

CONSOLIDAÇÃO

DAS

LEIS CIVIS

LEGISLAÇÃO DO BRASIL

CONSOLIDAÇÃO

DAS

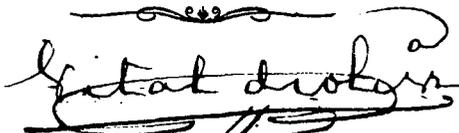
LEIS CIVIS

PUBLICAÇÃO AUTORIZADA PELO GOVERNO

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

BACON DE FONTIB. JUR. APHOR. 59,

TERCEIRA EDIÇÃO MAIS AUMENTADA



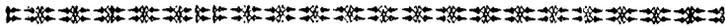
RIO DE JANEIRO

B. L. GARNIER

LIVREIRO EDICTOR DO INSTITUTO HISTORICO

65 RUA DO OUVIDOR 65

1876



INTRODUÇÃO

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

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

3.^o ED.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3.^a ED.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(5) Vid. Not. ao Art. 993 § 5^o 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^o da Parte Geral—*das pessoas*—o estado religioso regular, do qual resulta privação de

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3.^a ED.

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

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

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

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

reito Privado; sempre pelo imprescindível 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*—, ligitimado pela sua Sciencia—*justi atque iniusti scientia*.

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

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

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

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

3.^a ED.

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

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

ACTUAL SYSTEMA DO DIREITO CIVIL

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

ges Carneiro (17), na exposição do nosso Direito Civil, commum á Portugal e ao Brazil. Um primeiro Livro para as —*personas*—: o segundo para as —*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 estavam no Livro das Institutas—*de divisione rerum*—(18), foram transportadas para o Tratado das *obrigações*, á par dos outros contractos beneficicos.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3.ª ED.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

No Esboço do Codigo Civil os temos classificado deste modo :

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

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

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

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

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

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

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

3.ª ED.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(43) Vid. Themis Tom 6º pag. 49.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Agora por nós conhecidos esses Projectos, eis nosso juizo:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3.ª ED.

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

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

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

3.ª ED.

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

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

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

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

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

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

3.^o ED.

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

3.^o ED.

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

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

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

3.ª ED.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3.ª ED.

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

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

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

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

3.ª ED.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(76) Art. 42 Consolid.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(83) É bem conhecida a antiga maxima ---*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 havêr especies (84).

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

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

3.ª ED.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3.ª ED.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(98) Art. 1743 Cod. Franc.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(107) *Louage* n. 491.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(136) Marezoll Obr. cit. § 105.

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

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

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

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

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

3.ª ED.

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

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

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

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

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

O direito não pôde existir sem a acção, do mesmo modo que a acção não existe sem o direito. A fórma da acção porém pôde existir sem a acção, e sem o direito. Têr um direito, têr 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) *Theor. de la Proced. Civ.* Cap. 5º pag. 55.

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

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

Não será isto encarar o *direito real* sómente em relação ao dominio? Não será confundir um direito *necessario* com direitos *contingentes*? Não será desconhecer, que o meio ou a fórmula de acção não é o mesmo, que o direito de acção? Ha direitos naturaes, que a razão concebe antes da lei, e neste caso está o dominio, ou a propriedade, com as justas faculdades, que lhe-ão inherentes. Ha direitos passíveis, creados pela lei (143); e taes são 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 observamos, que essas faculdades se-exercem nas cousas de outrem sem haver direito real. (144).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3.ª ED.

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

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

(149) Obr. cit. § 66 pag. 72.

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

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

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

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

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

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

3.ª ED.

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

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

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

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

3ª ED.

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

c. l. c.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(173) Obr. cit. Cap. 3º.

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

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

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

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

(175) Mainz Dir. Rom. § 91.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3.ª ED.

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

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

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

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

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

APPLICAÇÃO DE PRINCIPIOS

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

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