cit. n. 4355 Art. 6º n. 3º—Para o pagamento do imposto de transmissão, nas *subrogações*, o valôr dos bens transmittidos será o preço dos contractos :

Regul. cit. n. 4355 Tab. Annexa n. 10—Distiugue, para o pagamento do imposto, os varios casos de *subrogação de bens inalienaveis*.

Regul. n. 5581 de 31 de Março de 1874 Art. 14 n. 9, Art. 24 n. 3º, Tab. An. n. 9—Repete as mesmas disposições do precedente.

(17) Lei de 29 de Junho de 1774 § 40. Em tal caso os bens dotaes são alienaveis, e se-suppoem vendidos ao marido sendo a molhér credora do preço. A hypothese do Art. 874 § 6º do Cod. do Comm., que gradúa a molhér como credora de dominio, verifica-se quando o dote é *inestimado*. Então ella até pôde-se oppôr ás penhoras com embargos de terceiro.

Se o dote consistir em bens, que se dêrem estimados ao marido: a citada Lei no § 40 só falla no dote, que consiste em *fazendas*; e esta expressão parece comprehendêr só bens moveis, com exclusão do dinheiro. Ampliei, porque a razão é a mesma, quando o dote consiste em dinheiro, ou em outras cousas fungiveis (Lob. Execuç. § 592); e tambem quando consiste em immoveis, que se-dão *estimados*, isto é, com indicação de seu preço.

Como a *estimação* pôde, ou não, importar venda, o que depende das declarações das escripturas, ou de sua interpretação segundo as circumstancias; está claro, que o § 40 da citada Lei só procede, quando a *estimação* importa venda. ¶

É sensível a imperfeição do Cod. do Comm., relativamente aos direitos das molhéres dos commerciantes, quando trata da classificação dos creditos no Juizo da fallencia.

1.º Só prevenio no Art. 874 § 6º esses direitos, quando a molhér tem credito de dominio, sendo ommisso sobre os casos em que não pôde reivindicar os bens dotaes, ou por têr o dote consistido em dinheiro, ou em outras cousas fungiveis; ou por têr consistido em cousas não fungiveis, que o marido

recebeu com estimação, que importa venda. No Art. 878 não faz menção da hypotheca tacita geral, que o § 40 da Lei de 20 de Junho de 1774 concede á molhér casada. O Art. 621 do Regul. n. 737 teve em vista acodir á esta lacuna, mandando que no § 9º Art. 877 do Cod. se-contemplasse o *dote estimado*. Esta providencia não é sufficiente, não só porque procede unicamente no concurso particular de crédores, e não no concurso da fallencia; como porque a hypotheca, que o § 40 da Lei de 1774 attribue á molhér casada para salvar seu dote estimado, é hypotheca tacita geral, não é hypotheca tacita especial; e portanto pertence á classe do Art. 878 do Cod., e não á do Art. 877.

2.º No Art. 874 § 6º só prevenio o credito de dominio dos bens dotaes da molhér que casa com commerciante, omittindo os da molhér cujo marido commerciante não o-era ao tempo do casamento. A prova está, em que submette esse credito de dominio ao registro da escriptura dotal nos quinze dias subsequentes á celebração do matrimonio. A mesma consura é applicavel quanto aos bens paraphernaes.

Além disto, é uma iniquidade privar do dominio de seus bens a molhér, que casa com commerciante, pelo facto de não ter sido registrada a escriptura dotal nos quinze dias subsequentes ao matrimonio; o que procedê quanto aos bens, que ella adquire depois do casamento, se os titulos acquisitivos não são registrados nos quinze dias subsequentes ao do recebimento.

Qual o motivo, por que esse Art. 874 § 6º do Cod. limitou o credito de dominio pelos bens paraphernaes só aos possuidos pela molhér antes do consorcio? D'ahi resulta grave injustiça, porque a molhér pôde estipular na escriptura antenupcial, que sejam paraphernaes os bens, que ella adquirir na constancia do casamento por doação, herança, ou legado. Não se diga, que isto acha-se providenciado por fallar-se de taes bens assim posteriormente adquiridos. Falla-se delles em relação ao regime de communhão de bens, e não ao de separação de bens, como resulta das palavras — *com a clausula de não entrarem na communhão*—. Quando o regime é de separação de bens, ainda que tal clausula não exista, são incommunicaveis os bens adquiridos pela molhér na constancia do consorcio por doação, herança, ou legado.

« Compete hypotheca legal (Art. 3º § 1º da novissima Lei hypothecaria) á molhér casada pelo seu dote, pelos contractos antenupciaes exclusivos da communhão, pelos bens prove-

Art. 124. Á respeito da molhér casada commerciante se-guir-se-ha o disposto no Codigo do Commercio (18).

nientes de herança, legado, ou doação, que lhe-aconteção na constancia do matrimonio, se estes bens fôrem deixados com a clausula de não sêrem communicados. Os dotes (Art. 3.º § 9.º da cit. Lei), ou contractos antenupciaes, não valem contra terceiro sem escriptura publica, sem expressa exclusão da communhão, sem estimação, e sem insinuação nos casos, em que a lei a-exige. As hypothecas legaes das molheres casadas (Art. 3.º § 11 da cit. Lei) são geraes, comprehensivas dos immoveis presentes, e futuros, salvo se fôrem especializadas, determinando-se o valor da responsabilidade, e os immoveis á ella sujeitos. A inscripção (Art. 9.º § 9.º da cit. Lei) da hypotheca legal da molhér deve ser requerida pelo marido, e pelo pai. Póde sêr requerida (Art. 9.º § 10 da cit. Lei), não só pela molhér, e pelo doador, como por qualquer parente della. Incumbe (Art. 9.º § 11 da cit. Lei) ao Tabellião, ao testamenteiro, ao Juiz da Provedoria, e ao Juiz de Direito em correição. »

A inscripção da hypotheca da molhér casada (Art. 9.º §§ 2.º e 3.º da cit. Lei) subsiste por todo o tempo do casamento. Cessa um anno depois da dissolução do casamento, ou separação dos conjuges, salvo havendo questões pendentes.

Pela omissão da inscripção (Art. 9.º § 22 da cit. Lei) o marido fica sujeito ás penas de estellionato, verificada a fraude.

3.ª ED.

Vid. Laffayette Dir. de Fam. pag. 397. Em verdade o § 9.º Art. 3.º da Lei n. 1237 de 24 de Setembro de 1864 presta-se á inadmissivel intelligencia de não podêr a molhér mandar a reivindicacão dos immoveis do seu dote *investido*. Vid. Not. ao Art. 1270 § 8.º *infra*.

(18) Cod. do Comm. Art. 27.

Tambem é sensivel a imperfeição deste Art. 27 do Cod. Comm. Sua primeira hypothese suppõe, que a molhér já era commerciante ao tempo do casamento, e porisso lhe-dá o direito de obrigar, hypothecar, e alienar, os *bens proprios* do marido, se os respectivos titulos não houverem sido lançados no registro do commercio nos quinze dias subsequentes ao casamento. Falta a outra hypothese sobre têr o marido *bens*

Art. 125. Póde a molhér demandar em Juizo a reivindicacão dos immoveis do casal, que fôrão alienados sem o seu expresso consentimento (19).

proprios, dando á molhér autorisação para commerciar. Qual o motivo, na hypothese que previo, de distinguir os *bens propios* do marido adquiridos antes do casamento? Não póde o marido adquirir *bens propios* depois do casamento, ou o regimeseja de separação, ou mesmo de communhão, quando lhe-são doados ou deixados com a clausula de não se-communicarem com a molhér?

Mais notavel é, que á respeito dos *immoveis communs* esse Art. 27 do Cod. exigisse autorisação especial do marido para sua molhér commerciante podêr obriga-los, hypothca-los, ou alhea-los; entretanto que o mesmo não exige quanto aos bens propios do marido, adquiridos antes do casamento! Como se-póde justificar, que a molhér commerciante carêça de autorisação do marido para alienar bens, que lhe pertencem em commum, e de tal autorisação não carêça para alienar bens da propriedade exclusiva do marido?

O que resulta com evidencia desse Art. 27 do Cod. do Comm. é, que, sendo meeiros os conjuges, e não se-tratando de bens de raiz, a molhér commerciante obriga ac pagamento de suas dividas todas os bens moveis do casal.

Quid, se houver concurso entre creditos contrahidos pelo marido e os contrahidos por sua molhér commerciante? Não póde havêr separação de massas, os credores estão em igual pé; porque da sujeição dos bens do casal ao pagamento das dividas contrahidas pela molhér commerciante resulta necessariamente a obrigação do marido por essas dividas, e então no marido e na molhér ha um só devedor commum. Quem se-obriga, obriga o seu. Quem fica com seus bens obrigados, sem havêr hypotheca, é pessoalmente obrigado.

« Ficão em vigor (Art. 2º § 5º da novissima Lei hypothecaria) as disposições dos Arts. 27 e seguintes do Cod. do Comm. sobre a capacidade das molheres casadas commerciantes para hypothecarem immoveis. »

3.ª ED.

Vide Lafayette Dir. de Fam. pag. 380, 381, e 382, con-vindo em minhas censuras ao Cod. do Com.

(19) Ord. L. 4º T. 48 § 2.º

Art. 126. Será para tal fim autorizada pelo marido. Não annuindo este, os Juizes da primeira instancia devem supprir o consentimento com audiencia do mesmo marido; conhecida a conveniencia do pleito, e a discricão da impetrante (20).

Art. 127. O proprio marido, ou seus herdeiros, podem intentar a dita reivindicacão; comtante que o-fação autorizados pela molhér, ou pelos herdeiros desta (21).

Art. 128. Os bens moveis do casal não podem ser alienados pelo marido executado por credores, quando a alienaçãõ dêr causa á que os immoveis seião penhorados em prejuizo da molhér (22).

(20) Ord. L. 3º T. 47 § 5º *in fin. e*, L. 4º T. 48 § 2º, e Lei e 22 de Setembro de 1828 Art. 2º § 1.º Os Alvarás de supprimento dessas licenças á molhér casada págão somente sello fixo—Decis. n. 200 de 19 de Julho de 1851.

3.ª ED.

Taes Alvarás de supprimento de licença continuão a pagar sello fixo pela generalidade do Regul. n. 4505 de 9 de Abril de 1870 Art. 13 § 1º no ultimo periodo.

(21) Ord. L. 4º T. 48 § 3.º As disposições relativas ao adquirente dos bens não pertencem á este logar, achão-se nos Arts. 578, 579, 580, e 581.

(22) Ord. L. 3º T. 86 § 13.

Esta disposicão não se-observa, e fôra grande mal, se a molhér podêsse annullar alienações, que o marido fizesse, de bens moveis por titulo oneroso.

3.ª ED.

« A Ord. L. 3º T. 86 § 13 (Rebouças Observ. pag. 50) no caso, de que se-trata, não dá logar á alguma pretencão de annullar por parte da molhér a alienaçãõ dos bens moveis do casal etc. »

Convenho, e o Art. 128 dá logar á supposta pretencão. A sancção cohibitiva da Ord. cit. é a prisãõ do marido, até

Art. 129. Se bens moveis, ou dinheiro, fôrem doados sem consentimento da molhér, serão as doações por conta da meação do marido (23).

Art. 130. Exceptuão-se as doações remuneratorias, ou de esmolas, não sendo immensas (24).

que traga os bens moveis alheados para nelles fazer-se execução. A redacção da Nota é condicional, ponderando o grande mal da sancção da nullidade; mas positiva, quanto á não observar-se a disposição consolidada.

(23) Ord. L. 4° T. 64.

Serão as doações por conta da meação do marido :—isto é, findo, ou separado o matrimonio, se-descontará a importancia dos bens doados na meação do marido.

Quid, se a importancia dos bens doados fôr superior ás forças da meação? As palavras finaes da Ord. L. 4° T. 64, tratando das doações *immensas*—*se o tiver para as desfazer*—indicão, que a molhér neste caso póde demandar aos donatarios a restituição dos bens doados.

Isto se-deve entendêr só na parte do excesso da meação do marido, e os donatarios podem indemnisar com dinheiro.

Esta disposição é comprehensiva da alforria gratuita de escravos do casal, ou seja pura e simples, ou condicionada.

Quid, quanto á alforria não gratuita de escravos do casal, ou porque o marido receba todo o valôr do libertado, ou parte delle? Se recebe todo o valôr, não é applicavel a disposição do Art; se recebe sómente parte delle, procede a disposição do Art. quanto á parte remittida.

Póde a molhér sem consentimento do marido libertar escravos do casal? Absolutamente não, ainda que a alforria não seja gratuita.

(24) Cit. Ord. L. 4° T. 64.

Não sendo immensas :—não para em todos os casos poder a molhér annullar as doações, como diz Borg. Carn. Liv. 1° T. 12 § 119 n. 6°, pois que podem cabêr nas forças da meação do marido.

Art. 131. No regime da communhão a fiança prestada pelo marido sem outorga da molhér não obriga a meação desta (25).

Art. 132. Quando a fiança fôr prestada em arrematação de rendas publicas, e sem outorga da molhér, obrigará todos os bens moveis do casal ; e, quanto aos immoveis, somente a meação do marido (26).

Art. 133. No regime dotal a fiança não obriga os bens, que pelo contracto pertencem á molhér. Esses bens ficarão sempre salvos (27).

(25) Ord. L. 4º T. 60. Vid. Art. 337.

Segue-se *a contrario sensu*, que a fiança prestada pelo marido com outorga da molhér obriga a meação desta, e portanto não aproveita á molhér casada neste caso o beneficio Velleiano da Ord. L. 4º T. 61 (Art. 782 Consolid.). O contrario entendeu-se no Repert. das Ords. Tom. 3º pag. 435, e Borg. Carn. Dir. Civ. L. 1º Tit. 12 § 119 n. 22 Not. diz, que o argumento *a contrario sensu* é inconcludente neste caso. Não se póde aceitar esta intelligencia, porque é grande a differença entre a fiança prestada por molhér solteira ou viuva, e a prestada por molhér casada conjunctamente com o marido. Aqui não ha protegêr *fraqueza do entender das molheres*, porque a molhér casada está assistida por seu representante legal, que é o marido.

Procede o têxto quanto ás fianças commerciaes? O Cod. do Com. Arts. 256 e seg., tendo guardado silencio, deixa em seu vigôr a regra do Direito commum.

Procede quanto á endosso de letras, ou de titulos analogos? Não, quando o endosso fôr cessão. Sim, quando o endosso fôr fiança. Na linguagem ordinaria dá-se o nome de *endosso* indistinctamente ás cessões e ás fianças de letras,

(26) Cit. Ord. L. 4º T. 60, Regim. da Fazenda de 17 de Outubro de 1516 Cap. 170.

(27) Cit. Ord. L. 4º T. 60.

Art. 134. Se o marido sem outorga da molhér arrematar rendas publicas, ou contractar qualquer arrendamento, pôde hypothecar ao cumprimento do contracto todos os bens do casal (28). (Arts. 120, e 1281)

Art. 135. Em tal caso os bens ficarão iudistinctamente obrigados, salvas as clausulas em contrario do regime dotal (29).

(28) Ord. L. 4º T. 60, e Decr. de 6 de Julho de 1695, o qual declarou ter a Ord., como lei posterior, derogado o Cap. 170 do Regim. da Fazenda de 17 de Outubro de 1516.—*Posteriora derogant prioribus*—.

A redacção do texto não está exacta, e deve-se lêr:—Se o marido sem outorga da molhér fôr cessionario de rendas publicas, ou particulares, pôde hypothecar, etc.

Trata-se de cessão de impostos do Estado, ou de rendas particulares, perpetuas ou temporarias, vitalicias ou não, como juros de Apolices da divida publica, fóros, alugueres, prestações periodicas em geral; e não de locação, ou arrendamento, de cousas.

Nossas leis denominão *arrendamento* a cessão das rendas do Estado para serem cobradas por particulares que as contractão, ou arrematão; e dahi provém o engano. Estes contractos são *cessões*, e não *arrendamentos*. O Projecto do Cod. Civ. Port. Art. 1723 tem evitado o engano.

(29) Cit. Ord. L. 4º T. 60.

Esta Ord. dá á percebêr, que os bens ficão hypothecados sem dependencia de estipulação expressa, e assim a-entendeu Borg. Carn. Dir. Civ. L. 1º T. 12 § 119 n. 17. Não entendo assim, não vejo razão para crear este caso de hypotheca tacita em favôr dos cedentes de rendas em geral, limito-a em favôr do Estado somente—Art. 1272 § 2º Consolid. Está hoje derimida a questão em vista da novissima Lei hypothecaria, que dá no Art. 3º § 5º hypotheca legal á Fazenda Publica sobre os immoveis somente de seus rendeiros, contractadores, e fiadores; mandando no § 10, que tal hypotheca seja especialisada.

Art. 136. A doação entre marido e molhér é revogavel á arbitrio do conjuge doadôr, a superveniencia de filhos opéra logo sua revogação (30).

Art. 137. Se fôr feita antes do casamento, resolve-se depois delle por effeito de communicação dos bens (31).

Art. 138. Se essas doações não fôrem revogadas pelo conjuge doadôr, fallecendo este sem herdeiros legitimos descendentes ou ascendentes, ficão confirmadas dentro da taxa da insinuação das doações (32).

Art. 139. Havendo herdeiros legitimos, descendentes ou ascendentes; podem estes revogar taes doações até serem inteirados de suas legitimas, ficando para o conjuge donatario o restante dos bens doados (33).

Art. 140. Fallecendo o conjuge doadôr com testamento, onde disponha da terça no todo, ou em parte, sem revogar a doação; os ditos herdeiros serão pagos de suas legitimas, calculadas pelo valôr da totalidade dos bens doados e não doados, reputando-se a doação como legado (34).

(30) Ord. L. 4° T. 65 princ. Não tem uso esta Ord., nem póde ser applicada ao regime da communhão. Neste regime a doação torna-se inutil, porque os bens doados communicão-se no mesmo instante. Vid. Not. ao Art. 420.

Só é applicavel esta Ord. ás doações entre marido e molhér, quando o regime do casamento fôr de separação de bens—Borg. Carn. Dir. Civ. L. 1° T. 16 § 154 n. 10.

3.º ED.

Lei n. 1507 de 26 de Setembro de 1867—Art. 19 n. 6º, § 1º n. 2.º—*As doações entre os conjuges* pagarão de imposto 2%.

(31) Cit. Ord. L. 4° T. 65 princ.

(32) Ord. L. 4° T. 65 § 1º. Sobre a insinuação das doações Vid. Art. 411.

(33) Cit. Ord. L. 4° T. 65 § 1.º

(34) Cit. Ord. L. 4° T. 65 § 1.º

Art. 141. Se os bens da herança sem a doação fôrem insufficientes para pagamento das legitimas, a doação e a terça do conjugue doadôr desfalcarse-hão proporcionalmente, até que ás legitimas sejam inteiradas (35).

Art. 142. Feito o desfalque proporcional, o donatario haverá então o restante da doação: o restante da terça será distribuido conforme a determinação do testamento (36).

Art. 143. Mas, se taes doações fôrem logo valiosas por Direito (37) em vida dos conjuges, os herdeiros do conjugue doadôr serão inteirados pela terça: e, só não bastando esta, serão iuteirados pela doação (38).

Art. 144. Tanto no regime da communhão, como no dotal, o marido sem procuração da molhér, ou esta sem procuração do marido, não podem litigar em Juizo sobre bens immoveis, allodiaes ou emphyteuticos, nem sobre direitos que tenham a mesma natureza, pena de nullidade dos processos (39).

Art. 145. Quando forem demandados sobre os referidos bens e direitos, devem sêr ambos citados ao principio dos litigios, e subsequentemente para os actos designados nas leis do processo (40).

(35) Cit. Ord. L. 4º T. 65 § 2.º—*Saldo d livra*—é a expressão do nosso legislador, empregada no mesmo sentido em outros logares, e ainda hoje usada no Direito Francez.

(36) Cit. Ord. L. 4º T. 65 § 2.º

(37) Cit. Ord. L. 4º T. 65 § 3.º—Approva-se aqui o Direito Romano, que exceptuava diversos casos, em que a doação entre conjuges era logo valida em vida do doador. Esses casos vem compendiados em Borg. Carn. Dir. Civ. L. 1º T. 16 § 154 ns. 21 e seguintes, e não tem actualmente o menor uso.

(38) Cit. Ord. L. 4º T. 65 § 3.º

(39) Ord. L. 1º T. 79 § 22, L. 3º T. 47 princ., e Tit. 63 §§ 1º, 2º, 3º, e 4.º

(40) Ord. L. 3º T. 47 §§ 3º e 4.º—Supposto diga-se nesta Ord., que a primordial citação é bastante para todos os termos

Art. 146. Se os conjuges recusarem autorisar-se para esses litigios, o Juiz supprirá o consentimento, como já está determinado no Art. 126 (41).

Art. 147. Para reivindicar bens moveis ou immoveis, doados ou transferidos pelo marido á sua concubina, a molhér será recebida em Juizo sem dependencia de autorisação, e esses bens lhe-ficão exclusivamente pertencendo (42).

do processo, a Ord. L. 1º T. 79 § 22, e L. 3º T. 70 § 4º, mandão citar a molhér para o gráo de appellação; e a do L. 3º T. 86 § 27 para a execução, recahiudo esta em bens de raiz.

É applicável á nulliddde dos processos por falta de intervenção e citação das molheres casadas tudo que fica exposto na Not. ao Art. 26 sobre a nullidade analoga por falta da intervenção e citação dos menores adultos.

(41) Ord. L. 3º T. 47 § 5º, e T. 63 § 4º.

(42) Ord. L. 4º T. 66. Vid. Arts. 426, 427, 428, e 429; e tambem sobre a prescripção destas acções os Arts. 1327, 1328, e 1329.

Sem dependencia de autorisação:—a regra geral é, que a molhér casada, como pessoa incapaz, não póde estar em Juizo sem assistencia ou autorisação do marido, ou supprimento dessa autorisação pelo Juiz. Uma das excepções desta regra é a que acha-se no têxto, e além della as seguintes:

Quando os conjuges estão separados por sentença de divorcio,

Quando demandão um contra o outro,

Quando o marido está ausente por longo tempo,

Quando está ausente, e o caso não admite demora;

Quando a molhér é curadora, e o marido louco, ou prodigo,
—Arts. 312 § 1º, e 325 Consolid.

3.ª ED.

« O *podêr marital* (Lafayette Dir. de Fam. § 41) fórma-se pela *deslocação de certos direitos* da pessôa da molhér para a pessôa do marido. *Roubando-lhe* a faculdade de governar-se á si mesma, de contractar, de dispôr dos bens, e pondo-a em consequencia sob a direcção do marido, essa *deslocação* de direitos constitúe a molhér em estado de incapacidade! Assim

CAPITULO IV

Da dissolução, e separação, do matrimonio

Art. 148. Por fallecimento da molhér, fica o marido em posse e cabeça do casal; continuando na posse velha, que antes tinha (1).

de um lado o *podér marital*, e em frente como effeito, a *incapacidade da molhér*! *Creação da lei*, a incapacidade da molhér não resulta de *defeito natural*; tanto que são capazes as viúvas, e as solteiras emancipadas! »

Nada mais repugnante á verdade, que—essa imaginada *deslocação de direitos*, de que formou-se o *podér marital*, e resulta a incapacidade da molhér;—esse accusado *roubo de faculdades*,—a supposta incapacidade por *creação da lei* sem defeito natural da molhér!!!

Taes arrôjos são tão avêssos ao casamento, quão impossivel é casal-os com a *unidade* reconhecida no § 55 pag. 109, com os direitos confessados no § 8º pag. 13;—que trazem o cunho da necessidade,—que não podem sêr alterados pelo arbitrio dos conjuges.

E na verdade, se a incapacidade da molhér provém do *podér marital*, se este podêr é uma *representação necessaria* por bem da conjugal unificação; tal necessidade foi satisfeita, ahi não ha *roubo*, ahi não ha *creação da lei*—*necessitas caret lege*—.

Ainda mais, o *podér marital* não se-fôrma por *deslocação* de direitos da molhér. Os direitos da molhér, só os transmissiveis, passão para a pessoa collectiva do *Casal*, não passão para o marido. Se o *podér marital* é mandato necessario, se é mandato imposto pela natureza; em todos os mandatos não ha *deslocação* (transmissão) de direitos, porque o mandatario figura em nome do mandante.

Se o modelo é a molhér independente, solteira ou viúva, não terêis casal, sem casal não terêis familia, sem familia não terêis sociedade civil.

(1) Ord. L. 4º T. 95 princ.

Art. 149. Por fallecimento do marido, a molhér ficará em posse e cabeça de casal, se ao tempo da morte com elle vivia em casa teúda e manteúda (2).

Art. 150. A viuva cabeça de casal dará partilha aos herdeiros do defunto, e da sua mão receberãõ esses herdeiros e os legatarios o que lhes-tocar (3).

Art. 151. Se os herdeiros, ou outras pessoas, tomarem posse, sem consentimento da viuva, de alguma cousa do casal, pôde ella usar da acção de esbulho para ser restituída á sua posse (4).

Art. 152. A posse do conjuge sobrevivente só tem lugar nos bens communs, e partiveis (5).

Art. 153. Nos casamentos por contracto dotal só comprehenderá aquelles bens, em que foi estipulada a communicacão (6).

Art. 154. Os bens emphyteuticos por aforamentos vitalícios não ficão na posse do conjuge sobrevivente; se nelles não tivér sido nomeado (7).

Art. 155. Pertence-lhe porém a posse de taes bens :
§ 1.º No caso do Art. 114.

(2) Cit. Ord. L. 4º T. 95 princ.

(3) Cit. Ord. L. 4º T. 95 princ.

(4) Cit. Ord. L. 4º T. 95 princ. Vid. Art. 811 *infra*.

3.ª ED.

Vid. not. ao Art. 814.

(5) Ord. L. 4º T. 95 § 1.º

(6) Cit. Ord. L. 4º T. 95 § 3.º

(7) Cit. Ord. L. 4º T. 95 § 1.º O mesmo acontecia outr'ora com os bens da Corôa e de morgados, de que a Ord. falla igualmente.

§ 2.º Tendo sido hypothecados á molhér pelo marido, ou ao marido pela molhér, *com o consentimento do senhorio* (8).

Art. 156. Nas hypotheses do Art. antecedente compete ao cônjuge sobrevivente o direito de retenção, até ser pago do valôr dos bens, ou do preço da compra, ou das bemfeitorias, ou da divida (9). (Art. 114)

Art. 157. Se a molhér negar em Juizo seu casamento, sendo absolvida por este motivo em acção de adulterio, ou obtendo vencimento em qualquer demanda; não poderá depois

(8) Cit. Ord. L. 4.º T. 95 § 1.º Essas hypothecas verificavãose, como vê-se em Pegas á Ord. Tom. 10 pag. 116, para segurança do dote e das arrhas. Desta Ord. poder-se-hia inferir, que os bens emphyteuticos não podem ser hypothecados sem consentimento do senhorio; mas o costume é diverso, as hypothecas se constituem sem esta dependência.

A recente Lei hypothecaria Art. 2º § 1º confirma este costume.

(9) Cit. Ord. L. 4º T. 95 § 1.º Supprimo a disposição do § 2º desta Ord. sobre o sequestro de taes bens, quando, movendo-se duvidas, ha receio de *pelejas e arruidos*; porque isto allude aos *bens da Corôa*, que antigamente possuíão em Portugal os *altos donatarios*.

3.ª ED.

As duas ultimas linhas deste Art. 156 devem ser lidas assim:—até lhe-ser paga sua parte na valia dos bens, ou preço, ou bemfeitorias; e no outro caso, até lhe-ser paga a divida, ou determinado por Direito não lhe-pertencêr a posse—. Corresponde agora á correcção tambem feita no Art. 114.

Á observação do Sr. Rebouças sobre este Art. 156 respondo com as minhas distincções ao Art. 73. Para mim não ha *bens vinculados* no Brazil. Sobre a posse delles antes do fallecimento de alguém, que agora os-possúa á titulo de ultimo administradôr; basta a acção de esbulho para removêr os conflictos, como nos demais casos.

da morte do marido t er parte nos bens deste, posto que pretenda provar a qualidade de casada (10).

Art. 158. As questões de divorcio, ou sobre nullidade do matrimonio, ou sobre separa o temporaria ou perpetua dos conjuges, pertencem ao Juizo Ecclesiastico. A' respeito dellas nenhuma ingerencia p de t er a jurisdic o secular (11).

(10) Ord. L. 4 T. 95   5. 

(11) Ord. L. 5 T. 19 princ., Av. de 12 de Setembro de 1835, e n. 35 de 6 de Abril de 1850.

Julgado o divorcio por sentença do Juizo Ecclesiastico, bem entendido, sentença irrevogavel, os conjuges podem entre si fazer partilha judicial ou amigavel dos bens do casal. Antes desse julgamento s o nullos todos os contractos, que faço   pretexto de partilha amigavel, pois o marido não p de contractar com a mulher, além de que não p de haver partilha entre elles sem divorcio, e o divorcio não   objecto de contracto. Todavia apparecem em nosso f o esses contractos null s, que talvez sejam devidos   decisão do citado Av. n. 35 de 6 de Abril de 1850, declarando necessaria a concilia o nas causas de divorcio.

3.  ED.

Av. n. 182 de 23 de Julho de 1859—S o ao Juizo Ecclesiastico compete tomar conhecimento da *validade ou nullidade do casamento*.

Decr. n. 3069 de 17 de Abril de 1863 Art. 9. — Compete ao Juiz de Direito do domicilio conjugal, ou do domicilio do conjuge demandado, conhecêr da *nullidade* de todos os casamentos entre nacionaes, ou estrangeiros, que professarem religião differente da do Estado; e bem assim de *qualquer outra questão relativa   estes casamentos*. Sobre o modo de proceder—Arts. 10   18.

Decis. n. 238 de 2 de Julho de 1873—Protestante, cujo casamento não   declarado dissolvido por sentença, incorre nas penas de poligamia, se contrahe segundo matrimonio. Padre catholico, que confere casamento nestas condi es, incorre nas penas do Art. 247 do Cod. Penal.

Partilhas amigaveis ou judiciaes entre conjuges por effeito de sentenças de divorcio estão sujeitas ao imposto de trans-

missão de propriedade? Como no casamento ha sociedade, é applicavel o Art. 4° n. 7° do Regul. n. 4355 de 17 de Ahril de 1869, onde isentão-se do impôsto os actos, que fazem cessar entre socios ou ex-socios a indivisibilidade dos bens communs; salvas as disposições dos Artigos das Sizas de 27 de Setembro de 1476 Cap. 6° § 4°, que são applicaveis aos mesmos actos. O mesmo repete o Regul. n. 5581 de 31 de Março de 1874 Art. 23 n. 7° com referencia ás distincções do n. 3° desse Art. Isto já se-havia encetado em a Not. ao Art. 596 § 6° Consolid.

Eis minha solução aos três quesitos do *Direito Rev. Cad.* de 15 de Outubro de 1873:

1.° O conjuge catholico divorciado, que houver mudado de religião, póde, segundo os ritos acatholicos, contrahir novas nupcias, que civilmente validas sejam? Negativamente, como na cit. Rev. e pelas mesmas razões com este additamento. Os impedimentos matrimoniaes são de direito mixto, publico e privado; e de direito publico, não podem ser alterados por arbitrio das partes—*juri publico pacto privatorum derogari non potest*—. As leis pessoas, em cuja classe entrão as do estado de casado ou solteiro, seguem as pessoas—*ut lepra cuti*— á travéz dos logares e dos tempos. O conjuge catholico divorciado sabia, que as sentenças de divorcio da sua primeira religião só produzem o effeito da separação dos casados—*quoad thorum et mensam*—, não o da nullidade do casamento.

2.° Neste caso, o casamento acatholico póde ser considerado como crime de polygamia? Sim, ao contrario da citada Rev.; porque inegavelmente ha *fraude*, sabendo, ou devendo sabêr, o conjuge catholico divorciado, que subsistia o vinculo do seu primeiro casamento. Isto reconhece expressamente a Rev., e portanto a conclusão só devêra sêr a da *fraude*.

Confere com o Av. acima n. 238 de 2 de Julho de 1863 *mutatis mutandis*.

3.° O pastôr acatholico, que interviêr em tal casamento, commette algum crime? Commette o crime do Art. 247 do Cod. Pen., tambem ao contrario da citada Rev. Embora a palavra—*Ecclesiastico*—ao tempo da promulgação desse Cod. se-referisse aos da Igreja Catholica; actualmente, depois da Lei de 11 de Setembro de 1864, abrange em sua generalidade todos os Pastores, todos os Ministros, de todas as Religiões, autorizados á celebrar casamentos. Tambem confere com o citado Av. *mutatis mutandis*.

CAPITULO V

Da viuvez, e do segundo matrimonio

Art. 159. As viúvas não gozão do beneficio de restituição (1).

Art. 160. Provando-se que maliciosamente, ou sem razão, alienão, e desbaratão seus bens, os Juizes (2) devem arrear-

Nas *acções de divorcio*, que tambem se chamão *acções de sevicias*, e começão às vezes pela *justificação de sevicias*, são notaveis incidentes :

O *deposito da molhér* em casa honesta,

Arbitramento de seus *alimentos*,

Arbitramento de *expensas litis*, isto é, do dinheiro necessario para suas despezas com a demanda.

Julgado o divorcio, incumbe ao marido alimentar os filhos, salva a disposição do Art. 188 *infra*;—são incommunicaveis entre os conjuges os bens depois adquiridos,—pela morte de um dos conjuges não fica o sobrevivente na posse dos bens d'elle :—a sentença não passa em julgado para o effeito de impedir a reconciliação dos divorciados.

(1) Ass. de 29 de Março de 1814. Contão-se todavia entre as pessoas miseraveis, e tem varios privilegios e isenções. Ord. L. 3º T. 5º §§ 3º e 5º, T. 12 § 1º, Lei de 17 de Agosto de 1761 princ., Decr. de 29 de Dezembro de 1772, Prov. de 25 de Janeiro de 1773, Lei de 19 de Julho de 1790 § 14, Ass. de 2 de Dezembro de 1791, Regul. n. 150 de 9 de Abril de 1842 Art. 10 § 4º, Decr. n. 413 de 10 de Junho de 1845 Art. 8º, Avs. n. 93 de 2 de Abril de 1853, e n. 96 da mesma data.

As viúvas não são isentas da dizima da chancellaria, se durante a demanda passárão á segundas nupcias—Av. n. 116 de 10 de Junho de 1854.

(2) Questionão os Praxistas, se o Juiz dos Orphãos é competente para este caso. O costume actualmente é officiar o Juiz dos Orphãos em todos os casos de prodigalidade.

dal-os, entregal-os á um curador, fazendo-lhes dar os alimentos necessarios (3).

Art. 161. As viúvas, que casão de cincoenta ou mais annos, tendo filhos ou outros descendentes successiveis, não podem alienar por titulo algum, em sua vida ou por sua morte, as duas partes dos bens, que tinham ao tempo do casamento (4).

(3) Ord. L. 4° T. 107.

Esta curadoria nada tem de especial, e lhe-são applicaveis as disposições sobre a curadoria dos prodigos em geral— Arts. 324 á 328 Consolid.

(4) Ord. L. 4° T. 105. Querem alguns, que esta Lei seja extensiva ás molheres em geral, ainda que não viúvas. A Ord. se-inscreve—*das molheres viúvas que casão de cincoenta annos, tendo filhos*—.

« Para que trazêr á consideração (Rebouças Observ. á este Art.) o que alguns querem de extensivo ás molheres em geral, ainda não viúvas? Não podem deixar de têr a alma despótica, ou o espirito enfermo, os que ássim contra a letra da lei querem generalisar uma excepção, etc. » Teve alma despótica, ou espirito enfermo, o abalisado Borg. Carn.? Ahi vai sua doutrina Liv. 1° T. 17 § 158 n. 11 e Not.—Esta lei procede, assim com a viúva que se-recasa tendo descendentes legitimos do 1° matrimonio, como com a molhér solteira que casa tendo descendentes illegitimos, comtanto que successiveis *ab intestato*. Esta é sem duvida a mente desta Ord., que evitou toda a menção do segundo casamento, e mesmo a sua letra—*quando alguma molhér casar*—: e ao texto se-deve attendêr mais que á rubrica ou inscripção do titulo, onde a palavra *viúvas* escreveu-se inexactamente, ou pelo que mais frequentemente succede; e, como dizem, demonstrativa, não taxativamente. Sem razão pois se-tem opinado o contrario. »

—*As viúvas que casão de cincoenta ou mais annos*—: logo esta Ord. não procede:

1.° Quanto ao viúvo quinquagenario, ou case com viúva quinquagenaria ou não, tenha ou não descendentes:

2.° Quanto ao viúvo não quinquagenario, que casou com viúva quinquagenaria, tenha tambem ou não descendentes:

—*Tendo filhos ou outros descendentes successiveis*—: logo esta Ord. não procede:

Art. 162. Não podem outrosim alienar as duas partes dos bens, que, depois de casadas, houverem por qualquer titulo de seus ascendentes ou descendentes (5).

1.º Quando a viuva quinquagenaria não tivér descendentes, posto que tenha ascendentes, ou herdeiros collateraes :

2.º Quando o descendente ou descendentes, que tivér, renunciarem expressamente tal beneficio da lei ; bem entendido, se fõrem pessoas capazes de contractar :

Procede porém, ainda que os descendentes successiveis não sejam filhos legitimos.

—*Não podem alienar por titulo algum*—: logo não podem communicar com os maridos as duas partes dos bens, porque tal communicação fõra uma entrada social, e o contracto de sociedade tem por fim transferir o dominio dos bens, em que as entradas consistem.

—*As duas partes dos bens que tnhão ao tempo do casamento*—: não está exacta esta redacção, porque a Ord. diz ;—*as duas partes dos bens que tinha ao tempo que concertou de se-casar*—. D'ahi derivão duas consequencias importantes :

1.º Que a prohibição de alienar existe antes do casamento, e desde o momento, em que a molhér o-ajustou, pois de outra maneira seria fraudada :

2.º Que procede tal prohibição, se ao tempo do ajuste do casamento a molhér tivér descendente successivel, posto que este falleça antes do casamento.

3.ª ED.

Insiste o Sr. Rebouças (Observ. pags. 53 á 56) no que havia dito sobre este Art. 161 em relação á Borg. Carn. Apenas referi a opinião desse abalisado Jurista, não adoptei-a, nem adopto-a. Se pôde havér questão não é para quem entende, como eu, que a Ord. L.-4º T. 105 só refere-se ás viuvvas quinquagenarias, e não em geral á molheres quinquagenarias.

(5) Cit. Ord. L. 4º T. 105.

Art. 163. Só podem as viúvas maiores de cincoenta annos dispôr da terça dos ditos bens, sendo nullas além da terça todas as alienações, que fizerem (6).

(6) Ord. L. 4º T. 105.

— *Dispôr da terça dos ditos bens*—: esses bens são restric-
tamente os designados nos dois Arts. antecedentes. Logo
esta Ord. não procede :

1.º Quanto aos bens, que a quinquagenaria depois do casa-
mento adquirir de outrem, que não sejá seu ascendente ou
descendente :

2.º Quanto aos rendimentos, ou fructos, das duas partês dos
proprios bens designados nos dois Arts. antecedentes.

A terça desses bens communica-se com o marido ? Enten-
de-se geralmente que sim.

Os bens do marido communicão-se com a quinquagenaria,
ou sómente o terço delles ? Entende-se geralmente, que só
communica-se o terço pela regra da reciprocidade.

Os descendentes, que esta Ord. favoreceu, tem direito de
requerer, que a quinquagenaria faça inventario de seus bens
antes, ou depois, de realisado o segundo casamento ? Tem di-
reito de exigir, que ella preste caução na parte relativa ao
dinheiro e bens moveis ? E' seguida a solução affirmativa.

Se a quinquagenaria não prestar a exigida caução, os des-
cendentes podem requerêrembargo ? É a consequencia em face
da Ord. L. 3º T. 31 princ.

Se a quinquagenaria em sua vida alienar os bens além do
terço, podem os descendentes reivindicar-os desde logo ? Tenho
opinado negativamente com o fundamento de não havêr he-
rança de pessoa viva, mas hoje não penso assim ; pois que a
Ord. manda, que em falta de descendentes os bens se-devolvão
aos ascendentes e collateraes.

Reivindicados os bens, qual seu destino ? Devem ser res-
tituidos á quinquagenaria ? Inclino-me á affirmativa.

Todos esses direitos, que competem aos descendentes, com-
petem igualmente aos ascendentes e mais herdeiros, por
terem fallecido os descendentes depois do casamento, ou mesmo
depois do ajuste do casamento da quinquagenaria ? Sem du-

Art. 164. So ao tempo de sua morte não existirem herdeiros descendentes, ou ascendentes, as duas partes dos bens devolvem-se aos parentes mais chegados (7).

Art. 165. Tendo bens de aforamento, em que lhes-pertença o direito de nomeação, em nenhum delles poderá nomear os maridos (8).

vida competem aos herdeiros com direito actual para succedêrem nos bens.

3.º ED.

Os bens do marido communicão-se com a quinquagenaria, ou sómente o terço delles? Não resolvi acima como me-attribue o *Direito Rev.* de 1875 (Maio á Agosto) pags. 288 á 294 § 3.º Não opinei, pela regra da reciprocidade, que a quinquagenaria só tem communhão na terça do marido, e não na totalidade dos bens. Apenas indiquei a opinião geral de só communicar-se o terço pela regra da reciprocidade. Meu pensar decisivo nesta questão é o da mesma Revista, o de Rebouças *Observ.* pags. 56 e 57, e o de Laffayette *Dir. de Fam.* § 64 pags. 126 e 127. A regra da reciprocidade não acha assento na sociedade conjugal, que não é sociedade de negocio. Nas sociedades de negocio rege o Art. 287 do Cod. do Com., declarando de essencia as entradas sociaes de capital ou industria; nas conjugaes não ha equilibrio d'entradas, a reciprocidade neutralisa-se nos casos de casamento entre conjuge riquissimo e outro sem nada de seu. Era livre ao conjuge da quinquagenaria excluir da communhão seus bens, no todo, ou em parte; não o-fazendo, impera a regra da communhão legal—*exceptio ubi non posita, non est a regula recedendum*—.

(7) Cit. Ord. L. 4º T. 105.

Fallecendo a quinquagenaria, ou fallecendo seu marido, deve-se procedêr á inventario e partilha, para que o conjuge sobrevivente tire sua meação nos bens, que se-communicarão.

(8) Cit. Ord. L. 4º T. 105.

TITULO II

DA PATERNIDADE, MATERNIDADE, E FILIAÇÃO

CAPITULO I

Dos direitos entre os pais e os filhos

Art. 166. Na constancia do matrimonio a criação, e alimentação, dos filhos incumbem á ambos os conjuges (1).

Art. 167. Em caso de separação por qualquer motivo o pai está obrigado á concorrer com todas as despesas necessarias para a criação (2), salvo se pela sua pobreza o não poder fazer (3).

Art. 168. Em qualquer idade os filhos tem direito de obrigar os pais á prestar-lhes alimentos, se por defeito da natureza, ou por outro motivo, fôrem tão inertes, que não se possam alimentar á si mesmos (4). (Art. 183 § 5.º)

Art. 169. Procede esta obrigação dos pais, ainda mesmo que os filhos tenham já recebido suas legitimas, e as-tenhão dissipado (5).

Art. 170. Cessa o direito dos filhos á prestação de alimentos :

§ 1.º Se os pais não tem, com que se-alimentem á si, ou tem apenas o indispensavelmente necessario para a propria sustentação :

(1) Ord. L. 4º T. 99 princ.

(2) Cit. Ord. L. 4º T. 99 princ.

(3) Cit. Ord. L. 4º T. 99 § 2.º

(4) Ass. 5º de 9 de Abril de 1772 § 1º, confirmado pelo Alv. de 29 de Agosto de 1776.

(5) Cit. Ass. *ibidem* de 9 de Abril de 1772.

§ 2.º Se os filhos se-podem alimentar á si mesmos por bens, que possuão ; ou por alguma occupação, que possuão ter, propria da sua condição :

§ 3.º Se commettêrão contra os pais alguma ingratição, pela qual possuão sêr desherdados por elles (Art. 1016):

§ 4.º Se sem causa justa abandonárão a casa dos pais, faltando-lhes com os obsequios e respeitos devidos :

§ 5.º Se casárão sem consentimento dos pais, nos termos dos Arts. 101, 102, 103, e 104, nao tendo sido supprido o consentimento na fórma do Art. 105 (6).

Art. 171. Reciprocamente os pais tem direito á ser alimentados pelos filhos, quando se-vejão reduzidos á tão extrema miseria, que não tenham de que vivão (7).

Art. 172. Este direito dos pais está sujeito ás limitações declaradas no Art. 170, que lhes-fôrem applicaveis (8). (Art. 1018)

Art. 173. Podem os pais applicar aos filhos castigos moderados, uma vêz que não resulte offensa contraria ás Leis em vigôr (9).

Art. 174. Por morte da mãi o pai é legitimo administrador, e usufructuario, dos bens dos filhos, emquanto estiverem sob seu pôder ; e taes bens deve o Juiz dos Orphãos deixar em podêr do pai, depois do inventario e partilha (10).

(6) Cit. Ass. de 9 de Abril de 1772 § 2.º, combinado com a Lei posteriôr de 6 de Outubro de 1784.

(7) Cit. Ass. de 9 de Abril de 1772 § 4.º

(8) Cit. Ass. *ibidem* de 9 de Abril de 1772.

(9) Cod. Crim. Art. 14 § 6.º, Ord. L. 5.º T. 36 § 1.º, e Resoluções de 20 de Abril, e de 20 de Julho, de 1751.

(10) Ord. L. 1.º T. 88 § 6.º

Neste caso o pai tem um *direito real de usufructo*, creado pela lei. Os Juizes dos Orphãos não podem obrigar o pai á vendêr os bens do seu usufructo para empregar o preço delles

em compra de bens de raiz, ou de Apólicas da Divida Publica, ou de acções de companhias. Tudo isto se pôde fazer com o consentimento do pai, e coagi-lo é abuso de autoridade.

Os filhos das escravas deste *usufructo legal* reputão-se fructos, e pertencem ao pai? Resolvo negativamente com o Direito Romano § 37 Inst. de rer. div.; Dig. Lei 27 de hered. petit. « *Ancillarum etiam partus et partuum partus... fructus esse non existimantur, quia non temere ancillæ ejus rei causæ comparantur, ut pareant...* » Lei 28 § 1º Dig. de usur. Todavia, no tempo de Cícero, este caso ainda era controvertido—Cic. de finibus Liv. 1º n. 4.º

Os fructos, ou rendimentos, dos bens deste usufructo podem ser embargados, ou penhorados, por credores do pai? Este usufructo tem annexa a obrigação de alimentar o filho: se os credores do pai o embargarem, ou penhorarem, os filhos tem preferencia pelos seus alimentos—Lob. Not. á Mello Liv. 2º T. 4º § 13 n. 26.

« Compete hypotheca legal (Art. 3º § 3º da novissima Lei hypothecaria) aos filhos menores sobre os immoveis do pai, que administrou os bens maternos dos mesmos filhos. A hypotheca legal dos menores (Art. 3º § 11 da cit. Lei) é geral, comprehensiva dos immoveis presentes e futuros, salvo se fõrem especializadas, determinando-se o valôr da responsabilidade, e os immoveis á ella sujeitos. A inscripção da hypotheca do pai (Art. 9º § 17 da cit. Lei) deve sêr requerida pelo pai. Póde sêr requerida (Art. 9º § 18 da cit. Lei) por qualquer parente do pai. Incumbe (Art. 9º § 19 da cit. Lei) ao Escrivão do inventario ou da Provedoria, ao Tabellião, ao Juiz de Orphãos ou da Provedoria, e ao Juiz de Direito em correição.

3.ª ED.

Concorda Rebouças (Observ. pag. 58), para quem brilhou a verdade nestas palavras:—não sendo dado considerar, que os fructos do sangue das criaturas humanas, *ligados aos elos da perpetuidade dos seres racionais*, seião como al são inherentemente as producções de gadô de todas as especies, aves domesticas, e quaesquer outros animaes, etc.

Quanto á filhos de escravos em-casos de collação Vid. *infra* Not. ao Art. 1206.

Art. 175. Os bens, de que trata o Art. antecedente, serão entregues pelo pai aos filhos segundo o que constar do inventario, quando elles se-emanciparem, ou casarem (11).

Art. 176. Exceptuão-se os moveis, de que os mesmos filhos se-servirem, gastos em seu uso; os quizes entregar-se-hão no estado, em que se acharem (12). (Art. 285)

Art. 177. Não será o pai administradôr dos bens, que pertencêrem aos filhos por morte da mãe; se padecêr alienação mental, ou outra enfermidade, que o-impossibilite de regêl-os (13).

Art. 178. Em tal caso dar-se-ha Tutor ou Curador aos filhos menores (14).

Art. 179. Tambem é o pai usufructuario, enquanto os filhos estivêrem sob seu podêr, dos bens que elles adquirirem ou ganharem por qualquer modo (15).

(11) Cit. Ord. L. 1º T. 88 § 6.º

(12) Cit. Ord. L. 1º T. 88 § 6.º

(13) Cit. Ord. L. 1º T. 88 § 6.º

(14) Cit. Ord. L. 1º T. 88 § 6.º Vid. Nct. ao Art. 101, e Not. ao Art. 183.

(15) Ord. L. 4º T. 97 § 19, e T. 98 § 7º. São os bens, que se-chamão *adventicios*; e que se-distinguem dos *profecticios*, *castrenses*, *quãsi-castrenses*. As Leis devem sêr accessiveis á todas as intelligências, essas denominações não devem passar dos Livros da Sciencia. O Cod. do Com. Art. 874 § 5º, e Regul. n. 737 de 25 de Novembro de 1850 Art. 620 § 3º, empregão estas expressões, graduando para o concurso de preferencia os filhos-familias como credores de dominio pelos bens *castrenses* e *adventicios*.

São aqui applicaveis as observações da Not. ao Art. 123 sobre o credito de dominio da molhér casada por seus bens dotaes, paraphernaes, e outros de sua propriedade exclusiva. A disposição do Cod. do Com. Art. 874 n. 5º, e do Regul. n. 737 Art. 620 § 3º, só verifica-se no caso de sêrem susceptiveis de reivindicacão os bens *castrenses* e *adventicios* dos filhos-familias: Não ha reivindicacão, e portanto credito de

Art. 180. Não haverá o pai esse usu-fructo ;

§ 1.º Quando alguma cousa fôr doada, ou deixada, aos filhos com a condição de não tór o pai o usufructo della, ou outro algum proveito (16):

§ 2.º Se o pai renunciar o usufructo (17):

§ 3.º Se o pai negar faculdade aos filhos para havêrem a cousa, que lhes-fôr doada ou deixada, e os filhos a houvêrem sem o seu consentimento (18):

dominio, quando esses bens fôrem dinheiro, ou outras cousas fungíveis, cuja ideatidade é impossivel provar.

E qual a providencia da nossa legislação commercial em favôr da fortuna do filho-familias, quando esta consistir em bens não susceptíveis de reivindicacão? A providencia devia estar no Art. 878 do Cod. do Com., dando-se ao filho-familias em taes casos uma hypotheca tacita geral sobre todos os bens de seu pai fallido ; mas ahi não se-contempla esta hypothese, por não estar comprehendida no § 2º, que dá hypotheca ao credor por herança ou legado. Tal hypothese só favorecerá ao filho-familias em relação á sua legitima materna antes da partilha do casal.

As disposições da novissima Lei hypothecaria, transcriptas na Not. ao Art. 174 sobre a hypotheca legal dos filhos menores em relação ao pai, que administrou bens maternos dos filhos, são perfeitamente applicaveis ao pai, que administrou bens adventicios dos filhos ; mesmo porque, como pondera-se na Not. ao Art. 181 *infra*, os bens da legitima materna entram na classe dos adventicios.

3.ª ED.

Sobre o que sejam bens *adventicios, profecticios, castrenses, e quasi-castrenses*, Vid. Rebouças Observ. á este Art. pags. 59 e 60.

(16) Ord. L. 4º T. 99 § 1.º Dá-se aos bens exceptuados neste Art. o nome de *adventicios irregulares* ou *extraordinarios*

(17) Cit. Ord. L 4º T. 99 § 2.º

(18) Cit. Ord. L. 4º T. 99 § 3.º

§ 4.º Se fôr doado ou deixado aos filhos algum usufructo (19):

(19) Cit. Ord. L. 4º T. 99 § 4.º *Porque* (diz a Lei) *não se pôde de um usufructo havér outro usufructo.*

Esta Ord. tem revogado o Direito Romano, pelo qual, como pôde-se vêr na L. 17 Cod. *de usuf.*, o usufructo doado ou legado ao filho durava até o fallecimento do pai, embora o filho já houvesse fallecido, e isto segundo a regra—*quidquid acquirit filius, acquiritur patri*—.

Não é porém exacta a razão, que dá o nosso legislador; isto é, que não se pôde de um usufructo havér outro usufructo. Ao contrario, a doutrina reconhece, que um usufructo pôde recahir sobre outro usufructo, e tanto assim, que na hypothese da nossa Ord. entendem Escriptores Francêzes, que o pai tem o gôzo do usufructo deixado á seu filho menor. Veja-se Proudhon *Trat. do usuf.* ns. 154 e 333.

No Repert. das Ords. Tom. 3º pag. 931, entendendo-se a cit. Ord. L. 4º T. 99 § 4º, tambem se-entende, que, se o pai não tem o usufructo do usufructo deixado ao filho, tem todavia a commodidade do mesmo usufructo durante a vida do filho. E como essa chamada commodidade não seja mais do que o proprio gôzo dos bens, do mesmo modo que nos outros casos de usufructo paterno, resulta do Repert. uma conclusão opposta á determinação da lei.

Autorisa o Repert. sua imaginaria distincção entre *usufructo* e *commodidade* com a L. 8º § 2º *Dig. de peric. et commod. rei vendite*, mas seu engano é manifesto. Essa lei romana, como se-pôde vêr nas Notas de Godofredo, explica a differença dos effeitos entre a *constituição de usufructo* e *cessão de usufructo*, quero dizer, entre o usufructo, que o proprietario constitue em sua cousa á favôr de outrem; e o usufructo em cousa de outrem, que o usufructuario cede á terceiro. Vid. Lob. *Obrig. Recipr.* § 205.

3º. ED.

Das notaveis palavras dessa Ord. L. 4º T. 99 § 4º—*porque não se-pôde de um usufructo havér outro usufructo*—creio poder-se inferir com summo proveito juridico a declaração do nosso Direito Patrio contra usufructos successivos, á não terminar o segundo por uma verdadeira *consolidação*, volvendo a cousa desfructada para a posse do seu verdadeiro dono.

§ 5.º Quando o pai não fizer inventario dos bens do casal dentro de dois mezes, contados do dia de fallecimento da mãe (20). (Art. 1153)

Art. 181. Não fazendo o pai inventario dos bens do casal dentro dos ditos dois mezes, além de ficar privado do usufructo dos bens adquiridos pelos filhos nos termos do Art. antecedente, será também excluído do usufructo dos bens da legitima materna, e da herança dos mesmos filhos, para em tempo nenhum lhes-podêr succedêr (21).

Art. 182. Estas penas impostas ao pai, que não faz inventario no prazo legal, devem sêr julgadas por sentença em processo, que por elle tenha sido contestado (22). *Nota ao art 1153*

Art. 183. O filho-familias não pôde citar ao pai, nem para isso o Juiz lhe-concederá licença ; salvo, tendo a idade cumprida de 21 annos (23) nos casos, que se-seguem :

(20) Cit. Ord. L. 4º T. 99 § 6.º Não menciona a excepção do § 5º, porque só a Assembléa Legislativa (Art. 15 § 15 da Const.) pôde decretar a alienação dos bens nacionaes. As *doações régias* entrão na ordem das doações dos particulares.

(21) Ord. L. 1º T. 88 § 8.º Os bens da legitima materna entrão na classe dos *adventicios*, mas a Ord. L. 4º T. 97 princ. os-chama *perfecticios*.

(22) Ass. 3º de 20 de Julho de 1780.

(23) Ord. L. 3º T. 9º § 3º com a modificação da Resol. de 31 de Outubro de 1831. *Ou tendo impetrado (diz mais a Ord.) carta de supplemento de idade, que commummente se-chama de emancipação.* Bem se-vê, que a Lei confunde o *supplemento de idade* com a *emancipação*. O supplemento de idade só se-concede á menores orphãos, e não aos que estão sob o poder paterno, salvo se o pai é desassissado nos termos dos Arts. 177 e 178.

§ 1.º Sobre bens adquiridos em profissão militar (24), ou de letras (25), e dependencias desses bens (26) : (Art. 1069)

§ 2.º Sobre bens, em que o pai não tem usufructo, indicados no Art. 180 (27) :

§ 3.º Sobre bens, em que o pai tem usufructo, se elle os-dissipar ou damnificar (28) :

§ 4.º Quando o filho questionar sobre sua emancipação, ou compellir o pai á emancipal-o (29): (Art. 204)

§ 5.º Quando pedir alimentos ao pai (30). (Art. 168)

Art. 184. Posto que emancipado, o filho não pôde citar ao pai sem primeiro impetrar licença ac Juiz, que da Causa houver de conhecêr (31).

Art. 185. Mas sem impetrar venia pôde o filho demandar ao pai, se o-fizêr como tutôr, curador, gerente, ou procura-

(24) São os bens chamados do—*peculio castrense*—.

(25) São os denominados do—*peculio quasi-castrense*—. Os adquiridos por *doação régia* equiparão-se aos desta categoria, posto que a Ord. L. 4º T. 98 § 5º os-repute *adventicios* em contrario á do T. 97 § 10.

(26) Ord. L. 3º T. 9º § 3.º

(27) Ord. L. 3º T. 9º § 4.º

(28) Cit. Ord. L. 3º T. 9º § 4.º

(29) Cit. Ord. L. 3º T. 9º § 4º. Vid. Not. ao Art. 204.

(30) Cit. Ord. L. 3º T. 9º § 4.º. As questões sobre alimentos podem ser tratadas durante as férias—Ord. L. 3º T. 18 § 6.º O Decr. n. 1285 de 30 de Novembro de 1853 Art. 3º § 5º á respeito das férias só contemplou alimentos provisionaes.

(31) Ord. L. 3º T. 9º § 1.º As penas desta Ord. reservão-se para as Leis do Processo. Ellas não se-achão em uso, mas estão em vigôr por sêrem das exceptuadas na segunda parte do Art. 310 do Cod. Crim.

Por esta mesma Ord. o liberto não pôde citar á seu patrono sem licença do Juiz da Causa.

dôr de outrem ; e quando demandar como procuradôr, deve ter a idade de dezeseite annos completos (32).

Art. 186. O mandato porém deve ter sido encarregado, e aceito, com insciencia deste resultado ; e além disto é necessario, que o constituinte não esteja presente no logar, ou em parte, onde sem damno de seus direitos possa ser avisado. Sem estas condições será nullo o processo (33).

Art. 187. A impetração da licença é precisa, ainda que o filho cite e demande ao pai, que é tutôr, curadôr, procuradôr, ou gerente, de outra pessoa ; o que poderá fazer nos casos, em que lhe-fosse permittido demandar ao pai, se este em seu proprio nome houvésse de ser demandado (34).

CAPITULO II

Dos direitos entre as mãis e os filhos

Art. 188. Pertence á mãe criar o filho de leite somente até a idade de tres annos, ou este seja orphão emquanto ella não casar (1), ou o matrimonio tenha sido adoptado por qualquer motivo (2).

(32) Cit. Ord. L. 3° T. 9° § 5.. Desta Ord. inferem os Praxistas, que os menores de 17 annos não podem sêr procuradores *ad negotia*.

(33) Cit. Ord. L. 3° T. 9° § 5.°

Esta Ord. é applicavel ao liberto em relação á seu patrono.

(34) Cit. Ord. L. 3° T. 9° § 6.° Estas minudencias tão fastidiosas, e quasi inintelligiveis, não tem a menor utilidade, nem se-praticão actualmente.

Tambem é applicavel esta Ord. ao liberto em relação á seu patrono.

(1) Ord. L. 1° T. 88 § 10, e L. 4° T. 99 § 3.°

(2) Ord. L. 4° T. 99 princ.

Art. 189. Se a mãe fôr de tal qualidade, ou tivér algum impedimento, que não dêva criar o filho aos peitos, a criação de leite far-se-ha tambem á custa do pai (3),

Art. 190. Sendo fallecido o pai, ou não tendo meios, nem possuindo o filho bens proprios, concorrerá a mãe com todas as despesas da criação (4). (Art. 267)

Art. 191. Tendo o filho bens seus, a mãe poderá repetir toda a despeza, que na criação houver feito além da criação de leite, e posto que tal despeza fizesse sem protesto de cobral-a pelos bens do filho (5).

Art. 192. Depois dos tres annos da criação, a mãe pôde havér sem protesto outra qualquer despeza, que haja feito com a pessoa do filho, se fôr sua Tutóra ou Curadóra (6).

Art. 193. Não sendo Tutóra ou Curadóra do filho, nem tendo protestado, nada poderá repetir; salvo, se fôr rico o filho, e ella pobre (7).

Art. 194. As despesas, porém, não com a pessoa, mas com os bens do filho, pôde a mãe repetir, posto que não seja Tutóra ou Curadóra do filho, nem protestasse cobral-as (8).

Art. 195. Os filhos não estão submettidos ao poder da mãe (9).

Art. 196. Dentro de dois mezes depois do fallecimento do pai, havendo descendentes menores, a mãe deve fazer inventario judicial de todos os bens do casal; pena de ficar inhabili-

(3) Ord. L. 1º T. 88 § 10, L. 4º T. 99 princ., e §§ 2º e 3º.

(4) Citadas Ords. ao Art. antecedente.

(5) Ord. L. 4º T. 99 § 4º.

(6) Ord. L. 4º T. 99 §§ 4º e 6º.

(7) Ord. citada ao Art. antecedente.

(8) Cit. Ord. L. 4º T. 99 § 5º.

(9) Ord. L. 4º T. 87 § 7º.

tada para herdar dos ditos descendentes, e para ser delles tulôra (10). (Art. 1153)

Art. 197. Estas penas dependem de sentença declaratoria, como no caso do Art. 182. (11) *veja-se o art 1:153*

Art. 198. Sendo viuva, e vivendo honestamente, pôde a mãe utilizar-se dos serviços do filho menor; porém pagar-lheha soldada, sendo preferida tanto por tanto á qualquer outra pessoa (12). (Arts. 228 e 272)

Art. 199. Se ficar gravida por morte do marido, pôde requerêr a posse dos bens pertencentes ao filho, que traz no ventre (13). (Art. 1º)

Art. 200. Se o filho quizêr citar a mãe, pôde-o fazer com licença do Juiz, do mesmo modo que á respeito do pai está disposto no Art. 184 (14).

CAPITULO III

Da emancipação

Art. 201. Filho-familias é aquelle, que está sob o poder de seu pai, e de qualquer idade que seja (1). (Art. 10)

Art. 202. Acaba o patrio poder (Art. 10) :

§ 1.º Pela morte do pai (2) :

(10) Ord. L. 1º T. 88 § 8.º

(11) Ass. 3º de 20 de Julho de 1780.

(12) Ord. L. 1º T. 88 § 13. Não está em uso esta disposição.

(13) Ord. L. 3º T. 18 § 7.º

(14) Ord. L. 3º T. 9º § 1.º

(1) Ord. L. 4º T. 81 § 3º, Prov. de 24 de Maio de 1823, Decis. do 1º de Fevereiro de 1848.

(2) Ord. L. 4º T. 50 § 2.º

§ 2.º Pela emancipação (3):

§ 3.º Pelo casamento do filho (4):

§ 4.º Quando o filho não está na companhia do pai, e estabelece separada economia (5):

§ 5.º Quando serve officio publico, ainda que esteja na companhia do pai (6).

Art. 203. Compete aos Juizes dos Orphãos concedêr cartas de emancipação (7).

(3) Ord. L. 1º T. 88 § 6º, L. 4º T. 50 § 2º, T. 87 § 7º, e T. 97 § 19. Eis o sentido em que empregamos a palavra *emancipação*, para designar sómente a isenção do patrio poder. Nót. ao Art. 16.

(4) Cit. Ords. ao § antecedente.

(5) Const. do Imp. Art. 92 § 2.º Quem póde exercêr direitos politicos, está habilitado para os actos da vida civil. É porém necessario, que o filho não seja menor de vinte e um annos nos termos da Resol. de 31 de Outubro de 1831; assim como para os direitos politicos é necessario, que não seja menor de vinte e cinco annos.

(6) Cit. Art. 92 § 2.º da Const. do Imp., Decis. do 1º de Fevereiro de 1848.

3.º ED.

Ainda que esteja na companhia do pai: — Não servem officios publicos, nem os Bachareis formados por simples effeito do seu grão, nem os Clerigos de Ordens Sacras por simples effeito da sua ordenação; mas os considero isentos do patrio poder, embora vivão na companhia dos pais. O Art. 92 § 1º da Const. do Imp. lhes deu capacidade politica sem referencia á idade. Nesta referencia negando tal capacidade aos menores de vinte e cinco annos, só estes em geral entrão na disposição do § 2º do mesmo Art. 92 sobre os filhos-familias na companhia dos pais, ainda que tenham mais de vinte e cinco annos. Vid. Nots. aos Arts. 10 e 21 *supra*, e 993 § 2º *infra*.

(7) Ord. L. 1º T. 3º § 7º, L. 2º T. 45 § 40, Lei de 22 de Setembro de 1828 Art. 2º § 4º, e Regul. n. 143 de 15 de Março de 1842 Art. 5º § 1.º Quanto ao imposto que devem

Art. 204. O pai pôde ser compellido á emancipar o filho nos casos, em que o Direito assim o-determina; e para esse fim o filho pôde demanda-lo com licença do Juiz, nos termos do Art. 183 § 4º (8).

Art. 205. Reputão-se emancipados, e maiores para todos os effeitos legaes nas negociações mercantis, os filhos, de que trata o Art. 1º § 3º do Codigo do Commercio, sob as condições exigidas no mesmo Codigo.

Art. 206. Os filhos menores, que fôrem demittidos do patrio podêr, obtendo cartas de emancipação, ficão todavia sujeitos pôr morte dos pais á jurisdição dos Juizes dos Orphãos, que devem fazer o competente inventario e partilhã sem embargo das cartas de emancipação (9).

pagar as Cartas de emancipação, as Leis de Fazenda não são claras. A Tabella de 1841 § 39 contempla unicamente os supprimentos de idade. As Leis do sello (26 de Abril de 1844, e 10 de Julho de 1850) equiparão os supprimentos de idade e as emancipações. A Decis. n. 146 de 5 de Maio de 1851 distingue as *simples emancipações*, que não sei o que sejam, submettendo-as ao imposto da Tabella de 16 de Outubro de 1850. O Officio n. 26 de 11 de Março de 1846 bem denuncia a irregularidade, que reina neste assumpto.

3.º ED.

Quanto ao sello das Cartas de emancipação, em face do Regul. n. 4505 de 9 de Abril de 1870, pode-se dizer que o-pagão fixo pela generalidade do Art. 13 § 1.º no ultimo periodo.

(8) Ord. L. 3º T. 9º § 4º, e Prov. de 24 de Maio de 1823. Estas Leis referem-sê ao Direito Romano, ou antes á doutrina dos Escriptores. Os casos de *emancipação coacta* veñão-se em Mell. Freir. Liv. 2º T. 5º § 25, Lobão Obrig. reciproc. pag. 42, Borg. Carn. L. 1º T. 21 § 194 n. 14, e Per. e Souz. Linh. Civ. Not. 1006.

(9) Prov. de 25 de Setembro de 1787 no 1.º Additam. de Borg. Carn. pag. 158. Mostra esta Prov. que os filhos-fa-

TITULO III

DOS FILHOS ILLEGITIMOS, E DOS ADOPTIVOS

Art. 207. Os filhos illegitimos são naturaes, ou espurios (1).

Art. 208. Filhos naturaes são aquelles, cujo pai e mãe ao

mílias podem sêr emancipados pelo pai antes de sêrem maiores. E' justa, portanto, a censura de Lobão á Mell. Freir. Nots. Tom. 2º pag. 220 e 604.

(1) Ord. L. 2º T. 35 § 12 princ., L. 4º T. 36 § 4º, T. 99 § 1º, Ass. 5º de 9 de Abril de 1772 § 1.º Nestas Leis, e em outras que omitto, distinguem-se os filhos *naturaes* dos *espurios*.

Adoptamos esta qualificação de *filhos espurios* por sêr a das leis acima indicadas, e de Borg. Carn. Liv. 1º T. 20 § 179 n. 6º, e Coelh. da Roch. § 60; posto que na accepção rigorosa signifique o filho illegitimo de pai incognito—Vid. Dicc. Jur. de Per. e Souz. Não ha termo, que exprima a idéa opposta á da expressão *filhos naturaes*; comprehendendo todos os illegitimos, que não entrão nesta classe. A expressão —*filhos de coito damnado*—é menos comprehensiva, porque não abrange todos os illegitimos, cujo pai e mãe não tinhão entre si impedimento para casar.

3.º ED.

Regul. n. 5604 de 25 de Abril de 1874 Art. 51 n. 4.º—Os assento do nascimento deverá contêr a declaração de sêr *legitimo*, *illegitimo*, ou *exposto* :

Cit. Regul. de 1874 Art. 54—Sendo *illegitimo*, não se-declarará o nome do pai, sem que este expressamente o-autorise; e compareça por si, ou por procuradôr especial, para assignar; ou, não sabendo, ou não podendo, mandar assignar á seu rogo o respectivo assento com duas testemunhas.

Veja-se Rebouças Observ. á este Art. pag. 61, que lembra os filhos—*vulgo concepti*—, nos termos da L. 23 Dig. de *stat. homin.*, que não podem demonstrar seu pai; ou que, podendo demonstral-o, tal pai não convem têr.

Lembrarei tambem os—*vulgo quesiti*—; filhos de meretriz ou molhér questuaria, cujo nome é obsceno em portuguez, de que falla Borg. Carn. L. 1º T. 20 § 179 n. 12.

tempo do coito não tinham entre si parentesco, ou outro impedimento, para casarem (2).

Art. 209. Quando havia o dito impedimento, os filhos são espúrios; e estes podem ser de damnado e punível coito, como os sacrilegos, adúlteros, e incestuosos (3).

Art. 210. São sacrilegos os filhos de clérigo, religioso, ou religiosa. São adúlteros os illegítimos de homem casado, ou de mulher casada. São incestuosos os nascidos de ajuntamento de parentes em gráo prohibido (4).

Por *bastardos* entende-se os spúrios e *nothos*, de que falia Mell. Freir. L. 2.º T. 6.º § 6.º, quasi sem differença dos legitimos, em cujas armas inseria-se a *quebra de bastardia* da Ord. L. 5.º T. 92 § 4.º

Os filhos legitimos são taes pela *presumpção da paternidade* — *is pater est, quem justæ nuptiæ demonstrant*—

Trabalha-se com esta presumpção, quando a paternidade é denegada, combinando-a com a *presumpção de prenhez* no seu maximo e minimo tempo, como póde-se vêr no Esb. do Cod. Civ.

(2) Ord. L. 4.º T. 92 princ.

« E isto mesmo haverá logar no filho (palavras desta Ord.), que o homem solteiro peão houver de alguma escrava sua, ou alheia, se por morte de seu pai ficar forro. » Esta disposição, como muito bem observa o Repert. das Ords. Tom. 2.º pag. 473, deve ser entendida á respeito do filho nascido de escrava alheia; quanto ao nascido de escrava propria, consegue tacitamente sua liberdade.

(3) Ord. L. 4.º T. 93, Regim. do Desemb. do Paço § 118, Lei de 7 de Janeiro de 1750 princ.

(4) Regim. do Desemb. do Paço § 118.

3.º ED.

O Av. (Rev.—*Direito*—Vol. 8.º pag. 194) de 15 de Julho de 1875 declara a incompatibilidade entre o pai e o *filho sacrilego*, considerado e reconhecido como tal, para funcçãoarem na Junta de alistamento.

Art. 211. Para os filhos espurios reputarem-se de damnado e punivel coito é necessario, que sejam taes pelas leis patrias, e pelo Direito Romano (5).

Art. 212. A prova da filiação natural paterna (6) só se pôde fazer por escriptura publica de reconhecimento do pai, ou por testamento (7).

(5) Ord. L. 4º T. 93. Logo não basta, que o coito seja damnado e punivel pelo Direito Canonico. É de grande importancia esta disposição, porque a diversidade de religião — *cultus disparitas* —, por exemplo, é um dos impedimentos dirimentes do Direito Canonico; entretanto que o Direito Romano falla sómente dos filhos *sacrilegos, adulterinos, e incestuosos*. Esta distincção influe nos direitos hereditarios dos filhos naturaes, como se-pode vêr no Art. 964 e Not. O impedimento — *cultus a disparitas* — é dirimente em relação á Christãos e infieis, inhabeis para contrahir casamento; não assim relativamente á casamentos de catholicos com hereges. Esses — *casamentos mixtos* —, suppôsto illicitos, são validos.

A Lei de 11 de Setembro de 1861 faz extensivos os effectos civis dos casamentos catholicos aos das pessoas, que professarem religião differente da do Estado; uma vez que taes casamentos se-próvem, como exige o Regul n. 3069 de 17 de Abril de 1863.

(6) O Av. n. 279 de 17 de Dezembro de 1853 declarou, que o Art. 3º do Decr. n. 463 de 2 de Setembro de 1847 era relativo á filiação paterna, e não á materna.

(7) Decr. n. 463 de 2 de Setembro de 1847 Art. 3º. Diz este Art. 3º do Decr. — *filiação natural* —, e pela referencia do Art. 1º á Ord. L. 4º T. 92 não se-pôde deixar de entendêr, que trata sómente dos filhos *naturaes in specie*, e não dos *espurios*. Não se-alterou nesta parte o antigo Direito, que continúa á sêr o mesmo. Só houve alteração: 1º, por igualar-se os direitos hereditarios dos filhos naturaes dos nobres aos dos plebêos; 2º, por se-restringir os meios de prova. Vid. Not. ao Art. 961. Concorrendo filhos naturaes com legitimos (Art. 2º da Lei), a escriptura publica de reconhecimento paterno depois do casamento, ou reconhecimento em testamento, provão a filiação natural, mas não para o effecto da successão hereditaria. É pois que esta excepção affecta só-

mente os direitos de succedêr, nós a-reservamos para seu logar proprio no Art. 962.

A disposição do texto, ou do Art. 3º da Lei de 2 de Setembro de 1847, está hoje modificada quanto á filiação natural paterna de pessoas não catholicas pelo Art. 45 n. 5º do Regul. de 17 de Abril de 1863. O reconhecimento de filhos naturaes dessas pessoas pôde sêr feito pelo pai no registro dos nascimentos á cargo dos Escrivães de Juizes de Paz.

« E isto mesmo haverá logar (cit. Ord. L. 4º T. 92 pr.) no filho, que o homem solteiro peão houver de alguma escrava, sua, ou alheia, se por morte de seu pai ficar forro, » Esta disposição só procede (Repert. das Ords. Tom. 2º pag. 473) quanto ao filho nascido de escrava alheia, e não quanto ao nascido de escrava propria. Este ultimo reputa-se livre pelo proprio facto da sua filiação, e portanto não carece de que seu pai o-liberte expressamente. Ora, este effeito da filiação natural dá-se actualmente, comtanto que o pai tenha reconhecido o filho por escriptura publica, ou por testamento, conforme a Lei nova de 1847 Art. 3º.

Não entendo esse Art. 3º da Lei de 1847 como o-entendeu em seu Comment. o Sr. Dr. Perdigo Malheiro. Eis porque foi consolidado neste logar. Se as provas do reconhecimento paterno alli exigidas só se-referissem á successão hereditaria, eu reservaria esse Art. 3º para o Liv. 2º T. 3º Cap. 1º *infra*; do mesmo modo que reservei o Art. 2º da Lei, conforme vê-se no Art. 962.

Declarando o Art. 3º da citada Lei, que a prova da filiação natural (note-se bem)—*nos outros casos*—só pôde ser feita por escriptura publica, ou testamento; é de evidencia, que refere-se á mais de um caso, e portanto comprehende alguma cousa mais do que o caso opposto ao exceptuado no Art. 2º. Por outra, esse Art. 3º não diz simplesmente que a filiação natural só pôde sêr provada por escriptura publica ou testamento, quando não concorrêrem á herança paterna filhos legitimos do mesmo pai; o que diz é que—*em todos os outros casos*—a filiação natural deve ser provada por um dos mencionados meios.

Desta interpretação derivam consequencias contrarias ás do citado Comment. « A Lei de 1874 (diz elle pag. 15) não innovou a legislação anterior quanto á prova da filiação natural para outros effeitos de direito, entre os quaes os *alimentos e estado*. » Neste presupposto resolve a questão de sêr ou não

titulo sufficiente para a successão a sentença obtida em acção de alimentos.

Eu tambem resolvo pela negativa essa questão, não por que na acção de alimentos sejam admissiveis todas as provas, mesmo conjecturaes ; não porque a sentença nella proferida possa fundar-se em outras provas, que não as unicas declaradas na Lei de 1847 ; mas porque o Art. 3.º dessa Lei expressamente veda outras provas, qualquer que seja o caso.

Coherentemente, no caso acima indicado no Repert. das Ords. T. 2.º pag. 473, relativo ás finaes palavras da Ord. L. 4.º T. 92 princ., bem se-vê que nem á favor da liberdade reputo admissiveis outras provas, que não sejam as do Art. 3.º da mencionada Lei.

Este effeito especial, o outro da prestação de alimentos, do mesmo modo que o da successão, vem todos da mesma causa ; e se a Lei tem designado limitatiivamente as condições, em que admite essa causa productora de direitos, é claro que, não se-dando taes condições, nenhum direito póde produzir. Quando póde ter um de seus effeitos, póde tê-los todos ; e se não póde ter um delles, não póde ter nenhum.

Qual o motivo da revogação das leis anteriôres que permitião provar por outros meios a filiação paterna illegitima ? Porque tal prova era impossivel, porque á bem da moralidade publica convinha evitar os perigos e escandalos das acções de filiação. Preponderão estas razões, qualquer que seja o pedido, ou effeito, de acções dependentes da prova da paternidade illegitima,

— *Só se-póde fazer por escriptura publica de reconhecimento do pai*— : O assento de baptismo suppre a falta de escriptura publica ? O citado Comment. Quest. 2.ª resolve affirmativamente, « uma vez que do assento conste a declaração do pai reconhecendo livremente o filho, e que o assento se-complete com assignatura do mesmo pai e testemunhas ; porquanto é *escriptura publica* para prova do baptismo, casamento, e obito, o assento nos Livros Ecclesiasticos, que são por ora os nossos Registros do estado civil. »

Eu resolvo pela negativa :

1.º—Porque os assentos de baptismo não são *escripturas publicas*, posto que pertença á classe dos instrumentos publicos—Per. e Souz. Lih. Civ. § 215.

2.º—Porque a Const. do Arcebis. da Bahia, que regula estes assentos, não exige no Liv. 1.º T. 20 n. 73, quanto ao baptisado que não fôr havido de legitimo matrimonio, nem

assignatura do pai, nem assignatura de testemunhas; permitindo somente que se declare no assento o nome do pai, se fôr cousa notoria e sabida; e não houver escandalo, nem perigo de havê-lo.

3.º—Porque, ainda quando taes assentos contivessem assignatura do pai e das testemunhas, os Parochos não dão fé de conhecêr as partes e as testemunhas, como a-dão os Tabelliães nas escripturas publicas—Ord. L. 1º T. 78 § 6º, e Art. 386 § 3º Consolid.

4.º—porque é de regra, que nos casos em que a lei exige uma determinada especie de instrumento, o acto não se-póde fazer por outra especie de instrumento.

5.º—porque uma cousa é o assento de baptismo ou registro do nascimento, e outra cousa é o acto do reconhecimento paterno. O que prova a filiação paterna de um filho natural não é o assento de baptismo, ou o registro do nascimento, como acontece com os filhos legitimados; é o acto do reconhecimento do pai, ou conste de escriptura publica, ou conste do livro de registros do estado civil.

Os Livros Ecclesiasticos, posto que sejam por ora quanto aos catholicos nossos registros do estado civil, não podem sêr comparados aos registros do estado civil em França, nem aos registros dos nascimentos de pessoas não catholicas regulados entre nós pelo recente Decr. n. 3069 de 17 de Abril de 1863.

Eis porque já observei que nesta parte está modificado o Art. 3º da Lei de 2 de Setembro de 1847. Os assentos destes registros sem duvida contém tudo quanto *intrinseca* e *extrinsecamente* se-exige para a escriptura publica, mas não os assentos de baptismo nos Livros Ecclesiasticos, como se-diz no citado Comment.

A confissão feita em juizo pelo pai, ou por herdeiro depois da morte do pai, será sufficiente? O citado Comment. Quest. 3ª resolve negativamente quanto á confissão do pai, e affirmativamente quanto á confissão dos herdeiros.

Eu resolvo negativamente em ambos os casos, e no primeiro dou motivos diversos. O citado Comment. suppõe a possibilidade de acções de filiação, é como eu não a-supponho, não ha para mim possibilidade de confissão feita em juizo.

O Art. 3 da Lei de 1847 não exige escriptura publica *ad probationem tantum*, exige-a como fórma essencial do acto juridico do reconhecimento paterno. Ninguem illuda-se com a redacção, que só falla em prova, defeito semelhante ao do Art. 265 do Cod. do Com. O que a Lei quiz dizêr, como quiz

dizêr nesse Art. 265 do Cod. do Comm., é que o acto não pôde sêr feito senão por escriptura publica; e nestas circumstancias é de principio, que a confissão judicial não suppre a falta de escriptura publica — Ord. L. 4º T. 19 § 1º, e Regul. n. 737 Art. 159.

Se o fim da Lei foi impossibilitar a escandalosa discussão das acções de filiação illegitima, como concebêr que depois della se-proponhão taes acções, e os Juizes as-admittão, para que tenha logar uma confissão judicial de quem é demandado como pai, ou como herdeiro do pai ?

Na hypothese de demandar-se ao herdeiro, ou aos herdeiros do pai, a solução negativa é mais que evidente; porque o reconhecimento paterno é acto todo pessoal, que só do pai pôde emanar, e que portanto não pôde sêr o resultado de uma confissão feita por herdeiros do pai. Aqui não ha confissão. Se os herdeiros do pai admittissem á herança o supposto filho natural, haveria uma *renuncia*, haveria uma *doação*, e isto nada têm de commun com a *confissão*.

Serão sufficientes, o escripto particular, cartas, assentos em livros de familia, ainda que confessados pelo pai ou pelos herdeiros (Quest. 4ª do Comment.); a conciliação effectuada com o pai, ou com os herdeiros (Quest. 5ª do Comment.); a posse ou quasi posse da filiação, mesmo confessada pelo pai ou herdeiros (Quest. 6ª do Comment.); a declaração em inventario não impugnada, e destituída dos titulos legaes (Quest. 7ª do Comment.) ? Do que fica acima dito resulta uma terminante solução negativa para todas estas questões.

O reconhecimento da filiação natural por escriptura publica é *irrevogavel*. Quem o fizer não poderá retractar-se, ainda mesmo que o reconhecido não a-tenha aceitado. Mas tal escriptura não fará prova, se fôr nulla, ou viêr á sêr annullada — cit. Comment. Quest. 9ª Esta solução é exactissima.

Ou por testamento—: Nesta expressão abrange a Lei o testamento nuncupativo mesmo verbal, e o codicillo? Sem duvida, porque a Lei nada distingue, posto que seu espirito fôsse excluir a prova testemunhal — cit. Comment. Quest. 8ª

Pôde o pai revogar seu reconhecimento já feito em testamento? O citado Comment. decide pela negativa, e seu engano é manifesto autorisando-se com Merlin Repert. *Testamentos* Secç. 2ª § 6º n. 3.º Neste logar o que diz Merlin é que o testamento revogado não deixa de formar um começo de prova escripta sobre a divida, que o testadôr confessa; mas antes já havia resolvido peremptoriamente, que, revogado o

testamento, não tem acção alguma para cobrar a dívida confessada aquelle em favôr de quem a confissão foi feita, se não apresenta *aliunde* uma prova legal. Taes confissões (*Furgole Testam.* Cap. II ns. 1 e 48) não são obrigatorias, não são probatorias da dívida, nem da causa della; devêm sêr consideradas como liberalidade, que o testadôr quiz disfarçar sob o titulo de dívida; ainda mesmo que não tivessem por fim prejudicar a legitima dos herdeiros necessarios, ou colorar legados á pessoas incapazes de recebê-los. Ao contrario da solução do citado *Comment.*, o mesmo *Merlin Repert. filiação* n. 7 exprime-se deste modo: « Se o testadôr revogar o testamento em que reconheceu um filho natural, é valido o reconhecimento? Parece-nos fóra de toda a duvida, que a revogação do testamento faz cahir o reconhecimento. » Meu testamento (*Demolombe Paternidade* n. 455) é meu pensamento intimo, meu pensamento escripto, é verdade; mas para ficar secreto, e pertencer-me sempre, e á mim só. Tudo o que nelle escrevo tem este character, nada está acabado, nada é adquirido por ninguém; o testamento é um projecto. Não objecteis, que o reconhecimento de um filho natural é irrevogavel, desde que é feito; sim, desde que é feito: mas nego, que o esteja; nego, que a vontade de reconhecêr exista, como deve existir, definitiva, assentada. Permittirêis á terceiros, vivo o testadôr, que apresentem seu testamento como titulo contra elle? Com o testamento em punho poderia o filho reconhecido demandar em Juizo alimentos? Fóra esta a consequencia necessaria, e quem não recuaria ante os perigos de uma theoria, que permittisse levar á Juizo o testamento de homem vivo?—O nosso Direito resiste expressamente á tão desastrosa consequencia, como se pôde vêr na *Ord. L. 4º T. 37 § 4º*, e *Consolid. Art. 640*, e *Not.*

Qual o effecto do testamento nullo, rôto, e irritado, quanto ao filho natural nelle reconhecido?

Quanto ao testamento *nullo*, se a nullidade vem da fórma, o *cit. Comment.* Quest. 10ª resolve negativamente, e resolve bem. Se porém a nullidade não vem da fórma, elle faz distincções arbitrarías, estranhas á Sciencia, e conclue pelo absurdo de que os menores impuberes podem validamente reconhecer filhos naturaes em testamento! Excludas as nullidades de fórma, ficão as nullidades *visceraes*; entretanto que nestas nullidades o *cit. Comment.* suppõe algumas que não são *visceraes*! E' tão *visceral* a nullidade, que provém da falta de liberdade do testadôr, como a que deriva da falta de capa-

cidade civil. Por falta de capacidade é nullo o testamento feito por demente, e tambem é nullo o testamento feito por menor impubere; e não obstante o citado Comment. reputa nullo o reconhecimento feito por testadôr demente, e ao mesmo tempo considera valido o testamento feito por testadôr impubere! Todo o acto de pessoa absolutamente incapaz é nullo, ou seja entre vivos, ou seja disposição de ultima vontade. São absolutamente incapazes os dementes os menores impuberes, os filhos-familias, os prodigos. Logo é nullo o testamento feito por taes pessoas, e nullo é o reconhecimento que elle contiver. O nosso Direito tambem presta apóio á esta conclusão, como se vê na cit. Ord. L. 4^o T. 37 § 4^o, e Consolid. Art. 640 Not. Presta-o igualmente quanto ás alforrias deixadas em testamento nullo a L. 23^o Dig. de manumis. testam., como se-póde vêr na Not. ao Art. 1131.

O citado Comment. illudio-se com a explicação de Rogron ao Art. 334 do Cod. Civ. Fr., explicação que está de accôrdo com a doutrina dos Escriptôres Francêzes, para supprir a omisão do Codigo do seu paiz; mas não reflectio em que esse Codigo não faz, como o nosso Direito, distincção entre menores impuberes e adultos para separar sua incapacidade absoluta da relativa á certos actos. A palavra impubere exclue até a possibilidade de procreação.

Quanto ao testamento rôto, tambem não é aceitavel a solução do citado Comment. na hypothese da *agnação do posthumo*, como já demonstrámos não sêr no caso da revogação do testamento. Pela *agnação do posthumo* o filho natural reconhecido cabe necessariamente na disposição do Art. 2^o da Lei que analysamos, se nasceu antes do casamento do pai; e como lhe-póde aproveitar o reconhecimento em testamento, se esse Art. 2^o quer reconhecimento em escriptura antes do casamento? Se porém nasceu depois do casamento do pai, é filho adulterino.

Quanto ao testamento irrito, no caso do condemnado á morte (Ord. L. 4^o T. 81 § 6^o) em que o citado Comment. o-encara, é questão escusada, porque não temos *servidão de pena*—Vid. Consolid. Not. ao Art. 993 § 5.^o Os que pensarem de outra maneira não podem com razão adoptar a decisão do citado Comment. Resolve elle, que a filiação natural declarada no testamento irrito não fica prejudicada, até porque a mencionada Ord. manda que a herança se-devolva aos herdeiros ab intestato, entre os quaes são os filhos naturaes; recebendo estes a herança em tal caso, não *ex vi institutionis*, mas *ex vi legis*.

Art. 213. A filiação natural materna prova-se pela certidão de baptismo, que produz o effeito de habilitação (8). (Art. 963)

Ora, como admittir nesta hypothese que o filho natural receba a herança *ex vi legis*, se a Lei de 2 de Setembro de 1847 quer o testamento para prova da filiação, e se não ha testamento se elle é irrito? Quando os filhos naturaes são validamente reconhecidos pelo pai em testamento, succedem como herdeiros ab intestado, como herdeiros necessários, e não como herdeiros testamentarios. Tanto é assim, que, uma vez reconhecidos, succederião ao pai, ainda que este não os-instituisse herdeiros, ou instituisse outras pessoas.

Quanto ao testamento irrito só acho possível a questão suscitada no caso de têr sido feito o testamento por pessoa liberta, e de revogar-se a alforria por fraude em prejuizo dos credôres do libertante. Neste caso o reconhecimento do filho natural certamente ficaria sem effeito.

O reconhecimento deve sêr directo ou especial para qualquer de seus effeitos? O citado Comment. Quest. 11.^a resolve affirmativamente, tendo só em vista o effeito da successão; porém a doutrina ensina a negativa. Dado o acto de reconhecimento; seguem-se todos os seus effeitos legaes, salvo o que fôr prohibido como no caso do Art. 2.^o da Lei de 1847. A regra neste assumpto é a do Art. 1581 do Esboço do Cod. Civ.

O reconhecimento feito em escriptura publica, ou em testamento, pôde sêr contestado? Sim, e não ha distincções á fazer, como essas do citado Comment. Quest. 12.^a

O reconhecimento pôde sêr feito em todo o tempo? Sim, e nisto estamos de perfeito accôrdo com o citado Comment. Quest. 14.^a

3.^a ED.

O Sr. Rebouças (Observ. pags. 62 á 66) parece aceitar minhas soluções acima sobre a Lei de 2 de Setembro de 1847, não censurando nenhuma dellas. Tambem aceito suas explicações corroborativas, particularmente sobre o Regul. n. 3069 de 17 de Abril de 1869, que foi obra minha.

(8) Prov. n. 29 de 23 de Fevereiro de 1848.

A filiação natural materna (*maternidade*) de pessoas não catholica prova-se por certidões extrahidas do registro dos

Art. 214. Não ha necessidade para essa filiação de provas, ou titulo de reconhecimento ; salvo no caso de manifesta duvida, ou no de occultação da maternidade, porque então se torna precisa a habilitação judicial (9).

Art. 215. O filho legitimado por matrimonio seguinte, contrahido entre seu pai e sua mãe depois do nascimento, reputa-se perfeitamente legitimo, como se ao tempo do nascimento já o matrimonio fôsse celebrado (10).

nascimentos dessas pessôas—Arts. 31 e 45 n. 5º do Regul. n. 3069 de 17 de Abril de 1863.

3.ª ED.

Não haverá prova da filiação natural materna por certidões de nascimento, dando-se o caso do Art. 52 do Regul. n. 5604 de 25 de Abril de 1874, que assim dispõe: Podem sêr omittidos (no assento de nascimento), se d'ahi resultar escandalo, o nome do pai, ou o da mãe, ou os de ambos, etc.

(9) Av. n. 279 de 17 de Dezembro de 1853.

(10) Ord. L. 2º T. 35 § 12. É especial para a successão dos antigos bens da Corôa, mas, se a legitimação por subsequente matrimonio produzia effeito á respeito desses bens privilegiados, com mais razão applica-se aos bens communs. Tem sido este o nosso Direito. Estará comprehendida esta legitimação *per subsequens matrimonium* no Decr. de 2 de Setembro de 1847, dependendo a filiação natural, como nos mais casos, das provas de escriptura publica, ou de testamento? Será necessaria a prova de escriptura publica antes do casamento, para que os filhos primeiros concorram á herança paterna com os legitimos? A solução negativa não nos parece duvidosa, já que não vemos na Lei nova uma disposição em contrario, semelhante á do Art. 331 do Cod. Civ. Franc. O favor da legitimação opera-se de pleno direito por bem da regra—*Tanta vis est matrimonii, ut qui antea sunt geniti post contractum matrimonium legitimi habeantur*—.

É preciso para esta legitimação, que preceda o reconhecimento do filho? Pelo Direito actual a solução não pôde deixar de sêr negativa—Perdigão Comment. á Lei de 2 de Setembro de 1847 Quest. 22.ª

3.ª ED.

O Art. 215 deve sêr lido assim :—O filho legitimado por seguinte matrimonio entre seu pai e mãe depois do nascimento, feito em face da Igreja, ou fóra della por licença do Prelado ; reputa-se perfeitamente legitimo, como se ao tempo do nascimento já o matrimonio tósse celebrado—.

« Bem se-vê (Rebouças Observ. pag. 68), que não está na razão de servir de guia legal e judiciaria no caso exposto o que diz a Nota, á que estas observações se-referem. »

Bem se-verá, respondo agora, que não está na razão de servir de guia o que dizem as observações, á que esta réplica se-refere.

Per totum, a Lei de 2 de Setembro de 1847 nada tem com a legitimação por subseqüente matrimonio, e se a-comprende-se, fóra inutil distinguir os filhos assim legitimados. Se para taes filhos ha mister das provas reconhecitivas por escriptura publica ou testamento. (não esse incognito de *testamento entre vivos* indicado pelo Sr. Rebouças), nada mais é necessario para os effectos civis da illegitimidade assim remediada. Se a Lei de 2 de Setembro de 1847 foi feita para *filhos illegitimos*, se não foi feita para *filhos legitimos*; como applical-a aos legitimados por subseqüente matrimonio, que a Ord. L. 2º T. 35 § 12 manda reputar *perfeitamente legitimos*?

Per Art. primum, nada tem a Lei de 2 de Setembro de 1847 com a legitimação por subseqüente matrimonio; porque nesta jámais distinguio-se, entre filhos naturaes de nobres, e filhos naturaes de plebêos.

Per Art. secundum, nada tem a mesma Lei com a legitimação por subseqüente matrimonio; porque nesta não ha concurrencia possivel entre filhos illegitimos e legitimos, uma vêz que o casamento dá-se com a propria mãe dos filhos nascidos antes delle.

Per Art. tertium, nada tem a mesma Lei com a legitimação por subseqüente matrimonio; porque nesta o pai está vivo, attende-se á *direitos futuros* dos legitimados; ao passo que nos *outros casos*, de que falla o Art. 3º da Lei, o pai está morto, e attende-se á *direitos adquiridos* pelos reconhecidos sem curso de filhos legitimos do pai.

Art. 216. Verifica-se a legitimação por subsequente matrimonio, quando o filho é tal, que por Direito pôde ser assim legitimado (11).

(11) Cit. Ord. L. 2º T. 35 § 12. Quaes são esses filhos, que—*por Direito*—podem sêr legitimados por seguinte matrimonio? A Lei não declara, e seus interpretes são divergentes. O caso é, que a Ord. exclue a generalidade, e não se-lhe-pôde attribuir a amplitude do Direito Canonico. O matrimonio, se-diz, elevado á dignidade de sacramento, purifica toda a macula anterior. Mas, se a lei, em favôr do casamento e da legitimidade, pôde cobrir o vicio do nascimento de um filho, e offerecêr meio de repara-lo, não deve comtudo sancionar a obra do adulterio, e do incesto. Que serviço matar esta famosa questão com um rasgo de penna!

3.ª ED.

Regul. n. 5604 de 25 de Abril de 1874 Art. 63 n. 9º — O assento de casamento deverá contêr *necessariamente* declaração do numero, nomes, e idades, dos *filhos havidos antes do casamento, que ficarem por elle legitimados*.

O Art. 216 deve sêr lido assim:—Verifica-se a legitimação por subsequente matrimonio, quando o filho fôr tal, que com direito possa sêr assim legitimado—.

Attrahido pelas famosas discussões sobre referir-se a Ord. L. 2º T. 35 § 12 ao Direito Romano, ou ao Direito Canonico, escrevi no têxto agora corrigido—tal que por Direito pôde sêr assim legitimado—. Ora, sabem todos, que o *direito-lei* não é o *direito-faculdade*. O *direito-lei* o uso indica pela inicial grande, e o *direito-faculdade* pela inicial pequena. Na cit. Ord. vejo a inicial pequena; vejo-a precedida da preposição—*com*—, e não da preposição—*por*—. Resulta d'ahi, que a tão questionada Ord., nem referio-se ao Direito Romano, nem ao Direito Canonico; referio-se ao Direito genericamente, o qual, não sendo lei escripta, é assim authorisado pelo Direito Positivo em referencia *á razão—á razão natural—*, ou indicando indeterminadamente o *direito-faculdade*. Em referencia *á razão*, como na Ord. L. 4º T. 70 § 3.º Por indeterminada indicação do *direito-faculdade*, como nas Ords. L. 1º T. 9º § 12, L. 2º T. 1º § 13, e nesta questionada Ord. L. 2º T. 35 § 12. Eis porque o Art. 4º do Cod. Civ. Franc. não

admitte denegação de julgamento á pretexto de silencio, obscuridade, ou insufficiencia, da lei. Eis porque mui discretamente o Av. n. 146 de 4 de Maio de 1868 remata por esta verdade:— Não é licito sustentar o proposito de procedêr arbitrariamente no caso de deficiencia das leis do paiz --. Desta maneira, o Direito Positivo completa-se com o Direito engeral; gravado no coração de todos, ou suggerido pela razão; o Direito vale tanto como Direito Positivo, já que este o-auctorisa, reconhecendo seu manancial.

« Deploravel é (Rebouças Observ. pag. 69), que Jurisconsultos de grande nomeada suscitem duvidas onde não ha que duvidar, e as-deixem ficar irresolutas e pendentas de uma vez para sempre, etc. »

A proficiencia dos Jurisconsultos não corresponde muitas vezes á sua grande nomeada, o mundo é injusto. Agora mesmo injustiça do Sr. Rebouças remoqueando com o indubitavel de uma questão, aliás tão debatida por largos annos, aliás tormento de tão habeis Juristas! Gloria ao espirito atilado, se tão facilmente soube desatar a difficuldade! Decidão com justiça os leitores.

No presuppôsto alternativo de referir-se a Ord. L. 2^o T. 35 § 12 ao Direito Canonico ou ao Direito Romano, a minha criticada abstinencia não deixou de marchar tanto, quanto bastava para excluir o Direito Canonico.

Por certo, se, dado o casamento catholico-apostolico-romano, a Ord. não mandou indistinctamente que a legitimação por subsequente matrimonio fôsse um de seus effeitos civis, reservando-a unicamente para *filhos com direito á legitimarem-se por tal modo*; ahi temos a exclusão do Direito Canonico, ahi temos um antagonismo entre o Estado e a Igreja, ahi temos um *veto* parcial da causa (o casamento) pela negativa de um de seus effeitos (a legitimação subsequente).

Para os partidarios do Direito Canonico, á despeito das letras da Ord. L. 2^o T. 35 § 12, embora não tanto como o sabio Autôr do moderno Código Philippino, a questão não era *quid juris*, a questão reduzia-se ao *consummatum est nella* contido.

Isto percebeu o Sr. Rebouças no final periodo das suas Observ. pag. 71, para não seguir o Direito Canonico, e attribuir ao Direito Romano a referencia da Ord. L. 2^o T. 35 § 12. Isto percebêrão Mell. Freir. L. 2^o T. 5^o § 16 Not., e Lobão em uma de suas Dissert. §§ 41 á 46, para seguirem o

Direito Canonico. Isto parece não têr bem percebido o Livro dos Dir. de Fam. § 109 e Not. 11 pag. 399, para seguir o Direito Romano corrigido pelo uso moderno; igual para elle ao Direito Canonico, salvo na designação dos grãos de parentesco importando prohibição do casamento. Que variedade!

Para os partidarios do Direito Romano, antigo ou moderno, tanto-quanto áquem da canonica larguêza das dispensas matrimoniaes, figurão-se duas hypotheses oppostas nos effeitos civis. Dentro do Direito Romano o casamento de Direito Canonico, a causa com o seu effeito da legitimação da prole anterioriôr.—Fóra do Direito Romano, a causa sem tal effeito. E todavia, pôsto que, em ambito mais esreito, a questã da legitimação *per subsequens* mostra-se reductivel à mesma questã da celebração do casamento.

Quanto ao Sr. Rebouças, se feliz sou em penetrar sua opinião, parece limitar a legitimação *per subsequens* aos filhos naturaes somente da Ord. L. 4º T. 92; entretanto que o Sr. Lafayette só exclúe os adúlterinos, e os incestuosos. Nem tão pouco, nem tanto.

Nem tão pouco, porque, dizendo a Ord. L. 4º T. 92 princ. —*não havendo entre elles parentesco, ou impedimento, por que não possam ambos casar*—, esta clausula colhe todos os impedimentos matrimoniaes, todos os dirimentes. A Ord. L. 2º T. 35 § 12, porém, não apresenta-se com tamanho rigôr, tem por typo o *direito de sêr legitimado*; e tal direito pôde competir á filhos, cujos pais, não sendo impedidos no aspecto da legitimação, são impedidos no aspecto da Ord. L. 4º T. 92. Razão demais para não confundir os perfilhamentos da Lei de 2 de Setembro de 1847 com a legitimação por subsequente matrimonio, para não dizêr que nesta são indispensaveis os reconhecimentos paternos por escriptura publica ou testamento. Se assim fosse, já que qualquer impedimento matrimonial tira aos filhos naturaes a condição—*de soluto et ex soluta*—, em muitos casos impossibilitava-se a legitimação por subsequente matrimonio.

Não tanto, como seguio o Sr. Lafayette, porque, legitimação negada aos filhos *adúlterinos e incestuosos* somente (*incestuosos* no sentido do Direito Romano, ou dos Arts. 210 e 211 Consolid.), legitimação franca em todos os outros casos de subsequente matrimonio válido por Direito Canonico com dispensa de qualquer dos outros impedimentos.

Esta não foi a mente da Ord. L. 2º T. 35 § 12. Excluidos os filhos *adúlterinos e incestuosos*, temos ainda os *sacrilegos*.

Apartados os impedimentos da *idade, impotencia, erro, condição, violencia, erapto*, por alheios ao subsequente matrimonio; apartados os impedimentos da *disparidade de culto*, e da *clandestinidade*, porque a Ord. L. 2º T. 35 § 12 quer subsequente matrimonio em face da Igreja ou fóra della com licença do Prelado; restão os impedimentos do *crime*, e da *honestidade*, que não imprimem nos filhos qualificações analogas ás dos *adulterinos, incestuosos, e sacrilegos*; mas que racionalmente não lhes-dão *direito d serem legitimados*,— á podêrem sêr legitimados por seguinte matrimonio.

Quando o *crime* é duplo, *adulterio* e *homicidio*, a immoralidade acha remedio na exclusão dos filhos adulterinos, não assin quando só houve *homicidio* sem *adulterio*; e nada mais repugnante á razão e á moral, que legitimar filhos por antecipada obra de um *homicidio*, filhos de um pai matadôr, filhos de uma molhêr ás vezes connivente no assassinato do seu primeiro marido.

Nada tambem mais repulsivo á razão e á moral, que legitimar filhos de *parentes illegitimos* nos mesmos casos em que o impedimento não se dispensa para *parentes legitimos*.

Não ficão pois legitimados por seguinte matrimonio em minha hermeneutica:—1.º Os filhos adulterinos, incestuosos, e sacrilegos:—2.º Os filhos de pai e mãi, á cujo casamento obstavão os impedimentos do *crime* e da *publica honestidade*.

Se bem resolvo a questão, mostra-se em claro o erro dos que adduzem a Lei de 2 de Setembro de 1847 para a legitimação por subsequente matrimonio, dõs que confundem filhos assim legitimados com os filhos naturaes da Ord. L. 4º T. 92. Para estes ultimos o reconhecimento paterno, *perfilhamento* ou *perfilhação* é sempre possivel, para os legitimaveis por subsequente matrimonio o reconhecimento paterno não é possivel em alguns casos. Para os perfilhados a vantagem da prova do reconhecimento paterno em testamento, ou escriptura publica; para os legitimados por subsequente matrimonio a vantagem da equação com os legitimos, a *presumpção de paternidade*. Esta ultima vantagem é importante, porque incumbe o onus da prova á quem denega a paternidade.—*Præsumptio relevat ab onere probandi eum cui assistit, et in adversarium probandi onus transfert*—.

Art. 217. Aos Juizes da primeira instancia compete conceder cartas de legitimação aos filhos sacrilegos, adulterinos, e incestuosos (12), e confirmar as adopcões; precedendo as

(12) Regim. do Desemb. do Paço § 118, e Lei de 7 de Janeiro de 1750. Os filhos illegitimos insuccessiveis erão os naturaes de homem nobre, e os de coito damnado e punivel. Igualeados pelo Art. 1º do Decr. de 2 de Setembro de 1847 os direitos hereditarios dos filhos naturaes dos nobres e dos plebãos, as cartas de legitimação referem-se aos sacrilegos, adulterinos, e incestuosos.

« Os filhos naturaes (Rebouças Observ. á este Art.) reconhecidos por escriptura publica ou testamento tem provada essa qualidade para herdarem dos pais. Mas isso não os legitima para gozarem das *honras e prerogativas* dos filhos legitimos. . . . Assim pois as cartas de legitimação não se referem somente aos sacrilegos, adulterinos, e incestuosos; continuão á referir-se aos filhos naturaes para tudo quanto erão impetradas e havidas antes da Lei de 2 de Setembro de 1847, independentemente de sêr para herdar ab intestato ou por testamento, etc. »

Esta censura accusa somente a omissão dos filhos naturaes á pretexto de que as cartas de legitimação os-habilitão para gozarem das *honras e prerogativas* dos filhos legitimos; não dando porém á percebêr que taes cartas possão habilita-los para herdarem dos pais, ainda que estes não os-tenhão reconhecido em escriptura publica ou testamento. Entretanto entendem outros (Perdigão Comment. á Lei de 2 de Setembro de 1847 Quest. 25.ª) que a legitimação de filhos naturaes é titulo legal, para que succedão á seus pais, não obstante a falta de escriptura ou testamento, em que seião reconhecidos.

Se acertei, ou não, na intelligencia da antiga legislação sobre essas cartas de legitimação, decide a simples leitura do § 118 do Regim. do Desemb. do Paço, que só falla de filhos de coito damnado, e de filhos naturaes de nobres; e não dos outros filhos naturaes, que erão os de plebãos.

Decide mais esta consideração: Se a legitimação tinha por fim conceder *honras e privilegios* (cit. Regim. § 118), taes honras e privilegios não tinham os plebãos, para que podessem transmittir á seus filhos naturaes. E se tinha por fim

conceder a successão de bens, os filhos naturaes de plebêos não careçam deste favôr em vista da Ord. L. 4° T. 92 pr..

O caso é, que, no ponto de vista da legislação actual, não sei, que utilidade resulta de taes cartas de legitimação para os filhos naturaes reconhecidos; e quanto aos não reconhecidos não posso admittir, que habilitem para a successão paterna.

Antigamente habilitavão essas cartas os legitimados para poderem gozar da nobreza, honras, liberdades, armas, e insignias, da casa paterna. Habilitavão tambem para admissão á cargos publicos, e para privilegios. Será isto possível hoje em face da Constituição do Imperio Art. 179 §§ 14 e 16? Temos actualmente nobreza e honras transmissiveis á filhos? Se alguma cousa existe neste sentido, é apenas um vestigio do antigo regime, que ainda não foi extirpado em todas as suas consequências.

Quanto á successão de bens, sem duvida os filhos naturaes a-conseguem perfeitamente pelo simples facto do reconhecimento de seus pais em escriptura publica ou testamento. Se seus pais não os-reconhecem por qualquer desses dois meios, certamente não podem succeder por cartas de legitimação, quando a Lei de 2 de Setembro de 1847 Art. 3° declara, que não admite outros meios. No caso do Art. 2° dessa Lei, se não houver escriptura publica de reconhecimento antes do casamento do pai, nego, que uma carta de legitimação, anterior ou posterior ao casamento, possa habilitar o filho natural para concorrer com os legitimos.

Seja como fôr, não tem sido possível esquecer as cartas de legitimação. « Os filhos espurios (diz a Interpretação de 29 de Abril de 1863 ao Regul. n. 2708 de 15 de Dezembro de 1860) legitimados com habilitação para succedêrem, mesmo *ab intestato*, não estão isentos da taxa, em vista das disposições, á que se-refere o Art. 3° do Regul. de 16 de Dezembro de 1860, das quaes evidentemente se-depreheende, que a isenção só aproveita aos filhos, que são herdeiros necessarios, e não aos espurios.

3.ª ED.

Ultima resposta ás Observações de Rebouças pag. 75 sobre este Art. 217:

Se os filhos naturaes dos plebêos não entram no § 118 do Regim. do Desemb. do Paço para adquirirem nobreza, que

necessarias informações, e audiencia dos interessados, havendo-os (13).

seus pais não tinham; e se, para succedêrem hoje nos bens de seus pais, só tem os meios da Lei de 2 de Setembro de 1847 :

Se os filhos naturaes dos nobres estão actualmente no mesmo caso para serem herdeiros de seus pais :

Se não ha no Brazil nobrêza transmissivel :

Se o nome e a consideração da familia paterna nada valem para filhos, que mal se-conduzem :

Se na consciencia de homens de recto pensar, qual o meu nobre Censôr, deve cada um sêr filho de si mesmo pelas suas virtudes :

Para nada servem as antigas Cartas de legitimação, e provavelmente ninguem as-requer. (Vid. Introd. *supra* Not. 9).

Actualmente *perfilhação* e *perfilhamento* são palavras synonymas, porém outróra a *perfilhação* alludia ao reconhecimento paterno dependente de confirmação por Alvará ou Carta Regia; e *perfilhamento* indicava; tanto como *adopção*; o que pode-se vêr no Repert., e na Ord. L. 2º T. 35 § 12.

(13) Ord. L. 1º T. 3º § 1º, L. 3º T. 85 § 2º, Resol. de 17 de Janeiro de 1770, Lei de 22 de Setembro de 1828 Art. 2º § 1º. Com muita repugnancia transcrevi a disposição *supra* da Lei de 1828, porque hoje não podem haver legitimações *per rescriptum principis*— Ellas erão uma graça do antigo Soberano, e uma dispensa na Lei, habilitando filhos illegitimos, que a mesma Lei declarava insuccessiveis. Foi uma inadvertencia dar-se tal attribuição ao Poder Judicial. As legitimações, e adopções, págão o imposto da Tabel. de 1841, § 38, e delle tratao a Decis. n. 76 de 10 de Julho de 1850, n. 258 de 29 de Outubro de 1851, e n. 235 de 18 de Outubro de 1852.

3.ª ED.

—*Confirmar as adopções*—o que comprehende, não só'a *adopção* propriamente dita, que é a de pessoas *alieni juris*, como menores; senão tambem a *arrogção*, ou adrogação, que é adopção de pessôa *sui juris*, isto é, já no gôzo de sua capacidade civil. A *adopção*, imagem da legitimação, é remedio consolatorio dos que não tem filhos. Vid. Ord. L. 2º T. 35 § 12.

Art. 218. Não se-concedem as legitimações em prejuizo dos herdeiros legitimos, nem ellas tem a qualidade de restituição plenaria ; mas sómente aproveitão, como simples dispensa (14).

Art. 219. A mãe é obrigadã á criar de leite até três annos o filho, que não fôr nascido de legitimo matrimonio ; quer seja natural, quer espurio (15).

Art. 220. Toda a outra despeza será feita á custa do pai, de quem a mãe poderá cobrar o que houver despendido nos ditos tres annos (16).

(14) Prov. de 18 de Janeiro de 1799. A Resol. de Cons. do Desemb. de 17 de Janeiro de 1770 estabeleceu a doutrina de não se-passarem cartas de legitimação sem citação e consentimento dos herdeiros. Como nota judiciosamente Borg. Carn., deve-se isto entendêr sómente dos filhos legitimos, ou dos naturaes successiveis ; e não dos outros parentes, salvo quando estes tem já direito adquirido á herança. É necessario nestes casos distinguir os herdeiros forçados (descendentes e ascendentes) daquelles que o não são. O direito dos herdeiros forçados preexiste antes do fallecimento do pai dos filhos illegitimos. O dos outros herdeiros começa desde o fallecimento, e esse direito assim adquirido é que não se-póde prejudicar, sendo que a legitimação se-requeira depois da morte do pai.

(15) Ord. L. 4º T. 99 § 1.º

(16) Cit. Ord. L. 4º T. 99 § 1.º

— *Á custa do pai*— : bém entendido, se por escriptura publica tivér reconhecido o filho natural ; e tal é a consequencia do Art. 3º da Lei de 2 de Setembro de 1847, que não admite outra prova da filiação natural paterna na hypothese de estar vivo o pai.

Se o filho fôr espurio, a disposição do têxto é inexequivel em Juizo. Não se-póde reconhecêr filhos espurios. Se para a filiação natural paterna a Lei quer a prova de escriptura publica, não se-póde suppôr, que fôsse indulgente para os filhos espurios ; admittindo toda a casta de provas, e facilitando processos escandalosos.

Art. 221. Não tendo o pai faculdades para as despezas da criação dos filhos illegítimos, será a criação á custa da mãe ; e dando-se o mesmo á respeito desta, recorra-se aos parentes, para que, se quizerem, os-mandem criar (17).

Art. 222. Os filhos illegítimos, naturaes ou espurios, estão no mesmo caso dos descendentes legítimos, para haverem dos pais a prestação de alimentos, guardando-se o disposto no Art. 168 (18).

Art. 223. Perdem porém o direito de sêr alimentados pelos pais, se casarem sem o seu consentimento em qualquer idade que tenham ; assim como incorrem na pena de desherdação, se á elles for applicavel (19).

Art. 224. Nem os filhos naturaes, nem os adoptivos, podem citar os pais, sem primeiro impetrarem licença ao Juiz da Causa (20).

(17) Ord. L. 1º T. 88 § 11.

Os parentes do pai não poderão sêr demandados para tal fim, se não houver reconhecimento paterno por escriptura publica.

(18) Ass. 5º de 9 de Abril de 1772 § 1.º

E' aqui applicavel o que fica dito na Not. ao Art. 220, mas com esta modificação : Os filhos espurios não tem direito para obrigar seus pais á prestação de alimentos senão quando houver sentença passada em julgado (não provocada por elles), que faça certa a filiação. Isto póde dar-se nos seguintes casos :

1.º Quando o filho fôr havido de casamento contrahido de má fé, que venha á sêr annullado pelos impedimentos de bigamia ou incesto :

2.º Quando se julgar, que o filho concebido por molhér casada não tem por pai o marido de sua mãe :

3.º Quando uma sentença, não susceptivel de sêr reformada, tivér por erro de factó, ou de direito, admittido uma investigação de partenidade, cujo resultado verifique uma filiação de coito damnado.

(19) Cit Ass. de 9 de Abril de 1772 § 3.º

(20) Ord. L. 3º T. 9º § 1º e 2.º

TITULO IV

DOS PARENTES

Art. 225. O patrio poder não compete aos avós, ou á outros ascendentes (1)

Art. 226. O avô, ou avó, que por fallecimento de um delles, e teudo-lhe ficado netos menores, não-fizér inventario dos bens do casal dentro dos dois mezes marcados nos Arts. 180 e 196, incorre na pena de não lhes-poder succedêr (2). (Art. 1153)

Art. 227. Além disto ficará privada a avó do direito de requerêr a tutoria, ou curadoria, dos mesmos netos (3)

Art. 228. Quando os orphãos se-houverem de dar por soldada, não tendo elles mãis; serão preferidos tanto por tanto os avós, que os-quiizerem (4). (Art. 272)

Art. 229. Não tendo avós, serão preferidos os parentes mais chegados até o quarto gráo; precedendo em gráo igual o da parte do pai, que for mais abastado (5). (Art. 272)

Art. 230. O direito reciproco á prestação de alimentos entre pais e filhos é extensivo á todos os ascendentes, e descendentes, recahindo a obrigação nos mais proximos em gráo, uns em falta de outros (6).

(1) Ord. L. 4° T. 87 § 7.

(2) Ord. L. 1° T. 88 § 8.

(3) Cit. Ord. L. 1° T. 88 § 8.

(4) Ord. L. 1° T. 88 § 13.

(5) Cit. Ord. L. 1° T. 88 § 13.

(6) Ass. 5° de 9 de Abril de 1772 §§ 1° e 4.

Art. 231. Os irmãos são obrigados á alimentar os irmãos por todos e quasquer bens, que possuão; ou lhes-proviessesem de ascendentes, ou de estranhos, ou fossem por elles adquiridos (7).

Art. 232. Cessará esta obrigação dos irmãos em todos os casos á ella applicaveis, em que cessa a dos pais e ascendentes para os alimentos dos filhos e mais descendentes (8).

Art. 233. Cessa muito especialmente, quando os irmãos, que pedem alimentos, se-tenhão sem justa causa apartado das casas dos irmãos, ou se tenham casado sem licença dos pais (9).

Art. 234. Á respeito dos irmãos illegitimos cessará-ainda mais a obrigação dos irmãos quanto aos alimentos, se esses illegitimos casarem sem consentimento delles depois de fallecidos os pais (10).

Art. 235. Depois dos irmãos, entre os transversaes dos grãos ulterióres, não ha obrigação de alimentar, ou sejam legitimos ou illegitimos (11).

(7) Cit. Ass. 5° de 9 de Abril de 1772 § 6.°

(8) Cit. Ass. de 9 de Abril de 1772 § 6.°

(9) Cit. Ass. 5° de 9 de Abril de 1772 § 6.°

(10) Cit. Ass. § 7.° O consentimento do irmão succesôr da casa dos pais allude aos bens de morgado, que já não existem entre nós.

3.° ED.

Que o cit. Ass. de 1772 refere-se á todos os irmãos, vê-se da redação do Art. 234 á cima. Sua Nota justifica a omissão sobre o consentimento do irmão successôr da casa paterna. Que (para mim) não existem no Brazil bens de morgado, pro-vôo meus commentarios ao Art. 73 *supra*.

Tal é minha resposta ás Observ. de Rebouças pagas. 77 e 78 sobre este Art. 234.

(11) Ass. 5° de 9 de Abril de 1772 §§ 8.° e 9.°

3.° ED.

Av. n. 240 de 5 de Junho de 1860—Primos ço-irmãos são os filhos de dois irmãos.

Art. 236. Só tem os parentes transversaes essa obrigação, se possuirem bens, que fossem do avô, ou de outro ascendente, os quaes bens já em vida destes achavão-se affectos ao onus real da divida dos alimentos para com os decedentes, que os-pedem (12). (Art. 1270 § 11)

Art. 237. Sem impetração delícença ao Juiz os descendentes não podem citar aos ascendentes, nem o genro ou nóra ao sogro ou sogra, nem o enteado ou enteada ao padrasto ou madrasta, emquanto durar entre elles a afinidade (13).

TITULO V

DAS TUTELAS, E CURATELAS

CAPITULO I

Dos Tutôres, e Curadôres, dos menores

Art. 238. O Juiz dos Orphãos dará Tutores e Curadores á todos os menores, no prazo de um mêz ; que correrá do dia, em que ficarem orphãos (1).

(12) Cit. Ass. de 9 de Abril de 1772 § 8.º É notavel esta disposição, convertendo em *direito real* um direito meramente pessoal.

Dever-se-ha entendêr, que é um caso de *hypotheca legal*? Hoje não é possível pela recente Lei hypothecaria, que no Art. 6º denomina *onus real* o legado de alimentos expressamente consignado no *immovel*.

(13) Ord. L. 3º T. 9º §§ 1º e 2.º

(1) Ord. L. 4º T. 102 princ., Lei de 22 de Setembro de 1828 Art. 2º § 4º, Regul. n. 143 de 15 de Março de 1842 Art. 5º § 4.º Ainda mesmo em férias—Ord. L. 3º T. 18 § 5º, e Decr. n. 1285 de 30 de Novembro de 1853 Art. 3º § 3.º

Art. 239. Se o Juiz dos Orphãos fôr omisso no cumprimento deste devêr, o Juiz de Direito em correição promoverá sua responsabilidade, e dará os ditos Tutores e Curadores (2).

Art. 240. Os Tutores e Curadores dos menores são testamentarios, legitimos, ou dativos; e devem sêr admittidos na ordem, que se-segue (3) :

Art. 241. Em primeiro lugar, serão admittidos os Tutores e Curadores, que o pai ou avô deixarem em testamento a seus filhos e netos, a mãe á seus filhos, e o pai á seu filho natural (4).

3.ª ED.

Dizendo este Art. 238—em que ficarem orphãos—, segue-se não devêr-se dar Tutor ou Curadôr á menores não orphãos, isto é, que têm pai. Esta determinação exceptua-se nos casos já indicados na Not. ao Art. 101 *supra*, com referencia á Ord. L. 1º T. 88 § 6º e aos Arts. 177 e 178.

Sub-tutôr (*subrogé-tuteur* do Direito Francez), á quem incumbe curar dos interesses do pupillo em opposição com os do Tutôr, não se usa nomear entre nós fixamente; mas por occasião superveniente de conflicto d'interesses, com o nome de tutôr *ad-hoc*, ou curadôr *ad-hoc*.

(2) Ord. L. 1º T. 62 § 32, e Regul. n. 834 de 2 de Outubro de 1851 Art. 32 § 4.º A pena de privação do officio, imposta pela Ord. L. 4º T. 102 princ. está substituida pela do Art. 154 do Cod. Crim., quando o caso assim o-exigir. Os Juizes de Paz tem obrigação de informar ao Juiz dos Orphãos ácerca dos menores, á quem fallecêr o pai—Lei de 15 de Outubro de 1827 Art. 5º § 11.

(3) Ord. L. 4º T. 102 §§ 1º, 5º, e 7º, e T. 104 § 6.º Esta nomenclatura tão comesinha é a cada passo empregada em nossas Leis—Ord. L. 1º T. 88 §§ 49 e 53, T. 89 § 4º. T. 104 princ., e § 1º, Alv. de 7 de Dezembro de 1689.

(4) Ord. L. 4º T. 102 §§ 1º e 2.º

3.ª ED.

« Curadores testamentarios (Rebouças Observ. pag. 78 e 79) de nomeação dos pais e avós á seus filhos, não se-devem

Art. 242. Para serem admittidos os Tutores e Curadores testamentarios, é necessario, que sua nomeação tenha sido feita em testamento valido e solemne; e que recáia em pessoas, que possam exercêr tal encargo (5).

Art. 243. Se fôrem deixados pelo pai, ou avô, não serão obrigados á prestar fiança alguma (6).

Art. 244. Quando fôrem deixados pela mãe á seus filhos, ou pelo pai á seu filho natural, devem sêr confirmados pelo Juiz; se entendêr, que são idoneos (7).

Art. 245. Em segundo logar, na falta de Tutores e Curadores testamentarios, serão admittidos os legitimos, á sabêr :

§ 1.º A mãe ou avô do menor, se o-quizerem sêr, vivendo honestamente, e não tendo passado á segundas nupcias (8).

confundir com os de nomeação testamentaria do pai á seu filho natural, ou deixado pela mãe em seu testamento á seus filhos; porque os primeiros não carecem mais que do reconhecimento do Juiz dos Orphãos, e todos os outros dependem da sua confirmação nos termos da Ord. citada. »

Se neste Art. 241 reuni todos os Tutôres e Curadôres testamentarios, lá está bem proxima nos Arts. 243, e 244, a desejada distincção.

(5) Cit. Ord. L. 4º T. 102 § 1.º

As pessoas que não podem exercêr tal encargo são as designadas no Art. 262, inclusive os *escravos*.

(6) Cit. Ord. L. 4º T. 102 § 1.º

Podem havêr circumstancias, em que o Juiz prudente deva exigir fiança por tornar-se suspeito o Tutôr testamentario. Depois de feito o testamento esse Tutôr pôde mudar de condição, pôde têr cahido em pobreza, pôde ficar inimigo do testadôr. Pôde-se dar contra elle algum facto de discredito, que até então não era sabido — Repert. das Ords. Tom. 2º pag. 437.

(7) Cit. Ord. L. 4º T. 102 § 2.º

(8) Ord. L. 4º T. 102 § 3.º Conciliar esta Ord. com a do L. 1º T. 62 § 37, e § 112 do Regim. do Desemb. do Paço, tem sido o tormento dos Praxistas. O Alv. de 7 de Desembro de 1689, recommendado pelo de 25 de Junho de 1695, resol-

§ 2.º Depois da mãe, ou avó, o parente mais chegado, que houver no logar, ou seu termo, onde se-acharem os bens; nomeando o Juiz, e constringendo á servir, se o menor tiver muitos parentes em igual gráo, aquelle, que fór mais idoneo e habilitado (9).

Art. 246. A mãe, ou avó, deve obrigar-se perante o Juiz á administrar com fidelidade e zelo as pessoas, e bens, de seus filhos e netos; e á pedir, antes que se-casem, a nomeação de outros Tutores ou Curadores (10).

Art. 247. Devem outrosim renunciar o beneficio do Art. 782, e todos os direitos e privilegios introduzidos em favôr das molhéres (11).

Art. 248. Esta obrigação e renuncia far-se-hão por termo nos autos do inventario, e o Juiz o-assignará com tres testemunhas presentes ao menos; declarando uma dellas que assigna a rogo da Tutora, ou Curadora, se esta não soubér escrevêr (12).

via a questão com alguma obscuridade. Essa duvida ou antinomia cessou com a extinção do Desemb. do Paço, porém restão vestígios. A Lei de 22 de Setembro de 1828 Art. 2º § 4º, o Regul. n. 143 de 15 de Março de 1842 Art. 5º § 6º, depois de dizêrem que os Juizes dos Orphãos—*déssem Tutôres em todos os casos marcados nas leis*—, acrescentarão inutilmente que tambem lhes-competia—*a entrega de bens de orphãos d sua mãe, avós, etc.*—, repetindo a disposição daquella Ord. L. 1º T. 62 § 37, e do § 112 do citado Regim. Outro vestigio é, que com differença das mais tutelas ha Provisões para essas da mãe e avó, as quaes págão o imposto da Tabella de 16 de Outubro de 1850. Que razão hoje para tal singularidade?

(9) Ord. L. 4º T. 102 § 5.º

(10) Cit. Ord. L. 4º T. 102 § 3.º

(11) Cit. Ord. L. 4º T. 102 § 3.º

(12) Cit. Ord. L. 4º T. 102 § 3.º A pratica hoje é diversa. Em processo apartado, que depois se-appensa aos autos de inventario (se bem que em um dos Cartorios desta Côrte não

Art. 249. Não tendo a mãe ou avó bens de raiz suficientes para segurança dos orphãos, prestarão fiança idonea e abonada, a qual será tomada e assignada nos inventarios com testemunhas, e valerá como escriptura publica (13).

se-costuma appensar) a mãe ou avó presta justificação de sua idoneidade, a qual se-julga por sentença. Toma-se o termo de renuncia da chamada—*Lei do Velleano*—, e depois disto o termo da tutela em Livro para esse fim destinado, pago o imposto da Tebella annexa á Circ. de 16 de Outubro de 1850, e expedindo-se uma Provisão que transita na Chancellaria. Assim dessas tutelas, como das mais, lançadas no mencionado Livro, extrahe-se certidão, que junta-se aos autos de inventario. Pela Ord., e como vê-se de todos os formularios dos Praxistas, as tutelas deverião ser tomadas nos autos de inventario. Esse Livro de tutelas e curatelas, de que falla o Art. 27 § 5º do Regul. n. 834 de 2 de Outubro de 1851, é um abuso contra a sabia providencia da Ord. L. 1º T. 88 § 3º, que ordenava o censo estatístico de todos os orphãos, com declaração de seus nomes, filiações, idade, residencia, e tutorias. O que é muito notavel nos Formularios dos Praxistas vem á sêr a nomeação dos Tutôres depois dos julgamentos das partilhas. Ora, sendo as partilhas tão demoradas, como conciliar essa antiga pratica com o disposto na Ord. L. 4º T. 102 princ., que manda dar Tutôr em trinta dias depois do fallecimento dos pais?

(13) Ord. L. 4º T. 102 § 3º O termo de fiança (nesta Côte) toma-se no Appenso de que fallei. Tambem está em uso, em logar da fiança, hypothecar a mãe os bens de sua meiação, lavrando-se perante qualquer Tabellião a respectiva escriptura de hypotheca, outorgada e assignada pelo Curadôr Geral; inscrevendo-se essa escriptura no registro das hypothecas, e juntando-se tambem ao mencionado Appenso.

3.ª ED.

Parece approbatoria a observação do Sr. Rebouças sobre este Art. 249, transcrevendo, não sei para que fim, a citada Ord. L. 4º T. 102 § 3º.

Art. 250. Passando a segundas nupcias, a mãe ou avó serão removidas da tutela ou curatela; e não a-recobráo mais, ainda que viúvem (14).

Art. 251. Também prestarão fiança abonada os outros Tutores e Curadores legítimos, e além disto prestarão juramento por onde se-obriguem á zelar as pessoas dos orphãos, e administrar fielmente seus bens (15).

Art. 252. Poderá o Juiz permittir, que os Tutores obriquem seus proprios bens á essa fiança; posto que os bens estejam fóra do districto, onde a obrigação contrahirem (16).

Art. 253. Será dispensada a fiança, se esses Tutores e Curadores possuirem bens de raiz equivalentes á fortuna e ren-

(14) Cit. Ord. L. 4º T. 102, §§ 3º e 4º

(15) Ord. L. 4º T. 102 § 5º. O juramento é só exigido para os Tutôres e Curadôres legítimos, mas amplia-se esta obrigação á todos os Tutôres, reputando-se a tutela um cargo publico, e applicando-se a disposição da Ord. L. 1º T. 67 § 15. Exige-se entretanto o juramento no caso do Art. 259.

3.ª ED.

Alv. de 7 de Dezembro de 1689, excitado pelo de 25 de Junho de 1695—... por termo nos autos com fiadôr abonado, se o tal Tutôr o não for por seus bens de raiz, que possúa, em que os do Orphão rezoadamente possuão têi segurança, como se-declara no § 5º da Ord. L. 4º T. 102—. Vid. Not. 23 ao Art. 258 *infra*.

(16) Alv. de 24 de Julho de 1713, Lei de 22 de Setembro de 1828 Art. 2º § 4º, e Regul. n. 143 de 15 de Marco de 1842 Art. 5º § 9º

3.ª ED.

A disposição á cima do Art. 252 já resultava da Ord. L. 4º T. 102 § 5º, dispensando a fiança do Tutôr abonado por seus bens de raiz, sem distinguir o logar da situação de taes bens.

das dos orphãos, ou se jurarem que não podem achar fiador; sendo elles pessoas de probidade, e dignas de confiança (17).

Art. 254. Enquanto houver parente do orphão abonado para sêr Tutor, o Juiz não constringerá á servir o que não for abonado, posto que mais proximo em gráo (18).

Art. 255. O parente mais proximo, que se-escusar da tutela, não herdará os bens do orphão; se este viêr á fallecêr antes de quatorze annos sendo varão, ou de doze annos sendo do outro sexo (19). (Art. 982 § 7º)

Art. 256. A escusa não produz este effeito de excluir da successão, quando o orphão fallecêr em idade superiôr á designada no Art. antecedente (20).

Art. 257. Tambem não é applicavel esta pena á aquelles, que pela Lei (Art. 262) não podem sêr Tutores (21).

Art. 258. Em ultimo logar, na falta de Tutores ou Curadores legitimos, que sejam idoneos (22), obrigará o Juiz á servir um homem bom do logar, que seja abonado, discreto, e digno de fé; e entregar-lhe-ha o orphão, e todos os seus bens (23).

(17) Ord. L. 4º T. 102 § 5.º

(18) Cit. Ord. L. 4º T. 102 § 5.º

(19) Cit. Ord. L. 4º T. 102 § 6.º

(20) Cit. Ord. L. 4º Tit. 102 § 6.º

(21) Ord. L. 4º T. 104 § 5.º

(22) Ord. L. 4º T. 102 § 5º *in fin.*

(23) Cit. Ord. L. 4º Tit. 102 § 7.º Alguns entendem, que os Tutôres dativos não devem prestar fiança, visto que este § 7º não a-exige. Da leitura do Alv. de 7 de Dezembro de 1689 colhe-se uma solução affirmativa—*ibi—e aos estranhos por termo nos autos com fiador abonado, se o tal Tutôr o não fôr por seus bens de raiz, que possúa, em que os do orphão razoadamente possuem ter segurança—*.

Art. 259. Tendo o orphão bens em diverso districto, deprecar-se-ha ao Juiz competente, para que os-faça descrevêr, e entregar á um Curador capaz, e juramentado, que delles cuide, e dê conta; do que o Juiz deprecado enyiará resposta, para se-fazêr declaração no inventario (24).

Art. 260. Os Tutores e Curadores dativos não serão obrigados á servir mais que dois annos continuos, contados do dia, em que a administração começar (25).

Art. 261. Querendo esses Tutores e Curadores continuar além dos ditos dois annos, o Juiz annuirá, emquanto bem servirem (26).

Art. 262. Não podem ser Tutores e Curadores (27)

3.^a ED.

O despacho, que obriga á assignar termo de tutela, tem a pena de prisão? Até quando se-estende a prisão?

Questão tratada no *Direito* (Rev. de 1875 Ann. 3.^o Maio á Agosto pag. 626), e ahi resolvida por affirmativa; dizendo-se devêr durar a prisão, até que o nomeado assigne termo; *ad instar* de outras penas civis nos casos, que aponta.

Não me-parece acertada esta solução, porque a interpretação *a simili* não cabe em materia penal—*Pœnæ ad alios casus, quam expressos, extendi non debent*—. Applique-se logo a prisão nos casos apontados, porque a lei expressamente o-decreta; não assim no caso em controversia, porque não ha lei, que a-decrete; e porisso os Praxistas, e a Consolid., guardarão silencio. Não ha paridade entre obrigações liquidas *de dar*, e obrigações illiquidas *de fazêr*, cujo effeito só é a indemnisação de pêrdas e interesses. No caso fujeito a sanção só pode sêr a do Art. 128 do Cod. Pen., processado o desobediente pelos meios regulares.

(24) Ord. L. 4.^o T. 102 § 8.^o Esta disposição acha-se *ipsis verbis* repetida no § 24 da Ord. L. 1.^o T. 88.

(25) Cit. Ord. L. 4.^o T. 102 § 9.^o

(26) Ord. L. 4.^o T. 102 § 10.

(27) O que se-legisla sobre os Tutôres é applicavel aos Curadôres, nos termos da Ord. L. 4.^o T. 104 § 6.^o

§ 1.º As molhéres, excepto as mãis e avós, nos termos do Art. 245 § 1.º (28), e nos casos dos Arts. 312 § 1.º, e 325:

§ 2.º Os menores de vinte e um annos, ainda que tenham supplemento de idade (29) :

§ 3.º Os loucos, os prodigos, e os impedidos por qualquer impedimento perpetuo (30) :

« Este Art. (Rebouças Observ.), referindo-se ao § 1.º da Ord. L. 4.º T. 102, não mencionou, como ella expressamente contempla, o *escravo* e o *infame*, etc. »

Não mencionei o *escravo*, porque na 1.ª Edição omitti tudo que pertencia á escravos, o que agora vai supprido. Escravos não podem sêr tutôres, ou curadores, ainda que nomeados em testamento; mas a Ord. L. 4.º T. 102 § 1.º nesta parte pôde sêr conciliada com o Dir. Rom., entendendo-se que a prohibição refere-se á *escravo*, que não pertença ao testadôr. Pertencendo ao testador, a momeação é valida, porque importa uma concessão tacita de alforria—Inst. § 1.º *qui test. tut. dar. pos.*, L. 10 § ult., e L. 32 § 2.º *Dig. de testam. tut.*

Não mencionei o *infame*, porque pelo antigo Direito a palavra *infamia* tinha um sentido especial, designando uma pena criminal, ou effeito dessa pena; havendo pois uma *infamia de feito* por contraposição á *infamia de direito*—Berg. Carn. Dir. Civ. Liv. 1.º T. 34 § 287, e Per. de Carv. Linh. Orphanol. Not. 244.

3.ª ED.

Av. de 15 de Agosto de 1831—Estrangeiros não podem sêr tutôres dativos. (Não vem na Collecção do Ouro Preto) Vid. Not. 231 da Introducção *supra*.

Av. de 8 de Junho de 1837—Menores herueiros de estrangeiros, uma vez brazileiros, devem têr *Tutôr* brazileiro, e não estrangeiro.

(28) Ord. L. 4.º T. 102 § 3.º *in fin.*

(29) Cit. Ord. L. 4.º T. 102 § 1.º, e T. 104 § 3.º, Resol. de 31 de Outubro de 1831.

(30) Ord. L. 4.º T. 102 § 1.º

3.ª ED.

Impedidos neste caso por impedimento perpetuo são os *surdos e mudos*, e os *cegos*—Per. de Carv. Linh. Orphan. § 127,

§ 4.º Os Religiosos (31):

§ 5.º Os inimigos do menor (32):

§ 6.º Os pobres ao tempo do fallecimento do testadôr (33):

§ 7.º Os Doutôres em Leis, Canones, ou Medicina (34).

Art. 263. Podem escusar-se (35):

§ 1.º Os que tiverem á seu cargo cinco filhos legitimos, ou cinco netos, de um ou outro sexo ; contando-se neste numero os que morrerão na guerra, ou indo para ella (36):

§ 2.º Os Desembargadôres, Juizes de Direito, e Juizes Municipaes (37):

Borges Carn. Dir. Civ. L. 1.º T. 28 § 246 ns. 8 e 10, Miscell. de Rodrigues pag. 60. Vid. Not. ao Art. 993 § 4.º

(31) Ord. L. 4.º T. 102 § 1.º

(32) Cit. Ord. L. 4.º T. 102 § 1.º Os *padrastos* tem sido sempre excluidos, mas o § 112 do Regim. do Desemb. do Paço os-admittia.

(33) Cit. Ord. L. 4.º T. 102 § 1.º Sendo já pobres em vida do testadôr, é certo que mesmo assim merecêrão sua confiança. Das tutelas legitimas não são excluidos no caso do Art. 253.

(34) Ord. L. 4.º T. 104 § 5.º, a qual manda, que não sejam admittidos, supposto queirão sêr Tutôres. Não se-observa esta disposição, nem tão pouco a outra, que supprime, relativa á exclusão dos Fidalgos e Cavalleiros.

(35) A Ord. L. 4.º T. 104 envolve as escusas (*escusa voluntaria*) com a incapacidade (*escusa necessaria*). Estabelece *in princ.* a regra de que as escusas *por privilegios* só eximem da tutela dativa, e não da testamentaria, nem da legitima ; o que hoje é inutil, porque taes privilegios não podem existir (Art. 179 § 16 da Const.), á não serem ligados aos cargos poi utilidade publica. Veção-se em Per. de Carv. Linh. Orphan. Not. 259 varios casos de escusas, que não tem mais applicação.

(36) Ord. L. 4.º T. 104 princ.

(37) Ord. L. 4.º T. 104 § 1.º São os funcionarios, que actualmente correspondem aos da antiga organização.

§ 3.º Os Escrivães, Procuradôres, Contadôres, Carcereiros, Porteiros, e mais Officiaes de Justiça (38) :

§ 4.º Os Empregados das Repartições de Fazenda (39) :

§ 5.º Os Vereadôres das Camaras, menos quando ja tiverem as tutorias antes de sua eleição (40) :

§ 6.º Os maiores de setenta annos (41) :

§ 7.º Os impossibilitados por enfermidade, emquanto esta durar (42) :

Art. 264. Tanto se deve nomear Tutores aos orphãos ricos como aos pobres ; e aos expostos, logo que completem sete annos (43).

Art. 265. Sendo os orphãos de tenra idade, dar-se-hão á criar á suas mãis, se as tiverem ; emquanto ellas não casarem, nos termos do Art. 188 (44).

Art. 266. Quando os orphãos tiverem bens seus, á custa delles far-se-ha toda a despeza da criação segundo o costu-

(38) Cit. Ord. L. 4.º T. 104 § 1.º

(39) Cit. Ord. L. 4.º T. 104 § 2.º

(40) Cit. Ord. L. 4.º T. 104 § 1.º

(41) Cit. Ord. L. 4.º T. 104 § 3.º

(42) Cit. Ord. L. 4.º T. 104 § 4.º

(43) A Ord. L. 4.º T. 102 princ. manda dar tutôres á todos os menores. A do L. 1.º T. 88 § 3.º manda, que haja um Livro (o que hoje não se-observa) onde sejam inscriptos todos os orphãos existentes na Cidade, Villa, ou logar. Esse Livro, que se-chamava das—*Tutelas*—porque não havia orphão nelle inscripto sem tutôr, tem entre nós a mesma denominação ; mas não é o cadastro dos orphãos. Serve para se-lavrarem os termos das tutelas, e, já se-sabe, dos orphãos que possuem bens.—*Autos de pobreza*—é cousa, que não se-conhece em nosso fôro. Quanto aos *expostos*, o Alv. de 31 de Janeiro de 1775 §§ 1.º, 3.º, e 7.º—*Porque conste* (diz o § 3.º) *que delle se-tomou conta, que se-he-deu tutôr, e está comprehendido na Relação Geral dos Orphãos do respectivo Termo*. Vid. Prov. de 22 de Fevereiro de 1823.

(44) Ord. L. 1.º T. 88 § 10.

me do logar ; e mesmo a de leite, se desta fôr revelada a mãi pelas razões declaradas no Art. 189 (45).

Art. 267. A' respeito dos orphãos que não tivérem bens, e dos que não fôrem de legitimo matrimonio, procelêr-se-ha na conformidade dos Arts. 190, 219, 220, e 221 (46).

Art. 268. Os que criarem orphãos gratuitamente antes dos sete annos não pagão soldada até esta idade, e podem com faculdade do Juiz servir-se delles por outro tanto tempo sem a pagarem (47).

Art. 269. Os que os-criarem gratuitamente, e os-mandarem ensinar a lêr e escrevêr, podem conserval-os até a idade de dezeseis annos sem obrigação de estipendio (48).

Art. 270. A disposição do Art. 268 é applicavel aos Tutores em compensação das despezas, de que não levarem paga (49).

Art. 271. Tendo os orphãos a idade de sete annos, o Juiz dá-os-ha por soldada, ou á quem se-obrigue á casal-os, precedendo annuncio por prégão na audiencia (50).

(45) Cit. Ord. L. 1º T. 88 § 10.

(46) Cit. Ord. L. 1º T. 88 § 10 *in fin.*, e § 11.

3.ª ED.

A inopia dos orphãos, e menores em geral, póde reduzil-os á miseria prevista no Art. 62 do Regul. n. 1331 de 17 de Fevereiro de 1854, e amparada pelo Regul. n. 5849 de 9 de Janeiro de 1875 sobre o Asylo dos Meninos Desvalidos.

(47) Ord. L. 1º T. 88 § 12, e L. 4º T. 31 § 8.º

(48) Alv. de 24 de Outubro de 1814 § 7.º

(49) Alv. de 24 de Outubro de 1814 § 1.º

(50) Ord. L. 1º T. 88 § 13. Esta providencia não está em uso, se bem que della trata a Port. de 19 de Janeiro de 1835. Os orphãos pobres são remettidos para os arsenaes—Regul. de 21 de Fevereiro de 1832 Art. 49, Decr. de 11 de Julho do mesmo anno, Port. de 23 de Agosto de 1834, Decr. de 29 de Dezembro de 1837. As orphãs são dadas á serviço pelos Jui-

Art. 272. No prégão não se-designarão os nomes dos orphãos, nem suas filiações ; e o Juiz fará os contractos particularmente, preferindo quem maior soldada offerecêr ; e tanto por tanto as mãis, emquanto permanecerem na viuvêz ; os avós, e os parentes, como já está determinado nos Arts, 198, 228, e 229 (51).

Art. 273. Se os orphãos fôrem filhos de lavradôres, serão dados com preferencia á outros lavradôres para serviços agricolas ; praticando-se o contrario, serão responsaveis o Juiz e o Tutor (52).

Art. 274. Essas locações de serviços serão reduzidas à termo nos autos de inventario, e excedendo de tres annos e da quantia de 180#000 rs. serão celebradas por escripturas publicas, onde se-declarem todas as condições do ajuste, prestando os locatarios fiadôres idoneos (53).

Art. 275. Os expostos serão reputados como quaesquer outros orphãos, o Juiz poderá distribuil-os pelas pessoas que os-quizerem, até completarem doze annos ; sem vencerem

zes (o que succede raras vezes) independentemente de concurrencia de licitantes.

(51) Ord. L. 1° T. 88 § 13. Este prégão especial sem declaração dos nomes e filiações dos orphãos devia minorar o odio, que sempre houve, contra semelhante procedimento, á pretexto de rebaixar a dignidade do homem livre.

(52) Cit. Ord. L. 1° T. 88 § 13. Tudo isto acha-se em desuso, e mesmo não é applicavel ao Brazil.

(53) Ord. L. 1° T. 78 § 10, T. 88 § 13, e T. 89 § 5.° A taxa de 60#000 rs. foi triplicada pelo Alv. de 16 de Setembro de 1814. O Alv. de 30 de Outubro de 1793, que elevou a taxa dos contractos no Brazil, não tem applicação neste caso, que não é de convenção entre particulares. Não envolvo aqui as locações de serviços de estrangeiros menores, que tem suas regras privativas na Lei de 11 de Outubro de 1837.

outro algum ordenado, que o da educação, sustento, e vestido (54).

Art. 276. Deve t^{er} o maior cuidado com a s^{ua} educação, e accommodação ; mandando ensinar-lhes os officios e artes á que fôrem mais inclinados (55).

Art. 277. No logar, onde o orphão tem seu Tutor-ou Curador, ninguem póde toma-lo, ou servir-se delle, senão sendo-lhe dado pelo mesmo Tutor com autorisação do Juiz (56).

Art. 278. Fóra do logar, onde estiver o Tutor ou Curador, quem tomar o orphão pagar-lhe-ha o que merecêr de soldada (57).

Art. 279. Nem o Juiz dos Orphãos, nem o respectivo Escrivão, podem tomar para si por soldada, ou por outro titulo, orphão algum de sua jurisdicção, ainda que fação melhor partido ; pena de responsabilidade (58).

Art. 280. Se os orphãos pela sua qualidade não devêrem ser dados á soldada, o Juiz assignará uma quantia annual para seus alimentos, a qual deixará em mão dos Tutores para lhes-ser levada em conta (59).

(54) Alv. de 31 de Janeiro de 1775 § 4.º

(55) Cit. Alv. de 31 de Janeiro de 1775 § 8.º

(56) Ord. L. 1º T. 88 § 18.

(57) Cit. Ord. L. 1º T. 88 § 18.

(58) Cit. Ord. L. 1º T 88 § 14, e T. 89 § 8.º Antigamente o Desembargo do Paço dispensava essa prohibição, como vê-se no Alv. de 24 de Julho de 1713 ; porém a Lei de 22 de Setembro de 1828 é omissa á tal respeito.

(59) Ord. L. 1º T. 88 §§ 15 e 38.

O Juiz deve taxar a despeza annual do orphão, não por si só, mas com os partidores—cit. Ord. § 38.

Art. 281. Manda-los-ha ensinar à ler e escrever até a idade de doze annos, e dahi em diante lhes-ordenarà sua vida e ensino conforme sua qualidade e fazenda (60).

Art. 282. Se o orphão fôr filho de official mecanico, aprenderà o officio de seu pai, ou outro para que seja mais apto (61).

Art. 283. O Tutor em tal caso, com autoridade do Juiz, contractarà por escriptura publica com mestres, que ao ensino se-obriguem em prazo determinado, estipulando-se hypotheca reciproca de bens (62).

Art. 284. Os bens dos orphãos serão entregues aos Tutores e Curadores, depois de inventariados e avaliados ; à fim de darem conta delles pelas avaliações, no caso de os-gastarem, ou damnificarem (63).

Art. 285. Quanto aos moveis de que os orphãos se-servirem os Tutores não são obrigados à restitui-los senão no estado em que se-acharem. (64) (Art. 176)

Art. 286. Os outros bens moveis serão vendidos, se assim conviér. A venda far-se-ha em hasta publica (65).

Art. 287. Os immoveis em caso nenhum serão vendidos, salvo por tal necessidade que se não possa escusar (66).

Art. 288. Sendo necessaria a venda dos immoveis, alienar-se-ha a propriedade menos proveitosa ; e de outra maneira a

(60) Cit. Ord. L. 1º T. 88 § 15, e Regul. n. 831 de 2 de Outubro de 1851 Art. 32 § 8º, coherente com o § 36 da Ord. L. 1º T. 62.

(61) Cit. Ord. L. 1º T. 88 § 16, e T. 62 § 36.

(62) Ord. L. 1º T. 88 § 16.

(63) Cit. Ord. L. 1º T. 88 § 4º *in fin.*, e § 5º, L. 4º T. 102 princ.

(64) Cit. Ord. L. 1º T. 88 § 5º *in fin.*

(65) Cit. Ord. L. 1º T. 88 § 25.

(66) Cit. Ord. L. 1º T. 88 § 26.

venda serà nulla, e o Tutor ou Curador, assim como o Juiz, pagarão o damno, que d'ahi resultar (67).

Art. 289. Os Tutores devem arrendar os immoveis com autorisação do Juiz, e taes arrendamentos tambem serão feitos em hasta publica á quem mais dér (68).

Art. 290. Não sendo os bens proprios para serem arrendados, ou não se podendo arrendar com vantagem, os Tutores ou Curadôres devem administral-os, e aproveitá-los (69).

Art. 291. Os Tutores e Curadores não podem, por si ou por outrem, comprar bens moveis ou immoveis de seus pupilles e administrados, ainda que a venda se-faça em hasta publica; pena de nullidade, além de serem criminalmente accusados (70). (Art. 109, e 585 § 2º)

Art. 292. Não podem mesmo havêr esses bens em tempo algum por qualquer titulo, ainda depois de não serem Tutores, salvo por via de successão (71).

(67) Cit. Ord. L. 1º T. 88 § 26, Regul. de 2 de Outubro de 1851 Art. 32 § 8.º Se os moveis dos orphãos devem sêr vendidos em hasta publica, está claro que os immoveis não pôdem sêr vendidos de outra maneira.

(68) Ord. L. 1º T. 88 § 23, e L. 4º T. 43 § 6.º.

Deve-se entendêr por *arrendamento* a locação de immoveis por tempo determinado. Locação sem tempo determinado os Tutôres podem fazêr sem licença do Juiz, e isto entra nas facultades de sua administração.

A lei não previne a locação de bens moveis, pois que manda conserva-los, ou vendê-los, se assim conviêr (Art. 286); mas pôde convir aluga-los, como acontece com os escravos, e estas locações tambem podem os Tutôres fazêr sem licença do Juiz.

(69) Cit. Ord. L. 1º T. 88 § 23.

(70) Ord. L. 1º T. 88 § 29, Cod. Crim. Art. 147, e Regul. n. 834 de 2 de Outubro de 1851 Art. 32 § 6.º

(71) Ord. L. 1º T. 88 § 29.

Art. 293. Igual prohibição se-faz ao Juiz e Escrivão dos Orphãos, e aos Juizes de Direito em correição ; contra os quaes procedêr-se-ha criminalmente, quando comprem, por si ou por outrem, bens de orphãos, ou recebem e tenham em seu poder dinheiro ou cousa que dos orphãos seja (72). (Art. 439, e 585 § 3º)

Art. 294. E' obrigação dos Tutores ou Curadores receberem logo ao Cofre dos Orphãos todo o dinheiro dos menores, ou herdado, ou proveniente da cobrança de dividas, ou de rendimentos dos bens (73)

(72) Ord. L. 1º T. 62 § 38, T. 88 § 30, T. 89 § 8º, Cod. Crim. Art. 146, o qual diz—*em todo o caso a aquisição será nulla*—; e cit. Regul. n. 836 de 2 de Outubro de 1851 Art. 32 § 6.º

3.ª ED

Procede a prohibição da Ord. L. 1º T. 88 § 30 quanto ao Escrivão de Orphãos, que não funcionar no inventario, á que pertencêrem os bens? Entendo que sim.

(73) Ord. L. 1º T. 62 § 31, T. 88 §§ 31 á 44. As disposições sobre a escripturação do Cofre, seu Thesoureiro, que a Ord. chama *Depositario*, e sua fiscalisação, não pertencem á legislação civil. Vid. Alv. de 7 de Dezembro de 1689.

3.ª ED

Alv. de 24 de Outubro de 1814 § 6.º—Nas Cidades, Villas, e Coselhos, em que não houver Deposito Publico, o *Cofre* de três chaves, determinado pela Ord. L. 1º T. 88 § 31, e c.

Av. de 8 de Julho de 1833—Sobre a nomeação interina do Thesoureiro do *Cofre dos Orphãos* pelos respectivos Juizes.

Circ. n. 118 de 30 de Abril de 1855—Instrucções para a entrega dos *dinheiros de Orphãos*, pelos Collectôres, e Administradores de Mesas de Rendas.

Av. n. 233 de 13 de Julho de 1857—Nos logares, onde não houver quem se-preste com fiança á sêr Thesoureiro de Orphãos, seja commettida aos Collectores das Rendas Publicas

Art. 295. Também devem recolher ao Cofre todo o ouro, prata, joias, e pedras preciosas; com declaração individual das peças, e do seu peso e valor (74).

Art. 296. O dinheiro dos orphãos não deve sahir do Cofre, salvo para com elle se-comprarem bens de raiz, para despesas necessarias, ou para entregar-se aos orphãos tendo che-

a guarda dos respectivos Cofres, emquanto por Lei outra coisa se não determinar.

Av. n. 319 de 15 de Julho de 1863—A despesa com os Livros para escripturação da receita do Cofre dos Orphãos deve sahir dos bens dos mesmos.

Regul. n. 5135 de 13 de Novembro de 1872 Art. 55— O peculio do escravo, recolhido ao Thesouro Nacional, e ás Thesourarias de Fazenda, será equiparado á *dinheiro de Orphãos*.

« Quem quer que seja (Rebouças Observ. pags. 80 e 81) o leitôr da Nota á cima reconhecerá que o autôr se-constituira na necessidade de o-demonstrar, etc. »

Demonstrar o que? Que tive razão para não consolidar as disposições sobre a escripturação do Cofre dos Orphãos, seu Thesoureiro, e sua fiscalisação? Que tive, reconhece o Sr. Rebouças nas ultimas cinco linhas da sua observação. Em vêz de citar somente no § 34 a Ord. L. 1º T. 88, como na 2.ª Ed.; agora a-cito com os §§ 31 á 44, comprehensivos de todas as providencias sobre a ARCA, que reputei não pertinentes á legislação civil. O Alv. de 7 de Dezembro de 1689 foi apenas recommendado á leitura, e não importa sua causa occasional do conflicto entre o Provedôr de Residuos e Juiz de Orphãos da Cidade de Lisboa, contendo, como contém, disposições susceptiveis de generalisação.

(74) Ord. L. 1º T. 88 § 35.

3.ª ED.

Av. n. 45 de 12 de Julho de 1844—A arrematação da *moéda e outras preciosidades* dos Orphãos deve sêr nos districtos dos respectivos Juizos, e sob sua inspecção, e ordens.

gado á idade legitima, ou obtido supplemento della, ou tendo casado (75).

Art. 297. Tambem sahirá do Cofre para sêr emprestado ao Governo, porém não poderá ser emprestado á particulares (76).

(75) Ord. L. 1º T. 88 § 37. A palavra *emancipados* deve-se entendêr como está no Art., pois que se-confundia a emancipação com o supplemento de idade, segundo vê-se no final do § 3º da Ord. L. 3º T. 9º. Não está mais em uso empregar o dinheiro dos orphãos em bens de raiz. Emprestava-se á particulares com os juros da lei antes do Governo tomar a deliberação autorizada pelo Art. 6º § 4º do Decr. de 13 de Novembro de 1841. O § 23 da Ord. L. 1º T. 88 prohibia o emprestimo á juros sob as falsas idéas da—*usura*—, o que cessou depois do Alv. de 17 de Janeiro de 1757, e de 6 de Agosto do mesmo anno que revogou o de 30 de Outubro de 1756. Suprimo por inutil a disposição do § 25 da mesma Ord. sobrê as cautelas na compra de bens de raiz para os orphãos.

Mas o dinheiro dos orphãos pôde sêr empregado em Apolices dos fundos publicos—Port. de 31 de Março de 1846. Isto se-deve entender (palavras desta Port.) nos casos, em que o dinheiro de um só orphão fôr sufficiente para tal emprego, e não para se-comprar uma ou mais Apolices com quantias pertencentes á diversos menores.

3.ª ED.

Tão inutil me-pareceu o disposto no § 25 da Ord. L. 1º T. 88, como agora fôra inutil abundar nas observações do Sr. Rebouças á este Art. 296. Repetições ociosas do que eu disse, sem laivos de critica, em nada contribuem para melhoramento dos meus trabalhos.

(76) Decr. n. 231 de 13 de Novembro de 1841 Art. 6º § 4º, Instrucç. n. 51 de 12 de Maio de 1842, Ord. n. 119 de 21 de Outubro do mesmo anno, Ord. n. 120 de 5 de Dezembro de 1844, n. 113 de 11 de Outubro de 1845, n. 12 de 24 de Janeiro de 1848, n. 33 de 28 de Fevereiro do mesmo anno, n. 141 de 30 de Setembro de 1850, n. 93 do 1º de Abril de 1852. A moeda metallica e preciosidades devem sêr arrematadas, entrando para o Thésouro ou Thesourarias as quantias liquidas

Art. 298. Os Tutores e Curadores, testamentarios, legitimos, e dativos, vencem pelo trabalho da sua administração a vintena do que os bens renderem, não excedendo de 50\$000 réis annualmente (77).

em moeda corrente—Av. n. 45 de 12 de Julho de 1844. Vid. Regul. das Correições n. 834 de 2 de Outubro de 1851 Art. 32 § 9.º

3.ª ED.

Lei n. 779 de 6 de Setembro de 1854 Art. 13—Fica reduzida á cinco por cento a taxa do juro do *empréstimo do Cofre dos Orphãos*, e a receita proveniente deste empréstimo será escripturada sob o titulo—operações de credito—:

Av. n. 59 de 8 de Fevereiro de 1855—Para vigorar essa nova taxa de juro do 1º de Julho desse anno:

Av. n. 421 de 17 de Dezembro de 1864—Nas requisições para entrega de *empréstimos do Cofre dos Orphãos* deve-se declarar o que pertence á capital e á juros:

Av. n. 396 de 23 de Setembro de 1868—Os juros dos empréstimos dos Cofres dos Orphãos são contados e pagos até o tempe, em que estes entrão na maioridade, ou se-emancipão, como dispõe a Ordem do Thesouro n. 290 de 20 de Julho de 1863:

O mesmo Av.—Pelas Instrucções n. 51 de 12 de Maio de 1843 as quantias arrecadadas no Juizo de Orphãos são remettidas immediatamente aos Cofres Publicos, á fim de serem escripturadas pela fórma estatuida nas mesmas Instrucções:

Av. n. 473 de 11 de Dezembro de 1874—Os dinheiros de Orphãos só pelo Governo podem ser tomados por *empréstimo*.

(77) Ord. L. 1º T. 88 § 53. A vintena é 5 por cento, vigesima parte do rendimento liquido, e não 20 por milhar, ou 2 por cento, como quer Borg. Carn. Tom. 3º pag. 152. Os 50\$000 rs. não forão triplicados pelo Alv. de 16 de Setembro de 1814, que só tratou das penas e multas, alçadas, e taxas. Esta intelligencia é confirmada pelo Decr. n. 561 de 18 de Novembro de 1848 Art. 2.º.

« O Alv. de 16 de Setembro de 1814 (Rebouças Observ. á este Art.) depois de dizêr que sua disposição se-observará tambem nas taxas, que exemplificou; manda, que se-observe

Art. 299. Não receberão a dita vintena senão por alvarás assignados pelo Juiz, e não podem havel-a das soldadas, que o menór ganhar (78).

Art. 300. Se aos Tutôres e Curadôres se-deixar premio em testamento, permite-se a opção do premio ou da vintena (79).

em todas as mais da Lei, em que não tivér havido determinação especial e ulterior á ellas, etc. »

E' d'úvidoso, se a vintena da Ord. L. 1° T. 88 § 53 está comprehendida neste Alv.; e tanto assim, que Per. de Carv. Linh. Orphanol. Not. 399, tendo escripto depois do Alv., diz, que a vintena não póde exceder á 50\$000 rs. annuaes; seja qual fôr o rendimento dos bens, e o trabalho da administração.

Bem sei, que pela mudança dos tempos esse premio dos tutôres e curadôres deve sêr augmentado, mas o caso é que o não tem sido, e que o Decr. n. 561 de 18 de Novembro de 1848 assim o-suppõe. E' fôrçada a intelligencia, que o Sr. Rebouças dá á esse Decr., o que todos confirmarão por simples leitura. O Decr. não cogitou da differença do valôr da moeda, nem a porcentagem que marca aos curadôres de bens de defuntos e ausentes no valôr de 400\$000 rs. annuaes corresponde á essa supposta differença do valôr da moeda, com a elevação dos 50\$000 rs. da Ord., ou ao tresdobro do Alv. de 1814. O Decr. refere-se ao premio da Ord., não quanto ao limite d'elle elevado ao tresdobro pelo Alv., mas quanto ao modo de calcula-lo na razão de 5 % do rendimento liquido.

3.ª ED.

Insiste o Sr. Rebouças (Observ. pags. 83, 84, e 85) na elevação dos 50\$000 rs., limite da vintena dos Tutôres e Curadôres dos Orphãos, não sei se á 150\$000 rs., ou aos 400\$000 do Decr. n. 561 de 18 de Novembro de 1848. Pois bem, convenho na elevação, e opto pela dos 150\$000 rs. A dos 400\$000 rs. é privativa dos Curadôres de bens de defuntos e ausentes, não póde sem lei ulterior sêr ampliada aos Tutôres e Curadôres dos orphãos.

(78) Cit. Ord. L. 1° T. 88 § 53.

(79) Cit. Ord. L. 1° T. 88 § 53.

Art. 301. Deve-se tomar contas aos Tutores ou Curadores, testamentários, e legitimos, de quatro em quatro annos ; e aos dativos, e á mãe ou avó, de dois em dois annos (80).

Art. 302. A uns e á outros tomem-se contas no fim das tutorias ou curadorias, e bem assim quando se-tornarem suspeitos de má administração (81).

Art. 303. Devem-ser removidos todos os Tutores ou Curadores, que fôrem convencidos de prevaricação, ou negligencia; e em tal caso o Juiz nomeará outros, obrigando os removidos á entrega dos bens, e á indemnisação de todas as perdas e damnos (82).

Art. 304. Os Juizes de Direito em correição tem obrigação, de revêr as contas tomadas pelos Juizes dos Orphãos, de tomar as não tomadas ; e de removêr os Tutores e Curadores

(80) Ord. L. 1º T. 62 § 37, e T. 88 § 49.

(81) Ord. L. 1º T. 88 § 49 *in fin.*, e § 50.

As contas devem sêr documentadas, e quanto ás despesas miúdas, basta, que os Tutôres ou Curadôres jurem sobre a verdade dellas *ad instar* do que se-dispõe nos Arts. 1114 e 1116 ácerca dos testamenteiros.

Não os-releva da prestação de contas o facto de terem entregue ao menor, que se-tornou maior, seus bens no todo ou em parte.

(82) Cit. Ord. L. 1º T. 88 § 50, L. 4º T. 102 § 1º *ibi*—*emquanto o-fizer bem, e como deve, á proveito do menor ; e não fizer cousa, por que deva sêr tirado da tutoria ou curadoria ; § 3º ibi—emquanto o bem fizer— ; e § 9º in fin.* Não ha férias para esses procedimentos de remoção—Ord. L. 3º T. 18 § 5º, e Decr. n. 1285 de 30 de Novembro de 1853 Art. 3º § 3º.

Disp. Prov. (29 de Novembro de 1832) Art. 5.º—Nos casos de remoção de Tutôres e Curadôres suspeitos a conciliação poder-se-ha fazer posteriôrmente á providencia, que deva têr lugar.

suspeitos, e nomeados ilegalmente, negligentes, e prevaricadores; e aquelles, que não houverem prestado fiança, quando a Lei a-exige; procedendo em conformidade do seu regimento (83).

Art. 305. Os Tutores e Curadores devem entregar os bens do menor, e qualquer alcance, dentro de nove dias, depois que se-tomar a conta, sob pena de prisão (84).

(83) Ord. L. 1.º T. 62 §§ 29 e 33, e Regul. n. 834 de 2 de Outubro de 1851 Art. 32 §§ 1.º, 2.º e 4.º

(84) Ord. L. 4.º T 102 § 9.º, Regul. n. 834 de 2 de Outubro de 1851 Art. 32 § 7.º A vista da disposição deste Regul. cessou a questão de estar a Ord. revogada pela Lei de 20 de Junho de 1774 § 19, e Ass. de 18 de Agosto do mesmo anno. Além disto, o caso é especial, semelhante ao do depositario judicial remisso, e de extrajudicial condemnado por sentença, contra os quaes procede-se com prisão nos termos da Ord. L. 4.º T. 49 § 1.º, e T. 76 § 5.º O Regul. citado manda também, que se-proceda á formação da culpa, o que é de extremo rigôr.

As contas são tomadas em processo apartado, e não nos inventarios, posto que depois á estes se-appensem. Julgadas por sentença, e verificado o alcance, se o tutôr não vem logo pagar, extrahe-se do processo a Carta de Sentença; e por ella requerido o tutôr, assignão-se-lhe nove dias em audiencia para pagar o alcance com a pena de captura, do que se fórma um processo de execução. Lançado o tutôr, se dentro dos nove dias assignados deixa de pagar, e julgado o lançamento, expede-se então mandado de captura.

« Compete hypotheca legal (Art. 3.º § 2.º da novissima Lei hypothecaria) aos menores sobre os immoveis do tutôr ou curadôr. A hypotheca legal dos menores (Art. 3.º § 11 da cit. Lei) é geral, comprehensiva de immoveis presentes e futuros, salvo se fôr especializada, determinando-se o valor da responsabilidade, e os immoveis á ella sujeitos. A inscripção (Art. 9.º § 12 da cit. Lei) da tutela ou curatela deve ser requerida pelo tutor ou curador antes do exercicio, pelo testamenteiro. Póde sêr requerida (Art. 9.º § 13 da cit. Lei) por qualquer parente do orphão. Incumbe (Art. 9.º § 14 da cit. Lei) ao Tabellião, ao Escrivão dos orphãos ou da Provedoria,

Art. 306. Se não tiverem bens para pagamento do que devêrem, proceder-se-ha contra seus fiadores, Juizes, ou contra quem obrigado fôr (85).

Art. 307. Os alcances das contas serão pagos com os juros respectivos (86).

Art. 308. Os Juizes dos Orphãos tem jurisdicção contenciosa para conhecêr das Causas, que nascerem das contas dos Tutores e Curadores (87); e estes serão demandados no lugar, onde exercêrão o cargo (88).

Art. 309. No caso do Art. 28, perdendo-se a demanda por culpa ou negligencia do Tutor ou Curador, que não dêr as informações necessarias, far-se-ha nos bens delle a execução da sentença ; não tendo bens, deve-se fazêr a execução nos do Juiz, que tal Tutor nomeou, ou de seus herdeiros (89).

Art. 310. Só em ultimo caso deve-se fazêr execução nos bens do menor, e ainda então lhe-fica direito salvo para pedir o beneficio da restituição, e havêr satisfação do damno ; ou do Tutor e Curador, ou do Juiz, ou de seus herdeiros (90).

ao Curador Geral, ao Juiz dos orphãos ou da Provedoria, e ao Juiz de Direito em correição. »

Um anno depois (Art. 9º § 3º da cit. Lei) da cessação da tutela ou curatela, cessa a hypotheca legal dos menores, salvo havendo questões pendentes.

Pela omissão da inscripção (Art. 9º § 22 da cit. Lei) o tutor e curador ficão sujeitos ás penas de estellionato, verificada a fraude.

(85) Ord. L. 1º T. 62 § 37, e cit. Regul. n. 834 de 2 de Outubro de 1851 Art. 32 § 8.º

(86) Era ponto controvertido entre os Praxistas, mas assim dispõe o Regul. n. 834 de 2 de Outubro de 1851 Art 32 § 8.º

(87) Art. 20 da Disp. Provis., Regul. n. 143 de 15 de Março de 1842 Art. 5º § 10.

(88) Ord. L. 3º T. 11 § 3.º

(89) Ord. L. 3º T. 41 § 9.º

(90) Cit. Ord. L. 3º T. 41 § 9.º

CAPITULO II

Dos Curadores dos loucos, e prodigos

Art. 311. Logo que o Juiz dos Orphãos soubér, que em sua jurisdicção ha algum demente, que pela sua loucura possa fazêr mal ; entrega-lo-ha á um Curador, que administre sua pessoa e bens (1).

Art. 312. Esta Curadoria será deferida na ordem seguinte:

§ 1.º A' molhér do demente, sendo honesta e discreta, se quizér aceitar o cargo (2):

(1) Ord. L. 4º T. 103 princ. A clausula—*que possa fazêr mal*— (como diz Borg. Carn. Tom. 3º pag. 171), deve-se entendêr demonstrativa, e não taxativamente, pois a curadoria deve-se dar do mesmo modo aos loucos innocentes. Quasi sempre precede exame de Medicos, que é a prova preliminar para reconhecimento da loucura, e determinação da curadoria ; mas, ainda que não tenha havido esse exame e o interdicto, as partes interessadas podem demandar a nullidade dos contractos e testamentos dos loucos, produzindo qualquer genero de provas. Vid. *infra* Not. ao Art. 326, e ao Art. 994.

3.ª ED.

Av. n. 246 de 5 de Julho de 1873—As justificações para provas de *demencia*, que nas Comarcas Geraes devem sêr processadas pelos Juizes de Orphãos, e julgadas pelos Juizes de Direito, visto se-reputarem excedentes á alçada as questões relativas ao estado das pessôas.

(2) Cit. Ord. L. 4º T. 103 § 1º *in fin.*

Vid. *supra* Art. 262 § 1º, e Not. ao Art. 147.

3.ª ED.

Av. n. 355 de 6 de Junho de 1861—Nem o Decr. de 10 de Setembro de 1860, nem a Convenção Consular com a França (promulgada pelo Decr. n. 2787 de 26 de Abril de 1861), innovarão cousa alguma relativamente á nomeação de Curadôr á pessoa e bens de um subdito francêz desasisado, requerida por sua molhér.

§ 2.º Ao pai, se o demente o-tivér (3):

§ 3.º Ao avô paterno, ou materno; e sendo ambos vivos, ao mais idoneo (4):

§ 4.º Ao filho varão, se fôr idoneo, e maior de vinte e um annos (5):

§ 5.º Ao irmão, tendo casa posta em que viva, e tambem maior de vinte e um annos (6):

§ 6.º Ao parente mais chegado, paterno ou materno, sendo idoneo e abonado conforme o patrimonio do demente (7):

§ 7.º E finalmente á qualquer estranho, que tambem idoneo, e abonado, seja (8).

Art. 313. Estas pessoas, excepto a molhér do demente, não podem escusar-se da curadoria (9).

Art. 314. A molhér, o pai, e o avô, terão a curadoria, emquanto durar a demencia, e os outros Curadores não são obrigados á servir mais de dois annos (10).

(3) Cit. Ord. L. 4º T. 103 princ., e § 1.º

(4) Cit. Ord. L. 4º T. 103 § 4.º

(5) Cit. Ord. L. 4º T. 103 § 5º, Resol. de 31 de Outubro de 1831.

(6) Cit. Ord. L. 4º T. 103 § 5º, e Resol. de 31 de Outubro de 1831.

(7) Cit. Ord. L. 4º T. 103 § 5º.

(8) Cit. Ord. L. 4º T. 103 § 5.º

(9) Cit. Ord. L. 4º T. 103 princ.,—*e lhe mande de nossa parte, § 4º—e o constangerd, § 5º—seja constrangido.*

Quid, se a molhér do demente fôr menor? Está claro, que não póde sêr curadôra em vista do Art. 312 §§ 4º e 5º; e sobretudo attendendo-se ao Art. 262 § 2º, que prohibe a tutoria e curadoria aos menores de vinte e um annos, ainda que tenham supplemento de idade.

(10) Cit. Ord. L. 4º T. 103 §§ 2º e 8.º Sobré as pessoas incapazes, ou escusaveis, na curadoria dos dementes, e prodi-gos, observa-se o mesmo, que á respeito da curadoria dos menores. Parece ter sido esta a mente da Lei, transferindo tal materia para o T. 104, que segue-se ao dos dementes e pro-

Art. 315. Estes Curadores prestarão juramento de fielmente administrarem os bens do demente, e de applicarem os necessarios soccorros medicos segundo a qualidade da sua pessoa (11).

Art. 316. Os bens ser-lhes-hão entregues por inventario feito pelo Escrivão dos Orphãos (12), porém a molhér do demente não será obrigada á fazer inventario (13).

Art. 317. Assignará o Juiz, o que necessario fôr para alimentos do demente ; e, sendo casado, tambem para os de sua molhér e filhos, conforme as forças do casal (14).

Art. 318. Mandará escrevêr no inventario todas as despezas, assim as do curativo do demente, como as de seus alimentos e de sua familia, para tudo vir á boa arrecadação (15).

Art. 319. Sendo necessario, o Curador fará prender o demente para que não cause damno (16).

Art. 320. Se o demente fizér mal ou damno á outrem, o Curador é responsavel pela indemnisação, tendo havido culpa e negligencia (17). Art. 809)

digos. Quanto ao modo da administração, a Lei é omissa. A Ord. n. 124 de 20 de Setembro de 1847 declarou, que as quantias pertencentes aos prodigos e mentecaptos, que entrassem para os Cofres dos Orphãos, devião sêr remettidas para os Cofres das Thesourarias para vencerem os mesmos juros estipulados ácerca dos dinheiros dos orphãos.

(11) Ord. L. 4º T. 103 § 1.º Se ao pai é imposta esta obrigação, com mais razão se impõe aos outros Curadores.

(12) Ord. L. 1º T. 78 § 7º, L. 4º T. 103 princ. e § 1º, Lei de 3 de Novembro de 1830 Art. 4.º

(13) Ord. L. 4º T. 103 § 1º *in fin.*

(14) Ord. L. 4º T. 103 princ., e § 1.º

(15) Cit. Ord. L. 4º T. 103 § 1.º

(16) Cit. Ord. L. 4º T. 103 princ., Art. 12 do Cod. Crim.

(17) Cit. Ord. L. 4º T. 103 princ..

Art. 321. A curadoria cessará, logo que o demente recobre seu perfeito juízo, restituindo-se-lhe a livre administração de seus bens (18).

Art. 322. Sendo a loucura de lucidos intervallos, durante elles regerá o demente seus bens, sem comtudo cessar a curadoria (19).

Art. 323. Finda a administração, os Curadores devem dar contas, resolvendo o Juiz as duvidas, que houverem (20).

Art. 324. Sabendo o Juiz por inquirição que alguém dissipa como prodigo sua fortuna, mandará publicar por editaes e prégões, que dahi em diante ninguem faça com o prodigo contracto de qualquer natureza, pena de nullidade (21).

Art. 325. Publicado o interdicto, o Juiz dará Curador aos bens do prodigo, guardando á respeito desta curadoria as disposições anteriores ácerca da dos dementes (22).

(18) Cit. Ord. L. 4º T. 103 § 2.º

(19) Cit. Ord. L. 4º T. 103 § 3.º

(20) Cit. Ord. L. 4º T. 103 § 2.º

As disposições da rovisissima Lei hypothecaria sobre a hypotheca legal, com que soccorre aos menores, são em tudo applicaveis aos loucos e prodigos, que a mesma lei denomina—*interdictos*—. Estas disposições achão-se transcriptas na Not. ao Art. 305.

A inscripção da hypotheca dos interdictos subsiste (Art. 9º §§ 2º e 3º da cit. Lei) por todo o tempo da interdicção. Um anno depois da cessação da curatela cessa a hypotheca legal dos interdictos, salvo havendo questões pendentes.

(21) Ord. L. 4º T. 103 § 6.º Este processo sempre começa pela citação do prodigo.

3.ª ED.

Av. n. 246 de 5 de Julho de 1873—Já indicado ao Art. 311, com applicação á *prodigalidade*.

(22) Cit. Ord. L. 4º T. 103 princ., e §§ 6º e 8.º

A curadoria do prodigo não é curadoria de pessoa, como a do menor; mas o prodigo fica privado da capacidade civil, e

Art. 326. Se o prodigo celebrar algum contracto, e por elle recebêr alguma cousa, fica desobrigado de restitui-la (23).

Art. 327. Durará esta curadoria, emquanto o prodigo perseverar em seu máo governo (24).

Art. 328. Seus bens ser-lhe-hão entregues para livremente regê-los, logo que torne á bons costumes e temperança de despeza, pela fama que delle houvér ; e pelo arbitrio e juizo

porisso não póde fazer contractos, testamento, e estar em Juizo activa ou passivamente. Seu curador deve representa-lo nos actos, em que a representação é possível. Em alguns actos a representação não é possível, como no testamento. O prodigo póde vivêr onde bem lhe aprouvér, e não está no caso do menor ou do demente. Segundo as circunstançias, arbitrados os alimentos, póde o Juiz mandar ou não entrega-los ao prodigo. Se a entrega fôr perigosa pelo temôr da prompta dissipação, é justo que o Juiz a-recuse, do contrario não se conseguiria o fim da lei.

(23) Cit. Ord. L. 4° T. 103 § 6.º

Só depois do interdicto publicado os prodigos são havidos por incapazes de obrigar-se, e são nullos seus contractos. A incapacidade é só effeito da lei, e não incapacidade natural. Dahi a differença (Pothier Obrig. n. 51) entre estes interdittos, e os dos loucos. Todos os contractos feitos por um louco, mesmo antes do seu interdicto, devem sêr annullados á requerimento de parte, provando esta que ao tempo do contracto já existia loucura ; porquanto é a loucura por si só, que fa-lo incapaz de contractar, sem dependencia de sentença que lhe-tolha a administração de seus bens. Ao inverso, os contractos feitos por um prodigo antes do interdicto são validos, ainda que já então fosse prodigo ; porquanto a sentença, que por tal o julgou, é que fa-lo incapaz de contractar. O mesmo deve-se dizêr á respeito dos testamentos—Vid. *infra* Arts. 993 § 3º, e 994.

(24) Ord. L. 4° T. 103 § 7.º

O levantamento desta curadoria póde sêr requerido pelo proprio curador do prodigo, ou por qualquer parente seu, tendo elle voltado á temperança de despeza ; o que deve sêr provado, e prova-se, com testemunhas como indica o Art. 328-

dos parentes, amigos, e vizinhos, que o-saibão, e afirmem sob juramento (25).

CAPITULO III

Dos Curadores dos ausentes

Art. 329. No caso do Art. 31 § 1º o Juiz dos Orphãos officialmente, ou á requerimento de qualquer pessoa, nomeará Curadores aos bens dos ausentes, e procederá quanto á arrecadação, inventario, e administração, do mesmo modo que sobre os bens das heranças jacentes (1).

Art. 330. Igual procedimento terá o mencionado Juiz tratando-se de bens de heranças pertencentes á herdeiros ausentes na hypothese do Art. 31 § 2.º (2).

(25) Cit. Ord. L. 4º T. 103 § 7.º

E nulla a execução de sentença, ou qualquer acto judicial, contra o prodigo pessoalmente antes de têr sido levantada a interdicção; não obstante havêr sentença passada em julgado, que mandou levanta-la, mas sentença não ainda executada? Entendo, que são validos todos os actos do prodigo, ou contra o prodigo, feitos depois da sentença irrevogavel, que mandou levantar a interdicção.

(1) Ord. L. 1º T. 90 princ., Lei de 3 de Novembro de 1830 Art. 2º, Regul. n. 143 de 15 de Março de 1842 Art. 5º § 11, Regul. n. 160 de 9 de Maio de 1842 Art. 1º § 2º, e Arts. 11, 12, e 24, e Art. 21 do Regul. n. 2433 de 15 de Junho de 1859.

Todas estas leis não exigem, que a nomeação de curador seja precedida de citação edital do ausente. Nomeado o curador pelo Juiz dos Orphãos, as partes interessadas podem propôr suas acções com citação do curador, e não é necessaria a citação edital do ausente.

(2) Regul. n. 160 de 9 de Maio de 1842 Art. 1º § 1º, e Arts. 11 e 24; Regul. n. 422 de 27 de Junho de 1845 Art. 1º, §§ 1º, 2º, e 3º, Decis. n. 72 de 5 de Julho, e n. 84 de 28 de Julho, do mesmo anno; Decis. n. 34 de 14 de Abril de 1846, Decis. n. 257 de 23 de Novembro de 1853, e cit. Regul. n. 2433 de 15 de Junho de 1859 Art. 20.

Art. 331. No caso porém do § 3º do citado Art. 31, o Juiz dos Orphãos nomeará Curador para assistir ao processo de inventario e partilhas. (3)

Art. 332. O Curador nomeado neste ultimo caso arrecadará, e administrará, os bens, se, findo o tempo da conta, não tiverem os herdeiros entrado na posse da herança por qualquer motivo. (4)

Art. 333. Os bens de ausentes, ou o seu producto, serão entregues á seus donos, se apparecêrem ; ou á seus herdeiros e successôres legalmente habilitados (5), enquanto não prescrevêrem para o Estado (6). (Art. 858)

(3) Regul. n. 422 de 27 de Junho de 1845 Art. 2º, e n. 2433 de 15 Junho de 1859 Art. 9º. Sendo estrangeiro e interessado, pôde o respectivo Agente Consular assistir por elle ao inventario, mas não arrecadar o que lhe-venha á pertencêr — Av. n. 79 de 5 de Março de 1858. Procede esta disposição mesmo nos casos das Convenções Consulares com a França, Confederação Suissa, Italia, Portugal, e Hespanha, citadas nas Notas aos Arts. 2º e 34. Estas Convenções só previrão os casos de arrecadação completa de heranças de subditos estrangeiros nas circumstancias, que designão ; e não os casos, em que os Agentes Consulares não arrecadão as heranças.

Tem logar a nomeação do Curador, de que falla o têxto, sem dependencia de citação edital.

(4) Reguls. citados n. 422 de 27 de Junho de 1845, e n. 2433 de 15 de Junho de 1859 Art. 9º.

(5) Regul. n. 160 de 9 de Maio de 1842 Art. 2º, e n. 2433 de 15 de Junho de 1859 Art. 2º.

(6) A Lei n. 628 de 17 de Setembro de 1851 Art. 32 marca o prazo de trinta annos contados do dia, em que os dinheiros houverem entrado nos Cofres do Thesouro e das Thesourarias. E' uma disposição bem injusta, porque a presumpção deve cedêr á realidade. O mesmo prazo de trinta annos estabelece o Regul. n. 160 de 9 de Maio de 1842 Art. 39 para devolução á Fazenda Nacional dos bens retardados nos Depositos Publicos, e nos Cofres dos Orphãos.

Não prescrevem á bem do Estado, se a prescripção foi interrompida por se ter intentado a habilitação e petição de he-

Art. 334. Passados dez annos nos termos do Art. 32, ou verificada a hypothese do art. 33, o parente mais chegado do ausente, e seu legitimo herdeiro, quando não haja testamento, pôde requerêr. ao Juiz dos Orphãos que os hens lhe-sejão entregues (7).

rança dentro do prazo da Lei—Ord. n. 399 de 27 de Dezembro de 1855. O Art. 32 da citada Lei concedeu o prazo de três annos, á contar do 1º de Janeiro de 1852, para os dinheiros recolhidos ha mais de trinta annos, quando ella foi promulgada.

(7) Ord. L. 1º T. 62 § 38, Regim do Desemb. do Paço § 50, Lei de 22 de Setembro de 1828 Art. 2º § 4º, Lei de 3 de Novembro de 1830 Art. 2º, Disp. Provis. Art. 20, Regul. n. 143 de 15 de Março de 1842 Art. 5º §§ 7º e 11, Regul. n. 160 de 9 de Maio de 1842 Art. 12, e n. 2433 de 15 de Junho de 1859 Arts. 22 e 47.

Este Art. 47 do Regul. de 1859 declara em vigor a legislação anteriôr com as seguintes alterações :

1.º A curadoria dos bens do ausente poderá ser deferida na fórma da Ord. L. 1º T. 62 § 38, e Regim. do Desemb. do Paço § 50, passados quatro annos, á contar da data das ultimas noticias, se elle não tivér deixado procurador ; e passados dez annos, se o tivér deixado, salva a disposição da Lei de 15 de Novembro de 1827.

Os Juizes de Orphãos, quando tiverem de julgar as habilitações dos herdeiros do ausente, attenderão sempre aos motivos da ausencia, e ás causas que obstão á falta de noticias, embora tenha decorrido qualquer dos referidos prazos.

2.º A mesma curadoria não poderá ser deferida aos herdeiros mais chegados do ausente, na fórma das Ords. e Reguls. citados, sem que os ditos herdeiros se-habilitem nos termos do Art. 46 deste Regul. e mais disposições em vigôr.

3.º Além da citação pessoal á quem de direito fôr, o parente ou parentes mais proximos na ordem da successão, que na fórma das disposições citadas pretendêrem a curadoria, requererão ao Juiz de Orphãos do Termo a citação do ausente, e de quaesquer outros interessados, por editaes com o prazo de um anno, para vêrem offerecêr os artigos de habilitação.

Estes editaes serãõ affixados nos logares do estilo, e publicados nos periodicos do Termo e da Capital da Provincia,

Art. 335. O pretendente deve declarar :

§ 1.º O nome, morada e occupação, do ausente ; os nomes de seu pai, e mãe; e quantos filhos, ou netos, lhe-ficarão :

§ 2.º Os nomes de todos os parentes mais chegados, e suas moradas ; e a maneira, por que elle pretendente é parente e herdeiro, por não havêrem outros parentes mais chegados :

§ 3.º Quaes os bens, que tem o ausente, e o seu valor :

§ 4.º Que ha mais de dez annos, que não se tem noticia do ausente, e que se-suppõe ser morto :

§ 5.º E no caso do Art. 33, que não ha noticia da chegada do navio ao porto de seu destino, nem á algum outro porto, nem das pessoas que nelle forão, dentro de dois annos nas viagens mais dilatadas (8):

§ 6.º Que elle pretendente se-quer obrigar á restituir os bens ao ausente, se apparecer ; ou á quem de direito fôr, prestando fiança (9).

Art. 336. Justificados os requisitos do Art. antecedente, o Juiz á vista da prova ordenará a entrega dos bens, dando o pretendente, e mais interessados, um só fiadôr abonado, moradôr no lugar, e que nelle possúa bens de raiz (10).

passando-se as certidões competentes, e juntando-se aos autos a publica-fôrma do aannuncio.

3.º ED.

Regul n. 5581 de 31 de Março de 1874 Art. 8.º—Nos casos de *curadoria e successão provisoria* (Ord. L. 1º T. 62 § 38, Regim. do Desemb. do Paço § 50, Regul. n. 2433 de 15 de Junho de 1859 Art. 47), é exigivel o imposto de transmissão, salvo o direito de restituição, apparecendo o *ausente* (Decr. n. 2708 de 15 de Dezembro de 1860 Art. 4.º).

(8) Decr. de 15 de Novembro de 1827.

(9) Ord. L. 1º T. 62 § 38.

(10) Cit. Ord. L. 1º T. 62 § 38.

Art. 337. O fiador obrigar-se-ha por escriptura publica, como depositario e principal pagador ; e com outorga de sua molhér, se for casado (11).

Art. 338. Juntando-se a justificação, e a escriptura de fiança, ao inventario, se o houver; o pretendente, e mais interessados, assignarão com o Juiz o respectivo termo de entrega, mencionando-se neste quaes os bens entregues. seu valor, e seu rendimento (12).

Art. 339. Os Delegados e Subdelegados de Policia são obrigados á noticiar immediatamente ao Juiz dos Orphãos as pessoas, que se-tiverem ausentado sem saber-se do seu destino, deixando bens desamparados; servindo-se para esse fim tambem dos Inspectores de Quarteirão, á quem darão as necessarias instrucções (13).

(11) Cit. Ord. L. 1º T. 62 § 38. Sem outorga da molhér a fiança não obriga sua meação—Art. 131.

(12) Cit. Regul. n. 160 de 9 de Maio de 1842, Art. 14.

« Sendo a ausência por mais de trinta annos (Perdigão Man. do Procur. dos Feitos § 381 e Not. 695), póde têr logar a successão definitiva. É questão, que a Ord. L. 1º T. 62 § 38 não decidio. Mas, não devendo ficar indeterminadamente suspensa a acquisição definitiva dos bens, indispensavel é fixar um termo; sendo o mais regular o de trinta annos, já por sêr o da prescripção geral (Ord. L. 4º T. 79), já por sêr o da prescripção dos dinheiros de ausentes á bem do Estado (Lei de 17 de Setembro de 1851 Art. 32). Todavia, se apparecêr ainda então o ausente, tem direito á recebêr os bens no estado, em que os-achar (Per. de Carv. Proc. Orphanol. §§ 173 á 183); á excepção do dinheiro recolhido, e não reclamado, dentro dos trinta annos. »

Isto confirma a censura, que na Not. ao Art. 333 temos feito ao Art. 32 da Lei n. 628 de 17 de Setembro de 1851.

(13) Regul. n. 160 de 9 de Maio de 1842 Art. 13. O Regul. n. 834 de 2 de Outubro de 1851 Art. 33 applicou esta disposiçáo á noticia sobre orphãos.

Regul. n. 160 de 15 de Junho de 1859 Art. 23. Accrescenta o Art. 24 deste Regul. o seguinte: A obrigaçáo impos-

Art. 340. Quando o Juiz pela distancia, em que se-achar do lugar, em que existirem os bens dos ausentes, não poderá acodir immediatamente para arrecada-los, ficão os mesmos Delegados e Subdelegados obrigados á acautelar, que se não extraviem, até que se-apresente o Juiz (14).

Art. 341. Pela falta de cumprimento do que fica dispôsto incorrerão na pena de demissão, e de uma multa de 500000 á 1000000 rs. ; além de serem responsaveis por todos os prejuizos, á que por sua negligencia dêrem causa (15).

SECÇÃO II

DOS DIREITOS PESSOAES NAS RELAÇÕES CIVIS

TITULO I

DOS CONTRACTOS EM GERAL

Art. 342. São nullos em Juizo, e fóra delle, todos os contractos onerosos feitos pelas Ordens Regulares para alienação

ta no Art. antecedente é extensiva aos Parochos nas suas respectivas Paróchias quanto aos fallecimentos, cuja noticia poderá interessar ao Juiz de Orphãos.

(14) Cit. Regul. n. 160 de 9 de Maio de 1842 Art. 14, que está substituido pelo Art. 31 do citado Regul n. 2433 de 15 de Junho de 1859.

Diz este Art. 31 :—Se o Juiz, pela distancia em que se-achar do lugar, onde existirem os bens do fallecido ou ausente, ou por outra occurrencia attendivel, não poderá acodir immediatamente para arrecada-los ; os Delegados e Subdelegados de Policia, estando estrictamente obrigados á acautelar que se não extraviem os bens, e devendo dar para esse fim as providencias necessarias, procederão immediatamente, com assistencia de dois vizinhos, á apposição de sellos, que não poderão ser abertos sob pretexto algum senão pelo mesmo Juizo, salva a disposição do Art. 41.

(15) Cit. Regul. n. 160 de 9 de Maio de 1842 Art. 14, e n. 2433 de 15 de Junho de 1859 Art. 31.

de bens, moveis, immoveis, e semoventes, do seu patrimonio, uma vez que não haja precedido expressa licença do Governo para celebração de taes contractos (1). (Art. 582 § 4.º)

(1) Lei de 9 de Dezembro de 1830, Av. de 10 de Maio de 1836, Port. de 13 de Outubro de 1836, Av. de 20 de Fevereiro de 1837, de 28 de Fevereiro, 12 de Abril, Ord. de 22 de Maio, e Av. de 4 de Setembro, do mesmo anno; Port. de 11 de Junho, Av. de 22 de Julho, e de 30 de Julho, de 1839; Decr. n. 655 de 28 de Novembro de 1849, regulando a execução da Lei primitiva; Av. de 26 de Fevereiro de 1851, Regul. n. 834 de 2 de Outubro de 1851 Art. 44 § 3º, Decis. n. 245 de 10 de Novembro de 1853, Av. n. 85 de 28 de Março de 1854.

A citada Lei de 9 de Dezembro de 1830, e o citado Dec. de 28 de Novembro de 1849, só tem applicação ás Ordens Regulares; e não comprehendem as Ordens Terceiras, Confrarias, e Irmandades, as quaes se-regem pelos respectivos compromissos, e disposições do Direito Civil—Av. n. 248 de 17 de Novembro de 1853.

As Assembléas Provinciaes não podem conceder licença ás Ordens Regulares para alienar seus bens— Dec. n. 278 de 3 de Abril de 1843, Av. n. 245 de 10 de Novembro de 1853, e Av. n. 85 de 28 de Março de 1854.

As Ordens Regulares tambem não podem, sem licença do Governo, trocar seus bens immoveis por Apolices inalienaveis—Lei n. 369 de 18 de Setembro de 1845 Art. 44, e Art. 1º do Decr. n. 655 de 28 de Novembro de 1849.

Não podem igualmente, sem essa licença, trocar seus bens immoveis por accções de Companhias de Estradas de Ferro garantidas pelo Governo—Lei n. 939 de 26 de Setembro de 1857 Art. 21. É bem notavel, que, não obstante a licença geral da Lei n. 369 de 18 de Setembro de 1845 Art. 44, e Art. 1º do Decr. n. 655 de 28 de Novembro de 1849, supponha-se necessaria uma licença especial. Em vista deste Decr. é necessario entender do mesmo modo o Art. 21 da citada Lei n. 939 de 26 de Setembro de 1857.

Outrosim não podem sem essa licença hypothecar seus bens immoveis—Av. n. 115 de 21 de Março de 1863.

Podem porém aforar, e arrendar, seus bens immoveis? A redacção da Lei de 9 de Dezembro de 1830, e do Decr. n. 655 de 28 de Novembro de 1849, parece ultrapassar a intenção do

legislador. A Lei diz—*todas as alienações, e contractos onerosos feitos pelas Ordens Regulares sobre bens moveis, immoveis, e semoventes, de seu patrimonio.* O Decr. diz—*alienações, e quaesquer contractos onerosos.* O nosso têxto diz—*todos os contractos onerosos feitos pelas Ordens Regulares para alienação de bens moveis, immoveis, e semoventes, do seu patrimonio.* Esta alteração de palavras traduz perfeitamente o pensamento da Lei, que foi cohibir as delapidações dos bens do patrimonio das Ordens Regulares por via de vendas simuladas, e fraudulentas; com occultação dos verdadeiros preços, o que bem se confirma pelas disposições regulamentares do Decr. n. 655 de 28 de Novembro de 1849, e claramente pela do Art. 3.^o desse Decr., que manda declarar na *licença* o minimo do preço, por que poderão os bens ser alienados. O arrendamento é contracto oneroso, e as Ordens Regulares livremente arrendão seus bens, e por longo prazo, sem dependencia de licença.

Como a Lei trata da alienação completa de bens, parece, que os aforamentos independem de licença. Sem duvida o aforamento envolve uma alienação do dominio util, que o marido, por exemplo, não pôde fazer sem cutorga da molhér (Art. 120 Consolid.); porém, como essa primitiva alienação do dominio não é alienação completa, pois que ainda fica ao senhorio o dominio directo, a legislação vigente não a-sujeita á siza; o que já não acontece, quando o foreiro aliena seu dominio util—Vid. Not. 1.^a ao Art. 590 Consolid. A intelligencia, que damos, é tanto mais justificavel, porisso mesmo que a-tem suppôsto varias decisões da Recebedoria do Municipio desta Côrte, e do Tribunal do Thesouro, declarando estarem sujeitos á siza traspassos feitos por arrendatarios de predios do Convento de S. Bento, em razão, não sabemos, de serem os arrendamentos de longos prazos, ou de terem os arrendatarios feito valiosas bemfeitorias. O que vem á ser isto senão reconhecêr nos arrendatarios um dominio util, um direito real, qualquer que seja? Já observamos nas Nots. aos Arts. 45 e 119, que bemfeitorias feitas em terrenos alheios por arrendatarios e concessionarios gratuitos (pois que só adquirem um direito pessoal) não são bens de raiz, e que portanto o traspasso dellas não é contracto sobre bens de raiz.

3.^a ED.

Av. n. 81 de 15 de Março de 1853—Embargo em escravos vendidos pelos Religiosos sem licença do Governo, sendo

Art. 343. Os Empregados Publicos, Officiaes Militares, Corporações de mão-mórta, Clerigos, Regulares ; e os falli-

competentes para requerê-lo os Procuradores Fiscaes das Thesourarias, e para obstar as alienações dos bens das Ordens Regulares, promovendo a nullidade pelo interesse da Fazenda Nacional na conservação de taes bens, de que as Ordens são apenas administradôras ; e que se-hão de devolvêr ao dominio nacional, quando ellas por qualquer fórma deixarem de existir.

O meu argumento sobre a dependencia de licença para aforamentos, em relação ás leis da siza, tem hoje contra si a legislação sobre o imposto de transmissão de propriedade, no qual entrou a mesma siza. O Regul. n. 4355 de 17 de Abril de 1869 Art. 5º n. 6º sujeita ao imposto a constituição de emphyteuse ou subemphyteuse. O Regul. n. 5581 de 31 de Março de 1874 dispõe o mesmo Art. 14 n. 7º, e no Art. 21 sujeita ao imposto a cessão ou venda de bemfeitorias em terrenos arrendados, ou actos equivalentes.

« Bens de Corporação de mão-morta (Rodrigues Miscell. Jurid. pag. 47) podem sêr penhorados, e arrematados, independente de licença do Governo. Opinião dos Advogados Caetano Alberto, Teixeira de Freitas, e José Julio, na Revista dos Tribunaes de 15 de Maio de 1857. O contrario diz, e decide, o Governo em diversos Avisos—Av: de 15 de Setembro de 1865. »

Decidirão bem estes Advogados, e sem offensa da legislação em vigôr sobre a nullidade dos contractos onerosos das Ordens Regulares, em nome da qual o Av. n. 416 de 15 de Setembro de 1865 fêz sua recommendação ao Ministerio da Justiça. Não ha penhora, e arrematação, sem sentença exequivel ; e não ha sentença exequivel sem sentença passada em julgado, ou não suspensa por appellação recebida no effeito devolutivo. Se as execuções, á que refere-se o Av. de 1865, provierão de contractos autorizados ; *judicatum est, et bene judicatum*. No caso contrario, as sentenças fazem do branco negro, e do quadrado redondo :—*res judicata pro veritate habetur*—.

Pelo que á cima disse á respeito dos aforamentos de bens das Ordens Regulares, não tenho razão para oppôr-me ás observações do Sr. Rebouças pags. 85, 86, e 87, sobre este Art. 342 ; menos quanto á bemfeitorias em predios arrendados, e por veneração aos principios.

dos, enquanto não forem legalmente rehabilitados; não podem fazer contractos nos casos, que declaram o Art. 148 do Cod. Crim., e os Arts. 2º e 3º do Cod. do Commercio (2).

Art. 344. Não podem ser objecto de contracto oneroso ou gratuito, pena de nullidade, as cousas litigiosas, á saber :

§ 1.º Aquellas, sobre que se-mover acção real de dominio, desde o momento da citação inicial :

(2) Antigamente regiaõ a Ord. L. 4º T. 15 e T. 16, Decr. de 18 de Abril de 1720, revogando a Res. de 26 de Novembro de 1709, que primum commerciar aos Governadores das Conquistas; Lei de 29 de Agosto de 1720, e Alv. de 27 de Março de 1721.

O primeiro elemento dos contractos é a *capacidade das partes contractantes*—, e a regra do Art. 129 n. 1º do Cod. do Com. é applicavel em materia civil. O Art. 313 acima indica a incapacidade de certas pessoas para contractar em certos casos, isto é, quando *commerciarem*. Taes incapacidades pertencem ao Cod. do Com. (pois que excluo nesta 2.ª Edição as do Art. 149 do Cod. Crim. sobre o *mutuo e fiança*, que achar-se-hão agora nas Nots. aos Arts. 477 e 776), e apenas são indicadas na Legislação Civil como excepções da capacidade geral de contractar. As pessoas designadas nos Arts. 148 do Cod. Crim., e 2º do Cod. do Com., tem em geral capacidade para contractar, mas não a-tem para serem commerciantes; ou para fazerem contractos commerciaes, que não os do Art. 3º do Cod. do Com.

Os Arts. 2º e 3º do Cod. do Com. repetem com addição o que está no Art. 147 do Cod. Crim., e sua redacção tem occasionado, e póde occasionar, uma falsa intelligencia.

O Art. 147 do Cod. Crim. prohibio commerciar ás pessoas, que designa; isto é, declarou a incapacidade dessas pessoas— para fazer *contractos commerciaes*—, para exercêr *actos de commercio*. Esta prohibição envolve a de serem commerciantes, porque pessoas, que não podem exercêr actos de commercio, está claro, que não podem fazer exercicio habitual desses actos. Ser commerciante não é exercêr accidentalmente actos de commercio, mas exercê-los habitualmente, fazer de taes actos modo de vida, ou profissão. Ao contrario, a prohibição de ser commerciante não induz a de exercêr accidentalmente actos de commercio.

§ 2.º Aquellas, sobre que pendêr acção pessoal reipersecutoria, por terem sido emprestadas, dadas em penhór, depo-

Ora, o fim principal do Art. 2º do Cod. do Com. foi declarar as incapacidades para profissão de commerciante, mas amalgamou estas incapacidades especiaes com as do Art. 147 do Cod. Crim. relativas ao exercicio accidental de actos de commercio. O Art. 1º do Cod. Com. quiz dizêr—*podem sêr commerciantes no Brazil*—, e o Art. 2º—*não podem sêr commerciantes*—. Devêra-se têr reservado para o Art. 3º as incapacidades para exercêr actos de commercio em accordo com o Art. 147 do Cod. Crim. *Acto de commercio* é todo aquelle, que se-faz para lucrar,—por mero espirito d'especulação; e ninguem dirá, que taes actos não possam sêr accidentalmente exercidos pelas pessôas designadas no Art. 2º do Cod. do Com. *Actos de commercio* são os mesmos actos da vida civil, contractos commerciaes eão em muitos casos os proprios contractos do Direito Civil, só com a differença de sêrem feitos no intuito de lucrar. Esse Art. 2º do Cod. do Com. falseou o Art. 147 do Cod., porque supprimio as palavras—*em quaesquer effeitos que não sejam produções dos seus proprios bens*—. E porque falseou? Porque seu fim era outro, porque seu fim foi designar quaes as pessôas incapazes de sêr commerciantes,—dê exercêr a profissão habitual do commercio. A respeito dos incapazes do Art. 1º ns. 2º, 3º, e 4º, o pensamento era inverso ao do Art. 2º. Alli são pessôas incapazes, que declara capazes de sêr commerciantes. Aqui são pessôas capazes, que declara incapazes de sêr commerciantes. Quanto ao exercicio accidental de actos de commercio, nada se-tinha á declarar no Art. 1º ns. 2º, 3º, e 4º, pela simples razão de que não é capaz para exercê-los quem não tem capacidade para os actos da vida civil em geral.

3.ª ED.

Decr. n. 1009 de 25 de Setembro de 1858—Disposições á favôr do Hospital Geral da Santa Casa da Misericordia do Rio de Janeiro.

Av. n. 435 de 6 de Outubro de 1860—A Santa Casa da Misericordia não pôde encarregar-se de fornecêr medicamentos por sêr um acto de commercio.

Quanto aos *Regulares*, Vid. Introduc. *supra* Not. 6.

sitadas, ou devidas por outra cousa, desde que a lide fôr contestada (3). (Art. 586 § 3º)

Art. 345. Também não podem sêr objecto de contracto, sob a mesma pena de nullidade, todas as acções litigiosas; ou sejam as designadas no Art. antecedente, ou outras acções reaes, como a hypothecaria e sobre servidão, ou pessoas para pagamento de alguma quantidade (4). (Art. 586 § 3º)

(3) Ord. L. 4º T. 10 princ., e §§ 2º, 3º, 5º, e 7º.

O segundo elemento dos contractos é seu—*objecto*—, e a regra do Art. 129 n. 2º do Cod. do Com. também é applicavel em materia civil. O têxto indica um só caso de objectos prohibidos pela lei, que é quando os contractos tem por objecto *cousas litigiosas*.

Destaca-se bem a acção real de dominio, ou de *reivindicação*, das acções pessoas para restituição ou entrega de cousas certas,—cousas não fungiveis, ou corpos certos. Para restituição, no *commodato*, no *doposito*, no *penhór*, na *antichrese*. Para entrega, em todos os contractos, que tem por fim transferir dominio, antes de têr sido feita a tradição. Nos casos de restituição, o autôr pôde intentar á seu arbitrio, ou sua acção pessoal reipersecutoria nascida do contracto, ou acção de reivindicação; e estes casos são os de *credito de dominio*, contemplados no Art. 874 ns. 1º, 2º, 3º, e 4º. Nos casos de entrega, o autor só tem acção pessoal reipersecutoria, não pôde intentar acção de reivindicação, não tem credito de dominio.

(4) Cit. Ord. L. 4º T. 10 §§ 1º, 2º, 3º, 6º, e 8º.

Eis aqui outro caso de objectos prohibidos pela lei, que é quando os contractos tem por objecto *acções litigiosas*. No Art. 344 tratou-se de contractos, que tem por objecto a restituição ou entrega de cousas certas; e aqui trata-se do *contracto de cessão*,—das cessões que tem por objecto *acções litigiosas*. Apparecem portanto aqui todas as acções possiveis, assim as indicadas no Art. 344, como as mais, que vem á sêr as *reaes* nascidas de direitos reaes em cousas alheias; e as pessoas para pagamento de quantidades, á sabêr, sommas de dinheiro, ou cousas fungiveis.

Art. 346. Todas estas acções tornão-se litigiosas, tanto que a lide fôr contestada ; excepto a de dominio, que é litigiosa desde seu começo (5).

Art. 347. Dá-se a nullidade da alienação de cousas litigiosas, emquanto o litigio não terminar por sentença definitiva passada em julgado ; ou o adquirente soubesse, ou não, da pendencia do mesmo litigio (6).

Art. 348. Tendo o adquirente sciencia do litigio, ou razão de sabêr ao tempo, em que houve a cousa litigiosa ; está sujeito á execução da sentença, que o vencedôr obtivér, sem que seja mais citado nem ouvido (7). (Art. 925)

Art. 349. Se não sabia do litigio, nem tinha razão de sabêr, será ouvido com seu direito nos termos do Art. 926 (8).

Art. 350. Se o contractante sobre cousa litigiosa demandar a entrega á aquelle, com quem contractou, póde ser exclui-

(5) Cit. Ord. L. 4.º T. 10 §§ indicados.

(6) Cit. Ord. L. 4.º T. 10 §§ 3º e 4º. A distincção do contracto com *pessoa poderosa* (§§ 5º e 6º) só servia para aggravacão das penas.

(7) Ord. L. 4º T. 10 § 9º, e L. 3º T. 86 § 16.

É um dos casos de alienação em fraude da execução—Arts. 492 § 6º, 494 § 1º, e 572, do Regul. Com. n. 737. São inuteis nesse Art. 494 n 1º as palavras—*ou sobre ellas pende demanda*—.

(8) Cit. Ord. L. 4º T. 10 § 9º.

É ouvido por meio de embargos de terceiro senhór e possuidor—Per. e Souz. Linh. Civ. § 891. O Regul. Com. n. 737 é omisso sobre este caso, porque no Art. 536 só cogitou de embargos de terceiro oppostos em execução para pagamento de dinheiro. É só nesta, que ha penhora, arrematacção, e adjudicacção, para poder applicar-se o dispôsto no Art. 575. O nosso caso é outro, é o dos Arts. 571 á 574 desse Regul. sobre sentenças derivadas de acção real, ou reipersecutoria para entrega de cousa certa.

do da acção pelo simples fundamento do vicio do litigioso ao tempo do contracto (9).

Art. 351. A cousa litigiosa, ou acção litigiosa, só pôde ser objecto de contracto:

§ 1.º Em doações por causa de dote, ou de casamento (Art. 93) :

§ 2.º Em transacções sobre o pleito entre as proprias partes litigantes :

§ 3.º Em partilha entre herdeiros da herança, sobre a qual litigavão :

§ 4.º Em nomeação de bens aforados (10).

Art. 352. As heranças de pessoas vivas não podem sêr igualmente objecto de contracto (11) *Art.º 46 - p. 859. e sig.*

Art. 353. São nullos todos os pactos successorios, para succedêr, ou não succedêr ; ou seião entre aquelles, que es-

(9) Cit. Ord. L. 4º T. 10 § 10.

(10) Cit. Ord. L. 4º T. 10 § 11. Estão sem vigôr as penas desta Ord., e da do L. 2º T. 26 § 25, nos termos dos Arts. 33 e 310 do Cod. Crim. A nullidade dos contractos é hoje a unica sanccção.

Não contemplo o legado de cousa litigiosa, porque não é contracto sobre cousa litigiosa. A ultima parte do § 11 da Ord. L. 4º T. 10 vai consolidada nos Arts. *infra* 1136, 1137, e 1138.

Pôsto que se-possa doar por causa de dote, ou de casamento, cousas litigiosas ; está entendido, que as doações se-resolvem, se o doador é vencido.

(11) Ord. L. 4º T. 70 § 3º.

Esta Ord. não impede todavia, que a hypotheca de bens futuros comprehenda aquelles, que o devedôr hypothecario tem adquirido por herança de pessôas vivas ao tempo da hypotheca. Dahi segue-se, que é válida a hypotheca geral, que o devedor faça de bens da futura herança de seus ascendentes. E' hoje inutil a questão sobre este ponto, porque a Lei hypothecaria de 24 de Setembro de 1864 prohibe convencionar hypothecas geraes.

perão sêr herdeiros ; ou com a propria pessoa, de cuja herança se-trata (12).

Art. 354. Não é applicavel a disposição do Art. antecedente aos pactos e condições em contractos matrimoniaes sobre a successão reciproca dos esposos (13). (Art. 88)

(12) Os pactos—*de succedendo*—declara a Ord. L. 4° T. 70 § 3°, que são illicitos e reprovados, e não confirmaveis por juramento. Os pactos—*de non succedendo*—declara a mesma Ord. no § 4°, que são confirmaveis por juramento. Mas, como a Ord. L. 4° T. 73 prohibe os contractos jurados, o que só podia sêr dispensado pelo Desembargo do Paço nos termos do § 87 do seu Regimento ; resulta, que são hoje impossiveis esses pactos para não succedêr, confirmaveis por juramento. A razão é, que o Desembargo do Paço foi abolido pela Lei de 22 de Setembro de 1828, sem que se-transmittisse para outra Autoridade a attribuição de dispensar aquella Ord. L. 4° T. 73 ; dizendo o Art. 7° da mesma Lei, que abolidas tambem ficavão todas as attribuições do Tribunal extincto, que não ião especificadas. Pelo mesmo motivo resolve-se negativamente a questão—*se o filho, ou filha dotada para casamento, pôde renunciar a successão, contentando-se com o dote*—. São portanto escusadas as argumentações dos Praxistas sobre tal questão, deduzidas da combinação do Decr. de 17 de Julho de 1778, com a Lei de 17 de Agosto de 1761 relativa aos casamentos dos nobres..

3.ª ED.

Com esta consolidação exacta dos *pactos successorios* mostra-se de accôrdo Laffayette Dir. do Fam. Not. 4° pag. 383.

Não assim o Dig. Brazil. Vol. 3° pag. 121, que ainda contempla contractos confirmaveis por juramento, e por taes os *pactos de non succedendo*, sem havêr actualmente Autoridade para licenciar esse juramento !

(13) Lei de 17 de Agosto de 1761 § 8° *ibi*—*possão estipular com seus respectivos esposos, assim para a vida, como para a morte, as reservas, e condições, que bem lhes-parecêr*—. Esta Lei, que foi suspensa pelo § 1° do Decr. de 17 de Julho de 1778, não tem applicação entre nós, pois que regulava os dotes da antiga nobreza ; mas a disposição de seu § 8° é generica, e harmonisa-se com a latitude da Ord. L. 4° T. 46 princ.

Art. 355. São annullaveis os contractos feitos por pessoa retida em carcere privado, além de incorrêr o offensor na pena decretada pelo Art. 189 do Cod. Crim. (14).

3.ª ED.

Com esta outra consolidação excepçãoal dos *pactos successorios* tambem posso dizêr, que mostra-se de accôrdo Laffayette Dir. de Fam. Not. 4º pag. 383. Se da sua intenção foi desapprovaval-a, bateu em vento, e confundio-se pela confusão de duas hypotheses intuitivamente diversas. Por certo, o pacto entre pai e filha, para esta contentar-se com o dotê sem regresso aos bens paternos, era pacto *de non succedendo*, e carecia de confirmação por juramento, como bem disserão Lobão e Corr. Telles nos logares apontados; mas esse pacto é accessorio de contractos de dotação, não de contractos ou convenções matrimoniaes, nada tem com o § 8º da Lei de 17 de Agosto de 1761 em seu final periodo. Contracto ou convenção matrimonial é contracto entre o esposo e a esposa, reguladôr do seu futuro casamento *quoad bona*, onde podem livremente contractar (palavras do nosso Art. 354) *sobre a successão reciproca*. Eis a hypothese frisada pelo § 8º da citada Lei de 17 de Agosto de 1761 — *possão estipular* (as Esposas) *com seus respectivos Esposos*—. As palavras sublinhadas pelo Sr. Laffayette—*como até agora se praticou sem a menor differença*—, não referem-se á pratica de pactos confirmaveis por juramento; sim á pratica da liberdade em convenções matrimoniaes, *scilicet*, entre esposos e esposas, sobre quaesquer reservas e condições; assim para a vida, — *como para a morte* —.

(14) Ord. L. 4º T. 75 princ.

No texto da 1ª Edição estava—*são nullos*—, e agora digo, —*são annullaveis*—, porque a nullidade depende de acção—Regul. n. 737 de 25 de Novembro de 1850 Art. 685. Se a acção de nullidade fôr proposta depois da condemnação em Juizo Criminal, está provada a prisão em carcere privado, e não se-póde mais questionar no Juizo Civil sobre a existencia deste facto, e sobre quem seja seu autôr—Art. 68 da Lei de 3 de Dezembro de 1841.

— *Carcere privado* — : Vid. Art. 190 do Cod. Crim. Procede esta nullidade, sempre que qualquer das partes foi coagida á fazer o contracto por meio de *força* ou de *intimidação*. É um vicio do consentimento, analogo ao do *erro* e *dolo*. O Cod.

do Com. no Art. 129 n. 4º só prevenio este ultimo, mas falla do *erro* no Art. 220, e de todos estes vicios no Regul. n. 737 de 25 de Novembro de 1850 Art. 685. Estes vicios dão-se em prejuizo de uma das partes contractantes. Os vicios da *simulação fraudulenta*, e da *fraude*, dão-se em prejuizo de terceiros, como póde-se vêr na Not. ao Art. 358.

3.ª ED.

Av. n. 12 de 3 de Abril de 1843—Não ha caso algum, em que as Autoridades possam marcar a casa do cidadão para sua prisão.

Dado este facto, a prisão do cidadão em sua propria casa não fôra caso de *carcere privado* para o effeito do nosso Art. 355, porquanto estaria em liberdade o chamado prêso.

« No transumpto da Ord L. 4º T 75 princ. (Rebouças Observ. pags. 87 e 88) se-deveria usar de suas proprias expressões, ou, resumindo-as, na versão dellas dizêr cathegoricamente *nullos* os contractos referidos, e não *annulaveis*, por dependêr de acção e sentença a declaração formal de sua *nullidade*; pois que regra geral é sêr necessaria sentença declaratoria, ainda quando a lei diz—*por esse mesmo feito*—, conforme o Ass. de 20 de Julho de 1780. etc. »

Pois rejeita uma preciosidade, na posse indisputavel de muitas Legislações, da Doutrina, e da Jurisprudencia! A Ord. L. 4º T. 75 princ., dizendo—*não valha nem tenha effeito*—, guardou para mim a liberdade de consolidal-a, como devia, segundo os principios normaes das nullidades juridicas. O caso não é de gôsto arbitrario. E' de rigôr logico, porque, não se-negando para elle a dependencia de uma acção com a sua sentença declaratoria, só cumpria dizêr-se—*taes contractos são annullaveis*—, e não—*taes contractos são nullos*—. A differença effectiva destas duas especies lá está bem clara no Art. 686 do Regul. n. 737 de 25 de Novembro de 1850, e vê-se reconhecida nos Reguls. do imposto de transmissão de propriedade, no de 1869 Art. 14 ns. 2º e 3º, no de 1874 Art. 34 ns. 2º e 3º.

Sim, *acção rescisoria* póde sêr *acção annullatoria*; mas póde havêr *rescisão* sem *nullidade*, como nos casos de *lesão*, *beneficio de restituição*. Se applicação tivesse o Ass. 3º de 20 de Julho de 1780, meu escrevêr protegia-se com o moderno da legislação—*posteriora derogant priora*—; porém sua impropriedade salta aos olhos, tratando de *pena*, e não de *nullidade*. Parece

Art. 356. São porém validos os contractos feitos por prêso em cadêas, ou detenções, publicas (15).

Art. 357. Se esses contractos se-fizérem com quem requereu a prisão, devem sêr autorisadoş pelo Juiz ; precedendo informação sobre o motivo da prisão, justiça della, e utilidade do que se-quer contractar (16).

Art. 358. São tambem annullaveis os contractos simulados, á sabêr, em que as partes convencionarem *com malicia* o que realmente não querião convencionar ; ou seja para prejudicarem á terceiros, ou para defraudarem o pagamento de impostos, ou a disposição de qualquer lei (17).

pena em muitos casos a *nullidade*, mas em muitos outros como os de falta de discernimento, erro invencivel, não pôde parecêr *pena* sem moralidade no acto.

3.ª ED.

Os casos de nullidade dos contractos por *mêdo* ou *intimidação*, ou por qualquer género de *força*, entrão todos no que chamou—*coacção*—o Esb. do Cod. Civ. ; meños o *temôr reverencial*, que não se-reputa *coacção*.

Nos casos de *erro*, que dão logar á *repetições*, entra a *condictio indebiti* por se-ter pago por *erro* o que não se-devia.

(15) Cit. Ord. L. 4º T. 75 § 2º.

(16) Ord. L. 1º T. 78 § 11, e L. 4º T. 75 princ.

(17) Ord. L. 3º T. 34 § 1º, T. 59 § 25, e L. 4º T. 71.

Estão prejudicadas as penas desta Ord., e substituidas, quando haja estellionato, pelas do Art. 264 § 4º do Cod. Crim. A denuncia, que de si mesmos derem os delinquentes, não pôde mais operar o perdão, de que falla o § 1º dessa Ord. Tal denuncia importará confissão, e provará o delicto, nos termos do Art. 94 do Cod. do Proc. Crim. Vid. Not. ao Art. 591.

— *São tambem annullaveis*—: Na 1ª Edição estava—*são nullos*—, e fiz esta mudança, porque a nullidade dos contractos simulados tambem depende de *acção*, em que a simulação seja provada—Cod. do Com. Art. 129 n. 4º, e Regul. Com. n. 737 de 25 de Novembro de 1850 Art. 685. A simulação. do

mesmo modo que a fraude, ou qualquer outro vicio do consentimento, não se-presume; deve ser provada, á não haver lei expressa, que mande presumir em algum caso.

Não se-deve confundir a *simulação fraudulenta* com a *fraude*, posto que estes dois vicios sejam analogos, e se-distinguão do *erro*, *dolo*, e *coacção*, ou *violencia*; porque tendem ao prejuizo de pessôa, que não interveio no contracto. Quando ha *simulação fraudulenta*, as partes fazem apparentemente um contracto, que não têm intenção de fazer. Quando ha *fraude*, o contracto é verdadeiro, mas feito para prejudicar á terceiro, ou evitar impostos, ou illudir qualquer disposição da lei.

Que a nullidade proveniente da *fraude* dos contractos depende de acção, é expresso no Art. 828 do Cod. do Com.; com excepção porém dos casos limitativamente declarados no Art. 827, em que a lei quer, que se-presuma fraude, e pronuncia a nullidade em beneficio da massa fallida. O Art. 129 n. 5 do cit. Cod., não obstante a generalidade da sua redacção, assim deve sêr entendido; quero dizer, com referencia aos casos limitativos do Art. 828, e nada fóra delles. É exacta a doutrina do Assento 8º do Tribunal do Commercio desta Côrte com data de 6 de Julho de 1857, entendendo o citado Art. 828 do Cod. Em verdade, quando os contractos (de fallidos, ou de pessôas não commerciantes, pois que esta doutrina é geral) não são gratuitos, não podem sêr julgados fraudulentos, sem que se-prove têr havido má fé nas duas partes contractantes. Não acontece assim, quando os contractos são gratuitos; porque basta provar má fé da parte do devedôr, isto é, conhecimento do seu estado de insolvabilidade, porquanto são preferidos os que tratão *de damno vitando* aos que tratão *de lucro captando*.

— *Convencionarem com malicia, etc.* — : Trata-se das simulações fraudulentas, ou de má fé, em prejuizo de terceiros, ou da Fazenda Nacional, ou da disposição de qualquer lei; e não das simulações innocentes. No primeiro caso, as partes contractantes não são ouvidas em Juizo sobre a simulação, ou em acções de uma contra a outra, ou em acções contra terceiros; e somente terceiros prejudicados poderão demandar a nullidade dos contractos simulados. No segundo caso, qualquer das partes contractantes póde contra as outras allegar em Juizo a nullidade; e esta deve sêr julgada, ou para o fim de não produzir o contracto algum effeito, ou de valêr com o seu character verdadeiro.

« A razão do § 1º da Ord. L. 4º T. 71 (Rebouças Observ. à este Art.) continúa á dar-se, e é a de conseguir-se, que as simulações mais facilmente sejam provadas no intuito do § 25 da Ord. L. 3º T. 59, e punidos seus perpetradores. »

Não é possível condescendêr com esta censura. A Ord. L. 5º T. 75 sobre os *bulhões* e *illicidores* tem referencia á especie da Ord. L. 4º T. 7º § 2º, e ás do Art. 264 §§ 1º, 2º, e 3º, do Cod. Crim.; mas não aos contractos simulados, de que trata a Ord. L. 4º T. 71. O Art. 310 do Cod. Crim., tratando de factos criminosos pela legislação anteriôr, e não considerados como taes pela legislação actual, não é applicavel ao caso dos contractos simulados, que é punivel pela legislação actual na generalidade do § 4º do citado Art. 264 do Cod. O que tem applicação é o Art. 33 do Cod. Crim., e por virtude d'elle as penas da Ord. L. 4º T. 71 estão substituidas pelas do estellionato na hypothese do mencionado § 4º do Art. 264. O Art. 94 do Cod. do Proc. Crim., fallando em geral da confissão do réo em Juizo competente, não exclue a confissão feita no Juizo Civil, confissão que póde sêr invocada como prova no Juizo Criminal. Eu não supponho, que tal confissão se-faça no Juizo Civil; advirto simplesmente, que ella não opéra o perdão do § 1º da Ord. L. 4º T. 71. Pela legislação actual não ha caso possível de perdão de penas, senão nos declarados pelos Arts. 66 e 67 do Cod. Crim.

3.ª ED.

« Vigora (Rebouças-Observ. pags. 89 e 90) tudo, quanto disse em observação á Not. do Art. 358, na 1ª Edição. »

Não vigora, porque o Art. 94 do Cod. do Proc. Crim. contém uma disposição geral sobre o valôr da prova de confissão em materia criminal, disposição correspondida pelas das Ords. L. 4º T. 19 § 2º, e T. 52, e do Regul. n. 737 de 25 de Novembro de 1850 Arts. 155 á 165 (Consolid. Arts. 377 e 379) em materia civil. O Juizo Crim. póde funcionar para punição de *contractos simulados*, se estes fôrem estellionatos na hypothese do Art. 264 § 4º do Cod. Crim. Quando são criminosas as testemunhas de instrumentos arguidos por falsos, são accusadas, não jurão á seu favôr, jurão testemunhas contra ellas. E se não ha quem, imperfeição da justiça humana, fique impune o suppôsto crime!

Art. 359. Todos os contractos, em que se-dá, ou deixa, uma cousa por outra (18), podem sêr rescindidos por acção da parte lesada, se a lesão fôr *enorme*; isto é, se excedêr metade do justo valôr da cousa (19). (Arts. 560 e 859)

(18) São os contractos, que se-denominão—*commutativos*—.

(19) Ord. L. 4° T. 13 princ. e § 6°; salva a excepção do Art. 679. A expressão *lesão enorme* é vulgar, e acha-se admittida em nossos costumes. Só no § 10 a Ord. diz—*engano enormissimo*—. Veja-se o preambulo da Lei de 4. de Julho de 1776 sobre a lesão nos contractos de aforamento. (Not. ao Art. 606). Vid. Art 390 § 1.°

A regra do têxto, que faculta em geral rescindir por lesão enorme contractos commutativos, não procede nas cessões de credits, direitos, acções, heranças, e em geral, sempre que o objecto do contracto fôr duvidoso, dependente de futuras eventualidades, expondo o adquirente a perdêr ou ganhar—Repert. das Ords. Tom. 3° pag. 348.

O § 6° da citada Ord. L. 4° T. 13 designa as *transacções* entre os contractos rescindiveis por lesão, e no Repert. Tom. 3° pag. 354 toma-se esta palavra no sentido rigorôso, opinando-se que a *transacção* (contracto de composição entre as partes para extinguirem obrigações litigiosas ou duvidosas) tambem pôde sêr rescindida por lesão, reconhecendo-se todavia, que o caso é duvidoso. Entendo a Ord. por diverso modo, não tomo a palavra—*transacção*—em seu sentido rigorôso, porque a doutrina geralmente seguida é, que não se-pôde allegar lesão contra as transacções. Se ellas tem por objecto direitos litigiosos ou duvidosos, se o seu fim é a prevenção de demandas, a tranquillidade das partes; nada menos razoavel, do que facilitar litigios futuros sob pretexto de lesão.

3.ª ED.

Não esqueça aqui a excepção por motivo peculiar da Ord. L. 4.º T. 13 § 8º, consolidada no Art. 679, que nega aos mestres e officiaes de Cañteria, Alvenaria etc., o beneficio de rescindir por *lesão enorme* os ajustes de suas obras.

« Não parece licito (Rebouças Observ. pag. 92) pretendêr-se, que o termo—*transacções*—fosse cabido no § 6º da Ord. L. 4º T. 13, fóra de sua propria accepção juridica, etc. Não pôde sêr duvidoso, que as *transacções*, propriamente ditas, seião

Art. 360. A rescisão dos contractos lesivos será julgada pelo que vai dispôsto no Cap. da compra e venda (20), (Arts. 561 á 569)

Art. 361. O juro, ou premio, do dinheiro de qualquer especie será aquelle, que as partes convencionarem (21).

susceptíveis de *rescisão* ou *nullidade* por lesão enorme ou enormissima, conforme o § 6º da Ord. L. 4º T. 13 etc. »

Aceito esta censura, renuncio meu pensar á cima enuncia-do na 2.ª Ed. Em todos os contractos de dar-se, ou deixar-se, uma cousa por outra; amplissimamente, de *do ut des, do ut facias, facio ut des, facio ut facias*, é de justiça soccorrêr com o beneficio de rescisão por lesão enorme ou enormissima.

Sublinhei na censura do Sr. Rebouças as palavras—*rescisão—nullidade*—, para accusal-o summarissimamente, mas em regra, da sua confusão de *nullidade* com *rescisão*; accusação já encetada na Not. ao Art. 355, onde distingi as *acções de nullidade* das *acções de rescisão por beneficio*. A rescisão desfaz o acto *annullavel*, ou *rescindivel sem nullidade*. No caso de *lesão enorme* sem dolo não ha *nullidade*, não ha vicio exclusorio de consentimento; e porisso a Ord. L. 4º T. 13, como está escripto no § 8º, é uma *lei de beneficio*.

O Art. 389 § 2º *infra* prova, que as *transacções* podem sêr reicindidas por *lesão enormissima*.

(20) Cit. Ord. L. 4º T. 13 § 6º.

(21) Lei de 24 de Outubro de 1832 Art. 1º. Cessou portan-to o vicio da *usura*, e estão sem vigôr a Ord. L. 4º T. 67, e T. 70 § 1º, e todas as mais disposições sobre *contractos usurarios*. Cessou tambem a reprovação do—*anatocismo*—, e da—*mohatra*—(Ord. L. 4º T. 67 § 8º), ficando, essas immoderadas exigencias para o fôro da consciencia. Vid. Not. ao Art. 483.

O Cod. do Com. no Tit. dos—*juros mercantis*—em nada contraria a disposição da Lei de 24 de Outubro de 1832, e tudo quanto dispõe é applicavel em materia civil. O Art. 253, quando diz—*é prohibido contar juros de juros*—, não reprovaa o *anatocismo*; veda unicamente, que se contem juros de juros, quando assim não se-tivêr estipulado. A excepção desse Art. 253 sobre accumulações de juros em *contas correntes* não é propriamente uma excepção, é o reconhecimento da

estipulação de juros de juros, effeito implicito do *contracto de conta corrente*. Tem havido este contracto expressa ou tacitamente, sempre que duas pessoas (commerciantes ou não) estejam em relações de conta corrente; e então o credito e debito entre ellas vence reciprocamente os mesmos juros, e o saldo destes accumula-se ao do *capital*, ou *principal*, de periodo em periodo, quando a conta se liquida. As palavras desse Art. 253 —*de anno á anno*— não são taxativas, porque as partes em relações de conta corrente podem convencionar, que a conta se-liquide, de seis em seis mezes, de três em três mezes, ou em outros periodos, como acontece todos os dias. Tratando-se com banqueiros, ou sociedades bancarias, está entendido, que os periodos da liquidação de suas contas correntes são os do uso ou costume; ao qual as partes assentem tacitamente sem dependencia de estipulação expressa. O segundo periodo desse Art. 253 refere-se unicamente ás *contas correntes*, e quer dizêr, que depois de fechadas (pois fechadas estão quando se-levão á Juizo em acção contra o devedôr) não se-póde mais accumular juros ao ultimo saldo para vencerem novos juros. O Art. 254 tambem refere-se unicamente ás *contas correntes*, pois que só nestas ha contagem de juros reciprocos. Dissipe-se o erro, em que está nosso commercio sobre a intelligencia desse Art. 254 do Cod. Toda a conta não é conta corrente, uma cousa é conta simples, e outra conta corrente. Esta ultima *corre*, isto é, vai demonstrando reciprocamente as parcelas do debito e credito, sem compensação de umas com outras; para no fim do anno, ou de outro periodo, fazêr-se então a liquidação, ou compensação total. A conta simples *não corre*, applica-se a regra dos Arts. 439 e 433 n. 5º do Cod., não ha contagem de juros reciprocos; porque as quantias recebidas são pagamentos por conta, que se-compensão logo; e primeiro se-imputão em juros, quanto baste para solução dos vencidos.

Da regra do nosso Art. 361 *supra* resulta o direito do credôr para cobrar os juros ou premios estipulados, ou sejam *compensatorios* ou *moratorios*; mas esse direito cessa no caso do Art. 829 do Cod. do Com., que suspende o curso dos juros estipulados dêsde a abertura da fallencia do devedôr. Note-se, que esta suspensão é só á beneficio da massa fallida, e não do fallido. Esse Art. 829 comprehende em sua disposição todos os credôres, e não devia sêr assim.

Os credôres hypothecarios e pignoratícios devião recebêr seus juros até onde chegasse o producto dos bens hypotheca-

dos ou dados em penhôr. E como se-deve entender o Art. 831 do cit. Cod., que declara exigiveis todas as dividas passivas do fallido, ainda que não vencidas, com abatimento dos juros legaes correspondentes ao tempo, que faltar para o vencimento? Refere-se á todas as dividas, ou sómente á aquellas de que o credôr recebeu juros, ou reunio juros ao capital? É rezoavel entendêr, que refere-se á estas ultimas, para que o credôr só receba o capital effectivamente desembolsado, e a porção de juros vencidos antes da fallencia; entretanto a redacção desse Art. 831 é ampla, para não dizêr defeituosa. O defeito é evidente, quando se-diz—*a qualificação da quebra torna exigiveis*—, devendo dizêr-se—*a abertura da quebra*—. A difficuldade é maior, porque diz-se—*com abatimento dos juros legaes*—devendo dizêr-se—*com abatimento dos juros*—.

3.ª ED.

« Intoleravel é, (Rebouças Observ. pag. 94), que os contractos desses juros, quando enorme ou enormissimamente lesivos, como quaesquer outros *contractos feneraticios*, não ficassem sujeitos á acção constante do § 6º e do final do Tit. 13 da Ord. Liv. 4º; pois que, nem a mesma Lei de 24 de Outubro de 1832, nem alguma outra, o exceptúa, etc »

Em sua industria o jurisperito póde achar remedio para as exorbitancias desses *contractos feneraticios*. Quando a Ord. Liv. 4º Tit. 13 no § 6º diz—*em que se dá ou deixa uma cousa por outra*—, não usou da palavra *cousa* em sentido stricto, sim no romano de *cousa corporea* e *incorporea*; tanto assim que nesse mesmo § 6º favorece com o benefício da lesão enorme o uso de *cousas nos arrendamentos*, e no § 8º nega-o por motivo peculiar na locação d'obras (Consolid. Art. 679). Não se-argumente com a liberdade reconhecida na Lei de 24 de Outubro de 1832 Art. 1º, porque a mesma liberdade se-reconhece para a compra e venda na Ord. Liv. 4º Tit. 11 princ. *ibi*—*Cada um poderá vender a sua cousa pelo melhor preço que poder*—; e todavia essa mesma Ord. Liv. 4º no Tit. 13 acodio aos urgidos pela necessidade, permittindo rescindir por *lesão enorme* a compra e venda.

« O Autôr da Consolid. (Orlando Cod. Com. pag. 356) diz:— E como se-deve entendêr o Art. 831 do Cod. do Com. etc. ?— O maior defeito está em nossa acanhada intelligencia, por não entendêrmos o Escriptôr etc. »

Taes ingenuidades, embora ironicas, não devem ficar sem remedio. O *abatimento dos juros legaes* (palavras do Art. 831 do Cod. do Com.) refere-se por certo á dividas á vencêr,

Art. 362. Para-prova desta convenção é necessária escriptura publica, ou particular, não bastando nunca a simples prova testemunhavel (22).

mas nas dividas á vencêr podem occorrêr três hypotheses: 1.^a—O credôr, ao passar do titulo, recebeu logo os juros, e o titulo só enuncia o capital da divida: 2.^a—O credôr, ao passar do titulo, não recebeu os juros, e o titulo enuncia o valôr do capital com seus juros: 3.^a— Não se fêz assim, o titulo só enuncia o capital da divida, e promete o pagamento do capital com os juros.

A' qual destas hypotheses referio-se o *ingenuo Censôr* em seu figurado exemplo de uma letra de 1:000\$000, faltando 3 mezes para seu vencimento á contar do dia da qualificação da quebra? Deve-se crêr, que á 2.^a hypothese; porque abate 15\$000 de juros á 6%, e diz, que pela importancia apenas de 985\$000 representará o credôr nos dividendos. Referido seu exemplo á 1.^a hypothese, injustiça; porque equivaleria reduzir 1:000\$000 á 985\$000, á restituir o credôr á massa 15\$000 de juros adiantadamente recebidos. Referido á 3.^a hypothese, tambem injustiça; porque o credôr devêra figurar nos dividendos por 1:000\$00, e mais pelos juros vencidos até o dia da qualificação da quebra.

Tanto é razoavel entendêr-se a referencia do Art. 831 do Cod. do Com. á 2.^a hypothese, que o *modesto Censôr* nessa mesma hypothese erigiu sua exemplificação. Não é razoavel applical-a na 1.^a hypothese, porque não se-concebe exigibilidade de dividas passivas para a parte dellas já recebida pelo credôr, embora juros.

Para tudo ha regras! Responda-me no tribunal da razão: será justo em prejuizo da massa fallida reduzir á juros da lei os convencionados em mais elevada taxa? Será justo, ainda em prejuizo da massa, retardar para a qualificação da quebra o effeito da exigibilidade das dividas passivas com o consequente da cessação dos juros, quando não é a qualificação, sim logo a abertura da quebra, que tal effeito produz?

(22) Cit. Lei de 24 de Outubro de 1832 Art. 2.^o.

Para prova desta convenção—: a de juros ou premios do di-nheiro que se-devêr, *compensatorios* em todo o caso, ainda que sejam de seis por cento ou de menos; *moratorios*, se fôrem superiôres á seis por cento, ou de seis por cento para sêrem pagos na falta do pagamento pelo simples factio do vencimento

Art. 363. Quando alguém fôr condemnado em Juizo á pagar juros, que não fôssem taxados por convenção, contar-se-hão á seis por cento ao anno (23).

do prazo sem dependencia de constituir-se o devedôr em mora — Cod. do Com. Arts. 138, e 248. Estas disposições do Cod. do Com. são do Direito Civil. Não é só em commercio, que a lei pôde mandar contar juros dèsde logo; isto tambem se dá no Direito Civil, como, por exemplo, no caso do Art. 26 do Cod. Crim. (Art. 805 Consolid). A segunda parte do Art. 248 do Cod. do Com. é igualmente applicavel em materia civil, isto é, havendo estipulação de juros sem declaração do quantitativo, ou do tempo, entende-se, que as partes convencionarão juros da lei, e só os da mora.

E' necessaria escriptura publica, ou particular, não bastando nunca a simples prova testemunhal—: Como só exige para prova a escriptura publica ou particular, e não para existencia da estipulação de juros; segue-se, que é admissivel a prova da confissão, ou do juramento judicial da parte—Arts. 374 e 377, Consolid. Como admite em geral a prova de escriptura particular, segue-se, que a prova pôde sêr feita por instrumento particular assignado pelo devedôr, ou só por elle escripto sem assignatura. Como exclue a *simples prova testemunhal*, segue-se, que é admissivel a prova testemunhal como começo de prova por escripto, ou (Art. 123 Cod. do Com.) como subsidiaria de provas por escripto.

A disposição do nosso têxto (Art. 2º da Lei de 24 de Outubro de 1832) é excepcional da regra commum do Art. 368 Consolid. (Alv. de 30 de Outubro de 1793)? Sim. A estipulação de juros não se-pôde provar por testemunhas, ainda que o valôr não exceda 1:200\$000 rs.

Tambem é excepcional da regra do Art. 123 do Cod. do Com., que admite a prova testemunhal nos contractos de valor não excedente á 400\$000 rs. ? Não, porque o Cod. do Com. é lei posterior.

(23) Cit. Lei de 24 de Outubro de 1832 Art. 3º.

O pensamento deste Art. é o mesmo dos Arts. 249 e 289 do Cod. do Com. Quaes os casos de condemnação em Juizo ao pagamento de juros não estipulados? Dão-se esses casos, sempre que demanda-se em Juizo o pagamento de dinheiro, porque os juros de seis por cento ao anno—*juros da lei*—*juros legais*—são a indemnisação das pêrdas e interesses resultantes

da mora do cumprimento de taes obrigações. As indemnisações de perdas e interesses da mora no cumprimento de todas as outras obrigações resolvem-se em pagamento de sommas de dinheiro, que representam o valôr dellas ; e, portanto, nas obrigações de dinheiro, a indemnisação só pôde consistir em pagamento de dinheiro. Com as variadas applicações que o dinheiro pôde têr, nada fóra mais perigoso que facultar a prova do damno, que soffre cada um pela privação de seu dinheiro, e lucros que poderia têr se o-recebesse no dia do vencimento da obrigação. Este perigo evitão as legislações, taxando invariavelmente o prejuizo resultante da falta de cumprimento de todas e quaesquer obrigações de dinheiro. Nem o credôr pôde exigir mais á pretexão de não ficar sufficientemente indemnizado, á não havêr lei expressa que o-autorise ; nem o devedôr pôde eximir-se de pagar, ainda que prove não ter soffrido o credôr algum prejuizo, ou têr soffrido prejuizo correspondente á menor indemnisação. Os Juizes, em taes casos, só podem condemnar nos juros da lei, não podem mandar fazer liquidações de prejuizos.

A redacção do Art. 249 do Cod. do Com., mais instructiva que a do Art. 3º da Lei de 24 de Outubro de 1832, resente-se do defeito de ligar a verdade, que enuncia, ao caso somente das condemnações judiciaes. Sua regra applica-se em Juizo, e fóra d'elle. Quem deve dinheiro, e paga depois do vencimento, está obrigado á pagar juros da lei (se não estipulou outros), sempre que este effeito da mora não dependêr de interpellação judicial. Neste sentido está bem redigido o Art. 289 do cit. Cod. quando diz—*consistindo em dinheiro, pagard por indemnisação o juro legal somente*—.

Não se-deve esquecer, que pelo Art. 38 do Regul. Com. n. 737 a citação para conciliação, ou comparecimento voluntario das partes na audiencia do Juiz de Paz, constitue dêsde logo o devedôr em mora ; comtanto que a acção seja proposta até um mez depois do dia, em que se não verificou a conciliação. Será da mesma maneira no Juizo Civil? Não.

Não procede a disposição do nosso texto (Art. 3º da Lei de 24 de Outubro de 1832) quanto á dividas provenientes de alcances de Thesoueiros, Collectores, ou outros empregados, ou pessoas á cujo cargo estejam dinheiros publicos, as quaes são sujeitas ao juro annual de 9 %, em todo o tempo da indevida detenção—Lei n. 514 de 28 de Outubro de 1848 Art. 43 ; sendo extensiva esta obrigação aos fiadores—Port. n. 56 de 2 de Março de 1849 ; aos Escrivães dos Juizes de Paz, Subde-

legados, e Delegados, encarregados da arrecadação do sello—
Ord. n. 261 de 30 de Dezembro de 1850, aos Curadôres de
heranças jacentes — Port. n. 34 de 23 de Janeiro de 1851, e
aos depositarios particulares de dinheiros pertencentes á Fa-
zenda—Ord. n. 221 de 28 de Agosto de 1851.

3.ª ED.

O Alv. de 17 de Janeiro de 1757 modificou a Ord. L. 4ª
T. 67, que prohibia os contractos usurarios; mas prohibindo
dar-se dinheiro *d juro*, além de cinco por cento.

O Alv. de 6 de Agosto do mesmo anno facultou dar-se *d juro*
de cinco por cento todas as quantias, em que as partes
se-ajustassem.

O Alv. de 5 de Maio de 1810 permittio para o Commercio
Maritimo dar-se dinheiro por qualquer premio.

Av. n. 75 de 20 de Março de 1849 — Marca os prazos, em
que devem sêr recolhidos aos Cofres as rendas publicas, além
dos quaes págão os exactôres nove por cento de *juros*.

Av. n. 123 de 7 de Maio de 1849 — Na satisfação do damno
causado por Empregados alcançados, conforme os Arts. 21 e
22 do Cod. Crim., comprehendem-se os *juros*; não só os or-
dinarios, como até os *juros* compostos.

Av. n. 156 de 6 de Julho de 1853 — Se pelo facto da inde-
vida detenção dos dinheiros publicos arrecadados fica sujeito
o Collectôr ao *juro* de 9 %, da quantia detida até sua real en-
trega; é fóra de duvida, que taes *juros* se-devem contar da
total importancia detida.—Vid. Ords. n. 162 de 13 de Julho
de 1853, e n. 167 de 29 de Julho do mesmo anno.

Lei n. 779 de 6 de Setembro de 1854 Art. 13—Vid. Not.
ao Art. 297 *supra*.

Regul. n. 5581 de 31 de Março de 1874 Arts. 31 e 32
—A' favôr da Fazenda Pública (Art. 31) contar-se-hão *juros*
legaes dêsde que decorrer um anno completo do fallecimento
do testado ou intestado; salvo se houver maior prazo para
cumprimento do testamento, ou se fôr prorogado o tempo da
conclusão do inventario:

Os *juros* do imposto da *propriedade separada do usufructo*
são devidos *depois de um anno da extincção do usufructo*:

No caso de fideicommisso, depois de igual praso contado do
dia, em que a propriedade passar do *dominio do fiduciario*
para o de seu successôr:

O testamenteiro ou inventariante morôso (Art. 32) é *personal e solidariamente responsável* pelo imposto, e *respectivos juros*, guardada a disposição do Art. antecedente (Regul. n. 2708 de 15 de Dezembro de 1860 Art. 25, Resol. de 21 de Maio de 1821).

São inintelligíveis estas disposições do Regul. n. 5581 de 31 de Março de 1874 na parte relativa aos *juros* em casos de *usufructo*, e de *fideicommissio*, denunciando têr havido equivoco :

Quanto ao usufructo, diz elle, que os *juros da propriedade separada* (nú-propriedade) são devidos *depois de um anno da extincção do usufructo*; mas como assim, se, extinto o usufructo, não ha já propriedade separada, e o proprietario deve pagar o impôsto como nos casos ordinarios ?

E se deve pagar o impôsto de transmissão de propriedade plena, quando pôde têr execução o Art. 25 n. 6º liquidando a propriedade separada do usufructo no producto do rendimento de um anno multiplicado por 10 ? Com a nú-propriedade nada recebe o nú-proprietario, de que deva pagar impôsto; tem de recebêr a propriedade vestida, quando extinguir-se o usufructo, e pagará então o impôsto.

Quanto ao fideicommissio, cabe sem differença este mesmo reparo á respeito do *usufructo*. Estes dois casos não divergem senão pela differença ideal de propriedade quebrada no usufructo, e propriedade inteira no fideicommissio á dependêr da sobrevivencia do fideicommissario ; mas, antes do evento desta condição, e depois d'elle affirmativamente, são identicas as posições dos respectivos titulares. Que exprimem estas palavras—*depois de igual praso contado do dia em que a propriedade passar do dominio do fiduciario para o de seu successôr*—, se tal passagem não se-dá nunca para algum successôr do fiduciario ? Evento affirmativo da condição, passão os bens para o fideicommissario. Evento negativo, passão os bens para o herdeiro ou herdeiros do constituinte do fideicommissio ; que pôde sêr um testadôr, ou um doadôr. E' patente o equivoco pela simples leitura do Art. 6º desse mesmo Regul. n. 5581 de 31 de Março de 1874, onde os grãos de parentesco entre o fiduciario, e o testador, entre o fideicommissario e o testador, entre o fiduciario e fideicommissario, envolvem este assumpto em confusão impenetravel.

Av. n. 415 de 6 de Novembro de 1874—A conta do *principal e juros* nas execuções judiciais deve sêr feita segundo o

Art. 364. São permittidos os *censos reservativos*, em que se-aliena um predio, reservando-se qualquer porção de fructos ; ou de dinheiro de sua annual producção, ou rendimento ; ainda que haja outra especie de contracto, que lhes-mude a natureza (24).

Art. 365. São do mesmo modo permittidos os outros censos ; ou tenham a natureza de compra e venda, ou de emprestimo de dinheiro (25).

julgado, e não pelo modo por que entender a Thesouraria Provincial.

(24) Alv. de 16 de Janeiro de 1773 § 3º. Entre nós se-usa de taes contractos. A disposição do Art. é uma consequencia da justa faculdade conferida pelo Art. 1º da Lei de 24 de Outubro de 1832. As restricções do citado Alv., promulgadas para o Algarve, mas generalisadas pelos Praxistas, tinham por fim cohibir as—*usuras disfarçadas*—; isto é, as pensões dos censos, que excedessem a taxa do juro. Ora, se a convenção do juro é franca, cessou a razão da Lei anteriôr, e do principio opposto resulta plena liberdade para convenção de censos. —A simples estipulação de *censos* não dá direito real ao credôr delles sobre o predio alienado. Não terá direito, se não estipular hypotheca, e esta não fôr registrada. Não ha hoje outros direitos reaes, senão os limitativamente designados na recente Lei hypothecaria.

(25) Estes outros censos são os chamados—*consignativos*—, de que tratão o Alv. de 13 de Dezembro de 1614, de 14 de Outubro de 1641, de 12 de Outubro de 1643, de 23 de Maio de 1678, de 15 de Setembro de 1766 ; de 16 de Janeiro, e 4 de Agosto, de 1773, e de 15 de Julho de 1779. Taes contractos não erão mais que emprestimos de dinheiro á juro, só com a differença de pagar-se o juro em fructos, e não em dinheiro; porém a desabrida perseguição, segundo as idéas do tempo, contra as *usuras* provocou recursos engenhosos. Para defraudar as Leis, o emprestimo foi convertido em compra e venda; o mesmo contracto de juros de dinheiro tomou esta dominação, como vê-se no citado Alv. de 23 de Maio de 1698. Desta metamorphose seguia-se, que, por sêr compra e venda (de que até se-pagava siza), o contracto pôdia sêr *lesivo*, mas não

Art. 366. A escriptura publica, ou é da *substancia* dos contractos, ou só necessaria para sua *prova* (26).

Art. 367. É a escriptura publica da *substancia*, dos contractos :

usurario. Seguia-se mais, que era um contracto perpetuo, e irremivel. E porquanto não fôsse esta a intenção das partes contractantes, applicou-se-lhe o pacto de—*retro*—; e dest'arte era remivel, e dava logar, á que o devedôr pudesse pagar sua divida. O Alv. de 16 de Janeiro de 1773 já chama—*mutuantes*—os suppostos compradôres de *censos* e *juros*, procurando obviar as fraudes. Se actualmemente não se-usa no Brazil de taes contractos, elles são possiveis, e com toda a amplitude da Lei nova de 1832. Quanto ás suas regras nada exis'e no Direito Patrio, que só attentou ás *usuras*. Cabe aqui a mesma observação final da Nota antecedente sobre os *censos reservativos*.

(26) Ord. L. 4^o T. 19 *per totum*, Cod. do Com. Art. 124, Regul. Com. n. 737 Arts. 159, 682 § 2^o, e 690.

Já observamos na Not. ao Art. 343, que o primeiro elemento dos contractos é a *capacidade das partes contractantes*; e na Not. ao Art. 344, que o segundo elemento é seu *objeto*. Ora, o terceiro elemento é o seu *modo*, e o quarto é sua *fôrma*. Deste ultimo elemento, no ponto de vista da *escriptura publica* (uma das fôrmas dos contractos) trata-se neste Art., e no seguinte 367.

Todo o contracto (especie importante das declarações de vontade, e mesmo dos actos juridicos) tem necessariamente um *modo*, e uma *fôrma*. Tem necessariamente um *modo*, porque as partes contractantes prestão seu consentimento para um ou mais effeitos designados, ou para certo fim. Tem necessariamente uma *fôrma*, porque não ha contracto sem declaração de vontade, e não ha declaração de vontade sem manifestação exterior qualquer que ella seja, expressa ou tacita, escripta ou oral.

Mas cada *modo de contractar* entra em um genero de contractos, constitue uma especie do genero, póde ter uma modificação; e tudo isto é distincta e scientificamente regulado pelo Direito Civil com denominações proprias ou sem ellas. Ora, como sabêr qual a regra applicavel á cada um dos contractos, sem que elle tenha um modo caracteristico? As

partes podem contractar por um certo modo, que seja repugnante à essência do contracto, que designão. Podem sêr omissas sobre os effeitos do contracto, podem alterar os effeitos previstos nas regras ou disposições legais, que regulão o contracto. D'ahi a importante differença, que os Juizes e Advogados de vem constantemente meditar sobre o que chamão os Autores—*essentialia negotii* (no sentido dos caracteres que varião segundo o fim particular das diversas especies de contractos, sem os quaes o contracto dado não póde existir),—*naturalia negotii* (effeitos que derivão da natureza do contracto, tal como as leis o regulão, e que se-subentendem, ainda que as partes seião omissas, á menos que tenham convencionado o contrario) ;—*accidentalialia negotii* (modificações que alterão a natureza do contracto, ou seus effeitos previstos na lei, salva porém a essência delle).

Tambem as legislações para advertirem terceiros, que são sêr prejudicados, exigem para certos contractos uma *fôrma especial*, ora de instrumento publico em geral, ora de escriptura publica (uma das especies de instrumento publico), ora de instrumento em geral publico ou particular, ora finalmente de uma certa classe de instrumentos particulares; e tudo isto, ou em geral com os requisitos proprios de cada uma das mencionadas fôrmas, ou com o additamento de requisitos e solemnidades especiaes. Em todos estes casos a fôrma do contracto é um elemento essencial delle, e d'ahi a maxima *fôrma dat esse rei*—. Fóra destes casos, é livre ás partes declarar sua vontade nos contractos por qualquer fôrma que seja.

Assim deve sêr entendido o têxto do Art. 366 *supra*, dizendo que a escriptura publica, ou é da substancia dos contractos, ou só necessaria para sua prova. Nos casos, em que a escriptura publica é só necessaria para prova dos contractos (já que não é da essência delles), é livre ás partes, como acabamos de dizêr, declarar sua vontade por qualquer fôrma. Errão pois todos aquelles, que, não vendo uma escriptura publica, senão unicamente um instrumento particular de quantia superior á taxa da lei (Art. 368 Consolid.), opinão, que o contracto é nullo, e negão direito ao credôr para demandar em Juizo; ou julgão, que o credito não está provado.

Quando o legisladôr declara, que um contracto não se-póde fazer sem escriptura publica, seu ponto de vista é o acto da celebração do contracto. Quando porém declara, que o

§ 1.º Nas doações, que devem sêr insinuadas (27): (Art. 413)

contracto não se-pôde provar senão por escriptura publica, seu ponto de vista é outro, suppõe já feito o contracto; e tanto assim c-suppõe, que o-considera contestado, e dependente da necessidade de prova. Como pois entender neste segundo caso, que a falta de escriptura publica induz a nullidade do contracto? Se neste segundo caso a escriptura publica não é um elemento essencial do contracto, como pôde havêr nullidade sem têr havido preterição de elemento essencial? O fim do legisladôr neste segundo caso, tendo sido simplesmente a prova do contracto, é claro, que tal fim se-consegue, quando a parte obrigada confessa o contracto, O complemento do Art. 366 *supra* nesta parte está no Art. 373 *infra*, que trata da confissão do devedôr pelo reconhecimento do instrumento particular, que passou e assignou, ou sómente assignou; no Art. 374 *infra*, que trata da confissão do devedôr em juramento judicial; e no Art. 377 *infra*, que trata em geral da confissão judicial do devedôr.

O Cod. do Com. tem infelizmente concorrido para o erro, que censuramos, usando das mesmas palavras quando determina, que a fôrma escripta seja da essencia do contracto, e quando quer que o contracto só possa provar-se por escripto. No Art. 265 diz, que a *hypotheca só pôde provar-se* por escriptura publica; no Art. 271 diz, que o contracto de penhôr *só pôde provar-se* por escripto; no Art. 300 diz, que o contracto de sociedade *só pôde provar-se* por escriptura publica ou particular; e desta identidade de expressão podem concluir, e tem concluido, os impêritos, que sem fôrma escripta não ha contracto de penhôr, da mesma maneira que não ha contracto de sociedade ou de hypotheca. Entretanto não é assim, porque a fôrma escripta não é da substancia do contracto de penhôr. Quando a fôrma escripta fôr da substancia do contracto, o legisladôr deve dizêr—*o contracto só se-pôde fazer por tal fôrma*. Quando a fôrma escripta fôr só necessaria para prova do contracto, deve então dizêr—*o contracto só pôde provar-se por tal fôrma*.

(27) Cit Ord. L. 4º T. 19 princ.

As doações devem sêr insinuadas, quando excedem as taxas designadas no Art. 411 *infra*; segundo fôrem feitas por varão, ou por molhér. Ha todavia doações, que devem sêr insinuadas, e que não dependem de escriptura publica—Not. ao Art. 413 *infra*.

§ 2.º Nos contractos de afóramento de bens ecclesiasticos (28) : (Art. 605)

§ 3.º Nos contractos esponsalicios (29) : (Art. 76)

§ 4.º Nos de hypotheca, salva a excepção do Art. 1280 (30) :

§ 5.º Nos de compra e venda de bens de raiz, cujo valór excedêr de duzentos mil réis (31) : (Art. 590)

(28) Cit. Ord. L. 4º T. 19 princ. Na pratica reputa-se a escriptura publica como substancial de todos os aforamentos.

Devo observar, que á despeito da Ord. L. 4º T. 19 pr. muitos aforamentos de bens ecclesiasticos existem entre nós sem escriptura publica, constando apenas de assentos lavrados em livros. Para não fazêr-se injustiças, cumpre attendêr ao que sensatamente tem escripto Lobão Dir. Emphyt. Not. ao § 67.

(29) Lei de 6 de Outubro de 1784 § 1º.

E' extensiva esta Lei aos contractos de casamento em geral, puramente esponsalicios, ou não—Vid. ao Art. 88. Não procede a disposição do têxto no caso do Art. 78.

(30) Lei de 20 de Junho de 1774 § 33, Cod. do Com. Art. 265.

Cessou a excepção do Art. 1280, porque a recente Lei hypothecaria Art. 4º § 6º diz: « A escriptura (publica) é da substancia da hypotheca convencional, ainda que privilegiadas sejam as pessoas, que a-constituirem. »

(31) Lei n. 840 de 15 de Setembro de 1855 Art. 11. Essas compras e vendas devem sêr feitas (diz a Lei) por escriptura publica, sob pena de nullidade.

Circ. n. 49 de 22 de Janeiro de 1856, Av. n. 409 de 16 de Dezembro do mesmo anno, e Ord. n. 235 de 30 de Julho de 1858.

A escriptura publica tambem é da substancia de todo e qualquer contracto de compra e venda, troca, e dação *in solutum*, de escravos, cujo valór ou prêço excedêr de 200\$000 rs., qualquer que seja o logar em que taes contractos se-effectuarem—Lei n. 1114 de 27 de Setembro de 1860 Arts. 11 § 3º, e 12 § 7º, e Regul. n. 2699 de 28 de Novembro do mesmo anno Art 3.º Esta disposição só vigora na Côrte e seu Municipio. Nas Provincias regem as Leis Provinciaes—Vid. Decr. n. 2833 de 12 de Outubro de 1861.

1: Loat#000 fica detido ao pagamento de credito; Contol das lei cit-ar,
68 de Ch: 79 de 23 de agosto de 1892 segundo a qual procla o creditor
com testemunhal ou escriptura particular or titulos que exhibir. Se e' de
cauda o creditor não ha de ser qu' antes de 1: avos os (não just
e marcado s'ha prohibido. e que a lra
de facto em pag' amulto.

256

§ 6.º Quando as partes convierão expressamente em fazer escriptura, ou se possa presumir têr sido sua vontade não valêr o contracto sem escriptura (32). (Art. 513)

Art. 368. É necessaria a escriptura publica para *prova* dos contractos; quando o objecto delles excedêr a taxa de 800\$000 r.º em bens de raiz, e de 1:200\$000 r.º em bens moveis (33).

Art. 369. Exceptuão-se da geral disposição do Art. antecedente:

3.ª ED.

Av. n. 515 de 25 de Novembro de 1868—A venda de terras devolutas, e de outros immoveis pertencentes á Nação, sempre que exceda de 200\$000 rs., deve-se fazer por escriptura publica, sob pena de nullidade. (Recommendo a leitura deste Av.)

Av. n. 492 de 3 de Dezembro de 1872—A venda de immoveis da Nação, cujo valôr exceda de 200\$000 r.º, deve sêr feita por escriptura publica; não se cobrando porém o impôsto de transmissãõ de propriedade, por não sêr devido das *alienações* de bens nacionaes, provinciaes, e municipaes, mas simplesmente o sello proporcional. (Os Regulamentos do impôsto de transmissãõ, o de 1869 Art. 4º n. 1º, o de 1874 Art. 23 n. 1º, dizem com effeito:—São isentos do impôsto os actos translativos de bens DE OU PARA O Estado, Provincia, ou Município).

32) Ord. L. 4º T. 19 princ. e § 1º.

(33) Alv. de 30 de Outubro de 1793, que ampliou a Ord. L. 3º T. 59. Não se tem assim entendido este Alv., e porisso vemos estabelecida no Art. 123 do Cod. do Com. a taxa de 400\$000 rs. (quanto á prova de testemunhas) para os contractos commerciaes, quando devia sêr seperiôr á dos contractos não commerciaes. Examine-se com attençaõ o têxto do Alv., e a presente interpretação será justificada No Officio de 23 de Setembro de 1835 até declarou-se, que o Alv. estava sem vigôr!

3.ª ED.

Leião-se para esclarecimento as observações do Sr. Rebouças (págs. 95, 96, e 97) sobre este Art. 368.

§ 1.º Os contractos celebrados nos logares, em que não houver Tabellião, nem Escrivão do Juizo de Paz (34); e tão distantes das Cidades, Villas, e Freguezias, onde os-houverem, que não possam as partes commodamente ir e voltar para suas casas no mes mo dia (35):

§ 2.º Os celebrados em viagem de mar, escriptos pelo Escrivão do navio; e por elle assignados, e pelas partes contraentes, e testemunhas; comtanto que sejam depois ratificados por Tabellião, logo que chegue o navio á porto nacional (36):

§ 3.º Os contractos entre pai e filho, não o adoptivo; entre filho e mãe, entre sógro e sogra, genro e nora durante o matrimonio; entre irmãos germanos, ou unilateraes; primos co-irmãos, e entre sobrinhos e tios (37):

As excepções do seguinte Art. 369 accrescem mais estas duas:

Regul. n. 5135 de 13 de Novembro de 1872 Art. 48 § Un. —As doações para liberdade são independentes de escriptura publica: (Art. 411)

Regim. de Custas n. 5737 de 2 de Setembro de 1874 Art. 202—Os contractos dos Advogados sobre seus honorarios, qualquer que seja seu valôr, podem sêr feitos por escripto particular, assignado pelo Advogado e pelo seu cliente. (Art. 468)

(34) Lei de 30 de Outubro de 1830, Av. de 1 de Agosto de 1831, e de 25 de Outubro de 1850 nos Additamentos.

(35) Alv. de 30 de Outubro de 1793, combinado com a Lei de 30 de Outubro de 1830. O Alv. estabelece como regra o que é excepção. Inverti a redacção sem alterar o sentido.

(36) Ord. L. 3º T. 59 § 2º.

(37) Cit. Ord. L. 3º T. 59 § 11.

A Lei de 2 de Setembro de 1847 alterou esta Ord. quanto á prova dos contractos entre pai e filho natural? Negativamente resolve o illustrado Autôr do Commentario á essa Lei Quest. 16ª. Minhã opiniao é, que ninguem á titulo de filho natural póde invocar em seu favôr a Ord. L. 3º T. 59 § 11, sem que por filho natural esteja reconhecido em escriptura publica, ou testamento, nos termos da citada Lei Arts. 2º e 3º.

§ 4.º Os contractos dos commerciantes, que se regularão pelas disposições do Cod. do Commercio (38):

(38) Cit. Ord. L. 3º T. 59 § 13, Ass. 6º de 23 de Novembro de 1769, Lei de 20 de Junho de 1774 § 42, Cod. do Com. Arts. 20, 22 á 25, e 121, e seguintes, e Regul. Com. n. 737 de 25 de Novembro de 1850 Art. 141. Pôsto que a disposição n. 1º do Art. 23 do Cod. do Com. pareça subordinada ás palavras do côrpo desse Art., quando exige, que os *livros commerciaes* se-achem com as formalidades prescriptas no Art. 13, sem vicio, nem defeito, etc. ; estará em erro quem suppozér, que sem esses requisitos taes livros não fazem prova contra commerciantes, que os escripturárão, ou mandárão escripturar, e seus successôres. É regra invariavel, que todo o instrumento particular faz prova contra quem o-escreveu, ou mandou escrevêr; e porisso diz o Regul. n. 737 de 25 de Novembro de 1850 Art. 144— « Em todo o caso os actos e factos referidos, narrados, ou enunciados, fazem prova plena contra aquelle, que os-refere, narra, ou enuncia. » A exactidão do que fica dito confirma-se com a boa doutrina de Per. e Souz. § 218 e Nots. 469, e 470. Exige-se, que os *livros dos commerciantes* tenham as formalidades do Art. 13 do Cod. do Com., estejam curiaes, sem vicios nem defeitos, e mercantilmente escripturados, só para o caso de provarem em favôr delles; e precisamente porque dá-se aqui uma excepção da regra, de que os instrumentos particulares não provão á favôr de quem os-escreveu. Esta excepção motivou a exigencia das mencionadas garantias.

Pela legislação civil acima citada os *instrumentos particulares* de contractos dos commerciantes entravão na classe dos alvarás de *pessoas privilegiadas*, susceptiveis de sêr ajuizados por assignação de dez dias—Per. e Souz. Lih. Civ. § 486 n. 2º, e Not. 958. Como porém se-deve entendêr o Art. 247 do cit. Regul. Com. n. 737? Diz no § 2º, que a *assignação de dez dias* compete aos instrumentos de contractos commerciaes, e no § 4º ás *notas promissorias* ou escriptos de transacções commerciaes. Se desta redacção resulta, que todos os *instrumentos particulares* de contractos commerciaes podem sêr demandados por *assignação de dez dias*, quaes são esses outros escriptos particulares, que o Art. 261 do mesmo Regul. faculta demandar por *acção de reconhecimento*? Não restão

§ 5.º Os dos Arcebispos, e Bispos Diocesanos, Principes, Duques, Marquezes, Condes ; ainda que só por elles assignados, e passados por seus Secretarios (39) : (Art. 457)

§ 6.º Bem assim os escriptos e assignados por Arcebispos, Bispos Titulares, Abbades que gozão das prerogativas episcopaes, Fidalgos, Cavalleiros Fidalgos ; Doutóres em Theologia, Canones, ou Medicina, e por Magistrados (40) : (Art. 458)

outros *instrumentos particulares* senão os de contractos, que não são commerciaes ; entretanto que estes não são da competencia do Juizo Commercial, segundo a disposição dos Arts. 10 e 11. A ultima consequencia pois vem á sêr, que no Juizo Commercial são dispensaveis as *acções de reconhecimento*, ou então, que ficão letra morta os §§ 2º e 4º do Art. 247. Quem quizer andar seguro proponha *acções de reconhecimento* para não ficar exposto ao arbitrio da interpretação dos Juizes, embora incorra na censura de imperito por não têr intentado dêsde logo uma de *assignação de dez dias*.

3.ª ED.

Esta minha censura do Regul. Com. n. 737 Art. 247 pa rece têr sido approvada por Orlando Cod. do Com. pag. 503, visto que simplesmente a-traslada.

(39) Cit. Ord. L. 3º T. 59 § 15. Os instrumentos particulares dos contractos das pessôas designadas no têxto podem sêr ajuizados por *assignação de dez dias* — Per. e Souz. Linh. Civ. Not. 958.

(40) Cit. Ord. L. 3º T. 59 § 15. Sobre o que se-deva entendêr por *magistrados* veja-se a Not. ao Art. 458 § 4º.

Cabe aqui a mesma observação da Nota antecedente.

« Não se-achão contempladas (Rebouças Observ. á este Art.) as palavras do Alv de 30 de Outubro de 1793—*sem distincção de pessôas e de quantias*—, derogatorias do § 15 da Ord. L. 3º T. 59, etc. »

Não me consta, que alguém tenha assim entendido o Alv. de 30 de Outubro de 1793. O que se-tem entendido é, que esse Alv. elevou para o Brazil as taxas da Ord. L. 3º T. 59, mas que deixou intactas as excepções dessa Ord. Isto confirma-se com a legislação moderna citada nas Notas aos Arts. 457, 458, e 459, Consolid.

§ 7.º Os empréstimos de roupas, alfaias, animaes, e prata de serviço domestico (41):

§ 8.º As encommendas para fóra do paiz (42):

§ 9.º Os contractos feitos por Corretôres (43):

§ 10.º As entregas de objectos á Agentes de leilões, para os-venderem; e á Artistas, para os-concertarem (44):

§ 11.º Os contractos de casamento, quanto á conjunção do matrimonio (45):

(41) Cit. Ord. L. 3º T. 59 § 16.

(42) Cit. Ord. L. 3º T. 59 § 17.

(43) Cit. Ord. L. 3º T. 59 § 19. Cod. do Com. Arts. 52, e 122 § 3º, e Regul. n. 806 de 26 de Julho de 1851 Art. 23.

(44) Cit. Ord. L. 3º T. 59 § 20, Cod. do Com. Arts. 68 e 73, e Regul. n. 858 de 10 de Novembro de 1851.

(45) Cit. Ord. L. 3º T. 59 § 21.

A disposição deste § 21 da citada Ord. em nada se-oppõe ao que observamos nas Notas aos Arts. 76 e 88 sobre a necessidade de escriptura publica para os contractos matrimoniaes, pois que não o-entendemos como Coelh. da Roch. Dir. Civ. Not. ao § 256. Suas palavras — *e quanto aos dotes, e quasquer outras convenças e promettimentos feitos nos casamentos, haverá logar o que acima dissemos no § 11*—alludem aos dotes constituídos-ou promettidos pelos pais aos filhos, ou por parentes á parentes; e não aos contractos matrimoniaes, ou de casamentos. As partes nestes contractos são o espôso e a espôsa, e entre elles não ha os parentescos designados no § 11 da Ord., para que se-possa applicar este paragrapho.

As constituicões e promessas de dote são contractos entre o dotadôr e o espôso ou a espôsa, e não se-confundem com os de casamento, embora possam sêr simultaneamente celebrados na mesma escriptura. Como esta Ord. tratou em geral das provas dos contractos, e como no matrimonio catholico ha contracto além do Sacramento, diz porisso o § 21—*e bem assim não haverá lugar esta lei nos contractos dos casamentos*—; note-se bem, não o que chamão-se contractos que estabelecem o regime de casamentos futuros; mas os proprios casamentos, ainda que não precedidos de contracto algum. Bem se-vê, que os casamentos provão-se sem dependencia de es-

§ 12.º As letras de cambio, de risco, e da terra, as quaes tem força d'escriptura publica (46).

Art. 370. O que se dispõe sobre os contractos, procede tambem nos distractos ; e sempre que o contracto fôr feito por escriptura publica, o distracto não se-póde provar senão por outra escriptura publica (47). (Art. 824)

criptura publica (Art. 99 Consolid.), e quanto á *conjunção dos casados* podem sêr provados por testemunhas (Art. 100 Consolid.). Interessa provar a *conjunção dos casados*, ou copula entre elles, para os dois'effeitos designados nos Art. 118 e 149 Cansolid.

(46) Lei de 20 de Junho de 1774 § 41, Alv. de 15 de Maio de 1776, Alv. de 16 de Janeiro de 1793, Cod. do Com. Art. 425, e Regul. Com. n. 737 de 25 de Novembro de 1850 Art. 247 § 3º.

São pois inuteis as palavras do § 1º desse Art. 247 do citado Regul. Com. *ibi*—e instrumentos, que são como taes considerados pelo Cod. e Leis civis—. Esses instrumentos, que tem força de escriptura publica, são precisamente as *letras de cambio, letras de risco, e letras da terra.*

(47) Ord. L. 3º T. 59 princ., e §§ 3º, e II. Hoje não tem logar a dispensa da prova d'escriptura publica, que era antigamente concedida pelo Desemb. do Paço—Regim. § 76, e Alv. de 24 de Julho de 1713. Veja-se o preambulo do Alv. de 30 de Outubro de 1793.

Confere a disposição do têxto com a do Art. 337 do Cod. do Com. sobre o distracto de sociedades, mas com esta differença. O Art. 370 *supra* refere-se aos casos, em que a escriptura publica é necessaria para prova dos contractos ; entretanto que a fórmula é da essencia do contracto de sociedade, à não sêr em conta de participação. Como esse contracto póde-se fazer por escriptura publica, ou particular, parece, que tambem se-póde distractar por qualquer destas duas fórmulas ; e pela de escriptura particular, embora tenha sido feito por escriptura publica. Mas o Art. 337 do Cod. dá á percebêr o contrario, que nada tem de razoavel.

3.ª ED.

Distracto ou *distracte* é a dissolução do contracto, em continuidade de effeitos, por novo contracto entre as mesmas partes;

Art. 371 Nos casos, em que a escriptura publica é necessaria para prova dos contractos, não se-admitte prova alguma de testemunhas, pôsto que a parte não se-opponha (48). (Art. 378)

Art. 372. E não se-admitte do mesmo modo a prova de escripto particular, ainda que assignado pela parte, e com muitas testemunhas (49).

Art. 373. Se porém o escripto particular fôr reconhecido em Juizo pela parte, que o-passou e assignou, ou que o-assignou somente; será attendido, como se fôra escriptura publica (50).

e não se confunda com *dissenso*, nem com *mutuo dissenso*. O *dissenso* é o arrependimento de uma só das partes contractantes, estando o caso *re-integra*—, isto é, antes de qualquer execução do contracto. O *mutuo dissenso* é, n'esse estado do contracto, por ora *in mente* o dissenso acceto pela outra parte. *Alien. Coel. da Roch. Dir. Civ. § 170*, dizendo—*mutuo dissenso* ou *distracte*.

(48) Cit. Ord. L. 3º T. 59 princ. no periodo final. Vid. Art. 182 § 1º do Regul. Com. n. 737 de 25 de Novembro de 1850.

(49) Cit. Ord. L. 3º T. 59 § 4º.—No Juizo Commercial não ha taxa para prova por escriptos particulares— Art. 122 § 2º do Cod. do Com..

(50) Ord. L. 3º T. 25 § 9º, e T. 59 § 10. A clausula final da Ord. L. 3º T. 25 § 9º, marcando a quantia de 60\$000 rs., não se-observa no Fôro. São ajuizados por *assignação de dez dias* os escriptos particulares de qualquer valôr, se a parte reconhece expressamente, ou á revelia. Vid. Lob. Acc. Sum. § 706, e Art. 261 e seguintes do Regul. Com. n. 737 de 25 de Novembro de 1850.

Este reconhecimento produz os mesmos effectos, ainda que não se-trate da *assignação de dez dias*, e em todos os casos pôde sêr *expresso* ou *tacito*. É *tacito* no caso de revelia do citado para reconhecêr, ou porque não comparêça em Juizo na audiencia designada, ou porque comparêça e se-ausente da audiencia, ou porque comparêça e não queira pronunciar-se—Lob. Acc. Sum. § 714.

Art. 374. Outrosim, em falta de escriptura, que prove o contracto; o credor pôde demandar a parte obrigada, reque-
rendo que se-lhe-defira juramento (51).

Quid, se comparecé, e nega sua assignatura? O credôr pôde intentar acção ordinaria, e não prosegue a *acção de reconhecimento*—Per. e Souz. Linhas Civ. Not. 957, e Regul. Com. n. 737 de 25 de Novembro de 1850 Art. 263. E na acção ordinaria pôde citar o réo para depôr sobre a identidade de sua assignatura, com a pena de confesso; como poderia, se logo tivesse intentado acção ordinaria sem precedencia de *acção de reconhecimento*

Quid, se no depoimento o réo negar sua assignatura, ou insistir na mesma negativa da *acção de reconhecimento*? Será possível ainda a prova do pedido? Aqui temos difficuldade. O que se-pôde invocar em favôr do credôr é a Ord. L. 3^o T. 52 pr., que declara havêr prova semiplena, quando o instrumento particular é justificado *por comparação de letra, ou qualquer outro modo*; exemplo, por testemunhas que vissem o réo assigna-lo, e reconheção sua identidade (Per. e Souz. Linh. Civ. Not. 51); deferindo o Juiz nestes casos o *juramento suppletorio* Entretanto declara essa mesma Ord., que tal providencia só é applicavel nas demandas de pequeno valôr; e só nos-fica a latitude de seu § 1^o, que manda attendêr á fortuna pecuniaria dos litigantes—Vid. Regul. Com. n. 737 de 25 de Novembro de 1850 Arts. 166 á 172.

3.^a ED.

Minutas de contractos por escripto particular, assignadas pelas partes contractantes, são obrigatorias entre ellas á não têrem declarado expressamente o contrário.

Não são porém obrigatorias, a *pollicitação*, a *promessa*, a *proposta*, a *offerta*, antes de aceitas pela outra parte.

O consentimento tacito, ou por *silencio*—*quis tacet consentire videtur*,—só é obrigatorio nos casos, em que a *lei* assim expressamente o-dispõe.

Não está no mesmo caso o—*consentimento real*—, isto é, por *actos* que as partes não terião praticado, se não tivessem prestado seu consentimento; ou por *omissões*, de que não se terião abtido, se também não houvessem consentido.

(51) Ord. L. 3^o T. 52 § 3^o, T. 59 § 5^o, e L. 4^o T. 19 § 2^o *in fin.*

Art. 375. Se a parte negar a obrigação, será excluído o credôr; se não quizer jurar, e jurar o credôr sobre a veracidade do seu direito, o juramento provará o contracto (52).

Art. 376. Nos casos, em que a escriptura publica é da substancia dos contractos (Art. 367), não têm estes firmeza, emquanto a escriptura não fór lavrada e assignada. Até este ponto é licito á cada uma das partes arrendêr-se (53). (Art. 513)

Art. 377. Fóra desses casos (Art. 368), se a parte confessar em Juizo a convenção ajustada, será constrangida á fazer escriptura (54).

Trata-se aqui da acção de *juramento d'alma*, a qual tambem não exclue, como a de reconhecimento do Art. antecedente, a faculdade de demandar por acção ordinaria; na tentativa de obtêr do réo uma confissão judicial, de que fallaremos na Not. ao Art. 377 *infra*. No Juizo Commercial só uma acção ordinaria é possível em taes circumstancias, pois que o Regul. n. 737 de 25 de Novembro de 1850 é omisso sobre as *acções de juramento d'alma*.

(52) Citadas Ords. ao Art. 374. Este procedimento, que é o da *acção de juramento d'alma*, de que tratão a Ord. L. 1.º T. 49 § 1.º, e o Decreto de 10 de Maio de 1790, não tem logar, quando a escriptura é substancial do contracto — Art. 77 Consolid.

(53) Ord. L. 4.º T. 19 princ. e § 1.º. Vid. Not. ao Art. 517 § 2.º. Não obstante a disposição da Lei n. 840 de 15 de Setembro de 1855 Art. 11, que declarou a escriptura publica essencial para compra e venda de bens de raiz de valôr excedente á 200\$000 rs. (Art. 367 § 5.º), continúa o costume de venderem-se por escripto particular terras e situações; e bem se-vê, que taes vendas não podem prevalecêr em face da citada Ord. L. 4.º T. 19.

(54) Cit. Ord. L. 4.º T. 19 § 2.º Não póde portanto a confissão supprir a escriptura publica, quando esta é da essencia ou substancia do contracto — Vid. Art. 159 do Regul. Com. n. 737 de 25 de Novembro de 1850.

Art. 378. Se negar a convenção, não é permitido á outra parte provar o contrario com testemunhas (55). (Art. 371)

Art. 379. A confissão do devedôr acompanhada de juramento, que á requerimento do credôr se-lhe-tenha deferido, é inseparavel da qualidade, ou clausula, com que fôr feita, pôsto que tal qualidade não seja connexa ao acto (56).

Art. 380. O successôr universal, ou singular, pôde provar por testemunhas os contractos do seu antecessôr; do mesmo modo que este podê-lo-hia fazêr, como pessoa exceptuada nos casos, que designa o Art. 369 § 3º (57).

— *Será constrangida a fazer escriptura* — : E se a não quizer fazêr? *Nemo ad factum precise cogi potest*, e a confissão judicial, ou a sentença que nella se-fundar, provará o contracto.

A confissão judicial pôde ser expressa ou tacita, embora o Regul. Com. n. 737 de 25 de Novembro de 1850 Art. 162 só falle da confissão por termo nos autos, ou em depoimento, ou nas respostas ao Juiz, ou no acto da conciliação. A citação do réo para depôr sempre se-faz com a pena de ser havido por confesso em caso de revelia, e julgada esta pena ahi temos a *confissão tacita*. E' uma omissão sensível desse Art. 162 do Regul. n. 737 de 25 de Novembro de 1850 a da confissão judicial resultante dos articulados e allegações dos Advogados —Ord. L. 1º T. 48 § 15, L. 3º T. 50 § 1º, Per. e Souz. Linh. Civ. § 219, e Nota 442.

3.º ED.

A mesma sentença (Dig. Brazil. Vol. 3º pag. 31 Not.) que manda passar a escriptura, fica servindo de escriptura.

(55) Cit. Ord. L. 4º T. 19 § 2º. Vid. Not. ao Art. 517 § 2º. Só cabe em tal caso *acção de juramenta d'alma*—Arts. 374 e 375.

(56) Ord. L. 4º T. 52. A confissão é indivisível, não pôde ser aceita em parte, e rejeitada em parte— Art. 156 do Regul. Com. n. 737 de 25 de Novembro de 1850.

(57) Ord. L. 3º T. 59 § 12.

Art. 381. Nos contractos de valôr excedente á taxa da Lei não é licito ao credôr dividir seu petitorio, restringindo-o á quantia inferiôr com o fim de podê-lo provar por testemunhas (58).

Art. 382. Não só os proprios contrahentes, porém geral e indistinctamente outras quaesquer pessôas, que interessarem na prova dos contractos; são obrigadas á apresentar escriptura publica nos casos, em que a Lei assim o-exige (59).

Art. 383. A disposição do Art. 368 soure a necessidade da prova por escriptura publica não é applicavel aos quasi-contractos (60), á prescripção (61), e aos contractos simulados (62).

(58) Cit. Ord. L. 3.º T. 59 § 24.

(59) Ass. 1º de 5 de Dezembro de 1770. Quanto é injusta semelhante disposição! Espirito diverso dictou a legislação do Art. 304 do Cod. do Com.

(60) Ord. L. 3º T. 59 § 22.

3.ª ED.

O mais notavel dos *quasi-contractos* é a *gestão de negocios—negotiorum gestio*, que não se deve confundir com o *contracto de mandato*. Vid. Not. ao Art. 456 *infra*.

(61) Cit. Ord. L. 3º T. 59 § 9º *in fin*.

(62) Cit. Ord. L. 3º T. 59 § 25. *Porque o engano* (diz a Lei) *sempre se-faz encobertamente, e portanto não se-podia provar por escriptura publica*. Vid. Art. 358, e sua Not.. Na antedata ha uma simulação.

3.ª ED.

Mas deve-se provar a causa (Dig. Brazil. Vol. 3º pag 122 Not.), que faz presumir a simulação. Sem duvida, mas a causa da simulação resulta da prova dos factos articulados—*causa cognoscitur ab effectu*—.

Art. 384. As escripturas publicas devem sêr feitas pelos Tabelliães de Notas, e fóra das Cidades ou Villas pelos Escrivães do Juizo de Paz em seus respectivos districtos (63).

(63) Ord. L. 1° T. 78, Lei de 30 de Outubro de 1830.

As escripturas publicas de compra e venda de escravos podem ser feitas cumulativamente, e sem dependencia de distribuição, pelos Tabelliães de Notas, Escrivães do Cível, e Escrivães dos Juizes de Paz, de todas as Cidades, Villas, e Freguezias, do Imperio—Decr. n. 2833 de 12 de Outubro de 1861 Art. 1°, que alterou o de 28 de Novembro de 1860.

Os Consules dos paizes, com os quaes fôrão celebradas as Convenções citadas na Not. ao Art. 2° *supra*, estão autorizados para recebêrem em suas Chancellarias quaesquer actos convencionaes entre um ou mais dos seus concidadãos e outras pessôas; assim como qualquer acto convencional, que interesse unicamente á subditos do Imperio; comtanto que estes actos se-refirão á bens situados, ou á negocios que tenham de sêr tratados no territorio da nação, á que pertencêr o Consul. Quando estes actos se-referirem á bens immoveis situados no Imperio, o Tabellião publico do logar será chamado para assistir á sua celebração, e assigna-los com o Chanceller ou Agente, sob pena de nullidade. Quanto á hypothecas—Vid. Not. ao Art. 1279,

3.ª ED

Av. n. 210 de 19 de Maio de 1865—Aos *Escrivães da Juizo de Paz* dos Districtos de uma mesma Freguezia, mais ou menos remota, das Villas ou Cidades situadas nella, compete exercêr as funcções de Tabelliães de Notas.

Av. n. 321 de 7 de Outubro de 1867—A competencia dos *Escrivães do Juizo de Paz*, como *Tabelliães de Notas* em seus respectivos Districtos, abrange os actos dos domiciliarios na sua Freguezia, e os contractos de bens de raiz ahi situados.

Decr. n. 4859 de 20 de Dezembro de 1871 Art. 2°.—O 1° *Tabellião de Notas* servirá perante o Juiz da 1ª Vara Cível da Corte, o 2° e 3° perante o da 2ª, e o 4° perante o da 3ª.

Decr. n. 5543 de 3 de Fevereiro de 1874—Declara a ordem da substituição reciproca dos *Tabelliães de Notas da Corte*, e os Juizes perante quem devem servir.

Art. 385. Uns e outros devem t er para esse fim os Livros necessarios, que serão abertos, numerados, rubricados, e encerrados, pelas Autoridades competentes; e antes de tudo sellados, em conformidade das leis em vigôr (64).

Muito aproveitará quem l er a Guia Pratica, e Formulario, do Tabellião de Notas do Brazil pelo Sr. Pires Ferrão (Edi o de 1871).

(64) Regul. n. 681 de 10 de Julho de 1850 Art. 37, e Regul. de 2 de Outubro de 1851 Art. 27   3 , e Art. 28. A falta de pagamento de sello dos Livros dos Tabelliães não prejudica os actos escriptos nelles, se taes actos tiverem pago o sello   que estavão sujeitos—Lei n. 317 de 21 de Outubro de 1843 Art. 14   2 . A falta de distribui o tambem não annulla as escripturas—Art. 26 da Dispos. Provis. de 29 de Novembro de 1832, que revogou o Alv. de 23 de Abril de 1723.

3.   ED.

Port. n. 348 de 7 de Outubro de 1857—As Camaras Municipaes não podem impôr aos *Tabelliães* mais obriga es além das do seu Regimento, nem comminar-lhes penas não decretadas pelas leis em vigôr; nem impedir os contractos, que   cada um   livre celebrar scbre suas propriedades de raiz; quer   pretexto de exhibi o de titulos, quer da de conhecimento de laudemio.

Ultimo Regul. do sello n. 4505 de 9 de Abril de 1870 Art. 13   2 .

Lei n. 2033 de 20 de Setembro de 1871 Art. 29   8  e 9 :

Os *Tabelliães de Notas* (  8 ) poderão faz r lavrar as escripturas por escreventes juramentados, subscrevendo-as elles, e carregando com a inteira responsabilidade; e ser-lhes-ha permittido t er mais de um livro delles, como f r marcado em regulamento:

Será permittido  s partes (  9 ) indicar ao Distribuid r o *Tabellião*, que preferem para faz r a escriptura, sem que porisso haja compensa o na mesma distribui o.

Regul. n. 4824 de 22 de Novembro de 1871 Arts. 78   80, promettido na Lei  cima Art. 29   8 .

Decr. n. 5738 de 2 Setembro de 1874—Marca o numero dos *Livros de Notas*, que devem t er os *Tabelliães*, e dá outras providencias, derogadas as disposi es em contrario do Art. 79 do Regul. n. 4824 de 22 de Novembro de 1871.

Art. 386. As escripturas serão logo lavradas nos Livros das Notas, e não em papel avulso (65); e para sua solemnidade, e validade, devem contêr :

§ 1.º O dia, mez, e anno em que são feitas (66) :

§ 2.º A declaração da Cidade, Villa, ou logar e casa, onde fôrem lavradas (67):

§ 3.º A declaração de conhecêr o Tabellião as partes, ou de sêrem estas conhecidas de duas testemunhas dignas de fé; que digão que as conhecem, e que assignem o instrumento (68):

§ 4.º A de têr sido lido o contracto, depois de escripto, perante as partes, e as duas testemunhas (69) :

(65) Ord. L. 1º T. 88 § 5º. A lei diz—não as escrevão em *canhenhos*, nem por *emmentas*, isto é, em livros ou cadernos de lembranças, e por apontamentos.

Quanto ás escripturas publicas de compra e venda de escravos, e outros contractos semelhantes, de que se-paga meia siza, o Decr. n. 2699 de 28 de Novembro de 1860 Art. 3º § 1º dispõe o seguinte :—As escripturas serão lavradas por ordem chronologica em livro especial de notas, aberto, numerado, rubricado, e encerrado, na fórma da legislação em vigor, etc. ; e conterào, além das declarações exigidas pela Ord. L. 1º T. 78 §§ 4º, 5º, e 6º, e T. 80 § 7º, os nomes e moradas dos contrahentes; e o nome, sexo, côr, officio ou profissão, estado, idade, e naturalidade, do escravo; e quaesquer outras qualidades, ou signaes, que o-possão distinguir.—Esta disposição vigora somente na Côrte e seu Municipio.

(66) Ord. L. 1º T. 80 § 7º.

(67) Ord. L. 1º T. 80 § 7º.

(68) Ord. L. 1º T. 78 § 6º. Podem ser, e são de ordinario, as mesmas duas testemunhas, que intervêm no contracto nos termos do § 6º. d'este Art..

(69) Cit. Ord. L. 1º T. 78 § 4º.

§ 5.º Resalva no fim da Nota, antes das assignaturas, das emendas, entrelinhas, palavras riscadas; ou de qualquer cousa, que duvida faça (70):

§ 6.º A assignatura das partes outorgantes, e das testemunhas ao menos (71):

§ 7.º E não sabendo escrevêr qualquer das partês, assignatura de mais outra testemunha, além das duas, que declare assignar á rôgo da parte, ou das partes, que não sabem escrevêr (72).

Art. 387. Assignadas as escripturas, o Tabellião dará ás partes os competentes traslados, sendo-lhe pedidos, no prazo de três dias; ou no de oito dias, se a cópia fôr extensa; e

(70) Cit. Ord. L. 1º T. 78 § 4º. Vid. Art. 146 do Regul. Com. n. 737 de 25 de Novembro de 1850.

(71) Cit. Ord. L. 1º T. 78 § 4º.

(72) Ord. L. 1º T. 78 § 4º. O mesmo exige-se para o termo de obrigação e renuncia das Tutôras Provisionarias, como vê-se na Ord. L. 4º T. 102 § 3º, e Art. 248 *supra*. Quanto á incorporação dos conhecimentos de siza dos contractos que a págão, veja-se o Art. 592. Quanto á incorporação das licenças dos senhorios, e recibos de laudemios, nas vendas de bens emphyteuticos, veja-se a Not. ao Art. 614 § 2º. Quanto á incorporação das certidões negativas em escripturas de hypotheca, veja-se o Art. 1309.

Se fôrem dois ou mais os outorgantes, que não souberem escrevêr, uma só testemunha póde assignar á rogo de todos. —Repert. das Ords. Tom. 4º pag. 751.

Cabe esta mesma providencia quando os outorgantes não poderem assignar seu nome por motivo de enfermidade? Não hesito sobre a affirmativa, porque a razão é a mesma da Ord. L. 4º T. 80 § 1º sobre os instrumentos de aprovação dos testamentos cerrados; equiparando-se as duas hypotheses, de não sabêr, ou não poder o testadôr assignar.

será responsável pelo danno, que causar com o retardamento (73).

(73) Cit. Ord. L. 1° T. 78 §§ 17 e 18. No caso de retardamento, a Lei manda dar as escripturas gratuitamente, o que não está em uso.

Os traslados dos contractos feitos pelos Consules, de que trata a Not. ao Art. 384, por elles legalizados, e sellados com o sello official do Consulado, ou Vice-Consulado, fazem fé, como se fossem os originaes; e terão a mesma força e validade, como se tivessem sido passados por Tabelliães; uma vez que os instrumentos tenham sido lavrados conforme as leis do Estado, á que o Consul pertencêr; e tenham sido submettidos previamente á todas as formalidades de sello, registro, insinuação, e quaequer outras estabelecidas por lei—Conv. Consul. citadas ao Art. 2° Consolíd.

Quanto ás escripturas publicas de compra e venda de escravos, e de outros contractos equivalentes para o pagamento da meia siza, o Decr. n. 2699 de 28 de Novembro de 1860 Art. 3° § 2° dispõe o seguinte:—Da escriptura se-dará traslado ao comprador, na fórma, e dentro do prazo, da Ord. L. 1° T. 78 §§ 17 e 18, e mais legislação em vigôr—Só vigora este Decr. na Côrte e seu Municipio.

3.ª ED.

Av. n. 375 de 13 de Novembro de 1871—Aos Tabelliães cabe a raza de seis réis pelo traslado de qualquer escriptura lavrada no seu Cartorio, na fórma do Regimento de custas Art. 113 combinado com o Art. 90, e Ord. L. 1° T. 78 § 17.

Decr. n. 4824 de 22 de Novembro de 1871 Art. 80—Nos logares, onde existir um só Tabellião de Notas, a conferencia e o concôrto dos *traslados* far-se-hão com o Escrevente juramentado.

Av. n. 378 de 31 de Outubro de 1873—Não estão isentas de sello fixo as primeiras cópias das escripturas, que tenham pago sello proporcional.

Incluida a siza no impôsto de transmissão de propriedade, o Regul. n. 5581 de 31 de Márço de 1874 Art. 38 § Único dispõe assim:—O conhecimento do impôsto será transcripto literalmente na escriptura. Vid. Not. ao Art. 592 *infra*.

Art. 388. Se os traslados se perdêrem, o Tabellião não dará segundos sem despacho do Juiz, perante o qual a perda deve sêr jurada (74).

Art. 389. São reprovados nas escripturas, e com responsabilidade criminal do Tabellião, as clausulas seguintes :

§ 1.º A de *renuncia de citação*, consentindo o contrahente em sêr condemnado e executado sem sêr citado, ou em sêr citado por elle o Distribuidor (75):

§ 2.º A *clausula depositaria*, isto é, de não sêrem as partes ouvidas em Juizo sem prévio deposito de certa quantia. Só se permite esta clausula nas transacções sobre pleitos, sendo o deposito daquillo que os transigentes houverem recebido por effeito das transacções impugnadas, quando nellas se acharem lesos enormissimamente (76) :

§ 3.º O *juramento promissorio* de dar, fazêr, ou não fazêr, alguma cousa. Não é prohibido o *juramento assertorio*, em

(74) Alv. de 27 de Abril de 1647, que derogou a Ord. L. 1.º T. 78 § 19, e L. 3.º T. 60 § 6.º, as quaes exigião Provisão do Desembargo do Paço.

(75) Ord. L. 4.º T. 72, e Lei de 31 de Maio de 1774.

(76) Lei de 31 de Maio de 1774. Vid. Alv. de 18 de Janeiro de 1614, Decr. de 11 de Março de 1695, e Ass. de 14 de Abril do mesmo anno. As excepções sobre contractos de seguros, fretes, e soldadas do mar, pertencem á legislação commercial; no que se deve ter em vista a latitude dos Arts. 567 § 8.º, e 667 § 13, do Cod. do Com., e o Art. 294 do Regul. Com. n. 737 de 25 de Novembro de 1850.

Pode-se abundantemente convencionar a *clausula depositaria* nos casos dos Arts. 728, 730, e 741, Consolid.

torto, em que os contrahentes affirmem algum facto preterito ou presente (77) ;

§ 4.º A renuncia do direito de impugnar no prazo do Art. 488 a confissão do emprestimo (78). (Art. 489)

Art. 390. São reprovadas nas escripturas, mas sem responsabilidade do Tabellião, as clausulas seguintes :

§ 1.º A de renuncia da acção de lesão, ou a de doação da maioria do preço que a cousa valer (79) ,

§ 2.º A de renuncia do beneficio concedido pelo Art. 782 ás mulheres, que se obrigão como fiadoras, ou tomão sobre si obrigação alheia (80) ; (Art. 785)

§ 3.º A de renuncia do direito de revogar a doação por motivo de ingratição do donatario (81) ; (Art. 423)

§ 4.º A de renuncia do *beneficio de divisão* entre fiadores (82). (Art. 791)

(77) Ord. L. 1º T. 78 § 13, e L. 4º T. 73. Esta Lei não é hoje dispensavel, como era antigamente pelo § 87 do Regim. do Desemb. do Paço. A Lei de 22 Setembro de 1828 guarda silencio sobre essa dispensa, e a tem abolido com a declaração generica do Art. 7º.

3.ª ED.

Este *juramento provisorio* era outr'ora o dispensado pelo Desembargo do Paço para os pactos *de non succedendo*. Vid. Not. ao Art. 353 *supra*.

(78) Ord. L. 4º T. 15 princ. — renuncia da excepção — *non numeratæ pecuniæ*.

(79) Ord. L. 4º T. 13 § 9º.

(80) Ord. L. 4º T. 61 § 9º. E' o beneficio chamado do *Senatus-consulto Velleano*. Vid. Not. ao Art. 782.

(81) Ord. L. 4º T. 63 § 10.

(82) Ord. L. 4º T. 59 § 4º. Porque a nossa Lei não admitte esse beneficio, como o Direito Romano. Os co-fiadores são obrigados *solidariamente*, a não terem convencionado o contrario.

Art. 391. As *penas convencionaes* são permittidas, mas não podem exceder o valor da obrigação principal; ou esta seja de dar, ou seja de fazer (83).

Art. 392. Se o contracto fôr nullo, ou torpe, e reprovado, a *pena convencional* será tambem nulla (84).

Art. 393. Póde qualquer renunciar o fôro do seu domicilio, obrigando-se a responder em certo e declarado Juizo; comtanto que o faça por escriptura publica, ou escripto particular com a mesma força (85).

(83) Ord. L. 4º T. 70 princ. e § 2º, Art. 431 do Regul. n. 737 de 25 de Novembro 1850. A Lei de 24 de Outubro de 1832, facilitando a liberdade das convenções quanto aos juros, prejudica por certo o disposto na Ord. L. 4º T. 70 § 1º, que allude aos interesses do contracto de emprestimo, e os identifica com a pena convencional, mas não implica com a materia do Art. *supra*. — E' necessario distinguir os *juros*, e a *pena convencional*. Os juros não são pena, porém uma renda do capital, uma compensação do risco e prejuizos do crédor. Vid. Arts. 128 et 218 do Cod. do Com. Não se póde exigir ao mesmo tempo a *pena convencional* e o cumprimento do contracto; só tem logar demandar-se uma cousa, ou outra.

(84) Ord. L. 4º T. 48 § 1º, e T. 70 § 3º. A *pena convencional* é obrigação *accessoria*, e da natureza do accessorio é não poder subsistir sem o principal — *Quum causa principalis non consistit, ne ea quidem quæ sequuntur locum obtinent*. Mas, como o principal não depende do accessorio, a nullidade da pena não faz nullo o contracto.

(85) Ord. L. 3º T. 6º § 2º, e T. 11 § 1º. — Vid. Arts. 62 e 64 do Regul. Com. n. 737 de 25 de Novembro de 1850. E' o que se chama — *fôro do contracto* —.

A palavras do cit. Regul. Com. Art. 62 — *a responder em logar certo* — não alludem sómente ao caso da parte obrigar-se a ser citada e demandada em certo logar. Ha *fôro do contracto*, ou a parte assim estipule, ou se obrigue a pagar em certo logar. O logar do pagamento é o logar em que o crédor póde demandal-o, a não haver estipulação expressa em contrario

Art. 394. Nos compromissos arbitraes as partes podem estipular, que a sentença dos arbitros seja executada sem recurso algum (86).

(86) Inseri este Art., porque o contrario determinava a Ord. L. 3º T. 16 princ., o que cessou pelo Art. 160 da Const. do Imperio. O Art. 469 do Regul. Com. n. 737 de 25 de Novembro de 1850 declarou o caso, já subentendido, de excederem os arbitros no julgamento os poderes do compromisso. Liga-se esta disposição ás dos Arts. 429, e 437 quando o compromisso é nullo, ou fica extincto.

3º. ED.

Lei n. 1350 de 14 de Setembro de 1866—Deroga (Art. 1º) o *Juizo Arbitral necessario* do Art. 20 Tit. Un. do Cod. do Com. :

O *Juizo Arbitral* (Art. 1º § 1º) será sempre *voluntario* mediante o *compromiso das partes* :

Podem as partes (Art. 1º § 2º) autorisar seus arbitros para julgarem por *equidade*, sem dependencia das regras, e fórmás do Direito.

Decr. n. 3900 de 26 Junho de 1867—Regul. do *Juizo Arbitral*, segundo a Lei acima.

Procede o cit. Regul. do *Juizo Arbitral*, qualquer que seja o caso, commercial ou não commercial.

Atenção para o Art. 9º desse Regul. :— A clausula de compromisso sem nomeação de arbitros (*clausula compromissoria*), ou relativa a questões eventuaes, só vale como *promessa*, e para sua perfeição depende da estipulação de *compromisso* com os seus requisitos essenciaes. E' pois inutil o uso de inserir nos contractos commerciaes de sociedade, que todos as questões supervenientes sejam decididas por Arbitros. A *clausula compromissoria* não póde equivaler a compromisso, ou ser tomada como tal, ainda que as partes assim o estipulem.

O julgamento arbitral por *equidade* como autorisa o Art. 1º § 2º do cit. Regul. de 1867, é julgamento fundado na *razão absoluta*, que não se deve confundir com a *recta razão*, —*direita razão*, que é a *boa razão* da Lei de 18 de Agosto de 1769, A essas duas normas de julgar, pertencentes ao Direito do futuro, allude a definição romana — *Jus est ars boni et aequi*

Art. 395. Quando um instrumento fizer menção, de outro, não se lhe dará fé, sem que o instrumento referido seja apresentado, ou esteja incorporado no referente (87).

Art. 396. Exceptua-se o caso de ter sido o Tabellião do segundo instrumento o mesmo, que fez o primeiro, se o proprio Tabellião assim portar por fé no segundo instrumento (88).

—, antes o *bom* e depois finalmente o *igual*. Diz Merlin Repert. de Jurisp. vb. *Équité*, que não ha maior *equidade* que a da *lei*. Se falla da *lei positiva*, alcançou pouco; porque o Direito positivo é transitorio, progressivo, até que afinal, pelo bem relativo, attinge o *bem absoluto da equidade*.

(87) Ord. L. 3º T. 60 princ. — *Referenti non creditur, nisi constet de relato* —. Nesta Côte os Tabelliães registrão os instrumentos referidos, e até as proprias Procurações, mencionando nas Escripturas as folhas do Livro onde o registro é feito. Em algumas Provincias as Procurações e documentos referidos transcrevem-se nas Escripturas, o que é mais conforme á Lei, aos estilos attestados pelos Praxistas, e mais razoavel.

3ª. ED.

Regul. n. 4824 de 22 de Novembro de 1871 Art. 79 § 3º— Os Tabelliães poderão registrar em *Livro Especial* as procurações, e documentos, que as partes apresentarem, e de accôrdo com ellas; contanto que na escriptura publica fação declarações, e remissão á folha desse *Livro* com as especificações necessarias, a aprazimento das partes.

O Decreto n. 5738 de 2 Setembro de 1874 Art. 1º contempla esses *Livros de Registros*.

« Entre as innovações (Consulta do Conselho d'Estado no DIREITO REV. de 1874 pag. 352) propostas quanto á taxa dos salarios e emolumentos sobreleva--a que autorisa a *inserção das procurações nas escripturas publicas*. Esta *innovação* é uma reclamação bem fundada, porque vem a ser uma garantia das partes, etc. »

O que foi dito *supra* na 1ª Ed. prova, que a *inserção das procurações nas escripturas publicas* não seria uma *innovação*, usada como era em algumas Provincias. Vid. Not. ao Art. 456 *infra*.

(88) Cit. Ord. L. 3º T. 60 princ.

Art. 397. Se a escriptura publica fôr suspeita, deixará de ter fé não sendo corroborada pelo juramento das testemunhas nella assignadas; e, na falta destas, por outras testemunhas dignas de confiança, ou por outras escripturas publicas (89).

Art. 398. E' suspeita a escriptura publica, se tivèr rasura, entrelinha, ou cancellamento, em lugar importante; ou se fôr suspeita a parte que a exhibir, ou se fôr suspeito o Tabellião em razão de ter sido achado em alguma falsidade (90).

Art. 399. Perdendo-se o instrumento, e tambem o Livro das Notas onde foi lançado, é admissivel a prova de testemunhas com audiencia da parte á que pertencer (91).

Art. 400. Se as testemunhas fôrem discretas e entendidas, e depuzerem sobre o teôr do contracto, seu lançamento, e perda do instrumento, a escriptura havêr-se-ha como reformada (92).

Art. 401. Se as testemunhas depuzerem unicamente sobre o lançamento do contracto, e pêrda do instrumento, e não sobre o teôr do contracto; a prova, em tal caso, não aproveitará ao credôr; salvo mostrando que ao tempo, em que o instrumento havia de sêr offerecido, perdeu-se por culpa da parte contraria (93).

Art. 402. Não sendo as testemunhas pessoas discretas e entendidas, farão somente meia prova (94).

Art. 403. Não merecerão fé, nem o instrumento, que contivér proposições contradictorias; nem instrumentos contra-

(89) Cit. Ord. L. 3.º T. 60 § 3.º.

(90) Cit. Ord. L. 3.º T. 60 § 3.º.

(91) Cit. Ord. L. 3.º T. 60 § 6.º.

(92) Cit. Ord. L. 3.º T. 60 § 6.º.

(93) Cit. Ord. L. 3.º T. 60 § 6.º.

(94) Cit. Ord. L. 3.º T. 60 § 6.º.

rios uns aos outros, á não conciliarem-se as contradicções por alguma distincção razoavel (95).

Art. 404. Se os instrumentos entre si contrarios não fôrem offercidos pela mesma parte, mas por partes diversas, dar-se-ha fé ao que fôr feito por Notario de mais credito, e tivér testemunhas mais qualificadas, e dignas de confiança (96).

Art. 405. Equivalem á escripturas publicas os termos judiciais assignados pelas partes á respeito de qualquer contracto (97).

Art. 406. As leis, e usos, de paizes estrangeiros regem a fórma dos contractos nelles ajustados (98.)

(95) Cit. Ord. L. 3º T. 60 § 7º.

(96) Cit. Ord. L. 3º T. 60 § 7º.

(97) Ord. L. 1º T. 24 § 21, e T. 79 § 5º. Veja-se o final da Ord. L. 4º T. 102 § 3º.

3.ª ED.

Regul. n. 465 de 17 de Agosto de 1846 Art. 20—Livro de arrendamento de terrenos diamantinos, para esse effeito, terá força de *Livro de Notas*.

O ultimo Regul. n. 5955 de 23 de Junho de 1875, sobre a administração dos terrenos diamantinos, sem repetir esta disposição, a contém implicitamente.

Qual o valôr probatorio dos *telegrammas*, quando por elles se contractar? Provão os contractos propostos, e os aceitos; mas é omissa nossa legislação sobre *Telegraphos Electricos*; á saber: Lei n. 719 de 24 de Setembro de 1853 Art. 11 § 3º n. 2º, Instrec. Prov. de 17 de Março de 1855, Decr. n. 2614 de 21 de Julho de 1860, n. 2899 de 15 de Março de 1862, n. 3289 de 30 de Junho de 1864, n. 4594 de 9 de Setembro de 1870, e n. 4653 de 28 de Dezembro de 1870. Os Avisos e as Portarias tocantes á este assumpto achão-se indicadas no Repert. do Sr. Luiz Francisco Veiga pags. 51 á 57.

(98) Ord. L. 3º T. 59 § 1º, e Regul. Comm. n. 737 de 25 de Novembro de 1850 Art. 3º § 2º—*Locus regit actum*—Mas para têrem fé em Juizo, e sêrem produzidos para qualquer fim legal, os actos passados em paizes estrangeiros, in-

Art. 407. Não assim os contractos celebrados por Brasileiros nos logares, onde houver Consul Brasileiro, para tórem execução no Imperio (99).

strumentos, documentos, e quaesquer papeis, devem sêr competentemente legalisados pelos Consules Brasileiros— Regim. de 14 de Abril de 1834 Art. 79, Regim. de 11 de Junho de 1847 Arts. 208 e 220, Regul. Comm. n. 737 de 25 de Novembro de 1850 Art. 140, § 2°. Em falta de Consules Brasileiros é applicavel a providencia do Regul. das Alfandegas de 22 de Junho de 1836 Art. 151 sobre authenticacão de manifestos. Para se-apresentarem em Juizo devem sêr competentemente traduzidos em lingua nacional — Art. 151 do citado Regul. Com. n. 737 de 25 de Novembro de 1850.

A providencia do citado Regul. de 22 de Junho de 1836 Art. 151 vem á sêr o reconhecimento por dois negociantes brasileiros do logar, e, não os-havendo, por dois negociantes do paiz, reconhecidas as assignaturas pela Autoridade local competente. Esta disposicão sobre authenticacão dos manifestos está substituida pela do Art. 400 do novo Regul. das Alfandegas n. 2647 de 19 de Setembro de 1860, que na falta do respectivo Agente Consular Brasileiro, ~~em~~ ausencia de pessoa que o substitua, exige, que a authenticacão, tenha sido feita pela Autoridade local; devendo neste ultimo caso sêrem reconhecidas as assignaturas pelo Consul respectivo no Imperio, se alguma duvida se-offerecêr sobre sua veracidade.

Os documentos passados em paizes estrangeiros reputão-se competentemente traduzidos em lingua nacional, quando a traducção é feita por *interprete publico*; e, na falta deste, por interprete nomeado á aprazimento das partes, o qual deve sêr juramentado—Arts. 16 e 62 do Cod. do Com., e 148 do Regul. Com. n. 737 de 25 de Novembro de 1850.

3.ª ED.

Os Regimentos Consulares ácima citados estão substituidos pelo ultimo Regim. Cons. n. 4968 de 24 de Maio de 1872.

Quanto ás Alfandegas, em relação á manifestos, veja-se o Art. 70 do Decr. n. 3217 de 31 de Dezembro de 1863, que alterou algumas disposições do ácima citado n. 2647 de 19 de Setembro de 1860.

(99) Cit. Regul. Com. n. 737 de 25 de Novembro de 1850 Art. 3º § 2º. Note-se porém, que pelo Regim. vigente

Art. 408. As questões sobre o estado, e a idade, de estrangeiros residentes no Imperio, quanto á capacidade para contractar, serão tambem reguladas pelas leis, e usos, dos paizes estrangeiros (100).

de 11 de Junho de 1847 os Consules não estão autorizados para lavrar todos os contractos.

Estão porém autorizados para lavrar todos os contractos os Consules Brasileiros residentes nos paizes (França, Confederação Suissa, Italia, Portugal, e Hespanha), que celebrarão as Convenções Consulares citadas na Not. ao Art. 2º *supra*, com as limitações indicadas na Not. ao Art. 384 *supra*, quanto aos Consules desses paizes no Imperio, que tem iguaes attribuições. Vid. Art. 4º § 4º da novissima Lei hypothecaria n. 1237 de 24 de Setembro de 1864.

(100) Cit. Regul. Com. n. 737 de 25 de Novembro de 1850 Art. 3º § 1º. É o que se chama—*statuto pessoal*—, que acompanha o individuo em todo o paiz.

A redacção do Art. 1º § 1º do Regul. Com. n. 737 não é boa, e tanto mais porque accrescenta ao que transcrevemos em nosso texto o seguinte—*não sendo os mesmos estrangeiros commerciantes matriculados na fórma do Art. 4º do Cod. do Com.*; *todavia os contractos não serão nulos, provando-se que vertêrão em utilidade do estrangeiro.*—Abandonei estas palavras por inúteis, ou antes, pela confusão de idéas, que revelão. A regra enunciada é verdadeira, e quer dizêr que a capacidade ou incapacidade das pessoas não domiciliadas no Imperio devem sêr julgadas pelas leis dos paizes de seus respectivos domicilios. Falla-se de *estrangeiros residentes no Imperio*, porque de ordinario as pessoas, que não tem domicilio no Imperio, são os estrangeiros, posto que nelle residão. Falla-se da *capacidade para contractar*, porque o Art. 3º § 1º do Regul. n. 737 de 25 de Novembro de 1850 é uma lei commercial, cujo ponto de vista é a capacidade para contractar, pois que o commercio consiste em contractos. Mas a capacidade ou incapacidade para contractar presuppõe a capacidade ou incapacidade em geral para os actos da vida civil, visto como quem é incapaz para esses actos em geral, está entendido sêr incapaz para contractar. Desta observação resulta, que são inúteis as palavras—*sobre o estado e idade*—, porquanto é o *estado civil* de cada um o que precisamente determina sua capacidade ou incapacidade, e consequentemente sua capacidade ou

incapacidade para contractar. A idade das pessoas entra no *estado civil*, produz a grande differença entre pessoas maiores e menores, e ahi temos dois estados oppostos entre si.

Taes são as verdadeiras idéas da presente materia, e seu estudo nos-conduz á exacta intelligencia da Lei n. 1096 de 10 de Setembro de 1860, que confirma a disposição de Regul. Com. n. 737 de 25 de Novembro de 1850 Art. 3º § 1º, e ao mesmo tempo a-tem ampliado. Confirma, porque diz em seu Art. 1º—*O direito, que regula no Brasil o estado civil dos estrangeiros ahi residentes—*; e esse direito é o de que falla o Regul. n. 737 Art. 3º § 1º, á saber,—*as leis, e usos, dos paizes estrangeiros—*. Tem ampliado, porque diz, que esse direito poderá ser tambem applicado ao estado civil dos filhos desses mesmos estrangeiros nascidos no Imperio durante a menoridade somente. Temos pois, que as leis e usos dos paizes estrangeiros regulão, não só o estado civil dos estrangeiros residentes no Imperio; como o dos filhos menores desses estrangeiros, ainda que nascidos no Imperio.

Isto em nada prejudica a nacionalidade desses filhos de estrangeiros, e tanto assim, que o Art. 1º da citada Lei diz expressamente—*e sem prejuizo da nacionalidade reconhecida pelo Art. 6º da Constituição—*. Faculta-se applicar ao estado civil desses filhos menores as leis e usos dos paizes estrangeiros, á que pertencem seus pais estrangeiros, não porque esses filhos sejam tambem estrangeiros; mas porque não tem domicilio no Imperio, visto que seus pais estrangeiros tambem não o-tem. O domicilio dos menores é *domicilio necessario*, é o domicilio de seus pais, é o que se-chama em Direito—*domicilio de origem—*.

O que infelizmente tem confundido esta materia é o contagio das idéas do Direito Francez, que reputão a nacionalidade uma qualidade do estado civil, quando pela Constituição do Imperio a nacionalidade entre nós é qualidade do estado politico. Desse contagio resentem-se as doutrinas do estimavel Livro—*Direito Publico Brasileiro—*, do outro Livro não menos estimavel—*Manual do Procurador dos Feitos—*; e até mesmo resente-se a redacção da citada Lei de 10 de Setembro de 1860, quando diz no Art. 1º—*sem sêr por serviço de sua nação—logo que estes filhos chegarem d maioridade entrardõ no exercicio dos direitos de cidadãos brazileiros etc.—*, no Art. 2º (tratando da Brazileira que casar com estrangeiro)—*seguirá a condição deste,—se enviudar, recobrand sua condição brazileira—*.

O Art. 2º da citada Lei de 1860 enuncia pensamento analogo ao de seu Art. 1º. Assim como o domicilio dos menores filhos de estrangeiros residentes no paiz é o domicilio de seus pais, visto que o pai representa seus filhos menores ; do mesmo modo o domicilio das Brasileiras casadas com estrangeiros é o domicilio de seus maridos,—*domicilio conjugal*—, visto que o marido representa a molhér. Outra intelligencia não pôde ter esse Art. 2º da citada Lei, sob pena de cahir no absurdo de ter ella revogado o Art. 7º da Constituição do Imperio, addicionando um novo caso de pêrda da qualidade de cidadão brasileiro. Excluido este absurdo, fôra tambem absurdo suppôr, que a condição civil de uma pessoa se-possa refundir na de outra,—que a condição civil da molhér se-possa refundir na do marido.

Nem a Brasileira fica estrangeira por casar com estrangeiro, nem a estrangeira fica Brasileira por casar com Brasileiro. F' inaceitavel a doutrina do Av. n. 147 de 17 de Abril de 1856, reproduzida pelo Man. do Procur. dos Feitos §§ 250 e 251 n. 4º. Não bem entendêrão a Lei de 10 de Setembro de 1860 os Tribunaes de Commercio desta Côrte e de Pernambuco, mandando cassar por motivo della (como derão contem seus Relatorios de 1861) cartas de registro de embarcações matriculadas como propriedade de Brasileiras casadas com estrangeiros. A citada Lei nada influa nessas cartas. Ha mais tempo os Tribunaes de Commercio deverião tê-las cassado, ou antes, não deverião tê-las concedido ; por serem uma fraude escandalosa do Art. 457 do Cod. do Com., que prohibe á estrangeiros a propriedade no todo ou em parte de embarcações brasileiras. Taes Cartas só erão justificaveis, e ainde hoje o-são, no caso unico de possuir a molhér brasileira alguma embarcação, e de casar depois com estrangeiro sem communicacão de bens, e reservando portanto o dominio da embarcação antes possuida. Fôra deste caso defrauda-se o Art. 457 do citado Cod., visto como a embarcação anteriôrnente possuida pela molhér passa á sêr propriedade do marido ; ou o marido tem parte nella. E note-se, que esta interpretação é indulgente ; porque esse Art. 457 do Cod. até prohibe, que o estrangeiro tenha *interesse* em embarcação brasileira.

3.ª ED.

O Av. n. 145 de 28 de Março de 1865 justifica felizmente nossa interpretação da Lei n. 1096 de 10 de Setembro de

Art. 409. Os contractos ajustados em paiz estrangeiro, mas exequiveis no Imperio, serão regulados, e julgados pela legislação do Brazil (101).

1860, declarando com exactas razões:—que os menores nascidos no Brazil, filhos de pais estrangeiros, não estão isentos do serviço da Guarda Nacional.

Não justifica nossa interpretação o Decr. n. 3509 de 6 de Setembro de 1865 sobre a brasileira casada com estrangeiro, porque diz—*quisér recobrar sua condição de brasileira*—.

Quanto á Imperante, e Princeza Imperial, casadas com estrangeiro; taes casamentos para este importão, diz o Art. 3º do Decr. n. 1708 de 23 de Setembro de 1869, a condição de cidadão brasileiro naturalizado.

Circ. n. 291 de 11 de Agosto de 1873—Os filhos de estrangeiros, menores ou maiores de idade, nascidos no Brazil, são Cidadãos Brasileiros, estão subordinados somente ás Leis do Imperio, e ás obrigações por ellas impostas aos Brasileiros.

As questões, que o nosso Art. 408 manda julgar pelas leis e uso dos paizes estrangeiros, tem o nome de—*questões d'estado*—peculiarmente quando se referem aos direitos de familia.

(101) Cit. Regul. n. 737 de 25 de Novembro de 1850 Art. 4º. Estas disposições pertencem mais á legislação civil, do que á commercial. Inseridas na legislação civil, regem tambem os contractos commerciaes, pois que as leis civis são subsidiarias das do commercio.

A disposição consolidada no Art. *supra* respeita aos *effeitos dos contractos*, isto é, aos direitos, e obrigações, que os contractos produzem. Dellas resulta a *contrario sensu* (o que é exacto) a consequencia de que os contractos ajustados em paiz estrangeiro, mas não exequiveis no Imperio, devem sêr julgados pela legislação do paiz em que devião ter sido cumpridos, embora julgados pelas Autoridades do Imperio. E esta consequencia ainda exacta é, se a-ampliarmos á contractos ajustados no Imperio, mas exequiveis em paiz estrangeiro.

« Os contractos celebrados em paiz estrangeiro (Art. 4º § 4º da novissima Lei hypothecaria n. 1237 de 24 de Setembro de 1864) não produzem hypotheca sobre bens situados no Brazil, salvo o direito estabelecido nos Tratados, ou se fôrem

Art. 410. Presumem-se contrahidas conforme a legislação do Brazil as dividas entre Brasileiros em paiz estrangeiro (102).

TITULO II

DOS CONTRACTOS EM PARTICULAR

CAPITULO I

Da doação

Art. 411. Todas as doações (1) de bens moveis, ou immoveis, que excedêrem de 360#000 rs. sendo feitas por varão,

celebrados entre Brasileiros, ou em favôr delles nos Consulados; e com as solemnidades e condições, que esta Lei prescreve. » Vid. Not. ao Art. 1279.

(102) Cit. Regul. n. 737 de 25 de Novembro de 1850 Art. 5°.

Este Art. tem sentido, se entendermos, que só refere-se aos elementos dos contractos, á saber, *capacidade, objecto, modo, forma*; não assim, á entendermos, que refere-se aos *effeitos dos contractos*. Se por consequencia da regra do Art. 409 *supra* os contractos ajustados em paiz estrangeiro, mas não exequiveis no Imperio, não podem sêr julgados pela legislação do Imperio; segue-se, que as dividas contrahidas entre Brasileiros em paiz estrangeiro, para sêrem pagas fóra do Imperio, não podem ser julgadas pela legislação do Imperio.

3.ª ED.

Esta nossa interpretação do Art. 5° do Regul. n. 737 de 25 de Novembro de 1850 vemos transcripta em Orlando Cod. do Com. pags. 463 e 464.

(1) A doação, antes de aceita pelo beneficiado, é *acto unilateral*, como o testamento. Depois de aceita, é *contracto unilateral, gratuito, e consensual*. É *contracto unilateral*, porque *necessariamente* só produz para o doador a obrigação de entregar ao beneficiado a cousa doada, á menos que seja doação com encargos. É *contracto gratuito*, porque é só de proveito

para o beneficiado, á menos que seja remuneratoria ou com encargos. É *contracto consensual*, porque não depende da entrega da cousa doada para produzir seus effeitos; ao contrario, realisada a entrega, tem produzido no mesmo instante seus effeitos.

Todas as doações não são *actos de commercio*, porque o character commercial dos contractos vem da *especulação*,—da intenção de obtêr lucrô ou ganho pecuniario. Qualquer acção motivada por doações é da competencia do Juizo Civil, mesmo nos casos do Art. 827 n. 1º, e 828 do Cod, do Com. sobre doações fraudulentas de fallidos.

Como a alforria gratuita tem analogia com a doação, considerada esta como acto unilateral antes de aceita pelo donatario, e como acto bilateral depois de aceita; segue-se, que as cartas de alforria por fallecimento do senhor, achadas entre seus papeis, sem que dellas tivessem conhecimento os escravos libertados, não produzem effeito senão depois do fallecimento. Os filhos pois de uma escrava libertada nestas circumstancias, nascidos antes de têr a carta de alforria produzido seus effeitos, antes de sêr conhecida, como se tivesse *in mente reposita*, são escravos.

3.ª ED.

Decr. n. 3725 A. de 6 de Novembro de 1866—Concede *liberdade* gratuita aos escravos da Nação designados para o serviço do exercito.

Lei n. 2040 de 28 de Setembro de 1871 Art. 4º §§ 4º, e 5º, e Art. 6º:

O escravo de condominos (Art. 4º § 4º), libertado por um delles, terá direito á sua alforria, indemnizando ao outro, ou mais condominos, da quota respectiva.

A *alforria* com a clausula de serviços por certo tempo (Art. 4º § 5º) não ficará *resolvida* (a Lei por engano diz *annullada*) pela falta de implemento dessa clausula; mas o *liberto* será compellido á cumpril-a por seu trabalho nos estabelecimentos publicos, ou por contractos de serviços á particulares: (devêra-se ter dito—*mas o liberto poderá cumpril-a*—, porque *invito beneficium non datur*; quanto mais que, sendo compellido para contractar serviços com particulares, apparece o contra senso de coagir para liberdade, qual a dos contractos.)

Serão reputados *libertos* (Art. 6º), 1.º os escravos da Nação, 2.º os de usufructo da Corôa, 3.º os de heranças vagas, 4.º os abandonados por seus senhores.

O Regul. n. 5135 de 13 de Novembro de 1872 reproduz estas mesmas disposições nos Arts. 62, 63, e 75; accrescentando porém no Art. 91 :

São intransferíveis os serviços dos *manumittidos gratuita-*mente com a clausula de prestal-os : Poderão, porém, ser alugados.

Isto quer dizêr, que os manumittidos não podem sêr alienados para prestação dos serviços clausulares, como dispõe a L. 3ª Dig. § 17 *de statu lib.*, citada ao Art. 42; por outra, que seus serviços não podem sêr transferidos na totalidade, ou de uma só vêz; mas que são transferíveis parcialmente, ou por diversas vezes.

« Como (Rebouças Observ. pag. 100) não têr adquirido liberdade o liberto, dêside que o senhor lh'a-concedeu, posto que dêside logo não lh'a-dando á sabêr, e gozar? Como não sêrem livres os filhos da liberta nascidos ulteriôrmente á data do titulo da concessão de sua liberdade? »

Surgem continuamente questões, quando os principios não dominão. *Se de potentia ad actum* não colhem argumentos, se projecto não é ainda execução; como vêr alforria concedida em cartas de liberdade em podêr do senhôr, não manifestadas á ninguem, á semelhança de pensamento não expressado?

Eu disse na 2.ª Ed., como ácima lê-se—acto unilateral *antes de aceita* pelo donatario—; e não, como escreveu o Sr. Rebouças—acto unilateral *depois de aceita*—.

Não é caso inconcebível recusar o escravo a liberdade offer-tada pelo senhôr, e de recusal-a entre nós escravos brazilei-ros ha muitos exemplos; porém este não é o caso pôsto em questão, porque, se o senhôr occultou a projectada liberdade, o escravo nada sabe para aceitar-a, ou recusar-a.

Figurado o caso em doações de cousas não dar-se-hia o inculcado absurdo de sêrem logo validas como *doações entre vivos*, valendo ao contrario as liberdades como *doações causa mortis*; e tanto assim que, á sêrem doações de animaes, os fructos destes antes da morte do doadôr não serião do donatario. Rigorosamente, em tres hypotheses, fôra logicamente sustentavel não havêr doação alguma, nem *entre vivos*, nem *causa mortis*; pois, como *entre vivos* temos um projecto, como *causa mortis* um acto sem solemnidades testamentarias.

e de 1807000 rs. sendo feitas por molhér, devem sêr insinuadas (2).

Art. 412. A falta de insinuação annulla estes contractos, não no todo, mas somente no que passar das taxas estabelecidas (3).

Vingue muito embora, em prol da liberdade, a solução por mim adoptada na 2ª Ed.; mas só veja-se nisto uma alforria entre vivos, *ad instar* da outorgada em testamento ou codicillo; e não se argumente, portanto, com a herança adquirida por herdeiro insciente da sua instituição. Adquire-a sem duvida, sem obstar-lhe a insciencia; porém ahí já temos testadôr, já temos liberalidade, já temos doadôr morto. Se então o dia da morte é a data da liberalidade, nada influindo a data do testamento; o mesmo acontece no caso similar da liberdade concedida por acto entre vivos, mas só ulteriôrmente adquirida já morto o libertante.

A *doação*, como acto unilateral, era no Direito Romano um *pacto legitimo*, à par do *dote*, em que o pactuante da coisa doada é o *doadôr*,—*doante*; e o pactuante da coisa dotada é o *dotadôr*,—*dotante*. À estas expressões, aceita a *doação*, correspondem as de—*donatario*,—*doado*,—*dotado*.

A *doação*, como acto *bilateral*, isto é, como contracto; é *contracto de dotação*, se o fim da *doação* é constituir dote; e *contracto de cessão gratuita*, se o objecto da *doação* é algum credito, ou pualquer direito pessoal transmissivel.

(2) A Ord. L. 4º T. 62 diz—*insinuadas, e approvadas*—, exprimindo actos diversos; mas a Lei de 22 de Setembro de 1828 diz somente—*insinuação*—. O caso é que, na pratica, está reduzida à uma vã formalidade este acto tão importante.

A disposição do têxto comprehende todas as *doações*, exceptuadas as do Art. 417 *infra* e sua Nota; e portanto comprehende as *doações* entre parentes, nos casos da Ord. L. 3º T. 59 § 11—Consolid. Art. 369 § 3º.

(3) Cit. Ord. L. 4º T. 62, Lei de 25 de Janeiro de 1775. O Alv. de 16 de Setembro de 1814 triplicou as taxas da Ord. O Alv. de 30 de Outubro de 1793 nada tem com a lei da insinuação das *doações*. Vid. Av. n. 271 de 15 de Novembro de 1851 sobre *doações* de Apolices da Divida Publica, e Ord. de 28 de Março de 1840 sobre *doações* de terrenos de marinha.

Doações irregulares pela falta de insinuação valem como

Art. 413. A escriptura publica é da *substantia* da doação, sempre que esta dependa de sêr insinuada (4). (Art. 367 § 1º)

legados, se o doador viêr á confirma-las em seu testamento, ainda que ao donatario não denomine legatario.

(4) Ord. L. 4º T. 19 princ.

Temos aqui uma excepção. As doações entre parentes nos casos da Ord. L. 3º T. 59 devem ser insinuadas, como observou-se na Not. ao Art. 411; porém a escriptura publica não é da *substantia* dellas *ex vi* da cit. Ord. § 11, e da segunda parte do § 21, que diz: « E quanto aos dotes, e quaesquer outras convenções, e promettimentos feitos nos casamentos, haverá logar o que acima dizemos no § 11. »

Quando as doações fôrem irregulares por falta d'escriptura publica, e o doador as confirmar em testamento, é applicavel o que fica dito na Not. ao Art. antecedente.

3.ª ED.

« A Ord. L. 4º T. 19 princ. (Rebouças Observ. pag. 101) certamente exceptuou este caso (o da insinuação) da generalidade da Ord. L. 3º T. 59 § 11 etc. »

Não se trata de interpretar duas *leis extravagantes*, para sêr aqui applicavel a regra—*posterior derogat priori*—. Trata-se de duas disposições de um *Côrpo de Leis*, da Ord. L. 4º T. 19, e da Ord. L. 3º T. 59 §§ 11 e 21, ambas *generaliter loquentes* sem refirirem-se uma á outra; a Ord. L. 4º T. 19 no aspecto da *substantia*—*forma dat esse rei*—, a do L. 3º T. 59 §§ 11 e 21 no aspecto da *prova*—*ad probationem tantum*—. Qual prepondera? Sem duvida a do L. 3º T. 59 §§ 11 e 21, porque na prova do contracto é presupposta sua *substantia*, ao passo que, não dada a *substantia*, não ha prova possivel. Cumprão-se as duas disposições, já que sua conciliação é tão suave.

O Ass. de 21 de Julho de 1797 quer a insinuação para os dotes profecticios, e seu cumprimento está salvo; ou os dotes constem de escripturas publicas, ou constem de escripturas privadas.

A Lei de 6 de Outubro de 1784 regulou *esponsaes*, isto é, contractos promissorios de casamento entre esposos e esposas; mas taes contractos não são doações entre parentes, não são promessas de dotes, embora feitos algumas vêzes nas escripturas *esponsalicias*.

Art. 414. Deve sêr requerida a insinuação aos Juizes da primeira instancia, e averbada no Livro competente (5) dentro de dois mezes á contar da data da escriptura (6).

Art. 415. Consiste a insinuação :

§ 1.º Na inquirição do doadôr sobre sua livre e espontanea vontade, sem influencia de qualquer engano, induzimento, medo, ou conluio :

§ 2.º Na inquirição dos vizinhos do mesmo doadôr, que tenham razão de sabêr como a doação foi feita (7).

Art. 416. Se pela inquirição ficar verificado o livre consentimento do doadôr, e removida toda a suspeita de artificio, a doação será confirmada pelo Juiz (8).

(5) Não me consta, que exista esse Livro.

3.ª ED.

Veja-se Rebouças Obser. pag. 102, que dá noticia desse Livro.

(6) Lei de 22 de Setembro de 1828 Art. 2º § 1º, e antes della a Ord. L. 1º T. 3º § 1º, L. 3º T. 85 § 2º, Regim. do Desemb. do Paço § 110, e Lei de 25 de Janeiro de 1775. Esta ultima Lei, que para a insinuação marcava o prazo de quatro mezes, diz — *bastando o lapso do dito termo, sem outra interpellação, para se julgarem nullas as doações*—.

(7) Ord. L. 4º T. 62 § 1º.

(8) Cit. Ord. L. 4º T. 62 § 1º, accommodada á Lei de 22 de Setembro de 1828 Art. 2º § 1º. Da insinuação paga-se o imposto de 4 por cento da cousa doada, exceptuadas as doações á descendentes ou ascendentes—Tabella de 1841 § 43. O imposto refere-se á insinuação, e não á doação; e pôde acontecer, que a doação, que se-pretende insinuar, não seja confirmada. Entretanto, está em uso não lavrarem os Tabelliães as escripturas sem pagamento dos 4 por cento, cujo conhecimento transcrevem, como o das sizas.

Vid. Av. n. 178 de 11 de Julho de 1855, e Ord. n. 82 de 10 de Março de 1858. Esta Ordem confirma a excepção, que isenta do imposto as doações de qualquer valor feitas por as-

cedentes á descendentes, e vice-versa ; e della conclúe o Man. do Procur. dos Feitos Not. 1179, que o imposto de 4 % paga-se do valor integral da doação sem deducção da somma, até a qual se-póde doar sem insinuação. Tal conclusão me-parece inadmissivel, porque se o imposto é da insinuação, e não da doação ; torna-se claro, que não alcança a somma, até a qual se-póde doar sem insinuação. Do contrario a conclusão vai longe, e todas as doações ficarão sujeitas ao imposto, ainda que independentes da insinuação.

3.º ED.

Lei n. 1507 de 26 de Setembro de 1867 Art. 19—Manda comprehendêr no imposto sob a denominação de transmissão de propriedade os *direitos de insinuação* :

A mesma Lei Art. 19, § 1º n. 2º—Quanto págão as *doações* :

Decr. n. 4355 de 17 de Abril de 1869 Art. 1º—O impôsto de *insinuação de doações* (doações *inter vivos* Art. 3º n. 2º) fica substituído pelo de transmissão de propriedade (Lei n. 1507 de 26 de Setembro de 1867 Art. 19 n. 5º) :

Decr. citado n. 4355 Art. 6º § 2º, e § Unico—Para pagamento do imposto o valor dos bens transmittidos nas *doações* será o declarado, ou arbitrado :

Quando (§ Unico) a transmissão se effectuar por titulo gratuito, o imposto será sempre lançado sobre o valor della, liquido de dividas e encargos, nos termos dos Regulamentos actuaes :

Av. n. 520 de 9 de Novembro de 1869—Os *direitos de insinuação* forão substituídos pelo imposto de transmissão de propriedade, o qual deve sêr pago antes de se-lavrar a escriptura.

Av. n. 150 de 11 de Junho de 1870—A' formalidade da *insinuação* se-achão sujeitas as doações á *Fazenda Nacional*, como declara a Ord. de 29 de Agosto de 1836 ; importando a omissão de tal formalidade a nullidade da doação no excedente a 360,000, conforme a Ord. L. 4º T. 62.

Lei n. 2040 de 28 de Setembro de 1871 Art. 4º § 6º—As *alforrias*, quer gratuitas, quer onerosas, serão isentas de quaesquer direitos, emolumentos, ou despesas.

Av. n. 312 de 2 de Outubro de 1871—A Decis. de 29 de Agosto de 1866, não tendo preceituado doutrina em materia de doações, que se regulão pelo Direito Civil, não está a *Fazenda Provincial* adstricta á fazer a *insinuação da doação* (de que

tratava um officio), a qual é isenta do imposto de transmissão de propriedade nos termos do Art. 4º § Un. n. 1º do Regul. n. 4355 de 17 de Abril de 1869.

Este Av. contradiz o de n. 150 de 11 de Junho de 1870 em relação á *Fazenda Nacional*. Se á insinuação não está sujeita a *Fazenda Provincial*, nos termos do Art. 4º § Un. n. 1º do Regul. n. 4355 de 17 de Abril de 1869; também não está sujeita a *Fazenda Nacional*, pois que o Regul. de 1869 *loc. cit.* isentou do imposto todos os actos translativos de bens para o Estado, Províncias, e Municipios. Sim, a Decis. n. 337 de 29 de Agosto de 1866 não preceituou, nem podia preceituar, doutrina em matéria de doações, que se regulão pelo Direito; mas autorisou-se com a Ord. L. 4º T. 62, modelou-se pelo Direito Civil! Não haja contradicção, não se confunda a doação com a insinuação della, não se confundão uma e outra com o imposto de transmissão de propriedade. Não se pague o imposto nos casos, em que parecer conveniente ao Governo assim determinar; mas que a insinuação sempre se faça, como fiscal da purêza das doações. Esta separação matará também a outra contradicção de cobrar-se o imposto, como de *insinuação de doações*, antes da insinuação, e podendo acontecer que a doação não seja confirmada; contradicção reincidente do Regul. n. 5581 de 31 de Março de 1874, mandando no Art. 33 pagar sempre o imposto da transmissão *inter vivos* antes da celebração dos actos, e no Art. 38 § Un. transcrevêr nas escripturas o rêspectivo conhecimento.

Regul. n. 5135 de 13 de Novembro de 1872 Art. 89—Repete a mesma disposição á cima da Lei n. 2040 de 28 de Setembro de 1871 Art. 4º § 6º :

Regul. n. 5581 de 31 de Março de 1874 Art. 14 n. 1º, Art. 22, Art. 23 n. 13, e Art. 24 n. 2º—E' devido o imposto (Art. 14 n. 1º) nas doações *inter vivos* :

Nas doações *inter vivos* (Art. 22) á parentes affins, cobrar-se-ha o imposto segundo a regra do Art. 5º :

São isentas do imposto (Art. 23 n. 13) as alforrias gratuitas ou onerosas (Lei n. 2040 de 28 de Setembro de 1871 Art. 4º § 6º) :

Para o pagamento do imposto (Art. 24 n. 2º) o valôr dos bens transmittidos será *nas doações* o declarado ou arbitrado.

Art. 417. São isentas de insinuação :

§ 1.º As doações, ou dotes, que os pais fazem aos filhos ; não excedendo as legítimas dos donatarios, e além destas as taxas do Art. 411 (9):

(9) Ass. 1º de 21 de Julho de 1797, e Ord. n. 82 de 10 de Março de 1858. Este Ass. é inexequível, porque sem inventario dos bens do casal é impossível sabêr, se as doações excedem as legítimas dos filhos, e até que ponto entram na terça.

« Em nenhum caso a dependencia de inventario (Rebouças Observ. á este Art.) foi razão para se-dizêr inexequível lei alguma. E demais, quando é que se-verifica se as doações excedem as respectivas legítimas, e o que sem dependencia de insinuação se pode doar ou tem doado validamente senão procedendo-se ao inventario dos bens do doadôr por seu fallecimento conforme a Ord. Liv. 4º T. 96 § 1º, e T. 97 §§ 1º, 3º e 4º ? E tão longe está de ser impraticavel, quanto é obvia sua pratica, e observa-se effectivamente em qualquer processo de inventario e partilha, conferindo os donatarios ou dotados o que receberão dos pais etc. »

Digo, que é inexequível o citado Ass., porque em vida dos pais, ou ao tempo das doações, ou dos dotes, não se-faz inventario, nem ha exemplo disto. O inventario depois da morte dos pais doadores, e quasi sempre annos depois das doações, não preenche o fim da Lei, não póde servir de regra para doações já feitas. Bem sei, que nos inventarios e partilhas invoca-se o citado Ass., e sem discernimento dá-se-lhe cumprimento ; mas o caso é, que elle teve em vista as forças da fortuna dos pais ao tempo das doações. Nesse tempo é que os filhos donatarios tem necessidade de sabêr, se as doações devem, ou não, ser insinuadas. Póde acontecer, que ao tempo dellas seu valor não exceda as legítimas, e as taxas, e que não seja assim attendendo-se depois da morte dos pais ao valor dos bens da herança. Póde acontecer a hypothese inversa por têrem empobrecido os pais depois das doações, e certamente não fica satisfeito o fim da Lei dando-se por validas taes doações, não obstante seu excesso na época, em que fôrão feitas.

Antes desse Ass. de 21 de Julho de 1797 sempre entendeu-se, que os dotes e as doações em contemplação do casamento não dependião de insinuação, como se-póde vêr em Lima á

§ 2.º As doações *câusa mortis* (10):

Ord. L. 4º T. 62 pr. ns. 25 e 28, e Repert. das Ords. Tom. 2º pag. 182. Ora, já que o citado Ass. obriga á entendêr o contrario, cumpre determinar bem o que elle comprehende. Não se-devem confundir os contractos entre esposos estabelecendo o regime do casamento (contractos antenupciaes ou matrimoniaes) com os contractos simplesmente de dotes ou doações para casamento entre doadores e donatarios. Estes ultimos certamente não são isentos de insinuação, não assim os primeiros; já porque entrão na classe dos *contractos onerosos*, já porque basta o casamento effectuado para justifical-os. Estão neste caso os dotes constituidos, ou promettidos, pelo esposo á esposa; e os constituidos e promettidos por parente ou pessoa estranha á um dos esposos, e pelo outro aceitos nos contractos matrimoniaes. Todavia, como nem todos entendem assim, e entre nós as questões de formalismo fascinação poderosamente o animo dos Juizes, tenha-se cuidado de nunca dispensar a insinuação. Que são exactas as distincções, que ácima tenho feito, confirma o Art. 3º § 9º da novissima Lei hypothecaria quando, fallando da insinuação dos dotes, diz—*nos casos em que a lei a exige*—.

Partilha em vida são doações entre vivos—Lob. Obrig. Recipr. § 316.

3.ª ED.

Lei n. 1836 de 27 de Setembro de 1870 Art. 15— O disposto no Art. 19 § 1º da Lei n. 1507 de 26 de Setembro de 1867 (uniformisação dos escriptos sobre a transmissão da propriedade) não comprehenderá os *dotes ou doações, que aos noivos se-fação nas escripturas antenupciaes*.

Aos casos de isenção da insinuação accresce o seguinte:

Regul. n. 5135 de 13 de Novembro de 1872 Art. 48 § Un. —As doações para liberdade não são sujeitas á *insinuação*.

(10) Resol. de 10 de Outubro de 1805. As antigas *doações régias* tambem erão dispensadas da insinuação pela citada Lei de 25 de Janeiro de 1775.

Pelas idéas actuaes do nosso Fôro entende-se unicamente por doações *causa-mortis* as promessas gratuitas de bens para produzir effecto depois da morte dos promittentes, e portanto revogaveis á seu arbitrio. Estas porém não são as verdadeiras doações *causa-mortis*, e porisso vem a duvida de sêrem, ou

não, isentas de insinuação as verdadeiras doações *causa-mortis*.

As promessas gratuitas de bens, para produzirem effeito depois da morte dos promittentes, não são propriamente doações; não são contractos, ainda que haja aceitação dos beneficiados; são disposições de ultima vontade, e portanto dependentes das solemnidades testamentarias. As verdadeiras doações *causa-mortis* suppoem, que os bens doados fôrão entregues aos beneficiados, e verificão-se nos dois seguintes casos: 1º quando se impõe aos beneficiados a obrigação de restituir os bens doados, se os doadores não fallecêrem em um lance previsto: 2º, quando se lhes impõe a condição de restituir os bens doados, se os doadores lhes sobrevivêrem. Estas doações *causa-mortis* tambem são isentas de insinuação, como as outras de simples promessa de bens para depois do fallecimento? Sim, porque tambem são revogaveis á arbitrio dos doadores. Não, se os doadores tiverem renunciado a faculdade de revoga-las. Aqui tal renuncia é possível, não assim nas outras doações de simples promessa. Se essas outras doações só valem como disposições de ultima vontade, a renuncia da faculdade de revoga-las não é possível, porque as disposições de ultima vontade são essencialmente revogaveis.

Estão sujeitas á sello proporcional todas as doações, sejam *inter-vivos* ou *causa-mortis*? Parece que sim, porque a Sec. 2ª Cap. 2º Tit. 1º do Regul. n. 2713 de 26 de Dezembro de 1860 filla em geral de escripturas ou escriptos de doação.

São revogaveis as doações estipuladas em escripturas antenupciaes para se verificarem por morte do doador? Esta duvida foi affirmativamente decidida pelo Ministerio da Fazenda em 29 de Abril de 1862, interpretando o Regul. de 15 de Dezembro de 1860, em solução do quesito de estarem, ou não sujeitas á taxa essas doações. Não me parece exacta tal decisão, nem fundada na doutrina de Borg. Carn. Dir. Civ. Liv. 1º T. 14 § 133 n. 7º. São irrevogaveis, não só as doações promettidas entre esposos para depois do fallecimento de um delles, como as promettidas por causa de casamento para depois do fallecimento dos doadores; entendendo-se, que nestes casos não se dispõe dos bens por via de futura successão.

As alforrias tambem podem ser concedidas por doações *causa-mortis*—L. 15 Dig. *de manumis*.

§ 8.º As nomeações de bens aforados, se ó foreiro reserva para si o usufructo durante sua vida. Não reservando o usufructo, e transferindo logo ós bens, a doação é entre vivos (11).

3.º ED.

Regul. n. 5581 de 31 de Março 1874 Art. 9º—A doação *causa-mortis*, por sê equiparada á legado, é sujeita á imposto ao tempo de tornar-se effectiva (Decr. n. 2708 de 15 de Dezembro de 1860 Art. 5º.)

(11) Prov. de 15 de Novembro de 1775, cit. Ass. de 21 de Julho de 1797, e Prov. de 17 de Agosto de 1801. Declara esta ultima Prov., que taes nomeações com reserva do usufructo são *irrevogaveis*. É uma singularidade á respeito dos prazos de nomeação, que entre nós não existem. A Lei suspensa de 9 de Setembro de 1769 § 9º dizia—as doações *inter-vivos* com reserva do usufructo em vida reputão-se doações *causa-mortis* sem differença alguma—Vid. Art. 643.

O Repert. das Ords. Tom. 2º pag. 181 declara procedente a insinuação quanto á qualquer pacto de não pedir, remissão, cessão de direitos, ou outra disposição gratuita; porém isso é duvidoso quanto á remissões e *renuncias gratuitas*, que em Direito não se-considerão doações. O mesmo Repert. pag. 182 declara isentas de insinuação as *doações remuneratorias*, doações com encargos, doações reciprocas, transacções; e todas estas limitações são exactas, porque as transacções não são contractos gratuitos, e taes doações não são motivadas por espirito de pura liberalidade.

Não são doações, e portanto independem de insinuação, as concessões gratuitas de terrenos com permissão de fazer bem-feitorias, ou sem ella; ou as de uso ou gozo de quaesquer predios, ou de bens moveis; ha só *commodato* nestas concessões—Consolid. Arts. 47, e 119. O mesmo se-deve dizêr das *alforrias*, por não sêrem propriamente doações—Man. do Procur. dos Feitos § 561, e Not. 1182. Vid. Not. ao Art. 42. Não são propriamente doações (Savigny Trat. de Dir. Rom. § 148), porque uma das partes abandona uma porção de seus bens, e a outra adquire um direito, que não é patrimonial, adquire sua liberdade. Sem duvida (palavras do cit. Savigny) o senhor, que liberta um escravo, sacrifica por liberalidade uma propriedade verdadeira, e de se verificado a condição essencial da doação. O escravo libertado recebe o maior beneficio, que um homem p.º de fazer á outro,

Art. 418. Não devem ser insinuadas as doações remuneratórias á pessoas estranhas das familias dos doadores, sem que primeiro legalmente se-prove a verdade dos serviços que as-motivárão, e sem prévio conhecimento da equipollencia de taes serviços aos bens doados (12).

Art. 419. A doação pura e simples, sem *condição* ou *causa*, dêsde que é aceita pelo donatario, ou em seu nome pelo Tabellião, ou por pessoa competente; não pôde ser re-

porém o senhôr não transmite ao libertado a propriedade do escravo. Esta propriedade fica completamente anniquilada, e a alforria cria um homem livre, um sujeito capaz de direitos. A alforria testamentaria, ou entre vivos, não era doação, e nunca se-lhe-applicou a insinuação. Se no Direito Romano se-a-tem chamado *donatio*, é no sentido improprio da palavra.

3.ª ED.

Deve-se imposto de transmissão de propriedade pelas *renúncias gratuitas* á cima indicadas? Parece que não, porque de *renúncias* falla o Regul. n. 5581 de 31 de Março de 1874 no Art. 24 n. 9º; porém, sendo pagavel o imposto pelo preço pago ao *renunciante*, ou valôr do objecto por elle recebido, segue-se a exclusão das *renúncias gratuitas*.

Na *reserva de usufructo* dá-se um caso de *tradição ficta*, não assim na reserva da *nua-propriedade*. Vid. Not. ao Art. 909 *infra*.

(12) Lei de 25 de Janeiro de 1775—Não se-tem observado esta disposição, e os Praxistas a-considerão uma consequencia das Leis de 25 de Junho de 1766, 9 de Setembro de 1769, e do Alv. de 1º de Agosto de 1774, que cessárão pelo Decr. de 17 de Julho de 1778.

Do têxto resulta, que as *doações remuneratórias* devem ser insinuadas; mas já observei na Nota antecedente, com autoridade do Repert. das Ords. pag. 182, que taes doações não são actos de pura liberalidade.

vogada em tempo algum, salvo por ingratidão do donatario (13).

(13) Ord. L. 4° T. 63 princ.

—*Doação pura e simples*—: é em Direito, a que não é *condicional*, como a cit. Ord. explica pelas palavras—*sem condição*—; porém o pensamento desta Ord. é mais amplo, porque comprehende também a doação feita—*sem causa passada, presente, ou futura*—. As palavras—*causa passada ou presente*—alludem ás *doações remuneratorias*, isto é, feitas para recompensar serviços anteriôres do donatario, ou serviços actuaes. As palavras—*causa futura*—indicão o que em Direito chama-se *modo* ou *fim*; isto é, *doações modaes*, —doações feitas com o encargo de prestar o donatario algum serviço, ou de fazer alguma cousa.

Dizendo esta Ord. princ. no primeiro periodo, que as *doações puras* não podem sêr revogadas, não se-conclua a *contrario sensu*, que são revogaveis á arbitrio dos doadôres as *doações condicionaes, as doações remuneratorias, e as doações com encargos*. As *doações condicionaes* só podem sêr revogadas por arbitrio dos doadôres, quando assim se-tem expressamente estipulado, e fóra deste caso só ficão revogadas pelo cumprimento da condição. As *doações remuneratorias*, que são contractos bilateraes, não podem sêr revogadas sem consentimento dos donatarios. As *doações com encargos* estão no mesmo caso das condicionaes, e só podem sêr revogadas, se os donatarios não cumprem o encargo. Este caso está comprehendido no § 5° da citada Ord. (Art. 420), como de revogação por motivo de ingratidão; o que não guarda harmonia com o preambulo da Ord., porisso mesmo que tal caso não é de doação pura e simples.

Dizendo esta mesma Ord. princ. no segundo periodo, em referencia ás doações puras, que os doadôres podem revogal-as por causa de ingratidão; também não se-conclua a *contrario sensu*, que a revogação por ingratidão não é concedida relativamente á todas as outras doações, que não são puras. A conclusão fóra procedente quanto ás *doações remuneratorias*, que certamente o doadôr não pôde revogar por causa de ingratidão. Não fóra porém procedente quanto ás *doações condicionaes, e doações com encargos*. Quanto ás *condicionaes*, porque antes do cumprimento da condição pôde dar-se ingratidão do donatario, e portanto applica-se o pensamento da lei. Quanto ás *doações com encargos*, porque

Art. 420. É porém revogavel a doação condicional, se o donatario deixar de cumprir qualquer promessa, á que por motivo da doação sujeitou-se para com o doador (14).

tanto é possível sua revogação por ingratição, que o caso está previsto no § 5º da Ord., e vai consolidado no Art. 420.

A alforria por acto entre vivos tambem é irrevogavel dá parte do senhor, ou de seus herdeiros—Cod. da Luisiana Art. 189.

3.ª ED.

Causa no sentido jurídico do nosso Art. 419 é o que chamão os philosophos—*causa impulsiva*—*causa final*—. *Causa impulsiva*, quando *passada* ou *presente*, de que póde originar-se a acção—*condictio ob turpem causam*—, de que trata Cor. Tel. Dout. das Acç. § 247. *causa final*, quando *futura*, de que póde originar-se a acção—*condictio causa data, causa non secuta*—, de que trata o mesmo Autôr § 245. *Causa* em geral é a razão,—o motivo, do acto ou contracto, que nos gratuitos ou beneficis é o sentimento de bem fazer; e nos onerosos ou lucrativos é o que se-recebe pelo que se-dá. D'ahi a acção—*condictio sine causa*—, de que trata o cit. Autôr § 253.

(14) Cit. Ord. § 5º. Tambem é revogavel, dizem os Praxistas, pela superveniencia de filhos ao doador, autorisando-se com a Ord. L. 4º T. 65 princ., relativa ás doações entre marido e molhér. Eu não vejo tal na Lei, embora Mell. Freir. L. 4º T. 3º § 3º diga com sua autoridade magistral, que a Ord. deve sêr assim entendida. Seu commentador Liz. Teixeira Tom. 1º pag. 513 com muita razão não conformou-se com tal intelligencia.

Será revogavel, como igualmente dizem os Praxistas, por ser *inofficiosa*, isto é, quando feita pelo pai em fraude das legitimas de seus filhos? Tambem não vejo isto em alguma lei nossa, nem ha exemplo em nosso Fôro de revogação por tal motivo de doação feita pelo pai á estranhos. As *doações inofficiosas*, que conhecemos, são as da Ord. L. 4º T. 97 § 3º (Arts. 1197, e 1198, Consolid.), feitas pelo pai ou pela mãe á algum de seus filhos em prejuizo das legitimas dos outros. Póde-se entretanto argumentar com a Ord. L. 4º T. 47 § 1º (Arts. 91, e 92, Consolid.), e T. 65 §§ 1º e 2º (Arts. 139 á 142, Consolid.), porque a razão é a mesma.

E porém revogavel a doação, sempre que fôr feita em fraude de credôres—Vid. Nots. aos Arts. 383 e 385. Em materia de fallencia nosso Cod. do Com. Art. 827 n. 1º estabelece em favôr da massa fallida somente um caso de presumpção de fraude dessas doações em prejuizo de credôres; á saber, quando são feitas depois do ultimo balanço, constando deste que o activo erã inferiôr ao passivo. Fóra deste caso a fraude das doações deve sêr provada, como diz o Art. 828 do cit. Cod.. Tal prova existe (~~trate-se~~ ou não do devedôr fallido) convencendo-se que na época da doação o doadôr achava-se em estado de insolvencia, ou reduzio-se á tal estado por motivo da mesma doação; sem que seja necessario provar que, da parte do donatario houve má fé, *scilicet*, conhecimento da insolvencia do doadôr—L. 6ª § 11 Dig. *quæ in fraud. cred.*, Corr. Tell. Dout. das Acc. § 108 Not. 1.

O que se-acaba de dizêr sobre a fraude das doações procede sem differença quanto ás *alforrias* em fraude dos credôres de quem as-concede—Inst. *Qui et a quib. ex caus. manumit. non pos.* § 3º Dig. *qui et a quib. manumis. lib. non fiunt*, Cod. *qui manumit. non pos. et ne in fraud. credit. manumit.* Vid. Nót. ao Art. 1131 Consolid. Tudo que ahi se-diz sobre fraude de alforrias concedidas em disposição de ultima vontade, é applicavel ás concedidas por acto entre vivos.

3.ª ED.

Quando as doações condicionaes fôrem de immoveis, tenha-se em vista, o Art. 8º § 5º da Lei Hypothec. n. 1237 de 24 de Setembro de 1864, e Art. 275 do seu Regul. n. 345 de 28 de Abril de 1865, sobre o registro do implemento, ou não implemento, das *condições suspensivas*, e das *resolutivas*, por meio da declaração dos interessados, fundada em documento authentico, ou approvada pela parte, previamente notificada para assistir á averbação.

A doação pode sêr *condicional* por *condição suspensiva*, ou *condição resolutive*—*resolutoria*—. O nosso Art. 420 refere-se á *doação condicional* por *condição resolutive*.

A *condição suspensiva*, até que se-cumpra, impede *direito adquirivel*, só dá ao credôr a *esperança*—*SPES DEBITUM IRI*—, transmissivel *causa mortis* para o *nú-proprietario* no *usufructo*; e uma *esperança theologal*—*spes dominium ire*—, in-

Art. 421. São causas de ingratidão para revogar-se a doação :

§ 1.º Se o donatario em presença, ou na ausencia, do doador, injuriou-o gravemente (15) :

§ 2.º Se o ferio, ou lhe pôz as mãos com animo de injuriá-lo e deshonra-lo (16) :

§ 3.º Se lhe-machinou grave prejuizo, ainda que não o-levasse á effeito (17):

§ 4.º Se attentou contra a vida do doador (18).

transmissivel *causa mortis* para o *fideicommissario* na *substituição fideicommissaria*.

A *condição resolutive*, até que se-cumpra, conserva *direito adquirido* ; e, cumprida, resolve, *revoga tal direito adquirido*.

(15) Ord. L. 4.º T. 63 § 1.º.

(16) Cit. Ord. L. 4.º T. 63 § 2.º.

(17) Cit. Ord. L. 4.º T. 63 § 3.º.

(18) Cit. Ord. L. 4.º T. 63 § 4.º. Por estas mesmas causas, além de outras, a cit. Ord. permite nos §§ 7.º, 8.º, e 9.º, a revogação das alforrias. Quanto aos libertos nascidos no paiz, a revogação não é possível—Const. do Imp. Art. 6.º § 1.º, e Art. 94 § 2.º.

« E que tem que os libertos (Rebouças Observ. á este Art.) pelo facto de o serem adquirão a qualidade de cidadão, para que deixem de a-perdêr, uma vêz que tornados ao captiveiro ? O ingenuo é sujeito a perdêr a qualidade de cidadão, incorrendo nessa pena em qualquer dos casos previstos na Const., por mais que seja impossivel deixar de sêr ingenuo dêsde que nascido de ventre livre. E como não perdêr o liberto a qualidade adventicia de cidadão pelas mesmas razões, por que a-póde perdêr o ingenuo, á quem a mesma qualidade é inherente; e muito essencialmente perdendo a indispensavel qualidade de liberto, e por causa de qualificada ingratidão para com seu libertante ? »

Procederia esta argumentação, se eu negasse, que o liberto perdia a qualidade de cidadão pelas mesmas razões, por que póde perdê-la o ingenuo ; ou se o ingenuo pelo facto de perdêr a qualidade de cidadão ficasse escravo, como o liberto, cuja alforria fôsse revogada por ingratidão. Nada disto. A impossibilidade vem, admitida a revogação das alforrias por ingrã-

Art. 422. Mas, se a doação foi feita á algum seu filho por doadôra viuva, que depois tornou á casar, só poderá sêr revogada nos casos seguintes :

§ 1.º Se o donatario attentou contra a vida della :

tidão, de termos mais um caso de pêrda dos direitos de cidadão além dos três, que o Art. 7º da Const. do Imperio taxativamente designa ; e creio, que por este motivo nossas idéas fôrão approvadas como verdadeiras no Relatorio da illustrada Commissão, que revio nosso trabalho. Tanto tem ellê de razoavel que, não obstante a Ord. L. 4º T. 63 § 7º, os Praxistas entendião, que não era possivel revogar por ingratiidão a alforria do liberto clerigo—Lima á esta Ord. n. 5.

A razão entretanto, devo confessa-lo, não é invencivel ; porquanto, além deste caso de revogação de alforria, podem dar-se outros, ou por effeito de nullidade em geral (L. 19 Dig. *qui et a quib. manumis.*), ou particularmente quando a alforria é concedida em fraude dos credôres do libertante, da legitima ou legitimas de seus herdeiros necessarios, ou da meação e direitos de sua molhér.

Ceda embora ao Art. 7º da Const. do Imperio a revogação da alforria por ingratiidão do libertado para com o libertante, já que esta causa de revogação é toda pessoal, e não offende direitos de terceiros. Repugna porém salvar a lei fundamental á custa da moralidade, e do prejuizo de terceiros, nos casos, em que as alforrias são fraudulentas. Não se-póde suppôr, que fôsse este o alcance do Art. 6º § 1º da Const., declarando que os libertos são cidadãos brasileiros.

Admittido este caso possivel de revogação de alforrias, *quid*— se a liberta teve filhos depois da alforria ? A solução é a mesma, como no caso da revogação por ingratiidão, e acha-se na Lei 2º Cod. *de libert. et eorum liber.* São escravos os filhos concebidos depois da revogação, não assim os concebidos antes della—Consolid. Art. 1º.

3º ED.

Lei n. 2040 de 28 de Setembro de 1871 Art. 4º § 9º— Fica derogada a Ord. L. 4º T. 63 na parte, que revoga as alforrias por ingratiidão.

Repetida no Art. 94 do Regul. n. 5135 de 13 de Novembro de 1873.

§ 2.º Se lhe pôz as mãos irosamente :

§ 3.º Se lhe-machinou a pêrda de todos os seus bens (19).

Art. 423. O direito de revogar a doação por motivo de ingratição não se-transmitte aos herdeiros do doadôr, nem contra os herdeiros do donatario (20). (Art. 390 § 3º)

Art. 424. O donatario não tem acção para engeitar a coisa doada, como a-tem o compradôr no caso do Art. 559 (21).

Art. 425. E' nulla a doação entre vivos de todos os bens sem reserva do usufructo, ou do necessario para subsistencia do doadôr (22).

Art. 426. As doações feitas por homem casado á sua concubina, não só podem sêr annulladas pela molhér, na conformidade do Art. 147 ; como pelos filhos desta, e outros seus herdeiros necesarios (23). (Arts. 1327, 1328, e 1329)

Art. 427. Concede-se este direito á molhér, ou esteja na companhia de seu marido, ou d'elle separada ; e ainda què a doação fôsse disfarçada em venda, ou em outro contracto (24).

(19) Ord. L. 4º T. 63 § 6º.

(20) Cit. Ord. L. 4º T. 63 § 9º. Está claro, que os herdeiros podem proseguir na acção, que foi começada pelos proprios doadôres.

(21) Ord. L. 4º T. 17 § 9º.

O que se-diz dos *vícios redhibitorios* tambem procede quanto á *evicção*. Ha porém varios casos, em que o doadôr é responsavel pelos *vícios redhibitorios*, e pela *evicção* ; á saber : 1º, quando a doação foi remuneratoria ; 2º, quando foi com encargos ; 3º, quando foi feita por causa de casamento ; 4º, quando de má fé se-fêz doação de coisa alheia ; 5º, quando o doadôr expressamente convencionou tal responsabilidade.

(22) Ord. L. 4º T. 70 § 3º.

(23) Cit. Ord. L. 4º T. 66.

(24) Cit. Ord. L. 4º T. 66.

Art. 428. A molhér nestes casos poderá reivindicar os bens sem por elles pagar preço algum (25).

Art. 429. O que se dispõe sobre as doações feitas á concubina é applicavel á qualquer outra molhér, com quem o marido tivesse afeição carnal (26).

CAPITULO II

Do deposito

Art. 430. Para prova do deposito exige-se escriptura publica, sempre que o valór exceda a taxa da Lei (1).

(25) Cit. Ord. L. 4º T. 66.

(26) Cit. Ord. L. 4º T. 66.

(1) Ord. L. 3º T. 30 § 2º. O *deposito miseravel*, em caso de incendio, ou naufragio, está naturalmente exceptuado desta disposição; assim como o *deposito necessario*, que é occasionado por alojamento em hotel ou estalagem.

Ao *deposito necessario* contrapõe-se o *deposito voluntario*, ambos creados por contracto. A disposição do nosso têxto, exigindo a prova por escriptura publica, se o valor do deposito excede a taxa da lei (Art. 386 Consolid.), refere-se unicamente ao *deposito voluntario*. Os depositos, que não são creados por contractos; isto é, os creados por lei, ou decreto judicial, devem sêr julgados por suas disposições proprias; advertindo porém que, no que respeita aos *effeitos* de todos os depositos, as disposições legaes, e a doutrina, tem quasi sempre indistincta applicação.

Como nosso têxto só exige escriptura publica para prova dos depositos excedentes á taxa da lei, segue-se, que a escriptura publica não é da essencia do contracto de deposito. Isto confirma o disposto no Art. 281 do Cod. do Com., com a differença de exigir em geral escripto assignado pelo depositario; escripto que pôde sêr escriptura publica, ou instrumento particular. Pôsto que esse Art. 281 do citado Cod. diga— *este contracto só pôde provar-se*—, palavras identicas ás do Art. 265 sobre a hypotheca convencional, de cuja essencia é a escriptura publica; não se-deve entendêr o mesmo, quanto ao contracto de deposito. A respeito deste impéra a regra do Art. 690 do Regul. n: 737, e a deduzida a *contrario sensu* do

Art. 159 desse Regul. Em falta de escriptura publica, ou de instrumento particular assignado pelo depositario, deve-se julgar provado o deposito, se o depositario confessa-o em Juizo.

O contracto de deposito é *bilateral imperfeito*, porque necessariamente só produz obrigações para o depositario, sendo as do depositante *effeitos accidentaes*. E *contracto real*, porque não produz effeitos senão depois da entrega da coisa depositada ao depositario; e assim resulta do Cod. do Com. Art. 281, dizendo, que o contracto fica perfeito pela tradicção real ou symbolica da coisa depositada.

Póde sêr *civil* ou *commercial*. Sendo *civil*, presume-se *gratuito*, á não provar-se que houve ajuste expresso de uma retribuição ou commissão para o depositario. Sendo *commercial* tal commissão se presume, ainda que não tenha sido ajustada.—Cod. do Com. Art. 282.

Qual o deposito civil, qual o deposito commercial? Haja cuidado na intelligencia do Art. 280 do Cod. do Com., que faz consistir o *deposito commercial*—*em ter sido feito por causa proveniente de commercio, em poder de commerciante, ou por conta de commerciante*—. Todos estes caracteres fallão, porque o deposito póde sêr *commercial*, ainda que não feito por causa proveniente de commercio, ainda que não feito por conta de commerciante.

Para sabêr-se o que é deposito commercial, cumpre antes de tudo distinguir o *deposito gratuito* do *deposito oneroso*. O primeiro é contracto puramente civil, nunca póde sêr commercial; e nada importa, que um deposito gratuito seja feito por causa proveniente de commercio, ou intervenha entre dois commerciantes, ou tenha por objecto genero commercial. Resta-nos pois o *deposito oneroso*, isto é, aquelle, em que o depositario tem direito á uma retribuição por seu serviço de guardar a coisa depositada; mas como o depositario póde estipular esta retribuição sem intenção d'especular, ou de lucrar; segue-se, que só se deve reputar *deposito commercial* o deposito oneroso, cuja retribuição foi o unico motivo determinante do contracto, competindo aos Juizes perscrutar em cada um dos casos qual foi a intenção das partes. Nesta investigação certamente deve influir a qualidde de commerciante no depositante ou no depositario, e tambem a natureza dos objectos depositados; e, só neste sentido, são applicaveis as palavras do Art. 280 do nosso Cod. do Com. Póde acontecer, que um deposito seja commercial em relação ao depositario, e não o-seja em relação ao depositante, ou vice-versa. Para

conhecêr se foi commercial em relação ao depositante (ou deponente) nos casos, em que o depositario o-demanda, por exemplo, para pagamento de sua comissão, é que se-faz necessario indagar se o deposito foi feito por causa proveniente de commercio. Vid. Gouget et Mergér Dicc. de Dir. Com. na palavra *depôt* ns. 3 á 7.

3.^a ED.

« A prova por escripto (Orlando Cod. Com. pag. 105) póde substituir-se pela confissão da parte? Ainda nos-oppomos á opinião da Consolid. Art. 430 Not. O Art. 270 do Regul. n. 737 para iniciar a acção de deposito exige a prova escripta. O Art. 720 § 1.^o diz:—O autôr só é obrigado á juntar documento logo com a petição da acção, quando sem elle o Cod. do Com. não admitte acção em Juizo (Art. 281). »

O Sr. Annibal, Observ. á Orland. pags. 59 á 62, aceitando a doutrina da Nota ácima, contesta a opposição do Sr. Orlando sem responder-lhe satisfactoriamente. A controvertida Nota simplesmente disse, que, em falta de instrumento assignado pelo depositario, deve-se julgar provado o deposito, se o depositario confessa-o em Juizo. Não ligou-se ao Art. 270 do Regul. n. 737, não cogitou da *especial acção de deposito* desse Art. 270. Se por falta de instrumento o autôr não póde intentar *acção especial* contra o depositario, como ainda tendo instrumento não poderia intental-a (Regul. n. 737 Art. 268) contra herdeiros do depositario; franco passo tem para intentar acção ordinaria, o que não veda, nem vedar podia, o Art 281 do Cod. do Com. E' sempre livre o remedio da acção ordinaria, para que não fiquem letras mortas os Arts. 159 e 690 do Regul. n. 737. Não é sã a doutrina de Lobão Acç. Summ. § 4.^o, exigindo o consentimento das partes, á menos que na confissão do réo se-veja a prova de tal consentimento.

Regul. n. 4505 de 9 de Abril de 1870 Art. 1.^o :—Pagão sello porporcional os titulos de *deposito extrajudicial*.

Deposito convencional se diz, para distinguir do derivado de outras causas, como o *deposito judicial*,—*sequestro* (deposito de cousa litigiosa),—*deposito de pessoas* (Not. ao Art. 158 *supra*).

O *deposito voluntario* é *regular*, ou *irregular* :—Vid. Esb. do Cod. Civ. Arts. 2605 e 2606.

Art. 431. O depositario não pôde usar da cousa depositada sem expressô consentimento do seu dôno. Se o-fizér, commette o crime de furto (2).

Art. 432. Não pôde retêr o deposito á titulo de compensação de divida. se a compensação fundar-se em outro deposito (3). (Art. 850 § 1º)

Art. 433. Na acção de deposito procedêr-se-ha summariamente sem dependencia de libello (4).

(2) Ord. L. 4º T. 76 § 5º, Cod. Crim. Art. 258.

O deposito voluntario é *regular*, ou *irregular*; sendo o primeiro de *cousas não fungiveis*, e o segundo de *cousas fungiveis*. No primeiro a sancção do Cod. Crim. Art. 258 pôde dar-se em qualquer tempo, sempre que o depositante provar, que o depositario usou do deposito; no segundo tal sancção só é possível, se o depositario ficar em mora de restituir a quantia ou a quantidade depositada.

Tendo o depositante facultado ao depositario o uso do deposito, o contracto não se-transforma em emprestimo; mas quanto ao uso gratuitamente concedido, devem sêr applicadas as regras desse outro contracto. O deposito apparente de dinheiro com a clausula de pagar o depositario juros ou premios e *mutuo oneroso*, e deve sêr exclusivamente julgado pelas regras deste contracto. Tambem é indicio de mutuo disfarçado o deposito apparente com designação de prazo para restituição ou pagamento da quantia entregue. Ha casos, em que no deposito regular presume-se a concessão de uso, á sabêr, quando o uso fôr indispensavel para conservação da cousa depositada.

(3) Ord. L. 4º T. 78 § 1º, Cod. do Com. Art. 440, Regul. n. 737 de 25 de Noyembro de 1850 Art. 278.

Está claro, que a compensação só pôde dar-se, quando os depositos fôrem de dinheiro, ou de quantidade homogenea. Tambem não se-admitte reconvenção—Ord. L. 3º T. 33 § 4º.

(4) Ord. L. 3º T. 30 § 3º.

Nos depositos commerciaes de dinheiro, o direito do depositante é só demandar o depositario pela acção especial dos Arts. 268 e seguintes do Regul. n. 737. O depositante não adquire algum privilegio; não será credôr de dominio em concurso de credôres do depositario fallido ou insolvel, como geralmente se-suppõe em nosso commercio. Esta supposição

erronea induz constantemente, para que se-disfarcem muitos empréstimos em depositos. O credito de dominio, que o Art. 874 n. 1º do Cod. do Com., e Art. 620 § 1º do Regul. n. 737, dão aos credôres por titulo de deposito, só é possível, quando o deposito fôr *regular*,—quando fôr de cousas fungiveis. Credito de dominio quer dizêr direito de reivindicar, e o dinheiro cobra-se, não se-reivindica. A reivindicação só é possível quanto á cousas, cuja identidade pôde sêr reconhecida.

3.ª ED.

« Os depositantes de dinheiro (Orlando Cod. Com. pags. 104 e 105) serão credôres de dominio ? A Consolid. opina pela negativa, etc. Não nos-podemos conformar com essa intelligencia etc. »

Não poudo conformar-se por culpa do paralogismo — *ignorantia elenchi* —. Nego a qualidade de credôres de dominio aos credôres por titulo de deposito, quando o deposito fôr *irregular*. Ha *deposito regular* de dinheiro, quando o dinheiro é depositado como cousa não fungivel ; isto é, para não sêr gasto pelo depositario, só para sêr guardado ; como implicitamente nos casos de individualisal-o—um cofre,—um embrulho,—um pacote rotulado,—ou qualquer outro continente individualisadôr (Savigny Obrig. Tom. 2º pag. 73) :

O Art. 874 § 1º do Cod. do Com. na expressão — *bens* — comprehende o dinheiro, mas quando o dinheiro é depositado *não-fungivel* :

O Art. 875 do mesmo Cod. exclue o dinheiro, que vence juros, e firma a regra em contrario ; mas precisamente porque, vencendo juros, é *fungivel*, ha mutuo, não ha deposito ; e não vencendo juros, é *não-fungivel*, ha *deposito regular* :

O Art. 9º do Decr. n. 2691 de 14 de Novembro de 1860, com referencia ao Art. 1º § 6º da Lei n. 1083 de 22 de Agosto do mesmo anno, accusa peccado mortal contra a naturêza das cousas. Houve intenção de dar um privilegio aos portadores ou possuidores de notas, bilhetes, e escriptos ao portador, passados por Bancos em casos de sua fallencia ; mas era impossivel a de dar-lhes um credito de dominio, que não existe nestes casos. Podem as legislações concedêr privilegios, e reivindicações não são privilegios :

Tudo isso não deixa de reconhecer o Sr. Orlando, dizendo loc cit. :— que *em muitas circumstancias* o deposito de dinheiro será *deposito regular*,—que o deposito de dinheiro deve

Art. 434. Condamnado o depositario, e não entregando a coisa depositada sem motivo attendivel ; será prêso, até que a-restitua (5).

Art. 435. Este procedimento não prejudica a acção criminal, e tem igualmente logar no caso do Art. 431, até que o depositario satisfaça o damno causado por têr usado do deposito (6).

Art. 436. Não cessará a prisão, ainda que o depositario remisso dê fiadores (7).

sêr entregue *nas mesmas especies*,—e que o dinheiro papel ou metalico póde sem duvida sêr reconhecido em *sua identidade*. Estamos concordes, uma vêz que de *rigôr* essa identidade seja *individual*, porque não basta que seja *especifica*.

(5) Ord. L. 4º T. 76 § 5º. Esta Ord. e a antecedente do L. 3º T. 30 § 3º, tração do *deposito extrajudicial*; uma da acção, e a outra da execução da sentença. Só Lobão Acç. Summ. § 448, entre todos os Praxistas, soube entendêr a Ord. L. 4º T. 76 § 5º, e concilia-a com a do T. 49 § 1º, que trata do *deposito judicial*. Não ha antinomia entre estas duas Leis, e fôra absurdo suppôr, que o legislador empregára contra o *depositario extrajudicial* o meio mais violento da prisão em continente, dando entretanto ao *depositario judicial* a espera de nove dias. Em nosso Fôro tem-se entendido, que a Ord. L. 4º T. 76 § 5º é applicavel ao *deposito judicial*, não obstante sua clarêza, quando diz—*em que alguém seja condemnado*—.

(6) Cit. Ord. L. 4º T. 76 § 5º. O crime é de abuso de confiança—Cod. Crim. Art. 265 2ª parte.

(7) Ord. L. 4º T. 73 § 5º. As palavras—*nem poderá dar logar aos bens*—são inuteis. A *cessaç de bens*, nos termos do § 1º da mesma Ord., era remedio para evitar a prisão em materia civil. Esse remedio cessou, porque cessou o mal, que evitava. Pela Lei de 20 de Junho de 1774 § 19, e pelo Ass. de 18 de Agosto do mesmo anno, os devedôres impossibilitados de pagar não podem sêr presos.

3.ª ED.

« Os devedôres fraudulentos (Rebouças Observ. pag. 103) continuão á estar sujeitos á prisão, como provão os casos do

Art. 437. O depositario judicial será prêso não entregando a cousa depositada no prazo de nove dias, depois que lhe-fôr ordenado (8).

Regul. n. 737 de 25 de Novembro de 1850 Arts. 349 § 3º, e 525. »

Non est hic locus. Eu não disse o contrario, só considere aqui a prisão no ponto de vista da antiga *cessão de bens* da Ord. L. 4º T. 76 § 1º.

(8) Ord. L. 4º T. 49 § 1º. Como na praxe do nosso Fôro a Ord. L. 4º T. 76 § 5º tem sido erroneamente applicada aos *depositos judiciaes*, esta outra Ord. ficou letra morta; e não ha caso algum, em que se assignem nove dias ao depositario judicial. E' leviandade dizêr, que a Ord. L. 4º T. 49 procede no caso especial de têr sido o deposito entregue pelo depositario ao Magistrado. Pois a Lei havia de têr contemplações para com o Juiz prevaricador?

Os Deputados e Senadores podem sêr depositarios judiciaes, visto que nenhuma lei o-prohibe, embora não possam sêr presos sem licença da sua Camara.

3.ª ED.

« O depositario judicial (Rebouças Observ. pags. 103 e 104) cumpre, que seja pessoa sem suspeita, chã, abonada, e sujeita á jurisdicção do Juiz, perante quem se-procede; e nesse caso não podem estar os *Deputados e Senadôres*, entidades de qualificação suprema, etc. »

Mirandum! Fóra da pessoa do *Imperador*, que a Const. do Imp. Art. 99 qualifica inviolavel, sagrada, e sem responsabilidade alguma; não conheço no Brazil entidades supremas, não sujeitas individualmente ao Podêr Judicial. Haverá baixêza em sêr pessoa sem suspeita, chã, e abonada? Não assignem taes entidades depositos judiciaes, e com o dom de adivinharem antes de sêrem Deputados ou Senadôres. Salvas estão suas immunidades, não podendo sêr prêsos sem licença da respectiva Camara.

« O depositario judicial (*Direito Rev. Ann. 3º 1875, Maio á Agosto, pags. 16 á 24*); que não entrega o deposito, depois de intimado, está sujeito á pena civil de prisão? A minha resposta negativa será absurda? Não é. Entre as penas civis em vigôr não está comprehendida a de prisão dos depositarios, ou sejam *judiciaes* ou *extrajudiciaes*. Para os *extraju-*

Art. 438. Não se-livra da responsabilidade o depositario judicial á pretexto de t er eniregue o deposito   Autoridade, que o-decret ara (9).

Art. 439. E' prohibido aos Juizes, e mais Empregados de Justiça, sob as penas da Lei, constituir-se directa ou indirectamente depositarios de bens, ou dinheiro, que tenham de sêr depositados (10). (Art. 293)

Art. 440. Na C orte, e nas Capitães das Provincias, e seus Termos, quando o deposito judicial consistir em dinheiro, papeis de credito; e obras de ouro, prata, e diamantes; far-se-ha nos respectivos cofres do Deposito Publico, e pela f orma determinada nas Leis de Fazenda (11).

diciaes deixou de existir d esde a Lei de 20 de Junho de 1774   19, e Ass. de 18 de Agosto do dito anno. Para os *judiciaes* nunca foi legislada, salvo no caso especial da Ord. L. 4^o T. 49   1^o. »

A resposta negativa não vale a pena de uma discussão sobre as razões excogitadas para sustental-a. A Lei de 20 de Junho de 1774   19, com o Ass. de 18 de Agosto do mesmo anno, s o abílio a prisão pelo resto devido por executados sem fraude, sem nada innovar sobre os fraudulentos; e sem referencia alguma   depositarios infieis, que a Ord. L. 4^o T. 76   5^o diz acertadamente têrem commettido *mal ficio*, ou *quasi-maleficio*; assim como sem referencia   depositarios conniventes com Juizes prevaricad res, que a Ord. L. 4^o T. 49   1^o não escusa, e manda prend r.

(9) Cit. Ord. L. 4^o T. 49   1^o.

(10) Ord. L. 4^o T. 49 princ. As penas estão substituidas pelas do Art. 146 do Cod. Crim.

(11) Lei n. 369 de 18 de Setembro de 1845 Art. 33, Regul. n. 131 do 1^o de Dezembro do mesmo anno, Off. de 15 de Janeiro de 1846, Ordens de 10 de Março, e 5 de Junho, do mesmo anno; Decr. n. 498 de 22 de Janeiro de 1847, Ord. n. 162 de 11 de Novembro de 1847, Ord. n. 249 de 21 de Dezembro de 1850.

Art. 441. Os depositos, de que trata o Art. antecedente, provão-se pelos Conhecimentos das Repartições Fiscaes (12).

Art. 442. Não se-juntaráõ em processo algum termos e certidões de taes depositos, que sejão feitos por outra fórma. Serão nullos todos os que se-fizerem em mão de particula-res (13).

Art. 443. Nos outros logares, onde houverem Depositarios Geraes nomeados pelo Governo (14), serão elles priva-

3.ª ED.

Av. n. 146 de 16 de Abril de 1867—Letras penhoradas de-vem sêr levadas em seguida ao Deposito Publico de conformidade com o Art. 526 § 1º do Regul. n. 737 de 25 de Novembro de 1850. (Esta determinação procede no Juizo Civil)

(12) Cit. Regul. n. 131 do 1º de Dezembro de 1845 Art. 7º.

3.ª ED.

Av. n. 374 de 30 de Agosto de 1865—Em concurso de precatorios de Juizos diversos daquelles, em que se-acha o *Conhecimento* original do deposito feito em Cofres Publicos, deve sêr cumprido o Regul. n. 131 do 1º de Dezembro de 1845; ficando sobre o Juiz depositante a responsabilidade de mandar levantar os depositos, não obstante os embargos, e penhoras, que sobre elles houverem, antes da decisão pela forma legal.

(13) Cit. Regul. n. 131 do 1º de Dezembro de 1845 Art. 13.

(14) Erão outr'ora nomeados pelas Camaras, como mandava o § 28 da Lei de 25 de Agosto de 1774. Pertence hoje a nomeação ao Governo, conforme explica o Av. n. 60 de 5 de Março de 1849.

3.ª ED.

Av. n. 185 de 19 de Outubro de 1854—Considera legalmente existente, para devêr sêr provido vitaliciamente, e pela forma dos Decretos, n. 817 de 30 de Agosto de 1851, e n. 1294 de 16 de Dezembro de 1854, o *Officio de Depositario* nos Termos, em que por Lei tivêr sido creado; servindo nos outros

tivos para depositos judiciaes das peças de ouro, prata, me-
taes de valôr, e pedras preciosas (15).

Art. 444. Exceptua-se o dinheiro, se as partes concorda-
rem em deposita-lo em mãos de pessoas de sua confiança (16).

logares como depositarios aquelles, que para cada Execução,
Embargo, Sequestro, e Deposito, o Juiz houver de nomear :

Av. n. 137 de 31 de Maio de 1859—Os *Depositarios Geraes*,
ou *Publicos*, podem sêr nomeados pelo Governo Provincial :
(Trata do officio de *Depositario Geral*, ou *Publico*, da Cidade
de Petropolis, e pode sêr generalisado)

Av. n. 383 de 20 de Novembro de 1871—Da restricta obri-
gação do *Depositario Geral* é não aceitar em caso algum caução
pelos depositos, que só devem sêr levantados por ordem da
Autoridade competente.

(15) Cit. Av. n. 60 de 5 de Março de 1849.

Av. n. 213 de 20 de Maio de 1865—Em vista do Regul.
n. 737 de 25 de Novembro de 1850, e da doutrina reconheci-
da pelo Av. n. 6 de 15 de Janeiro de 1846, é fóra de duvida,
que, sendo o objecto do deposito dinheiro, ouro, prata, pedras
preciosas, ou papeis de credito, só pode sêr recolhido ao *depo-
sito geral*, onde não houver *publico*.

Decis. n. 367 de 14 de Outubro de 1874—O depositario,
conforme o Art. 387 do Cod. do Com., deve interpôr o com-
petente protesto, por falta de pagamento, de uma letra, que,
estando recolhida ao Deposito Publico, não foi paga no dia do
seu vencimento.

(16) Av. n. 60 de 5 de Março de 1849, explicado pelo de
n. 263 de 30 de Outubro de 1851. Não concorda com este
ultimo Aviso o Art. 526 § 1º do Regul. Com. n. 737 de
25 de Novembro de 1850, que dos depositos geraes não ex-
ceptuou o dinheiro.

3.ª ED.

« Os Avisos de 5 de Março de 1849, e 30 de Outubro de 1851,
(Rebouças Observ. pag. 105) devem sêr entendidos e appli-
cados nos termos da Lei de 21 de Maio de 1751, Decr. de 17
de Julho de 1778, e Regul. n. 737 de 25 de Novembro de
1850 etc. »

Sem duvida. O nosso Art. 444 não faz percebêr o contra-
rio, salva somente o caso do deposito em mãos particulares
por accôrdo das partes interessadas.

Art. 445. Não havendo Depositarios Geraes, os depositos judiciaes dos referidos objectos serão feitos em podêr de depositarios particulares, ouvidas as partes sobre sua idoneidade (17).

Art. 446. Os depositos judiciaes dos outros bens moveis, e dos semoventes, e immoveis, podem sêr confiados á particulares, á contento dos interessados, e arbitrio dos Juizes (18).

Art. 447. Sem prejuizo do direito dos interessados, a escolha do depositario em penhoras, embargos, e sequestros, é deixada á prudenceia dos Officiaes da diligencia; e estes só devem admittir pessôas sem suspeita, e abonadas (19).

(17) Av. n. 162 de 11 de Novembro de 1847—Os depositarios particulares de dinheiros da Fazenda pagão juros—Decis. n. 221 de 28 de Agosto de 1851.

3.ª ED.

« A Decis. n. 221 de 28 de Agosto de 1851 (Rebouças Observ. pag. 106) não autorisa dizêr-se como regra geral, que os depositarios particulares de dinheiros da Fazenda pagão juros; senão á declarar, que os-deverão pagar pela mora, e quando comminatoriamente condemnados nelles por estes termos: O Art. 43 da Lei de 28 de Outubro de 1848 etc. »

Sem duvida. Funda-se este Av. no Art. 43 da Lei de 28 de Outubro de 1848, e tanto basta. Nem tanto fôra necessario, porque o deposito judicial impede a Fazenda de recebêr os dinheiros depositados; e só, impedimento removido, havendo mora, é possível para os depositarios a obrigação de pagar juros.

(18) Decr. de 17 de Julho de 1778, Av. de 14 de Junho de 1839, Av. n. 60 de 5 de Março de 1849, e de 16 de Novembro de 1850. Já a antiga Port. de 14 de Novembro de 1650 mandava, que os Officiaes de Justiça podessem deixar os bens em deposito particular, não sendo dinheiro ou peças de ouro e prata.

(19) Ord. L. 2º T. 52 § 7º, e L. 3º T. 86 §§ 1º e 15.

Art. 448. Provão-se estes depositos pelos respectivos autos de penhora, embargo, e sequestro, assignados pelo depositario. Sem assignatura do depositario não existe deposito (20).

Art. 449. Se fôrem immoveis os bens depositados, deverá o depositario pôr em arrecadação seus fructos ou rendimentos (21).

(20) Ord. L. 1° T. 24 § 21. Ahi se diz—e não as-querendo assignar, serão de nenhum effeito—; entretanto que com esta Ord. se-autorisa a pratica, que foi adoptada pelo Art. 511 § 3° do Regul. Com. de 25 de Novembro de 1850, de fazer assignar os depositos por duas testemunhas; sem assignatura daquelle, que os Officiaes querem, que seja depositario. O deposito é contracto, e semelhante pratica occasiona muitos abusos.

3.° ED.

« Erradamente nas Prim. Linh. de Per. e Souz. Not. 827 ao § 409 (Rebouças Observ. pag. 107) se-acha citado o § 21 da Ord. L. 1° T. 24, quando cumpria referir-se aos §§ 19 e 20 da mesma Ord. etc. »

Nenhum desses §§ 19, 20, e 21, da Ord. L. 1° T. 24 autorisa a pratica injusta de assignatura de autos de deposito por duas testemunhas, á revelia (dizem) do depositario intimado para assignar. O caso figurado pelo Sr. Rebouças é ampliação arbitraria das hypotheses daquelles §§ da Ord. L. 1° T. 24. Quando não fôsse, muito mais verão todos no Art. 511 § 3° do Regul. n. 737 de 25 de Novembro de 1850.

(21) Ord. L. 3° T. 86 § 15.

Não pôde porém arrenda-los, e mesmo aluga-los, á menos que para isso seja expressamente autorizado pelo Juiz, que decretou o deposito. Taes autorisações não devem sêr dadas pelo Juiz sem prévia audiencia das partes interessadas.

3.° ED.

Veja-se *infra* Not. ao Art. 452 a Circ. n. 255 de 11 de Julho de 1866.

Art. 450. O depositario judicial não pôde retêr o deposito á titulo de despesas que haja feito, e só lhe-compete para sua indemnisação usar dos meios legitimos contra quem direito tivér (22).

Art. 451. As despesas legaes com os bens depositados serão pagas pelo producto das arrematações (23).

(22) Alv. de 5 de Março de 1825. O Art. 278 do Regul. Com. n. 737 de 25 de Novembro de 1850 applica esta disposição á todo o depositario. A Ord. L. 4^o T. 54 § 1^o (diz o cit. Alv.), que concede a retenção da cousa até sêr paga a despeza, que nella se-fêz, trata só dos que a-houvêrão por emprestimo, aluguel, ou arrendamento, o que não é applicavel ao caso do depositario.

A disposição do têxto só procede nos depositos judiciaes, não nos extrajudiciaes. Foi inadvertencia do Regul. n. 737 Art. 278 privar o depositario extrajudicial do seu *direito de retenção* pelas despesas que fêz em razão da cousa depositada, quando igual direito deu o Cod. do Com. Art. 156 ao mandatario e commissario. Como esse Art. 278 do cit. Regul. só é applicavel em materia commercial, deve-se em materia civil observar a doutrina.

(23) Cit. Alv. de 5 de Março de 1825. Os escravos durante o tempo do deposito continuão á prestar serviços em prol de seus senhores, deduzida a despeza do sustento, curativo, etc.; e não á commodo do depositario, como por abuso se-pratica—Av. de 16 de Novembro de 1850. Nesta Côrte a diaria para comedorias dos escravos depositados foi elevada á quantia de 240 rs., igual á estabelecida para a Casa de Correição—Av. n. 366 de 23 de Novembro de 1855. Este mesmo Aviso declara, que o depositario geral para garantia das despesas tem o valor dos objectos depositados, e o recurso de requerêr a venda judicial delles; sempre que seus valores não fôrem superiôres ás despesas feitas com o deposito, conforme a pratica tem estabelecido.

Não é applicavel a disposição do cit. Aviso de 16 de Novembro de 1850, quando os depositos de escravos fôrem occasionados por questões de liberdade. Como coagir á trabalhar pessoas, cuja escravidão está em duvida?

Art. 452. Pelo deposito judicial de bens corruptiveis os Depositarios Geraes terão o premio de dois por cento deduzidos do mesmo producto das arrematações (24).

Art. 453. Sendo peças de ouro, prata, pedras preciosas, e dinheiro liquido, terão somente um por cento deduzido do capital ao tempo da entrada (25).

3.ª ED.

Regul. n. 5135 de 13 de Novembro de 1872 Art. 81 § 2º — Os mantenidos em sua liberdade deverão contractar seus serviços durante o litigio, constituindo-se o locatario, ante o Juiz da causa, bom e fiél depositario dos salarios, em beneficio da parte vencedôra do pleito. Se o-não fizérem, serão forçados á trabalhar em Estabelecimentos Publicos, requerendo-o ao Juiz o pretendido senhôr.

(24) Alv. de 21 de Maio de 1751 Cap. 5º § 1º, e de 25 de Agosto de 1774 § 16.

Declara o Aviso n. 372 de 26 de Novembro de 1859, que ao Depositario Publico cômpetem os dois por cento de todos os bens moveis, e semoventes, comprehendidos os escravos; devendo esta porcentagem, e mais despezas que legalmente se fizerem á bem do deposito, sêr satisfeitas antes da entrega do objecto depositado, como dispõe a Resol. de 21 de Abril de 1825. Determina esse mesmo Av., que a diaria para comedorias de escravos seja elevada á 320 rs.

Nas colleccões não existe essa Resol. de 21 de Abril de 1825, mas sim o Alv. de 5 de Março de 1825 citado na Not. ao Art. 451.

3.ª ED.

Av. n. 128 de 25 de Maio de 1859 — Ao *Depositario Geral interino* não é devida *porcentagem alguma* em casos de arrecadação de bens de ausentes e de heranças por Delegados e Subdelegados. (Vid. *infra* Art. 1234)

Circ. n. 255 de 11 de Julho de 1866 — Os *Depositarios Publicos* não tem direito á cobrança de 2 % sobre o valor dos bens de raiz, e Apolices da Divida Publica, que em deposito se-confiarem á sua guarda.

(25) As mesmas Leis citadas ao Art. 452. Estas Leis são relativas á Administracão do Deposito Publico de Lisboa e do

Art. 454. Para cumprimento do Art. antecedente as peças de ouro, prata, e pedras preciosas, serão avaliadas por Contrastes antes de recolhidas á deposito (26).

Art. 455. Esses objectos de ouro, prata, e joias, que estiverem cinco annos em deposito nos Cofres Publicos, sem que sejam levantados, podem sêr reduzidos á dinheiro, quando á isso não se-opponhão as partes interessadas (27).

CAPITULO III

Do mandato

Art. 456. O procuradôr não é legitimamente constituído, senão por procuração feita em instrumentos publicos dos Tabelliães ; ou em instrumen'tos particulares de pessoas, á quem se-concede este privilegio (1).

Porto, mas o Alv. de 5 de Março de 1825 applicou-as á um Depositario Geral, declarando que não se-achavão revogadas, o que confirma o Art. 2º do Decr. n. 561 de 18 de Novembro de 1848.

(26) Cit. Alv. de 21 de Maio de 1751 Cap. 5º § 3º. Assim observa-se nos Cofres dos Depositos Publicos pelo Art. 12 do Regul. n. 131 do 1º de Dezembro de 1845, deduzindo-se dois por cento, em vêz de um, como antigamente.

(27) Lei n. 628 de 17 de Setembro de 1851 Art. 11 § 16. Quanto á prescripção o Art. 32 da mesma Lei. Vid. Art. 39 do Regul. n. 160 de 9 de Maio de 1842. (Arts. 333, e 858)

(1) Ord. L. 1º T. 48 § 15, e L. 3º T. 29 princ. Ordem n. 82 de 30 de Março de 1849 Art. 1º. Se o *mandato* é contracto, os instrumentos publicos das procurações devião sêr lavrados nas Notas dos Tabelliães como manda a Ord. L. 1º T. 78 § 4º ; porém o contrario está introduzido, e só se-usa de instrumentos avulsos — *procurações fóra de Notas* —. Desta maneira, o contracto não existe, emquanto o procurador não aceita o mandato. Quanto ás procurações passadas em paizes estrangeiros deve-se observar a legislação citada ao Art. 406. Vid. Ordem n. 136 de 28 de Maio de 1852.

Antes de aceito pelo mandatário, o mandato é *acto unilatera*l. Depois de aceito, é *contracto bilateral imperfecto*, visto como para o mandante só *accidentalmente* ou *ex post-facto* produz obrigações. É *contracto consensual*, porque produz seus effectos desde logo; ainda que sua execução dependa de alguma cousa que deva ser entregue. Póde ser *gratuito*, ou *oneroso*, isto é, tendo, ou não, o mandatario direito á uma retribuição. Sendo *oneroso*, póde ser *civil* ou *commercial*, salvas as excepções. Sendo *civil*, presume-se gratuito, até que se-prove o contrario; mas sendo *commercial*, presume-se oneroso, até que se-prove o contrario.

A disposição do nosso texto regula a *forma* do mandato, mas a legislação que a-autorisa trata somente (a Ord. L. 1º T. 48 § 15, e L. 3º T. 29 princ.) do *mandato judicial*, e a Ord. n. 82 de 30 de Março de 1849 do mandato para recebimento de dividas da Fazenda Nacional nas Repartições Fiscaes. Em geral o mandato póde ser conferido por qualquer *forma*, expressa ou tacita, escripta ou verbal, por instrumento publico ou particular; salvo nos casos, em que a lei exige uma forma determinada. Em todos os casos tambem póde ser aceito por qualquer *forma*, expressa ou tacita. O disposto á tal respeito nos Arts. 140 e 141 do Cod. do Com. é perfeitamente applicavel em materia civil.

Qual o *mandato civil*, qual o *commercial*? Não se-tomem por sacramentaes todas as palavras do Cod. do Com. no Art. 140, dizendo, que ha *mandato mercantil* quando um commerciante confia á outrem a gestão de um, ou mais negocios mercantis, figurando o mandatario em nome do mandante. Dá-se mandato commercial, sempre que tem por objecto o exercicio de um ou mais actos de commercio, ainda que o mandante ou o mandatario não seja commerciante. Devem pois ser entendidas demonstrativamente as palavras—*quando um commerciante confia á outrem*—, como indicando que o mandato commercial se-dá ordinariamente entre commerciantes, ou que sendo entre commerciantes presume-se commercial até que se-prove o contrario — Delamarre et le Poitvin T. 1º ns. 30, 42, 43, e 44. Desse Art. 140 do Cod. somente são essenciaes para caracterisar o mandato mercantil estas outras palavras — *a gestão de um ou mais negocios mercantis* —, completando-se a sua definição com o disposto no Art. 154; quando diz, que o mandante deve pagar ao mandatario os salarios ou commissões que fõrem devidas por ajuste expresso, e, na falta de ajuste por uso e pratica do logar, onde se-cumprir o mandato.

Sem este complemento o mandato commercial não se distingue do mandato civil, porque este sempre se presume gratuito, e o outro sempre se presume interessado; posto que por excepção o primeiro possa sêr gratuito (note-se bem) *na comissão*, e o segundo possa sêr oneroso. As palavras desse Art. 140 do Cod. — *em nome do committente* — servem só para distinguir o mandato, e a comissão; posto que por excepção, nem o mandato civil ou commercial perde seu character por figurar o mandatario em seu proprio nome, nem a comissão deixa de ser tal por figurar o committente em nome do commissario. Em um Codigo de Commercio não é necessario tratar especialmente do mandato, basta tratar da comissão, e tanto assim, que o nosso Cod. fêz uma distribuição arbitraria de materias em seus Titulos do *mandato mercantil*, e da *comissão mercantil*. Teve-se provavelmente em vista supprir o defectivo da nossa legislação civil nesta parte, e porisso a maior parte das disposições, todas dos Arts. 140 á 163, são applicaveis em materia civil. Tudo que á cima fica dito está de perfeito accôrdo com a doutrina dos Escriptores.

3.ª ED.

Regul. n. 4505 de 9 de Abril de 1870 Art. 13 § 1º, e Art. 19 § 1º ns. 10 e 15 :

Págão sello fixo (Art. 13 § 1.º) *procurações*, e *apud acta*, não contendo clausulas, que tornem exigivel o sello proporcional : *Substabelecimentos das mesmas*, quando não outorguem poderes para venda de escravos :

E' competente para inutilisar o sello (Art. 19 § 1º n. 10) ; nas *procurações*, e *substabelecimentos*, por *instrumento publico fóra das notas*, e nas *apud acta*, o Tabellião ou Escrivão :

E' competente (Art. 19 § 1º n. 15), nas *procurações particulares*, o Empregado, á quem fôrem apresentadas para produzirem effeito.

Av. n. 184 de 30 de Junho de 1870—Compete aos Escrivões do Juizo de Paz fazêr *instrumento de procuração* nos seus respectivos districtos, porque são Tabelliães de Notas cumulativamente com os Tabelliães do Termo.

Av. n. 330 de 17 de Novembro de 1870—O reconhecimento das firmas das *procurações*, e *substabelecimentos*, *particulares*; e das assignaturas dos Tabelliães, quando não são bem conhecidos; tem sido pratica seguida nas Repartições Publicas.

Art. 457. Podem fazer procuração por instrumentos particulares, tão somente assignados, e escriptos por mão alheia :

§ 1.º Os Principes (2):

§ 2.º Os Arcebispos, e Bispos Diocesanos :

§ 3.º Os Duques, Marquezes, e Condes :

§ 4.º Os Viscondes, e Barões com Grandeza :

§ 5.º Os que têm Titulo de Conselho (3):

Av. n. 39 de 12 de Fevereiro de 1872—Devem sêr selladas as *Procurações*, quando não houver no logar sello adhesivo.

Regim. de Custas (Decr. n. 5737 de 2 de Setembro de 1874) Art. 98—As *Procurações* só podem sêr feitas no Livro de Notas, independentes de distribuição :

Poderão os Tabelliães têr Livros, abertos, numerados, e rubricados, pelo Juiz competente ; com folhas impressas, e claros precisos, para as *Procurações*; podendo tambem dar os traslados em folhas semelhantes. Vid. Not. ao Art. 395 *supra*.

Av. n. 374 de 16 de Outubro de 1874—Sobre a execução do citado Art. 98 do Regimento de Custas.

Cessarão pois as—*procurações fóra de Notas*—, mas ainda assim a—*procuração em Notas*—não é escriptura de contracto, é instrumento publico de acto unilateral.

Não se-confunda o *mandato* com a *gestão officiosa* (*gestão de negocios—negotiorum gestio*). Esta nasce de um *quasi-contracto* (Art. 383 *supra*), porque o *gestôr officioso* (*gestôr de negocios—negotiorum gestio*) representa ao *dono do negocio* para obsequial-o, sem procuração, nem qualquer *mandato expresso*, ou *mandato tacito*.

No *quasi contracto* da *gestão de negocios* (Not. ao Art. 383 *supra*), o acto unilateral do *gestôr* precede ao acto unilateral do *dono do negocio*.

No *contracto de mandato*, ordinariamente, o acto unilateral do *mandante* precede ao acto unilateral da aceitação pelo *mandatario*. E o mesmo dá-se no *contracto de commissão*, e no *contracto de commissão de transportes*. Este ultimo é um mixto de *locação de serviços* com *mandato*, como é o *contracto de preposição*. Vid. Not. ao Art. 679 *infra*.

(2) Ord. L. 3º T. 59 § 15. *Infantes* são os Principes do Art. 105 da Const. do Imp.

(3) Cit. Ord. n. 82 de 30 de Março de 1849 Art. 6º, que alterou o § 15 da Ord. L. 3º T. 59, ampliando o privilegio

§ 6.º Os commerciantes matriculados (4).

Art. 458. Podem fazer procuração por instrumentos particulares, assignados e escriptos de seu punho :

§ 1.º Os Bispos titulares (5):

§ 2.º Os Viscondes, e Barões sem Grandeza :

§ 3.º Os Fidalgos da Casa Imperial :

§ 4.º Os Magistrados (6):

aos Viscondes e Barões com Grandeza, e aos que tem Titulo de Conselho. Generaliso esta Ord. n. 82, porque os procuradores legitimos ante as Repartições de Fazenda devem sêr taes em qualquer outro caso. Na Ord. n. 82 não se-distinguem os Bispos Diocesanos dos Bispos *in partibus*, ou simplesmente Titulares sem Dioceses, porém o § 15 da Ord. é claro.

(4) Cod. do Com. Art. 21, que ampliou o Ass. 6º de 23 de Novembro de 1769, e o Art. 7º da Ord. n. 82 de 30 de Março de 1849. Por esse Art. 21 do Cod. do Com. os commerciantes matriculados passarão para a classe dos que podem assignar somente suas procurações, mandando escrevê-las por alheio punho—Ord. n. 125 de 10 de Maio de 1852. Nas sociedades, sendo a firma social composta de nomes de commerciantes todos matriculados, goza das mesmas prerogativas que as firmas sociaes matriculadas, ainda que a sociedade collectivamente se não matriculasse. Matriculada porém uma firma social, a sociedade collectivamente, e não os socios individualmente, fica gozando das prerogativas dos negociantes matriculados—Av. n. 148 do 1º de Agosto de 1854.

(5) Ord. L. 3º T. 59 § 15. Quanto aos outros Bispos, que podem somente assignar, a Ord. diz—*das Cidades de nossos Reinos e Senhorios*—.

(6) O que se-deve entendêr por *magistrados*? A Lei de 12 de Maio de 1840 Art. 4º, interpretando o Art. 11 § 7º do Acto Adldicional, declara, que a palavra —*magistrado*—não é comprehensiva dos Membros das Relações e Tribunaes Superiores. Todavia os Arts. 101 § 7º, e 154, da Const., não podião sêr entendidos com semelhante restricção, o que se-esclareceu na Circ. n. 9 de 29 de Janeiro de 1844. Esta mesma Circ. declara, que os Juizes Municipaes, de Orphãos, Chefes de Policia, e Juizes de Paz, não são *magistrados*, o que é confirmado pelo Av. n. 11 de 12 de Janeiro de 1854. Entretanto

- § 5.º Os Doutôres, e Advogados ;
§ 6.º Os Cavalleiros das Ordens do Imperio (7) ;
§ 7.º Os Officiaes Militares até o pòsto de Capitão (8) ;
§ 8.º Os Abbades, que gozão das prerogativas episcopaes ;
os Beneficiados, e os Clerigos de Ordens Sacras (9).
-

a Ordem n. 356 de 14 de Novembro de 1855 resolveu, que os Juizes Municipaes — Bachareis formados — são considerados *magistrados*, e porisso comprehendidos no § 3º do Art. 7º da Ord. n. 82 de 30 de Março de 1849, gozando do privilegio de passar procurações.

Diz o Av. n. 12 de 14 de Janeiro de 1858: « A legislação novissima não considera os Juizes de Paz como Magistrados, mas sim como Empregados de Justiça, sendo assim decidido pelo Av. de 14 de Novembro de 1855 á respeito dos Juizes Municipaes: o magistrado hoje, na fórma de Direito, é aquelle Empregado, que á jurisdicção e á autoridade publica para administrar justiça, une a perpetuidade segundo o disposto no Art. 153 da Const. do Imperio. »

3.ª ED.

(7) Se os Cavalleiros das Ordens do Imperio podem fazer procurações por seu punho, por maioria de razão podem fazê-las os mais Condecorados; e assim decidiu a Ord. de 23 de Agosto de 1867, citada no Almanak da Marinha de 1875, que não achei na Collecção desse anno.

(8) São Officiaes Militares os de 1ª e 2ª linha com patentes assignadas pelo Soberano. Vid. Prov. de 23 de Setembro de 1850. Os Officiaes da Guarda Nacional dêse o pòsto de Capitão achão-se no mesmo caso -- Decis. n. 104 de 20 de Maio de 1854.

3.ª ED.

O Av. n. 160 de 9 de Julho de 1853 parece contêr decisão diversa á de n. 104 de 20 de Maio de 1854 á cima citada.

(9) Cit. Ordem n. 82 de 30 de Março de 1849 Art. 7º, que teve em vista, como declara no Art. 1º § 2º, os estilos geralmente adoptados no Fôro, nos Tribunaes, e nas Repartições Publicas. As palavras da Ord. L. 3º T. 59 § 15 — *Abbades Bentos* —, conforme advertio Silv. á mesma Ord. n. 36, não indicão sómente os Abbades Benedictinos; referem-se á todos

Art. 459. As molhères casadas, ou viuvas, das pessoas acima especificadas, tem os mesmos privilegios de seus maridos (10).

Art. 460. Para negocios judiciaes as procurações podem ser feitas *apud acta* pelo Escrivão da Causa, em presença do Juiz, e com assignatura do constituinte (11).

Art. 461. O menor até a idade de quatorze annos, e a menor até a de dozê, não podem fazer procuração (12). (Art. 25)

Art. 462. Depois dessa idade podem fazê-la com authorisação do Juiz do processo, ou de seus curadôres (13). (Art. 26)

os Abbades, que gozão das prerogativas episcopaes. Nesta parte pois não segui a expressão da Ordem n. 82 de 30 de Marco de 1849.

(10) Cit. Ordem. n. 82 de 30 de Marco de 1849 Art. 8°.

(11) Ord. L. 1° T. 48 § 15, L. 3° T. 29 princ.

— *Em presença do Juiz* —: não está em uso, como acontece com muitos outros actos judiciaes, que correm nos cartorios fóra da presença do Juiz.

As procurações, e os substabelecimentos, *apud acta* tomã-se á requerimento de partes, e por despacho do Juiz.

3.ª ED.

Sobre o sêllo das procurações, e substabelecimentos; *apud acta* veja-se a legislação agora citada ao Art. 456.

(12) Ord. L. 3° T. 29 § 1°, e T. 41 § 8°.

Attenda-se ás novas observações da Not. ao Art. 25 *supra*.

(13) Citadas Ords. L. 3° T. 29 § 1°, e T. 41 § 8°.

Attenda-se ás novas observações da Not. ao Art. 26 *supra*.

3.ª ED.

E quaes os *maiores*, que não podem fazer procuração?

Av. n. 402 de 29 de Agosto de 1863—Condemnados á prisão com trabalhos devem sêr considerados privados de sua administração e bens, e nas circumstancias dos interdictos, que estão inhibidos de *constituir procurador*, segundo declarou o Despacho de 28 de Abril de 1851.

Art. 463. As Irmandades, e Casas de Misericórdia, que não tiverem compromissos devidamente approvados, onde se comprehenda a faculdade de passarem procurações por seus Escrivães, ou Secretarios, só podem instituir procuradôres por intermedio dos Tabelliães (14).

Art. 464. Não podem sêr procuradôres de partes em negocios, que, directa ou indirectamente, activa ou passivamente, pertença, ou digão respeito, á Fazenda Nacional ; os Empregados do Thesouro, e das Thesourarias (15).

Art. 465. Da prohibição desta procuradoria exceptuão-se os negocios de interesse dos ascendentes, ou descendentes ;

Av. n. 27 de 27 de Janeiro de 1864—Revogou o antecedente Av. n. 402 de 29 de Agosto de 1863. Neste Av. revogatorio lê-se :

Sendo os effeitos da pronuncia os declarados no Art. 293 do Regul. de 31 de Janeiro de 1842, delles não resulta a incapacidade para os actos da vida civil :

Impossibilitado de praticar os actos da vida civil é quem se-acha sujeito ao regime penitenciario :

Corrigio-se um erro á custa de outro, porque a sujeição ao regime penitenciario é a pena de prisão com trabalho do Cod. Crim. Art. 46 ; e a sentença de prisão (Art. 8º n. 2º Const. do Imp.) suspende o exercicio dos *direitos politicos*, mas não o dos *direitos civis* exerciveis por procuração. Se assim não fôra, os prêsos por condemnação criminal serião soccorridos com uma curadoria. São validos seus contractos, diz o nosso Art. 356 *supra*.

(14) Ordem n. 253 de 11 de Dezembro de 1849, e n. 244 de 8 de Outubro de 1851. São legaes, e sufficientes, as procurações assignadas pelas Camaras Municipaes, e passadas por seus Secretarios—Ordem n. 153 de 8 de Junho de 1849. Do mesmo modo as procurações passadas e assignadas pelo Presidente e Secretario do Conselho de Direcção do Banco do Brazil—Ordem n. 28 de 28 de Janeiro de 1852.

(15) Circ. de 10 de Novembro de 1840, Ordem de 21 de Janeiro de 1842, Decr. n. 736 de 20 de Novembro de 1850 Art. 66. Vid. § 11 do Regimento, á que se-refere a Prov. de 29 de Janeiro de 1812.

irmãos, ou cunhados ; dos Empregados fóra dos casos de devêrem sêr despachados, ou expedidos, por estes (16).

Art. 466. Não podem ser procuradôres em Juizo :

§ 1.º Os menores de 21 annos (17) :

§ 2.º Os Magistrados, Tabelliães, Escrivães, e Officiaes de Justiça (18) :

§ 3.º Os condemnados por falsidade (19) :

(16) Cit. Decr. n. 736 de 20 de Novembro de 1850 Art. 66.

(17) Ord. L. 1.º T. 48 § 20, e Resol. de 31 de Outubro de 1831. A excepção de sêrem Bachareis em Direito está prejudicada, porque antes de vinte e um annos não se-póde têr o grão de Bacharel—Estat. de 30 de Março de 1853 Arts. 3º e 92. Sobre os menores—procuradôres *ad negotia*—veja-se a Not. ao Art. 185.

A prohibição do têxto refere-se unicamente á procuradoria judicial. Quanto ao mandato extrajudicial, é de doutrina, que os menores adultos (assim como as molhêres casadas) podem sêr mandatarios ; mas para o effeito somente da validade de seus actos, em relação ao mandante ; e á terceiros, que estiverem nos limites do mandato. A razão é, que esses incapazes não tratão de actos proprios, mas de actos de terceiros, á quem representão como mandatarios, e portanto apreciados pela capacidade civil dos representados.

Pela mesma razão, segundo o Direito Romano, e ainda hoje, os oscravos representão seus senhôres em muitos actos da vida civil. A representação em tal caso não deriva de contracto, mas de uma ordem, que o superiôr dá á seu subordinado, cujos effeitos são identicos aos do mandato. O senhôr fica obrigado pelo preço da cousa, que seus escravos comprarem por sua ordem. —Merlin Repert. vb. *esclavage* § 2º. « Fica obrigado (Cod. da Luisiana Art. 179) pelo que seus escravos tiverem feito por sua ordem, assim como, pelo que tiverem gerido ou negociado em negocios, para os quaes os-tenha autorisado ; não os tendo autorisado, só fica obrigado até a importancia do proveito, que houver tido.»

Os libertos não podem sêr procuradôres de outrem, e como taes demandarem á seus patronos, sem têrem a idade de dezete annos completos—Ord. L. 3º T. 9º § 5º.

(18) Ord. L. 1º T. 48 §§ 23 e 24, L. 3º T. 28 §§ 2º e 3º, L. 4º T. 25.

(19) Cit. Ord. L. 1º T. 48 § 25.

§ 4.º Os que perdêrão o officio por erro nelle commetido (20):

§ 5.º Os Clerigos, e os Religiosos, excepto por suas Igrejas, pelas pessoas miseraveis, e por seus ascendentes e irmãos (21).

Art. 467. Aos que podem sêr procuradôres em Juizo é prohibido exercêr o mandato perante Juiz, que seja seu pai, irmão, ou cunhado (22).

Art. 468. Aos Advogados é tambem prohibido fazêr contractos com as partes para havêrem alguma cousa, se-lhes vencêrem as demandas. Somente podem levar os honorarios taxados na Lei (23).

(20) Cit. Ord. L. 1.º T. 48 § 26.

(21) Cit. Ord. § 22, e L. 3.º T. 28 § 1.º. Estas Leis confundem as profissões de advogar, e procurar em Juizo, com o mandato accidental. A exclusão dos Fidalgos, e Cavalleiros, tem cessado com a nova ordem de cousas.

Se os Religiosos podem sêr procuradôres em Juizo, não estão *civilmente mortos*.

(22) Ord. L. 1.º T. 48 § 29, e Av. n. 106 de 29 de Setembro de 1845.

(23) Ord. L. 1.º T. 48 § 11. O Alv. do 1.º de Agosto de 1774, que ampliou a prohibição da *quota litis* á todas as pessoas, entrou no numero das Leis suspensas pelo Decr. de 17 de Julho de 1778. Lobão Facisc. Dissert. 6.ª § 6.º pensa de outro modo.

A prohibição da *quota litis* é extensiva aos procuradôres judiciaes. Não obstante a nullidade de taes contractos, os Advogados, e Procuradôres judiciaes, que os-fizerem, podem havêr o justo valor de seus trabalhos; assim como respondem pelo prejuizo, que por sua culpa causarem aos constituintes.

3.º ED.

Regim. de Custas (Decr. n. 5737 de 2 de Setembro de 1874) Art. 202:

§ 1.º O Executivo, que compete aos Advogados para cobrança dos seus honorarios, comprehende as taxas deste Regim., ou a importancia *certa e liquida* dos seus contractos

§ 2.º Estes contractos, qualquer que seja o seu valôr, podem sêr feitos por escripto particular, assignado pelo Advogado e pelo seu cliente: (Vid. Not. ao Art. 368)

§ 3.º Em falta de contracto escripto com a parte, entende-se, que o Advogado sujeitou-se ás taxas do Regimento.

Av. (no *Direito* Rev. Ann. 3º pag. 55) de 13 de Março de 1875 n. 2º:— As clausulas prohibidas em Direito são excluidas dos contractos, á que refere-se o Art. 202 do Novo Regimento de Custas.

A decisão deste Av. é acertada, por não franquear entre os Advogados e seus clientes contractos com qualquer clausula; porém pecca em sua redacção, se a-comparamos com o Direito, á que ella se-refere.

Qual esse Direito referido? O Patrio da Ord. L. 1º T. 48 § 11, onde vemos absoluta prohibição de contractos entre os Advogados e seus clientes, e não prohibição de clausulas. Como dessas clausulas a mais fallada é da—*quota litis*—, o Av. pagou tributo ao uso. Ha—*quota litis*—, quando taes contractos são *aleatorios* (o incerto e futuro factos do vencimento das demandas), e retribuíveis com uma *parte aliquota* da quantidade vencida, metade, um têtço, um quarto, um quinto; mas a Ord. L. 1º T. 48 § 11 prohibe tambem o *aleatorio* sem—*quota litis*—, dizendo—*para havêrem certa cousa vencendo-lhes as demandas*—. Não diz *cousa certa*, porém *certa cousa*, o que abrange o *aliquoto* e o *aliquanto*, a *quantidade* e a *qualidade*, a *qualidade in genere et in specie*. Ainda mais, ella prohibe qualquer contracto, dizendo em remate—*mas somente levarão os salarios, que se-lhes directamente montar, e por nossas Ordenações lhes-são taxados*—.

Ora, como o Art. 202 do Novo Regimento de Custas diz, que o Executivo comprehende as taxas do Regimento, ou a importancia *certa e liquida* dos contractos, qualquer que seja o valôr destes; segue-se têt derogado a Ord. L. 1º T. 48 § 11, só no que respeita ao *aleatorio* dos contractos; só no que respeita, com *aleatorio* ou sem elle, á promessa de qualidades, á promessa de quantidades não pecuniarias, e á promessa de pecuniarias quantidades incertas e illiquidas. Tudo isto excluem as palavras—*ou a importancia certa e liquida dos seus contractos*—.

Em conclusão, só podem os Advogados, não satisfazendo-se com as taxas do Regimento, estipular sem condição uma quantia redonda para retribuição dos seus honorarios, pagavel de uma vêz, ou em prestações, seja qual fôr o exito das

Art. 469. Não se conformando os Advogados com as taxas marcadas na Lei para seus trabalhos, podem requerer arbitramento (24). (Art. 868)

Art. 470. A procuração deve contêr poderes especiaes (25):

pretensões incumbidas. Nada mais certo que a JUSTIÇA, fóra o brocardio do—*habent sua sidera lites*—!

(24) Regim. n. 1569 de 3 de Março de 1855 Art. 185.

3.^a ED.

A revogação deste Art. 469 resulta evidentementeé do Art. 202 n. 3.^o do Novo Regim. de Custas transcripto ao Art. 468. Se, em falta dos permittidos contractos, ficão sujeitos os Advogados ás taxas marcadas, segue-se, não podêrem mais demandar vergonhosos *arbitramentos* de honorarios.

Tanto, ou mais escandalosos, algumas vezes julgados *ultra petita*, são os *arbitramentos* requeridos pelos *Medicos*, e sem lei que os autorise. É um abuso, que deve cessar quanto antes, e que parece originar-se do Alv. de 22 de Janeiro de 1810 § 34 (Corr. Tell. Doutr. das Acç. § 20 Not., dando acção executiva (que não é arbitramento) aos *Medicos*, *Cirurgiões*, e *Boticarios*). Ora, esse Alv. regia os Delegados do Fisico Mór, com seu Juizo privativo; mas os logares de Provedor Mór da Saúde, Fisico-Mór, e Cirurgião-Mór do Imperio, forão abolidos, passando as respectivas causas para as Justiças Ordinarias. Os *Medicos*, pois, *Cirurgiões*, e *Boticarios*, só podem demandar por acção ordinaria o pagamento de seus trabalhos, e receitas, até que alguma lei mande o contrario.

(25) Quando se-diz, que a procuração deve contêr poderes especiaes, é em relação ao *mandato geral*. O *mandato especial* necessariamente contém poderes para o acto, ou actos, que designa. O dispôsto sobre o *mandato geral* no Art. 145 do Cod. do Com. é applicavel em materia civil.

3.^a ED.

Sobre procurações para *casamento*—Not. ao Art. 96 *supra*.
Sobre procurações para *fiança* — Not. ao Art. 776 *infra*.
Sobre os mais casos, em que as procurações devem contêr

§ 1.º Para seu substabelecimento (26):

§ 2.º Para juramento (27):

§ 3.º Para alienação de bens (28) :

§ 4.º Para transacção no Juizo conciliatorio (29) :

podêres especiaes, como sobre todo o assumpto das *procurações extrajudiciaes*, leia-se com summo proveito o bom Livro de J. M. da Trindade.

(26) Ord. L. 1º T. 48 §§ 15 e 28. O substabelecimento, que não excede a folha da procuração, não paga novo sêllo—Ord. n. 119 de 13 de Setembro de 1850.

3.º ED.

Av. n. 434 de 16 de Setembro de 1874—Conforme o Art. 98 do Regimento de Custas de 2 de Setembro ultimo, os *substabelecimentos das procurações* devem sêr feitos, como estas, nos Livros de Notas.

(27) Ord. L. 3º T. 43 § 3º.

Amplie-se—e confissão—Regul. n. 737 de 25 de Novembro de 1850 Art. 155.

(28) Ord. L. 4º T. 48 princ.

Amplie-se—e hypotheca—Cod. do Com. Art. 145; mas nem o podêr de alienar comprehende o de hypothecar, nem o de hypothecar o de alienar.

Quanto á venda de escravos, e outros contractos semelhantes, para o effeito do pagamento da meia siza, o Decr. n. 2699 de 28 de Novembro de 1860 Art. 5º dispõe o seguinte : —Ficção prohibidos, pena de nullidade, os contractos feitos em virtude de cartas de ordens, ou por procurações, que não seião especiaes para os mesmos contractos. As procurações especiaes não serão aceitas em Juizo, ou fóra d'elle, sem designarem o escravo, ou os escravos, por seus nomes, sexo, côr, officio, profissão, estado, idade, naturalidade, e quaesquer outras qualidades, ou signaes, que possam distinguir o escravo.— Veja-se tambem o Art. 8º § Un. do cit. Decr.

(29) Dispos. Provis. de 29 de Novembro de 1832 Art. 3º, Regul. n. 737 de 25 de Novembro de 1850 Art. 26.

Amplie-se—e qualquer outra transacção—Cod. do Com. Art. 145. *Transacção* quer dizêr composição para extinguir obrigações litigiosas ou duvidosas.

§ 5.º Para recebêr, e dar quitação (30).

Art. 471. O procuradôr, que aceitou o mandato, é responsável pelo dano, que causar ao constituinte por negligencia, culpa, ou ignorancia (31).

Art. 472. Não pôde o procuradôr, que aceitou o mandato, acceital-o depois pela parte contraria ; advogando, ou solicitando, em favôr desta (32).

Art. 473. Acaba o mandato (33) :

(30) Ord. n. 82 de 30 de Março de 1849 Art. 2.º

O podêr de recebêr comprehende o de dar quitação. O de recebêr um credito hypothecario comprehende o de consentir na baixa do registro da hypotheca depois de feito o pagamento. O de vendêr e recebêr o prêço da venda comprehende o de fazêr as despesas necessarias para a venda.

(31) Ord. L. 1º T. 48 §§ 8º, 9º, 10, e 17 ; e L. 3º T. 27 princ. Vid. Art. 705 do Regul. Com. n. 737 de 25 de Novembro de 1850, e Cod. do Com. Art. 162.

3.ª ED.

Av. n. 317 de 21 de Setembro de 1874—Os podêres das procurações sem a clausula *in solidum* cabem á qualquer dos mandatarios indistinctamente. (Bem entendido, quando fôrem indistinctamente nomeados ; nomeados *ordinalmente*, devem acceitar o mandato um depois do outro, na ordem indicada, por não querêr ou não podêr acceitar o precedente).

(32) Ord. L. 1º T. 48 § 13.

3.ª ED.

(33) « O mandato acaba (Orlando Cod. do Com. pag. 70) pelo casamento da molhér, que deu ou recebeu procuração, *seja ou não commerciante*, porque o marido é o administradôr de sua pessoa e bens, como chefe da familia. E' desnecessario dizêr, que finda o mandato pela *conclusão do negocio*, ou vencimento do tempo convençionado. »

Quanto á primeira parte desta doutrina, não procede, quando a molhér commerciante casa, nos actos relativos ao seu commercio ; porque nestes se-reputa *sui juris*, e sem depen-

§ 1.º Pela morte do mandante (34) :

dencia de autorização expressa nos termos do Cod. de Com. Art. 29.

Quanto á segunda parte desta doutrina, cumpre, não esquecer a obrigação de recorrer da sentença contraria ao constituinte (Art. 473, § 4º Consol.), e adicionar o caso de acabar o mandato condicional pelo implemento da condição.

(34) Ord. L. 3º T. 27 § 2º. Vid. Art. 706 § 3º do Regul. Com. nº 737 de 25 de Novembro de 1850, que, além do falecimento do constituinte, contempla o caso de transmissão dos direitos deste para outra pessoa, constando legalmente em Juizo.

— *Pela morte do mandante* — : e como tal se-deve reputar a dissolução da sociedade, ou a cessação da existencia de qualquer outra pessoa juridica, que tenha conferido o mandato.

Amplie-se—e por incapacidade que lhe-sobrevenha.—A razão é a mesma.

O mandato não acaba por morte do mandante, quando assim se-tivér convencionado, e nos casos, em que é irrevogavel.

Se fóra destes casos excepcionaes o mandato cessa por morte do mandante, segue-se, que, sendo de tempo indeterminado, dura emquanto o mandante não o—revogar, sem necessidade de renovação, qualquer que seja o tempo decorrido. « Se eu não tenho designado algum prazo (Pothier *Mandat* n. 35), nem subordinado a duração de minha procuração á alguma condição, ella vale *in perpetuum*; isto é, emquanto eu vivêr, e não revogal-a. Alguns praticos ignorantes dizem, que é preciso neste caso renovar a procuração todos os annos; mas é um erro, que não merece sêr refutado: *Procurator, et in diem, et sub conditione, et usque ad diem, dari potest, et in perpetuum*—Lei 3ª e 4ª Dig. de *procurat.* »

3.ª ED.

Da simples leitura do Art. 32 *supra* vem á tona o absurdo das exigidas—*certidões de vida*—. O Decr. n. 4113 de 4 de Março de 1868 Art. 4º as-exigia, mas foi revogado pelo Decr. n. 4355 de 17 de Abril de 1869 Art. 20.

§ 2.º Pela revogação da procuração, que deve sêr intimada ao procuradôr demittido (35) :

§ 3.º Pela renuncia do procuradôr, que deve tambem sêr intimada ao mandante (36) :

§ 4.º Proferida a sentença definitiva nos negocios judiciaes, devendo porém o procuradôr recurrêr della, se fôr contra seu constituinte (37).

Art. 474. O procuradôr pôde oppôr-se, á que o mandante revogue a procuração, se a lide já estiver contestada (38).

Art. 475. Mas, não obstante a contestação da lide, o mandante tem direito de revogar a procuração, allegando justa

(35) Ord. L. 3º T. 26 princ. A intimação não está em uso no Fôro Civil, bastando simplesmente a junção de nova procuração ao processo. O Art. 706 § 1º do Regul. Com. n. 737 de 25 de Novembro de 1850 exige, que a revogação da procuração seja intimada judicialmente ao procurador.

A revogação do mandato pôde sêr *expressa*, ou *taci'a* ; e ha revogação tacita, se o mandante nomear novo mandatario para o mesmo negocio, ainda que na segunda procuração não derogue a primeira.

Ha casos, em que o mandato é *irrevogavel*, ou porque assim se-tenha convencianado, e em geral quando fôr condição de um contracto bilateral, ou meio de cumprir uma obrigação contractada.

(36) Cit. Ord. L. 3º T. 26 princ. Esta intimação quasi sempre se-requer nos processos. Vid. Art. 706 § 2º do Regul. Com. n. 737.

Nos casos, em que o mandato é *irrevogavel*, tambem é *irrenunciavel*.

(37) Ord. L. 3º T. 27 princ., e § 1º. Algumas vêzes os Advogados são instituidos para a primeira, e logo para a segunda, Instancia.

(38) Ord. L. 3º T. 26 § 1º. Esta disposição, com a dos dois Arts. que se-seguem, não se-observa. O mandato é revogavel, e renunciavel, em todo o estado da causa. Vid. Arts. 709 e 710 do Regul. Com. n. 737 de 25 de Novembro de 1850.

causa ; como seja, impedimento do procuradôr para bem desempenhar o mandato, inimizade superveniente, ou amizade com seu contendôr (39).

Art. 476. Igual direito compete ao procuradôr nos referidos casos para renunciar a procuração depois da lide contestada, azendo intimar a renuncia ao mandante, para que nomêe outro procuradôr (40).

CAPITULO IV

Do emprestimo

Art. 477. Quando se-empresta alguma cousa, que consiste em *numero*, *pêso*, ou *medida*, e com o uso se-consome, o emprestimo chama-se *mutuo* (1).

(39) Ord. L. 3º T. 26 § 1º.

(40) Cit. Ord. L. 3º T. 26 § 1º.

(1) Ord. L. 4º T. 50, e T. 53 § 1º. *Cousas fungiveis* são o objecto do *mutuo*, isto é, as susceptiveis de substituição por outras cousas da mesma especie, da mesma qualidade, e na mesma quantidade. As cousas, que se-consomem com o uso, são *fungiveis* por sua naturêza ; mas as partes podem convençionar, que sejam *fungiveis* cousas, que o-não são por sua naturêza. Isto pôde acontecer até com acções de Banco, e outras Companhias, quando quem as-recebe fica obrigado á restituir numero igual ao das acções recebidas. Em summa, ha *mutuo*, sempre que a obrigação de restituir fôr *generica*, e não se-referir á propria cousa recebida ; mas á outra da mesma *especie*, e *qualidade*, qualquer que ella seja.

O *mutuo* pôde sêr *directo* ou *occasional*, e com esta distincção explica-se o Art. 247 do Cod. do Com. *ibi—quando a cousa emprestada pôde sêr considerada genero commercial—*. Como poderia sêr entendido esse Art., se elle comprehende na generalidade das palavras transcriptas todas as cousas moveis, pois que todas podem sêr consideradas generos commerciaes, e destinadas á uso commercial ?

Art. 478: Quando para certo uso se-faz concessão gratuita de uma cousa, que deve sêr identicamente restituída, o empréstimo chama-se *commodato* (2).

3.ª ED.

Os *pêsos*, e *medidas*, é de obrigação mandar aferir pela respectiva Camara Municipal. Vid. a Ord. L. 1º T. 18 §§ 28 e seg., e mais disposições apontadas no Repert. de Furt. vb.—*aferição*—.

Lei n. 1157 de 26 de Junho de 1862— Substitúe em todo o Imperio o actual systema de *pêsos*, e *medidas*, pelo systema metrico francêz.

Decr. n. 5089 de 18 de Setembro de 1872— Instrucções provisórias para execução da Lei *supra*, que substituiu em todo o Imperio o actual systema de *pêsos*, e *medidas*, pelo systema metrico francêz.

Decr. n. 5165 de 11 de Dezembro de 1872— Regul. das condições, que devem satisfazêr os *pêsos*, e as *medidas*, do systema metrico, segundo a Lei n. 1157 de 26 de Junho de 1862.

O *mutuo directo* reveste manifestações notaveis, combinando-se com o *aleatorio* quando é:

Contracto d'empréstimo d risco marítimo :

Contracto de constituição de renda vitalicia :

Contracto de constituição de renda perpetua .

No 1º caso o *aleatorio* vem dos riscos da navegação :

No 2º caso o *aleatorio* vem da incerteza do tempo da vida humana :

No 3º caso o *aleatorio* vem (tratando-se de Apólices da Divida Publica) do sorteio d'aquellas, que são remidas.

(2) Ord. L. 4º T. 53 princ. e § 1º. *Cousas não fungiveis* são o objecto do *commodato* ordinariamente. *Em especie*, expressão do Direito Romano, deve-se entendêr—*identicamente*—*individualmente*—. Para certo uso, deve-se entendêr—*por determinado tempo*—, em contraposição ao *precario*. Vid. Art. 498.

3.ª ED.

Supponha-se não escripto o adverbio—*individualmente*—, que não é synonymo de—*identicamente*—. Paguei tributo ao erro em voga de considerar-se *individuo* cada objecto corporeo

Art. 479. No *mutuo* o dominio da cousa emprestada transfere-se pela entrega ao mutuário (3).

Art. 480. Desde o momento da entrega o risco é por conta do mutuário, que tem obrigação de pagar ao mutuante outra igual quantidade do mesmo genero (4). (Art. 845)

Art. 481. O pagamento deve ser feito pelo mutuário no prazo, que foi estipulado (5).

encarado em sua *unidade*. Essa *unidade* é *numerica*, e a *unidade numerica* é uma *dualidade*,—é uma *especie*. A expressão do Direito Romano—*em specie*—é exactissima, e a obrigação de restituir *em specie* é de restituir *identicamente*, á sabêr, a mesma cousa recebida; mas não é de restituir *individualmente*, porquanto a cousa recebida é uma *especie*, e não *individuo*. Consulte-se Coelh. da Roch. Dir. Civ. § 81 Not., onde diz, que modernamente tem-se alterado a forma da expressão romana, e seguido a das *Sciencias*. Infelizmente, porque *taes Sciencias* errão, é a verdade disse-a o Direito Romano. Vid. Arts. 844, 845, 846, e 847, e particularmente a Not. ao Art. 845. Procede, como aqui inserida, a censura do Sr. Annibal (Observ. á Orlando pags. 39 á 42) com relação aos Arts. 874 § 1º, e 881 do Cod. do Com.; e 619 § 1º, e 620 § 1º, do Regul. n. 737 de 25 de Novembro de 1850. Dizendo o Cod. do Com. Art. 874 § 1º—*COMMODATO*—, de onde vem para os *commo-dantes* o titulo de credôres de dominio nas fallencias, e nos concursos creditorios; nada mais arbitrario, que na sua Not. 327 trocar o Sr. Orlando *commo-dantes* por *mutuantes*! Vid. Not. ao Art. 509 *infra*.

(3) Ord. L. 4º T. 50 princ.

(4) Cit. Ord. L. 4º T. 50 princ. E' uma consequencia da disposição do Art. antecedente—*Res suo domino perit*—. A cousa perece para seu dono, mas o genero, como diz a cit. Ord., não pôde perecêr—Vid. Not. ao Art. 845.

O fim do *mutuo* é transferir uso, mas, como a cousa se-con-some com o uso, ou as partes estipulárão a substituição della por outra do mesmo genero e especie, resulta necessariamente, que passa para o dominio do mutuário, e que o risco e perigo correm por sua conta desde o momento da entrega.

(5) Ord. L. 4º T. 50 § 1º. Nas obrigações mercantis com prazo certo não se conta o dia da data do contracto, mas o

Art. 482. Não havendo estipulação de prazo, o mutuário fica constituído em mora desde a exigência do pagamento (6).

Art. 483. Não se pôde porém exigir o pagamento senão dez dias depois do empréstimo, e segundo as circumstancias o Juiz concederá maior prazo (7).

Art. 484. O empréstimo de dinheiro á fillos-familias de qualquer sexo não dá acção contra elles, ainda depois de emancipados ; nem contra seus pais, nem contra os fiadores do contracto (8).

Art. 485. É valido porém o empréstimo, e á elle está obrigado o pai, nos casos seguintes :

§ 1.º Se o fillo-familias estfvér em parte remota por motivo de estudo, ou serviço militar, não excedendo o empréstimo as meçadas do costume (9) :

§ 2.º Se o fillo-familias commerciar por mandado do pai, não estando habilitado á fazê-lo por sua propria conta ; mas com approvação do mesmo pai, nos termos do Art. 1.º § 3º do Cod. do Com. (10).

immediato seguinte ; conta-se, porém, o dia do vencimento do prazo—Art. 135 do Cod. do Com.

É applicavel em materia civil a disposição do Cod. do Com. Art. 136, cujo complemento está na Ord. L. 3º T. 35, e Consolid. Art. 828.

(6) Cit. Ord. L. 4º T. 50 § 1º. E da mora em diante, não tendo havido estipulação de juros, o mutuário deve pagai-os ? Para este effeito a nossa jurisprudencia exige a interpellação judicial. Assim legislão os Arts. 138 e 248 do Cod. do Com.

(7) Ord. L. 4º T. 50 § 1º, Art. 137 do Cod. do Com. A Lei dá dois exemplos, que são desnecessarios.

(8) Cit. Ord. L. 4º T. 50 § 2º. Disposição do *Senatus consulto Macedoniano*.

(9) Cit. Ord. L. 4º T. 50 § 4º.

(10) Ord. L. 4º T. 50 § 3º, combinado com o Cod. do Com.

Art. 486. Quando o filho-familias commerciar sem mandado do pai, não é este responsavel pelo emprestimo ; mas o proprio filho mutuario, até onde chegar seu peculio (11).

Art. 487. Se na escriptura do contracto o Tabellião portar por fé, que na sua presença, e na das testemunhas, o devedôr recebêra o emprestimo por elle confessado ; não se-admitte contra esta confissão, assim provada, reclamação de naturêza alguma (12).

Art. 488. Fóra do caso do Art. antecedente, concede-se ao devedôr, ou á seus herdeiros, e fiadôres, o prazo de sessenta dias depois do contracto para reclamarem contra o credôr, ou contra seus herdeiros, a confissão do emprestimo (13).

Art. 489. Esta reclamação tem lugar, ainda que no contracto o devedôr a-tenha renunciado (14). (Art. 389 § 4º)

Art. 490. Fica perpetuado o direito do devedôr, se, pôsto que não demandado, protestar nos ditos sessenta dias contra o credôr, declarando não têr effectivamente recebido a quantidade confessada (15).

(11) Cit. Ord. L. 4º T. 50 § 3º. O que se póde têr lugar por infracção da Lei, porquanto o Cod. de Com. Art. 1º § 3º inhibe commerciar aos filhos-familias sem authorisação dos pais, provada por escriptura publica, e inscripta no registro do commercio.

(12) Ord. L. 4º T. 51 § 1º *in fin.*

(13) Ord. L. 4º T. 51 princ., e §§ 2º e 3º. Existe a crença vulgar, nascida desta Lei, de que as partes tem sessenta dias para arrependimento dos contractos. A Resol. de 4 de Dezembro de 1827 dá noticia desse erro *communis*. *Quid*, se o fiadôr demandado oppõe a excepção, e o devedôr principal confessa têr recebido?

(14) Cit. Ord. L. 4º T. 51 princ. Usa-se deste direito pela excepção denominada—*non numeratæ pecuniæ*—que é de pouco uso.

(15) Cit. Ord. L. 4º T. 51 § 2º.

Art. 491. Ausentando-se o credôr, ou occultando-se, em modo que a reclamação não lhe-possa sêr intimada, o protesto judicial do devedôr é sufficiente para conservação do seu direito (16).

Art. 492. O effeito desta reclamação será incumbir ao credôr o onus da prova sobre a realdade do emprestimo (17).

Art. 493. Se o credôr a-provar com o Tabellião e as testemunhas do contracto, ou com outras testemunhas, ou por qualquer outro modo; o devedôr reclamante será condemnado á pagar, e nas custas em trez-dôbro (18).

Art. 494. Se a não provar, a escriptura do emprestimo julgar-se-ha nulla, ficando livre o reclamante do que nella confessára (19).

Art. 495. Não póda o devedôr reclamar a confissão do emprestimo :

§ 1.º Se depois della pagou antes dos sessenta dias parte da divida, ou reconheceu por outro modo sua obrigação (20):

§ 2.º Se a confissão não fôr propriamente de emprestimo, mas proviêr de outra obrigação anteriôr (21).

Art. 496. Passados os sessenta dias, o devedôr que reclamar a confissão do emprestimo, no todo ou em parte, deve provar, que não recebêra o confesado; comtanto que

(16) Cit. Crd. L. 4º T. 51 § 2º.

(17) Cit. Ord. L. 4º T. 51 § 2º. È uma excepção da regra —de que a obrigação da prova incumbe á quem em Juizo affirma o facto, de que pretende deduzir direito.

(18) Cit. Ord. L. 4º T. 51 §§ 1º e 7º.

(19) Cit. Ord. L. 4º T. 51 § 1º.

(20) Cit. Ord. L. 4º T. 51 § 4º.—*Debitor solvens scienter partem debiti præsumeritur totum debere, dum contrarium non probat*—.

(21) Cit. Ord. L. 4º T. 51 § 5º.—*Porque esta Lei (palavras do têxto) somente ha logar nos [emprestimos e confissões sobre elles feitas—.*

o-prove por escriptura publica nos casos, em que esta se-faz necessaria (22).

Art. 497. No *commodato* não se-transfere para o commodatario o dominio e a posse da cousa emprestada, e somente se-lhe-concede o uso della com obrigação de restituil-a (23).

Art. 498. Este contracto é essencialmente gratuito. Havendo paga de dinheiro, degenera em locação. Se outra fôr a retribuição, ou concedendo-se a cousa para uso não certo, será contracto de outra especie (24).

Art. 499. Quando não se-declarar o tempo concedido para uso da cousa, entendêr-se-ha, que o uso é permittido pelo prazo, e modo, que fôr razoavel (25).

Art. 500. As cousas, que consistem em numero, peso, e medida, e com o uso se-consomem, podem sêr objecto do *commodato*, quando são emprestadas, não para se-gastarem, mas côm a condição de sêrem restituídas identicamente (26).

Art. 501. E' obrigação do commodatario guardar a cousa emprestada com o maior cuidado, tanto a principal, como o

(22) Ord. L. 4º T. 51 § 6º.

(23) Ord. L. 4º T. 53 § 1º. Tem uma simples *detenção*. Vid. Not. ao Art. 478.

(24) Cit. Ord. L. 4º T. 53 princ. As palavras—*ou para uso não certo*—alludem ao empréstimo, que se-chama—*precario*—, cuja duração fica dependente do arbitrio do concedente. A Ord. L. 4º T. 54 § 3º tambem dá noticia do *precario* nas palavras—*ou emquanto lhe-aprouvér*—Vid. Not. ao Art. 478.

(25) Ord. L. 4º T. 53 princ. Exemplifica-se com o empréstimo de um livro para sêr trasladado, o que importa a concessão do tempo necessario para o traslado.

(26) Cit. Ord. L. 4º T. 53 § 1º. Tambem se-dá o exemplo do empréstimo de moedas de ouro, ou prata, para apparatus festivo ou theatral. Vid. Not. ao Art. 478.

seu accessorio (27); e responde, não só pelo dolo, e culpa larga; como pela culpa leve, e levissima (28).

Art. 502. Não responde o commodatario pelo damno originado de caso fortuito (29), excepto :

§ 1.º Se houve estipulação em contrario (30) :

§ 2.º Se houve mora na restituição da cousa (31) :

§ 3.º Se empregou a cousa em uso differente daquelle, para que lhe-fôra emprestada (32) :

§ 4.º E em geral, sempre que no caso fortuito houve culpa (33).

(27) Cit. Ord. L. 4º T. 53 § 2º. Dá-se o exemplo do emprestimo de uma egoa acompanhada de um poldro, caso em que a mesma obrigação se-terá na guarda do poldro como na da egoa.

(28) Cit. Ord. L. 4º T. 53 § 2º. As palavras desta Lei sobre a distincção da culpa são empregadas no sentido technico do Direito Romano.

3.ª ED.

Eis o sentido technico do Direito Romano sobre a distincção da culpa em *lata*, *leve*, e *levissima*: *Culpa lata* (ou *grave-grande*) é a falta com intenção dolosa, ou por negligencia impropria do commum dos homens. *Culpa leve* é a falta evitavel com attenção ordinaria. *Culpa levissima* é a falta só evitavel com attenção extraordinaria, ou por especial habilidade, e conhecimento singular.

(29) Ord. L. 4º T. 53 § 1º *in fin*, e § 3º—*Res perit domino*—.

3.ª ED.

—*A cousa perece para o dono*. Eis a razão do conhecido adagio á cima, proclamando um effeito irrecusavel do—*pericimento da cousa*—. Pericimento da cousa é a extincção della, que pode sêr *total* ou *parcial*.

(30) Cit. Ord. L. 4º T. 53 § 3º.

(31) Cit. Ord. L. 4º T. 53 § 3º.

(32) Cit. Ord. L. 4º T. 53 §§ 3º e 4º.

(33) Cit. Ord. L. 4º T. 53 §§ 3º e 4º.

Art. 503. E' caso fortuito o descaminho, ou damno, das cousas emprestadas em mãos dos mensageiros, que as conduzem, sendo estes de confiança (34).

Art. 504. Mas, havendo culpa nos mensageiros, correrá o risco por conta daquelles, que os-mandárão (35).

Art. 505. Se o commodatario restituir a cousa por máo mensageiro de sua escôlha, é responsavel por todo o damno que occorrêr (36).

Art. 506. Sendo o commodatario contumaz na restituição da cousa em devido tempo, e persistindo até a sentença; será condemnado á restitui-la, e á pagar outro tanto de seu valôr (37).

Art. 507. Pode somente retêr a cousa emprestada, se com ella fêz despezas necessarias, ou uteis, até que seja indemni-sado (38).

Art. 508. Não pôde porém retêl-a, allegando sêr sua, ou que lhe-pertence por algum titulo (39).

Art. 509. Sem obstar semelhante allegação, o commodatario em todo o caso será obrigado á restituir a cousa empres-

(34) Cit. Ord. L. 4° T. 53 § 5°.

(35) Cit. Ord. L. 4° T. 53 § 5°.

(36) Cit. Ord. L. 4° T. 53 § 5°.

(37) Cit. Ord. L. 4° T. 54 princ. Esta acção, que iguala aos espoliadores o commodatario contumaz, não tem uso entre nós, e muito menos sua pena. Tambem a pena não poderia sêr demandada, senão pela via ordinaria, nos termos da Ord. L. 3° T. 48 § 5°. Vid. Art. 662

(38) Cit. Ord. L. 4° T. 54 § 1°.—Veja-se a disposição parella do contracto de locação no Art. 663.

(39) Cit. Ord. L. 4° T. 53 § 3°.

tada; e depois da restituição usará então da acção, que lhe-competir (40).

CAPITULO V

Da compra e venda

Art. 510. O contracto de compra e venda pôde sêr puro, ou condicional (1).

(40) Cit. Ord. L. 4º T. 54 § 3º.

O commodante pôde demandar a restituição da coisa emprestada, ou pela acção summaria de emprestimo, de que trata *Lobão Acç. Sum. Dissert.* 12 sobre a Ord. L. 4º T. 54; ou por acção de esbulho, ou por acção ordinaria de reivindicação. Se o commodatario fôr commerciante, e se-lhe-abrir fallencia, o commodante entra na classe dos credores de dominio, e como tal consegue a reivindicação—Cod. do Com. Arts. 874 n. 1º, e 881. Em caso de concurso de credôres do commodatario tambem é o commodante reputado credor de dominio—Regul. n. 737 de 25 de Novembro de 1850 Arts. 619 § 1º, e 620 § 1º.

(1) Ord. L. 4º T. 8º § 1º. A condição pôde sêr *suspensiva*, ou *resolutiva*.

3.ª ED.

Reputão-se equipollentes ao contracto de compra e venda, bem entendido,—*mutatis mutandis*—, os seguintes contractos :

Contracto de troca,—*permuta*,—ou—*permutação*; no qual entrão o de *cambio de moedas*,—o de *cambio de letras da terra*,—o de *cambio de letras de fóra*,—e o de *cambio marítimo*; porém, nestes três ultimos, não ha mais que um aspecto convertedôr do *mutuo* em *troca*; no primeiro caso, de dinheiro recebido em um tempo por dinheiro pagavel n'outro tempo; no segundo caso, de dinheiro recebido n'um logar por dinheiro pagavel n'outro logar; no terceiro caso, de dinheiro recebido por dinheiro aleatoriamente pagavel em relação á riscos marítimos :

Contracto de dação in solutum. seja qual fôr o objecto, que se dê em pagamento da divida :

Contracto de cessão onerosa, seja qual fôr o direito pessoal transmissivel; e que pode ser,—*cessão de credito simples*,—*cessão de credito pignoratício*,—*cessão de credito antichretico*,—e *cessão de credito hypothecario*.

Art. 511. Quando a venda é pura, o contracto fica perfeito para as obrigações que delle nascem (2), logo que o comprador e o vendedor prestão seu consentimento reciproco sobre a cousa, e sobre o preço (3).

Art. 512. Na venda condicional o contracto não é perfeito senão depois de cumprida a condição (4).

(2) O contracto só dá *direitos pessoaes*, é simplesmente um —*titulo justo*— para aquisição do dominio; mas não o-transfere, sem que acceda a *tradição*. O nosso Cod. do Com. Arts. 191 e segs. não apartou-se destes bons principios, se bem que delles fugisse no Art. 874 § 8º, como se-póde vêr na Not. ao Art. 531. Vid. Arts. 907 e 908 *infra* e suas Notas. A inno-vação do Cod. Civ. Franc. (Art. 1583) ficou sem valôr depois da recente Lei hypothecaria de 23 de Março de 1855. O mesmo aconteceu na Belgica por effeito de sua Lei de hypothecas de 16 de Dezembro de 1841. As idéas dessas Leis hypothecarias sobre a transmissão dos immoveis são as mesmas da nossa Lei novissima de hypothecas n. 1237 de 24 de Setembro de 1864.

(3) Ord. L. 4º T. 2º princ. Daqui vem a differença dos—*contractos consensuaes—obligationes quæ consensu contrahuntur*— e dos—*contractos reaes—obligationes quæ re contrahuntur*—. Além de *consensual*, o contracto de compra e venda é synal-lagmatico perfeito, e sempre oneroso. A compra e venda póde ser *civil*, ou *commercial*, ora para o comprador e vendedor, ora só para o comprador, ora só para o vendedor.

3.ª ED.

— *Res, pretium, et consensus* —, eis o adagio juridico em materia de compra e venda.

(4) Ord. L. 4º T. 8º § 1º—*porque, se ella fosse feita condicionalmente, fallecendo a condição, falleceria em todo a venda, como se nunca fosse feita*—.

Cod. do Com. Art. 191, quando diz —fica entendido, que nas vendas condicionaes não se-reputa o contracto perfeito senão depois de verificada a condição. A condição, de que aqui se-trata, é a *suspensiva*, e não a *resolutiva*. No uso commum da linguagem, sempre que a compra e venda, ou outro qualquer contracto, se-faz com alguma clausula, é que fica sujeita uma das partes contractantes, costuma-se dizêr, que ha *condição*;

Art. 513. Não ha venda perfeita na hypothese do Art. 367 § 6.º; quando o comprador e o vendedor convierão expressamente em fazer escriptura publica ; ou se-possa presumir, que era sua vontade não valêr o contracto sem escriptura (5). (Art. 376)

Art. 514: Dêsde que a venda é perfeita, nenhuma das partes se-póde arrependêr sem consentimento da outra (6).

Art. 515. E' facultado o arrependimento, quando o comprador dêr ao vendedor alguma quantia em signal para segurança da compra (7).

mas em Direito toda a clausula não é condição, a venda não é condicional pelo motivo de se-têr obrigado o comprador, ou o vendedor, á qualquer facto, antes, ou depois da tradição da coisa vendida: Só é condicional, quando sua perfeição fica dependendo de um *facto futuro*, e *incerto*, ou este seja casual, ou facto da outra parte contractante, ou facto de terceiro. Tal é o character da *condição suspensiva*. A *condição resolutiva* não suspende a perfeição, ou os efeitos do contracto; ao contrario supõe consummado o contracto, mas sujeito á uma resolução eventual—*resolvitur sub conditione*—. Tambem não se-deve confundir a *venda condicional* com a *venda d prazo*. O *prazo* não suspende o contracto, tambem o-supõe consummado, mas retarda sua execução.

(5) Ord. L. 4º T. 8º § 3º, e T. 19 § 1º. Sempre assim se-entende nas compras e vendas de bens de raiz, sobre as quaes deve-se têr em vista a recente disposição da Lei n. 840 de 15 de Setembro de 1855 Art. 11—Vid. Art. 367 § 5º.

(6) Ord. L. 4º T. 2º princ., Art. 191 do Cod. do Com. Advirta-se porém que, supposto a venda condicional não seja perfeita enquanto pende a condição, é todavia perfeita para o fim de não poderem as partes arrependêr-se. Quanto á este effeito a venda se diz perfeita, logo depois do consentimento das partes, quer seja pura, quer seja condicional—Silv. á Ord. L. 4º T. 1º ad rubr. Art. 1º n. 77, e L. 4º T. 2º princ. n. 20.

(7) Ord. L. 4º T. 2º § 1º. Este signal tem o nome de—*arrhas*—, palavra que significa em geral o penhór, que se-dá para execução de qualquer contracto, e especialmente no contracto esponsalicio. Estas—*arrhas*— nada tem de commum

Artigos 515, e 517, §2.

O dinheiro adiantado pelo comprador ao vendedor para liberar de onus o imóvel, objeto da venda, não importa sinal, e não obriga à assignatura da respectiva escritura.

Direito, Vol 16 - p 280 e seg.^{tes} (Aqui sem opinião contrária) Vê-se a palavra "Escritura" - nota 13.

Art. 516. Em tal caso o comprador arrependido perderá o signal, e o vendedor restituirá o signal, e pagará outro tanto ao comprador (8).

Art. 517. Não procede a faculdade de arrependimento, quando o comprador dér signal :

§ 1.º Nas vendas commerciaes, sobre que observar-se-ha o disposto no Art. 218 do Cod. do Com. (9) :

§ 2.º Se o signal foi dado em principio de paga (10) *Veja-se a nota ao art 515.*

com as de que tratão os Arts. 89, 90, 91, e 92. Neste caso o contracto está perfeito, como bem se-vê das palavras da Lei— *tivessem accordada e firmada* —; e o signal equivale á uma *condição resolutiva*, e não á uma *condição suspensiva*.

O Art. 218 do Cod. do Com. tambem diz, que o dinheiro adiantado antes da entrega da cousa vendida não importa *condição suspensiva* da conclusão do contracto; mas declara, que o arrependimento não é permitido.

(8) Cit. Ord. L. 4º T. 2º § 1º. Para ter logar esta disposição da perda das *arrhas* da compra e venda, é necessario, que tenham sido effectivamente dadas e recebidas (palavras da Lei), não bastando a simples promessa. Resulta pois, que a estipulação de *arrhas* vem á sêr *contracto real*.

(9) Ord. L. 4º T. 2º § 2º, combinada com o Cod. do Com.

(10) Cit. Ord. L. 4º T. 2º § 3º. Note-se, que não tem isto logar no caso do Art. 513, quando a escriptura é da substancia do contracto, e sem ella não ha contracto consummado. Nesse caso é abusiva a praxe, como tenho visto, de demandar-se ao penitente para fazer escriptura com a comminação de valêr por escriptura a sentença que se-proferir. Nos outros casos (Art. 368), quando a escriptura é simplesmente necessaria para prova do contracto, que provas se-hão de dar, se o réo não confessa? Só a acção de juramento d'alma é possivel nos termos dos Arts. 374, e 375. Vid. Arts. 377, e 378. *Veja-se o*

Quid, quando o contracto tivêr sido feito por instrumento particular nesses outros casos do Art. 368? Póde-se procedêr, como fica indicado na Nota ao Art. 373. *Vol-10 p. 260-*

Art. 518. Offerecido o preço pelo comprador, está o vendedor obrigado á entregar-lhe a coisa vendida ; e não a-entregando, responderá pelas pèrdas e interesses (11).

Art. 519. O vendedor deve primeiro entregar a coisa ao comprador, para este pagar-lhe o preço ; e, havendo duvida entre elles, farão deposito em mão de terceiro (12).

Art. 520. Não será obrigado o comprador á pagar o preço, ou á acabar de pagal-o, se fôr informado, de que a coisa não pertence ao vendedor, ainda mesmo que a-tenha recebido (13).

Art. 521. Em taes circumstancias, não possuindo o vendedor bens de raiz desembargados, que assegurem a evicção, deve dar fiadores idoneos (14).

Art. 522. Se o comprador recêar, que a coisa comprada esteja hypothecada á credôres ; pode remi-la, e havê-la com segurança, pondo o preço em deposito (15). (Art. 1296 § 2.º)

(11) Cit. Ord. L. 4º T. 2º princ. (Cod. do Com. Arts. 197, 202, e 209).

(12) Ord. L. 4º T. 5º § 1º. Não ha contradicção entre esta disposição e a antecedente, ellas bem se concilião.

(13) Ord. L. 4º T. 5º princ.

(14) Cit. Ord. L. 4º T. 5º princ. Veja-se a Ord. L. 3º T. 81 § 2º. Eis todo o remedio da nossa Lei para garantir os adquirentes das reivindicações, e evicções futuras. Não ha meio para purgar a propriedade dos direitos reaes do dominio, e suas desmembrações. Só é possível purga-la do direito real da hypotheca nos termos dos Arts. 522 e 527, e isto de um modo incompleto.

(15) Ord. L. 4º T. 6º princ. Eis o meio que temos (além das subhastações) para purgar os bens de seus encargos hypothecarios. Mas nem esse meio, nem o outro do Art. 527, livra das evicções. Em favôr das desapropriações por utilidade publica o Art. 31 da Lei de 12 de Julho de 1845 como que lhe-dá maior extensão, porque diz—o predio desapropriado se-considerará livre de *todos os onus, hypothecas, e lides pen-*

Art. 523. Depositado o preço, serão pessoalmente citados os credôres do vendedor domiciliarios no lugar, ou ahi presentes, para em seis dias peremptorios disputarem sobre elle seu direito (16).

Art. 524. Não sendo os credôres domiciliarios no lugar, nem ahi presentes, serão citados por edictos; assignando-se-lhes termo conveniente segundo as distancias, comtanto que não passe de trinta dias (17).

Art. 525. Comparecendo credôres, o Juiz os-ouvirá, mandando pagar-lhes pelo preço depositado, se o vendedor não se-oppuzér, ou dando preferencia ao que melhór direito tíver (18).

Art. 526. Se não comparécêr credôr aigum, o preço será entregue ao vendedor (19).

Art. 527. Nas vendas judiciaes a coisa arrematada fica sempre salva ao comprador, á não sêr no caso do Art. 1297;

dentes— . Veja-se o Art. 437 do Cod. do Com., e Art. 393 § 5º do Regul. n. 737 de 25 de Novembro de 1850. Sobre a venda voluntaria de embarcações veja-se o Art. 470 do Cod. do Com.

Sobre a remissão de immoveis hypothecados (pois que pela novissima Lei hypothecaria só os immoveis são susceptiveis de hypotheca) regem actualmente as disposições do Art. 10 dessa Lei §§ 3º á 11.

(16) Ord. L. 4º T. 6º § 1º, Art. 394 § 3º do Regul. Com. n. 737.

Vid. novissima Lei hypothecaria n. 1237 de 24 de Setembro de 1864 sobre a remissão das hypothecas, e do mesmo modo sobre os três Arts. seguintes.

(17) Cit. Ord. L. 4º T. 6º § 1º. Todavia (Art. 437 do Cod. do Com., e Art. 395 do cit. Regul. n. 737) a citação edictal não prejudica o direito dos credores desconhecidos, que tíverem hypotheca na coisa vendida por tempo certo, designado na lei, ou no contracto, emquanto este prazo não expirar.

(18) Ord. L. 4º T. 6º § 1º.

(19) Cit. Ord. L. 4º T. 6º § 1º.

e todas as reclamações de credôres, que concorrêrem antes ou depois da arrematação, só podem recahir sobre o preço (20). (Arts. 1296 § 1º, 1298, e 1299)

Art. 528. Se o preço não fór pago, o dominio não se-transfere para o comprador, ainda que a coisa lhe-tenha sido entregue; o vendedor pôde reivindicá-la como sua propriedade, ou demandar o preço com os juros respectivos (21).

(20) Cit. Ord. L. 4º T. 6º §§ 2º e 3º, Ordenaç. da Faz. Cap. 156, e Lei de 22 de Dezembro de 1761 T. 3º § 15. Sobre as vendas judiciaes das embarcações veja-se o Art. 477 do Cod. do Com. O Art. 559 do Regul. Com. n. 737 de 25 de Novembro de 1850 manda, que os effeitos da arrematação solemne, e valida, seão decididos conforme o Direito Civil.

(21) Ord. L. 4º T. 5º § 1º, e T. 6º § 3º. Como hoje não ha *usuras*, esta ultima Ord. se-deve assim entendêr. Vid. Art. 204 do Cod. do Com.

« Melhor teria dito o Art. (Rebouças Observ. á este Art. 528), se dissesse que:—sem a tradição reciproca, ou mediante deposito da coisa vendida e de seu preço, não é o comprador della feito senhor, nem o vendedor pôde cobrar o preço como seu; o comprador não pôde ter adquirido os lucros ou rendimentos da coisa comprada, nem o vendedor fazêr seus os interesses ou juros do preço compensativos dos lucros e rendimentos da coisa vendida.—E isso tanto mais explicitamente deve ser entendido, quanto cumpre evitar que da opção do direito de reivindicar a propriedade vendida ou o preço implique a disposição do Alv. de 4 de Setembro de 1810, expressamente prohibitivo de se-ter direito á *acção real* para havêr a coisa, quando compete exercêr somente a *pessoal* para cobrança do preço. »

Fôra admissivel esta censura, se todas as idéas contidas na redacção proposta não estivessem consolidadas em seus competentes logares. Que o vendedor deve entregar a coisa vendida, e que na falta da entrega responde pelas perdas e interesses, está dito nos Arts. 518 e 536. Que não pôde cobrar o preço sem primeiro entregar a coisa, e que em caso de duvida se-depositão o preço e a coisa, está dito no Art. 519. Restava somente a obrigação, que tem o comprador de pagar o preço, e o direito do vendedor de havê-lo com juros; e disto

Art. 529. Transfere-se porém o dominio para o comprador sem dependencia do pagamento do preço, se ao tempo do contracto, ou ao tempo da entrega da coisa vendida, o vendedor se-houve por pago (22)

Art. 530. Igualmente transfere-se o dominio para o comprador, se a venda foi feita á credito; seja, ou não, com prazo certo de pagamento (23).

é, que se-trata no Art. 528. A disposição deste Art. em nada implica com o Alv. de 4 de Setembro de 1810, porque ahi estão os Arts. 530 e 531, que exceptuão o caso da venda feita á credito, caso em que o vendedor só tem *acção pessoal* para cobrar o preço. Parece pois, que tudo está muito exacto. O Art. 528 regula o caso, em que a venda não é feita á credito; caso em que o vendedor póde á seu arbitrio reivindicar a coisa, ou cobrar o preço.

(22) Ord. L. 4º T. 5º § 1º.

(23) Alv. de 4 de Setembro de 1810, que revogou o § 2º da Ord. L. 4º T. 5º. A revogação é absoluta, e não se-a-póde restringir, como querem alguns Praxistas, ás compras e vendas do commercio. Veja-se o Off. de 26 de Setembro de 1835. Não temos portanto a—*clausula resolutoria tacita*—, um dos inconvenientes do regime hypothecario da França. A—*clausula resolutoria*—deve sêr expressa, e dá-se pelo chamado pacto da—*lei commissoria*—nos termos do Art. 532.

3.ª ED.

Os casos mais frequentes são de venda á credito—*habita fide de pretio*—, porém póde ser tambem á credito—*habita fide de re*—, isto é, quando o comprador dá prazo ao vendedor para entregar-lhe a coisa vendida; ou pague logo o preço, ou prometta pagal-o no mesmo prazo.

Póde-se pois ajustar entre o credôr hypothecario e seu devedôr, que a *hypotheca* se-converte em venda, ajustando-se logo na escriptura- os preços desta, se a divida não fôr paga em certo tempo. Vid. Not. ao Art. 769 *infra*.

Art. 531. Na venda feita á credito o vendedor tem somente *acção pessoal* contra o comprador para pedir-lhe o preço, e *acção real* para havêr a coisa vendida (24).

Art. 532. Terá lugar a acção resolutoria da venda, se-houve condição de ficar a venda de nenhum effeito pela falta de pagamento do preço no prazo convencionado (25).

(24) Cit. Alv. de 4 de Setembro de 1810. Está claro, que esta disposição presuppõe a entrega da coisa ao comprador, visto que sem a tradição não ha transferencia de dominio. O Cod. do Com. Art. 874 n. 8º resvalou desta sã theoria, não reputando credor de dominio o vendedor antes da entrega, se a venda fôr á credito.

A disposição deste Art., assim como as dos antecedentes 528, 529, e 530, estão alteradas, se a venda fôr de immoveis, pelo Art. 8º da novissima Lei hypothecaria. Transcripta no Registro Geral a escriptura de venda de immoveis, a tradição se-reputa feita para o comprador, produzindo a venda seus effeitos á respeito de terceiros desde a data da transcripção.

3.ª ED.

« O comprador (Orlando Cod. Com. Not. 268 pag. 78) sem a tradição da coisa vendida póde sêr considerado credôr de dominio? *O nosso Direito Civil* (Ord. L. 4º T. 5 §§ 1º e 7º, e o Alv. de 4 de Setembro de 1810), *resolve pela affirmativa a questão*. O Cod. em seus Arts. 198 e 202 consagra o mesmo principio, de que aliás se-apartou o Art. 874 § 8º; declarando credôr de dominio o vendedor antes da entrega da coisa vendida, se a venda não fôr á credito. »

Equivocou-se o Sr. Orlando (como já mostrara o Sr. Anibal em suas Observ. pags. 35 á 39), quando diz, que—*o nosso Direito Civil resolve pela affirmativa a questão*—. Resolve pela *negativa*, isto é, sem a tradição da coisa vendida não considera credôr de dominio o comprador. Com *esta negativa* estão de accôrdo os Arts. 198 e 202 do Cod. do Com., porém não o Art. 874 § 8º. São inuteis os esforços do Sr. Anibal para attenuar ou explicar esse desvio do Cod. do Com. em seu Art. 874 § 8º (Vid. Not. ao Art. 908).

(25) Ord. L. 4º T. 5º § 3º. Eis o pacto da—*lei commissoria*—, que o Alv. de 4 de Setembro de 1810 resalva, quando diz—*sem convenção alguma especial*—, e no fim—*sem outra convenção*—.

Art. 533. Mas, se depois de vencido o prazo, o vendedor exigir, que o comprador lhe-pague o preço, a acção resolutoria não é mais admissivel (26).

Art. 534. Vendida a mesma cousa á duas differentes pessoas, prefere o comprador, á quem primeiro se-fêz a entrega; se á esta accedeu o pagamento do preço, ou o vendedor se-deu por pago (27).

Art. 535. O primeiro comprador, que chegou á pagar o preço ao vendedor, e que é preferido pelo segundo comprador, á quem a cousa foi entregue; tem direito para demandar a restituição dô preço pago e seus juros, e para accusar o vendedor por estellionato (28).

(26) Cit. Ord. L. 4º T. 5º § 3º.

(27) Ord. L. 4º T. 7º princ. É um corollario da idéa fundamental do nosso Direito Civil, exarada no Art. 908—*Traditionibus dominia rerum, non nudis pactis, transferuntur*—.

Nos paizes regidos pelo Cod. Civ. Franc., onde só basta o consentimento para transferir a propriedade (Arts. 711 e 1138 do cit. Cod.), prefere entre dois adquirentes successivos de uma mesma cousa aquelle, cujo contracto mostra-se primeiro realiado por uma data certa. Nos paizes, onde o registro dos titulos translativos da propriedade immovel é necessario, ou importando a prova official do dominio, ou sendo simplesmente um vehiculo de publicidade, prefere como legitimo adquirente aquelle, que tivér registrado seu titulo de acquisição, ou que tivér em seu favôr a prioridade do registro. Em tal caso só depois da transcripção, ou inscripção, no registro, é que o titulo opéra seus effeitos em relação á terceiros.

Estamos hoje, quanto á transmissão de immoveis por acto entre vivos, no caso desses paizes, onde o registro dos titulos translativos da propriedade immovel é a sua *tradição legal*. Vid. Not. ao Art. 531.

(28) Ord. L. 4º T. 7º § 2º, e Art. 264 § 2º do Cód. Crim. Supprimi o § 1º da Ord., porque sua disposição é consequencia das regras estabelecidas. Vid. Art. 209 do Cod. do Com. Vid. Not. ao Art. 531.

Art. 536. Pago o preço do immovel vendido, que se devia têr logo entregue, compete igualmente ao comprador o direito de demandar ao vendedor por todos os fructos, e rendas, que elle percebeu, ou que deixou de percebêr por sua culpa (29).

Art. 537. Tanto que a venda é perfeita, toda a pêrda, que sobrevêm á cousa vendida, ainda mesmo antes da entrega, é por conta do comprador (30).

Art. 538. As questões sobre a pêrda da cousa vendida antes da sua entrega serão decididas pelas seguintes regras :

§ 1.º Nas vendas condicionaes a perda total, pendendo a condição, será por conta do vendedor (31) :

(29) Ord. L. 4º T. 67 § 3º.

(30) Ord. L. 4º T. 8º princ., Cod. do Com. Art. 206.

A theoria da *tradição*, de que deriva a disposição do Art. 534, pedia uma solução opposta pela regra—*res suo domino perit*—. Prevalece porém a outra regra—*debitor rei certæ ejus interitu liberatur*—.

O Cod. do Com. no citado Art. 206 consagra exactamente esta theoria dizendo—logo que a venda é de todo perfeita, e o vendedor põe a cousa vendida á disposição do comprador, são por conta destes todos os riscos della. As palavras entremeiadas—*e o vendedor põe a cousa vendida á disposição do comprador*—não alterão, ou modificão, em nada a regra dominante da materia. O pensamento contido nestas palavras é o mesmo da excepção do Art. 207 n. 4º, que põe o risco á cargo do vendedor, se este deixar de entregar a cousa vendida, estando prompto o comprador para recebê-la.

(31) Ord. L. 4º T. 8º § 1º. Trata-se da *condição suspensiva*. Sendo a condição *resolutiva*, a pêrda antes acontecida pertence ao comprador.

O Cod. do Com. no Art. 207 não fáz esta excepção, e por certo não a fêz por estar subtendida, tendo dito no Art. 191 que nas vendas condicionaes o contracto não se-reputa perfeito senão depois de cumprida a condição. Se neste caso o contracto não está perfeito, segue-se, que a pêrda total da cousa vendida é por conta do vendedor.

§ 2.º Mas a pèrda parcial, ou a deterioração, pendendo a condição. será por conta do compradôr, salvo se da parte do vendedôr houver móra na entrega (32) :

§ 3.º Tendo-se de fazer escriptura publica por accôrdo das partes (Art. 513), a pèrda da coisa vendida, antes de acabado o instrumento, pertence ao' compradôr, ainda que a coisa lhe não fosse entregue sem culpa do vendedôr (33) :

§ 4.º Se antes da entrega da coisa ao compradôr houver desapropriação por necessidade, ou utilidade, publica, recahem as consequencias sobre o vendedôr (34) :

§ 5.º Nas cousas, que se-vendem por pèso, ou medida, ou por prova, toda a perda antes de taes operações é por conta do vendedôr, e depois dellas por conta do compradôr (35) :

(32) Cit. Ord. L. 4º T. 8º § 2º.

Assim dispõe o Direito Romano nã Lei 8ª pr. Dig. *de peric. et comm. rei vend.* Esta regra sobre a pèrda parcial, ou deterioração, da coisa vendida parece implicar contradicção com a regra anteriôr do caso de pèrda total ; mas ella justifica-se pelo principio de que a condição cumprida tem effeito retro-activo ao dia, em que o contracto foi feito, como se este tivesse sido puro e simples. Em materia commercial, já que o nosso Cod. do Com. é omisso, prevalece esta regra. Creio que sim, já porque a theoria do Cod. sobre a compra e venda é a mesma do Direito Civil, já porque o Direito Civil é subsidiario da legislação commercial--Regul. n. 737 de 25 de Novembro de 1850 Art. 2º.

(33) Cit. Ord. L. 4º T. 8º § 3º.

(34) Cit. Ord. L. 4º T. 8º § 4º.

(35) Cit. Ord. L. 4º T. 8º § 5º, Cod. do Com. Art 207 n. 3º, o qual accrescenta, que em taes vendas a tradição real suppre a falta de contagem, pèso, medida, ou sabôr.

A citada Ord. § 5º só contempla as cousas, que devem ser pesadas, medidas, ou provadas ; porém estão no mesmo caso as cousas, que devem ser contadas. Entende-se nestes casos, que a venda é condicional. Cessa esta regra, como tem prevenido exactamente o Cod. do Com. no Art. 208, quando o

§ 6.º Nas que se não vendem por medida, mas por junto ou á esmo ; a pêrda pertencerá dèsde logo ao comprador, não a-tendo o vendedôr tomado á si (36) :

comprador fôr culpado de não se-terem feito as operações de que a venda dependia.

(36) Cit. Ord. L. 4º T. 8º § 6º, Cod. do Com. Art. 208.

A Ord. L. 4º T. 8º é omissa sobre a regra importante do Cod. do Com. no Art. 207 n.º 1º, e por outro lado esta regra do Cod. necessita uma explicação, para que seja applicada com acêrto. A theoria de que o risco da coisa vendida pertence logo ao comprador, dèsde que a venda é perfeita, embora não tenha havido tradição, applica-se unicamente ás vendas de *cousas certas, corpôs certos, —cousas individualmente determinadas*. Logo, quando a venda fôr de *cousas incertas*, cumpre investigar se a dita theoria pôde ser applicada. Ha dois casos de venda de *cousas incertas*, um quando vende-se em geral uma coisa só determinada pelo genero ou especie á que pertence, outro quando vende-se uma coisa determinada entre duas ou mais do genero ou especie á que pertence. No primeiro caso não pôde havêr questão de risco ou pêrda fortuita da coisa vendida, pela regra—*genus nunquam perit*—. No segundo caso (que é o das *vendas alternativas*), a pêrda de uma, ou de alguma das cousas, entre as quaes se-comprehendia a vendida, certamente é por conta do vendedor ; mas a pêrda de todas as cousas, entre as quaes comprehendia-se a coisa vendida, não recahe inteiramente sobre o vendedor. Neste ultimo caso o comprador supporta a pêrda da coisa comprada, e deve pagar ao vendedor o preço della. E' o que se-acha sabiamente previsto na L. 34 § 6º *Dig. de contrah. empt.* « *Si emptio ita facta fuerit, est mihi emptus Stichus, aut Pamphilus, in potestate est venditoris quem velit dare ; sed uno mortuo, qui superest dandus est ; ideo prioris periculum ad venditorem, posterioris ad emptorem respicit ; sed et si pariter decesserunt, pretium debetur.* » Assim pois, quando, na hypothese do Cod. do Com. Art. 207 n.º 1º, a coisa vendida não fôr objecto determinado por marcas, ou signaes distinctivos, que a diferenciem entre outras da mesma natureza e especie, com as quaes possa achar-se confundida ; a pêrda será por conta do vendedor em relação á uma, ou algumas das cousas, entre as quaes se-ache a coisa vendida ; mas não assim, quando se-perdêrem todas as cousas, entre as quaes achava-se a coisa vendida.

§ 7.º Pertencerá também a perda ao comprador, se, não obstante a responsabilidade tomada pelo vendedor nas vendas feitas por junto, tirar prova da quantidade vendida (37) :

§ 8.º Pertencerá outrossim a perda ao comprador no caso do § 5.º, desde o vencimento do prazo, em que obrigou-se á receber a coisa, se-deixar de recebê-la (38).

Art. 539. Aplicar-se-hão estas regras, quando as partes não tiverem convencionado de outro modo (39).

Art. 540. Em todo o caso, sempre que a perda da coisa vendida fór por conta do vendedor ; deve elle restituir o preço ao comprador, se já o tiver recebido (40).

3.ª ED.

Estas distincções, para bem entendêr-se o Art. 207 n. 1.º do Cod. do Com., transcreveu Ordaando Cod. Com. Not. 285 pag. 81, e sem observação.

(37) Cit. Ord. L. 4º T. 8º § 6.º;

(38) Ord. L. 4º T. 8º § 7.º.

Esta regra está comprehendida na segunda parte do Art. 208 do Cod. do Com. Se no caso do seu Art. 207 n. 3.º, correspondente ao § 5.º do nosso Art., o comprador não recebêr a coisa comprada no prazo, que ajustou; é claro, que a operação da contagem, do pêso, ou da medida, deixou-se de fazer por sua culpa.

O § 7.º da cit. Ord. L. 4º T. 8º falla em geral da estipulação de prazo entre o comprador e o vendedor, dizendo que o perigo é por conta do comprador; e desta generalidade poder-se-hia concluir, que antes do vencimento do prazo o perigo é por conta do vendedor. Uma tal conclusão faria contradictoria a lei, porque sua regra geral é, que desde a perfeição do contracto o perigo é logo por conta do comprador, e o prazo não suspende a perfeição do contracto. Evitei tal conclusão, referindo-me ao caso do § 5.º. Tal é a verdadeira intelligencia, como se-póde vêr no Comment. de Silv. á essa Ord. § 7.º.

(39) Cit. Ord. L. 4º T. 8º § 8.º.

(40) Cit. Ord. L. 4º T. 8º § 4.º.

Art. 541. Sempre que a perda fôr por conta do comprador, fica elle obrigado á pagar o preço ao vendedor, se já não o-tiver pago (41).

Art. 542. As compras, e vendas se-pôdem fazer, ainda que o vendedor e o comprador não estejam presentes no mesmo lugar; nem presente a coisa, que fôr objecto do contracto (42).

Art. 543. Basta, que o vendedor e o comprador por meio de cartas, ou de interpostas pessoas, consintão reciprocamente (43).

Art. 544. A venda pode ser feita á contento do comprador por um prazo determinado. Se dentro desse prazo a coisa agradar, a venda fica perfeita (44).

Art. 545. Não agradando a coisa, resolve-se o contracto, salvo se antes de findo o prazo o comprador não se-declarar expressamente (45).

Art. 546. Para a venda ser valiosa, o preço deve sêr quantia certa; ou fixada pelas partes, ou deixada á arbitrio de um terceiro (46).

(41) Cit. Ord. L. 4º T. 8º § 4º.

(42) Ord. L. 4º T. 1º princ.

(43) Ord. L. 4º T. 1º princ.—*per epistolam, aut per nuntium*—.

(44) Cit. Ord. L. 4º T. 1º § 2º. Esta clausula—*á contento*—denominação os Jurisconsultos — *pactum displicentiæ*—.

(45) Cit. Ord. L. 4º T. 1º § 2º.

(46) Cit. Ord. L. 4º T. 1º § 1º, Cod. do Com. Art. 194.

3.ª ED.

O *arbitrio*, de que falla este Art. é, o —*arbitrio de bom varão*— (Per. e Souz. Lih. Civ. Not. 992), que não faz parte do arbitramento, mas que é o preliminar ou a materia delle. Este arbitrio, pôsto que de *bom varão*, é arbitrio indouto, suggerido somente pela luz da razão natural. No laudo do terceiro

Art. 547. Se antes da designação do preço fallecêr o louvado escolhido, a venda havêr-se-ha por não feita (47).

Art. 548. Se a designação do preço não fôr justa, qualquer das partes pôde requerêr ao Juiz outro arbitramento por dois louvados (48).

Art. 549. Discordando os louvados, o Juiz adoptará um dos laudos, e terminará a incertêza do preço (49).

Art. 550. O comprador e o vendedor podem entre si ajustar qualquer pacto, clausula, e condição ; uma vez que seja honesta, e conforme á Direito (50).

arbitradôr, que desempata (Art. 549 *infra*) ha tambem *arbitrio de bom varão*, mas varão douto, que já discorre pela luz da *bôa razão*, adoptada pela Lei de 18 de Agosto de 1769. Vid. Not. ao Art. 549 *infra*.

(47) Cit. Ord. L. 4º T. 1º § 1º. Se o louvado (Cod. do Com. Art. 194) não pudêr, on não quizer, fazer a estimação, será por arbitradôres determinado o preço.

Á menos que as partes não venhão á concordar na nomeação de outra pessoa, ou pessoas, que determinem o preço, e assim se-deve entendêr o Art. 194 do Cod. do Com.

(48) Ord. L. 4º T. 1º § 1º.

(49) Cit. Ord. L. 4º T. 1º § 1º,

3.ª ED.

O *arbitrio* do terceiro arbitradôr deve ser sempre illuminado pela *bôa razão*. Quando justo é *arbitrio de bom varão*. Quando injusto é *arbitrio de mau varão*, *arbitrio profligado*, em relação á delegados do Governo, por estas ultimas notaveis palavras do Av. n. 146 de 4 de Maio de 1868 -- « não é licito o dizer, e sustentar, o proposito de procêder *arbitrariamente* no caso de deficiencia das leis do paiz » .

(50) Ord. L. 4º T. 4º princ.

Nas vendas de escravos são licitas as seguintes clausulas :
De serem libertados—L. 16 pr. e L. 30 princ. Dig. *qui et a quib. manumis*. L. 20 § 2º Dig. *de manumis*.

De não serem libertados—L. 9º § 2º Dig. *qui et a quib. manumis.*, e L. 9ª Dig. *de nanumis*.

De serem vendidos para fóra de um logar.

Art. 551. E' licito o pacto de podêr o vendedor remir em certo prazo a cousa vendida, ou quando lhe-aprouvêr; restituindo ao comprador o preço, e ficando resolvida a venda. (51).

Nos dois primeiros casos á cima é inutil a estipulação de clausulas penaes.

3.ª ED.

— *Qualquer pacto* — : Todos os pactos da compra e venda, como os de outros contractos, são os — *pactos adjectos* —; isto é, accessorios dos contractos, em que apparecem estipulados. Além dos *pactos adjectos*, distinguem-se em Direito (todos como actos unilateraes) os *pactos legitimos* da doação e do dote (Vid. Not. ao Art. 411 *supra*), os *pactos pretorios* (Mackeldey Dir. Rom. §§ 467, 468, e 469), e os *pactos nús*, que só produzem *obrigações naturaes*. Estas obrigações não dão *acção* para demandar a entrega das cousas promettidas, mas dão *excepção* á quem as-recebeu para não restituil-as. Por *pactos nús* não se-transfere dominio, como diz o aphorismo da Not. ao Art. 908 *infra*. *Pactos nús* se-reputão nas *Sciencias Occultas* os *pactos diabolicos*.

— *Qualquer condição* — : que pode sêr — *casual*, — *potestativa*, — *mixta* —. Quando *mixta* toca-se com a *venda aleatoria*, geralmente com os *contractos aleatorios*, sem que porêin se se-confundão. Na *venda aleatoria*, nos *contractos aleatorios*, a incerteza da condição affecta o *objecto do contracto*, como — na venda de couça futura, — nos *seguros terrestres*, — nos *seguros maritimos*, — *loterias*, — *jogo*, — *aposta*, — *sorte*; e nos outros casos affecta o modo do contracto, como no *cambio maritimo*, — *constituição aleatoria de rendas*, etc.

(51) Cit. Ord. L. 4ª T. 4ª princ. É o pacto *redimendi* — *retrovendendi*, ou venda *a retro* como vulgarmente se-diz. Antigamente se-lhe-dava o nome de *venda fiduciaria*, ou *retracto convencional*, que se distinguia de outras especies, as quaes se-podem vêr em Pothier — *Traité des retraits* —, e em Merlin — *Repert. de Jurisprud.* —. O retracto por consanguinidade (*retrait lignager*, como se-diz no Direito Francêz) ou *lei do avoengo*, reprovou a nossa Ord. L. 4ª T. 2ª princ. O retracto entre co-herdeiros, e entre socios (*retrait successoral*, *retrait*

Art. 552. O comprador em tal caso fará seus todos os fructos, e rendimentos, da cousa comprada, até que a remissão se-verifique, e o preço lhe-seja restituído (52).

Art. 553. E' licito o pacto de não podêr o comprador vender, ou alienar, a cousa senão á certa e determinada pessoa (53).

Art. 554. Tambem não se-poderá vendêr, ou alienar, a cousa, quando em virtude de alguma disposição testamentaria a venda, ou alienação, se-deva fazêr á pessoa designada (54).

Art. 555. E' licito o pacto de, no caso de evicção, o vendedor pagar o duplo do preço (55).

Art. 556. O comprador de animaes pôde engeital-os por manqueira ou doença que tenham, ou por vicios de animo (56). (Arts. 862, 863, e 864)

partiaire), tambem não tem logar entre nós, salva todavia a disposição da Ord. L. 4° T. 96 § 5° sobre a propriedade comum, que não se-póde dividir. Vid. Art. 1166.

(52) Ord. L. 4° T. 4° princ., e T. 67 § 2°. Essas vendas *a retro* erão um dos expedientes artificiosos para as *usuras palhadas*, o que acautelavão as citadas Leis (§§ 1° e 2° da Ord. L. 4° T. 4°). Cessarão taes disposições, porque hoje não ha *usuras*: Lei de 24 de Outubro de 1832 Art. 1°.

(53) Ord. L. 4° T. 11 § 2°. E' o pacto *de non alienando*. Além deste, ha o pacto *protimeseos*, o *de additione in diem*, de que as nossas Leis não fallão.

(54) Cit. Ord. L. 4° T. 4° § 1°.

(55) Ord. L. 3° T. 45 § 3°.

(56) Ord. L. 4° T. 17 § 8°. applica á venda de animaes a disposição somente do § 7° sobre escravos d'Africa. Estes vicios, ou defeitos, pelos quaes responde o vendedor, são os chamados —*redhibitorios*—. Quanto ao séstro, ou manha, dos animaes (*vicio de animo*) a Lei dá o exemplo—de se-espantarem, impinarem, ou rebellarem, sem causa.

O § 7° da citada Ord. ficou letra morta, dêsde que se-abolio o trafico de Africanos; mas estão em vigôr todas as outras

Art. 557. As cousas moveis, ou immoveis, tambem pôde o comprador engeitar ; se-tiverem vicios, ou faltas (57).

Art. 558. Engeitando-se a cousa comprada, provados os vicios, ou defeitos, o vendedor é obrigado á restituir o prêço ao comprador (58). (Art. 604)

disposições dessa Ord. até o § 6º, sobre os vicios redhibitorios na compra e venda de escravos ladinos.

Se fõrem doentes de tal enfermidade, que tõlha a prestação de serviços; o comprador pôde engeital-os, provando que já erão doentes dessa enfermidade em poder do vendedor—Cit. Ord. pr..

Não pôde porém o comprador engeital-os, nem exigir abatimento do prêço: 1º, se a enfermidade fõr apparente; 2º, se o vendedor a-manifestou ao tempo da venda; 3º, se a enfermidade fõr tão leve, que não tõlha a prestação de serviços—Cit. Ord. § 1º.

Tambem não pôde engeital-os por vicios de animo, salvo se fõrem fugitivos; ou se o vendedor declarou ao tempo da venda, que não tinham taes e taes vicios, entretanto que ostinhão. Mas, pôsto que neste caso não possa engeital-os, poderá todavia pedir abatimento do prêço—Cit. Ord. § 2º.

Ao contrario pôde engeital-os: 1º, se ao tempo da venda o vendedor occultou, que estavão incursos em delicto punivel com a pena de morte; 2º, se occultou, que havião já tentado suicidar-se por aborrecimento da vida; 3º, se declarou falsamente, que sabião alguma arte, ou tinham alguma habilidade especial, que influirão no prêço da venda; não se-exigindo neste ultimo caso, que sejam consummados, e bastando que saibão medianamente a arte declarada, ou tenham a affirmada habilidade— Cit. Ord. §§ 3º e 4º.

(57) Cit. Ord. § 10. Por exemplo, diz a Lei, quando se-compra um livro com folhas de menos, ou falta de folha em parte notavel, ou que não se-põde lêr; quando se-compra um pomar, ou horta, que naturalmente produz hervas venenosas. Vid. Arts. 210 e 211 do Cod. do Com.

(58) Cit. Ord. § 7º, á que refere-se o § 8º. Pelo Art. 213 do Cod. do Com., além da restituição do prêço, o vendedor deve tambem pagar as despezas, que tiver occasionado, com os juros da lei.

Art. 559. Estas acções tem cabimento, tanto na compra e venda, como na troca, dação em pagamento, e outros contractos tendentes á transferir dominio, menos a *doação* (59).

Art. 560. Pelo vicio da lesão a compra e venda pôde sêr rescindida, quando qualquer das partes fôr enganada além da metade do justo preço (60). (Art. 359)

Art. 561. O vendedor soffre este engano, quando, por exemplo, vendeu por menos de cinco o que, na verdadeira e commum estimação, valia déz ao tempo do contracto (61).

Art. 562. O comprador o-soffre, quando comprou por mais de quinze o que, na verdadeira e geral estimação, valia déz ao tempo do contracto (62).

Quanto aos escravos ladinos que o comprador pôde engeitar, o vendedor tem obrigação de restituir o preço, ainda que fallêção em podêr do comprador; se este provar, que fallecêrão da enfermidade, que já tinham em podêr do vendedor—Cit. Ord. § 5°.

Se fôrem engeitados por fugitivos, o vendedor tambem tem obrigação de restituir o preço, posto que andem fugidos: comtanto que o comprador prove, que em podêr do vendedor já tinham o vicio de fugitivos. Em tal caso o comprador prestará fiança, obrigando-se á diligenciar á captura; e á entrega-los ao vendedor, se viêrem ao seu podêr—Cit. Ord. § 5°.

Além da restituição do preço, o vendedor indemnizará o comprador da siza, que houver pago; corretagem do costume, e das despesas feitas com a cura do escravo engeitado por molestia.

(59) Ord. L. 4° T. 17 § 9°.

Vid. Art. 424 e Not.

(60) Ord. L. 4° T. 13 princ. *Lesão enorme* é a expressão adoptada, e vulgar. A rescisão por lesão não tem logar nas compras e vendas entre pessoas commerciantes, salvo provando-se erro, fraude, ou simulação—Art. 220 do Cod. do Com.

(61) Cit. Ord. L. 4° T. 13 princ.

(62) Cit. Ord. L. 4° T. 13 princ.

Art. 563. Para rescisão da venda, não basta, que o vendedor allegue têr-lhe custado a coisa vendida o dôbro do preço do contracto, ou têl-a depois o comprador vendido pelo dôbro (63).

Art. 564. O comprador demandado pela acção de lesão tem escolha, ou para restituir ao vendedor a coisa comprada, recebendo seu preço; ou para inteirar o justo preço, segundo o que a coisa valia ao tempo do contracto (64).

Art. 565. A restituição da coisa comprada sempre se-deve fazer com a dos fructos dêsdô a contestação da lide (65).

(63) Ord. L. 4° T. 13 § 2°.

(64) Cit. Ord. L. 4° T. 13 § 1°.

3.ª ED.

É caso de uma *obrigação alternativa* constituída pela Lei, pois que taes obrigações também são constituídas por contractos, ou disposições de ultima vontade. Ha *obrigação alternativa*, quando é constituída disjunctivamente, de modo que extingue-se pelo cumprimento de uma de duas ou mais prestações. Oppõe-se á esta obrigação a *obrigação conjuncta* ou *conjunctiva*, quando o devedor está obrigado á duas ou mais prestações, sem cujo cumprimento total não fica libertado.

Não se-confunda *obrigação alternativa* com *obrigação facultativa*. Naquelle ha duas ou mais prestações. Nesta outra ha uma so prestação, mas com a clausula de poder o devedor substituil-a por outra.

Não se-confunda também a *obrigação conjuncta objectiva* com a *obrigação conjuncta subjectiva*. Aquella é *conjuncta* quanto á seus objectos. Esta é *conjuncta* quanto ás pessôas, que podem sêr *concredôres*, ou *codevedôres*. Esta ultima pôde sêr *solidaris*, ou sem solidariedade. Vid. Not. ao Art. 791 *infra*.

(65) Cit. Ord. L. 4° T. 13 § 10.

Art. 566. Não se-livra o comprador de sêr demandado, ainda que tenha alienado a cousa comprada; e se não poder restituil-a, deve inteirar o justo preço (66).

Art. 567. Mas, se a lesão fôr enormissima, restituir-se-ha a cousa precisamente, e com os fructos dêsde o dia da venda (67).

Art. 568. O vendedor, quando demandado pelo comprador, tambem tem escolha; ou para restituir o preço, recebendo a cousa vendida; ou para restituir somente o excesso do justo preço, regulado pelo dia do contracto (68).

Art. 569. A acção de lesão não é admissivel na compra e venda, que se-fizêr em hasta publica com as solemnidades legaes (69).

(66) Cit. Ord. L. 4º Tit. 13 § 4º. D'aqui conclue-se que a acção de *lesão enorme* é pessoal.

(67) Cit. Ord. L. 4º T. 13 § 10. Daqui conclue-se, que é uma *acção real* a de *lesão enormissima*, visto que pôde sêr intentada contra terceiro possuidor. A Lei entretanto não define o que seja *lesão enormissima*.

(68) Ord. L. 4º T. 13 § 1º.

(69) Cit. Ord. L. 4º T. 13 § 7º, combinada com a do L. 2º T. 53 § 7º, e com o § 18 da Lei de 20 de Junho de 1774. Este ponto, da maior importancia para tranquilisar os arrematantes, tem sido duvidoso até o presente. Os Praxistas varião, o Art. 559 do Regul. Com. não lhe-tocou, deixando para o Direito Civil as questões sobre os effeitos das arrematações; e o § 7º da cit. Ord. começa por uma solução opposta á que adoptamos. « A lesão é allegavel (diz Silv. Lisb. Dir. Merc. Tom. 5º Cap. 24) ainda nas vendas judiciaes, feitas por arrematação; pois a hasta publica não deve ser o vinculo de iniquidades. »—Antes da Lei de 20 de Junho de 1774 só se-fazia ao executado a primeira citação para a penhora (Ord. L. 3º T. 86 § 27)., menos nas execuções fiscaes (Ord. L. 2º T. 53 § 7º); porém a dita Lei de 1774 no § 18 mandou, que em falta de arrematante o executado fosse citado para dar lançador. Ora, esta citação para dar lançador, ou para remir õs bens, é precisamente a condição, de que a Ord. L. 4º T. 13

Art. 570. Resolve-se porém a compra e venda feita em hasta publica, quando a sentença, cuja execução a motivára, se-revogar no todo ou em parte pelo provimento dos recursos, que pendião (70).

Art. 571. Os bens vendidos, em tal caso, serão restituídos ao executado; e o comprador será embolsado do preço da arrematação, e das despêzas desta, á custa do exequente, ou do seu fiador (71). (Ar's. 860 e 861)

§ 7º fazia depender o direito de rescindir as arrematações por lesão enorme. Desta maneira, o que antigamente o arrematante devia praticar, como cautela para livrar-se da acção de lesão, tornou-se pela Lei de 1774 uma solemnidade geral para todas as execuções. Lobão Execuç. § 422 quer, que a citação da Ord. L. 4º T. 13 § 7º seja acto differente da citação ordenada pelo § 18 da Lei de 1774; porém todo o pratico sabe, que os *pregões* são uma vã formalidade, e que no nosso Fôro a citação do executado para remir, ou dar lançador, é sempre feita depois das praças, não tendo apparecido arrematante. Consequentemente a regra nesta materia é a que estampamos no têxto. No Fôro Commercial não ha citação para dar lançador—Art. 546 do Regul. n. 737.

3.ª ED.

Leia-se o Art. 569 *supra* assim :—A acção de lesão não é admissivel na compra e venda, que se-fizér em hasta publica com as solemnidades legaes; salvo quando houver dolo, ou engano de lesão enormissima.

Esta nova redacção prova meu assenso á censura do Sr. Rebouças (que muito agradeço) pags. 109 e 110. Não reproduzi litteralmente as palavras da Ord. L. 4º—*sem alguma arte ou engano*—, para não acorôcoar a confusão do *dolo* com o *engano*. No *dólo* ha sempre *engano*, mas este póde não sêr *doloso*; como acontece muitas vêzes na *lesão enorme*, que a Ord. L. 4º T. 13 chama *engano* em lato sentido. Sem esta distincção ninguem perceberá o que seja *rescindir contractos por lesão*. Na *lesão enormissima* presume-se *dólo*.

(70) Ord. L. 3º T. 86 § 4º, e T. 84 § 14 *in fin*.

(71) Cit. Ord. L. 3º T. 86 § 4º. Este caso não é o de *evicção* dos bens arrematados, que se-deve regular pela Ord. L. 3º

Art. 572. Se a sentença fôr somente revogada em parte, o exequente e o executado contribuirão proporcionalmente para o embolso das despesas da arrematação (72).

Art. 573. O arrematante, que restituir os bens comprados, não tem obrigação de restituir os fructos ou rendimentos percebidos, e fica direito salvo ao executado para indemnisar-se pelos bens do exequente (73).

Art. 574. Se o arrematante tivér feito bemfeitorias na coisa arrematada, ser-lhe-hão pagas pelo executado, e serão compensadas com os ditos rendimentos (74).

Art. 575. O comprador vencido judicialmente por terceiro, que lhe-demandou a coisa comprada, tem direito de exigir que o vendedor lhe-pague o preço recebido, ou o valôr da coisa com pêrdas e interesses (75).

T. 45. Parece ter havido engano, quando no Art. 585 do Regul. Com. n. 737 tratou-se da *evicção* por occasião dos embargos do executado.

Dão-se os mesmos effeitos da cit. Ord. L. 3º T. 86 § 4º, quando a arrematação fôr annullada por acção ordinaria, menos quanto ao fiadôr do exequente. Esta fiança fica extincta, desde que passa em julgado a sentença, que não dá provimento aos embargos ou á appellação do executado.

3.º ED.

« Faltou dizêr (Rebouças Observ. pags. 110 e 111), que o direito de restituição do objecto arrematado depende de a-promover o executado, vencêdôr em embargos á execução, na *oportunidade* prescripta no mesmo § 4º da Ord. L. 3º T. 86 etc. »

Não faltou dizêr, porque foi dito nos Arts. 860 e 861 *infra*. No Cap. da *prescripção* reuni todos os casos della.

(72) Ord. L. 3º T. 86 § 4º.

(73) Cit. Ord. L. 3º T. 86 § 4º.

(74) Cit. Ord. L. 3º T. 86 § 5º. Vid. Art. 584 do Regul. Com. n. 737 de 25 de Novembro de 1850.

(75) Ord. L. 3º T. 45 § 3º. Eis o caso da *evicção*, que igualmente se-póde dar com o arrematante. Vid. Arts. 213, 214,

Art. 576. Para exercêr esse direito por causa da evicção, o comprador deve denunciar ao vendedor o litigio propôsto, no tempo, e pela fórma, que determinão as Leis do Processo (76).

Art. 577. Não pôde o comprador demandar pela evicção :

§ 1.º Se foi privado da cousa comprada, não pelos meios judiciais, mas por caso fortuito, força, roubo, ou furto (77) :

§ 2.º Se sabia, que a cousa era alheia (78).

Art. 578. No caso dos Arts. 125, 126, e 127, o comprador de immoveis vendidos pelo marido sem outorga da

215, e 216, do Cod. do Com. ; e Art. 585 do Regul. Com. n. 737 de 25 de Novembro de 1850.

A cit. Ord. L. 3º T. 45 § 3º não falla de juros quando dá ao comprador o direito de exigir o pagamento do preço, e esta omissão em materia civil se-deve reputar-supprida pelo disposto no Cod. do Com. Art. 213. Explica-se tal omissão pelas idéas que então reinavão contra a usura.

(76) Ord. L. 3º T. 44, e T. 45. Esta materia da *evicção* quasi que só foi encarada pela nossa Lei em relação ao processo da *autoria*.

Chamando-se á *autoria* o executado, cujos bens forão arrematados, deve-se tambem citar o exequente. Tem elle interesse, em que a cousa não seja evicta ; para que não seja obrigado á restituir o preço da arrematação, que recebeu.

3.ª ED.

Se o vendêdor vem á Juizo defendêr o litigio, que pelo chamamento á *autoria* se-torna seu e do compradôr ; é caso de *assistencia*, o vendêdor vem á ser *assistente*. Generalisado este caso de *assistencia*, procede a exacta doutrina de Per. e Souz. Lih. Civ. Not. 173. Vid. Not. ao Art. 615 *infra*.

(77) Cit. Ord. L. 3º T. 45 § 4º.

(78) Cit. Ord. L. 3º T. 45 § 5º. Confiava-se neste caso o preço da venda para os captivos. Hoje só pôde ter lugar o procedimento criminal do Art. 264 § 1º do Cod. Pen. contra os que alheão bens de outros como proprios. Vid. o final da 1ª parte do Art. 215 do Cod. do Com.

molhér pôde reclamar o preço da venda ; se provar que foi convertido em proveito della, ou do casal (79).

Art. 579. Na falta dessa prova o immovel será entregue á molhér, sem que ella seja obrigada á restituir o preço ; e o comprador só terá acção contra o marido vendedor, se não sabia, que elle era casado (80).

Art. 580. Se o comprador sabia, ou tinha razão de sabêr, que o vendedor era casado, sem prejuizo do dispôsto no

(79) Ord. L. 4º T. 48 § 4.º

(80) Cit. Ord. L. 4º T. 48 § 5.º Manda prendêr o marido, não tendo por onde pague ; o que ficou sem vigôr pela Lei de 20 de Junho de 1774 § 19, e Ass. de 18 de Agosto do mesmo anno. Havendo artificio fraudulento, se o marido se-fingio solteiro, terá logar a acção criminal com o fundamento do Art. 264 § 4º do Cod. Pen.

3.ª ED.

« Sendo o fundamento (Rebouças Observ. pags. 111 e 112) expresso no § 5º da Ord. L. 4º T. 48, para a sanccão de prisão ao marido vendêdôr, sua malicia na venda ; não se-pôde dizêr, que ficasse relevado de a-soffrêr pelo que dispõe a Lei de 20 de Junho de 1774, e o Ass. de 18 de Agosto do mesmo anno, á favôr dos executados, que deixão de têr bens, em que se-lhe-faça execução, por infortunio, e não por dolo ou fraude. Se fosse mal cabida a prisão assim sanccionada, mais o-seria a imputação do crime de estellionato ao marido em relação á molhér, á vista do Art. 262 do Cod. Crim. etc. »

Aceito a primeira parte desta censura, não a segunda :

Aceito a primeira parte, porque em verdade o caso não é de insolvencia innocua do marido ; é sempre de maliciosa insolvencia do marido, por têr vendido (como diz a Ord. L. 4º T. 48 § 5º) a cousa de raiz sem consentimento da molhér :

Não aceito a segunda parte da censura, porque, na acção criminal de estellionato, só tive em mente o comprador ; e não a molhér, que pelo Art. 262 do Cod. Crim. não poderia accusar seu marido.

Art. 578 (81) ; não poderá demandar o preço ao proprio marido, e restituirá a cousa com os rendimentos liquidos (82).

Art. 581. Tendo o comprador feito bemfeitorias necessarias, ou uteis, e querendo havêl-as ; compensará os respectivos rendimentos, ainda que os-recebesse antes da lide contestada (83).

Art. 582. Não podem vendêr :

§ 1.º Os pais aos filhos, aos netos, e aos mais descendentes ; sem consentimento dos outros filhos, ou descendentes (84) :

§ 2.º O marido, sem outorga da molhér, os immoveis do casal (85) : (Art. 119)

§ 3.º Os foreiros os bens afôrados, sem consentimento do senhorio (86) : (Arts. 614 § 2º, 626 § 2º, e 627)

§ 4.º As Ordens Regulares os bens moveis, immoveis, e semoventes, do seu patrimonio, sem expressa licença do Govêrno (87). (Art. 342)

(81) Cit. Ord. L. 4º T. 48 § 4º — *ainda que o comprador fosse sabedor que o vendedor era casado ao tempo da venda*—.

(82) Cit. Ord. L. 4º T. 48 § 6º.

(83) Ord. L. 4º T. 48 § 7º.

(84) Ord. L. 4º T. 12. Pelo Art. 7º da Lei de 22 de Setembro de 1828 cessou a antiga licença, que dava para essas vendas o extinto Desembargo do Paço. A prohibição é applicavel á todos os ascendentes, de um e de outro sexo ; porque a razão della foi evitar fraudes, em prejuizo dos herdeiros descendentes.

Sem consentimento :— Como a Lei não exige para tal consentimento uma fórmula especial, segue-se, que pôde sêr expresso ou tacito, e que pôde sêr provado por todos os meios—Silv. á esta Ord. ns. 6, 36, 37, e 38.

(85) Ord. L. 4º T. 48.

(86) Ord. L. 4º T. 11 § 3º, e T. 38.

(87) Lei de 9 de Dezembro de 1830, Regul. n. 834 de 2 de Outubro de 1851 Art. 44 § 3º. Vid. Not. ao Art. 342.

Art. 583. Serão nullas as vendas feitas em contravenção do § 1º do Art. antecedente, e no mesmo caso estão as trocas desiguaes (88).

Art. 584. Esses bens nullamente vendidos, ou trocados, pelos pais sem consentimento dos outros herdeiros descendentes, serão partilhados por morte dos vendedores, como se não fôsses alienados, sem que os ditos herdeiros paguem preço algum ao comprador (89).

(88) Ord. L. 4º T. 12. Nas vendas, por mais que exteriormente pareça iguaes, não cessa a razão de suspeita de fraude; nas trocas iguaes, a boa fé do contracto pôde sêr verificada. Procede a prohibição desta Ord. L. 4º T. 12 em todos os contractos entre pais e filhos, uma vez que se-prove tẽem sido feitos para fraudar as legitimas dos outros filhos ou descendentes.

(89) Cit. Ord. L. 4º T. 12. A Lei dispensa de pagar o preço, porque presume venda feita simuladamente.

Como esta nullidade foi estabelecida em favôr dos filhos, segue-se, que os ascendentes doadores não podem argui-la — Silv. á esta Ord. n. 56. Adverte este mesmo Commentadôr n. 57, que os proprios filhos não podem arguir tal nullidade durante a vida dos ascendentes doadores, pois que fôra demandar sua legitima antes de tempo.

3.ª ED.

« O consentimento (Rebouças Observ. pagy. 112 e 113), de que trata a Ord. L. 4º T. 12, não deve sêr provado senão pelo mesmo meio de prova da venda, ou troca, etc. Nem praticamente alguma outra prova do consentimento, que não fôsse, a que se-podesse dar *in continenti* por escriptura publica ou particular, poderia evitar no competente processo de inventario e partilha o immediato cumprimento da mesma Ord. L. 4º T. 12, emquanto diz:— E por morte do vendedôr, etc. »

E' bem especiosa esta objecção, mas não procede :

1.º Porque a Ord. L. 4º T. 96 § 16 (Consol. Art. 1175) reconhece nos herdeiros a faculdade de allegarem em relação á partilha qualquer direito, que tenham :

Art. 585. Não podem comprar :

§ 1.º As Corporações de mão-morta bens alguns de raiz, sêm especial concessão do Córpo Legislativo (90) : (Art. 69)

§ 2.º Os Tutores, e Curadores, bens de seus pupillos, e administrados, como está dispôsto nos Arts. 291 e 292 (91):

§ 3.º Os Juizes e Escrivães dos Orphãos, e os Juizes de Direito, bens de menores, como está dispôsto no Art. 293 (92) :

§ 4.º Os Testamenteiros, nos termos dos Arts. 1117 e 1118, bens dos testadôres (93) :

2.º Porque soberana é a regra (Const. do Imp. Art. 179 n. 1º) de sêr permitido quanto a lei não prohibe —*permissum censeatur quod non prohibetur*—:

3.º Porque da Ord. L. 4º T. 48 princ. resulta argumento em meu favôr pela regra—*quod de uno denegatur, de alio concessum esse videtur*—:

4.º Pela outra regra—*unicuique licet continere hæc, quæ pro se introducta sunt*—: Não houve consentimento escripto, mas houve consentimento; e o coherdeiro ou coherdeiros não o negão, não mentem á sua consciencia, não exigem para o inventario e partilha a coisa vendida ou trocada, e tal coisa não entra na partilha.

(90) Ord. L. 2º T. 18, e Regul. n. 834 de 2 de Outubro de 1851 Art. 49 § 2º.

A prohibiçãõ procede em todõs os casos, que ficãõ designados nas Nots. ao Art. 69.

(91) Ord. L. 1º T. 88 § 29, e cit. Regul. n. 834 de 2 de Outubro de 1851 Art. 32 § 6º.

(92) Ord. L. 1º T. 62 § 33, T. 88 § 30, T. 89 § 8º, e cit. Regul. n. 834 de 2 de Outubro de 1851 Art. 32 § 6º.

(93) Ord. L. 1º T. 62 § 7º, e cit. Regul. n. 834 de 2 de Outubro de 1851 Art. 35.

Vid. Nots. aos Arts. 595 § 5º, 596 § 5º, e 1117.

Esta Ord. prohibe compras por interpostas pessoas: não compras feitas em boa fé á terceiros, que arrematãrãõ os bens.

§ 5.º Os Vereadôres, e Empregados das Camaras Municipaes, bens dellas, que se-vendêrem em hasta publica (94) :

§ 6.º Os Empregados do Juizo dos Feitos da Fazenda, por si ou por outrem, bens, que se-arrematarem por dividas fiscaes ; sob pena de nullidade, e de lhês-podêrem reivindicar os mesmos bens *com os rendimentos* os prôpriarios dellas, e seus herdeiros (95) : (Arts. 929 e 930)

§ 7.º Os Juizes, Escrivães, Depositarios, Avaliadôres e Officiaes do Juizo, bens levados á praça (96) :

§ 8.º Os credôres exequentes, sem licença do Juiz, bens de seus devedôres, que se-houvérem de arramatar (97).

Art. 586. Não se-póde vendêr (98) :

(94) Lei do 1º de Outubro de 1828 Art. 43.

(95) Regim. da Faz. Cap. 87, Ord. L. 2º T. 53 § 5º, Instrucç. de 31 de Janeiro de 1851 Art. 22. Supprimo, por não vigorarem actualmente, as disposições da Ord. L. 3º T. 39 sobre a compra de acções por pessoas poderosas.

(96) Regul. n. 737 de 25 de Novembro de 1850 Art. 549 § 1º.

O Juiz, Escrivão, Curadôr Fiscal, e Administradôres de massas fallidas, não podem comprar bens dellas, para si, ou para outrem ; pena de os-perdêrem, e o seu preço, á beneficio das mesmas massas—Cod. do Com. Art. 863.

3.ª ED.

Opinei em consulta de banca, que esta sancção do Cod. do Com. Art. 863 accumula-se com a pena do Art. 146 do Cod. Crim.

(97) Ord. L. 3º T. 86 § 30, e cit. Regul. n. 737 de 25 de Novembro de 1850 Art. 549 § 4º.

3ª. ED.

(98) Não se-póde vendêr (Regim. dos Correctôres no Decr. n. 806 de 26 de Julho de 1851 Art. 26), *fundos publicos* nacionaes ou estrangeiros, hem, como *acções de companhias* reconhecidas pelo Governo, quando a operacção não fôr *legitima e real*. Será considerada *legitima e real* a sobredita transacção

se, ao tempo em que fôr feita, os titulos objectivos della *pertencerem verdadeiramente ao vendedor*.

E' uma restricção benefica para cohibir a *agiotagem*.

Esta restricção é ampliavel ás usadas vendas de *futuros dividendos* de acções de companhias? Sim, no mesmo caso de não possuir acções o vendedor ao tempo da venda—*accessorium sui principalis naturam sequitur*—.

Salva temos a disposição do Art. 192 do Cod. do Com., que faculta vendêr *lucros futuros*, uma vêz que se-possuão os titulos efficientes, para que o negocio não seja *aposta*. Surgem aqui outras questões, particularmente em materia de seguros, que reservo para um projectado commentario do nosso Cod. do Com.

Decr. n. 1695 de 15 de Setembro de 1869 :

Art. 1.º Prohibe as *vendas de escravos* debaixo de pregação, e em exposição publica ; sob pena de nullidade e multa, os *leilões commerciaes de escravos*: Substitue por propostas escriptas aos Juizes as *praças judiciaes de escravos* :

Art. 2.º Nas *vendas de escravos*, particulares ou judiciaes, é prohibido, pena de nullidade, separar o marido da molhér, o filho do pai ou mãi, salvo sendo os filhos maiores de 15 annos.

Av. n. 197 de 7 de Julho de 1870:—Explica o Decr. á cima sobre *vendas de escravos*.

Lei n. 2040 de 28 de Setembro de 1871 Art. 1º § 5º —No caso de alienação de *molhér escrava*, seus filhos livres, menores de 12 annos, a-acompanharão, ficando o novo senhór da *mesma escrava* subrogado nos direitos e obrigações do antecessôr.

Cit. Lei de 1871 Art. 4º § 7º —Em qualquer caso de alienação ou transmissão de *escravos* é prohibido, sob pena de nullidade, separar os conjuges, e os filhos menores de 12 annos do pai ou mãi.

Regul. n. 5135 de 13 de Novembro de 1872 Art. 20.—A mesma disposição da Lei á cima de 1871 Art. 1º § 5º.

Cit. Regul. de 1872 Art. 90 —Confirma com additamentos o disposto na Lei á cima de 1871 Art. 4º § 7º.

Av. (Rev. —Direito—Vol. 8º pag. 778) de 8 de Outubro de 1875—No caso de alienação de escravo menor de dois annos, separado do pai ou mãi, contra o preceito do Art. 4º § 7º da Lei n. 2040 de 28 de Setembro de 1871, deve o Juiz de Orphãos, como autoridade competente, fazêr effectiva a nullidade do contracto, procedendo administrativamente nos ter-

§ 1.º Bens Nacionaes, sem faculdade da Assembléa Geral (99) :

mos do Art. 85 do Regul. n. 5135 de 13 de Novembro de 1872.

Procede toda a legislação supracitada sobre vendas de escravos, prohibindo separar marido e molhér, quando um desses conjuges fôr livre ou liberto? A esta consulta sem hesitar respondi negativamente, porquanto, a escravidão dos dois conjuges sendo a causa da separação prohibida pelo legisladôr, tal causa cessa, se um dos conjuges no gôzo da liberdade pôde seguir o conjuge escravo.

As cousas fóra do commercio (doutrina corrente) não podem sêr vendidas v. g., —venenos, —livros obscenos, —estampas ou pinturas tambem obscenas, —comidas corrompidas. Quanto á venenos a prohibição exceptua os Boticarios, como vê-se na Ord. L. 5º T. 89. Quanto á estampas e pinturas obscenas, a prohibição está no Art. 279 do nosso Cod. Crim., e com extenção á quaesquer papeis offensivos da Moral Publica.

(99) Const. do Imp. Art. 15 § 15, Off. de 15 de Novembro de 1832, de 4 de Março de 1835, Port. de 15 de Março de 1837, Av. de 5 de Abril de 1838, e Ordem de 30 de Novembro de 1838. As Assembléas das Provincias poderão decretar a alienação dos *bens provinciaes*? O Art. 11 § 4º do Acto Adicional diz somente — *regular a administração dos bens provinciaes*—.

3.ª ED.

Terras devolutas, foi autorizado o Govêrno á vendêr em hasta publica pelo Art. 14 da Lei n. 601 de 18 de Setembro de 1850.

Proprios nacionaes, tambem foi autorizado o Govêrno á vendêr pelo Art. 11 § 6º da Lei n. 1114 de 29 de Setembro de 1860; á sabêr, que fôrem desnecessarios ao serviço publico; e não derem um rendimento equivalente pelo menos ás despezas de seu custeio, e ao juro correspondente ao seu valôr.

Terrenos pertencentes ás antigas Missões e Aldéas dos Indios, *que estiverem abandonados etc.*, tambem foi autorizado o Govêrno á vendêr, (ou aforar), na conformidade da Lei n. 601 de 18 de Setembro de 1850, pelo § 8º da cit. Lei n. 1114 de 29 de Setembro de 1860.—N. B. Daqui vem a confusão desses *terrenos de Indios* com os *terrenos devolutos*, e

§ 2.º Bens Municipaes, sem concessão das respectivas Assembléas das Provincias (100), e na Côrte sem autoridade do Governo (101) :

§ 3.º Cousas, e acções, litigiosas (102) : (Arts. 344 e 345)

§ 4.º Bens dotaes (103) : (Art. 122)

confusão perigosa; porque estes são bens nacionaes por *acquisição originaria*, e aquelles o-são por *acquisição derivada* ou *derivativa*. Vid. Not. 10-ao Art. 610 § 1º *infra*.

Terras de Aldêas extinctas, *que estiverem aforadas*, foi autorisado o Governo á vendêr pelo Decr. n. 2672 de 20 de Outubro de 1875.

(100) Lei do 1º de Outubro de 1828 Art. 42, combinada com o Acto Addic. Arts. 1º e 10 § 4º, e com a Lei de 3 de Outubro de 1834 Art. 12. Os Conselhos das Presidencias de Provincias forão abolidos, e os Conselhos Geraes forão substituidos pelas Assembléas Provincias.

Os Bens Municipaes não estão sujeitos á penhora — Av. n. 120 de 24 de Março de 1863.

(101) Lei de 26 de Maio de 1840 Arts. 23 e 24. A Port. de 20 de Fevereiro de 1850 autorisou a Camara Municipal da Côrte para podêr vendêr, satisfeitas as formalidades legaes, o terreno outr'ora comprado para estabelecimento do matadouro.

(102) Ord. L. 4º T. 10.

(103) Regim. do Desemb. do Paço § 40, Lei de 22 de Setembro de 1828 Art. 2º § 1º.

Bens dotaes — entenda-se, como já se-advertio na Not. ao Art. 122, — *immoveis dotaes* —, quando o regime do casamento é o *regime dotal*.

Não podem ser vendidos os bens dotaes, porque são inalienaveis, e a disposição do texto procede á respeito de todos os bens inalienaveis, como são os das Corporações de mão-morta, e erão outr'ora os bens vinculados. A inalienabilidade não é absoluta. Ha certas circumstancias, em que os bens inalienaveis podem ser vendidos, ou subrogados por outros, mediante licença prévia da Autoridade competente. Quanto á venda de bens de Ordens Religiosas, a licença é dada pelo Governo, como está disposto no art. 342 *supra*. Quanto aos bens das outras Corporações de mão-morta, a licença só pôde ser dada pelo Poder Legislativo. Tratei porisso distinctamente dos *bens dotaes*, porque a licença, que outr'ora competia ao extincto Desembargo do Paço, pôde ser dada pelos

§ 5.º Prata, ouro, joias, e ornamentos das Igrejas, sem licença do Governo; e o comprador restituirá estes objectos, perdendo o preço (104) :

Juizes da 1.ª Instancia, como determina a cit. Lei de 22 de Setembro de 1828. A subrogação de bens inalienaveis (diz o Av. n. 248 de 17 de Novembro de 1853) compete aos Juizes da 1.ª Instancia, e tal é a expressão da cit. Lei de 22 de Setembro de 1828 Art. 2.º § 1.º; mas eu entendo, que ella só se refere aos *bens dotaes*, e não aos immoveis das Corporações de mão-morta. Se ao Podêr Legislativo compete exclusivamente concedêr licença á essas Corporações para adquirir bens de raiz, só á esse Podêr compete concedêr licença, para que taes bens sejam alienados.

Os Juizes da 1.ª Instancia devem concedêr licença para serem vendidos, ou trocados, os immoveis dotaes nos seguintes casos :

1.º Se de commum accôrdo o marido e a molhêr quizerem dotar suas filhas communs :

2.º Se no contracto de casamento houve estipulação de os immoveis dotaes serem alienados á arbitrio dos conjuges, ou em determinadas circumstancias, uma vêz que estas se-verifiquem :

3.º Em caso de extrema necessidade, por faltarem outros recursos para subsistencia da familia e despezas inevitaveis :

4.º Para pagar-se dividas da molhêr anteriôres ao casamento, que não possam ser pagas por outros bens :

5.º Para conservação, e reparos indispensaveis, de outro immovel, ou immoveis dotaes :

6.º Quando se-acharem indivisos com terceiros, e sua divisão fôr impossivel, ou prejudicial :

7.º Quando estiverem situados em logar distante do domicilio conjugal, e fôr manifesta a conveniencia de vendê-los.

A licença não se-faz necessaria :

1.º No caso de desapropriação por necessidade, ou utilidade publica :

2.º Quando a molhêr fôr commerciante, devidamente autorizada pelo marido—Cod. do Com. Art. 27 —.

(104) Ord. L. 2.º T. 24. As sagradas Imagens, ornamentos, e mais objectos, do Altar, não se-vendem em hasta publica, mas só por convencão particular. Entretanto penhorão-se no caso da Lei de 22 de Fevereiro de 1779, e Art. 530 § 1.º do Regul. Com. n. 737 de 25 de Novembro de 1850.

§ 6.º Bens, cuja alienação se-prohibio, ou restringio, por convenção, ou disposição testamentaria, nos termos dos Arts. 553 e 554 (105) :

§ 7.º Bens penhorados nas execuções, quando seu valôr exceedêr o dôbro da divida (106) ; menos nas execuções da Fazenda Publica (107) :

§ 8.º Os dê que trata o Art. 48, executados separadamente ; e desmeinhbrados das fabricas, de que são partes integrantes (108). >

(105) Ord. L. 4º T. 11 §§ 1º e 2º.

Estas prohibições de alienar não podem ir até o ponto de vincular bens. Vid. Not. ao Art. 73.

Nunca podem sêr offensivas ás legitimas dos herdeiros necessarios.

Assim como é livre vendêr escravos com a clausula de não serem libertados. (Nct. ao Art. 550), tambem é possivel deixa-los em testamento com essa mesma clausula.—L. 9ª § 2º Dig. *qui et a quib. manumis.*, e L. 9ª Dig. *de manumis.*

3ª. ED.

« A Ord. L. 4º T. 11 § 1º (Rebouças Observ. pag. 113 e 114) dá bem á vêr,, que não autorisa a clausula de não podêr o comprador libertar o escravo comprado, nem o legatario o escravo legado. »

Concordo. A citada legislação romana sacrificou a liberdade ao rigor logico, reputo-a condemnada pela *bôa razão* da Lei de 18 de Agosto de 1769 ; e tanto mais agora depois da Lei n. 2040 de 28. de Setembro de 1871, e do Regul. n. 5135 de 13 de Novembro de 1872, que permittirão aos escravos libertar-se *invito domino*.

(106) Lei de 20 de Junho de 1774 § 24, Regul. Com. n. 737 de 25 de Novembro de 1850 Art. 564.

(107) Isrurçç. de 31 de Janeiro de 1851 Art. 21.

Menos tambem nas execuções por dividas hypothecarias. « Os immoveis hypothecados (Art. 14 § 1º da novissima Lei) podem ser arrematados ou adjudicados, qualquer que seja o seu valor, e a importancia da divida. »

(108) Lei de 30 de Agosto de 1833 Art. 2º, Regul. Com. n. 737 de 25 de Novembro de 1850.

Art. 587. No caso do § 7º do Art. antecedente os credôres serão pagos pelos rendimentos desses bens, que não podem sêr, arrematados em razão de excedêr seu valôr ao dôbro das dividas (109) : (Art. 832)

Art. 588. Não procede este beneficio :

§ 1.º Quando o devedôr executado tem outras dividas, que accumuladas excedem metade do valôr da propriedade penhorada (110) :

§ 2.º Quando o proprio devedor a-nomeou á penhora, tendo outros bens de menor valôr (111).

Art. 589. O beneficio do § 8º do citado Art. pôde sêr renunciado por convenção especial entre o devedor e o credor, sendo a divida daquellas, que envolvem hypothecca legal (112).

O Av. n. 124 de 23 de Dezembro de 1844 declara, que não se pôde fazer no Imperio arrematação de bens existentes em paiz estrangeiro, pois que não estão sujeitos ás leis do Brazil e á jurisdicção de suas Autoridades.

« Fica derogado (Art. 14 § 2º da novissima Lei hypothecaria) o privilegio das fabricas de assucar e mineraçã., do qual trata a Lei de 30 de Agosto de 1833. » Parece que esta derogação é feita unicamente á beneficio dos creditos hypothecarios. Tratando-se portanto da execução por dividas não hypothecarias, o executado pôde invocar o privilegio da citada Lei de 30 de Agosto de 1833.

(109) Lei de 20 de Junho de 1774 §§ 24 e 25, cit. Regul. Com. n. 737 de 25 de Novembro de 1850 Art. 564.

(110) Alv. de 6 de Julho de 1807 § 3º cit. Regul. Com. n. 737 de 25 de Novembro de 1850 Art. 554 § 1º. Porém o modo pratico acha-se estabelecido no § 3º do Alv. de 21 de Janeiro de 1809 nos termos seguintes:—Os outros credores devem ter tambem execução apparelhada, e penhoras feitas; e devem por meio de cessão, ou de qualquer outro contracto legal, unir seus creditos e execuções á execução principal; de fórma que se possa considerar, como uma só divida.

(111) Cit. Alv. de 6 de Julho de 1807 § 4º, cit. Regul. n. 737 de 25 de Novembro de 1850 Art. 564 § 2.º

(112) Lei de 30 de Agosto de 1833 Art. 3º. Este beneficio não é transcendente das leis geraes das execuções, guarda so-

Art. 590. Todas as compras, e vendas, de bens de raiz, alodiaes, ou foreiros (113), de que não se houver pago a respectiva siza, serão nullas (114); ou as-facção por escriptura publica,

mente a integridade da propriedade com tudo aquillo, que realmente constitue suas partes integrantes. O antigo privilegio dos senhores de engenhos, de que nem era isenta a Fazenda Nacional pelo Alv. de 5 de Maio de 1814, cessou com a disposição do Art. 1º da cit. Lei de 30 de Agosto de 1833. Vid. Not. ao Art. 48.

(113) Decis. n. 251 de 19 de Novembro de 1853. Trata-se da venda de bens emphyteuticos, e não dos aforamentos; se bem que em um e outro caso se-dá *alienação do dominio util*. Os aforamentos—*alienação primitiva desse dominio*—pagaõ sello proporcional (somente um), avaliando-se para esse fim na somma de vinte annos do fôro. Ordem n. 70 de 26 de Agosto de 1844, e Regul. n. 681 de 10 de Julho de 1850 Art. 8º.

Apezar dessa *alienação primitiva*, ainda fica o senhorio com o dominio directo; entretanto que a alienação é completa, quando é feita pelo emphyteuta.

3.º ED.

Lei n. 1507 de 26 de Setembro de 1867 Art. 19 n. 2º—Compreenda-se a *siza dos bens de raiz* no imposto sob a denominação de—*transmissão de propriedade*—.

Regul. n. 4355 de 17 de Abril de 1869 Art. 1º—A *siza dos bens de raiz* fica substituida pelo imposto de transmissão de propriedade (Lei n. 1507 de 26 de Setembro de 1867 Art. 19):—Art. 3º n. 3º:—E' devido este imposto, na conformidade da Tab. Ann., das compras e vendas de *bens immoveis*.

(114) Ord. L. 1º T. 78 § 14, e Alv. de 3 de Junho de 1809 § 8º.

A siza da venda de bens de raiz é hoje de 6 % sobre o preço do contracto, pagos á vista—Lei de 28 de Outubro de 1848 Art. 9º § 22.

Dos contractos anteriôres á esta Lei pagava-se na razão de 10 %, e á prazos por letras—Alv. de 2 de Outubro de 1811, Regul. do 1º de Setembro de 1836 Art. 3º, Ord. de 7 de Fevereiro de 1849, e n. 135 de 12 de Abril de 1851.

ou por escripto particular ; guardada a disposição do Art. 367 § 5º (115).

Tambem se-paga siza (meia siza) da compra e venda de escravos ladinos, na razão de quarenta mil réis por cada escravo, por qualquer modo que seja vendido, permutado, adjudicado, arrematado, dado ou cedido em solução de duvida, ou alienado em virtude de renuncia, e qualquar outra transacção equivalente á compra e venda ou troca—Decr. n. 2699 de 28 de Novembro de 1860 Art. 1º, que alterou a legislação anteriôr do Alv. de 3 de Junho de 1809 § 2º, e Regul. n. 151 de 11 de Abril de 1842 Art. 15. Nas Provincias é renda provincial, na Côrte e seu Municipio é renda geral—Leis de Orçamento de 1832, 1835, e 1836. De tempo anteriôr á 1832 era renda geral, de 1832 á 1836 era renda geral por metade, do 1º de Julho de 1836 em diante tornou-se renda provincial por inteiro—Av. n. 234 de 4 de Julho de 1840.

3.ª ED.

Cit. Lei de 1867 Art. 19 § 1º n. 3º — A compra e venda de immoveis continuará á pagar 6 %/. (Vid. Tabs. Anus. ao cit. Regul. de 1869), e ao de n. 5581 de 31 de Março de 1874)

Sobre a *meia siza* de escravos Vid. Not. ao Art. 593 *infra*.

Sobre a *nullidade por falta de siza* os citados Reguls. de 1869 e 1874 guardão silencio, como sancção pertinente ao Direito Civil em consorcio com o Direito Fiscal. Tal sancção annullatoria continúa, e, pela regra « *subrogatur supit naturam ejus, in cujus locum subrogatur* », com textensão á todos os casos de transmissão de immoveis por actos equivalentes á compra e venda.

Cit. Regul. de 1869 Art. 13 — O pagamento do imposto na transmissão *inter vivos* effectuar-se-ha antes de celebrado o acto, que a-opéra, mediante guia dada pelos Tabelliães, ou Escrivães, outros Officiaes Publicos, ou escripta pelas partes interessadas.

Cit. Regul. de 1874 Art. 33 — A mesma disposição do de 1869 Art. 13.

(115) Decis. n. 106 de 30 de Outubro de 1844, e n. 219 de 26 de Agosto de 1851, que rectificarão a erronea doutrina do Off. de 23 de Setembro de 1835. As escripturas publicas não são da essencia dos conctratos, que págão siza, e somente se-exigem para prova em Juizo. Foi esse Off., que declarou

Art. 591. As proprias partes contractantes, ou seus herdeiros, as-podem annullar em qualquer tempo, e havêr os rendimentos dos bens dêsde a época dos contractos (116).

estar sem vigôr o Alv. de 30 de Outubro de 1793 sobre a taxa no Brazil da prova por escriptura publica. Veja-se a Not. ao Art. 368. Mas hoje cumpre harmonisar as disposições anteriôres com a Lei n. 840 de 15 de Setembro de 1855 Art. 11, e Circ. n. 49 de 22 de Janeiro de 1856.

Todavia, ainda que a venda tenha sido feita por escripto particular, deve-se cobrar a siza, por não competir, na conformidade da Ord. n. 138 do 1º de Outubro de 1847, aos Empregados Fiscaes discutir a validade do titulo de transferencia de propriedade, quando as partes á elles se-dirigem para o pagamento da siza—Ord. n. 235 de 30 de Julho de 1859. Doutrina opposta resultava do Av. n. 409 de 16 de Dezembro de 1856.

A escriptura publica é da substancia de todo e qualquer contrato de compra e venda, troca, e dação *in solutum*, de escravos, cujo valôr ou preço excedêr de 200\$000 réis, qualquer que seja o lugar, em que taes contratos se-fação—Cit. Decr. n. 2699 de 28 de Novembro de 1860 Art. 3º. Estes contratos, quando o valôr ou preço dos escravos não excedêr de 200\$000 réis, poderãõ ser feitos por escripto particular, assignado pelos contrahentes, e por duas testemunhas etc.—Cit. Decr. n. 2699 de 28 de Novembro de 1860 Art. 4º.

3.º ED.

Ord. n. 523 de 18 de Novembro de 1865.—Quanto á compra e venda de bens de raiz por *escripturas particulares*, a Ord. n. 409 de 16 de Dezembro de 1856 não está revogada pela de n. 235 de 30 de Julho de 1858, podendo continuar ambas em vigôr sem choque de disposições.

(116) Cit. Ord. L. 1º T. 78 § 14, e Alv. de 3 de Junho de 1809 § 8º. Pela redacção destas Leis não se-póde sabêr, qual seja a natureza da acção para desfazêr as vendas por falta de pagamento da siza. Em relação ás partes, o contracto não é nullo sem o julgamento da nullidade; e assim se-tem entendido. *Quid*, em relação á Fazenda Nacional? Quaes os effeitos da omissão do pagamento do imposto, ou do pagamento com simulação e diminuição do verdadeiro preço? O Alv. de 3 de

Junho de 1809 § 9º manda multar os vendedores e compradores em igual parte na perda do valor dos bens, e essa pena é recommendada na Ord. n. 106 de 30 de Outubro de 1844, e na Ord. n. 251 de 19 de Novembro de 1853; dizendo-se estar em vigor o § 9º do citado Alv., emquanto nova legislação não decretar outra coisa. Não penso do mesmo modo. A simulação dos contractos, que era punida pela Ord. L. 4º T. 71, deixou de ser crime (à não envolvêr o caso do Art. 264 § 4º do Cod. Pen.); e não se pôde dizêr, que esta espécie esteja comprehendida nas excepções dos Arts. 308 e 310 do mesmo Cod. Ha muitas Decisões, e Ordens, que só mandão cobrar a siza, e nada mais. Temos o simile do Art. 88 do Regul. n. 681 de 10 de Julho de 1850, que imprpropriamente applicou as penas do contrabando. Veja-se o Art. 358 e sua Nota. Não bastariao as multas? Foi o que seguio, quanto á meia siza dos escravos, o Art. 18 do Regul. n. 151 de 11 de Abril de 1842.

Quanto á siza da venda de bens de raiz estão hoje desvanecidas as duvidas, porque a multa do Alv. de 3 de Junho de 1809 § 9º foi substituida pela de 10 á 30 % do valor da coisa vendida, repartidamente entre o comprador e vendedor — Lei n. 939 de 26 de Setembro de 1857 Art. 12. Tem logar as denuncias civeis por fraude contra o imposto — Man. do Proc. dos Feitos § 538.

Quanto á meia siza da venda de escravos, o cit. Decr. n. 2699 de 28 de Novembro de 1860 Art. 8º estabelece a mesma multa de 10 á 30 % do valor do escravo vendido, tambem repartidamente entre o vendedor e comprador. Sobre as denuncias neste caso vaja-se o Art. 11 do cit. Decr. de 28 de Novembro de 1860.

« Dizendo a Ord. L. 1º T. 78 § 14 (Rebouças Observ. á este Art.), e o Alv. de 3 de Junho de 1809 § 8º, que as proprias partes contractantes, ou seus herdeiros, podem annullar as vendas, e havêr os rendimentos dos bens dêsde a época dos contractos, deixaria porventura de ter dito qual seja a natureza da acção para assim sêr julgado? Póde alguém duvidar, de que seja a mesma acção, que para se-julgar nulla qualquer outra convenção, etc.? A acção bem se-vê, que é de nullidade do contracto, e reivindicacção do seu objecto: com os rendimentos dêsde o tempo, em que o contracto foi feito. »

Concordo com esta censura, quero dizêr, em que a nullidade da compra e venda por falta de pagamento da siza demanda-se por acção ordinaria, como em qualquer caso de nullidade dos contractos por outros motivos.

Art. 592. Além da nullidade das escripturas, serão responsáveis e punidos os Tabelliães e Escrivães, que as-fizerem, sem nellas incorporarem de *verbo ad verbum* os competentes conhecimentos da siza (117).

3.ª ED.

Ord. n. 409. de 16 de Dezembro de 1856 — Sobre a denuncia civil, de que trata o § 9º do Alv. de 3 de Junho de 1809.

Cit. Regul. de 1869 Art. 15 § 3º — No caso de denuncia por sonegação do imposto, os interessados deverão justificar o facto em Juizo, exhibindo depois os documentos necessarios perante a Autoridade Administrativa competente, que procederá como de Direito fôr.

Ord. n. 425 de 27 de Setembro de 1869 — Dois casos de sonegação de siza, declarando não sêr exigivel a siza no primeiro caso, e sêr exigivel no segundo caso com a multa de 10 %.

Cit. Regul. de 1874 Art. 37 — Repete a mesma disposição do de 1869 Art. 15 § 3º.

Cit. Regul. de 1874 Art. 42 — A defraudação do imposto será punida com a multa de 10 % a 30 % do valôr dos bens, repartidamente entre o comprador e o vendedôr, e nos mais casos entre os interessados, que tenham concorrido para a fraude.

(117) Ord. L. 1º T. 78 § 14, e Alv. de 3 de Junho de 1809 § 8º.

Os Tabelliães, que tem de passar as escripturas, dão bilhetes ou guias, e esses bilhetes apresentam-se na Estação competente para o pagamento da siza — Regul. de 26 de Março de 1833 Art. 42 § 1º. As escripturas sujeitas ao pagamento da siza dos bens de raiz são isentas do sello proporcional — Regul. de 10 de Julho de 1850 Art. 23 § 2º.

Os conhecimentos da siza tambem devem ser insertos de *verbo ad verbum* nas cartas de arrematação, e de adjudicação — Decr. n. 1569 de 3 de Março de 1855 Arts. 124 § 7º, e 125.

O mesmo dispôz o Decr. n. 2699 de 28 de Novembro de 1860 Art. 6º § 2º sobre os conhecimentos da meia siza de venda de escravos, o que se-acha alterado pelas Leis n. 1149 de 21 de Setembro de 1861 Art. 1º § 2º n. 3º, e n. 2833 de 12 de Outubro de 1861 Art. 2º, as quaes dispensão a tran-

Art. 593. Os bens, de cujas vendas se-deve pagar siza, são (118):

scripção por extenso dos conhecimentos da meia siza, mandando somente declarar seu numero, data, quantia, e estação arrecadadôra.

O escripto particular translativo de immoveis (Art. 8º § 2º da novissima Lei hypothecaria) não poderá ser transcripto no Registro Geral, se não constar o conhecimento da siza.

3.ª ED.

Avisos n. 301 de 30 de Junho, e n. 441 de 4 de Outubro, de 1869.—A isenção do sello proporcional (Lei n. 1507 Art. 19 §§ 1º e 2º), nos casos de pagamento de meia siza dos escravos, só é applicavel ao Municipio da Côrte, onde esse impôsto pertence à renda geral com a nova denominação de impôsto de transmissão de propriedade.

Regul. n. 4505 de 9 de Abril de 1870 Art. 10 n. 1º—São isentos do sello proporcional os titulos de actos, e contractos, sujeitos ao impôsto de transmissão de propriedade, salvo se contiverem estipulações independentes; de sorte que, por si sós, constituão outros contractos sujeitos á sello (Lei n. 1507 de 26 de Setembro de 1867 Art. 19 § 2º).

Reguls. citados, de 1869 Art. 16, e de 1874 Art. 38—Os Tabelliaes e Escrivães, que tiverem de lavrar instrumentos, termos, ou escripturas, de contractos, ou actos judiciaes; ou de extrahir instrumentos, que por qualquer modo effectuem, ou venhão á effectuar, transmissão de propriedade ou usufructo, sujeita ao impôsto, exigiráõ prova do pagamento deste.

§ Unico:—O conhecimento do impôsto será transcripto *literalmente* na escriptura, termo de convenção, ou instrumento.

Vid. mais Arts. 17, e 18 do cit. Regul. de 1869; Arts. 39 40, e 41, do cit. Regul. de 1874.

3.ª ED.

(118) Lei n. 1507 de 26 de Setembro de 1867 Art. 19 n. 3º—Comprehende-se no impôsto de transmissão de propriedade a *meia siza e sello da venda dos escravos*.

Cit. Lei de 1867 Art. 19 § 1º n. 9º—O impôsto da compra e venda de *escravos*, e actos equivalentes, será cobrado no Municipio da Côrte na razão de 2º/.

Cit. Regul. de 1869 Art. 1º—*A meia siza dos escravos fica substituída pelo impôsto de transmissão de propriedade.*

Cit. Regul. de 1869 Art. 3º n. 5º—*E' devido o impôsto, na conformidade da Tab. Ann., das compras e vendas, e actos equivalentes, de escravos.*

Cit. Regul. de 1869 Art. 9º—*Nas transmissões simultaneas de immoveis e moveis, ainda quando estes se não reputem immoveis por Direito, o impôsto será cobrado na razão da taxa dos bens de raiz sobre o valôr, ou preço total :*

§ Un. Exceptua-se :

1.º Os contractos, e actos, em que se estipular designadamente preço para os moveis :

2.º Os contractos, e actos, que comprehendêrem *escravos*, devendo pagar-se destes, em todo o caso, o *impôsto de transmissão de escravos.*

Cit. Regul. de 1874 Art. 14 n. 4º—*E' devido o impôsto das compras e vendas, e actos equivalentes, de escravos no Municipio da Côrte.*

Cit. Regul. de 1874 Art. 17—*Repete a mesma disposição do de 1869 Art. 9º com estes dois additamentos :*

Quando na transmissão se-comprehendêrem *navios*, será observada a mesma regra, cobrando-se a taxa de maior valôr :

Estão comprehendidos (§ 2º) na disposição deste Art. os contractos de compra e venda de direito, e acção, de *heranças.*

Cit. Regul. de 1869 Art. 5º n. 4º—*São sujeitos ao impôsto de transmissão os direitos, e acções, relativos aos bens, de que tratão os numeros antecedentes.*

Cit. Regul. de 1871 Art. 14 n. 5º—*Repete a mesma disposição á cima do de 1869 Art. 5º n. 4º.*

O Regul. de 1871 no Art. 14, legislando em relação á *transmissão INTER VIVOS*; e nos seus ns. 2º, 3º, e 4º, mencionando só *immoveis, embarcações, e escravos* no Municipio da Côrte; comprehendeu unicamente no n. 4º direitos e acções concernentes á *taes bens*, unicos tratados nos numeros antecedentes. Seu defeito se-reduz á não guardar a epigrapha do seu Cap. 4º, dizendo—*direitos e acções*—, em vêz de—*cessões de direitos e acções*—; o que abrange as cessões de direitos, e acções, de heranças e legados, mas só quanto aos bens designados.

Mas o Regul. de 1869 no Art. 5º, legislando em relação á *bens*; e nos seus ns. 1º, 2º, e 3º, mencionando tudo, á sabêr, *immoveis, moveis, semoventes, apolices da divida public in-*

terna, títulos da dívida pública estrangeira, acções de companhias, e dividas activas; faria entendêr no seu n. 4º estarem sujeitos ao imposto todas as cessões de direitos e acções, concernentes á todos esses bens tratados nos numeros antecedentes. No seu ponto de vista—*bens*—, isto é verdade quanto ao imposto de heranças e legados, e tambem quanto ás transmissões simultaneas ilo seu Art. 9º; porém não será confundir o assumpto, suscitando vexatorias consequencias, congregar impostos, embora sobre a transmissão de propriedade, dos quaes, uma classe, attende á *heranças e legados*, e a outra classe á *certos bens transmittidos*?

Ainda assim, não obstante as correccões do Regul. de 1874, já no citado Art. 14, já no Art. 2º, enumerando só para as *transmissões CAUSA MORTIS*, immoveis, moveis, semoventes, apolices da dívida publica interna, títulos de dívida publica estrangeira, acções de companhias, e dividas activas; o assumpto mostra-se não pouco enredado, e defficiente.

A Lei de 1867 Art. 19 § 1º n. 8º, e o Regul. de 1869 Art. 3º n. 8º, e o de 1874 Art. 14 n. 8º, incluirão no imposto a *cessão de privilegios*.

A Lei de 1867 Art. 19 § 1º n. 9º, e o Regul. de 1869 Art. 3º n. 9º, incluirão tambem no imposto a arrematação, adjudicação, e venda em leilão, de bens não sujeitos á *siza*, ainda mesmo sendo de massas fallidas; entretanto que, sobre todos estes casos, é mudo o Regul. de 1874.

Mas este Regul. de 1874 Art. 17 § 2º falla dos contractos de compra e venda de direito e accão de heranças, sobre os quaes não quiz fallar o Regul. de 1869; e tambem no Art. 21 falla de cessão ou venda de bemfeitorias em terrenos arrendados, com referencia ao Av. n. 200 de 16 de Abril de 1869.

A Lei de 1867 Art. 19 n. 2º só fallou de *bens de raiz* em relação á *siza*, o Art. 19 § 1º n. 3º só fallou de immoveis em relação á compra e venda, e actos equivalentes; como dando á percebêr, que só incluia *immoveis por sua natureza*, allodiaes ou foreiros; entretanto que o Regul. de 1874 no Art. 15 adoptou a classificação francêza consolidada nos Arts. *supra* 44, 45, 46, e 47; e dahi uma turba de questões, porque ficão de fóra os immoveis do Art. 43 *supra*, e porque no Art. 47 *supra* não vêm todos os direitos reaes *in re aliena*. Basta confrontal-o com o Art. 6º da nossa Lei Hypothecaria de 1864.

O Regul. de 1869 Art. 3º n. 11, e o de 1874 Art. 14 n. 10, mettêrão no imposto todos os actos e contractos translativos de immoveis sujeitos á *transcripção* em conformidade da le-

gislação hypothecaria; o de 1874, com a sua escala de immoveis do Art. 15; e o de 1869, sem essa escala; mas vejam, que a Lei Hypothecaria no Art. 6º § 2º, e Art. 7º, quanto á *onus reaes*, só mandou transcrever a *constituição* delles por actos *inter vivos*, e não a *cessão* delles. Parece facultativa a disposição do Art. 8º § 3º dessa Lei Hypothecaria.

Em remate, as cessões de direitos podem sêr de *direitos simplesmente creditorios*, ou de *direitos reaes*.

E nessas duas castas de cessão, quaes as submittidas ao imposto de transmissão de propriedade?

Cit. Regul. de 1869 Art. 7º, e de 1874 Art. 25 — A liquidação do preço dos bens, quando este não poder ser calculado á vista dos titulos de aquisição, ou das declarações da parte, ou havendo fundada suspeita de fraude, regular-se-ha pelas disposições seguintes:

O valôr dos *bens livres*, em geral, (n. 1º) será arbitrado por peritos:

Do *dominia directo* (n. 3º), o de 20 fóros, e um laudemio.

Dos *bens emphyteuticos* (n. 4º), o do predio livre, deduzindo o do dominio directo:

Dos *bens subemphyteuticos* (n. 4.) esse mesmo valor, deduzidas 20 pensões subemphyteuticas, e equivalentes ao dominio do emphyteuta principal:

Do *usufructo vitalicio* (n. 5º), o producto do rendimento de um anno multiplicado por 5:

Do *usufructo temporario* (n. 5º), o producto do rendimento de um anno multiplicado por tantos, quantos fôrem os do usufructo, nunca excedendo de 5:

Da *nua-propriedade* (n. 6º), o producto do rendimento de um anno multiplicado por 10:

Das *pensões vitalicias* (n. 7º), o producto da pensão de um anno multiplicado por 5:

Das *acções de companhias*, e dos *titulos da divida publica* (n. 8º), o médio do mercado.

São estas literalmente as disposições do Regul. de 1874 Art. 25, menos sobre o valor da *constituição de emphyteuse e subemphyteuse* (n. 2º), que pertence á Not. do Art. 606 *infra*.

Preferi a redacção do Regul. de 1874 Art. 25 á do Regul. de 1869 Art. 7º, porque, além de variantes no de 1874 (que pela posterioridade considero revogatorias), ha um caso suprimido, e de gravissima duvida.

§ 1.º Todos os immoveis designados nos Arts. 45, 46, e 47 (119), uma vêz que se são situados no Brazil (120) :

As variantes são : no *usufructo vitalicio* multiplicação por 5, em vêz de multiplicação por 10 ; no *usufructo temporario* limite de 5, em vêz de limite de 10 ; na *nua-propriedade* multiplicação por 10, em vez de multiplicação por 20, com deducção do valor do usufructo ; na *pensões vitalicias* multiplicação por 5, em vêz de multiplicação por 10.

O caso supprimido é o do n. 4º Art. 7º do Regul. de 1869, onde-se diz, que o valor da *posse* será de metade do valor da *propriedade*. Qual o alcance deste caso ? O imposto tambem cahe sobre a *transmissão da posse*, como se a posse fôra propriedade putativa ou presumida ? Se cahe sobre a *posse*, não é contradicção patente ter salvado o direito de restituizção do imposto no caso de *reivindicación* ; como vê-se no Regul. de 1869 Art. 10 § Un., e no de 1874 Art. 18 § Un. ? Referirse-ha tal salvaterio só ao caso singular da *transmissão secreta* dos citados Arts. 10 e 18 ? E se não, porque não salvou-se a *reivindicación* em seu leito proprio, que é o da *restituição do imposto* no Art. 14 do Regul. de 1869, e Art. 34 do Regul. de 1874 ? Vid. Nots. 123 ao Art. 595, e 145 ao Art. 602 § 1º.

(119) Instrucc. do 1º de Setembro de 1836 Art. 5º, Decis. n. 143 de 4 de Outubro de 1847. O gado, e bens moveis, não estando reunidos aos bens de raiz no acto da venda, ou na arremataçáo destes, não estão sujeitos á siza—Decis. n. 285 de 6 de Dezembro de 1851. As compras de heranças, consistentes em bens de raiz, págão siza—Port. de 6 de Julho de 1836, Ord. n. 266 de 10 de Novembro de 1851. Quando o valor da herança não é conhecido ao tempo dos contractos, a somma destes averba-se nas Estações Fiscaes, cobrando-se depois o imposto quando se-verificar a entrega dos bens—Decis. n. 148 de 5 de Maio de 1851.

« Taes são (Man. do Procur. dos Feitos Not. 1090) o usufructo de immoveis, as servidões, e accções para reivindicar immoveis ; e portanto é devida a siza da cessão de bemfeitorias da propriedade immovel beneficiada. » Á tal respeito attenda-se ás observações *infra* na Not. ao Art. 651.

3.ª ED.

Regul. cit. de 1874 Art. 15—Repete resumidamente o disposto nos Arts. 44, 45, 46, e 47, *supra* Consol., citando a respectiva legislação.

Dahi'as seguintes duvidas no alvo desse Art. 15 :

São *immoveis* os bens á elles equiparados no Art. 43 Consolid ?

São *immoveis* o *usufructo* sobre *immoveis* em sua constituição e cessão, e as *servidões* em sua constituição (Art. 47 Consolid.) ?

São *immoveis* as *acções reaes* sobre *immoveis*, como as *reivindicatorias de immoveis* (Art. 47 Consolid.) ?

São *immoveis* o *uso* sobre *immoveis*, e a *habitação*, em suas respectivas constituições (Lei n. 1237 de 24 de Setembro de 1864 Art. 6º) ?

São *immoveis*, em suas constituições e cessões, a *hypotheca*, e a *antichrese* (Cit. Lei de 1864 Arts. 4º e 6º) ?

E' *immoveis*, quando cedido, o *fôro* (Cit. Lei de 1864 Art. 6º) ?

São *immoveis* as *heranças*, quando cedidas, ainda que *immoveis* não contenhão, para que o Regul. de 1874 Art. 17 § 2º as comprehendesse no imposto ?

São *immoveis* as *benefitorias em terrenos arrendados*, para que tambem as comprehendesse no imposto o Regul. de 1874 Art. 21, não havendo na cessão dellas algum direito real ?

São *immoveis* a *propriedade litteraria*, e *artistica*, para que o mesmo Regul. de 1874 Art 23 n. 12 tivesse a cautela de isental-as do imposto ?

São *immoveis* as *renuncias onerosas*, contempladas no mesmo Regul. de 1874 Art. 24 n. 9º, ainda que não se-refirão á *immoveis* ?

(120) Decis. n. 61 de 26 de Junho de 1850, e n. 259 de 29 de Outubro de 1851. Não são excluidas as compras de heranças feitas em paiz estrangeiro, e paga-se a siza, quando se-apresentão as escripturas para se-pedêr havêr os bens comprados. Tendo sido as heranças arrecadadas e arrematadas, os compradôres competentemente habilitados pagão siza correspondente aos valores dos bens pelas avaliações dos inventarios; salvo o caso de se-acharem especificadamente designados os preços dos bens nas escripturas de compra; porque em tal caso, a siza é cobrada na proporção desses preços—Cit. Decis. n. 259 de 29 de Outubro de 1851.

3.ª ED.

Situados no Brazil :—O cit. Regul. de 1874 Art. 14 n. 2º assim o-exige, sendo *immoveis* os bens. O anteriôr Regul. de 1869 Art. 5º n. 1º diz :—São sujeitos ao imposto de trans-

§ 2.º Os navios, e as embarcações, de qualquer lote ; com reserva unicamente das jangadas, e barcos de pescaria (121).

missão os bens immoveis, moveis, e semoventes, *situados ou existentes no Imperio*. Isto é verdade, mas com o perigo de falsa interpretação *a contrario sensu* em damno da regra do Direito Internacional Privado—*mobilier sequuntur personam*—.

(121) Alv. de 20 de Outubro de 1812 § 4º, Reg. de 30 de Maio de 1836 Art. 84, Av. n. 173 de 30 de Julho de 1853. Esta siza é de 5 %, mas quando as embarcações são estrangeiras, e passam á sêr nacionaes, paga-se 15 % do seu valôr—Lei de 15 de Novembro de 1831 Art. 51 § 11, Lei de 8 de Outubro de 1833 Art. 31 § 5º, Ordem de 31 de Agosto de 1833, Regul. de 30 de Maio de 1836 Art. 86, Av. de 20 de Fevereiro de 1837, Av. n. 100 de 31 de Dezembro de 1846, e Av. n. 339 de 17 de Outubro de 1856.

3.º ED.

Regul. das Alfandegas, no Decr. n. 2647 de 19 de Setembro de 1860, Art. 671—De toda a transferencia de dominio de *embarcação* etc. arrecadar-se-ha o imposto de 5 % sobre o preço da compra e venda : § Un. Exceptuão-se as transferencias : 1º, das canôas, jangadas, e barcos de pescaria, emquanto applicados á este emprego ; 2º, dos escaleres, e outras embarcações miúdas, que fôrem importadas do estrangeiro, ou que pertencendo á embarcações estrangeiras, fôrem por qualquer motivo desligadas do seu serviço, e tivêrem qualquer outra applicação.

Cit. Regul. das Alfandegas de 1860 Art. 672—Quando a *embarcação nacional* fôr vendida em paiz estrangeiro, a meia siza será paga ao Agente Consular Brasileiro ahi residente, e remetida por elle ao Thesouro Nacional.

Lei n. 1507 de 26 de Setembro de 1867 Art. 19 n. 4º — Compreendem-se no imposto de transmissão de propriedade os direitos e sellos de venda de *embarcações*, nacionaes ou estrangeiras.

Cit. Lei de 1867 Art. 19 § 1º n. 6º —Os impostos de 5 a 15 % sobre as vendas de *embarcações*, e actos equivalentes, ficão reduzidos em todo o caso á 5 %.

Cit. Regul. de 1869 Art. 1º—O imposto de venda de *embarcações*, nacionaes e estrangeiras, fica substituido pelo de transmissão de propriedade.

Art. 594. E' applicavel á siza das compras e vendas das embarcações o que já se-acha dispôsto sobré a nullidade dos contractos, e responsabilidade dos Tabelliães, que lançarem as escripturas (122).

Cit. Regul. de 1869 Art. 3º n. 4º —E' devido o imposto, na conformidade da Tab. Ann., das compras e vendas, e actos equivalentes, de *embarcações*:

Cit. Regul. de 1874 Art. 14 n. 3º —A mesma disposição do de 1869 Art. 3º n. 4º.

Cit. Regul. de 1874 Art. 17 —Quando na transmissão se-compreenderem *navios*, cobrar-se-ha a taxa do maior valôr.

Cit. Regul. de 1874 Art. 23 n. 8º —São isentos do imposto as compras de *jangadas*, e *barcos de pescaria nacionaes* (Alv. de 20 de Outubro de 1812 § 4º).

Nem o Alv. de 1812 § 4º, nem o Regul. das Alf. de 1860, distinguem entre barcos de pescaria nacionaes, e estrangeiros. Dizendo agora o Regul. de 1874 Art. 23 n. 8º —*nacionaes*—, págão imposto as compras de barcos de pescaria *estrangeiros* —*inclusio unius exclusio alterius*—.

(122) Ord. L. 1º T. 78 § 14 *in fin.*, cit. Alv. de 20 de Outubro de 1812 § 4º. Quanto ás vendas de embarcações estrangeiras, os Tabelliães tem mais a obrigação e responsabilidade do Art. 6º do Decr. n. 481 de 24 de Outubro de 1846, isto é, não devem passar as escripturas, sem que se-lhes-apresente autorisação do Agente Consular respectivo, ou despacho da Autoridade Civil, com a côpetente verba do pagamento do imposto.

3.ª ED.

Regul. das Alfandegas no Decr. n. 2647 de 19 de Setembro de 1860 Art. 673 —São *nullos* todos os contractos de translação do dominio de *embarcações*, se não constar dos escriptos, ou escripturas, o respectivo pagamento do imposto. Os Tabelliães, que interviérem em taes contractos, incorrerão nas penas do § 8º do Alv. de 3 de Junho de 1809, e as partes contractantes nas do Art. 12 da Lei n. 939 de 26 de Setembro de 1857.

Persiste a disposição do nosso Art. 594, não havendo alteração, explicita ou implicita, em a nova legislação sobre o imposto de transmissão de propriedade.

Art. 595. Equipárão-se ás compras e vendas, para o pagamento da siza (123) :

3.ª ED.

(123) Lei n. 1507 de 26 de Setembro de 1867 Art. 19 § 1º n. 11—Todos os actos translativos de immoveis sujeitos á *transcripção*, para que possam valêr contra terceiros, pagarão, além dos impostos que devidos fôrem, 1/10 %.

Cit. Regul. de 1871 Art. 14 ns. 2 e 10—Equiparão-se ás compras e vendas para o pagamento do imposto de transmissão, como substitutivo da siza :

Os actos equivalentes á compras, e vendas, de bens immoveis situados no Imperio :

Todos os contractos translativos de immoveis, sujeitos á *transcripção* em conformidade da legislação hypothecaria. (Regul. de 1869 Art. 3º n. 3.)

Cit. Regul. de 1869 Art. 10—Das *transmissões secretas* de bens por titulo oneroso cobrar-se-ha o imposto, quando os bens fôrem escriptos nos arrolamentos da decima urbana, Geral e Provincial, e de outros impostos, ou alugados e arrendados pelo novo possuidôr; ou quando este praticar actos relativos á sua propriedade, ou usufructo.

Cit. Regul. de 1874 Art. 18—Igual disposição á do de 1869 Art. 10, com referencia á Ord. n. 283 de 10 de Outubro de 1835.

Sepultem-se no esquecimento essas *transmissões secretas*, em contradicção hoje com a *publicidade* do regime hypothecario da Lei n. 1237 de 24 de Setembro de 1864.

Cit. Regul. de 1869 Art. 6º n. 3º—Para o pagamento do impôsto o valôr dos bens transmittidos será, nas *compras e vendas*, o preço dos contractos; quer consista em dinheiro, quer em acções de companhias, ou titulos de divida publica.

Cit. Regul. de 1874 Art. 24 n. 3º—Repete a mesma disposição á cima do de 1869 Art. 6º n. 3º.

§ 1.º As arrematações, e adjudicações (124), sem exceptuar as vendas de embarcações condemnadas por innavegaveis (125) :

(124) Alv. de 3 de Junho de 1809 § 9º, Instrucc. do 1º de Setembro de 1836 Arts 1º e 3º, Ord. n. 47 de 21 de Março de 1848, Av. n. 135 de 12 de Abril de 1851. A siza deve ser paga com relação ao preço da adjudicação, e não da avaliação—Av. n. 235 de 26 de Setembro de 1851.

A novissima Lei hypothecaria Art. 13 § 12 tem isentado da siza as arrematações e adjudicações de immoveis para pagamento das sociedades de credito hypothecario.

3.ª ED.

Cit. Regul. de 1869 Art. 6º n. 4º— Para o pagamento do imposto o valôr dos bens transmittidos será, nas *arrematações e adjudicações*, o preço da arrematação ou da adjudicação.

Cit. Regul. de 1874 Art. 24 n. 4º :— A mesma disposição á cima do de 1869 Art. 6º n. 4º.

Sobre o segundo periodo da Not. *supra* da 2ª Ed. veja-se a Not. 132 ao Art. 596 *infra*.

(125) Ords. n. 98 de 30 de Novembro de 1843, e de 23 de Janeiro de 1855. Sem exceptuar as vendas de embarcações para serem desmanchadas—Av. de 17 de Outubro de 1856. Ou por apprehendidas como empregadas em trafico de Africanos—Av. n. 374 de 12 de Novembro de 1856. Ou por apprehendidas em contrabando, ou por incorrêrem em penas—Man. do Procur. dos Feitos § 553 n. 3º.

3.ª ED.

Cit. Regul. das Alfandegas de 1860 Art. 681— A embarcação, nacional ou estrangeira, ou seu casco, condemnada por *innavegavel*, ou reputada como inutilizada, e vendida com todas as suas pertenças, ou sem ellas, por junto ou em lotes, ainda que para ser desmanchada, está sujeita ao imposto : § Un. As embarcações estrangeiras em iguaes circumstancias unicamente ficarão sujeitas á direitos de consumo, quando antes da sua venda fôrem effectivamente desmanchadas, e as suas partes, pertenças, ou material vendido por junto ou em lotes.

§ 2.º As trocas de bens de raiz por outros bens de raiz, de que se-paga siza da differença dos valores permutados (126),

Av. n. 148 de 13 de Março de 1869 - As embarcações, cujo dominio se-transfere, ainda que por arrematação em hasta publica, para serem desmanchadas, e seja qual fôr a sua origem, nacionalidêde, denominação, lotação, ou emprego, estão sujeitas ao imposto da transmissão de propriedade.

Vigorão estas disposições, não havendo correlativa isenção do imposto, nem no Art. 4º do Regul. de 1869, nem no Art. 23 do Regul. de 1874.

(126) Lei de 31 de Outubro de 1835 Art. 9º § 9º, Instrucç. do 1º de Setembro de 1836 Art. 2º, Ordem n. 142 de 4 de Outubro de 1847, Av. n. 168 de 28 de Maio de 1851. Nas trocas de bens de raiz por bens moveis ou semoventes (ou de escravos por outros escravos), paga-se siza de cada um dos objectos trocados—Decis. de 16 de Janeiro de 1836.—Deve havêr avaliação judicial antes da escriptura, quando os contractantes não dêrem valor ás propriedades permutadas—Ord. n. 142 de 4 de Outubro de 1847. Supposto não se-pague siza, paga-se o sello proporcional do valor de cada um dos bens trocados.

3.ª ED.

Lei n. 1507 de 26 de Setembro de 1867 Art. 19 § 1º n. 3:—As permutações, quanto aos valores sujeitos ao sello proporcional, continuarão a pagar 1/10 %.

Cit. Regul. de 1869 Art. 6º n. 7º—Para o pagamento do imposto o valor dos bens transmittidos será, nas *permutações*:

De bens da mesma especie, o de um dos valores permutados, se fôrem iguaes; ou do maior delles, se o não fôrem:

De bens de diversa especie, o valor de cada um delles.

Cit. Regul. de 1874 Art. 16—Nas *permutações* de bens da mesma especie, em igualdade de valor, pagar-se-ha o imposto na proporção somente de um dos valores permutados:

§ 1.º Da differença dos valores entre bens da mesma especie, cobrar-se-ha a taxa estabelecida para os contractos de compra e venda:

§ 2.º Quando os bens permutados fôrem de diversa especie, cobrar-se-ha a taxa correspondente à especie e ao valor de cada um delles (Ord. de 16 de Janeiro de 1836).

ainda quando a troca sêja de bens situados no Imperio por outros situados em paizes estrangeiros (127):

§ 3.º As trocas de embarcações, de que se-paga siza do valôr de cada uma dellas, como se-fossem vendidas (128) :

§ 4.º As dações em pagamento, ou quando os devedôres, em consequencia de contractos de compra e venda, ou troca de bens de raiz, págão com generos, ou cousas, que representem moeda; ou quando págão, com bens de raiz, o que devião em dinheiro (129) :

Cit. Regul. de 1874 Art. 24 n. 7—Repetição em menos palavras, e com mais clareza, do Art. 16 á cima transcripto.

(127) Ord. n. 164 de 30 de Dezembro de 1848.

3.º ED.

Por outros situados em paizes estrangeiros :—Implicão estas palavras com os dois Regul. citados, porque o de 1869 Art. 5º n. 1, e o de 1874 Art. 14 n. 2º, obrigão ao imposto de transmissão somente os *immovéis situados no Imperio*. O caso pede uma solução particular. Se immovéis situados fóra do Imperio não estão sujeitos á legislação do Imperio, seu valôr não serve para o calculo do *quantum* do imposto de transmissão.

(128) Ords. n. 19 de 6 de Abril de 1843, e de 17 de Novembro de 1837.

3.º ED.

Cit. Regul. das Alfandegas de 1860 Art. 680 :—No caso de *permuta* o imposto recahirá sobre o preço de cada uma *embarcação* em separado.

Não vigorão estas disposições, do têxto e do Regul. das Alfandegas, porque as do Regul. de 1869 Art. 6º n. 7º, e de 1874 Arts. 16 e 24 n. 7º, são genericamente applicaveis á quaesquer casos de trocas, ou permutas, ou permutações, ou escambos.

(129) Alv. de 5 de Maio de 1814, Instrucç. do 1º de Setembro de 1836 Art. 4º—*dare in solutum est vendere*—. A primeira das hypotheses á cima é propriamente de compra e venda, ou de troca; mas não de—*datio in solutum*—, sujeita á siza. As vendas *a retro* da Ord. L. 4º T. 4º (Art. 551) tam-

§ 5.º As adjudicações de bens de raiz á testamenteiros e inventariantes para indemnisação de despêzas feitas com legados, e dividas passivas (130) :

bem págio siza pelo Cap. 40 dos Arts. das Siz. de 27 de Setembro de 1476.—Syst. dos Regim. 1º Vol. pag. 243. E quando se-resolvem por virtude deste pacto, transmittindo-se os bens novamente para o vendedor ?

Deve-se, porém, pagar nova siza, se o vendedor *a retro* remir no tempo convencionado, e voltarem os bens vendidos para seu dominio ? Diz o Man. do Procur. dos Feitos § 527 n. 6, que se-deve siza da *remissão*, passado o tempo de remir. Isto se-deve entendêr, quando effectivamente tivêr havido remissão. Se, passado o tempo de remir, o vendedor *a retro* não faz a remissão, a venda fica irrevogavel.

Deve-se pagar siza de transacções, ou amigaveis-composições, sobre bens de raiz, ficando uma das partes com o immovel sobre que questionava ?

Entendo que sim, se o immovel estava na posse da outra parte.

3.ª ED.

Cit. Regul. de 1869 Art. 6º n. 5º —Para o pagamento do imposto o valôr dos bens transmittidos será, nas *dações in solutum*, o da divida que fôr paga.

Cit. Regul. de 1874 Art. 24 n. 5º —Revoga a disposição á cima do de 1869 Art. 6º n. 5º, dizendo—será o dos bens dados em pagamento—.

Os casos aventados *supra* sobre as vendas *a retro* com referencia aos Arts. das Siz. de 27 de Setembro de 1476, não fôrao divididos pelos citados Reguls. do imposto de transmissão de propriedade, bem que no de 1869 se-veja transcripto em seguimento á Tabella o Cap. 6º § 4º desses Arts. das Sizas.

Reputo porém decidido o outro aventado caso de transacções sobre bens de raiz, porque entra na generalidade dos actos transmissivos de propriedade immovel.

(130) Ordem n. 104 do 1º de Outubro de 1846. Ahi se-põe em duvida, se o testamenteiro póde, ou não, havêr os bens do testador á este titulo de pagamento de despezas, em face do que dispõe a Ord. L. 1º T. 62 § 7º. (Art. 585 § 4º)

O mesmo se-dá nas adjudicações em inventarios para pagamento dos credores da herança, ainda que o credor seja o proprio herdeiro necessario—Av. n. 190 de 28 de Maio de 1857. Vid. Not. ao Art. 596 § 5°.

« Essa Ord. do 1° de Outubro de 1846 nada pôz em duvida (Rebouças Observ. á este Art.) etc., e della se-depreheende, que, se ao Thesouro competisse resolvêr, sua solução seria negativa em vista do § 7° da Ord. L. 1° L. 62. »

O caso é, que o Thesouro não resolveu a duvida, decidindo todavia, que a siza devêra ser paga. Era pois de meu devêr aproveitar essa decisão, já que ella fornece um caso de pagamento do imposto, materia de que trato. Quanto ao mais aceito as observações do Sr. Rebouças. Sem duvida, quando nas partilhas se-faz adjudicação de bens á testamenteiros e inventariantes para pagamento de dividas, legados, e despezas; taes bens não passam á ser de sua propriedade, e devem ser vendidos em hasta publica. Isto é o que acontece ordinariamente. É todavia possivel, sendo maiores todos os herdeiros, que convenhão em taes adjudicações, sem dependencia de serem vendidos em hasta publica os bens adjudicados. Tal convenção em nada repugna ao § 7° da Ord. L. 1° P. 62, quando os inventariantes não fôrem testamenteiros, ou quando fôrem coherdeiros, ou viavos meeiros. O Sr. Rebouças concede esta ultima hypothese, e ella tem por si a decisão do Av. n. 19 de 25 de Janeiro de 1854, que agora addiciono na Not. *infra* ao Art. 596 § 5°.

Tambem é possivel, sendo maiores todos os herdeiros, que convenhão com os credores da herança adjudicar-se-lhes na partilha bens para seu pagamento, sem dependencia de sêrem vendidos em hasta publica. Temos ahi dações *in solutum*, sujeitas ao pagamento da siza.

3.ª ED.

Cit. Regul. de 1874 Art. 19—Da adjudicação á herdeiros de qualquer especie, que tenham remido, ou se-obriguem á remir, dividas do casal, aliás da herança, ou para indemnisação de legados e despezas, é devido o imposto de transmissao correspondente á compra e venda : § Un. Este Art. é applicavel aos *conjuges meeiros*, sendo no caso de remissão de dividas deduzido o imposto da metade do valor dos bens adjudicados.

§ 6.º As adjudicações de bens de raiz lançados em partilha á Fazenda Provincial para pagamento da taxa de heranças e legados (131).

Art. 596. São isentos de siza (132) :

Desta disposição á cima do Regul. de 1874 Art. 19 só pertence ao texto do nosso Art. 595 § 5º a relativa aos *conjuges meeiros*. Se ella não exime os inventariantes, quando *conjuges meeiros*; não exime a *majoritate rationis* todos os outros inventariantes.

A disposição do § Un. no caso de remissão de dividas por conjuge sobrevivido meeiro, só considerou a *hypothese* mais frequente das dividas communs; omitindo a das dividas á cargo somente do conjuge fallecido, prevenida nos Arts. 115 e 116 *supra* Consolid., em que não cabe attendêr á metade do valor dos bens adjudicados. E não fôra mais intelligivel (*sic rite intelligo*), nesse caso do § Un., ter-se dito—*cobrado o imposto de metade do valor dos bens adjudicados*? *Deduzido o imposto*, diz esse § Un.; e póde-se entendêr pagamento em relação ao total valor dos bens adjudicados, mas á deduzir de metade desse valor. Teria sido tal a intenção regulamentaria?

(131) Av. n. 233 de 26 de Outubro de 1853. A Fazenda Provincial (se-diz) está obrigada á todos os impostos geraes, de que não é isenta expressamente por acto legislativo.

A Fazenda Provincial tambem não está isenta do pagamento da siza nas adjudicações de bens de raiz, que lhe fôrem feitas em execuções contra seus devedores—Av. n. 90 de 23 de Fevereiro de 1856, e Ord. n. 320 de 8 de Novembro de 1858.

3.ª ED.

Não vigora esta disposição do nosso Art. 595 § 6º, como não vigorão as Decisões citadas em sua Nota *supra*. Reguls. citados, de 1869 Art. 4º n.º 1º, e de 1874 Art. 23 n.º 1º: —São isentos do impôsto os actos translativos de bens *para as Provincias*.

(132) As rifas não autorisadas por lei não estão sujeitas á siza, mas, passando-se escriptura de venda do predio rifado, que tenha sahido em premio, a siza deve sêr paga, por não competir ás autoridades fiscaes conhecêr da nullidade dellas —Av. n. 143 de 14 de Abril de 1856.

§ 1.º As compras, que fizérem as Provincias, Camaras Municipaes, ou quaesquer Autoridades, de terrenos, ou predios, para obras, e estabelecimentos destinados á commodidade, decoraçãõ, e salubridade publica (133):

Não pagão meia siza: 1.º, a alforria de qualquer escravo, onerosa ou gratuita, qualquer que seja a fórma do acto, por que ella se effectue; 2.º, as compras de escravos feitas pela Fazenda Nacional. E comprehendem-se nesta isençãõ as compras, arrematações, e adjudicações, ou outros actos realisados com a clausula de ficarem libertos os escravos dêsde logo—Decr. n. 2699 de 28 de Novembro de 1860 Art. 1.º §§ 1.º e 2.º.

Antes dessa Dec., a Ord. de 13 de Novembro de 1833, e o Regul. n. 151 de 11 de Abril de 1842 Art. 15 § Un., tambem isentavãõ do imposto da meia siza as alforrias onerosas ou gratuitas.

3.ª ED.

Ord. n. 247 de 24 de Agosto de 1858 — Sobre a siza de um predio rifado.

Ord. n. 218 de 11 de Junho de 1866—Isenta da siza a transferencia de uma casa por um escravo á seu senhor em pagamento da liberdade.

Cit. Regul. de 1869 Art. 4.º — Serãõ mantidas as isenções até hoje decretadas: § Un. Enumera mais 7 casos de isençãõ do imposto.

Ord. n. 521 de 9 de Novembro de 1869 — As vendas de terrenos nacionaes devolutos não estãõ sujeitas ao pagamento de direitos de transmissãõ.

Cit. Regul. de 1874 Art. 23 — Enumera 16 casos de isençãõ do imposto nas transmissões *inter vivos*. O 15.º desses casos isenta a arremataçãõ e adjudicaçãõ de immoveis para pagamento de sociedades de credito real (Lei n. 1237 de 24 de Setembro de 1864 Art. 13 § 12, e Regul. n. 3471 de 3 de Junho de 1865 Art. 72). Vid. Not. 124 ao Art. 59, § 1.º.

Sobre a isençãõ do *Instituto dos surdos-mudos*, vejjão-se os Avs. n. 224 de 4 de Julho de 1874, e n. 358 de 12 de Outubro do mesmo anno.

(133) Lei n. 719 de 28 de Setembro de 1853 Art. 21. Esta Lei generalisou a isençãõ, que já existia pelo Art. 33 do Decr. n. 353 de 12 de Julho de 1845, de pagamento de siza nas desa-

propriações por utilidade publica geral, ou municipal, da Côrte. Antes della, e com o fundamento da distincção de bens e rendas geraes, provinciaes, e municipaes, observava-se o contrario ; e á tal respeito ha muitas Decisões do Govêrno—Ord. de 10 de Fevereiro de 1845, 28 de Setembro de 1847, 30 de Janeiro de 1851, e 15 de Março do mesmo anno. A desapropriação para incorporação nos Proprios Nacionaes nunca pagou siza, não porque nella não se dê verdadeira compra e venda, posto que forçada ; mas porque as cousas assim compradas o-são para a Fazenda Nacional, ficando porisso comprehendidas no Cap. 11 § 3º do Regim. das Sizas, que tem tido observancia—Av. n. 28 de 29 de Março de 1842, e n. 233 de 23 de Setembro de 1851. A Lei n. 776 de 6 de Setembro de 1854 declara em geral, que a Fazenda Provincial está isenta de pagar siza dos bens de raiz comprados, ou vendidos, por conta de seus Cofres. O Art. 38 n. 19 do Regul. do sêllo de 26 de Dezembro de 1860 tambem isenta do sêllo proporcional a desapropriação por utilidade, ou necessidade publica, promovida por conta do Estado, ou das Administrações Provinciaes, e pelas Camaras Municipaes.

3.ª ED.

Regul. de 1869 Art. 4º ns. 1º e 2º, de 1874 Art. 23 ns. 1º e 2º—São isentos do imposto os actos translativos de bens, e os de desapropriação, *para as Provincias, ou Municipios.*

Av. n. 187 de 6 de Junho de 1871—As compras de bens effectuadas pelas Camaras Municipaes para seu uso, ou serviço municipal, são isentas do imposto de transmissão de propriedade.

Ou quaesquer Autoridades (palavras do nosso têxto): Que *Autoridades* são essas, de que falla o Art. 21 da Lei n. 719 de 28 de Setembro de 1853, depois de fallar das compras feitas pelas Provincias, e Camaras Municipaes ? Certamente não são os *Emprezarios* do Decr. n. 353 de 12 de Julho de 1845 Art. 34, porque estes são *particulares* (individualmente ou em sociedade) arrematantes das obras das Provincias, e Camaras Municipaes. Entenda-se, para não ficarem inapplicaveis taes palavras, Autoridades do Govêrno Geral, pelas quaes possuem *obras geraes* sêr executadas. Podêr-se-ha entendêr, que são os Juizes Provedôres dos Residuos, e os de Direito em correição quanto ás *obras* dos Arts. 1127 § 3º, e 1128 *infra* Consolid. para cumprimento de *legados pios* ? Absolutamente não, por-

§ 2.º As compras de embarcações para serviço do Estado (134) :

§ 3.º As de barcos de vapor destinados para serviço das Companhias de Navegação existentes no Imperio, e autorisadas por Lei, ainda que taes barcos sejam côstruidos em paiz estrangeiro (135) :

que *obras pias* não entrão na classe das indicadas pela Lei n. 719 de 28 de Setembro de 1853 Art. 21. *Quid*, quando as compras de terrenos, ou predios, voluntarias, óu por desapropriação, fôrem feitas por emprezarios ou agentes de Companhias autorisadas por Lei ; *specialiter*, para construcção d'estradas de ferro, segundo a legislação citada ao Art. 66 § 5º *suprá* Consolid. ? Não são isentas do imposto de transmissão de propriedade, por argumento *a inclusione unius ad exclusionem alterius*; e não obstante o argumento *a identitate rationis*, ministrado pelo nosso Art. 596 § 3º, que isenta compras de barcos de vapor para serviço de Companhias autorisadas por Lei, isenção mantida pelos novissimos Reguls. de 1869 e 1874.

Regul. n. 4505 de 9 de Abril de 1870 Art. 10 n. 11— São isentos do *sello proporcional* os actos relativos á desapropriação por utilidade ou necessidade publica, por conta do Estado, das Administrações Provinciaes, ou das Camaras Municipaes:

Cit. Regul. n. 4505 Art. 15 n. 6º — São isentos do *sello fixo* processos de desapropriação por utilidade ou necessidade publica, promovidos por conta do Estado, ou das Administrações Provinciaes, e pelas Camaras Municipaes.

(134) Ord. n. 18 de 24 de Fevereiro de 1846.

3ª. ED.

Cit. Regul. das Alfandegas de 1860 Art. 671 § Un. n. 4.º — Exceptuão-se as transferencias das embarcações compradas por conta, e para serviço, do Estado.

Entra o nosso texto na generalidade do Regul. de 1869 Art. 4º n. 1º, e de 1874 Art. 23 n. 1º.—São isentos do imposto de transmissão actos translativos de bens para o Estado.

(135) Lei n. 243 de 30 de Nôvembro de 1841 Art. 27.

As de embarcações para uso da Colonia de D. Francisca em Santa Catharina—Decr. n. 537 de 15 de Maio de 1850. As de vapores para a Companhia do Amazonas—Decr. n. 1445 de 2 de Outubro de 1854, e Av. n. 137 de 5 de Abril de 1856.

§ 4.º As de embarcações sahidas dos estaleiros, que ainda não tivérem feito viagem (136)

3.º ED.

Cit. Regul. de 1869 Art. 4.º—Serão mantidas as isenções até hoje decretadas.

Decr. n. 174 de 31 de Maio de 1871—Manda restituir á uma Companhia de Navegação a importancia do imposto de transmissão, que lhe foi indevidamente cobrado.

Cit. Regul. de 1874 Art. 23 ns. 9 e 10—São isentas do imposto de transmissão:

As compras (n. 9) de barcas de vapor, ainda que construidas no estrangeiro, destinadas ao serviço de Companhias autorizadas por Lei, e existente; no Imperio (Lei n. 243 de 30 de Novembro de 1841 Art. 27):

As de quaesquer embarcações (n. 10), que por Lei especial gozarem de isenção.

(136) Lei n. 586 de 6 de Setembro de 1850 Art. 9.º.

E' applicavel a disposição desta Lei á todas as embarcações sahidas de estaleiros nacionaes, que ainda não tiverem feito viagem, quer sejam construidas por conta de subditos do Imperio, quer de estrangeiros—Av. n. 339 de 17 de Outubro de 1856.

3.º ED.

Cit. Regul. das Alfandegas de 1860 Art. 671 § Un. n. 3.º:

Exceptuão-se as transferencias das embarcações sahidas do estaleiro, que ainda não tiverem feito viagem (Lei n. 586 de 6 de Setembro de 1850).

Circ. n. 15 de 16 de Janeiro de 1864—As embarcações vendidas pela primeira vez, embora tenham feito mais de uma viagem, são isentas do imposto de transmissão.

Cit. Regul. de 1869 Art. 4.º—Serão mantidas as isenções até hoje decretadas.

Lei n. 2348 de 25 de Agosto de 1873 Art. 11 § 5.º n. 6.º — Isenção do imposto de transmissão de propriedade á primeira venda de embarcação construida em estaleiro nacional.

Cit. Regul. de 1874 Art. 23 n. 11—E' isenta do imposto de transmissão a primeira venda de embarcação construida em estaleiro nacional (Lei n. 2348 de 25 de Agosto de 1873 Art. 11 § 5.º n. 6.º)

3.ª ED.

Av. n. 406 de 29 de Agosto de 1862:— E' devida a siza dos bens de raiz adjudicados á herdeiros com obrigação de repõem á outros em dinheiro, *quando o objecto é partivel*; mas por accôrdo não se parte; e fica inteiro para um delles, fazendo este aos outros uma torna em dinheiro, por sêr isto uma perfeita venda *na forma do Cap. 6º § 4º dos Arts. das Sizas.*

« *Quando o objecto é partivel*: » Erronea distincção desse Av. de 1862, porque todos os objectos de valôr pecuniario são *partiveis*, e partidos (*partilhados*) são *divisiveis* ou *indivisiveis*. Nas partilhas ha uma *divisão ideal*, nas divisões uma *divisão real externa*. O Cap. 6º § 4º dos Arts. das Sizas, invocado nesse Av. de 1862, diz o contrario.

O Av. n. 331 de 17 de Novembro de 1870 tem na respectiva Collecção este summario:— O imposto de transmissão de propriedade não é devido no caso de *simples reposição entre coherdeiros*—. Houve engano neste summario. Tal Av. reserve para a Not. do Art. 756 *infra*, onde mostrarei o erro de sua decisão *contra producente*.

Cit. Regul. de 1874 Art. 23 n. 3º:— São isentas do imposto as tornas, ou reposições, *em dinheiro, pelo excesso de bens lançados d um herdeiro, ou socio*: excepto, *se os bens fôrem partiveis*, ou se houver concôrto para que uma das partes fique com bens de valôr superior ao seu quinhão, pagando-se nestes casos o imposto de compra e venda (Cap. 6º § 4º dos Arts. das Siz. de 27 de Setembro de 1476).

Este Cap. 6º § 4º dos Arts. das Siz. é o transcripto no fim do Regul. de 1869, como observei ao Art. 595 § 4º *supra* Consolid.

« *Em dinheiro*: »— explicação á cima do Regul. de 1874, mas escusada; porque essas tornas, ou reposições, sempre se-fazem com dinheiro :

« *Pelo excesso de bens lançados d um herdeiro*: »— outra explicação do mesmo Regul. de 1874, mas tambem escusada, porque sem tal excesso não houvera torna :

« *Ou socio*: »—veja-se a Not. ao Art. 756 *infra* Consolid. E nas partilhas entre conjuges divorciados com separação de bens, e nos casos de annullação de casamentos? Veja-se a Not. ao Art. 158 *supra* Consolid. Do imposto de transmissão em relação aos contractos matrimoniaes, veja-se a Not. ao

§ 7.º As permutações, com licença do Gevêrno, dos bens de raiz das Corporações de mão-morta por Apolices da Divida Publica, mas somente de metade da siza (139). *Sobre apolices da divida publica, o que segue N. 100*

Art. 88 *supra* Consolid. Do mesmo imposto em relação á contractos sociaes, veja-se a Not. ao Art. 742 *infra* Consol :

« Se os bens fôrem partiveis : » — e quaes os bens não partiveis, se as partilhas são feitas *em abstracto*; isto é, pela representação de numerario, á que prévias avaliações reduzem os bens? Não confunda-se *partilha* com *divisão*, casos diversos nas acções *familiae escircundae*, e *communis dividundo* (Corr. Tel. Dout. das Acç. §§ 146 e 275). Não se-tenha por não *partivel* o não *partivel sem dumno* da Ord. L. 4º T. 96 § 5º (Vid. Not. ao Art 1166 *infra* Consolid). Além de que, ao cobrar o impôsto nos casos de tornas entre herdeiros, estão feitas as partilhas; e o Podêr Executivo não pôde invalidal-as, ou não pôde recusal-as para cobrar o impôsto, antes deve respeitar a independencia do Podêr Judicial.

Av. n. 422 de 9 de Novembro de 1874 — Não é devido o imposto de transmissão dos bens, que um herdeiro recebeu de mais para tornar aos outros o v ilôr delles, conforme a partilha judicial; sem accôrdo, ou intervenção, dos interessados, quando vigorava o Regul. de 17 de Abril de 1869.

Estas ultimas palavras indicarãõ, que o Regul. de 1869 foi *in totum* revogado pelo de 1874, ou só *in parte relata*?

(139) Lei n. 369 de 18 de Setembro de 1845 Art. 44, e Decr. n. 655 de 28 de Novembro de 1849 Art. 1º. Vid., Art. 342.

3.ª ED.

Cit. Regul. de 1874 Art. 20 —O imposto de permutação de immoveis das Corporações de mão-morta por Apolices da Divida Publica será de metade, *sempre que o valôr se-realizar logo em Apolices* (Lei n. 369 de 18 de Setembro de 1845 Art. 44).

Sempre que o valôr se-realizar logo em Apolices :—additamento, que não vê-se na Lei n. 369 de 18 de Setembro de 1845 Art. 44, e sem razão, attingivel !

Se foi para impedir trocas de taes immoveis por Apolices á entregar depois (*hypothese rara em permutas, e para as Corporações de mão-morta virtualmente excluida*), além de *non erat hic locus*, falhou a intenção com effeito adverso. Por

Art. 600. Tanto nas Execuções particulares, como nas promovidas por parte da Fazenda Nacional; os arrematantes são sujeitos ao pagamento de metade da siza, ficando a outra metade á cargo dos executados (143)

Dá-se o mesmo na compra de terras devolutas — Av. n. 369 de 10 de Novembro de 1856. E o mesmo estabelece, quanto á compra de escravos pertencentes á Fazenda Nacional o Decr. de 28 de Novembro de 1860 Art. 2.º

3.ª ED.

A disposição deste Art. 599 é uma applicação da do Art. 598 nos casos, em que o vendedôr é o Estado; mas, combinada com o cit. Regul. de 1874, não dá o mesmo resultado de pagar o comprador o imposto por inteiro. Ao contrario nada paga, não procede o Art. 27 desse Regul.; rege sim o Art. 23 n. 1º, que isenta do imposto os actos translativos de *bens do Estado*. A isenção não é unicamente para o Estado transferente, é tambem para os adquirentes, já que o Regul. não distingue. Assim bem o entendeu, no caso de constituição de emphyteuse, o Av. n. 285 de 25 de Agosto de 1874 citado na Not. 2 ao Art. 606 Consolid.

(143) Ord. n. 137 de 16 de Novembro de 1846—Observa-se o disposto no Cap. 5º dos Arts. das Siz. Os arrematantes pagão toda a siza por si e pelos executados, descontando-se depois a metade destes na conta dos Autos.

3.ª ED.

Cit. Regul. de 1869 Art. 8.º—O imposto de transmissão será pago, nas arrematações, metade por conta do executado, e metade pelo arrematante.

Cit. Regul. de 1874 Art. 27 —A mesma disposição do de 1869 á cima art. 8º.

Nas execuções particulares, pois, esses Reguls. em nada mudarão o têxto do nosso Art. 600.

Não cabe a mesma interpretação, quando fôr arrematante a Fazenda exequente, em vista do Art. 23 n. 1º do Regul. de 1874, igual ao do Art. 4º n. 1º do de 1869.

Por identidade de razão, quando fôr arrematante a Fazenda Provincial, ou a Fazenda Municipal.

Art. 601. Quando os bens são adjudicados á Fazenda Nacional, recae somente nos executados metade da siza, sendo a outra metade por conta da mesma Fazenda (144).

Art. 602. A restituição da siza paga só tem logar nos dois seguintes casos :

§ 1.º De mostrar-se com toda a evidencia, que o contracto de compra e venda, ou a arrematação, não chegou á effectuar-se, e que o comprador não entrou na posse da cousa comprada (145) :

(144) Decr. n. 663 de 24 de Dezembro de 1849.

O mesmo determina, quanto ás adjudicações de escravos á Fazenda Nacional nas Execuções Fiscaes, o Decr. de 28 de Novembro de 1860 Art. 2º

3.ª ED.

Cit. Regul. de 1869 Art. 8.º—O imposto de transmissão será pago, *nas adjudicações*, metade por conta do executado, e metade pelo adjudicatorio.

Cit. Regul. de 1874 Art. 27—A mesma disposição á cima do de 1869 Art. 8º.

A interpretação da Not. 143 ao Art. 600, quando a Fazenda Nacional, Provincial, ou Municipal, arremata os bens; procede agora sem differença, quando ellas forem adjudicatarias.

(145) Ord. n. 118 de 8 de Novembro de 1838, n. 200 de 29 de Agosto de 1853. Restituições de sizas por não se-ter verificado o contracto—Ord. de 22 de Setembro de 1834, de 26 de Agosto, e 30 de Setembro, de 1837; de 24 de Julho, e 8 de Junho, de 1838; de 7 e de 12 de Fevereiro de 1839. Dis- tratando-se amigavelmente as vendas, ou trocas, pagão-se novas sizas—Ord. de 23 de Julho de 1834, e n. 40 de 4 de Fevereiro de 1853.

3.ª ED.

Cit. Regul. de 1869 Art. 14 n. 1º, e de 1874 Art. 34 n. 1º —O imposto de transmissão, *quando devidamente cobrado*, não poderá sê: restituido; salvo quando o contracto, ou acto, de que se-tivér pago o imposto, não se-effectuar.

Art. 604. Além de restituir o preço ao comprador, quando este engeitar a coisa immovel comprada nos termos dos Arts. 557, e 558; o vendedor também restituirá a siza, que o comprador tivér pago (148).

CAPITULO VI

Do aforamento

Art. 605. A escriptura publica é essencial nos contractos de aforamento de bens ecclesiasticos (1). (Art. 367 § 2°)

de 17 de Março de 1860, approvado pelo Art. 12 § 10 da Lei de 27 de Setembro do mesmo anno. Nos casos de restituição do imposto se-observarãõ as régras estabelecidas pela legislação em vigor á respeito da restituição da siza dos bens de raiz—Regul. de 28 de Novembro de 1860 Art. 9°.

3.ª ED.

O cit. Regul. de 1874 Art. 34 § 2° revogou este Art. 603 *supra*. No § 1° desse Art. 34 repetio o disposto no Regul. de 1869 Art. 14 § Un.. Eis a integra dos dois paragraphos :

§ 1.º As reclamações devem sêr intentadas dentro do prazo de cinco annos, interrompendo-se porém a prescripção pelas questões judiciais, que sôbrevierem : (Vid. Not. ao Art. 870 *infra*)

§ 2.º A decisão é da exclusiva competencia da Autoridade Administrativa.

(148) Ord. L. 4º T. 17 § 6º.

Está Ord. trata da acção redhibitoria, por compra de escravos ladinos, porém a razão é a mesma nos casos de acção redhibitoria por compra de bens de raiz.

(1). Ord. L. 4º T. 19 princ. Já se-disse, que na pratica a escriptura publica reputa-se essencial de todos os contractos de aforamento. Tambem se-póde constituir aforamento por testamento, do que dá idéa o § 8º da Ord. L. 4º T. 37. Vid. Not. ao Art. 367 § 2º.

O contracto de aforamento ou emphyteutico é *bilateral perfeito, sempre oneroso, e consensual*. É contracto puramente *civil*, cujas questões são da exclusiva competencia do Juizo

Art. 606. Os verdadeiros contractos emphyteuticos são aquelles, em que se-emprazão terrenos para edificação de casas, ou terras incultas para trabalhos de lavoura e plantações (2).

Civil. Nunca é *commercial*, porque sempre recae sobre immoveis. Só as cousas moveis são objecto do commercio. Como o aforamento pôde resultar de contracto, ou de disposição de ultima vontade, e d'elle deriva um — *ius in re aliena* —, com seus effeitos continuos; este Capitulo do aforamento estaria melhor no Livro 2º da Obra, que trata dos direitos reaes.

3.ª ED.

Nos aforamentos em Portugal costuma-se inserir a *vedoria* ou *apegação*, isto é, a medição e confrontação dos immoveis aforados. São termos, de que ninguem usa no Brazil, pôsto que as escripturas de aforamento contenhão as respectivas medições e confrontações, ou á ellas se-refirã; assim como não se-usa do termo — *investidura* —, que veio dos feudos, indicando o titulo originario do aforamento.

O contracto de aforamento (*contractus emphyteuticarius*) é— o contracto *por excellencia*,—o contracto *individual*. *Por excellencia*, porque só recae sobre *immoveis*; distinguindo-os por classe de bens. *Individual*, porque o Estado só o-faz, como se-fôra individuo, despido de sua soberania, e com effeitos só justicaveis pelo Podér Judicial.—Vid. o Av. n. 44 de 26 de Janeiro de 1867, citado ao Art. 40 Not. 52 *supra*.

Quando *perpetuo*, o aforamento coaduna o *prazo* com a *perpetuidade*.

O emphyteuta não pôde sêr demandado pelo senhorio para exhibir o instrumento do prazo—Corr. Tell. Doutr. das Acç. § 237.

(2) Lei de 4 de Julho de 1776. Esta Lei teve por fim cohibir o abuso das forçadas reduções dos fóros á pretexto de lesão enormissima. Para Portugal foi de graves consequências, não para o Brazil. Não aconteceu assim com o Alv. de 10 de Abril de 1821, que para os terrenos, em que está situada a Cidade do Rio de Janeiro, foi de grande influencia, regulando ainda hoje muitas questões. Todos os aforamentos desses terrenos forão reduzidos á perpetuos, e como taes se-mandou reputar e julgar todas as sub-emphyteuticações,

licio (6). O perpetuo é hereditario (7), ou familiar (8). O vitalicio é de nomeação livre, ou restricta (9).

Art. 610. Não podem sêr aforados :

§ 1.º Os *Proprios Nacionaes*, sem autorisação da Assembléa Geral (10) : (Art. 59)

(6) Ord. L. 1º T. 62 § 46—*se aforaraõ em três pessoas*—, Ord. L. 4º T. 41—*em certus pessoas*—; T. 36 e 37, T. 97 §§ 22 á 25, Alv. de 3 de Novembro de 1757—*em viduas*—. Não existem entre nós estes aforamentos.

(7) Ord. L. 4º T. 36 § 7º, e T. 96 §§ 23 e 24.

(8) Ord. L. 4º T. 96 § 24. Vid. Art. 113 § 1º. Também não usamos de taes aforamentos, que chamavão-se—*prazos familiares*—.

(9) Cit. Ord. L. 4º T. 36, e T. 37; Alv. de 12 de Maio de 1769—*ou sejam familiares, ou de livre nomeação*—. Os prazos de nomeação restricta classificavão-se em—*familiares puros, e familiares mixtos*—.

(10) Alv. de 23 de Maio de 1775 § 19, combinado com o Art. 15 § 15 da Constit. do Imp. ; Off. de 15 de Novembro de 1832. Aforão-se unicamente os terrenos de marinhas, pela autorisação da Lei de 15 de Novembro de 1831 Art. 51 § 14; e chãos encravados, ou adjacentes ás Povoações, que sirvão para edificação—Lei de 12 de Outubro de 1833 Art. 3º. Esses aforamentos são perpetuos.—Cit. Lei *ibidem*, e Av. de 25 de Agosto de 1837. Os aforamentos das marinhas no Municipio da Côrte pertencem á respectiva Camara—Lei de 3 de Outubro de 1834 Art. 37 § 2º. Só se-lhe-deu direito aos fóros, e não aos laudemios (Off. de 8 de Abril de 1835, Av. de 2 de Maio de 1837), o que cessou pela Port. de 5 de Agosto de 1839

3.º ED.

Tambem aforão-se terrenos de extinctos aldeamentos de Indios, que se-tenhão incorporado nos *Proprios Nacionaes* (Not. ao art. 59 *supra*), como indica o Av. n. 285 de 25 de Agosto de 1874 já citado ao Art. 605 *supra*, declarando o valor do sêllo proporcional dos respectivos titulos de aforamento. Quando esse Av. diz—*terrenos devolutos*—, não se-entende a devolução no sentido do Art. 53 *supra*; mas no sentido de não estarem occupados os terrenos, e de podêrem portanto sêr devolvidos ao dominio do Estado.

§ 2.º Os *bens municipaes*, sem autorisação das respectivas Assembléas das Provincias (11), e na Côrte sem autorisação do Govêrno (12). (Art. 61)

Art. 611. Os bens de Capellas, Hospitaes, Confrarias, e Irmandades, só podem ser aforados em hasta publica á quem mais dêr, precedendo editaes, e pregões por vinte dias. Serão nullos os aforamentos feitos de outro modo (13).

Não sei por qual lei julgou-se autorizado o Govêrno para aforar terrenos dos extinctos aldeamentos dos Indios. Será pela Lei n. 317 de 21 de Outubro de 1843 Art. 2º § 21, que o-autorisou á dar regulamentos ás Missões?

N. B. O Govêrno foi autorisação para taes aforamentos pela Lei n. 1114 de 27 de Setembro de 1860 Art. 11 § 8º, o qual diz: —Para *aforar*, (ou *vender*), na conformidade da Lei de 18 de Setembro de 1850, os terrenos pertencentes ás antigas Missões e Aldeias dos Indios, *que estiverem abandonados*; cedendo todavia a parte, que julgar sufficiente para a cultura dos que nelles ainda permanecêrem, e os-requerêrem. Vid. Not. 99 ao Art. 586 § 1º *supra*. O Av. n. 405 de 18 de Novembro de 1860 autorisa-se com essa Lei de 27 de Setembro de 1860 Art. 11 § 8º em relação aos titulos de aforamento de terrenos pertencentes ao extincto aldeamento dos Indios de S. Lourenço em Nitherohy.

(11) Lei de 22 de Setembro de 1828 Art. 2º § 10, e do 1º de Outubro de 1828 Art. 42, em harmonia com o Acto Adicional. Sobre aforamentos dos —*bens do Conselho*—existe uma longa serie de Leis, á começar do § 17 da Ord. L. 1º T. 66. Não ordenando a Lei, que os aforamentos se-fação em publico á quem mais dêr, como dispõe á respeito das vendas e arrendamentos; e sendo antes muito conveniente que, para os que se-acharem de posse sem titulo de aforamento, se-estabeleça um preço certo e razoavel com attenção ás circumstancias do tempo, e dos logares, assim se-deve observar.—Av. de 29 de Março de 1830.

(12) Lei de 26 de Maio de 1840, Arts. 23 e 24. Existem na Collecção os Orçamentos respectivos, approvados pelo Govêrno.

(13) Ord. L. 1º T. 62 § 45. As distincções do § 46 desta Ord. não são applicaveis ao Brazil. Tambem não nos-é applicavel a Ord. L. 4º T. 41 sobre a nullidade dos aforamentos

§ 4.º Os que tivérem dado de arrendamento, no todo, ou em parte, terrenos de marinha, que possuão na supposição de fazêrem parte de suas propriedades, em concorrência com os arrendatarios desses terrenos; ainda que estes já tenham edificado, ou aproveitado de qualquer maneira os terrenos arrendados (22)

§ 5.º Os que tivérem dado de aforamento os mesmos terrenos por se-julgarem delles senhores directos, em concorrência com os foreiros, ainda que estes tenham bemfeitorias valiosas (23) :

§ 6.º Quanto á terrenos de marinha não occupados, quem primeiro os-tivér requerido, caso tenha probabilidade de aproveitá-los (24) :

§ 7.º Na falta de precedencia de requerimento, o que melhor, e em menor espaço de tempo, poder, e se-obrigar á aproveitá-los em utilidade publica, e da Fazenda Nacional (25):

§ 8.º Sendo possível divisão commoda, os pretendentes uns aos outros conforme as regras á cima estabelecidas (26).

Art. 614. As obrigações do foreiro consistem :

§ 1.º No pagamento do fôro em tempo devido, segundo os termos do contracto (27) :

(22) Circ. de 30 de Janeiro de 1836, Ord. n. 173 de 31 de Maio de 1851, n. 256 de 15 de Novembro de 1852, e n. 226 de 19 de Outubro de 1853.

(23) Port. de 17 de Maio de 1836, e Ord. n. 173 de 31 de Maio de 1851.

(24) Circ. de 20 de Agosto de 1835.

(25) Circ. de 20 de Agosto de 1835.

(26) Cit. Circ. de 20 de Agosto de 1835.

(27) Ord. L. 1º T. 62 § 47, L. 4º T. 36 § 5º, e T. 39. A disposição da Ord. L. 4º T. 40, que prohibia aforar casas, ou chãos para reedificar, pelo fôro de pão, azeite, etc.; mas só por dinheiro, e aves; não nos-diz respeito. Temia-se, que os

§ 2.º Em não alienar o dominio útil da cousa aforada sem consentimento do senhorio, ou a alienação se-faça por titulo

moradores das Cidades, não tendo os referidos fructos, fossem omissoes no pagamento do fôro, e commettêssem fraudes, que punia a Ord. L. 5º T. 65. Esta mesma razão dictou a providencia da Ord. L. 4º T. 68. As pensões dos nossos aforamentos perpetuos são todas de dinheiro.

3.º ED.

Antigamente, como prova a cit. Ord. L. 4º T. 40, o fôro podia não consistir em dinheiro, com os nomes de—*pensão*,—*canon* (ou *canon emphyteutico*), como se exprimisse uma regra de Direito Canonico. Actualmente entre nós o fôro só é pagavel em dinheiro, e portanto litterariamente representado, quando o dinheiro é de papel.

Luctuosa—prestação extraordinaria, juntamente com o fôro, que pagava-se ao senhorio nas renovações de antigos prazos pela morte de cada uma das vidas, nunca pagou-se no Brazil, onde todos os aforamentos são perpetuos sem dependencia de renovações.

Banalidades,—*direitos banaes*,—*serviços pessoases*, tambem nunca houverão no Brazil (resquicios feudaes), para que necessidade tivessesmos, como em Portugal, de os-abolir. Em trôco, tivemos a escravidão dos *Indios*, e temos ainda o resto da escravidão dos *Negros*.

Ração—era o nome do fôro, quando quota indeterminada. « O foreiro (DIREITO Rev. Ann. 2º 1874 pags. 1ª e 2ª) tem á respeito do subemphyteuta os mesmos direitos, que pertencem ao senhorio? »

Nesta generalidade, o quesito deve sêr resolvido affirmativamente; e, se não fôra, negar-se-hia a legalidade da *subemphyteuse*, que aliás está recentemente reconhecida no Regul. n. 4355 de 17 de Abril de 1869 Art. 3º n. 7º, Art. 6º n. 6º; e no de n. 5581 de 31 de Março de 1874 Art. 14 n. 7º, Art. 23 n. 5º, sobre o imposto de transmissão de propriedade. Se porém, na solução do quesito (como parece), teve-se em vista o direito de cobrar fóros por via executiva; eu o-nego ao senhorio, e consequentemente o-nego ao foreiro subemphyteicante.

oneroso ou gratuito, ou se-trate de venda voluntaria, ou necessaria por execução de sentença (28). (Arts. 94, e 582 § 3.º)

(28) Ord. L. 1º T. 62 § 48, L. 3º T. 93 § 3º, L. 4º T. 11 § 3º, e T. 38 princ. Vid. Port. de 22 de Março de 1838. Está em uso incorporar-se nas escripturas as licenças dos senhorios, e recibos dos laudemios, *ad instar* do que se-practica com as sizas. Generalisou-se o que antigamente era especial privilegio de algumas Corporações, como se-pód: vêr na Lei de 22 de Dezembro de 1747, e em outras, que cita Lobão Dir. Emphyt. § 859.

Quanto aos bens foreiros á Camara Municipal desta Côrte, nenhum Tabellião lavra as escripturas sem fazer menção dos respectivos Alvarás de licença, que lanção em seus Livros de registros, portando por fé terem sido pagos os fóros e laudemios, como dos mesmos Alvarás consta. Estes Alvarás são archivados nos Cartorios, ficando as partes com o conhecimento do pagamento dos laudemios, e com o outro do que pagarão pela expedição de licença e sellos.

É necessario consentimento do senhorio directo, para que o emphyteuta possa subemphyteutar—Repert. das Ord's. T. 2º pag. 550. Se o subemphyteuta quizer alienar o dominio util, deve pedir licença ao senhorio directo, e pagar laudemio, e não ao emphyteuta—Cit. Repert. pags. 555 e 573.

Quanto á venda necessaria, segui a letra da Ord. L. 3º T. 93 § 3º, não obstante a contraria doutrina de Mell. Freir. L. 3º T. 11 § 14.

« O dominio util dos bens emphyteuticos (Art. 2º § 1º da novissima Lei hypothecaria) póde sêr objecto de hypotheca independente de licença do senhorio, o qual não perde, no caso de alienação, o direito de opção. »

3.ª ED.

Circ. n. 498 de 31 de Outubro de 1861— Por occasião de arrematações de terrenos de marinha, e de outros bens foreiros á Fazenda Nacional, os Escrivães não passem certidões, sem que o arrematante mostre, que foi obtida do Govêrno a licença para alienação do aforamento; assim como nas Justicças de primeira Instancia declare-se, que taes bens são foreiros á mesma Fazenda.

Art. 615. Cessa a obrigação de pagar o fôro, se o immovel aforado se-extinguir, ou inutilisar (29).

Art. 616. No caso de venda, ou troca, o foreiro deve primeiro notificar-a ao senhorio, declarando-lhe o preço, ou a cousa permutada; e ao senhorio compete o direito de preferir, tanto por tanto, á qualquer outro adquirente (30).

(29) Alv. de 21 de Janeiro de 1766, cuja disposição, supposto relativa á ruina dos prazos por occasião do terremoto de 1755, deriva de uma razão geral, que a doutrina tem canonicado — *res perit tota liberatur emphyteuta* —. Para escusa da solução os Praxistas tambem applicão a Ord. L. 4º T. 27, que trata da esterilidade por casos fortuitos, mas esta Ord. refere-se aos arrendamentos — Vid. Art. 657.

3.ª ED.

A *evicção* do immovel aforado equivale á *extincção* d'elle. O senhor directo (Per. e Souz. Linh. Civ. Not. 173) póde *assistir* ao emphyteuta demandado pela reivindicção. E' outro caso de *auloria*, e *assistencia*, como no do Art. 576 *supra*. Vid. Not. á esse Art. 576, e Alm. e Souz. Dir. Emphyt. §§ 1285, 1286, e 1287.

(30) Ord. L. 4º T. 11 § 3º, e T. 38 *princ*. A notificação judicial só é precisa, se o senhorio extrajudicialmente avisado se-porta com inacção; e não quer optar, nem prestar seu consentimento. Qual a marcha pratica em taes casos, veja-se Lob. Dir. Emphyt. §§ 929 e seguintes.

Declarado o preço ao senhorio, e querendo elle exercêr seu direito de opção por esse preço declarado, podem os contraentes arrependêr-se da compra e venda? Resolve-se negativamente no Repert. das Ords. T. 1º pag. 228, e T. 2º pag. 556. Não se-póde, porém conciliar esta solução com a faculdade de arrependimento, que sempre tem as partes antes da assignatura da escriptura de venda. Não havendo venda, não sei em que se-offende o direito do senhorio directo.

3.ª ED.

O direito de preferir o senhorio tanto por tanto á qualquer outro adquirente é um — *jus protimeseos* — (Art. 554 Not. *supra*) constituído pela Lei, ou subentendido nos aforamentos. Tem o nome de — *direito de opção*, — *direito de prelação*.

Art. 617. Concede-se ao senhorio trinta dias para deliberar, e exercêr seu *direito de opção*. Não deliberando, ou não satisfazendo o preço no referido prazo, fica livre ao foreiro vendêr a cousa á quem quizer (31).

(31) Ord. L. 4^o T. 38 *princ.* Só tem logar a vendá do immovel aforado em sua integridade, não sendo licito dividir o prazo — Ord. L. 4^o T. 36 § 7^o, T. 96 § 23, Alv. de 6 de Março de 1669 (Arts. 112, e 1186).

Deliberando o senhorio directo pela alienação do prazo, e dando a licença, póde sêr realisada a alienação ainda antes de terminar-se o prazo de trinta dias. Poderá porém o senhorio dentro deste prazo variar de vontade? Creio que não.

Quanto á terrenos de marinha, o Av. n. 19 de 11 de Janeiro de 1856 declara, que podem sêr alienados em parte, uma vêz que os foreiros paguem um fôro proporcional á parte com que ficarem, visto que o direito dos senhorios directos é renunciavel. O Av. n. 324 de 3 de Outubro do mesmo anno suppõe essas transferencias parciaes do dominio util de terrenos de marinha, mandando lavrar novos termos de aforamento, e expedir-se os necessarios titulos, sem todavia impôr-se aos novos foreiros condições diversas das dos anteriôres aforamentos. A divisibilidade dos terrenos de marinha tambem é reconhecida na Circ. n. 288 de 8 de Outubro de 1859, a qual declara, que só foi este o fim dos citados Avisos de 11 de Janeiro, e 3 de Outubro, de 1856; e não relevar os foreiros da pena de commissio, quando alienão sem consentimento os terrenos de marinha no todo ou em parte.

3.^a BD.

Dividido o prazo por consentimento do senhorio (*glebas*) nenhum dos consortes fica responsavel pela totalidade do fôro, e o senhorio receberá delles suas respectivas quotas. Dividido o prazo sem consentimento do senhorio, ou por consentimento com protesto de não dividir-se o fôro; os consortes podem ser obrigados pelo senhorio á nomear um — *cabecel* —, ou — *cabeça* —, que pelo fôro responda integralmente, cobrando dos outros suas partes. Este, em compensação, tem o *direito de opção*, se o senhorio não quizer exercê-lo. Antiga-mente o *cabecel do prazo* chamava-se *peçoeiro*, — *cabedaleiro*, *cabedeleiro*; e o direito de sêr *cabecel do prazo* chamava-se — *peçoadego*, *peçoadigo*.

Art. 618. Não optando o senhorio, compete-lhe mais o direito de recebêr o laudemio de dois e meio por cento do valor da venda, ou alienação, se no contracto de aforamento não se tivér estipulado outro laudemio (32).

Art. 619. O laudemio será pago nos casos de venda, ou troca, tanto do valôr do terreno aforado, como do valôr das suas bemfeitorias (33).

Art. 620. Na troca de uma propriedade foreira por outra da mesma natureza deve-se pagar laudemio de ambas, quer ellas tenham igual valôr, quer uma valha mais que outra (34).

(32) Ord. L. 1º T. 62 § 48, e L. 4º T. 38 princ.— *pagará ao senhorio a quarentena* (de quarenta um), *ou o conteúdo em seu contracto*—As licenças para venda, troca, ou traspasso, de propriedades foreiras á Fazenda pagão sello fixo—Decis. n. 60 de 25 de Junho de 1850. Nas vendas paga-se, além do laudemio, a competente siza, e nas doações excedentes à taxa legal da insinuação paga-se os 4 % da Tabella de 1841, que substituiu a de 1838—Ord. de 28 de Março de 1840, e Decis. n. 251 de 19 de Novembro de 1853.

Deve-se laudemio, ainda que a venda seja feita com o pacto de retro. Devêr-se-ha porém, se o vendedôr a remir?

Quanto á laudemios de terrenos de marinha — Lei n. 60 de 20 de Outubro de 1838 Art. 9º § 27, e Ord. n. 193 de 12 de Julho de 1851.

3.ª ED.

Antigamente *laudemio* ou *quarentena* chamava-se—*terradego*.— Ao Conego da Sé de Coimbra, cobradôr dos *terradegos* ou *laudemios* pertencentes ao Cabido, chamava-se—*terradegueiro*—. *Laudemio* vem—*a laudando*— (Coelh. da Roch. Dir. Civ. § 552).

(33) Ord. de 28 de Março de 1840, e Decr. n. 467 de 23 de Agosto de 1846, que firmou a jurisprudencia á tal respeito, attendendo á indistincta disposição da Ord. L. 4º T. 38 princ.

(34) Av. n. 60 de 25 de Junho de 1850. Assim entendeu-se a Ord. L. 4º T. 38, não tendo lugar o argumento da siza para o laudemio. Vid. Art. 595 § 2º.

Art. 621. A obrigação de pagar laudemio pertence ao vendêdor da propriedade foreira, e não ao comprador ; e, na falta de pagamento, só o vendêdor omisso pôde sêr demandado (35).

Art. 622. Pela alienação do immovel aforado por titulo de doação, ou dote, não se-deve laudemio ao senhorio (36) ; e do mesmo modo nos casos de reposições, ou tornas, em partilhas (37). (Art. 94)

Art. 623. As Corporações de mão-morta tem direito aos laudemios, como os outros senhorios, mas não podem exercêr o-direito de opção (38).

Art. 624. Permite-se entretanto, que qualquer dos individuos, que compoem as-Corporações do Clero Secular, possam optar para si os bens foreiros á ellas pertencentes (39).

(35) Ord. L. 1º T. 62 § 48, L. 4º T. 38 princ., Decr. n. 656 de 5 de Dezembro de 1849.

Em contrario ao Direito Romano, que impõe ao comprador a obrigação de pagar o laudemio, por mais que se-molestassem alguns intrepreses.

(36) Ord. L. 4º T. 38 princ. A Ord. de 28 de Março de 1840, quanto ás doações de terrenos de marinha, estabeleceu o mesmo.

Tem-se limitado esta disposição ao caso, em que o dote fôr estimado; caso, em que se-suppõe uma venda feita ao marido. Ora, no dote não estimado, se não ha venda feita ao marido ; dá-se alienação dos bens, que o dotador faz á molhér dotada.

(37) Alv. de 14 de Dezembro de 1775 § 9º.

(38) Lei de 4 de Julho de 1768. Está pois derogada a Ord. L. 1º T. 62 § 48, que dava ás Confrarias, etc., o direito de optar.

(39) Cit. Lei de 4 de Julho de 1768 *in fin.* A condição—*comtanto que, em sua vida, ou por suas mortes, passem á pessoas leigas*—está derogada, como se pôde vêr nos Arts. 71 e 72.

Art. 625. Compete igualmente ao senhorio o direito de consolidar o *dominio util* com o *directo*, quando o foreiro incorre na pena de commisso (40).

(40) Ord. L. 4 T. 38 § 1º, e T. 39. Verificando-se a consolidação, o senhorio deve pagar o valor das bemfeitorias—Lobão Dir. Emphyt. §§ 610 á 613.

3.ª ED.

Sobre a liquidação do preço, do *dominio directo*, e *dominio util* (bens emphyteuticos), para pagamento do imposto de transmissão de propriedade—Regul. n. 4355 de 17 de Abril de 1869 Art. 7º ns. 2º e 3º, e n. 5581 de 31 de Março de 1874 Art. 25 ns. 3º e 4º. Vid. Not. ao Art. 62 *supra*.

« Dada a consolidação por commisso (*Direito Rev. Ann.* 2º—1874—pag. 697), e ao mesmo tempo o adimplemento de uma hypotheca sobre terreno, deve o credor hypothecario sêr preferido ao senhorio? »

Nada menos razoavel, que a resolução affirmativa desta questão, se de questão lhe cabe o nome! Não tem sombra de procedencia todas as razões allegadas para sustental-a!

Não a 1ª razão, porque, se a Lei n. 1237 de 24 de Setembro de 1864 Art. 2º § 1º salvou o direito de opção, que ao senhorio compete; salvou assim expressamente o direito de consolidação por esta causa, e virtualmente o direito de consolidação por qualquer outra causa juridica, qual a do commisso. Nesta reserva, a Lei hypothecaria foi meramente declaratoria, mencionando o *caso ordinario* da consolidação por opção; sem que tencionasse, e tencionar podesse, excluir o *caso extraordinario* de consolidação por commisso. Não cabe aqui interpretar com o *nec distinguere debemus*, mas com a *eadem ratio eadem dispositio*:

Não a 2ª, porque as palavras da citada Lei hypothecaria Art. 10—*qualquer que seja a pessoa em cujo poder se acharem*—dando *direito de sequela* ao credôr hypothecario, presuppõe fundamentalmente o dominio do hypothecante, tal qual seja esse dominio; verdadeiro ou putativo, pleno ou semi-pleno, irresoluvel ou resoluvel, directo ou util; e *cessante causa cessat effectus*,—*resoluto jure concedentis, resolvitur jus concessum*—. A hypotheca de dominio util não é de dominio directo para que possa tiral-o á quem o-tem. A hypotheca não dá,

nem tira, dominio. Se a *transcrição* (Art. 8º § 4º da cit. Lei hypothecaria) não induz prova de dominio, se este fica salvo á quem fôr; muito menos a inscripção hypothecaria induz prova do dominio do hypothecante no immovel hypothecado; o dominio desse immovel, inteiro ou desmembrado, fica salvo á quem de direito.

Não a 3ª, porque o extremo caso opposto ao do *consentimento presumido* ou *tacito* em materia de contractos é aquelle, em que a escriptura publica, como na convencional hypotheca (Not. ao Art. 1279 Consolid.), é da substancia do contracto; e ainda mais, se o dominio util póde ser hypothecado *sem licença do senhorio* (Not. ao Art. 614 § 2º Consolid.), como ao inverso suppôr, que *sem licença do senhorio é presumida licença do senhorio*? Como applicar ao senhorio a remissão da Lei hypothecaria, se o senhorio não é adquirente novo exercendo seu direito de commisso, mas adquirente velho consolidante?

Não a 4ª, e ultima razão, porque a omissão do Art. 11 da Lei hypothecaria sobre os casos de *extincção da hypotheca* nada prova para este contravertido caso de commisso fundamentalmente subentendido. Tal omissão, ou silencio, suppre-se em bõa logica com o § 2º desse Art. 11 da Lei hypothecaria; porquanto a destruição da cousa hypothecada, com direito ao preço da indemnisação do seguro, está na mesma razão da perda do dominio util por commisso, com direito salvo ao *preço da opção*, ou ao valôr da indemnisação das bemfeitorias (Art. 616, e Not. ao Art. 625 Consolid.) Se o dominio superveniente do hypothecante (Art. 2º § 6º da Lei hypothecaria) revalida a hypotheca, em bõa fé contrahida; a superveniente opção, o superveniente commisso, invalidão a hypotheca, tambem contrahida em bõa fé. Convergem tambem para esclarecêr o caso os Arts. 142 §§ 5º e 6º, e 143 § 2º, do Regul. Hypothec. de 1865. Vid. Not. ao Art. 1273 Consolid.

Vid. Not. ao Art. 62 *supra*, e 915 *infra*.

A *consolidação* indica, que o *dominio util* e o *dominio directo* ficão solidos, volvendo o immovel para seu verdadeiro dono, ou seu herdeiro. Impropriamente se diz, que o *usufructo* extingue-se pela *consolidação*, reunindo-se sobre a mesma cabeça as duas qualidades de usufructuario e de proprietario. Devêra-se dizêr, que o usufructo extingue-se pela *confusão*, como demonstrão varias Juristas Franceses, á que refere-se Demolombe Usuf. ns. 682 á 688. Havendo uma simples relação creditoria entre o usufructuario e o nú-proprietario, certa-

Art. 626. Incorre o foreiro em commisso .

§ 1.º Se deixou de pagar o fóro três annos consecutivos, sendo secular o prazo (41); e dois annos, sendo ecclesiastico (42):

§ 2.º Se vendeu, ou alienou, o prazo sem consentimento do senhorio (43).

Art. 627. A venda, ou alienação, que o foreiro fizer sem consentimento do senhorio, será nulla (44). (Art. 582 § 3.º)

Art. 628. Fica porém ao arbitrio do senhorio demandar a devolução dos bens por este motivo, ou compellir o foreiro á que os-recupére, e continue no contracto (45).

Art. 629. Não evita o foreiro a pena de commisso, ainda que se-offereça á pagar os fóros atrazados, e ainda que o senhorio lh'os-receba; salvo, se á este aprovér desistir expressamente do seu direito (46).

mente ha *confusão*, juntando-se neste a qualidade de devedor. Será *confusão continua* na hypothese de *usufructos successivos*. Só haverá *consolidação* no usufructo, quando a cousa desfructada volvêr para seu verdadeiro dono ou seu herdeiro.

(41) Ord. L. 4º T. 39 princ.

(42) Cit. Ord. L. 4º T. 39 § 2º.

Quanto á foreiros de terrenos de marinha, que incorrêrem em commisso—Ord. n. 308 de 12 de Junho de 1841, Av. n. 376 de 12 de Novembro de 1856, e Circ. n. 288 de 8 de Outubro de 1859. A *emphyteuse* resultante das concessões de marinhas rege-se pelos principios dos prazos, segundo os quaes não é possível reduzir-se a pensão—Ord. n. 295 de 12 de Outubro de 1859.

(43) Ord. L. 4º T. 38 § 1º.

(44) Cit. Ord. L. 4º T. 38 § 1º.

(45) Cit. Ord. L. 4º T. 38 § 1º.

(46) Ord. L. 4º T. 39 § 1º. A *acção de commisso* é muito odiosa, e não obstante o silencio da Lei os Praxistas tem mitigado seu rigôr com diversas excepções de defeza, que quasi sempre a-excluem.

Art. 630. Quando o prazo fôr ecclesiastico, será o foreiro relevado da pena, uma vêz que pague antes da citação judicial ; ou mesmo depois, se a lide já não estiver contestada (47).

Art. 631. Verificando-se a consolidação por commisso, ou por falta de successão nos aforamentos vitalicios (48), ou na hypothese do Art. 1189, as Corporações de mão-morta só podem consolidar para o effeito de tornarem á aforar dentro de anno e dia (49).

Art. 632. Os bens assim consolidados devem continuar á sêr aforados pelos mesmos fóros, e laudemios, declarados nos anteriôres titulos, e sem obrigação de fazêr-se os aforamentos aos parentes dos ultimos possuidôres ao tempo da consolidação (50).

Art. 633. Esses aforamentos serão perpetuos, e como taes sempre reputados ; sendo nullas as escripturas que de outro

(47) Cit. Ord. L. 4º T. 39 § 2º.

(48) Eis o outro caso de consolidação--*caducidade*—Ord. L. 4º T. 36 § 2º. O direito de consolidar por esta causa tornou-se quasi impraticavel : 1º, porque a Ord. cit. só trata dos prazos de livre nomeação ; 2º, porque a mesma Ord. foi por tal modo ampliada pelos §§ 25 e 26 da Lei de 9 de Setembro de 1769, que raramente deixaria de havêr successor.

(49) Alv. de 12 de Maio de 1769; declaratorio da Lei de 4 de Julho de 1768. Supprimi as palavras—*d pessôas seculares com pena de devolução para a minhu Corôa*—em conformidade com a disposição dos Arts. 71 e 72. Hoje é a unica hypothese, em que os Corpos de mão-morta podem retêr os bens por anno e dia, tendo cessado o disposto no § 1º da Ord. L. 2º T. 18 pelas razões consignadas em apoio do Art. 69.—Borg. Carn. Dir. Civ. L. 1º T. 36 § 305 n. 3º é de opinião contraria.

(50) Lei de 4 de Julho de 1768, e Alv. de 12 de Maio de 1769.

modo se-celebrarem, e onde houver excessõ nos fóros, e laudemios, precedentemente estipulados (51).

Art. 634. Para o pagamento dos fóros, e laudemios, podem essas Corporações fazêr penhora nos rendimentos dos bens aforados; e nos proprios bens, se os rendimentos não bastarem (52).

Art. 635. Em falta porém de lançadóros, a adjudicação é prohibida, e as propriedades serão arrendadas pelo Juizo da Execução (53).

Art. 636. As Corporações, em tal caso, farão annual cobrança dos rendimentos até inteira satisfação dos fóros, e laudemios devidos, emquanto não houverem compradóres (54).

Art. 637. A nomeação dos aforamentos vitalicios pôde sêr feita por acto entre vivos, ou por disposição de ultima vontade (55). (Art. 1022)

Art. 638. Em acto entre vivos a nomeação pôde sêr provada por escriptura publica, ou por testemunhas (56).

Art. 639. Mas a prova de testemunhas não é admissivel, quando houver outra nomeação por escriptura publica (57).

Art. 640. A nomeação em testamento fica sem effeito, se o testamento fôr revogado. ou annullado (58).

(51) Cit. Lei de 4 de Julho de 1768, e Cit. Alv. de 12 de Maio de 1769.

(52) Cit. Lei de 4 de Julho de 1768.

(53) Cit. Lei de 4 Julho de 1768. Eis aqui um arrendamento judicial, que deve fazêr-se em hasta publica.

(54) Cit. Lei de 4 de Julho de 1768. Exigia-se, que os compradores fossem seculares, o que hoje não tem vigôr.

(55) Ord. L. 4º T. 37 *per totum*.

(56) Cit. Ord. L. 4º T. 37 § 3º.

(57) Cit. Ord. L. 4º T. 37 § 3º.

(58) Cit. Ord. Liv. 4º T. 37 § 4º.—*Porquanto* (diz a Lei) *a nomeação feita em testamento revogado, ou havido por nenhum, é por isso mesmo havida por nenhuma, como se nun-*

Art. 641. A nomeação em testamento nuncupativo revoga a anteriór, ainda que esta fósse feita em escriptura publica (59).

Art. 642. Se no aforamento deu-se ao foreiro a faculdade de nomear para o tempo da morte, póde elle revogar a nomeação por simples acto de revogação, ou fazendo nova nomeação (60).

Art. 643. Torna-se porém irrevogavel a nomeação nas circumstancias do Art. antecedente, quando o foreiro a-fizér com transferencia de todo o direito nos bens, embora reserve para si o usufructo (61).

Art. 644. Não se-fazendo no aforamento menção do tempo da morte, ainda que se-désse a faculdade de nomear, a nomeação não póde sêr revogada (62).

Art. 645. A nomeação revogavel.caduca, quando o nomeado fallecêr antes do nomeante (63).

Art. 646. Se o aforamento fôr feito para marido e molhér, e para um filho que tivérem, o direito de nomear um dos filhos compete ao conjuge sobrevivente (64).

ca fosse feita— . Veja-se em contrario a Prov. de 9 de Março de 1767, que vem no Add. Ger. de Borg. Carneir. pag. 120. Não achêi a Resol. de 18 de Março de 1766 citada por Coelh. da Roch. Dir. Civ. § 566, exceptuando a nomeação feita em fórma de legado nos casos, em que os legados subsistem annullado o testamento. Talvez fosse engano, porque a mencionada Prov. foi expedida em virtude da Resol. de 18 de Janeiro de 1767, e não de 18 de Março de 1766.

(59) Cit. Ord. L. 4º T. 37 § 3º.

(60) Cit. Ord. L. 4º T. 37 princ. *Todos os actos (diz a Lei), que são ordenados para o tempo da morte, se-podem mudar e revogar até a morte.*

(61) Cit. Ord. L. 4º T. 37 § 1º Vid. Art. 417 § 3º.

(62) Ord. L. 4º T. 37 § 2º.

(63) Cit. Ord. L. 4º T. 37 § 5º.

(64) Ord. L. 4º T. 37 § 6º.

Art. 647. Não havendo filhos, o conjuge sobrevivente poderá nomear um neto, ou neta, pôsto que no contracto só se tivesse feito menção de filho (65).

Art. 648. Quando a pessoa, que é primeira vida, vendêr, ou alienar, o prazo ; o comprador continuará á sêr primeira vida, emquanto vivêr o vendedor ; e só por morte deste começará á sêr segunda vida, quem fôr então possuidôr do prazo (66).

Art. 649. Terá logar a disposição antecedente, se por ocasião da venda, ou alienação, dos bens, outra convenção não fizérem as partes sob consentimento do senhorio (67).

CAPITULO VII

Da locação

Art. 650. São prohibidas, e nullas, as locações de gados, e animaes, por determinado numero de annos, e por certa pensão annual, ainda que perêção, sejam quaes fôrem as condições de taes contractos (1).

(65) Cit. Ord. L. 4° T. 37 § 6°.

(66) Ord. L. 4° T. 38 §§ 2° e 3°.

(67) Cit. Ord. L. 4° T. 38 § 4°.

(1) Ord. L. 4° T. 69, que figura três especies de condições : 1ª, a da restituição dos animaes findo o arrendamento ; ou do seu valor, se fôrem mortos :—2ª, a de isenção de restituição :—3ª, a da entrega de mais cabeças, que as recebidas ; embora creção, ou diminuição. O objecto deste contracto são todos os animaes, cuja criação e produção utilisão á agricultura e ao commercio, e, como diz a Ord., vaccas, porcos, cabras, colmeias. É o que se-chama em Direito Francez—*bail d cheptel*—, de que trata o Cod. Civ. nos Arts. 1800 á 1831. Coelh. da Roch. Dir. Civ. § 849 dá-lhe o titulo de—*contractos de animaes d ganho*—, o que se não usa no Brazil, onde esses contractos são rarissimos. A nossa Lei, sempre propensa para

Art. 651. Pelo arrendamento, pôsto que de déz, ou mais annos, não se-transfere dominio algum para os arrendatarios (2).

a doutrina dos casuistas, profliga taes contractos, como—*illicitos por Direito*,—como usuras do rico contra o pobre,—*alias enim refunderetur Judicium Divinum super humeros pauperis conductoris, sine ejus culpa; et ideo talis contractus reputatur illicitus, et usurarius*—.

A locação é contracto *bilateral perfeito*, sempre *oneroso e consensual*. Póde sêr *civil*, ou *commercial*.

3.º ED.

A locação é *commercial* nos restrictos termos do Art. 226 do Cod. do Com.. isto é, sempre que fôr contractada por *determinado tempo e preço certo*; e portanto é *civil*, sempre que fôr contratada sem determinação ou certeza de tempo e de preço. Rejeitar esta illação *a contrario sensu* é não querêr interpretação alguma para o cit. Art. 226 do Cod. do Com. Seu espirito é, que só pela certeza de tempo e de preço se tem bases para o calculo arithmetico do lucro pecuniario. Vid. Not. ao Art. 679 *infra*.

De todas as locações commerciaes de cousas a mais notavel é a do *fretamento d'embarcações*, que rege-se por disposições peculiares, e minuciosas, quaes as do nosso Cod. do Com. Tal é a frequencia deste contracto,

(2) Alv. de 3 de Novembro de 1857, que perfeitamente concorda com a providencia da Lei de 4 de Julho de 1776 nos termos dos Arts. 607 e 608. Estão assim derogadas as Ords. em todos os logares, onde distinguem os arrendamentos de dez annos, ou mais; no presupposto de serem aforamentos, e de crearem—*direito real*—, como no Liv. 3º T. 47 princ., L. 4º T. 9º princ., T. 45 § 2º, e T. 48 § 8º. Dahi veio o costume de se-fazêrem arrendamentós por três nove annos, em vez de se-dizêr vinte e sete annos. A Lei de 12 de Outubro de 1833 Art. 3º mandou arrêndar os Predios Nacionaes por qualquer prazo até o de nove annos. Mas o Av. n. 51 de 18 de Março de 1847 reconhece, que as locações e arrendamentos de bens de raiz dos particulares por longos prazos são premittidos pela nossa Legislação.

Se o nosso têxto diz, que pelo arrendamento não se transfere dominio algum para os arrendatarios ; não é aceitavel a proposi ao do Man. do Procur. dos Feitos Not. 1090, que transcrevemos na Not. ao Art. 593 ; nem tão pouco o Av. n. 367 de 6 de Novembro de 1856, que declarou sujeita   siza a cessão de um arrendamento, e direito  s bemfeitorias do arrendatario cedente. O que o Man. do Procur. dos Feitos no logar citado chama—*cessão de bemfeitorias da propriedade immovel beneficiada*—, e o que o mencionado Av. chama—*compra de arrendamento*—, não é mais que uma—*cessão de direitos pessoases*—; que não está sujeita ao imposto da siza, da mesma maneira que quaesquer transferencias de direitos pessoases ; e por conseguinte as loca oes e subloca oes de immoveis, e a cessão de direitos adquiridos por locatarios e sublocatorios. O imposto da siza recahe sobre a venda de immoveis, a venda tem por fim transferir dominio, e o arrendatario não adquire dominio no immovel arrendado, ainda mesmo que nelle tenha feito bemfeitorias, para que tenha dominio   transferir   seus cessionarios. As bemfeitorias são inseparaveis dos immoveis, em que forão empregadas ; são accessorios delles, são com elles os predios urbanos e rusticos contemplados no Art. 50 *supra*. Se a siza presuppõe transferencia de direitos reaes sobre immoveis, como é possivel applica-la   transferencia de direitos, que não recahem sobre cousa alguma immediatamente, e s o affect ao a pessoa obrigada?—Vid. Nots. aos Arts. 47 e 119.

Contradizem tambem a verdade do nosso têxto as palavras do Art. 12   2  do Regul. n. 152 de 16 de Abril de 1842 sobre a decima urbana—*ibi*—« *Os proprietarios temporarios de bemfeitorias dos predios, que em consequencia de contractos tem sido, ou f orem, reedificados ou melhorados, etc.* » Se taes contractos são arrendamentos, quem em virtude delles reedifica ou melhora os predios não   proprietario temporario das bemfeitorias,   arrendatario com direito pessoal de uso e gôzo ; para o qual não se transfere dominio algum, ou qualquer outro direito real. Vid. Not. ao Art. 607.

O Regul. de 10 de Julho de 1850 Art. 9    1  dispensava de sello proporcional os titulos de contractos de arrendamentos de predios urbanos ou rusticos, mas o último Regul. de 26 de Dezembro de 1860 declara no Art. 6  n. 11, que são sujeitos   sello proporcional os titulos de contractos de arrendamento de predios urbanos ou rusticos, e no Art. 8  n. 1 , que não págão tal imposto os titulos de loca ao de predios.

Qual pois a differença entre a locação e o arrendamento de predios? E' sujeito ao sello proporcional (palavras do Decr. n. 3139 de 13 de Agosto de 1863 Art. 14) a locação de predios rusticos, ou urbanos—*por prazo certo ou indeterminado*—; sendo porém isento deste imposto a que não contiver estipulação de prazo. Provavelmente houve erro typographico nas palavras—*prazo certo ou indeterminado*—, as quaes devem ler-se—*prazo certo ou determinado*—. A locação entende-se, que é de prazo indeterminado, ou porque as partes contractantes assim o declararão, ou porque não estipulãrão prazo algum.

3.ª ED.

Av. n. 200 de 16 de Abril de 1869—Não é devida a siza de uma transacção, mediante a qual locatarios forão indemnizados do valôr de bemfeitorias no immovel arrendado, dando-se por findo o arrendamento.

A redacção deste Av. de 1869 é orthodoxa: Não ha no caso (suas palavras) venda de direitos reaes, e só sim uma transferencia do valôr de serviços, ou de direito *ad rem* mediante uma indemnisação.

Regul. n. 4505 de 9 de Abril de 1870:

Art. 1º, 1ª Classe:—Devem pagar, sello proporcional o *arrendamento* ou *locação*, e quaesquer titulos de transmissão de uso e gôzo de bens immoveis, moveis, e semoventes. (Vid. Decr. n. 3139 de 13 de Agosto de 1863 Art. 14, 15)

Regul. n. 5581 de 31 de Março de 1874 Art. 21.—E' devido o imposto (disposição heterodoxa) da cessão ou venda de bemfeitorias em terrenos arrendados, ou actos equivalentes:

§ Un. Exceptua-se a indemnisação de bemfeitorias pelo proprietario ao locatario (Av. n. 200 de 16 de Abril de 1869).

Av. n. 397 de 28 de Outubro de 1874—Das cessões de arrendamentos de terrenos (decisão correctiva e orthodoxa) não é devido o imposto de transmissão de propriedade, mas sim o sello proporcional.

Av. de 3 de Fevereiro de 1875 —Transferencia de estabelecimento rural em terras arrendadas (decisão heterodoxa consequencial do Regul. de 1874 Art. 21) está sujeita ao imposto de transmissão.

Note-se, que o Av. n. 397 de 28 de Outubro de 1874 foi posterião á esse Regul. de 1874.

Art. 652. O arrendamento não resolve-se pela morte de qualquer das partes contractantes, mas passa á seus herdeiros (3).

Art. 653. Não passa porém o arrendamento aos herdeiros, quando fôr de parceria, isto é, quando o arrendatario obrigou-se á cultivar o predio para partilhar os fructos delle (4).

(3) Ord. L. 4º T. 45 § 3º. Nada portanto mais falso, que o proverbio—*morte e casamento desfaz arrendamento*—, *mort et mariage rompent tout louage*.

Os herdeiros têm sempre obrigação de cumprir os contractos daquelles, á quem succedem—Ord. L. 4º T. 42 *in fin*.

Não procede porém a regra do têxto, quanto ao locador e locatario, quando tiverem estipulado, que o arrendamento se resolve pela morte de qualquer delles. Não procede, quanto ao locador, quando fôr vitalicio o direito que elle tinha sobre a cousa arrendada; por exemplo, se era usufructuario della. Não procede, quanto ao locatario, se o seu fallecimento tornar impossivel o destino, para o qual a cousa foi arrendada, se tal destino foi declarado no contracto como clausula expressa ou virtual delle.

Por identidade de razão tambem não se resolve o arrendamento:

1.º Pela fallencia do locador:

2.º Pela fallencia do locatario, salvo se a locação foi feita com prohibição de cedêr ou sublocar:

3.º Por incapacidade, que sobrevenha ao locador; por exemplo, se ficar demente, se fôr julgado prodigo; se fôr molhér, e tomar o estado conjugal:

4.º Por incapacidade, que sobrevenha ao locatario, salvo tambem se a locação foi feita com prohibição de cedêr, ou sublocar:

5.º Pela cessação da incapacidade do locador, ou do locatario; por exemplo, se fôr menor, e ficar maior ou emancipar-se; se fôr prodigo, ou demente, e cessar o interdicto.

(4) Ord. L. 4º T. 45 princ. O arrendatario em tal caso denomina-se—*colono parciario*—. A razão da Lei é, que o arrendamento de parceria participa da natureza do contracto de sociedade; o que confere com o § 4º da Ord. L. 4º T. 44, colligido no Art. 758 § 1º *infra*. O § 2º dessa Ord. L. 4º T. 45

Art. 654. Exceptua-se o caso de ao tempo da morte de qualquer das partes estarem os trabalhos da cultura do predio tão adiantados, que se-dêva esperar pela colheita (5).

Art. 655. O comprador da cousa alugada, ou arrendada, não é obrigado á respeitar a locação feita pelo vendedor, e pôde despejar o locatario (6).

Art. 656. Nega-se este direito ao comprador da cousa alugada, ou arrendada :

§ 1.º Se no contracto da compra e venda obrigou-se á respeitar a locação (7) :

§ 2.º Se depois do contracto consentio na conservação do locatario por qualquer modo (8) :

§ 3.º Se a cousa arrendada foi geralmente, ou especialmente, hypothecada ao cumprimento da locação (9) :

está duplicadamente revogado. Pela Lei de 4 de Julho de 1776, porque os arrendamentos, ou aforamentos, de terras não incultas reputão-se meras locações, que pelas regras destes contractos devem ser julgados. Pelo Alv. de 3 de Novembro de 1757, porque arrendamentos de mais de dez annos não são aforamentos. O § 4.º dessa mesma Ord. L. 4.º T. 45 só diz respeito á lavoura de Portugal.

3.ª ED.

Regul. n. 4505 de 9 de Abril de 1870 Art. 10 n. 14 :—São isentos do sello proporcional *contractos de parceria* celebrados com colonos. (Vid. Regul. n. 4354 de 17 de Abril de 1869 Art. 14 n. 14)

(5) Cit. Ord. L. 4.º T. 45 § 1.º

(6) Ord. L. 4.º T. 9.º princ. O Art. 1743 do Cod. Civ. Francez seguiu o contrario.

(7) Cit. Ord. L. 4.º T. 9.º princ.

(8) Ord. L. 4.º T. 9.º princ..

(9) Ord. L. 4.º T. 9.º princ.

Pela novissima Lei hypothecaria essa hypotheca em garantia do arrendamento já não pôde sêr geral : sendo especial, deve-se cumprir o disposto no Art. 4.º da cit. Lei, o qual

§ 4.º Se o locatario se-offerecêr á pagar ao comprador as pêrdas, e interesses, que lhe-possão resultar da subsistencia da locação (10).

Art. 657. O arrendatario de predios frugiferos fica des-obrigado de pagar a renda annual, se os fructos se-perdêrão completamente por caso insólito; como o de inundação, incendio, sêcca, invasão de inimigos, e outros semelhantes (11).

Art. 658. Se a pêrda dos fructos fôr parcial, o arrendatario ficará des-obrigado de pagar a renda, se entregar ao locadôr a colheita salva, reservando para si as sementes (12).

Art. 659. Mas, se nos outros annos do arrendamento, antes ou depois do anno esteril, a producção fôr extraordinariamente abundante, guardar-se-ha o dispôsto no Direito Commum (13).

Art. 660. A pêrda de fructos, occasionada por acontecimentos ordinarios; ou por culpa, impericia, ou negligencia, do arrendatario, não o-livra de pagar a renda estipulada (14).

exige, que a hypotheca seja por quantia determinada. Para aproveitar portanto o disposto na Ord. L. 4º T. 9º sobre a hypotheca do immovel arrendado ao cumprimento do contracto, cumpre declarar na escriptura a quantia, pela qual fica hypothecado, quantia representativa do prejuizo do arrendatario no caso de não ser respeitado o arrendamento por motivo da venda do immovel.

(10) Cit. Ord. L. 4º T. 9º § 1º.

(11) Cit. Ord. L. 4º T. 27 princ. É o que se-chama—*encampação*—. Quanto á encampações, ou remissão aos rendeiros e contractadores de rendas publicas, veja-se a Lei 2ª de 22 de Dezembro de 1761 T. 2º § 34.

(12) Cit. Ord. L. 4º T. 27 § 1º.

(13) Cit. Ord. L. 4º L. 27 § 1º. Guardar-se-ha o Direito Commum, isto é, com os interesses do anno abundante se-deve satisfazer a falta do anno esteril—L. 15 § 4º Dig. *loc. cond.*, L. 8º Cod. *de locat.*

(14) Cit. Ord. L. 4º T. 27 § 2º.

Art. 661. Enquanto durar o tempo da locação, o locatário pôde retêr a coisa alugada, ou arrendada; pagando o aluguel, ou a renda, nos prazos convencionados (15).

Art. 662. Findo o tempo da locação, se o locatário não restituir a coisa alugada, ou arrendada; será condemnado á restitui-la, e á pagar outro tanto do valôr della (16).

Art. 663. Não é licito ao locatário retêr a coisa com o pretêxto de dominio, e só pôde retê-la por despezas; ou bemfeitorias necessarias, ou uteis, que tenha feito, até que seja pago do valôr dellas (17).

(15) Cit. Ord. L. 4º T. 54 § 2º.—Cod. do Com. Art. 228.

(16) Cit. Ord. L. 4º T. 54 princ. A mesma disposição quanto ao commodato. Veja-se o Art. 506, e sua Not., onde já se disse, que tal pena não está em uso. Praticou-se o disposto no Art. 230 do Cod. do Com., comminando o locador a renda, que se-lhe-deve pagar pela demora.

(17) Cit. Ord. L. 4º T. 54 §§ 1º e 3º. Vid. Arts. 507, 508, e 509.

O locatário, nem pôde allegar, que a coisa alugada, ou arrendada, lhe-pertence; nem que pertence á outra pessoa, que não o locador. Prevalece esta regra, quando *por erro* alugou, ou arrendou, sua propria coisa, ou quando o locador lh'a vendeu depois da locação, ou a coisa foi arrematada ou adjudicada por execução de credor seu? Vid. Lob. Acc. Sum. T. 2º Dissert. 12.

Bemfeitorias necessarias são aquellas, sem as quaes a coisa não poderia sêr conservada. *Bemfeitorias uteis* são as que, não sendo indispensaveis para conservação da coisa, são todavia de manifesto proveito para qualquer possuidor della. O locatário não pôde retêr a coisa alugada, ou arrendada, por *bemfeitorias voluptuarias*, que são as de mero luxo ou recreio, ou de exclusiva utilidade para quem as-fêz. A nossa lei não exige para essa retenção de bemfeitorias, que o locador tenha autorizado o locatário á fazê-las, e se-tenha obrigado á pagá-las; o que é tão injusto, quanto no caso do Art. 670 não admittir retenção por bemfeitorias autorizadas pelo locador.

Art. 664. Ninguém pôde retêr a casa alheia, ou nella habitar, sem consentimento do proprietario, ainda que se-offereça a pagar aluguel (18).

Art. 665. Findo o tempo do contracto, o inquilino não pôde embaraçar o despejo com opposição suspensiva, salvo mostrando que fêz bemfeitorias com expresso consentimento do senhorio, e provando-as em continente (19).

Art. 666. Trinta dias antes de findar o contracto o locador deve intimar o inquilino para despejar a casa, ou continuar na locação, se lhe-parecêr (20).

Art. 667. Intimado o inquilino para continuar na locação, se nada respondêr em três dias, fica obrigado ao aluguel do anno seguinte (21).

Cessa o direito de retenção, e a cousa deve sêr restituída ao locador, ainda que o locatario não tenha sido pago do valor das bemfeitorias, e despezas ; se, requerida a liquidação dellas, o locador depositar, ou caucionar, o valor jurado pelo locatario.

(18) Ord. L. 4º T. 23 princ., e Ass. 1º de 23 de Julho de 1811.

(19) Ass. 1º de 23 de Julho de 1811. O outro caso de—*aposentadoria legitimamente concedida*—cessou pela Lei das Côrtes Portuguezas de 25 de Maio de 1821, que abolio todos os privilegios de aposentadoria. Esta Lei foi uma das recebidas pela Lei 6ª de 20 de Outubro de 1823.

Qual o meio de provar o expresso consentimento do locador para o inquilino fazêr bemfeitorias? Domina a regra do Alv. d. 30 de Outubro de 1793, consolidada no Art. 368 *supra*. Provado esse consentimento, o inquilino pôde retêr a casa arrendada, mas não se-segue têr o senhorio obrigação de lhe-pagar bemfeitorias. Incumbe ao inquilino provar, que o senhorio obrigou-se á paga-las.

(20) Ord. L. 4º T. 23 § 1º.

(21) Cit. Ord. L. 4º T. 23 § 1º.

Art. 668. Não tendo havido prévia intimação, está no arbitrio do inquilino deixar a casa, ou nella continuar, pagando o aluguel (22).

Art. 669. Ainda antes de findar o tempo do contracto, o inquilino pôde sêr despejado pelo locador nos casos seguintes :

§ 1.º Se não pagar o aluguel nos prazos convencionados, ou de costume no logar (23) :

§ 2.º Se damnificar a casa, ou della usar para fins illicitos, e deshonestos (24) :

§ 3.º Se a casa carecêr de obras, e reparos, incompatíveis com a conservação do inquilino ; contanto que, acabados os reparos, o tempo do contracto seja preenchido (25) :

(22) Cit. Ord. L. 4º T. 23 § 2º. Essas intimações não se usão entre nós, e as casas são alugadas quasi sempre sem contracto por escripto, e *ad libitum* dos inquilinos, exceptuados os arrendamentos das grandes propriedades. O Alv. de 22 de Maio de 1771 é relativo á edificios de Lisboa.

3.ª ED.

Sem uso entre nós a primeira intimação dos inquilinos para continuarem na locação, fica sem applicação a doutrina sobre *recondução tacita*, ou *relocação tacita*.

(23) Ord. L. 4º T. 24 princ.

3.ª ED.

Sobre o sello proporcional em relação aos recibos ou quitações de locações, veja-se a Not. ao Art. 824 *infra*.

(24) Cit. Ord. L. 4º T. 24 princ.

— *Se damnificar a casa*—: por exemplo, se por si ou por outrem nella estabelecêr alguma officina insalubre, ou nella tivêr animaes immundos ou damninhos.

— *Para fins illicitos e deshonestos*—: por exemplo, se por si, ou por outrem, usar della para casa de jogo, ou de prostituição, ou para reuniões tumultuosas.

(25) Cit. Ord. L. 4º T. 24 princ.

Está claro, que não correm os alugueres durante a interrupção.

§ 4.º Se, por caso novo, e imprevisto, o proprietario precisar do predio para sua habitação, ou de seus filhos e irmãos (26).

Art. 670. Nestes casos de despejo não se-admitte opposição suspensiva do inquilino, ainda mesmo tendo feito bemeitorias autorizadas pelo senhorio (27).

Art. 671. A acção de despejo de easas é summaria (28). Pelo competente Official de Justiça será requerido o inquilino com declaração do motivo do despejo, e ulteriores despejado, se o não fizer voluntariamente (29).

(26) Cit. Ord. L. 4º T. 24 princ. Disposição bem injusta!

(27) Ass. 1º de 23 de Julho de 1811 nas palavras—*quantò a primeira referida Ordenação*—, esclarecido pelo de 8 de Junho de 1816, o qual diz—*estes casos não forão exceptuados, nem podião ser d vista de sua natureza*—. Todavia na pratica do Fôro não se-faz tal distincção, e applica-se o Ass. de 23 de Julho de 1811, tanto ao despejo da Ord. L. 4º T. 23 § 1º (Arts. 665 e 666), como ao outro anticipado da Ord. L. 4º T. 24 princ. (Art. 669)

(28) Ord. L. 3º T. 30 § 3º *in fin.*

(29) Ord. L. 4º T. 24 § 1º. Ha muito tempo, que esta disposição não se-observa, e os Praxistas a-entendem nos devidos termos. Entre nós a acção de despejo de casas é precedida de conciliação no Juizo de Paz, e depois se-a-intenta no Juizo Contencioso, citando-se o inquilino para despejar em 24 horas, ou em outro termo. Deve-se logo exhibir no começo da acção o conhecimento da respectiva decima urbana—Regul. n. 152 de 16 de Abril de 1842 Art. 14. Não se-admitte (praxe desta Côrte), que o sublocador a-proponha sem procuração do proprietario do predio.

3.º ED.

Não obstante a praxe desta Côrte, que não admitte o sublocador á demandar o despejo do sublocatario ou subarrendatari-sem procuração do proprietario do predio, prevalece a doutrina da faculdade de sublocar, quando a sublocação não foi expressamente prohibida em contracto escripto.

Art. 672. Verificando-se depois, que o despejo foi maliciosamente requerido, o inquilino tem direito de habitar na casa pelo trespóbro do tempo, que lhe faltava para preencher o contracto, e sem pagar aluguel (30.)

Art. 673. A acção para cobrança de alugueres é executiva, podendo o proprietario mandar fazer a penhora pelo Official do logar, sem outra autoridade de Justiça (31).

Art. 674. Estão sujeitos á essa penhora os moveis, que na casa existirem, ainda que não sejam do inquilino (32).
(Art. 1270 § 7.º)

Art. 675. Tendo sido a penhora injustamente feita, por estar o proprietario pago do aluguel, ou de parte d'elle; incorrerá na pena de satisfazer ao inquilino em trespóbro o que

(30) Cit. Ord. L. 4º T. 24 § 1º. Desta disposição resulta, que a simples allegação de algum dos quatro casos do Art. 669 basta para o despejo ser deferido sem necessidade de prova anticipada. Se assim não fôra, a Lei não imporia pena ao senhorio, que obtem o despejo por falso pretexto. Na praxe actual é sempre difficil conseguir o despejo desde logo, quando o inquilino apresenta seu contracto de arrendamento.

(31) Cit. Ord. L. 4º T. 23 § 3º, e T. 57 § 1º. Tambem não se observa este modo de proceder. Requer-se ao Juiz mandado de penhora executiva, e a conciliação se-faz posteriormente á diligencia; reputando-se este caso comprehendido no Art. 5º da Disp. Provis., e não no Art. 6º, que dispensa a conciliação nas execuções. A junção do conhecimento da decima tambem é necessaria, nos termos do Art. 14 do cit. Regul. de 16 de Abril de 1842.

(32) Cit. Ord. L. 4º T. 23 § 3º, Alv. de 24 de Julho de 1793 § 2º.

3.ª ED.

Aos moveis das casas dá-se o nome de—*mobilis*,--*trastes*.
Veja-se Coelh. da Rocha. Dir. Civ. § 78 Not.

lhe-pedio de mais, continuando este á morar na casa o tempo necessario para tal satisfação (33).

Art. 676. Os inquilinos podem conservar-se nos predios por tanto tempo, quanto baste para reembólso das decimas, que pagarem, não pagas pelos proprietarios nos prazos da Lei (34).

Art. 677. Os Vereadôres, e Officiaes, das Camaras Municipaes; os Administradôres das Confrarias, Misericordias, Hospitales, e de outros Estabelecimentos da mesma natureza; não podem arrendar bens das Corporações, em que servirem (35).

Art. 678. O arrendamento de bens adjudicados, e incorporados nos Proprios da Fazenda, não pôde ser feito aos devedôres de quem proviêrão, nem á seus parentes (36).

(33) Cit. Ord. L. 4° T. 23 § 3°. Nunca vi executar semelhante pena, que é desconhecida em nosso Fôro.

« Dado e provado o caso da Lei (Rebouças-Observ. á este Art.), guardadas as formulas estabelecidas, não é crível, que Juiz algum deixasse de julgar em sua conformidade. »

Não digo o contrario, digo apenas que tal sanção não é usada em nosso Fôro, posto que a Ord. L. 4° T. 23 § 3° seja frequentemente citada.

(34) Regul. n. 152 de 16 de Abril de 1842 Art. 12 § 4°.

(35) Alv. de 6 de Dezembro de 1603, de 23 de Julho de 1766 § 1°, e Lei do 1° de Outubro de 1828 Arts. 43 e 44.

(36) Ord. L. 2° T. 53 § 8°.

Os terrenos dos *proprios* dão-se de arrendamento, assim como os predios, e edificios—Lei de 24 de Outubro de 1832 Art. 21, e por tempo não excedente de nove annos—Decr. de 12 de Outubro de 1833 Art. 3° (Not. ao Art. 651); mas as *terras devolutas* não se dão de arrendamento, por não serem comprehendidas nos *proprios*, embora sejam nacionaes—Av. n. 43 de 16 de Março de 1847, Lei n. 601 de 18 de Setembro de 1850 Art. 1°, e Lei n. 628 de 17 de Setembro de 1851 Art. 11 § 5°.

CAPITULO VIII

Da locação de serviços

Art. 679. Os mestres, empreiteiros de obras, não tem direito de rescindir por lesão os contractos que fizérem (1).

3.ª ED.

Av. n. 281. de 11 de Setembro de 1867—Os contractos de arrendamento dos proprios nacionaes só podem sêr feitos pelo Thesouro, e por prazo não excedente de nove annos.

(1) Ord. L. 4.º T. 13 § 8º, por excepção da regra do Art. 359. Os contractos de empreitada não págão sello proporcional—Regul. de 10 de Julho de 1850 Art. 9º § 4º. Sobre estes contractos o Cod. do Com. Arts. 231 e seguintes supprio o silencio da nossa legislação civil.

O ultimo Regul. n. 2713 de 26 de Dezembro de 1860 Art. 8º n. 1º declara isentos de sello proporcional os titulos de locação de serviços de qualquer natureza, comprehendidos os de colonos, criados, officiaes, e jornaleiros, livres ou escravos; mas revogou o supracitado de 1850, sujeitando no Art. 6º n. 12 á sello proporcional os titulos de contractos de empreitada.

Qual a locação *civil* de serviços, qual a *commercial*? Questão difficil, que depende de minuciosa analyse.

3.ª ED.

Regul. n. 4505 de 9 de Abril de 1870 Art. 10 n. 10—São isentos do sello proporcional *contractos de empreitada*, ou *locação de serviços*, em que o empreiteiro ou locadôr, apenas fornêça o proprio trabalho, ou industria. (Vid. Regul. n. 4354 de 17 de Abril de 1869 Art. 1.º)

Logo, págão esse sello, quando o empreiteiro, alem da *mão de obra*, encarrega-se de fornecêr a materia.

A difficil. questão da differença entre a *locação de serviços mercantil* e *civil* resolvi pelo modo, que achar-se-ha no DIREITO Rev. Vol. 9º pags. 193 e 423, em refutação de um trabalho do Sr. Dr. Ribas na mesma Rev. Ann. 1º pag. 3. O caracter differencial é o mesmo da *locação de cousas* por intetpreta-

Art. 680. Havendo contracto expresso entre amos e criados, guardar-se-ha o convencionado (2).

Art. 681. Não o-havendo, a soldada será regulada segundo o costume do logar, tempo do serviço ; e a qualidade d'elle, e do criado (3)

Art. 682. O amo pôde descontar na soldada o valôr do damno, que o criado lhe-causar (4).

Art. 683. Para têr, porém, acção contra o criado, deve protestar pela sua indemnisação no acto da despedida (5).

ção litteral do Art. 226 do Cod. do Com.—*tempo certo e prego certo*—, inabalavelmente fixado nesta 3.^a Ed. ao Art. 650 *supra*. Está entendido, que só serviços corporeos, ou mais corporeos que espirituaes, alimentão a *locação de serviços (locação d'obras)*. Serviços espirituaes, ou mais espirituaes que corporeos, como no *mandato, commissão, preposição*, e outros contractos innominados de locação com representação, não são objectos da locação de serviços.—Salvas estas distincções, a *locação de serviços* comprehende os de quaesquer *trabalhadôres, operarios, officiaes, marinheiros*, etc.

— Quando os locadôres de serviços trabalhão, ganhando um tanto por dia, chamão-se—*jornaleiros*—, e seu ganho tem o nome de—*jornal*—. Os *carreteiros, alquiladôres, recoveiros, almocreves, tropeiros, barqueiros*, etc., fazem contractos mixtos de *locação e commissão de transporte*.

(2) Ord. L. 4^o T. 29 princ., e T. 31 § 9^o.

3.^a ED.

Av. n. 33 de 21 de Janeiro de 1863—Nacionaes, que tiverem de sahir para fóra do Imperio, como criados, não seão habilitados pela Repartição da Policia, sem que exhibão contracto, no qual fique estipulada a obrigação de lhes-pagarem os amos a passagem de volta.

(3) Ord. L. 4^o T. 29 princ. A Ord. L. 4^o T. 30, e a do T. 31, sobre as taxas das soldadas, além de não convirem ao tempo actual, dizem respeito á antigos costumes de Portugal.

(4) Ord. L. 4^o T. 35 princ.

(5) Cit. Ord. L. 4^o T. 35 princ.

Art. 684. Concede-se ao amo quatro dias para provar o damno causado pelo criado, e só se-lhe dará mais tempo no caso de pagar logo a soldada (6).

Art. 685. O amo pôde despedir o criado antes de findo o tempo do contracto, mas deve pagar-lhe a soldada por inteiro (7).

Art. 686. O criado, que sem justa causa deixar a companhia do amo antes do prazo convencionado, será judicialmente compellido á acabar o tempo do serviço (8).

Art. 687. Não tendo em tal caso recebido a soldada, o amo ficará desonerado de pagal-a ; e tendo-a recebido, deve restituil-a, e servir sem vencimento todo o tempo que faltava (9).

Art. 688. Se o criado fôr menor, e fugir por culpa do amo em razão de o maltratar, não será obrigado á servir o tempo convencionado, e terá direito á soldada vencida (10).

Art. 689. Se fugir por sua propria culpa, será compellido á cumprir o contracto, e á servir mais outro tanto tempo, quanto o que andou fugido. Não excedendo de seis mezes esta pena (11).

Art. 690. Mas o amo não tem obrigação de aceital-o um mez depois de fugido, e só pagar-lhe-ha o tempo do serviço (12).

(6) Cit. Ord. L. 4° T. 35 § 1°. Não existe tal processo em nosso Fôro.

(7) Ord. L. 4° T. 34.

(8) Cit. Ord. L. 4° T. 34.

(9) Cit. Ord. L. 4° T. 34.

(10) Ord. L. 1° T. 88 § 17.

(11) Cit. Ord. L. 1° T. 88 § 17.

(12) Cit. Ord. L. 1° T. 88 § 17.

Art. 691. A acção de soldadas é summaria, e sua prova depende de escriptura publica, quando a quantia passar da taxa da Lei (13). (Arts. 865, 866, e 867).

Art. 692. Não excedendo de 30\$000 rs. a soldada em demanda, basta para absolvição do amo seu juramento á respeito da paga ; uma vèz que em substancia deponhão alguns dos outros familiares, que a-virão fazêr (14).

Art. 693. Tratando-se de quantia maior, basta a quitação particular do criado por elle feita e assignada ; e não sabendo escrevêr, assignada por alguem á seu rôgo, e mais outra testemunha (15).

Art. 694. Tambem é prova sufficiente do pagamento da soldada a declaração do amo em verba testamentaria, se fôr do numero das pessoas qualificadas do Art. 369 §§ 5° e 6° (16).

Art. 695. O legado deixado pelo amo ao criado presume-se destinado ao pagamento da soldada, sendo que o testador não se-tenha enunciado diversamente (17).

CAPITULO IX

Da locação de serviços de estrangeiros

Art. 696. O contracto de locação de serviços, celebrado no Imperio, ou fóra para se-verificar dentro delle, pelo qual

(13) Ord. L. 3° T. 30 § 2°.

(14) Ord. L. 4° T. 33 princ., e Alv. de 16 de Setembro de 1814, que triplicou a taxa.

(15) Cit. Ord. L. 4° T. 33 § 1°.

(16) Cit. Ord. L. 4° T. 33 § 2°.

(17) Ord. L. 4° T. 31 § 11.

algum estrangeiro se-obrigar como locador, só pôde provar-se por escripto (1).

(1) Lei de 11 de Outubro de 1837. Esta Lei substituiu a de 13 de Setembro de 1830, que está de nenhum vigor. Ainda que na de 1830 Art. 1º se diga—*um Brasileiro ou Estrangeiro*—, vê-se pelo contêxto, que só regulou-se a locação de serviços de estrangeiros no interesse da colonisação; do mesmo modo que na de 1837, onde a materia foi melhor considerada. Em uma, e outra, affectou-se ao Juizo de Paz o privativo conhecimento sobre taes locações; e tanto cessou a primeira, que o Regul. n. 143 de 15 de Março de 1842 Art. 1º, descrevendo os casos de jurisdicção civil dos Juizes de Paz, só menciona no § 4º a Lei de 1837. O Av. de 13 de Maio de 1851 firma a competencia do Juizo de Paz neste assumpto. Transcrevo quasi textualmente a Lei de 1837, dividindo apenas alguns de seus Artigos; e nem eliminei disposições, que pertencem ás leis do processo. Os titulos desses contractos, ou tenhão o nome de *locação de serviços de colonos*, ou de *engajamento*, são isentos do sêllo proporcional—Regul. n. 681 de 10 de Julho de 1850 Art. 9º §§ 2º e 4º, e n. 2713 de 26 de Dezembro de 1860 Art. 8º n. 1º.

— *Só pôde provar-se por escripto*—: Pôsto que por estas palavras parêça, que a fórma escripta só é exigida para prova do contracto, o Art. 740 *infra* obriga á entendêr o contrario. Se esse Art. 740 determina, que nenhuma acção derivada de locação de serviços seja admittida em Juizo, se não fôr logo acompanhada do titulo do contracto; segue-se, que não é admissivel a prova de confissão judicial, e portanto a fórma escripta é da essencia de tal contracto. Reconheço todavia, que este raciocinio não é decisivo, attendendo-se á Ord. L. 3º T. 20 § 22, e ao Ass. 5º de 23 de Novembro de 1769.

« Por effeito da Lei de 11 de Outubro de 1837 (Rebouças Observ. á este Art.), que revogou as leis em contrario, pôde-se dizêr, que a de 13 de Setembro de 1830 ficou por ella revogada na parte, em que deu providencias sobre os contractos de locação de serviços de estrangeiros, que é o objecto da mesma Lei posterior de 11 de Outubro de 1837; e não, emquanto a Lei de 13 de Setembro de 1830 geralmente estabelece a maneira, por que deve sêr mantido o contracto por escripto, pelo qual um Brasileiro ou estrangeiro, dentro ou fóra do Imperio, se-obriga á prestar serviços por tempo determi-

Art. 697. Se o ajuste fôr tratado com interferencia de alguma Sociedade de Colonisação, reconhecida pelo Govêrno no Município da Côrte, e pelos Presidentes nas Provincias, os titulos por ella passados, e as certidões extrahidas dos seus livros, terão fé publica para prova do contracto.

Art. 698. Sendo os estrangeiros menores de vinte e um annos, e não estando presentes seus pais, tutores, ou curadores, com os quaes se-possa validamente contractar, serão feitos os contractos com assistencia de um Curadôr, sob pena de nullidade.

Art. 699. Esse Curadôr será igualmente ouvido em todas as duvidas e acções, que dos mesmos contractos se-originarem, quando algum menor fôr parte, tambem sob pena de nullidade.

Art. 700. Para este fim, em todos os Municipios, onde houverem Sociedades de Colonisação existirá um Curadôr Geral dos Colonos; nomcado pelo Govêrno na Côrte, e pelos Presidentes nas Provincias, sobre proposta das Mesas de Direcção das mesmas Sociedades.

nado, ou por empreitada; havendo adiantamento, no todo, ou em parte, da quantia contractada, etc.»

Tendo novamente meditado esta materia, aceito a censura.

3.^a ED.

Av. n. 48 de 22 de Março de 1859— Qualquer que seja o tempo de serviço, que tenham prestado os *Africanos Livres*, não estão autorizados os Juizes de Orphãos para decidirem á respeito de sua emancipação, o que compete somente ao Govêrno Imperial.

Av. n. 213 de 11 de Agosto de 1864— As Cartas de emancipação dos *Africanos Livres* devem sêr passadas independentes de quaesquer emolumentos.

Decr. n. 3310 de 24 de Setembro de 1864— Concede emancipação á todos os *Africanos Livres* existentes no Imperio.

Art. 701. Nos outros Municípios servirão os Curadores Geraes dos Orphãos (2).

Art. 702. Nas faltas, ou nos impedimentos, de uns e outros, nomearão as sobreditas Mesas de Direção para celebração dos contractos, e os Juizes respectivos para as acções que se-movêrem, pessoas idoneas, que os-substituão.

Art. 703. Não apresentando os menores documento legal de sua idade, attendêr-se-ha na occasião do contracto á que elles declararem, e parecêr que tenham.

Art. 704. O documento legal da idade posteriõrmente apresentado não annullará o contracto, mas prevalecerá a idade estimada para o effeito somente da validade do contracto.

Art. 705. E' livre aos estrangeiros de maior idade ajustarem seus serviços pelos annos, que lhes-parecêr.

Art. 706. Mas os menores não poderão contractar-se por tempo, que exceda á sua maioridade, excepto se fôr necessario obrigarem-se por maior prazo.

3.ª ED.

(2) A Curadoria Geral dos Orphãos é Officio creado pelo costume sem Lei, que previamente mandasse creal-o. Sua legalidade vem de creações locais. Vid. Av. n. 115 de 27 de Abril de 1855, n. 13 de 15 de Janeiro de 1858, n. 136 de 31 de Maio de 1859, n. 328 de 29 de Julho de 1861, n. 514 de 5 de Novembro de 1862, n. 517 de 21 de Dezembro de 1863, e n. 546 de 23 de Novembro de 1869.

Av. n. 435 de 16 de Novembro de 1875 — A substituição do *Curadôr Geral dos Orphãos* é um acto de jurisdicção plena, que, só na falta do Juiz da Provedoria, e de todos os Juizes effectivos, pode exercêr o Substituto da Vara de Orphãos.

O Curadôr Geral dos Orphãos (e o de Africanos livres) será substituido por Advogados, que o Juiz dos Orphãos interinamente designar. E' o que determina o Art. 4º do Decr. n. 817 de 30 de Agosto de 1851. Repute-se esta disposição como pertencente ao subsequente Art. 702.

Art. 707. Tal necessidade póde dar-se, ou para indemnisação de despesas com elles feitas, ou se-fôrem condemnados á servir por mais tempo em pena de têrem faltado ás estipulações do contracto.

Art. 708. Em todos os contractos de locação de serviços, que se-celebrarem com os mesmos menores, designar-se-ha a parte da soldada, que devão recebêr para suas despesas. Esta nunca excederá de metade.

Art. 709. A outra parte da soldada, depois de satisfeitas quaesquer quantias adiantadas pelo locatario, ficará em deposito na mão deste, se fôr pessoa notoriamente abonada.

Art. 710. Não sendo o locatario pessoa abonada, prestará fiança idonea, por onde se-obrigue á entrega, logo que o menor acabar o tempo do contracto, e houvêr sahido da menoridade.

Art. 711. Fóra destes casos, a parte livre da soldada será recolhida ao Cofre dos Orphãos do Municipio respectivo.

Art. 712. Nos Municipios, onde houvêrem Sociedades de Colonisação reconhecidas pelo Govêrno, serão taes dinheiros guardados nos Cofres das mesmas Sociedades.

Art. 713. O locatario de serviços, que sem justa causa de-pedir o locador antes de findar o tempo do contracto, pagar-lhe-ha todas as soldadas, que este devêra ganhar, se não fôsse despedido.

Art. 714. Será justa causa para despedida :

§ 1.º Doença do locador, que o-impossibilite de continuar na prestação dos serviços :

§ 2.º Condemnação do locador á pena de prisão, ou á qual-quer outra, que o impeça de prestar serviços :

§ 3.º Embriaguêz habitual do locador :

§ 4.º Injuria feita pelo locador á seguridade, honra, ou fazenda, do locatario; sua molhér, filhos, ou pessoa de sua familia :

§ 5.º Se o locador, tendo-se ajustado para serviço determinado, mostrar-se imperito no desempenho de tal serviço.

Art. 715. Nos casos dos §§ 1º e 2º do Art. antecedente, o locador despedido, logo que cesse de prestar o serviço, será obrigado á indemnisar o locatario da quantia, que lhe-devêr.

Art. 716. Nos outros casos, pagar-lhe-ha tudo, quanto devêr; e se não pagar logo, será immediatamente preso, e condemnado á trabalhar nas obras publicas por todo o tempo necessario para satisfação, tanto da divida, como das custas do processo. Applicar-se-ha á esse fim o producto liquido dos jornaes.

Art. 717. Não havendo obras publicas, em que possa trabalhar por jornal, será condemnado á prisão com trabalho por todo tempo, que faltar para complemento do contracto; não podendo, todavia, a condemnação excedêr de dois annos.

Art. 718. O locador, que sem justa causa se-despedir, ou ausentar antes do tempo do contracto, será preso onde quer que seja achado.

Art. 719. Não será solto o locador, emquanto não pagar em dôbro tudo quanto devêr ao locatario, com abatimento das soldadas vencidas.

Art. 720. Se não tivêr com que pagar, servirá ao locatario de graça todo o tempo. que faltar para complemento do contracto.

Art. 721. Se tornar á ausentar-se, será preso, e condemnado na conformidade dos Arts. antecedentes.

Art. 722. Será justa causa para rescisão do contracto por parte do locador :

§ 1.º Faltando o locatario ao cumprimento das condições estipuladas no contracto :

§ 2.º Se o locatario fizér algum ferimento na pessoa do locador, ou injuria-lo na honra de sua molhér, filhos, ou pessoa de sua familia :

§ 3.º Exigindo o locatario do locador serviços não comprehendidos no contracto.

Art. 723. Rescindindo-se o contracto por alguma das três sobreditas causas, o locador não será obrigado á pagar ao locatario qualquer quantia, de que lhe-seja devedor.

Art. 724. O locatariõ, findo o tempo do contracto, ou quando este se-rescinda por justa causa, é obrigado á dar ao locador um attestado de estar quite do seu serviço.

Art. 725. Se o locatario recusar passar esse attestado, será compellido á fazêl-o pelo Juiz de Paz do Districto.

Art. 726. A falta deste titulo será razão sufficiente para presumir-se, que o locador ausentou-se indevidamente.

Art. 727. Toda a pessoa, que admittir, ou consentir em sua casa, fazendas, ou estabelecimentos, algum estrangeiro obrigado á outrem por contracto de locação de serviços, pagará ao locatario o dôbro do que o locador lhe-devêr.

Art. 728. Outrosim não será admittido á allegar qualquer defeza em Juizo sem depositar a quantia, á que fica obrigado, competindo-lhe o direito de havê-la do locador (3).

3.ª ED.

(3) Pode-se pois nos respectivos contractos estipular, posto que abundantemente, para este caso do Art. 728, como para os dos Arts. 730 e 741, a *clausula depositaria*. Vid. Not. ao Art. 389 § 2º *supra*.

Art. 729. Se alguém alliciar para si, directamente, ou por interposta pessoa, algum estrangeiro obrigado á outrem por contracto de locação de serviços, pagará ao locatario o dôbro do que o locador lhe devêr, com todas as despezas, e custas, á que tivêr dado causa.

Art. 730. Do mesmo modo esse alliciadôr não será admittido em Juizo á allegar sua defeza; sem que faça prêvio deposito.

Art. 731. Se não depositar, e não tivêr bens, será logo preso e condemnado á trabalhar nas obras publicas por todo o tempo necessario para satisfação do locatario.

Art. 732. Não havendo obras publicas, em que possa sêr empregado á jornal, será condemnado á prisão com trabalho por dois mezes á um anno.

Art. 733. Os que alliciem para outrem serão condemnados á prisão com trabalho por todo o tempo, que faltar para cumprimento do contracto do alliciado; comtanto, porém, que a condemnação nunca seja de menos de seis mezes, nem exceda de dois annos.

Art. 734. O conhecimento de todas as acções derivadas de contractos de locação de serviços, celebrados na conformidade do presente Cap., será da privativa competencia dos Juizes de Paz do fó.o do locatario.

Art. 735. Estas acções se-decidirão summariamente em audiencia geral, ou particular, para o caso; sem outra fórmula regular de processo, que não seja a indispensavelmente necessaria para as partes allegarem, e provarem, em termo breve seu direito.

Art. 736. Os Juizes de Paz podem admittir a decisão por arbitros na sua presença, quando alguma das partes a reque-

rêr, ou elles a-julgarem necessaria por não sêrem liquidas as provas.

Art. 737. Das sentenças dos Juizes de Paz haverá unicamente recurso de appellação para o respectivo Juiz de Direito (4).

Art. 738. Onde houver mais de um Juiz de Direito o recurso será para o da primeira Vara, e na falta deste para o da segunda, e successivamente para os que se-seguirem (5).

Art. 739. O recurso de revista só terá logar naquelles casos, em que os réos fôrem condemnados á trabalhar nas obras publicas para indemnisação das locatarios, ou á prisão com trabalho.

Art. 740. Nenhuma acção derivada de locação de serviços será admittida em Juizo, se não for logo acompanhada do titulo do contracto.

Art. 741. Se fôr de petição de soldadas, o locatario não será ouvido, sem que tenha depositado a quantia pedida; mas esta não será entregue ao locador, ainda mesmo que preste fiança, senão depois da sentença passada em julgado.

(4) Cit. Lei de 11 de de Outubro de 1837 Art. 15, que não declara o termo, em que se-póde appellar. A opinião mais seguida é, que esse termo é de oito dias *ad instar* das appellações criminaes—Regul. n. 120 de 31 de Janeiro de 1842 Art. 451.

3.ª ED.

Sobre esta especialidade não vejo alteração na Lei da Ref. Jud. n. 2033 de 20 de Setembro de 1871, nem no seu Regul. n. 4824 de 22 de Novembro de 1871.

3.ª ED.

(5) Sobre a ordem das substituições dos Juizes de Direito regem hoje a citada Lei da Ref. Jud. de 1871 Art. 1.º, e o seu Regul. do mesmo anno Cap. 1.º

CAPITULO X

Da sociedade

Art. 742. Contracto de sociedade é o que duas, ou mais pessoas, fazem entre si, pondo em commum todos os seus bens, ou parte delles, para fim de maior lucro (1).

(1) Ord. L. 4° T. 44 princ. E' da essencia das sociedades, que cada um dos socios coutribua para seu capital com alguma quota; ou esta consista em dinheiro, ou em effeitos e qualquer sorte de bens, ou em trabalho ou industria—Art. 287 do Cod. do Com.

Os socios devem entrar para o fundo social com as quotas, e contingentes, á que se-obrigarem—Decr. n. 2711. de 19 de Dezembro de 1860 Art. 44.

E' impossivel estar em sociedade, sem que se-esteja em communhão; mas pôde-se estar em communhão, sem estar em sociedade. Assim costumão dizêr os Escriptôres, mas, se, constituída a sociedade, ha uma *pessoa moral* distincta dos socios, que a compoem, e tendo portanto seu patrimonio, que vem á ser a totalidade das entradas sociaes consistentes em bens; como concebêr esse patrimonio, suppondo-se ao mesmo tempo que os socios estejam em communhão de bens?

A definição do nosso têxto é completa no ponto de vista do que pôde ser objecto do contracto de sociedade, pois que comprehende a *sociedade universal* (de todos os bens dos socios), e a *sociedade particular* (sômente de parte dos bens); porém não é completa no ponto de vista dos fins, que o contracto de sociedade pôde têr. A definição indica sômente *fins pecuniarios* (caso mais frequente dos contractos de sociedade, sobre que legislou o Direito Romano, e legislaõ todos os Codigos modernos); mas o contracto de sociedade pôde têr por fim qualquer utilidade publica, ou particular, não apreciavel em dinheiro, e as sociedades desta especie são tambem regidas pelo Direito Civil. O contracto de sociedade, qualquer que seja seu fim, é contracto *bilateral perfeito, oneroso, e consensual*. O Art. 329 do Cod. do Com. bem indica, que é contracto *consensual*, quando diz—que as obrigações dos socios começão da data do contracto, ou da época nelle designada. O cit. Decr. de 19 de Dezembro de 1860 Caps. 4° á 9° tem regulado as sociedades na vasta comprehensão de todos os seus fins possiveis.

Art. 743. A sociedade póde sêr contractada por *tempo determinado*, ou *indeterminado* (2).

Art. 744. Será nullo todo o contracto de sociedade, que se propozér á fins illicitos, e reprovados (3).

3.ª ED.

Regul. n. 4355 de 17 de Abril de 1869 Art. 4º n. 6º, e n. 5581 de 31 de Março de 1874 Art. 23 n. 6º São isentos do imposto de transmissão os *contractos de sociedade*, não havendo transmissão de *bens* entre os socios. O de 1874 eliminou com razão o final do de 1869 — e outras pessoas —, sem applicação á *contractos de sociedade*; porém sem razão deixou ficar a palavra — *bens* —, porque o impôsto só cahe sobre *immovets* nesta transmissão *inter vivos*.

« Esta sociedade (Dig. Brazil. 3º Vol. pag. 69 Not. 1ª) se presume entre amigos, ou irmãos, que vivem juntos em casa, praticando actos sociaes, excepto algum delles menor. »

Tal é o modelo da *sociedade civil*, sociedade *inter amicos*; que, segundo as noções do Direito hoje em voga, é uma *communhão de bens*. Confunde-se porisso a *communhão* com a *sociedade*.

(2) Ord. L. 4º T. 44 princ. (Art. 302 § 6º do Cod. do Com.)

A sociedade é de *tempo determinado*, quando sua duração fôr subordinada ao vencimento de um prazo, ou ao cumprimento de uma condição; embora neste ultimo caso não se-possa prevêr a época, em que a condição se-cumprirá. Em todos os outros casos, a sociedade é de *tempo indeterminado*, e por tal se-reputa a *sociedade perpetua*; iste é, contractada para durar, emquanto vivêrem os socios. Como, quando as partes não determinão o tempo da duração da sociedade, entende-se, que esta é de tempo indeterminado, e que portanto cada um dos socios póde renuncia-la á seu arbitrio (Art. 751 § 2º *infra*, e Cod. do Com. Art. 335 n. 5º); segue-se, que não se-deve recusar o registro de uma sociedade commercial, por não determinar o contracto della o tempo de sua duração, como aliás exige o Art. 302 n. 6º do cit. Cod.

(3) Cit. Ord. L. 4º T. 44 § 3º. É da essencia das companhias, e sociedades, que seu objecto, e o fim á que se propoem, seja licito—Art. 287 do Cod. do Com.

Art. 745. Quando a sociedade fôr de todos os bens, o dominio, e a posse, dêstes communica-se. dêse logo entre os socios sem dependencia de tradição real (4).

Vid. cit. Decr. n. 2711 de 19 de Dezembro de 1860 Art. 9º n. 1º; Art. 27 regra segunda, e Arts. 33 e 34. Ahi reputa-se sociedade illicita, a que tem por fim monopolisar os generos de primeira necessidade, ou qualquer ramo de commercio; e recommenda-se (Art. 34), que as Autoridades Policiaes observem o disposto nos Arts. 282, 283, e 284, do Cod. Pen. sobre as sociedades secretas, etc.

3.ª ED.

Av. n. 232 de 11 de Julho de 1874—Quando o fim da sociedade fôr o monopólio da carne vêrde, a providencia neste caso depende da Camara Municipal, á quem o Chefe de Policia deverá representar sobre a conveniencia de uma postura, de accôrdo com o Art. 66 § 8º da Lei do 1º de Outubro de 1828, que prohibe as colligações de mercadôres destinadas á afastar a concurrencia, e elevar arbitrariamente o preço dos generos de primeira necessidade.

A' este Av. precedeu a Resolução de 18 de Abril do mesmo anno com o parecer da Secção de Justiça do Conselho d'Estado, que achar-se-ha na Revista—*Direito*—Vol. 5º pag. 353 á 366. Essa Resolução é muito luminosa, deve ser lida, já porque caracteriza a sociedade em conta da participação em relação á sociedade anonyma; já porque trata das medidas á tomar contra mercadôres, que se-colligão para augmentar o preço dos generos de primeira necessidade.

(4) Cit. Ord. L. 4º T. 44 § 1º. Entende-se havêr tradição tacita. As escripturas publicas, ou particulares, dos contractos de sociedade pagão sêllo proporcional na razão do respectivo capital—Regul. n. 681 de 10 de Julho de 1850 Art. 7º n. 2º.

Regul. n. 2713 de 26 de Dezembro de 1860 Art. 6º ns. 2º e 5º, e Decr. n. 3139 de 13 de Agosto de 1863 Arts. 9º e 10º. Os titulos de companhias com licença do Govêrno tambem pagão novos e velhos direitos—Lei de 30 de Novembro de 1841, Tabella § 35, Ordem de 17 de Agosto de 1847, 25 de Setembro do mesmo anno, Circ. de 6 de Outubro de 1859, e Av. de 3 de Novembro do mesmo anno. Declara esta Circ. de

Art. 746. Nesta especie de sociedade communica-se tambem entre os socios quanto depois do contracto cada um delles adquirir por qualquer titulo (5).

Art. 747. Quando a sociedade não fôr de todos os bens, mas de parte delles, ou tivér por fim negocio determinado ; somente communica-se entre os socios quanto cada um adquirir por seu trabalho, ou industria, na empreza social (6).

1859, què os Tribunaes de Commercio não devem registrar os estatutos das sociedades autorizadas pelo Govêrno, sem que se-tenha pago os novos e velhos direitos.

O Art. 745 *supra*, assim como o Art. 746, tratao da sociedade universal de bens — *societas universorum bonorum* —, qual a sociedade conjugal, quando o regime do casamento é o da communhão legal ; mas além desta sociedade universal, ha a de ganhos — *societas universorum quæ ex quæstu veniunt* —. A sociedade universal é sempre *civil*, porque as sociedades commerciaes são sempre particulares, como resulta do Cod. do Com. Art. 302 n. 4º, determinando, que o contracto social designe a quota, com que cada um dos socios entra para o capital. Tal designação é essencial, e sem ella o instrumento social não deve sêr registrado nos Tribunaes de Commercio.

3.ª ED.

Regul. n. 4505 de 9 de Abril de 1870 Art. 1º—*Contractos de sociedade* são sujeitos ao sêllo proporcional (Regul. n. 4354 de 17 de Abril de 1869 Art. 1º.)

(5) Ord. L. 4º T. 44 § 1º. As sociedades universaes são hoje raras.

(6) Cit. Ord. L. 4º T. 44 § 2º.

Aqui se-trata das *societades particulares* em contraposição ás *societades universaes*. Em que casos as sociedades particulares se-devem reputar *civis* ou *commerciales*? Não se-pense, que as sociedades reguladas no Cod. do Com. são sempre *commerciales*, pois que tambem podem sêr *civis*, como se-deixa vêr do Decr. n. 2711 de 19 de Dezembro de 1860, ao menós quanto ás sociedades *anonymas*.

As especies de sociedade, reguladas no Cod. do Com., são modalidades do contracto de sociedade, exprimem diversos

modos de existencia das sociedades. O que distingue a sociedade civil da commercial é unicamente seu *fin definitivo*. São commerciaes todas as sociedades, que tiverem por fim definitivo a profissão do commercio, ou o exercicio de qualquer *acto commercial*. As sociedades civis tambem podem sêr *em nome colectivo, em commandita, em conta de participação, de capital e industria*. Por outro lado, a sociedade commercial pôde não ser de alguma dessas especies, pôsto que, não o-sendo, seja necessariamente uma *sociedade collectiva*, e com responsabilidade solidaria de todos os socios para com terceiros. É o que resulta dos Arts. 304, 305, e 306, do Cod. do Com. *Sociedade collectiva* quer dizêr aquella, em que compete á todos os socios, e por todos reputa-se exercido, o podêr de administrá-la; á não constar que, para exercê-lo, nomearão um ou mais mandatarios, socios ou não socios.

A nossa legislação civil é omissa sobre a fórma e prova dos contractos de sociedades civis, exceptuadas as anonymas reguladas hoje pelo cit. Decr. de 19 de Dezembro de 1860. Será essencial a fórma escripta, como exige o Art. 300 do Cod. do Com. para as sociedades commerciaes, exceptuada a sociedade em conta de participação? Entendo, que a fórma escripta é essencial, sempre que as sociedades civis fôrem das mesmas especies, para as quaes o Cod. do Com. a-exige; não assim, quando não fôrem dessas especies, quando não tiverem firma social; casos, em que domina a regra do Alv. de 30 de Outubro de 1793, consolidada no Art. 368 *supra*. Deverão porém os contractos de sociedades civis ser registrados, quando ellas fôrem das especies, que o Cod. do Com. manda registrar? A razão é a mesma, porém não é possível registrar nos Tribunaes de Commercio contractos de sociedades civis.

Aproveitarei a occasião para firmar a verdadeira intelligencia do Cod. do Com. Art. 303, de que os nossos Juizes e Tribunaes tem feito resultar consequencias iniquas. As acções, que esse Art. 303 do Cod. veda aos socios entre si, e contra terceiros, se não fôrem logo acompanhadas do instrumento probatorio da sociedade, não são todas as acções indistinctamente, mas só aquellas, que não tiverem outra causa possível senão a existencia de uma sociedade. É o que bem se-conhece pelas palavras do citado Art.—*que fundar sua intenção na existencia da sociedade*—. E na verdade, se estas palavras distinguem certas acções dos socios entre si, ou dos socios contra terceiros, como é possível entendêr, que os socios estão

Art. 748. Lucros illicitos, adquiridos por um dos socios, não se-communicação com os outros socios (7).

Art. 749. Tendo havido comunicação de lucros illicitos, cada um dos socios fica obrigado á restituir o que delles recebeu, se o socio delinquente fôr condemnado á restituição (8).

Art. 750. Os socios, que recebêrem lucros illicitos, tendo sciencia do crime, serão considerados complices, e incorrerão nas penas da Lei (9).

privados de demandar-se reciprocamente pela restituição dos bens de suas entradas sociaes, pela partilha de lucros havidos em commum, e de demandar á terceiros para pagamento de dividas? Quando não exista sociedade legalmente constituida, ou contractada em fórmula legal, existio todavia uma *sociedade de facto*,—*uma communhão de bens ou de interesses*; e ahí temos uma causa juridica das acções, embora não tenhamos a existencia legal de uma sociedade. Por outra, o Art. 303 do Cod. do Com. prohibe, que sem o instrumento social registrado se-venha demandar em Juizo efeitos futuros do contracto de sociedade, por exemplo, para que um socio realise a promettida entrada social; porém não veda, que se-demande em Juizo por efeitos já produzidos, ou pelo que respeita ao passado. A não ser assim, autorisava-se a usurpação de bens alheios. Esta é a doutrina de todos os Escriptôres Francêzes sobre o contracto de sociedade, doutrina tendo por si a boa razão, e mesmo o simples bom senso.

3.º ED.

Continuar-se-ha no projectado Comm. do Cod. do Com. sobre a verdadeira intelligencia do seu Art. 303.

(7) Ord. L. 4º T. 44 § 3º.

(8) Cit. Ord. L. 4º T. 44 § 3º. Serão obrigados á satisfação, pôsto que não sejam delinquentes, os que gratuitamente tiverem participado dos productos do crime até a concurrente quantia—Art. 28 § 2º do Cod. Pen. (Art. 807 *infra*)

(9) Ord. L. 4º T. 44 § 3º, em harmonia com o Art. 6º § 1º do Cod. Pen. Em tal caso, cada um dos delinquentes fica solidariamente obrigado á satisfação do damno causado—Art. 27 do Cod. Pen. (Art. 806 *infra*)

Art. 751. São por conta da sociedade todas as despesas, que se-fizerem em beneficio della (10).

Art. 752. As despesas particulares dos socios serão por conta daquelle, que as-fizér, ainda que occasionadas por acontecimento em serviço da sociedade (11).

Art. 753. Os socios tem direito á indemnisação das pêrdas e damnos, que soffrêrem em seus bens por motivo dos negocios sociaes (12).

Art. 754. Ainda que a sociedade já esteja dissolvida não cessa sua responsabilidade para com terceiros pelas dividas, que houver contrahido (13).

(10) Cit. Ord. L. 4º T. 44 § 11.

(11) Cit. Ord. L. 4º T. 44 § 11.

(12) Cit. Ord. L. 4º T. 44 § 10.

(13) Cit. Ord. L. 4º T. 44 § 10. (Arts. 329, 346, e 349, do Cod. do Com)

As disposições destes Arts. do Cod. do Com., assim como as dos Arts. 292, 321, 323, e 350, sobre credores da sociedade, em concurso com os credôres particulares de cada um dos socios, são inteiramente applicaveis ás sociedades civis. Ha porém esta differença, quando as sociedades civis não são em nome collectivo, ou os socios não estipularão responsabilidade solidaria para com terceiros; cada um dos socios só fica obrigado por sua *parte viril*, e não pelo pagamento de toda a divida. Isto quer dizêr, que o pagamento de cada uma das dividas divide-se pelos socios em partes iguaes—*pro numero virorum*—. Vid. Regul. Com. n. 737 de 25 de Novembro de 1850 Arts. 492 § 8º, 497, 498, 499, 529 § 10, 530 § 6º, e 531 § 1º.

34 ED.

A ultima distincção da Not. *supra* foi transcripta por Orlando Cod. Com. pag. 109.

Art. 755. A partilha dos lucros e pèrdas será feita pelo modo estipulado no contracto (14).

Art. 756. Se não houve estipulação sobre o modo da partilha, entenlêr-se-ha, que todos os socios devem têr partes iguaes (15).

(14) Ord. L. 4° T. 44 § 9°. O acto social deve contêr a designação da parte, que cada um dos socios terá nos lucros e pèrdas—Art. 302 § 4° do Cod. do Com.

(15) Cit. Ord. L. 4° T. 44 § 9.º Nas sociedades commerciaes rege o disposto no Art. 330 do Cod. do Com.— Os ganhos e pèrdas são communs á todos os socios na razão proporcional dos seus respectivos quinhões no fundo social, salvo se outra cousa fôr expressamente estipulada no contracto. *Quid, á respeito do socio de industria?*

Diz o Art. 319 do cit. Cod., que, em falta de estipulação, o socio de industria terá direito á uma quota de lucros igual á que fôr estipulada em favôr do socio capitalista de menor entrada. Isto presuppõe, que ha dois ou mais socios capitalistas, e as suas entradas são desiguaes; porém resta a duvida, quando só houver um socio capitalista, ou quando as entradas dos socios capitalistas fõrem iguaes.

Farei uma advertencia importante. Não ha *sociedade de capital e industria* no sentido especial desta denominação, só pelo facto de havêr um ou mais socios de industria, e outro ou outros socios capitalistas. A sociedade pôde sêr em nome colectivo, ainda que algum dos socios seja de industria, como dá claro á entendêr o Cod. do Com. no Art. 318. Não havendo firma social, o socio de industria é gerente, caixeiro, ou administrador. É locador de serviços, que, em vêz de recebêr salario certo, tem só direito á uma retribuição eventual; á uma quota de lucros, se lucros houverem.

3.ª ED.

Regul. n. 4355 de 17 de Abril de 1869 Art. 4º n. 7º, e n. 5581 de 31 de Março de 1874 Art. 23 n. 7º — São isentos do imposto os actos, que fazem cessar entre socios a *indivisibilidade dos bens communs*, salva a disposição sobre tornas ou reposições em partilhas.

A *indivisibilidade dos bens communs*: Dizêr incongruente por varios motivos, e substituivel ao menos pelo de—*indivi-*

são dos bens communs— Não bastaria isentar as *partilhas entre socios?*

Salva, etc.: Referencia ao Art. 23 n. 3º, sobre o qual parecem recebíveis as observações da Not. ao Art. 596 § 6º *supra*. Melhór referio-se o Regul. de 1869 aos Artigos das Sizas Cap. 6º § 4º.

A Ord. n. 34 de 28 de Janeiro de 1857 bem se-houve neste assumpto, reconhecendo podêr variar a solução dos casos, e acertadamente decidindo o vertente assim:— Sendo os bens propriedade da sociedade, que os-adquirio em seu nome, não se-dá transferencia de dominio, quando, dissolvida a sociedade, são partilhados os respectivos fundos, recebendo cada socio a importancia de seu capital em bens, que possuia em commum. (Veja-se a Not. da 2.ª Ed. ao Art. 596 § 6º *supra*.)

Mal se-houve porém a Decis. n. 331 de 17 de Novembro de 1870, porque equiparou á torna entre herdeiros a compra por dois delles em commum da parte indivisa de sua irmã condolina; e apoiando-se no Cap. 6º § 4º dos Artigos das Sizas, que ao inverso resolve sêr caso de—*verdadeira venda*—! O caso deste Av. é de partilha feita sem torna, sahindo-se de uma *communhão negativa* para uma *communhão positiva*; por outra, de uma *communhão pro indiviso*, para uma *communhão pro diviso*. O caso deste Av. é o de contracto posterião á partilha sem torna, pelo qual cessou a *communhão positiva* sem havêr *divisão*.

Regul. n. 4505 de 9 de Abril de 1870 Art. 1º — Escripturas publicas e particulares de *dissolução de sociedade* não são sujeitas á sello proporcional (Regul. n. 4354 de 17 de Abril de 1869 Art. 1º.)

O caso de sociedades dissolvidas antes de sua partilha é semelhante ao de casaes indivisos antes de sua partilha por divorcio ou nullidade (Art. 158 *supra* Consolid.), e ao de heranças indivisas. Neste aspecto pode-se dizêr (Not. ao Art. 742), que não ha sociedade sem *communhão*. Não pá-gão sello proporcional, nem os contractos de dissolução de sociedades, nem os da ulterião partilha social.

Decis. (na Revista—*Direito*—vol. 1º pag. 74) de 30 de Junho de 1873 — Nas dissoluções parciaes das sociedades cobra-se o sello sómente da parte, que é separada do dominio commum, e transferida para o socio, que se retirar.

Art. 757. E' illicito, e reprovado, o pacto de todo o lucro pertencêr á um dos socios, sem que participe da pêrda (16).

Art. 758. A sociedade dissolve-se :

§ 1.º Pela morte de qualquer dos socios (17) :

(16) Ord. L. 4º T. 44 § 9º, Art. 288 do Cod. do Com. É o que se-chama—*sociedade leonina*.

Diz mais o Art. 43 do cit. Decr. de 19 de Dezembro de 1860:—É nulla a sociedade, ou companhia, em que se-estipular, que a totalidade dos lucros pertença á um só dos associados, ou em que algum seja excluido; e a que desonerar de toda a contribuição nas perdas as sommas, ou effeitos, das entradas de um ou mais socios para o fundo social.

(17) Cit. Ord. L. 4º T. 44 princ., e § 4º, Art. 335 § 4º do Cod. do Com. Vid. *infra* as observações ao Art. 764, e *supra* ao Art. 653.

A sociedade não se-dissolve pelo fallecimento da molhér de qualquer dos socios, ainda que os herdeiros sejam menores; continúa com o viuvo, ficando reservado para sobrepartilha do casal o que elle viêr á recebêr da partilha social em tempo proprio.

A incapacidade civil, que sobrevem á qualquer dos socios por alienação mental, e declaração judicial de fallencia (Cod. do Com. Art. 355 n. 2º), está no mesmo caso do fallecimento, e dissolve a sociedade. Não está porém no mesmo caso a incapacidade civil superveniente pelo facto do casamento da molhér socia, e esta passa á ser representada por seu marido.

Pôstoque a sociedade se-dissolva pela morte de qualquer dos socios, são validos e obrigatorios para os herdeiros do socio fallecido, e para os outros socios, os actos e contractos sociaes, que se-tenhão feito antes da noticia da morte, ainda que o resultado delles não seja vantajoso.

3.ª ED.

« Mas em todo o caso (Dig. Brazil. 3º Vol. pag. 69 Not. 2) passa á viúva, como consócia do marido. »

Ou não percebo esta asserção, ou ella é inexacta. A sociedade não se-dissolve pelo fallecimento da molhér de qualquer dos socios, como diz a Not. *supra*; mas dissolve-se pelo fallecimento do marido, ficando a molhér sobrevivente em com-

§ 2.º Pela renuncia de um delles, quando a sociedade fór de tempo indeterminado (18).

Art. 759. Não obstante a renuncia, o socio não ficará des-obrigado, se a-fêz de má fé para aproveitar a época do lucro (19).

Art. 760. Também não é admissivel a renuncia, quando fór intempestiva em prejuizo da sociedade (20).

Art. 761. Em qualquer destes dois casos de renuncia, o socio renunciante deve indemnizar os prejuizos, á que dêr causa ; e partilhará com os outros socios os lucros, que tivér, ou a sociedade podéra têr, se elle não se-despedisse (21).

Art. 762. A sociedade por tempo determinado não se-póde renunciar, salvo se para isso houver justa causa (22).

Art. 763. São justas causas para renúncia :

§ 1.º A falta de cumprimento das estipulações sociaes (23):

§ 2.º A má indole, ou condição desabrida, de qualquer dos socios (24):

§ 3.º O arresto, ou a pèrda, da cousa, que era objecto da sociedade (25):

munhão com o socio ou socios sobreviventes. Para com ella continuar a sociedade, assim póde ulteriormente convencionar, não havendo herdeiros ; ou assim convencionar tambem com estes, se não fõrem menores.

(18) Ord. L. 4º T. 44 § 5º, Art. 335 do Cod. do Com.

(19) Cit. Ord. L. 4º T. 44 § 6º.

(20) Cit. Ord. L. 4º T. 44 § 7º.

(21) Cit. Ord. L. 4º T. 44 § 7º.

(22) Cit. Ord. L. 4º T. 44 § 8º, Arts. 335 § 1º, e 336, do Cod. do Com.

(23) Ord. L. 4º T. 44 § 8º, Art. 336 § 3º do Cod. do Com.

(24) Cit. Ord. L. 4º T. 44 § 8º.

(25) Cit. Ord. L. 4º T. 44 § 8º, Art. 336 § 1º do Cod. do Com., e Art. 35 n. 3º do cit. Decr. n. 2711 de 19 de Dezembro de 1860.

§ 4.º A ausencia por motivo de serviço publico (26).

Art. 764. Reputa-se não escripta a clausula de a sociedade continuar com os herdeiros do socio fallecido (27).

(26) Cit. Ord. L. 4º T. 44 § 8º.

(27) Cit. Ord. L. 4º T. 44 princ.—*Censetur electa industria persona*—. Tal era o rigôr do Direito Romano, que não tem sido recebido pelo Direito moderno. O nosso Cod. do Com. Art. 308 admite, que a sociedade possa continuar com os herdeiros do socio fallecido. Ha mesmo sociedades, em que a estipulação á tal respeito seria inutil, pois que se-a-subentende pela natureza das cousas. Assim acontece—1º, na *colonia parciaria* dado o caso do Art. 654 *supra*,—2º, nas *sociedades anonymas*, ou *companhias de commercio* (Art. 295 do Cod. do Com.), que antes unem capitaes que individuos, e onde portanto a consideração das pessoas nada inflúe. O mesmo aconteceria nas *sociedades em commandita*, cujo capital fosse dividido em acções; o que pelo nosso Direito não é permittido, segundo declarou o Decr. n. 1487 de 13 de Dezembro de 1854.

O Sr. Rebouças faz observações á este Art., e á sua Not., e conclúe deste modo: « Se o herdeiro de algum socio defunto é maior, ou legitimamente emancipado, convindo aos socios sobreviventes uma nova sociedade, é com elle contrahida nas mesmas bases da dissolvida, ou alteradas ellas conforme o Art. 307 do Cod. do Com., alliando-se ao direito as conveniencias. De outra fórma não se-podem harmonisar os Arts. 308, 334, e 335 § 4º, do Cod. do Com., cujas disposições vem á sêr essencialmente as mesmas da Ord. L. 4º T. 44 princ. e § 4º, e o Direito Romano constantes das LL. 59, 63 § 8º, e 65 § 9º, Dig. *pro socio*. »

Por esta conclusão parece, que o Sr. Rebouças censura a Not. da 1.ª Edição por ter dito, que a Ord. L. 4º T. 44 princ. seguiu o rigôr do Direito Romano,—que este rigôr não tem sido recebido pelo Direito moderno;—e que o nosso Cod. do Com. Art. 308 admite, que a sociedade possa continuar com os herdeiros do socio fallecido. Engana-se o illustre censôr, como se-conhece pelas suas proprias observações.

A disposição do Art. 335 n. 4º do Cod. do Com. está de accôrdo com a Ord. L. 4º T. 44 § 4º, e com a L. 65 § 9º

Art. 765. Esta clausula só é permittida, e terá effeito, quando a sociedade versar sobre arrematação de rendas publicas (28).

Art. 766. Póde-se porém convencionar, que, no caso de fallecêr algum dos socios, a sociedade continue entre os socios sobreviventes (29).

Dig. *pro socio*, declarando licita a convenção de continuar a sociedade entre os socios sobreviventes, como está consolidado no Art. 776 *infra*. Tambem reconhece a L. 37 Dig. *pro socio*, que os socios sobreviventes podem contractar uma nova sociedade com os herdeiros do socio fallecido, o que vai de accordo com o Art. 307 do Cod. do Com. Mas a disposição do Art. 308 supõe o contrario do que está disposto na Ord. L. 4º T. 44 *princ.*, e do que dizem as LL. 35 e 59 Dig. *pro socio*. Ahi prohibe-se estipular, que a sociedade continue com os herdeiros do socio fallecido, só com excepção da sociedade dos publicanos, ou para arrematação de impostos (Consolid. Art. 765); entretanto que o Art. 308 do Cod. do Com. legisla sobre a hypothese de continuar a sociedade com os herdeiros do socio fallecido. Tal hypothese só póde sêr o effeito de uma causula do contracto social. Quando, por fallecimento de um dos socios, seus herdeiros convencionão com os sobreviventes, ha uma sociedade nova, e não uma continuação de sociedade. Esta clausula é hoje admittida por todas as legislações modernas, como se-póde vêr, por exemplo, no Art. 1868 do Cod. Civ. Franc. ; e que ella é possível, reconhece o Sr. Rebouças, quando diz. «E dada a hypothese de se-ter no contracto da sociedade convencionado, que, fallecendo algum dos socios, ella continuaria com seus herdeiros, isso mesmo só se-verificaria com os legitimamente emancipados, etc. » O Art. 334 do Cod. do Com. nada prova, porque tambem é licito convencionar no contracto social, que cada um dos socios possa livremente cedêr á um terceiro a parte, que tivér na sociedade. Esse Art. quer o expresso consentimento dos outros socios, e tal consentimento póde ser anteriôr ou anticipado.

(28) Ord. L. 4º T. 44 *princ.* Adoptou-se a unica excepção do Direito Romano sobre as sociedades dos—*publicanos*.

(29) Cit. Ord. § 4º, Art. 335 § 4º do Cod. do Com.

Do penhór

Art. 767. Podem sêr dadas em penhór cousas moveis, e immoveis (1).

(1) Ord. L. 4º T. 56 princ.—*alguma coisa movel, ou de raiz*—. A doutrina, e pratica, restringem o—*penhór propriamente dito*— aos objectos moveis. Quando os bens são immoveis, toma o nome de—*antichrese*—, se o devedor cede o gôzo delles para compensação dos juros do dinheiro emprestado. O penhór confere ao credôr um *direito real*, do mesmo modo que a hypotheca.

Sempre que o objecto fôr corporeo o penhór é possível, ainda que o objecto seja coisa fangível,—mesmo quantia de dinheiro. O Art. 273 do Cod. do Com. quando diz—*titulos da Divida Publica, acções de companhias ou empresas, e em geral quaesquer papeis de credito negociaveis em commercio*—, deve sêr entendido demonstrativamente, e não taxativamente. Todos os titulos de credito, quero dizer, os creditos de qualquer natureza corporeamente representados pelos instrumentos, de onde constão, podem sêr dados em penhór.

Esse mesmo Art. 273 do Cod. do Com. em sua segunda parte prohibe dar-se em penhor commercial escravos, e outros semoventes, o que está revogado pelo Art. 2º § 12 da novissima Lei hypothecaria de 24 de Setembro de 1864.

O contracto de penhor é *unilateral*, posto que depois de feito possa sobrevir alguma causa de obrigação para o credor pignoratício. É contracto *oneroso*, ou antes, contracto accessorio de contractos onerosos. É contracto *real*, porque não fica perfeito senão depois de ter o devedor entregado ao credor a coisa dada em penhór. Tal é o motivo da disposição do Art. 274 do Cod. do Com., que exige a tradição real, ou symbolica, do penhór pelos mesmos modos, que na tradição da coisa vendida. O Art. 6º § 6º da novissima Lei hypothecaria até admittit a tradição resultante da *clausula constituti*, dispondo:—« O penhór de escravos pertencentes ás propriedades agricolas, celebrado com a *clausula constituti*, também não poderá valêr contra credores hypothecarios, se o título respectivo não fôr transcripto antes da hypotheca. »

Como o contracto de penhor é *unilateral*, pois que repousa na obrigação inicial, em que fica o credor pignoratício de restituir a coisa recebida em penhor, paga a dívida; segue-se, que sua prova depende somente do instrumento, ou da cautela escripta, que o credor passa ao devedor para este exigir a restituição. Tal é o escripto assignado por quem recebe o penhor, de que fallão os Arts. 271 e 272 do Cod. do Com. Nada mais insensato, do que exigir-se do credor pignoratício apresentar prova escripta do contracto de penhor. Elle não tem em seu poder senão o seu instrumento creditorio, ou probatorio da obrigação do devedor, e á esse instrumento refere-se o Art. 283 do Regul. Com. n. 737. Se o devedor pignoratício, ou os representantes da sua massa fallida, não apresentão a cautela pignoratícia, a confissão do credor de ter o penhor em seu poder prova a existencia do contracto. Se essa prova não é aceita, então é irremediavel considerar de sua propriedade a coisa dada em penhor. O instrumento particular assignado pelo credor pignoratício exigido no Art. 271 do Cod. do Com. não é da essencia do contracto, é só necessario para prova delle; e dahi vem, que o contracto fica provado pela confissão judicial da parte. Quando o penhor consiste em titulos creditorios, a tradição desses titulos opera-se pela cessão, ou endosso, delles, como se fossem vendidos; mas a cautela pignoratícia, ou a confissão do credor pignoratício, desvanece o effeito apparente da cessão, ou do endosso; mostrando havêr uma constituição de penhor, e não transferencia de propriedade.

O penhór póde consistir em dinheiro, como acima disse, e assim vemos no aluguel de livros, e na entrega de objectos á contento, ou por amostra, para serem comprados; porém um penhór desta natureza não dá ao devedor credito de dominio, se o credor pignoratício vem á fallir. O credito de dominio, por titulo de penhór, de que falla o Art. 874 n. 1.º do Cod. do Com., é o direito do devedor pignoratício para reivindicar da massa fallida seu penhór, que nella se-acha; e bém se-vê, que a reivindicação é impossivel, quando trata-se de dinheiro, quando trata-se em geral de cousas fungiveis;—quando trata-se de cousas, cuja identidade não póde sêr reconhecida entre outras da mesma especie, e qualidade. Vi-lenta pois a natureza das cousas o Art. 9.º do Dec. n. 2691 de 14 de Novembro de 1860, quando determina, que os portadores ou possuidores de notas, bilhetes, e escriptos ao portador, passados pelos bancos, sejam classificados, no caso de fallencia, como

credores de dominio por titulo de deposito, conforme as regras estabelecidas pelo Art. 874 do Cod. d. Com., e conforme o disposto no Art. 1º § 6º da Lei n. 1083 de 22 de Agosto de 1860. Na mesma censura incorre um projecto apresentado pelo Sr. Senador Dias de Carvalho na sessão de 1858, convertendo creditos pignoratícios de bancos em creditos de dominio, projecto judiciosamente refutado por um esclarecido parecer da Comissão de Legislação. Póde muito o Poder Legislativo, póde dar preferencia á uma classe de credôres; mas não póde mudar a realidade das cousas, não póde considerar credôr de dominio á quem não tem dominio.

Quanto aos estabelecimentos de empréstimos sobre penhões veja-se o Decr. n. 2692 de 14 de Novembro de 1860.

De sêr o contracto de penhôr accessorio, que certamente não póde existir sem o principal, não se-segue, nem que o penhôr não possa sêr constituído antes da obrigação principal, nem que não possa sêr constituído depois della. No primeiro caso, se a obrigação principal vem á existir, o penhôr antecipadamente constituído aproveita ao credôr, e produz seus effeitos. No segundo caso, nada mais ha do que cautionar uma divida, que primitivamente foi contrahida sem caução, ou que foi contrahida sem caução sufficiente.

A nòvissima Lei hypothecaria contempla no Art. 6º a *antichrese* como um dos *onus reaes*, e quanto ao penhôr contém unicamente a disposiçào do § 6º desse Art. sobre o penhôr de escravos pertencentes ás propriedades agricolas, quando celebrado com a *clausula constituti*.

É nulla a alforria de escravos dados em penhôr sem consentimento dos credores pignoratícios.—Lei 4ª Dig. *qui et a quib. manumis.*, e L. 27 § 1º Dig.

3.ª ED

Regul. n. 4505 de 9 de Abril de 1870 Art. 1º—Págão sello proporcional papeis, que contiverem promessa ou obrigação, ainda que sob forma de *garantia*. (Neste ultimo substitutivo entrão as *cautelae de penhôr*.)

Cit. Regul. n. 4505 de 1870 Art. 10 n. 13 —Não págão sello proporcional obrigações, *cautelae de penhôr*, e todos os actos relativos ás administrações das Caixas Economicas, Montes Pios, Montes de Piedade ou de Soccôrro, Sociedades de Socorros Mutuos; e o capital dos mesmos estabelecimentos, creado na fórma da Lei n. 1083 de 22 de Agosto de

Art. 768. O penhór de bens immoveis pôde ser feito com a clausula de recebêr o credôr os rendimentos, ou fructos, até que seja pago da divida (2).

1860. (Póde-se vêr a legislação anteriôr respectiva nos Reguls., n. 4354 de 17 de Abril de 1869, n. 2713 de 26 de Dezembro de 1860, e n. 681 de 10 de Julho de 1850).

Fica sendo duvidoso (Rebouças Observ. pag. 115), se a revogação da 2ª parte do Art. 273 do Cod. do Com., decretada na Lei hypothecaria, tem por effeito podêrem sêr comprehendidos nas hypothecãs dos bens immoveis os escravos e os animaes; ou se tambem darem-se em penhór mercantil, como vem á sêr a consequencia immediata da derogação da 2ª parte do Art. 273 do Cod. do Com. »

Esta duvida não tem cabimento, porque é *absoluta* a revogação da 2ª parte do Art. 273 do Cod. Com. n. 12 e ultimo § do Art. 1º da Lei hypothecaria, e sem referencia á hypotheca de escravos e animaes do § 1º. Na *hypotheca* esses se-moventes são *accessorios* dos immoveis hypothecados, e no *penhór* são os *unicos objectos* do contracto. A revogação vai de accôrdo com o Art. 6º § 6º da mesma Lei hypothecaria, permittindo dar em penhór escravos pertencentes ás propriedades agricólas.

Reservo para o meu projectado Commentario do Cod. do Com. as objecções do Sr. Orlando pags. 100 e 101 á doutrina expendida *supra* sobre a prova do penhór, e qualidade do seu credito. Defenda-me por enquanto a vantajosa refutação do Sr. Annibal pags. 52 á 58.

Não se-póde mudar a realidade das cousas (disse eu á cima na 2ª Ed.), não se-póde considerar *credôr de dominio* á quem não tem dominio; e todavia o Art. 54 do Regul. n. 5135 de 13 de Novembro de 1872 considerou *credôr de dominio* o escravo por seu *peculio* e juro em concurso de credôres! Qual o distinctivo do dinheiro desse *peculio*?

A *penhora*, pôsto que tenha o nome de *penhór judicial*, não é *penhór*, embora se-dê tambem á este o nome de *penhór convencional*. A *penhora* é uma apprehensão judicial dos bens do devedôr executado, que ao credôr não attribue, como no *penhór*, direito de ser pago pela cousa empenhada. No concurso de *penhoras* é indifferente sua prioridade.

(2) Ord. L. 4º T. 67 § 4º. Eis a *antichrese*, que a Ord. só permittia entre o foreiro e o senhorio, e que nos mais casos

Art. 769. E' nulla a clausula de ficar o credôr com o penhôr para pagamento da divida sem avaliação alguma, ou sendo feita a avaliação pelo mesmo credôr (3).

Art. 770. E' porém licito ajustar, que o credôr possa vender o penhôr, se a divida não lhe-fôr paga no vencimento (4).

Art. 771. Do mesmo modo é licita a clausula de ficar o credôr com o penhôr pelo seu justo preço (5).

Art. 772. No caso do Art. antecedente, vencida a divida, o penhôr será avaliado por dois peritos, escolhidos por ambas as partes, e juramentados, applicando-se então ao pagamento pelo preço da avaliação (6).

Art. 773. Depois do vencimento da divida, sendo o penhôr de grande preço, e a divida pequena, ou não querendo o

vedava como *contracto usurario*. Ora, não havendo hoje o vicio da usura (Art. 1º da Lei de 24 de Outubro de 1832), a disposição da Ord. generalisa-se.

3.º ED.

Na palavra—*empenho*—o Dig. Port. L. 3º n. 1196 comprehende o *penhôr*, a *antichrese* ou *penhor antichretico*, e a *hypotheca*. E' aceitavel, senão necessaria, esta generalisação.

(3) Ord. L. 4º T. 56 princ., e § 1º.

3.º ED.

Não é nullo porém o pacto de ficar o credôr com o penhôr á elle vendido por um preço certo declarado no contracto, se a divida não fôr paga no tempo convencionado. Se o declarado preço não for justo, á ponto de haver lesão enorme, cabe o remedio da Ord. L. 4º T. 13.

(4) Cit. Ord. L. 4º T. 78 § 7º. Vid. Art. 275 do Cod. do Com.

(5) Cit. Ord. L. 4º T. 56 princ.

(6) Cit. Ord. L. 4º T. 56 princ.

credôr recebêr o pagamento ; o devedôr pôde impedir por intimação judicial a venda do penhôr, offerecendo-se logo á pagar (7).

Art. 774. Se, não obstante a intimação judicial, o credôr fizer vendêr o penhôr, o Juiz reduzirá as cousas ao seu estado primitivo (8).

Art. 775. Se fôr nulla a obrigação principal, á que o penhôr serve de garantia, tambem será nullo este contracto accessorio (9).

CAPITULO XII

Da fiança

Art. 776. A fiança é legal (1), judicial (2), ou convencional (3).

(7) Ord. L. 3º T. 78 § 7º. O Art. 278 do Cod. do Com. reputa depositario remisso o credor, que não entrega immediatamente o penhôr, quando o devedôr se-offerece á remi-lo, pagando a divida, ou consignando o preço em Juizo.

(8) Cit. Ord. L. 3º T. 76 § 7º. Sobre o processo da remissão do penhôr no Fôro Commercial veja-se o Art. 281 do Regul. n. 737 de 25 de Novembro de 1850.

(9) Ord. L. 4º T. 48 § 1º. — *Accessorium corrui, sublato principali* —.

(1) *Fiança legal* : a que a Lei determina antes de começar-se algum acto, ou antes de entrar-se na posse de alguma coisa ; como no caso da entrega dos bens do ausente (Art. 336) Ord. L. 1º T. 62 § 38, e outros semelhantes.

3.ª ED.

Av. (no Addit.) de 3 de Fevereiro de 1855 — Os Collectôres, Administradôres, Thesoueiros, e quaesquer outros empregados; responsaveis á Fazenda Publica, ou affiançados ao Thesouro Nacional, apresentem *certidões de vida de seus fiadores*, sob pena de procedêr-se ufteriormente na forma da Lei contra os mesmos affiançados ou responsaveis.

Av. n. 100 de 21 de Março de 1855 — Autorisação para fazêr extensiva ás Provincias a providencia do Av. de 3 de

Fevereiro ultimo á respeito da apresentação, no principio de cada semestre, da *certidão de vida dos fiadores* dos diversos responsaveis da Fazenda Nacional. (Vid. Nots. aos Arts. 32, 43, e 473 § 1°.)

Av. n. 322 de 8 de Outubro de 1867—A Lei n. 1237 de 24 de Setembro de 1864 Art. 3° § 6° não obriga os Thesoureiros de Corporações de *resmo-morta* á prestar *fiança*.

Av. n. 414 de 6 de Novembro de 1874—As procurações dos fiadores, para outrem por elles assignar termos de fiança, devem dar poderes especiaes á obrigar-os como fiadores, e principaes pagadores, de todo e qualquer alcance, com os juros, multas, e custas, em que os Collectores, e seus agentes, forem condemnados. (Vid. Not. ao Art. 470)

(2) *Fiança judicial*: a ordenada pelo Juiz, ou de seu officio, ou á requerimento de parte; como no caso da Ord. L. 3° T. 31, L. 4° T. 5° princ., e varios outros.

3.° ED.

Regul. n. 4505 de 9 de Abril de 1870 Art. 1°—Termos de fiança prestada em Juizo, ou em Repartição Publica, pá-gão sello proporcional.

(3) *Fiança convencional*: a dos contractos, sobre que legisla a Ord. L. 4° T. 59.

Questões derivadas de fianças convencionaes são da competencia do Poder Judicial, salvo se forem relativas á contractos celebrados com a administração da Fazenda, que tenham por objecto quaesquer rendas; e obras, ou serviços publicos, á cargo da mesma administração—Decr. n. 2343 de 29 de Janeiro de 1859 Art. 1° § 2°.

O Cod. Crim. no Art. 149 pune o Empregado Publico, que dá por fiador seu subalterno.

3.° ED.

Cit. Regul. n. 4505 de 1870 Art. 1°—Escripturas publicas, e escriptos particulares, de *fiança*; *cartas de credito*, e *abono*; pá-gão sello proporcional.

Fiança é *caução*, é *garantia*, mas a *caução* póde não sêr *fiança* (*caução fidejussoria*), porque póde sêr *caução pignoratícia*, *caução hypothecaria*, *caução juratoria*; a *garantia* póde não sêr *fiança*, porque póde sêr *endosso de credito*, que é cessão garantida, visto que o *cedente endossante* responde pelo pagamento do credito cedido ao *cessionario endossatario*.

Aval não é *fiança* (Cod. do Com. Art. 397), pôsto que a *fiança* possa dar-se por motivos semelhantes aos do *aval*.

Art. 777. Nas fianças legaes, e nas judiciaes, o fiadôr, além de têr a livre administração de seus bens, deve possuir bens de raiz livres, e desembargados, na mesma Comarca, ou no Termo, onde se-obriga (4).

Art. 778. São fiadóres legaes, e solidarios, dos arrematantes de rendas publicas, os socios presentes e futuros das arrematações, e os que nellas tiverem interesse, ainda que não assignem os contractos (5).

Art. 779. Nestas fianças as testemunhas de abonação suprem as faltas dos fiadóres (6).

(4) Ord. L. 1° T. 62 § 38, Cod. do Proc. Crim. Art. 107, Lei n. 261 de 3 de Dezembro de 1841 Art. 46, Regul. n. 120 de 31 Janeiro de 1842 Art. 303. A posse de bens de raiz sufficientes mostra-se ordinariamente por conhecimentos ou certidões da decima urbana, e nos outros casos pela exhibição dos titulos de propriedade. A prova de se-acharem livres e desembargados os bens faz-se por certidões negativas do registro das hypothecas.

Pelo facto da junccão de taes certidões negativas não se segue, que a fiança fique convertida em hypotheca. Para que os bens do fiadôr se-reputem hypothecados, é necessario, que elle tenha expressamente convencionado a hypotheca, e por escriptura publica, em conformidade do Art. 4° § 6° da novissima Lei hypothecaria. « Não só o fiadôr (palavras do Art. 2° § 7 dessa Lei) porém tambem qualquer terceiro, póde hypothecar seus bens pela obrigação alheia. »

3.º ED.

Sobre as fianças criminaes temos as alterações da Lei da Ref. Jud. n. 2033 de 20 de Setembro de 1871 Art. 14, e seu Regul. n. 4824 de 22 de Novembro de 1871 Arts. 30 á 37.

(5) Lei de 22 de Dezembro de 1761 T 2º § 31.

(6) Alv. de 2 de Junho de 1774 § 14. Assim se-tem entendido, e praticado, posto que o citado Alv. trata da arrematação de commendas, vagas, quando os arrematantes não tihão fiadôr. As fianças judiciaes são sempre prestadas o

Art. 780. A respeito da fiança prestada por homem casado sem outorga da molhêr guardar-se-ha o disposto nos Arts. 131, 132, e 133 (7).

Art. 781. As molhêres não podem sêr fiadôras, nem tomar sobre si obrigações alheias (8).

Art. 782. Quando venhão á contrahir taes fianças, e responsabilidades por factos alheios, concede-se-lhes o *beneficio de exoneração*, para que não sejam prejudicadas (9).

assignadas com duas testemunhas abonatorias, e a abonação vem á sêr *reforço de fiança*. Nas que se-prestão judicialmente (diz o Art. 258 do Cod. Com.) as testemunhas de abonação ficão todas solidariamente obrigadas na falta do fiadôr principal. *E por duas testemunhas que subsidiariamente se-obriguem*, diz a Art. 102 de Cod. do Proc. Crim.

(7) Regim. da Fazenda de 17 de Outubro de 1516 Cap. 170, e Ord. L. 4º T 60.

(8) Ord. L. 4º T. 61 princ.

Na generalidade das palavras —*nem tomar sobre si obrigações alheias*—comprehendem-se por certo as hypothecas, e penhõres por obrigações alheias.

Não se-comprehendem endossos de letras, e de outros papéis endossaveis, quando forem cessões. Assim observo, porque vulgarmente usa-se da palavra —*endosso*—para designar —*fiança*—.

(9) Ord. L. 4º T. 61 princ., e § 10. Para acabar com a celebre denominação de —*beneficio do Velleano*—, proponho a que se-acha no Art., que é bem intelligivel, e imita a dos Arts. 259 e 262 do Cod. do Com. Tal beneficio só aproveita ás molhêres solteiras, e não ás casadas, quando prestarem fianças com seus maridos. Vid. Ord L. 4º T. 60.

3^{da} ED.

« A Ord. L. 4º T. 60 (Rebouças Observ. pag. 116) não prova o asserto da Nota, nem mesmo a *contrario sensu*, dizendo, etc. »

Tanto prova, que não lhe-foi possivel demonstrar sua negativa, snmmariando apenas conclusões incontrovertidas. Se a fiança prestada pelo marido sem outorga de sua molhêr não

Art. 783. Não gozão as molhères deste beneficio :

§ 1.º Quando affiançarem promessas de dote para casamento (10) :

§ 2.º Quando enganarem o credôr, fingindo-se homens com trajos disfarçados, ou inculcando-se herdeiras do devedôr (11) :

§ 3.º Quando fôrem herdeiras de outrem, e renovarem em si a obrigação do seu antecessôr (12) :

§ 4.º Quando se-obrigarem á pagar á seus fiadôres o que estes pagarão por ellas (13) :

§ 5.º Quando fôrem herdeiras, no todo, ou em parte, daquello, á quem affiançarão (14) :

§ 6.º Quando recebêrem do devedôr affiançado a quantia, ou o objecto, da fiança (15) :

§ 7.º Quando fôrem commerciantes (16).

Art. 784. Nestes casos, em que as molhères não gozão do *beneficio de exoneração*, podem usar do *beneficio de restituição*, se fôrem menores ao tempo da responsabilidade (17).

Art. 785. O *beneficio de exoneração* concedido ás molhères não pôde sêr por ellas renunciado, salvo quando se-obri-

obriga a meação della, obriga por certo no caso contrario de têr havido outorga ; e, assim obrigando, não pôde a molhêr invocar o *beneficio do Velleano*.

(10) Cit. Ord. L. 4º T. 61 § 2º.

(11) Ord. L. 4º T. 61 § 3º.

(12) Cit. Ord. L. 4º T. 61 § 4º.

(13) Cit. Ord. L. 4º T. 61 § 4º.

(14) Cit. Ord. L. 4º T. 61 § 5º.

(15) Cit. Ord. L. 4º T. 61 § 6º.

(16) Ass. de 2 de Dezembro de 1791, Art. 27 do Cod. do Com. *in fn.*, Regul. n. 737 de 25 de Novembro de 1850 Art. 593.

(17) Ord. L. 4º T. 61 § 7º.

(18) Cit. Ord. L. 4º T. 61 § 9º, e T. 102 § 3º.

garem como Tutóras ou Curadóras de seus filhos, ou netos, em conformidade do Art. 247 (18). (Art. 390 § 2.º)

Art. 786. Não podem sêr fiadóres os Thesoureiros, Recebedóres, e Cóllectóres, da Fazenda Publica : e serão nullas as escripturas de fiança, que assignarem (19).

Art. 777. Não podem sêr fiadóres das rendas publicas os devedóres da mesma Fazenda, e todos os que se-acharem para com ella constituidos em obrigação pecuniaria (20).

Art. 788. O fiador não póde sêr demandado antes do devedôr principal, e de excutidos os bens deste, o que tambem procede nas execuções fiscaes (21).

Art. 789.—Cessa este *beneficio de ordem*, ou *excussão* (22):

§ 1.º Se o fiador expressamente o-renuncia (23)

§ 2.º Se, posto que não o-renunciasse expressamente, obrigou-se como *principal pagadór* (24):

(19) Regim. de 17 de Outubro de 1516 Cap. 196. Porque (se diz) enquanto assim fôrem nossos officiaes, sempre seus bens queremos, que nos-sejão obrigados.

3.ª ED.

« Das palavras, que exhibe a Nota (Rebouças Observ. pag. 18), o que conclue é a sançção de uma *hypotheca legal*. »

Tas palavras exhibi para vêr-se a razão do prohibido no texto. Por causa da *hypotheca legal* da Fazenda Publica nos bens de seus Thesoureiros, etc., prohibio-se-lhes sêrem fiadóres.

A prohibição está nestas palavras:—*nem sejão fiadóres de nenhumas pessôas, etc.* »

Sobre as fianças concernentes á *hypotheca legal* dos responsaveis para com a Fazenda Publica, veja-se a legislação citada ao Art. 1272 § 1.º *infra*.

(20) Decr. de 3 de Agosto de 1790.

(21) Ord. L. 4º T. 59 princ., e T. 61 § 8º. Quanto ás execuções fiscaes—Ord. L. 2º T. 52. § 4º.

(22) Tambem se-lhe-dá o nome de *beneficio* ou *excepção de discussão*.

(23) Cit. Ord. L. 4º T. 59 § 2º.

(24) Ord. L. 4º T. 59 § 3º.

§ 3.º Se, tendo negado a qualidade de fiadôr, fôr della convencido (25) :

§ 4.º Se se-provar, que o devedôr nada tem, por onde satisfaça (26) :

§ 5.º Se o devedôr estiver ausente do Termo de seu domicilio (27) :

§ 6.º Nas fianças commerciaes (28) :

§ 7.º Nas fianças de rendas publicas (29).

Art. 790. No caso do § 5º do Art. antecedente o fiadôr poderá requerêr a concessão de um prazo razoavel para fazêr citar ao devedor, e trazê-lo á Juizo (30).

(25) Ord. L. 4º T. 59 § 1º.

(26) Cit. Ord. L. 4º T. 59 princ.

(27) Cit. Ord. L. 4º T. 59 princ.

(28) Não se-pôde autorisar esta disposição com o Art. 258 do Cod. do Com., porque a palavra—*solidaria*—ahi empregada indica a obrigação de pagar o total da divida, quando ha mais de um fiadôr; mas o Art. 261 suppõe, que o fiadôr pôde sêr executado de preferencia ao devedôr originario.

Veja-se o Art. 591 do Regul. Com. n. 737.

3.ª ED.

Attenderei no Comment. do Cod. do Com. ao trabalho transcripto no *Direito Rev.* de 1874 pag. 169 sob este quesito :—Os fiadôres commerciaes gozão do beneficio de ordem ?—

(29) Assim se-tem entendido a Lei de 22 de Dezembro de 1761 T. 2º § 31, depois que o Decr. do 1º de Setembro de 1779 tornou á admittir as fianças. Antes não era assim, como vê-se no Regim. de 1516 Caps. 112, e 173.

Contesta o Sr. Rebouças (Observações á este Art. § 7º) a intelligencia, que se-tem dado á Lei de 22 de Dezembro de 1761 § 31. Não justifiquei tal intelligencia, apenas a-indiquei. Este privilegio da Fazenda Nacional, attestado por tantos exemplos, abona-se com as Instr. de 31 de Janeiro de 1821 Art. 16, e com o Man. do Proc. dos Feitos §§ 93 e seguintes.

(30) Ord. L. 4º T. 59 princ.

Art. 791. Sendo dois, ou mais, os fiadores, não poderão allegar o *beneficio de divisão*; e cada um delles fica *in solidum* obrigado, e sujeito á sêr demandado por toda a divida (31). (Art. 390 § 4.º)

Art. 792. Podem porém os co-fiadores prevenir no contracto a parte, pela qual fica obrigado cada um delles (32).

Art. 793. Nas fianças judiciaes o credôr pôde executar o fiadôr pela mesma sentença, que obtivér contra o devedôr (33).

Art. 794. O fiadôr judicial goza do mesmô beneficio, que pelo Art. 788 é concedido aos fiadores dos contractos (34).

(31) Ord. L. 4º T. 59 § 4º, (Art. 258 do Cod. do Com., Regul. n. 737 de 25 de Novembro de 1850 Art. 592).

3.ª ED.

As obrigações *in solidum* são as *obrigações solidarias*, isto é aquellas, em que dois, ou mais, *co-devedôres* estão obrigados á pagar a divida por inteiro á escolha do credôr. *Devedôres solidarios* são esses *co-devedôres*, ou *devedôres principaes*, ou *co-fiadores*, como no caso do nosso Art. 791. *Credôres solidarios* são dois, ou mais, credôres de uma só divida, com direito cada um de cobral-a por inteiro. D'ahi o substantivo generico — *solidariedade*—, que distingue-se em — *solidariedade passiva*—, designando a dos *co-devedôres*; e — *solidariedade activa*—, designando a dos *concredôres*.

Aos *co-obrigados solidariamente* dá-se o nome de — *co-réos debendi*—.

O Art. 806 *infra* contem um caso de *obrigação solidaria* constituída pela Lei.

(32) Cit. Ord. L. 4º T. 59 § 4º.

(33) Ord. L. 3º T. 92, e T. 86 § 3º.

Nisto o fiadôr judicial se-distingue do fiadôr do contracto, visto que este não pôde sêr executado pela sentença proferida contra o principal devedôr, porém deve sêr préviamente ouvido e condemnado.

(34) Cit. Ord. L. 3º T. 92, e T. 86 § 4º—*não lhe-achando á elle logo bens*—.

Art. 795. Estando ausente o devedôr, se o fiadôr mostrar bens desembargados, e sufficientes para o pagamento, nesses bens correrá a execução, e ficará livre o fiadôr (35).

Art. 796. Pagando o fiadôr, fica subrogado no direito e acção do credor para havêr do devedôr a quantia paga com todas as pérdas e interesses (36).

Art. 797. Todas as vezes que a obrigação principal fór nulla, será tambem nulla a obrigação accessoria do fiadôr (37).

TITULO III

DO DAMNO, E ESBULHO

Art. 798. Todo o delinquente está obrigado á satisfazer o damno, que causar com o delicto (1).

(35) Cit. Ord. L. 3º T. 92.

(36) Cit. Ord. L. 3º T. 92 *in fin.* Não diz a nossa Lei positivamente, que a *cedencia* se-opéra *ipso jure*, porém na pratica nunca a *cedencia expressa* é exigida—Art. 260 do Cod. do Com.

3.ª ED.

Esta *cedencia virtual* por disposição da Lei chama-se—*beneficio de subrogação*—.

(37) Ord. L. 4º T. 48 § 1º, T. 50 § 2º, e T. 67 § 8º. Coincide com as disposições dos Arts. *supra* 392 e 775.

(1) Cod. Crim. Art. 21. Este Titulo corresponde, com o pouco que temos, á parte dos direitos pessoaes, que nascem dos *delictos* e *quasi-delictos*.

3.ª ED.

As disposições aqui consolidadas sobre o *damno* provão, que não soubemos entendêr o § 18 Art. 179 da Const. do Imperio, quando manda organizar quanto antes (note-se bem) —*um Codigo Civil, e Criminal*—. Organizar, como organisamos em 1830, um Codigo Criminal, sem termos ainda um Codigo

Art. 799. A indemnisação em todos os casos será pedida por acção civil. Não se-poderá mais questionar sobre a existencia do facto, e sobre quem seja seu autôr, quando estas questões se-achem decididas no crime (2). (Art. 869)

Civil, foi um erro, foi uma transgressão do sabio pensamento da Legislação Fundamental ; e continuamos á errar, pretendendo agora fazer um Codigo Civil separado, como legislação diversa da do Codigo Criminal. As disposições criminaes são a sancção inseparavel das disposições civis, e tal foi o espirito do nosso legisladôr constitucional, mandando organizar um—*Codigo Civil e Criminal*—. Não será possivel corrigir este erro, reunindo em um só Codigo, e na mais completa harmonia, o que sem idéa de unidade se tem feito, e pretende-se fazer, em dois Codigos diversos? Sem a correccão d'este erro o Codigo Civil não poderá seguir o methodo indicado em nossa Tabella—*de constituendo*—, onde em sua comprehensão os direitos são *absolutos e relativos*.

(2) Lei de 3 de Dezembro de 1841 Art. 68, que revogou o Art. 31 do Cod. Crim., e o § 5º do Art. 269 do Cod. do Proc. A materia portanto do Cap. 4º Part. 1ª T. 1º do Cod. Crim. sobre a satisfação do damno causado pelo delicto passou para seu logar proprio, que é a legislação civil. Estava no Cod. Pen., porque o Juizo Criminal tomava então conhecimento da indemnisação. Hoje não é mais preciso declarar nas petições de queixa o valôr do damno soffrido, conforme ordenava o Art. 79 § 2º do Cod. de Proc. Estão igualmente revogados o Art. 32 do Cod. Crim., e Art. 226 do Cod. do Proc.; posto que a Circ. n. 183 de 18 de Outubro de 1854 tenha decidido por modo diverso. Como é que a reduccão da satisfação do damno á prisão póde sêr o effeito de uma sentença civil? Se não é effeito da sentença civil, tambem não é da sentença criminal, que nada julga sobre a indemnisação. Como é que o Juiz criminal faz uma execução criminal sem sentença? Como se-póde convertêr uma questão civil em criminal do mesmo processo, principiando esse processo no Juizo civil, e acabando no Juizo criminal? Se a indemnisação do damno proveniente do crime é hoje puramente civil, cahe na disposição humanitaria da Lei de 20 de Junho de 1774 § 19, e Ass. de 18 de Agosto do mesmo anno.

Art. 800. A indemnisação será sempre a mais completa, que fôr possível; em caso de duvida, será á favor do offendido (3).

Art. 801. Para este fim o mal, que resultar á pessoa, e aos bens, do offendido, será avaliado por arbitros, em todas as suas partes, e consequencias (4).

Art. 802. No caso de restituição, far-se-ha esta da propria cousa, com indemnisação dos deterioramentos; e, na falta della, do seu equivalente (5).

Art. 803. Se a propria cousa estiver em podêr de terceiro, será este obrigado á entregal-a, havendo a indemnisação pelos bens do delinquente (6).

Art. 804. Para se-restituir o equivalente, quando não existir a propria cousa, será esta avaliada pelo seu preço ordinario, e pelo de affeição, comtanto que este não excêda a somma daquelle (7).

Art. 805. Na satisfação se-comprehenderão, não só os juro ordinarios do valôr do damno causado dêside o momento do crime, como tambem os juro compostos (8).

(3) Cod. Crim. Art. 22.

(4) Cod. Crim. Art. 22, Cod. do Proc. Crim. Arts. 290, e 338.

3.^a ED.

O mal *d' pessoa*, e *seus bens*, ou quaesquer delictos, avaliado em todas as suas partes, e consequencias, fôra reductivel sem inconveniente ao que chama-se prestação de—*pêrdas e damnos*,—*pêrdas e interesses*,—*lucros cessantes e damnos emergentes*; e que vem á ser, o que effectivamente perdeu-se, e o que se-deixou de ganhar. Estas expressões entretanto é de uso applicarem-se unicamente ás faltas dos devedôres por obrigações não derivadas de delictos puniveis pelas leis criminaes.

(5) Cod. Crim. Art. 23.

(6) Cod. Crim. Art. 24.

(7) Cod. Crim. Art. 25.

(8) Cod. Crim. Art. 26.

Art. 806. Quando o crime fôr commettido por mais de um delinquente, a satisfação será á custa de todos ; ficando, porém, cada um delles solidariaamente obrigado (9).

Art. 807. Será obrigado á satisfação, posto que não seja delinquente, o que gratuitamente tivér participado dos productos do crime até a concurrente quantia (10).

Art. 808. Serão igualmente obrigados á satisfação do damno, posto que não possam sêr punidos (11):

§ 1.º Os menores de quatorze annos (12):

(9) Cod. Crim. Art. 27. Vid. Not. ao Art. 791 *supra*.

(10) Cod. Crim. Art. 28 § 2º. Vid. Art. 749 *supra*,

Quanto á satisfação do damno, tambem é obrigado, posto que não seja delinquente, o senhôr pelo escravo—Cod. Crim. Art. 28 § 1º. Confere como a Ord. L. 5º T. 86 § 5º, que impunha ao senhôr a obrigação de pagar o damno, ou de dar o escravo para pelo preço da venda sêr pago o damno.

É applicavel esta disposição ao *estado-livre*—L. 9ª Dig. *de statulib*. Vid. Not. ao Art. 42.

Quando não for possivel a venda do escravo em razão da pena corporal, que tenha de cumprir ; está claro, que o senhôr do escravo á nenhuma indemnisação fica obrigado.

Escravos, que cumprem sentença, ficão ainda escravos ? A solução affirmativa parece-me evidente.

3.º ED.

Av. n. 13 de 12 de Janeiro de 1854—O senhôr do escravo é responsavel pela *pena pecuniaria* (não é satisfação de damno), em que este incorrêr, até onde chegar seu valôr. Se recusar pagal-a, deve sêr penhorado e arrematado o escravo para satisfação della. A prisão do Art. 135 do Regul. de 22 de Junho de 1836, substitutiva da referida pena, é só applicavel aos indigentes sem meios alguns de pagar; sendo que aquelle, que possúe um escravo, que valêr mais do que a multa, não está em taes circumstancias.

(11) Cod. Crim. Art. 11.

(12) Cod. Crim. Art. 10 § 1º.

§ 2.º Os loucos de todo o genero (13) :

§ 3.º Os que commettêrem crimes. violentados por força, ou medo, irresistiveis (14) :

§ 4.º Os que commettêrem crimes casualmente no exercicio de qualquer acto licito, praticado com attenção ordinaria (15).

Art. 809. A' indemnisação do damno causado pelos loucos estão igualmente sujeitos seus respectivos Curadóres no caso do Art. 320 (16).

Art. 810. A obrigação de satisfazêr o damno passa aos herdeiros dos delinquentes até o valôr dos bens herdados, e o direito de havêr a satisfação passa aos herdeiros do offendido (17).

Art. 811. Aos que pacificamente possuirem alguma coisa concede-se o remedio do *interdicto recuperatorio*, se-fôrem injustamente esbulhados, para que de prompto sejam restituidos á sua posse (18).

(13) Cod. Crim. Art. 10 § 2º.

(14) Cod. Crim. Art. 10 § 3º.

(15) Cod. Crim. Art. 10 § 4º.

(16) Ord. L. 4º T. 103 princ.

(17) Cod. Crim. Art. 29. Vid. Not. ao Art. 1272 § 4º.

Cod. Crim. Art. 66---O perdão, ou a minoraçãõ, das penas pelo Poder Moderador não exime o réo da indemnisação do damno.

O perdão do offendido, posto que não exima o réo das penas (Cod. Crim. Art. 67), exime da indemnisação do damno.

(18) Ord. L. 3º T. 78 § 3º, L. 4º T. 58 princ. A posse, que se-protege com os interdictos possessorios, nem é a posse---*modus acquirendi*---, principio do do. inio, tanto na *occupação* das cousas sem senhor---*res nullius*---, como na *tradição* feita pelo proprietario ; nem é a posse, um dos elementos da pres-

Art. 812. Concede-se mesmo, que o possuidôr esbulhado possa desforçar-se, e recuperar por autoridade propria sua posse, comtanto que o-faça *logo* (19).

cripção acquisitiva—*usucapio*—. Os interdictos possessorios derivão de obrigações *ex delicto*, pertencem á classe dos *direitos pessoaes*, e não podem sêr intentados contra todo o possuidor; posto que por Direito Canonico se-introduzisse o contrario, subvertendo-se os verdadeiros principios, que domi-não esta materia.

3.ª ED.

Vid. Arts. 151 e 1143.

Decr. n. 4355 de 17 de Abril de 1869 Art. 7º n. 4º—Para liquidação do preço dos beus sujeitos ao imposto de transmissão de propriedade, o valor da *posse* será de metade do valor da *propriedade*.

—*Aos que pacificamente possuirem alguma coisa*—, ou a posse seja de um só possuidor; ou seja—*composseção*,—isto é, de dois ou mais *compossuidôres*.

(19) Ord. L. 4º T. 58 § 2º. A Ord. L. 3º T. 78 § 5º é applicada pelos Praxistas aos interdictos—*retinenda possessionis*. A Ord. não falla em posse; diz—*offendêr na pessoa*—*tomar suas cousas*—. Estes factos dão hoje logar aos *termos de segurança*, de que tratão as Leis do Processo Criminal.

« A Ord. L. 3º T. 78 § 5º (Rebouças Observ. á este Art.) autorisa as manutenções, pondo-se ao abrigo tutelar da Autoridade judicial o que se-temêr de outro, que queira sem razão occupar e tomar suas cousas. Mesmo quanto ao temêr alguém de outro, que o-queira offendêr na pessoa, não é hoje que tem logar os *têrmos de segurança*, de que tratão as Leis do processo criminal; porquanto em todos os tempos tiverão logar os *termos de caução*, ou de *segurança*, e bem vivêr, etc. Vendo-se não menos bem, que uma só das causas, de que trata a cit. Ord., a respectiva ás offensas á pessoa, é que dá logar hoje, como em todos os tempos, aos *têrmos de segurança*; continuando a outra causa á pertencêr ás *justiças civis*; *scilicet*, a de temêr alguém de outros, que lhe-queirão sem razão occupar e tomar suas cousas. »

Pode-se concedêr, que a Ord. citada refere-se ás manutenções de posse na parte, em que falla da occupação de cousas, não obstante a intelligencia que lhe-dá Corr. Tell. Doutr. das Acç. § 192 Not. O que porém não se-pode concedêr é,

Art. 813. O espaço de tempo, em que o desforço immediato poderia ter lugar, deixa-se ao arbitrio do Juiz, segundo as circumstancias (20).

Art. 814. Tendo sido commettido o esbulho á menos de anno e dia, compete ao esbulhado a *acção de força nova*, que será summaria (21).

que os tēmos de segurança (da legislação antiga ou moderna) não possam tambem ter por causa o temôr de esbulho, ou occupação de cousas. O Art. 12 § 3º do Cod. do Proc. Crim. diz em geral—legalmente suspeitos da pretensão de commettêr algum crime---. O Art. 112 do Regul. n. 120 de 31 de Janeiro de 1842 diz com a mesma generalidade—justa razão para temêr que outra pessoa tenta um crime -. Quem não sabe, que os crimes commettem-se contra a pessoa, e contra a propriedade ?

3.ª ED.

Contra a propriedade a violencia tem o nome de *esbulho* até o crime de roubo. Contra a pessoa tem o nome de *agressão*.

(20) Cit. Ord. L. 4º T. 58 § 2º. Attende-se ás circumstancias do facto espoliativo, e subretudo á distancia da residencia das Autoridades; mas tem cessado, com a nova ordem politica, a distincção do espolio feito por Fidalgo, Cavalleiro, ou pessoas poderosas.

3.ª ED.

Moderamen inculpatæ tutelæ—chama-se a proporção, em que a defeza deve correspondêr ao ataque, de modo que o *agredido* ou *esbulhado* não vá além do que, segundo as circumstancias, exigem a defeza da nossa *pessoa* ou propriedade—Cod. Crim. Art. 14 sobre os *crimes justificaveis*.

Offensas chamei no Esboço do Cod. Civ. Arts. 842 e 843 aos *actos illicitos* entre os *delictos* e as *faltas*.

(21) Ord. L. 2º T. 1º § 2º, L. 3º T. 30 § 2º, e T. 48 *per totum*. Sob o influxo do Direito Canonico a Ord. L. 2º T. 1º § 2º diz—*em qualquer cousa, assim movei, como de raiz*—; mas o esbulho das cousas moveis é *furto*, que dá lugar á *acção criminal* do Art. 257 do Cod. Pen.

Art. 815. Se o esbulhadór tivér algum direito sobre a cousa, perdê-lo-ha em proveito do esbulhado (22).

Art. 816. Se não tivér direito, pagará ao esbulhado outro tanto, quanto a cousa valêr, além da indemnisação das pêrdas e danos (23).

Art. 817. Não se-admitte nas acções de força a defeza fundada em dominio, ou em outro qualquer direito, que se-allegue têr sobre a cousa esbulhada (24).

Depois de passado o anno e dia, a acção é de—*força ve-lha*—, e seu curso é ordinario.

3.ª ED.

Vid. Not. ao Art. 151 sobre a *acção de força nova*, que protege a posse da viúva cabeça de casal, e á que Suzano Cod. Orphan. pag. 30 Not. 20 neste caso attribue duração perpetua.

(22) Ord. L. 4º T. 58 princ. Não está em uso semelhante pena, nem o procedimento de que trata o Art. 819, que á este se-refere.

(23) Cit. Ord. L. 4º T. 58 princ. Costuma-se demandar somente a restituição da cousa, com indemnisação de pêrdas e danos.

(24) Ord. L. 3º T. 40 § 2º, T. 78 § 3º, e L. 4º T. 58 princ. Os interdictos possessorios são muito protegidos. Delles se-conhece em férias—Ord. L. 3º T. 18 § 11, e Decr. n. 1285 de 30 de Novembro de 1853 Art. 3º § 5º. O Juiz póde fazêr perguntas (o que se não usa) em qualquer estado da Causa—Ord. L. 3º T. 32 princ. Não se-admitte reconvenção, para que não seja impedida a restituição da cousa esbulhada—Ord. L. 3º T. 33 § 4º. O Desembargo do Paço expedia tambem Cartas para mantêr em posse, e restitutorias da posse em favôr dos esbulhados (Ord. L. 1º T. 3º § 6º, e L. 3º T. 85 § 1º), o que cessou pelo Art. 7º da Lei de 22 de Setembro de 1828.

Art. 818. Todavia, não se-deve julgar a posse em favôr daquelle, á quem se-mostra evidentemente não pertencêr a propriedade (25).

Art. 819. Cessa a pena do Art. 815, se o esbulho consistir na occupação de cousa vaga, que não fcsse corporalmente possuida por outrem; e, em tal caso, o esbulhadôr pôde provar summariamente seu dominio em quatro dias premtorios (26).

(25) Ass. de 16 de Fevereiro de 1786 2º quesito. Eis uma interpretação luminosa, para não seguir-se (como diz o Ass.) um absurdo visivel.

3.ª ED.

Não se-perde o dominio pelo roubo---Prov. de 26 de Março de 1720. Vid. Not. ao Art. 884.

(26) Ord. L. 4º T. 58 § 1º, que á este esbulho chama — *quasi força*—; e ao esbulho, em que tem logar a pena do Art. 815,—*força verdadeira*---. Supprimo a outra determinação deste § sobre a restituição da posse, não obstante a prova em contrario sobre a propriedade; porque repugna com a sã doutrina do Ass. de 16 de Fevereiro de 1786, que tenho aproveitado.

O Sr. Rebouças, nas Observações á este Art., entende, que não devêra sêr supprimida a determinação da Ord. L. 4º T. 58 § 1º sobre a restituição da posse á despeito da prova do dominio; e sua argumentação se-reduz á necessidade de uma acção ordinaria, para que o dominio seja amplamente discutido; e se-possa alcançar a notoria evidencia, de que falla o Ass. de 16 de Fevereiro de 1786.

Tal censura não é contra nós, é só contra o citado Assento, que reputou possivel a notoria evidencia do dominio nos *interdictos restitutorios*, que não são accões ordinarias. Rejeite-se, ou não, o Assento. Rejeitado, prevalecerá a censura. Não rejeitado, deviamos sêr coherentes com a regra do nosso Art. 818.

3.ª ED.

« O forçadôr (Dig. Brazil. 3º Vol. pag. 106 Not.), depois de cahir da acção de força, pode interpôr (intentar) a de rei-

Art. 820. Se o esbulhado, além de pedir a restituição da cousa, demandar a pena imposta ao esbulhadôr, a acção deve corrêr os termos ordinarios (27).

Art. 821. O possuidôr, que fôr penhorado por execução de divida alheia, pôde oppôr-se á esta turbação com embargos de terceiro possuidôr (28).

TITULO IV

DA EXTINÇÃO DOS DIREITOS PESSOAES*

CAPITULO I

Do pagamento

Art. 822. Serão recebidas nas Estações Publicas, e nos pagamentos entre particulares, as moedas autorizadas pelas Leis em vigor (1); e pelo modo, que ellas determinão (2).

vindicação, estando no caso da Ord. L. 4º T. 58 § 1º; e *ven-
cendo esta, ainda o forçado pode pôr-lhe a acção de força para
conservar a posse, em que estava, quando foi forçado.* »

Que absurdo no final dessa Nota! Como usar da acção de fôrça contra o vencidôr em acção de reivindicação quem perdeu a posse por legitima execução da respectiva sentença? Fôra um *bis in idem*! Fôra ligitar contra a regra—*jure suo qui utitur, nemini injuriam facit*—! Fôra provocar uma excepção—*rei judicatae*—, e de victoria infallivel! Nas acções reaes (Per. e Souz. Linh. Civ. Not. 298), succumbindo alguem no seu petitorio, não pode formar nova demanda pedindo a restituição da mesma cousa, de que já foi excluido.

(27) Ord. L. 3º T. 48 § 5º. Não ha essas demandas em nosso Fôro.

(28) Ord. L. 3º T. 86 § 17 *in fin.* Lei de 22 de Dezembro de 1761 T. 3º § 12—*e sendo igualmente certo, que os embargos de terceiro senhor e possuidor contêm por sua natureza um remedio meramente possessorio, no qual sempre se-ajuntão os titulos, ainda que se não trate senão de justificar com elles a posse.*—.

(1) Lei n. 401 de 11 de Setembro de 1846, Decr. n. 487 de 28 de Novembro de 1846, Decr. n. 475 de 20 de Setembro de

1847, Decr. n. 625 de 28 de Julho de 1849. As Ordens n. 212 de 25 de Novembro de 1850, e n. 251 de 21 de Dezembro do mesmo anno, declarão o que se-deve entendêr por *moeda nacional*. Veja-se tambem o Decr. n. 558 de 25 de Outubro de 1848, e a Ord. n. 67 de 27 de Maio do mesmo anno.

3.ª ED.

Decr. n. 2004 de 24 de Outubro de 1857—Manda recebêr nas Estações Publicas do Imperio as moédas denominadas—*soberanos*—.

Decr. n. 3307 de 14 de Setembro de 1864—Dá curso forçado, por emquanto, aos bilhetes do Banco do Brazil.

Decr. n. 3966 de 30 de Setembro de 1867—Para execução do Art. 37 da Lei n. 1507 de 26 de Setembro de 1867 sobre a cunhagem das moédas de prata.

Decr. n. 4019 de 20 de Novembro de 1867—Para execução dos Arts. 3º da Lei n. 1083 de 22 de Agosto de 1860, e 38 da Lei n. 1507 de 26 de Setembro de 1867, sobre a cunhagem das moédas de bronze.

Decr. n. 1817 de 3 de Setembro de 1870—Manda fabricar moédas de trôco de um metal composto de níquel e cobre.

Decr. n. 4822 de 18 de Novembro de 1871—Determina os valores, pêsos, titulos, e modulos, das moédas de prata e de níquel.

Decr. n. 5469 de 19 de Novembro de 1873—Autorisa a cunhagem de moédas de bronze de 40 réis.

Av. n. 454 de 26 de Novembro de 1874—As notas circulantes, embora dilaceradas, devem sêr aceitas nas Estações Publicas, quer *em pagamento de direitos*, quer por substituição ou trôco, uma vêz que seião reconhecidas verdadeiras; salvo, se estiverem comprehendidas na regra 3ª da Ord. n. 69 de 18 de Fevereiro de 1871.

Diz essa regra 3ª:—Não se-admittiráo ao trôco fracções de notas de menos de metade das respectivas estampas, podendo porém os portadôres recurrêr ao Thezouro, justificando seu direito em todos os casos não previstos nas duas regras antecedentes.

Paga-se com o agio das moédas no caso do Art. 1258 *infra*.

(2) Decr. n. 625 de 28 de Julho de 1849 Art. 2º. As moédas de prata não são admittidas (salva a convenção) senão até a quantia de 20\$000 rs.

3.ª ED.

Pode-se generalisar a disposição do Art. 1258 *infra* Consolid.

Art. 823. Esta disposição não impede, que sobre o modo do pagamento cada um convencione como lhe-aprouvêr (3).

Art. 824. A escriptura publica é necessaria para provar o pagamento nos casos, em que a Lei a-exige para provar a obrigação, ou quando esta foi estipulada por escriptura publica (4). (Art. 370)

(3) Lei n. 401 de 11 de Setembro de 1846 Art. 3º, citado Decr.n. 625 de 28 de Julho de 1849 Art. 2º. Está pois revogada a Ord. L. 4º T. 21, que coarctava a liberdade das convenções quanto á moeda dos pagamentos, e tambem está revogada a Ord. L. 1º T. 78 § 16 sobre o pagamento em moedas antigas.

(4) Ord. L. 3º T. 59 princ., e § 3º. Estão em costume os recibos, ou as quitações particulares, seja qual fôr a quantia.

Em relação ás dividas com hypotheca, veja-se a Not. 4 ao Art. 1302.

« Não se-pode dizêr, que isto esteja em costume (Rebouças Observ. á esta Not.), nem juridicamente á vista da Lei de 18 de Agosto de 1769, nem mesmo de facto, porque um ou outro devedôr por escriptura publica tenha incorrido nessa facilidade sem vir á soffrêr a sanção legal, e suas consequencias, etc. Em summa, conforme a Ord. L. 3º T. 20 §§ 15, 22, e seguintes, T. 25, e 59, não se-podem provar pagas e quitações de escripturas senão por outras escripturas; e nada de crêr em costumes injustificaveis perante a razão, e a lei. *Omnia quæ jure contrahuntur contrario jure pereunt. Nihil tam naturale est, quam eo modo quidquam dissolvere quo colligatum est.* »

O nosso Art. 824 não exige escriptura publica para prova do pagamento nos casos somente, em que a obrigação foi estipulada por escriptura publica; exige-a tambem nos casos em geral, em que a obrigação deve sêr provada por escriptura publica. Nada mais commum entre nós do que vêr-se creditos (instrumentos particulares assignados pelo devedôr) de quantias avultadas, os quaes pagão-se mediante um simples recibo do credôr escripto no mesmo. Que este costume nada tem de injustificavel perante a razão, confirma-se pelo Art. 122 do Cod. do Com., que addmitte escriptos particulares para prova dos contractos commerciaes, qualquer que seja o valôr destes. E que nada tem de injustificavel perante a Lei

civil (as citadas Ords. L. 3º T. 20 §§ 15, 22, e seguintes, T. 25, e 59) mostra-se pela simples distincção—entre a forma dos contractos e a prova dos contractos;—entre os casos, em que a escriptura publica é da substancia dos contractos, e aquelles, em que só é necessaria para sua prova—.

O nosso texto, ou antes a Ord. L. 3º T. 59 princ., e § 3º, não diz, que o pagamento só pôde sér feito por escriptura publica nos casos, em que a Lei a-exige para prova da obrigação; o que diz é—*a escriptura publica é necessaria para provar o pagamento*—.

Não se-pode dizêr, que é injustificavel o costume das quitacões por escripto particular senão relativamente aos casos, em que a obrigação foi estipulada por escriptura publica; entendendo-se, que em taes casos a escriptura publica tambem é da substancia do pagamento, e que portanto o pagamento só pôde sér provado por escriptura publica.

3.ª ED.

Regul. n. 3139 de 13 de Agosto de 1863 Art. 23—A isenção do sello proporcional no Art. 38 § 18 do Regul. n. 2713 de 26 de Dezembro de 1860 só comprehende :

As quitacões e recibos particulares de aluguel, ou arrendamento, de predios urbanos ou rusticos, de fôro, pensão ; e locação de moveis, semoventes, e de serviços :

Os recibos nas contas de venda, ainda que estas se não achem incluidas na disposição do Art. 6º § 13 do cit. Regul.:

Em geral, quaesquer outros recibos, que não valhão como titulos de transacções ; mas apenas como documentos decla-rativos, ou comprobatorios, de alguma data, facto, ou qualidade.

Regul. n. 4505 de 9 de Abril de 1870 Art. 10 n. 16—São isentas do sello proporcional quitacões de dinheiro provenientes de contractos, que tenham pago sello proporcional :

Exceptuão-se as que comprehendão pagamento de juro, ou de quantia não computada no titulo principal , as quaes pagão o sello do accrescimo.

Lei n. 1507 de 26 de Setembro de 1867 Art. 13 § Unico.

Os recibos de 50\$000 réis, ou de maior valôr, pagarão o sello fixo de 200 réis.

Assim dispõe o cit. Regul. n. 4505 de 1870 Art. 13 § 1º.

Insiste o Sr. Rebouças (Observ. pags. 119 e 120) na sua censura sobre os modos de provar o pagamento, mas

Art. 825. Não pôde o credôr exigir mais do que se-lhe-
leve, ou exigindo uma cousa por outra, ou não descontando
o que já tivér recebido, ou exigindo antes do vencimento do
prazo, ou do cumprimento da condição (5).

Art. 826. O credôr, que demandar de má fé mais do que
se-lhe-deve, será condemnado no tresdôbro das custas corres-
pondentes á parte, de que o devedôr fôr absolvido (6).

Art. 827. Não terá logar esta pena, se o credôr reduzir o
pedido á seu justo limite antes da contestação da lide (7).

Art. 828. O credor, que demandar antes do vencimento
do prazo, ou do cumprimento da condição, será condemnado
nas custas em dôbro; incorrendo além disto na pena de espe-
rar outro tanto do tempo, quanto faltava (8).

variando para o que eu reconheço, e jamais constestei. Citei
o Art. 122 do Cod. do Com. em minha defeza, porque o
Sr. Rebouças em sua censura excedeu-se nestas palavras—
e nada de crêr em costumes injustificaveis perante a razão—.
Respondi-lhe então—vosso injustificavel perante a razão ahi
vê-se no Art. 122 do Cod. do Com.—.

(5) Ord. L. 3º T. 34, 35, e 36.

(6) Ord. L. 3º T. 34 princ. São rarissimas essas condem-
nações.

« Não me-parecem (Rebouças Observ. á este Art., e ao se-
guinte 827) concebidos, e exactamente expostos, estes Arts. ;
contendo o facto da condemnação, ou absolvição, em vêz do
transumpto fiel do preceito e sancção da lei, etc. »

Quanto ao Art. 826 não vejo, em que a censura proceda ;
porque elle diz—*o credor serd condemnado no tresdôbro das
custas correspondentes á parte, de que o devedor fôr absolvido*—;
e a Orá. L. 3º T. 34 diz isso mesmo—*serd o autor condemnado
em ellas em tresdobro na parte, em que o réo fôr absoluto*—.

(7) Ord. L. 3º T. 34 princ.

Deixei de fallar da condemnação em custas singelas, porque
tal condemnação está subentendida segundo as leis geraes do
processo.

(8) Ord. L. 3º T. 35. Tenho visto condemnações nas custas
em dôbro, porém não na pena de fazêr esperar ao credor.

O credor pôde demandar logo o pagamento da divida no caso (Art. 4º § 3º da novissima Lei hypothecaria) de que o immovel ou immoveis hypothecados perêção, ou sôffrão deterioração, que os torne insufficientes para segurança da divida, se o devedor recusar o reforço da hypotheca.

« Quando o pagamento (Art. 4º § 9º da cit. Lei), á que está sujeita a hypotheca, fôr ajustado por prestações, e o devedor deixar de satisfazêr algumas dellas, todas se-reputaráo vencidas. »

Observo, que esta disposição só procede á beneficio dos creditos hypothecarios, e não quando os creditos não tem hypotheca. A regra geral é, que as prestações não se-reputão todas vencidas pelo facto de não têr pago o devedôr alguma dellas, se assim não fôï expressamente convencionado.

Entende o Sr. Rebouças, na Observação á esta Nota, que não pôde sêr cumulativa a condemnação nas custas em dôbro, e de esperar o credor outro tanto do tempo que faltava. Eu não entendo assim, tendo em vista as palavras finaes da Ord. L. 3º T. 35, postoque não negue ao réo, embora o Juiz fosse omisso, o direito de vir com excepção fundada nesta Lei, se o autor o demandar antes de acabar o prazo prorogado. Assim acontecendo, entende-se, que tem havido uma condemnação implicita, visto como a prorogação do prazo é um effeito da primeira acção proposta antes de tempo; e consequentemente da sentença, que assim o-julgou.

3.ª ED.

Ord. n. 79 de 14 de Setembro de 1844 — Os termos assignados pela Lei de 21 de Outubro de 1843, e Regul. de 26 de Abril de 1844, para satisfazêr á quaesquer obrigações impostas, se-devem contar pela maneira estabelecida na Ord. L. 3º T. 13.

Av. n. 52 de 12 de Fevereiro de 1862 — Em face da Ord. L. 3º T. 13 não se-counta o dia da assignação dos termos, como já se-declarou na Ord. n. 79 de 14 de Setembro de 1844.

« O que se-disse (Rebouças Observ. pags. 120 e 121), observando a Not. da 1.ª Ed., não é absolutamente o que se-lhe-attribute, sendo este o seu theôr, etc. »

Se não bem percebi a observação do Sr. Rebouças, temos apenas, senão um tolhimento ao Juiz de condemnação expressa, uma censura *ad jus constituendum*. A parte final da Ord. L. 3º T. 35 não liga o dôbro do prazo á hypothese de deman-

Art. 829. O credôr, que demandar por divida á elle paga, ou sem desconto do que recebeu, será condemnado á restituir em dôbro o que já tivér recebido, e com as custas em dôbro (9).

Art. 830. Se porem desistir do pedido antes da contestação da lide, será somente condemnado nas custas em dôbro (10).

Art. 831. Não se-livra o credôr destas penas, ainda que proteste levar em conta o que o devedôr mostrar, que tem pago (11).

Art. 832. Quando o pagamento se-fizér por partes, no caso dos Arts. 586 § 7º, 587, e 588, por excedêr o valôr dos bens penhorados ao dôbro da divida; é imputavel ao credôr adjudicatario dos rendimentos o que elle deixar de recebêr por sua culpa, omissão, ou negligencia (12).

dar o credôr antes de findar o segundo prazo. Ella declara o que já subentendido estava. Esse dôbro de prazo não encurta o tempo do primeiro prazo. Acabado este, começa o curso do segundo prazo.

(9) Ord. L. 3º T. 36. Usa-se muito vir com reconvenção, pedindô a condemnação nestas penas, porém quasi nunca os Juizes attendem á taes pedidos.

« Não é o credôr (Rebouças Observ. á este Art.), que demandar por divida já paga, ou sem desconto do que recebeu; porém sim o credor, que recebeu a divida, ou parte della, e demandar outra vêz o que tem já recebido; pois que bem se-póde têr uma pessoa por credôr, ou por tal sêr considerado, e estar a demandada divida já paga em parte, ou no todo, sem que o demandadôr tenha disso conhecimento pessoal em razão de não sêr quem recebeu o pagamento; por exemplo, um successor por titulo universal, ou singular, etc. »

Esta censura é justa, e vai satisfeita no texto actual.

(10) Cit. Ord. L. 3º T. 36 princ.

(11) Ord. L. 3º T. 36 § 1º. Entretanto esses protestos são muito usados em nossa praxe.

(12) Lei de 20 de Junho de 1774 §§ 24 e 25, Regul. Com. n. 737 de 25 de Novembro de 1850 Art. 565.

Art. 833. Se o devedor não tiver bens suficientes para o pagamento de suas dividas (13), tem logar entre os credôres chirographarios preferencia, ou rateio (14).

Art. 834. A preferencia entre credôres chirographarios regula-se pela prioridade das datas das dividas (15).

(13) Ord. L. 3º T. 91 princ. — e o devedor não tiver outros bens —.

O credôr exequente não pôde excluir os outros concurrentes á pretêxto de não têrem provado a insolvencia do devedôr commum. Isto presume-se pelo facto do proprio concurso, á não provar o credôr exequente que o devedôr commum tem outros bens, e sufficientes para pagamento de todos os credôres.

(14) Lei de 20 de Junho de 1774 §§ 42, 43, e 44.

3.ª ED.

São os casos de —*collisãc de direitos*—, ou —*conflicto de direitos*—, quando não ha hypotheca. Havendo hypotheca, regem os Arts. 1271, 1273, 1274, e 1275, *infra*.

(15) Cit. Lei de 20 de Junho de 1774 § 42. Esses credôres chirographarios, em relação aos outros sem direito de preferencia, tem um *privilegium exigendi*. Já se vê, que pela nossa lei o direito de preferencia pôde existir, sem que haja hypotheca. Vid. Not. do Art. 1278.

Deve-se agora têr em vista o que á respeito dos *privilegios* dispõe a novissima Lei hypothecaria.

« Os privilegios (suas palavras no Art. 5º), não comprehendidos nesta Lei, referem-se aos moveis, aos immoveis não hypothecados, e ao preço dos immoveis hypothecados depois de pagas as dividas hypothecarias. Exceptuão-se (Art. 5º § 1º da cit. Lei) os creditos provenientes das despezas e custas judiciaes feitas para execuçaõ do immovel hypothecado, as quaes serão deduzidas precipua mente do producto do mesmo immovel. Continuão em vigôr (Art. 5º § 2º da cit. Lei) as preferencias estabelecidas pela legislaçaõ actual, tanto á respeito dos bens moveis, semoventes, e immoveis não hypothecados; como á respeito do preço dos immoveis hypothecados, depois de pagas as dividas hypothecarias. »

Art. 835. Entrão neste concurso de preferencia :

§ 1.º Os credôres por escripturas publicas (16), ainda que habilitados com sentença de preceito (17):

§ 2.º Os credôres por escriptos particulares de pessôas, que lhes-dão a mesma força de escriptura publica, designadas no Art. 369 §§ 5º e 6º (18) :

3.ª ED.

Regul. n. 5135 de 13 de Novembro de 1872 Art. 54 :—
Em concurso de credôres, o *escravo* pertencerá á classe dos *credôres de dominio* por seu *peculio* e juros, considerado este sob administração—.

Deve-se entendêr em bôa hermeneutica, que aqui não ha *credito de dominio*, mas que outorga-se aos *escravos* um *privilegio de preferencia* para cobrarem seu *peculio*. Consistindo este em dinheiro, não é reivindicavel, não ha portanto *credito de dominio*.

A preferencia não se regula pela *prioridade das penhoras*. Assim determinou a Lei de 22 de Dezembro de 1761 T. 3º § 13, revogando a Ord. L. 3º T. 91; e tambem a de 20 de Junho de 1774 § 42 com a regra em contrario da *prioridade das datas das dividas*. A Lei de 1761 *loc. cit.* diz :—se não possão mais graduar as preferencias pela *prioridade das penhoras*, *nem ainda á respeito dos credores particulares*, etc. Vid. Not. ao Art. 1269 § 2º *infra*.

(16) Cit. Lei de 20 de Junho de 1774.

(17) Alv. de 15 de Maio de 1776 § 3º.

(18) Lei de 20 de Junho de 1774 § 42. Não me-referi no Art. ao § 4º do Art. 369 sobre os escriptos particulares dos commerciantes, que tambem contempla a Lei citada; porque, sendo commerciante o devedor insolvavel, é caso de fallencia, que regula-se pelo Cod. do Com.; onde se-manda (Art. 890), que não haja preferencia entre credôres chirographarios. Advirta-se mais, que no Juizo Commercial os credores desta ordem são sempre igualados, e pagos em rateio, ainda que o devedor não seja commerciante---Regul. n. 737 de 25 de Novembro de 1850 Art. 609 § 2º, e Art. 632.

§ 3.º Os credôres por sentenças havidas em Juízo contencioso, com plena discussão sobre a verdade das dividas (19).

(19) Lei de 20 de Junho de 1774 § 44. A sentença obtida com o requisito desta Lei não muda a natureza da dívida, não melhora a condição do credôr; não dá em summa essa hypotheca judicial, de que falla Coelh. da Roch. Dir. Civ. § 660 e § 661 Not. Foi engano, e nem o confuso Decr. Port. de 1836 sobre o registro das hypothecas autorisava tal supposição. A nossa hypotheca judicial da Ord. L. 3º T. 84 § 14 só tem o effeito, que lhe-assigna o Dig. Port. de Corr. Tell. Tom. 3º n. 1298. Vid. *infra* Art. 1272 § 6º, Art. 1278 e sua Not.

« Bem disse (Rebouças Observ. á esta Nota) Coelho da Rocha no § 660, e na Not. do § 671; e pelo contrario não dissê o que deveria dizêr a Not. ao § 3º do Art. 835 da Consolid. das Leis Civ., affirmando que a nossa hypotheca judicial da Ord. L. 3º T. 84 § 14 só tem o effeito, que lhe-assigna o Dig. Port. de Corr. Tell. Tom. 3º n. 1298; e na mesma deficiencia laborão os Arts. 1272, § 6º, 1278, e Not., Consolid. »

Para sustentar sua opinião o illustre Censôr produz dois argumentos, é invoca tambem a autoridade de Lobão; vindo á ser o primeiro argumento, que a Lei de 22 de Dezembro de 1761 T. 3º § 14 dá preferencia sobre a Fazenda Nacional ás sentenças anteriores alcançadas contra os rendeiros della, poses dos magistrados, e provimentos dos thesoureiros e officiaes; vindo á ser o segundo argumento, a incoherencia de poder o credor por effeito da hypotheca judicial da Ord. L. 3º T. 84 § 14 executar bens do devedor existentes em poder de terceiro; ao passo que (formaes palavras da censura) nega-se a efficacia do mesmo direito em si, em suas consequencias, conservando-se os bens em poder do proprio devedor condemnado, sendo-lhe ahí penhorados e excutidos.

Nada colhe o primeiro argumento, porque a hypotheca legal da Fazenda Publica sobre os bens de seus Empregados responsaveis, e dos arrematantes de rendas, não tem paridade com a hypotheca convencional. A Lei de 22 de Dezembro de 1761 T. 3º §§ 14 e 15 não deu preferencia aos credores por sentenças nos casos, que ella designa, porque esses credores a-devessem têr como credores hypothecarios; mas porque regulou especialmente essa hypotheca legal, e não quiz justamente, que o seu effeito de preferencia alcançasse sentenças

anteriores ; do mesmo modo que não lhe-deu o effeito da sequela em relação á bens anteriormente alienados, ou dispostos em testamento. A citada Lei de 1761 só procede em seu caso especial, não pôde sêr ampliada á outros casos. Vid. Arts. 1276, e 1277, Consolid.

Não vinga o segundo argumento, porque, se o direito de sequela implicasse necessariamente o direito de preferencia, a legislação não teria designado distinctamente estes dois effeitos da hypotheca, conforme vê-se no Art. 1269 *infra*. Onde está a incoherencia, se no caso da alienação em fraude da execução temos um effeito semelhante ao effeito da sequela, isto é, o de tornarem os bens para o dominio do devedor alienante, entretanto que o credor não tem direito de preferencia ?

Que a hypotheca judicial da Ord. L. 3º T. 84 § 14 só tem o effeito da sequela, e não o da preferencia, está hoje reconhecido no Art. 3º § 12 da novissima Lei hypothecaria, que apenas denominou-a---direito que ao exequente compete de executar a sentença contra os adquirentes dos bens do condemnado---

3.ª ED.

As novas observações do Sr. Rebouças sobre a chamada *hypotheca judicial* perdêrão seu interesse vivo. Em vista da Lei Hypothecaria n. 1237 de 24 de Setembro de 1864 Art. 3º § 12 reconhece á final elle, que tal hypotheca não confere o *direito de preferencia*, e somente o *direito de sequela*, merecendo assim o nome de *meia hypotheca*. Sobre isto, ainda que não fôra expresso o Art. 111 do Regul. Hypothecario n. 3453 de 26 de Abril de 1865, dizendo—*sem importar preferencia*—; bastaria oppôr-lhe estas palavras da cit. Lei Arts. 1º, e 2º § 8º, reproduzidas no cit. Regul. Art. 110 : « Não ha outras hypothecas senão as que esta Lei estabelece. A hypotheca é *legal* ou *convencional*.» Logo, além destas, não ha outra hypotheca. Logo, não ha hypotheca judicial.

No aspecto da transacta legislação continuo dissidentes nossas opiniões, mas que val a ultima consideração de meu illustrado Adversario pag. 123, se nada mais separavel que o *direito de preferencia* e o *direito de sequela* ? Por este ultimo direito o credôr irã penhorar o immovel na posse de terceiro, porém, ahi surgindo outro credôr de *hypotheca inteira*, cede o

Art. 836. Quando os credôres do § 2º do Art. antecedente se-mostrarem habilitados com sentenças de preceito, é necessario, que os escriptos particulares tenham os requisitos ordenados no Art. 1280 para os escriptos particulares de hypotheca (20).

Art. 837. As sentenças, de que trata o § 3º do mesmo Art., são as proferidas em Causas Ordinarias, controvertidas entre as partes; e não basta para darem preferencia, que as dividas sejam pedidas por libello, e que sobre os artigos delle haja produção de testemunhas, quando fôrem confessadas pelos devedôres (21).

Art. 838. São excluidas do concurso de preferencia :

§ 1.º As dividas contrahidas por escriptos simplesmente particulares (22) :

§ 2.º As sentenças de preceito, havidas por confissão dos devedôres, ainda que os credôres provem por outro modô a verdade das dividas (23).

credôr da *meia hypotheca*, cede pela sua debil qualidade; cede por não têr o *jus prælationis*, arma da victoria em concursos creditorios.

(20) Alv. de 15 de Maio de 1776 § 3º. Escriptos particulares com as condições do § 33 da Lei de 20 de Junho de 1774 só se-fazem, e raras vezes, nos casos de hypotheca, e não para prova de dividas simples.

(21) Lei de 20 de Junho de 1774 § 44.

(22) Cit. Lei de 20 de Junho de 1774 § 43.

(23) Cit. Lei de 20 de Junho 1774 § 43: Os termos de conciliação verificada no Juizo de Paz equiparão-se á sentenças de preceito.

« O que autorisa (Rebouças Observ. á esta Nota) á equiparar conciliações verificadas com sentenças de preceito sem distincção alguma? Uma conciliação perante o Juiz de Paz, por mais simples que seja, importa mais alguma cousa do que ir-se, ou mandar-se, ao Cartorio de um Escrivão confessar,

Art. 839. Achando-se os credôres desta ultima classe habilitados com sentenças, serão pagos por um rateio, regulado pelas quantias dos credits (24).

que se-deve a quantia pedida. Bem se-vê pois, que, tendo-se de classificar o termo de conciliação com força de sentença, em concurso com outros titulos de execução entre diversos credôres, o apreçamento dependerá da causa e natureza original da divida, com as circumstancias respectivas á sua obrigação.»

Inclino-me á aceitar esta censura, mesmo porque não se-póde tolhêr ao devedôr de confessar a divida no Juizo de Paz, conciliando-se com o seu credôr. Como póde o credôr rejeitar essa confissão, e conciliação, se o seu fim foi consegui-la? Deverá, para ficar legalmente habilitado, intentar contra o devedôr uma açção inutil?

Note-se porém, que estas considerações, assim como as da censura, alcanção tambem as sentenças de preceito. O credôr não póde igualmente impedir, que o devedôr confesse a divida.

Ora, se a lei nada distingue, nem manda attendêr ás circumstancias, quanto ás sentenças de preceito; nada tambem se-póde distinguir, quanto ás conciliações verificadas.

3.^a ED.

Li attentamente as segundas observações do Sr. Rebouças pags. 123 e 124 sobre o paralelo da Not. *supra* entre as sentenças de preceito e as confissões do Juizo conciliatorio, e nada achei para pêso no equilibrio das razões.

(24) Lei de 20 de Junho de 1774 § 43. No Juizo Civil as sentenças de preceito são excluidas do concurso de preferéncia, porém não do rateio. No Juizo Commercial nem habilitação para o rateio—Art. 633 do Regul. n. 737 de 25 de Novembro da 1850. Tem relação com a matéria de pagamentos as *moratorias*, de que tratão a Ord. L. 3.^o T. 37, e 38, e L. 2.^o T. 52 § 10; a *cessão de bens*, e as *concordatas* da Ord. L. 4.^o T. 74. L. 3.^o T. 78 § 8.^o Alv. de 14 de Março de 1780, e Ass. de 15 de Fevereiro de 1791. Toda esta legislação está sem vigor, e substituida pelo Cód. do Com. na parte das fallencias. No Juizo Civil cessarão as *moratorias* com a nova ordem de cousas. A *cessão de bens* era remedio para evitar a prisão dos devedôres, abolida pelo § 19 da Lei de 20 de Junho de 1774. A *concordata* era effeito da *cessão de bens*.

CAPITULO II

Da compensação

Art. 840. Compensação é o desconto, que reciprocamente se-faz no que duas pessoas devem uma á outra (1).

Art. 841. A compensação tem logar, assim na acção real, como na pessoal, comtanto que se-allegue de quantidade á quantidade (2).

Art. 842. A quantidade póde sêr dinheiro, como tudo aquillo, que consiste em numero, pêsso, ou medida (3).

(1) Ord. L. 4° T. 78 princ.

(2) Ord. L. 4° T. 78 princ. A fonte desta disposição é a L. ult. Cod. *de compensat.* Como nas *acções reaes* pede-se cousa certa, e não algum pagamento de quantidade; a compensação é impossivel nos termos do § 7° da mesma Ord. (Art. 844). Mas póde-se dar o caso do § 8° (Art. 847), que é o da *acção subsidiaria da reivindicacão*, por não ser possivel a entrega da cousa, ou o da alienação da cousa depois da acção (Ord. L. 3° T. 86 § 16, Arts. 924, 925, e 927, *infra*), e então a compensação tem logar. Tambem com a restituicão da cousa demandão-se rendimentos, e a indêmnisação de perdas e danos (Art. 931 *infra*). Das palavras---*comtanto que se-allegue*---tem-se inferido, que a compensação não se-induz *ipso jure*. Ora, sem que a parte opponha a compensação, o Juiz certamente não póde adivinhar, qual seja seu credito; mas, quando se-diz, que a compensação opêra seus effeitos *ipso jure*, é no sentido de obrar retroactivamente; e de tal sorte que se-reputa ter ficado extincta a divida desde o momento, em que a outra divida começou á existir. A parte pois allega, que a compensação se-fez, e o Juiz, devidamente instruido, assim o-declara. As consequencias desta doutrina são importantes, porque dêse o momento da compensação as cauções, e as hypothecas, tambem se-extinguem, e os juros cêssão de corrêr.

A compensação é *legal*, ou *voluntaria*. O que fica dito sobre o effeito retroactivo da compensação allegada refere-se á *compensação legal*.

(3) Cit. Ord. L. 4° T. 78 princ. São as cousas chamadas *fungiveis*---, de que já se-fallou na Ord. L. 4° T. 50 princ., e

Art. 843. Quando a quantidade das duas dividas fôr a mesma, extinguem-se inteiramente ; mas, se as quantidades fôrem differentes, a divida maiór não se-extingue senão até a concurrencia da menór (4).

Art. 844. De uma especie á outra, isto é, quando se-deve um corpo certo e determinado, não pôde havêr compensação (5).

Art. 845. Se a especie fôr indeterminada, e só designada pelo genero á que pertence, converte-se neste caso em quantidade, porque se-pôde pagar com o seu respectivo valôr (6). (Art. 480)

Art. 846. Logo que se-determine o valôr da especie indeterminada, ou por convenção das partes, ou por decisão judicial, a compensação é admissivel com outra quantidade (7).

T. 53 § 1º (Arts. 477, e 500). O térmo é barbaro, não foi empregado em nossa Legislação, e na Romana, mas está adoptado nos Codigos modernos.

(4) Ord. L. 4º T. 78 princ.

(5) Cit. Ord. L. 4º T. 78 § 7º—*Aliud pro alio invito creditore solvi non potest*—.

(6) Cit. Ord. L. 4º T. 78 § 7º.—A distincção do—*genus*—, e —*species*—é muito importante. O *genero* se-determina pela quantidade, uma vêz que seja da mesma qualidade—*in eadem qualitate et quantitate*—. O *genero* nunca perece—Ord. L. 4º, T. 50 princ., Not. ao Art. 480. A *especie* (como a Ord. bem explica no seu parenthesis) é um individuo, um corpo certo. Da mesma expressão se servio a Ord. L. 4º T. 53 § 1º para caracterisar o—*commodato*—. Vid. Art. 478.

3.ª ED.

Veja-se a Not. 2 ao Art. 478 *supra*, onde nesta 3.ª Edição corrige o erro moderno de chamar-se *individuo* o que no Direito Romano e Patrio chama-se com exactidão *especie*.

(7) Ord. L. 4º T. 78 § 7º—*in genere suo magis recipiunt functionem per solutionem, quàm specie*—.

Art. 847. Também a compensação tem lugar, sendo a dívida de uma especie determinada, se essa especie não pudér sêr havida, e se-tivér de pagar seu valôr (8).

Art. 848. Para dar-se a compensação é necessario, que as dividas seião liquidas, certas, e claras, por confissão da parte, ou por outra prova (9).

Art. 849. Exceptuão-se as dividas incertas, e illiquidas, cuja prova, eliquidação, se pudér fazêr em nove dias peremptorios (10).

(8) Ord. L. 4º T. 78 § 8º. Vid. Not. ao Art. 841.

(9) Cit. Ord. L. 4º T. 78 § 4º, Cod. do Com. Art. 439, — *ut appareat, an, et quantum, debeatur*—. O Decr. de 2 de Julho de 1801 (achado entre os papeis de Mell. Freir.) não altera o indestructivel principio do Art. Elle não manda compensar dividas illiquidas, porque seria isto impossivel, mas que uma das liquidações espere pela outra. Hoje não é possivel sustar Causas pendentes (Art. 179 § 12 da Const.), os Juizos são independentes entre si, cada um dos processos segue livremente sua marcha. O mesmo Decr. reconhece a impossibilidade da paralisação das Causas, e manda prestar fiança. Esta providencia porém só póde ter logar nos termos da Ord. L. 3º T. 31.

(10) Cit. Ord. L. 4º T. 78 § 4º. Actualmente é letra morta esta Ord.; e mesmo na parte em que diz, que a divida é liquida — *por outra alguma prova d ella dada*—. A divida contestada não é liquida, e só a sentença dirime a contestação. As compensações porisso não se-allegão por *excepções* nas acções, mas nas execuções das sentenças por embargos (Art. 577 § 5º do Regul. Com. n. 737). Não ha dilacões de nove dias, só se-compensa a divida — *certa—liquida—e—exigivel*—, isto é, verificada por outra sentença em quantia determinada; e, só assim, póde entrar em competencia com a sentença exequenda. Vid. Silv. á esta Ord. ns. 4 e 5. Já se-vê, que o liquido exigido nas compensações não se-deve confundir com o liquido exigido nas acções decendiaes (Art. 248 do Regul. Com. n. 737). O liquido nessas acções só versa— *circa quantitatem seu valorem*—, e não — *circa rem debitam, aut personam obligatam, vel circa casum obligationis*—. De outra

Art. 850. Não tem logar a compensação :

§ 1.º Nas dividas de deposito, salvo se a compensação se-fundar em outro deposito, nos termos do Art. 432 (11) :

§ 2.º Nas acções de força, roubo, ou furto, á não sêr caso da mesma natureza (12) :

§ 3.º Nas dividas de alimentos (13) :

fôrma taes acções serião impossiveis. Vid. Lob. Acç. Sum. § 613.

« Não é exacto dizêr (Rebouças Observ. á esta Nota), que as compensações não se-allegão por excepção nas acções, quando, propostas as acções, compete amplamente allegalas conforme o § 15 da Ord. L. 3º T. 20 e T. 50 princ., e então bem se-pódem provar nos nove dias mencionados no § 4º da Ord. L. 4º T. 78, pois que para as excepções peremptorias são dèsde logo assignados déz dias, e nas acções commerciaes a dilacão commum é de vinte dias, sendo comprehendidas essas excepções na contestação da acção conforme o Art. 75 do Regul. de 25 de Novembro de 1850. »

Nada mais fiz, do que referir a praxe actual, que tem pôsto em desuso a Ord. L. 4º T. 78 § 4º na parte, em que faculta provar e liquidar as dividas na dilacão de nove dias. Eis porque a compensação allega-se hoje por embargos nas execuções, e não por excepção nas acções. Esta praxe até suppõe erroneamente, que toda a compensação é ordenada pelos Juizes em suas sentenças. Em verdade assim é no caso do nosso Art. 849, em que as dividas são incertas e illiquidas, e o Juiz as-julgar provadas e liquidadas; porém não é assim no caso da *compensação legal*, compensação que se-opera independentemente da vontade das partes pelo simples facta da coexistencia de duas dividas, certas, liquidas, e exigiveis. Neste outro caso o Juiz apenas julga, ou antes declara, que houve compensação, como nos casos em que declara que a divida já está paga; e então a compensação póde, e deve, sêr allegada por excepção.

(11) Ord. L. 4º T. 78 §§ 1º e 6º, Cod. do Com. Art. 440, Regul. Com. n. 737 Art. 278.

(12) Ord. L. 4º T. 78 §§ 2º e 6º---*Spoliatius ante omnia restituentus*---

(13) Cit. Ord. L 4º T. 78 § 3º.

§ 4.º A favôr de Recebedôres, ou Contractadôres Fiscaes, quanto ás dividas procedidas de seus recebimentos, ou de seus contractos presentes ou futuros (14).

Art. 851. Aos credôres originarios do Thesouro Nacional, e á seus herdeiros, quanto á dividas da herança, admittir-se-hão encontros, ou compensações, á respeito de todos os seus debitos (15).

(14) Cit. Ord. L. 4º T. 78 § 5º, em harmonia com o Art. 3º da Lei de 25 de Março de 1821, que se-mandou observar pela Lei 6º de 20 de Outubro de 1823. Se a generalidade da Ord. foi restringida quanto ás dividas fiscaes, não pôde hoje ser invocada em favôr das dividas das Camaras Municipaes, que a Ord. equiparou á aquellas. Observe-se entretanto o que dizem as Instruc. de 31 de Janeiro de 1851, autorisadas pelo Art. 26 § 3º do Decr. n. 736 de 20 de Novembro de 1850. Nas execuções fiscaes (Art. 31 das Instruc.) não se-admittem liquidações, ou compensações, e encontros feitos judicialmente; pois que, quando os executados entendêrem têr direito á nova liquidação da divida, pôr que se-lhes-move a execução, ou á ser-lhes abonada qualquer quantia de que se-digão credôres á Fazenda Nacional, deverão requerer ao Thesouro, ou ás Thesourarias respectivas, e apresentar em Juizo as decisões que lhes-fôrem favoraveis, com a reforma das contas ajuizadas.

« Salvas as excepções dos Arts. 1º e 3º da Lei de 25 de Março de 1821 (Rebouças Observ. á esta Not.), todas as compensações dos credôres do Thesouro se-devem admittir, quando fôrem demandados ou executados pelo mesmo Thesouro. As Instruc. de 31 de Janeiro de 1851 não podem obstar a execução da lei vigente, sendo notoriamente injusto que o credôr do Thesouro soffra execução fiscal judicialmente, e só administrativamente possa sêr attendido. »

Não se-pôde dizêr, que as citadas Instruc. são contrarias á lei vigente, uma vêz que forão autorisadas pelo Art. 26 § 3º do Decr. n. 736 de 20 de Novembro de 1850. Os encontros autorisados pelo Decr. de 25 de Março de 1821 (palavras do Man. do Proc. dos Feitos Not. 233) não se-entendem perante os Juizes, e sim perante a Administração.

(15) Cit. Lei de 25 de Março de 1821 Art. 1º, que derogou o § 5º da Ord. L. 4º T. 78.

Art. 852. Mas não se-admittirão encontros de dividas por creditos contra o Thesouro, havidos por cessões ; salvo se-fôrem de credôres do mesmo Thesouro por depositos, que nelle tenham entrado (16).

CAPITULO III

Da prescripção

Art. 853. O tempo da prescripção ordinaria dos direitos pessoaes é de trinta annos, contados do dia do vencimento das obrigações (1).

Art. 854. Nesta prescripção, só motivada pela negligencia do credôr, não se-exige o requisito da bôa fé (2).

(16) Cit. Lei de 25 de Março de 1821 Art. 1°.

(1) Ord. L. 4° T. 79 princ.

A prescripção deve sêr allegada pelo devedôr, não pôde sêr supprida pelo Juiz. Ha uma obrigação natural de pagar dividas prescriptas, e o devedôr pôde querêr desonerar-se dessa obrigação. Se porém confessa a divida de má fé, ou de má fé não allega a prescripção, para ser condemnado á pagar de combinação com o credôr, e vir este depois disputar preferencia na execução de outro credôr ; pôde esse outro credôr oppôr a fraude, pôde allegar que a divida está prescripta.

(2) A Ord. cit. L. 4° T. 79 princ. estabelece o contrario, mas como sua razão foi—*porque estes taes não poderdô prescrever por tempo algum, por se não dar occasião de peccar, tendo o alheio indevidamente*—, cabe applicar o disposto no § 12 da Lei de 18 de Agosto de 1769, o qual ordenou, que se houvesse *por não escripta a supposição de peccado* como motivo das Leis patrias. Ora, a bôa, ou má fé, não se-pôde verificar na prescripção extinctiva, e para ella basta o lapso de tempo, como é hoje de doutrina corrente.

« A Lei de 18 de Agosto de 1769 § 12 (Rebouças Observ. á este Art.) o que manda havêr por não escripta é a supposição, que qualifica manifestamente erronea, de no fôro externo dos tribunaes civis a magistratura temporal podêr conhecêr dos peccados, que pertencem exclusivamente ao fôro interno,

e á espiritualidade da Igrêja ; declarando que á esses tribunaes, e ministros seculares, não toca o conhecimento dos peccados, e tão sómente dos delictos.

« Vê-se pois, que a Ord. L. 4^o T. 79, quando diz, que a prescripção não haverá logar nos devedôres, que tiverem má fé, por não se-dar occasião ao peccado tendo o alheio indevidamente, previne, que o-haja, mas não se-funda na supposição de sua existencia. Asssim como não menos se vê, que a citada Lei de 18 de Agosto de 1769 § 12 o que ha por nullo é o suppor-se, que poderião julgar de peccado os tribunaes, e juizes civis, declarando altamente que isso não é de sua competencia.

« E se porventura a citada Lei annullasse na Ord. L. 4^o T. 79, como supposição da existencia de peccado, o que nella é mera razão de prevenir que o-haja, e alguma jurisdicção tenha de o-julgar; a consequencia seria ficarem nullas, e tidas por taes as palavras-- por se não dar occasião de peccar—; ficando em todo o seu vigor as outras, que dizem —porém esta lei não haverá logar nos devedores que tiverem má fé, porque esse taes não poderãõ prescrevêr por tempo algum, tendo o alheio indevidamente:—*utile per inutile non vitiatur in separabilibus*— . »

« E assim, sempre que o devedôr allegar prescripção de trinta annos contra sua obrigação, não lhe-aproveitará o me-ro lapso de tempo, provando-se que foi espaçado por malicia, dolo, e engano, de sua parte para fraudar ao credôr. »

Fôra inutil a providencia do § 12 da Lei de 18 de Agosto de 1769, se o seu unico fim houvesse sido eliminar das leis palavras relativas á supposição de peccado ; e não derogar disposições, que tivessem por motivo a supposição de peccado. A cit. Lei ordenou, que se-houvesse por não escripta a supposição de peccado como motivo das leis patrias, e portanto tem cessado qualquer disposição motivada pela supposição de peccado. Neste caso está a Ord. L. 4^o T. 79 na parte, em que exige para a prescripção extinctiva o requisito de boa fé ; porquanto o motivo unico de tal exigencia foi a supposição de peccado, quando não houvesse boa fé no devedôr. No Direito Romano não se-examinava a boa fé do réo que prescreve (Mackeldey Dir. Rom. § 211), a compilação Philippina mandou examinar a boa fé por influencia do Direito Canonico, e a Lei de 18 de Agosto de 1769 § 12 fêz cessar essa influencia. Seja como fôr, a prescripção extinctiva é hoje allegada, e attendida no Fôro, sem que alguém se-lembrasse de exigir boa fé.

Art. 855. Interrompe-se a prescrição pela citação feita ao devedôr, ou por outro qualquer modo admitido em Direito, e então começa á corrêr de novo o tempo della (3).

3.^a ED.

« Continúa em todo o seu vigôr (Rebouças Observ. pag. 126) a Ord. L. 4.^o T. 79 dizendo, que a prescrição não haveria logar nos *devedôres de má fé*, porque estes taes não poderã prescrever em tempo algum, etc. Mell. Freir., que nada tinha de *fanatico*, nem *supersticiôso* etc., não contempla por derogada a Ord. de modo algum. Quanto á *prescrição em materia mercantil* é que se-deve prescindir da condição de *boa fé* á vista do Art. 441 do Cod. do Com. »

O Art. 441 do Cod. do Com. guardou silencio sobre o moral requisito da *boa fé*, porque cedeu á triste realidade dos costumes reinantes. Sim ou não, não ha distinguir entre materia mercantil e não mercantil. Sêde coherentes, porque tudo é commercio em dividas não pagas pelo crú beneficio da prescrição. Se Mell. Freir. não era *fanatico*, nem *supersticiôso*, talvez o-seja o Autôr da Consolidação das Leis Cívis! Que meios tendes de sondar a *má fé* nestes casos de prescrição? Mais que insufficientes, e não basta em vãs palavras o *leges cum moribus*. Vivamos com o *leges sine moribus*, nutrin-do-se as bôas almas com seu amôr platonico.

(3) Ord. L. 4.^o T. 79 § 1.^o, Cod. do Com. Art. 453.

Esta Ord. refere-se ao Direito Romano, pelo qual ha os seguintes modos de interrompêr a prescrição :

1.^o Propositura da acção contra o devedôr—L. 10 Cod. *de præscript long. tempor.*

2.^o Protesto feito em devida fórma—L. 2.^a Cod. *de annal. except. Ital.*

3.^o Reconhecimento expresso, ou tacito, da divida por parte do devedôr—L. 18 § 1.^o Dig. *de pec. constit.*, L. 7.^a § 5.^o Cod. *de ann. except. Ital.*, e L. 5.^a Cod. *de duob. reis stipul.*

O Art. 453 do Cod. do Com. omittio este terceiro caso, o que tem occasionado decisões injustas.

3.^a ED.

No Commentario do Cod. do Com. attenderei ao Comment. do Sr. Orlando Not. 649 pag. 174, e ás observações do Sr.

Art. 856. Não corre a prescrição contra menores de quatorze annos (4). (Art. 877 § 1.º)

Art. 857. Depois dessa idade a prescrição correrá contra menores, mas elles podem valêr-se do *beneficio de restituição* (5). (Arts. 12, 13, e 14)

Art. 858. Os dinheiros de ausentes, cujo pagamento não fôr reclamado dentro de trinta annos, contados do dia, em que houverem entrado nos Cofres do Thesouro, e das Thesourarias, prescreverão em beneficio do Estado; salvo se, por qualquer dos meios em Direito admittidos, tivêr sido interrompida a prescrição (6). (Art. 333)

Annibal pags. 91 á 94. Attenderei outrosim ao que se-diz no *Direito* (Rev. de 1874 pags. 163 e 164) sobre a interrupção da prescrição das obrigações commerciaes.

(4) Ord. L. 4º T. 79 § 2º.—Contra os que se-acharem servindo nas armadas, ou exercitos imperiaes, em tempo de guerra não correrá prescrição, emquanto a guerra durar, e um anno depois—Art. 452 do Cod. do Com.

3.ª ED.

Pode-se generalisar o disposto no Art. 452 do Cod. do Com., *ad instar* do Dig. Brazil. 3º Vol. pag. 400. Not. ? Não se-póde.

« Contra os impedidos (diz o Dig. Brazil. *loc cit.*), e impossibilitados de obrar, não corre prescrição—Ord. L. 3º T. 91 § 1º, contanto que o impedimento seja invencivel. »

Ora, essa Ord. L. 3º T. 91 § 1º não legisla *ad unguem* sobre prescrição, resolve o privativo caso de concurso de credôres aparelhados com sentença, attendendo ao *legitimo impedimento* do primeiro em credito em relação ao primeiro na penhora. Esse mesmo caso cessou, porque a Lei de 22 de Dezembro de 1761 T. 3º § 13 revogou a Ord. L. 3º T. 91 (Not. *supra* ao Art. 834).

(5) Cit. Ord. L. 4º T. 79 § 2º, Decis. n. 74 de 19 de Junho de 1848. Contra as prescripções das acções commerciaes não se-póde allegar o beneficio da restituição, ainda que seja á favôr de menores—Art. 441 do Cod. do Com.

(6) Lei n. 628 de 17 de Setembro de 1851 Art. 32. Vid. Not. ao Art. 333.

Art. 859. O direito de rescindir contractos pelo vicio de lesão enorme, nos termos do Art. 359, prescreve em quinze annos, contados do tempo, em que os contractos fôrão feitos (7).

Esta prescripção interrompe-se por qualquer meio legitimo, como a propositura da habilitação dos herdeiros—Ord. de 27 de Dezembro de 1855.

Para os dinheiros desta origem (Art. 32 da cit. Lei de 17 de Setembro de 1851), já recolhidos aos cofres ha mais de trinta annos, quando se promulgou a dita Lei, concedêrão-se três annos, á contar do 1º de Janeiro de 1852, para que os interessados reclamassem a entrega.

(7) Ord. L. 4º T. 13 § 5º. Como a acção de *lesão enormissima* é real, segundo o § 10 da Ord. dá á entender, parece, que não se-lhe-deve applicar esta prescripção de quinze annos.

« Seja, ou não, real a acção da Ord. L. 4º T. 13 (Rebõças Observ. á esta Not.) não póde sêr admittida a opinião do autôr de se-lhe-devêr applicar, em vêz de sua especial prescripção de quinze annos, a geral das acções reaes. »

Pela leitura do § 5º da cit. Ord. não sei como podêr-se negar, que na prescripção de quinze annos o legisladôr só teve em vista a acção pessoal entre as partes contractantes, e seus herdeiros. Attenda-se ás palavras desta Ord.—*contados do tempo que os contractos forem feitos, até que os enganados citem aquelles com quem os-fizerão, ou seus herdeiros, pãra desfazerem os ditos contractos*--.

Certamente, o terceiro possuidôr dos bens alienados com lesão enormissima póde invocar a prescripção de quinze annos da acção pessoal do vendedôr contra o comprador, ainda que elle não tenha possuido por mais de déz annos. Póde porém acontecer, que elle já tenha possuido por mais de déz annos entre presentes (tempo da prescripção da acção real, segundo o Art. 1322 *infra*), entretanto que o alienante lesado o-demanda dentro dos quinze annos da Ord. L. 4º T. 13 § 5º. Eis uma luta entre o tempo desta prescripção e o da acção real, com que a lei tem protegido os possuidôres de boa fé e com justo titulo. Não se-póde applicar á terceiros, para quem a prescripção corre de sua posse em diante, uma prescripção só estabelecida para as partes contractantês, e que corre da data de seus contractos.

Art. 860. O direito concedido ao executado nos Arts. 570, e 571, para havêr restituição dos bens nullamente arrematados, prescreve dentro de um mez á contar do dia, em que a sentença revogatoria transitar livremente na Chancellaria (8).

Art. 861. Passado o prazo do Art. antecedente, só fica ao executado o direito de havêr o preço da arrematação pelo depósito; ou do exequente, se este o recebeu, ou de seu fiador (9).

Art. 862. A acção de engeitar por vicios rhedibitorios a coisa comprada, em conformidade dos Arts. 556, 557, 558, e 559, prescreve no fim de um mêz, que correrá do dia da entrega, estando as partes no mesmo lugar (10).

Art. 863. Não estando as partes no mesmo lugar, o comprador fará o seu protesto judicial, e pode propôr a acção dentro de dois mezes, tambem contados do dia da entrega (11).

Art. 864. Estando o vendedor fóra do Império, o comprador protestará do mesmo modo, e poderá citá-lo dentro de um mêz depois que voltar. (12).

Art. 865. A acção de soldadas dos criados prescreve por três annos, á contar do dia, em que sahirão da casa dos amos (13). (Art. 691)

(8) Ord. L. 3º T. 86 § 4º.

3.ª ED.

Abolido o transito da Chancellaria pelo Decr. n. 1730 de 5 de Outubro de 1869, corre o mêz desta prescripção á contar do dia, em que a sentença revogatoria passar em julgado.

(9) Cit. Ord. L. 3º T. 86 § 4º.

(10) Ord. L. 4º T. 17 § 7º, á que refere-se o § 8º.

(11) Cit. Ord. L. 4º T. 17 § 7º.

(12) Cit. Ord. L. 4º T. 17 § 7º.

(13) Ord. L. 4º T. 32 princ.

Art. 866. Se os criados fôrem menores, os três annos começarão á corrêr da maioridade em diante (14). (Art. 691)

Art. 867. Se servirem por mêz, não podem pedir a soldada passados três mezes depois de deixarem a casa dos amos (15). (Art. 691)

Art. 868. Os salarios dos Advogádos, Procuradôres, e Escrivães, prescrevem por três mezes dêsde a sentença final (16). (Arts. 468, e 469)

Art. 869. A obrigação de indemnisar o damno causado prescreve passados trinta annos á contar do dia, em que o delicto foi commettido (17). (Art. 799)

3.º ED.

São arbitrarios os additamentos do Dig. Brazil. 3º Vol. pag. 45 sobre este assumpto.

(14) Cit. Ord. L. 4º T. 32 princ.

(15) Cit. Ord. L. 4º T. 32 § 1º.

(16) Ord. L. 1º T. 79 § 18, T. 84 § 30, T. 92 § 18.

Correndo esta prescripção do dia, em que se-proferio a sentença definitiva, segue-se, que o legisladôr só refere-se á serviços em processos de acções propriamente ditas, ou em que hajão sentenças definitivas. Não se-refere á outros serviços de Advogados, Procuradôres, e Escrivães; nem ao tempo, em que taes serviços acabão.

3.ª ED.

O disposto nos Arts. 202 e 205 do Novo Regim. de Custas n. 5737 de 2 de Setembro de 1874 (Nots. aos Arts. 468 e 469 *supra* Consolid.) não alterou esta prescripção de três mezes para cobrança executivã dos honorarios dos Advogados; posto que, reduzidos esses honorarios á contractos escriptos, como faculta o Art. 202 do cit. Regim., pedião, senão o tempo da prescripção ordinaria (Art. 853 *supra*), algum mais largo que o trimestral.

Quanto aos Procuradôres (Solicitadôres), e Escrivães, resulta dos Arts. 201 e 205 do cit. Regim., que raros serão os casos de cobrança executiva, e da prescripção trimestral.

(17) Lei de 3 de Dezembro de 1841 Art. 36, que revogou o Art. 57 do Cod. do Proc. Crim.

Art. 870. As dividas passivas da Nação prescrevem em cinco annos, e esta prescripção opéra a completa desoneración da Fazenda Nacional (18).

Art. 871. Comprehende esta prescripção :

§ 1.º O direito, quo alguém pretenda têr á sêr declarado credôr do Estado, sob qualquer titulo que seja (19) :

§ 2.º O direito, que alguém tenha de havêr pagamento de uma divida já reconhecida, qualquer que seja a natureza della (20).

(18) Decr. n. 857 de 12 de Novembro de 1851 Art. 1.º.

A divida passiva contrahida até o fim de 1826, que devia sêr inscripta na fôrma da Lei de 15 de Novembro de 1827, ficou prescripta no fim de 1842—Lei n. 243 de 30 de Novembro de 1841 Art. 20, Instrucç. de 10 de Abril de 1851 Art. 8º § 1º.

A divida passiva posteriôr á 1826 ficou sujeita á prescripção de cinco annos desde o 1º de Janeiro de 1843—L. cit. Art. 20, e Instrucç. citadas Art. 8º § 2º.

A divida passiva anteriôr ao anno de 1827, já inscripta no Grande Livro da Divida Publica, e ainda não convertida em Apolices ; e bem assim a divida proveniente da mesma origem, inscripta nos Livros Auxiliares das Provincias, que ainda o não foi no Grande Livro por dependêr de liquidaçào do Thesouro, não está prescripta ; e será paga pela fôrma determinada na Lei de 15 de Novembro de 1827 toda, a que fôr reconhecida legal pelo mesmo Thesouro—L. n. 628 de 17 de Setembro de 1851 Art. 24.

3.ª ED.

Novo caso de prescripção quinquennal no Regul. n. 4355 de 17 de Abril de 1869 Art. 14 § Un., e no de n. 5581 de 31 de Março de 1874 Art. 34 § 1º, para reclamações do imposto de transmissào de propriedade. Vid. Not. ao Art. 603 Consolid.

(19) Cit. Decr. n. 857 de 12 de Novembro de 1851 Art. 2º § 1º.

(20) Cit. Decr. n. 857 de 12 de Novembro de 1851 Art. 2º § 2º.

Art. 872. Todos e quaesquer credôres da Fazenda devem requerêr dentro dos ditos cinco annos o reconhecimento, e a liquidação, de suas dividas; e a expedição dos necessarios despachos, ordens, titulos, e competentes assentamentos, quando fôrem prãcisos (21).

Art. 873. Determinados os pagamentos, lançados em folha, e feitos os assentamentos, as dividas prescrevem do mesmo modo, se a solução effectiva não fôr requerida no prazo de signado (22).

Art. 874. Quando o pagamento, que se-houvé de fazêr aos credores, fôr dividido por prazos de mezes, trimestres, semestres, ou annos, a prescripção ir-se-ha verificando á respeito dos pagamentos parciaes, que se-fôrem comprehendendo no lapso dos cinco annos (23).

Art. 875. Por se-têr perdido o direito á um pagamento parcial, não se-perde o direito aos outros pagamentos, para os quaes ainda não tivér corrido o tempo da prescripção (24).

Art. 876. Os cinco annos começam á corrêr dêsde a data da publicação dos despachos, ou das ordens definitivas, para o pagamento (25).

Art. 877. Não corre esta prescripção :

(21) Cit. Decr. n. 857 de 12 de Novembro de 1851 Art. 3°.

(22) Cit. Decr. n. 857 de 12 de Novembro de 1851 Art. 4°.

(23) Cit. Decr. n. 857 de 12 de Novembro de 1851 Art. 5°.

(24) Cit. Decr. n. 857 de 12 de Novembro de 1851 Art. 5°.

(25) Cit. Decr. n. 857 de 12 de Novembro de 1851 Art. 6°. Para as dividas, reconhecidas, ou não, até o ultimo de Dezembro de 1842, os cinco annos da prescripção começarão á corrêr do 1° de Janeiro de 1843. Veja-se a Lei de 30 de Novembro de 1841 Art. 20, Ord. n. 77 de 11 de Julho de 1850, e Decr. n. 736 de 20 de Novembro de 1850 Art. 80.

§ 1.º Contra aquelles, que não podérem requerêr, nem por si, nem por outrem ; como os menores, loucos, e quaesquer outros, que estão sujeitos á tutoria, ou á curadoria (26). (Art. 856)

§ 2.º Quando a demora fôr occasionada por factio do Theouro, das Thesourarias, e das Repartições, á que pertença fazêr a liquidação, e o reconhecimento das dividas, e effectuar o pagamento (27).

Art. 878. Aquelles, que quizérem segurar seu direito, obstando que lhes-prejudique o tempo consumido por demoras, e embaraços, das Repartições, podem requerêr certifica-

(26) Cit. Decr. n. 857 de 12 de Novembro de 1851 Art. 7º § 1º.

3.ª ED.

Este Decr. n. 857 de 12 de Novembro de 1851 em seu Art. 1º estabelece a prescripção de 5 annos, posta em vigôr pelo Art. 20 da Lei de 30 de Novembro de 1841 (note-se bem), com referencia ao Cap. 209 do Regimento da Fazenda.

Comparado o Art. 7º § 1º do cit. Decr., ácima consolidado, com o Cap. 209 do Regimento da Fazenda, acha-se esta differença : Pelo cit. Decr. a prescripção não corre, segundo sua exemplificação, cõtra os *civilmente incapazes*, quaes os menores, loucos, etc. Pelo Regim. attende-se á quaesquer impedimentos, e não unicamente aos da incapacidade civil. Eis as palavras do Regim. : « salvo quando a parte mostrar tal causa, por onde se-mostre no dito tempo não podêr por si, nem por outrem, requerêr, nem havêr a certidão ácima contêda. »

Como o Art. 7º § 1º do Decr. começa por estas palavras :— « Contra aquelles, que não podérem requerêr, nem por si, nem por outrem— » a questão vem á sêr, se as subseqüentes palavras são *taxativas*, ou meramente *exemplificativas*.

(27) Cit. Decr. n. 857 de 12 de Novembro de 1851 Art. 7º § 2º, e Av. n. 210 de 5 de Junho de 1856.

dos da apresentação do requerimento, e dos documentos, com especificada declaração do dia, mês, e anno (28).

Art. 879. A prescrição dos cinco annos é extensiva ás letras do Thesouro, começando á corrêr da data do vencimento (29).

Art. 880. As dividas militares, provenientes de vendas de generos, e de quaesquer fornecimentos á tropa, prescrevem, se não fórem requeridas dentro de um anno, da data do contracto (30).

Art. 881. As dividas activas da Nação prescrevem em quarenta annos, e esta prescrição opéra a completa desonegação dos devedôres da Fazenda Nacional (31).

Art. 882. Os quarenta annos começam á corrêr do ultimo dia do prazo do pagamento, ou estabelecido por Lei ou Regu-

(28) Cit. Decr. n. 857 de 12 de Novembro de 1851 Art. 12.

Interrompe-se esta prescrição por via de citação, ou pleito judicial, quando a Autoridade Judicial é competente para conhecêr da questão; e só por via administrativa, quando é exclusivamente competente a Autoridade Administrativa—Av. n. 198 de 29 de Maio de 1856, n. 210 de 5 de Junho do mesmo anno, e n. 119 de 31 de Março de 1857. Mas não a-interrompe o requerimento, em que se-pede certidão da liquidação—Av. n. 237 de 3 de Julho de 1856. Vid. Man. do Procur. dos Feitos Not. 510.

(29) Cit. Decr. n. 857 de 12 de Novembro de 1851 Art. 8º, Art. 443 do Cod. do Com.

(30) Lei n. 369 de 18 de Setembro de 1845 Art. 51. Isto não se-entende com os conhecimentos passados pelos Arsenaes, e outros Estabelecimentos publicos semelhantes—Ord. n. 17 de 25 de Janeiro de 1853.

(31) Decr. n. 857 de 12 de Novembro de 1851 Art. 9º, e antes d'elle, Regim. da Faz. Cap. 210, Regim. dos Contos Cap. 92, Lei n. 243 de 30 de Novembro de 1841 Art. 20, e Decr. n. 736 de 20 de Novembro de 1850 Art. 80.

jamento, ou estipulado em contracto, uma vêz que não haja interrupção (32).

Art. 883. Interrompem-se os quarenta annos desta prescripção :

§ 1.º Pela citação, penhora, ou sequestro feito nos devedôres, para se havêr o pagamento :

§ 2.º Por qualquer outro procedimento judicial, ou administrativo, havido contra ellês para o mesmo fim :

§ 3.º Pela concessão de espaço aos devedôres, admittindo-os á pagar por prestações (33).

(32) Cit. Decr. n. 857 de 12 de Novembro de 1851 Art. 10. Para as dividas contrahidas até o ultimo de Dezembro de 1842 correm do 1.º de Janeiro de 1843.

(33) Cit. Decr. n. 857 de 12 de Novembro de 1851 Art. 11.

Consolidação das Leis Civis – Volume I (edição fac-similar), de Augusto Teixeira de Freitas, 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 maio de 2003, como parte integrante da Coleção *História do Direito Brasileiro – Série Direito Civil* (Volume I).

Coleção

História do Direito
Brasileiro



Direito Civil

ANTONIO JOAQUIM RIBAS
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 prefacção 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