OBRAS DO MESMO AUTOR

Additamentos ao codigo de commercio, 2 grossos volumes in-4°. 32$000
Promptuario das leis civis. 1 volume in-4° grande ..... 16$000
Doutrina das acções. 1 volume in-4°..... 15$000
Primeiras linhas sobre o processo civil. 2 volumes in-4°.... 30$000
Tratado dos testamentos e successões. 2 volumes in-4°..... 16$000
Formulario dos contractos, testamentos e outros actos do tabellionato. 1 volume in-4°..... 15$000
Regras do direito. 1 grosso volume in-4°..... 16$000
Vocabulario jurídico. 1 grosso volume in-4°..... 20$000

Instituições do Direito civil, por **Trigo de Loureiro**. 2 v. enc.... 20$000
Pratica do processo civil, por **Paula Baptista**. 1 v. enc..... 15$000
Direito e Economia politica, por **Clovis Bevilaqua**. 1 vol. enc. 7$000
O Jury na Republica, por **Tavares Bastos**. 1 vol. enc..... 20$000

LEGISLAÇÃO BRAZILEIRA

CONSOLIDAÇÃO

DAS

LEIS CIVIS

PUBLICAÇÃO AUTORISADA PELO GOVERNO

POR

AUGUSTO TEIXEIRA DE FREITAS

« *Quod si leges, aliæ super alias accu-*
« *mulatæ, in tam vasta excreverint volu-*
« *mina, aut tanta confusione 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.*, 30.

NOVA EDIÇÃO REFUNDIDA

AUGMENTADA COM OS DECRETOS, LEIS E AVISOS PUBLICADOS ATÉ 1910

1.° VOLUME

(INTRODUCÇÃO, PARTE GERAL E DIREITOS PESSOAES)

LIVRARIA GARNIER

109, RUA DO OUVIDOR, 109 RIO DE JANEIRO | 6, RUE DES SAINTS-PÈRES, 6 PARIS

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.° 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 a cada um dos Artigos do texto, sem mudar em nada a redacção deste ;

2.° Attender ao movimento da doutrina em livros publicados durante o mesmo intervallo, robustecendo-a com razões novas em ponto de firmar 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 pelo 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 a 1865, na mór parte sem duvida, pois que aproveitei o ensejo para indicar omittidas disposições anteriores dentro e fóra daquella Collecção.

Quanto á numeração desses Actos, e das Decisões do Governo, preenchi agora os numeros escapados nas precedentes Edições: de modo que vai tudo numerado, a começar do anno de 1841, em que teve principio a impressão pelo Typographia Nacional en virtude dos Regulamentos, da 1° 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 1830.

Convergem para o segundo motivo 23 publicações, de que tive noticia, e a que solicitamente 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. —, bebendo gradualmente nas tres fontes da juridica opulencia — Legislação, Doutrina, Jurisprudencia —; a 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, outra para o corpo d'ella.

Além dos immediatos motivos d'esta 3ª Edição, outro impera de um pensamento de unidade, vinculo do espirito numano, 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 approvado pelo Governo Imperial.

Suppra o 4° 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 sómente agora para n'essa unidade marcar o logar proprio de nosso Direito Civil (*strictissimo sensu*), qual o consolidamos; e como da Introducção *infra* consta na pagina referente á nota 12, e do Relatorio da Commissão Revisora.

Suppra o 3° Indice, tambem no fim desta 3ª Edição, o defectivo do 2° — Taboa das Materias —; e mostre aos sectarios da Escola 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 exhaurir o assumpto.

A Taboa das Materias, 2° 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.° Indice, irá bem revisto, e locupleto, para mais proficuamente prestar-se ás necessidades do uso pratico.

Alterei o systema da remissão das Notas, numeradas sem progressão de pagina a pagina, sem progressão em muitas paginas, e tão embaraçoso para os trabalhos typographicos d'esta 3ª Edição. A numeração progredirá seguidamente de pagina a pagina, mas terminando em

cada Titulo, em cada Capitulo. O mesmo faço na numeração das Notas da Introducção, 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, — a esperarem prolongamentos, — a 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 autorisado pelo Governo Imperial a fazer imprimir á sua custa uma 2ª Edição d'esse Livro, actualmente em voga, com feliz aceitação das Repartições, dos Tribunaes, e Juizos 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 baixárão varias disposições legislativas, e governamentaes, que alterárão, addicionárão, ou explicárão, as citadas Notas relativas a cada um dos Artigos do texto; além de que, sobre a parte doutrinal de taes Notas, e maiormente a que prende-se ao Codigo do Commercio (de que não é possivel separar a legislação civil, já como fonte de regras geraes, já como direito subsidiario), varias publicações fizerão-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 reputarão integrantes.

Ousa esperar o Supplicante mais esta prova de animação da parte de um Governo tão empenhado, como tem sido, em aperfeiçoar a Legislação Civil Brazileira. — E. R. M. Augusto Teixeira de Freitas.

2ª. Secção. — Ministerio dos Negocios da Justiça. Rio de Janeiro 30 de Agosto de 1875. — Sua Magestade o Imperador, Deferindo o requerimento, em que Vm. pedio autorisação para fazer imprimir á sua custa uma terceira edição da Obra Consolidação das Leis Civis, com os indultos da autorisação anterior, Ha por bem conceder-lhe faculdade para o fim requerido.

Deus guarde a Vm. — Diogo Velho C. de Albuquerque. — Sr. Bacharel A gusto Teixeira de Freitas.

3.° 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 autorisação para fazer imprimir á sua csuta uma segunda edição do Obra que elaborára, intitulada Consolidação das Leis Civis, publicar essa autorisação, e estampar no principio da Obra o Decreto n. 2318 de 22 de Dezembro do anno proximo preterito, e o parecer, a que elle se refere, da Commissão encarregada de rever 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.

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 correcções, posto que ligeiras; e mais ainda pelo dezejo de dar á luz annotações importantes, que pouco a 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 permittido; o Supplicante vem implorar á V. M. Imperial a Graça de autorizal-o para a pretendida segunda edição, dignando-se consentir que a autorisação se faça publica, e que seja estampada

no principio da Obra, juntamente com o Decreto n. 2318 de 22 de Dezembro de 1858, e parecer, a que elle se refere, da douta Commissão encarregada de revêr o trabalho. Ousa o Supplicante esperar mais esta prova de animação da parte de um Governo, que tão solicito se mostra em promover o perfeiçoamento da Legislação do Paiz. — E. R. M. — Augusto Teixeira de Freitas.

Decreto n. 2318 de 22 de Dezembro de 1858

PROVIDENCÍA SOBRE A CONFECÇAO E ORGANISAÇÃO DO CODIGO CIVIL DO IMPERIO

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

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

Art. 2.° Feito o Projecto será examinado por uma Commissão de sete Jurisconsultos da Côrte e Imperio, presidida por um dos meus Conselheiros d'Estado, vencendo seus membros as gratificações que forem 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 a 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, a que procedeu a Commissão, chegou ella á justa apreciação dessa elaboração, que, a 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 produzio; ella é pois em complexo, salvos os defeitos de que se resente um ou outro artigo, salvas as divergencias da Commissão a respeito da intelligencia de algumas leis e derogação implicita de outras (1).

3.ª ED.

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

E' sensivel a omissão, que houve na *Consolidação* a 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 a este respeito (2).

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

A Commissão considera a *Consolidação* digna de approvação, senão do louvor do Governo Imperial, pela fidelidade e clareza do texto, pela illustração das notas respectivas, as quaes o fundamentão, e ao mesmo passo

dictorios esses assertos em damno de 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 ter advertido ao Autor, para que se justificasse, ou corrigisse seus erros.

Em resultado, tanto importa não haver-se arguido defeito algum. Nas composições litterarias só prejudicão arguições definidas, a que não respondêrão, ou mal respondêrão, seus autores.

3.ª ED.

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

No mesmo proposito dou conta agora da legislação sobrevinda, e que avultou por motivo da Lei n. 2040 de 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*.

o regenerão dos erros e abusos da praxe; sendo que dest'arte a *Consolidação*, além do fim especial a que se destina, presta um serviço importante ao fôro, 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 omissão 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 a 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 *Consolidação* comprehende, as quaes se reduzem

3.ª ED.

(3) Antagonismo aberto, entre o Livro dos *Dir. de Fam.* do Sr. Dr. Lafayette, 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.

ao Direito Civil strictamente tal; afóra a organisação 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 distinctos, 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 quanto á idade, familia, alienação, e ausencia.

Pelas razões, que o autor menciona a pag. 11, excluio 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 funcções publicas, e por consequencia só e exclusivamente dos Brazileiros; e os direitos civis communs aos Brazileiros, 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 judiciaes.

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.

As idéas do autor, quanto aos direitos politicos e civis, morte civil ou privação de direitos civis, revogação de alforria, são, no sentir da Commissão, claras e verdadeiras.

O 2.º titulo da parte geral trata das cousas, considerando-as em si mesmas, e depois em relação ao direito real do dominio, e aos outros direitos reaes. As cousas são divididas: 1.º em cousas do dominio nacional; 2.º em cousas do dominio particular; aquellas se subdividem, como cousas do uso publico, bens do Estado, e bens da Corôa: as cousas do dominio particular, como bens allodiaes, e bens emphyteuticos; os bens do Estado ainda se subdividem em bens geraes, provinciaes, e municipaes.

A Parte Especial da *Consolidação* tem dois livros, o primeiro que trata dos *direitos pessoaes*, e o segundo dos *direitos reaes*.

O livro, que trata dos *direitos pessoaes*, está dividido em duas secções; a primeira dos direitos pessoaes nas relações de familia, *jura potestatis*; a segunda dos direitos pesoaes nas relações civis, comprehendendo os factos que os fazem nascer ou extinguir; nesta secção estão consolidados o damno, e o esbulho, como factos illicitos, de que nascem obrigações e direitos pessoaes.

Como o esbulho é a privação da posse, o autor explica e resolve com lucidez a questão, que se poderia suscitar sobre a natureza e cabimento della como direito pessoal: essa posse não é a occupação, a tradição, a usucapião; mas a posse isolada, a posse a que se referem os interdictos, que não se fundão senão nas obrigações *ex-delicto*; ella é portanto um direito pessoal na hypothese de que se trata.

O 2.º livro da parte especial trata sómente dos *direitos reaes*.

Reconhece o autor, que esta divisão não é boa; mas

parece-lhe a melhor, como cousa obrigada, ou de *constituto* (5).

Assim que, a herança está comprehendida entre os *direitos reaes*, como se ella fosse sómente um *direito real*; quando aliás é uma universidade de bens, um complexo de direitos pessoaes e reaes.

Sente elle, por consequencia, e propõe como *de constituendo* um 3.º livro, contendo tres titulos;—para heranças, concurso de crédores, e prescripção (6).

Certo, como consequencia logica da differença dos

3.ª ED.

(5) Haja liquidação perfeita de idéas, firmeza de conhecimento:
E' boa, imperiosa, a divisão, dos direitos em *pessoaes e reaes*;
Não é boa a divisão dos *direitos reaes*, como aqui na CONSOLIDAÇÃO, contendo em si a herança:

E tambem não é boa, aqui na CONSOLIDAÇÃO, a sua divisão em duas partes, — *Parte Geral — Parte Especial* —; e isto demonstrei na Proposta ao Governo em 20 de Setembro de 1867, approvada pelo Conselho de Estado, não resolvida, mas impedindo a final a continuação de meus trabalhos para o Governo.

(6) Assim o disse na Introd. *infra*, pagina referente á Not. 193, porém entendi diversamente na minha mencionada Proposta ao Governo, approvada pelo Conselho de Estado.

Cotejada essa Proposta com a precedente da Introd. *infra loc. cit.*, eis o resultado:

O indicado 3.º Livro, contendo tres titulos para heranças, concurso de crédores, e prescripção, passou a ser o 1.º Livro do Codigo Civil sob a denominação — *Dos effeitos civis* —.

Ora, *effeitos civis* são os — DIREITOS—, meu genero inicial: e do 3.º Indice ver-se-ha como são partiveis, — divisiveis na *comprehensão*; e antes ver-se-ha na Introd. *infra*, ao começo das Noções Fundamentaes.

direitos pessoaes e reaes, o methodo proposto, tendente a 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 no Corpo Legislativo, e reclamada como um dos maiores interesses da situação.

Certamente, sem que sejão caracterisados ou destrinçados os direitos, que desmembrão, gravão, ou affectão, a propriedade ; e que seguindo-a, apezar de transferida, podem ser oppostos *adversus omnes*, e contra quaesquer possuidores ; a reforma hypothecaria deve causar, ou soffrer, difficuldades e contradições ; posto desembaraçada das outras concurrentes hypothecas pela especialisação e publicidade, posto estremada dos privilegios que devem recahir sobre os moveis, ou subsidiariamente sobre os immoveis, a hypotheca se encontrará muitas vezes com as diversas e arbitrarias 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 a pessoa alguma, seguil-o incessantemente em poder de todo e qualquer possuidor; eis o effeito constante do direito real, eis o seu caracter 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 efeito essencialmente physico, só se concebe em relação aos objectos corporeos, susceptiveis 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 divida, que o principio cognoscitivo, a definição satisfactoria é aquella, que caracterisa 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 approuver, por necessidade ou capricho; mas não devem impol-as a terceiros não contractantes, só a lei tem este imperio.

Além disto, estas limitações arbitrarias embaração 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 recommendaveis, justificão o nosso Direito Patrio; e demonstrão, que a tradição não é só interesse das partes, mas um interese de terceiros e da sociedade.

A Commissão 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.*

3ª. 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 a Vm. — *José Thomaz Nabuco de Araujo.* — Sr. Augusto Teixeira de Freitas.

INTRODUCÇÃO

A presente publicação é a ultima parte dos trabalhos preparatorios, que para a reforma da Legislação Civil emprehendêra 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 fiel. E um trabalho de simplificação, que, destinado á grande obra do Codigo 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 Codigo 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 parte ora impressa não passa de transitoria.

3.ª ED.

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

Decr. n. 2318 de Dezembro de 1858, transcripto *supra* pag. 17.

« Consdoliará (tal foi o programma do Governo) toda a Legislação Civil Patria com as mesmas condições da Classificação (2). — Consiste a consolidação em mostrar o ultimo estado da Lesgislação. — A Consolidação será

---

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 a 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 desharmonia profunda entre meu pensamento e as vistas do Governo Imperial. Assim termina esse Aviso, a 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. »

(2) As condições da Classificação são as seguintes : Colligirá e classificará toda a legislação patria, inclusive a de Portugal,

feita por titulos, e artigos, em os quaes serão reduzidas a 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 dexto. »

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

---

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 *re 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 temor 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*.

o estado da nossa Legislação, sua incerteza, seus elementos heterogeneos, podem bem avaliar a difficuldade destas questões.

Nunca tivemos Codigo Civil, e se por tal reputassemos o corpo das ordenações Filippinas, ou antes o 4° 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 a 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 a 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. 3° T. 64 igualmente estendêra ao Direito Canonico; a famosa Lei de 18 de Agosto de 1769, que deu largas ao arbitrio com o titulo de — *boa razão* —; o outro subsidio dos — *estilos, e costumes* —; tudo concorreu, para que os nossos Juristas carregassem suas Obras de materiaes 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;

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

do que pelos Praxistas que as invadírão. Outras causas ainda contribúem para tão desagradavel situação.

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

Quantas leis entre nós não incorrêrão desde logo em virtual e necessaria revogação, por se tornarem incompativeis com as bases da Carta Constitucional (4)? Quantas outras não se achão inutilisadas, 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 sancção da Ord. L. 2° T. 18 contra corporações de mão-morta possuidoras de bens de raiz-

(4) Para cessar a odiosa differença nos direitos de successão hereditaria entre filhos de homem nobre e peão, não bastou que a Const. abolisse 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 estado da nossa Legislação, sua incerteza, seus elementos heterogeneos, podem bem avaliar a difficuldade destas questões.

Nunca tivemos Codigo Civil, e se por tal reputassemos o corpo das ordenações Filippinas, ou antes o 4° 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 a 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 a 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. 3° T. 64 igualmente estendêra ao Direito Canonico; a famosa Lei de 18 de Agosto de 1769, que deu largas ao arbitrio com o titulo de — *boa razão* —; o outro subsidio dos — *estilos, e costumes* —; tudo concorreu, para que os nossos Juristas carregassem suas Obras de materiaes 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;

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

do que pelos Praxistas que as invadírão. Outras causas ainda contribúem para tão desagradavel situação.

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

Quantas leis entre nós não incorrêrão desde logo em virtual e necessaria revogação, por se tornarem incompativeis com as bases da Carta Constitucional (4)? Quantas outras não se achão inutilisadas, 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 sancção da Ord. L. 2° T. 18 contra corporações de mão-morta possuidoras de bens de raiz-

(4) Para cessar a odiosa differença nos direitos de successão hereditaria entre filhos de homem nobre e peão, não bastou que a Const. abolisse 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

ainda se applica, como se o *commisso* não fôra confiscação (7). Tambem crê-se, que os serviços feitos ao

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

Respondo, que muito de proposito 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 Codigo Civil Chileno, tratando no Art. 95 dessa chamada *morte civil*, poude dizer sómente: « Termina tambem 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 § 1°, 991, 992, 993 § 5°, 1000, e 1001.

Não se póde dizer, que o religioso está *civilmente morto*; quando a Ord. L. 2° T. 9° § 3° consente, que elle possa demandar pelos delictos commetidos em sua pessoa; e a do L. 3° T. 28 § 1° declara, que elle póde estar em Juizo para advogar, ou procurar, por si, por suas Igrejas, pelas pessoas miseraveis, 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 *commisso* no Art. 69 da Consolid. Vid. Not. a esse Art. Póde-se entender, como em França que só se abolio o confisco geral de bens, e não o confisco parcial, de que temos 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

Estado são artigos de propriedade, que se póde ceder e legar na fórma do caduco Regimento das Mercês de 19 de Janeiro de 1671 (8). A separação dos poderes

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. *Veja-se* 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, porém, que se me entenda. As recompensas por serviços ao Estado, com o direito adquirido a ellas, são garantidas pela Constituição do Imperio Arts. 102 § 11 e 179 §§ 13 e 28; mas, assim com 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 dessse Art., pertence exclusivamente a quem presta serviços remuneraveis, não é artigo de propriedade, não é transmissivel.

Entretanto o Art. 27 das citadas Instrucções de 10 Abril de 1851 presuppõe a allegação de serviços alheios, e cessão delles. A Nota 32 a esse Art. das Instrucções accrescenta, que a acção de serviços alheios pertence a aquelles, a quem forão renunciados, ou deixados; aos pais pelos serviços dos filhos, aos filhos pelos dos pais, e aos irmãos pelos dos irmãos. Assim dispunha o Regimento de 19 de Janeiro de 1671, que certamente está derogado nesta parte.

Se não estivesse derogada, os serviços feitos ao Estado ainda serião descriptos, e avaliados, nos inventarios, como anteriormente

politicos 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, recorremos a estudos de outra natureza, consultámos os monumentos legislativos, revimos e meditámos as tradições da Sciencia; e com livre espirito procurámos essa unidade superior, 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 boa, ou infeliz, execução, já quanto a disposições adoptadas e substanciadas, já quanto á fidelidade e exactidão do transumpto já quanto ás qualidades do estylo. Os legistas limitar se hão

---

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. 1°, que nenhum Officio de Justiça, ou Fazenda, seja qual fôr sua qualidade e denominação,—*se conferisse a titulo de propriedade*—.

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

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

a 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 fecundos traços, proposições susceptiveis dos mais ricos desenvolvimentos. A natureza de 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 a extinguir-se em epoca mais ou menos remota; façamos tambem uma excepção, um capitulo avulso, na reforma das nossas Leis Civis; 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).

A parte theorica, ou scientifica, demanda algumas explicações, tendentes sobretudo a justificar o methodo

---

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

« E' sensivel (palavras do Relatorio da illustrada Commissão) a omissão, que houve a 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 a este respeito. »

Nesta 2ª. Edição supprimos 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 a escravos ; e além disto um copioso subsi-

seguido; e a fornecer esclarecimentos tanto mais necessarios, quanto independentes forão as idéas, que o determinárão.

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

---

dio, 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 a uma outra Introducção, que será estampada no primeiro dos volumes relativos á *Classificação das Leis*. Eis as partes dessa outra Introducção : 1°, Programma official, 2°, Theoria da classificação das leis, 3°, Divisões actuaes da legislação, 4°, Divisões das leis verificadas pela analyse, 5°, 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 Direito 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* —, legitimado pela sua Sciencia — *justi atque injusti scientia*.

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

o Direito Civil em sua accepção mais stricta, excluidas as leis do processo, as da respectiva organisação judiciaria; e tambem as disposições excepcionaes, 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 pessoaes*; e indicaremos por ultimo a applicação, que se póde fazer dos principios. Dispôr elementos para a projectada reforma, tal é o pensamento, que nos domina.

O erro está no esquecimento da *comprehensão 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.° Indice no fim d'esta Edição, ver-se-ha precisamente o gráo do Direito Privado, ou Direito Civil, nas suas tres accepções. Quanto ao Commercial, justifiquei meus 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.

ACTUAL SYSTEMA DO DIREITO CIVIL.

Como se fosse possivel dar força de lei a 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 classificador das Leis Romanas. O que ha, pórem, de commum entre a supposta regra e a ordem seguida naquellas Leis? O Codigo e o Digesto tratão do Direito Privado, e tambem do Direito Publico; e a serie de seus Livros é tão destituida de nexo, 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 1° Livro tem no Tit. 3° a inscripção — *de jure personarum* —, se o 2° Livro intitula-se — *de divisione rerum et qualitate* — rematando pela successão testamentaria; o 3° Livro começa pela herança *ab intestato*, como se fôra materia distincta do

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

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

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

Essa incoherente distribuição de materias foi regularisada 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 conter a primeira parte — *de personis* —, e a duvida recresce no limite das outras duas partes — *de rebus* — e — *de actionibus* —. A significação destas palavras tem sido differentemente entendida, querendo uns que as — *obrigações* — pertenção 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 introducção 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

(15) Savigny, *Dir. Rom.* Tom. 1.° pag. 382 e seg. Maçkeldey, *Dir. Rom.* Part. Ger. § 119 e Nots. Por se apresentarem as mesmas acções reaes sob a fórma de credito, está hoje introduzida a locução — *crédor 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 2.° estabeleceu a proposição de Gaio. No livro 3.° 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 demandar nosso direito

Borges Carneiro (17), na exposição do nosso Direito Civil, commum a Portugal e ao Brazil. Um primeiro Livro para as — *pessoas* : — o segundo para as — *cousas* —, 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 estavão no Livro das Institutas — *de divisione rerum* — (18), forão transportadas para o Tratado das *obrigações*, a par dos outros contractos beneficos.

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

em Juizo. E no Livro 4°, referindo-se a uma phrase accidental da L. 42 § 2° 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 Mello Freire dava pouca importancia á questão do methodo. *Os direitos reaes*, quando violados, produzem acções, do mesmo que os *direitos pessoaes*.

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

(18) Vinnio, Du Caurroy, Ortolan, *Comment. ás Instit.* L. 2.° T. 7.°, *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 1°.

divisão 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 — *accões* — (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 via commum, tanto para fazer valer em

(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 desapparecesse, ficando reduzido a 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 ser causa immediata da obrigação de reparar o damno causado, se o delicto não exprimisse um direito violado.

(20) *Acção*, no sentido vulgar, é o facto de homem, que impõe sua força pessoal a 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 exercital-o, — o processo, — *medium legitimum* (definição de Heinecc.) *persequendi in judicio jura, quæ cuique competunt*; — *via sive medium* (definição

Juizo o direito das obrigações (*direitos pessoaes*), como para restabelecer o direito sobre as cousas (*direitos reaes*).

Não sendo possivel harmonisar por este meio a realidade das cousas com o imaginado typo, recorreu-se a outros expedientes. Alguns considerão as — *obrigações* — como materia pertencente ao primeiro ramo da divisão — *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).

---

de Vinn.), *per quod ad id, quod nostrum est, aut nobis debitum, si ultro non præstetur, pervenitur, et aufertur invitis* —. 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 arbritrio 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 fizerão 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 perder cada especie; reunindo-se depois em uma segunda parte todos os acontecimentos, que se referissem a differentes especies. » Entretanto, não alargando a significação da palavra, já notámos que as — *acções* — são *factos*, *actos juridicos*; senão capazes de engendrar direitos, ao menos de protegel-os e conserval-os.

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 suppõem violados, ou ameaçados de violação (24). Sob o nome de — *pessoas* comprehende 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 tambem o vinculo especial, que obriga uma pessoa a dar, fazer, ou não fazer. E' facil conhecer o que ha de vicioso, e arbitrario, em semelhante nomenclatura, e nas suas disfincções.

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

---

(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 a 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 suppõem 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 præsupponit 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 persequendi*, — ella faz parte do Direito Privado theorico, e não do Direito Pratico. Vid. ESCHBACH — *Introduct. à l'étude du droit*, §§ 28 e 29.

pessoas, indicar tão sómente os — *jura potestatis* —, e excluir todos os outros? Todo o direito pertence ás pessoas, todo o direito é — *poder effectuado*, — embora exercivel 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, tambem não podemos ir mais longe. As *cousas*, ou são de creação natural — *res corporales* —, ou de creação juridica — *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 admittada esta theoria, como judiciosamente pondera ORTOLAN, todos os direitos vêm successivamente accommodar-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* — ou — *serviços* (28), achar-nos-hemos com os seguintes resultados:

1.° 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.° 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.° 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 relaçoes juridicas, envolvendo em ficticia combinação direitos, que derivão de principios oppostos; e desligando outros, que visivelmente funccionão com identicos effeitos? Renda-se homenagem á sagacidade dos Jurisconsultos Romanos, mas não se diga, que

---

(25) Em Direito Romano, não se deve perder de vista, que os direitos reaes — *jura in re aliena* — (pois que os direitos pessoaes 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. 2° T. 2°, *de division. rer.* L. 1ª § 1°. — *Rei appellatione, et causae, et jura, continentur* — Dig. *de verb. signif.* L. 23.

(27) *Généralisat. du Droit Romain.* Part. 1.ª T. 2.° Cap. 2.° § 1.°.

(28) Phraseologia de BENTHAM (Trat. de Legisl. Vol. 3° 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 efficiente 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* —

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

Para evitar os indicados inconvenientes, varias classificações forão outr'ora propostas por alguns Juriconsultos

---

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 personas pertinet, vel ad res, vel ad actiones* —; e agora, n'este aspecto, eis meu final juizo:

1.° 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 classificador do — *Direito* —;

2.° 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.° 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 a 178);

4.° 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 classificador juridico.

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

de espirito mais independente (30). Entre elles sebresahe 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 *pessoas*, e as *cousas*, 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, do — *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 tuidamos de fixar logo ao começo dos nossos trabalhos. DEIBNITZ, porém, teve de applical-o ao Direito Civil, procurando a differença dos direitos na differença das causas, que os fazem nascer, ou que os fazem cessar (33). Elle distinguio cinco causas de direitos

---

(30) Na *Dissert*, já citada da THEMIS, Vol. 3.° pag. 217 dá-se noticia dos methodos propostos por VULTEIO, CONRADO LAGO, CONNANO HOTOMAN, e ALTHUSIO.

(31) Na parte de suas Obras, que se intitula — *Nova methodus discendœ docendœque Jurisprudentiœ* —

(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 de homem

1°, a natureza, 2°, a convenção, 3°, a posse, 4°, a successão, 5°, o delicto.

Uma critica bem fundada desta classificação lê-se no Prefacio, que serve de introducção 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 sómente sob o ponto de vista das causas, que os produzem. Direitos, que apresentão a maior semelhança, podem derivar de causas differentes;

---

mas todos os acontecimentos, em virtude dos quaes as relações de direito começão ou acabão. SIVIGNY (*Dir. Rom.* Tom. 3° pag. 3 e seg.) os denomina — *factos juridicos* —, classificando como mais importantes — 1°, as successões, 2°, os actos livres, 3°, as declarações de vontade, 4°, os contractos, 5°, as doações, 6°, 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 acquisição, 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. pags. 6 e 7 tambem discretamente recusa a classificação de Leibnitz.

ao passo que a mesma causa póde produzir direitos, que não têm entre si a menor analogia. »

Além disto, accrescenta BLONDEAU (34), a palavra— *natureza* —, 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 rigor 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 tentivas, que se fizerão até meiado do seculo ultimo. Domat foi pouco feliz na divisão do seu Tratado das Leis Civis em duas partes—*engagements*—(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 regulis 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 inclúe todo o Direito Privado, sem escapar as

---

(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 allianças que d'ahi resultão.

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

fórmas 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 anniquilada; pois que são envolvidas as *servidões*, a *hypotheca*, a *herança*, 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, innumeros 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 concordes os Jurisconsultos da nova escola, mas pronuncião-se com poucas excepções contra a inintelligivel divisão de—*pessoas*, *cousas*, e *acções* —.

Quando começárão os trabalhos do Codigo Civil Francez em 1799, as novas idéas não tinhão ainda tomado toda a sua ascendencia. Dominava em França o Direito Romano, e o que mais se conhecia, e estava em voga, quanto a 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, a 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 en 1756, e ao da Prussia promulgado en 1794 (37). Esses Codigos

(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 Codigo com a Obra

extensos, o primeiro no sentido das idéas reinantes do Direito Romano (38), e o segundo delineado como parte de um plano geral, erão 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 a 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 perder-se comtudo de vista a antiga divisão de *pessoas* e *cousas*. O 1.° Livro intitula-se—*das pessoas*—, e o 2° 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 3° Livro, que se inscreve—*dos diversos modos de adquirir a propriedade*—; outros, menos razoaveis, defendem a todo o transe o

conhecida pelo nome de — *Codigo Frederico* —, publicada em 1749 e 1751, e organizada pelo Chanceller 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 translativos de dominio que se fixou a propriedade, e a *transcripção* quanto aos immoveis substituio a *tradição* do Direito Romano

fórmas 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 anniquilada; pois que são envolvidas as *servidões*, a *hypotheca*, a *herança*, 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, innumeros 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 concordes os Jurisconsultos da nova escola, mas pronuncião-se com poucas excepções contra a inintelligivel divisão de—*pessoas*, *cousas*, e *acções* —.

Quando começárão os trabalhos do Codigo Civil Francez em 1799, as novas idéas não tinhão ainda tomado toda a sua ascendencia. Dominava em França o Direito Romano, e o que mais se conhecia, e estava em voga, quanto a 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, a 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 en 1756, e ao da Prussia promulgado en 1794 (37). Esses Codigos

(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 Codigo com a Obra

extensos, o primeiro no sentido das idéas reinantes do Direito Romano (38), e o segundo delineado como parte de um plano geral, erão 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 a 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 perder-se comtudo de vista a antiga divisão de *pessoas* e *cousas*. O 1.° Livro intitula-se—*das pessoas*—, e o 2° 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 3° Livro, que se inscreve—*dos diversos modos de adquirir a propriedade*—; outros, menos razoaveis, defendem a todo o transe o

conhecida pelo nome de — *Codigo Frederico* —, publicada em 1749 e 1751, e organizada pelo Chanceller 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 translativos de dominio que se fixou a propriedade, e a *transcripção* quanto aos immoveis substituio a *tradição* do Direito Romano

Codigo de seu paiz, explicando a divisão por modo estudado, e proclamando sua excellencia (40).

O que, porém, não se póde harmonisar é a inscripção do 3° Livro sobre os modos de aquisição da propriedade; inscripção que deu materia para mais de dous terços dos artigos, de que se compõe o Codigo todo. Abandonou-se, é verdade, a maxima cardeal do Direito Romano, reguladora da transferencia do dominio (41), passando o titulo a ser modo de adquirir. Mas quem quererá conceder, que sejão contractos translativos de propriedade o *deposito*, o *mandato*, e a *locação* de bens ou de serviços? Que analogia tem com o enunciado desse immenso Livro 3° 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 Codigo Civil Francez poderia ter comprehendido todas as leis civis, e que o tratado das *pessoas* 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, què poderião entrar no 3° Livro como relativas aos meios de adquirir. Taes são no 1° Livro a *ausencia* que dá logar á successão

(40) Veja-se LASSAULX — *Introduct. à l'étude du Cod. Napol.* —, que explica por este modo: — O 1° Livro trata dos direitos resultantes das relações das pessoas, abstracção feita das cousas. O 3° 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'État* — pag. 2ª.

provisoria, o *casamento*, a *filiação*, a *adopção*, o *patrie poder*; e no 2° Livro a *accessão*, o *usufructo*, o *uso*, a *habitação*, e as *servidões*.

Não obstante seu methodo artificial, e com o máo 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 voz 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 a terceiros estejão 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, do Cantão de Berne de 1831, e o da Hollanda de 1838. Não seguírão a ordem do Codigo Francez, e exigindo, além do titulo, um acto exterior para regular a transmissão da propriedade, guardárão a antiga classificação geral, mais ou menos modificada.

No da Hollanda acha-se precisamente a triplice divisão de *pessoas*, *cousas*, e *obrigações*, a que accresceu um 4° 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.

(4) Vid. Themis Tom. 6° 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 a todas as outras, e que está confirmada pela experiencia dos seculos; e consagrada pela autoridade de quasi todos os philosophos, e dos mais notaveis Jurisconsultos.

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 1° Livro dos—*direitos reaes*—, e no 2° 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 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 no 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 pelos—*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 póde 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 passárão para o Livro 2°, 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, effeitos, interpretação, e derogação, contém quatro Livros. O 1° trata das *pessoas*, o 2° dos *bens* e de seu dominio, posse, uso, e gozo; o 3° da *successão causa mortis* e da *doação inter vivos*; e o 4° das *obrigações*, e dos *contractos*.

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

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 serie de seus artigos ordem alguma, que se possa racionalmente justificar. O illustre Jurisconsulto renegou 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 *direitos reaes*

(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 Organisação 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.

e *direitos pessoaes*, cuja distincção estabelecêra 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 3° Livro, e no 1° 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 2° 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 um Codigo 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 corollarios da outra disposição generica do Art. 711; era necessario, que não tivesse

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

(49) Nos Codigos da Prussia, e da Lusiana, 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. 6° pag. 50.

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

omittido as diversas restricções desse Codigo, que servírão de correctivo (se bem que incompleto) (52), ao seu systema espiritualista, e acautelárão funestos abusos (53).

Ao contrario, se por um lado foi indifferente a todas as exigencias da 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, a respeito da tradição ficta, e symbolica, e dos actos solemnes da posse (54). Se o simples consentimento dos contra-

(52) Sobre isto não ha hoje duvida, porque, depois de acerbas criticas de muitos Escriptores, ahi 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. 659 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 a 913 Consolid. O Cod. Civ. Franc. Arts. 1064 e seg. trata da entrega da cousa, ou tradição, como umo 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. 1.º pag. 397, Troplong, *Vente* Arts. 1604 a 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 para o comprador, ou donatario; do mesmo modo que a propriedade só pelo facto do contracto da venda, ou da doação. »

ctantes basta para transferir a propriedade, sem dependencia da posse; não ha necessidade de ficções, nem de symbolos, que anticipem 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 a 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 a um desfecho, que não póde agradar. A successão a intestado foi separada da successão testamentaria, e esta ultima especie de successão veio unir-se aos contractos. E como perceber nesta repugnante juncção a differença dos *direitos reaes* e dos *direitos pessoaes*, que Mackeldey, fizera tão sensivel em dois livros distinctos? O systema do sabio Professor Allemão não peccou por este lado, mas pela abundancia de divisões escusadas.

(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.

Tenhão os professores liberdade na opção do methodo mais proprio para facilitar o ensino, porém não haja nisto puro arbitrio. O methodo influe na theoria, e a theoria em materias de Direito Positivo nunca deve contrariar o pensamento legislativo, deve sómente explica-lo. Para evitar desvios (57) e para ao mesmo tempo não constranger a doutrina, ou falsificar a sciencia, melhor é que, emprehendendo-se uma legislação nova, muito se medite a respeito do methodo conveniente.

Nós vamos vêr, como na distincção dos *direitos reaes*, e dos *direitos pessoaes*, repousa todo o systema do Direito Civil.

NOÇÕES FUNDAMENTAES

As differenças inalteraveis das relações juridicas determinão as naturaes divisões da legislação. A distincção das personalidades, e sua razão de existencia, assignalão os limites do Direito Publico e do Direito Privado. A sancção da pena no Direito Privado extrema as Leis Criminaes das Leis Civis (58).

---

(57) Em França os professores não podem alterar no ensino o methodo dos Codigos. A unica Obra, em que o Direito Civil Francez accommoda-se em divisões differentes, é a de ZACHARIÆ, escriptor allemão de grande merecimento. Ultimamente foi essa Obra reduzida por MASSÉ e VERGÉ á ordem do Codigo. Nunca approvaremos, que no ensino da legislação codificada altere-se a ordem das materias, como recentemente, quanto ao nosso Cod. do Proc. Crim., fizera um Professor da Faculdade de São Paulo.

(58) Quando se publicar no 1º Volume da — *Classificação das Leis*— a Introducção, de que já fallámos, vêr-se-ha, que as

Na esphera, em que nos achamos, as personalidades estão no mesmo nivel, ou sejão singulares ou collectivas; a differença de seus direitos só póde derivar das condições especificas, ou qualidades intrinsecas, que a analyse houver de discernir. Pois bem, observai attentamente 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* (59).

---

proposições deste periodo são um epilogo de desenvolvimentos anteriores.

(59) Esta divisão é feita no ponto de vista da *comprehensão* — dos direitos. Não se deve confundir com a outra divisão de — *direitos primitivos*, e *direitos derivados* ou *hypotheticos* —, cujo ponto de vista é a *origem* — dos direitos. Fazemos estas observação, porque os Escriptores de Direito Natural chamão tambem *absolutos* os direitos *primitivos*, isto é, os que resultão immediatamente da natureza do homem, e não dependem de acto algum de sua parte. Todos os direitos primitivos, são chamados absolutos tambem no sentido da — *comprehensão* —, mas direitos absolutos não serião sómente os primitivos. O direito de propriedade é *hypothetico*, adquire-se por actividade do homem; e no emtanto fôra direito absoluto, porque obriga a todos os outros, que se devem abster de perturba-lo.

3ª. ED.

Substitui no texto a palavra *especie* pela palavra *parte*, porque tal é o proprio nome das bifurcações na *comprehensão*.

E por isso mesmo substitui na Nota duas vezes a palavra *extensão* pela palavra *comprehensão*. *Partes* não são *especies*, *partição* não é *divisão*, no rigor logico, e *comprehensão* não é *extensão*,

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).

---

a não dizer-se *comprehensão 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* representão porções externas *de generos*, *partes* representão 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 co-relativa — 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, alem dos *positivos*, os *negativos* da abstenção, e do não feito validamente.

A condição distinctiva dos *absolutos* (exactissimamente) é ter *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 ter *factos* por objecto contra pessoas determinadas, 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 ser 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, a 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 a a 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 favor do agente do direito.

Se por estes caracteres, verificados nos constantes

---

(62) Eis a obrigação do Direito Civil. — *Juris vinculum, quo necessitate ads tringitur alicujus rei solvendæ* — Inst. L. 3º 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. 3º princ.

3.ª 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 crédores.

3.ª ED.

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

effeitos das relações humanas, é patente a differença dos *direitos absolutos* 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 direitos o de *propriedade* unicamente

3ª. ED

(64) Em accôrdo com minhas novas idéas na Proposta approvada pelo Conselho de Estado, e agora realisadas no meu 3º Indice, fiz as mudanças anteriores, e irei fazendo as necessarias. Agora no texto 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 Escriptor, 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 exteriores, 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 exteriores. 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.

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

Os direitos pessoaes, exceptuados os poderes 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 estabelecer 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. Fallamos em referencia a 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 caracter 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 a acções de perdas e damnos. — Zachariæ Tom. 1º § 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 póde ser uma acção. Os direitos pessoaes reclamão a acção, e a violação só póde ser a omissão. O crime pois (Art. 2º § 1º 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 violação de um direito pessoal; pelo lado do adultero, corresponde á offensa do direito de segurança do estado civil. Póde-se tambem contemplar

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 pessoas individualmente passivas. Mas

o caso dos tutores e curadores, de que trata o Art. 247 do cit. Cod. Vid. Arts. 109, 291, e 585 § 2°, 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 §§ 2° e 3°, e 265 part. 2ª Vid. Arts. 431, 435, e 535, Consolid. 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. Consolid.

3.ª ED.

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

não são *pessoaes*, porque abstrahem das pessoas individualmente passivas (71).

Com os *direitos reaes* não acontece o mesmo. Em primeiro logar é preciso separar os direitos immediatamente concernentes á personalidade do homem, que são alheios da Legislação Civil. Em segundo logar, 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 exteriores, 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 das *cousas materiaes*,

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 pessoaes*.

(72) AHRENS, *Cours de Droit Nat.* Part. 2ª L. 1° Cap. 1° (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 AHREMS diz depois — a propriedade é o ponto central deste — *haver* —, concebido no ponto de vista do direito, porque as prestações concernem a cousas, ou são apreciaveis em dinheiro, signal representativo das cousas.

têm um valor 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 fosse o mesmo *direito real*.

Affectar o objecto da propriedade sem consideração a pessoa alguma, seguil-o incessantemente em poder de todo e qualquer possuidor, eis o effeito constante do *direito real*, eis seu caracter distinctivo. Este caracter é opposto ao do *direito pessoal*, que não adhere ao objecto

(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 patrimoniaes* —. Vid. Maynz, *Dir. Rom.* § 91 pags. 196. Estes *direitos patrimoniaes* contrapõem-se em tal caso aos *direitos pessoaes* em sentido muito differente do nosso, isto é, comprenhendendo 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 seguírão o systema do Cod. Napoleão, não dizem simplesmente — *direitos pessoaes* —, quando tratão 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.

da propriedade, não o segue; mas prende-se exclusivamente á pessoa obrigada, — *ejus ossibus adhæret ut lepra cuti* —.

Ora, que os *direitos reaes* não são applicaveis a todos os objectos, de que se compõe a propriedade, facilmente comprehende-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 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 proprie nec possideantur, nec tradantur, nec in dominio sint; sed in bonis esse intelligantur.* Heinecc. *Elem. Jur. Civ.* §§ 287 e 341, *Recitation.* L. 2° T. 2° § 388. — *Incorporales res traditionem et usucapionem non recipere, manifestum est* — L. 43 § 1° Dig. *De adquir. rer. dom.*

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

As cousas moveis, sujeitas á *contrectação* (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 preen-

(76) Art. 42 Consolid.

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

(78) D'ahi as regras sobre os estatutos do Paiz, que devem rege-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. 3° n. 419 e 432. A venda de immoveis não é commercial — Cod. do Com. Art. 191. As questões sobre immoveis, com poucas excepções, não compete ao Juizo Commercial — Cod. do Com. Tit. Un. Art. 19 § 3°, et Art. 13 do Reg. Com. n. 737.

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

chem as mesmas funcções (81), escapão em grande parte á affectação, e aos effeitos, *direito reaes* (82).

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

O *direito real* tem duas manifestações, uma necessaria, e a outra possivel. Ou nós o exercemos 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 reivindicação não é receptivel em materia movel — ZACHARIÆ, Dir. Civ. Franc. Tom. 1° pag. 155 e 193. Sobre a natureza e caracteres da propriedade movel veja-se RIVIÈRE, *Exam. du régime de la propriété mobilière.*

(83) É bem conhecida a antiga maxima — *mobilium 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 haver especies (84).

Em relação ás cousas de outros, o *direito real* tem por objecto a *propriedade limitada*; e como a limitação póde ser realizada por varios modos, a differença entre elles póde 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 a uma parte ideal da cousa commum. A divisão em *revogavel* e *irrevogavel* suppõe o dominio transferido, posto que sujeito a uma resolução. Ora, a expressão—*propriedade plena*—considera reunidos todos os direitos parciaes, cujo complexo constitue o dominio; não se refere a algum modo particular de separação desses direitos parciaes, nem ás pessoas, que podem exercer o dominio, nem ao modo da sua transferencia e duração.

3.ª ED.

Todavia, como effectivamemte dá-se o nome de *dominio* a 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 opéra uma limitação 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 Escriptores 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 a terceiros direitos elementares do dominio, a par do proprio dominio.

Se o proprietario, para garantir o que deve, sujeita a propriedade ao crédor, obrigando-se a não aliena-la—*propriedade affectada*—, dá-se o direito real de *hypotheca*. Se desmembra o dominio, perpetua ou temporariamente, transferindo a 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 a 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). As cousas immo-

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

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

veis não podem ser furtadas (88). O proprietario excluído faz sempre valer seu direito real, demandando a todo e qualquer possuidor (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 appli-

(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. *ub.* — *vol* — Secç. 1ª n. 2.— CHAUVEAU, *loc. cit.* — *Verum est quod plerique probant, fundi furti agi non posse* — L. 25 Dig. *De furt.* As Institutas L. 2º Tit. 6º *De usucap* § 7º, enunciando esta regra, attestão, que ella não foi sempre observada — *Abolita est quorumdam veterum sententia existimantium etiam fundi locive furtum fieri.*

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

(99) 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 permitte as hypothecas geraes, e manda registra-las — Arts. 1284 e 1288 Consolid. O Cod. do Com. Arts. 266 e 879, supposto tolhesse 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 § 1º Dig. *De pignor et hypoth.* O direito de penhor 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 objecto; o direito de penhor conferido sobre um credito,

cação do usufructo (91), especialemente aos moveis, que

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 adoptárão 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 Hypoth.* Introduct. — *Em moveis não ha sequela por hypotheca* — é a maxima do Direito Fran. (Art. 2119, *Cod. Civ.*), que foi adoptada no *Dig. Port.*, de CORR TEL. L. 3.º n. 1262. Evite-se porém o erro de pensar, como pensára Benech — *Droit de préférence*, — que póde 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 ter seus effeitos, consignados no Art. 1369 Consolid.

3. ª ED.

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

(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 (Art. 174 e seg.,

se não consomem ao primeiro uso (62). Entretanto que, não só a hypotheca e o usufructo, como todas as outras especies de direitos reaes, são proprias dos immoveis. As servidões reaes (93), o emphyteuse (94), os direitos adhe-

Consolid.) — 3°, o da viuva quinquagenaria, que se recasa tendo descendentes (Art. 161 e seg. Consolid.) — 4°, o do pai ou da mãi, que passão a 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 a immoveis, e moveis. A nossa lei, como o Art. 526 do Cod. Civ. Franc., reputando immoveis o usufructo das cousas immoveis (Art. 47, Consolid.), presuppõe 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. 2° T. 4° § 2° *De usufr.*

Quanto ao usufructo, que acima attribuo ao pai e á mãi, que passão a segundas nupcias, veja-se a Nota addicional ao Art. 966, Consolid.

(92) Consistindo o usufructo na limitação de não dispôr da substancia da cousa, e por conseguinte de a não consumir, resulta, que só devéra ter 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 outrá quantidade do mesmo genero igual á consumida.

(93) As servidões reaes ou prediaes, em contraposição ás pessoaes em cuja classe entra o usufructo, suppõem necessariamente a existencia de immoveis pertencendo a proprietarios differentes — Art. 47 Consolid. Sobre as servidões urbanas Vid. Arts. 936 a 956, 1330. e 1331, Consolid. Sobre as rusticas — Arts. 957, 958, e 1333, Consolid. Da diversidade das servidões, e da de outros direitos, vem a necessidade de diposições geraes sobre o que sejão *predios urbanos* e *rusticos*. Vid. Arts. 50 e 51 Consolid., extrahidos da legislação sobre a siza dos immoveis; e Lobão, *Trat. das Caz.* §§42 a 46, Art. 606 Consolid.

rentes ao interior 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 en suas diversas manifestações, e acha a possibilidade de seu desenvolvimento completo. Poder-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 anniquilado. *O direito real* em tal caso é um poder inherente ao dominio, é o mesmo dominio, e com elle se confunde (96).

Nos outros direitos reaes—*jura in re aliena*—o agente do direito tambem 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

(95) Vid. Consolid. Nots. 4 e 5 ao Art. 52 § 2°, 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.

posse, *uso*, *gozo*, *e livre disposição* (97). Os outros direitos reaes são parcellas daquella somma, são os proprios direitos constitutivos do dominio ; são poderes, que sobre a cousa attribuem-se outras pessoas.

Se em todos os casos de attribuição desses poderes realisados vissemos nascer um *direito real*, haveria por certo um signal indicador, uma causa efficiente, de direitos reas 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 maniera 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, o 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 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 Juriconsultos, como DELVINCOURT (101),

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

(98) Art. 1743 Cod. Franc.

(99) L. 9. Cod. *De locat. et conduc.*

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

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

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 a desejar. « Ora, o que é um direita (diz elle) (107), que da pessoa recahe sobre a cousa por uma affectação direita 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).

Ainda ha outro exemplo. Em Genebra no Projecto de Lei relativa á acquisição, conservação e publicidade, dos

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

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

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

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

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

(107) *Louage* n. 491.

(108) Esta opinião tão ardentemente sustentada vai ganhando terreno, como diz MARTOU — *Privil. et Hypoth.* — Tom. 1° pag. 51. A entrevista realidade, confessão MM. DALLOZ Repert. Tom. 30 vb. *louage* n. 486, constitue em verdade uma realidade particular, mais ou menos anormal, mas que não póde ser desconhecida. Ultimamento a Lei hypothecaria da Belgica de 1851 manda registrar os arrendamentos excedentes a nove annos, ou contendo ao menos quitação de tres annos da renda. A Lei hypothecaria Franceza de 1855 tambem manda transcrever no registro os arrendamentos de mais de dezoito annos. Todavia, no Esboço do Cod. Civ., tenho conservado ao direito do locatario seu caracter de

direitos reas sobre immoveis, organisado em 1827 por GIROD, ROSSI, e BELLOT (109), forão submettidos os arrendamentos á inscripção como direitos restrictivos do de propriedade. « Quiçá 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 a tal respeito uma prova, a que deve-se attender. A theoria das Ordenações Filippinas sobre arrendamento é a mesma da L. *emptorem*, a locação não engendra senão uma relação particular entre o locador 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 arren-

direito pessoal. Adopto a boa legislação do Art. 1743 do Cod. Nap., abandonando assim o disposto na L. *emptorem* e na Ord. L. 4° T. 9°, 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 saber, pela publicidade do registro, que o immovel estava arrendado. Desta maneira fica constituido *em má fé*, e portanto não póde ser attendido em Juizo.

(109) Este Projecto, que não chegou a ter execução, acha-se transcripto em — ODIER — *Systèmes Hypothécaires*.

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

(111) Esta excepção foi adoptada por quasi todos os DD. desde BARTOLO. O mesmo acontecia no antigo Direito Francez, como attesta TROPLONG — *Louage* — n. 478.

damento em tal caso um contracto emphyteutico (112).

Sobrevierão o Alvará de 3 de Novembro de 1857, e a Lei de 4 de Julho de 1776, que reduzírão a locação á sua natureza pessoal, ainda que fosse 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 gozo, para sempre transferido no colono? (114).

Pelo lado da posse sómente, ou detenção, da cousa, nós a vemos no *penhor* produzir um direito real (115), o que já não acontece no *deposito*. Nem o credor pignoraticio, nem o depositario, podem usar, e gozar, da cousa (116). O Direito Romano admittio o furto do uso da cousa em relação ao depositario, e crédor pignoraticio (117); e essa disposição passou para o nosso Direito (118).

(112) A creação de um direito real neste arrendamento de longo tempo teve fundamento na L. 1ª § 3°, 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.* § 3°, Cod. *ibidem* L. 14, Cod. do Com. Art. 877 § 3°. Vid Not. ao Art. 767 Consolid.

(116) Quanto ao crédor pignoraticio—L. 54 Dig. *De furt.* Quanto ao depositario — Art. 431 Consolid. O Cod. do Com. Art. 276 equipara o crédor pignoraticio ao depositario.

(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.

No caso da *antichrese* ha uma retenção da cousa, igual á do penhor (119); mas, se o crédor antichretico tinha um direito real pela Legislação Romana (120), e o tem por muitas legislações modernas (121), o Codigo 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 possão ter adquirido sobre o immovel (Art. 2091), ou esses direitos sejão anteriores, ou posteriores, ao estabelecimento da antichrese (122).

A *hypotheca* não confere ao crédor, nem uso, e gozo, nem ao menos posse; e entretanto produz um direito real, que está para a cousa, do mesmo modo que o direito

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

(120) A *antichrese* era um penhor com pacto, e quanto *jus in re* o penhor 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. 54. A questão de saber se a antichrese é ou não direito real, e se póde portanto prejudicar a crédores hypothecarios e terceiros adquirentes, divide profundamente os Jurisconsultos e Tribunaes da França. 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 ser 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

pessoal está para a obrigação — *obligatio rei* — (123). Ella não desmembra a propriedade como o usufructo, não a transfere para o crédor, e a deixa subsistir intacta; sómente adstringe a cousa a fornecer ao crédor seu pagamento pelo meio da venda (124). O direito creditorio póde existir sem hypotheca, porque, independentemente della, os bens do devedor ficão na verdade geralmente affectados ao pagamento de suas dividas (125). Por sua propria natureza a hypotheca é um direito real simplesmente accessorio, que não tem, como os principaes, a estabilidade, que caracterisa o direito real de dominio (126).

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 póde 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 Francez—*qui s'oblige oblige le sien* – Art. 2093 Cod. Civ. Franc. E'por isso, que Delvincourt Tom. 3º pag. 156 define a hypotheca — *affectação formal*— de um ou mais immoveis ao pagamento de uma obrigação.

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

« Por toda a parte, onde a propriedade existe, diz Du Roi (127), vê-se de um lado certos poderes attribuidos a uma pessoa sobre a cousa de outro por um *contracto nominado*, e enunciando-se pelo mesmo nome da convenção, que os tem feito nascer, 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). »

Para que esses poderes tivessem uma completa segurança, foi mister dar-lhes uma natureza absoluta, e geralmente obrigatoria, como tem o direito real de dominio : porém bem se vê, que não é isto necessariamente da sua essencia (129). Não se póde dizer, que existe

(127) Excellente trabalho traduzido do allemão, impresso na Themis Tom. 8° 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 têm 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 caracterisou bem o—*direito real*—, como depois veremos.

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

uma causa determinante, um facto exclusivamente productor desses direitos reaes ; não se póde dizer, que a theoria da Sciencia a indique *a priori* nas diversas especies de — *jura in re* —, fóra das quaes não possão haver outras especies (130).

Quando as legislações não prohibem expressamente a creação 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, a admittir combinações de todo o genero, uma vez que nada tenhão 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 estabelecer como principio, que cada um póde dispor de sua propriedade da maneira mais absoluta, que póde desligar os direitos que lhe parecer, estender ou limitar esses direitos ; comtanto que nada haja de contrario ás leis, e á ordem publica; assim, nesta materia, segue-se o principio geral — tudo o que não é prohibido, é permittido — (133). »

(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 fórma de organisação politica, e social exercem a mais profunda influencia—Demolombe Tom. 9° n. 475 pag. 377.

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

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

(133) Nenhum cidadão póde ser obrigado a deixar de fazer

« 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 têm disposições para servir de regra em falta de titulo, que a estabeleça, deve-se responder, 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 — *jura in re aliena* — (135); mas a servidão,

alguma cousa senão em virtude da lei—Const. Art. 179 § 1°. Em contrario diz DEMOLOMBE Tom. 9° 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 de 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 a 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 ser necessariamente considerada como limitativa. »

(134) « Muitos direitos reaes (continúa o mesmo autor, fallando da legislação franceza), 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.

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

motivada pelas necessidades da agricultura, era dellas a mais antiga, e originariamento o unico — *jus in re aliena* —, denominado por excellencia — *jus in re* —, em contraposição ao dominio. Foi elle o unico, a que os Romanos applicárão por analogia as regras da propriedade, a 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 fôra dar uma idéa falsa; pois a definição não comprehenderia o definido. Defini-lo pelas faculdades de uso, e gozo, como desmembradas do dominio, ou como co-propriedade dividida quanto ao tempo, e modo, do uso, e gozo, não fôra 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 caracterisa o *direito real* pela acção *in rem*, que sempre produz; acção, que nunca póde competir ao

(136) MAREZOLL, Obr. cit. § 105.

(137) A natureza do direito hypothecario tem sido objecto de vivas controversias, tem dado logar a 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?

direito pessoal (138), e que destaca portanto de um modo sensivel 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 têm por si mesmo uma existencia propria, que os caracterisa; que a distinção do

(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 possuidor (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 cousa, *jus ad rem*, que resulta de um vinculo puramente pessoal entre duas ou mais pessoas determinadas. » Rejeitamos a locução — *jus ad rem*, — porque tem o inconveniente de não empregar a palavra — *res* — em seu sentido natural.

3ª. ED.

E tambem rejeitamos essa locução — *jus ad rem* ou *in rem* — porque tende a confundir, como parece ter confundido, os *direitos pessoaes* com os *direitos relativos*; nos quaes, abstrahindo-se de *pessoas* 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*.

direito real e do *direito pessoal* é independente da sua violação, e da natureza da sancção respectiva; que nada importa, que os façamos valer 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 de violação possivel? Pelo contrario, toda a acção suppõe um direito violado; a violação não se concebe, sem que o direito exista.

Não se confunda acção—*jus persequendi*— com a sancção do direito, nem com o meio ou fórma do processo. Entre o direito abstracto creado, ou declarado, pela lei, e a sancção 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 sancção do direito. Para haver porém o meio, o direito deve existir antes. O direito, a acção, a fórma da acção, são tres factos, que a analyse distingue.

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

(140) *Théor. de la Procéd. Civ.* Cap. 5º. pag. 55.

(141) Fallamos sempre das acções como — *jus persequendi* —, e 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 de cousa, quando se percebem os fructos della, quando della se dispõe de um ou de outro modo. O caracter distinctivo do *direito real* é não haver em seu exercicio, do agente para a cousa, algum intermediario 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 fórma 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 são inherentes. Ha direitos possiveis, creados pela lei (143); e taes são os direitos 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 observámos, 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 póde deixar de existir, e de pertencer-lhe. Nas faculdades de uso, e gozo, das cousas de outrem a acção real póde deixar de existir para o agente, visto que já existe para o proprietario. O agente, póde

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

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

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

usar, e gozar, da cousa, mas 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 motivar; elle faz-se valer em toda a circumstancia, e por uma *excepção*, mas com seu predicado determinante.

Estão assim caracterisados os *direitos reaes*, recahindo sempre immediatamente —*recta via*—sobre as cousas (objectos materiaes, integralmente, ou parcialmente, por variados motivos; mas tendo invarialmente a *acção real*, que é o attributo inherente a 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 a 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 se jão os *reaes* e os *pessoaes*.

(145) O direito existe com a sua acção, isto é, com a faculdade de propô-la. O de propriedade (como diz Ahrens, *Droit nat.* 4ª Ed. pag. 369) não comprehende sómente o direito de *posse*, *disposição*, e *uso*, da cousa; mas tambem as *acções* neces sarias á pessoa competente, ou seja para obtenção, ou para reivindicação, ou recuperação, ou seja para uso. — A noção do direito real (palavras de Mackeldey Part. Spec. L. 1° not. 2 ao § 239) comprehende a de poder 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 exercel-o — Cod. do Cantão de Berne Art. 332.

« A 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 acquisição, exercicio, e acção judiciaria, qualquer que seja seu objecto, vem a 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 flexivel significação das palavras —*propriedade*—e—*cousa*,—explicão 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 identificar os *direitos absolutos* com os *direitos reaes*, como têm feito alguns Escriptores allemães (150),

(147) ORTOLAN, *Généralisat. du Droit. Rom.* § 67 pag. 74.

3.ª ED.

Eis o Escriptor escolhido pelo Livro dos Dir. de Fam. para condemnar a divisão dos direitos em *reaes* e *pessoaes*, e nas proprias palavras por mim acima trasladadas ! A mim favorecem ellas, tanto quanto valem autoridades, parecendo-me impossivel entender-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, autor justamente celebre, esforçou-se em provar, que a liberdade, o patrio poder, 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.

é preciso ser infiel ao natural sentido des 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, a pretexto de que esses direitos nos pertencem directamente, immediatamente, e não dependem da obrigação de sujeito individualmente passivo (151).

Certamente o caracter commum dos direitos reaes, e dos

(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 autor; 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, commetter-se-ha erro de confundi-los com os direitos absolutos. Foi o que acontecen tambem a Demolombe (Tom 9º n. 470), supposto reconheça (pag. 356) que o direito real suppõe necessariamente a existencia actual da cousa, a que se applica; pois que a cousa é seu objecto directo e immediato, e não póde haver direito sem objecto. Em resultado, elle só trata dos direitos reaes em relação ás cousas, que entrão em nosso patrimonio, e na accepção litteralmente conforme á etymologia da palavra — *res* — (pag. 368).

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 sejão os reaes (153)

---

(152) Os direitos reaes imitão os absolutos, porque para nós não ha direito dessa especie sem acção *in rem*, que é contra qualquer possuidor. Não ha termo, que signifique esses poderes, que podemos ter 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, 1° *direito real* — attribuição de poder sobre cousas de outros, 2° 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 *consensuaes*, 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.

3ª. ED.

Para não discrepar este periodo do texto, e a sua Nota, do que já se disse, e dir-se-ha, sobre os *direitos absolutos* com a precisão autorisada pela minha Proposta de um Codigo Geral, eliminei do texto 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 *comprehensão*, e na *extensão*, é feita por seus *objectos* (154); e só com esta primeira verdade, sem ter ainda distinguido taes *objectos*, sem havel-os tomado para sua classe propria, os *direitos*

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

(154) Dois gráos do *querer juridico*, um na *comprehensão* outro na *extensão*, dão os direitos considerados em seu objecto, e d'ahi sahem as differenças. Explicando a divisão dos direitos em moveis, e immoveis, Demolombe (Tom. 9° 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 gerador do direito. Engano patente! Não disse o mesmo autor, que o direito real suppõe necessariamente a existencia actual da cousa, e seu objecto, e que não póde haver 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 a objectos corporeos, cousas propriamente ditas. E demais, desprezando essa theoria do Direito Francez sobre direitos moveis, e immoveis, a divisão em rigor vem a ser uma subdivisão dos *direitos reaes*, que são os unicos que immediatamente recahem sobre objectos corporeos. Os *direitos pessoaes* não recahem sobre objectos corporeos: têm por objecto pessoas com abstracção dos factos desta, e só por intermedio das pessoas referem-se ás cousas. Em outro logar tornaremos a este assumpto.

3.ª ED.

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

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

2.°— Os objectos corporeos representão-se exteriormente na natureza por *pessoas* e *cousas*, bem entendido, no sentido natural ;

3.° — Os objectos incorporeos, sem representação exterior corporea, representão-se exteriormente *por idéas* ;

Ora, a de *inacções* necessarias para o livre exercicio dos direito 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 perempções,—nas resoluções por prazos legaes das prescripções, a extinctiva, e a adquisitiva;—nas rescisões por nullidades não imputaveis, de falta de discernimento, ignorancia, ou erro invenciveis, 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 Escriptores, 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 *concursos creditorios*, mostrão-se as *cousas*, e mostrão-se os respectivos possuidores; embora por taes não sejão 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, possuidores, ou não; mas d'ellas abstrahindo, considerando sómente 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 direito 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 sómente 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 sómente 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.° pag. 138.

(157) Marezzoll, Obr. cit. § 48, pag. 147.

Em ultima classe, ha sempre objecto corporeo, não se cogita do mais :

Ora, os chamados direitos absolutos são os da personalidade, que desde o principio excluimos da Legislação Civil ;

Os da outra classe são precisamente os *absolutos*, e os *relativos* ;

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, sejão *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, sejão *adversus omnes*, porque os *reaes* referem-se ao seu objecto corporeo, *res* ;

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

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

Bem se vê, que as noções de *direitos reaes 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 *comprehensão*. Para os direitos serem *pessoaes* têm relação, como os *relativos* ; para serem *reaes*, não têm relação pessoal, como os *absolutos*.

Se os direitos reaes não são pessoaes, se as noções são

oppostas, segue-se, que são direitos *ad instar* dos absolutos, porquanto a noção opposta á dos direitos relativos é a dos absolutos. Os direitos reaes não podião ser taes, dando poder 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, direitos 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.° Em sua generalidade, como os direitos de personalidade não manifestão-se activamente senão quando têm sido violados, ou offendidos, por consequencia de delicto, ou quasi-delicto, dão lugar a obrigações de satisfação, ou indemnisação, de damno. Neste sentido póde-se dizer, que resolvem-se em direitos sobre objectos exteriores, isto é,— prestação necessaria para satisfação do damno ;

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

---

3.ª ED.

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

se confundem com as outras obrigações (159); já em outras prestações, que têm valor apreciavel.

Tambem costuma-se identificar os *direitos reaes* com os *pessoaes*, dizendo-se que os *pessoaes* existem na sociedade a 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 a não embaraçar o gozo e exercicio dos direitos (160). Temos aqui um falso aspecto, que tambem confunde a materia.

Quando os *direitos pessoaes* não são encarados em relação

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

(160) ORTOLAN, Obr. cit. § 57 pag. 75, e not. ao § 68 pag. 76: « Quando eu sou crédor, diz elle, é isto verdade não só para meu devedor, como para todos. » Entretanto a obrigação do devedor é pagar a divida, e os outros não têm esta obrigação. A obrigação dos outros é não impedir o exercicio do direito pessoal do crédor, 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 crédor, que não é tangivel; mas sobre o titulo, que é objecto corporeo— MERLIN, *Quest. de droit.* vb.—*vol*—§ 4°, CHAUVEAU, *Théor. du Cod. Pén.* Tom. 5° pag. 28. Haverá crime contra a propriedade (palavras do Art. 268 do nosso Cod. Pen.) ou seu objecto tenha valor por si, ou de qualquer maneira o represente. De resto, como Ortolan reconhece, que, se 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 ver, porque estão distinguidos os direitos *reaes* e os *pessoaes*. Vid. Demolombe Tom 9° pag. 355.

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 têm 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 possivel 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 existirem no Codigo Penal as penas, que a violação

(161) Falla-se por isso em *morte civil*. Vid. Not ao Art. 993 § 5° Consolid., e Art. 157 § 3° do Cod. do Com. Que vem a ser *direitos civis*? Que vem a ser *direitos do cidadão*? — Que vem a ser *direitos politicos*? Fixadas esas qualificações, a Const. do Imp. será bem entendida no Art. 7°, na inscripção do Tit. 8°, 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.

desses direitos faz nascer. Não fôra o mesmo, se diz, dispensar a explicação da *propriedade*, porque no Codigo Penal ha penas estabelecidas 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 têm 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 a acções civis, e não a acções criminaes. Essa violação só póde partir da pessoa individualmente obrigada. Quanto á outra parte da propriedade, 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 objecto corporeo está entre o agente, e o paciente, do

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

(163) Os immoveis devem ser exceptuados, porque, já se disse, que não sáo susceptiveis de furto ou roubo. Só é possivel, quanto a elles, o crime de damno—Arts. 266 e 267 Cod. Pen. A bançarrota, estellionato, e outros crimes contra a propriedade (Arts. 263, 224, e 265, Cod. Pen.), tem por objecto a propriedade, não em partes, porém como patrimonio.

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

delicto; entretanto que a sancção 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 póde ser attribuida a 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 sancção 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 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 têm 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 Legislação Civil, as outras

(165) D'ahi a differença entre possuidores de boa, ou de má fé; e a protecção da Lei aos primeiros, e odio aos segundos. Vid. Arts. 583 § 6°, 573, 574, 577 § 2°, 580, 581, 929, 930, 1321, e outros, Consolid.

(166) Quando o devedor (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.

entrão na esphera das Leis Administrativas, e particularmente das Leis de Policia (167).

Que razão para confundi-las? E como confundi-las, se a respeito da propriedade o poder publico desce á arena da individualidade, como pessoa collectiva (168); quando aliás a 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 simplices enunciações nas Constituições Politicas (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 sejão singulares, ou collectivas.

(169) Menos quando esses outros direitos são criminosamente violados, porque então funcciona 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 ser o Direito Criminal um ramo do Direito Privado. Os Escriptores Francezes o considerão uma parte do Direito Publico, por não haver, 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 forem considerados de propriedade (171), seguir-se ha faze-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 a 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

(171) A *propriedade* póde-se tomar em varias accepções: 1°, como qualidade ou attributo inherente a um objecto; 2°, como synonimo de *bem* necessario á vida pessoal, e social; 3°, como patrimonio de cada um, ou complexo de seus direitos reaes e pessoaes, que tem valor pecuniario; 4°, como synonimo 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 Législ.* Cap. 2°. Veremos depois as differentes accepções da palavra — *delicto*.

(173) Obr. cit, Cap. 3°.

(174) Vid. AHRENS, *Droit Nat.* Part. Ger. Cap. 3° § 1°.

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

A applicação das palavras—*direitos pessoaes*—, referindo-se á personalidade activa do direito, em contraposição aos direitos que referem-se a 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 respeitão 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, têm precisamente o mesmo caracter (176).

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

(175) Maynz, *Dir. Rom.*, § 91.

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

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

porque tende a fazer conhecer, que as obrigações reaes transferem-se, ainda que o possuidor ou o crédor não consinta, transferidas que sejão as cousas a que são connexas; ao passo que o devedor da obrigação pessoal, ainda que transfira a cousa, não se livra sem consentimento do crédor.

Igualmente, sob aspectos particulares, os direitos são chamados pessoaes : — 1°, por terem sido concedidos á pessoa designada para pessoalmente exercita-los (178); 2°, por serem inherentes á pessoa, que tenha uma certa qualidade (179); 3°, por não serem transmissiveis hereditariamente (180); 4°, por não poderem ser exercidos por crédores em nome do devedor (181). Ora, em todos estes aspectos, é claro, que as palavras—*direitos pessoaes*—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 pessoaes*—para designar direitos, que resultão do que chama-se—*estatuto pessoal—leis pessoaes*—, oppostos aos do—*estatuto*

(178) Corr. Tell., *Dig. Port.* Liv. 1.° n. 51.

(179) Corr. Tell., *Dig. Port.* Liv. 1.° n. 52. Estes direitos pessoaes não podem ser cedidos a 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 a ser um direito *pessoal*, quando se designa debaixo deste nome um direito vitalicio. O *usufructo* não póde deixar de ser vitalicio, para que o dominio não fique reduzido a 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.

real—leis reaes—(183), alludem a tradições feudaes, e actualmente a uma distincção do *Direito Internacional Privado*, que não póde servir para dividir direitos no *Direito Civil* (184). Essa distincção é feita em relação a esta-

(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. Bueno, *Dir. Pub. Brás.* 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 convencionaes*. 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* póde rigorosamente não reger senão o homem, ou o solo, tomados separadamente. » Este mesmo Escriptor demonstra o paradoxo de Grocio, que fez resultar do Direito Natural a divisão dos statutos em *pessoaes rèaes*, 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 resultárão 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 a nação. »

tutos (185), em relação a leis privadas de um paiz, que podem, ou não, preponderar em outro; em relação ao

3ª. ED.

Serve porém esta distincção do Direito Internacional Privado, como na Classificção das Leis 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 a 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 fôrem exorbitando, póde ser que lentamente se vá creando um *Direito Statutario*. Em materia de conflicto de leis o termo *statuto* é tomado como synonimo de *lei*. Ora, como o homem póde ser considerado objecto da lei sob a triplice relação de sua pessoa, 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 admittindo os *statutos mixtos*, e corrigindo esta expressão. « Não entendemos porém (diz elle) estabelecer uma divisão perfeitamente logica das differentes 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. »

direito como synonimo 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 a 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 póde 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 desenvolver a applicação, que fizemos, e que se póde 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.

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 1° Livro tem por objecto os *direitos pessoaes*, o 2° Livro os *direitos reaes*.

O valor 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 de dominio, ou propriedade corporea; ou em

---

(186) LASSAULX, *Introduct. à 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*.

(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.

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 valores componentes de toda a riqueza publica, de toda a riqueza particular.

O 1.° 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 productoras, que são os *contractos* e os *delictos* (*actos licitos e illicitos*), e as causas de sua extincção.

O 2.° Livro sobre os *direitos reaes* contém quatro Titulos, que tratão do *dominio*, *servidão*, *herança*, *hypotheca*; e um

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

Titulo final, que trata da *prescripção adquisitiva* (*usucapio*).

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

O *direitos de herança*, não é direito real, é um dos direitos absolutos. A *herança* é uma continuação do *dominio* e *direitos reaes* do morto, 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 passivamente; e desta maneira ella resolve-se em quantidade pura, que póde ser negativa, ou igual a zero. A *herança*, portanto, tem natureza commum, que a faz entrar nas duas especies de direitos (189).

(189) Por este motivo os Escriptores Allemães fazem da herança um tratado particular. O direito de herança reputa-se não constituindo *jus in re* distincto do dominio — *singularum rerum adquisitio* —, se bem que se distinga como — *adquisitio per universitatem* —. Segundo o Direito Romano a herança é um dos *modos derivativos* de adquirir dominio, posto que dependente da *adição*. Como esse modo de adquirir entre nós (Consolid. Not. ao Art. 1231 § 1°) 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 *hæreditatis petitio* á herança; e estas acções só divergem, ou porque o réo possue os bens da herança como herdeiro, ou porque os possue por titulo singular. Isto porém só se entende com cousas propriamente ditas, e não com

O *concurso de crédores*, para serem pagos por um só devedor insolvavel, tambem tem qualidade commun (190). Attendidos os crédores reivindicantes (191),-os crédores separatistas (192), os crédores da massa (193), é preciso regular a collisão (194) entre crédores chirographarios (195), entre crédores chirographarios e hypothecarios (196), e entre crédores 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 devera ser tratada no mesmo logar, acha-se fraccionada nos dois Livros (199).

---

direitos pessoaes cujos objectos não são susceptiveis dos effeitos do direito real. Advirta-se, que não fallamos agora a linguagem do Direito Romano, que, exceptuando o dominio, considerava todos os outros, quer pessoaes, quer mesmo reaes, como — *res incorporales*.

3.ª ED.

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

(190) E por isso alguns Escriptores Allemães, como Thibaut e Mackeldey, têm tratado distinctamente do concurso de crédores em parte especial.

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

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

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

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

(195) Entre crédores chirographarios póde-se dar concurso : 1° entre crédores chirographarios especiaes (Arts. 834 a 837 Consolid.), e chirographarios simplices (Art. 838 Consolid.); 2°, de crédores chirographarios simplices entre si (Art. 839 Consolid.).

(196) Art. 1269 § 2° Consolid.

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

(198) Art. 1269 Consolid.

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

3.ª ED.

Direitos dos crédores nos concursos chamo — *direitos creditorios* — oppondo-se a — *direitos successorios* —, e por uma *reparti*ção dos — *direitos absolutos* —

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

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

---

(200) POTHIER (*Trait. 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 têm um caracter 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 1° Cap. inscreve-se — *da consolidação dos direitos e obrigações* —, e trata das obrigações solidarias, e da caução fidejussoria e pignoratica. O 2° Cap. inscreve-se — *da modificação dos direitos e obrigações* —, e trata da novação, transacção, compromisso arbitral, cessão, e delegação. O 3° Cap. inscreve-se *da extincção*

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 nascer, modificar, transmittir, e extinguir, os direitos, alguns Escriptores 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 têm de ser objectos dos direitos.

---

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 3° Livro, contendo tres Titulos para a herança, concurso de crédores, e prescripção, passou a ser Livro 1°, segundo o plano approvado pelo Conselho d'Estado; e com a inscripção — *effeitos civis* —, que são os *direitos*.

Eis a partição, como irá no 4° Indice a 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 necessarios, os voluntarios são licitos, ou illicitos; e como os licitos—*actos juridicos*—precisão de ser regulados, a materia dos factos deixa de ser geral, e pertence quasi toda ás materias especiaes dos *contractos* e *testamentos* (202). Ha muitos direitos, que nada têm com esses actos juridicos, ao passo que sem *pessoas* e *cousas*, ao menos sem *pessoas*, não ha direitos possiveis.

A natureza dos *factos* é por tal modo concreta, que de necessidade devem ser reservados para cada uma das materias especiaes, a 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 fórmas d'esses actos, suas condições essenciaes, seus vicios, embora algumas d'essas disposições sejão 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) *Traité de Droit Rom.* Tom. 3º Cap. 3º § 104.

(204) Mudárão minhas idéas, como se póde ver na Not. ao Art. 431 do *Esboço do Codigo Civil*, para a qual remetto os leitores.

3.ª ED.

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

As *pessoas* são tomadas como entes capazes de ter e dever direitos, e são *singulares* ou *collectivas*. Das *pessoas singulares* trata-se até o Art. 39, e nos Arts. 40 e 41 das *pessoas 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 ser tomadas em sentido physico e natural, e como bens (206); mas o nosso Direito, com o seu mixto de Direito Romano e Direito Francez, admittio a inutil, e má, distincção das cousas

---

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

(205) As pessoas *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 differentes tempos*, comtanto que sejão concebidos como formando unidade, uma pessoa. Costuma-se dizer, que a lei erige em pessoas 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 pertencer ás cousas. Todos os direitos pertencem ás pessoas—*hominum causa omne jus constitutum est*—. Quando as cousas, por simples uso de linguagem, se designão como investidas de direitos, é sempre no sentido de que representão pessoa physica ou juridica.

(206) A palavra—*bens*—, designando sómente as cousas, que podem ser 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 pecuniæ, quæ etiam ea, quæ extra computationem patrimonii nostri sunt, continet; quum pecuniæ significatio ad ea referatur quæ in patrimonio sunt*— L. 5ª § 1º Dig. *De verb. signif.* As *cousas*,

corporeas e incorporeas (207); e tambem, por extensão das leis da siza, a distincção ainda peior dos bens immoveis por natureza, e pelo objecto a 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 differentes papeis (209); e finalmente porque o homem podia ser absolutamente privado da *capacidade iuridica*, ou no caso da escravidão, ou no caso da *capitis diminutio maxima* (210).

---

pois do Direito Civil são os *bens* (Art. 42 Consolid.)—*bona ex eo dicuntur, quod beant, id est, beatos faciunt, beari enim est prodesse*— D. 49 Dig. *De verb. signif.* Philosophicamente, em accepção mais elevada, a palavra—*bens*—póde comprehender 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 acções exigiveis.

(208) Arts. 44, 45, e 47, Consolid., extrahidos das leis do imposto da siza, que adoptárão a classificação dos Arts. 517 a 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 actores das peças dramaticas.

(210) São bem conhecidas as tres restricções, que por Direito Romano diminuião a capacidade juridica até o gráo de privação

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

A capacidade juridica portanto se reduz á capacidade de

---

completa—*capitis diminutio minima, media, maxima*—Estas degradações correspondião aos tres estados—*familiæ, civitatis, libertatis.* Quanto ao 1° estado os homens erão *sui juris, alieni juris.* Quanto ao 2° *cives, peregrini.* Quánto ao 3°, *liberi, servi.*

(211) Do que temos prescindido, como já declarámos. Ninguem ousará dizer, independentemente de qualquer demonstração, que uma pessoa livre entre nós póde passar á condição de escravo. Mesmo com os libertos, desde que a nossa Carta no Art. 6° § 1° considerou-os Cidadãos Brazileiros, e no Art. 91 os admittio a votar nas eleições primarias, todos entendem, que tem cessado a Ord. L. 4° T. 63 §§ 7°, e 8°, quanto á revogação de alforrias por causa de ingratidão— 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 Justitiano na Novel. 22 Cap. 8°, 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. 4° T. 81 § 6°, e na do L. 2° T. 26 § 28 da *perda do estado, ou liberdade das pessoas.* Nunca houve em Portugal *servidão da pena*—Mell. Fr. L. 2° T. 1° § 11. Para a confiscação de bens não carecia o poder 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° T. 81 § 6°, 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

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 opposição ao de *cidadão* (213); e ficão-nos sómente o *estado de familia*, e todos os outros resultantes das incapacidades de obrar, naturaes, e legaes (214)

---

daquellas Ordenações, impossibilitou todo o pensamento do antigo legislador. Vid. Not. ao Art. 993 § 5° Consolid.

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

(212) Não era assim por Direito Romano, que fazia do—*status*—a condição caracteristica da capacidade civil; e as outras qualidades, que aliás tambem são *estados*, reputava condição de certos direitos. É por isso que d'Aguesseau censura aos Jurisconsultos Romanos não terem definido 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 a ser a capacidade de obrar, consiste na aptidão, ou nó gráo de aptidão, das pessoas para exercerem por si os actos da vida civil. Fiquem portanto rectificadas as idéas aqui expostas com as do texto do *Esboço*, e seus commentarios.

(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 commum a todos os homens—*quod naturalis ratio inter omnes homines constituit*,—e de um Direito Civil, 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—*proprium jus civium Romanorum*, —*jus quiritium*—. A differença entre estrangeiros e cidadãos foi successivamente desapparecendo, houverão gráos intermediarios, até que foi abolida—L. 17 Dig. *De stat. hom.* Tendo cessado esta differença, cessou a distincção entre o *jus civile*—e o—*jus gentium*—, os quaes se identificárão. Em sentido inverso, não tendo nunca existido em Portugal, nem existindo entre nós, um Direito Civil dos cidadãos em contraste com outro Direito Civil de estrangeiros, cessou a differença entre cidadãos, e estrangeiros, na arena do Direito Civil, e portanto não existe mais a capacidade restricta dos estrangeiros. A este mesmo resultado chega Savigny Dir. Rom. T. 2° § 75 na applicação ao Direito actual dos principios sobre a capacidade e a—*capitis diminutio*. Apezar disto, a nossa Ord. L. 4° T. 81 § 6° ainda refere-se a esse—*jus civile*—, quando diz—*actos civis que requerem autoridade do Direito Civil, 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 aptari possunt, quæ Romani de suorum civium jure, non temere aliis concedendo, nimia tenacitate tradiderunt*— Mello Freire L. 2° T. 3° § 13 not.

(214) Muitos Escriptores de Direito Romano, como Heinecc, abandonando o rigor 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

O Titulo 1° 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 : 1°, idade (217) ; 2°, familia (218); 3°, alterações mentaes (219); 4°, ausencia (220).

As disposições relativas a 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 já embalde tentára o Decreto de 18 de Junho de 1851 (223).

Não ha entre nós caso possivel de privação de *di-*

seguio MELLO FREIRE L. 2° T. 1° § 1°. A qualidade da *nobreza* é hoje de nenhuma importancia para o Direito Civil—Vid. Arts. 369 §§ 5° e 6°, 457, 458, 459, e 694, Consolid.

(215) Art. 1° Consolid.

(216) Arts. 2° a 7° Consolid.

(217) Arts. 8°, 9°, e 11 a 28, Consolid.

(218) Art. 10 Consolid.

(219) Arts. 29 e 30 Consolid.

(220) Arts. 31 a 39 Consolid.

(221) Arts. 40 e 41 Consolid.

(222) Art. 99 Consolid.

(223) Vid. not. ao Art. 2° Consolid.

reitos civis (224), ou seja pela perda da qualidade de cidadão brazileiro, ou seja por effeito de condemna-

3.ª ED.

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

(224) Que vem a ser *direitos civis*? Que vem a ser *direitos do cidadão*? Que vem a ser *direitos politicos*? Tambem ha outras denominações, como as de — *direitos de homem*, *direitos naturaes*, *direitos individuaes*, *direitos privados*, *direitos publicos*, *direitos de cidade*, *direito civicos*. Todas estas denominações designão duas categorias de direitos, e só uma d'ellas é commun 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 de cidadão* — que presta-se a designar os direitos das duas categorias, ora comprehendendo os de ambas em toda a sua plenitude, ou com restricção; ora os direitos exclusivamente de uma das categorias, mas tendo 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 povo; são *naturaes*, porque constituem a natureza humana: são *privados*, porque respeitão immediatamente ao interesse particular de cada um; são *civis* e *publicos* porque as leis (note-se bem), as leis, e não sómente as leis civis, os declarão, protegem, sanccionão, 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

ções judiciarias. (225). — Suppôr actualmente um *Di-*

Cartas declarárão, e garantírão. Os direitos são *politicos*, porque conferem ao cidadão a faculdade de participar mais ou menos immediatamente do exercicio ou estabelecimento do poder, e das funcções publicas; são, quando tem verdadeiro caracter politico, os *direitos de cidade, direitos civicos*, porque pertencem á vida politica, e caracterisão 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 póde ser menos extensa no Governo Constitucional, designando unicamente aquelles direitos, que nos fazem participar da formação, e acção, dos grandes poderes publicos; isto é, dos que intervêm 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 ser 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 Brazileiro* pela perda da qualidade de cidadão, e um só caso — o de banimento — por effeito de condemnações judiciarias; porém nós já determinámos o valor das qualificações — *direitos do cidadão* — e — *direitos civis* —, e acabamos de ver 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 perda dos *direitos de cidadão* não

reito Civil de pura nacionalidade (226), negar *di-*

importa a privação total dos direitos não politicos, em cuja classe entrão os *direitos civis* regidos pela Legislação Civil. Os direitos não politicos privativos de nacionalidade são os direitos individuaes com a expansão possivel, 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 tambem 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 poder publico. Como no estado actual das sociedades modernas as restricções aos direitos dos estrangeiros não são, e não podem ser 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 haver entre nacionaes, e estrangeiros, em um paiz constitucional; e portanto é só aos *direitos politicos*, que se refere aquella distincção. » O mesmo repete [illegible] seu Man. do Cid. Tom. 1º pag. 15. Fujamos porém de suppôr, que [illegible] Art. 7º da Carta unicamente refere-se aos direitos politicos, não despr[illegible]os sua boa phraseologia, não procuremos corrigi-la á feição do Direito Francez, para não cahirmos na confusão de idéas, que transviou alguns J. C. Portuguezes 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 perda dos *direitos de cidadão* importava a perda 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 dever-se entender, que a Carta tambem falla da perda dos direitos civis de perda dos direitos de nacional (como aliás fazem os outros); mas os casos de perda dos *direitos politicos*! Será possivel perder só sómente os *direitos politicos* sem perder tambem nacionalidade?

CORR. TELL. Dig. Port. Liv. 2º Tit. Prelim. não descreveu os casos

(226) Labora neste engano o recente Comment. da nossa Const. no seu titulo — *Direito Publico Brasileiro* —, estabelecendo duas

ordens de *direitos civis* (§§ 553, 611, e 649), confundindo o o *Direito positivo* em geral com o *Direito Civil*, e reunindo depois os *direitos civis* em um — *jus quiritium* — por contraste a um — *jus civitatis* — (§ 612). Ha nisto uma preoccupação de falsas idéas bebidas nas theorias do Direito Francez, e nas tradições do Direito Romano, de onde resultárão graves erros. Concluio-se : 1°, que o Direito Constitucional não deve conter disposições sobre a qualificação de nacionalidade; 2°, que a nossa Carta só tratou disso por dependencia de materia; 3°, que nesta parte, não tendo ella caracter constitucional, póde ser alterada por lei ordinaria (§§ 616 a 620). Estas conclusões são inadmissiveis, e sentimos não poder aqui acompanhar cada uma das proposições, a que se tem recorrido para demonstra-las. A lei constitucional é a primeira lei, de onde todas as outras devem dimanar. Constituida uma associação politica, 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 ; mas 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. 7° os casos de perda da nacionalidade, e quanto a direitos politicos (Art. 8°) só trata dos casos de suspensão. Na ordem politica a linha de separação entre reinicolas e estrangeiros é indestructivel, na ordem civil não ha linha de separação, ha restricções; e por muitas que fossem, longe estarião de uma suppressão 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 de nacionalidade pertence ao Direito Constitucional, e não ao Direito Civil. É impossivel demonstrar, que esta materia 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 depender o gôzo dos direitos civis da qualidade de nacional: e neste caso estão o Cod. Franc., o Cod. Belga, e todos os outros, que o imitárão. A Ord. L. 2° T 55 trata da nacionalidade, mas todos sabem que a Compilação

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

Filippina é um Cod. geral e que só o seu L. 4° contém o Direito Civil propriamente dito.

(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, a 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 preoccupção da citada Obra. As nações entre si independentes, têm o poder exclusivo de promulgar suas leis; e estas obrigão, nos limites de cada territorio, todas as *cousas*, e todas as *pessoas*, que n'elle se achão. Quaesquer effeitos, que as leis estrangeiras possão ter no territorio de um Estado, dependem absolutamente do consentimento expresso, ou tacito, d'esse Estado — WHEATON — *Dir. Intern.* Part. 2ª Cap. 2° §§ 1° e 2°. Se uma nação (CHASSAT, *Traité des Stat.* pag. 214) está obrigada a reconhecer [illegible] 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 a um direito certo, em [illegible] numero d'essas verdades geralmente recebidas, ou dos usos constantes entre os povos. Todos os Escriptores reputão a exterritorialidade que se dá a estas leis como acto de benevolencia, como dever de sociabilidade humana, como facto de mutua conveniencia — *ob reciprocam utilitatem* —, e não como condição obrigatoria. E demais, se os *statutos* são admittidos, ou observados em uma nação, elles não restringem os direitos civis dos estrangeiros, antes os mantêm pelo modo mais favoravel. O que as nossas leis têm

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

providenciado a este respeito acha-se colligido nos Arts. 406 e 408 Consolid.

Depois da leitura do que tem escripto Savigny Tom. 8° 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 logar d'existencia. Eis o que determina a applicação de leis estrangeiras. Investigando esse logar d'existencia, o legislador póde erigir em preceito legislativo o que por ora reputa-se pertencer á esphera do Direito das Gentes, e depende da controversia dos Escriptores. É o que tenho feito no *Esboço do Codigo Civil*, em cujas notas achar-se-ha uma larga exposição de motivos.

(228) No Direito Romano não se encontra a expressão metaphorica — *morte civil* —, mas os Interpretes a inventárão por uma deducção da theoria da — *capitis diminutio* —. Essa expressão alludia : 1°, á perda simplesmente (*salva libertate*) do direito de cidade — *capitis diminutio media* —; 2°, á escravidão das penas, um dos casos das — *capitis diminutio maxima* —. As Ordenações Affonsinas, colligidas em 1446, não fallão em *morte civil*. Esta locução introduzio-se depois nas Ordenações Manoelinas, e nas Filippinas, como vê-se da Ords. L. 5° T. 120 princ., T. 126 princ., e § 3°, e foi repetida na Cart. Reg. de 16 de Dezembro de 1613, dizendo-se de passagem — *morte natural ou civil*—; sem que se saiba, se uma é consequencia da outra, ou se são 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 confiscação de bens da Ord. L. 2° T. 26 § 28, que falla da *perda da vida, ou estado, ou liberdade*, e o da Ord. L. 4° T. 81 § 6°, que falla da *servidão da pena*, privando do direito de testar aos condemnados á morte. A esta ultima Ord. se refere simplesmente a do L. 4° T. 83 § 2°, derivada da L. 11 Dig. De *testam. milit.*, que faz uma excepção em favor do soldado. A confiscação de bens era uma pena, que

evoca tradições do Direito Romano (229), reproduz más

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. 4° T. 81 § 6°, 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 valor? A confiscação de bens foi abolida pelo Art. 20 da Const., e assim ficou mutilada aquella Ord. L. 4° T. 81 § 6°, e despojada do seu complemento. Já se disse, que os casos de perda dos direitos de cidadão do Art. 7° da mesma Const. só se referião aos direitos politicos, e a alguns direitos não politicos privativos da nacionalidade. No mesmo sentido deve-se entender o Art. 50 do Cod. Crim., concordante com o § 3° d'aquelle Art. 7° 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 [illegible] do Cod., e não tem essa pena concomitante da chamada *morte civil* [illegible] a nossa legislação moderna (Vid. Repert. de Furt.), e ultimamente [illegible] Com. Art. 157 § 3° (Vid. Not. ao Art. 993 § 5° Consolid.) fallão em *morte civil* —, repetem simplesmente um nome sem sombra de realidade. Vid. Cardoso, — *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 direitos privados. Não se pense porém, como observa Savigny Tom. 2° pag. 46, que aquelles direitos politicos formão a base fundamental do direito de cidade. Havia no tempo da republica uma classe

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

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 mesmo — *jus civile* — *jus quiritium* —; mas, não obstante ser uma divisão do Direito Privado, tinha caracter politico, visto que distinguio 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 caracter de nacionalidade. Desde que os estrangeiros forão admittidos a exercer os direitos privados sem distincção dos nacionaes, a accepção das Leis Romanas perdeu seu valor de applicação pratica. Todavia os J. C. nunca d'ella se desquitárão, e os livros juridicos trazem enumerações de *direitos civis* (Vid. GUICHARD *Traité des Droits Civils*); e discussões ridiculas, e inuteis, que remontão ao *estado da natureza*, hoje sem sectarios.

(230) A distincção romana do — *jus civile* —, e do *jus gentium* — insinuou-se na jurisprudencia dos Parlamentos, 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 pessoas em relação ao gozo, 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 impropias 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 3°), e successivamente a de 1799 (anno 8°), destruírão 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. 7°, 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 (a 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 addicionárão um novo caso, que não vê-se na Const. do anno 8°, 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 [illegible] este motivo, perdida estava a qualidade de cidadão. Se a qualidade de [illegible]nal era independente da de cidadão, a qualidade de cidadão não o era da qualidade de nacional, porque não se póde ter direitos politicos sem ser nacional. O caso é, que essa má legislação foi persistindo. As Cartas de 1814, e de 1830, forão mudas a 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°. A *morte civil*, que se 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.* a esta lei.

semelhante com a realidade da nossa vida civil (231). São aberrações, como diz Savigny, á que sempre conduz

(231) 1.° — No ponto de vista do antigo Direito Romano, e do Direito Francez promiscuamente, já que as idéas do primeiro, posto que bastardeadas, passárão 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.°. Quanto á propriedade immovel, e direitos reaes, que lhe são annexos, os Romanos tinhão 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.° — 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 indeterminado 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. 1ª 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 a *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 a 1266 Consolid.), são protectoras 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 a 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 ser tutoras, sendo mãis e avós (Arts. 245 § 1°, e 262 § 1°, Consolid.); e as mulheres não gozão de direitos politicos,

não podem em regra exercer funcções publicas. Se é do espirito de todas as legislações procurar unicamente no tutor um protector desinteressado dos bens do pupillo, a tutela deve ser 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, professores, advogados, officiaes de Justiça, collectores, corretores, agentes de leilões, etc., as differenças mais notaveis dão-se nos casos da *liberdade de imprensa* (Art. 7° §§ 1° e 2° 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-corpus* (Art. 340 do Cod. do Proc. 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 fez cessar duas das exclusões acima apontadas :

Lei da Ref. Jud. n. 2033 de 20 de Setembro de 1871 Art. 18 § 8°: — 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 obter, 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.

uma applicação inhabil de factos historicos mal comprehendidos (232).

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

(232) *Trat. de Dir. Rom.*, Tom. 2° pag. 149. Esta censura faz o sabio Escriptor por occasião de um interessante episodio sobre o Direito Francez. Depois de observar, que os Autores allemães expõem os principios romanos sobre a — *capitis diminutio* — sem pretenderem achar n'elles alguma applicação pratica; 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 arbitrarias, e outras mais naturaes. Mas este systema, sem utilidade pratica, 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 fez depender os direitos civis dos estrangeiros, reprova essas enumerações arbitrarias de direito, essas subtilezas, 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. »

pessoas, ou antes em relação ao direito real de dominio (233), e outros direitos reaes. Neste segundo aspecto ellas se distinguem: 1°, em *cousas do dominio nacional* (Arts. 25 a 59 Consolid.); 2°, em *cousas do dominio particular* (Arts. 62 a 75 Consolid.).

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

Esses bens, e, mais propriamente, os *bens do dominio do*

(233) Já está dito, que a palavra—*dominio*—exprime em rigor uma idéa menos extensa, do que o termo—*propriedade*. O dominio só recahe sobre objectos corporeos, e é porisso, que no Liv. 2.° Tit. 1°, 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° n. 42 a 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 póde, e se deve tratar da propriedade litteraria, industrial, e artistica: e assim fal-o-hei no Liv 3° do *Esboço*. Esta materia é de summa difficuldade, sua exacta comprehensão demanda grande esforço, e em tempo opportuno darei conta das minhas cogitações.

Estado, depois da modificação politica do Acto Addicional 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 romper 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 emphyteuticos* (Art. 62 Consolid.), visto ter cessado a outra limitação, que resultava dos vinculos (Art. 73 a 75 Consolid.).

Não contemplando o *direito real do emphyteuse* como distincto *jus in re* entre os outros direitos reaes do Liv. 2°, e só tratando d'elle como *contracto de aforamento* (Arts. 605 a 649 Consolid.), supposto seja possivel (235) tambem estabelecê-lo por disposição testamentaria, imitamos o Direito Romano (236), e os glosadores. Em verdade, pouco falta ao *emphyteuse* para ser completo dominio; e com razão é elle reputado como se fosse o direito real de

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

(235) Not. ao Art. 605 Consolid.

(236) Trata-se do *emphyteuse* por occasião da locação, por ter com esta, e com a compra e venda, alguma affinidade (Instit. *De locat. et condut.* § 3°, Cod. L. 4° 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,

dominio, formando porém a especie do *dominio util*, ao lado da outra especie do *dominio directo* (237).

Os *direitos de familia* achão-se no Livro 1°, 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 dever justificar.

Observámos anteriormente, que, na exposição do Direito

todavia não é contracto com nome particular, nem tem natureza 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 póde ser creado por disposição de ultima vontade, posto que até o presente, em minha longa pratica do Fôro, ainda não visse algum exemplo d'essa creação. 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. 2°, que trata dos *direitos reaes*.

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

(237) Art. 915 Consolid. A grande extensão dos poderes attribuidos ao emphyteuta induzio com razão os glosadores a ver 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 inteiro contém as duas especies; e demais essas qualificações estão adoptadas em nossos costumes. O estabelecimento do emphyteuse é considerado como não constituindo um *titulus alienationis*; mas não se póde negar,

Romano, a opinião mais geral comprehende sob o nome de *pessoas* 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*).

Cumpre porém advertir, que, recorrendo-se á propria tonte, esses direitos de familia não são expostos como formando uma parte bem extremada, 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 methodo das Institutas (239). Este, é o methodo

em 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. 1° pag. 388. Muitos Escriptores 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, a que corresponde a triplice *capitis diminutio*. Outros buscão [illegible] meio termo, e dizem, que o direito das pessoas abrange ao mesmo tempo o *status*, e as relações de familia.

(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*—a esta divisão adaptão immediatamente a subdivisão dos homens livres em ingenuos, e libertos. Isto lhes dá occasião de tratar ao

dos Codigos modernos (240). O Codigo Civil de Argovia, que em outro logar indicamos como denotando noviuade de plano, tambem envolve a theoria geral das pessoas com os direitos pessoaes nas relações de familia (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 póde 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 possivel, 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 familia, 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 d'ella destacão os direitos de familia, objecto de um livro distincto, da Parte Especial (243).

---

mesmo tempo da distincção dos homens qnanto 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 *filii familias*, e chegão assim á theoria do *status familiæ*. Este *status* repousa sobre a agnação, e esta sobre o patrio poder. A 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 seguírão 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 deveres 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 pessoas e das cousas, e das materias especiaes, exceptuados os direitos de familia. Savigny Vol. 1º pag. 356 dá o motivo de ter tratado o Cod. Prus. no direito das pessoas, e não entre os contractos, dos direitos dos criados de servir.

(241) A divisão geral —*direitos pessoaes*—, abrangendo os direitos de familia, foi o que nos mereceu attenção; mas pode ser, e é bem provavel, que tome-se a expressão — *direitos pessoaes*— no sentido que já distinguimos. Não parece, como suppuzemos, que a denominação secundaria—*direitos pessoaes propriamente ditos*—comprehenda os direitos de familia; porquanto com essa denomi-

nação só se inscre[illegible]cap. 1º, tratando o Cap. 2º do casamento separadamente.

(242) *Nam parum est, jus nosse, si personæ, quarum causa constitutum est, ignorentur*—Inst. *De jur. person.*

(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 (MACKELD., *Dir. Rom.* Liv. 3º pag. 252), tomado no sentido que lhe damos, não deve ser confundido com o *jus personarum* no sentido do Direito Romano, de que elle não fórma senão um dos elementos. » Veja-se tambem Maynz Dir. Rom. pag. 197.

Que a denominação—*direitos pessoaes*—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 têm por objecto um certo numero de acções, ou prestações, que deve executar a pessoa sujeita. Não se póde dizer tambem, que não se referem a um objecto qualquer, para o qual nossa vontade se dirige. Estas razões não satisfazem.

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

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

(245) É o que tambem reconhece o Escriptor ha pouco citado — MAREZ., *Dir. Rom.* pag. 150 :—« Em verdade estes diversos direitos entrão a certos respeitos um no outro, e estão em uma dependencia mutua; por exemplo, os *jura potestatis* podem

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

Isto mesmo têm reconhecido os Escriptores allemães, emprehendendo desligar dos direitos de familia aquelles, que dizem respeito aos bens (247). SAVIGNY distingue o *direito de familia puro* do *direito de familia applicado* (248). E não sendo possivel, sem grande inconveniente, levar a effeito a separação, elles tratão de todos os direitos da familia depois dos direitos reaes, e dos direitos pessoaes (249).

tambem conduzir indirectamente a direitos sobre os bens, e por consequencia ser 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 a augmentar nosso patrimonio. Se não são cumpridas, acontece o mesmo; porque todas as obrigações de fazer (*obligationes faciendi*) resolvem-se na indemnisação de perdas e interesses — Poth. Obrig. n. [illegible] Ninguem póde ser constrangido a fazer, alguma cousa; e se isto fosse possivel, seria uma violencia, que não póde ser modo de execução de contractos.

(247) « Tem havido a tentativa (Marez. Dir. Rom. pag. 221) de separar a parte dos direitos de familia, que influem 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, a repetições superfluas; fóra 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. 1° pags. 377, e 378.

(249) « Não é impossivel (SAVIGNY Obr. cit. pag. 378) separar

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.° Para com todos os homens,—os direitos reaes, e o direito de successão ;

2.° 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 entra 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 Escriptor não attribue a esta classificação a verdadeira importancia e supremacia, que lhe competem;

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 ter estudado a familia, passarmos immediatamente ás influencias que ella exerce sobre os bens, e então vem a ser necessario collocar o direito de familia depois do direito dos bens. »

(250) Obr. cit. Vol. 1° pag. 376.

(251) Em outro logar (Vol. 1° 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 a*

individuo; mas, encarada como relação de direito, é uma relação de uma pessoa para com todos os outros homens, porque é de sua essencia ser conhecida geralmente. » —Esta distincção é toda de Direito Romano. Deriva das chamadas acções prejudiciaes — *præjudicia*,— 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° pags. 375 e 376, e pag. 332.

(253) Dissemos, que, já considerados [illegible] outro aspecto os direitos pessoaes nas relações de familia, não desconheciamos a differença entre elles, e os reaes 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 poderes de familia como que tem por objecto a propria pessoa em si mesma, e não nos actos. Com effeito, quando os poderes de familia obrão em todo o seu rigor, como no Direito Romano a personalidade de quem está submettido desapparece quasi inteiramente. D'ahi vem a differença entre pessoas *sui juris*, e —*alieni juris—personæ alieno juri subjectæ*, que passou para o nosso Direito—Arts. 10, 201, e 202, Consolid. Estas idéas do *patrio poder* estão hoje abandonadas. O limite da menoridade deve ser tambem o da emancipição. Savigny estabelece todas estas differenças. 1.° As relações de familia mostrão-nos o homem, não como existindo por si mesmo, mas como um ente defeituoso,

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 affinidade 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 organismo (253); mas, quanto a manifestações

exteriores, consideradas genericamente, não é possivel contestar, que os direitos de umas, e outras, funccionão com o mesmo caracter. Não fazemos questão de outras analogias, e differenças; ellas podem variar segundo a idéa. que as suscita. Sustentamos sómente, que a mais importante das differenças 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

tendo necessidade de completar-se no seio de seu organismo geral; 2.° As obrigações têm 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.° A materia da obrigação é arbitraria de sua natureza, porque um acto qualquer do homem póde dar logar á obrigação; porém a materia das relações de familia é dado pela natureza organica do homem, e traz o sello da necessidade; 4.° A obrigação de ordinario é temporaria, as relações de familia persistem sempre as mesmas; 5.° As familias contêm o germen do Estado, e o Estado, uma vez formado, tem por elementos constitutivos as familias, e não os individuos; 6.° 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 que as relações de familia servem para completar o individuo, etc.

que não é direito, e que nada tem de applicavel á familia da civilisação moderna.

Á differença, 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 caracter tão opposto os *direitos pessoaes nas relações civis* (*obligationes*), e os *direitos reaes*, que, na applicação do principio classificador, os Escriptores allemães deixão de ser consequentes. Todos elles collocão, como já notámos, 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 patrimoniaes (254). Alguns tratão dos direitos reaes, e das obrigações, tambem em

(254) Tal é o systema de Savigny, Hugo, Heisee, Macelkdey, Marezoll, Maynaz. O methodo mais natural, em nosso entender, será sempre o mais propicio ao ensino; só elle deve ser 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. 1° *Dir. Rom.* pag. 378 — « Resta saber, se é possivel, 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 tambem a melhor classificação para um Tratado. Eleva-se aqui uma objecção capital, etc. »—Occorre tambem, que o methodo da legislação póde fugir da filiação das idéas. Não presuppõe taboa raza de conhecimentos, para que irremissivelmente deva sempre proceder do mesmo modo. Apezar disto, não convém admittir, que se altere no ensino a ordem de qualquer legislação codificada,

exteriores, consideradas genericamente, não é possivel contestar, que os direitos de umas, e outras, funccionão com o mesmo caracter. Não fazemos questão de outras analogias, e differenças; ellas podem variar segundo a idéa. que as suscita. Sustentamos sómente, que a mais importante das differenças 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

tendo necessidade de completar-se no seio de seu organismo geral; 2.° As obrigações têm 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.° A materia da obrigação é arbitraria de sua natureza, porque um acto qualquer do homem póde dar logar á obrigação; porém a materia das relações de familia é dado pela natureza organica do homem, e traz o sello da necessidade; 4.° A obrigação de ordinario é temporaria, as relações de familia persistem sempre as mesmas; 5.° As familias contêm o germen do Estado, e o Estado, uma vez formado, tem por elementos constitutivos as familias, e não os individuos; 6.° 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 que as relações de familia servem para completar o individuo, etc.

que não é direito, e que nada tem de applicavel á familia da civilisação moderna.

Á differença, 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 caracter tão opposto os *direitos pessoaes nas relações civis* (*obligationes*), e os *direitos reaes*, que, na applicação do principio classificador, os Escriptores allemães deixão de ser consequentes. Todos elles collocão, como já notámos, 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 patrimoniaes (254). Alguns tratão dos direitos reaes, e das obrigações, tambem em

(254) Tal é o systema de SAVIGNY, HUGO, HEISE, MACELKDEY, MAREZOLL, MAYNAZ. O methodo mais natural, em nosso entender, será sempre o mais proficuo ao ensino; só elle deve ser 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. 1° *Dir. Rom.* pag. 378 — « Resta saber, se é possivel, 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 tambem a melhor classificação para um Tratado. Eleva-se aqui uma objecção capital, etc. »—Occorre tambem, que o methodo da legislação póde fugir da filiação das idéas. Não presuppõe taboa raza de conhecimentos, para que irremissivelmente deva sempre proceder do mesmo modo. Apezar disto, não convém admittir, que se altere no ensino a ordem de qualquer legislação codificada,

duas divisões principaes, e como se não fossem especies de um genero (255).

Não, nós dividimos os direitos na *extensão* em *reaes*, e *pessoaes*; e subdividimos estes, fazendo apparecer os direitos de familia como especie de um genero subalterno. Elles vêm a carecer 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 funccional? A idéa de *patrimonio*, despojada do seu caracter de universalidade, da sua unidade representativa da unidade da pessoa, decomposta em summa com effeitos naturaes, perde inquestionavelmente seu valor juridico (256).

---

(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.

(256) Em sentido lato o *patrimonio* é o todo dos bens de uma pessoa, 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 compõe a propriedade. Poder-se-ha dizer, que os *bens innatos* entrão igualmente no *patrimonio*, quanto a suas consequencias juridicas, em razão de se transformarem em direitos de perdas e interesses.

Alguns Codigos, em accordo com a opinião mais seguida, que rectificou o methodo effectivamente seguido nas Institutas, classificão, conforme tambem já notámos, 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, chamárão *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 reconhecer, que, além desses intitulados *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.° Porque induz a perceber com inexactidão, que nas relações de familia não ha direitos pessoaes sobre as cousas

2.° Porque altera a indole dos direitos pessoaes, em que não se attende senão á pessoa como objecto do direito; e não immediatamente ao facto, que póde referir-se a uma cousa propriamente dita, ou a um serviço;

3.° Porque dá existencia á má nomenclatura de *cousas corporeas* e *incorporeas*;

4.° 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 mediata, e remota, nos *direitos pessoaes*;

---

(257) Vejão-se os Codigos d'Austria, e do Cantão de Berne.

5.° 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 nosso plano, que nos incumbe tambem justificar, e que felizmente está protegida pela suprema autoridade do admiravel Escriptor, que tantas vezes havemos invocado (258). No Livro 1°, Secção 2ª, que trata dos *direitos pessoaes nas relações civis*, achar-se-ha o Tit. 3°, onde promiscuamente consolidámos 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 peremptoria para todos aquelles, que, como nós, obedecerem ao principio classificador dos direitos por seus *objectos*.

O Direito Romano estabelece, quanto á *posse*, como faz em relação á propriedade, o modo de adquiril-a e perdel-a (260). Elle distingue a *posse* e *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.

Ninguem póde comprar sua propria cousa (263), ninguem póde furta-la (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 em relação á posse, que pertence a outro. Concebe-se então a *emptio possessionis* (266), *conductio possessionis* (267), *precarium posses-*

(258) Savigny Trat. da posse Traducç. por F. d'Audelange sobre a ult. Ediç. (1841).

(259) Do *damno* trata-se nos Arts. 798 a 810 Consolid. Do *esbulho* nos Arts. 811 a 821 Consolid.

(260) Se é necessario estabelecer o modo de adquirir e perder a *posse*, como condição das acções possessorias, 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 a 28 o erro da doutrina sobre os actos symbolicos de posse, ou posse ficta. A acquisição da posse consiste na *possibilidade physica* de obrar immediatamente sobre a cousa, e de desviar toda a acção estranha.

(261) A *detenção* forma a base de toda a idéa de *posse*, e sua noção não é noção juridica. A *posse* existe, quando a *detenção* (*corpus* ou *facto*) 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. 3° T. 31 N. 21) *furtum facere non possumus.*

(265) Cit. L. 21 Dig. *De usurpat.*, L. 4ª § 3° *De precar.*, L. 15 *deposit.*

(266) L. 34 § 4° Dig. *De contrah. empt.* L. 28 *De posses.*

(267) L. 28 Dig. *De posses.*, L. 35 § 1°, e L. 37 *De pign. act.*

sionis (268); e por analogia *possessionis depositum*, *possessionis commodatum*. Tambem concebe-se o furto da propria cousa.

Além disto, 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 envolvesse uma difficuldade invencivel.

Alguns collocão a posse no direito das cousas 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 mais geral do que qualquer outro direito. E muitos reputão a posse como um *jus in re*, ou propriedade provisoria, a par do dominio, e tendo os interdictos como meio provisorio de reivindicação (270). O Direito Canonico, com a amplitude, que se lhe deu, mais tem contribuido para confundir esta materia (271).

A idéa da *posse*, como tendo no systema do Direito um logar especial e distincto, nós a restringimos aos interdictos possessorios sómente; e estes interdictos, ou acções possessorias, nós reputamos como derivados de obrigações *ex delicto*, que pertencem á classe dos *direitos pessoaes* (272 Em substancia, como este trabalho requer, são estas as nossas razões.

A *posse* faz um papel muito interessante na scena das relações juridicas, e cumpre examinar suas differentes manifestações. Ellas reduzem-se ao seguinte :

1.° A *posse*, como modo de adquirir dominio na occupação das cousas sem senhor — *occupatio rei nullius* — (273) ;

2.° A *posse*, como modo de adquirir dominio na tradição das cousas, quando feita pelo proprietario legitimo — *traditionibus dominia rerum, non nudis pactis, transferuntur* — (274) ;

3.° A *posse—civilis possessio*—(275), como um dos elementos da prescripção adquisitiva (*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);

(268) L. 6ª § 4°, 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* a par do dominio, como materia da mesma natureza. 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. 2ª Cap. 4° § 1°, tem a posse; e se eu lhe attribuir o *jus in re*, certamente não poderei demandal-o.

(271) Vid. Art. 811 Not. Consolid.

(272) Vid. *ibidem* Consolid.

(273) Art. 885 a 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 a 981, 1025, 1026, e 1231 § 1° not. Consolid.

(276) Arts. 811 n. 5, e 1319, Consolid.

4.° A *posse*, separada do dominio, e protegida pelos *interdictos ou acções possessorias* (277).

Nas tres primeiras manifestações a *posse* entra indubitavelmente na classe dos *direitos reaes*, pois que pertence á theoria do dominio; e quanto a 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 começo, e consequencia, do dominio; mas não o motivo da acquisição do dominio. Ella principia (palavras de Savigny) no momento, em que o dominio adquire-se. A *posse* deve ser legitima, não é legitima sem *justo titulo* (278); e o dominio presuppõe a coexistencia d'estes dois elementos (279).

Quanto ao caso da—*usucapio*—a *posse*, como productiva da prescripção adquisitiva, e defendida pela acção publiciana, vale tanto como o proprio dominio; é um dominio nascente, o presumptivo, que o Direito considera como verdadeiro dominio (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); é certo, que não constitue direito, sendo apenas

(277) Arts. 811 a 821 Consolid.

(278) Art. 907 Consolid. O *justo titulo*, quando trata-se do dominio emana do proprietario legitimo. Na *occupação* o *justo titulo* é a propria natureza humana, razão de direitos.

(279) Arts. 908 Consolid.

(280) Art. 908 Not. Consolid.

(281) Art. 1319 Consolid. O *justo titulo*, quando trata-se do dominio presumido, que é a via da prescripção, não depende da legitimidade do dominio anterior. Na supposição de haver essa legitimidade, o *justo titulo* vem a ser todo aquelle, que, nos

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 sómente 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 caracter de direito.

« A posse, diz o profundo Savigny (282), mostra-se primeiro como poder de facto sobre uma cousa, consequentemente como um não-direito (differente do delicto), alguma cousa enfim de completamente estranho ao direito. Entretanto ella é protegida contra certas violações, e para assegurar esta protecção tem-se estabelecido regras sobre a acquisição, e perda, da posse, como se ella constituisse um direito. Dar o motivo desta protecção, e desta assimilhação da posse a 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

termos da lei, seria apto para transferir o mesmo dominio — Art. 1320 Consolid.

(282) Savigny Obr. cit § 6. Todas as nossas idéas sobre a posse são as mesmas deste Escriptor.

violencia, não póde ser inteiramente reparado senão pelo restabelecimento, ou protecção, deste estado de facto, que a violencia tem alterado. Tal é a verdadeira causa das acções possessorias.

Em verdade, examinada a natureza 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 caracter commum de todos os interdictos possessorios é a condição de um acto, que já por sua fórma é iniquo. E como de outra maneira poder-se-hia comprehender que a posse, independente mesmo da sua legalidade, viesse a ser 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 logar proprio, que os interdictos possessorios não são mais que acções derivadas de obrigações *ex delicto*. Eis o motivo, que levou-nos a tratar do esbulho juntamente com o damno, e na Secção 2ª do Livro 1°, que se inscreve—*dos direitos pessoaes nas relações civis*—.

Observe-se ainda como, por occasião desta materia, o sabio SAVIGNY vem soccorrer-nos na confirmação do methodo, que havemos adoptado :

(283) *Interdicta omnia, licet in rem videantur conceptavi, tamen ipsa personalia sunt* — L. 1ª § 3° Dig. *De interdict.*

« Aquelles, que dividem o direito de uma maneira geral em *direitos reaes* e *direitos de obrigação*, são por isto mesmo forçados a separar a *posse* de todo o direito real, e aquelles, que rejeitão esta divisão, devem procurar no Direito um logar particular para todos os direitos de obrigação. Esse logar 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 serja 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. § 6° pag. 29. — Alguns Jurisconsultos (diz o nosso LOBÃO *Not. a Mell.* Tom. 3° pag. 77) têm 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 conseguinte 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°.

A primeira accepção é amplissima. Confrontada com as duas, que seguem em escala descendente, serve para no Direito Civil extremar as obrigações *ex delicto* de todas as outras obrigações dos contractos e quasi-contractos. As outras duas accepções 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 possessorias, como acções derivadas de obrigações *ex delicto*, prova alguma cousa o largo sentido da palavra—*delicto*—, certamente prova de mais; pois que tende a destruir uma differença essencial, qual a que distingue a classe particular das obrigacões 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° a inexecução da obrigação de reparar o damno occasionado por um delicto; 2° 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 satisfacção do damno resultante do delicto, tem existido

o delicto, que produzio essa obrigação. O delinquente póde reparar o damno causado, independentemente de ser 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 possuidor, 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 a essa theoria, cuja excellencia dimana da natureza das cousas.

Em verdade, o Direito Romano não dava acção contra o terceiro possuidor, ainda mesmo que este houvesse recebido a cousa do autor da violencia, e com sciencia do esbulho (288). Mas Innocencio III, entendendo, que a [illegible] desse terceiro corria tanto risco, como a do [illegible]lhador, contra elle tambem permittio que se propuzesse a acção (289). Ha nisto, como observa Savigny, uma extensão

(286) Art. 799 Consolid.

(287) A interpretação cahio sobre o famoso Can. *Redintegranda sunt omnia expoliatis etc.*, de que os praticos deduzírão as mais espantosas consequencias. « *Plura alia singularia* (Boehm. *Doctr. de Action.* Secç. 2ª Cap. 4° § 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.*

do interdicto de *vi*, porém de pouca importancia (290).

Dados estes esclarecimentos, resta-nos ainda demonstrar, que a divisão cardeal dos *direitos pessoaes* 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 possivel, a lei seria inutil

Tambem nunca o direito manifesta-se mais claramente do que quando, denegado, e aggredido, a acção apparece, e em virtude della a autoridade judiciaria o reconhece, proclama, e coage a respeita-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 poder de seus effeitos (291). Pela observação destes effeitos o legislador attento equilibra os variados interesses da vida social. Pela força destes effeitos o Jurisconsulto pratico mede nos direitos seu alcance possivel, e não acha nelles outro caracter mais importante. As *acções* são seus instrumentos de trabalho.

Entre tantos ensaios, qual a classificação de direitos mais sensivel 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. 4° Tit. 6° § 1° *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 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

---

(290) O terceiro possuidor, em tal caso, *scienter detinens*, póde ser comparado com o *receptador*, ou cumplice do Art. 6° § 1° do nosso Cod. Pen.

(291) « Praça ao direito real! Abrem-se todas as fileiras para dar-lhe passagem, quando elle marcha com seu poder absoluto, por sua propria e unica força, sem intermedio de algum devedor, para a cousa, sobre que directamente cahe. » — Demolombe Tom. 9° pag. 373. Eis como os estudos juridicos tornão-se amenos para um bom amador!

(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 condictio appellatur* — L. 25 Dig. *De obligat. et action.*

direitos (293). 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 a 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 pozesse 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.

(293) « Particularmente (Maynz pag. 387 n. 3) este termo não serve nunca para designar a propriedade, não se o encontra senão em opposição ao *dominium.* » — Achão-se algumas vezes (Ortolan *Génèralisat.* 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.

(274) Compendio de Direito composto na Lombardia no anno 1100, cujo autor é desconhecido — Mackeldey Introducç. § 80.

(295) Tambem attribuem-se estas denominações (*barbaras*, no dizer de Ortolan) ao Direito Canonico, cujas passagens elle aponta pag. 75 nota 5. Veja-se tambem Maynz pag. 387 not. 2.

(296) *Aut cum eo agit, qui nullo jure ei obligatus est* — tal é o texto das Instit. L. 4° T. 6° § 1°, 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 entrárão na divisão (298), e tambem não entrárão as *acções prejudiciaes*—*præjudicia*. Quanto a estas se diz, que assemelhão-se ás *acções in rem*, mas não se diz que pertençáo a este genero de acções (299).

Ainda mais, em alguns fragmentos fallou-se de *acções pessoaes in rem scriptæ*, e d' ahi resultou considerar-se *acções pessoaes* algumas, que competem contra todo o possuidor (300); e *acções reaes* outras, que se diz só contra

(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 a ccrescenta — *et semper adversus eum est, qui eam 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 altius tollendi, vel propiciendi* — Inst. Gai. Comment. 4° § 3°.

(298) Sobre a differenca entre a *acção*, e os *interdictos*, veja-se Savigny Trat. da poss. § 34.

(299) *Præjudiciales actiones in rem esse videntur, quales sunt per quas quæritur an aliquis liber — an libertus sit*, etc. Instit. L. 4° T. 6° § 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 Acc. § 447), *ad exhibendum* (id. § 231), *aquæ pluv. arcend.* (id. § 447), *Calvisiana* ou *Fabiana* (id. § 139 not. 2).

petirem contra certos possuidores, e cujo fundamento não é só o *jus inre* (301). Além disto existem as acções, que se tem chamado—*mixtas*— (302).

Essas denominações de acções, que passárão 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, appliquem-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*,

---

Veja-se o mesmo Corr. Tell., Obr. cit. § 5° not. 1, Boehmer *Doctr. de Action.* Secç. 1ª Cap. 3° § 5°.

(301) Como a *Pauliana* ou *Revocatoria* (Corr. Tell., Obr. cit. 106), por dizer-se que só compete contra o cumplice 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 autor tem adquirido dominio pela prescripção, e que não compete contra todo o possuidor indistinctamente; mas contra aquelle, que não tem titulo algum, ou o tem mais fraco que o do autor.

(302) Taes são as acções *familiæ erciscundæ*, *communi dividundo*, *e finium regundorum*. — *Quædam actiones mixtam causam obtinere videntur, tam in rem quam in personam.* — Instit. L. 4ª Tit. 6° § 20.

que precisamente correspondem ás duas grandes categorias dos *direitos reaes* e dos *direitos pessoaes*. A *acção* nasce do direito, delle descende, e nelle se confunde. Em uma palavra, a *acção* é o direito posto em movimento (303).

Os *interdictos*, que protegem a posse, são hoje as acções pessoaes possessorias, de que já fallámos. As *acções prejudiciaes* estão reduzidas a meras habilitações, allegações de legitimações de partes, *questões d'estado*, e quando muito a acções preliminares de outras acções (304). As *acções in rem scriptæ*, e as chamadas *acções mixtas*, são tão

---

(303) Martou *Privil. et Hypothec.* Tom. 1°, pag. 48. O, como diz Demolombe Tom. 9° 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 vestar no estado de paz.

(304) Mesmo pelo Direito Romano o *præjudicium* era uma acção, que não tinha por fim fazer pronunciar uma *condemnatio*, mas fazer verificar a existencia de uma relação — Savigny Dir. Rom. Tom. 1° pag. 346, e Tom. 5° 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 tambem (diz o nosso Lobão not. a Mell. Tom. 3° pags. 77 e 78) metter no numero dos direitos reaes os direitos, que derivão do estado das pessoas, nem comprehender 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 delle resultão.

impossiveis, como impossivel fôra a existencia de *direitos mixtos*, isto é, que fossem a 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 incompativeis, A situação possivel, e muito frequente, é só a da pessoa, que tem ao mesmo tempo, em relação a 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. 9° 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 1° pag. 280) censura com razão o legislador Francez por ter empregado a palavra *mixta* para qualificar uma acção. « Toda a cousa demandada, diz elle, sendo *movel*, ou *immovel*, não póde ser uma, e outra, ao mesmo tempo; e foi inutil fallar de uma *qualidade hermaphrodita*, impossivel de realisar-se ». O Direito Francez generalisou a distincção de *moveis* e *immoveis* 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 autorisado esta extensão com o ragmento 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 *immoveis*. Além disto entendeu-se, que as qualificações de *acções moveis* e *acções immoveis* erão equivalentes ás das *acções pessoaes* e *acções reaes*; o que é contestado por muitos Jurisconsultos, que não querem saber do modo pelo qual o direito applica-se ás cousas propriamente ditas, como se estas

Meditadas as differentes hypotheses dessas acções assim denominadas, chega-se a conhecer, que nellas se contém, não um só direito, ou uma só acção, cujo caracter 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 caracter principal, e essencial, do direito, deve ser o predominante, e este determina a natureza da acção (308).

fossem o objecto dos direitos pessoaes, e se mesmo mediatamente fossem sempre o seu objecto. Esses Jurisconsultos têm contra si a letra do Art. 526 do Cod. Civ. Franc., cuja redacção elles lamentão por só ter declarado *immoveis*, não todas as acções que applicão-se ás cousas immoveis, porém sómente as acções que tendem a *reivindicar* algum immovel. Se esta redacção é erronea, o erro salvou-nos na transplantação, que, por causa do imposto 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), *familiæ erciscundæ*, e *communi dividundo*, para partilha de herança, ou massa indivisa, o autor 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 por isso perca seu caracter de *acção real*. Attenda-se tambem ao que chama-se *actio in factum*, subsidiaria da reivindicação, quando a cousa não póde ser reivindicada—Corr. Tell. Doutr. das Acç. § 102. Sobre esta acção diz Boehmer. Secç. 2ª Cap. 2° § 11—*Quamvis personalis et ex obligatione immediate deducta sit, connexio tamen suadet, ut, quia loco reivindicationis intentatur, ejus hic mentio fiat*—. Vid. Art. 881 Not. Consolid.

RELAÇÕES ECONOMICAS

A civilisação 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 valores. 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 approximão-se a todas as necessidades, para que tenhão uma direcção mais fecunda; e o poderoso motor dessa rotação continua 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 parallelas 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, funcciona ordinariamente com a *propriedade movel*, que segue a pessoa, e presta-se a uma circulação rapida. O segundo, visto que só refere-se a objectos corporeos, sem lhe importar a qualidade da pessoa, tem por objecto a *propriedade immovel*, a grande propriedade,

(309) J. Garnier *Élém. de l'Économ. Polit.* pag. 166. Elle adopta a definição proposta por Cieszkowski no seu notavel Livro—*Du crédit et de la circulation.*

a propriedade por excellencia, cuja natureza intrinseca só lhe póde fornecer 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 a resolver.

O *credito pessoal*,—*credito movel*—, não tem objecto intermediario, é de pessoa a pessoa, nada teme dos *direitos reaes*, posto que lhe possão ser bem funestos ; e particularmente reclama uma legislação convinhavel, que facilite,

(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—*Revue de Législat.* Ann. de 1852 Tom. 1° 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 *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 vulgarisando.

(311) O que se tem chamado—*mobilisação do solo*—não quer dizer—*retalhamento*—. « Muitas vezes se tem confundido (Wolowski *Revue de Législ.* no logar já citado) a circulação commoda de titulos, cuja solidez participa da do solo, com uma monstruosa

a duas manifestações se deve attender; 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).

Destas 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 tomão o *credito real* como synonimo de *confiança* em relação aos emprestimos 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 organisação especial; não fazendo distincção entre *credito territorial* (*crédit foncier*), e *credito real* (*credit réel*); mas o considera no ponto de vista do emprestimo hypothecario. « Quando empresta-se dinheiro sobre hypotheca (diz elle *Revue de Législ.* Tom 10 pag. 248) empresta-se á cousa, e não á pessoa; toma-se o immovel isolodamente, 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 representação; e independentemente dos recursos, ou encargos pessoaes do individuo, dá-se

e limitão ainda mais o sentido da expressão, applicando-a particularmente á creação de estabelecimentos bancarios

balanço á cousa. » — « Sem duvida *credito* quer dizer *confiança* (diz elle em outro logar *Revue de Législat.* Tom. 43 pag. 63), repousa sempre sobre o abandono temporario dos instrumentos do trabalho representado pelo capital emprestado. Mas as condições varião forçosamente, quando reponsão sobre uma simples promessa, ou se fundão sobre um penhor material. A duração do emprestimo, a certeza do reembolso, os meios de execução, tudo depende da natureza da garantia. » Este Escriptor, como se acaba de vêr, só applica o *credito real* aos emprestimos hypothecarios, e por conseguinte só aos immoveis, que são os bens susceptiveis de hypotheca; mas Ciesekvoski (*Du crédit et de la circulation* 2ª Ediç. Cap. 1º liga ao *credito real* a idéa de um *penhor determinado*, ou seja de objecto immovel, ou movel; e desse *credito real* vem a ser uma especie o *credito territorial*. O *credito pessoal* em tal caso vem a ser a idéa opposta, isto é, o credito garantido indeterminadamente pela obrigação do devedor, sem algum penhor de moveis, nem hypotheca de immoveis. De resto, estes dois eminentes Escriptores, e os Economistas em geral, têm seu ponto de vista sobremaneira exclusivo, não vendo mais nada senão a producção de riquezas. Neste sentido distinguem a *circulação productiva ou activa* da *circulação consumidora ou passiva*, e têm esta como perniciosa, 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 desapropriações e mutações, impede-as. « Chama-se *credito territorial* (diz entretanto Pecteur Obr. cit. pag. 276), a maior ou menor possibilidade, e facilidade, que tem o proprietario, de achar dinheiro a juro modico, sobre penhor, *ou por venda*, de sua propriedade immovel. »

destinados a facilitar taes emprestimos (319). Desta outra maneira, e partindo *a posteriori* dos emprestimos 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 crédor não seja illusoria, isto é, para que elle tenha a certeza de ser pago pelo immovel hypothecado, duas condições são necessarias:

1.° Que esse immovel pertença ao devedor, e seja disponivel em suas mãos;

2.° 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 do contracto, não tivessem podido entrar nos calculos do crédor (320).

(319) Vatismenil, no seu Relatorio já citado dissipou esta inexactidão, explicando o que se devia entender por — *organisação do credito territorial* —. O mutuante póde ser 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 (disse elle), do melhoramento das leis hypothecarias; depois tratemos das leis proprias a favorecer a creação de instituições de credito hypothecario. » Com estas palavras aplacou, em nossa Sessão legislativa de 1856, o habilissimo Ministro da Justiça, a quem o Paiz tanto deve, o ardor daquelles, que, sem terem ainda legislação hypothecaria, tanto desejavão as instituições de credito territorial. Nós porém diremos — *façamos um bom Codigo Civil, e sem nenhum embaraço elle dar-nos-ha uma boa legislação hypothecaria* —.

(320) Vid. Exposição de motivos do Projecto de lei relativo á acquisição, conservação, e publicidade, dos *direitos reaes* sobre immoveis, apresentado ao Conselho Representativo de Genebra em 21 de Dezembro de 1827. Essa Exposição achar-se-ha na *Themis* Tom. 9°, 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.° A natureza do vinculo, que une o devedor com a cousa, sobre que elle confere direitos; 2.° Tudo que póde diminuir o valor do immovel; 3.° O montante das obrigações, de que já está gravado o mesmo immovel. »

Ora, para que seja satisfeita a primeira condição, a idéa da *hypotheca* mostra-se logo como essencialmente ligada á do *dominio* 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), repetem todos os Escriptores francezes (322), não so póde conceber um bom systema hypo-

(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 Jurisconsultos e Economistas foi o da falta de um balanço das propriedades, e das relações especiaes, que unem cada devedor 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 a todos os Tribunaes Superiores, e as Faculdades de Direito, sobre os meios de melhorar a legislação de 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 escolher entre o systema do Cod. Civ., que attribue ao puro consentimento o poder de transferir a propriedade, e outros direitos reaes; e a lei de 11 *Brumaire* anno 7.° que exigia a transcripção dos contractos afim de advertir a terceiros, e manifestar a todos o aconteci-

thecario 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 póde existir, independente de instituições bancarias, que aliás podem depois desenvolve-lo prodigiosamente (323). O *credito real* seria necessario, e poderia existir, independente mesmo dos emprestimos hypothecarios, e ainda quando a propriedade immovel fosse apenas susceptivel de transmissões do dominio, sem alguma separação em qualquer sentido dos direitos elementares que o constituem (324).

---

mento, que faz passar de uma pessoa a outra a propriedade, e as suas desmembrações. » Os importantes documentos relativos a 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 a terceiros.*

(323) « Sem creação de instituições novas (palavras do mencionado Relatorio de Vatismenil) o credito territorial faria progressos só pelo motivo da ficarem os emprestimos hypothecarios isentos dos riscos, a que agora estão expostos ; entretanto que sem melhoramento da legislação hypothecaria as novas instituições de credito, nem poder-se-hião fundar, nem subsistir, nem funccionar de maneira util. »

(324) Não fallamos no rigor 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, a que se foi successivamente recorrendo para assegurar com mais efficacia

Ou se considere portanto o *credito real* em toda a generalidade da sua concepção, ou se o encare particularmente em relação ao regimem hypothecario, não soffre duvida, que o facto mais importante, e ao mesmo tempo primario, vem a 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 geradora 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

---

os direitos dos crédores. A primeira idéa foi a do *penhor*, applicado aos immoveis — Art. 767 Consolid. Sendo equivoca, 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 devedor, que privava-se do seu immovel, supportando as despezas da transmissão, e vendo-o empeiorar em mão de um senhor precario, suggerirão a idéa da *relocação* da propria cousa condicionalmente vendida. As complicações dessas vendas, retractos, e locações, tambem motivárão a *antichrese* — Art. 768 Consolid. E o ultimo expediente foi então o da *hypotheca*, que evitou a imperfeição dos modos anteriores, e preencheu o desejado fim sem translação alguma da propriedade, nem do usufructo do immovel.

da obrigação, que o constitue : o *direito real* obriga a 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 a 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 possivel. Não se concebe, que a sociedade esteja obrigada a 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 acquisição da propriedade em virtude da transmissão feita por seu proprietario, ha uma linha a percorrer com seus dois pontos extremos. A 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. A partir do extremor anterior acha-se o concurso de vontades do que transmitte, 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,

(325) Arts. 906 e 907 Consolid.

a posse, é o *modo de adquirir* (326). Aquelle produz o *direito pessoal* sómente (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* póde 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 præcedens*) 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, dé que se fez depender a transmissão do dominio,

(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 convém esta advertencia, porque ha *direitos pessoaes*, que não ficão engendrados, emquanto não ha *tradição*. Assim acontece nos *contractos reaes* do mutuo, commodato, deposito, e penhor — 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 penhor.

(331) *Nunquam nuda traditio transfert dominium: sed ita, si venditio, aut aliqua justa causa, præcesserit, propter quam traditio sequeretur* — L. 31 princ. Dig. *De adquir. rer. domin.*

fosse enxertado na legislação como formalismo inutil, e até prejudicial, sem razão juridica d'existencia (332).

O que se póde justamente arguir á *tradição* é que, como signal indicador da translação do dominio de immoveis, ou meio de publicidade, longe está de ser 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

(332) Toullier Tom. 4° n. 57 considera a *tradição* como uma dessas manifestações exteriores, 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 arbitrarias introduzidas pela escravidão das fórmas 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 syslema anteriormente desenvolvido debaixo de outras influencias.

(333) *Nec possessio e proprietas misceri debent* — L. 52 princ. Dig. *De posses.* — *Nihil commune habet proprietas cum possessione* — L. 12 § 1° Dig. *ibidem.*

por conseguinte a confiança de terceiros (334). A historia do Direito Romano, e de todas as legislações, sobejamente o provão.

Todos sabem, que a *tradição* no Direito Romano substituio 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, erão solemnissimos, da maior publicidade, e não exigião a presença da cousa, quando esta era immovel (338). E que prova mais evidente de que

(334) Attendamos, entre outros Escriptores, a Ricardo — *Traité des Donations* — Part. 1ª Cap. 4° Secç. 2ª 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 solidez 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 reivindicação ante o pretor, que declarava pertencer a cousa ao reivindicante.

(337) L. un. Cod. *De nud. jur. Quirit. tollendo*, e L. un. *De usucapione transformanda et de sublata differentia rerum mancipi et nec mancipi.*

(338) *Immobiles etiam plures simul, et quæ diversis locis sunt,*

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, têm ligado a translação do dominio de immoveis, e dos *direitos reaes*, a factos bem positivos, e conducentes a 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 regimem 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

mancipari possunt — Ulpian. Fragm. 19 § 6°. Quanto aos 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 6.° 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 hypothécaires* § 2.°.

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 penhor dos moveis e dos immoveis; isto é, o penhor propriamente dito, e a antichrese. Este termo generico não o temos em nossa lingua.

mostrou-se implacavel com as antigas instituições em todas as suas formas e vestigios, uma regra fecunda de publicidade dos *direitos reaes* foi estabelecida na Lei de 11 *Brumaire* anno 7°, que impedio os desastres da louca especulação das cedulas hypothecarias—*coupons*—, de que fôra causa a primeira Lei de 9 *Messidor* anno 3° (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 amor 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

(342) A integra dessas leis acha-se em Merlin *Répert. de Jurisprud.* — vb. — *hypothèque* — Secç. 2ª § 1°.

(343) Quanto a moveis, vejão-se varios casos de *tradição symbolica* nos Arts. 199 e 200 do Cod. Com., a que referem-se os Arts. 271 e 281. Quanto a immoveis, a entrega das chaves da casa, e a de titulos ou instrumentos, tem-se considerado *tradição symbolica* — Lob. Nots. a Mell. Tom. 3° 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 haver *tradição symbolica*.

(344) A tradição ficta, como dizião os antigos *Jurisconsultos*, faz-se — *vel longa, vel brevi manu* — Barbeyrac nots, a Pufendorf L. 4° Cap. 9° § 9°. Tambem mostra Savigny Obr. cit., que estes outros casos são igualmente de *tradição real*.

palavras—*constituto possessorio expresso*—(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* substituio a *tradição real* (347), e tornou

(345) E' o que se chama vulgarmente — clausula — *constituti* — Art. 909 Not. Consolid., pela qual o vendedor constitue-se detentor da cousa em nome do comprador, até que este tome posse real e effectiva. No caso da— *brevi manu traditio* — o detentor da cousa vem a ser possuidor. No caso do *constitutum possessorium* — o possuidor da cousa converte-se em detentor só por effeito da vontade. Como antes da *tradição real* o dominio não ficava transferido, e o alienador podia obrar de má fé, contractando com outro, e transferindo-lhe o dominio (Art. 534 Consolid.); a expressão da clausula — *constituti* — teve por fim obviar fraudes, anticipando os effeitos da *tradição real*, e fazendo-a existir desde o momento do contracto.

(346) A existencia do — *constituto*, — como consequencia de um outro acto, apparece nos seguintes casos: 1°, quando se dá uma cousa e ao mesmo tempo se a retem por titulo de locação; 2° quando se a dá, ou vende, mas reservando-se o usufructo; 3°, quando a cousa é dada em penhor, e ao mesmo tempo se deixa seu uso ao devedor portitulo de *precario* (Art. 478 Not. e Art. 498, Consolid.); 4°, na sociedade *universorum bonorum* (Art. 745 Consolid.)

Vid. SAVIGNY *Trat. da posse* § 27.

(347) « No correr do tempo (diz Ricardo *Traité des donations* Part. 1ª Cap. 4° Secç. 2ª n. 902) a subtileza dos Jurisconsultos reduzio o uso da tradição a puro jogo, introduzindo as posses civis, que se tomão por modo ficto; de modo que a tradição, que tinha

illusoria a regra—*traditionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur*—(348). Forão apenas exceptuadas as tradições nos casos de doação, as quaes ficárão dependendo da formalidade da—*insinuação*—(349). Eis o estado, em que se achavão as cousas, quando o Codigo Civil da França admittio, que a propriedade fosse transmittida só por effeito do consentimento das partes, e sem necessidade de algum acto exterior (350).

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 acquisição da posse.

(349) « Nos primeiros tempos do Direito Civil, diz RICARDO Obr. cit. Part. 1ª Cap. 4. 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 temer, 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 ás fraudes que nascião da indulgencia, que as novas leis tinhão admittido, a procurar novo remedio a uma nova desordem, e a tirar a clandestinidade, que havia nas doações por causa dessas tradições fictas. »

(350) « A propriedade dos bens (Art. 711 Cod. Civ.) adquire-se, e transmitte-se... por effeito das obrigações. » — A obrigação (Art. 1138) faz o crédor proprietario, etc.

Confundio-se desta maneira, e logo em sua origem, *direito pessoal* com o *direito real*; e para esta confusão muito contribuio uma bella doutrina, que principiou em Grocio (351), e foi depois reproduzida por muitos Escriptores de Direito Natural (352). Occorre ainda, que, sendo o *direito pessoal* o meio mais commum para chegar a adquirir o *direito real*, e parecendo que este é o producto ou resultado daquelle, sua natural dependencia tende a 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 cousa vendida; e esse direito portanto vem a ser o meio, pelo qual a cousa vendida terá de ser transferida para o dominio do comprador. A cousa 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 cousa, que se transfere a outro (L. 2° Cap. 6° § 1° 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. 2° Cap. 8° § 25) para transportar a propriedade, e os proprios Jurisconsultos Romanos o reconhecem em certos casos.

(352) Pufendorf *Droit de la Nature* (Traducc. de Barbeyrac) L. 4° Cap. 9° §§ 5°, e 9°, que se refere a Grocio; e com elle Wolff, Burlamaqui, Felice, Perreau, e outros. Esta doutrina suppunha um *estado de natureza*, que não é o do homem no estado social. Todos esses Escriptores reconhecem, que na sociedade Civil o consentimento só não basta para transferir a propriedade, sendo ne-

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 momendo 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 possivel, ou não pudesse prejudicar a terceiros (354).

---

cessario além delle um acto sensivel e positivo de entrega, como testemunho desse consentimento. Belime (*Philosophie du Droit* Tom. 2° pag. 259), que tambem entende haver materialismo na doutrina do Direito Romano, e uma confusão grosseira do facto e do Direito; reconhece todavia, que isto não exclue a questão de saber se, no interesse da segurança das relações, não convém dar uma certa publicidade aos actos de alienação, para prevenir fraudes e sorprezas.

(353) « A propriedade (Ahrens *Droit Naturel* 4° Ed. pag. 390) compõe-se de dois elementos, um individual, e o outro social; se o primeiro é a base, o segundo é o regulador, do direito de propriedade; e ambos devem ser 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 ser absorvido pela sociedade, tambem o direito individual de propriedade não se perde no direito social ». Eis a doutrina, que, sem fazer derivar só da lei a propriedade, como aliás pensárão Montesquieu e Bentham, attribue á lei o que verdadeiramente á lei pertence.

(354) « Costuma-se dizer (Bonier Rev. de Wolowski Tom. 6° pag. 438), que desta maneira attribue-se á vontade do homem sua nobre preponderancia, — que a vontade suppre o facto, ou antes,

As cousas, que se convenciona transmittir, é possivel, que não sejão transmittidas; e a mesma cousa póde ser vendida a duas differentes pessoas (355). Se o contracto basta, independente de qualquer manifestação exterior da transferencia do dominio, o segundo comprador póde em boa fé transmittir tambem a cousa, que assim irá successivamente passando a outros. Ahi temos um conflicto de direitos, ahi temos uma collisão, onde apparece de um lado o interesse de muitos. Deve-se ser indifferente á constante incerteza do direito de propriedade, e ao abalo de tantas relações civis? Se este mal não póde ser inteiramente desviado, não convirá evita-lo no mais que fôr possivel?

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, MAROU, e muitos outros Jurisconsultos, não deixão de confessar, que esta mudança tão grave foi sorrateiramente introduzida, sem a discussão especial, e profunda, que reclamava. Mesmo assim, quanto a bens moveis, o novo principio não teve applicação (357), e quanto aos immoveis 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

---

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 póde ser occulto, longe de merecer nossa approvação, vem a ser o instrumento de fraudes deploraveis; ou estes effeitos são concentrados entre as partes, e então não produzem algum resultado sério. Encarada no primeiro ponto de vista, a transmissão de propriedade é um erro perigoso; no segundo ponto de vista ha uma subtileza, uma ficção, contraria á natureza das cousas. »

(355) E' o que todas as legislações têm cuidado de prevenir — Vid. Art. 534 Not. Consolid.

(356) Veja-se o excellente trabalho de JOURDAN, impresso na *Themis* Tom. 5° pag. 373.

(357) *En fait de meubles la possession vaut titre* — Art. 2276 Cod. Civ. No caso da venda de um immovel, successivamente feita a duas differentes pessoas, 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 ser posterior o seu titulo. Quereis ver como o apuro da subtileza tem procurado conciliar esta incoherencia? Alguns Escriptores (TOULLIER, DELVINCOURT, e ZACHAR), reconhecerão, que em materia de moveis havia-se derogado o principio da transmissão da propriedade *solo consensu;* mas outros (DEMANTE e MARCADÉ) inventárão uma razão insigne. Elles dizem: « O que prova, que entre as partes contractantes, como a 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 que uma especie de prescripção instantanea! » Que propriedade é esta, cujo direito succumbe em relação a toda a posse de boa fé! Será esse o *direito real*, que obriga a todos, e se faz valor contra todos?

(358) Os Arts. 939 e 1069 de Cod. Nap. mandão transcrever as *doações* de bens susceptiveis de hypotheca, e as *substituições*, para que possão ter effeito em relação a terceiros.

(359) Vid. MAYNZ *Elém. de Droit Rom.* §191.

força das cousas o obrigou a viola-lo em relação aos moveis, é a não mantê-lo relativamente aos immoveis senão por meio de disposições contradictorias e incompletas, que expozerão a propriedade territorial, e a garantia hypothecaria, a 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, por isso mesmo que fazia realçar o poder da vontade humana, veio se a conhecer depois pelas exigencias economicas de um bom regimen hypothecario. Em verdade, o systema hypothecario do Codigo Civil Francez ficára profundamente viciado, desde que se confundírão os *direitos pessoaes* 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 de todos os outros, não tinha a mesma publicidade (360), e nos casos mais frequentes (361).

(360) « Este systema (MARTOU *Privil. et Hypoth.* n. 9), não tinha precedente, largamente contribuio 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 ne natureza das cousas, e consagrada pelos legisladores de todos os seculos. A propriedade não póde 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 ser ligado a um modo regular de transmissão da propriedade immovel. A propriedade é a base da hypotheca. Se ella não existe, a hypotheca anniquila-se. Se é duvidosa, a hypotheca vacilla. Se não se póde verificar facilmente, a hypotheca será acceita com desconfiança. Em summa, a publicidade das hypothecas é inseparavel da publicidade do direito de propriedade. »

(361) Em verdade é muito de estranhar (como observa Bonnier loc. cit.), que se tivesse o cuidado de dar publicidade ás 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 organisado 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 Escriptor), que uma legislação, onde acha-se iguaes disparates, não tem sido feita de úm 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 relatorio, que construe-se um grande edificio. Sirva isto de advertencia (dizemos nós) aos que entendem, que a organisação do Cod. Civil póde ser obra de muitos.

A Lei Franceza de 23 de Março de 1856 realisou a reforma tão desejada por todos os Jurisconsultos (362), restaurando e melhorando o regimen hypothecario da Lei de 11 *Brumaire* anno 7°, 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 declaratorios de direitos reaes sobre immoveis é só necessaria em relação a terceiros, mas não em relação ás partes contractantes; e que subsiste portanto em toda a sua força o—*philosophico e moral*—principio do Codigo Napoleão! Tem-se dado ao Direito Francez uma physio-

(362) Menos por FOUET de CONFLANS (*De la réforme hypothéc.*), a quem Levita (*De la réforme hypothèc. en France et en Prusse* pag. 35) chama o *Bigot dos nossos dias*, BIGOT de PREAMENEU, o TRONCHET, collaboradores do Cod. Nap., havião sustentado, *que a publicidade viola o segredo das familias, enfraquece a boa fé que é alma dos contractos, e prejudica a circulação alterando o credito etc.!* Vid. LOCRÉS Tom. 16, e Fenet. Tom 15.

nomia singular, da qual não se quer que seja despojado (363).

Não é possivel condescender com os admiradores dessa tão venerada theoria, e na actualidade felizmente seu valor acha-se reduzido a mero apparato de palavras, que não tem significação pratica. Tendo-se reconhecido a necessidade de um facto externo como indicador legal da transmissão 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 a qualquer caso, quando as relações entre as partes contractantes ficão perfeitamente acauteladas com o vinculo das obrigações.

Se o vendedor conserva a cousa 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 reivindicação (364). Se, não tendo havido tradição, a cousa vendida passa sem vicio para a posse do comprador, nega-se ao vendedor e a seus herdeiros, e representantes, o direito de reivindica-la (365). Se tem-se de regular a perda e risco da cousa vendida antes da sua entrega, tambem não será preciso converter o comprador em proprietario, para applicar-lhe a regra—*res suo domino*

(363) Vid. Troplong — Comment. á Lei de 23 Março de 1855 n. 143, et 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 et tradita, sed possessionem sine vitio fuerit nactus, habet exceptionem contra venditorem* — L. 1ª § 5º Dig. *De except. rei vend.*

perit—; quando existe a outra regra, que livra dos casos fortuitos a todo o devedor de um corpo certo—*debitor rei certæ e jus 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 caracter, 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 a 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*, a que estão igualmente sujeitas transmissões da propriedade movel, emmovel (367); os *direitos pessoaes* e os *direitos reaes* não se confundem, e não haverá innovação radical, se a tradição dos immoveis fôr feita por modo uniforme, solemne, e

(366) Art. 537 Not. Consolid.

(367) Em relação aos immoveis, póde-se dizer, que a tradizão 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 de 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 a 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. 441 Not. Consolid., e Art. 415

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 a 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 Decreto de 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 com os progressos da Sciencia. Seu Relatorio de 1854 lançou as primeiras sementes, fez comprehender a urgencia da reforma hypothecaria, a necessidade de fundar o crédito 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.

Uma Commissão especial da Camara dos Deputados

(368) Vid. *Jorn. Comm. Supplem.* de 26 de Julho de 1854.

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 ter 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 a quem fôr. — A transcripção* (disse a Commisão) *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 dê a importancia de verdadeiro titulo.* »

No pensar de um dos Oradores daquella Camara 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).

369) Vid. *Jorn. Comm.* de 23 de Agosto de 1854.

(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 ser, obrigatoria no systema, que se adoptou; mas só por ella, e desde a sua data, os titulos translativos de dominio produzem effeitos em relação a 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. A este discurso alludimos na Not. ao Art. 905 Consolid.

e assegure, a 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 a não comprimi-lo, senão tambem a desenvolvê-lo, e a facilita-lo (313).

E' assim, que a theoria dos *direitos pessoaes*, e *direitos reaes*, tambem apparece na scena economica. E' assim, que ella corresponde á theoria do credito. E' assim, que

emissão de papel-moeda; novos alchimistas acreditavão ter 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 a esta palavra (Wolowski *ibid.* Ann. de 1839 Tom. 19 pag. 244) é tentar uma vã e perigosa utopia, é querer 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 contêm o Direito Commercial; isto é, excepções, favores, e liberdades, em prol do commercio.

(313) « Na linguagem da economia politica e dos negocios (Relatorio de Watismenil impresso na Rev. de Wolowski Ann. de 1850 Tom. 3° pag. 92) distinguem-se duas especies de credito — o commercial, e industrial, e o credito territorial. A' legislação commercial, quanto é possivel, tem provido á segurança do primeiro. A' legislação hypothecaria pertence proteger o segundo.

o Direito Civil (314) liga-se á Sciencia das riquezas. E pelo meditado estudo destas combinações é que o paiz tem a 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, a que cabe applicar uma regra de direito, mostrão-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 póde o homem satisfazer suas necessidades, nem desenvolver as aspirações do seu genio.

Nos rudimentos do commercio essas transacções começão por *trocas do superfluo*, passão a 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 *pessoas*, 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 a esta ultima classe de direitos nós já vimos, que

(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. 2°, 3°, e 4°; Pecqueur *Des améliorations matérielles* Cap. 18 sobre o credito.

a duas manifestações se deve attender; 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).

Destas 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 tomão o *credito real* como synonimo de *confiança* em relação aos emprestimos 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 organisação especial; não fazendo distincção entre *credito territorial* (*crédit foncier*), e *credito real* (*credit réel*); mas o considera no ponto de vista do emprestimo hypothecario. « Quando empresta-se dinheiro sobre hypotheca (diz elle *Revue de Législ.* Tom 10 pag. 248) empresta-se á cousa, e não á pessoa; toma-se o immovel isolodamente, 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 representação; e independentemente dos recursos, ou encargos pessoaes do individuo, dá-se

e limitão ainda mais o sentido da expressão, applicando-a particularmente á creação de estabelecimentos bancarios

balanço á cousa. »—« Sem duvida *credito* quer dizer *confiança* (diz elle em outro logar *Revue de Législat.* Tom. 43 pag. 63), repousa sempre sobre o abandono temporario dos instrumentos do trabalho representado pelo capital emprestado. Mas as condições varião forçosamente, quando reponsão sobre uma simples promessa, ou se fundão sobre um penhor material. A duração do emprestimo, a certeza do reembolso, os meios de execução, tudo depende da natureza da garantia. » Este Escriptor, como se acaba de vêr, só applica o *credito real* aos emprestimos hypothecarios, e por conseguinte só aos immoveis, que são os bens susceptiveis de hypotheca; mas Ciesrkvoski (*Du crédit et de la circulation* 2ª Ediç. Cap. 1º liga ao *credito real* a idéa de um *penhor determinado*, ou seja de objecto immovel, ou movel; e desse *credito real* vem a ser uma especie o *credito territorial*. O *credito pessoal* em tal caso vem a ser a idéa opposta, isto é, o credito garantido indeterminadamente pela obrigação do devedor, sem algum penhor de moveis, nem hypotheca de immoveis. De resto, estes dois eminentes Escriptores, e os Economistas em geral, têm seu ponto de vista sobremaneira exclusivo, não vendo mais nada senão a producção de riquezas. Neste sentido distinguem a *circulação productiva ou activa* da *circulação consumidora ou passiva*, e têm esta como perniciosa, 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 desapropriações e mutações, impede-as. « Chama-se *credito territorial* (diz entretanto Pecteur Obr. cit. pag. 276), a maior ou menor possibilidade, e facilidade, que tem o proprietario, de achar dinheiro a juro modico, sobre penhor, *ou por venda*, de sua propriedade immovel. »

destinados a facilitar taes emprestimos (319). Desta outra maneira, e partindo *a posteriori* dos emprestimos 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 crédor não seja illusoria, isto é, para que elle tenha a certeza de ser pago pelo immovel hypothecado, duas condições são necessarias:

1.° Que esse immovel pertença ao devedor, e seja disponivel em suas mãos;

2.° 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 do contracto, não tivessem podido entrar nos calculos do crédor (320).

---

(319) Vatismenil, no seu Relatorio já citado dissipou esta inexactidão, explicando o que se devia entender por — *organisação do credito territorial* —. O mutuante póde ser 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 (disse elle), do melhoramento das leis hypothecarias; depois tratemos das leis proprias a favorecer a creação de instituições de credito hypothecario. » Com estas palavras aplacou, em nossa Sessão legislativa de 1856, o habilissimo Ministro da Justiça, a quem o Paiz tanto deve, o ardor daquelles, que, sem terem ainda legislação hypothecaria, tanto desejavão as instituições de credito territorial. Nós porém diremos — *façamos um bom Codigo Civil, e sem nenhum embaraço elle dar-nos-ha uma boa legislação hypothecaria* —.

(320) Vid. Exposição de motivos do Projecto de lei relativo á acquisição, conservação, e publicidade, dos *direitos reaes* sobre immoveis, apresentado ao Conselho Representativo de Genebra em 21 de Dezembro de 1827. Essa Exposição achar-se-ha na *Themis* Tom. 9°, 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.° A natureza do vinculo, que une o devedor com a cousa, sobre que elle confere direitos; 2.° Tudo que póde diminuir o valor do immovel; 3.° O montante das obrigações, de que já está gravado o mesmo immovel. »

Ora, para que seja satisfeita a primeira condição, a idéa da *hypotheca* mostra-se logo como essencialmente ligada á do *dominio* 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), repetem todos os Escriptores francezes (322), não so póde conceber um bom systema hypo-

---

(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 Jurisconsultos e Economistas foi o da falta de um balanço das propriedades, e das relações especiaes, que unem cada devedor 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 a todos os Tribunaes Superiores, e as Faculdades de Direito, sobre os meios de melhorar a legislação de 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 escolher entre o systema do Cod. Civ., que attribue ao puro consentimento o poder de transferir a propriedade, e outros direitos reaes; e a lei de 11 *Brumaire* anno 7.° que exigia a transcripção dos contractos afim de advertir a terceiros, e manifestar a todos o aconteci-

thecario 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 póde existir, independente de instituições bancarias, que aliás podem depois desenvolve-lo prodigiosamente (323). O *credito real* seria necessario, e poderia existir, independente mesmo dos emprestimos hypothecarios, e ainda quando a propriedade immovel fosse apenas susceptivel de transmissões do dominio, sem alguma separação em qualquer sentido dos direitos elementares que o constituem (324).

---

mento, que faz passar de uma pessoa a outra a propriedade, e as suas desmembrações. » Os importantes documentos relativos a 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 a terceiros.*

(323) « Sem creação de instituições novas (palavras do mencionado Relatorio de Vatismenil) o credito territorial faria progressos só pelo motivo da ficarem os emprestimos hypothecarios isentos dos riscos, a que agora estão expostos ; entretanto que sem melhoramento da legislação hypothecaria as novas instituições de credito, nem poder-se-hião fundar, nem subsistir, nem funccionar de maneira util. »

(324) Não fallamos no rigor 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, a que se foi successivamente recorrendo para assegurar com mais efficacia

Ou se considere portanto o *credito real* em toda a generalidade da sua concepção, ou se o encare particularmente em relação ao regimem hypothecario, não soffre duvida, que o facto mais importante, e ao mesmo tempo primario, vem a 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 geradora 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

---

os direitos dos crédores. A primeira idéa foi a do *penhor*, applicado aos immoveis — Art. 767 Consolid. Sendo equivoca, 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 devedor, que privava-se do seu immovel, supportando as despezas da transmissão, e vendo-o empeiorar em mão de um senhor precario, suggerirão a idéa da *relocação* da propria cousa condicionalmente vendida. As complicações dessas vendas. retractos, e locações, tambem motivárão a *antichrese* — Art. 768 Consolid. E o ultimo expediente foi então o da *hypotheca*, que evitou a imperfeição dos modos anteriores, e preencheu o desejado fim sem translação alguma da propriedade, nem do usufructo do immovel.

da obrigação, que o constitue : o *direito real* obriga a 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 a 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 possivel. Não se concebe, que a sociedade esteja obrigada a 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 acquisição da propriedade em virtude da transmissão feita por seu proprietario, ha uma linha a percorrer com seus dois pontos extremos. A 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. A partir do extremor anterior acha-se o concurso de vontades do que transmitte, 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,

(325) Arts. 906 e 907 Consolid.

a posse, é o *modo de adquirir* (326). Aquelle produz o *direito pessoal* sómente (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* póde 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 præcedens*) o *direito pessoal* com a sua correlativa obrigação de transferir o dominio (331).

Segundo 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 depender a transmissão do dominio,

(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 convém esta advertencia, porque ha *direitos pessoaes*, que não ficão engendrados, emquanto não ha *tradição*. Assim acontece nos *contractos reaes* do mutuo, commodato, deposito, e penhor — 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 penhor.

(331) *Nunquam nuda traditio transfert dominium: sed ita, si venditio, aut aliqua justa causa, præcesserit, propter quam traditio sequeretur* — L. 31 princ. Dig. *De adquir. rer. domin.*

fosse enxertado na legislação como formalismo inutil, e até prejudicial, sem razão juridica d'existencia (332).

O que se póde justamente arguir á *tradição* é que, como signal indicador da translação do dominio de immoveis, ou meio de publicidade, longe está de ser 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

(332) Toullier Tom. 4° n. 57 considera a *tradição* como uma dessas manifestações exteriores, 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 arbitrarias introduzidas pela escravidão das fórmas 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 e proprietas misceri debent* — L. 52 princ. Dig. *De posses.* — *Nihil commune habet proprietas cum possessione* — L. 12 § 1° Dig. *ibidem.*

por conseguinte a confiança de terceiros (334). A historia do Direito Romano, e de todas as legislações, sobejamente o provão.

Todos sabem, que a *tradição* no Direito Romano substituio 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, erão solemnissimos, da maior publicidade, e não exigião a presença da cousa, quando esta era immovel (338). E que prova mais evidente de que

(334) Attendamos, entre outros Escriptores, a Ricardo — *Traité des Donations* — Part. 1ª Cap. 4° Secç. 2ª 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 solidez 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 reivindicação ante o pretor, que declarava pertencer a cousa ao reivindicante.

(337) L. un. Cod. *De nud. jur. Quirit. tollendo*, e L. un. *De usucapione transformanda et de sublata differentia rerum mancipi et nec mancipi.*

(338) *Immobiles etiam plures simul, et quæ diversis locis sunt,*

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, têm ligado a translação do dominio de immoveis, e dos *direitos reaes*, a factos bem positivos, e conducentes a 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 regimem 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

mancipari possunt — Ulpian. Fragm. 19 § 6°. Quanto aos 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 6.° 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 hypothécaires* § 2.°.

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 penhor dos moveis e dos immoveis; isto é, o penhor propriamente dito, e a antichrese. Este termo generico não o temos em nossa lingua.

mostrou-se implacavel com as antigas instituições em todas as suas formas e vestigios, uma regra fecunda de publicidade dos *direitos reaes* foi estabelecida na Lei de 11 *Brumaire* anno 7°, que impedio os desastres da louca especulação das cedulas hypothecarias—*coupons*—, de que fôra causa a primeira Lei de 9 *Messidor* anno 3° (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 amor 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

(342) A integra dessas leis acha-se em Merlin *Répert. de Jurisprud.* — vb. — *hypothèque* — Secç. 2ª § 1°.

(343) Quanto a moveis, vejão-se varios casos de *tradição symbolica* nos Arts. 199 e 200 do Cod. Com., a que referem-se os Arts. 271 e 281. Quanto a immoveis, a entrega das chaves da casa, e a de titulos ou instrumentos, tem-se considerado *tradição symbolica* — Lob. Nots. a Mell. Tom. 3° 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 haver *tradição symbolica*.

(344) A tradição ficta, como dizião os antigos *Jurisconsultos*, faz-se — *vel longa, vel brevi manu* — Barbeyrac nots, a Pufendorf L. 4° Cap. 9° § 9°. Tambem mostra Savigny Obr. cit., que estes outros casos são igualmente de *tradição real*.

palavras—*constituto possessorio expresso*—(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* substituio a *tradição real* (347), e tornou

(345) E' o que se chama vulgarmente — clausula — *constituti* — Art. 909 Not. Consolid., pela qual o vendedor constitue-se detentor da cousa em nome do comprador, até que este tome posse real e effectiva. No caso da — *brevi manu traditio* — o detentor da cousa vem a ser possuidor. No caso do *constitutum possessorium* — o possuidor da cousa converte-se em detentor só por effeito da vontade. Como antes da *tradição real* o dominio não ficava transferido, e o alienador podia obrar de má fé, contractando com outro, e transferindo-lhe o dominio (Art. 534 Consolid.); a expressão da clausula — *constituti* — teve por fim obviar fraudes, anticipando os effeitos da *tradição real*, e fazendo-a existir desde o momento do contracto.

(346) A existencia do — *constituto*, — como consequencia de um outro acto, apparece nos seguintes casos: 1°, quando se dá uma cousa e ao mesmo tempo se a retem por titulo de locação; 2° quando se a dá, ou vende, mas reservando-se o usufructo; 3°, quando a cousa é dada em penhor, e ao mesmo tempo se deixa seu uso ao devedor portitulo de *precario* (Art. 478 Not. e Art. 498, Consolid.); 4°, na sociedade *universorum bonorum* (Art. 745 Consolid.)

Vid. Savigny *Trat. da posse* § 27.

(347) « No correr do tempo (diz Ricardo *Traité des donations* Part. 1ª Cap. 4° Secç. 2ª n. 902) a subtileza dos Jurisconsultos reduzio o uso da tradição a puro jogo, introduzindo as posses civis, que se tomão por modo ficto; de modo que a tradição, que tinha

illusoria a regra—*traditionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur*—(348). Forão apenas exceptuadas as tradições nos casos de doação, as quaes ficárão dependendo da formalidade da—*insinuação*—(349). Eis o estado, em que se achavão as cousas, quando o Codigo Civil da França admittio, que a propriedade fosse transmittida só por effeito do consentimento das partes, e sem necessidade de algum acto exterior (350).

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 acquisição da posse.

(349) Nos primeiros tempos do Direito Civil, diz Ricardo Obr. cit. Part. 1ª Cap. 4. 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 contínua; as fraudes não erão de temer, 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 ás fraudes que nascião da indulgencia, que as novas leis tinhão admittido, a procurar novo remedio a uma nova desordem, e a tirar a clandestinidade, que havia nas doações por causa dessas tradições fictas. »

(350) « A propriedade dos bens (Art. 711 Cod. Civ.) adquire-se, e transmitte-se... por effeito das obrigações. » — A obrigação (Art. 1138) faz o crédor proprietario, etc.

Confundio-se desta maneira, e logo em sua origem, *direito pessoal* com o *direito real*; e para esta confusão muito contribuio uma bella doutrina, que principiou em Grocio (351), e foi depois reproduzida por muitos Escriptores de Direito Natural (352). Occorre ainda, que, sendo o *direito pessoal* o meio mais commum para chegar a adquirir o *direito real*, e parecendo que este é o producto ou resultado daquelle, sua natural dependencia tende a 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 cousa vendida; e esse direito portanto vem a ser o meio, pelo qual a cousa vendida terá de ser transferida para o dominio do comprador. A cousa 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 cousa, que se transfere a outro (L. 2° Cap. 6° § 1° 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. 2° Cap. 8° § 25) para transportar a propriedade, e os proprios Jurisconsultos Romanos o reconhecem em certos casos.

(352) Pufendorf *Droit de la Nature* (Traducc. de Barbeyrac) L. 4° Cap. 9° §§ 5°, e 9°, que se refere a Grocio; e com elle Wolff, Burlamaqui, Felice, Perreau, e outros. Esta doutrina suppunha um *estado de natureza*, que não é o do homem no estado social. Todos esses Escriptores reconhecem, que na sociedade Civil o consentimento só não basta para transferir a propriedade, sendo necessario além delle um acto sensivel e positivo de entrega, como testemunho desse consentimento. Belime (*Philosophie du Droit* Tom. 2° pag. 259), que tambem entende haver materialismo na doutrina do Direito Romano, e uma confusão grosseira do facto e do Direito; reconhece todavia, que isto não exclue a questão de saber se, no interesse da segurança das relações, não convém dar uma certa publicidade aos actos de alienação, para prevenir fraudes e sorprezas.

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 momendo 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 possivel, ou não pudesse prejudicar a terceiros (354).

---

(353) « A propriedade (Ahrens *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 regulador, do direito de propriedade; e ambos devem ser 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 ser absorvido pela sociedade, tambem o direito individual de propriedade não se perde no direito social ». Eis a doutrina, que, sem fazer derivar só da lei a propriedade, como aliás pensárão Montesquieu e Bentham, attribue á lei o que verdadeiramente á lei pertence.

(354) « Costuma-se dizer (Bonier Rev. de Wolowski Tom. 6° pag. 438), que desta maneira attribue-se á vontade do homem sua nobre preponderancia, — que a vontade suppre o facto, ou antes,

As cousas, que se convenciona transmittir, é possivel, que não sejão transmittidas; e a mesma cousa póde ser vendida a duas differentes pessoas (355). Se o contracto basta, independente de qualquer manifestação exterior da transferencia do dominio, o segundo comprador póde em boa fé transmittir tambem a cousa, que assim irá successivamente passando a outros. Ahi temos um conflicto de direitos, ahi temos uma collisão, onde apparece de um lado o interesse de muitos. Deve-se ser indifferente á constante incerteza do direito de propriedade, e ao abalo de tantas relações civis? Se este mal não póde ser inteiramente desviado, não convirá evita-lo no mais que fôr possivel?

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, MAROU, e muitos outros Jurisconsultos, não deixão de confessar,

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 póde ser occulto, longe de merecer nossa approvação, vem a ser o instrumento de fraudes deploraveis; ou estes effeitos são concentrados entre as partes, e então não produzem algum resultado sério. Encarada no primeiro ponto de vista, a transmissão de propriedade é um erro perigoso; no segundo ponto de vista ha uma subtileza, uma ficção, contraria á natureza das cousas. »

(355) E' o que todas as legislações têm cuidado de prevenir — Vid. Art. 534 Not. Consolid.

(356) Veja-se o excellente trabalho de JOURDAN, impresso na *Themis* Tom. 5° pag. 373.

que esta mudança tão grave foi sorrateiramente introduzida, sem a discussão especial, e profunda, que reclamava. Mesmo assim, quanto a bens moveis, o novo principio não teve applicação (357), e quanto aos immoveis 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

(357) *En fait de meubles la possession vaut titre* — Art. 2276 Cod. Civ. No caso da venda de um immovel, successivamente feita a duas differentes pessoas, 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 ser posterior o seu titulo. Quereis ver como o apuro da subtileza tem procurado conciliar esta incoherencia? Alguns Escriptores (TOULLIER, DELVINCOURT, e ZACHAR), reconhecerão, que em materia de moveis havia-se derogado o principio da transmissão da propriedade *solo consensu;* mas outros (DEMANTE e MARCADÉ) inventárão uma razão insigne. Elles dizem: « O que prova, que entre as partes contractantes, como a 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 passe 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 a toda a posse de boa fé! Será esse o *direito real*, que obriga a todos, e se faz valor contra todos?

(358) Os Arts. 939 e 1069 de Cod. Nap. mandão transcrever as *doações* de bens susceptiveis de hypotheca, e as *substituições*, para que possão ter effeito em relação a terceiros.

(359) Vid. MAYNZ *Elém. de Droit Rom.* § 191.

força das cousas o obrigou a viola-lo em relação aos moveis, é a não mantê-lo relativamente aos immoveis senão por meio de disposições contradictorias e incompletas, que expozerão a propriedade territorial, e a garantia hypothecaria, a 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, por isso mesmo que fazia realçar o poder da vontade humana, veio se a conhecer depois pelas exigencias economicas de um bom regimen hypothecario. Em verdade, o systema hypothecario do Codigo Civil Francez ficára profundamente viciado, desde que se confundírão os *direitos pessoaes* 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 de todos os outros, não tinha a mesma publicidade (360), e nos casos mais frequentes (361).

(360) « Este systema (MARTOU *Privil. et Hypoth.* n. 9), não tinha precedente, largamente contribuio 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 ne natureza das cousas, e consagrada pelos legisladores de todos os seculos. A propriedade não póde 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 ser ligado a um modo regular de transmissão da propriedade immovel. A propriedade é a base da hypotheca. Se ella não existe, a hypotheca anniquila-se. Se é duvidosa, a hypotheca vacilla. Se não se póde verificar facilmente, a hypotheca será acceita com desconfiança. Em summa, a publicidade das hypothecas é inseparavel da publicidade do direito de propriedade. »

(361) Em verdade é muito de estranhar (como observa Bonnier loc. cit.), que se tivesse o cuidado de dar publicidade ás 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 organisado 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 Escriptor), que uma legislação, onde acha-se iguaes disparates, não tem sido feita de úm 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 relatorio, que construe-se um grande edificio. Sirva isto de advertencia (dizemos nós) aos que entendem, que a organisação do Cod. Civil póde ser obra de muitos.

A Lei Franceza de 23 de Março de 1856 realisou a reforma tão desejada por todos os Jurisconsultos (362), restaurando e melhorando o regimen hypothecario da Lei de 11 *Brumaire* anno 7°, 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 declaratorios de direitos reaes sobre immoveis é só necessaria em relação a terceiros, mas não em relação ás partes contractantes; e que subsiste portanto em toda a sua força o—*philosophico e moral*—principio do Codigo Napoleão! Tem-se dado ao Direito Francez uma physio-

(362) Menos por FOUET de CONFLANS (*De la réforme hypothéc.*), a quem Levita (*De la réforme hypothéc. en France et en Prusse* pag. 35) chama o *Bigot dos nossos dias*, BIGOT de PREAMENEU, o TRONCHET, collaboradores do Cod. Nap., havião sustentado, *que a publicidade viola o segredo das familias, enfraquece a boa fé que é alma dos contractos, e prejudica a circulação alterando o credito etc.!* Vid. LOCRÉS Tom. 16, e Fenet. Tom 15.

nomia singular, da qual não se quer que seja despojado (363).

Não é possivel condescender com os admiradores dessa tão venerada theoria, e na actualidade felizmente seu valor acha-se reduzido a mero apparato de palavras, que não tem significação pratica. Tendo-se reconhecido a necessidade de um facto externo como indicador legal da transmissão 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 a qualquer caso, quando as relações entre as partes contractantes ficão perfeitamente acauteladas com o vinculo das obrigações.

Se o vendedor conserva a cousa 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 reivindicação (364). Se, não tendo havido tradição, a cousa vendida passa sem vicio para a posse do comprador, nega-se ao vendedor e a seus herdeiros, e representantes, o direito de reivindica-la (365). Se tem-se de regular a perda e risco da cousa vendida antes da sua entrega, tambem não será preciso converter o comprador em proprietario, para applicar-lhe a regra—*res suo domino*

(363) Vid. TROPLONG — Comment. á Lei de 23 Março de 1855 n. 143, et 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 et tradita, sed possessionem sine vitio fuerit nactus, habet exceptionem contra venditorem* — L. 1ª § 5º Dig. *De except. rei vend.*

perit—; quando existe a outra regra, que livra dos casos fortuitos a todo o devedor de um corpo certo—*debitor rei certæ e jus 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 caracter, 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 a 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*, a que estão igualmente sujeitas transmissões da propriedade movel, emmovel (367); os *direitos pessoaes* e os *direitos reaes* não se confundem, e não haverá innovação radical, se a tradição dos immoveis fôr feita por modo uniforme, solemne, e

(366) Art. 537 Not. Consolid.

(367) Em relação aos immoveis, póde-se dizer, que a tradizão 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 de 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 a 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

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 a 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 Decreto de 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 com os progressos da Sciencia. Seu Relatorio de 1854 lançou as primeiras sementes, fez comprehender a urgencia da reforma hypothecaria, a necessidade de fundar o crédito 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.

Uma Commissão especial da Camara dos Deputados

(368) Vid. *Jorn. Comm. Supplem.* de 26 de Julho de 1854.

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 ter 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 a quem fôr. — A transcripção* (disse a Commisão) *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 dê a importancia de verdadeiro titulo.* »

No pensar de um dos Oradores daquella Camara 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).

369) Vid. *Jorn. Comm.* de 23 de Agosto de 1854.

(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 ser, obrigatoria no systema, que se adoptou; mas só por ella, e desde a sua data, os titulos translativos de dominio produzem effeitos em relação a 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. A 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 do todos os direitos reaes?

O que muito convém é, que se conheça a 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, — funccionarios 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 farão sempre conhecer as alienações que se forem 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 possão 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 transmitte 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, póde-se chegar á grande probabilidade, e raras vezes á certeza completa Além disto, os titulos podem conter variados encargos, podem ser annulaveis por vicios intrinsecos do consentimento dos contrahentes, pela sua incapacidade civil, e por vicios de fórma.

Accresce ainda, que a propriedade não se adquire sómente pela transferencia feita por legitimos proprietarios. Ella tamben adquire-se por uma posse contínua, posse juridica (*civilis possessio*), com a adjuncção 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 nao têm podido prescindir.

A propriedade seria uma fonte de inquietações, o mal seria grande, se a *prescripção* não cobrisse com seu manto protector todos os defeitos das acquisições 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 prescripção interrompida ou suspensa?

O dominio é sempre difficil de provar, a propriedade perde-se na noite dos tempos, e a prescripção não bastou para tranquillisar as relações da vida civil. A sociedade e seus legisladores reconhecêrão 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 pretenções de qualquer usurpador temerario; entretanto que seu dominio estava em germen, e só dependia da consagração do tempo. Fingio-se, pois, que o prazo da prescripção 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 ceder á *propriedade verdadeira*, do mesmo modo que toda a presumpção deve ceder á verdade, se o titulo mais debil succumbe em presença do melhor titulo, como se póde dar á transcripção 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

(373) Vid. *infra* a explicação da *propriedade publiciana*

da propriedade immovel, tal qual existe; mas não a liquidará para o futuro; por isso mesmo que a não liquida quanto ao presente, e passado.

Se essa transcripção de per si não tem, nem póde ter, 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 predisporia 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, a quem a cousa verdadeiramente pertence, todos os encargos, que a onerão; e, por conseguinte, não póde 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 a 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 crer, 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

(374) Art. 905 Consolid.

(375) Not. ao Art. 905 Consolid.