

# CONCURSO FEITO

NA

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA

EM

MAIO DE 1857

PELO

DOCTOR JOÃO BAPTISTA DA SILVA FERRÃO DE CARVALHO MÁRTEXS

---

## PRIMEIRA LIÇÃO.

PONTO TIRADO Á SORTE NO DIA 14 DE MAIO AO MEIO-DIA PARA A DISSERTAÇÃO E EXPOSIÇÃO ORAL.

*• No novo codigo civil deverá eliminar-se a rescisão dos contractos por lesão?*

DISSERTAÇÃO

Lida no dia 15 ao meio-dia perante o Jury da Faculdade;— e extracto da Lição oral, que a seguiu pelo espaço de uma hora, conforme a determinação da Lei.

No codigo civil deverá eliminar-se a rescisão dos contractos por lesão?

É esta a questão que deve constituir a base do presente trabalho.

Trata-se de um ponto importante da sciencia de legislação, que para ser resolvido pressuppõe o estabelecimento d'uma serie de idéas fundamentaes no systema de codificação a que o referirmos. Não basta comparar-o com o genio da legislação vigente, e segundo a indole desta, determinar a justiça ou injustiça da sua existencia; é mister mais. Cumpre estabelecer as bases inalteraveis da verdadeira sciencia da legislação, e ver o logar que ahi lhe compete. Mas como desempenhar tão ardua tarefa,

tendo de luctar com a propria insufficiencia, e com a exiguidade do tempo circumscripto ás poucas horas, que a *objecto* tão importante me é permittido consagrar?!

Nesta conjunctura, apenas indicarei as idéas fundamentaes que em meu intender devem servir de base ao assumpto de que me occupo, digno de ser tratado mais de espaço, e com superioridade de luzes.

Considerada em si, será ou não justa a rescisão por motivo da lesão? Será o seu fundamento unicamente a equidade; ou nascerá ella como consequencia da natureza mesmo dos contractos?

Convencido este ponto, poderá o legislador, a pretexto de simplicidade, da certe-

za mesmo dos actos juridicos, omittit-a na Lei, restaurando assim as disposições, quasi singulares, da Lei de 14 do Fructidor do anno 3.<sup>o</sup> (31 d'agosto de 1793)?

A rescisão por lesão tem a sua razão de ser na natureza dos contractos a que se refere; e as limitações, a que deve ser sujeita, resultam da relação social por que todos os actos juridicos devem ser aferidos.

Um systema perfeito de codificação tem de ser a expressão desenvolvida do Direito nas suas relações sociaes. A diversidade d'essas relações, determina a distincção dos codigos. Se ellas se referem ao governo do Estado, ou ás relações dos cidadãos com o poder social, nasce a codificação politica e aquellas que d'ella dimanam; se attendem só ás relações dos cidadãos entre si, nasce a codificação civil nos seus variados ramos. Distincção esta essencial dos pontos fundamentaes da sciencia de legislação, que no seu desenvolvimento reciprocamente se influem e auxiliam.

Mas debaixo de qualquer d'estes pontos de vista que se considere a Lei, ella deve ser sempre a expressão do principio da justiça, que constitue a vida social dos povos, expressando a acção da providencia sobre o mundo moral.

Tirai este centro de unidade; quebrai este vinculo de uma razão toda superior, e bem depressa as mais puras relações dos povos e dos individuos, serão substituidas pelo predominio do egoismo, e com elle a fraude, e a anarchia assentarão seu dominio, onde hoje se faz sentir o imperio da ordem e da Lei!

Não pôde haver verdadeira conveniencia social no que a razão demonstra como injusto, porque é um principio de dissolução, que cedo ou tarde se faz sentir na vida das sociedades.

Este principio, que prevalece nas relações sociaes dos povos, não pôde ser despresado nas relações civis dos individuos. Em cada uma destas ordens de relações ha sempre um principio de Direito que é a sua razão de ser, e que constitue por isso a sua base inalteravel. Sem procurar percorrer agora as differentes *relações civis*, e notar o seu fundamento; limitar-me-hei áquellas a que se refere o ponto de que me occupo: fallo das *relações de Direito onerosas*, chamadas contractos onerosos. A mutualidade ou reciprocidade de prestações, constitue o seu caracter distinctivo, qualquer alteração essencial nesta base, muda-lhe a natureza; de outra sorte a distincção seria arbitraria, e não haveria mais por onde os distinguir. Neste campo á lei civil

incumbe marcar qual seja o grau de attenção, que deva considerar-se como essencial, para que possa produzir aquelle effeito.

A propriedade baseia originariamente o trabalho intelligente do homem; e para que a transferencia d'esta possa ser chamada onerosa, á face da lei, e dos principios mister que haja correspondencia nos serviços que se prestam, e que reciprocamente se *valham*. Na apreciação d'esse valor venal, é indispensavel considerar tudo que to concorre para tornar o objecto mais apreciavel, e fazel-o entrar como elemento na ra o computo do justo preço,

A consequencia logica d'este principio que todas as vezes que o preço não é a expressão da correspondencia que no acto juridico fica viciado na sua origem, porque não se dá a reciprocidade que o presuppõe.

A intenção das partes contractantes, quando não é expressa, não ha outro meio de a determinar, senão pela natureza do acto a que se refere, e desde que neste se suppõe a correspondencia de valores, não pôde suppor-se que outra fosse a vontade d'elles que contractaram. Em todo o caso a lei tem de estabelecer este principio, e pois um desequilibrio se manifesta, se elle allegado pelo vendedor, é incontestavel que soffre uma lesão, de que deve ser reparado por aquelle que com ella se locupleta, e que nada do seu perde na reparação. É certo que pôde dizer-se que no excesso ha uma doação, mas como a lei não deve estabelecer como principio a presumpção de actos affirmativos, especialmente em pontos em que é mister a mais escrupulosa fixação, é consequente que não admitta doações por presumpção, e que conserve na sua integridade o caracter do acto juridico, que consta do documento legal.

É esta a theoria que resulta da natureza juridica dos contractos onerosos em geral; ao legislador incumbe, sem desprezar o principio, afferil-o pelas conveniencias sociaes, determinando as pessoas a quem ha de aproveitar, e aquellas de que possa exigir-se a reparação,—prescrevendo o seu exercicio,—marcando o *quantum* da lesão, que deve dar causa á rescisão,—limitando o tempo a que haja de ser circumscripto o uso deste direito,—e finalmente estabelecendo as condições de garantia para a sociedade e para os individuos.

Na exposição oral desenvolverei este ponto.

E' certo que pôde oppor-se contra o que tenho exposto, que a certeza dos actos juridicos; a sua simplificação; e finalmente

o conhecimento que as partes contractantes devem ter dos objectos sobre que contractam, se oppõe a que um tal beneficio seja concedido, não sendo outro o motivo que o tem feito riscar dos codigos de commercio. Mas desde que a acção da rescisão é alternativa para pedir a indemnização do valor ou a rescisão do contracto, a aprasimento da outra parte contractante; desde que este beneficio não se dê contra terceiro alheio ao contracto lesivo; e se estabeleçam seguras garantias para a prova da lesão, nenhum daquelles inconvenientes se faz sentir de uma maneira capaz de persuadir a prescrição daquelle beneficio. E que nunca a verdadeira conveniencia social se oppõe aos principios do justo.

As discussões de Portalis e do Primeiro Consul nos debates sobre o art. 1674 do Cod. Civ. francez, nada deixam a desejar sobre este objecto.

Mas n'um systema de codificação ha que attender ao desenvolvimento historico das instituições, e á acção que estas sempre teem exercido e exercem na vida social dos povos. Em codificação a verdadeira theoria é aquella que resulta da acção combinada dos principios especulativos, e da pratica das nações.

Um codigo é conjunctamente um systema e uma historia. O legislador deve fazer reflectir na sua obra a vida e as aspirações da nação, tornando-as mais puras e mais bellas; e é só com mão ousada que elle se atreverá a passar a esponja sobre as tradições e os costumes de seculos.

Quando um principio tem atravessado uma serie de successões civis; quando em vez de se restringir e acanhar, se generalisa; é que ha uma grande razão social que o persuade e o sustenta. E o que sucede com o beneficio da rescisão por lesão,

Consignado expressamente nas Leis 2.<sup>a</sup> e 8.<sup>a</sup> Cod. *de rescind. vendit.* (de Diocleciano e Maximiniano), se foi esquecido por algum tempo, bem depressa Justiniano o restabeleceu nas citadas leis. — No undecimo e duodecimo seculo, sendo consignado no direito canonico pelas constituições dos Papas Alexandre e Clemente, passou a ser recebido no direito civil então ligado com o canonico; vindo pouco a pouco a admittir-se como direito commum em toda a França, e nos Estados Meridionaes.

A impugnação que lhe fez Christiano Thomasio, se achou effeo nos legisladores da Lei de 14 do Fructidor do anno 3.<sup>o</sup> (11 d'agosto de 1795), — bem depressa pelo decreto de 3 do Germinal do anno 5 (23 de Março de 1797), foi novamente admittido o principio da rescisão por lesão, passando pouco depois a ser consignado na art. 1674 do Cod. Civ. francez; depois de um dos mais importantes debates que teve logar na discussão daquelle codigo. Hoje acha-se adoptado este principio em quasi todas as legislações da Europa; — no direito commum da Alemanha, na Prussia, na Baviera, na Austria, em Hambourg, nos Cantões de Bâle, de Newchâtel, de Fribourg, e de Tessin; na Sardenha, na Toscana, em Parma, em Modena, nas Duas Sicilias, nas Ilhas Jonias, na Bolivia, e Louisiania, no Conton de Valais, e finalmente entre nós nas Ordd. Affonsina Liv. 4 tit. 45; Manoelina Liv. 4 Tit. 30; e Philippina Liv. 4 tit. 13... — É apenas regeitado em Inglaterra, no Haiti, no Conton de Vaud e na Hollanda.

A theoria pois e a pratica do maior numero das nações cultas concorre a persuadir a conservação do principio de rescisão por lesão na redacção de qualquer novo Codigo.

# LICÃO I

## PONTO — O MESMO DA DISSERTAÇÃO

### PLANO QUE SEGUI NA LICÃO ORAL

Que considerando a questão em relação aos elementos principaes que nella devem intervir, como materia de *Direito constituinto*, apresentam-se tres pontos fundametaes, debaixo dos quaes deve ser encarada.

— Que a materia deve ser tratada em relação ao Direito natural e social. ....

— em relação á sciencia economica .....  
— e em relação ao elemento historico do Direito, como indispensavel para uma boa codificação. ....

Que a codificação é a expressão dos direitos applicados á ordem civil e social; que d'ahi provém os diferentes ramos de codificação — politica, administativa, criminal, de processo, civil e commercial, como ramificação da civil. ....

Que a base em todas ellas é o Direito debaixo das suas diferentes relações com as outras sciencias sociaes, como a moral, a economia, etc. ....

Digressão sobre a influencia da moral e da sciencia economica n'aquelles diferentes ramos de codificação. ....

Que o homem considerado em si e na sua natureza deriva della todos os seus direitos. ....

Que tendo direito á sua conservação, tem por isso direito aos meios para esse fim indispensaveis; e procurando conseguir estes, estabelece os laços da ordem social pelo reciproco auxilio que presta e recebe dos seus iguaes.

Que d'ahi provém a limitação do exercicio dos direitos, e o estabelecimento da ordem social.

Que regular estas relações individuaes e sociaes, combinal-as da melhor maneira para se conseguirem os fins reciprocos que os homens se propoem, é o fim da codificação.

Que nesta accção social, que as leis regulam, cumpre notar tres pontos fundametaes a que é mister attender n'uma codificação illustrada; taes são:

1.º Promover o maior desenvolvimento

do progresso e iniciar para elle os povos.. (*Desenvolvimento d'este ponto.*)

2.º Aproveitar dos costumes, das crenças e dos usos dos povos tudo quanto poder servir para o seu desenvolvimento, e mesmo para mais facilmente poderem abraçar novos principios, fazendo assim convergir o estado em que se acha um povo para os seus melhoramentos futuros... (*Desenvolvimento d'este ponto.*)

3.º Estabelecer os elementos necessarios de ligação entre o passado e o presente, e dispôr a ligação facil com os melhoramentos e transformações, que a sciencia faz prever no futuro... (*Desenvolvimento d'este ponto.*)

Que o Direito puro pois e o chamado Direito Social; a sciencia economica e a historia civil e social dos povos, devem ser combinados para a boa organização das leis.

Que estes tres elementos nunca se acham n'um estado antinomico, quando assim se teem apresentado é porque não teem sido bem apreciados. (*Breve desenvolvimento desta idea em relação á historia.*)

Que houve tempo em que pelo elemento historico se desprezou a philosophia do Direito.

— Digressão sobre o exclusivismo que por tempo se deu entre a *escola historica* e a *escola* chamada *philosophica*.

Que no começo das sociedades a sciencia apresentou-se com um typo de universalidade, a sua divisão apenas se fazia sentir, o sabio era o que possuia essa sciencia. Que aquella universalidade provinha do pouco que se tinha adiantado nos conhecimentos scientificos.

Que pouco a pouco o desenvolvimento dos conhecimentos humanos deu a separação das sciencias, mas que a imperfeição destas fez nascer o seu antagonismo apparente.

Que finalmente, ao passo que os conhecimentos mais se adiantam, o antagonismo

ncias começam a apparecer cada vez mais ligadas, fazendo prever a sua identificação na sciencia universal.

Que hoje está reconhecido qde o elemento historico e o philosophico mutuamente se auxiliam.

Que os factos influem nas idéas, e estas determinam os factos sociaes . .

Que hoje não são necessarias as grandes revoluções, como foi, por exemplo, a de França, para serem recebidas as novas idéas, que se popularisam, porque as instituições livres em si prestam-se ao progresso successivo; o exclusivismo e o estacionalismo de prescripções, não é o seu caracter. . . .

Que a escola historica e a philosophica fundem-se hoje n'uma só escola, em que a philosophica explica os factos, e os mostra filhos da sua acção; e a historia indica a applicação dos principios.

Que em relação á sciencia economica por muito tempo se fez sentir o mesmo antagonismo com a philosophia do Direito.

Que por muito tempo se fez curvar a santidade dos principios do Direito perante as leis economicas.

Que actualmente estas e o Direito se fundem na constituição da verdadeira *sciencia social*.

Que é debaixo deste ponto de vista que intendo que deve ser encarada a sciencia economica. O trabalho do homem é a base da sciencia economica; mas os actos humanos devem ser apreciados a toda a altura da natureza racional do homem e por isso do seu fim; é só debaixo deste ponto de vista que elles podem servir de base a uma *sciencia social*. . . .

D'aqui se segue que é forçoso estabelecer o *caracter moral* como condição do trabalho intelligente do homem.

Que é debaixo deste ponto de vista que a economia póde constituir uma *sciencia social*.

Que ella não é uma *sciencia mechanica*, mas sim *moral*; não póde por isso apreciar o trabalho do homem, e tomal-o para sua base, debaixo de outro ponto de vista, que não seja o do fim racional do mesmo homem, e por isso em harmonia com o principio do Direito. . . .

Que este lado da apreciação das acções humanas, debaixo da sua relação economica, é que vem entrar como elemento integral na *sciencia social*.

Que é certo que não é esta a maneira por que a sciencia economica ainda hoje é apreciada; mas é assim que entendo que o deverá ser.

Que não tratarei de determinar os prin-

cípios fundamentais de uma codificação civil, considerando o individuo já em relação a si mesmo; já em relação á familia; já nas relações de individuo a individuo *na ordem civil*, nascendo d'ahi os propriamente chamados *actos juridicos*, parando ou na acção correlativa dos outros homens, ou indo ter seu complemento nas cousas.

Nem tão pouco entrarei na apreciação das relações do individuo com a ordem social, porque este plano levaria muito longe esta lição, ápartando-a mesmo do fim a que se dirige.

Mas que em relação ao objecto do ponto sobre que tenho de discorrer, não posso deixar de determinar a base *juridica e social* dos contractos, pois que segundo ella é que se poderá conhecer se a *rescisão por motivo de lesão* deverá ser consignada n'um código civil.

Que o contracto é o consentimento declarado de duas ou mais pessoas de que querem entrar n'uma relação obrigatoria sobre um objecto de direito.

Sustentação da idéa desta definição, — porque comprehende o elemento da vontade reciproca das partes contractantes; — determina a natureza da condicionalidade do objecto — (objecto de direito); — e declara a natureza da *relação juridica*. . .

Que para fazer proceder da natureza dos *contratos onerosos* o principio da *rescisão por lesão*, é mister determinar qual é o fundamento dos contractos, ou a sua força obrigatoria.

Que não farei uma exposição circumstanciada dos diferentes *systemas* a este respeito, mas apenas os indicarei, apontando a razão porque os regeito.

Que a base da força obrigatoria dos contractos não pode ser a occupação, porque esta em si é um facto material, — uma consequencia e não um principio, e aquella força ha-de provir da natureza mesmo da convenção, e constituir por isso um principio *juridico*.

Digressão sobre a maneira porque a tradição foi considerada como condição essencial em alguns contractos, fazendo-se n'ella consistir a essencia do acto ou relação *juridica*. . .

Que hoje é sustentado o mesmo principio por alguns AA., não como base *juridica*, mas como garantia social para a certeza dos contractos.

Que debaixo do ponto de vista de garantia social, considero como summamente util o *registro civil* dos contractos, porque se *transmitte* a propriedade, ou se *onera* de qualquer modo o seu direito. . . .

Que também não é a base obrigatória dos contractos a alienação de uma parte da liberdade, porque esta é em si indivisível com a *personalidade*, em que se funde, e de que é apenas uma maneira de ser; é por isso que intendo que os direitos em si são inalienáveis...

Que não é o interesse social; este sim pode e deve ser um dos seus fins, mas não é o seu principio ou base jurídica.

Que não é tão pouco a moral só a base dos contractos.

Digressão sobre a natureza do direito e da moral, e influencia reciproca entre estes dois principios.

Que o direito abrange toda a ordem de condições livres de desenvolvimento do homem em relação ao seu fim de *ser e desenvolver-se*, e que d'aqui nasce o *direito interno*, e *direito externo*....

Que a moral tem o seu complemento objectivo na intencionalidade, e ali se satisfaz a si mesma sendo *sujeito e objecto* para si.

Que a utilidade não pode ser a base dos contractos, porque se esta se confunde com o principio do Direito, como a intendeu B. Constant, então é o mesmo principio do direito; mas que não é assim que a intendem Bentham, author d'este systema...

Que não pode também julgar-se que a base da força obrigatória dos contractos seja o *direito á verdade*; por quanto supposto que reconheço este direito, todavia a força obrigatória dos contractos é mister que nasça da natureza mesma do contracto, e o direito á verdade é uma cousa externa a este...

Desde que um individuo contracta com outro, combina-se a prestação de um serviço, que a outra parte contractante passa a considerar como condição para o seu desenvolvimento; e desde que este facto, todo moral, se dá, assiste a um dos contractantes o direito a conseguir esse meio de desenvolvimento, e por isso dá-se no outro a obrigação correlativa; e é esta a base jurídica dos contractos...

Que desde que se admitta esta ultima base, e a procedencia dos principios, que ficam expostos, não é possível recusar o principio da *rescisão por lesão nos contractos onerosos*.

Que a base legal do contracto oneroso é a reciprocidade, a mutualidade de serviços entre as partes que contractam, mutualidade que hade basear no valor; de outra sorte haveria *doação*, e não venda ou troca etc.

A falta pois d'essa reciprocidade de valores não pode ter fundamento na base jurídica

dos contractos onerosos, e se esta é sumamente consideravel, como por exemplo, — de mais de 7 duodecimas partes, como se estipula na legislação franceza, deve attribuir-se a *erro*, e este não pode deixar de ser remediavel quando os outros, que para elle não concorreram, não sejam lesados.

Que para os contractos onerosos, (a venda por exemplo) é mister a vontade, o objecto, e o preço; e estes tres elementos são correlativos, compensam-se...

Que a vontade dos contractantes não pôde interpretar-se de uma maneira contraria ao acto a que se determinou, e se este foi um contracto oneroso, não é possível deixar de presumir-se que se estipulou a reciprocidade de serviços, e por isso de valores...

Que do que fica dito resulta que a rescisão por lesão deve ser admittida, todas as vezes que esta exceder um *quantum* superior ás alternativas dos valores e dos preços, e é por isso que os legisladores a tem fixado em mais do que a *metade* do justo preço.

Mas que esta doutrina da rescisão por lesão tem sido atacada por varias razões; e que effectivamente nas discussões do cod. civ. francez o foi vivamente, assim como foi também sustentada com muita superioridade por Portalis, e pelo Primeiro Consul.

Que pode ser atacada como contraria ao principio da certeza e estabilidade que convem haja nos actos juridicos...

Como contraria á sua simplicidade...

Como opposta á natureza dos contractos...

Prejudicial aos interesses publicos...

Muito difficil de provar pela variedade dos valores...

E finalmente opposta ao principio da liberdade de commercio...

Mas que pelo beneficio da rescisão não se ataca o principio da estabilidade dos actos juridicos, não só porque por elle só se pede o complemento do preço, e na falta d'este é que vem a rescisão do contracto; mas porque aquella certeza e estabilidade das actos juridicos deve intender-se em relação aos que estão em harmonia com os principios do direito, e por isso com a base jurídica das convenções; que além d'isso não se devendo dar o beneficio da rescisão contra terceiros alheios ao contracto, e que com elle não se locupletaram, embora por qualquer contracto possuam o objecto a respeito do qual se deva dar a rescisão, cessará todo o motivo de hesitação a tal respeito.

Que como Voet entendo que a acção da rescisão não deve recair sobre a cousa, mas

sobre a pessoa; deve ser *personae* e não *realis*....

Que no mesmo caso está o principio da simplicidade....

Que a rescisão por lesão tão pouco é oposta á natureza dos contractos, porque esta ha de determinar-se pelo principio juridico, que lhe serve de base, como ficou demonstrado, e este na materia de que se trata, é a mutualidade e equivalencia dos serviços, e por isso do preço que os representa....

Que não é prejudicial aos interesses publicos, porque estes sendo verdadeiros não podem estar em antagonismo com os verdadeiros principios de justiça....

Além d'isso ao legislador cumpre estabelecer as restricções necessarias para que os interesses publicos não sejam affectados. Entre outros principios, cumpre incurrir o prazo da prescripção....

Que não obsta dizer-se que a lesão é muito difficil de provar-se, pelo motivo da variedade constante dos valores, porque uma semelhante prova é admittida e consignada para mil variados assumptos: além d'isso o legislador deve estabelecer um *quantum* da differença do preço assás forte para não poder haver duvida sobre a verdadeira existencia da lesão.

Que não pode argumentar-se que é oposta aos principios da liberdade de commercio; porque esta para dever ser attendida e respeitada, é mister que baseie sobre actos legaes, e como taes reputados.

Digressão sobre este ponto, e sobre a maneira porque deve ser entendido o principio da liberdade de commercio na ordem social dos povos actualmente, e de futuro depois de realisados os grandes melhoramentos materiaes e moraes, que estão successivamente modificando a ordem da sociedade....

Que a liberdade do commercio deve ser dentro da esphera da vontade presumida dos contractantes; e é essa que se entende fallar na hypothese de que me occupo.

Passando ao desenvolvimento historico, vê-se que a rescisão por motivo de lesão, tem expressado a opinião generalizada dos povos desde longas epochas, e que por este motivo tambem não deve ser despresada.

### *Desenvolvimento historico.*

A rescisão da venda por causa de lesão tem a sua origem na Lei 2<sup>a</sup> C. de rescind. vendit.

Antes d'esta constituição não se encontra esta materia expressamente providenciada.

Ulp. chega mesmo a dizer, conforme a Pomponio;

«Promponius ait in pretio emptionis et venditionis, *naturaliter* licere contrahentibus se *circumvenire*.»

D'aqui concluem alguns que o dolo era então permittido no contracto da venda; mas não o creio assim.

Aqui io Gallo havia já publicado suas formulas sobre o dolo.

Cicero de *officiis* havia elevado a moral pagã a uma grande altura pela influencia da philosophia; elle havia dito:

«Ita nec ut emat melius, nec ut vendat quidquam simulabit vir bonus.»

E por isso que Gothefredo referindo-se á passagem de Ulp. diz:

«Hæc tamen circumscriptio non est dolus, sed prudentia et industria quedam rei familiaris augendæ.»

É o mesmo Ulp. que nos ensina, que se o comprador emprega a fraude a fim de comprar por um preço inferior, pôde usar-se contra elle da acção *ex vendito*.

Que esta indagação não é esteril, tem por fim libertar uma época de um grave vicio, que se lhe attribue. Diocleciano não fez mais do que sancionar o principio geral, que já servia de base ás *restituções pretorias*.

Mas supposto que o principio estivesse em germen, todavia os Jurisconsultos não o haviam sancionado, porque todas as vezes que havia o consentimento, couda, e o preço serio, ainda que vil, eram difficilissimas admittir clausulas resolutorias occultas.

Uti lingua nuncupassit, ita jus esto.

O fundamento *humanitas* revela um grande pensamento; é a conquista do dir. nat. sobre os rigores do direito civil....

Que no Cod. Theod. não é admittido tal principio da rescisão por lesão antes é rejeitado: L. 1 do tit. de contract. emp.

Assim não foi elle em uso nas Gaulas nem no imperio do occidente (que foram regidos por este codigo) como se vê dos capitulares de Carlos Magno; e dos escritos de Ivo de Chartres em 1090.

Mas havia sido restabelecido no imperio do oriente por Justiniano nas Constituições 2.<sup>a</sup> e 8.<sup>a</sup> cod. de rescind. vendit., proseguindo assim na aliança do direito civil com os principios do direito natural....

A indole do direito canonico não podia deixar de abraçar esta disposição; assim o fizeram os Papas Alex. e Innoc. no sec. 11 e começo do 12.

D'ahi passou ao direito civil, e por toda a parte foi constituido; foi uma conquista da razão....

*Controversia.*

Thomasio na Diss. 73, sustentou que a const. de Diocl. é sub e obrepticia; que os imperadores Constantino, Gratiano, Volentiano, Theodosio, Honorio, e Arcadio, não tiveram d'ella conhecimento; que os collabores de Tribuniano a não recolheram no Digesto, e que este ultimo a tirára de uma origem suspeita, o cod. Hermog.

Depois atacou-a nos seus principios...

Que o principio da rescisão por lesão foi consignado no direito civil francez até ao anno 3 em que pela Lei de 14 do Fructidor foi abolida a rescisão. Mas que esta lei foi promulgada em circumstancias excepcionaes, pois que era quasi impossivel fixar a lesão em consequencia das alterações do papel moeda e do valor das propriedades...

Que pouco depois a lei de 3 do germinal (1797) restabeleceu a rescisão por lesão, menos para as vendas dos bens nacionaes.

Na discussão do cod. civ. francez Berlier propoz uma especie de meio entre o direito romano e a lei do anno 3 para o ven-

dedor, quando vendesse para si parte; para o comprador quando comprasse por tres vezes mais...

A rescisão foi sustentada por Portalis, pelo Primeiro Consul, por Cambaceres, Trouchet, Muraire, e a sua opinião era a da França...

Que de todos os tribunaes consultados só o de Rouen foi contrario.

O principio finalmente passou assim formulado no art. 1674:

«Se o vendedor é lesado em mais de set doudecimos no preço de um immovel tem o direito de pedir a rescisão da venda, mesmo quando expressamente houvesse renunciado no contracto a este beneficio, e qu houvesse declarado dar o valor a mais.»

Que actualmente na Europa é seguida em quasi todos os codigos como mostrei na dissertação.

(NB. Quando começava n'esta exposição, historica terminou o tempo da Lição.)

## LIÇÃO II

PONTO TIRADO Á SORTE NO DIA 19 DO MESMO MEZ AO MEIO-DIA PARA A LIÇÃO ORAL NO DIA IMMEDIATO Á MESMA HORA

Mellii Freirii—Inst. Juris. Civilis Lusitani.—Lib. 4 tit. 6 § 10 a 13.  
—*Actio rei vindicationis directa* —*et utilis*; —*Dotis vindicatio*. —*Actio Publiciana*.

### PLANO QUE SEGUI NA LIÇÃO ORAL

Exposição das partes fundamentaes do ponto — acção de reivindicação directa; — util; — reivindicação do dote; — acção publiciana.

Que restringindo-me á primeira parte do primeiro *paragrapho*, cumpre-me expôr resumidamente a theoria das acções reaes e pessoas sobre que versa o ponto.

Que assim, como plano, proponho-me

1.º Mostrar a deducção com que as acções nascem dos Direitos fundamentaes a que se referem, e a sua intima ligação, mostrando assim qual é a natureza juridica das acções.

2.º Que debaixo d'este ponto de vista se apresentam dois grandes grupos de acções, abrangendo toda a materia dos Direitos — *acções reaes*; — e *acções pessoas*.

3.º Qual o caracter da propriedade nos differentes povos antigos, e como d'ahi proveio em todos elles a garantia da propriedade pela *acção de reivindicação*, que tem passado até nós.

4.º Caracter da *posse*, e como d'esta nasceu a *acção publiciana*.

E por ultimo, — exposição das outras differentes questões contidas no ponto.

Que em todos os povos onde tem sido reconhecida a distincção do *meu* e do *teu* se seguiu sempre uma estreita ligação das acções com os Direitos. — Que digo em todos os povos onde houve a distincção do *meu* e do *teu*, porque como terei ainda occasião de mostrar, no começo das sociedades a propriedade abrangida na sociedade.



e esta no chefe, não deixa descobrir nos vestígios das instituições primitivas a defeza legal do Direito de propriedade individual, que não existia como tal legalisada. ....

Que em todos os povos se tem reconhecido a necessidade de ligar aos direitos as garantias da sua execução. . .

Que se a liberdade entra como elemento essencial na natureza dos Direitos, d'ahi nasce tambem a possibilidade da violação d'estes, quando o homem tenta fazer predominar a sua acção, onde ella não deve chegar; e que d'ahi nasce a necessidade de procurar garantias aos direitos. . .

Que no vasto campo das relações jurídicas essas garantias se apresentam ligadas a todos os diferentes grupos, em que se manifesta a acção do Direito :

— D'ahi vem a *jurisdição* como garantia nas prescripções de Direito publico :

— A *pena* no Direito penal; porque o fim logico da pena refere-se especialmente á emenda do culpado e á sua reabilitação, e por isso á reabilitação da sociedade rebaixada em um dos seus membros; mas ella tem egualmente por fim a garantia da ordem social, pela observancia da Lei :

— Finalmente d'ahi nascem nas relações civis de individuo a individuo, as prescripções do *Direito do processo civil*.

Que é esta a generalisação mais larga das relações de direito debaixo do ponto de vista das *suas garantias legais*.

Que descendo á apreciação immediata dos Direitos debaixo do ponto de vista indicado; — quando examinamos um Direito na ligação da sua violação elle apparece-nos debaixo de um novo estado, o *estado de defeza*. . .

Que é este o caracter do *Direito das acções*, quereveste diferentes fórmãs, conforme os objectos a que se refere.

Assim a *hypothecaria actio* é a fórmula especial que reveste o direito hypothecario, quando se acha violado.

Que considerando as alterações do direito debaixo do ponto de vista das lesões, dividem-se em duas classes as fórmãs que o direito reveste para a sua defeza: — como resultado do facto da violação nascem as *acções* e as *excepções*: — como resultado dos actos que fazem parte do debate judiciario, destinados a reprimir a lesão; — a *Litis-contestatio*, e o *julgamento*.

Que no complexo dos nossos direitos uns existem em referencia a todos os homens, exigindo de todos o respeito, sem com tudo provocarem em nenhum d'elles uma outra obrigação determinada e proxima; em fim

tem por objecto determinado as cousas, e só em geral exigem que os outros homens não prejudiquem o seu uso; — e taes são os direitos chamados *reaes*:

— Outros referem-se a individuos determinados exigindo d'elles actos correlativos, impondo-lhes *obrigações*; e taes são os direitos chamados *personaes* por se referirem directamente ás *obrigações*.

Mas que se assim é quanto á natureza dos direitos, não succede o mesmo em relação á sua *violação*, esta nasce sempre de uma pessoa determinada individual ou colectiva.

D'ahi provem uma nova relação de direito para a reparação da violação: — a *acção*. . .

Que é por isso que os jurisconsultos dizem que não ha *acções natas*.

Que postos estes principios determinativos da natureza jurídica das acções, e do logar que ellas occupam no campo do direito, e entrando na apreciação especial da divisão das acções, a mais importante é a divisão em *acções reaes*, e *acções personaes*, porque nasce da natureza mesma da materia a que se refere, e abrange a universalidade dos direitos.

*Summa actionum divisio*, lhe chama Gaio.

Que como já fica dito as acções personaes referem-se a uma pessoa, e provem das obrigações: — as *reaes* indicam uma enunciação em termos geracs, sem designação de pessoa.

Que Mainz na sua obra, recentemente publicada, encara esta materia seguindo a outros jurisconsultos, d'uma maneira, que parece pouco exacta, elle intende que as acções reaes nascem por antithese ás personaes; que debaixo d'este ponto de vista, abrangem todas as que não são provenientes de obrigações determinadas, a que se chamam personaes, vindo por isso a comprehender todos os direitos tanto reaes como personaes, que não supõem uma pessoa determinada fora de nós, abrangendo assim direitos reaes, personaes e de herança.

Que não me parece que esta razão negativa seja a fundamental da divisão, accredito que na sua origem esta deveria ter uma razão *real*; fundar n'uma razão negativa uma divisão tão geral, quando a par d'ella se manifesta uma divisão analoga em direitos reaes e personaes e sustentar que aquella nada tem com esta, não parece que possa estabelecer-se sem que para isso hajam graves razões, que convençam.

Que effectivamente as palavras de Gaio (IV § 1.º 2.º e 3.º) são muito latas, quanto á generalidade da divisão. — *si queramus quod genera actionum sint, verius videtur duo*

*esse, in rem et in personam. In personam actio est, quoties cum aliquo agimus, qui nobis vel ex contractu vel ex delicto obligatus est, id est, cum intendimus dare, facere, præstare, oportere. In rem actio est cum aut corporalem rem intendimus nostram esse, aut jus aliquot nobis competere. . . .*

Que pelas Leis 27 § 3 de R. V. . . . Lei 25 § 18 de hared petit. . . e Inst. § 13 de actionib. — se vê que as acções reaes protegem as relações resultantes das cousas; do direito de successão; e do direito de família (*prejudiciales actiones*.)

Que effectivamente na época de Justiniano aquellas duas ultimas relações são pessoas, e que se é a essa época que Mainz e Savigny se referem, tem razão na idéa que dão das acções reaes. Mas que quando se trata de indagar a razão de uma divisão jurídica nascida em épocas atrasadas, é mister ir ver qual era o character que então revestia o direito; e na materia que nos occupa se remontarmos ao estado do Direito na época da divisão das acções, encontraremos que uma relação *real* se nota nas materias a que se refere Mainz. Nas acções *prejudiciales* concernentes ao *status* fingiu-se um combate sobre a liberdade, — *vindicatio in libertatem*, ou *servitutem*; nas antigas *legis actiones a in rem actio* começava por um acto symbolico, — as *manus conseruæ*. Da mesma maneira na tutela das mulheres havia a *in jure cessio*, symbolo da *vindicatio*; — o mesmo succedia na herança.

Já se vê pois que todas as especies de acções a que Mainz e Savigny se referem, tiveram em começo uma base toda *real*, de que o uso e as modificações successivas do direito as foram libertando; mas foi n'aquella época que nasceu a divisão de acções reaes, e pessoas, e por isso ha n'esta divisão uma correspondencia á divisão dos direitos reaes, e pessoas, embora depois essa relação acabasse. . . .

Que não deve fazer duvida o conservar-se a mesma classificação no tempo de Justiniano, porque este pouco alterou em materia de classificações jurídicas, e tanto seguiu a este respeito o que já se achava estabelecido, que até na definição de acções que nos dá no § 1.º *Inst. de actionib.* consigna frases que só podem receber uma explicação historica, (taes as — *opud iudices arbitros vel, — intentio, — dare facere oportere — et suam rem esse*). . . .

Que outra opinião se encontra sustentada por differentes juriconsultos com a qual tambem não concordo; intendem elles que *acção real* é a que se dá contra todo o possuidor. Eu porém entendo que este não é,

nem o character *exclusivo*, nem *essencia* das acções reaes.

Que não é exclusivo, porque ha acções pessoas que se dão contra todo o detentor taes as acções *ad exhibendum*, e a *noxale*.

Que não é character *essencial* porque algumas acções reaes não se dão contra todo o detentor, exemplo a Publiciana, que não se dá contra os que adquiriram por *titulo oneroso*, salvo quando forem julgados de *ma fé*. Por outra parte a acção de reivindicacão exerce-se contra os cúmplices na fraude; exemplos . . . Verdade é que n'esta ultima hypothese se sub-intende a *posse ficta*, — *Dolus pro possessione est*: — *Semper qui dolo fecit quominus haberet, pro eo habendus est ac si haberet*, etc.

Digressão acerca da necessidade da tradicção em direito romano para a transmissão da propriedade, *Lei 22, Cod. de Pactis*. Que este principio se generalizou por toda a Europa; que pela lei de 11 du *Brunmaire* anno 7.º, foi exigida para a transferencia da propriedade e para as hypothecas uma inscripção no *registro publico*.

Que no codigo civil francez *parece* não se ter seguido depois este principio, sustentando os juriconsultos que o tem interpretado n'este ponto, que para a transmissão da propriedade basta a convenção. . .

Que o registro publico para todas as alterações do direito de propriedade é de summa utilidade para a certeza das convenções e estabilidade do credito territorial. Que este principio com mais ou menos generalidade, mais ou menos perfeito se acha consignado no cod. d'Austria, no de Baviera, Wuntemberg, e Cantão de Genebra, e que de grande utilidade seria que fosse consignado em Portugal, porque a nossa lei de registro de hypothecas é muito imperfeita. . .

Que passando especialmente a acção de reivindicacão como a mais importante das acções reaes, ella nasceu directamente das noções do direito de propriedade e que n'este tem o seu titulo . . .

Que é por isso que se encontra em todos os antigos povos, logo que a separação da propriedade começou a ser reconhecida de facto.

Por exemplo, segundo Heeren na India pelas leis de Manou 1,300 annos antes de Jesus Christo já se achava consignado este principio; diz um dos seus Slocas.

« Uma propriedade qualquer cujo senhor não é conhecido deve ser proclamada ao som do tambor, depois conservada em deposito no poder do Rei; — durante tres annos o proprietario pode reivindicar-a; passado este prazo o rei pode adjudical-a a si. »

diz outro Sloc.

A conservação do Direito de propriedade é garantida pela exclusão de qualquer prescrição, que não seja baseada n'um consentimento tacito do proprietario desapossado pelo espaço de dez annos; e o *título permanece sempre contra a posse de facto, por mais* longa que ella seja etc. . .

Que o mesmo se encontra nos outros povos antigos, logo que a propriedade começou a individualisar-se. . .

Que esta tem seguido sempre a sorte da sociedade; sendo uma condição necessaria para o desenvolvimento do homem, tem sempre apresentado um caracter pessoal, passando por isso por todas as alterações por que passou aquelle caracter. No começo das sociedades o homem era absorvido na sociedade, e esta no chefe; a propriedade pois seguia a mesma sorte, e d'aqui a propriedade social que se nota nos primeiros povos. Quando a humanidade se foi emancipando por *cathegorias*, ou *classes*; a propriedade seguiu a mesma sorte; assim apparece a propriedade collectiva nas *tribus*, nas *castas*, e tal é tambem o caracter da propriedade romana, *quiritaria*. Garantida a individualidade, a propriedade individual appareceu apart d'ella. . .

Que em Roma o caracter guerreiro, e agricultor, e o genio d'ordem serviram de base ao seu Direito civil primitivo.

Caracter material d'este. . .

Que a base principal da organização civil romana era o Direito de propriedade, elle applicava-se a tudo, — á terra, ás pessoas, ás obrigações, e á familia. O chefe da familia, com um caracter publico, era n'esta o unico proprietario.

Digressão sobre a propriedade publica do

solo romano . . Todos possuíam como povo, ninguém como individuo, tal era o primitivo dominio quiritario; a propriedade individual foi uma emanação successiva d'este, que cada vez mais se ia individualisando até receber o caracter que nos tempos mais modernos de Roma se lhe nota. . .

Que apart do desenvolvimento da propriedade os Romanos foram-a garantindo com as *acções* que o genio do povo e as circunstancias permittiam.

Assim nasceu o primeiro systema de *processo*, representado nas *Actiones Legis*, seguidas até Cicero.

Seu caracter. . .

— O segundo systema — *Ordo iudiciorum* (processo formulario) em que a base é o julgamento por juizes jurados.

Seu caracter. . .

— O terceiro systema — *Juizes extraordinarios*, consignado expressamente por Diocleciano.

Seu caracter. . .

Que estes systemas foram succedendo-se successiva e lentamente. . .

Que em todos elles se vê garantido o principio da *reivindicação* como *acção*, e que do ultimo passou a ser recebida nas legislações da Europa, e como. . .

Passando a 2.<sup>a</sup> parte do 1.<sup>o</sup> § do *ponto*.

Qual é a natureza da *posse* em contraposição da *propriedade*. . .

Ideas sobre a theoria da posse; e como d'esta nasceu a acção Publiciana, começada a usar na epoca de Cicero. Qual o caracter que a posse tinha entre os romanos; e qual o que tem entre nós. O mesmo em relação á acção Publiciana. . .

(Terminou o tempo para a lição.)

## LIÇÃO III

PONTO TIRADO Á SORTE NO DIA 25 DO MESMO MEZ AO MEIO DIA PARA A LIÇÃO ORAL DO DIA IMMEDIATO Á MESMA HORA.

Inst. de Direito civ. Port. por Manuel Antonio Coelho da Rocha § 581 a 586.

PLANO QUE SEGUI NA LIÇÃO

Que o ponto abrange duas materias em si importantes e distinctas; — Prazos e Censos.

Que na materia especial de prazos, que se contem no *ponto*, cumpre, seguindo a ordem do compendio, examinar quaes sejam os *direitos e obrigações do successor, nos pra-*

*zos de vidas, em quanto ao preço e bemfeitorias effectuados na constancia do matrimonio*, pois que é d'esta materia que trata o 1.<sup>o</sup> § do *Ponto*; começando pelo exame das duas questões que o compendio suscita no dito §.

Que para o desinvolvimento d'estas convem mostrar qual é a natureza restricta da

emphyteuse entre nós á face das leis que a regulam.

— Qual a natureza, que a modificação das idéas e a doutrina dos juriconsultos lhe teem feito revestir modernamente.

Que a doutrina emphyteutica, tal como se encontra sancionada nas nossas prescripções legislativas, é o resultado da amalgama dos principios e das prescripções de muitas épocas e de muitas civilisações, que por isso carece de ser organizada de uma maneira conveniente com a situação actual da propriedade, e idéas da época.

Que por esta transformação já ella tem passado em todos os paizes cultos.

Finalmente debaixo d'este ponto de vista, qual é a theoria emphyteutica que convirá estabelecer; — e qual é a variedade da legislação das Nações cultas sobre a emphyteuse.

Na materia de censos cumpre em these determinar a sua differente natureza segundo são reservativos, ou consignativos, e estes reaes ou pessoaes; perpetuos ou temporarios; remiveis ou irremiveis; e sem por agora entrar n'esta materia para não anticipar a ordem que convem seguir n'esta lição; cumpre dizer todavia que o meio de extinguir os contractos censiticos consignativos, de ordinario lesivos, especialmente quando perpetuos e irremiveis, é generalizando as instituições de credito territorial, e dando certeza e liberdade á propriedade; devendo taes contractos ser unicamente temporarios, como parece mais vantajoso que passe tambem a ser a emphyteuse.

Exposição da doutrina do 1.º § do Ponto; Que a sua primeira parte não offerece duvida alguma; é a expressão da Ord. Liv. 4 tit. 97 § 24... No resto do § ha duas questões, que é mister tratar.

1.ª Questão: No prazo comprado antes do matrimonio, se depois d'este a mulher entrou para segunda vida por ser renovado o prazo na constancia do matrimonio, depois da morte do conjugue será obrigada a repôr o preço? Será obrigada a repôr metade?

O A. das instituições de Direito civil no 1.º § do Ponto diz:

«Em virtude da renovação a mulher succede por Direito proprio; será ella obrigada a repôr o preço? Seria inutil a renovação. Nada reporá? Podem ficar muito prejudicados os Direitos dos herdeiros do marido»...

Que a solução d'esta questão depende do caracter que se attribuir á renovação. E' este pois o primeiro ponto que é mister esclarecer.

Que para determinar o caracter do direito emphyteutico de que se trata é ter encenal-o em duas épocas:

1.ª Na época das Ordenações, e da legislação subsequente até á da reforma da legislação no reinado do Senhor Rei D. 1.º

2.ª Depois d'essa época até ao presente. Qual é o valor da renovação na primeira época?

Que á face da Ord. e da mais legisl. d'esta época, é certo que o prazo se recdo senhorio directo na occasião da renovação

Que se se attender aos principios da denação veremos que os bens de prazosvidas não entram na herança, e não podem por isso ser considerados como patrimonio

Que a successão de taes prazos é similar. Que effectivamente Feudos, Bens Corôa, e Prazos de livre nomeação e mix são todos especies de vinculos; são possesões de igual cathegoria nos antigos costumes e Direito do reino.

Que quasi todos os modernos juriconsultos portuguezes teem intendido que o emphyteuta successor não recebe o prazo do senhorio, mas sim do emphyteuta anterior, que esta doutrina actualmente é exacta; mas que pelo rigor das leis patrias não é.

Que se o emphyteuta successor recebesse o prazo do anterior emphyteuta, o filho nomeado no prazo pelo pae, ou que nelle succedeu *ab intestato* deveria trazel-o á collação, por que seriam bens patrimoniaes do pae commun; mas o contrario dispõe a Ord. Liv. 4 tit. 97 § 22...

O prazo de vidas que era do conjugue superstite antes de casar não deveria ficar precipuo a este, mas sim communicar-se; o contrario porém dispõe a Ord. Liv. 4 tit. 95 § 24...

O prazo deveria vir ao successor onerado com as dividas, mas o contrario se encontra no testo do § 5 da Lei de 4 Fevereiro de 1755...

A Ord. Liv. 4 tit. 95 § 1 seria aberrante estabelecendo a incomunicabilidade destes bens...

O emphyteuta teria direito de conferir e nomear o prazo a duas e mais pessoas sem licença do senhorio; poderia mesmo substituir os nomeados, mas nenhuma d'estas cousas lhe é permitido pela lei...

A lei de 5 de março de 1671 assimelha os prazos aos bens de morgado; e effectivamente antes da lei de 3 de agosto de 1770 havia morgados de livre nomeação, que por aquella lei foram extinctos.

Que foi ainda pela mesma razão, que não

Lei de 9 de setembro de 1769 no § 26, mantido pela lei de 17 de julho de 1778, não se estabeleceram na successão o numero de grãos, e a ordem da successão ordinaria estabelecida na ord. liv. 1 tit. 90 § 1 e liv. 4 tit. 94, fazendo passar os prazos aos senhorios direitos na falta de parentes até 4.º grau por direito canonico; e assim mesmo toma por fundamento da alteração, que estabeleceu no antigo direito emphyteutico, não a natureza da emphyteuse, mas a razão das bemfeitorias.

Que Molina lhes chamou especie de vinculos...

Que Lobão mesmo sustenta que a successão do prazo não depende da acceitação da herança. Gouvêa Pinto, que os desherdados succedem nos prazos, porque a emphyteuse não está nos bens do pae. O mesmo segue Mello Freire liv. 3 tit. 11 § 22....

Que na confiscção por heresia declarou-se, que o *fisco* não podia succeder nos prazos por não serem propriedade do herege: Regimento das Confiscções de 1620. Ord. liv. 5 tit. 6 § 19.

Além d'isso, como poderia o marido nomear o prazo sem consentimento da mulher, como lhe concede a ord. liv. 4 tit. 97 § 25? Mello Freire dá a razão: *quia nihil de suo confert vel alienat*.

Que esta é, á face da nossa legislação, a *natureza restricta* da emphyteuse de vidas; mas que os usos e costumes, e o conhecimento dos verdadeiros principios da philosophia do Direito já não toleravam semelhante rigor de instituição, e por isso pouco a pouco a foram minando....

Que como o legislador não curava de reformar, em harmonia com as necessidades e opiniões da época, esta instituição, que representa a amalgama de leis, usos e costumes de muito variadas épocas e de civilizações muito differentes, taes como a romana, a barbara, a feudal, e a dos tempos mais modernos; as opiniões dos povos e as doutrinas dos juriconsultos substituíram-se á acção do legislador, e foram fazendo o que elle deveria ter feito. A intelligencia das leis foi sendo modificada por estas opiniões, e hoje assim estão recbidas; nem d'outra maneira poderia ser, porque não ha Lei, que possa ser respeitada quando não satisfaz as justas exigencias da época e das doutrinas, e que a opinião publica a reprova...

Que na lei de 9 de Setembro de 1769 como que a medo se remediou a limitação da successão dos prazos; que no § 25 desta lei foi introduzida de uma maneira vaga para a renovação a *equidade Bartolina*....

Que este mesmo principio foi ainda impugnado por Vicente José Ferreira Cardoso na sua *memoria sobre as avaliações de bens de prazo*, sustentando como irronea a intelligencia dada aquella lei; porque devolvendo-se os prazos aos senhorios em dois casos; 1.º quando acabam as vidas; 2.º quando durante o tempo do aforamento o emphyteuta morre *abintestado* sem nomear successor, e sem descendentes ou ascendentes, Ord. Liv. 4. tit. 36 § 2., era só d'esta ultima hypothese que tratava a lei no § 26, e não da *renovação*, porque n'este § nada diz a respeito d'ella...

Que eu intendo porém contra o citado A. que fazendo-se especial menção no § 25 da lei tanto da equidade Bartholina, como da *renovação*, e de uma maneira bem clara, como tendo aquella applicação a esta, é pelo principio legal que se acha consignado n'este § que se deve esclarecer qualquer duvida que possa haver, quando a lei desce á hypothese no § 26... Que aquella foi a *ratio legis* sobre esta materia...

Que Ferreira Cardoso sustenta a inconveniencia da emphyteuse perpetua, e que tem razão; mas que a temporaria sujeita a incerteza de vidas não é sustentavel, nem em favor do senhorio nem do emphyteuta quando mesmo estabelecido o minimo da sua duração...

Mas que supposto, que aquelle que enumeramos seja o rigor do Direito, é certo todavia que o direito á renovação foi admittido como fundado na Lei de 9 de Setembro de 1769, e qualquer hesitação que possa haver sobre o genuino sentido da lei, desaparece em vista da interpretação usual e successiva que a dita lei tem tido, e que hoje constitue por isso uma base segura de julgar...

Que admittindo este principio, e partindo d'elle para a *primeira questão* proposta, resulta:

1.º Que sim a mulher hoje succede ainda por direito proprio, mas que isso é em relação ao direito de haver de preferencia o fundo *emphyteutico*:

2.º Que debaixo d'esse ponto de vista a *renovação* não lhe é inutil, pois que lhe dá direito ás vantagens resultantes de possuir o fundo *emphyteutico*.

3.º Que são estes os dois effeitos que a este respeito se podem attribuir á renovação, porque como fica mostrado, ella hoje apenas é um symbolo do que foi em outra época...

Que sendo a renovação o que fica dito, é evidente que ella não confere um direito tão seguro e vasto que seja como *uma nooa*

e livre aquisição. Que por isso, com o direito conferido pela renovação deve entender-se que passa conjuntamente o onus inherente pela lei (Ord. Liv. 4 tit. 97 § 25) ao valor do immovel. . .

Que o fim da Ord. Liv. 4 tit. 36 § 2 é que o prazo adquirido antes da constancia do matrimonio passe precipuo ao descendente que a mesma Ord. chama.

Que n'esta questão é mister fazer distincção entre o preço, e o fundo *emphyteutico* a que o preço está annexo, ou em que está representado. Que o preço tem o character de allodial e partivel; como tal é considerado na Lei, que o manda conferir, e partir. Mas o fundo *emphyteutico* fica conservando a sua natureza, e por isso a mulher em virtude da renovação tem o direito de ficar gosando-o. Nem se diga que esta preferencia é insignificante, aliás o argumento iria muito longe, poder-se-hia empregar contra todos os contractos onerosos, e entre tanto não se reputam indifferentes a bem do preço, as vantagens resultantes da posse de qualquer objecto. . .

Que pelos mesmos motivos se vê que não é admissivel o alvitre de repôr a mulher só metade do preço, porque o *titulo* que para isso poderia ter seria o da renovação; e se este valesse para authorisar a mulher a reter uma parte do preço, authorisal-a-hia a reter todo, pois que não haveria rasão da modificação. ....

## 2.ª Questão.

Deverá voltar ás partilhas por morté do conjugue sobrevivente toda a estimação do prazo n'elle encabeçado, que fora comprada na constancia do matrimonio? — ou só metade d'essa estimação? E' esta a segunda questão que comprehende o *ponto*.

Que o principio da lei é a absoluta communhão do preço, Ord. Liv. 4 tit. 97 § 24. Que este é considerado pela Lei allodial e partivel, que não pode por isso a circumstancia de elle estar *representado* em bens *emphyteuticos* limitar o principio da Lei.

Que a Lei manda partir o preço, — que o prazo é partivel por estimação, e que por consequencia o preço, que a Lei (na presente hypothese) sugueita ao Direito commum da partilha, não pode ser subtrahido a exactidão d'essa partilha pela simples circumstancia de estar *representado* por um objecto não divisivel, mas que nenhuma repugnancia ha em que o preço seja d'elle desannexado.

Que n'este objecto é mister distinguir;  
o preço;  
o objecto, porque elle é representado;  
e a circumstancia de poder fazer-se com que o preço seja partivel sem o ser o prazo.

Na hypothese do compendio o conjugue ficou com o prazo na sua meação, devendo entender-se que ficou com um valor de metade da herança *partivel*; com a circumstancia d'esse valor ou parte da herança representado no prazo.

Nada nos importa que seja prazo, e não se parte, mas parte-se o seu valor; tanto este é prático que foi por esse titulo que o conjugue o recebeu.

Sendo assim, a circumstancia de tocar a conjugue o prazo em que aquelle valor é representado não pode dar outra natureza ao preço, do que aquella que elle tinha quando foi conferido pelo *titulo de partilha*.

Que o prazo entrou como resultado de partilha, e por isso *representando* um preço allodial; até pois que esteja prehenchida a egualdade das partilhas, nada ha a alterar.

Que é regra geral n'esta hypothese que o preço que vem á collocação é sempre allodial; e que a propriedade em que elle está representado não lhe altera esta natureza.

Que as duas questões que acabei de tratar são as que se contem na doutrina do 1.º § do Ponto; mas que antes de passar ao § immediato, cuja doutrina é de menor importancia, apresentarei algumas ideas geraes sobre a doutrina da *emphyteuse*, começando pela exposição da theoria, que me parece que mais conviria adoptar para se regular esta materia e depois exporei qual é a base da legislação sobre a *emphyteuse* em todos os paizes cultos.

Systema que me parece conviria seguir na codificação *emphyteutica*.

1.º A *emphyteuse* deveria ficar sujeita á ordem da successão ordinaria, como todos os outros bens allodiaes, só com a circumstancia de ser indivisivel como é actualmente, sendo unicamente partivel a sua estimação ou valor.

Que não ha principio plausivel com que possa sustentar-se a forma de successão, que está estabelecida para a *emphyteuse* de vidas e livre nomeação. ....

Que as nossas leis a este respeito saem fóra do nosso systema geral de legislação, no qual se garante a successão legitima, como mais conforme á igualdade da familia pelos direitos reciprocos dos descendentes e ascendentes; e que a familia é a base da ordem social. . .

2.º De futuro só deveria admittir-se a constituição de *emphyteuse* temporaria, marcando-se o maximo e o minimo entre os quaes poderiam oscillar as concessões *emphyteuticas*; por exemplo um maximo de 99 annos, um minimo de 20 ou 25 annos, como se acha estabelecido em muitas nações. A sua constituição deveria ser como já indiquei,

sujeita ás regras geraes da successão segundo o nosso Direito commum.

Que sei quanto foi contestada a instituição emphyteutica por occasião das discussões do Cod. Civ. francez ao art. 530, sustentando uns a instituição da emphyteuse perpetua pelos muitos beneficios que por ella tinham vindo á cultura em outras epochas; e outros impugnando-a...

Que é certo que a manutenção da emphyteuse temporaria é vantajosa para a agricultura. O agricultor pode não ter os capitães necessários para comprar grandes propriedades, e pode tel-os para tomar um fundo de emprasamento, e com isso lucra a agricultura, e o agricultor...

Que não se deve admitir a emphyteuse perpetua, porque ella é em grave prejuizo do senhorio directo, cujos interesses não devem ser desprezados. Que o directo senhorio, que hoje não é o *senhor feudal* que n'outro tempo opprimia o colono, tem um direito importante sobre o fundo emphyteutico; é este o dominio directo. A emphyteuse *hoje* fundada na emphyteuse romana é um *jus in re aliena*, como sustenta Pepin Haleur...

Mas quanto não soffre o senhorio directo, que acompanha com o seu direito esse desenvolvimento da propriedade sem d'elle tirar o menor lucro?...

Que a emphyteuse temporaria satisfaz ás necessidades da agricultura; garante os serviços e capitães do emphyteuta; e garante ao mesmo tempo os direitos do senhorio, que na actualidade está de igual para igual com o emphyteuta.

3.º Na emphyteuse que existe actualmente deveria admitir-se para o emphyteuta e para o senhorio o direito reciproco da remissão, aquelle do dominio util, este do directo.

Actualmente a emphyteuse não se póde julgar como uma extorção do senhorio sobre o emphyteuta, ha verdadeira igualdade e reciprocidade de direitos; estabelecer pois a remissão em favor do emphyteuta e não do senhorio é uma offensa áquella igualdade de direitos...

4.º Se o senhorio quizer oppor-se á remissão do foro pelo emphyteuta, é mister que opte e vá remir o seu dominio directo, comprando o util. Se não o fizer, não poderá oppor-se á remissão por parte do emphyteuta.

Que sem inversão de todos os principios legais a sombra dos quaes foi constituida a emphyteuse actual, não poderia negar-se ao senhorio o direito de opção n'este novo direito, que iria affectar a emphyteuse constituida...

5.º A avaliação para o valor do dominio directo está consignada na lei; para o valor do dominio util deveria ser o resultante do valor total da propriedade deduzindo-lhe o valor do canon contado por 20 ou mais annos, (como parecesse mais justo estabelecer) e dos laudemios correspondentes.

Na remissão forçada deveria estabelecer-se um premio de 5 ou 10 por cento, ou mais ou menos, conforme as circumstancias que o legislador tivesse a attender, como compensação pela remissão forçada.

6.º Na emphyteuse temporaria não deveria haver remissão forçada, para que podesse haver certesa para ambas as partes contractantes.

7.º O direito á remissão forçada da emphyteuse actual deveria começar desde que ella tivesse assumido o maximo que fosse marcado para a futura emphyteuse temporaria.

Para este effeito deveria contar-se-lhe o tempo preterito desde a sua constituição.

8.º Na emphyteuse temporaria não seriam admittidos laudemios, luctuosas ou quaesquer outros encargos semelhantes e incertos.

A razão é facil de ver; estes direitos sendo tão incertos, como são, não podem ser bem attendidos para a igualdade reciproca do contracto...

São estas as bases que me parece conviria consignar para a organização da emphyteuse; o pouco tempo que é concedido para o estudo dos pontos, não me permittir entrar no desenvolvimento de certas disposições secundarias, que facilmente se subordinam a estas.

Mas que a questão da emphyteuse tem sido encarada debaixo do ponto de vista da celebre questão da propriedade *em grande*, e da *propriedade dividida*, cujos typos se tem ido procurar ao systema Inglez e Francez, collocando-os em antagonismo...

Que a causa da maior divisão por que tem passado a propriedade em França, não foi tanto a liberdade da terra, quanto as grandes alterações sociaes, porque passou este paiz no periodo das suas resoluções e agitações politicas, cortando então pelas tradições de familias, e por muitas outras ligações sociaes que actuavam sensivelmente no systema de propriedade (exemplo as expatriações, as confiscações, as compras em paiz de credito etc)...

Mas se é certo que o systema de liberdade leva á divisão da propriedade por uma parte, por outra faz surgir a associação, e esta actua sobre a propriedade e leva á cul-

tura em grande. Assim o mesmo principio que faz dividir a propriedade torna a fazel-a juntar, desde que n'isso interessem os capitães....

Mas o que é certo é que mesmo a situação da propriedade em França e Inglaterra tem sido exaggerada. Hoje depois dos trabalhos de Mrs. Passi e Leonce Lavergne está conhecido que em França a divisão da propriedade rural não é tão grande como errados calculos estadisticos a fizeram supor.

O numero de 11 milhões e meio de propriedades rusticas, que se suppunha corresponder a igual numero de proprietarios, não é exacto. Naquelle numero estão contadas muitas propriedades distinctas pertencentes a um mesmo individuo. Além d'isso foram contadas as propriedades urbanas das pequenas cidades e aldeas; donde se conhece hoje que a divisão da propriedade rustica orga entre 5 a 6 milhões....

Não desenvolvi mais este ponto por terminar o tempo para a lição.

Legislação das nações cultas a que me referi na lição, prometendo apontal-a.

*Estado da emphyteuse nas nações cultas.*

Na Austria a emphyteuse deve ser transcripta nos registros publicos.

O proprietario directo tem direito a uma pensão modica em reconhecimento de seu Direito. — Se esta pensão fica atrasada mais de um anno pode mandar tomar os fructos; e vender a propriedade em basta publica.

Não tem o Direito de opção.

O emphyteuta pode pedir diminuição do canon em caso de perdas consideraveis.

*Direito commum Allemão.*

O senhorio directo tem o direito d'opção.

Pode perceber 2 por cento em caso de venda do dominio util.

*Cod. Hollandez.*

O senhorio não tem o direito de opção.

O emphyteuta pode pedir uma compensação pelas beifeitorias.

Se não paga em cinco annos cahe em commisso.

Na falta de estipulação expressa o senhorio pôde pôr termo ao contracto no fim trinta annos, com tanto que previna com um anno de antecedencia o emphyteuta.

Na Belgica seguem-se as mesmas regras sómente não ha pena de commisso, e a emphyteuse deve durar 99 annos o maximo e 27 o minimo. —

Em Parma o senhorio tem direito d'opção em caso de venda; — tem commisso a tres annos; — e não dura menos de 11 annos.

Em todos os vinte e cinco annos o senhorio tem a faculdade de fazer reconhecer o seu direito, e exigir um censo.

Em Modena a emphyteuse é perpetua o temporaria.

Quando temporaria deve durar vinte annos ao menos.

O senhorio directo e o emphyteuta tem odireito reciproco de opção em caso de venda ou seja do dominio direito, ou seja do util.

Ha commisso de dois annos, e reconhecimento de 29 em 29 annos.

Em Malta, nas Duas Sicilias, nas Ilhas Jonias; no Cantão de Tessin, a emphyteuse é perpetua ou temporaria.

Ha commisso por tres annos.

Nas Duas Sicilias e Ilhas Jonias, o senhorio tem o direito d'opção.

Na America do Sul ha commissos de tres annos.

O senhorio tem direito d'opção; e recebe laudemio do quinto do preço, em caso de venda.

Em França é questão se ha emphyteuse temporaria...

O art. 530 do Cod. Civ. acabou com a emphyteuse perpetua...

*N. B. A Dissertação original está junta ao processo; os extractos das lições oraes, aqui publicados, foram offerecidos ao ex.<sup>mo</sup> sr. vice-reitor nos dias immediatos aos das lições, e por s. ex.<sup>a</sup> reconhecidos exactos.*