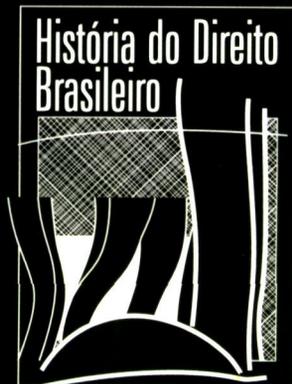


Direito Civil

# Curso de Direito Civil Brasileiro Vol. I

Antonio Joaquim Ribas

História do Direito  
Brasileiro



2

### ***Senado Federal***

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

### ***Superior Tribunal de Justiça***

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



Direito Civil

# Curso de Direito Civil Brasileiro

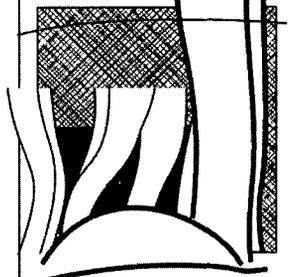
Vol. I

Antonio Joaquim Ribas

Obra fac-similar

Prefácio de  
Antônio de Pádua Ribeiro

História do Direito  
Brasileiro



Brasília  
Junho/2003

### *Conselho Editorial*

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

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

### *Coleção História do Direito Brasileiro - Direito Civil*

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

### *Comissão Organizadora do Superior Tribunal de Justiça*

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

### *Projeto Gráfico*

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

---

Ribas, Antonio Joaquim, 1820-1870.

Curso de Direito Civil brasileiro / Antonio Joaquim  
Ribas ; prefácio de Antônio de Pádua Ribeiro. -- Brasília :  
Senado Federal, Conselho Editorial, 2003.  
2 v. -- (História do direito brasileiro)

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

## Coleção *HISTÓRIA DO DIREITO BRASILEIRO*

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

Os dez livros dedicados ao Direito Penal incluem:

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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



Ministro Nilson Naves  
Presidente do Superior Tribunal de Justiça

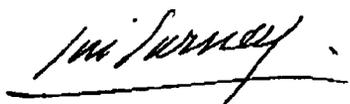




## Nota do Editor

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

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



Senador José Sarney  
Presidente do Conselho Editorial do Senado Federal





## Prefácio

Digna de encômios, sob todos os aspectos, a iniciativa do Senado Federal e do Superior Tribunal de Justiça de editarem, em parceria, esta “História do Direito Brasileiro”, cujo segundo volume da parte concernente ao Direito Civil tenho agora a honra de apresentar ao público.

Em um País como o nosso, comumente acusado de não possuir memória, um empreendimento como esse faz-se urgente e indispensável pelo contato que propicia aos historiadores e aos operadores do Direito com insignes mestres que souberam honrar a sua cátedra, exercendo-a com integridade, erudição e coragem cívica, em momentos difíceis da afirmação da nossa nacionalidade.

Esse proceder mais, ainda, se justifica neste momento, em que o mundo e a nossa Pátria passam por um período conturbado, repleto de indefinições e dúvidas relacionadas com a legitimidade dos Poderes do Estado, sob o enfoque da sua aceitação pela sociedade a que servem.

Ao contrário do direito tradicional, *“o direito contemporâneo, emancipado do Estado, excede sempre naquilo que lhe é estabelecido, e a justiça, notoriamente constitucional, coloca-se como espaço de arbitragem permanente entre o ideal da vontade de viver em sociedade e a dificuldade da ação política”*.<sup>1</sup>

O tempo é, pois, de reflexão. Por isso mesmo, conhecer a vida e os ensinamentos dos grandes vultos do passado irá, com certeza, contribuir para aviventar princípios e regras que, adequados à realidade atual, possam ajudar no equacionamento das dificuldades presentes, com a tomada de medidas, para superá-las, consentâneas com as raízes plantadas pelos nossos antepassados.

Nesse contexto, é de grande valia debruçar-se sobre a atuação do jurista e professor Antonio Joaquim Ribas, o Conselheiro Ribas, que, desde moço, fez do amor ao estudo e da busca do saber suas qualidades mais marcantes.

O notável mestre é mais conhecido pela obra e pela atividade docente, sendo poucas as achegas que os seus principais biógrafos trazem sobre a sua vida privada.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> GARAPON, Antoine. *O Juiz e a Democracia: o guardião das promessas*, Rio de Janeiro: Revan, 1999, p.50.

<sup>2</sup> STRENGER, Irineu. *Da Dogmática Jurídica - Contribuição do Conselheiro Ribas à Dogmática do Direito Civil Brasileiro*, 2ª ed., São Paulo: LTr, 1999, e AMERICANO, Jorge. *O Conselheiro Ribas*, São Paulo, 1944.

A própria data do seu nascimento é objeto de controvérsia. Tudo leva a crer, porém, que tenha vindo ao mundo no dia 23 de maio de 1818, segundo consta da certidão de batismo que integra o Arquivo da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco.<sup>3</sup>

Nascido no Rio de Janeiro, filho de Antonio Joaquim de Macedo e de Dona Maria Prudência Ribas, recebeu o nome de Simplício, que, no entanto, logo foi trocado para Antonio Joaquim, como o de seu pai, no ato da imposição do sacramento da confirmação.

De família modesta, praticamente nada se sabe sobre a vida do menino Antonio Joaquim Ribas, a não ser quando vamos encontrá-lo chegando a São Paulo, com cerca de 15 anos de idade, para cursar a Academia, num meio estudantil fervilhante do romantismo byroniano, que ali fez surgir os talentos precocemente dizimados de um Álvares de Azevedo e de um Fagundes Varela, colhidos no verdor da mocidade pelo terrível mal da época, fruto dos excessos boêmios e das idéias românticas dos estudantes-poetas de então.

No entanto, o moço Antonio Joaquim, descrito como *“um rapaz alto, espigado, forte, de cabelos escuros, barba já crescida, como de uso então, olhos pardos, fisionomia inteligente, tímido, fechado consigo, estudioso, interessado pelos problemas do espírito”*, embora contemporâneo desses jovens e precoces talentos românticos e literários, em que pese acusem-no de haver cometido alguns poemas, não se dedica às estudantadas e às troças, mas liga-se a um misterioso e enigmático estrangeiro, possivelmente alemão, chamado Júlio Frank, a quem ajuda a compilar uma *“História Universal”*, embora dos poucos exemplares dessa obra que chegaram até nós não conste seu nome como colaborador ou compilador.

Com Júlio Frank, que, mais que um amigo, foi um verdadeiro mestre, teve acesso à língua alemã, familiarizando-se não só com o romantismo filosófico, mas com as teorias jurídicas da Alemanha da primeira metade do século XIX, tendo possivelmente estudado no original nomes ainda desconhecidos no Brasil naquela época, como Rudolf Von Ihering e Windscheid, os êmulos mais diretos da Escola da Exegese, do francês Savigny.

Bacharelado em 1839 e doutorado no ano seguinte, logo depois de formado, com a morte de seu amigo e mentor intelectual Júlio Frank, em 1841, começa sua carreira de insigne professor, passando a lecionar, no lugar do mestre falecido, História Universal no Curso Anexo da Faculdade.

<sup>3</sup> STRENGER, Irineu, ob. cit., p. 39.

Dessa fase inicial de sua brilhante carreira de lente, disse um dos seus biógrafos:

*“O talentoso discípulo manteve-se na altura do ilustre mestre, e, com ele, segundo atestam cronistas contemporâneos, fez da história um estudo verdadeiramente científico, contribuindo com muita eficácia para o progresso da mentalidade brasileira.”<sup>4</sup>*

Arguto, metódico, inteligente, hábil na argumentação e preciso no raciocínio, além de lhan e cortês no trato pessoal, logo passou a reger, na Faculdade, muitas cadeiras, destacando-se, entre elas, a de Direito Eclesiástico, de Economia Política, de Direito Público e de Direito Administrativo.

Na última cadeira, aliás, recentemente introduzida no currículo escolar, registra-se que, não tendo o jovem professor um compêndio sobre o qual basear suas explicações, logo depois de sua nomeação, faltou três dias à aula, o que já lhe valeu, de plano, a antipatia dos alunos, que se prepararam para *“colocá-lo contra a parede”*, como então se dizia.

Mas eis que, no quarto dia, o mestre se apresenta e diz que de balde procurara um livro para servir de compêndio, razão por que havia organizado, nos três dias anteriores, alguns apontamentos, que iria apresentar aos alunos para copiarem. Tirou-os do bolso e começou a lê-los e explicá-los. Ao final da aula, estava aceito e respeitado pelos alunos; esses seus apontamentos resultaram posteriormente em sua conhecida e louvada obra *“Direito Administrativo Brasileiro”*, editada em 1866 e adotada como compêndio nas Faculdades de Direito do Recife e de São Paulo.

Esse era Antonio Joaquim Ribas, o Conselheiro Ribas, título honorífico que lhe foi concedido perto de sua aposentadoria. Nele, como disse um de seus ilustres alunos, não se sabia o que mais admirar: se a inteligência privilegiada, o raciocínio rápido e preciso ou a cultura sólida e coerente.

Mas é sobretudo no campo do Direito Civil que o Brasil mais deve ao Conselheiro Ribas. Sobre seu *“Curso de Direito Civil Brasileiro”*, praticamente a primeira obra a realizar a sistematização do Direito Civil em nosso País, assim opinou o ilustre Cândido de Oliveira em nota preambular à terceira edição:

*“Rara clarividência jurídica; amplo conhecimento da História e das fontes, vastíssima erudição, ao lado da vernaculidade da oração e da elegância do estilo – são os predicados que, prima facie, asseguram ao livro de Ribas um lugar de honra na nossa tão minguada bibliografia jurídica.”*

<sup>4</sup> NOGUEIRA, José Luiz de Almeida. *Tradições e Reminiscências*, apud Irineu Strenger, ob. cit., p. 50.



*de uma das três grandes divisões do Direito Civil.”<sup>7</sup> E acrescenta: “Assim, o Direito hereditario acha-se inteiramente ligado ao Direito de familia, porque é um dos corollarios do principio que o filho continúa a personalidade do pai depois da morte deste, transmite-a aos seus proprios descendentes, e dest’arte a perpetúa no seio da humanidade. Liga-se tambem ao direito das obrigações, porque nos casos de successão testamentaria, é o resultado do concurso livre da vontade do testador que transmite a herança, e do herdeiro que a aceita; entretanto, em si mesmo é o complexo dos direitos reaes e dos das obrigações, que o defunto possuía, e depois possui o herdeiro, e assim pertence elle simultaneamente ás três divisões do Direito Civil.”<sup>8</sup>*

Ao adotar o seu sistema classificatório, perquiriu sobre as diferenças das relações regidas pelos preceitos que constituem a legislação civil, bem como de onde eles emanam.

Assim justifica o Direito de Família:

*“Para que os individuos se liguem estreita e indissolvelmente á humanidade, e exerçam perfeitamente as funcções que lhes cabem como órgãos della, precisam completar-se pela união com outros de sexo differente, união que é a condição da sua reproducção, e consequentemente da sua perpetuidade no seio da humanidade. Assim, a familia é o organismo elementar do Estado e da humanidade; os individuos se ligam a estes por meio della.*

*A familia não repousa, pois, somente sobre o elemento legal, e sim tambem sobre os elementos natural e moral; e tão larga influencia tem estes, que grande parte das relações de familia é por elles exclusivamente regida. Nem o elemento jurídico estende-se a mais do que a determinar as condições sob as quaes essas relações nascem, desenvolvem-se, e as influencias que o direito dos bens soffre em relação ás três grandes instituições de familia, – o casamento, o pátrio poder, e o parentesco. As regras, em que se desenvolve e applica o elemento juridico da familia, têm pois character especialissimo, distincto do das mais regras juridicas, e constituem naturalmente uma das grandes divisões do Direito Civil, o Direito de familia.”<sup>9</sup>*

<sup>8</sup> Ob. cit., p. 209-210.

<sup>9</sup> Ob. cit., p. 207.

E, quanto ao Direito das Coisas, esclarece:

*“Completado, porém, o homem por meio da família, precisa submeter à sua vontade e assimilar-se parte do mundo exterior, sem o que não poderá preencher o seu fim na terra, e nem sequer existir por um momento. O acto pelo qual o homem subordina o fim das cousas ao seu, ou estabelece o seu império exclusivo e absoluto sobre ellas, é o que se denomina appropriação; e o direito que sobre ellas adquire – propriedade.*

*Mas este império absoluto da vontade humana sobre as cousas pôde desmembrar-se em direitos diversos, que, sob a denominação de jura in re, formam outras tantas instituições particulares, e podem residir em pessoas diferentes.*

*Assim, as relações que ligam entre si os varios sujeitos desses jura in re, têm character especial, bem como as que os ligam, ou ao pleno proprietario, para com todos os demais homens; este character é inteiramente negativo, é o dever que todos tem de respeitar o uso que cada um quizer fazer da sua propriedade, ou do seu jus in re. As leis que regem estas relações dos homens por intermedio das cousas ou o imperio pleno ou fraccionario do homem sobre as cousas constituem outra grande divisão do Direito Civil, que se pôde denominar o Direito das cousas.”<sup>10</sup>*

Finalmente, em seqüência, com logicidade, estrutura o Direito das Obrigações:

*“Mas se os homens se devessem limitar ás conquistas que cada um pôde directa e immediatamente fazer sobre o mundo exterior, sua acção se restringiria a estreito circulo, e se romperia um dos mais fortes laços da solidariedade universal, que os une como membros da humanidade, permaneceriam em eterna selvageria, e não poderiam realizar os gloriosos destinos que a Providencia lhes marcou.*

*Assim, porém, não succede; todos os homens, qualquer que seja o paiz que habitem, ou o tempo em que vivam, acham-se ligados pelos laços da permutação e da prestação gratuita de serviços, ou de serviços directos e pessoaes, – productos immateriaes, ou de serviços incarnados nas cousas, – productos materiaes. O acto pelo qual um individuo presta, ou promete prestar a outrem os seus serviços de qualquer das duas espécies, chama-se contracto. As relações provenientes dos contractos têm pois tambem character distincto, e é que estendem a esphera de nossa livre actividade, não já*

<sup>10</sup> Ob. cit., p. 207-208.

*directamente sobre o mundo fatal, mas sobre outros entes livres, iguaes a nós, e só por intermedio destes, algumas vezes, sobre as cousas materiaes.*

*Não tratamos agora do caso em que, contrariando a natureza, attrahimos para essa esphera a pessoalidade inteira de outros entes livres, e estabelecemos sobre elles o nosso imperio absoluto, porque então ficam elles despessoalisados, reduzidos ao estado de cousas, e denominam-se escravos. Tratamos somente dos casos da subjeição, parcial e livremente consentida, de uma pessoa á vontade alheia, subjeição esta que, na phrase do Direito Romano, se denomina obrigação.*

*É manifesto que as relações, que emanam das obrigações, distinguem-se perfeitamente das que prendem entre si os membros da familia, e das que ligam os homens ás cousas, ou uns aos outros por meio destas; devem pois formar grupo distincto, e as leis que as regem a terceira grande divisão do Direito Civil, que se denomina Direito das obrigações.”<sup>11</sup>*

Anota, com percuciência, o Professor Irineu Strenger o quanto foi determinante a formação intelectual do Conselheiro Ribas para a sua sistematização do Direito Civil. Acrescenta que a preocupação sistemática do Conselheiro denotava as impregnações do Direito Natural na sua formação, ao mesmo tempo em que se esforçava por não perder o rigorismo científico da unidade lógica de sua obra.

A propósito desse rigorismo científico, Ribas, após definir a jurisprudência, segundo a etimologia, como “*a ciência teórica e prática do direito, ou a ciência do direito unida ao hábito de applicá-lo*”, atribui-lhe os seguintes elementos:

*“I. A dogmática do direito, ou o conhecimento do direito realmente existente em certa nação, e do verdadeiro sentido de seus textos.*

*II. A philosophia do direito, ou a critica do direito positivo, segundo os principios do direito racional, ou da sciencia philosophica do direito.*

*III. A historia do direito, ou o conhecimento das fontes do direito e das transformações por que tem passado no decurso dos seculos.*

*É manifesto, pois, que a jurisprudencia não se pôde aprender só com a leitura, por mais meditada que seja, dos textos legislativos: são-lhe indispensaveis certos estudos propedeuticos e auxiliares, de que adiante trataremos.*

<sup>11</sup> Ob. cit., p. 208-209.



*A pratica ou applicação do direito consiste:*

*I. Em responder ás consultas, expondo os principios do direito, applicaveis ás especies propostas, e os meios de evitar quaesquer prejuizos e nullidades nos negocios e actos forenses.*

*II. Em propôr, e defender acções em juizo, afim de realizar os direitos dos clientes com o auxilio da autoridade publica.*

*III. Em decidir, como juiz, as questões affectas á sua jurisdicção. Aquelle que apenas conhece as leis, mas não sabe interpretal-as, chama-se leguleio; o que as conhece e interpreta exactamente, mas não as applica, denomina-se jurisperito; o que apenas possui a méra pratica de applical-as, sem sabêl-as bem interpretar, nem conhecer a sua theoria scientifica, chama-se rabula; o jurisconsulto ou jurisprudente é o que reune a sciencia do direito á pericia na sua applicação.”<sup>12</sup>*

Foi essa visão e esse rigor técnico que imprimiu, com coerência lógica, no seu *Curso de Direito Civil*, adequando conceitos, regras e princípios, contidos nas Ordenações Filipinas, nos alvarás, resoluções, leis e decretos recebidos de Portugal, às novas exigências da sociedade, contribuindo, vigorosamente, com seus estudos, para a sistematização do nosso Direito Civil e, mais tarde, para a promulgação do Código Civil recentemente revogado.

O Conselheiro Antonio Joaquim Ribas integra aqueles luminares que, com seus profundos conhecimentos jurídicos, colaboraram na construção da estrutura da nossa ciência jurídica, ligando o passado ao presente, no constante esforço de adaptá-la ao seu tempo, sem olvidar as suas raízes. No seu prefácio ao livro “*A Propriedade*”, de José de Alencar, após resumir, com grande sensibilidade, aquelas raízes, concluiu:

*“Ora, a summa da historia da humanidade consiste na ascensão das classes inferiores á liberdade, ao gozo, á luz; e esta ascensão importa a depuração e o alargamento do Direito.*

*Nós vivemos em um periodo em que a evolução sociologica se accelera e se accentua profundamente.*

*As classes nobres, descendentes dos heroicos fascinoras, dos preclaros barões-salteadores, dos homens de ferro banhados de sangue humano, estão extinctas ou degeneradas submergem-se na obscuridade.*

<sup>12</sup> Ob. cit., p. 25-26.



*O fetichismo das realezas se abumbra entre os novellos de fumo e as nuvens de poeira, erguidas pelo dynamite.*

*O capital impiedoso, assediado pelas miserias das massas operarias, é obrigado a parlamentar, sob a mediação do poder social.*

*A propriedade immovel cede a antiga primazia á propriedade movel, e se esforça por transformar-se, acompanhando a esta em sua mobilidade.*

*O solo se liberta dos pesados encargos, accumulados nos seculos passados, e por toda a parte tende a fraccionar-se.*

*A constituição da familia se modifica.*

*A mulher aspira a igualar o marido no seio da sociedade domestica, e até a intervir na direcção da sociedade politica.*

*O poder social limita o patrio poder por um lado, impondo a instrucção obrigatoria e intervindo na constituição e distribuição desta; por outro, restringindo a transmissibilidade da herança necessaria.*

*As relações juridicas, em geral, se despem de vãos formulismos, se ampliam e se depuram sob a influencia do principio da equidade.*

*José de Alencar bem comprehendeu as forças dynamicas que actuam sobre a sociedade, e em serviço dellas poz o seu grande talento."*

Em verdade, o juízo que fez sobre José de Alencar vale para ele próprio, pois, para quem, como ele, tinha a consciência do mundo, talento era o que sobrava.

O Conselheiro Ribas faleceu em Petrópolis, possivelmente aos 71 anos de idade, no dia 22 de fevereiro de 1890, quase esquecido em São Paulo.<sup>13</sup> A sua obra, todavia, permanece. Em especial, a relativa à sistematização do nosso direito civil e ao estabelecimento de sua teoria fundamental e geral, que ora se coloca ao alcance dos operadores do Direito, dos historiadores e do público em geral.

O contato com grandes vultos da história da Pátria, como o de Antonio Joaquim Ribas, permite melhor compreender a grandeza de nossa Nação e a necessidade de, pela imitação diária de seus exemplos, contribuir para um Brasil mais próspero, mais justo e mais igualitário, que se imponha ao respeito dos outros povos pela pujança de sua cultura e pela honorabilidade de seus homens públicos.

*Ministro Antônio de Pádua Ribeiro*

<sup>13</sup> STRENGER, Irineu, ob. cit., p. 60-62.



**CURSO**  
**DE**  
**DIREITO CIVIL BRASILEIRO**

---

**I**

**INTRODUÇÃO AO ESTUDO DO DIREITO CIVIL**

---

**PELO CONSELHEIRO**

**DR. ANTONIO JOAQUIM RIBAS**

—  
**TOMO I**



**RIO DE JANEIRO**

**B. L. GARNIER — LIVREIRO-EDITOR**

71 Rua do Ouvidor 71



**1880**

## ADVERTENCIA.

---

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

## PREFAÇÃO DA 1.ª EDIÇÃO.

---

Sabendo que as nossas prelecções erão stenographadas por alguns distinctos alumnos, e publicadas pela lithographia : e attendendo que não podião deixar de escapar omissões e erros em notas rapidamente tomadas e no mesmo dia lithographadas, deliberamos revê-las e refundilas segundo as exigencias de um methodo mais perfeito do que o do compendio que nos servia de thema.

Como porém seria nimiamente extenso este trabalho para dál-o completo, resolvemos publicar desde já o seu começo que constitue a *parte geral* do nosso *Curso de Direito Civil*. Nesta mesma parte supprimimos o ultimo capitulo relativo aos *factos*, afim de apressarmos a publicação de modo a poder servir no nosso proximo curso.

Deficiente como é o nosso Direito patrio, especialmente em relação ás noções geraes que são o objecto deste trabalho, forçoso nos foi

recorrer frequentes vezes aos fragmentos homogêneos das fontes subsidiárias.

Quão difícil é sobre tais bases erguer edifício simétrico, ninguém há que desconheça; não nos lisonjeamos de tê-lo conseguido; mas esperamos que se nos leve em conta esta dificuldade, bem como o nosso esforço para vencê-la, e concorrer para o desenvolvimento da Jurisprudência nacional.

O AUTOR.

## PREFACÃO DA 2.ª EDIÇÃO.

---

O benévolo acolhimento que do publico illustrado receberão os dous primeiros volumes do nosso *Curso de Direito Civil Brasileiro*, animou-nos a dar esta 2.ª edição.

Nella, porém, não nos limitamos a! expurgar o texto de alguns erros typographicos que havião escapado na 1.ª edição; melhoramos a coordenação logica das materias, passando para o primeiro volume alguns capitulos que lhe pertencião, mas que pela pressa com que foi dada aquella edição, se achavão no segundo, fizemos-lhes numerosos e importantes addimentos, e damos uma parte inteiramente nova sobre a *noção, classificação e phases dos direitos* e sobre os *factos, em geral, os actos juridicos e os actos illicitos*.

D'est'arte julgamos haver completado a *theoria fundamental e geral* do Direito civil patrio, *theoria* que contem em si a chave da so-

lução de todos os problemas juridicos, que na practica se offerecem, por mais intrincados e arduos que sejam.

Sem o conhecimento profundo desta theoria ninguem pode aspirar ao honroso titulo de jurisconsulto, e nem exercer digna e satisfactoriamente a nobre profissão de advogar ou de julgar.

Attendendo a que, na litteratura estrangeira, raros são os escriptores que preencherão o vasto quadro que nos traçamos nesta obra e que, na litteratura patria, nenhum o fêz, tratando alguns apenas de uma ou outra questão mais ou menos perfunctoriamente, acreditamos haver, com esta edição, prestado verdadeiro serviço á jurisprudencia patria.

Rio de Janeiro, 12 de Abril de 1880.

O AUTOR.

# CURSO DO DIREITO CIVIL BRASILEIRO

---

## INTRODUÇÃO AO ESTUDO DO DIREITO CIVIL

---

### TITULO I

#### **Da sciencia do Direito Civil**

#### CAPITULO I

#### DO DIREITO EM GERAL

#### § 1.º

#### *O direito : I. Noção historica.*

Desde os mais remotos tempos a que podem chegar as tradições historicas, encontramos sempre o direito, como elemento essencial da vida social.

Nas, nações primitivas da Asia a noção do direito apparece confundida com as de moral e religião, e como estas realizava-se desigual e hyerarchicamente por meio da instituição de castas hereditarias.

Mas, desde que a theocracia succumbio á supremacia militar, e se fundárão as grandes monarchias do periodo ante-christão, o nivel do despotismo igualou todas as castas na mais completa sujeição : então todo o direito reduzio-se ao arbitrio absoluto do monarcha, e toda a moral á obediencia absoluta dos subditos.

Tambem primitivamente entre os Gregos a noção de direito achava-se intimamente ligada á de religião (1). Heraclito dizia que as leis humanas derivão-se das divinas ; e Archytas que para o direito lesado acha-se auxilio tanto no juiz, como no altar, e portanto, que não ha entre estes differença.

Desde que, porém, nesse povo illustre comecçou a degenerar a vida publica, surgio uma doutrina diametralmente opposta. Os sophistas sustentarão que o justo só emana das determinações ou do arbitrio dos governantes ; e consequentemente, que póde cada um torcel-o, quando não quebral-o, em prol dos seus interesses, e elles propunhão-se a ensinar como se enfraquecem as mais fortes provas.

---

(1) Fr. von Raumer — Ueber die geschicht. Entwickel der Begriffe von Recht, Staat und Politik, vb. Griechen ; Lerminier — Intr. Gén. Cap. 2.

Socrates combateu energicamente a funes ta influencia desta eschola, e ensinou o respeito ao direito estabelecido ; mas nem todos os seus discipulos se conservárão fieis á sua doutrina ; alguns se afastárão della em sentidos oppostos.

Assim, emquanto Anthistenes, exaltando a força e dignidade da virtude, queria, para alargar a liberdade, romper os laços que unem os homens á familia e ao Estado, e isentalos do jugo das leis civis, Aristippo, collocando o bem supremo nos prazeres ephemeros, só reconhecia os costumes e as leis positivas como fontes do direito, e legitimava a sua infracção sempre que houvesse ensejo.

Segundo Platão a justiça é o complexo harmonico de todas as virtudes ; segundo Aristoteles é a pratica dellas manifestada por actos externos, em relação aos demais homens ; no sentido estricto a justiça é a virtude pela qual cada um recebe o que é seu (nos bens externos).

Aristoteles distingue a justiça correctiva da distributiva. A primeira, que mais tarde denominou-se commutativa, attende ao *quantitativo*, ao *mais* de um e ao *menos* de outro, e determina-se por uma relação arithmetica. A

segunda attende ao qualitativo, aquilata o me-  
recimento, e distribue-se, segundo uma rela-  
ção geometrica.

Elle descrimina o direito natural, do po-  
sitivo (*φυσικόν* e *νομικόν*) ; a lei particular, escripta  
ou não escripta, que cada povo estabelece para  
si, e a lei commum, que cada um conhece  
por inspiração interna, — o justo e injusto uni-  
versalmente estabelecidos pela natureza.

Os Gregos não distinguão, pois, perfei-  
tamente o direito da moral, nem comprehen-  
dião o primeiro no seu sentido subjectivo, ou  
ao menos não possuíão na sua technologia  
juridica palavra que o exprimisse. A expressão  
— *τὸ δίκαιον* — é puramente objectiva, designa  
o estado das relações juridicas como já esta-  
belecido, e uma ordem positiva de cousas em  
que os homens se encontrão, sem que possam  
invadir reciprocamente as alheias espheras. A  
idéa de lei entre elles prende-se á de igual-  
dade, divisão, equilibrio ; por isso a expressão  
pela palavra — *νόμος* (2).

---

(2) Fr. von Raumer cit., vb. *Platon e Aristotelis* ; Lerminier, *Philos. du Dr.*, Cap. 1—3 ; Toul-  
lier — *Le Dr. Civ. Fr.* ; Molina — *De just. et jur.*  
Tr. 1 Disp. 12 De *divisione justitiæ*, etc.

Entre os Romanos a noção do dever revestia-se da fôrma austera do genio nacional. *Lex horrendi carminis erat* (3). Nos tempos primitivos o direito — *jus* — era o preceito imperativo e absoluto do patriciado, a ordem inflexível — *jussum* — que ainda nas leis das XII Taboas se exprimia sob a mais aspera formula (4).

Desde que, porém, o plebeiado invadio os mysterios da sciencia etrusca, e a philosophia e costumes hellenicos se diffundirão em Roma, o direito começou a mitigar-se nos editos annuos dos pretores, e nas respostas e escriptos dos jurisconsultos. Procurou-se então fundar o direito, não já na vontade e na força da autoridade, mas na razão.

O jurisconsulto Paulo basêa o direito civil na utilidade geral — *quod omnibus aut pluribus in quacumque civitate utile est*, e o direito natural na equidade e no bem — *quod semper æquum ac bonum est, jus dicitur* (5).

---

(3) Tit. Livio.

(4) Ortolan, Expl. hist. des Inst. Gén. P. I. T. Prélim.

(5) Fr. II D. De just. et jur. (I, 1).

Segundo a definição de Celso, referida por Ulpiano — *jus est ars boni et æqui* (6).

Esta tendencia philosophica do direito desenvolveu-se a tal ponto, que os mais distinctos jurisconsultos antepunhão os preceitos do direito racional aos do positivo, como se vê de diversos fragmentos (7); e os mesmos Imperadores Constantino e Licinio, em uma

---

(6) Fr. 1 princ. D. cit. De just. et jur.

(7) Paulo fr. 14 D. De leg. (1, 3) — Quod vero contra rationem juris receptum est, non est producendum ad consequentias; e fr. 90 De reg. jur. (L. 17) — In omnibus quidem, maxime tamen in jure, æquitas spectanda sit.

Juliano fr. 15 D. De leg. cit. — In his, quæ contra rationem juris constituta sunt, non possumus sequi regulam juris.

Modestino fr. 25 D. De leg. cit. — Nulla juris ratio, aut æquitatis benignitas patitur, ut quæ salubriter pro utilitate hominum introducuntur, ea nos duriore interpretatione contra ipsorum commodum producamus ad severitatem.

Celso fr. 39 D. De leg. cit. — Quod non ratione introductum, sed errore primum, deinde consuetudine obtentum est, in aliis similibus non obtinet.

Marcello fr. 183 D. De reg. jur. (L. 17) — Etsi nihil facile mutandum est ex solemnibus, tamen ubi æquitas evidens poscit, subveniendum est.

de suas constituições (8) sancionarão este principio — *Placuit, in omnibus rebus præcipuam esse justitiæ æquitatisque quam stricti juris rationem.*

Os Romanos não tinham idéas bem precisas ácerca das raias que separam a moral do direito. Se por um lado Paulo e Modestino os distinguem e reconhecem a maior extensão da moral, em relação ao direito, quando diz o primeiro : — *Non omne, quod licet, honestum est* ; e o segundo : — *semper in conjunctionibus non solum quid liceat considerandum est, sed et quid honestum sit* (9); por outro lado Celso parece confundil-os, quando define o direito — *ars boni et æqui*, — e Ulpiano, quando o reduz aos tres principios fundamentaes, *honesté vivere, alterum non lædere, suum cuique tribuere* (10).

Posto que comprehendessem a differença dos deveres exigiveis e não exigiveis, davão-

---

(8) Const. 8 Cod. De Jud. (III, 1).

(9) Fr. 42 D. De ritu nupt. (XXIII, 2) ; frs. 144 e 197 D. De div. reg. jur. ant. (L., 17).

(10) Fr. 10 § 1 D. De just. e jur. (I, 1); § 3 Inst. ejusd. tit. (I, 1), V.º Savigny — Tr. de Dir. Rom. § 59, not. t.; Ortolan cit. loc.

lhes a denominação commum de *officium*, e não consideravão à sua exigibilidade como o principal caracter do direito.

A palavra *obligatio* não tinha a mesma amplitude de deveres exígiveis ou juridicos, como na technologia moderna a palavra—obrigação, e só exprimia relações entre pessoas determinadas, pelas quaes umas são obrigadas a certas prestações para com outras (11).

Tambem chamavão *obligatio* o facto que serve de fundamento a este direito (12), e ao respectivo titulo (13).

Estas idéas, porém, cahirão no esqueci-

---

(11) Inst. pr. De oblig. (III, 13) — *Obligatio est jures vinculum, quæ necessitate adstringimur alicujus solvendæ rei, secundum nostræ civitatis jura.*

Paulo fr. 3 D. De oblig. et act. (XLIV, 7) — *Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum aut servitatem nostram faciat, sed ut aliun nobis obstringat ad dandum aliquid, vel faciendum, vel præstandum.*

Sobre a fórmula sacramental do objecto das obrigações—*dare, facere, præstare*, vide Gaio—Comm. 4 § 2; Paulo fr. 37 pr. D. III, 1; Ulpiano fr. 3 § 6, XIX, 1.

(12) Ulp. fr. 19 D. De verb. signif. (L, 16).

(13) Const. 7. Cod. VIII, 21.

mento, quando as ondas da invasão dos barbaros se desenrolarão por sobre as provincias desmembradas do imperio occidental; pareceu que a idéa do direito ia submergir-se no geral cataclysmo da civilisação romana, e em substituição della enthronisar-se a idéa de força violenta e brutal.

Mas, o direito é condição essencial da vida dos povos; no fundo desse chãos social jazião latentes principios de ordem, que impedirão que a vida social se extinguisse inteiramente.

Com effeito, os vencedores trouxerão das florestas de sua patria um direito nacional, direito singelo e barbaro como os costumes em que se fundava; e os vencidos, por muito tempo se regêrão pelas tradições das leis romanas.

Não podendo então excluir o dominio da força, o direito regularisou-o ao menos, e estabeleceu certa ordem nas sociedades barbaras — o feudalismo.

Assim, nesses mesmos tempos calamitosos, em que a força se estadeava na plenitude do seu orgulho e insolencia, o direito pairava acima della, e com psalio invisivel a refreava.

Mais tarde foi elle beber nas fontes vivas

do romanismo, novas forças para a luta immortal. As collecções justinianas forão estudadas com soffrego ardor, evocadas com supersticioso acatamento as opiniões dos jurisconsultos romanos, para solverem questões de uma sociedade inteiramente differente daquella onde vivêrão, e executadas com servil obediencia as leis dos Cesares, pelos descendentes dos que lhes despedaçárão o sceptro, e partilhárão os imperiaes despojos.

Mas o romanismo, por maior que seja o seu valor, não podia consubstanciar-se com o direito, de sorte que se lhe tornasse uma fórma eterna e immutavel. A civilisação moderna devia, pois, aspirar por outras fórmas do direito que melhor se harmonisassem com os elementos que a constituem.

Com effeito, a razão, repellindo a autoridade absoluta dos jurisconsultos romanos, foi procurar nas regiões da especulação doutrinas mais puras e elevadas. É pelo duplo estudo dessas theorias, e das condições historicas de cada nação, que se póde chegar a conceber as novas fórmas de que nellas se deve hoje revestir o direito.

§ 2.º

*O direito : II. Noção philosophica.*

O direito manifesta-se na historia como uma força viva, que germina no seio dos povos desde a sua idade primitiva, que se desenvolve e transforma no tempo e no espaço, segundo uma lei de logicas evoluções.

Mas, além desta manifestação historica, elle revela-se á nossa consciencia como affirmacão multipla, já da razão espontanea e reflectida, já do sentimento e do dogmatismo religioso.

Com effeito, em presença dos actos humanos, apparece espontaneamente na razão, a idéa do direito, como um principio qualificador desses actos, e sentimos a necessidade irresistivel de julgal-os, segundo este principio,— como justos ou injustos (1).

Mas esta affirmacão da razão espontanea encontra na reflexão seguro apoio ; por uma serie de argumentos rigorosos, esta chega a

---

(1) Cousin—Intr. à l'hist. de la Philos., Leç. 1 ; Ahrens — Dr. Nat. P. Gen. Cap. 2 § 2 ; Thiercelin — Essais de litterat. P. 2, Cap. 1, etc.

demonstrar incontestavelmente a verdade daquella afirmação.

Da ordem que reina no mundo physico, deduzimos, como consequencia logica, a do mundo moral; não é na verdade possível, que a parte mais elevada e perfeita da criação esteja privada della. O principio creador não pôde deixar de presidir á toda a sua obra, e a anarchia ainda é mais difficil de conceber-se no mundo da liberdade, do que no da fatalidade.

Como, porém, se concilia o principio de liberdade com o de ordem providencial?

É este um dos mais arduos problemas de que a philosophia (2), a theologia (3) e a historia (4) têm tratado, mas cuja discussão fôra inteiramente estranha ao nosso assumpto.

---

(2) Cousin, cit. Leç; Jouffroy — Cours de Dr. Nat. Leç. 5; Ahrens cit. P. sp. 1 Dir. Sect. 1, Cap. 3 § 2, etc.

(3) Maffei — Hist. theol., dogm., et opin. de divina gratia; Bergier — Diction. de theol. vb. *grâce, prédestination, arminiens*, etc.; Liguori — Du grand moyen de la prière. P. 2 Cap. 2, e Hist. des hérés. Ref. 11 § 7; Sarpi — Hist. du Conc. de Trente L. 2, LXXV; Perrodil — Diction. des hérés. vb. *Prédestinationisme*, etc.

(4) Guizot — Hist. de la civil. en France; B.

Assaz é lembrarmos que, se a consciencia nos dá a profunda affirmação da lei divina da ordem moral e juridica, dá-nos igualmente a inabalavel affirmação da nossa liberdade, que se confunde com a da nossa propria actividade e existencia ; de sorte que o homem tem ao mesmo tempo consciencia da sua existencia e da sua liberdade.

A ordem providencial se realiza, no mundo moral, por intermedio da liberdade. O homem a conhece, e se lhe submete voluntariamente, cooperando assim conscienciosa e livremente para a realização do plano divino : esta é a sua gloria e o seu titulo de superioridade em toda a criação. No mundo physico, pelo contrario, ella se realiza com o character de céga e irresistivel fatalidade ; o merito e o demerito ahi não são possiveis.

Este principio de ordem, que comprehende toda vida da humanidade, todas as multiplas relações das fracções e individualidades que a compoem, é a noção fundamental da lei moral e juridica (5).

---

Constant De la relig. L. 7 Cap. 7, L. 9 Cap. 5 ;  
Boucher — Intr. à la science de l'hist. L. 1 Cap.  
2 e seg., etc.

(5) Alem do sentido elevado, em que aqui

O direito, porém, não se manifesta sómente ao homem por ueio da razão no modo espontaneo e reflectido de sua actividade ; elle se revela tambem pela sensibilidade hyper-

---

tomamos a palavra Direito, isto é, como o principio de ordem applicado ao mundo da liberdade (V. o § seg.), ella tambem costuma ser empregada para exprimir :

1.º, os corollarios praticos que se deduzem deste principio, isto é, as leis.

2.º, as collecções de leis de um paiz, ex.: — Direito Romano, etc.

3.º, as collecções de leis relativas a certas materias, ex.: — Direito civil, criminal, etc.

4.º, a sciencia que tem por objecto as leis em qualquer de suas divisões (V. Cap. 2 huj. tit., e Cap. 1 do tit. 3.º).

5.º, as faculdades concedidas pelas leis (sentido subjectivo) ex.: — direito de testar, etc.

6.º, os impostos ou quantias com que todos são obrigados a contribuir para as despezas publicas, ex.: — os direitos de importação, os de consumo, etc. (Ord. L, 2 tit. 11, 26, etc. D. n. 2647 de 19 le Set. de 1860 art. 504, etc).

Sobre os diversos sentidos da palavra — *Direito* — v. Molina — De just. et. jur. Tr. 1 Disp. 2, De variis juris acceptionibus, etc.; Vinn.— Jurispr. contr. In adita Cap. 1 ; Mourlon — Repet. sur le prem. exam. du Cod. Nap.; Falk — Jur. Encykl. § 6 ; Eschbach — Intr. Gen., n. 4 ; Foucart — Elém. de Dr. Publ. et Adm., Prolegom.

physica, posto que não de modo tão claro e preciso.

Com effeito, os actos conformes á lei moral e juridica, produzem em nós um sentimento agradável, emquanto os actos contrarios a ella provocão o sentimento opposto. O homem justo desperta a *sympathia* ou uma especie de attracção sentimental, emquanto o perverso gera a *antipathia* e a repulsão. A provocação ou condemnação, que de nossos proprios actos faz a consciencia, se reflecte na sensibilidade, em emoções de prazer ou de dôr, segundo esses actos são ou não conformes á lei proclamada pela razão (6).

Tambem o direito póde ser considerado elemento essencial das religiões. Na verdade, em todos os cultos, desde o unico verdadeiro — o catholicismo — até os mais grosseiros e informes, Deos se nos apresenta sempre como o supremo legislador, a fonte de todo o bem e da verdadeira justiça, e os grandes instituidores dos povos primitivos procurarão sempre

---

(6) Fr. von Raumer—Geschicht. Entwickel. der Begriffe von Recht, Staat und Politik. pag. 60 e seg.; Jouffroy—Dr. Nat., Leç. 16 á 20; Belime—Phil. du Dr. L. 1, Cap. 9.

collocar sua obra legislativa sobre a protecção da sancção divina (7).

A' imitação do legislador Hebrêo, a quem Jehovah se revelou na sarça ardente de Horeb, e deu as taboas da lei entre os relampagos do Sinai, Numa, o mythico legislador dos Romanos, recebe da mysteriosa Egeria divinas inspirações, e Lycurgo faz approvar pelo oraculo de Delphos as severas instituições que ideou para Sparta. O Zend-Avest (Vendidad) para os Medas e Persas, os livros acheronticos de Tagés para os Etruscos, os de Hermés para os Egypcios, os Vedas (leis de Manou) para os Hindos, e o Havamaal para os Scandinavos erão ao mesmo tempo monumentos de religião e de legislação.

Longe, porém, estamos de querer restaurar a escola sentimentalista de Smith, Shaftesbury, Hutcheson, Mackintosh, e Jacobi, ou a escola theologica de Filmer, de Maistre, Bonald e Stahl; nem se quer admittimos em sua integridade a doutrina da escola historica de Burke,

---

(7) Toullier—Le Dr. Civ. Fr., Tit. Prélim. Sect. 1, n. 8. Benjamin Constant—De la rél. L. 6 Cap. 3; Belime cit. L. 1. Cap. 4; Ch. Comte—Tr. de Lég. L. 1 Cap. 8; Fr. von Raumer cit. p. 53, 176, etc.

Hugo e Savigny, posto que tantas e tão importantes verdades contenha (8).

A noção do direito é por certo eminentemente racional, mas é incontestavel que ella se reflecte no sentimento, que é roborada pela religião, que vive e se desenvolve na historia; são fórmãs diversas de promulgação, de que se servio o divino legislador da humanidade, para que suas leis sejam bem conhecidas dos seres intelligentes e livres, para quem forão decretadas.

Muito se questionou outr'ora, se a idéa de direito se deriva da de justiça ou vice-versa.

Ulpiano (9) define a justiça—*constans et perpetua voluntas suum cuique tribuendi*,—definição esta que foi adoptada por Justiniano nas Institutas (10). Sustenta aquelle mesmo jurisconsulto (11), que o direito deriva-se da

---

(8) Sobre a critica destes systemas vid. Fr. von Raumer cit. vb. corresp.; Jouffr. cit. Leç. 6 á 20; Ahrens cit., Intr. Cap. 4 §§ 2 e 3; Belime cit. L. 1 Cap. 4 e 9; Ch. Comte cit. L. 1 Cap. 8; Falck cit. § 51, etc.

(9) Fr. 10 pr. D. De just. et jur. (I, 1).

(10) Pr. De just. et jur. (I, 1).

(11) Fr 1 pr. D. cit. loc.

justiça, opinião que, fundado na autoridade de Scipião, já anteriormente sustentára Cícero (12), e depois foi confirmada por Santo Agostinho (13).

Alguns jurisconsultos, como Soto (14) e Rævardo (15), defendêrão doutrina opposta; mas aquella foi sempre a mais geralmente seguida pelos jurisconsultos estranhos e patrios, como Molina (16), Suarez (17), Portugal (18), etc.

E' porém, evidente que a idéa de direito é absoluta, emquanto a de justiça é relativa. Com effeito, a primeira exprime racionalmente o principio fundamental da ordem no mundo da liberdade, emquanto a segunda exprime — a conformidade de alguma cousa com este principio, — ou do acto, ou da vontade, ou das proprias instituições humanas.

---

(12) De republica L. 4—Scipio dicit, jus ex justitiæ fontibus dimanare.

(13) De Civitate Dei L. 19 Cap. 22.

(14) De justitia, Gen. 1 art. 1.

(15) Variarum etc. L. 1 cap. 2.

(16) Cit. supra Tr. 1 Disp. 2 n. 2.

(17) De leg. L. 1 cap. 2 vers. *nihilominus*.

(18) De donat. reg. L. 2 cap. 1 n. 1.

Transportadas estas noções para a orbita do direito positivo, o direito é a traducção deste principio de ordem, feita pelo poder politico na lei; e a justiça é a conformidade com esta. Assim, é sempre esta idéa, que se deriva della

Tambem na linguagem usual muitas vezes se toma a palavra—justiça como synonyma de—direito, ou de—autoridade incumbida de realisar o direito.

### § 3.º

#### *Distincção do direito e moral.*

O principio de ordem universal abrange todas as relações e actos humanos; mas as diversas categorias dessas relações não estão expostas aos mesmos perigos da parte da liberdade humana, por cujo intermedio se realisa a ordem providencial; já pela estreita esphera em que se encerrão os effeitos da liberdade, já porque algumas dessas categorias estão resguardadas por sentimentos e instinctos que actuão poderosamente sobre a vontade.

Assim, as relações do homem para com o Creador e para consigo mesmo, achão-se

assaz protegidas pelas ineffaveis esperanças e mysteriosos terrores da religião, ou pelo principio do interesse proprio, de sorte que o exercicio da plena liberdade a respeito dellas não póde trazer em resultado profunda perturbação da ordem.

Quanto, porém, ás relações dos homens entre si, devemos observar que algumas estão intimamente ligadas ao principio da ordem, que, é preciso que sejam como que fatalizadas, para que a violação de umas não produza a perturbação de todas, e a dissolução da sociedade, que é meio indispensavel para a conservação e desenvolvimento do homem e a realização dos seus destinos sobre a terra ; emquanto a violação de outras dessas relações, posto que produza sempre alguma perturbação da ordem, não póde produzi-la em tão larga escala, nem com tão funestos resultados.

D'ahi vem a distincção do direito e da moral.

O principio de ordem, applicado ás relações humanas que podem e devem ser entregues á liberdade em seu pleno exercicio, constitue a moral. Este mesmo principio applicado ás relações humanas, que devem ser

sujeitas á coacção, ou como que fatalisadas, constitue o direito.

Não se pense, porém, que o exercicio da liberdade seja absolutamente illimitado quanto ás relações moraes ; a violação destas relações é sempre seguida de uma penalidade natural, e os seus resultados podem chegar a oppôr limite insuperavel á liberdade.

Assim, entre o direito e a moral ha os seguintes pontos de distincção :

I. Os deveres moraes estão sómente sujeitos á consciencia, isto é, o homem tem a liberdade de preenchê-los ou não, e só por elle é responsavel no fôro interno.

Os deveres juridicos ou as obrigações, dependem de um principio de coerção material externo, que constrange o homem a preenchê-los, ou a indemnisar a parte lesada pela sua violação, e pune em certos casos a seu infractor.

II. Na ordem dos factos moraes attende-se ao valor do principio subjectivo que os inspira, ou ao motivo dos actos.

Na ordem dos factos juridicos attende-se

á natureza destes factos, e as suas relações com o principio objectivo do direito.

III. Os preceitos moraes são absolutos e invariaveis; os preceitos juridicos são relativos e variaveis; os primeiros, são independentes das condições de lugar e tempo; os segundos, attendem a estas condições, que tanta influencia exercem sobre o desenvolvimento humano. (1)

Entendem alguns que entre a moral e o direito ha uma linha divisoria fixa e invariavel, quaesquer que sejam as transformações porque passe o individuo e a sociedade; outros, que a esphera da moral se vai sempre restringindo e a do direito ampliando, porque a consciencia publica, á proporção que se depura e fortifica, vai tornando exigiveis, pela coacção, deveres, que antes não o erão.

Não pensamos de nenhum destes dous modos; pelo contrario, entendemos que, á proporção que a civilisação progride, que a razão se esclarece, que os sentimentos se purificão, que a consciencia se fortalece, póde-se ir en-

---

(1) Ahrens — Cours de Dr. Nat., P. Gen. Cap. 2 § 4; Belime — Phil. du Dr. L. 1 cap. 1.

entregando, á sua alçada, muitos deveres que antes era indispensavel exigir pela coação, para que a ordem não soffresse graves perturbações. A historia comparada das legislações prova a verdade desta proposição.

Se confrontarmos entre si os deveres juridicos e moraes chegaremos aos seguintes resultados :

I. Tudo quanto é ordenado ou prohibido pelo direito tambem é ordenado ou prohibido pela moral; porque esta prescreve a todos, como dever de consciencia, preencher as obrigações juridicas.

II. Nem tudo quanto é ordenado ou prohibido pela moral, é tambem ordenado ou prohibido pelo direito. O direito por certo não póde ordenar o que a moral prohibe, ou prohibir o que ella ordena; mas, sendo a moral mais ampla do que o direito, abrange muitos actos, a cujo respeito o direito é indifferente ou omisso; de sorte que a esphera juridica póde-se considerar como contida na esphera moral (2)

Costuma-se dizer que o direito permette

---

(2) Bentham — Tr. de lég. Cap. 22; Marezoll — Dr. privé des Rom. § 1.

muitas cousas que a moral prohi­be; mas, se se concidera — permittir como synonymo de — autorisar ou legitimar, esta proposição não é exacta, porque apenas o direito abstem-se de qualificar taes actos, e os deixa entregues á liberdade moral. D'onde se segue que não ha nem póde haver opposição entre o direito e a moral, isto é, não póde haver direito immoral ou moral injusta.

Cumpre, porém, attender-se que as considerações expostas sómente são perfeitamente exactas em relação ao direito racional, e não ao positivo, visto que infelizmente este nem sempre é imagem fiel daquelle, como devêra ser.

A distincção de direitos e deveres perfectos e imperfectos torna-se hoje ociosa. Direito imperfecto ou moral, a que só correspondem deveres imperfectos ou inexigiveis, é incomprehensivel; todo o direito é perfeito e sempre lhe corresponde um dever perfeito ou exigivel, quer seja positivo, quer negativo, que denominamos —obrigação—para distinguir dos moraes a que não se póde ser externamente obrigado ou coagido.

Assim na linguagem actual póde-se ad-

mittir o adagio — *jus et obligatio sunt correlata* —, pois, a todo o direito corresponde um dever exigível, positivo ou negativo; mas, na tecnologia jurídica dos Romanos, esse principio é inteiramente falso. (3)

§ 4.º

*A jurisprudencia: I. Sciencia.*

Ulpiano definia a jurisprudencia — *divinarnm atque humanarnm rerum notitia; justi atque injusti sciencia* (1).

O primeiro membro desta definição não é, como alguns pensão, simples — *descriptio ad laudem*; devemos antes consideral-a ao mesmo tempo como a reminiscencia do symbolismo

---

(3) Mainz — Elém. de Dr. Rom. § 88; Blondeau — Essais sur quelques points de lég., et de jurispr. I § 7; Intr. á Consolid. das leis civ. pag. XVII, etc.

(1) Ulp. fr. 10 § 2 D. De just. et jur.; § 1 Instit. eod. tit. — Sobre a explicação da definição de Ulpiano v. Bynkershoek — De culturelig. peregr., Dissert. 1 pr.; Heineck — Recit. §§ 24 e 25; Ægidio — Comm. in hoc jur. D. De just. et jur.; Marezoll — Dr. privé des Rom. § 7; Savigny — Tr. de Dr. Rom. § 1 not. (a).

etrusco-religioso do direito primitivo, e como a revelação do desejo de elevar a jurisprudencia á categoria de philosophia do justo.

Segundo a etymologia, póde a jurisprudencia ser definida, — a sciencia theorica e practica do direito, ou a sciencia do direito unida ao habito de applical-o (2).

Denomina-se tambem jurisprudencia o costume que adoptão os tribunaes, de julgar de certo modo as questões de direito que lhe são sujeitas (*usus fori*); é neste sentido que costuma-se dizer — a jurisprudencia da Relação, do Supremo Tribunal de Justiça, etc. (3).

O simples conhecimento abstracto do direito não constitue, na verdade, a jurisprudencia

---

(2) Heineck cit. § 26. Blondeau — Essais sur quelque point de lég. et de jurispr. 1.<sup>o</sup> § VIII; Falck — Jur. Encykl. § 1; Eschbach — Intr. gén. n. 6; Zachariæ — Le Dr. Civ. Fr., Not. gén. Cap. 1 § 1; Toullier — Le Dr. Civ. Fr.; Murlon — Rep. écr. sur le pr. examen du Cod. Nap., Intr. n. 5; Mackeldey — Man. de Dr. Rom. Intr. § 9; Fresquet — Tr. Elem. du Dr. Rom., Intr., T. 2; Ortolan — Expl. hist. des Inst. ao cit. §.

(3) Thiercelin — Essais de littérat. du Dr. P. 2 Cap. 8, V. os J. C. cit. na nota precedente.

dencia; é indispensavel a pericia na arte de applical-o exactamente aos factos, arte difficilima, pois raras vezes acha-se nas leis um texto expresso e preciso para cada questão emergente.

Com o desenvolvimento da civilisação, a extensão e variedade das relações individuaes, origina-se numero quasi infinito de hypotheses, que a lei não póde prever e acautelar expressamente; e quando o pudesse, não conviria que o fizesse, afim de não tornar-se casuistica, o que seria vicio capital.

Assim, na falta de disposições legislativas expressas, o jurisconsulto não póde alcançar a solução satisfatoria dessas questões senão pela combinação de muitos textos, e por inducções mais ou menos longas.

Conhecer de que textos, algumas vezes aparentemente estranhos á questão, se deve lançar mão, e qual o sentido em que devem ser entendidos; fazer a serie de raciocinios necessarios para chegar-se a essa solução satisfatoria, é tarefa que, sem longa e illustrada pratica, não póde ser bem preenchida (4).

---

(4) Além do talento é necessario ao Juriscon-

Por outro lado, o méro conhecimento material das palavras da lei, e a pratica de applical-a, não constitue a jurisprudencia. E' preciso, sobretudo, conhecer-se o verdadeiro sentido e espirito das leis, os principios philosophicos em que se fundão, e as suas razões historicas. *Scire leges*, diz o jurisconsulto Celso — *non est verba earum tenere, sed vim ac potestatem* (5).

Assim, a jurisprudencia consta dos seguintes elementos :

I. *A dogmatica do direito*, ou o conhecimento do direito realmente existente em certa nação, e do verdadeiro sentido de seus textos.

II. *A philosophia do direito*, ou a critica do direito positivo, segundo os principios do direito racional, ou da sciencia philosophica do direito.

III. *A historia do direito*, ou o conhecimento das fontes do direito e das transformações por que tem passado no decurso dos seculos (6).

---

sulto — profundo estudo e perenne meditação, —  
*ferreum caput, et plumbeas nates*. Eschbac cit. n. 7.

(5) Fr. 17 D. de leg. (1, 3).

(6) Mackeldey cit. § 9; Fresquet cit. Intr. T.9 n. 4.

E' manifesto, pois, que a jurisprudencia não se póde aprender só com a leitura, por mais meditada que seja, dos textos legislativos: são-lhe indispensaveis certos estudos propedeuticos e auxiliares, de que adiante trataremos (7).

A pratica ou applicação do direito consiste:

I. Em responder ás consultas, expondo os principios do direito, applicaveis ás especies propostas, e os meios de evitar quaesquer prejuizos e nullidades nos negocios e actos forenses.

II. Em propôr, e defender acções em juizo, afim de realizar os direitos dos clientes com o auxilio da autoridade publica (8).

III. Em decidir, como juiz, as questões affectas á sua jurisdicção (9).

---

(7). Vid. os Cap. 3 e 4 huj. tit.

(8) Aliud est postulare, et aliud consolere; et aliud domi et aliud coram magistratibus. Fragoso De Regim. Reip. P. I, L. 5, Disp. 13, n. 249.

(9) Heineck —cit. § 29; Est. da Univ. de Coim. L. 29 T. 6, Cap. 8, 9, 12, Cap. 9 § 4; Alv. 18 de Jan. e 18 de Fev. 1773. Const. 13 Cod. De sent. et interloc. (VII, 45) — Sed omnes judices

Aquelle que apenas conhece as leis, mas não sabe interpretal-as, chama-se *leguleio*; o que as conhece e interpreta exactamente, mas não as applica, denomina-se *jurisperito*; o que apenas possui a méra pratica de applical-as, sem sabêl-as bem interpretar, nem conhecer a sua theoria scientifica, chama-se *rabula*; o jurisconsulto ou jurisprudente é o que reúne a sciencia do direito á pericia na sua applicação (10).

§ 5 °

*A jurisprudencia : II. Profissão.*

O jurisconsulto é o — *vir probus, dicendi peritus*, e a jurisprudencia uma cousa santa segundo a phrase de Ulpiano (1). Por tal modo este jurisconsulto a exaltava, que entendia que pelo exercicio della se não deve pedir remuneração pecuniaria (2).

---

nostros veritatem, et legum, et justitiæ sequi vestigia sancimus.— V. Novell 82 Cap. 1.

(10) Heineck cit. § 27.

(1) Est quidem res sanctissima civilis sapientia, fr. 1 § 5 D. De extraord. cogn. (L, 13).

(2) Sed quæ pretio nummario non sint æsti-

Fôra, porém, exagerado escrupulo receiar o jurisconsulto estipular a remuneração de seus serviços ; as leis permittem-lhe fazê-lo livremente, e só taxão o honorario dos advogados, nos casos, em que não tenham sido convencionado com as partes (3). Para a cobrança dos seus honorarios é-lhes concedido o privilegio da acção executiva (4).

O vulgo ignorante confunde a jurisprudencia com a chicana; os Romanos dizião — *dolus malus abesto, et jurisconsultus*; e os Allemaes — *Juristen sind boese Christen*. Ha, porém, entre ellas profunda e essencial differença,

---

manda, nec deshonestanda... Quædam enim tametsi honestè accipiantur, inhonestè tamen petuntur fr. 1 § 5 D. cit. De extraord. cogn.

(3) Decr. n. 5737 de 2 de Setembro de 1874 (Regim. das Custas Judiciarias) art. 71 e seg. e 202. Sobre a prohibição do contracto denominado — *de quotabilis*, vid. Ord. L. 1, tit. 48 § 11 ; Const. 5 Cod. De postul. (II, 6) ; abedo P. 1, D. 19 n. 1.

(4) Arg. da Ord. L. 1, tit. 24 § 41, e L. 3, 4 tit. 24 § 3. Moraes — De execut. L. 5 Cap. 1 n. 8 ; Per. e Souza — Prim. Lin. n. 1086.

— tanta quanta vai da religião á hypocrisia (5).

A jurisprudencia é um sacerdocio militante, instituido para o culto e o triumpho do direito; emquanto a chicana, é o abuso que os homens de má fé fazem do direito para illudirem ou aniquilarem o mesmo direito (6).

---

(5) Cantava-se no hymno de S. Ivo;

Avocatus et non latro

Res miranda populo.

Eschbach.— Intr. Gen. n. 7; Falck — Jur. Encykl. 19, not. 37.

(6) Const. 14 Cod. De advoc. divers. judiciorum (II,7) — Advocati, qui dirimunt ambigua fata causarum, suæque defensionis viribus in rebus sæpè publicis ac privatis lapsa erigunt, fatigata raparans, non minus provident humano generi, quàm si præliis atque vulneribus patriam, parentesque salverunt. Nec enim solos nostro imperio militare credimus illos, qui gladiis, clypeis, et thoracibus nituntur: sed etiam advocatos: militant namque patroni causarum, qui gloriosæ vocis confisi minimè, laborantium spem, vitam et posteros defendunt.

Const. 4 Cod. De advoc. divers. Judicum (II, 8) — Laudabile vitæ que hominum necessarium advocationis officium, maximè principalibus præmiis oportet remunerari.

A jurisprudencia abre aos seus cultores carreiras, senão lucrosas, pelo menos honrosas, — a advocacia, a magistratura, o alto professorado, e diversos cargos administrativos.

Os Romanos tambem denominavão aos juriconsultos — prudentes, e aos advogados — causidicos (7), oradores (8), patronos de causas (9) ou de demandas (10). Elles collocavão a estes acima dos cavalleiros, e por uma constituição do imperador Anastacio, quando deixavão o seu cargo, gozavão da dignidade de — *clarissimi primi ordinis comitis* (11). A antiga legislação patria tambem lhes concedia muitas

---

(7) Causidicus — Const. 2, e 17 § 1. Cod. cit. De adv. divers. judiciorum (II, 8).

(8) Orator — Const. 33 § 1 in fine. Cod. De episcop. et cler. etc. (I, 3).

(9) Patronus causarum — Const. 4. Cod. De postul. (II, 6). Const. 1, 5, 14 Cod. cit. De adv. divers. judicum (II, 8).

(10) Patronus litium — Const. 7 § 2. Cod. cit. De adv. divers. judicum (II, 8).

(11) Const. 1 Cod. cit. De adv. divers. judicum (II, 8). Sobre as honras e privilegios de que entre os Romanos gozavão os advogados dos diversos juizos, e especialmente os do Fisco, vid. Cod. L. II, T. 7, 8 e 9.

honras e privilegios, que hoje, porém, se julgão pela maior parte abolidos (12).

Tambem sempre foi considerado como altamente honroso o officio de distribuir a justiça. Entre nós a magistratura é elemento de um dos poderes do Estado, distincto e independente dos outros — o judicial (13).

Na cupula da magistratura acha-se o supremo tribunal de justiça, cujos membros têm o tratamento de excellencia, o titulo de con-

---

(12) Silva e Araujo — De perfect. advoc. Cap. 16, 30 etc.; Egidio — Direct. advocat.; Stryk — vol. 1, Disp. 15, e 2 vol. Disp. Cap. 13; Pereira e Souza — Prim. Lin. Civ. §§ 60 e 61; Souza Pinto — Prim. Lin. sobre o Pr. Civ. Bras. §§ 105 o 108. V. Ord. n. 82 de 30 de Março de 1849 art. 7 § 4 sobre a faculdade de passarem os advogados procurações, por meio de instrumentos escriptos por elles mesmos; Decr. de 23 de Nov. de 1844 sobre as vestimentas proprias dos do Instituto dos Advogados do Rio de Janeiro; e o art. 179 § 16 da Const. que abolio todos os privilegios, que não forem julgados essencial e inteiramente ligados aos cargos por utilidade publica. Sobre o fôro grande que compete aos Doutores — Vid. Villas-Boas e Sampaio — Nobiliarchia Portugueza Cap. 5.

(13) Const. arts. 10, 98 e 151.

selho, e o fôro grande da casa imperial (14) Gozão além disto os magistrados do fôro privilegiado ou especial nos crimes de responsabilidade.

O alto magisterio das faculdades de direito tem as mesmas honras e tratamento dos desembargadores; e depois do prazo marcado nos estatutos têm direito ao titulo de conselho os lentes que continuão no exercicio das suas cadeiras (15).

Ha tambem certos cargos administrativos, para os quaes se exige o gráo de bacharel ou doutor em direito; taes são :

Os de procurador-fiscal do thesouro nacional e de seu ajudante (16).

O de procurador dos feitos da fazenda na côrte (17).

---

(14) Const. art. 163; L. de 18 de Setembro de 1828 art. 1; Borges Carn. Dir. Civ. § 45 n. 15.

(15) Lei de 11 de Agosto de 1827 art. 3, D. n. 1386 de 28 de Abr. de 1854 art. 158.

(16) D. n. 736 de 20 de Nov. de 1850 art. 25.

(17) L. n. 142 de 29 de Nov. de 1841 art. 6, etc.

Os de secretario do supremo tribunal de justiça (18) e das faculdades de direito (19).

Os bachareis e doutores em direito são igualmente preferidos para os lugares de procuradores-fiscaes das thesourarias das provincias (20), de secretarios e addidos de legação (21), de secretarios e officiaes das secretarias de policia, etc. (22).

Para diversos outros cargos se devêra exigir o conhecimento da jurisprudencia, e sem duvida se exigirá um dia, quando a magistratura, os officios de justiça, o ministerio publico, e outras diversas carreiras administrativas forem convenientemente organizadas.

Nos lugares competentes estudaremos a influencia natural, que os jurisconsultos sempre tem exercido na formação do direito, já como continuadores da acção popular directa e creadora, já como elaboradores da fórma

---

(18) Lei de 18 de Set. de 1828 art. 40.

(19) D. n. 1386 de 28 de Abr. de 1854 art. 146.

(20) D. n. 736 de 20 de Nov. de 1850 art. 48

(21) L. n. 614 de 22 de Agosto de 1851 art. 3.

(22) D. n. 1746 de 16 de Abr. de 1856 art. 18; n. 1897 de 21 de Fev. de 1857 art. 4, etc.

scientífica, de que, pelos progressos da sociedade, afinal se reveste o direito; veremos a grande importancia de que gozavão entre os Romanos, ao ponto de dar-se ás suas opiniões força legislativa; e quaes as funcções que entre nós hoje lhes cabem como interpretes das leis (23).

## CAPITULO II

### DA DIVISÃO DO DIREITO.

#### § 1.º

#### *Divisão do direito em geral.*

Para bem comprehendermos a noção do direito precisamos estudal-o por todas as suas faces, e vermos as divisões a que elle se presta, segundo os differentes pontos de observação em que nos collocarmos.

O direito póde ser considerado como principio exterior ao homem, independente da sua opinião e da sua vontade, isto é, como regra que nos é imposta, e que determina a

---

(23) V. Cap. 2 § un. huj. tit.; T. 2 Cap. 1 § 3, Cap. 3 §§ 2 e 3; Tit. 3 Cap. 5; T. 4 Cap. 1.

harmonia das relações humanas ; ou como principio que se realiza em nós, que modifica a nossa vontade, que protege, aviventa e sanctifica a nossa livre actividade dentro de certa esphera, ao mesmo tempo que a restringe além della ; dahi a divisão do direito em *objectivo e subjectivo* (1).

O direito tambem se divide em *racional e positivo*, segundo o sea fundamento ou o modo pelo qual se nos manifesta. Com effeito, o homem descobre em sua propria consciencia a noção do direito, e a *razão*, applicando este principio ás multiplices relações humanas, o formula em preceitos praticos, que não tem outra autoridade além da da propria razão. Quando, porém, estes preceitos, mais ou menos modificados, se generalisam e recebem a sancção dos costumes seculares do povo, ou a da autoridade moral e material do legislador, tomam diverso character, e se denominam positivos (2).

---

(1) Molina, De Just. et Jure Tr. 1 Disp. 2, n. 3 e 4 ; Savigny, Tr. de D. Rom. § 4 ; Ahrens, Cours de Dr. Nat. P. Gen. Cap. 3 § 3 ; Mackeldey, Man. de D. Rom. Intr. Sect. 1 § 2 ; Falk, Jur. Encykl. § 6.

(2) Molina, De Just. et Jure Tr. 1 Disp. 3

Finalmente, o direito em relação á sua fórma, se divide em *privado* e *publico*, segundo elle se limita a fixar a esphera da livre actividade das individualidades phisicas ou moraes, em relação umas ás outras, ou determinando as condições precisas para o preenchimento do fim da associação politica, define as relações desta para com cada um dos seus membros, ou para com as outras associações (3).

---

e 5; Boehmer, *Intr. in jus publ. univ. P. Gen. Cap. 1*; Falk *Jur. Encykl. § 8*; Marezoll, *Dr. privé des Rom. § 4*; Toullier, *Le Dr. Civ. Fr. T. Prel. Sect. 1. ns. 9 e 10*; Ortol., *Elém. de Dr. Pen. Intr. Cap. 1 n. 7 e seg.*; Maynz, *Elém. de Dr. Rom. § 89*; Mackeldey *cit. Intr. § 3*; Fresquet, *Tr. Elém. de Dr. Rom. Intr. T. 2 Cap. 1 n. 3*; Belime, *Phil. du Droit. L. 2 Cap. 8 e 14 e L. 4 Cap. 1*; Eschbach, *Intr. Gen. P. 1 n. 9 e seg. Mourlon Répét. écr. sur le Cod. Nap. ns. 7 e 8.*

(3) Vinn., *Jurisprudentiæ contractæ, etc. In aditu Cap., 1 e L. 1 Cap. n. 1 e 2*; Christ. *Henr. Eckhard, Hermeneutica Juris §§ 53, 57*; Boehmer, *Intr. in jus Publi. Univ. P. Gen. Cap. 2*; Savigny *cit. § 9*; Falk. *cit. § 26*; Marezoll *cit. § 3.º*; Mackeldey *cit. §§ 8 e 116*; Eschbach *cit. n. 26*; Maynz *cit. § 89*; Fresquet, *cit. Intr. T. 2, Cap. 3, n. 2*; Zachariæ, *Le Dr. Civ. Fr. T. Prel. Cap. 1 § 2*; Mourlon *cit. n. 10*; Ahrens *cit. P. Gen.*

Nos paragraphos seguintes trataremos de cada uma destas divisões.

§ 2.º

*Direito objectivo e subjectivo.*

O direito no sentido *objectivo* é a lei que nos é imposta para reger-nos como seres racionais e livres, preceito ou *norma agendi*, a que devemos conformar as nossas acções, sob pena de sermos a isso coagidos pelo poder competente ou punidos por essa infracção.

Tambem tomada nesse sentido se denomina direito a collecção dessas leis ou preceitos, e a sciencia que delles se occupa (1).

Mas, ao mesmo tempo que o direito *objectivo* limita a actividade de todos em proveito de todos, obrigando-nos a praticar

---

Cap. 3, § 10; Sen. P. Bueno, Dir. Publ. Bras. T. Prelim. Cap. 1 Secç. 1 § 3 e Secç. 2 e 3; Liz Teixeira. Curso de Dir. Civ. Port. T. Prelim. Secç. 1; Noções Preliminares do Direito Administrativo Brasileiro T. 1, Cap. 2, §§ 3 e 4.

(1) Toulhier, Le Dr. Civ. Fr. T. Prel. Sect. 1 n. 11; Eschbach—Intr. Gen. P. 1, n. 4, etc.

certos actos, ou abster-nos de outros, assegura a cada um o livre exercicio da sua actividade dentro destes limites, e dá-lhe a faculdade de exigir dos outros a pratica ou abstenção de alguns actos. Ora, essa faculdade de obrar livremente dentro da esphera traçada pela lei, e de exigir dos outros certas acções ou omissões em nosso proveito (2), é o que se dinomina direito, no sentido *subjectivo*.

A todo o direito subjectivo corresponde, pois, um dever exigivel, positivo ou negativo, que na technologia moderna se denomina obrigação, palavra que, como já mostramos, não corresponde á—*obligatio*—dos jurisconsultos Romanos.

---

(2) Não se póde exercer um direito que só prejudica aos outros, e que não nos aproveita — Celso fr. 38 D. De rei vind. (VI I): Neque maliis indulgendum est; si tectorium, putá, quod induxeris, picturasque corradere velis, nihil laturus, nisi ut officias.—Ulpiano fr. 1, § 12 D. de aqua et aquæ pluv. arc. (XXXIX, 3); Denique Marcellus scribit, cum eo qui in suo fodiens, vicini fontem avertit, nihil posse agi, nec de dolo actionem. Et. sané non debet habere, si non animo vicino nocendi, sed suum agrum miliozem faciendi id fecit.

A coacção é pois um attributo natural do direito; nas sociedades barbaras e simibarbaras, porém, este attributo reside sempre no proprio sujeito do direito, emquanto nas civilizadas reside geralmente em uma entidade incumbida da protecção dos direitos de todos —o poder politico.

Com effeito, durante a idade média encontramos em Portugal, e em todas as nações onde dominou o feudalismo, a vindicta particular, ou o direito de guerra privado como legalmente autorizado, e a historia nos demonstra que nas condições, em que a sociedade então se achava, elle era um elemento de ordem geral (3):

Regularmente não deve a força coactiva residir no proprio sujeito do direito; porque falta-lhe de ordinario a illustração e a força, ou a serenidade e imparcialidade necessaria para decidir os litigios em que é parte, e executar as proprias decisões. Demais, a vindicta particular não póde deixar de gerar tumultos, que nas sociedades policiadas se procurão sempre evitar (4).

---

(3) Guizot, Hist. de la Civilis. em França.

(4) Paulo fr. 176 D. De div. reg. jur. ant.

Ainda muitos vestígios se encontram em nossa legislação desse antigo direito de vindicta particular (5); em regra, porém, é vedado o uso da violencia para fazer valer os proprios direitos, e aquelle que a emprega tem além de outras penas em que possa incorrer, a de perder o mesmo direito (6); só em casos excepcionaes o direito civil (7) e o criminal (8) a autorisção.

---

(L. 17). Non est singulis concedendum, quod per magistratum publicé possit fieri; ne occasio sit majoris tumultus faciendi— V. Vinn. cit. L. 3, Cap. 1 n. 1; Falk Jus. Encycl. § 1; Mackeldey — Man. de Dr. Rom. § 13.

(5) Ord. L. 3 tit. 89 § 1, L. 4 tit. 23 § 3, tit. 57 § 1, tit. 76 § 3 pr. — V. mais L. 1, Tit. 3 § 5 sobre as cartas de inimizade e L. 5 tit. 38, que em caso de adulterio permite ao marido matar a mulher e o adúltero.

(6) Ord. L. 4 tit. 58 pr.; Callistrato fr. 13 D Quod metu causa (IV, 2); idem fr. 7. D. Ad leg. Jul. de vi priv. (LVIII, 7); Const. 7 Cod. und. vi (VIII, 4); L. 3 Coô. Theod. eod. V. Valasco — Cons. 173, n. 19.

(7) Mello Freire, Inst. Jur. Civ. Lus. L. 1 T. 2 §§ 24 e 25; Phœbo, Decis 143; Thom. Val. Alleg. 58, n. 24; Maynz — Elém. do Dr. Rom. Liv. 1, Tit. 5, § 127, etc.

(8) Cod. Crim. art. 14. Dos crimes justificaveis.

O direito subjectivo consta de dous elementos essenciaes, o sujeito e o objecto. O sujeito do direito é a pessoa a quem elle compete; o objecto do direito é aquillo sobre que elle recahe. Os actos internos do homem, — os pensamentos, os sentimentos, e as volições, não podem ser objecto do direito, porque sobre elles não se póde estender a coacção humana (9). Demais, os direitos civis, como derivados ou hypotheticos que são, não podem existir sem factos, que lhes sirvão de causa.

### § 3.º

#### *Direito racional e positivo.*

Estudando a natureza individual e social do homem, e as condições precisas para o preenchimento do seu fim, póde a razão de per si formular um systema de direito; é este o direito *racional*.

O direito *positivo* pelo contrario não o descobrimos pelo simples exercicio da razão, e sim

---

(9) Mackeldey cit. § 14. O direito nem se quer se occupa em proteger — *incolumitas animi*, pois que ella não necessita de protecção, Savigny Tr. de Dr. Rom. § 53 n. (a).

o recebemos do testemunho humano, — o assentimento universal, ou a promulgação official; dahi vem que elle se divide em direito *consuetudinario e escripto*.

O direito consuetudinario ou não escripto consta dos principios considêrados como obrigatorios pela consciencia popular ou pelos seus órgãos scientificos, e que se manifestão pelos costumes (1).

O direito escripto consta dos preceitos contidos nos actos legislativos do Poder Politico, regularmente promulgados (2).

Os Romanos denominavão o direito escripto, ou não escripto, segundo o preceito juridico era realmente transmittido por monumentos escriptos, ou pela tradição oral; assim as — *responsa prudentum* fazião parte do — *jus escriptum*, emquanto uma lei do Poder Politico, que não constasse de taes monumentos, fazia parte do — *jus non escriptum* (3).

---

(1) V. T. 2. Cap. 3.

(2) Sobre a classificação destes actos, V. T. 2, Cap. 2.

(3) Ulpiano fr. 6 D: De just. et jur. (I, 1); Inst. §§ 3 e 9 De jure Nat., etc., (I, 2); V. Molina, De

Cumpre-nos observar, que ha systemas philosophicos, que por considerações estranhas aos phenomenos moraes negão implicitamente a possibilidade do direito racional ; taes são os que se fundão no principio de necessidade, no pantheismo, no mysticismo e no scepticismo. Outros, partindo de principios, donde não póde logicamente emanar uma theoria do direito, levão indirectamente o espirito á sua negação : taes são —o systema egoistico de Hobbes, e Helvetius ; o utilitario de Bentham ; o sentimentalista de Smith e Hutcheson ; o convencionalista de Rousseau ; e finalmente o historico de Hugo e Savigny.

Não queremos agora reproduzir a critica destes systemas, que com tanta habilidade tem sido feita por outros (4) ; faremos, porém, algumas rapidas considerações sobre o principio

---

just. et jur. Tr. 1 Disp. 5 ; Falk Jur. Encykl. § 8 ; Eschbach, Intr. Gen. Cap. 2, n. 15 ; Fresquet, Tr. Elém. de Dr. Rom. T. 2. Cap. 1 n. 4 ; Mackeldey, Man. de D. Rom. § 118.

(4) Raumer, Geschichtliche Entwicklung der Begriffe von Recht, Staat und Politik ; Jouffroy, Cours de Dr. Nat. ; Ahrens, Cours de Dr. Nat., Introd. ; Belime, Phil. du Droit, L. 1 Cap. 2 a 10 ; Tiercelin, Princ. du Droit, II Cap. 1, etc.

fundamental da escola historica, por ser a sua doutrina ainda pouco conhecida entre nós, e porque vindo este principio de envolta com grandes e importantes verdades, tanto mais facilmente se póde insinuar como verdadeiro.

Savigny sustenta, que o direito vive primitivamente na consciencia commum de cada povo; não porque os individuos, que o compõem, tenham contribuido arbitrariamente para a sua formação, mas porque exprime o espirito geral que os anima; que em todos os paizes, remontando aos monumentos historicos mais antigos, encontra-se sempre o direito como preexistente, e que para melhor excluir toda a idéa de acaso ou de arbitrariedade em sua origem, as tradicções nol-o mostram por toda a parte como emanando de origem divina.

Convimos que o direito, como a lingua e os usos de cada povo, seja a expressão do seu espirito geral, ou os traços caracteristicos de sua individualidade; e como esta está sujeita a successivas transformações em virtude da lei do progresso,—lei divina que preside a toda creação, não podemos deixar de reconhecer que o direito, para espelhar fielmente

a vida nacional, ha de passar por evoluções logicas parallelas, regidas pela mesma lei necessaria, e igualmente independentes do alvedrio humano, e por maior razão do acaso.

Esta espontaneidade da formação e dos desenvolvimentos do direito obra com toda sua força e todo seu elasterio nos povos primitivos, por que ahi ha mais cohesão e solidariedade nos individuos, mais unidade na vida nacional. Quando, porém, os individuos começam a destacar-se em desenvolvimentos parciaes e desiguaes, a consciencia commum do povo começa a obscurecer-se, e como que o direito se vai nella apagando ou confundindo.

Novos órgãos então se formão,—a legislação e a jurisprudencia, que dão ao direito formulas mais precisas, e de que trataremos depois mais largamente (5).

Cumpre, porém, não esquecer, que a mesma escola historica reconhece na natureza do direito dous elementos essenciaes — um individual e exclusivo a cada povo, outro geral e commum a toda humanidade. Se alguns

---

(5) V. T. 2, Cap. 1, § un.

jurisconsultos se têm transviado por attende-rem sómente ao elemento geral, por considere-rem o direito como idéa absoluta, sem se importarem com as suas manifestações na vida real e social, outros têm se transviado em sentido opposto, por só attenderem ao elemento individual, e só verem no direito a realidade objectiva, as formulas transitorias.

A verdade está no meio termo: — o direito não é por certo uma criação da vontade geral, ou da lei, como ensinão Rousseau e Bentham; nem uma especie de vegetação que brota espontanea e inscientemente no meio da sociedade, que instinctivamente se modifica e se transforma nos costumes nacionaes.

A humanidade acha na razão o direito como noção fundamental, que esclarece os labyrinthos da vida, que coordena e sustenta a sociedade; como typo inalteravel, idéa hyperhumana, com a qual ella compara os actos de todos os agentes livres, os costumes nacionaes, as leis solemnemente decretadas, os julga e os condemna ou absolve.

E' verdade que este ideal não é um codigo desenvolvido, ou complexo de instituições, que todos os povos e em todos os tem-

pos possam executar do mesmo modo. Não por certo; é um principio geral que todos devem realizar historicamente, isto é, cada um segundo as suas condições proprias, e o gráo de desenvolvimento a que houver attingido nas varias esphas da sua actividade. Os progressos do direito consistem, pois, na lenta attenuação do elemento individual, na sua progressiva homogenisação, na sua perenne tendencia á fusão no elemento geral, sem que, porém, jámais se extinguão completamente os caracteres e a energia da vida individual — nacional.

E' neste sentido que póde intervir, efficaz e beneficemente, a vontade illustrada do legislador. Elle não póde por certo impôr arbitrariamente um systema de instituições, forjado em sua phantasia; mas póde remover os embaraços que se oppoem ás evoluções naturaes e progressivas do direito, proclamando, como caducas, as fórmias que de facto houverem caducado, e sancionando com o reconhecimento e a força social as novas fórmias que logicamente daquellas se houverem desenvolvido, segundo as condições geraes de cada periodo historico.

O direito racional é o desenvolvimento da

noção geral e fundamental do direito, tanto quanto deve elle ter lugar sem degenerar em casuismo, ou sem invadir as raias do elemento individual. Para este fim deve-se estudar a natureza individual e social do homem, as suas necessidades e recursos, ou as condições geraes, que todos são chamados a preencher afim de que possam realizar o fim de sua criação.

§ 4.º

*Direito privado e suas subdivisões.*

Já os Romanos distinguiam — o direito privado do publico; Ulpiano o definia — *quod ad singulorum utilitatem (spctat)*, e o derivava de tres ordens de preceitos — naturaes, das gentes e civis (1).

Segundo este jurisconsulto preceitos naturaes erão os que emanão da organização animal do homem, fundão-se nos instinctos, e são-lhe communs com todos os animaes

---

(1) Ulp. fr. 1 § 2 D. de Just. et Jur. (I, 1); Inst. eod. tit. § 4— *Privatum jus tripartitum est; collectum etenim est ex naturalibus præceptis, aut gentium, aut civilibus.*

que nascem no céo, na terra e nos mares, como sejam a attracção sexual, a procreação e educação da prole. A collecção destes preceitos elle denominava —*jus naturale*—, e o definia —*quod natura omnia animalia docuit* (2).

Os preceitos que constituirão o *jus gentium* serão os que emanão da natureza racional do homem, e são communs a todos os povos (3), como o culto á divindade, a obediencia aos paes e á patria, a repulsa das injurias, a alforria dos escravos (4), visto que sendo desconhecida do direito natural a escravi-

---

(2) Ulpiano fr. 1 § 3 D. cit. D. Just. et Jure; Inst. L. 1 T. 2 pr.—*Jus naturale est, quod natura omnia animalia docuit; nam jus istud non humani generis proprium, sed omnium animalium, quæ in terra, quæ in mari nascuntur; avium quoque commune est. Hinc descendit maris atque fæminæ conjunctio, quam nos matrimonium appellamus; hinc liberorum procreatio, hinc educatio; videmus etenim cætera quoque animalia, feras etiam, istius juris peritia censer.*

(3) Gaio fr. 9 D. cit. (I, 1). *Quod veró naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes peræquè custoditur; vocaturque jus gentium, quasi quo jure omnes gentes utuntur.*

(4) Pompon, fr. 2 : Florent. fr. 3 D. cit. (I. 1).

dão também lhe devera ser a manumissão (5), a introdução das guerras, a distinção dos povos e dos reinos, a separação das terras, erecção de edificios, o commercio, as compras e vendas, locações e obrigações, excepto, as que emanão do direito civil (6).

Os preceitos civis, segundo Ulpiano, participavão em parte do direito natural, em parte do das gentes, sem que a nenhum dos dous fossem inteiramente sujeitos (7) ; constituia-se o direito civil, augmentando-se ou diminuindo

---

(5) Ulpiano fr. 4 D. cit. (I, 1).— *Manumissiones quoque juris gentium sunt... utpote cum jure naturali omnes liberi nascerentur, nec esset nota manumissio, cum servitus esset incognita; sed posteaquam jure gentium servitus invasit, sequitur est beneficium manumissionis.*

(6) Hermogen. fr. 5 D. cit. (I, 1); Inst. § 2 De jure nat. I, 2).— *Et ex hoc jure gentium omnes pene contractus introducti sunt, ut emptio venditio, locatio, conductio, societas, depositum, mutuum, et alii innumerabilis contractus.*

(7) Ulpiano fr. 6 D. cit. — *Jus civile est, quod neque in totum à naturali, vel gentium recedit, nec per omnia ei servit; itaque cum aliquid addimus, vel detrahimus juri communi, jus proprium, id est, civile efficitur.*

do-se alguma cousa ao direito *commum*, e Gaio o definia — *o que cada povo constitue para si mesmo, e que é peculiar á sua cidade* (8).

Os jurisconsultos Romanos, porém, não se conservarão fieis a estas divisões, e muitas vezes empregarão as expressões — *jus naturale* e *naturalis ratio*, para designar as instituições que, segundo essas divisões, deverião pertencer ao *jus gentium* (9).

---

(8) Gaio fr. 9 D. cit. — *Nam quod quisque populus ipse sibi jus constiuit, id ipsius proprium civitatis est; vocaturque jus civile, quasi jus proprium ipsius civitatis.*

(9) Sobre o emprego das palavras *Naturalis ratio* V. Gaio, I, 89, 189, II, 66, 69; § 1 Inst. De Jur. nat. et civ. (I, 2); pr. Inst. De nup. (I, 10); § 35 Inst. De rer. div. (II, 1); Fr. 4 pr. D. Ad. leg. Aquil (IX, 2); Fr. 3 pr. D. De acquir. rer. dom. (XLI, 1); Fr. 7 pr. D. De bon. damnat (XLVIII, 20). — *Natura*, V. Fr. 14 D. De condict. in deb. (XII, 6); Fr. 84 § 1 D. De reg. jur. (L, 17); § 6 Inst. De Atil. tut. (I, 20); §§ 30 e 40 Inst. D. rer. div. (II, 1). — *Lex naturæ ou naturalis*, V. Fr. 24 D. De stat. hom. (I, 5); Fr. 1 § 3 D. De furt. (XLVII, 2). — *Naturalis æquitas*, V. § 40 Inst. De rer. div. (II, 1); Fr. 1 pr. D. De pact. (II, 14); Fr. 1 pr. D. De pecum. constit. (XIII, 5); Fr. 9 § 3 D. De acquir. rer. dom. (XLI, 1); Fr.

Longe, porém, estão estas idéas das que hoje constituem a nomenclatura das sciencias juridicas.

Chama-se direito privado o que exprime e regula as relações reciprocas dos individuos (10); o Estado, porém, tambem entra na alçada deste direito, quando se individualisa em pessoa juridica (11).

Não comprehendemos neste nem em algum outro direito as tendencias instinctivas, emquanto se não elevão a preceitos racionaes; e ampliamos o direito privado além dos nacionaes aos estrangeiros, salvo em raros casos (12).

Os jurisconsultos allemães dividem o direito privado especial em direito privado dos

---

19, pr. D. De captiv. (XLIX, 15) etc. Schilling — Lehrbruch fur Instit. etc. Vol. 2 pag. 32. V. Maynz — Elem. de Dr. Rom. § 89 n. 8.

(10) V. not. 3 ao § 1 huj. Cap.

(11) Noç. Prel. de Dir Administr Bras. T. 2 Cap. 1 § vb. *Quando a administração se apresenta, etc.*, e Cap. 7 § 1.

(12) Noç. Prel. de Dir. Administr. Bras. T. 3. Cap. 1 § un.

principes *Privat furstenrecht*, direito da guerra ou dos soldados *Kriegs-oder Soldatenrecht*), direito feudal (*Lehnrecht*), direito commercial, cambial e marítimo (*Handels, Wechselund Seerecht*); e direito relativo aos diques (*Deichrecht*): já por seu desenvolvimento historico, ou pela existencia de fontes especiaes, ou pela differença dos principios que naquelle paiz regem estes varios grupos de relações, merecem estes principios ser tratados á parte, e constituirem ramos distinctos do direito privado.

Outros escriptores tambem o dividirão em direito das aldêas e dos camponezes (*Dorf-und Bauernrecht*, direito dos burguezes (*Burgerrecht*), direitos dos artifices (*Handwerksrecht*) direito dos nobres (*Adelsrecht*), direito da economia rural (*Landwirthschaftsrecht*), etc., estas divisões, porém, nem ainda na Allemanha são geralmente adoptadas (13).

Dividimos o direito privado em commum ou especial. O direito privado commum é o que se denomina — civil, e comprehende os principios applicaveis ás relações individuaes

---

(13) Falck Jur. Encykl § 30; Eschbach, Inst. Gen n. 30.

e reciprocas de todos os membros da associação.

A expressão—direito civil—tambem é impropriamente empregada por alguns jurisconsultos como synonyma; 1.º, de direito positivo, em opposição ao racional ou natural; 2.º, de direito privado, em opposição ao publico; 3.º, de direito romano, por antonomasia, o qual tambem se denomina *commum*, por opposição ao canonico; 4.º, de direito interno ou nacional, no sentido de Ulpiano, comprehendendo o direito publico e privado, em opposição ao externo ou internacional (14),

Entre nós os unicos ramos do direito privado que constituem direitos especiaes ou sciencias distinctas são — o direito commercial, e o internacional privado, já pela grande importancia dos interesses, a que elles se re-

---

(14) Coelho da Rocha, *Inst. de Dir. Civ. Port.* § 33 e not.; Liz Teixeira, *Curso de Dir. Civ. Port.* T. Prel. Secç. 1.ª Sobre as diversas significações das palavras — *jus civile* — entre os Romanos V.— Savigny, *Tr. de Dr. Rom.* § 23 not. v; Mackeldey, *Intr.* § 33 not. 3; Molina. *De Just. et jur.* T. 1 Disp. 3 n. 6, Disp. 4 n. 10, Disp. 5 n. 6, etc,

ferem, já pelas modificações que nas suas respectivas esferas soffrem os principios do direito civil.

E' verdade que estes principios tambem se modificão em relação aos orphãos, ás mulheres, aos militares, etc., mas estas modificações podem ser estudadas conjunctamente com os principios geraes, sem que seja necessario constituirem ramos distinctos do direito privado.

Nas antigas legislações o direito commercial achava-se confundido com o civil; mas, desde que na idade média o commercio começou a tomar ala, os commerciantes, tanto pela ignorancia geral, como pelas necessidades de sua profissão, virão-se obrigados a inventar novas regras de direito, afim de facilitar as transacções, dar-lhes maior segurança, e diminuir as demoras e gastos do processo (15).

O direito internacional privado regula as relações individuaes de subditos de diversos

---

(15) Falck cit. § 125; Eschbach cit. n. 30; V. P. Bueno cit. T. Prel. Cap. 1. Secc. 3 § 2; Noç. Prel. de Dir. Administr. Bras. cit. T. 1.º Cap. 2 § 4; Belime, Phil. du Droit L. 3. Cap. 8.

Estados, e mostra quando o direito privado de uma nação deve ser applicado no territorio de outra. É manifesto que entrão simultaneamente na natureza deste direito o elemento publico e privado, comquanto este predomine; pois que trata-se das relações externas dos Estados, oriundas do conflicto dos interesses individuaes do seus sudditos (16).

Muito se tem discutido se o direito criminal é ramo do direito privado ou do publico. Comquanto a penalidade seja fundada em um principio de ordem publica, é, porém, certo que, segundo nosso direito, a punição de alguns crimes é apenas direito do offendido, que elle póde expressamente demitir de si ou annullar pelo não uso no prazo da prescripção (17).

---

(16) O Sr. P. Bueno cit. T. Prelim. Cap. 1, Secç. 3 § 4; Noç. Prelim. de Dir. Administr. Bras. cit. § 4; Savigny cit. vol. 8; Huber — Prælec. Jur. rom. hod. vol. 2 De conflictu legum; Toullier, Le Droit civ. Fr. T. Prelim. Sect. 8; Fœlix — Tr. du Dr. internat. privé; Story — Commentaries on the conflict of laws foreign and domestic; Heffter, le Dr. internat. publ. de l'Europe L. 1 Cap. 1 Secç. 2, §§ 37 — 39.

(17) Cod. do Proces. Crim. art. 54 e seg.

Demais, ainda naquelles crimes em que a penalidade se applica pela acção espontanea do poder judicial (*ex-officio*), ou exclusivamente, ou em concurrencia com a do offendido, o direito criminal considera a sociedade representada pelo *ministerio publico*, como parte offendida, como pessoa juridica, e o poder judicial distribue justiça entre ella e o delinquente, como distribuiria entre este e qualquer outro particular (18).

O direito privado, quer *commum*, quer especial, póde-se tambem dividir em theorico e pratico.

O direito theorico é o que se limita apenas a expôr os preceitos que devem reger as relações dos individuos, sem indicar os meios pelos quaes se hão de applicar estes principios, quando houver contestação ou reluctancia da parte de alguns dos interessados.

O direito pratico é o que indica esses meios,

---

(18) Noç. Prelim. De Dir. Adm. cit. § 4; o Sr. P. Bueno cit., T. Prelim., Cap. 1, Secç. 3 § 3; o Sr. A. T. de Freitas—Nova Appostilla; Liz Teixeira cit. T. Prelim. Cap. 2 Secç. 3 vb.Codigo das Leis, etc., e not. 16; Ortolan—Elém. de Dr. Penal. T. 1 Cap. 1 n. 24.

ou como se deve proceder perante os tribunaes para tornar o direito theorico uma realidade. É manifesto que o direito pratico é o complemento indispensavel do direito theorico.

### § 5.º

#### *Direito publico e suas subdivisões.*

Segundo a definição de Ulpiano, aceita pelas Institutas de Justiniano—*Jus publicum est quod ad statum rei romanæ spectat*, e consistia — *in sacris, in sacerdotibus, in magistratibus* (1). Assim, a instituição do patriciado e plebeiado, dos comicios, do senado, do consulado, e das demais autoridades publicas, pertencia a este direito; do mesmo modo se achavão nelle comprehendidas as ceremonias religiosas e funcções dos pontifices, visto que a religião neste povo tinha um character eminentemente politico (2).

No estado actual das sciencias o direito

---

(1) § 4 Inst. de Just. et Jure (I. 1); Ulpiano fr. 1 § 2 D. cod. tit. (I. 1).

(2) Ortolan. Explic. hist. des Instit. ao § 4 De Just. et Jure; Marezoll—Dr. privé dos Rom. § 3; V. os Jurisconsultos citados na nota 3 ao § 1 huj. Cap,

publico deve ser definido — o complexo das normas, que regem as relações internas e externas dos Estados, isto é, as relações das associações políticas para com cada um de seus membros, e para com as associações estranhas, quer políticas, quer não políticas; d'ahi a divisão do direito publico em interno e externo.

O direito publico interno divide-se em direito politico ou governamental e administrativo.

O direito politico ou governamental tem por fim determinar as condições da constituição do poder politico, isto é, as fôrmas de governo o *quantum* e o modo de participação deixado aos governados no exercicio deste poder, e os direitos fundamentaes dos mesmos governados (3).

O direito administrativo regula as relações reciprocas da administração e dos administrados, ou a organização e direcção dos serviços e meios praticos destinados á realização do pensamento governamental (4). Não con-

---

(3) O Sr. P. Bueno — Dr. Publ. Bras. T. Prelim. Cap. 1 Sect. 2 § 1; Eschbach Intr. Gen. n. 33 e 102.

(4) Noç. Prelim. de Dir. Adm. Bras. T. I Cap.

vindo dar aqui mais largo desenvolvimento a estas idéas, apenas accrescentaremos que grande é a differença que separa o direito administrativo da sciencia da administração (5).

Alguns destacão, em attenção a sua grande importancia e vastidão da materia, o ramo do direito administrativo relativo á gestão da fortuna publica, para formar uma sciencia distincta, que se denomina — direito financeiro.

Os publicistas allemães ainda subdividem este ramo de direito camarario (*Cameralrecht*) e direito financeiro no sentido restricto (*Finanzenrecht*). O direito camarario trata especialmente da gestão dos bens publicos, da arrecadação dos seus rendimentos e dos impostos ; o direito financeiro no sentido restricto, occupa-se com a fiscalisação dos dinheiros publicos e fiscalisação das despesas.

Cumpre distinguir o direito financeiro da

---

1 § 3 e T. 2 Cap. 2 § 1; Sr. P. Bueno cit. T. Prelim. Cap. 1 Secç. 2 § 3; Zachariæ, Le Dr. Civ. Fr. T. Prelim. Cap. 1 § 2; Belime, Phil. du Droit. L. 3 Cap. 4; Eschbach cit. n. 34 e 104; Falck —Jur. Encykl. § 40 e seg.

(5) Noç. Prelim. do Dir. Adm. Bras. cit. T. 1 Cap. 2 § 2.

sciencia das finanças, pelo mesmo modo porque distinguimos o direito administrativo da sciencia da administração. Nem a sciencia da administração, nem a das finanças em particular fazem parte da jurisprudencia. (Weber, Rau, etc.)

O direito publico externo tem por objecto determinar os direitos e deveres das associações politicas em relação ás outras associações da mesma ou de diversa natureza (6).

Como, porém, as associações não politicas achão-se em geral em estado embryonario, e a igreja é dellas a unica que está organizada e representada por um poder regular, o direito publico externo só se divide em internacional, ou das gentes, e politico-ecclesiastico.

O direito ecclesiastico, porém, além deste ramo externo e politico, que regula as relações da igreja com o Estado, tem outro ramo interno que regula a constituição do poder ec-

---

(6) Boehmer — Introd. in Jus. Publ. univ. Cap. 3 — Molina — De Just. et Jure Tr. 1. Disp. 5 n. 4; Heffter 3, Le Dr. Intern. Publ. de l'Europe, Introd. § 1 e seg.; Martens — Précis du Dr. des Gens, Introd. § 4 e seg., etc.

clesiastico e as suas relações com os membros da sociedade ecclesiastica.

Do direito internacional destacão-se dous ramos — o direito maritimo, que rege as relações das nações no mar, e o direito diplomatico, que regula o direito dos membros que compoem as missões enviadas por umas ás outras nações, e os processos das negociações de que ellas são incumbidas.

Tanto o direito publico como o externo, e cada um dos seus ramos, se divide em direito publico interno ou externo racional e positivo. O primeiro, emanado de principios fornecidos pela razão, tem o character de universalidade ; o segundo, fundado na constituição, nas leis, em tratados e concordatas, ou em costumes, sómente obrigação, as nações, onde essas leis ou costumes imperão.

### CAPITULO III

#### DOS ESTUDOS PROPEDEUTICOS DO DIREITO CIVIL

##### § 1.º

##### *Noções geraes.*

Não se podem por certo desconhecer as vantagens resultantes da lei economica da di-

visão do trabalho, ainda nas suas applicações á sciencia; mas não se deve obedecer-lhe com tal rigor, que cada um concentre os seus esforços exclusivamente em uma sciencia, tornando-se absolutamente estranho ás outras.

Qualquer que seja a distancia que as separe em sua arvore genealogica, qualquer que seja a apparente heterogeneidade de seus principios, um laço universal as liga de modo que, por uma série de idéas intermediarias, póde-se sempre passar logicamente de umas ás outras, e para esclarecerem-se certas questões ir buscar argumentos ou factos em uma sciencia, com que á primeira vista parece que ellas absolutamente se não relacionão.

Na escala ascendente da perfectibilidade, tanto mais a razão individual progride, quanto mais se desindividualisa e se põe em communhão com a razão universal.

Aquelle que limita os seus estudos a uma só materia, forçosamente os esterilisa, porque rompe o laço encyclopedico que une as sciencias, e desconhecendo a solidariedade que o liga á humanidade, repudia os altos destinos humanos.

Para se conhecer a fundo qualquer ramo

da sciencia precisa-se conhecer muitos outros ; e quanto mais cada um alarga o ambito dos proprios estudos, mais perito se torna naquelle a que com predilecção dedica a sua vida. (1).

E' neste sentido que todas as sciencias podem ser consideradas como auxiliares umas das outras. Algumas porém ha, cujo prévio conhecimento é indispensavel para que vantajosamente se possa emprehender o estudo de outras ; ellas se denominão propedeuticas. Assim tambem outras ha cujo estudo convém que seja parallelo, afim de que reciprocamente se esclareção e se fecundem ; estas se denominão auxiliares no sentido restricto.

Os estudos propedeuticos do direito civil patrio são de duas ordens :

I. Linguas, a saber : as classicas (latina e grega), a franceza, a allemã e a ingleza, e as respectivas litteraturas.

---

(1) Etenin omnes artes, quæ ad humanitatem pertinent, habent quoddam commune vinculum, et quasi cognatione quadam inter se continentur (Cicero ad Arch.). Estas idéas tem sido largamente desenvolvidas por Bacon, Leibnitz, d'Alembert, Guizot, etc. V. Noç. Prelim. do Dir. Adm. Bras. T. 1. C. 2 § 1.

II. Sciencias, a saber: os elementos de mathematicas, de historia natural, e de physica; a historia universal e patria, e a] philosophia.

As sciencias auxiliares no sentido restricto são :

I. Diversos ramos do direito, — a philosophia do direito, a sciencia do direito racional, e o direito publico.

II. A historia e pratica do direito civil.

III. Outras sciencias não juridicas, como seião — a critica, hermeneutica, e medicina legal.

Sobre cada uma destas materias lançaremos rapido olhar nos seguintes paragraphos.

## § 2.º

*Estudos propedeuticos do direito civil:*

### *I Linguas.*

Ha certas sciencias e disciplinas que por sua natureza são como que o portico de todas as carreiras scientificas; taes são as que cons-

tituem a instrucção geralmente denominada secundaria (1).

I. Antes de tudo o homem da sciencia deve conhecer a fundo o genio e mechanismo da propria lingua, que é ao mesmo tempo o instrumento e o espelho do pensamento. Sem este conhecimento elle não poderá pensar com bastante precisão e clareza, nem perfeitamente exprimir as proprias idéas, ou comprehender as alheias.

Este estudo é preciso especialmente ao juriscousulto, porque cumpre que elle conheça o valor certo das palavras, de que se servem os textos legislativos, os contractos e actos juridicos em geral.

Muitas vezes a solução de um grande litigio depende da apreciação de uma phrase, ou de uma simples palavra. Succede tambem que em certas questões elle é forçado a recorrer a antigas leis ou documentos, escriptos em linguagem obsoleta; e para podêl-os entender e executar perfeitamente, lhe é necessario conhecer a lingua

---

(1) O estudo das letras humanas é a base de todas as sciencias, Alv. de 28 Junho 1759 pr.; v. Guizot, Cousin, etc.

nacional, não só na sua fôrma actual, como nas antiquadas; para este fim deve elle estudar accuradamente os classicos nacionaes, antigos e modernos (2).

II. O estudo aprofundado da latinidade é-lhe tambem indispensavel, porque ella é o deposito de toda a sabedoria do mundo antigo. A civilisação romana é a synthese das civilisações hellenica e asiatica, e a ultima phase de progresso a que pôde attíngir a humanidade pagã; ora, a nossa actual civilisação, como o demonstra Roth (3), está em intima dependencia da erudição classica.

Demais, devendo elle recorrer frequentemente aos textos do direito romano e canonico, fontes subsidiarias do patrio (4), convém que os possa ler na lingua latina, em que quasi todos forão originariamente escriptos, pois não existem traducções portuguezas.

---

(2) Compendio historico do estado da Universidade de Coimbra, etc. P. 2 Cap. 2 n. 4; Senckenberg in *Methodo Jurisprudentiæ* §§ 26 e 27, etc.

(3) Ueber die fortdauernde Abhaengigkeit unserer Bildung von der classischen Gelehrsamkeit.

(4) V. T. 2 Cap. 3 §§ 3 e 4.

Ha, na verdade, uma versão franceza da collecção Justiniana, e de alguns outros monumentos da jurisprudencia romana, elaborada por Hullot, Berthelot e outros ; mas ella não merece tal confiança, que dispense de consultar-se o original. Assim tambem Schilling e Sistenis traduzirão em allemão as partes do *Corpus juris canonici* mais importantes para a pratica, e ultimamente uma sociedade de eruditos empreendeu outro trabalho da mesma natureza. Estas versões, porém, nunca poderão substituir os originaes, nem dar o intimo e verdadeiro conhecimento dos textos.

Assim tambem foi nessa lingua que, até o fim do seculo passado, a maxima parte dos civilistas e canonistas nacionaes e estrangeiros escrevêrão as suas obras (5).

---

(5) Sobre a necessidade para o Jurisconsulto do estudo da latinidade, que infelizmente em tanta decadencia vai entre nós, v. Chr. Henr, Eckhard — *Hermeneutica juris* §§ 27 e 108 ; Brunquell — *De linguarum, Philosophiæ, Antiquitatum et Historiarum studio cum jurisprudencia conjungendo* ; Senckenberg cit. §§ 29 e 30 ; Heuman — *In apparatus Jurisprudentiæ litterario* Cap. 5 ; Ludw. Mencken — *De necessario latinæ linguæ cultu* ; Gravina — *Dialogus de lingua latina*, etc. — E. Pelletan —

III. Posto que o conhecimento da lingua grega não seja necessario no mesmo gráo ao jurisconsulto, é-lhe comtudo de immensa utilidade, não só como complemento da sua educação litteraria, como tambem porque nella se achão as raizes de grande numero de palavras usadas na technologia scientifica. Demais, deixando de parte o direito greco-romano, posterior a Justiniano, devemos observar, que parte da legislação deste imperador, as *Novellæ* algumas constituições do codigo, e os fragmentos de Modestino nas Pandectas, forão escriptos originariamente em grego, e não convem que os nossos jurisconsultos digão como Accursio — *grecum est quod legi non potest* (6).

A França, a Allemanha e a Inglaterra

---

Heures de travail; Vallet de Viriville — Hist. de l'instruction.

(6) Eckhard cit. § 105 e seg., e os mais Jurisconsultos citados na nota anterior. É tambem de grande utilidade para se ler no original a Paraphrase do Theophilo, pois que ella é o melhor commentario das Instit. de Just. segundo affirmão A. Augustinho L. 3 De Emendat. Cap. 8; Cujas, Ad. L. 54 D. De Ædilitio edicto L. 4 Respons. Papin. etc. V. cit. Comp. hist. P. 2 Cap. 2 n. 13 not.— d —.

são as nações que resumem a civilização moderna ; assim, para que o jurisconsulto possa collocar-se a par desta, e aproveitar-lhe os thesouros da sciencia, é-lhe indispensavel conhecer as linguas destes tres povos.

IV. Quanto á lingua franceza, observaremos simplesmente que é a lingua universal do mundo civilisado. Para que as idéas dos pensadores allemães, inglezes ou de qualquer outra nação, tenham livre curso no mundo, é preciso que se revistão da linguagem franceza. Pela sua facilidade e clareza, parece que ella é predestinada a servir de orgão para a propagação de todas as novas idéas, de todos os progressos da sciencia. Além de que, numerosos jurisconsultos e publicistas, tanto nacionaes, como estrangeiros, têm escripto originariamente as suas obras nesta lingua.

V. Desde os fins do seculo passado a Allemanha tem-se collocado á frente da civilização scientifica e litteraria moderna, especialmente quanto á jurisprudencia.

A luta fecunda da escola historica de Hugo e Savigny, com a escola philosophica de Thibaut, grandemente concorreu para estes progressos. Seguindo a luminosa via indicada por

Leibnitz, ao mesmo tempo que tem-se feito a restauração paleographica e estudo exegetico dos textos e fragmentos do Direito Romano, depurado e completado as edições das collecções Justinianeas, e creado uma nova historia de Roma e do Direito Romano, tem-se systematisado a exposição dogmatica deste direito, remontado á philosophia do direito positivo, e procurando separar o que ha de empirico e accidental do verdadeiramente real e racional, tem-se subido ás mais altas especulações philosophicas ácerca do direito.

VI. Comquanto na Inglaterra o direito como sciencia não tenha acompanhado a cultura geral, e o jurisconsulto se veja forçado a procurar o mytho esquivo da *common law* em cem volumes de estatutos e na immensa collecção dos casos julgados (*reported decisions*), é de grande utilidade o estudo da sua lingua, já pelos progressos que nesse paiz têm feito os outros ramos da sciencia, especialmente o economico e industrial, e a litteratura, já pelo extenso uso dessa lingua no mundo commercial.

Devemos tambem observar que não é sufficiente para o jurisconsulto o simples conhecimento lexicographico, ou ainda grammatical,

das linguas classicas e modernas, que acabamos de mencionar ; é-lhe tambem necessario o estudo das respectivas litteraturas. Chamado a occupar as mais elevadas posições sociaes, o jurisconsulto deve possuir todos os conhecimentos geraes que constituem a boa educação. O ameno estudo da litteratura, longe de repugnar com a jurisprudencia, como infelizmente entre nós ainda ha pouco se propalava, é de grande valor na pratica juridica e na vida dos negocios, contribue directamente a formar o jurisconsulto, aplaina-lhe o estudo do direito, e facilita a sua applicação.

Não comprehendemos a necessidade para os jurisconsultos, de só fallarem ou escreverem no latim barbaro de Wanguerve, ou no incorrecto e ingrato estylo de Lobão.

Pelo contrario, cumpre que, sem sacrificio da profundidade, possam amenisar os seus escriptos, afim de que, pela aspereza da fórmula, se não afugentem deste estudo as intelligencias onde o principio esthetico se pronuncia vigorosamente.

§ 3.º

*Estudos propedênticos do direito civil (continuação) :*

*II Sciencias.*

I. As mathematicas elementares têm para o jurisconsulto dupla utilidade, já pela applicação immédiate que aos estudos especulativos juridicos algumas vezes têm necessidade de fazer, já pela sua indispensabilidade na pratica forense e na vida privada. Assim, nas questões relativas a partilhas, liquidações, demarcações de terras, etc., não se póde deixar de fazer uso das operações arithmeticas ou geometricas.

Demais, estas sciencias têm um ponto commum com os estudos philologicos, e é que habituão o espirito á exactidão nas indagações scientificas, e podem ser consideradas como uma especie de logica pratica (1).

II. Os elementos de historia natural e de physica são igualmente de grande utilidade para o jurisconsulto, porque é muitas vezes chamado a tratar de litigios, que se prendem a estas sciencias. Não se póde por certo exi-

---

(1) Eckhard cit. § 144.

gir, que elle tenha conhecimentos profnndos sobre estas materias; mas deve ter tantos quantos são precisos para poder estudar as questões que se debaterem em juizo, e para apreciar os pareceres dos peritos, que forem nomeados para conhecerem dellas, de modo que não se veja na necessidade de acceital-os cegamente.

Algumas das questões, que mais renhida discussão têm suscitado, nem sequer terião apparecido, se as sciencias naturaes não se tivessem conservado até hoje tão estranhas á jurisprudencia; tal é a questão, se os *monstros*, ou filhos gerados pelo acto torpe da bestialidade, são ou não capazes de successão, e em geral de direitos civis? Com effeito, bastão as mais elementares noções da historia natural, para se conhecer que o ajuntamento de especies differentes é essencialmente infecundo, e que todo o ente animado, sahido do utero da mulher, é necessariamente um ente humano.

Demais, estas sciencias são elementos indispensaveis para o estudo da medicica legal, de cujas questões o jurisconsulto civilista é muitas vezes chamado a tratar (2).

---

(2) Eckhard cit. § 146.

III. Quanto á historia universal e patria, já vimos (3) que o direito desenvolve-se espontaneamente na sociedade, acompanhando-lhe todas as phases; não se póde pois estudar o direito de um povo sem que se conheça a sua historia.

Assim, é impossivel conhecer-se a fundo o direito patrio, e as modificações porque tem passado, sem que se saiba a historia nacional (brasileira e portugueza); não se póde conhecer o direito pontificio ou canonico, sem que se conheça a historia dos chefes da igreja christã, e a dos concilios Ecumenicos, e não se póde saber estas, sem que se estude a historia da civilisação christã, isto é, a historia média e moderna.

Do mesmo modo, para saber o Direito Romano é preciso conhecer-se a fundo a historia do povo romano, e como a civilisação deste é a ultima expressão da civilisação dos povos antigos, é preciso nos remontarmos á historia das nações mais antigas (Assyrios, Egipcios, Hindos, etc).

Demaís, devendo o jurisconsulto conhecer

---

(3) V. Cap. 2 § 3 huj. tit.

a litteratura dos povos classicos e das principaes nações modernos, bem como a historia do direito, é manifesto que não póde deixar de estudar a historia universal e patria, visto que aquellas sciencias são elementos desta.

Póde-se conhecer alguns textos legislativos e as opiniões de alguns jurisconsultos, sem que se saiba a historia universal; mas, sem esta não se póde aspirar ao nobre titulo de jurisconsulto (4). E' a historia quem nos põe em communhão com as gerações passadas; quem nos faz aproveitar dos seus esforços, dos thesouros accumulados pelos seculos; quem dá á humanidade a consciencia de sua identidade, através das modificações profundas, porque passa no tempo; é a memoria das nações, o espelho

---

(4) *A historia é a alma da jurisprudencia* (Zallwein — Princ. Jur. Eccl. T. 2 quest. 4 Cap. 5 § 1, e Cap. 2 § 7); de sorte que sem aquella torna-se esta *cadaverica*, Comp. hist. do estado da Univ. de Coimbra P. 2 Cap. 2 n. 183. *Historia testis temporum, lux veritatis, magistra vitæ, nemini, qui litteris operam navat, satis commendari potest; legum autem cultori hoc studium maxime necessarium est*, Heuman-In Apparatu jurispr. litterar. Cap. 12 § 98; Thiercelin — *Essais de litterat. du Dr. P. 2. Cap. 6., etc.*

em que ellas se revêm, e ao mesmo tempo a sybilla, que lhes ergue uma ponta do véo do futuro.

IV. E' tambem manifesta a intima dependencia em que a jurisprudencia, especialmente a civil, se acha em relação á philosophia. Sem saber raciocinar com acerto, o jurisconsulto não póde dar um passo, e a logica é que lhe ensina as regras do raciocinio (5).

O direito funda-se nos grandes principios de moral, e está subministra principios indispensaveis para a interpretação dos textos do direito positivo. Assim é esta sciencia que nos fornece a noção de boa ou má fé, do que é conforme ou contrario á honestidade e bons costumes (*probrosa*) e outras de que na pratica forense se faz tanto uso (6),

O conhecimento profundo da moral é, pois,

---

(5) Eckhard cit. § 117 e seg. Gravina — Oratio de instauratione studiorum, etc., e — in auspicatione studiorum: v. Thiercelin cit. Cap. 6, e os aut. cit. na not. 5 do § antecedente.

(6) Marcello fr. 20 D. De cond. et demonstr. (XXXV, 1); § 36 Inst. De leg. (II, 20); L. un. Cod. De his quæ penæ nomine, etc. (VI, 41).

da maior necessidade para o jurisconsulto. Sobre tudo é necessario que elle se não habitue a divorciar o direito da moral, e que pelo contrario ponha-o sempre sob a influencia e dominio desta (7). Mas não se póde saber a logica sem a psychologia, nem a moral sem a theodicéa, porque são estas as suas bases; consequentemente tem o jurisconsulto necessidade de estudar conscienciosamente a philosophia em todas as suas partes.

As opiniões absurdas e erros ridiculos, que nodoão os escriptos de alguns jurisconsultos, mostram palpavelmente a necessidade destes estudos propedeuticos da jurisprudencia. Para encontrarmos muitos destes exemplos, assaz é recorreremos aos trabalhos dos *Glossadores*, cuja ignorancia em todas as materias, que não os textos das leis romanas, não se póde assaz explicar pelo atrazo geral das sciencias nesse periodo, e sim pelo total desprezo dos meios de instrucção, posto que incompletos, de que então poderião dispôr.

Assim elles ensinavão que a lei Hortencia foi promulgada pelo rei Hortencio; que forão redi-

---

(7) Ulpiano fr. 1 § 1 D. De Just. et Jur; V. os Jurisconsultos cit. na nota. 5 do § antecedente.

gidas em grego as constituições dos imperadores romanos, especialmente uma de Alexandre-Severo (L. 2. Cod. de Magistr. Conven.), datada de 225, e portanto, anterior de um seculo á transferencia da capital para Constantinopla; que os senadores denominavão-se — *patres conscripti*, porque tinham os seus nomes escriptos em letras de ouro em um diadema, que trazião para se distinguirem dos outros cidadãos; que a lei Falcidia deriva o seu nome de—*falx*, porque ella corta os legados, como a fouce corta o feno; que a—*indictio* era um imposto lançado sobre todo o universo durante 15 annos, a saber: de ferro, para armar os soldados, no fim do primeiro quinquenio de prata, para pagar-lhes o soldo no fim do segundo; de ouro, para guardar no thesouro publico, no fim do terceiro; que Jesus-Christo ainda não era nascido quando Ulpiano (que floresceu dous seculos depois) escreveu o tratado de que foi tirada a lei 5 D. *De feriis*, e quando Justiniano subio ao throno (527 annos depois), razão pela qual este imperador não se servio da era vulgar.

Semelhantemente ácerca da historia natural encontramos nesses jurisconsultos os erros mais grosseiros e absurdos, taes como: — que a mulher póde facilmente dar á luz sete filhos gemeos; que o cuco é engendrado pela terra, e

não tem progenitores ; que a mulher, — *quæ habuit rem carnalem cum bruto animali*, póde gerar um *vitulus*.

Entre muitas outras inepcias e puerilidades lembramos que elles derivão a etymologia da palavra Augusto, titulo dos imperadores do verbo — *augeo* —, porque estes devem ter por fim augmentar continuamente os seus Estados ; que explicão as palavras — *innato studio*, de que se serve Justiniano, em relação a um magistrado a quem dirige uma das suas Constituições, pela circumstancia de ter sido este magistrado estudioso, antes e depois do seu nascimento ; que derivão o nome de Cesar do verbo *cœdere*, por haver elle mandado abrir o ventre de sua mãe, para ver o lugar em que havia sido concebido ; que julgavão conveniente explicar que as cousas inanimadas, machinas, etc., não tem imputação ; e entendião que os mergulhadores denominavão-se — *urinatores*, porque vêm na agua com tanta clareza, como o medico, que pelas ourinas advinha as molestias.

Os tristes exemplos que acabamos de apontar (8) tornão palpaveis os funestos resultados

---

(8) Além destes muitos outros achão-se apon-

da falta de educação litteraria e dos estudos propedeuticos do direito. E são elles tanto mais sensiveis, quanto aliás é grande o merito de Irnerio, Accursio e os seus principaes discipulos, como interpretes dos textos das leis romanas (9). *Nihil tam absurdum dici potest, quod non dicatur a quodam doctorum (Cicero).*

## CAPITULO IV

### DAS SCIENCIAS AUXILIARES DO DIREITO CIVIL.

#### § 1.º

#### *Diversos ramos do direito.*

Entre as sciencias auxiliares do direito civil occupão naturalmente o primeiro lugar as que têm por objecto certos ramos do direito, visto que são as que se lhe achão ligadas por mais estreito nexo, a saber — a philosophia do direito e sciencia do direito ra-

---

tados por Berriat Saint-Prix — Hist. do Dr. Rom. Sect. 4 Cap. 6 art. 2.

(9) Sobre a materia deste § v. Falck. Jur. Encykl. § 141 e seg.; Eschbach, Intr. Jur. n. 215 e seg.

cional, e o direito publico; seguem-se-lhe as que se occupão com o direito, mas não na sua fórmula actual, e especulativa, sim nas suas fórmulas historicas, e na sua applicação á vida real, taes são — a historia do direito e practica juridica; e finalmente as que se occupão com materia não juridica, mas que fornecem principios indispensaveis para a solução de algumas questões juridicas, a saber: a critica, hermenêutica juridica, e medicina legal.

I. *Philosophia do direito privado e sciencia do direito racional.* Já vimos que a philosophia do direito é um dos elementos essenciaes da jurisprudencia (1); que o jurisconsulto não deve contentar-se com a existencia objectiva e puramente empirica do direito; que das formulas accidentaes, ephemeras e apparentes deve elevar-se ás noções substanciaes, perpetuas e reaes.

Mas só com os factos historicos, os textos legislativos, e os costumes populares, elle não pôde construir a theoria philosophica do direito; são-lhe tambem indispensaveis principios absolutos, necessarios e universaes, que não se pôde obter senão por deducção da noção racional do

---

(1) V. Cap. 1 § 4 e Cap. 2 § 3 huj. tit.

direito. E, pois, simultaneamente pela indução e dedução, que nos podemos elevar ao ideal do direito, tal como o determinão as condições geraes da humanidade (2).

O jurisconsulto não póde, pois, excluir da orbita dos seus estudos o direito puramente racional, sciencia que, partindo da noção absoluta do justo, se desenvolve em theoremas acceitos e sancionados pela razão universal.

Cumpre reflectir-se, que os textos legislativos são sempre defectivos, e que as suas lacunas muitas vezes não se podem preencher, nem ainda com o auxilio do elemento consuetudinario ou recorrendo-se ás formulas historicas anteriores do direito. Então força é suppril-as com essas verdades juridicas universaes, que o legislador julga ocioso promulgar nas leis positivas, porque achão-se na consciencia de todos e fundão-se na necessidade logica (3).

---

(2) Sobre a doutrina de Hegel—Grundlinien der Philosophie des Rechts, e de Stahl — Die Philosophie des Rechts nach geschichtlicher Ansicht; v. Falck — Jur. Encykl. § 53; Savigny — Tr. du Dr. Rom. § 15.

(3) Falck cit. § 54; Coelho da Rocha — Dir. Civ. Introd. § 10. Já os antigos Jurisconsultos pen-

Os Romanos bem comprehendião o auxilio que o direito racional póde prestar ao positivo, a ponto de anteporem os preceitos daquelle aos deste (4). As nossas leis patrias tambem por vezes se referem aos preceitos da razão e do direito natural, e os confirmão (5); assim, a lei de 18 de Agosto de 1769, § 10, explicando as palavras — *boa razão* — de que serve-se a Ordenação L. 3.º, tit. 64 pr., diz que por ellas se deve entender—a que consiste nos primitivos principios, que contém verdades essenciaes, intrinsecas e inalteraveis, que a Ethica dos Romanos havia estabelecido, e que o direito divino e natural formalisárão para servirem de regras moraes, e civis, etc.

II. O direito publico. É o Estado quem dá ao direito e realidade e a vida; porque é elle quem personifica, e exerce, em regra, o principio coercitivo, que se liga ás obrigações ou

---

savão do mesmo modo; v. Boehmer In Intr. ad Jus. Publ. Univ. Præf. e Cap. 4 § 3 not. g; Zallwein—Princip. Jur. Eccl. T. 2, quæst. 2 § 7.

(4) V. Cap. 1 § 1 in fin. huj. tit.

(5) Ord. L. 3 tit. 64 pr.; Lei de 9 de Setembro de 1779 § 10, e D. de 30 de Dez. de 1822, Cap. 3 art. 8.

deveres juridicos, e que os distingue dos mo-  
raes.

Sob o impulso das paixões e interesses pes-  
soaes o homem colloca-se em coutradicção com  
o direito, e exorbita das raias da liberdade  
juridica ; torna-se então necessario restabelecer  
a ordem perturbada, e restituir ao direito a sua  
existencia e o seu imperio contestado. É só  
o Estado quem póde exercer com segurança  
esta grande e espinhosa missão, confial-a aos  
individuos fôra sujeital-a aos azares da força e  
substituir uma violencia a outra violencia (6).

É esta a principal missão do Estado. É  
verdade que tambem tem a de coadjuvar os diver-  
sos organismos sociaes na realização dos seus fins  
especiaes ; mas esta é apenas secundaria (7),

Para que elle preencha a sua principal  
missão, cumpre-lhe proteger os direitos indi-  
viduaes ou o livre exercicio da actividade de  
cada um dentro da sua esphera propria, pre-  
venindo as suas violações por meio da pena-

---

(6) V. Cap. 2 § 2 huj. tit.

(7) Ahrens. Cours de Dr. Nat. P. Spec. 2 Clas. 1.<sup>o</sup>  
Divis, Cap. 2 e seg.; Noç. Prelim. de Dir. Adm.  
Bras. T 2, Cap. 1 § 1.

lidade, esclarecendo e decidindo os litígios, que a este respeito se formarem, e tornando effectiva a indemnisação dos prejuizos que dellas emanarem.

Definida assim a influencia do Estado no direito privado, e especialmente no civil, é logica consequencia a do direito publico interno sobre este. Com effeito, é evidente que o diverso modo porque o Estado fôr constituido hade necessariamente influir sobre a natureza, a extensão e a segurança dos direitos civis. Assim, por exemplo, ninguem póde desconhecer quanto o direito publico dos Romanos influio na constituição da familia, na extensão e severidade do poder patrio e marital, na confecção dos testamentos, nas formulas das acções, etc.; e tambem que as successivas modificações do direito publico pelo progressivo triumpho do plebeiado trouxe alterações parallelas em todas as instituições privadas e relações juridicas.

O direito administrativo auxilia o civil, protegendo o exercicio dos direitos que deste emanão; instituindo, regularisando e auxiliando a organização judiciaria, já com algumas funcções administrativas, já com os meios materiaes

necessarios afim de tornar effectivas as suas decisões, e a realização do direito civil (8).

Quanto ás relações do direito publico externo com o civil, assaz é lembrarmos que as relações juridicas podem ligar individuos pertencentes a Estados diversos, e que neste caso o direito privado não póde deixar de modificar-se pela influencia daquelle direito.

São igualmente faceis de avaliarem-se as relações do direito externo ecclesiastico com o civil, pela simples consideração da profunda influencia que as doutrinas ensinadas pela igreja exercerão sobre as idéas, os sentimentos e toda actividade humana (9). Accresce, que até certa época os canones ou leis da igreja reinárã, soberanamente na esphera propria do direito civil, e ainda hoje são uma das fontes subsidiarias deste direito, como veremos (10).

---

(8) Noç. Prelim. cit. T. 1, Cap. un. § 8.

(9) Troplong —De l'Infl. du Christ. sur le Dr. Civ. des Rom.

(10) V. T. 2, Cap. 4 § 2.

§ 2.º

*A historia e a pratica do direito.*

I. Pois que o direito não é arbitrariamente inventado pelo legislador, e sim constituído historicamente pela evolução logica das fórmulas (1), é manifesto que não se poderá bem comprehendel-o no seu estado actual sem recorrer-se aos estados anteriores. Ora, o conhecimento da origem, do desenvolvimento e das transformações necessarias do direito é o que constitue o objecto da historia do direito.

Costuma-se dividir esta historia em externa e interna.

A historia externa do direito, que outr'ora chamava-se simplesmente — *historia do direito*, trata das diversas fórmulas de que se tem revestido o poder legislativo, os actos, e monumentos por elle produzidos, bem como da litteratura juridica e das instituições que tem influido no aperfeiçoamento do direito.

A historia interna do direito, a que outr'ora se dava o nome de— antiguidades do direito,

---

(1) V. Cap. 2 § 2 huj. tit.

tem por objecto a origem das proprias regras do direito, ou dos principios contidos nos textos legislativos, e as modificações por que elles tem passado já em virtude de novos textos, já dos costumes populares, da doutrina dos jurisconsultos ou da pratica juridica.

Do exposto se evidencia que a bibliographia e a litteratura juridica são elementos essenciaes da historia do direito.

A bibliographia juridica é a indicação das obras, escriptas sobre o direito, ou se aspire á completa nomenclatura dellas, ou á simples enumeração das mais importantes.

A litteratura juridica tem por objecto apreciar o merecimento geral desses trabalhos juridicos, caracterisar as suas tendencias scientificas e determinar a influencia que as diversas escolas e doutrinas exercêrão no desenvolvimento do direito,

Para poder-se devidamente aquilatar o merecimento de cada escriptor é preciso conhecer-se a época e o paiz em que viveu, e as mais importantes circumstancias da sua vida publica e particular. Assim, a biographia dos jurisconsultos deve ser considerada como um dos elementos indispensaveis da litteratura juridica.

Cumpre-nos observar, que a utilidade da historia do direito não consiste sómente e auxiliar o estudo especulativo do direito, e sim tambem em facilitar a comprehensão do verdadeiro sentido dos textos para fazer delles acertada applicação, e em dar-nos noticia de muitas instituições e principios de direito, sem razão abandonados, e que podem utilmente ser restaurados.

O jurisconsulto só póde ter consciencia que possui a intelligencia completa de uma instituição juridica, que se a assimilou verdadeiramente, quando, remontando-se á sua primitiva origem, a houver acompanhado atravez de todas as fórmias historicas, de que ella se revestio, até chegar ao estado actual, penetrando ao mesmo tempo nas razões de suas successivas modificações.

Nem todos por certo tem os meios, a capacidade, ou o tempo necessario para fazerem tão profundos estudos; mas é este o ideal a que todo o verdadeiro jurisconsulto deve esforçar-se por attingir (2).

---

(2) Falck Jur. Encykl. §§ 144 e 153; Eschbach—Intr. Gén. 3<sup>me</sup> P. Cap. 3 e 4; Brunquell—Dissert. Prelim. Hist. Jur. Rom.-Germ. § 41, Nihil autem ju-

II. Pratica juridica. O jurisconsulto póde ter dous fins em vista, ou o méro conhecimento do direito como *systema scientifico*, ou a applicação dos seus preceitos á vida real; d'ahi a distincção dos dous elementos *theorico* e *pratico*. Póde-se, e tem-se tentado estabelecer uma *theoria* dessa pratica, mas o seu estudo, além de ingrato, não póde deixar de ser esteril, se não fizer-se delle applicação á vida real; a *theoria* da pratica só pela pratica se póde convenientemente aprender.

E' esta quem desenvolve o senso juridico ou a aptidão a bem apprehender e apreciar os factos occorrentes, a combinar os principios do direito, e a deduzir delles a regra applicavel a estes factos, de modo a proferir-se um juizo seguro e a revestil-o de fórmias persuasivas e claras

Ao primeiro aspecto os factos de ordinario parecem subordinarem-se a certos principios juridicos; porém, á proporção que melhor os estudamos, e attendemos ás circumstancias que

---

*cundius, nihil utilius juris cultori esse poterit quam historiam ejus jure nosse; Senckenberg—Method, Jurispr. Univers. § 47. Historia juris ante omnia haurienda.—V. Cap. 3. § 3 not. 4.*

os cercão, estes principios vão-se modificando, e só definitivamente se fixão, quando temos encarado o facto por todos os seus aspectos, em todas as suas relações, no complexo de todos os seus elementos.

A pratica juridica póde dividir-se em varios ramos, segundo a variedade dos negocios a que se referir ; os dous principaes são :

A jurisprudencia cautelaria ou eurematica, que consiste em dirigir os negocios juridicos de modo a realizar os fins que as partes tiverem em vista, e em prevenir, quanto fôr possivel, as difficuldades futuras.

A arte do notariado ou tabellionato que ensina a redigir com fidelidade, precisão e clareza os actos juridicos, segundo as fórmulas prescriptas pela lei ou estylo (3).

Cumpre reflectir-se que o modo de tratar os negocios extrajudiciaes pode ter a maior influencia sobre a fortuna, o credito e a felicidade das familias e dos individuos. Para bem desempenhar essa tarefa exige-se, além

---

(3) V. Corrêa Telles, Manual dos Tabelliães, ou Ensaio de Jurisprudencia Eurematica.

dos conhecimentos technicos, a maior prudencia e os mais minuciosos cuidados (4).

O conhecimento da pratica juridica é um auxilio poderoso para a plena e fecunda comprehensão da theoria.

E' a reunião destes dous elementos que deu aos jurisconsultos romanos tão grande superioridade sobre os modernos. O theorico perfeito seria aquelle que para vivificar a sua theoria tivesse a completa experiencia da vida real e abraçasse com um olhar todas as combinações de relações entre os costumes, a religião, politica e a economia politica (5).

### § 3.º

#### *Sciencias juridicas.*

1. A hermeneutica é a sciencia da interpretação dos textos: a critica é a sciencia que ensina a fixal-os. E' preciso que primeiramente se conheção quaes são realmente os textos que se quer interpretar, para que de-

---

(4) Falck cit. § 157.

(5) Savigny, Tr. du Dr. Rom. Pref. — Sobre a pratica juridica V. Falck cit. §§ 154, 155, 157 e 162: Eschbach cit. 3<sup>m</sup> P. Cap. 8.

pois se trate de interpretal-os. Assim, a critica precede á hermeneutica.

Denominão-se juridicas a critica e hermeneutica, quando se applicão a monumentos ou textos legislativos.

A critica se divide em critica diplomatica ou inferior, e alta critica. A primeira indaga, por meio da paleographia, quaes são os materiaes authenticos, e a sinceridade das fontes do direito ; a alta critica serve-se desses materiaes para estabelecer, por meio da sua comparação, a verdade dos textos legislativos, ou para melhoral-os, rectificando-os por meio de conjecturas (1).

A critica conjectural, porém, póde versar, não sómente sobre a exactidão do texto, como sobre a authenticidade dos escriptos ; e tem lugar quando, abstrahindo do testemuho historico, funda-se exclusivamente sobre as razões internas, tiradas do proprio escripto. Posto que muito se tenha abusado della, não se deve, pelo receio de tornar a praxe vacillante, negar a sua legitimidade como fez

---

(1) Savigny, Tr. du Dr. Rom. §§ 33 e 39 ; Carneiro — Prim. Lin. de Herm. Jur. e Diplom. § 20.

Thibaut, ou restringil-a arbitrariamente, como fez Feuerbach (2).

Devemos, porém, observar que a critica diplomatica só póde ter applicação ás fontes subsidiarias do direito romano e canonico, ou aos antigos monumentos da legislação patria, não ao direito moderno, solemnemente promulgado pelo poder politico, e cujos exemplares se podem reproduzir indefinidamente pela imprensa. Talvez até a alguém pareça que nem a alta critica lhe é applicavel; se attender-se, porém, que o texto impresso é apenas uma cópia do original; que nelle podem escapar erros, e que o espirito é superior á letra da lei, tornar-se-ha manifesto que o jurisconsulto póde sempre, por meio da alta critica, corrigir o texto da lei pelo seu pensamento.

Nem na legislação patria faltão importantes exemplos de omissões e erros typographicos. O governo tem mandado emendar alguns que apparecem nas edições officiaes das leis modernas; assim pelo Dec. de 18 de Agosto de 1832 mandou-se emendar os arts. 79 e 107 do Cod. Crim.; pelo Av. circ. de 10 de

---

(2) Savigny Tr. du Dr. Rom. cit. loco.

Março de 1853 (não incluído na collecção official), o art. 291 do Cod. do Com.; pelo de n. 464 de 8 de Outubro de 1862, o art. 1, § 4 da Lei n. 631 de 18 de Setembro de 1851, etc.; pelo de 7 de Novembro de 1879, o art. 454 do Cod. do Com. (3).

Verificada, porém, a authenticidade e sinceridade das fontes do direito, fixado ou rectificado o texto legislativo, resta a mais importante operação, para que as regras do direito passem para a vida real, e é a sua assimilação pelo jurisconsulto. Ora, esta operação, que algumas vezes póde ser um acto simplicissimo, outras vezes póde depender de profundos estudos; em todo o caso é um trabalho scientifico, — principio e fundamento da sciencia do direito.

Esta operação consiste em reconhecer a lei em sua verdade, submettendo-a ao criterio de nossa intelligencia; para conseguirmos este resultado cumpre que apprehendamos, o pensa-

---

(3) Este ultimo erro foi descoberto e verificado por mim como declarou o Sr. Director do Archivo Publico em officio dirigido ao Ministro do Imperio.— V. alguns exemplos de erros e interpolações das Ord. e leis extravagantes em B. Carneiro, Dir. Civ. § 12 n. 14 n.— b.

mento da lei em sua integridade e pureza, ou que mentalmente a recomponhamos, reproduzindo artificialmente as operações de espirito, por meio das quaes o legislador a concebeu.

E a este processo a que se dá o nome da interpretação: podemos, pois, defini-la a reconstrucção do pensamento contido na lei (4).

Destas simples observações, a que depois daremos o devido desenvolvimento (5), deduz-se evidentemente que a hermeneutica é um auxiliar indispensavel da dogmatica do direito civil como de todos os outros ramos do direito positivo.

II. A medicina legal. Entre os conhecimentos estranhos á jurisprudencia, que são necessarios para se poder apreciar certos factos juridicos, sobresáem os de medicina. E não é sómente o criminalista que delles necessita; tambem o civilista não póde dispensal-os. Assim, quando se trata de verificar a época da puberdade, do discernimento, da concepção, o periodo da gestação, as condições de vitalidade do feto, os phenomenos da impotencia e da

---

(4) Savigny Tr. du Dr. Rom. §§ 32 e 33.

(5) V. T. 3. cap. 3. Falck jur. Encykl. §§ 147 e 148; Eschbach, Intr. Gén. 3<sup>me</sup> P. Cap. 6.

esterilidade, os symptomas da alienação mental, etc., afim de solver as questões juridicas que a elles se referem, não se póde deixar de recorrer á medicina.

A sciencia que ensina a applicar os conhecimentos medicos ás questões juridicas chama-se medicina legal, forense ou juridica (6).

É certo que em todos estes casos devem intervir, como peritos, medicos de profissão; mas o juiz não é obrigado a subscrever aos seus laudos; são estes um meio de prova, que como qualquer outro, póde ser combatido. É preciso pois, que o advogado tenha as necessarias bases para discutir esses pareceres, para combatê-los ou sustentá-los, e que o juiz possa, á vista da discussão e mais provas do processo, formar uma convicção propria, e proferir uma sentença conscienciosa.

Tambem o legislador e o administrador precisão destes conhecimentos; a medicina legal devêra, pois, ser comprehendida no quadro dos estudos das nossas faculdades de direito, como o é nas de medicina.

---

(6) Falck jur. Encykl. § 156; Eschbach Intr. Gén. 3<sup>mo</sup> P. Cap. 7.

Infelizmente, porém, o programma daquellas faculdades, posto que melhorado na ultima reforma, não satisfaz ainda todas as necessidades do ensino do direito (7); não só a medicina legal está excluída d'elle, como o estão de seus preparatorios os elementos de sciencias naturaes, e o estudo das linguas grega e allemã, com quanto estas materias achem-se comprehendidas no curso do bacharelado em bellas letras do collegio de Pedro II (8).

---

(7) Lei de 18 de Agosto de 1827; D. n. 1386 de 28 de Abr. de 1854; D. n. 1568 de 24 de Fevereiro de 1855.

(8) D. n. 1331 A de 17 de Fev. de 1854 art. 78; D. n. 1556 de 17 de Fevereiro de 1855, art. 1; v. Av. Regul. de 24 de Janeiro de 1856.

## TITULO II

### Das fontes do direito civil.

#### CAPITULO I.

##### DAS FONTES DO DIREITO CIVIL EM GERAL.

##### § unico.

Indagar as fontes do direito, como adverte Savigny (1), não é indagar as fontes da sciencia do direito, nem das relações de direito.

Com effeito não nos occupamos agora com o elemento philosophico ou historico do direito, e sim sómente com o dogmatico ; nem queremos estudar os factos, e as instituições jnridicas de que emanão as relações de direito.

O direito preexiste ao legislador na cons-

---

(1) Savigny, Tr. du Dr. Rom. § 6.

ciencia nacional; elle não o inventa, nem o crea; apenas o formúla, e traduz em caracteres sensiveis, esclarece-o com as luzes da razão universal, e presta-lhe o apoio da força social.

Nem por este motivo se deve julgar ociosa, ou menos importante, a missão do legislador. Quando o direito começa a confundir-se na consciencia popular, em consequencia do desenvolvimento da vida social, e da especialização das profissões e das capacidades, ou quando elle começa a tornar-se incerto nas quadras de transição, por terem vindo novas fórmulas substituir as antigas, compete ao legislador restituir-lhe a sua clareza e certeza, fazer cessar o antagonismo dos principios encarnados nas antigas e novas crenças, formulando o direito em theses precisas, e solememente promulgando-as, a fim de que se tornem accessiveis a todos.

Mas, ainda nos periodos de maior vigôr e florescimento do direito popular, só os seus principios fundamentaes se acham claramente formulados nos costumes publicos; quanto aos seus corollarios e preceitos particulares, nunca ha a mesma uniformidade de opinião; para desvanecer todas as duvidas, e fazer cessar in-

teiramente o arbitrario, couvém sempre que intervenha a legislação, como complemento daquelle direito.

A legislação, porém, não é o unico orgão do direito popular; a par della colloca-se a jurisprudencia, ou segundo a phraseologia de Savigny, o direito scientifico.

Desde que pelos progressos da civilisação toma o direito grande desenvolvimento, despidendo a sua fôrma primitiva e elementar, e que pela lei da divisão do trabalho dá cada um á sua actividade um fim especial, as crenças communs vão-se pouco a pouco esvaeendo, e os costumes nacionaes cahindo no olvido. Entretanto, uma classe então se fôrma naturalmente, que torna-se depositaria dessas crenças, continuadora desses costumes, e toma assim, por especial tarefa, a cultura e o desenvolvimento do direito tradicional.

Cumpre attender-se, que os jurisconsultos estendem a sua acção, não sómente sobre o direito popular, como sobre a legislação, e revestem a ambos da fôrma scientifica; desenvolvem e completão a sua unidade, e assim lhes dão nova vida organica (2). Seguindo,

---

(2) Savigny Tr. du Dr. Rom. § 14.

porém, em sentido inverso á logica successão das fórmãs historicas do direito, não podem deixar de remontarem-se ao romanismo, base da legislação e jurisprudencia dos povos modernos. E' ahi que vão encontrar não só a explicação historica, como as razões philosophicas da maxima parte das actuaes instituições de direito, e aprender o modo de fazer dellas a mais acertada applicação ás relações humanas.

Entretanto, pelo benefico influxo do Christianismo, pelos progressos da sciencia e da industria, pela ampliação da sociabilidade, e por mil outras circumstancias, nascidas da natural evolução dos factos historicos, novas necessidades emergirão, e novas relações juridicas se formárão nas sociedades modernas. Os jurisconsultos estão, pois, collocados na necessidade de consultar as legislações dos povos cultos contemporaneos, já para esclarecer e facilitar a intelligencia da legislação nacional, já para supprir as suas lacunas.

Taes são as fontes a que os jurisconsultos devem recorrer para obter a plena comprehensão do elemento dogmatico do direito. A legislação nacional, porém, por sua fórmula

clara, authentica e solemne, tem para elles mais importancia do que nenhuma outra. E' por este motivo que ella é considerada como fonte essencial do direito civil, emquanto as outras são apenas subsidiarias; e que sobre ella devem os jurisconsultos dirigir com preferencia os seus estudos e meditação (3).

## CAPITULO II

### DAS FONTES ESSENCIAES DO DIREITO CIVIL. — LEGISLAÇÃO NACIONAL

#### § unico.

#### *Considerações geraes.*

Tomamos aqui a palavra — legislação — no sentido mais amplo, como o complexo dos actos do poder politico, que contém perceitos obrigatorios, quer expedidos no regimen anterior, quer no posterior á independencia nacional (1).

---

(3) Sobre toda a materia deste Capitulo V. Savigny Tr. du Dr. Rom. §§ 6, 12, 13 e 14.

(1) Toullier, Les Droit Civ. Fr. Tit. Prélim.; Zachariæ.— Le Dr. Civ. Fr. Tit. Prélim. § 5 not. 1.

Estes actos podem ser classificados em duas ordens, segundo os considerarmos em relação á sua fórma ou á sua materia :

I. Em relação á sua fórma elles se dividem em ordenações, leis (*strictu sensu*), decretos, alvarás, cartas régias, resoluções de consulta, provisões, assentos da casa da supplicação, avisos, portarias e ordens.

II. Em relação á sua materia se dividem em regulamentos, regimentos, estatutos, instrucções, pragmaticas, foraes, concordatas e privilegios.

Cumpre-nos lembrar, que outr'ora todo o poder politico, ou o poder absoluto, residia no monarcha, que se considerava como *lei animada* na terra (2). Qualquer que fosse a fórma de seus actos, elles tinham em geral a necessaria efficacia para alterar o direito, tanto quanto

---

(2) Diz Ulpiano fr. 31 D. De leg. (I, 3) — *Princeps legibus solutus est*; e a Ord. L. 2 Tit. 35 § 21 — Perque nenhuma lei, per o Rei feita, o obriga, senão em quanto elle, fundado em razão e igualdade, quizer a ella sometter seu real poder. V. Repert. das Ord. III, p. 367 vb. Ley e IV p. 252 vb. — *Princepe*.

depende do poder humano, uma vez que fosse esta a soberana vontade. O monarca, porém, ficava sempre superior á lei, salvo se espontaneamente quera submeter-se-lhe (3).

Hoje o poder politico acha-se dividido em quatro ramos distinctos e independentes, dos quaes só um tem a funcção legislativa (4).

O principio obrigatorio entre nós sómente emana da lei (5) ; portanto, só por esta podem ser definidos os direitos, e especialmente os civis. Nem a pretexto de prover á boa execução das leis civis póde o governo expedir decretos, instrucções e regulamentos, ou quaesquer actos, que alterem estes direitos (6).

---

(3) Quod Principi placuit, legis habet vigorem, Ulp. fr. 1 pr. De const. princ. (I, 4) ;... porque pois a sentença de principio foi nenhuma, já per nenhum acto seguinte póde ser confirmada, salvo per Nós de certa sciencia, porque o Rei é lei animada sobre a terra, e póde fazer lei e revogal-a, quando vir que convem fazer-se assi. Ord. L. 3, tit. 75 § 1.

(4) Const. art. 10, 13 e 98.

(5) Const. art. 179 § 1.

(6) V. T. 3 Cap. 5 ; e Noç. Prelim. de Dir. Adm. Bras. T. 2 Cap. 2 § 2 e Cap. 7 § 3.

Devemos advertir que pela lei de 20 de Outubro de 1823, art. 1, decretada pela assembléa geral constituinte e legislativa, mandou-se que continuassem em vigor, enquanto não se organisasse novo código, ou não fossem revogadas, as ordenações, leis, regimentos, alvarás, decretos e resoluções promulgadas pelos reis de Portugal, e pelas quaes o Brasil se governou até o dia 25 de Abril de 1821.

Assim não se podem considerar como vigentes os actos da anterior legislação, que não estão comprehendidos entre os que esta lei menciona; em todo o caso, porém, tem valor juridico, como fontes do direito consuetudinario.

Passamos, pois, a tratar das diversas especies de actos, que constituem a legislação patria antiga e moderna, mostrando as modificações, porque tem passado no actual regimen as fórmulas usadas no anterior.

## § 2.º

### *As ordenações.*

Diversos trabalhos desta natureza se ensaiarão ou se completarão em Portugal, de que

trataremos no lugar competente (1). O ultimo, que ainda até hoje se acha em vigor, foi começado no reinado de Felippe II de Hespanha e I de Portugal, e concluido no seguinte, sendo sancionado e publicado pelo Alv. de 11 de Janeiro de 1603.

Em consequencia, pórem, da elevação da casa de Bragança ao throno de Portugal, entendeu-se necessario revalidar estas Ordenações, e para este fim expedio D. João IV a lei de 29 de Janeiro de 1643, que revogou todas as legislações anteriores a ella, *ainda que ordenadas em côrtes*, salvo:

I. As que se achavão inscriptas em um livro da casa da supplicação, que, por versarem sobre materia transitoria, mandou-se que se não incorporassem nos cinco livros das Ordenações.

II. Outras leis semelhāntes. que até então havião estado em observancia (2).

---

(1) V. Tit. 5 Cap. 2 § 3.

(2) Taes são por exemplo os Alv. de 23 de Dez. de 1585 e 30 de Julho de 1589 relativos aos Medicos de partido, os quaes continuárão em vigor até que forão revogados pelo D. de 9 de Julho de 1751 — Borg. Carn., Dir Civ. § 2 n. 3 not.—a—.

III As Ordenações da fazenda real (3), os artigos de siza (4), foraes (5), provisões de privilegios particulares (6) e regimentos legitimamente feitos, e observados (7). As Ordenações da fazenda e artigos de siza forão de novo vigorados pelo Decr. de 6 de Julho de 1695.

Dos cinco livros das Ordenações Philippi-  
nas quasi que só o 4.º é destinado á theoria

---

(3) De 17 de Outubro de 1516.

(4) De 27 de Set. de 1476.

(5) V. § 8 huj. Cap.

(6) V. cit. § 8 huj. Cap.

(7) Taes como o de 19 de Abril 1552 sobre a repartição das presas feitas aos Mouros, reformado pelo C. R. de 24 de Set. de 1631; o do physico mór de 25 de Fev. de 1521, revalidado pelo A. de 23 de Nov. de 1808 e abrogado em consequencia da extinção deste cargo pela Lei 2.<sup>a</sup> de 30 de Agosto de 1828; o dos Manposteiros móres e pequenos dos Captivos de 11 de Maio de 1560, abrogado pela Lei de 4 de Dezembro de 1775, que extinguiu este lugar. Além destes ha muitos outros Regimentos anteriores ás Ordenações, que conservárão-se em vigor por muito tempo depois da promulgação dellas.

V. Dr. Perdigão Malheiro, Man. do Proc. dos Feitos da Fazenda.

do direito civil. Mas os seus preceitos, além de nimiamente deficientes, e formulados sem ordem, não estão ao par das necessidades da sociedade actual e dos progressos da sciencia juridica. Estes defeitos têm sido oficialmente reconhecidos (8), e por vezes tem se tentado novas codificações da legislação civil (9).

§ 3.º

*As leis.*

Chamão-se leis — *strictu sensu* —, cartas

---

(8) A Lei de 25 de Maio de 1773 § 2 declara esta compilação — desnecessaria, intempestiva, e publicada com dolo, só para o fim de postergar e fazer esquecer certas leis, que se querião supprimir, taes como as de 1 de Março de 1507, e 16 de Dezembro de 1524, que abolião a distincção entre chistãos novos e velhos.

A Lei de 25 de Jan. de 1775 tambem a declara — intempestiva, superflua, e machinada por astutos e infieis compiladores, que movidos por seus mutuos e particulares interesses cavilosamente omittirão a excepção das doações régias na Ord. 14 tit. 62 de El-Rei D. Manoel, que sujeitára todas as doações á insinuação.

(9) Sobre as diversas tentativas de codificação da legislação civil, V. T. 5 Cap. 2 §§ 2 e 3.

de leis, cartas patentes, ou sómente cartas, os actos da autoridade régia, que continhão disposições geraes, destinadas a durar por mais de um anno, ou perpetuamente. Erão referendadas pelos secretarios de estado, ou quando se expedião em consequencia de resolução régia, pelo presidente do respectivo tribunal, e na falta por dous de seus membros. Principiavão pela formula: — Dom F. por Graça de Deos, etc., levavão a assignatura — *El-Rei* — e erão publicadas na chancellaria-mór da côrte (1).

Hoje o poder legislativo é delegado á assembléa geral com a sanção do Imperador (2). Os projectos legislativos sobre medidas geraes, depois de approvados por ambas as camaras, e antes de sancionados pelo Imperador, denominão-se decretos (3), e depois de sancionados — leis.

A sanção exprime-se pelas palavras: *O Imperador consente* — lançadas sob a imperial

---

(1) Ord. L. 1 tit. 2 § 10, L 2 tit. 40, L. 5 tit. 11, e Reg. da Faz. Cap. 241 § 8.

(2) Const. art. 13.

(3) Const. arts. 62, 66, 68 e 101 § 3.

assignatura nos dous autographos, enviados pela camara, ultimamente deliberante (4).

A formula da promulgação das leis depois de sancionadas é—*Dom F. por graça de Deos e unanime acclamação dos povos, Imperador Constitucional e Defensor Perpetuo do Brasil. — Fazemos saber a todos os nossos subditos, que a assemblea geral legislativa decretou e nós queremos a lei seguinte: (Segue-se a integra da lei em suas disposições sómente e conclue) — Mandamos portanto á todas as autoridades, a quem o conhecimento e execução da referida lei pertencer, que a cumprão e fação cumprir e guardar tão inteiramente como nella se contém. O secretario de estado dos negocios (o da repartição competente) a faça imprimir, publicar e correr. — Assignada pelo Imperador com rubrica e guarda, e referendada pelo ministro competente, é sellada na chancellaria-mór do Imperio (secção central da secretaria de estado dos negocios da justiça), e assignada pelo ministro desta repartição, e pelo respectivo director geral (5). Ha outros actos le-*

---

(4) Const. art. 68.

(5) Const. arts. 69 e 70; Lei de 4 de Dez. de 1830 arts. 3 e 5; D. n. 2350 de 5 de Fev. de 1859 art. 3 § 1.

gislativos denominados — Decretos — de que trataremos no paragrapho seguinte.

§ 4.

*Os decretos.*

Os decretos outr'ora começavão pela exposição da providencia, sem que o Rei se dirigisse a alguem individualmente, e erão assignados com a rubrica. Algumas vezes estatuião sobre certas pessoas ou negocios, outras vezes conti-nhão medida legislativa geral.

Hoje o decreto é uma formula commum a certos actos dos poderes legislativo, moderador e executivo, e da assembléa geral.

Os projectos legislativos sobre interpretação ou derogação (alteração parcial) das leis, ou sobre medidas pessoaes (individuaes ou collec-tivas), denominão-se resoluções antes de receberem a sancção imperial, e decretos depois de a receberem, sendo então publicados sob a formula— *Hei por bem sancionar e mandar que se execute a resolução séguinte da assembléa geral legislativa* (segue-se a integra do decreto e conclue); *F. do meu conselho, ministro e secretario de estado dos negocios.... assim o tenha*

*entendido e faça executar.* É assignado com a rubrica imperial, e referendado pelo ministro competente (1).

Todos os actos do poder moderador, e os do executivo em que intervem o monarcha, são tambem expedidos sob a formula: *Hei por bem*; que caracteriza os decretos (2).

Revestem-se desta mesma fórma os actos pessoaes do monarcha, como os que se referem á gerencia dos palacios e terrenos nacionaes por elle possuidos, ou a quaesquer outros negocios da imperial casa, quando se lhes quer dar maior solemnidade, ou porque interessem a muitos, ou porque os seus effeitos devão durar longo tempo (3).

---

(1) Const. art. 101 § 3.

(2) Const. art. 102 § 12. Noç. Prelim. de Dir. Adm. Bras. T. 2, Cap. 9 § 2.

(3) Noç. Prelim. de Dir. Adm. Bras. cit. T. 2, Cap. 9 § 2. Tal é a fórma do acto datado de 6 de Abr. de 1831, pelo qual o Sr. D. Pedro I nomeou tutor aos seus filhos; no acto da abdicção do mesmo Imperador a fórma empregada é —Hei mui voluntariamente abdicado, etc.



§ 5.º

*Os alvarás e cartas régias.*

Os alvarás continhão disposições, cujo effeito não devia durar por mais de um anno, salvo os alvarás de mercês ou promessas. Quando porém, continhão a clausula em contrario—*valerá como carta posto que seu effeito, etc.*, tornavão-se perpetuos, e denominavão-se alvarás de lei, com força de lei, ou em fórmula de lei. Principião : *Eu El-Rei. Faço saber aos que este alvará virem, etc.* ; e tinhão a assignatura—Rei.

Os alvarás continuárão a fazer a parte da nossa collecção de leis, até a promulgação da Constituição; tendo então desaparecido, por esta não fazer menção delles no seu art. 102 § 12. Ainda porém são empregados em certos actos de character particular, expedidos pelas secretarias de estado.

Assim tambem se denominão alvarás alguns actos dos tribunaes e magistrados, como as concessões de soltura, venia, supprimento de licença para casamento, de editos, etc. (1). Igual deno-

---

(1) D. n. 1569 de 3 de Março de 1855 (Regim. das Cust. Judic.) arts. 16, 30, 45. 97, 132: Circ.

el-rei D. Manoel, competia á casa de supplicação interpretar as ordenações e leis por meio de *assentos* com força obrigatoria.

Estes assentos erão tomados na mesa grande por occasião de duvida proposta por alguns dos desembargadores, juizes da causa, ou por glosa do chancellér, por entender que a sentença infringia expressamente as ordenações ou o direito (3).

Hoje as resoluções imperiaes são tomadas sobre consultas do conselho de estado ou pareceres de suas secções (4); ou sobre consultas do conselho supremo militar (5); ou das juntas commerciaes (6); e são expedidas por decreto ou por aviso.

A formula das provisões, ainda muito usada no primeiro reinado emquanto não forão extinctos os antigos tribunaes régios, hoje só apparecem nos actos do conselho supremo mi-

---

(3) Ord. L. 1 Tit. 4 § 1, Tit. 5 § 5, Lei de 18 de Agosto de 1769 § 4.

(4) D. n. 124 de 5 de Fev. de 1842 art. 19.

(5) Alv. de 1.º de Abril de 1808 art. 2.

(6) Cod. do Com. art. 67; D. n. 738 de 25 de Nov. de 1850, ort. 18 § 2; n. 806 de 26 de Julho arts. 2 e 3; n. 863 de 17 de Nov. de 1851, etc.

litar (7); é a mesma de outr'ora, apenas mudados os titulos do monarcha (8).

A casa da supplicação não existe entre nós; mas, ao supremo tribunal de justiça compete tomar assentos, para a intelligencia das leis civis, commerciaes e criminaes, quando na execução d'ellas occorrerem duvidas manifestadas por julgamentos divergentes havidos no mesmo Tribunal, Relações e Juizos de 1.<sup>a</sup> instancia nas causas que cabem na sua alçada; e assim mais indicar ao governo os pontos sobre que a experiencia tiver mostrado vicio e insufficiencia da legislação, as suas lacunas e incoherencias, afim de que elle proponha ao corpo legislativo as convenientes reformas (9).

### § 7.<sup>o</sup>

#### *Os avisos e portarias.*

Os *avisos* erão ordens expedidas a certas autoridades e ás pessoas particulares pelos se-

---

(7) Tal é a de 15 de Fev. de 1843 ácerca das continencias e honras militares.

(8) D. de 13 de Out. de 1822.

(9) Decretos n. 2684 de 23 de Outubro de 1875 e n. 6142 de 10 de Março de 1876; Lei de 18 de Set. de 1828 art. 19.

cretarios de estado, com sua assignatura, mas em nome do monarcha.

As *portarias* ou *cartas dos secretarios* não se dirigião a alguém determinadamente ; principiavão : — *Manda el-rei N. S.*

Tanto os avisos como as portarias sómente regulavão o caso de que tratavão, e não podião prejudicar a terceiro, nem revogar ou alterar a legislação (1).

Hoje os avisos são a formula de que usão os ministros e secretarios de estado quando se dirigem uns aos outros, aos presidentes de provincias, etc. Aos empregados subalternos costumão os superiores dirigir-se por portaria. Tambem por meio destas creão-se certos lugares, e fazem-se certas nomeações (2).

Os ministros da fazenda, presidentes do thesouro nacional, dirigem-se aos inspectores de thesourarias por meio de ordens (3).

---

(1) Ord. L. 2 T. 41 ; Res. de Cons. do Des. de 16 Nov. de 1672 ; A. de 25 Set. de 1601, e 13 de Dez. de 1604. V. B. Carn.— Dir. Civ. § 6 n. 2 e not. (a).

(2) D. n. 514 de 7 de Junho de 1847 ; 778 de 15 de Abril de 1851 art. 74 ; n. 2350 de 5 de Fev. de 1859 art. 14, etc.

(3) D. n. 736 de 20 de Nov. de 1850 art. 5 § 4 ; n. 870 de 22 de Nov. de 1851 art. 31 § 3 e art. 42.

§ 8.º

*Outras especies de actos em relação á sua materia.*

Nos paragraphos antecedentes tratámos dos actos do poder politico, classificados conforme a sua fórma ; neste imos tratar de novas especies, classificadas segundo a sua materia ; comquanto devamos advertir que os caracteres destas especies não se achão bem clara e firmemente definidos em nosso direito.

I. Os *regulamentos* são actos que contém providencias geraes e permanentes para a boa execução das leis, que interessão á totalidade dos cidadãos ou a grande parte delles.

II. Os *regimentos* tem por fim regular o serviço de certas repartições publicas, os direitos e deveres de certos funcionarios (2).

III. Os *estatutos* são regimentos dados ás corporações, especialmente ás do ensino (3).

---

(1) Reg. de 31 de Jan. e 15 de Març. de 1842.

(2) D. n. 1560 de 3 de Març. 1855 ; n. 2358 de 19 de Fev. 1859 art. 57 ; n. 2359 de 19 de Fev. de 1859, art. 58 ; n. 738 de 25 de Nov. 1850 art. 19 § 5.

(3) A. de 20 de Jul. de 1612, 15 de Out. de 1653,

IV. As *instrucções* parecem ter caracter mais technico e provisorio; contém as regras segundo as quaes as autoridades publicas devem organizar e pôr em andamento certos serviços, e ordinariamente se referem aos que são de novo creados ou reformados; e antes ás relações internas da hyerarchia administrativa, do que ás suas relações externas com os cidadãos (4).

V. As *pragmaticas* são leis destinadas a reprimir certos abusos publicos, como o luxo immoderado dos vestidos, funeraes, carros, etc. (5)

VI Os *foraes* são leis dadas pelos soberanos ou senhores feudaes ás cidades, villas, conselhos, julgados, ou aos simples rendeiros

---

9 de Ag. de 1776, 30 de Set. de 1786, etc.; Lei n. 556 de 25 de Jan. de 1850 art. 295; D. n. 714 de 19 de Set. de 1853, etc.

(4) V. Noç. Prelim. de Dir. Adm. Bras. T. 2, Cap. 10 § 1.

(5) Lei de 29 de Out. de 1609, 8 de Jul. de 1669, 25 de Jan. de 1677, 9 de Ag. de 1686; A. de 5 de Ag. e 28 de Set. de 1688, 15 de Nov. de 1690, 14 de Nov. de 1698, 21 de Jul. de 1702, 26 de Abril de 1704; L. de 6 de Maio e A. de 31 de Maio de 1708, 5 de Out. de 1742.

de quintaes, courellas e sitios, declarando os direitos e obrigações dos moradores das terras. Os donatarios das capitancias do Brasil tambem serão autorisados a concedêl-os ás cidades e villas que fundassem (6). Erão considerados leis perpetuas, e só por outras leis podião ser revogados (7).

VII. As *concordatas* ou *tratados* são convenções feitas com os soberanos estrangeiros sobre interesses internacionaes. Dá-se a primeira denominação especialmente aos convenios feitos com a Santa Sé Apostolica, ou com os prelados do proprio Estado ácerca de jurisdicção (8).

VIII. Os *privilegios* erão leis especiaes, que concedião certas vantagens uteis ou ho-

---

(6) Os antigos Foraes de Portugal forão reformados pela C. R. de 5 de Fev. de 1506, tendo sido Ferrão de Pina incumbido da sua revisão.

(7) Reg. de 20 Abr. de 1775 § 63; Prov. de 27 de Nov. de 1776; Av. de 14 de Jun. de 1776 § 2.

(8) Concordata de El-Rei D. Diniz com os prelados de 23 de Ag. de 1323, etc., de D. Maria I com o S. P. Pio VI de 20 de Jul. de 1778, approvada a 11 de Ag. do mesmo anno. A Lei de 30 de Abril de 1768 mandou observar as Concordatas nos casos da Lei de 28 de Ag. de 1767 § 13.

norificas a pessoas individuaes ou collectivas, ou a causas determinadas. Só os reis podiam concedêl-os, e as respectivas cartas de concessão ou confirmação erão expedidas pelo desembargo do paço (9).

Hoje achão-se abolidos pela Constituição do Imperio todos os privilegios que não são essencial e inteiramente ligados aos cargos por utilidade publica; e não podem haver commissões especiaes nas causas civis ou crimes, ou fôro privilegiado, salvo para as causas que por sua natureza pertencem a juizes particulares, na conformidade das leis (10).

### CAPITULO III

#### DAS FONTES SUBSIDIARIAS DO DIREITO CIVIL

##### I. — DIREITO CONSUECUDINARIO

### § 1.º

#### *Considerações geraes.*

Sempre que se apresenta um pleito em

---

(9) Ord. L. 1 tit. 3 pr.; Reg. do Des. do Paço §§ 19 e 20, L. 2 tit. 45 §§ 37 e 40; A. de 14 de Abr. de 1612, 23 de Maio de 1615. Res. do Com. de 10 de Ag. de 1637, 5 de Out. de 1675: A. de 7 de Janeiro de 1750 § 1.

(10) Const. art. 179 §§ 16 e 17.

juízo, cumpre que o decida o magistrado em cuja attribuição cabe ; nem se póde recusar a fazê-lo a pretexto que a lei é omisssa, pois esta recusa importa o delicto de denegação de justiça (1).

No actual estado porém da legislação patria, difficilissimo e perigoso seria o cumprimento deste dever, se não houvessem outras fontes subsidiarias do direito ; porquanto, deficiente como é esta legislação o magistrado teria de recorrer frequentes vezes ao direito racional, cuja applicação ás emergencias da vida pratica não poderia deixar de dar lugar a interminaveis controversias, e ampla facilidade ao imperio do arbitrio disfarçado.

Previdente, determinou a legislação patria as fontes a que o jurisconsulto deve ir pedir as regras complementares do direito; de

---

(1) Cod. Crim. art. 129 n. 6 e art. 159.

O art. 4.º do Cod. Civ. Fr. é mais expresso; d'elle: « O Juiz que recusar-se a julgar sob pretexto de silencio, obscuridade ou insufficiencia da lei, poderá ser processado como culpado de denegação de justiça. » Touillier, Le Dr. Civ. Fr. vol. 1 n. 146, e vol. n. 2 n. 197 e seg.; Savigny, Tr. de Dir. Rom., §§ 31 e 61. V. Circ. de 7 de Fev. de 1856, e T. 3, Cap. 3.º

sorte que para todas as possíveis relações jurídicas hajão sempre principios que as dominem (2).

Estas fontes subsidiarias do direito civil são :

I. O direito consuetudinario nacional, que se divide em :

Direito popular e  
Direito scientifico.

II. A legislação estranha, a saber :

Direito romano.  
Direito canonico.  
Direito das nações modernas.

### § 2.º

*O direito consuetudinario* : — I. *Popular*.

Já vimos que primitivamente o direito jaz na consciencia nacional até que o desenvolvimento social o leva a manifestar-se na legislação e jurisprudencia (1). Mas, emquanto

---

(2) Ord. L. 3, tit. 14 : — Como se julgarão os casos que não forem determinados per as Ordenações.

(1) V. Cap. 1, § 1, huj. tit.

elle jaz assim invisivel no seio do povo, devem existir, e de facto existem, meios pelos quaes se reconheção os preceitos; estes meios são os usos e costumes.

Com effeito, a constante repetição de actos uniformes, que constitue os costumes, não póde ser attribuida ao mero acaso ou arbitrio, e sim a um principio racional, a uma convicção commum do povo.

Mas, se o costume não crea, e sim apenas traduz os principios fundamentaes do direito, não succede o mesmo quanto aos secundarios; a respeito destes o povo precisa ver a sua repetida applicação, ou, como diz Puchta—o costume para o povo que o estabelece, é um espelho em que elle se reconhece (2). Mas nem ainda quanto a estes principios secundarios se póde dizer que os costumes sejam produzidos pelo acaso ou pelo arbitrio; são sempre filhos da reflexão, e dominados por principios racionaes.

Entre os Romanos os costumes tinhamo

---

(2) Savigny, Tr. de Dr. Rom. § 12; Fresquet, Tr. Elém. de Dr. Rom., T. 2, Cap. 1 n. 4.

força de lei (3); elles es fundavão no tacito

---

(3) Inst. § 9. De Jur nat. (I, 2.)—Nam diurni mores consensu utentium comprobati, legem imitantur.

Juliano, fr. 32 D. De leg. (I, 3.)—De quibus causis scriptis legibus non utimur, id custodiri oportet, quod moribus et consuetudine inductum est: et si qua in re hoc deficeret, tunc quod proximum et consequens ei est: si nec id quidem appareat, tunc jus, quo urbs Roma utitur, servari oportet.

§ 1. Inveterata consuetudo pro lege non immerito custoditur (et hoc est jus, quod dicitur moribus constitutum). Nam cum ipsæ leges nulla alia ex causa nos teneant, quam quod iudicio populi receptae sunt: merito et ea, quæ sine ullo scripto populos probabit, tenebunt omnes: nam quid interest, suffragio populus voluntatem suam declaret, an rebus ipsis et factis? Quare rectissime etiam, illud receptum est, ut leges non solum suffragio legislatoris, sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem abrogentur.

Ulp. fr. 33 D. cit. (I. 3) Diurna consuetudo pro jure et lege in his, quæ non ex scripto descendunt, observari solet.

Ulp. fr. 34 D. cit. (I, 3.) Cum de consuetudine civitatis, vel provinciæ confidere quis videtur, primum quidem illud explorandum arbitror, an etiam contradicto aliquando iudicio consuetudo firmata sit.

Hermogeniano, fr. 35, D. cit. (I, 3.) Sed et ea quæ longa consuetudine comprobata sunt, ac per

consentimento do povo, que não era conside-

---

annos plurimos observata, velut tacita civium conventio, non minus, quam ea, quæ scripta sunt jura, servantur.

Paulo, fr. 36, D. cit: (I, 3.) Immo magnæ auctoritatis hoc jus habetur: quod in tantum probatum est, ut non fuerit necesse scripto id comprehendere.

Callistrato, fr. 37, D. cit. (I. 3.) Si de interpretatione legis quæretur, in primis inspiciendum est, quo jure civitas retrò in ejusmodi casibus usa fuisset: optima enim est legum interpretis consuetudo.

Callistrato, fr. 38, D. cit. (I, 3.) Nam Imperator noster Severus rescripsit, in ambiguitatibus, quæ ex legis profisciscuntur, consuetudinem, aut rerum perpetuò similiter judicatarum auctoritatem, vim legis obtinere debere.

Celso, fr. 39, D. cit. (I, 3.) Quod non ratione introductum, sed errore primùm, deinde consuetudine obtentum est, in aliis similibus non obtinet.

Modestino fr. 40, D. cit. (I, 3.) Ergo omne jus aut consensus fecit, aut necessitas constituit, aut firmavit consuetudo.

Gaio (IV, 118). Exceptiones... omnes vel ex legibus, vel ex his quæ legis vicem obtinent substantiam capiunt.

Fr. de Ulp- (1 § 4.) Mores sunt tacitus consensus populi, longa consuetudine inveteratus.

Const. 1<sup>a</sup> Cod. Quæ sit longa consuetudo (VIII, 53) Nam et consuetudo præcedens, et ratio, quæ consuetudinem suasit, custodienda est. Et ne quid

rado como arbitrario, e sim gerado por unanime convicção, e em virtude de um principio racional (4).

A doutrina *communis* dos jurisconsultos (*prudentium auctoritas*), e a praxe de julgar *res judicatae* são consideradas como expressão do direito consuetudinario. Mas o costume quando fundado em erro verificado (5), ou quando muito moderno, era incapaz de effeitos juridicos, pois não podia ser então considerado como a expressão da vontade geral (6).

---

contra longam consuetudinem fiat, ad sollicitudinem suam, revocabit praeses provinciae.

Nov. 106 Cod. Quod enim longis, etc.

(4) Cit. fr. de Celso 39, D. De leg. (I, 3), e os outros frag. citados na nota antecedente.

(5) Cit. fr. de Celso 39, D. De leg. (I, 3),—sobre a — *prudentium auctoritas*, e as — *res judicatae* vide o § seg.

(6) Savigny, Tr. de Dr. Rom. § 25; Mackeldey, Man. de D. R. §§ 6 e 118; Fresquet, Tr. Elém. de Dr. Rom., T. 2, C. 1 n. 4; Heineck, Recit., § 71; Mello, Inst. Jur. Civ. Lus. L. 1, Tit. 1, § 9; Dunod, De praescript., P. 1<sup>a</sup>, Cap. 13; Zachariae, Le Dr. Civ. Fr., § 22; Toullier, vol. I, T. Prelim. Sect. 11, ns. 158 e 159, Belime, Philosophie du Droit, L. 4, Cap. 11; Ahrens, P. Ger. Cap. 3 § 9, etc.

Sobre as condições essenciaes para estabele-

O direito consuetudinario podia ter applicação para:

I. Completar os textos vagos ou ambiguos das leis (7).

II. Preencher as suas lacunas (8).

III. Abrogal-as (9).

---

cer-se o Direito consuetudinario vide Savigny, Tr. du Dr. Rom. § 29.

(7) Cit. fr. de Callistrato 38 D. De leg. (I, 3.)

(8) Cit. fr. de Ulpiano, 32 pr. e 33 D. De leg. (I, 3.)

(9) Inst. § 11 de Jur. nat. (I. 2.) Ea veró quæ ipsa sibi quæque civitas constituit, sæpe mutari solent, vel tacito consensu populi, vel alia porteà lege lata.

Inst. § 7 de injur. (IV, 4.) Sed pœna quidem injuriæ, quæ ex lege Duodecim Tabularum introducta est, in disuetudinem abiit...

Const. 1. § 10 Cod. De vetere jure enucleando (I, 17.) Sed et si quæ leges in veteribus libris positæ, jam per desuetudinem abierunt, nullo modo vobis easdem ponere permittimus.

Const. pr. Cod. D. Caduc. toll. (VI, 51.) Et quemadmodum in multis capitulis lex Papia ab anterioribus principibus emendata fuit, et per desuetudinem abolita...

Nov. LXXXIX, Cap. 15.—Unde etsi certa Cons-

E' verdade que a Const. 2 Cod. *Quæ sit longas consuetudo* (VIII, 53) (10) parece contrariar este ultimo principio; mas Savigny interpretando este texto, demonstra com evidencia, que nelle só se trata do direito consuetudinario particular, e não do geral; e é manifesto que o costume particular não deve prevalecer contra a disposição absoluta da lei geral (11).

O direito canonico tambem reconhece o valor juridico do costume (12); nas collecções de Gregorio IX e de Bonifacio VIII a 1.ª parte do 1.º livro intitula-se—*De consuetudine*, e no Decreto de Graciano encontram-se muitos textos a este

---

tantino piæ memoriæ in constitutione ad Gregorium scripta, quædam de talibus dicta sunt filiis: hæc non recipimus; quoniam et non utendo perempta sit.

(10) Rescripto do Imp. Constantino do an. 319. L. 2 Cod. *Quæ sit longæ consuet.* (VIII, 53.) (est)—*Consuetudinis ususque longævi non vilis auctoritas est: verum non usque adeó sui valitura momento, ut aut rationem vincat, aut legem.*

(11) Appendice II ao 1º vol. Ag. Barbosa. In lib. I. Sexti Dec., T. 2, cap. 1, n. 5.

(12) Can. *Mos*, 4. d. 1: *Mos est longa consuetudo de moribus tantummodo tracta,*

Can. *Consuetudo*, 5 pr., d. 1: *Consuetudo est jus quoddam moribus institutum, quod pro lege suscipitur, quando deficit lex.*

respeito, fundados na doutrina de Tertuliano (13). Os SS. PP. Alexandre III, Honório III, Gregório IX e Innocencio III (14), reconhecem a autoridade do costume na deficiência de lei, ou como o melhor interprete della, segundo a phrase de Callistrato (15); mas para que possa surtir effeitos juridicos é necessario que seja — *rationabilis e legitimè prescripta*, ou de longa duração (16).

Tambem na legislação patria achamos estabelecido, como principio geral, que se deve julgar segundo o costume longamente usado no reino, ou em cada uma de suas partes, dando-lhe preferéncia sobre o direito romano e canonico, a opinião commum dos doutores, e as glosas de Accursio e doutrina de Bartolo (17).

---

(13) De corona militis, Cap. 4.º

(14) Cap. *Cum causa*, 8, X, De Sent. et re judic. (II, 27).

Cap. *Cum consuetudines*, 9, X, h. t.

Cap. *Cum tanto*, 11, eod.

Cap. *Cum dilectus*, 8 eod. etc.

(15) Tr. 37 D. De leg. (1, 3).

(16) Savigny, Tr. du Dr. Rom. § 23 ; Philipps, Du Dr. Eccl., §§ 162 e 163 ; Cavall., Instit. Jur. Can., Cap. 2.º, §§ 11, 12, e 13, etc.

(17) Ord. L. 3, T. 64 pr., Lei de 18 de Agosto de 1769, § 9.

Algumas vezes as Ordenações referem-se a certos costumes especiaes para confirmal-os e mandal-os observar (18); outras vezes reco-

---

A Res. de 1 de Agosto de 1825 (Coll. Nab.) considera como direito não escripto o costume apoiado com os requisitos legaes.

(18) Como nos seguintes casos :

L. 1, Tit. 62, § 76, — contribuir em os freguezes para as obras, e fabrica da igreja.

L. 1, Tit. 65, § 4, e Tit. 66, § 1, — fazerem-se mais de duas audiencias ou vereações por semana.

L. 1, Tit. 65, § 13, — pagar o alcaide-mór os homens que acompanhão ao alcaide da cidade ou villa.

L. 1, Tit. 66, § 48, — fazerem-se procissões.

L. 2, Tit. 33, § 2, — levarem os lavradores a julgada aos celleiros de El-Rei.

L. 3, Tit. 67, § 3, e D. de 31 de Agosto de 1695, — não pagar custas o procurador dos feitos de El-Rei.

L. 3, Tit. 17, pr. — guardarem os arbitradores o costume geral da terra que for usado ao tempo do arbitramento.

L. 3, Tit. 94, § 4, — pôr em pregão por mais de quatro mezes as cousas achadas do vento, como em alguns lugares se usa.

O D. de 12 de Abr. de 1785 considera como costume fundado em direito as mercês feitas aos presos em occasiões plausiveis.

O Cod. Civ. Fr. tambem algumas vezes se refere aos costumes e manda seguil-os, como nos casos dos artigos 590, 591, 593, 663, 671, 674, 1135, 1159, 1160, 1736, 1753, 1754, 1758, 1759, e 1762.

nhecendo implicitamente que os seus preceitos podem ser invalidados por costumes contrarios, determinão em certos casos particulares, que os costumes não possam prevalecer contra as disposições (19); ou pelo contrario mandão guardal-os de preferencia a estas (20).

Mas não é todò e qualquer costume que póde produzir effeitos juridicos. A Ord. liv. 3.º tit. 64 pr. exige que seja *tal que por direito se deva guardar*; isto é, que tenha as condições exigidas pelo direito (Romano) (21). O Decreto de 6

---

(19) Como nos seguintes casos :

L. 1, Tit. 62, § 73, — fazer despezas dos bens do conselho com procissões, confrarias, etc.

L. 1, Tit. 67, § 4, — levar salarios não legalisados ou almotacerias.

As Leis de 24 de Julho de 1713, e 23 de Novembro de 1713, e 23 de Nov. de 1770 reprovão o costume de succederem os filhos aos paes nos officios.

(20) Como no caso do L. 2, Tit. 59, § 4, que manda guardar as antigas usanças de serem os moradores de algumas cidades e villas havidos por vizinhos para supportarem os cargos e servidões dos conselhos. Assim tambem o Alv. de 19 de Abr. de 1757, sobre arrecadações dos direitos do carvão, approva a posse immemorial, pela qual considera ter sido revogado o respectivo Regimento. Vide mais a nota 22 infra.

(21) Sobre as condições para a validade dos cos-

de Outubro de 1628 declarou que as Resoluções com a clausula — *sendo costume* —, se devem entender, — do que é assentado, fixo, não contrario a alguma ordem, e confirmado por muitos actos concordes.

Entretanto frequentes vezes no fôro, a pretexto de um direito consuetudinario que se fingia existir, procurava-se fraudar as disposições do direito escripto, e cobrir as suas transgressões ; para pôr termo a estes abusos a Lei de 18 de Agosto de 1769, § 14 declarou — que as citadas palavras da Ord. liv. 3.º tit. 64 pr., se devem entender do costume, em que concorrerem os tres seguintes essenciaes requisitos :

I. Ser conforme a boa razão que deve constituir o espirito das leis.

II. Não ser contrario ás lei em cousa alguma.

III. Ter mais de cem annos de antiguidade.

Quanto ao primeiro destes requisitos — *a boa razão* —, acha-se definido no § 9 da ci-

---

tumes, vide Savigny, Tr. du Dr. Rom. § 29 ; Guerreiro, Tr. I, Cap. 7 n. 21 e seg.

tada lei, e delle mais largamente trataremos no paragrapho seguinte.

Quanto ao segundo devemos observar, que ainda depois da data desta lei (18 de Agosto de 1769) o legislador apartou-se deste principio, mandando observar costumes contrarios ás leis, ou julgando-os capazes de antiquar e revogar a estas (22).

---

(22) O A. de 4 de Julho de 1769 declaron que se não se devia fazer uso do de 28 de Agosto de 1564 sobre o prazo para a apresentação das certidões de siza dos vinhos, visto tê-lo — o *costume legitimo*, a *necessidade* e *utilidade* do commercio ha muito tempo antiquado.

O Alv. de 30 de Outubro de 1793 suscitou e confirmou o costume introduzido no Brasil em opposição á Ord. L. 3, tit. 59, de valerem como escripturas publicas os escriptos e assignados particulares, e de se provarem por testemunhas quaesquer contractos sem distincção de pessoas e de quantias, á excepção dos que forem celebrados nas cidades, villas ou arraiaes, onde houver tabelliães, ou em distancia tal que se possa commodamente ir a elles, e voltar no mesmo dia, se a quantia exceder a 2,000 cruzados em bens de raiz, ou a 3,000 cruzados em moveis. Vide Ribas — Consol. das leis do proc. civ. comment. art. 378.

Da natureza relativa da legislação e do direito consuetudinario deduz-se, que aquella deve exprimir a este, esclarecendo-o e melhorando-o, mas não pôr termo ao seu desenvolvimento ; tanto mais quanto é certo, que aquella é a obra do homem, e este é produzido pela força das cousas ou pelo desenvolvimento natural da sociedade.

Pela acção irresistivel da lei divina do progresso mudão-se de dia em dia as condições de cada povo, e as relações juridicas se modificão parallelamente.

Entretanto, nem sempre o legislador se apressa em acompanhar as phases da sociedade, e em revogar as leis que repugnão ao seu novo estado. Tornando-se assim impraticaveis, estas leis caducão de per si, e o povo deixando de fazer uzo dellas attesta e confirma a sua tacita revogação. *Ratione legis omnino cessante, cessat lex.*

Em geral a abolição de uma antiga instituição de direito ou a creação de nova, importando a annullação de um systema de relações, deve trazer como implicita e necessaria consequencia a abolição de todas as leis que

região essas relações, embora não sejam expressamente revogadas.

Esta doutrina, comquanto pareça ir de encontro á litteral disposição da Lei de 18 de Agosto de 1769, é a que melhor se conforma com os principios fundamentaes da sciencia (23); sancionados pela autoridade de leis mais recentes (24).

Alguns jurisconsultos distinguem a — *desuetudo* da *consuetudo abrogatoria* —, e sustentão

---

(23) Savigny, Tr. du Dr. Rom. § 30; Toullier, cit. vol. 1 n. 153; Durantou, vol. 1 n. 107 e seg.; Merlin, Rep, vb. *Appel.*, Secç. 1.ª, § 5.º, e vb. *Usage*, § 2 n. 3, e Quest. de Dr. vb. *Trib. de apell.* § 3; B. Carneiro, Dir. Civ., § 13 n. 10 e seg.; Coelho da Rocha, Inst. de Dir. Civ, Port., § 9 e 39, not.; Guerr., De orphan., Tr. 2, L. 5, Cap. 2 n. 29; Barb., In jus Pontif., vol. 1, T. 4, De consuet, pr. n. 10, In Decr. Grat. Destinc. I Cap. Consuet.; Collect. Doct. in P. I. Decr. Cap. Cons. V n. 2, etc. — Contra Guerr., De orphan., Tr. 1, L. 1, Cap. 7 n. 14; P. Baptista, Herm. Jur. § 45; Zachariæ, cit. §§ 22 e 27; Demolom., vol. 1, n. 129. Foucart, Elém. de Dr. Publ. et Adm., vol. 1, n, 83; Berriat, Comm. de la Chart. p. 123; Marcadé Cours de Dr. Civ. ao art. 1.º; Blondeau, Intr. a l'Étud. du Droit.

(24) V. not. 22 supra.

que a lei não póde ser revogada pela mera negação do uso, mas que o póde ser por uma disposição substitutiva, por elle adoptada (25). Outros distinguem a fórma de governo do paiz de cujo costume se trata, e dizem que nas republicas elle póde revogar a lei, não porém nas monarchias (26).

Estas distincções não procedem. O não-uso intencional da lei, quando se tem apresentado occasiões de applical-a, tem a mesma efficacia que o uso de uma regra positiva em contrario; assim tambem qualquer que seja a fórma de governo, a elaboração do direito popular segue as mesmas leis, a natureza e extensão da missão do legislador estão sujeitas aos mesmos principios.

Quanto ao terceiro requisito, exigido pela citada Lei de 18 de Agosto de 1769 para a validade do costume, devemos lembrar, que é preciso que haja pluralidade de actos uniformes e constantes, positivos ou negativos, para que

---

(25) Opinião sustentada por Schewetzer — De desuetudine; V. Savigny cit., § 30, not. n.

(26) Distincção inventada por Placentino; V. Savigni, Tr. du Dr. Rom. § 28, e App. II, not. (l) ao 1.º vol.

se possa razoavelmente pensar que com a necessaria evidencia revelão uma convicção commum da nação ; ora, o prazo de cem annos, deduzido da palavra — *longævum* — que se acha em um escripto do Imperador Constantino (27), provando o consenso, ou antes a crença, de mais de uma geração, dá ao costume o caracter venerando e irresistivel que o equipara á lei.

Não é só no direito privado commum, e sim tambem no commercial, que o costume tem extensa applicação (28) ; mas para que sejam considerados obrigatorios e admittidos em juizo os usos e praticas commerciaes, é necessario que nelles concorram as seguintes condições :

I. Serem conformes aos são principios da boa fé e maximas commerciaes, e geralmente praticados entre os commerciantes do lugar onde se acharem estabelecidos.

II. Não serem contrarios a alguma disposição do codigo commercial ou lei depois d'elle publicada.

---

(27) Cit. Const. 2 Cod., Quæ sit long. consuet. (VIII, 53): V. not. 10 supra.

(28) Principalmente nos casos dos arts. 154, 169, 176, 186, 201, 234, 291, etc., do Cod. Comm.

III. Excederem o prazo de cincoenta annos, no caso de serem allegados depois da primeira declaração ou assento que delles houver feito o Tribunal do Commercio (29).

Savigny sustenta (30), que os costumes não devem ser equiparados aos factos, para impôr-se ás partes a quem aproveitão, a necessidade de allegal-os e proval-os, e sim devem ser conhecidos pelos juizes, como regras de direito que são, e por elles applicados, ainda quando as partes o não requeirão.

Entretanto reconhece o eminente jurisconsulto que o juiz não está em posição identica relativamente aos costumes, e ás leis ; que a estas não pode ignorar sem faltar á sua obrigação, emquanto póde bem succeder, que o mais il-

---

(29) D. n. 738 de 25 de Nov. de 1850 arts. 25 e 26. Sobre o processo que os Tribunaes do Commercio devem seguir para obterem o exacto conhecimento dos usos e praticas commerciaes, e para tomarem os respectivos assentos, V. mais os arts. 24, 27 e 28 do cit. Decr. n. 738.

Os Tribunaes do Commercio forão substituidos pelas Juntas Commercias pelos Decrs. n. 2662 de 9 de Outubro de 1875 e n. 6384 de 30 de Novembro de 1876.

(30) Savigny, Tr. du Dr. Rom. § 30.

lustrado e zeloso desconheça um costume; destas premissas, porém, elle apenas deduz para o jurisconsulto a obrigação de informar-se a respeito do direito consuetudinario, ou recorrendo á pratica juridica, ou consultando peritos, como se relata na novella 106 *De usuris nauticis*; devendo-se empregar este meio de instrucção sómente em relação ao direito consuetudinario local, não ao commum, visto que este é reconhecido pela sciencia, e não tem o character popular daquelle.

No nosso systema de processo judicial vigora o principio que o juiz deve conhecer o direito nacional commum (*jus novit curia*), o qual por tanto não se deve allegar nem provar; quanto ao direito estrangeiro ou local, quer este seja consuetudinario ou escripto, deve-se allegar e provar; mas só quando se trata do direito estrangeiro ou do local consuetudinario, é a parte obrigada a depôr aos artigos (31).

---

(31) Ord. L. 3 T. 53, § 7. A quarta cousa que se requer é que os artigos sejam fundados em cousa, que consista em feito, e não em ponto de Direito; e portanto se o artigo fôr fundado em Direito, não será a parte obrigada a depôr a elle, e respondendo elle o tal artigo, se seu depoimento não fôr con-

Sobre o modo por que se provão os usos

---

forme á disposição de Direito, tal depoimento não terá effeito algum.

§ 8. Porém, se o artigo não fôr fundado em Direito Commum, mas em Direito de algum reino, cidade ou villa, onde a demanda se trata, se tal Direito não é escripto, assim como costume usado por longo tempo, póde-se delle articular, e a parte será obrigada a depôr a elle; e se tal Direito fôr escripto, posto que delle se possa articular, não será a parte obrigada a depôr a elle, assim como não é obrigada a depôr ao artigo fundado em Direito Commum.

§ 9. E articulando-se do Direito de outro reino ou, cidade onde a demanda se não trate, deporá e responderá a parte a tal artigo. Póde-se por exemplo: Em Florença ha Statuto que o menor de 18 annos não possa fazer testamento. Se a parte fizer artigo do dito Statuto por entender ajudar-se delle em seu feito responderá e deporá a parte contraria a elle. Porque, por ser Direito de lugar certo póde-se provar; e tudo o que se póde provar, se póde por Direito articular, e por conseguinte a parte deporá a elle, porque o depoimento foi introduzido para que pela confissão feita por elle aos artigos, seja a parte relevada de dar a elles prova.

Sobre esta questão V. Per. e Souza, Pr. Lin. Civ., n. 419; Moraes Carvalho, Pr. For., not. 101; J. M. F. de Souza Pinto, Prim. Lin., § 475; Coelho da Rocha, cit. § 173; B. Carneiro, Dir. Civ. Port., § 15 n. 7: Guer. De orphan., T. I, L. I, C. 7

commerciaes, estrangeiros ou nacionaes, e o costume geral — V. D. — Reg. n. 737 de 25 de Novembro de 1850, arts. 216 a 222.

§ 3.º

*O direito consuetudinario, (continuação) :*

II. *Scientifico.*

Desde os mais remotos tempos exercêrão os jurisconsultos em Roma larga influencia, e por suas respostas ás consultas dos litigantes,— *responsa*, bem como por seus debates forenses — *disputatio fori*, contribuirão para a formação do direito (1).

---

n. 30 e seg.; Valasco, Cons. 162; Silva á Ord. L. 3, T. 75, in pr. n. 74; Toullier, cit. vol. 1, n. 159; Dunod Des Priscip., P. I, Cap. 13, etc.

(1) Pomponio fr. 2 § 5 D. De origine juris (I, 2)— His legibus latis, cœpit, ut naturaliter evenire solet, ut interpretatio desideraret pretentium auctoritate, necessariam esse disputationem fori. Hæc disputatio, et hoc jus, quod sine scripto venit, compositum à prudentibus, propria parte aliqua non appellatur, ut cæteræ partes juris suis nominibus designantur, datis propriis nominibus cæteris partibus, sed communi nomine appellatur jus civile.

V. tit. 5, Cap. 1, § un.

Ao principio o patriciado, para manter a plebe sob a sua dependencia, monopolisou no collegio dos pontifices o conhecimento das fórmulas das acções,—*legis actiones*, e do calendario juridico,—*dies fasti et nefasti*. Tendo porém Appio Claudio reduzido a escripto estas fórmulas, o seu secretario Cneo Flavio, filho de um liberto, roubou-as e publicou-as (449 da f. de Roma), pelo que lhe ficou a plebe tão grata, que o nomeou seu tribuno, senador, e edil curul (2). De então por diante vulgarisou-se a jurisprudencia, e Tiberio Coruncanio foi o primeiro plebeu que a ensinou publicamente (3).

Não relataremos agora com Pomponio (4) a longa série dos mais distinctos jurisconsultos que florecerão em Roma, nem descreveremos a luta dos Sabinianos e Proculeianos, as tendencias historicas dos primeiros, o espirito philosophico e innovador dos segundos (5) ; lembrare-

---

(2) Pomponio, cit. fr. 2, §§ 6 e 7 D. Segundo Plinio, esta publicação foi feita por consentimento de Appio.

(3) Pomponio, cit. fr. 2, § 35 D. Coruncanio foi tambem o primeiro grande pontifice plebeu.

(4) Pomponio, fr. 2, § 35 D.

(5) Pomponio, cit. fr. 2, § 47 D.—*Hi duo primum veluti diversas sectas fecerunt; nam Ateius Capito*

mos porém, que Augusto augmentou ainda a sua já grande influencia, creando uma classe de jurisconsultos officiaes para darem as — *responsas*, sob a autoridade delle — *ut ex auctoritate ejus responderent* —, e Adriano tornou estes pareceres, quando unanimes, obrigatorios para os juizes, como se fossem textos legislativos — *legis vice* (6).

---

in his, quæ ei tradita fuerant, perseverabat; Labeo in genii qualitate, et fiducia (doctriuxæ), qui et cæteris operis sapientiæ operam dederat, plurima innovare instituit. Pothier, Pand. ad L. 2, § 47, De orig. jur.; B. Saint-Prix, Hist. du Dr. Rom., Sect. 2, Cap. 2, art. 2.—V. T. 5, Cap. 1, § un.

(6) Inst., § 8, De jur. nat. (I, 2) Responsa prudentium sunt sententiæ et opiniones eorum, quibus permissum erat de jure respondere. Nam antiquitus constitutum erat, ut essent, qui jura publicè interpretarentur, quibus à cæsare jus respondendi datum est, qui jurisconsulti appellabantur: quorum omnium sententiæ et opiniones eam auctoritatem tenebant, ut judicis recedere à responsis eorum non liceret, ut est constitutum. — V. Pomponio, cit. fr. 2, § 47 (I, 2).

Gaio I, 7.—Responsa prudentium, sunt sententiæ et opiniones eorum quibus permissum est jura condere: quorum omnium si in unum sententiæ concurrant, id quod ita sentiunt, legis vicem obtinet; si verò dissentiant, judicis licet, quam velit sententiam sequi. Idque rescripto D. Hadriani significatur.

Tendo, porém, decahido a sciencia juridica, e achando-se extincta a série dos grandes jurisconsultos, cujo ultimo élo foi Modestino, cessou tambem naturalmente este privilegio; entretanto as respostas dos antigos jurisconsultos, reunidas em collecção ou tratados, continuarão a ser sempre citadas com crescente autcridade.

Para obviar a multiplicidade e contradicção de suas doutrinas, Theodosio II, em uma constituição do anno 426, que sob Valentiniano III ampliou-se ao Occidente, designou nominativamente aquelles a cujos escriptos dava força de lei, e determinou que, no caso de pluralidade de opiniões, se seguisse a da maioria; quando fosse igual o seu nnmero, prevalecesse a de Papiniano; e quando esse fosse omisso, decidisse o proprio juiz. (7)

---

Savigny, Tr. du Dr. Rom., § 26; Mackeldey, Man-  
de Dr. Rom., § 43; Ortolan. Expl. hist. des Inst., L. 1.  
T. 2, § 8; Mainz, Elém. de Dr. Rom., §§ 46 e 66.

(7) Theod. Cod. De resp. prud. I, 4, (*lei das citações*),  
Mainz, cit. § 81, not. 22; Ortolan, Expl. hist. des Instit;  
cit. L. 1, T. 2, § 8; Savigny, Tr. du Dr. Rom. § 26 ;  
Fresquet, Pr. Elém. du Dr. Rom., T. 3, Cap. 1, Sect. 1.  
n. 3.; Hugo, Hist. du Dr. Rom., § 385; Mackeldey, Man,  
de Dr. Rom., § 55. Os Jurisconsultos preferidos são :  
Papiniano, Paulo, Gaio, Ulpiano e Modestino, e entre

Justiniano tomou medida mais decisiva, fazendo extrahir desses escriptos tanto quanto julgou preciso para a completa exposição do direito, e prohibindo para o futuro qualquer livro original, ou commentario sobre as leis, salvo traducções gregas dos textos latinos, e a indicação do conteúdo dos titulos, sob pena de ser o livro destruido e o autor punido como falsario (8).

Assim, Justiniano, convencido da perfeição da sua obra (9), e querendo evitar a restauração dos abusos, entendeu que devia immobilisar a sciencia do direito por meio destas

---

os antigos, Cervidio, Scævola, Sabino, Juliano e Marcello.

(8) Fr. 1, § 12, fr. 2, § 21, fr. 3, § 21 C. De vet. jur. annuel (I, 17).

(9) Justiniano affirma, que ella não contém antinomias e julga-a destinada á perpetua duração.

Const. 3, § 15 C. De vet. jur. enucl. (I, 17). *Contrarium autem aliquid in hoc codice positum nullum sibi locum vindicabit, nec invenitur; si quis subtili animo diversitatis rationes excutiet, sed est aliquid novum inventum, vel occultè positum, quod dissonantiæ querelam dissolvit, et aliam naturam inducit discordiæ fines effugientem.*

Const. cit. § 12. . *et non tantùm nostro, sed etiam omniævo tam instanti quàm posteriori leges optimas ponere.*

medidas violentas, tão repugnantes aos costumes e ás necessidades da sociedade actual, que mal se póde conceber, que fossem seriamente decretadas e postas em execução.

Tambem em Portugal sempre gozárão os jurisconsultos de grande autoridade. Desde o tempo do illustre João das Regras a escola dos *Glossadores* imperou no fôro portuguez (10); a sua influencia até chegou ao excesso de prevalecer contra as disposições claras do direito patrio. *Volo pro me potiùs glossatores quam textum* (*Raph. Fulgoso*).

Para corrigir estes abusos a Lei de 18 de Agosto de 1769, § 13, mandou que as glossas e opiniões de Accursio, Bartholo e dos outros doutores da sua escola não pudessem mais *ser allegadas em juizo, nem seguidas na pratica dos julgadores*.

Não foi, porém, nem podia ser, derogada a disposição da Ordenação Philippina L. 3.º, Tit. 64, § 1, que na falta das leis patrias, estylo ou

---

(10) Ord. Aff., L. 2, tit. 9; Man., L. 2, T. 5; Philip., L. 3, T. 64, § 1; Reg. de 13 de Out. de 1751, tit. 1, § 7.

costume, e do direito romano e canonico, manda seguir a opinião *commum* dos doutores.

Na phase de elaboração em que se achava, e em que ainda se conserva o direito patrio, não fôra possível querer-se, á semelhança de Justiniano, impedir-lhe o desenvolvimento, excluindo absolutamente a influencia dos jurisconsultos; o mesmo Alvará de 28 de Agosto de 1772, liv. 2.º, tit. 3.º, cap. 1, procrevendo a escola de Irnerio, Accursio e Bartholo, manda preferir-se no ensino a que Alciato fundou no começo do seculo XVI, e a que Cujas deu o seu nome.

Na ausencia de disposição legislativa tem, pois, lugar a opinião *commum* dos jurisconsultos patrios, como órgãos do direito consuetudinario nacional, e a dos jurisconsultos estrangeiros, como órgãos do das nações modernas (*usus hodiernus*) relativamente á exequibilidade dos textos do direito romano.

A sua autoridade, porém, não é tal que tire a liberdade de exame e independencia do juizo individual. Nem todos os advogadas e juizes estão habilitados para profundarem por si mesmos as questões de modo a poderem formular conscienciosamente uma opinião propria; devem, pois recorrer a esta fonte subsidiaria,

não tanto para sua commodidade, como para maior segurança dos direitos das partes; aquelles, porém, que possuindo as necessarias habilitações, chegarem a convencer-se do erro dessas opiniões, ainda quando unanimes sejam, não são obrigados a cingirem-se a ellas.

Com effeito, esta unanimidade não importa a infallibilidade, como a historia de direito com muitos exemplos o mostra; posteriores e mais profundas indagações podem sempre modificar a sciencia, e gerar novas doutrinas, a que neste caso devem ceder as antigas (11).

Entretanto, quando depois de prolongadas discussões as opiniões chegão a se uniformisarem, póde considerar-se este resultado como a maior probabilidade em favor da doutrina vencedora. Na ausencia, porém, aliás muito frequente, desta uniformidade, qual é o característico por onde se

---

(11) Savigny Tr. du Dr. Rom. § 19; Guerreiro, ad. secund. part. Rubr. n. 81. Et. veritas semper prævalet opinioni, que viritati necessario cedere debet, ex C. nuper 4 de bigam. C. per tuas 12 qui filii, sunt legitimi, Bordon dict. Cap. 5, n. 87, quia veritas potens est, et super omnia dominatur, et semper vincit licet & mortalibus vulneretur, et melius est pro illa pati supplicium, quàm pro adulatione beneficium.

poderá conhecer a opinião que deve ser preferida ?

Não é por certo a maioria dos jurisconsultos, porque a razão, a verdade e a justiça muitas vezes estão do lado da minoria ; assim a opinião de pequeno numero de doutores que ensinassem ou escrevessem sobre a materia com talento, erudição e meditação, e sem outro qualquer interesse que não o progresso da sciencia, deve ser preferida á de grande numero que não possuão no mesmo gráo estas qualidades ou que tratassem da questão perfunctoria e incidentemente, ou em consultas que lhes fossem dirigidas (12).

A regra é, pois, que se deve attender antes ao peso do que ao numero das autoridades (13).

---

(12) Guerreiro cit., n. 75 e seg. ; Aug. Barbosa. In Jus Pontif., vol. 1, De Constit., Cap. 1, n. 9 e seg. ; Fragos. 1, P, Disp. 10, § 3, n. 193 e seg.

(13) Justiniano declara que algumas vezes pode-se seguir um autor menos acreditado de preferencia a muitos de melhor nota ; mais isto só póde ter lugar quando se está habilitado para julgar do merecimento intrinseco de suas doutrinas :— Const. 1, § 6 Cod. De vet. jur. enucl. (l. 17.) Sed neque ex multitudine auctorum, quòd melius et æquius est, judicatore: cúm possit unius forsàn et deterioris sententia et multos et majores aliqua in parte superare.

Quando, porém, as opiniões contendentes se fundão em autoridades de igual peso, qual é a regra a seguir-se? Alguns jurisconsultos tem sustentado que, vacillando o Juiz neste caso entre principios juridicos oppostos do mesmo valor, e não tendo razão para preferir um a outro, deve dividir entre os litigantes o objecto do litigio; outros, que deve constrangêl-os a chegarem a um accôrdo; outros, que póde favorecer e gratificar qualquer das partes que he approuver (14).

Todos estes alvitres, porém, são inaceitaveis; o primeiro, porque envolve sempre a certeza de uma injustiça; o segundo porque, dependendo da vontade das partes, pode muitas vezes ser irrealisavel; o terceiro, porque importa a legitimação do arbitrio, o qual nunca póde ser regra de direito. Neste caso o juiz deve decidir-se em virtude de outras considerações razoaveis, como sejam — o favor do réo,

---

Póde tambem ter aqui applicação por analogia o seguinte principio do fragmento de Arcadio, ou Charisio 21, § 3 D. De testis (XXII, 5) — *Non enim ad multitudinem respici oportet, sed ad sinceram testimoniorum fidem, et testimonia, quibus potius lux veritatis adsistit.*

(14) Guer. De orphan. n. 92 e seg.

da causa, da validade do acto, ou da mente do seu autor, ou pela opinião, que tender a diminuir os pleitos, ou que distinguindo entre os extremos procurar harmonisal-os (15).

A uniformidade das decisões judicarias é uma das manifestações do direito scientifico, e alguns até erradamente entendem, que é condição indispensavel para a formação delle (16).

Cumpre-nos advertir, que estas decisões não tem força obrigatoria senão para com as partes, a cujo respeito forão proferidas. A lei romana até prohibia expressamente aos juizes regularem-se pelos — *præjudicia* —, e os mesmos rescriptos imperiaes, provocados pelas consultas dos juizes, se não podião estender além do caso particular, a que se referião (17). Mas desde

---

(15) Para o mais amplo desenvolvimento destas regras V. Guer. De orphan. n. 103 e seg. Sobre as regras que se devem observar nos casos de conflicto ou igualdade de provas, vide Ribas — Consol. das leis do processo civil art. 338.

(16) Guerr. cit. 1, L. 1, Cap. 7, n. 26; Salg. de Libert. Benefic., art. 2.

(17) Const. 13 Cod. De sentent. et interloc. (VII, 45). Nemo judex, vel arbiter existimet, neque consultationes, quas non ritè judicatas esse putaverit,

que estas decisões se uniformisãm durante largo periodo, podem ser consideradas como interpretes do direito consuetudinario (18).

A versatilidade de opiniões em um tribunal, tira por certo toda força moral às suas sentenças, e o prestígio aos magistrados, que o compõem; mas se apparecerem novas e importantes razões até então não apreciadas, se o tribunal convencer-se que estava em erro, deve abandonar a sua antiga jurisprudencia, porque o erro nunca póde servir de base ao direito consuetudinario (19).

Quanto á autoridade moral dos casos jul-

---

*secundum, et multò magis sententias eminentissimorum præfactorum, vel aliorum procerum (non enim si quid non bene derimatur) hoc et in aliorum iudicum vitium extendi oportet: cùm non exemplis, sed legibus iudicandum sit. Neque si cognitivales sint amplissimæ præfecturæ, vel alicujus maximi magistratus prolatae sententiæ; sed omnes iudices nostros veritatem, et legum et justitiæ sequi vestigia sancimus.*

(18) Callistr. fr. 38 D. De leg. (I, 3). V. not. 3 do § 2, h. Cap.; Cab. Dec. 212, I p. a n. 1.

(19) Cit. Const. 13 Cod, de sent. et interloc. Celso fr. 39 D. leg. (I, 3), V. not. 17 supra e not. 3 ao § 2 huj. Cap.

gados pelos tribunaes superiores em relação aos inferiores, é logica consequencia do systema de diversidade de instancias. Com effeito, pois que a lei autorizou aquelles tribunaes a reformarem as decisões destes, e a fazerem que dest'arte prevaleção as suas opiniões nos casos particulares, quér implicitamente que, em regra, os tribunaes adoptem as opiniões dos seus superiores, evitando assim esteril luta em prejuizo das partes; salvo quando poderosas razões gerarem oppostas convicções (20).

Lembramos, finalmente, que o codigo formulado por Coceji para a Prussia, quiz, á semelhança do de Justinianno, constituir-se fonte exclusiva do direito, e abolio todo o direito commum anterior, inclusivè o consuetudinario, mandando, porém, que se colligissem dentro de dous annos os costumes, para, com as leis provinciaes, formarem codigos provinciaes, não podendo os que fossem excluidos destas collecções servir senão como complemento do codigo no pequeno numero de casos, em que se faz remissão a elles. Quanto ao direito scientifico, determinou este codigo — que na decisão

---

(20) Sagvigny Tr. du Dr. Rom. § 20. O Sr. Pimenta Bueno. Dir. Pub. Br., n. 514 e seg.

dos processos não se desse attenção ás opiniões dos jurisconsultos, nem aos julgamentos anteriores dos tribunaes.

O codigo austriaco abolio os costumes, salvo nos casos em que a lei se lhes refere expressamente, e declarou que as decisões judicias não tem força de Lei, e só produzem effeito entre as partes e para os casos em que forão proferidas.

Na França, pela Lei datada de 21 de Março de 1804, abolio-se, desde o dia em que o Codigo Civil entrasse em execução, os costumes geraes e locaes, o que, porém, não significa—todo o direito consuetudinario, mas sim sómente o direito particular a uma provincia ou localidade (21).

Não se pense, entretanto, que o legislador prussiano quizesse impedir para o futuro a formação de novo direito scientifico, e menos ainda o francez; pelo contrario, a nova litteratura juridica da França liga-se á antiga quasi sem solução de continuidade (22).

---

(21) Savigny Tr. du Dr. Rom. § 31 not. e.

(22) Savigny cit. § 31.

## CAPITULO IV.

DAS FONTES SUBSIDIARIAS DO DIREITO CIVIL. —

II. LEGISLAÇÃO ESTRANHA.

### § 1.º

#### *O direito romano.*

O romanismo é a synthese das civilizações do antigo mundo pagão, o élo que o prende ao mundo moderno ou christão; é um dos elementos constitutivos da actual civilização. E de tanta energia vital é elle dotado, que pôde sobreviver á transformação dos povos antigos sob o influxo encentrador do Evangelho, aos cataclysmas da invasão barbara, ao embate do direito nacional dos conquistadores, ao ferreo dominio do feudalismo, e finalmente ás ondas das idéas revolucionarias modernas.

Como na civilização romana prima o elemento juridico, devia ella exercer a sua influencia entre os povos modernos, contribuindo especialmente para a formação do direito delles.

Na verdade assim succedeu. Não nos cumpre agora indagar a sorte do direito romano entre estes povos; assaz é asseverarmos, que durante o dominio des Visigodos na Lu-

sitania elle continuou a ser observado entre os vencidos, e inffuio poderosamente na formação do direito dos conquistadores. Assim, é certo que o código, promulgado por Alarico em 506, foi em grande parte extrahido dos códigos Theodosiano, Hermogeniano e Gregoriano, das sentenças de Paulo, e Institutas de Gaio (1).

O Direito Justiniano, porém, era então ahi desconhecido, e só começou a propalar-se no século XIII, do reinado de D. Affonso II em diante (2), depois do descobrimento das Pandectas em

---

(1) Berriat St. Prix, Hist. du Dr. Rom. Sect. 4, Cap. 1, art. 2; Maynz, Elém. du Dr. Rom., § 85; Hugo, Hist. du Dr. Rom., § 388; Falck., Jur. Encyk., § 80 e not. 85; Eschbach. Introd. Génér., n. 132; Mello Freire, Hist. Jur. Civ. Lus., § 28.

(2) Presume Mello Freire que esta sciencia fosse introduzida em Portugal pelo Jurisconsulto Leonardo, natural de Milão, a quem D. Affonso II incumbio de tratar em Roma do pleito que sustentava contra suas irmãs DD. Sancha e Thereza. Alexandre Herculano, porém, mostra a larga influencia que já anteriormente exercêra o Jurisconsulto Julião, Chanceller de Sancho I, que nos diplomas tomava os titulos de *magister*, *notarius regis*, *das cancellarius*. No reinado de D. Affonso III

Amalfi e do seu ensino em Bolonha (3). Entretanto, tão rapido incremento veio a ganhar a sua importancia, que, quando no fim deste mesmo seculo D. Diniz creou a Academia de Lisboa (confirmada em 1290), julgou indispensavel inaugurar o ensino deste restaurado ramo das sciencias juridicas.

A grande influencia, de que no reinado de D. João I gozou o Dr. João das Regras (ou de Aregas), illustre discipulo de Bartholo, não póde tambem deixar de haver contribuido para o progressivo credito e diffusão da sciencia, a que devia a sua reputação e brilhante fortuna. O douto

---

encontramos outro distincto Jurisconsulto, de nome D. Gomes, a quem este monarcha nomeou juiz na causa debatida entre elle e o Mestre da Ordem de Sant'Iago. Mello Freire cit. § 62 not.; Monarch. Lus., 4 p., L. 13, Cap. 4 e L. 15, Cap. 38; Alex. Herculano, Hist. de Port. Vol. 2, pag. 130.

(3) Diz-se que por occasião da tomada e saque de Amalfi, em 1135 por Alzopardo e Cane, consules de Piza e commandantes da sua esquadra, foi achado um exemplar das Pandectas de Justiniano, que em 1406 passou para o poder dos Florentinos, quando estes se apoderárão de Piza. É do descobrimento desse precioso manuscripto que geralmente se data o renascimento do Direito Romano na Europa. Este episodio, porém, tem sido posto em duvida, e lar-

*privado d'el-rei* (4) passou á lingua vernacula o codigo de Justiniano, ajuntando-lhe as declarações e notas de Accursio e Bartolo, e dest'arte começou a preparar os materiaes, d'onde mais tarde devia sahir o primeiro codigo nacional, — as Ordenações de D. Affonso V.

A influencia do romanismo, que presidio a este primeiro ensaio de codificação, estendeu-se a todas as leis posteriores, e as saturou tão intimamente, que é impossivel entendêl-as sem o auxilio das collecções Justinianeas (5). As ordenações Manuelinas (6) e Philipinas (7), reconhecendo esta influencia, mandão expressamente recorrer-se a estas collecções (*Leis Imperiales*) nos casos

---

gamente discutido por distinctos Jurisconsultos. Gothfried, Proleg. Cod. Theod., Cap. 5; B. St. Prix, Hist. du Dr. Rom.; Gibbon, Decline and fall of the Rom. Emp., Cap. 56; Sismondi, Hist. des Rép. Ital., Cap. 4.

(4) Além do titulo de — Privado de El-Rei —, escripto no seu epitaphio, teve este celebre Jurisconsulto o de Conselho e o de Cancellor do Reino. Obr. Compl. de D. Fr. de S. Luiz, Tom. 1, pag. 257, Mem. sobre o Dr. João das Regras.

(5) Alv. de 28 de Agosto de 1772. L, 2, T. 3, Cap. 6, § 21, Cap. 9, §§ 2 e 6, e T. 5, Cap. 2, § 8.

(6) L. 2, T. 5.

(7) L. 3, T. 64 pr.

omissos nas leis, estylos e costumes patrios, salvo nas materias que contêm peccado, nas quaes cabia a preferencia ao direito canonico.

Assim legitimado e firmado o dominio do direito romano, cada vez se foi elle mais alargando no fôro, ao mesmo tempo que as escholas dos Irnerianos e Bartholistas degeneravão em um cháos de subtilezas e de casuistica, de modo que as leis nacionaes erão postergadas, e os direitos dos litigantes obscurecião-se e tornavão-se vacillantes. Para fazer cessar semelhantes abusos, foi promulgada, sob o influxo do conde de Oeyras (depois marquez de Pombal), a Lei de 18 de Agosto de 1769, que no § 9º declarou as leis romanas privadas de força extrinseca, e só applicaveis, quando conformes com a *boa razão*, a qual consiste nos primitivos principios que contêm verdades essenciaes, intrinsecas, e inalteraveis, estabelecidos pela ethica, ou pelos direitos divino e natural; ou nas regras que de universal consentimento estabeleceu o direito das gentes; ou nas leis politicas, economicas, mercantis e maritimas das nações christãs (8).

Cedo, porém, conheceu o legislador o erro

---

(8) V. L. de 18 de Ag. de 1769 § 9 e Alv. de 30 de Jan. de 1802, T. 1, § 3.

de deixar o fôro dest'arte entregue ás inspi-  
rações da *bôa razão*, tão vagamente definida, e  
nos estatutos da universidade de Coimbra (9)  
determinou, que para se conhecer, se as leis  
romanas são ou não conformes á boa razão,  
cumpre indagar, se se fundão em alguma razão  
puramente civil, e peculiar do povo romano,  
como a sua religião, costumes e maximas, ou  
circumstancias daquelles tempos; e se tem sido  
admittidas no *uso moderno* das nações civili-  
sadas, devendo-se para este fim consultar as  
obras dos jurisconsultos que sobre este assumpto  
têm escripto.

Assim, os textos das leis romanas não são  
entre nós subsidiariamente obrigatorios por si  
mesmos; é necessario que se revistão da fórma  
do direito consuetudinario nacional, ou estran-  
geiro.

Mas, se o estudo dos escriptos dos juris-  
consultos estrangeiros é um meio adequado  
para distinguirmos os textos antiquados do  
direito romano daquelles, que por sna boa razão  
ainda estão em uso nas nações modernas, por  
mais forte motivo deve tambem sel-o o estudo

---

(9) Cit. L. de 28 de Agosto de 1772.

dos codigos e leis dessas nações ; e quando nestes virmos restaurada a disposição de uma lei romana, devemos julgal-a applicavel entre nós, salvo se estiver em antinomia com as leis, ou costumes patrios.

O conhecimento profundo e completo do direito patrio é impossivel sem que se firme nas largas bases do direito romano ; não só porque é neste que se encontrão as razões historicas efficientes das legislações dos povos modernos, como porque é elle o mais bello, completo e magestoso monumento de sabedoria juridica, que os passados seculos nos legarão.

« Os Ulpianos, os Caios, os Papinianos, etc., diz um dos mais eminentes jurisconsultos contemporaneos (10), serão sempre collocados á frente da sciencia por sua excellente logica e profundas vistas. Suas decisões concisas, a firmeza de seus juizos, a finura e sagacidade de suas observações, o poder do seu espirito anolytico, estão acima de tudo o que conheço, e não ha talvez em nosso codigo um só artigo, que se possa comparar na precisão,

---

(10) Troplong, Comm. sur la Vente, Préf.—V. Thiercelin, Essais de litterat. du Dr., P. I, Cap. 2,

energia e belleza de estylo aos immensos fragmentos, que Triboniano extrahio de seus escriptos. »

Posto que antes de Justiniano se houvessem feito diversas codificações das leis romanas (11), e sobre estas se houvessem escripto im-

---

(11) I A mais antiga compilação de leis romanas, de que ha noticia, foi feita no ultimo periodo do dominio dos Tarquinius por Sex. ou Publ. Papirio, grande pontifice ; ella tinha por objecto a legislação patricia promulgada nos *comitia curiatta*, e por isso se denominava — *leges curiatae*. Do *jus civile Papirianum*, ou *lex Papiria* nenhum fragmento authenticico é hoje conhecido. Pompon. fr. 2 § 2, De orig. jur. (I, 2.)

II. A *lex duodecim tabularum*, filha de uma transacção entre o patriciado e o plebeiado, foi promulgada no anno 303 de Roma. Formulada em versos adonicos, que os meninos decoravão nas escolas, foi gravada em 10 e depois em 12 taboas, expostas sempre ás vistas do publico no Forum. O seu texto original e primitivo é desconhecido ; apenas nos restão alguns vestigios mais ou menos alterados nos antigos classicos, com os quaes os Jurisconsultos modernos tem em vão tentado reconstruir este importante monumento legislativo da Republica Romana. Pompon., cit. fr. 2 § 4 D. (I, 2.)

III. O *Jus Flavianum* é a collecção de formulas

sorprendidas aos patricios, e contra a sua vontade publicadas por Flavio, secretario do decemviro Appio Claudio, de que tratámos no § 3 huj. Cap. e not. 2. Porém, depois (552 da fundação de Roma) nova publicação da mesma natureza foi feita por Sex. Ælius Catus, a que se deu o nome de *Jus Ælianum* Pompon., cit. fr. 2 § 7 D. (I, 2.)

IV. *Edictum perpetuum*.— A multiplicidade dos edictos dos pretores, principal elemento do *Jus honorarium*, tornava indispensavel a sua compilação Ofilius, contemporaneo de Julio Cesar, foi o primeiro que organisou este trabalho; o mais importante porém é o que foi feito no reinado de Hadriano (130 depois de J. C.) por Salvio Juliano, e a que se dá especialmente o nome de *Edictum perpetuum*. Pompon. cit. fr. 2 § 44 D. (I, 2.)

V. *Gregorianus e Hermogenianus Codex*. Além das collecções que Papirius Justus fez dos escriptos de Antonino e Vero, o grammatico Dositheo dos de Hadriano, Ulpiano das Constituições promulgadas contra os Christãos, e Paulo dos decretos imperiaes, faremos especial menção da compilação das Constituições imperiaes, desde Hadriano até Constantino, feito por Gregoriano e continuada por Hermogeniano, porque daquella nos restão 63 fragmentos, e desta 30.— Cod. Præf. Prim., Procem.

VI. *Theodosianus Codex*. Esta compilação, ordenada por Theodosio II, teve por objecto as Constituições dos imperadores posteriores a Constantino-o-Grande, e foi elaborada por uma commissão de 16 Jurisconsultos, presidida pelo ex-consul Antiochus. O codigo Theodosiano foi immediatamente

portantes trabalhos scientificos (12), só nos occuparemos com a collecção deste imperador, porque por ella forão derogadas todas as leis anteriores, exceptuadas apenas algumas *pragmaticas sancções*. concedendo privilegios a cidades, corporações, ou individuos, nella não comprehendidas (13).

---

publicado no Occidente, sob o reinado de Valentiano III, e continuou a vigorar ainda depois da conquista dos povos germanicos. Dos 16 livros de que era composto, só possuímos os 10 ultimos, e o fim do 6.º; dos 5 primeiros apenas nos restão alguns fragmentos no Codigo ou *Breviarium Alaricianum*.— Cod. Præf. Prim., Præm.; Bachius, Hist. Jurispr. Rom. L. 1. Cap. 1 § 6, Cap. 2 § 6, etc.; Gravina, De ortu et prog. Jur. Civ. Cap. 31 e seg.; Mackeldey cit., § 21 e seg.; Maynz cit., §§ 16, 17, 46 e 82; B. St. Prix cit., Sect. 1, Cap. I, arts. 1 e 3; Falck, cit. § 67 e seg.; Eschbach cit. n. 114 e seg.

(12) Bach. cit. L. 3, Cap. 2, Sect. 5 §§ 14, 25, 30, etc.; Gravina cit. Cap. 83, 100, 101, etc.; Mackeldey cit., § 45 e seg.; Maynz cit., §§ 69 e 70; Pothier, Pandectas, Proleg.; B. St. Prix cit., Sect. 2, Cap. 3; Eschbach cit., n. 122; Falck cit., § 99.— V. T. 5, Cap. 1 in fin.

(13) Const. Summa Reipublicæ § 4, De Just. Cod. confirm.

Tambem não trataremos das Constituições promulgadas pelos successores de Justiniano no imperio romano oriental, e das novas codificações, que ahi se fizerão (14), porque só no seculo XVI forão conhecidas no Occidente, e nunca entre nós vigorarão. Entretanto não póde ser contestada a sua utilidade para a completa intelligencia dos textos da collecção Justineana, como a respeito das Basílicas, praticamente o mostram Troplong nos seus Commentarios doCodigo Napoleão, e Pellat na sua Exegese das Pandectas.

É o direito romano, tal qual ficou formulado na compilação de Justiniano, que entre nós é aceito como subsidiario do patrio; por isso aqui só daremos rapida noticia dos trabalhos legislativos deste monarcha.

Apenas subio ao throno, tratou Justiniano de colligir e reformar a legislação promulgada

---

(14) V. Bach. cit. L. 4, Cap. 1 e 2; Hugo, Hist. du Dr. Rom. 408 e seg.; Berriat S. Prix cit. Sect. 4, Cap. 1, art. 1; Mackeldey cit. Intr. Sect. 3, § 74 e seg.; Maynz cit. § 84; Falck cit. § 79; Eschbach cit. n. 133 e seg.; especialmente Zachariæ, Historiæ juris Græco-Romani delineatis; e Mortreuil, Histoire du Droit Byzantin.

pelos seus antecessores. Esta importante tarefa foi confiada a Triboniano, questor do palacio, e depois consul, a quem, para este fim, forão associados nove outros jurisconsultos ou magistrados. Este trabalho, denominado *Justinianeus Codex*, foi começado em Fevereiro de 528 e concluído em Abril do anno seguinte; tendo, porém, sido sujeito á nova elaboração poucos annos depois, ficou esta edição inutilisada, e veio assim a desaparecer inteiramente.

I *Pandectæ seu Digesta*.— Triboniano, auxiliado por dezeseis collegas, foi incumbido de colligir as decisões dos jurisconsultos que florescerão nos treze seculos decorridos desde a fundação de Roma (15); de coordenal-as

---

(15) *Erat enim mirabile romanam sanctionem ab urbe condita usque ad nostri imperii tempora, quæ penè in mille et quadringentos annos concurrunt... in unam reducere consonantiam...*— Const. 3 præm. Cod. De vet. jur. enucl. (1, 17). Ha porém aqui duplo engano de Justiniano, pois que elle apenas subio ao throno no anno de 1280 da fundação de Roma, e os jurisconsultos, de cujos escriptos forão tirados os fragmentos para o Digesto, são todos do periodo imperial, com as unicas excepções de Q. Mucius Scœvola e Ælius Gallus, que pertencem aos ultimos tempos da Republica. Pothier Proleg. p. 236.

methodicamente, e de modificá-las tanto quanto fosse preciso, a fim de fazer que desaparecessem as suas antimonias.

Para este fim foram reunidos 9.100 a 9.200 fragmentos de perto de 2.000 livros, contendo aproximadamente *trinta mil decisões* de *trinta e nove* jurisconsultos (16). Esta immensa obra que

---

(16) Justiniano nos diz (Cod. L. I. T. 17, Const. 3, § 1) que o Digesto contém 150 mil *versus*, tirados de mais de tres milhões, que se continhão nas duas mil obras de que foram extrahidos; alguns entenderão que estes versos são outras tantas decisões; hoje, porém, é opinião corrente que apenas são linhas.

B. St. Prix conta 9.173 decisões no Digesto, Brunquell 7.142, Hevelius 9198.

Os jurisconsultos cujos escriptos fornecêrão fragmentos para o Digesto são: Ælius Gallus, Africanus, Alfenus, Anthianus, Julius Aquila, Callistratus, Celsus, Aur. Arc. Charisius, Florentinus, Gaius, Hermogenianus, Javolenus, Julianus, Labeo, Macer, Volus, Mœcianus, Marcellus, Marcianus, Mauricianus, Menander, Modestinus. Neratius Priscus, Papinianus, Papyrus Justus, Paulus, Pomponius, Proculus, Rufinus, Rutilius, Saturninus, Cervid, Scœvola, Q. Muc. Scœvola, Tarruntenns, Terent. Clemens, Tertullianus, Tryphoninus, Ulpianus, Aburnus Valens, Venulejus.

Justiniano denominou *Opus desperatum* (17), e cuja conclusão julgava poder-se apenas esperar em dez annos (18), foi elaborada com tanta diligencia, que em menos de tres annos ficou terminada (19).

---

A palavra *Digesta* deriva-se de *digerere*, — dispôr, ordenar, distribuir; e a palavra *Pandectæ* Πανδεκται de Παν e δεχομαι, — que contém tudo. Const. Dedit nobis Deus § 1 De confirm. Digest. — Quos libros Digesta, seu pandectas appellavimus ex eo, quod legum habeant divisiones, et decisiones, itemque ex eo, quod omne in unum congregatum receperint, hanc eis appellationem imponentes.—Sobre outras significações da palavra *Pandectæ*, v. Heineck, Hist. § 391.

V. Berriat St. Prix cit. Sect. 3 Cap. 3, e Sect. 5 Cap. 4: Maynz cit. § 83; Faïck cit. § 76; Eschbach cit. n. 127; Mackeldey cit. §§ 62 e 63; Hugo—Hist. de Dr. Rom. § 391.

(17) Inst. Prœm. § 2.

(18) ... in tribus annis consumata, quæ ut primum separare cœpit, neque in totum decennium complere sperabatur. Const. 3 § 12 Cod. De vet. jur. enucl. (1, 17).

(19) Esta commissão foi dada a Triboniano, a 15 de Dez. de 530, e o Digesto publicado a 16 de Dez. de 533, para começar a ser executado a 30 do mesmo mez. Bluhme explica satisfactoriamente esta grande celeridade, expondo o methodo seguido pelos redac-

O Digesto é dividido em 7 partes; estas se subdividem em 50 livros, e estes em 432 títulos; nestas divisões seguiu-se aproximadamente a ordem do Edito (20). Além das alterações que a commissão fez scientemente nos fragmentos transcriptos (*emblemata Tribonianæ*), não podião deixar de escapar em obra, tão precipitadamente elaborada, defeitos que em vão Justiniano procura negar e desculpar (21); mas que não obstão a que se lhe reconheça grande merecimento e importancia.

II. *Institutiones*. Enquanto se trabalhava na composição do Digesto, conheceu Justiniano a necessidade de um livro elementar, que servisse de introdução ao estudo do direito, e incumbio a sua redacção ao mesmo Triboniano,

---

tores do Digesto na distribuição do trabalho. V. Maynz cit. § 83 not. 55, e Eschbach cit. n. 127.

(20) ... et in libros quinquaginta et certos titulos totum jus digere, tam secundum codicis nostri constitutionem quam edicti perpetui imitationem, prout hoc vobis commodius esse potuerit. Const. 1 § 5; Cod. De vet. jur. enucl. (I, 17).

(21) Const. 1 §§ 4 e 9; Const. 2 e 3 §§ 14 e 15; Cod. De vet. jur. enucl. (I, 17); Pothier cit. Proleg. p. 3, Cap. 2 n. 2; Mackeldey cit. § 63.

conjunctamente com Theophilo e Dorotheo, professores de direito em Bysancio e Beryte (22).

Esta obra foi modelada por outras do mesmo genero, escriptas pelos antigos jurisconsultos, taes como Ulpiano, Florentino, Martiano, e principalmente Gaio, e nella se incluirão numerosos fragmentos destes institutarios, modificados e completados pelas novas disposições das Constituições imperiaes (23). As Institutas forão concluidas ainda antes do Digesto (24), mas postas em execução conjunctamente com elle. São divididos em 4 livros; estes em 98 ou 99 titulos, precedidos de um *principium*, e subdivididos em 706 paragraphos, ou 805 decisões, sommados os paragraphos com os principios (25).

---

(22) Inst. Prœm. § 4 — Ut sint totius legitimæ scientiæ prima elementa; Const. 1 § 11, Cod. De vet. jur. enucl. (I, 17)... ut rudis animus studiosi simplicibus enutritus, faciliùs ad altioris prudentiæ redigatur scientiam.

V. Const. 3, § 11 cit. (I, 17) — Sed enim propeximis, etc.

(23) Const. 3 § 11 cit. (I, 17).

(24) 21 de Nov. de 533.

(25) B. St. Prix cit. Sect. 3 Cap. 4; Hugo cit. § 392; Maynz cit. § 83; Mackeldey cit. § 67; Falck cit. § 77; Eschbach n. 129.

III. *Codex repetitæ prælectionis*. Justiniano, porém, depois da publicação do Código havia expedido 50 Constituições para decidir questões importantes, sobre que divergião os antigos jurisconsultos; e ainda durante e depois da confecção do Digesto e Institutas, publicou novas Constituições. Tornou-se pois indispensavel recompôr o Código, accommodando-o ás mudanças sobrevindas; este trabalho foi tambem incumbido a Triboniano com o auxilio de quatro collaboradores, e concluido em 16 de Novembro de 529. Com a sua promulgação foi abolida o antigo Código, do qual nenhuns vestigios nos restão (26).

O novo Código, é como o antigo, dividido em 12 livros, que se subdividem em 765 titulos, pouco mais ou menos, cada um dos quaes comprehende uma, ou mais Constituições, ou fragmentos de Constituições, chamados Leis, que sommados elevão-se ao numero de 4.652. A divisão das leis em *principium* e *paragraphos*, e a sua subdivisão em *versos*, é de invenção dos interpretes, e não se acha nos antigos manuscritos (27).

---

(26) Const. De Justin. Cod. confirm. (Præf. sec. Cod.) §§ 3 e 5.

(27) B. St. Prix cit. Sect. 3 Cap. 2; Hugo cit.

IV. *Novellæ*. Depois da conclusão do Código publicou Justiniano ainda muitas Constituições, escriptas pela maior parte na lingua grega, reformando em pontos muito importantes a sua anterior legislação; mas depois da morte de Triboniano, em 545, o numero das novas Constituições diminuiu consideravelmente.

Pouco depois da morte de Justiniano fez-se uma collecção de 168 novas Constituições — *Novellæ constitutiones*, das quaes só 154 pertencem a este imperador.

No renascimento do estudo do direito no occidente, os Glossadores fizeram outra collecção de 97 *Novellas*, chamadas *authenticæ* para distinguil-as das do Epitome de Juliano, divididas em 9 *colletiones*, excluindo todas as que não estavão em uso, e que por este motivo se ficárão denominando — *extravagantes* ou *extraordinariæ*; cada *collatio* comprehende, muitos titulos, cada um dos quaes é uma *Novella*, salvo a que é dividida em 2 titulos. As collecções modernas contém 168 *Novellas*, achando-se confundidas as glosadas, e não glosadas (28).

---

§ 393; Mainz cit. § 83; Macheldey cit. §§ 61 e 64; Falck cit. §§ 75 e 78; Eschbach n. 126, e 130.

(28) B. St. Prix cit. sect. 3 Cap. 5; Hugo cit.

Taes são as partes em que se divide a grande collecção Justiniana.

Posto que reconhecemos todo o seu merecimento, não acompanhamos os seus exclusivos panegyristas ao ponto de lhe negarmos o menor defeito ; pelo contrario sabemos que ella encerra geminações, omissões, locuções inúteis e até manifestas antinomias.

Para a solução, porém, destas antinomias cumpre attender-se á data da publicação das disposições, e applicar o principio — que as posteriores revogão as anteriores. Assim as Novellas revogão todas as outras partes do Corpus Juris ; o Codice revoga o Digesto e as Institutas; quando porém, a contradicção é entre estas duas partes, cuja obrigatoriedade começou na mesma data, deve seguir-se a regra proposta por Heineck, isto é, que o Digesto revoga as Institutas, salvo nos casos em que pelos textos destas mostra-se claramente que o legislador quiz revogar o Digesto (29) Quando a contradicção é na mesma

---

§ 395 ; Maynz cit. § 83 ; Mackeldey cit. § 71 ; Fack, cit. § 78 ; Eschbach cit. n. 131.

(29) Assim a lei 7 § 7 D. adquir. res. div. (XLI,1) revoga o § 25 das Inst. De res. (II, 1,) div. ao mesmo tempo que o § 7 dos Inst. Ex quibus causis manum.

collecção deve-se preferir a opinião confirmada pelos compiladores (30).

§ 2.º

*O direito canonico.*

De todas as revoluções por que tem passado a humanidade, sem duvida a maior, a mais profunda e a mais vasta foi operada pelo christianismo ; que a nova lei produziu uma verdadeira regeneração do homem individual e social, é a mais evidente das verdades historicas.

A radical mudança então produzida nas idéas, nos sentimentos e na actividade humana, devia trazer em resultado igual mudança nas relações juridicas; as instituições de direito devião-se transformar, e com effeito se transformárão parallelamente (1).

Nas compilações Justinianeas é visivel o es-

---

(I, 6) revoga as leis 9 e 11 D. De manum.—vind.  
(XL,4) Sobre alguns casos em que as Institutas constituem direito novo ou revogão o do Digesto, V. B. St. Prix cit. Sect. 3 Cap. 4, not. 11, 12 e 13.

Maynz cit. § 83, not. 67.

(30) Mackeldey cit. § 97.

(1) Guizot—Hist. de la civil. en Europe.

forço por accommodar as antigas instituições romanas aos principios da doutrina evangelica. Mas estas instituições formavão um systema tão completo, tão engenhosamente complicado, tão profundamente enraizado na vida privada e publica, que por maior que fosse o cuidado de Triboniano e dos seus collaboradores, não era possivel de um jacto amoldal-as pelo pensamento christão (2).

Este pensamento só poude imperar em toda sua pureza e energia nas leis que se formárão no seio da igreja. Com effeito a par do direito profano elevou-se o ecclesiastico, a par do cæsareo o pontificio.

Em consequencia do conselho de S. Paulo (3) os christãos começárão a recorrer aos bispos para decidir as questões que entre elles se suscitavão. Valentiniano III, e depois Justiniano, mantiverão e desenvolvêrão esta jurisdicção arbitral, que ainda mais se roborou e ampliou no periodo de anarchia que seguio-se ao desmoronamento dô Imperio occidental.

---

(2) B. St. Prix — Hist. du Dr. Rom., Sect. 4 Cap. 5 not. 21.

(3) Ep. 4 aos Corinth. Cap. 6, v. 4.

Mas desde que a Igreja teve a sua jurisdição propria, foi-lhe indispensavel possuir uma legislação tambem propria, pois repugnava-lhe applicar a romana, inteiramente eivada de paganismo. Por um lado os Summos Pontifices, por outro os Concilios, começarão a decretar a legislação que lhe faltava, e assim formou-se o direito canonico.

Cumpre-nos aqui distinguir o direito ecclesiastico do canonico.—O primeiro é o que rege as relações externas da sociedade politica com a religiosa, e especialmente a catholica, visto ser esta a mais regular e completamente organizada d'entre as sociedades religiosas. O segundo é o que rege exclusivamente a Igreja Catholica, os seus membros e a sua hyerarchia.

Demais o direito ecclesiastico é composto de preceitos decretados pelo poder politico, ou de concordata; o direito canonico é composto sómente de leis formuladas pelo governo da Igreja Catholica. O primeiro é ramo do direito publico externo; o segundo é um direito inteiramente anormal, que não pertence a este systema de classificações, visto que é destinado a reger a vida interna de uma sociedade não politica, posto que em seu desen-

volvimento historico tenha comprehendido muitas materias peculiares do direito privado (4).

Comquanto o direito canonico devesse ser instituido para reger (5) as relações religiosas dos membros da igreja, cedo foi applicado ás suas relações seculares ou profanas ; já pela connexão das materias, já pela applicação da regra — *actor sequitur forum rei*, ou por especiaes concessões, realisou-se a sua ampliação ás causas puramente seculares dos leigos ; e estes não reluctavão a tal desaforamento, por que a justiça ecclesiastica era distribuida com mais sabedoria e imparcildade do que a secular dos tiuphados, gardingos e ricos-homens.

---

(4) Philipps — Dr. Eccl. n. 3 — Ecclesiastica constitutio canonis nomine censetur; Cavall. Instit. Jur. Can. Proleg. Cap. 1 § 3 e seg.

A palayra *canon* é de origem grega, e significa cordel, medida : é empregada methaphoricamente, como as palavras *regra* e *direito*, para exprimir os preceitos promulgados pela autoridade ecclesiastica, em opposição a νόμος e *lex*, que primitivamente se applicão aos preceitos decretados pela autoridade secular.

(5) Cod. De Episcop. <sup>audient.</sup> (I, 4) ; Nov. 123, Cap. 21 — 23.

Isto que durante a média-idade passou-se na Europa em geral, verifica-se especialmente ácerca de Portugal. Tão grande era desde os primeiros reinados a autoridade do direito canonico neste paiz, que nas côrtes de Coimbra em 1211, D. Affonso II antepôz o *Decreto de Gratiano* ás proprias leis do reino (6).

Na fundação da academia de Lisboa D. Diniz mandou ensinar este direito conjunctamente com o romano (7); e as Ordenações Manoelina (8) e Philippina (9) dão-lhe força de direito subsidiario nos casos omissos nas leis, estylos e costumes patrios, com preferencia ao direito romano nas materias que contém peccado.

A lei de 18 de Agosto de 1769 § 12 declarou, porém, que aos tribunaes seculares não per-

---

(6) Que sempre as Leys sejam, e os Degredos (*isto é o Decreto de Gratiano*) dos Apostoligos de tal guisa, que cumprão estes Degredos, e os que contra a Santa Igreja veerem feitos nom nos ajão por leys. Mello Freire cit. Hist. Jur. Civ. Lus. § 63 not.

(7) Mello Freire cit. § 63.

(8) L. 2, T. 5.

(9) L. 3, T. 64.

tence o conhecimento do peccado, e que os textos do direito canonico só devem ser observados pelos ministros e consistorios ecclesiasticos, nos seus devidos e competentes termos.

Eutretanto, a jurisdicção ecclesiastica ainda continuou por muito tempo com grande extensão, tanto no civil como no crime (10), até que o novo Codigo do Processo Criminal (11), de accôrdo com a Constituição do Imperio (12), a limitou no crime ás causas puramente espirituaes, disposição esta que se entende extensiva ao civil (13).

O estudo do direito canonico não deixa, comtudo, de ser de grande utilidade para o juriconsulto, já pela influencia historica que exerceu na legislação patria (14), já porque repetidas vezes se lhe referem as Ordenações (15). Demais,

---

(10) Borges Carneiro, Dir. Civ. Port. §§ 64—68.

(11) Arts. 8 e 324; Av. de 28 de Agosto de 1834; Reg. n. 120 de 31 de Janeiro de 1842, art. 240.

(12) Art. 179, § 17.

(13) Av. de 12 de Setembro de 1835.

(14) Alv. de 28 de Agosto de 1772, L. 2, T. 2, Cap. 3 § 12 e Cap. 9 § 5.

(15) Ord. L. 2, tit. 1 §§ 6 e 13, tit. 5 § 4, L. 3 tit. 24 pr., tit. 58 § 9, etc.

como advogado, precisa saber allegal-o no fôro ecclesiastico, restricto como se acha; como magistrado cabe-lhe applical-o, quando incidentalmente tem de conhecer do alguma causa matrimonial (16); como administrador tambem muitas vezes lhe é indispensavel o seu conhecimento, para saber convenientemente dirigir as relações do Estado e da Igreja, e especialmente para decidir os casos de recurso á Corôa (17).

Não será, pois, ocioso darmos rapida noção dos elementos materiaes constitutivos do *Corpus juris Canonici*. Estes elementos são :

I. *Decretum Gratiani*. Meiado o seculo XII o celebre professor de Bolonha, Gratiano, querendo solver as antinomias que apparecião entre os Canones das anteriores collecções, compoz esta obra, que consta não sómente de decisões de Concilios e decretos authenticos ou apocryphos, mas ainda de Canones Apostolicos, de passagens dos Santos Padres, da *Ordo romanus*, do *Liber diurnus*, e do *Pontificalis*., de textos do direito romano, e da legislação franca, de di-

---

(16) Pegas—De Maior, Cap. 9, n. 426, 428 e seg.

(17) D. n. 1911 de 28 de Março de 1857. V. Noç. Prelim. de Dir. Adm. Bras. T. 2 Cap. 3 § 2 in fin.

versos penitenciarios e historiadores, e finalmente das suas observações pessoais conhecidas por-*Dicta Gratiani*. O *Decretum de ouro* (como o denominão algumas antigas edições), soffreu varias interpolações, conhecidas pelo nome de *Palea*, talvez por terem sido intercaladas pelo discipulo de Gratiano.— *Paucapalea*. Esta collecção, depois de ter sido objecto dos trabalhos de numerosos glossadores decretistas, foi revista e emendada por uma congregação de cardeaes e doutores, nomeado por Pio V (18).

II. *Decretalis Gregorii IX*. Cedo, porém, a collecção de Gratiano deixou de ser satisfactoria, porque a legislação canonica continuou a desenvolver-se rapidamente: não só se reunirão novos concilios ecumenicos (em Latrão 1179 e 1215), como os Santos Pontifices continuarão a expedir copiosamente as suas decretaes; apenas estava impresso o terço das cartas de Innocencio III, e já se elevavão a 4.000. Nos noventa annos seguintes compozerão-se 5 collecções, que por Gregorio IX com o auxilio de

---

(18) Phillips. Du Dr. Eccl. dans ses sources, Cap. 2; Falck. Jur. Encykl. § 99; Eschbach Intr. Gen. n. 163; Gmeiner Inst. jur. Eccl. Priv. Proleg. § 21 e seg.; Javall. cit. Cap. 6 § 9.

S. Raymundo de Penaforte, forão reduzidas a uma só. Esta collecção deu também lugar aos trabalhos de grande numero de glossadores e commentadores (19).

III. *Liber sextus*. O progressivo desenvolvimento da legislação canonica tornou indispensavel, no tempo de Bonifacio VIII (1228) nova refusão das decretaes posteriores a Gregorio IX. Esta compilação recebeu o nome de *Liber Sextus* por ter sido addicionada aos cinco livros da Gregoriana (20).

IV. *Constitutiones Clementinæ*. Clemente V emprehendeu fazer uma collecção das suas proprias decretaes, a qual foi publicada por seu successor João XXII ; mas nella não se achão comprehendidas algumas de Bonifacio VIII posteriores ao *Liber Sextus*, as de Benedicto XI, e algumas do proprio Clemente V (21).

---

(19) Phillips. cit. § 17 e seg.; Falck cit. § 100; Eschbach cit. n. 163; Gmeiner cit. § 32 e seg.; Cavall. cit. Cap. 6 § 17.

(20) Phillips cit. § 23 e seg.; Falck cit. § 101 ; Eschbach cit. n. 163 ; Gmeiner cit. § 34 ; Cavall. cit. Cap. 6 § 19.

(21) Phillips cit. § 25 ; Falck cit. § 101 ; Es-

Estas decretaes, que não forão colleccionadas, servirão de nucleo á nova collecção conhecida pelo nome de :

V. *Extravagantes*, que comprehende 20 decretaes de João XXII e 53 de outros papas anteriores, colleccionadas sem character official por J. Chapuis (22).

O *Corpus juris canonici* contém além disso :

Os canones penitenciaris e dos apostolos.

As decretaes de Sixto IV e V, colleccionadas por Pedro Matheus.

As de Alexandre III no Concilio de La-trão, 1179.

As de Innocencio IV no Concilio de Lyão, 1245.

As Institutas de direito canonico, por Lancelot, etc.

---

chbach cit. n. 163; Gmeiner cit. § 35; Cavall. cit. Cap. 6 § 19.

(22) Phillips. cit. § 26; Falck cit. § 103; Eschbach cit. n. 163; Gmeiner cit. § 36; Cavall. cit. Cap. 6 § 20.

Na edição de Richter, a mais moderna de todas, se comprehendem tambem os canones do Concilio de Trento, e algumas bul-las condemnatorias de erros modernos (23).

Devemos lembrar que antes do *Decreto* de Gratiano varias collecções de canones dos concilios e decretaes dos Santos Padres já havião sido elaboradas, entre as quaes distinguem-se :

I. O *Codex Dyonisianus* ou *Hadrianus*, organizado por Dyonisius *exiguus*, ou o pequeno, no fim do seculo V ou começo do VI. Esta collecção recebeu importantes addições, e tornou-se quasi official pelo facto de a haver Hadriano I enviado a Carlos Magno, que a fez receber pelo *synodo* nacional de Aachen (24).

II. *Codex Isidori Peccatoris*; em meiado do seculo IX appareceu uma collecção de canones sob o nome de Isidoro *peccator* ou *merca-*

---

(23) Phillips cit. § 27; Falck cit. §§ 104 e 105, not. 164; Eschbach cit. n. 164; Gmeiner cit. § 36, Schol.

(24) Phillips cit. § 5; Falck cit. § 96; Eschbach cit. n. 162; Gmeiner cit. §§ 11 e 12; Cavall. cit. Cap. 5 § 7.

tor, que durante tres seculos foi considerada authentica, e attribuida ao bispo de Sevilha, do mesmo nome, morto em 633. Veio, porém, afinal a conhecer-se o embuste, e que á antiga collecção hespanhola tinhão sido addicionadas muitas falsas decretaes, onde predomina o pensamento de fortificar, e talvez de alargar o poder que ao chefe visivel da igreja foi cofiado por seu divino instituidor (25).

Observaremos finalmente que o *Corpus juris canonici* não é a exclusiva fonte deste direito; porquanto, depois de sua organização, reunião-se diversos Concilios Ecumenicos (de Constança, Bale, Florença e Roma, e o de Trento), e os Santos Padres continuarão a expedir decretaes, de que se tem feito diversas e volumosas collecções. Tambem devemos comprehender eutre as fontes: *As Regulæ cancellariæ apostolicæ*, publicadas por cada Santo Padre por occasião de sua ascensão ao throno pontificio. As declarações das congregações dos cardeaes — *Congregatio sacri officii*, *C. Indicis*, *C. Consistorialis*, *C. Episcoporum et Regularium*,

---

(25) Phillips cit. §§ 6 e 8; Falck cit. § 97; Eschbach cit. n. 162; Gmeiner cit. § 14 e seg.; Cavall. cit. Cap. 6 §§ 1 e seg.

*C. Sacrorum Rituum, C. de propaganda fide,*  
etc. (26).

§ 3.º

*O direito das nações modernas.*

As leis e codigos das nações modernas, que pertencem ao systema da civilisação christã, tambem são fontes subsidiarias do direito civil patrio nos seguintes casos :

I Quando quer-se avaliar a *boa razão* em que se fundão os textos do direito romano, e decidir, se são ou não sancionados pelo uso moderno (1).

II Nas materias politicas economicas, mercantis e maritimas, nas quaes devem ser preferidos ao direito romano (2).

Nas que se referem a minas e ferrarias o Alv. Reg. de 30 de Janeiro de 1802, Tit. 1.º, § 3.º, declara especialmente subsidiario o *direito publico metallico* d'Allemanha.

---

(26) Phillips cit. §§ 33, 34 e 35; Falk cit. § 105 not. 42 ; Eschbach cit. n. 161 ; Gmeiner cit. § 40 e seg.; Cavall. cit. Cap. 7.

(1) V. § 1 huj. Cap.

(2) Lei de 18 de Agosto de 1769, § 9.

Ha até casos em que as leis e usos commerciaes estrangeiros regulão de preferencia aos nossos ; taes são :

I. As questões sobre o estado e a idade dos estrangeiros residentes no Imperio, quanto á capacidade para contractar, não sendo os mesmos estrangeiros commerciantes matriculados na fórma do art. 4 do Codigo Commercial. Todavia os contractos não são nullos, provando-se que vertêrão em utilidade do estrangeiro. (3)

II. A fórma dos contractos ajustados em paiz estrangeiro (4), salvo os casos exceptuados no Codigo Commercial (5). e os contractos exequiveis no Imperio, sendo celebrados por Brasileiros nos lugares em que houver consul brasileiro. (6)

Grave difficuldade, porém, resta a solver-se, e é: quando as leis e codigos das nações modernas civilisadas divergem entre si, e se contradizem, quaes se devem preferir ? Entendemos que neste

---

(3) D. Reg. n. 737 de 25 de Novembro de 1850, art. 3, § 1.

(4) Cod. Com., arts. 301, 424 e 633.

(5) Cod. cit., art. 628.

(6) D. Reg. n. 737, art. 3 § 2.

caso a regra a seguir-se é indagar, qual dessas leis ou codigos mais se aproxima das leis e costumes patrios, quanto á instituição do direito, a cujo respeito versa o ponto da questão. (7)

Não convindo entrarmos agora no exame do character de cada uma dessas legislações limitamo-nos a observar, que a douda Allemanha foi o primeiro paiz onde nos tempos modernos ensaiou-se a organização de um codigo civil. Coceji foi, por Frederico II da Prussia, incumbido deste importante trabalho, cuja primeira parte, publicada em 1749 a 1751, nada mais é do que uma paraphrase do *uso moderno* do direito romano (8).

Com tendencias oppostas organisou a França o seu codigo (1804), a que se ligou o nome de Napoleão, e que, fiel á sua origem revolucionaria, quiz com alarde romper as tradições do romanismo, e operar uma recomposição geral e systematica do direito (9).

---

(7) O Sr. Coelho da Rocha, Dir. Civ. Port., vol. 1 not. B.

(8) O Sr. Coelho da Rocha cit., Dir. Civ. Port. vol. 1 not. B.

(9) Savigny cit., Tr. du Dr. Rom. § 31.

Todos os codigos que se formulárão antes e depois destes pertencem a um dos dous typos, —o allemão ou o francez. Classificão-se no primeiro o codigo da Baviera (1756), o da Prussia (1794), o da Austria (1811), o do Cantão de Berne (1831), o da Hollanda (1838), e o de Argovia; pertencem ao segundo os codigos da Sardenha, Duas Sicilias, Luisiana, Baden, e Cantões de Vaud e Friburgo (10).

Nos codigos pertencentes ao primeiro destes grupos considerão-se os actos do estado civil nas suas relações ecclesiasticas; conservão-se as mesmas definições, divisões geraes e doutrinas ácerca de servidões, successões, prescripções e contractos, e estabelece-se o systema de *registro* para a transferencia da propriedade on de qualquer direito real sobre bens de raiz.

Nos codigos que constituem o segundo grupo ostenta-se o esquecimento das formulas e doutrinas de direito romano, estabelece-se a prescripção nos bens moveis, e attribue-se

---

(10) Consolidação das leis Civis Bras. pag. XXVII e seguintes; o Sr. Coelho da Rocha cit. vol. 1 not. B.

aos contractos o effeito immediato de transferir o dominio independentemente de tradição (1).

---

(11) Consolidação das Leis Civis Bras. cit. pag. XXVII e seguintes; o Sr. Coelho da Rocha, Dr. Civ. Port. cit. vol. 1 not. B.

---

## TITULO III.

### Das leis civis.

#### CAPITULO I.

##### DA DEFINIÇÃO E DIVISÃO DAS LEIS CIVIS.

##### § 1.º

##### *Definição das leis civis.*

Nos precedentes titulos consideramos o direito civil como sciencia em suas relações externas com as de mais sciencias, e como complexo de normas em relação ás fontes d'onde emanão. Agora imos estudal-o quanto a natureza e classificação destas normas, a sua obrigatoriedade e interpretação.

Da idéa que um principio de absoluta perfeição preside a toda a criação, deduz-se, que todos os entes são destinados a fins especiaes, que se realizão na harmonia universal do plano divino.

Mas o fim de qualquer ente não póde deixar

de ser conforme á sua natureza, ao complexo das propriedades e attributos, de que é dotado para poder existir no meio, em que a Providencia o collocou. Assim os phenomenos, que se operão na sua existencia, subordinão-se a principios, que emanão da sua natureza em relação ao seu fim segundo a ordem geral da criação.

Estes principios denominão-se leis no sentido amplo desta palavra, comprehendendo tanto o mundo moral como o physico. É assim que Montesquieu as define — relações necessarias, que emanão da natureza das cousas. (1)

Em sentido restricto as leis são — principios deduzidos da natureza do homem para regular as suas acções na consecução dos seus fins racionais; é tambem, considerada sob este aspecto, que o mesmo publicista diz que a lei em geral é — a razão humana emquanto governa todos os povos da terra (2).

---

(1) Montesquieu, *Esprit des lois*, L. 1 Cap. 3; Toullier, *Le Dr. Civ. Fr.*, Tit. Prelim. n. 3; Ortolan, *Élem. de Dr. Pen.* n. 4 e seg.

(2) Montesquieu cit. L. 1 Cap. 3; Ch. Comte, *Tr. de Leg.* L. 1 Cap. 5; Ahrens, *Cours de Dr. Nat. P. Gen.* Cap. 3 § 9; Ortolan cit. n. 7; Toullier cit. n. 2.

Em sentido ainda mais restricto na palavra — leis só se comprehendem os preceitos juridicos, reconhecidos pela sociedade, quer exprimão-se pelos costumes, ou sejam formulados pelo poder social; cumpre, porém, advertir que nem todos os actos deste poder entrão nesta categoria (3).

Consideradas no primeiro sentido as leis comprehendem toda a creação, tanto o mundo fatal como o livre; no segundo abrangem a moral e o direito; no terceiro constituem exclusivamente o direito positivo.

Todas as cathogorias, que apparecem na classificação do direito, reproduzem-se na das leis, visto que aquelle é o complexo destas. Assim, as leis positivas se dividem em publicas e privadas, e estas em communs e especiaes. As leis privadas communs, que particularmente se denominão— *civis* — são os preceitos formulados pela sociedade politica ou pelo poder que a representa para regerem as relações individuaes de seus membros, quer estas emanem de factos gerados pela acção fatal do mundo physico, ou

---

(3) Ahrens P. Gen. Cap. 3 § 9; Ortolan Expl. hist. des Instit. n. 10; Toullier Le Droit Civil Fr. n. 13 e seg.; Zachariæ, Le Dr. Civ. Fr. T. Prelim. § 1.

pela acção livre do homem ; quer respeitem a acção deste sobre as cousas, aos serviços voluntariamente estipulados, ou a posição de cada um no seio da familia (4).

E' destas exclusivamente, que nos occuparemos neste titulo.

## § 2.º

### *Classificação das leis civis.*

As leis civis podem ser classificadas em diversas ordens, segundo os aspectos sob os quaes as considerarmos. Assim podemos examinal-as em relação : — 1.º, ao testemunho em que se firmão ; 2.º, á sua natureza ; 3.º, ao seu objecto ; 4.º, á sua amplitude ; 5.º, ás relações de direito que ellas dominão.

I. Já anteriormente mostrámos que o direito positivo divide-se em consuetudinario, ou escripto, segundo nos é attestado pelos costumes nacionaes, na sua fórma popular ou scientifica, ou pela promulgação official da autoridade (1). Ora esta mesma classificação póde-se applicar ás leis positivas, e especialmente ás civis, que

---

(4) V. T. 1 Cap. 2 §§ 1 e 4, e T. 4 Cap. 1 § unico.

(1) V. T. 1 cap. 2 § 4.

são uma subdivisão destas (2). Como, porém, temos por vezes (3) tratado dessa classificação, julgamos ocioso insistir agora nella.

II. Se considerarmos as leis quanto á sua *natureza*, veremos que umas tem por fim definir certas relações, crear certos direitos ; emquanto outras são estabelecidas sómente para regular o modo por que se devem realizar estas relações, ou fazer valer estes direitos, quando por ventura encontrem reluctancia.

E' manifesto que as primeiras podem realizar-se plenamente, e sortir todos os seus effeitos, independentemente das segundas ; emquanto estas não são mais do que o complemento daquellas, e tem por unica razão de existencia a necessidade de auxiliar em certos casos a execução dellas.

E' por esta razão que Bentham chama as primeiras — *substantivas*, e as segundas — *adjectivas* ; adoptando, porém, a phraseologia geral, denominaremos aquellas — *theoricas*, e estas — *praticas*, ou de processo (4).

---

(2) V. o § antecedente.

(3) V. o T. 2 caps. 1 e 3 §§ 2 e 3.

(4) Bentham, Tr. de Lég. Cap. I ; V. T. 1 Cap. 2 § 4.

III. Em relação ao seu *objecto* alguns juriconsultos dividem as leis em *pessoaes* e *reaes*. Leis *pessoaes* são as que regem o estado e condição das pessoas, como o poder patrio e marital, a puberdade, maioridade, etc., etc. Leis *reaes* (*res*) são as que tratão das cousas, abstrahindo de quem as possui, como as que regulão as prescripções, servidões, hypothecas, etc. Outros accrescentão a esta classificacão um terceiro membro — as leis mixtas, que se referem ao mesmo tempo ás pessoas e ás cousas, taes como as que dizem respeito a facção testamentaria, etc. E' manifesto que a esta divisão corresponde a que no direito internacional privado se faz dos estatutos *pessoaes*, *reaes* e *mixtos* (5). Em lugar apropriado trataremos depois mais largamente deste assumpto (6).

#### IV. Consideradas em relação á sua *amplitude*

---

(5) O Sr. Coelho da Rocha, Inst. de Dir. Civ. Port. § 31; o Sr. Liz Teixeira, Cura. de Dir. Civ. Port. T. Prelim. Secç. 2 Cap. 2; o Sr. Sen. P. Bueno, D. Publ. Bras. n. 645 e seg.; Consolidação das Leis Civis Bras. Intr. pag. XLV e seg.; Chanat, Tr. des Stat. n. 14; Fælix, Dr. Intern. Priv. n. 17 e 18.

(6) V. T. 5 Cap. 3 § 2.

podemos dividir as leis em geraes, especiaes e individuaes, segnndo se estendem á totalidade dos habitantes do paiz, a uma porção delles, ou sómente a certos individuos. A esta divisão corréponde pouco mais ou menos a que os jurisconsultos romanos fazião do *jus commune*, *singularis*, e *privata privilegia*.

Estes jurisconsultos denominavam *jus generale*, *commune* ou *vulgatum*, o que emana do *jus strictum* e da *æquitas* (*ratio juris e naturalis ratio*); e *jus singulare*, o que decorre de elementos estranhos, que, introduzidos no direito, modificação-lhe a pureza, taes são os *boni mores* e a *utilitas*, publica ou particular. Quanto ás isenções individuaes, ellas as designavão por circumloquios, ou pelas expressões—*personales constitutiones* e *privata privilegia* (7).

---

(7) Inst. § 6 de jur. nat. gent. e civ. (I, 2.) Plané ex his (*constitutionibus*) quædam sunt *personales*, quæ nec ad exemplum trahuntur; quoniam non hoc princeps vult. Nam quod alicui ob meritum indulsit, vel si quam pœnam irrogavit, vel si cui sine exemplo subvenit, personam nom transgreditur. Aliæ autem, quum *generales* sint, omnes procul dubio tenent. V. Frag. de Ulpiano 1.º § 2 D. De const. prime (I, 4.) Frag. de Paulo 16 D. De leg. sencons., et long. consuet. (I, 3.) Jus singulare est,

O *jus generale*, segundo Maynz (8) distingue se do *jus commune*, em que o primeiro se applica a todos os cidadãos, e o segundo a todas as partes do territorio.

O *jus singulare*, que na maior parte das vezes os jurísconsultos romanos denominavão *privilegium*, era um preceito relativo a uma classe de pessoas, de cousas, ou de negocios pelo qual se lhes dava uma vantagem ou prejuizo especial, como o privilegio dos testamentos militares, das classes isentas da tutela, de certos credores no processo de fallimento, etc., ou pelo contrario as medidas especiaes relativas aos hereges e judeos.

Entretanto nem todo o direito relativo a classe de pessoas ou cousas se considerava como — *jus singulare* ; assim o usucapião res-

---

quod contra tenorem rationis propter aliquam utilitatem auctoritate constituentium introductum est. V. Frag. 14 e 15 eod. tit., 141 D. De reg. jur. (L. 17).

Const. 2 Cod. De leg. et Const. Princ. et edict. (I, 14).

Savigny, Tr. du Dr. Rom. § 16 ; Maynz, Elém. de Dr. Rom. § 90 ; Mackeldey, Man de Dr. Rom. § 196 e seg. ; Heineck, Recit. § 59 e seg.

(8) Maynz cit. § 90 not. 10.

tricto por Justiniano ás cousas moveis, não era como tal considerado ; o direito do pupillo á *actio tutelæ* era um *jus singulare* : e sua incapacidade não o era ; o Senado Consulto Velleiano era *jus singulare* ; a capacidade exclusiva da mulher para contrahir matrimonio com o homem não o era (9).

Chamavão-se *privata privilegia* as excepções de leis decretadas em favor de certos individuos ; e dividião-se em *privilegia personæ, rei et causæ*. Os primeiros perecião com as pessoas a quem erão concedidos ; os outros transmitião-se a todos os que succedião na cousa ou causa a que estavão ligados. Tambem dividião-se em *legalia* e *pactitia, favorabilia, e odiosa, gratuita* e *onerosa, etc.*, especies que se definem pelas proprias denominações (10).

Falck, porém (11), denomina *jura singularia* os principios que se affastão do direito ordinario, e são applicaveis a todos os subditos em certas circumstancias ; *beneficia legis* as re-

---

(9) Savigny, Tr. du Dr. Rom. § 16.

(10) Maynz Elém. de Dr. Rom. § 90. Sobre a differença dos *jura singularia e privilegia*. V. tambem Heineck Recit. § 59 e seg.

(11) Jur. Encykl. § 16.

gras relativas a certas pessoas, mas que se não podem applicar sem que estas as invoquem; e *privilegia* as leis especiaes, que exceptuão das leis geraes certas pessoas, classes, ou communidades.

Na antiga legislação portugueza havião numerosissimos privilegios; forão, porém, todos abolidos pela Constituição do Imperio, com as tres unicas excepções:

1.º Dos que forem julgados essencial e inteiramente ligados aos cargos por utilidade publica (12).

2.º Do fóro privilegiado a que por natureza pertencem certas causas, como das militares, ecclesiasticas, commerciaes e da fazenda publica (13).

---

(12) Const. Polit. art. 179, § 16.

(13) Const. Polit. art. 179 § 17, arts. 8 e 324 do Cod. do Proc. Crim. (causas milit. e eccl.); L. de 3 de Dez. 1841, art. 109; L. n. 631 de 18 de Set. de 1851 (causas milit.); L. de 29 de Nov. de 1841; Reg. de 12 de Janeiro de 1842 (causas da Fazenda Nacional), e outras. V. o Sr. P. Baptista, Comp. de theor. e pr. do Proc. Civ. § 41; Souza Pinto, Pr. Lin. sobre o Proc. Civ. Bras.; Moraes Carvalho, Praxe Forense §§ 52 e seg.

3.º Dos que competem exclusiva e temporariamente aos inventores pelos seus descobrimentos e produções (14). Cumpre-nos porém, advertir, que estes não são verdadeiros privilegios na technologia juridica, e sim o reconhecimento do direito de propriedade, que cabe a cada um no producto de seu trabalho intellectual, como no do physico (15).

Segundo aquelle direito os privilegios podião cessar por qualquer dos modos que Borges Carneiro (16) menciona ; attendendo-se, porém, á natureza delles segundo a doutrina da nossa Constituição, torna-se evidente que não podem cessar nem pela renuncia do privilegiado, nem pelo não-uso por dez annos, nem pelo uso contrario do privilegiado, e sim pela cessação da qualidade ou da causa porque foram concedidos, visto que não se póde renunciar expressa ou tacitamente ao que foi instituido por motivo de ordem publica (17). É de mister, porém,

---

(14) Const. Polit. art. 179 § 26; Lei de 28 de Agosto de 1830.

(15) Ch. Comte — De la propriété.

(16) Dir. Civ. § 8 ns. 35 e seg.

(17) Ulpiano, Fr. 45 § 1 D. De reg. jur. (L. 17) — Privatorum conventio juri publico non derogat.

que esta cessação seja completa a respeito da corporação ou do individuo privilegiado, e que a lei não determine o contrario, como acontece ácerca das viúvas (18).

Devemos tambem observar, que consideradas em relação á extensão do territorio, que abrangem na sua acção, e as autoridades que as decretão, as leis podem ser classificadas em geraes, provinciaes e municipaes (19); estas tem a denominação peculiar de — posturas (20).

Cumpre, porém, attender-se, que as leis provinciaes e posturas municipaes não são fontes do direito civil, visto que nem as assembléas legislativas provinciaes podem legislar sobre esta

---

Papiniano, Fr. 38 D. De pactis (II, 14) Jus publicum privatorum pactis mutari non potest.

Const. 6 Cod. De pactis (II, 3) — Pacta quæ contra leges, constitutionesque, vel contra bonos mores fiunt, nullam vim habere, indubitati juris est.

Repert. das Ord. vol. 4, p. 258 vb. *Privilegios*; Gamma— Decis. 386, n. 11; Phœbo— Decis. n. 146, n. 17.

(18) Repert. das Ord. vol. 4, pag. 910, vb. *Viuva*' e vol. 1, pag. 772, vb. *Custas*.

(19) Const. art. 13 e seg., 167 e 169; Acto Add. art. 10, § 4 e arts. 11 e 13; Lei de 12 de Maio de 1840.

(20) Lei de 1 de Outubro de 1828, arts. 39, 66, etc.

materia, nem as camaras municipaes a podem incluir nas suas propostas (21).

V. Consideradas as leis quanto ás *relações de direito, que ellas dominão*, dividem-se em absolutas ou imperativas e suppletivas ou dispositivas.

As primeiras são as que ordenão de modo necessario e invariavel ; as segundas são as que deixão ás vontades individuaes a determinação das relações de direito, e só as definem quando estas vontades não se manifestão (22).

Alguns jurisconsultos (23), fundados em um fragmento de Modestino (24), dividem as leis em perceptivas, prohibitivas, permissivas e punitivas ; outros excluem da classificação o ultimo membro (25).

---

(21) Acto Add. art. 12 ; Lei de 12 de Maio de 1840, arts. 2 e 3.

(22) Savigny, Tr. du Dr. Rom, § 16 ; Falck, Jur. Encyk. § 18.

(23) Heineck, Recit. § 73 ; Borges Carneiro, § 10, n. 18 n. — b — etc. ; Zachariæ, Le Dr. Civ. Fr. § 31 ; Toullier, Le Droit Civil Fr. n. 82 e seg. ; Falck cit. § 18.

(24) Frag. 7 D. De leg. (I, 3) Legis virtus hæc est : imperare, vetare, permittere, punire.

(25) Coelho da Rocha, Inst. de Dir. Civ. Port.

As leis prohibitivas não se distinguem das perceptivas (absolutas ou imperativas) senão pela sua forma negativa, pois que a destas é affirmativa; mas esta diversidade de fórmãs, de que se póde revestir o preceito legislativo, não tem por si mesmo sufficiente valor para justificar a classificação.

Quanto ás leis meramente permissivas devemos attender que para uma cousa ser permittida, não é preciso que a lei o declare; assaz é não haver lei que a vede (26), salvo quando quer se fazer cessar prohibição anterior, ou isentar della certas classes.

Visto que a disposição e a sancção são partes constitutivas das leis, as punitivas não devem formar uma classe distincta, e sim serem incluídas na das perceptivas, ou das prohibitivas. Costuma-se, porém, dar aquelle nome ás leis que não contém prohibição expressa, porque a presuppõem, e limitão-se a definir apenas; taes são de ordinario os codigos criminaes ou penaes (27).

---

§ 32; Liz Teixeira, *Curs. de Dir. Civ. Port.* T. Prelim., Secç. 2, Cap. 2.

(26) *Const.* art. 179 § 1; *Cod. Crim.* art. 180; *Falck Jur. Encyk.* § 18.

(27) *Falck*, cit. § 18 not. 31; *Demolombe*, *Cours*

Sanigny observa (28), que o citado fragmento de Modestino não póde servir de base á exposta classificação, visto que este jurisconsulto antes quiz indicar os principaes effeitos da lei, do que dar as bases para uma classificação; e o Sr. Coelho da Rocha (29), que as disposições facultativas, perceptivas o prohibitivas soem vir confundidas na mesma lei, por exemplo:—a lei é facultativa quando permite a cada um fazer ou deixar de fazer testamento; é prohibitiva, quando veda-lhe offender as legitimas; é perceptiva, quando lhe prescreve as solemnidades com que o testamento deve ser feito.

A estas cinco classes de leis, geralmente admittidas na jurisprudencia, Bentham (30) accrescenta as seguintes :

Leis *permanentes e passageiras*, segundo são destinadas a durar indefinidamente, ou por pouco

---

du Cod. Napol. n. 15; Zachariæ, Le Dr. Civ. Fr. n. 31.

(28) Cit. § 16 n. *h*.

(29) Cit. § 32.

(30) Vistas geraes de um corpo compl. de legisl., Cap. 1.º

tempo; na segunda classe collocão-se em geral os regulamentos.

Leis *directas* e *indirectas*, segundo ordenão ou prohibem o proprio acto, que querem fazer apparecer ou evitar, ou servem-se para este fim de meios remotos, ordenando ou prohibindo outros actos, que com os primeiros tem relação mais ou menos proxima .

Leis *coercitivas* e *punitivas* ou *attractivas* e *remuneratorias*, segundo empregão as penas ou recompensas como meios de alcançar o fim que tem em vistas.

Observaremos, porém, que estas classificações são mais adequadas no direito criminal e administrativo, do que no civil.

## CAPITULO II.

### DO COMEÇO E CESSAÇÃO DA FORÇA OBRIGATORIA DAS LEIS CIVIS.

#### § 1.º

#### *Da publicação das leis civis .*

As leis moraes e juridicas não actuão sobre o homem senão por intermedio de sua razão ; é

preciso que elle conheça os limites, que ellas impoem á sua actividade, para que possa livremente conter-se dentro delles. Assim, emquanto o acto legislativo não se patenteia aos cidadãos não póde obrigar-os; d'ahi a necessidade de sua promulgação (1).

Primitivamente em Roma só a lei se tornava obrigatoria depois de publicada em alta voz durante tres dias de mercado (*port trinundinum*); e o edicto do Pretor era escripto em uma parede branqueada (*in pariete dealbato*), d'onde lhe provinha o nome de — *album prætoris*.

O imperador Anastacio fallando de uma constituição de Zeno, diz que ella devia vigorar — *ex die, quo promulgata est* (2). Justiniano, porém, espaçou por dous mezes a época em que de-

---

(1) Const. 9 Cod. De leg. (I, 14)—*Leges sacratissime quæ constringunt hominum vitas, intelligi ab omnibus debent, ut universi præscripto earum manifestius cognito, vel inhibita declinent, vel permissa sectentur.*

(2) Const. 65 Cod. De Decurionibus etc. (X, 31)—*Eadem videlicet constitutione divæ memoriæ Zenonis ex die, quo promulgata est, suas vires obtinente; cùm conveniat, leges futuris regulas imponere, non præteritis calumnias excitare.*

via começar a obrigatoriedade da sua lei sobre testamentos (3), disposição esta que Dunot (4) eleva á categoria de principio geral para designar o prazo em que as leis se tornavão obrigatorias entre os Romanos; mas, evidentemente esta medida é especial para este caso (5) e a regra geral é a que Anastacio estabelece nas palavras acima referidas (6).

Em França, antes da revolução de 1789, a publicação da lei consistia na leitura e registro della nos parlamentos, o que a tornava obrigatoria em todo districto destes. Os costumes, porém, de algumas provincias exigião o seu registro em cada uma das jurisdicções inferiores.

Porém essa publicação era puramente ficti-

---

(3) Novell 66, Cap. 1.

(4) Trat. das Prescripções, P. 2, Cap. 2.

(5) Liz Teixeira, Curs. de Dir. Civ. Port. not. 18. do Tit. Prelim.

(6) Sobre toda a materia deste § V. Imbert, Essais crit. sur le Cod. Napol., Cap. 1; B. St. Prix, Recherches sur les divers modes de publications des lois; Zacariæ, Le Droit Civ. Fr., §§ 22 e 25; Mourlon, Répét. écr. sur le prem. exam. du Cod. Napol.; Toulhier, Le Droit Civil Franç. T. Prelim. Sect. 5, n. 7 e seg.; Gravina, De ortu et progr. Jur. civ. Cap. 30 e 38.

cia ; porquanto, a lei confeccionada secretamente no gabinete do monarcha, lida apenas perante tribunaes, só frequentados pelas poucas pessoas que nelles tem negocios a tratar, registrada em secretarias que estão ao alcance de ainda menor numero de pessoas, não se podia dizer realmente publicada.

A revolução trouxe a necessidade da discussão e approvação da lei pelo corpo legislativo, o que constituia um poderoso elemento de publicidade. Entretanto, para sortir os seus effeitos, ella ainda ficou dependente do facto secreto da sanção ; determinou-se pois (7) que logo que esta fosse concedida, se remetterssem as leis aos tribunaes e ahi fossem lidas, publicadas e affixadas. Dest'arte tornou-se a lei dependente de um facto humano.

Determinou-se depois que as leis fossem lidas no pulpito pelos parochos e coadjutores (8) ; e que além de serem remettidas a todos os tribunaes e autoridades, transcriptas e afixadas, fossem tambem lidas depois de finda a missa (9). Além

---

(7) L. de 20 de Outubro de 1789.

(8) Decrs. de 23 e 26 de Fevereiro de 1790.

(9) L. de 2 e 5 de Novembro de 1790.

de outras providencias que posteriormente se derão, ordenou-se mais que fossem inseridas no *Boletim das leis*, publicadas em cada localidade ao som de trompa ou tambor dentro de 24 horas da recepção do *Boletim*, e lidas publicamente em cada *decada* pelo *maire*, por um official municipal, ou pelos presidentes de secções (10).

Descrendo, porém, da efficacia de todos estes meios de publicidade, determinou o legislador (11) que logo que o boletim das leis fosse distribuido em cada capital de departamento, se considerasse a lei obrigatoria em toda extensão delle; voltando-se assim á publicação muda e mysteriosa do regimen do absolutismo.

O Codigo Napoleão, porém, apoiado na disposição do artigo 37 da Constituição do anno VIII tornou a lei obrigatoria em todas as partes do Imperio logo que nellas se podesse julgar conhecida a promulgação imperial, a qual devia ter lugar dez dias depois do voto do corpo legislativo; isto é, a tornou obrigatoria na residencia do Imperador no dia seguinte ao da promulgação, e nos outros departamentos nesse mesmo prazo,

---

(10) D. 14 Frim. an. II, art. 9.

(11) D. 12 Vend. au. IV.

augmentado de tantos dias quantas vezes houverem dez myriametros entre a cidade onde houvesse sido feita a publicação e a capital do departamento.

Este systema, que se fundava na publicidade da discussão parlamentar e na fixidade dos prazos da promulgação e da publicação local da lei, foi (12) substituído por outro muito mais defeituoso do que todos os anteriores, mas que, não obstante, acha-se ainda hoje em vigor naquelle paiz: a promulgação se opéra pela inserção da lei no boletim, e se reputa conhecida no dia seguinte áquelle em que o boletim é enviado pela typographia imperial ao ministro da justiça, que lança em seu registro a época da recepção. Quando, porém, se quer apressar a execução da lei, é ella remettida aos prefeitos, que em continenti a mandão imprimir e affixar onde convem (13).

Este systema de promulgação é, pois, inteiramente ficticio ; pois é impossivel que se saiba em toda a França, dentro de 24 horas, que a lei foi impressa no boletim, e que este foi

---

(12) Ord. Reg. de 27 de Novembro de 1816.

(13) Ord. de 18 e 25 de Janeiro de 1817.

remettido á competente secretaria de estado, entretanto, de então em diante a lei se reputa publicada, e se torna universalmente obrigatoria

Cumpra attendêr-se que os decretos de interesse geral, expedidos pelo poder executivo, estão sujeitos ao mesmo systema de publicação e de obrigatoriedade, systema que neste caso ainda menos justificavel é, visto que taes decretos são elaborados em segredo no conselho de estado ou no de ministros, sem que o publico tenha delles o menor conhecimento. Quanto aos decretos de interesse particular, não inseridos no boletim, sómente são obrigatorios depois de individualmente notificados áquelles a quem concernem.

Pela Ordenação Affonsina (14) pertencia ao chanceller-mór todo o expediente das cartas do rei, entre as quaes devemos comprehender as leis; d'onde inferimos, que a promulgação destas, era uma das suas muitas attribuições; nada, porém, a Ordenação declara quanto ao prazo em que devia começar a obrigatoriedade das leis.

---

(14) Lei 1, Tit. 2... e bem assi como o capellam he medianoiro antre Deos e Nós em feito de nossa alma, bem assi ho he o Chanceller antre Nós e os homens, quanto he em as cousas temporaes...

Na Ordenação Manuelina (15) se confere explicitamente esta attribuição ao chanceller-mór, e se determina que as leis comecem a obrigar na côrte 8 dias, depois de promulgadas, e nas provincias depois de 3 mezes, devendo aquelle funcionario remetter traslados dellas aos corregedores de comarcas.

E' esta mesma doutrina a que se acha reproduzida na Ordenação Phillipina (16). Quanto, porem, ás provincias Ultramarinas determinou-se que as leis só começassem a obrigar depois de publicadas nas cabeças das comarcas (17).

Actualmente a promulgação das leis se faz em Portugal por meio da sua inserção na *Gazeta Official*, começando a obrigar na côrte 3 dias depois, nos demais termos do reino 15 dias, e nas ilhas 8 dias depois da chegada da primeira embarcação que levar a participação official da lei (18).

Entre nós a sancção das leis é acto po-

---

(15) L. 1, T. 2, § 9.

(16) L. 1, T. 2. § 10.

(17) L. de 25 de Janeiro de 1749.

(18) D. de 19 de Agosto de 1833 e Lei de 9 de Outubro de 1831.

litico de exclusiva competencia do Poder Moderador (19); mui diverso d'elle é a promulgação—acto administrativo, e portanto da attribuição do Poder Executivo (20).

Que a promulgação é indispensavel para que a lei possa obrigar não ha duvida alguma, visto que ella é o acto solemne pelo qual o Poder Executivo declara á nação que a lei está completa pela sancção, que vai entrar em execução, e que elle assume a responsabilidade desta execução.

A sancção ainda é um phenomeno embryonario da lei, phenomeno mysterioso, que se passa nos recintos das régias pousadas, e de que o publico não póde ter immediato conhecimento. E' pela promulgação que a lei nasce para a vida externa social.

Mas será a promulgação sufficiente para que, desde que se verifique, torne-se logo a lei obrigatoria em toda a extensão do Imperio?

Comquanto os projectos legislativos sejam elaborados com toda a publicidade no seio da

---

(19) Const. art. 101, § 3.

(20) Const. arts. 68 e 70.

representação nacional, desde que são submettidos á sancção, escapão ás vistas da nação, e só pela promulgação é que ella conhece, se forão ou não completados pelo poder sancionador. — A obrigatoriedade da lei nasce, pois, do conhecimento da sancção.

Como, porém, não é possível verificar-se o conhecimento que cada individuo tem effectivamente, ou póde razoavelmente ter, da sancção, não se deve fundar a obrigatoriedade da lei senão no conhecimento presumido. Deverá, porém, esta presumpção fundar-se na effectiva publicação da lei em cada uma das localidades, nas cabeças de cômarcas, ou nas capitaes das provincias? Será preferivel antes o systema de prazos progressivos, como o do Codigo Civil francez, ou o de um prazo unico para todo o Imperio (21) ?

Todos estes systemas, em cuja analyse não julgamos conveniente entrar agora, tem suas vantagens e inconvenientes; o ultimo, porém, nos parece ser mais razoavel, uma

---

(21) A questão de preferencia entre o prazo unico e o progressivo é satisfactoriamente discutida por Ymbert cit., Cap. 1 n. 46 e seg.; o Sr. Senador P. Bueno, Dir. Publ. Bras. n. 191.

vez que o prazo comece a correr de um facto publico e notorio, qual é a apresentação do projecto de lei á sancção.

Nem se deve receiar que se possa assim vir a executar uma lei que o Imperador tenha recusado sancionar, visto que o facto da recusa é tão grave e tão raro, que, quando succeda realizar-se, não escapará á attenção do publico.

Entretanto, não obstante a larga publicidade que acompanha a discussão das leis, convem que o Poder Executivo, depois de sancionadas, amplie a sua publicidade, quanto lhe fôr possivel; para este fim creou-se um archivo publico, onde são conservados os originaes de todos os actos legislativos; ordenou-se a sua impressão e numeração; regulou-se o modo porque os seus exemplares impressos devem ser distribuidos nas estações publicas da côrte e provincias, e determinou-se que, logo que os juizes de direito os receberem, fação publical-os nas cidades ou villas que forem cabeças de comarcas por editaes affixados nos lugares mais publicos, e enviem disso certidão aos respectivos presidentes de provincias (22).

---

(22) L. de 20 de Outubro de 1823; D. de 23

Entretanto, ainda quando haja qualquer omissão na remessa, ou publicação local das leis, nem por isso deixão estas de ser obrigatorias, logo que se termina o prazo marcado na cit. Ord. liv. 1, tit. 2, § 10. Vid. o Av. n. 546 de 14 Nov. de 1862.

Hoje acha-se extincta a antiga repartição da chancellaria-mór do Imperio (23); o grande e pequeno sello passárão para a secretaria de estado dos negocios da justiça, (secção central), e o respectivo ministro e secretario de estado é o chanceller do Imperio (24). A publicação das leis faz-se actualmente nas secretarias de estado a que tocão os negocios de que a lei trata, pelos respectivos directores geraes, sob cuja fiscalisação é feita pela typographia nacional a remessa e distribuição dos exemplares dellas pelas repartições e autoridades publicas (25).

---

de Junho de 1833; DD. de 1 e 2 de Janeiro de 1838.

(23) L. de 4 de Dezembro de 1830, art. 1.

(24) D. n. 2350 de 5 de Fevereiro de 1859, art. 3, § 1, e art. 5.

(25) D. n. 2458 de 6 de Setembro de 1859; Ord. n. 65 de 26 de Novembro de 1861.

Devemos lembrar que algumas vezes as leis marção prazo especial para a sua execuçãõ, como succedeu com o Codigo Commercial cuja obrigatoriedade só começõu seis mezes depois da data da sua publicaçãõ na cõrte (26).

## § 2.º

### *Da não retroactividade das leis civis.*

Se a lei não é obrigatoria senãõ depois de publicada, isto é, depois que os cidadãos podem adquirir o conhecimento de sua existencia, é evidente que ella não póde estender a sua acçãõ ao passado, porque seria obrigar os cidadãos a obedecerem a uma lei, que ainda não existe, e que portanto é impossivel conhecer-se; seria tornar vacillante todos os seus actos, incertas todas as suas relações juridicas, pois viveriãõ sob o perenne receio de

---

(26) Cod. Comm. art. 912; Av. de 5 de Outubro de 1855; ; e Ass. do Trib. do Comm. de 9 de Julho de 1857. — O Decr. n. 4052 de 28 de Dezembro de 1857, art. 44, manda que se lhe dê immediata execuçãõ, logo que fõr publicado, na cõrte, no *Diario Official*, nas provincias, nos periodicos que costumãõ publicar os actos officiaes.

que um dia viesse inopinadamente a lei declarar nullos actos hoje considerados válidos, ou criminosos actos hoje tidos como innocentes. A retroactividade das leis importaria um systema de embuste e expoliação (1).

Estes principios não crão inteiramente desconhecidos da legislação romana (2), canonica (3) e patria (4); entendia-se que em regra

---

(1) Belime — Philosophie du Droit, L. 4, Cap. 6; Sr. Dr. A. M. Perdigão Malheiro — Com. á Lei n. 463 de 2 de Setembro de 1847, Cap. 4.

(2) Const. 7, Cod. De leg. (I, 14) — Leges et constitutiones futuris certum est dare formam negotiis, non ad facta præterita revocari, nisi nominatim et de præterito tempore, et ad huc pendentibus negotiis cautum sit.

Na Const. ult. § 2 Cod. De Sacr. Eccl. (I, 2) achamos um exemplo de applicação particular da lei a casos preteritos.

(3) Aug. Barb. In jus. Pontif, L. 1. Decret. T. 2. De Constit. Cap. 2. *Cognoscentes* e Preterm. L. 1, T. 2, Cap. 2; Cavall. Inst. Jur. Can. Proleg., Cap. 3, § 1 e seg.

(4) O Decr. de 17 de Julho de 1778, suspendendo diversas leis, determinou: 1.º, que as suas disposições se guardem de sua data em diante sem respeito algum ao passado; 2.º, que a ninguém seja permittido intentar de novo acção al-

a lei não pôde ter effeito retroactivo, salvo nos casos em que expressamente o determina (5). A

---

guma sobre o direito que lhe podião dar as leis suspensas ainda com o motivo de o ter adquirido em tempo habil; 3.º, que nas causas já findas e extinctas por sentenças passadas ou por amigáveis transacções legitimamente celebradas, fiquem estas em toda a sua força; 4.º, quanto ás causas pendentes, que se julgassem na superior instancia pelas leis que região ao tempo, em que se preferirão as sentenças na 1.ª instancia; se, porém, nesta ainda não tivessem sido julgadas afinal, que se lhes applicasse o novo Direito (V. Novell. 115 pr. e Cap. 1.º).

O Ass. V de 5 de Dezembro de 1770 declarou que a Lei de 9 de Setembro de 1769 no § 1 não comprehende os testamentos que antes della se achavão feitos e consummados pela morte do testador. Decisão analogá quanto á successão dos morgados em conformidade das instituições anteriores á Lei de 3 de Agosto de 1770, foi dada pelo Ass. II de 9 de Abril de 1792. O Ass. IV de 5 de Dezembro de 1770 decidiu que a nullidade dos legados, declarada pelo Ass. de 29 de Março não comprehendia os legados já cumpridos e as despesas já feitas pelos testamenteiros legitimamente e de boa fé. O mesmo foi decidido pelo Ass. de 9 de Abril de 1772 em relação aos legatarios que em boa fé tivessem recebido taes legados. Borges Carneiro, Dir. Civ. § 11 n. 10, nota a.

(5) Assim a Lei de 9 de Setembro de 1769

nossa Constituição, porém, estabeleceu um principio absoluto — *a disposição da lei não terá effeito retroactivo* (6).

É preciso conhecer-se com exactidão em que consiste a retroactividade das leis.

Sustentão alguns jurisconsultos que ella consiste em não serem as leis applicaveis a casos preteritos ou pendentes ao tempo da sua publicação.

Este principio não póde ser aceito em toda sua extensão. Com effeito, as novas leis algumas vezes se applicão a casos pendentes e a factos já passados. Assim :

I. As leis de organização judiciaria são exequiveis tanto a respeito dos factos consumados

---

distingue expressamente as suas disposições do futuro (do § 14 ao § 17) das de preterito (do § 18 ao fim); a de 6 de Outubro de 1784 § 10 comprehende os esponsaes preteritos não ajuizados dentro de 3 mezes. O Ass. de 29 de Março de 1770 decidio que a nullidade dos testamentos conteúda no § 21 da dita Lei de 9 de Setembro de 1769, comprehende os anteriores que ao tempo da publicação da lei se achavão pendentes e igualmente os legados deixados nos mesmos testamentos.

(6) Const., art. 179, § 3.

antes de sua promulgação, como a respeito dos processos que ella achá instaurados pela anterior organização judiciaria. (7)

II. As de processo civil e crime applicão-se tanto aos processos pendentes como aos factos anteriores a ellas, mas que sob o seu imperio são trazidas a juizo. (8)

III. As penaes applicão-se do mesmo modo, quando innocentão actos, que as leis anteriores qualificão crimes, ou quando decretão penas mais brandas, salvo quando ha sentença condemnatoria tornada irrevogavel ou de que se não conceda revista (9).

Quanto ás leis civis, entendeu-se outr'ora que não erão applicaveis aos processos pendentes (10), salvo quando expressamente o determina-

---

(7) Cod. do Proc. Crim., Disp. Prov., arts. 12, 18, 24; D. de 13 de Dezembro de 1832, arts. 36, 42 e 46; D. n. 122 de 2 de Fevereiro de 1842, art. 18 e seg.

(8)\* Além das disposições legislativas, citadas na nota precedente, v. mais D. n. 737 de 25 de Novembro de 1850, art. 742; D. n. 1597 de 1 de Maio de 1855, arts. 86 e seg.; D. n. 564 de 10 de Julho de 1850, art. 3; D. de 17 de Julho de 1778, v. nota 4 supra.

(9) Cod. Crim. arts. 309 e 310.

(10) Decr. de 17 de Julho de 1778 in fine (v.

vão, e contraditoriamente que nunca o erão em segunda instancia ás sentenças appelladas (11) e sim algumas vezes ás que têm passado em julgado, uma vez que não estivessem executadas (11).

---

nota 4). Portugal—D. donat. reg., L. 2, Cap. 10, n. 16; B. Carneiro—Dir. Civ. § 11, ns. 8 e 10.

(11) Nov. 115, Cap. I—Ideoque sancimus: si quando de aliqua causa processerit definitiva sententia, et provocatio fuerit subsequenta: appellationis examinatores secundum leges quæ tempore definitivæ sententiæ obtinebant, terminum dare negotio... In omnibus enim prædictis casibus illas leges a cognitoribus servari decernimus, quæ tempore sententiæ, aut certè relationis obtinebunt: tametsi contingerit postea legem promulgari novi aliquid disponentem, et tenorem suum ad præterita quoque negotia referentem.

V. os Decr. cit. na not. 8; Port. cit., L. 2, Cap. 10 n. 120 e 121; B. Carn. cit. § 11 n. 10.

(11) O Av. de 20 de Dezembro de 1770 decidiu que não fossem executadas sentenças sobre clausulas de annexões de terças a morgados, que ao tempo da publicação da Lei de 3 de Agosto de 1770 se achavão por cumprir: e o de 2 de Março de 1786—que as sentenças que antes da Lei de 9 de Setembro de 1769 julgáram demonstrativos certos encargos, determinados pelos instituidores, forão implicitamente revogados pelas providencias de preterito, conteúdas na dita

Cumprê, porém, distinguir: direitos ha que por sua natureza podem ser alterados pela nova lei, outros que não podem sê-lo; se a lei refere-se aos primeiros pôde ser applicada aos processos pendentes em primeira ou segunda instancia, e as sentenças passadas em julgado; se refere-se aos segundos, não pôde ter applicação a estes processos ou sentenças. Quaes seião os direitos da primeira e os da segunda classe depois demonstraremos.

IV. As leis interpretativas ou declaratorias tambem applicão-se a factos preteritos, visto que nada innovão do estado anterior do direito, e apenas no caso de divergencia de opiniões fixão o verdadeiro sentido que lhes deve dar; applicando, pois, a lei interpretativa, nada mais faz o Juiz do que applicar a propria lei interpre-

---

Lei, e em consequencia ficarão os referidos encargos, sem embargo dos julgados, taxativos e não demonstrativos.

Vide a Lei de 24 de Outubro de 1754 derrogando e abolindo as sentenças contrarias ás suas disposições.

V. Port. cit. n. 119; B. Carneiro cit. § 11, n. 10, not.—a; Ymbert—Essais Crit. sur le Cod. Nap. n. 96 sobre a questão—se as sentenças são contractos judicarios.

tada, no seu verdadeiro sentido, qualquer que fosse, aliás a intelligencia que anteriormente elle lhe dava.

As leis interpretativas applicão-se aos preceitos em 2.<sup>a</sup> instancia, porque o Juiz Superior deve, em virtude dellas, reformar a erronea intelligencia que o Juiz inferior havia dado á lei interpretada. Savigny § 397 not. (1). Não porém, ao *caso julgado* e á *transacção*, porque estes transformão a antiga relação jurídica em outras, a par dellas; a difficuldade, porém, está em distinguir exactamente a mera interpretação da verdadeira innovação do direito (12).

A não-retroactividade das leis não consiste na sua absoluta inapplicabilidade aos casos preteritos, ou processos pendentos, e sim antes no respeito aos direitos adquiridos (13).

---

(12) Portugal cit. n. 17; V. os aut. cit. por Aug. Barb. In Jus. Pontif. L. 1, Decrt., T. 2, D. Constit. Cap. 2, *Cognoscentis* n. 3.

A disposição que não é interpretativa de outra anterior, não contem preceito novo, não póde ter força retroactiva. Av. n. 443 de 5 de Out. de 1861.

(13) V. Ymbert. cit., Cap. 2., aonde esta ques-

Mas o que são *direitos adquiridos*?

E' evidente que esta expressão não tem a mesma extensão de — direitos pertencentes a alguém, visto que entre os direitos de cada um tem alguns essa categoria, e outros não. Também não os caracteriza a condição de não podermos ser despojados delles por factos de outrem, visto que pela prescripção podemos perder o direito de propriedade, que por certo entra nesta classe; nem as de estarem no commercio, e poderem ser transmittidos aos herdeiros, visto que assim excluiríamos os direitos de uso, de habitação, de pedirem os conjuges a separação dos bens no caso de divorcio, etc.

Segundo Dalloz, direitos adquiridos são os que podem ser exercidos actualmente; que sómente tirão do passado a sua força; cujo principio de direito é estrangeiro á lei nova; o que comprehende (acrescenta elle em contradicção consigo mesmo) tanto os direitos condicionaes e a termo, como os direitos puros e simplices.

Merlin entende que os direitos adquiridos não nos podem ser tirados por aquelle de quem

---

tão é largamente tratada, e analysadas as opiniões de diversos Jurisconsultos a respeito della.

os recebemos. E', porém, certo que póde-se adquirir por prescripção a propriedade que se havia vendido ou doado, ou revogando a doação, nos casos permittidos pelas leis (14), readquirir as cousas que se havia doado.

Ducaurroy distingue a capacidade das pessoas do seu estado: diz que a qualidade de nacional, de esposo, de filho legitimo, etc., são uma especie de propriedade, um direito adquirido, que nenhuma lei póde modificar; quanto ás condições de capacidade, ella póde ateral-as, segundo julgar conveniente, como seja apresando ou retardando a época da maioridade; que neste ultimo caso certo numero de pessoas terião de voltar á menoridade, e de submetterem-se á tutella, ficando comtudo válidos os actos por ellas praticados durante a sua maioridade temporaria, visto que constituirão direitos adquiridos. Dalloz, porém, considera como questões de estado tanto as que versão sobre a maioridade e minoridade, como sobre a liberdade, nacionalidade, filiação, etc.

---

(14) Ord. L. 4, Tit. 63.

Ymbert (15) sustenta que para haver retroactividade da lei é necessario :

I. Que ella se applique a um facto consummado, ou

II. Que destrua ou modifique uma relação juridica, fundada em convenção expressa ou tacita ; celebrada entre particulares ou entre pessoas juridicas. Quando, porém, accrescenta elle, a relação juridica existente resulta só da vontade do legislador, póde ser-lhe applicada a nova lei, sem que se entenda que ha effeito retroactivo.

Para comprehendermos esta doutrina devemos reflectir, que ha certos direitos que são consequencias naturaes e necessarias de certos factos, de modo que a abolição do direito importaria a negação do proprio facto. Outros, porém, ha que não emanão dest'arte logica e necessariamente dos factos, e só se achão a elles ligados pela disposição legislativa.

Os primeiros não podem ser abolidos pela nova lei, porque seria attentar contra o facto

---

(15) Ymbert cit., n. 82 e seg. ; Ducaurroy, vol. 1, Art. 2 ; Dalloz — Rep. Gén., vb.— *Etats des personnes*.

consumado, e tornar-se ella retroactiva. Os segundos podem sel-o, porque assim como a lei os creou e ligou aos factos, pode desligal-os, modificall-os ou aniquillal-os, sem que estes factos se alterem em si mesmos, e consequentemente sem que ella se torne retroactiva.

Assim, a lei não poderia abolir os direitos que nascem necessariamente do matrimonio, da paternidade, da instituição testamentaria, etc., porque seria abolir os proprios factos do matrimonio, da paternidade, da instituição testamentaria; mas póde apressar ou retardar, por exemplo, a época da maioridade, visto que não é ella consequencia necessaria da idade de 21 annos, antes do que da de 25 annos, ou vice-versa. Nestes casos o direito se não é o resultado da livre vontade do legislador, como sustentão alguns jurisconsultos, o é da sua livre apreciação do facto; e deve-se-lhe conservar illesa a attribuição de ligar, ou não, o direito ao facto, segundo o julgar conveniente. Fica, porém, entendido que os factos praticados em um destes casos, isto é, durante a maioridade temporaria, são sempre válidos, porque a nova lei não pode nulificar os factos praticados sob a antiga.

Cumpre-nos tambem attender que, quan-

do as partes celebrão qualquer contracto sob o imperio de uma lei, deve-se entender que se approprião os principios desta lei, que taes principios entrão como elementos essenciaes do contracto; de modo que, se se quizer substituil-os pelos da nova lei, se irá alterar o contracto em sua essencia, e substituir o arbitrio despotico do legislador á livre actividade individual na esphera propria desta; o que seria aniquilar a fé nos contractos, e anarchisar a sociedade.

Talvez a alguém pareça que esta theoria torna vacillantes os direitos que assim possuímos só por virtude da lei, pois que os sujeita a serem de um dia para outro abolidos por ella. Devemos, porém, confiar na sabedoria e prudencia do legislador, que por certo não quererá fazer subitas e injustificaveis mudanças nas relações sociaes, e que só as irá lentamente alterando á proporção que o proprio interesse social o exigir.

As vantagens pessoaes concedidas aos funcionarios e empregados publicos em virtude de seus cargos, como vencimentos, aposentadorias, vitaliciedade, etc., posto que pareção de pura creação da lei, na realidade não o são, e sim condições de um contracto en-

tre a administração e aquelles funcionarios ou empregados; é este o motivo porque não podem ser arbitrariamente alterados por lei posterior em desproveito delles. E quando o serviço publico exija a extincção de empregos vitalicios, a diminuição das vantagens pessoaes a elles annexas ou que se removão do exercicio os respectivos empregados, é de estricta justiça que estes sejam aposentados, providos em outros cargos equivalentes, ou que recebam qualquer outra compensação (16).

A respeito, porém, da natureza e extensão das funcções dos respectivos cargos, a acção da lei é illimitada, estando sómente sujeita ás condições constitucionaes.

Quanto ao genero de provas, por cujo meio podem-se fazer valer os direitos, deve ser considerado como um dos elementos do contracto ou do facto consumado.

---

(16) Lei de 22 de Setembro de 1828, art. 5.<sup>o</sup>; D. de 14 de Novembro e 29 de Dezembro de 1829, arts. 7 e 8; L. de 10 e 15 de Setembro de 1830, arts. 3 e 6; de 4 de Dezembro de 1830, art. 13; de 4 de Outubro de 1831, art. 94; e de 22 de Outubro de 1836, art. 17, etc.

Assim, se a lei permittir que se possa provar certo contracto ou acto juridico por meio de testemunhas, e vier outra que exclua esta prova, e a substitua pela documental, não se deve entender que a nova lei possa ser applicada aos contractos ou factos consumados anteriores ; é assim que a Lei de 2 de Setembro de 1846 não pôde ser applicavel aos filhes naturaes nascidos antes da sua promulgação, visto que os direitos destes erão consequencia do facto consumado da sua geração e nascimento. Concorda com a minha opinião o Dr. Paula Baptista — Comp. de Proc. Civ. § 10 not. 2, pag. 6 (17) ; nem a Lei n. 840 de 15 de Setembro de 1855, Art. 11, que exige escriptura publica para a compra e venda de bens de raiz, cujo valor exceda a duzentos mil réis, ou a Lei n. 1114 de 27 de Setembro de 1860, art. 12, § 7, que tornou esta disposição extensiva á compra e venda dos escravos, e prohibio, sob pena de nullidade, as cartas de ordens para ellas, pôdem ter applicação aos contractos celebrados antes

---

(17) O Sr. Dr. A. M. Perdigão Malheiro cit. sustenta que esta lei é applicavel aos filhos naturaes nascidos antes della, mas cujos pais fallecêrão depois, que só não é applicavel áquelles cujos pais morrerão antes. V. cit. Cap. 4.

das suas respectivas datas. Os Avs. ns. 21 e 22 de 17 e 18 de Maio de 1861 declaram que o Decr. n. 2699 de 28 de Novembro de 1860 é applicavel a todo o Imperio.

Respeitando, porém, o genero de provas anteriormente admittidas, o que a nova lei póde fazer é modificar o processo pelo qual ellas pódem ser apresentadas em juizo, como o modo de inquirição de testemunhas, os termos em que se devem offerecer os documentos, pois que nada disto altera a convenção anterior, ou o facto consumado.

Destas considerações deduzimos os seguintes corollarios :

I. Se tomarmos em sentido lato as palavras — *direitos adquiridos*, isto é, como synonymas de direitos que possuimos, muitos delles poderão ser modificados ou abolidos pela lei nova, sem que haja retroactividade.

II. Se as tomarmos em sentido restricto e technico, isto é, como synonymas de direitos nascidos de factos consumados ou de contractos perfeitos e acabados, na phrase da Ordenação, a lei nova não póde intentar abolil-os, ou modificál-os, sem incorrer na pecha de retroactiva, e

consequentemente de transgressora da Constituição (18).

Alguns juriscouusltos sustentão, que as leis de *ordem publica* e de *policia* devém ser applicadas retroactivamente, porque não se deve manter o que perturba a ordem, ou offende os bons costumes, visto que não podem haver direitos adquiridos contra a maior felicidade dos Estados: e assim o decidio o Supremo Tribunal judiciario de França (Cour de Cassation) por aresto de 19 de Novembro de 1836 (19).

A proceder, porém, esta razão todas as leis podem ser retroactivas, visto que todas são inspiradas immediata ou mediatamente pelo principio da publica utilidade (20); e ainda quando se queira excluir as que tem por origem

---

(18) Deverá, porém, o juiz executar semelhante lei, verdadeiramente retroactiva? E mais geralmente deverá cada um dos Poderes Politicos aceitar como legitimos os actos dos outros Poderes, e conformar-se a elles, ainda quando infrinjão os preceitos constitucionaes? O Sr. Dr. Perdigão Malheiro cit., not. 143, fundado na autoridade de Merlin, responde affirmativamente á primeira questão.

(19) Dalloz — Jur. Gen., vb.— *Lois* — n. 192, e vb.— *Forets*—n. 1463; Ymbert cit.

(20) Const. art. 169, § 2.

proxima a utilidade particular, uma extensa serie restaria, a que se poderia attribuir a retroactividade, tão expressamente vedada pela Constituição.

Nem se receie, que peada a lei pelo principio da não-retroactividade, possa algumas vezes correr perigo a ordem publica. Assim como esta pode manter-se antes da lei, poderá na maior parte dos casos continuar a manter-se depois della, sem ser necessario estender retroactivamente a sua acção. E quando se torne indispensavel privar alguem de seus direitos adquiridos, restará o meio constitucional da desappropriação com a prévia indemnisação do seu valor (21).

Quanto ás prescripções já consumadas, tambem não lhes póde ser applicavel a nova lei para o fim de ampliar o seu prazo; compre-

---

(21) Const. art. 169, § 22; V. Acto Add. art. 10, § 3, sobre a desappropriação por utilidade provincial ou municipal; Lei de 9 de Setembro de 1826, nos casos de necessidade publica; D. n. 353 de 12 de Julho de 1845, nos de utilidade publica geral ou municipal da côrte; D. n. 1664 de 27 de Outubro de 1855, nos de construcção de obras e serviços das estradas de ferro.

hende, porém, aquellas cujos prazos não estão exhaustos, tanto para alongar como para encurtar estes; menos se em virtude desta restricção se dever consideral-os já esgotados, porque neste caso iria despojar o proprietario do direito de interromper a prescripção para o fim de conservar a sua propriedade (22).

### § 3.

#### *A revogação das leis.*

Sendo o direito essencialmente progressivo, a lei, que é a sua fôrma historica, não pôde deixar de ser transitoria. Para que o legislador preencha bem a sua missão, é pois mister, que elle acompanhe attentamente todas as phases da sociedade afim de que, sempre que uma fôrma juridica deixar de corresponder á realidade do direito social, elle a declare caduca, e extincta a sua força obrigatoria; este acto é o que se donomina — revogação da lei (1).

---

(22) Coelho da Rocha cit., Dir. Civ. Port., vol. 1, § 8, not.—A—.

(1) Port. De donat. reg. L. 2, Cap. 10, n. 25; Caldas—Consil. 43 n. 2; Aug. Barb. in L. 4 Decret., Cap. Non. delict. VIII. n. 2.

Quando a revogação compreheude todas as disposições da lei chama-se — abrogação: quando sómente se estende a algumas dellas — derogação (2).

A revogação póde ser expressa ou tacita; a primeira tem lugar quando na nova lei ha uma revogação especial e nominativa da anterior (3) : a ségunda quando na lei posterior ha alguma disposição em contradicção com as da anterior (4).

---

(2) Lei de 29 de Janeiro de 1643. — Modestino, fr. 102 D. De verb. sign. (L. 16)—*Derogatur legi, aut abrogatur. Derogatur legi, cùm pars detrahitur: abrogatur legi, cùm prorsus tollitur.*—Ulpiano, Reg. Lib. Sing., T. 1, § 3—*Lex aut rogatur, id est, fertur; aut abrogatur, id est, prior lex tollitur; aut derogatur, id est, pars primæ tollitur; aut subrogatur, id est, adjicitur aliquid primæ legi.*

Sobre a etymologia historica das palavras—revogação, abrogação e derogação, v. Liz Teixeira—Dir. Civ. Port. T. Prelim. Secç. 3, vb. *origem e noção*, etc.

(3) Como se encontra na Dispos. Prov. ácerca da Adm. da Just. Civ. (Cod. do Proc. Crim.) art. 26, DD. n. 842 de 19 de Setembro de 1845, art. 1, § 19, n. 1082 de 18 de Agosto de 1860, art. 1, § 6, n. 1090 de 1 de Setembro de 1860, art. 3, etc.

(4) D. de 6 de Julho de 1693; Aug. Barb. in Lib. 1 Decret. Prœm. n. 46; B. Carneiro—Dir.

O principio, porém, — que as leis posteriores revogão as anteriores (5), deve ser sempre applicado com a maior discricão, isto é, nos casos sómente em que se verificar que ha inconciliavel opposição entre as duas leis; aliás se deverá procurar harmonisal-as (6) Consequentemente:

I. Quando a nova lei só se acha em antinomia com algumas disposições parciaes da antiga, não se deve entender que haja abrogacão e sim simples derogacão desta, isto é, a

---

Civ. Port. § 13 n. 1; Liz Teixeira—Dir. Civ. Port. T. Prelim. Secç. 3; C. da Rocha—Inst. de Dir. Civ. Port. § 9.; Zachariæ—Le Dr. Civ. Fr. § 27; Toullier—Le Dr. Civ. Fr. n. 152; Eschbach—Intr. Gen. n. 211.

(5) Modest., fr. 4 D. De Coust. princ. (I, 4). Constitutiones tempore posteriores, potiores sunt his, quæ ipsas præcesserunt.

(6) Paulo, fr. 26 D. De leg. (I, 3) — Non est novum, ut priores leges ad posteriores trahantur.

Tertuliano, fr. 27 D. cit.—Ideo, quia antiquiores leges ad posteriores trahi usitatum est.

Paulo, fr. 28 D. cit.—Sed et posteriores leges ad priores pertinent: nisi contrariæ sint: idque multis argumentis probatur.

Port. De Donat. reg. Cap. 24 n. 38, 122 e 123.

revogação apenas das disposições anteriores antinómicas com as posteriores (7). Zachariæ (8) entende que só se deve admittir excepção a esta regra, quando a lei anterior merecer particular preferencia, por ser mais favoravel á liberdade juridica dos individuos.

II. Quando uma lei é derogada em suas principaes disposições, estende-se esta derogação ás disposições secundarias que emanão das primeiras (9).

III. Entendem alguns jurisconsultos que a lei especial não póde ser tacitamente revogada pela lei geral (10). Quando, porém, ha entre ellas contradicção directa e formal, será difficil sustentar-se semelhante doutrina; de mais não póde esta ter entre nós applicação, visto que todos os actos legislativos trazem expressa uma clausula geral revogatoria.

---

(7) Merlin.— Rep. vb. *Lois*; Toullier cit., n. 156; Zachariæ cit. § 27; Demolombe vol. 1 n. 126; Port. cit., n. 124.

(8) T. Prelim. cit. § 27.

(9) V. Tit. 2., Cap. 3. § 2.

(10) Eschbach. cit., n. 211; Merlin cit. vb. *Lois*; Zachariæ cit. § 27; Port. cit., n. 127.

Quanto á revogação da lei pelo desuso, ou pela cessação de sua razão; nada julgamos dever accrescentar ao que anteriormente dissemos a este respeito (1).

### CAPITULO III.

#### § Unico.

##### *Dos effeitos da violação das leis civis.*

A lei civil obriga em geral a todos, cidadãos e estrangeiros, ainda que temporariamente residentes no paiz (1).

A reverencia e obediencia a ella é dever sagrado (2). Póde-se comtudo fazer analyses razoaveis de suas disposições (3); mas não arguir a sua justiça para se lhe negar obedi-

---

(1) V. Tit. 2, Cap. 3 § 2.

(1) Zacharæ, Le Droit Civ. Franç. § 29; Toul-  
lier, Le Droit Civ. Franç., § 12 e seg.; Merlin,  
Répert. vb. *Jugement* § 1 n. 3.

(2) Alv. 16 de Janeiro de 1768 § 6; Lei de 24  
de Outubro de 1764.

(3) Cod. Crim. art. 9 § 3 ; Const. art. 179 § 4.

cia e nem sequer hesitar em cumpril-a quando expressa (4).

Comquanto o monarcha não esteja pessoalmente sujeito a lei alguma, visto que nenhuma responsabilidade póde soffrer (5), os seus bens estão sujeitos ás leis civis, e são administrados por um mordomo por elle nomeado, com quem se pódem tratar as acções activas e passivas, concernentes aos interesses da sua casa (6).

Da não-observancia das leis civis seguem-se em geral duas ordens de consequencias.

A nullidade dos actos que lhes são contrarios.

A punição das autoridades que as infringem .

#### I. *Nullidade dos actos contrarios ás leis civis.*

Posto que nenhuma lei possa ser estabe-

---

(4) Lei de 23 de Nov. de 1770 § 15 Ass. de 20 de Dez. de 1770 ; Cod. Crim. art. e § supra cit.

(5) Const. art. 99.— Princeps legibus solutus est ; Fr. de Ulp. 21 D. De leg. (I, 3).

(6) Const. art. 114.

lecida sem utilidade publica (7), umas tem por fim directo e immediato defender e promover os interesses sociaes, e outras os interesses individuaes.

No primeiro caso, ellas devem ser necessariamente cumpridas, e o acto que as viola, é considerado nullo, ou não existente. No segundo caso, se aquelles, cujos interesses ella protege, quizerem desistir dessa protecção e convierem na subsistencia do acto infractor dellas, poderá este ser considerado válido. D'aqui decorrem os seguintes corollarios :

1.º Que as nullidades da primeira especie são absolutas, e as da segunda relativas (8).

2.º Que as nullidades absolutas são insupríveis; emquanto as relativas não o são (9).

3.º Que da nullidade relativa só se póde prevalecer a parte a favor de quem foi insti-

---

(7) Const. art. 179 § 2; Ulp., fr. 8 D. De leg. (I, 3), e fr. 1 § 2 De Const. (I, 4).

(8) O Sr. P. Bueno, Apont sobre as form. do Proc. Civ. T. Prel. n. 3: Zachariæ cit. n. 35.

(9) V. T. 3 Cap. 1 § 2 not. 17; o Sr. Sen. P. Bueuo cit. n. 5; Zachariæ cit. § 35; Cod. Civ. Fr. art. 6.

tuida e cujos interesses prejudica (10); se, porém, nella houver consentido, expressa ou tacitamente, deixando passar o prazo que lhe é concedido para reclamar, o acto subsiste como válido (11).

*Quilibet juri in favorem suum introducto renuntiare potest.*

A nullidade é absoluta, e portanto insanável, nos seguintes casos (12).

---

(10) Ord. L. 3 tit. 18 §§ 2 e 12.—E' nullo o acto judicial feito em ferias sem o consentimento de ambas as partes. Peg. ad Ord. L. I, T. 81, Gloss. 28 n. 32.

Const., 20 Cod. De pactis (II, 3).—...cúm alia sit regula juris antiqui, omnes licentiam habere, iis quæ pro se introducta sunt, renuntiare.

(14) Ord. L. 1, tit. 85 § 3, L. 3, tit. 9 § 2, tit. 11 § 6, tit. 17 § 5, L. 4 tit. 38, pr., L. 3, tit. 37 § 3, tit. 31 § ult., tit. 33, § 3, tit. 55 § ult., tit. 70 pr., L. 4 tit. 17 § 1, tit. 51 § 4.

(12) Vide sobre esta materia o vol. 2, P. Ger., T 4, Cap. 6; e sobre as nullidades das sentenças e precessos, Rib. Cons. das leis do proc. civ. comment. art. 486 e 1613 § 1; Decr.-Reg. n. 737 de 25 de Nov. de 1850 arts. 672 e seg. e 689 e seg.

1.º Quando as leis expresamente decretão esta pena (13).

2.º Quando o autor do acto fôr incapaz absolutamente ou de direito (14).

3.º Quando o acto fôr praticado com simulação ou fraude presumida por lei (15); ou

4.º Quando fôr contrario ao fim, ou espirito da lei, *ratio legis*, especialmente quando esta é expressa sob a formula prohibitiva (16); ou

---

(13) O Sr. Dr. A. T. de Freitas, Esboço do Cod. Civ. art. 787; Toullier cit. vol 7 n. 558.

(14) O Sr. Dr. A. T. de Freitas, cit. art. 789 §§ 1 e 3.

(15) O Sr. Dr. A. T. de Freitas cit. art. 790 § 4.

(16) Ord. L. 1 tit. 66 § 29, tit. 78 § 14, L. 2 tit. 45 § 38, L. 3 tit. 75 pr.: Alv. de 2 de Julho 1709, etc. Const. 5 Cod. De leg. (I, 14) — Nullum enim pactum, nullam conventionem, nullum contractum inter eos videri volumus subsecutum, qui contrahunt, lege contrahere prohibente. Quod ad omnes etiam legum interpretationes, tam veteres, quam novellas, trahi generaliter imperamus: ut legislatori, quod fieri non vult, tantum prohibuisse sufficiat, cæteraque quasi expressa ex

5.º Quando não estiver revestido da formula exclusivamente prescripta pela lei (17); o que,

---

legis liceat voluntate colligere: hoc est ut ea quæ lege fieri prohibentur, si fuerint facta, non solúm inutilia, sed pro infectis etiam habeantur: licet legislator fieri prohibuerit tantúm, nec specialiter dixerit inutile esse debere quod factum est. Sed et si quid fuerit subsecutum ex eo, vel ob id, quod interdicente lege factum est: illud quoque cassum atque inutile esse præcipimus. Secundúm itaque prædictam regulam, qua ubicumque non servari factum lege prohibente censuimus, certum est, nec stipulationem hujusmodi tenere, nec mandatum nullius esse momenti, nec sacramentum admitti.

O Sr. Sen. P. Bueno cit. n.—; B. Carneiro, Dir. Civ. Port. § 10 n. 18; Zachariæ § 35; Toullier cit. n. 109 eseg., observa que da distincção das leis prohibitivas e não prohibitivas, não se póde deduzir uma regra sobre esta materia como o fazião os antigos jurisconsultos, e o Rep. das Ord. (Vol. 3 p. 722 not.) que muitos sustentão, *quod ex sola prohibitione non possuit inferri nullitas ipso jure, nisi annullatio addatur prohibitioni*.— V. Cap. 1 § 2 huj. tit.

(17) Ord. L. I Tit. 58 § 17, Tit. 66 § 26, L. 3 Tit. 20 §§ 25 e 36, Tit. 59 pr., L. 4 Tit. 40 pr.; Alv. 19 de Janeiro de 1756.— V. os jurisconsultos, cit. na not. preced. e o Rep. cit. Vol. 3 p. 368 vb. *Lei não guardada a sua fórma*, etc.

porém, só se deve entender da formula substancial e não da accidental (18).

Lembraremos, comtudo que embora grande seja a força da sentença, e se haja por verdade tudo quanto nella se contém (19), não póde subsistir, se é dada contra direito expresso, e está sempre exposta a ser nullificada pela acção rectoria no praso de trinta annos, quando estejão esgotados os recursos ordinarios, e até já feita a sua execução (20); salvo nas causas commerciaes

---

(18) Repert. cit. vol. 3 p. 722 not. *Quod tamen intellige*, etc. O Sr. Sen. Pimenta Bueno cit. n. 4; Corréa Telles, Dig. Port. vol. 1.º T. 3 § 32.

(19) A Sentença passada em julgado faz do branco negro, e do quadrado redondo. Per. e Souza, Lin. Civ. n. 573. Sobre os effeitos da Sentença, v. Stryk, Vol. 12 Disp. 24, Cap. 1 n. 7 — 20; e Us. mod. L. 42, T. 1 § 20 e seg.

(20) Ord. L. 1 Tit. 5 § 4. — E os desembargos e sentenças, em que a si não guardarem as ditas ordenações, sejam nenhuns. Liv. 3 Tit. 75 pr.—A sentença, que é por direito nenhuma, nunca em tempo algum passa em cousa julgada, mas em todo o tempo se póde oppôr contra ella, que é nenhuma e de nenhum effeito, e portanto não é necessario ser della appellada. E é por direito a Sentença nenhuma... quando foi dada contra direito expresso, assi como si o Juiz julgasse directamente, que o menor de 14 an-

(21). Quando, porém, a sentença é dada contra o direito das partes, com erro de facto e não de direito, é injusta, mas não é nulla (22).

## II. *Punição das autoridades que infringem as leis civis.*

Os juiz<sup>es</sup> que julgão ou procedem contra a disposição da lei, e em geral os funcçio-

---

nos podia fazer testamento, ou podia ser testemunha ou outra cousa semelhante, que seja contra nos-  
sas Ordenações ou contra direito expresso.

V. mais Ord. Liv. 1 tit. 2 § 2, Tit. 4 § 1, tit. 5 § 4; e Rep. das Ord. vol. 3 p. 721 vb. *Nullos são*, e p. 780 vb. *Nulla é a sentença*.

O Sr. Sen. P. Bueno cit. n. 175 e seg., 228 e seg.; o Sr. P. Baptista, Comp. de theor. e prat. do Proc. Civ. § 166; Pereira e Souza cit. n. 578; Savigny cit. § —.

(21) D. n. 737 de 25 de Nov. de 1850 art. 681 § 4.

(22) O Sr. Sen. P. Bueno cit. n. 176; P. e Souza cit. n. 566; B. Carneiro cit. § 10 n. 24.

Ord. L. 3 T. 75 § 2.—Porém se o juiz julgasse contra o direito da parte, e não contra o direito expresso, não será a sentença por direito nenhuma, mas é valiosa; e portanto é necessnrio, que a parte appelle della ao tempo limitado por appellar porque não appellando, ficará a sentença firme, como se fosse bem julgada.

narios e empregados publicos que commettem quaesquer prevaricações, abusos e omissões, incorrem em penas decretadas pelo Codigo Criminal, e que varião segundo os crimes (23). O processo póde ser contra elles instaurado nos prazos legaes, por queixa do offendido, por denuncia de qualquer do povo, *ex-officio* pela propria autoridade ou por ordem superior (24). Os empregados de justiça em geral, e os juizes de categoria inferior aos de direito, são responsabilizados perante estes (25); os juizes de direito o são perante as Relações (26); os desembargadores e ministros do Supremo Tribunal de Justiça perante este tribunal (27).

Podem tambem ser condemnados nas custas do processo (28), e a reformal-o a expensas suas,

---

(23) Cod. Crim. T. 5 Cap. 1. Secç. 1.<sup>a</sup> usq. 6.<sup>a</sup> e T. 6 Cap. 1.

(24) Const. arts. 156 e 157; Cod. do Proc. Crim. arts. 150 e 154; Av. de 10 de Maio de 1849.

(25) Lei de 3 de Dez. de 1841 art. 25 §§ 1 e 5; Reg. de 31 de Jan. de 1842 arts. 366 o seg.

(26) Const. art. 154; Acto Add. art. 11 § 7; Cod. do Proc. Crim arts. 155 §§ 1 e 2, e 159, etc.

(27) Const. art. 164 § 2; Lei de 18 de Set. de 1828, etc.

(28) Ord. L. 1 T. 65 § 9; P. e Souza cit. not. 587

quando infringem as leis que regulão a ordem delle de modo a tornar necessaria esta reforma (29). Em geral são obrigados a satisfazer ás partes lesadas pela violação da lei e damno que lhes houverem causado com o delicto (30),

Os advogados por aconselharem contra direito expresso incorrião outr'ora nas peaa dos juizes que julgavão contra elle. Hoje sómente são punidos com a multa de 6\$000 rs. os que fazem petição de aggravo manifestamente contra direito expresso (31), sendo em todo o caso res-

---

(29) Cod. Crim. art. 162.

(30) O Assento de 28 de Nov. de 1634 declarou que os desembargadores não podem ser demandados pelas sentenças, que derão, ainda que as partes se considerem com ellas prejudicadas; esta doutrina, porém, é insustentavel, em vista da generalidade do art. 21 do Cod. Crim. que impõe a todos os delinquentes a obrigação de satisfazer o damno que causarem com o delicto. Convindo attender-se que a parte pode deixar de intentar a accção crime para a punição do delinquente e propôr sómente a civil para haver a indemnisação, como é expresso no art. 68 da Lei de 3 de Dez. de 1841, que revogou o art. 81 do Cod. Crim. e § 5 do art. 269 do Cod. do Proc. Crim. V. B. Carneiro cit. § 10 n. 28 not. a.

(31) Ord. L. 1 tit. 6 § 11, tit. 48 § 7; tripl. a pena

ponsaveis ás partes pelo damno que lhes causarem por seu dolo, culpa, ou ignorancia (32).

## CAPITULO IV.

### DA IGNORANCIA E ERRO DE DIREITO.

Promulgada a lei, e passados os prazos fi-

---

pelo Alv. de 16 de Set. de 1814 art. 2. — V. Ass. de 16 de Nov. de 1700; L. de 18 de Ag. de 1769; Cardozo, vb. *Procurator*; Egid. in Direct. Adv. C. 2. D. Reg. n. 143 de 15 de Março de 1842 art. 26.

Pela Res. de 20 de Dez. de 1865 decidio-se que a Ord. L. 1 T. 48 § 13 que pune o advogado nos processos que depois de acceitar a procuração de uma parte e souber dos seus segredos, advogar, procurar ou aconselhar a parte contraria, ou della receber alguma cousa, está revogada á vista do art. 310 do Cod. Crim., e que compete á jurisprudencia dos tribunaes a applicação da pena que conforme o mesmo Codigo couber aos advogados que infringirem o preceito da cit. Ord.

Qual é a pena? O cons. consultor (Alencar) opinou que é a do art. 264 § 2 (estellionato); o Cons. de Est. Visc. de Jiquitinhonha — que este art. não é applicavel ao caso. Vid. Av. da 26 de Dez. de 1865.

(32) Ord. L. 1 tit. 48 §§ 10 e 17; Per. e Souza cit. § 62; B. Carneiro cit. § 10 n. 8; J. M. Fred. de Souza Pinto, Prim. Lin. sobre o Proc. Civ. Bras. § 109.

xados para a sua divulgação, presume-se que é geralmente conhecida, e torna-se obrigatoria para todos. Esta presumpção, porém, que nem sempre coincide com a realidade, deverá ser aceita como principio absoluto, de sorte que a ignorancia e o erro de direito nunca mereção desculpa, nem possam isentar o que o infringe das consequencias da infracção ?

Antes de tudo devemos notar que ou podemos desconhecer inteiramente a lei de que se tratar, ou ter della falsa idéa ; no primeiro caso, ha ignorancia de direito, no segundo erro de direito ; e esta ultima expressão é a mais usual entre os jurisconsultos, porque de ordinario não ha absoluta ausencia da idéa do direito, mais sim uma falsa noção delle (1).

---

V. Lei 18 de Agosto de 1769 §§ 7 e 10 e Alv. de 16 de Dez. de 1774 § 8.

(1) *Licet a nostris jurisperitis ignorantia sumatur pro errore, et è contra, ut observat Menoch. d. pros. 23 n. 2 cum seqq. veritas tamen est, quod ignorantia differt ab errore... S. Aug. in cap. quamvis 38 distinct. dicit errorem esse vera pro falsis approbare ; ignorare vero nihil approbare... ignorantia enim nullam supponit scientiam, error vero aliquam. Aug. Barb. Lib. Sext. De reg. jur., reg. XIII n. 4.*

Que a ignorancia e o erro substancial em geral vicião o acto juridico praticado sob sua influencia, é uma das verdades fundamentaes do direito racional, verdade aceita e proclamada em diversos textos do direito romano (2); mas

---

Sobre toda a materia deste Capitulo vide especialmente Savigny, Tr. de Dir. Rom., App. VIII, e Maynz, Elem. de Dir. Rom. §§ 285 e 359.

(2) Ulpiano fr. 15 D. De Jurisd. (II, 1)... *cùm, ut Juhanus scribit, non consentiant, qui errant. Quid enim tam contrarium consensui est, quam error, qui imperitiam detegit.*

Fr. de Ulpiano 2 D. De Judiciis (V, 1)... *error enim litigatorum (ut Julianus quoque libro primo Digestorum scribit) non habet consensum.*

Pomponio fr. 20 D. De aqua et aq. pluv. arc (XXXIX, 3). — *Sed hoc ita, si non per errorem aut imperitiam deceptus fuerit: nulla enim voluntas errantis est.*

Pomponio fr. 57 D. De oblig. et act. (XLIV, 7). *In omnibus negotiis contrahendis, sive bona fide sint, sive non sint; si error aliquis intervenit, ut aliud sentiat, puta, qui emit, aut qui conducit, aliud qui cum his contrahit, nihil valet quod actum sit. Et idem in societate quoque coëunda respondendum est: ut si dissentiant, aliud alio existimante, nihil valet ea societas, quæ in consensu consistit.*

Ulpiano fr. 116 § 2 D. De div. reg. jurant (L, 17) *Non videntur, qui errant, consentire.*

esta influencia será exercida tanto pela ignorancia e erro de direito como de facto, sob que condições, e em que casos? E' esta uma das questões mais debatidas e de que nos imos occupar succintamente.

Cumpre antes de tudo distinguir o erro de direito do erro de facto. O primeiro consiste na falsa noção que se tem de uma regra de direito, o segundo na dos factos a que esta regra se applica, ou das condições exigidas para a sua applicação. O erro de facto, porém, póde consistir ou na immediata percepção delle, ou na combinação dos seus elementos para a applicação da regra (3), D'ahi vem tambem a distincção

---

Const. 8 Cod. De Jur. e fact. ignor. (I, 18)... *cùm errantis voluntas nulla sit.*

Const. 9 Cod. cit. loc... *cùm nullus sit errantis consensus.*

(3) Fr. de Paulo 1 D. De Jur. et facti ignor (XXII, 6).— *Ignorantia vel facti, vel juris est* (Nos 4 §§ deste frag. achão-se diversos exemplos destas duas especies de ignorancia).

Neratius fr. 2 D. eodem. — *In omni parte error in jure non eodem loco, quo facti ignorantia, haberi debet: cùm jus finitum et possit esse, et debeat; facti interpretatio plerumque etiam prudentissimos fallat.*

Pomponio fr. 4 D. eodem.—*ignorantiam in usu-*

do *jus ignorare*, e do *jus suum* ou do *jure suo ignorare*; o primeiro é o desconhecimento do direito objectivo, o segundo é o desconhecimento do direito subjectivo, ordinariamente proveniente de erros de facto, posto que algumas vezes o possa ser de erros de direito (4).

O que, porém, torna o erro de facto escusa-

---

capione negatur prodesse: facti verò ignorantiam prodesse constat.

Paulo fr. 9 D. eodem.—Regula est juris quidem ignorantiam cuique nocere, facti verò ignorantiam non nocere. (Seguem-se depois neste frag. a applicação desta regra a diversos casos, e no § 5 as palavras transcriptas de um Rescripto dos Imperadores Severo e Antonino:

Sciant ignorantiam facti, non juris prodesse: nec stultis solere succurri, sed errantibus.

Const. 12 Cod. De Jur. et facti ignor. (I, 18) —Constitutiones principum nec ignorare quemquam, nec dissimulare permittimus.

Const. 9 Cod. Ad. leg. Falcid. (VI, 50).—Error facti, quartæ ex causa fideicommissi non retentæ repetitionem non impedit. Is autem qui sciens se posse retinere, universum restituit: condicionem non habet. Quin etiam, si jus ignoraverit, cessat repetitio.

(4) V. Pomponio fr. 3 pr. D. De Jur. et fact. ignor., e Callistrato fr. 2 § 7 D. De Jur. fisci (XLIX, 14).

vel é a difficuldade, e por vezes a impossibilidade de evital-o, de sorte que no caso de provir de grande negligencia, elle deixa de merecer este favor (5). Como, porém, todos tem obrigação de conhecer as leis (6), considera-se erro de direito em geral como filho de negligencia, e consequentemente inescusavel (7).

Na verdade o direito, como diz Neratius, é limitado, e cada um póde instruir-se nelle, ou directamente pelo estudo da lei, ou consultando os advogados. Só em raros casos, como quando o principio juridico, de que se trata, é objecto

---

(5) V. no Dig. frag. 3 § 1, frag. 6, frag. 9 § 2 De Jur. et fac. ignor. (XXII, 6), frag. 11 § 11 De anterrog. (XI, 1), frag. 3 pr. Ad. SC. Macedon. (XIV, 6), frag. 15 § 1 De contr. emp. (XVIII, 1), frag. 14 § 10, frag. 55 De ædil. edic. (XXI, 1), frag. 3 §§ 7 e 8, frag. 4 Quod vi (XLIII, 24).

Savigny cit. § 3 not. *d.*

(6) Const. 12 Cod. Jur. et fact. ignor. (not. 3 huj. Cap.)

(7) V. os frag. cit. na not. 5 e o de Ulp. 29 § 1 D. Mandati, vel contra (XVII, 1). — Non malè tractabitur, si cùm ignoraret fidejussor inutiliter se obligatum, solverit, an mandati actionem habeat? Et si quidem factum ignoravit, recipi ignorantia ejus potest: si verò jus, aliud dici debet.

de renhida disputa entre os jurisconsultos, ou pertence ao direito particular, póde o erro não ser filho da negligencia (8).

Maynz e outros jurisconsultos (9) sustentão, que o erro de facto pode-se invocar tanto para haver um lucro, como para evitar uma perda, enquanto do erro do direito só nos podemos prevalecer no segundo caso ; e procurão fundar esta doutrina em dous fragmentos de Papiniano (10).

---

(8) Paulo fr. 9 § 2 D. De Jur. et facti ignor (XXII 6)—Sed Juris ignorantiam non prodesse Labeo ita accipiendum existimat, si jurisconsulti copeam haberet, vel sua prudentia instructus sit, ut cui facilê sit scire, ei detrimento sit juris ignorantia: quod rarò accipiendum est.

Que o desfavor do erro de Direito só é applicavel ás regras de alguma evidencia deduz-se do frag. 1.º §§ 1 a 4 D. De Jur. et fact. ignor., frag. 25 § 6 de her. just (V, 3) frag. 10 De bon poss. (XXXVII, 1) frag. 31 pr. De usurp. (XLI, 3) frag. 2 § 15 Proempt. (XLI, 4).

(9) Maynz cit. § 285 n. 23 ; Coelho da Rocha, Instit. de Dir. Civ. Port. vol. 1 not.—D—ao § 100 ; Liz Teixeira, Cur. do Dir. Civ. Port. T. Prelim. Secç. 3 vb. *Quando aproveita a ignorancia*, etc.

(10) Fr. 7 D. De Jur. et fact. ignor. (XXII. 6). — Juris ignorantia non prodest adquirere volentibus, suum verò petentibus non nocet.

Cujas pretende achar sentidos diferentes nas expressões, de que sobre esta materia se serve a lei romana *prodest, non obest, non nocet, permissum est, subvenitur*, e (no caso contrario)—*non prodest, obest, nocet, detrimento est*.

Doneau estabelece differença entre o *damnum rei amittendæ*, e *damnum rei amissæ*.

Savigny, porém, mostra que neste caso as distincções do *damno* e *lucro* do *damnum rei amittendæ* e *amissæ*, sómente dependem do momento em que consideramos o estado dos bens, são susceptiveis de applicações oppostas, e não nos podem fornecer regra segura nesta materia.

Accrescenta este illustre jurisconsulto, que esses fragmentos de Papiniano forão escriptos em vista de certos casos, e com restricções, e que, ao serem transportados para o Digesto, tomárão o character de generalidade, que não tinham, e que os poem em contradicção com o

---

Fr. 8 D. ordem.—Error facti ne maribus quidem in damnis vel compendiis obest: juris autem error nec fœminis in compendiis prodest. Ceterum omnibus juris error in damnis amittendæ rei suæ non nocet.

principio contido no fragmento de Paulo 9 Dig. *De Juris et facti ignor* (11).

Seguindo differente methodo, passa depois Savigny a examinar a influencia do erro, tanto de facto como de direito sobre as differentes classes de factos juridicos.

Não querendo acompanhá-lo no longo e minucioso desenvolvimento em que entra ácerca desta questão, limitamo-nos a lembrar, que haviam quatro classes privilegiadas quanto ao erro de direito em materia civil,—os menores, as mulheres, os rusticos, e os soldados.

I. Sabe-se que em geral os menores gozão do beneficio de restituição a respeito de todos os actos e omissões, que lhes são prejudiciaes; este principio tem applicação ao erro de facto ou de direito, sempre que não ha fraude (12).

---

(11) V. not. 3 huj. Cap.

(12) Paulo fr. 9 D. De jur. et fact. ignor (XXII. 61)... Videamus igitur in quibus speciebus locum habere possit: antè præmisso, quòd minoribus vigintiquinque annis jus ignorare permissum est: ... Hac ratione, si minor vigintiquinque annis filio familias crediderit, subvenitur ei, ut non videatur filio familias crediderisse.

II. Primitivamente as mulheres gozavão de favor tão amplo, como o dos menores, quanto ao erro de direito (13) ; porém, o imperador Leão em 469 o limitou aos casos em que as leis anteriores fazião d'elle especial applicação, a saber (14) :

---

Const. 11 Cod. De Jur. et fact. ignor. (I, 18). — *Quavis in lucro nec fœminis jus ignorantibus subveniri solent, attamen contrà ætatem adhuc imperfectam locum hæc non habere, retró principium statuta declarant.* — Esta Const. é interpolação do L. 3 Cod. Theod. De sponsal. (III, 5).

(13) L. 3 Cod. Theod. De integri restit. (II, 16).

(14) Const, 18 Cod. De Jur. et fact. ignor. (I, 18). — *Ne passim liceat mulieribus omnes suo contractus retractare in iis, quæ prætermiserint, vel ignoraverint, statuimus, si per ignorantiam juris damnum aliquod circà jus vel substantiam suam patiantur ; in iis tantùm casibus, in quibus præteritam legum auctoritas eis suffragatur, subveniri.*

Frag. de Paulo 9 D. De Jur. et fact. ignor. (XXII, 6)... *quod et in fœminis in quibusdam causis propter sexus infirmitatem diciditur ; et ideò sicubi non est delictum, sed juris ignorantia, non læduntur.*

Const. 3 Cod. De præscrip. (VII, 39)... *non sexus fragilitate, non absentia, non militia contra hanc legem defendenda, sed pupillari ætate dumtaxat (quamvis sub tutoris defensione consistat) huic eximenda sanctioni.*

V. Savigny, cit. App. § XXXI.

1.º A acceitação de caução judiciaria não valiosa (15).

2.º A falta de producção de peças justificativas (16).

3.º A ommissão das formalidades a preencher no caso de gravidez, depois da dissolução do matrimonio (17).

4.º O pagamento de divida contra a qual existia a *exceptio S. C. Velleiani*, se fez-se o pagamento por ignorar-se este S. C. (18).

---

(15) Paulo, fr. 8 § 2 D. Qui satisd. cog. (II, 8)—Si servus inveniatur, qui antequam iudicium accipiatur, fidejussit iudicatum solvi; succurrendum est ut actori, ex integro caveatur. Minori quoque viginti-quinque annis succurrendum est; fortasse et mulieri, propter imperitiam.

(16) Ulpiano, fr. 1 § 5 D. De edendo (II, 13.)—Eis qui ob ætatem, vel rustitatem, vel ob sexum lapsi non ediderunt, vel ex alia justa causa conveniuntur.

(17) Juliano, fr. 2 § 1 D. De inspiciendo neutre (XXV, 4.)—Sed hoc aliquando remittere prætor debet, si non malitia, sed imperitia mulieris factum fuerit, me venter inspiceretur, aut partus custodiretur.

(18) Const. 9 Cod. Ad. S. C. Velleian. (IV, 29.)—Quamvis mulier pro alio solvere possit: tamen se præcedente obligatione, quam senatus-consultum de

Fóra destes casos as mulheres não poderão invocar o erro de direito, e muito especialmente nos seguintes :

1.º Na ausencia de titulo em materia de usucapião (19).

2.º No prazo da— *bonorum possessio* (20).

3.º No da— *prescripção* (21).

---

intercessionibus efficacem esse non sinit, solutionem fecerit, ejus senatus-consulti beneficio munitam se ignorans : locum habet repetitio.

(19) V. Dig. fr. 4, e 31 p. De Jur. et fact. ignor; fr. 32 § 1 De usnrp. (XLI, 3); fr. 2 § 15 Pro empt. (XLI, 4). Sobre a controversia suscitada por este ultimo fragmento, v. Savigny cit. App. § 16 n.— *a* — e § 15 n.— *f*. —

(20) Frag. 1 §§ 1 a 4 D. de Jur. et fact. ignor. ; Const. 3. Cod. ejusd. tit.; fr. 10 D. De bonor. possess. (XXXVII, 1) ; Const. 6 Cod. Qui admitti (VI, 9). Sobre a intelligencia destas duas Constituições—V. Savigny cit. App. § 24 n. — *c*. — e § 31 n. — *f*. —

(21) Quanto ás prescripções de 30 annos, achão-se as mulheres expressamente excluidas dellas pela Const. 3 De prescrip.; e quanto ás mais breves, como não lhes são especialmente concedidas, não podem gozar dellas em virtude da cit. Const. de Leão 3 Cod. Jur. et fact. ignor. (V. estas duas Const. na not. 13 supra.)— Savigny cit. App. § 31.

III. A expressão *rustici*, não designava uma profissão, sim as pessoas privadas de cultura intellectual, que de ordinario residem nos campos, e encontram-se nas classes baixas. Tambem estas pessoas não gozavão do beneficio de restituição em todos os casos, e só nos seguintes se podião prevalecer da ignorancia de direito :

1.º Quando deixavão passar o prazo da *bonorum possessio*, favor este negado ás mulheres, como acima se diz (22).

2.º Quando em um processo deixavão de apresentar os necessarios documentos (23). Nos outros casos, e especialmente nos de usucapião e prescripção, os *rustici* não gozavão deste favor.

IV. O genero de vida dos soldados, que os im-

---

(22) Sobre a razão desta differença— V. Savigny § 32 n. —b.—; Const. 8 Cod. Qui admitti. (VI, 9).—Qui cumque res ex parentum vel proximorum successione jure sibi competere confidit: sciat sibi non obesse, si per rusticitatem, vel ignorantiam facti, vel absentiam, vel quacunque aliam rationem intra præfinitum tempus bonorum possessionem minimè petiisse noscatur; quoniam hæc sanctio hujusmodi consuetudinis necessitatem mutavit.

(23) Ulp. fr. 1 § 5 D. De edendo (II, 13).—V. not. 16 supra.

pede de instruírem-se nas regras de direito (24), e o desejo de animar esta profissão por meio de privilegios, fizeram que os imperadores declarassem escusavel a ignorancia do direito nesta classe. Não lhes foi, porém, concedida geral restituição, como aos menores, e sim sómente diversos privilegios importantes, como nos seguintes casos :

1.º Quanto á fôrma privilegiada de testamento (25).

2.º Quanto ao prazo do *aditio hereditatis*, e da *agnitio* de uma *bonorum possessio* (26).

---

(24) Const. 22 pr. Cod. De Jur. deliber. (VI, 30) —... arma etenim magis quàm jura scire milites sacratissimus legislator existimavit.

(25) V. Inst. De milit. test. (II, 11); Cod. De testam. milit. (VI, 21); D. De test. mil. (XXIX, 1), e no frag. de Ulp. 1 D. cit. a succinta historia da progressiva ampliação deste privilegio desde Julio Cesar até Trajano.

(26) Paulo fr. 9 § 1 D. De Jur. et fact. ignor. (XXII § 6).—Si filius familias miles à commilitone heres institutus, nesciat sibi etiam sine patre licere adire, per constitutiones principales jus Ignorare potest; et ideò ei dies aditionis non cedit.

Const. 1. Cod. De restit. milit. (II, 51).—Si Valerianus centurio cohortis duodecimæ Alpinorum ante

3.º Quanto ás successões oberadas de dividas: favor generalizado por Justiniano a todos que fizessem inventario dentro de breve prazo, de que erão os soldados dispensados (27).

Applicados estes principios á *conãitio indebiti* segue-se, que em regra só póde fundar-se no erro de facto, e que o de direito unicamente póde ser attendido quando se refere a questões muito controvertidas entre os jurisconsultos, ou ao direito peculiar, como se deduz de diversos textos do Codigo (28).

---

vita decessit, quám bonorum possessionem acciperet, hæres ejus ex persona defuncti restitutionis auxilium intra annum utilem ita rectè implorabit, si Valerianus post exactos dies, quibus bonorum possessio defertur, in militia defunctos est.

(27) Const. 22 § 15 Cod. De Jure deliber. (VI, 30)... scilicet ut milites etsi propter simplicitatem præsentis legis subtilitatem non observaverint, in tantum tamen teneantur, quantum iu hereditate invenerint.

(28). Const. 10 Cod. De Jur. et facct. ingnor. (I, 18).—Cùm quis jus ignorans, indebitam pecuniam solverit, cessat repetitio: per ignorantiam enim facti repetitionem tantùm indebiti soluti competere, tibi notum est.

Const. 6 Cod. eod.—Si... indebitam errore facti, olei ma teriam spondisse... animadverterit... condicentes audiet.

É verdade, como observa Savigny, que estes textos são todos tirados de rescriptos, e neste caso não se póde chegar a resultados seguros por meio da argumentação a *contrario sensu*, porque os imperadores poderião querer conceder escusa ao erro de facto sem negal-a ao de direito. Esta consideração, porém, além de não ser verosimil, cahe em presença do texto expresso do primeiro desses fragmentos — *si quis jus ignorans . . . cessat repetitio*.

Demais, esta doutrina geral está de accôrdo com outros fragmentos, que em applicações particulares declarão o erro de direito inadmissivel (29). Mühlenbruch aponta, entretanto, o fragmento de Ulpiano 1, *pr. D. Ut in posses legal*. (XXXVI, 4) e outros (30), d'onde parece seguir-se

---

Const. 7 Cod. eod. — Error facti, necdum finito negotio, nemini nocet.

Const. 6 Cod. De cond. ind<sup>e</sup>b. (IV, 5), Si per ignorantiam facti non debitam quantitatum pro alio solvisti . . . restitui eo agente providebit.

Const. 7 Cod. eod.—Fideicommissum vel legatum indebitum per errorem facti solutum repeti posse, explorati juris est. — V. Savigny cit. § 35.

(29) Fr. de Paulo 9 § 5 D. De Jur. et fact ignor. (XXII, 6) ; Const. 2 Cod. Si adversus solvut. (II, 33.)

(30) Fr. 17 § 10 D. Ad mund. (L, I), fr. 16 § 2 D.

a opinião opposta; mas Savigny analysando-os um por um, confuta cabalmente esta opinião (31).

Passando ás legislações modernas, encontramos o Codigo Prussiano sancionando ainda com mais rigor a doutrina do Direito Romano, e prohibindo expressamente que se allegue a ignorancia de uma lei regularmente promulgada; e, portanto, que o erro de direito possa servir de fundamento á *conditio iudebiti*. O Codigo Austriaco prohibe do mesmo modo que se invoque a ignorancia da lei; porém, illogicamente admitte a *conditio indebiti* tanto para o erro de facto como para o de direito.

O Codigo Civil Francez admitte como causa de nullidade dos contractos (32), e especialmente como fundamento da *conditio indebiti* (33) o erro sem distinguir o de facto e o de direito.

---

De minor (IV, 4), frag. 16 § 4 D. De publican. (XXXIX, 4), frag. 38 D. De condit. indeb. (XII, 6), frag. 37 D. De auro (XXXIV, 2), frag. 79 D. De leg. II (XXXI, un), frag. 20 pr. D. Famil. hercisc. (X, 2), Oonst. 10 Cod. de Cond. indeb. (IV, 5).

(31) Cit. App. § 38.

(32) Arts. 1109 e 1110.

(33) Art. 1235, 1376 a 1381.

Já anteriormente a escola de Cujas havia sustentado a mesma doutrina, depois combatida por Voet; Pothier defendeu contradictoriamente ambas as opiniões; porém Vinn, Domat, Merlin, e alguns modernos jurisconsultos francezes (34), voltarão, em vista das disposições genericas do Codigo Francez, á doutrina Cujaciana, excluindo o erro de direito sómente nos seguintes casos:

1.º Nas confissões judicarias, pela impossibilidade de provar-se, se o erro de direito foi o motivo principal da confissão (35).

2.º Nas transacções, visto que todas fundão-se na ignorancia, e na duvida (36).

No codigo da Sardenha art. 1197 tambem

---

(34) Voet, L. 2 T. 6 n. 7; Pothier — *Traités de bienfaisance, conditio indebiti* n. 162; *Pandectæ XXII*, 6, n. 5; Vinn.—*Quest. Select. L. 1, Cap. 17 Inst. L. 3, T. 28 n. 7, e Pand. L. 12, T. 6. n. 1*; Merlin—*Repert. vb. Testam. Sect. 2*; Paillet, ao art. 116 do Cod. Civ., n. e; Delvincourt, v. 2 p. 461; Toulhier, vol. 6 p. 58; Zachariæ, vol. 1 § 26, etc.

(35) Cod. Civ. Fr. art. 1356.

(36) Cod. cit. arts. 2052, e 2053.— *Qui transigit, quasi de re dubia et lite incerta, neque finita transigit*: Ulp. fr. 1, D. De transac. (II, 15).

se sancionou o principio da nullidade dos contractos por erro de direito.

A legislação patria infelizmente é deficiente nesta materia; como em tantas outras; a jurisprudencia, porém, a tem completado por meio do direito romano. E' notavel que os nossos jurisconsultos, afastando-se das doutrinas, que no seu tempo vogavão, tenham-se approximado das que são hoje fructo dos recentes progressos da sciencia.

Das palavras finaes da Ord. L. 1, tit. 99, deduz-se que se não pôde allegar ignorancia do que se acha declarado na Ordenação, principio este que por identidade deve-se ampliar a todas as leis patrias, com excepção das que constituem direito singular; esta doutrina se acha reproduzida em diversos actos legislativos posteriores (37).

O Repertorio das Ordenações (38) mostra

---

(37) O Decr. de 9 de Set. de 1747 declarou, que não ha ignorancia que releve de observar as leis, porque ellas são publicas, escriptas e diuturnas; e o Alv. de 10 de Junho de 1755 —que se não pôde allegar ignorancia do que a todos se faz publico (Rep. de Fern. Thom. vb.—*Ignor.*); Res. 2.<sup>a</sup> de 24 de Out. de 1822 (Coll. Nab.)

(38) V. b. — *Ignorancia se não pôde, etc.*

que os menores, os rusticos (*si rudes sint et in agris versantur*), as mulheres, e os militares podem prevalecer-se da ignorancia de direito, porém só nos casos expressos em direito; mas que não se lhes concede escusa, quando podem consultar os peritos, nem quando se trata de preceitos de direito natural, ou que se referem á fórma dos actos ou ao rigor do juizo.

Augustinho Barbosa distingue a ignorancia e o erro de direito, a ignorancia crassa, supina e invencivel da justa e provavel, a de facto da de direito, e mostra que sendo a ignorancia de direito culpa lata, em regra a ninguem escusa, que este principio comprehende tanto o direito divino e natural, como o humano, tanto o commum, como o municipal ou *estatutario*, e que sómente se restringe quando a ignorancia de direito acha-se mesclada com a de facto, ou quando o direito é dubio, obscuro e arduo (39).

Esta tendencia adversa a indulgenciar o

---

(39) Aug. Barb. In Sext. Reg. XIII Ignor. n. 5, 11 e seg.—Crassa verò seu supina ignorantia (a Theologis improbabilis, vel vencibilis dicta), est nescire id, quod quis investigare et scire tenetur, et debet, presertim ratione officii, tunc enim ignorans habetur pro sciente.

erro de direito continuou a ser seguida pelos jurisconsultos portuguezes, como Caldas (40), Guerreiro (41); Valasco (42). Pegas e outros (43),

---

(40) Consil 39 n. 26.—Juris ignorantia etiam rusticum hominem non excusat; V. Consil. 30 n. 34 a 36, etc.

(41) Tr. 1 L. 3 Cap. 5 n. 5.— Juris ignorantia non prodest, nec mulieri, nec rustico; n. 6,—maxime in his, quæ juris naturalis sunt, et rationem naturalem lædunt; n. 7.—fæminis magis non succurritur quam aliis, nisi in casibus a jure expressis; n. 8— in casibus quæ inducta sunt pro forma vel concernunt rigorem judiciorum, mulier non jувatur; V. n. 32 Decis. quæst. 12 n. 4.— Jus dubium quando dicatur; n. 7.—ignorantia juris controversi ignorantem excusat, etc.— V. T. 1 L. 3 Cap. 11 n. 92, e L. 4 Cap. 14 n. 101.

(42) Const. 133 n.—9. Verum quo ad validitatem, non proficit ignorantis legis, quæ ligat à tempore publicationis, eorum muni, vel post tempus arbitrarium, secundum utramque opinionem, nec pendet a scientia, vel ignorantia subditorum, ut post alios tradit. Reg. 129 limit 1. Jur. Emphyteut., Quest. 38 n. 15.— Nam juris error rusticæ sicut nec mulieri prodest, nisi in casibus jure expressis, ut per Gloss, Cap. 1 *Jas. et Minos*, qui citat alios communem esse dicentes inl. fin. n. 4 C. De Jur. et. facti ignor. licet ipse ab hac commune regula dicated. Et in inductis ad juris rigorem conservandum, non excusantur mulier nec rusticus. *Jas. 1. fin. 129 C. cit. tit.*

(43) Pegas.— Res. for. Cap. 19 n. 136.— Mulier

ato que Mello Freire deu outra direcção ás ideas sobre este assumpto. Fundado na opinião de Schilter (44) sustentou este eximio jurriconsuluto (45), que o nosso direito, de que fazem parte o romano e pontificio, não se póde considerar como o *jus finitum*, de que falla Neratio (46), nem está ao alcance de qualquer cidadão de modo que se lhe possa imputar a sua ignorancia;

---

enim non eximitur de regulis juris generalibus, inis; in casibus á jure expressis et minus quando tractatur de lucro captando, et in rebus prohibitis legibus, et maxime in judicialibus, et in eis quæ tendunt ad rigorem juris conservandum.

Ad Ord. L. 1 T. 87 § 6 n. 116.— Ex errore autem juris non orissi potest bona fides, nec error juris excusat; potest enim qui nescit peritiores consulere, quod si non facit, in supina est negligentia et proprié dolo.

Themudo, Decis. P. 1 Decis. 3 n. 2 C.— Errans in jure censetur in lata culpa; n. 29—32 lata culpa quid sit; n. 32—33 ignorantia quid sit; n. 35 lata culpa et error.

Phœbo.— Decis. 133 n. 48 Ubi ut jus dubium, non inducitur mala fides, etc.

(44) Exercit. 24 ad tit. de cond. in deb. §§ 32 a 34.

(45) L. 4 T. 4 § 10.

(46) Fr. 2 D. De Jur. et fact. ignor. (XXII, 6.)

d'onde deduz elle que a *conditio indebiti* tem lugar tanto no erro de facto como no de direito (47).

Esta doutrina é compartida por Almeida e Souza (48), que a applica á revogação da confissão judicial.

Posto que Borges Carneiro entenda (49) que, ainda quando esta opinião seja fundada, não se deve estender ás leis patrias, salvo nos termos do beneficio de restituição *in integrum*, sustenta como principio geral, que a ignorancia de direito não prejudica, ainda tratando-se de lucro, aos menores, mulheres, rusticos e soldados.

Corrêa Telles (50), diz que logo que a lei é publicada os direitos e obrigações que ella produz surtem os seus effeitos, ainda que os interessados a ignorem; mas, acrescenta, que quando a ignorancia de direito foi a unica

---

(47) Et repetitur quamvis indebitum sit solutum errore juris, nam qui condicit, semper agit de damno vitando, ubi error juris non nocet. (cit. loc.)

(48) Segundas Lin. n. 435; funda-se em Struv. Exerc. 18 Thes. 40 Stryk Us. mod. L. 12 T. 6 § 5; Thomas in Not. de Us. hod. ibid. vb. *Eadem est ratio. etc.*

(49) Dir. Civ. § 11 n. 15 n. a.

(50) Dig. Port. arts. 30, 38 e 40.

causa de alguém pagar o que, nem civil, nem naturalmente devia, o pagamento póde ser reclamado, porquanto ninguém se póde locupletar com o alheio em detrimento, ou injúria de outro; e na *Doutrina das Acções* reproduz a mesma idéa declarando a L. 10, *Cod. De Jur. et facti ign.* opposta á boa razão.

Pereira e Souza (51) voltando á doutrina dos antigos jurisconsultos, sustenta que o erro de direito não escusa, e applicando este principio á confissão judicial, diz que elle não póde impedir que esta prejudique, comtanto, porém, que se deva naturalmente aquillo que com erro de direito se confessa dever.

O Sr. Liz Teixeira (52) reproduz a distincção do damno e lucro, que se parece fundar no fragmento de Papiniano 7 D. *De Jur. et facti ignor.*, e a do *damnum rei amittendæ, e rei amissæ*, ideada por Doneau.

O Sr. Coelho da Rocha (53) diz, que o erro, ou seja de direito ou de facto,

---

(51) Prim. Lin. sobr o Processo Civil n. 435.

(52) Curso de Dir. Civ. Port. T. Prelim. Secç. 3 vb. *Quando aproveita á ignorancia.*

(53) Inst. de Dir. Civ. Port. § 100 not. D.

annulla o acto em que interveio, sempre que versa sobre cousa substancial, quer relativamente ao objecto, quer relativamente á cousa.

O Sr. Teixeira de Freitas (54) restabelece a genuina doutrina do direito romano, firma o principio geral,— que a ignorancia ou erro de direito não impede os effeitos legaes de qualquer acto licito, nem escusa da responsabilidade pelos actos illicitos, distingue o erro do direito subjectivo, que provém de falsa noção dos factos, ou da sua erronea combinação e não considera a ignorancia ou o erro de direito como essencial, de sorte que possa dar direito á repetição do que se houver pago sem se dever; mais rigoroso porém do que o Direito Romano não attende ás limitações, que elle estabelece a esta doutrina.

No estado de deficiencia da legislação patria sobre esta materia julgamos com este distincto jurisconsulto brasileiro, que devemos recorrer á romana; mas firmando o principio, que nega escusa á ignoraacia e erro de direito, entendemos dever restringil-o ás raias que esta legislação lhe prescreve.

---

(54) Proj. de Cod.Civ. arts. 456 e seg., 1029 e seg.

## CAPITULO V.

### *Da interpretação das leis civis..*

Cumpre ao jurisconsulto assemelhar-se o pensamento da lei, e para chegar a este fim torna-se indispensavel que elle o reconstrua ; é a esta reconstrucção que se denomina interpretação. Não se estende pois a interpretação sómente ás leis obscuras ou defeituosas, posto que nestas seja de maior importancia, e sim tambem ás leis mais claras e isentas de controversia (1).

Nem se deve receiar que, assim considerada, transponha a interpretação os seus limites proprios, e invada a esphera da formação do direito; porquanto, o interprete não póde modificar de modo algum o pensamento do legislador, e deve limitar-se a comprehendê-lo tal como elle existio na mente que o engendrou.

A doutrina opposta, que limita a interpretação ás leis obscuras. silenciosas ou duvidosas para restringir ou ampliar o proprio pensamento

---

(1) Ulpiano fr. 1 § 11 D. De inspiciendo ventre (XXV, 4.) — Quamvis sit manifestissimum edictum prætoris, attamen non est negligenda interpretatio ejus. — V. Savigny, Tr. de Dir. Rom. §§ 32 e 50.

dellas, é que ameaça de invasão a esphera da formação do direito, como depois se verá claramente (2).

Demais, como observa Savigny (3); se a interpretação não se estende ás leis muito claras, nem ás muito obscuras, porque neste caso seria da alçada do legislador, parece que é preciso que occupem um lugar intermedio entre a luz e as trévas, para que possam ficar sujeitas á interpretação,

Costumão os juriscousultos considerar a interpretação sob tres diversas relações, quanto á sua origem, os seus elementos e os seus resultados.

I. Considerando-a em relação á sua origem, dividem a interpretação em — *legal* ou *publica* e *privada*.

A interpretação *legal* ou *publica* é a que emana da autoridade competente para dar o verdadeiro sentido da lei, e subdivide-se em:

---

(2) Mello Freire. — Hist. Jur. Civ. Lus. Cap. 13 § 128; o Sr. Paula Baptista — Comp. de Herm. Jur.; o Sr. B. J. da S. Carneiro — Prim. Lin. de Herm. Jur. e diplom. § 41, etc.

(3) Cit. § 50.

*Authentica*, que emana do poder incumbido de formular a lei, e

*Usual*, que é elaborada como elemento do direito popular ou scientifico.

A interpretação *privada* é a que cada jurisconsulto individualmente dá á lei com os recursos da hermeneutica (4).

Alguns jurisconsultos considerão a interpretação usual como subdivisão da privada (5); outros como terceiro membro inteiramente distincto da *authentica* e *privada* (6), ou como um dos ramos da divisão da interpretação, considerado em relação aos seus elementos (7).

Devemos observar, que sendo a interpretação da lei a reconstrucção do pensamento do legislador pelo jurisconsulto, é por sua natureza um acto todo individual e subjectivo, e não póde ter força obrigatoria, salvo a força logica dos

---

(4) Zachariæ, Dr. Civ. des Fr. § 36.

(5) O Sr. C. da Rocha — Inst. de Dir. Civ. Port. § 44.

(6) O Sr. Paula Baptista cit. § 4 e 42 n. 1.

(7) O Sr. Liz Teixeira—Curso de Dir. Civ. Port.. T. Prelim. Secç. 4 vb.— *O que é interpretação, etc*

argumentos, em que se funda. Mas, tanto a interpretação *authentic*a, como a usual, não são a reconstrucção do pensamento do legislador, e sim uma nova elaboração da lei; consequentemente não estão sujeitas a outros principios e regras além das que a Constituição Política e as condições sociaes prescrevem. D'ahi vem que o acto de interpretação legal é tão obrigatorio, como o proprio acto legislativo interpretado, qualquer aliás que seja a ampliação, restricção ou modificação que neste faça (8).

Abstrahindo da interpretação *usual*, quo é um prolongamento do facto natural e primitivo da elaboração popular da lei, a unica autoridade competente para interpretar *authentica*mente a lei, é o poder que a confeccionou; só este póde conhecer o verdadeiro pensamento della, e reconsiderando-o de novo, modificá-lo como convier; é esta a que se denomina interpretação por via de autoridade (9).

Tem-se, porém, imaginado outra especie de

---

(8) Christ. Henr. Eckard. — *Hermeneutica Juris* § 73.

(9) Alv. de 12 de Maio pr. e L. 4 Des de 1769.

interpretação por via de autoridade, que diz-se competir virtualmente ao Poder Executivo em consequencia da sua attribuição regulamentar (10).

Para não reproduzirmos considerações, que em outro escripto expuzemos (11), limitamo-nos agora a dizer, que esta doutrina parece ter sido importada da jurisprudencia franceza, mas repugna com a nossa lei fundamental. Nesse paiz com effeito o governo teve esta attribuição, porém em virtude de lei expressa (12) e sómente no caso em que o Tribunal Supremo (*Cour de Cassation*) annulle duas sentenças ou julgamentos em ultima instancia, proferidos no mesmo negocio, entre as mesmas partes, e que tenham sido atacados pelos mesmos meios. Entre nós nenhuma lei existe, nem constitucionalmente pôde existir, que dê tal attribuição ao governo, e muito menos para exercê-la indistinctamente em todos os casos em que entender que ha obscuridade na lei.

Demais, o motivo que o orador do governo

---

(10) Circ. de 7 de Fev. de 1856; e Rel. do Sr. ministro dos neg. da just. do mesmo anno.

(11) Noç. Prelim. de Dir. Adm. Bras. T. 2 Cap. 7 § 3.

(12) 16 de Set. de 1807.

francez deu em sustentação da lei foi, que não pertencendo a interpretação por via de autoridade a nenhum tribunal judiciario, não pôde pertencer senão á autoridade, que tem a iniciativa da lei, e que encarregada da redacção e da proposição, conhece perfeitamente o espirito em que a lei é concebida, isto é, ao governo, assim como sob o imperio das constituições anteriores tinha pertencido ao Poder Legislativo, que então tinha a iniciativa (13).

A procederem as razões que servirão de fundamento á lei franceza de 16 de Setembro de 1807, é manifesto que a interpretação por via de autoridade, não pôde entre nós pertencer senão ao Poder Legislativo, o que aliás é expresso na Constituição art. 15, § 8.º

Demais, essa lei foi revogada pelas de 30 de Julho de 1828 e 1.º de Abril de 1837, que restituirão ao Poder Legislativo a funcção de interpretar as leis.

Nem da attribuição regulamentar concedida ao governo pelo art. 102, § 12 da Constituição, se pôde deduzir esta doutrina; porquanto o citado artigo e paragrapho sómente lhe-dão a fa-

---

(13) Toullier cit. n. 140.

culdade de *expedir decretos, instrucções e regulamentos adequados á boa execução das leis*, na parte em que esta cabe na alçada dos agentes da administração, mas não para applicação que o Poder Judiciario faz das civis, e em geral das do direito privado aos casos occorrentes. Sustentar o contrario é desconhecer a independencia deste poder, que a Constituição teve tanto empenho em assegurar, que não só a proclamou em geral com a dos mais poderes politicos nos arts. 9.º, 10 e 98, como especialmente e de novo no art. 151.

Mas se o governo não é competente para interpretar por meio de regulamentos as leis civis, muito menos o é para expedir avisos interpretando-as em relação a casos pendentes, a semelhança dos rescriptos dos Imperadores Romanos, e Soberanos Pontifices, ou dos avisos do Conselho de Estado francez, approvados pelo Imperador, durante o reinado de Napoleão I.

Semelhante costume hia-se entre nós introduzindo pela ignorancia de alguns juizes, e cobardia de outros, que querião, por meio de consultas ao governo, lançar de si a responsabilidade das decisões; hoje, porém, deve in-

teiramente cessar á vista da Circular de 7 de Fevereiro de 1856 (14).

Outr'ora a Casa da Supplicação tinha a attribuição de interpretar obrigatoriamente as leis por meios de *Assentos* (15.) Hoje o Supremo Tribunal de Justiça não possui tal funcção (16) ; entretanto se convém dar-se a alguém a attribuição de interpretar doutrinal mas obrigatoriamente a lei, é por certo ao mais elevado Tri-

---

(14) Manda outrosim o mesmo augusto senhor...

2.º Que competindo ao poder judiciario a applicação aos casos occurrentes das leis penaes, civis, commerciaes, e dos processos respectivos, cesse o abuso, que commettem muitas autoridades judicarias deixando de decidir os casos occurrentes, e sujeitando-os como duvidas á decisão do governo imperial ; pela qual esperão, ainda que tardia seja, sobrestando e demorando a administração da justiça que cabe em sua autoridade, e privando assim aos tribunaes superiores de decidirem em gráo de recurso e competentemente as duvidas que ocorrerem na apreciação dos factos, e applicação das leis.

(15) Ord. L. 1 T. 5 § 5. Lei de 18 do Ag. de 1769 §§ 1 e seg.

(16) Lei de 18 de Set. de 1828, Deer. de 20 de Dez. de 1830, etc.

bunal Judiciario do paiz, e não ao Poder Executivo (17).

II. Considerando a interpretação das leis em relação aos seus *elementos*, costumão os juriconsultos dividil-a em *grammatical* e *logica* (18); Savigny (19) a estes dous elementos accrescenta o *historico* e *systematico*, que o Sr. Paula Baptista (20) reune sob a denominação de — *scientifico*.

---

(17) Savigny—Tr. de Dr. Rom. § 51 in fin.; o Sr. Pimenta Bueno—Dir. Publ. Bras. T. 7. cap. 4 secç. 4 §§ 4 e 5; Noç. Prelim. do Dir. Adm. Bras. T. 2 Cap. 7 § 3. Depois da primeira edição foi satisfeito este *Desideratum*, pelos Decretos n. 2684 de 23 de Outubro de 1875 e n. 6142 de 10 de Março de 1876 sobre o modo porque o Supremo Tribunal de Justiça deve tomar assentos para as intelligencias das leis civis, commerciaes e criminaes. Vêde Ribas — Consol. das leis do proc. civ. art. 156 § 3.

Esta interpretação, porém, é meramente *doutrinal*, posto que *obrigatoria*.

(18) Eckard cit. §§ 17 e seg.; Mello Fr. cit. Cap. 13 § 121; B. Carneiro — Dir. Civ. § 12 n. 7, not. a; Liz Teixeira T. Prelim. Secç. 4 vb. *O que é interpretação*; C. da Rocha cit. § 44; B. J. da Silva Carneiro cit. § 15 e seg.

(19) Cit. Tr. de D. Rom. §§ 33.

(20) Eckard cit. § 36 Comp. de Herm. Jurid. § 1 n. 2.

Entendemos, porém, dever com o jurisconsulto allemão, distinguir os quatro elementos da interpretação das leis pelo modo seguinte :

O *grammatical* tem por objecto as palavras, de que se serve o legislador para exprimir o seu pensamento.

O *logico* applica-se á decomposição deste pensamento, e á relação logica das idéas de que elle se compõe.

O *historico* examina o estado do direito preexistente á promulgação da lei para determinar as mudanças que ella veio trazer.

O *systematico* estuda o nexu intimo que une a lei interpretada ás demais leis, de modo a constituirem a vasta e harmonica unidade do direito.

Devemos advertir que estes elementos de nenhum modo se excluem, comquanto cada um delles possa predominar por sua vez, segundo as hypotheses ; pelo contrario é da sua harmonica combinação, que póde resultar a reconstrucção do verdadeiro pensamento da lei.

Assim mais lembramos que estes quatro elementos de interpretação só se referem á doutrinal e não á legal.

Com effeito, o legislador ao interperatar a lei não está adstricto a reconstruir o seu proprio pensamento tal qual existio na occasião em que a promulgou ; e sim póde modificar este pensamento como julgar conveniente. Do mesmo modo a interpretação usual, desenvolvendo-se lenta e espontaneamente no seio do direito popular ou scientifico, póde ir modificando o sentido primitivo da lei de accôrdo com as necessidades e transformações successivas porque passa a sociedade. Tanto uma como a outra é aceita pelo jurisconsulto como principio objectivo, dotado de força obrigatoria intrinseca.

III. Considerada quanto aos seus *resultados* os jurisconsultos dividem a interpretação em *declarativa, extensiva e restrictiva*, segundo por meio della se obtem um pensamento da mesma, de maior ou de menor amplitude do que aquelle que á primeira vista se encontra na lei (21).

---

(21) Mello Freire cit. § 125 not. *d* ; B. Carn. cit. § 12 n. 10 e seg. ; Liz Teixeira cit. T. Prelim. , Secç. 4 vb.—*O que é interpretação* ; C. da Rocha cit. § 44 ; B. J. da Silva Carneiro cit. § 13 n. 2 ; o Sr. Paula Baptista cit. § 36 e seg. ; Zachariæ cit. § 38 considera esta terceira classificação como subdivisão da interpretação logica.

O jurisconsulto póde rectificar a expressão da lei pelo seu pensamento, restringindo, ou ampliando aquella, quando fôr defeituosa por impropriedade, ou por indeterminação, isto é, quando não encerrar um pensamento completo, ou quando o seu sentido directo estiver em contradicção com o verdadeiro pensamento da lei; mas, pretender rectificar este mesmo pensamento, tomando por typo a idéa que ella deveria exprimir, é collocar-se o interprete acima do legislador; não é interpretar, é legislar.

Demais, difficillimo é saber-se qual o motivo da lei, para delle deduzir a ampliação ou restricção do seu sentido; e ainda mais difficil é conhecer-se a que considerações attenderia o legislador para afastar-se a certos respeitos especiaes do motivo principal, de modo a se poder com segurança ampliar ou restringir as suas deducções logicas.

O jurisconsulto deve, pois, respeitar sempre em sua integridade o pensamento da lei; não é sobre elle, e sim sobre a expressão de que se acha revestido, que se estende a acção da interpretação ampliativa, ou restrictiva (22).

---

(22) Savigny cit. § 37 apresenta diversos exemplos da applicação desta theoria ao Dir. Rom.

E' certo que os jurisconsultos romanos não sentião este escrupuloso respeito pelo pensamento da lei, e por meio de suas interpretações o ampliavão ou restringião de modo a poder effectuar o progressivo desenvolvimento do direito; mas, já vimos que elles estavam legalmente revestidos da importante funcção de contribuir dest'arte para a formação do direito.

Não pretendendo dar aqui um tratado especial de Hermeneutica juridica, omittimos as regras que sobre esta materia tem formulado os jurisconsultos, e nos limitamos a expôr as seguintes que se achão consagradas nas leis patrias, abstendo-nos de discutir o seu merecimento scientifico (23).

Se as palavras da lei são conformes com a razão, devem ser tomadas no seu sentido litteral (24).

O que é conforme ao espirito e letra da lei se comprehende na sua disposição (25).

---

(23) V. Borges Carneiro cit. § 12 n. 7 e seg.

(24) L. de 27 de Nov. de 1753 § 6, 6 de Janeiro de 1755, e 18 de Ag. de 1769 § 11.

(25) C. R. de 21 de Out. de 1757, Lei de 18 de Agosto cit.

No texto da lei se entende não haver phrase, nem mesmo palavra inutil e sem effeito (26).

Deve-se evitar a supersticiosa observancia da lei que, olhando só á letra della, destróe a sua intenção (27).

A lei não deve ser entendida de modo muito oneroso ás partes (28).

A praxe e estylo de julgar, as decisões dos arestos, e a pratica geral são o melhor interprete das leis (29).

Devem-se ter presentes as leis analogas, pois por umas se declara o espirito das outras (30).

Devem-se concordar os textos das leis, de modo a tornal-os conformes e não contradic-

---

(26) Ass. de 22 de Out. de 1778.

(27) Ass. de 10 de Junho de 1817, em ref. ao de 17 de Ag. de 1811.

(28) Alv. de 15 de Junho de 1755.

(29) Ass. de 23 de Março de 1786 e 10 de Junho de 1817.

(30) Lei de 4 de Julho de 1768 e 14 de Dez. de 1744.

torios ; pois não é admissivel a contradicção e incompatibilidade nellas (31).

A lei ampliativa ou declarativa de outra deve-se entender por ella (32).

Os textos da mesma lei devem-se entender uns pelos outros ; as palavras antecedentes e subsequentes declaram o seu espirito (33).

As proposições enunciativas ou incidentes da lei e as suas razões de decidir não tem a mesma força que as suas decisões, nem a mesma autoridade decisiva que os Assentos da Casa da Supplicação (34).

Quando a lei não faz distincção, tambem o interprete não deve fazel-a (35).

---

(31) Lei de 3 de Agosto de 1770, § 11, e 15 de Dez. de 1774.

(32) Ass. de 29 de Março de 1770.

(33) Alv. de 18 de Fev. de 1766.

(34) Ass. de 14 de Junho de 1740, Lei de 14 de Julho de 1768 § 3.

(35) Ass. de 5 de Dez. de 1770, 23 de Julho de 1811, Alv. de 22 de Dez. de 1774 § 17, e 25 de Janeiro de 1777.

O caso omisso na letra da lei se comprehende na sua disposição quando ha razão mais forte (36), o que não se entende das leis penaes que nunca se ampliãõ além do caso e das pessoas de que tratãõ, ainda quando haja maior razão (37).

As leis que tendem a maior commodo da republica se entendem extensivamente (38).

---

(36) C. R. de 21 de Out. de 1757, e L. de 24 de Out. de 1764 § 1.

(37) Ass. de 4 de Maio de 1754, 8 de Ag. de 1753, 23 de Nov. de 1769 ; Paulo fr. 155 § 2 D. De reg. jur. (L. 17).—In pœnalibus causis benignius interpretandum est.

(38) Ass. de 2 de Março de 1786.

Quanto á regra — *odiosa limitanda favorabilia amplianda* —, V. Const. 6 Cod. De leg. (I, 14) Quod favore quorundam constitutum est, quibusdam casibus ad læsionem eorum nolimus inventum videri ; C. da Rocha, cit. § 45, 12.<sup>a</sup> not.; Liz Teixeira cit. T. Prelim. Secç. 4, vb. *regras para a interpretação* ; Domat *Tr. des lois* Cap. 12 n. 10 e 11, e *Les lois civ.* L. Prel. Tit. 1. Sect. 2 n. 11 e 15 ; e contra Mello Freire cit. § 130 ; B. Carneiro cit. § 12 n. 32.— V. Alv. e L. cit. na not. 9 *supra*.

---

## TITULO IV

### Da codificação.

#### CAPITULO I

##### OPPORTUNIDADE DAS CODIFICAÇÕES.

##### § 1.º

##### *Controversia dos jurisconsultos allemães.*

É geralmente conhecida a renhida e brilhante polemica que no principio deste seculo agitou a Allemanha ácerca da codificação de suas leis. Foi Thibaut quem deu-lhe occasião, publicando em 1814 um opusculo *sobre a necessidade de um Direito Civil geral na Allemanha* (1).

Partindo da convicção da insufficiencia e

---

(1) Ueber die Nothwendigkeit eines allgemeinen burgerlichen Rechts in Deutschland—V Falck, Jur. Encykl. § 15; Lerminier, Introd. Gén. à l'Hist. du Dr. Cap. 17; Belime, Philosophie du Droit L. 4, Cap. 15.

confusão do Direito Germanico e Canonico das incertezas com que se luta na intelligencia de muitos fragmentos da legislação romana, e da antipathia congenita que reina entre esta e o genio nacional, procurou o illustre professor de Heidelberg demonstrar a conveniencia da promulgação de um codigo civil completo e uniforme para toda Allemanha, que dispa a administração da justiça do character de arbitraria, e destrua os abusos que o mesquinho espirito de localidade oppõe ao livre e amplo desenvolvimento do espirito nacional. O novo codigo devia, pois, resumindo os progressos da sciencia, corrigir o Direito existente, e dest'arte contribuir para a reforma da sociedade.

A este escripto respondeu no mesmo anno Savigny com outro intitulado—*Sobre a vocação de nosso tempo para a jurisprudencia e legislação*, onde as idéas da escola historica forão desenvolvidas tão luminosa e largamente, que o seu autor foi de então em diante reputado chefe della.

Savigny considerou a aspiração pelo novo

---

(2) Ueber den Beruf unserer Zeit fur Rechtswissenschaft, und Gesetzgebung.-- V. as cit da not. anteced.

codigo como producto ainda da tendencia do seculo xviii á perfeição abstracta, indefinida e universal, e ao desprezo pelo elemento historico e costumes nacionaes. Mas esta tendencia pensava elle já haver desaparecido e cedido o lugar ao desdem pelas vãs theorias, pelas abstracções que não se apoião em realidades.

Demais, o Direito não é o producto das leis, ou estas não são a expressão do arbitrio livre do legislador, mas sim de um Direito preexistente na consciencia do povo, que, como a lingua, os usos, e a constituição politica, tem character individual. Os codigos, abolindo tudo quanto não se acha nelles comprehendido, subjeitão as nações ao perigo de verem desnaturado o seu verdadeiro e real direito.

Nem todas as épocas são proprias para a promulgação de um codigo que fielmente espelhe o direito nacional, e seja de verdadeira utilidade para o povo. Não é isso possivel na juventude das nações, embora tenham estas a consciencia viva do Direito, porque o elemento philologico não se acha plenamente desenvolvido, e a lingua pobre e tosca não póde traduzir claramente essa consciencia. Menos é ainda isso possivel nas quadras de decadencia, porque o Direito se apaga na consciencia do

povó, como se corrompe e desnatura a sua lingua. Nos periodos intermediarios desapparecem sem duvida estes obstaculos á organisação dos codigos; mas então não se sente a sua necessidade, nem se acredita que época virá em que será ella sentida.

Redigir um codigo, quando a sciencia não tem attingido ou tem perdido a plenitude de seu desenvolvimento, quando os principios geradores do Direito não são comprehendidos, é expôr-se a duplo inconveniente. Não podendo elle ser scientificamente interpretado, não se podendo apprehender as consequencias pela comprehensão dos principios, será desfigurado na pratica e substituida a sua execução pelo arbitrio disfarçado.

Mas no futuro a sua influencia será ainda mais funesta; porque quando a sciencia despertar e tentar progredir, encontrará nas formulas do codigo, apoiadas no poder do Estado, invencivel obstaculo.

Confrontando esta theoria com a historia do Direito Romano, mostra Savigny como os antigos costumes se forão lentamente modificando, e a par das velhas instituições collocando outras novas, que as completavão ou as corrigião, sem

romper-se violentamente o fio das tradições, seguindo pelo contrario o progresso uma lei de logicas evoluções; de sorte que a idade de florescimento da litteratura juridica dos Romanos é antes o resultado de toda a historia anterior daquelle povo, do que dos esforços dos jurisconsultos daquelle idade; que nem a estes acudio jámais a idéa de formularem um codigo, posto que não lhes faltasse a influencia politica, nem o amor pelo Direito; que esta idéa só appareceu ou antes só se realizou, no seculo vi, depois de haver o espirito nacional cahido em estado de plena decadencia.

Passando a examinar os tres codigos então em vigor na Europa—o austriaco, o prussiano e o francez, e a comparar com o estado dos respectivos povos, mostra o eminente professor de Berlim que estes não estavam preparados para recebêl-os, e que esses codigos, tornando-se o refugio official da mediocridade, não podem deixar de ser funestos tanto em relação á pratica, como ao desenvolvimento da sciencia juridica.

Ao lado destes dous grandes contendores apparecêrão Hugo, Eichhorn, Goeschen, Feuerbach e outros, e tomárão importante parte na peleja. Fr. von Raumer, porém, reconhe-

operar-se por meio de actos parciaes e successivos de sorte que o antigo edificio legislativo vá sendo reparado e substituido peça por peça ; mas este methodo, que parece facilitar a concentração da attenção do legislador em cada uma das materias especiaes de que successivamente se occupa, obsta á harmonia, que deve reinar em todas as partes da legislação, e que não póde existir sem que estas se fundem em noções syntheticas, subordinadas á unidade phylosophica .

Nem o proceder legislativo da Inglaterra póde ser argumento concludente, pois que não é a applicação de uma theoria, mas sim o resultado do genio desse povo, e das suas circumstancias historicas,

Sem duvida que nos periodos de elaboração das nacionalidades, emquanto a sua jurisprudencia ainda se não acha definitivamente constituida a codificação será inevitavelmente imperfeita, e poderá talvez retardar o livre e natural desenvolvimento do direito ; assim tambem nas quadras de decadencia nacional os codigos então decretados participão da geral degeneração dos elementos constitutivos da nacionalidade. Mas as nações cultas da Europa e da America em nenhum destes dous periodos se achão .

A elaboração da jurisprudencia na Europa moderna data do seculo xi (6); deste mesmo trabalho aproveitou a America civilisada, pois que ella é a continuação, ou antes nova e progressiva phase da Europa. Por outro lado, quaesquer que sejam os vícios da organização social das nações que pertencem á esphera da civilisação christã, não denuncião elles a degeneração e a decrepitude; tudo pelo contrario nos revela a plenitude de seu vigor varonil; — que o seu movimento ascendente na escala da civilisação ainda não parou, e longe está de parar.

Nem se tomem por symptomas de decadencia social os abusos politicos mais ou menos violentos, ou prolongados, a que algumas dessas nações tem estado sujeitas; estaremos talvez em idade climaterica de duração indefinivel, mas o seu termo será sempre nova phase do progresso. Os empeços, que a codificação oppõe ás reformas legislativas, podem em certas circumstancias ser um mal; não o serão, porém, hoje, que o movimento social reformista cresce em celeridade na razão do quadrado das distancias percorridas. Eloquentes exemplo desta

---

(6) V. T. 5, Cap. 2 § 1.

A reforma, porém, mais difficil, e hoje mais reclamada pela opinião publica, é a da legislação civil. Entretanto o poder legislativo, salvo algumas medidas especiaes, ou relativas á organização judiciaria civil, tem-se abtido de tocar neste grave e melindroso assumpto, conscio sem duvida das difficuldades que as assembléas, onde predomina o caracter politico, encontram na organização dos Codigos Civis. Semelhante trabalho, que exige enorme massa de conhecimentos theoreticos e praticos, só pôde ser vantajosamente elaborado no seio de comissões de profissionaes. As assembléas devem limitar-se a adoptar ou regeitar no todo o trabalho assim preparado, segundo o juizo que formarem dos seus principios fundamentaes, ou a emendal-o de modo que não desnaturem o systema. De accôrdo com estas idéas confiou o governo imperial a um distincto jurisconsulto brasileiro o trabalho prévio da consolição das leis civis, e depois o da confecção do projecto doCodigo Civil (15) que tem de ser sub-

---

n. 737, e 738 de 25 de Nov. de 1850, n. 1597 de 1.º de Maio de 1855, etc..

(15) D. n. 2318 de 22 de Dez. de 1858; n. 2337 de 11 de Jan. de 1859.

mettido aa exame de uma commissão de jurisconsultos.

Mas, este projecto do Codigo não foi concluido, por desistencia do seu autor; sendo encarregado desta tarefa um conselheiro do Estado que, depois de cinco annos de trabalho, apenas deixou redigidos alguns artigos.

## CAPITULO 2.º

DOS DIVERSOS SYSTEMAS DE CODIFICAÇÃO CIVIL.

### § 1.º

#### *Noções geraes.*

Ninguem por certo contestará a necessidade da boa classificação das materias comprehendidas no Codigo Civil (1); mas que fim principalmente deverá ter o legislador em vistas,

---

(1) Si... quispiam effecerit, ut primùm omne jus civile in genera digerat, quæ perpauca sunt deinde eorum generum quasi quædam membra dispartiat, tum propriam cujusque vim definitione declaret, perfectam artem juris civilis habebitis, magis magnam atque uberem, quam difficilem et obscuram. Cicero De oratore.

—a maior facilidade dos Jurisconsultos, ou dos particulares, em acharem as regras de Direito, applicaveis a cada um dos casos occorrentes?

Se se attender ao commodo dos primeiros dever-se-ha adoptar o methodo mais conhecido e mais usado, quaesquer que sejam os seus defeitos, e a methodologia juridica permanecerá sempre estacionaria; se dermos preferencia ao commodo dos segundos, deveremos dividir oCodigo em tantas partes distinctas ou codigos particulares quantas forem as classes das pessoas, segundo o seu estado e profissão, o que produziria a geminação e confusão de disposições, que nem com o expediente do codigo geral preliminar seria possivel evitar (2).

O alvo principal do legislador deve ser a exposição clara e completa do Direito; e só o alcançará elle, seguindo a ordem logica, pela qual os principios juridicos se aggrupão, ou se deduzem uns dos outros. Dest'arte será mais facil para todos os que tem a necessaria educação intellectual, descobrir os principios cuja

---

(2) Blondeau, Essais sur quelques points de legislation, et de jurisprudence: 4.<sup>o</sup> De la reforme des classif. jur.; Bentham, Vue generale d'un corps complet de législation Cap. 4.

applicação pretenderem fazer, comprehendêl-os uns pelos outros e retêl-os na memoria.

§ 2.º

*Systema dos Romanos.*

O mais antigo dos methodos conhecidos, e o que maior voga tem tido, é o de Gaio (3), que alguns Jurisconsultos fazem remontar a Servio Sulpicio (4), e que Hugo, posto que lhe attribua outra origem, reconhece como roborado de longa autoridade tradicional (5). Consiste elle em dividir toda a materia da legislação civil em tres partes, uma relativa ás *pessoas*, outra ás *cousas*, e a terceira ás *acções*.

Posto que Justiniano pretendesse dar força legislativa a este principio de classificação (6), como se se podessem decretar as verdades

---

(3) Comm. 1 § 8.

(4) Blondeau cit. p. 118 not. 1.

(5) Savigny. Tr. de Dr. Rom. § 59 nots. *f e s.*

(6) Omne jus, quo utimur, vel ad personas pertinet, vel ad res, vel ad actiones.—Gaio Fr. 1, D. De statu hominum (1.5); § 12 Inst. De Jur. nat. gent., et civ. (1,2.)

scientificas, nem por isso tornou-se elle mais exacto e verdadeiro. O mesmo Imperador não se lhe conservou fiel na coordenação das suas diversas compilações legislativas (7), e hoje

---

(7) As Institutas são divididas em 4 livros (em honra dos 4 elementos); dos quaes o 1º, depois das noções geraes sobre a Justiça, o Direito e suas divisões, trata da escravidão, do patronado, do patrio poder, das nupcias, da tutela, e curatela; o 2º da divisão das cousas, da aquisição do dominio, e dos seus diversos elementos, das doações e alienações em geral, e da successão testamentaria; o 3º da successão *ab intestato*, e das obrigações que nascem dos contractos e quasi-contractos; e o 4º das obrigações que nascem dos delictos e quasi-delictos, das acções, dos juizos privados o publicos.

Justiniano (Const. Tanta, Sec. Præf. De confirm. Dig.) Diz-nos que o Digesto é dividido em sete partes, e indica-nos a materia de que cada uma dellas consta; examinando, porém os 50 livros, de que consta esta compilação, observamos que esta divisão é apenas tributo supersticioso ás virtudes mysteriosas do numero sete (7 espheras, 7 planetas, 7 dias da semana, 7 sacramentos, 7 peccados mortaes, etc.)—*et in septem partes eos digessimus non perperam, neque sine ratione: sed in numerorum naturam, et artem respicientes, et consentaneam eis divisionem partium conficientes*;—que ella não interrompe a serie dos livros; que cada uma dessas partes contém materias heterogeneas, e que na sua successão e classificação não

está provado que Florentino também não o adoptou nas suas Institutas, nem o proprio Gaio nas suas *Res quotidianæ* (8).

O methodo de Gaio não se presta com effeito á boa distribuição das materias de um codigo.

Se entender-se que o tratado das pessoas deve comprehender todos os direitos, pertencentes ás

---

ha o menor vislumbre de ordem e symetria. Entretanto Giphanius sustenta que esta classificação foi modelada pela do Edicto Perpetuo de Juliano a qual se derivava em grande parte do systema de Sabino.

O Codigo, segundo aquelle Jurisconsulto, comprehende 3 grandes divisões : uma para o Direito publico, outra para o Direito privado, e a terceira para o Direito quasi publico, o das corporações e do fisco; a parte destinada ao Direito privado, accrescenta elle, subdivide-se segundo os meios que se devem empregar para impedir ou reparar o mal resultante da violação dos direitos; a ordem chronologica, segundo a qual se devem empregar estes meios, dá lugar a nova subdivisão em tres partes ; 1.<sup>a</sup>, a que precede á instrucção do processo ; 2.<sup>a</sup>, a instrucção e a sentença ; 3.<sup>a</sup>, a execução das condemnações ; e esta 2.<sup>a</sup> parte ainda se subdivide segundo a natureza das acções reaes, pessoas ou prejudiciaes. Savigny cit. § 59 ; B. St. Prix Hist. du Dr. Rom. Sect. 3 cap. 3 e 4; Blondeau cit. 8.<sup>o</sup> Des methodes de Classif. p. 12 not. 1.

(8) Savigny cit. § 59 not. e.

peessoas, abrangerá elle todo o Direito Civil, pois que não ha direito, que não pertença a uma pessoa, natural ou de criação legal (9). Assim tambem póde-se encerrar todo o Direito Civil no tratado das *cousas* ou das *acções*, se por *cousas* entendermos tudo quanto póde ser objecto dos direitos, ou uma parte do mundo fatal ou as obrigações livremente estipuladas, ou as que são impostas pela natureza no seio da familia, e se nas *acções* comprehendermos os direitos, que nellas se resolvem.

E' certo que nenhum destes é o sentido em que é entendido, e empregado este principio de triplice classificação; mas qualquer que seja a intelligencia, que se lhe dê, não se escapará a graves, insolveis difficuldades. Assim Hugo entende que o tratado das pessoas só encerra a doutrina da capacidade de Direito, e as condições relativas á triplice *captis deminutio*; mas esta idéa não se harmonisa com a natureza da materia

---

(9) Hermogen. fr. 2 D. De stat. hon. (I, 5).—  
Quum igitur hominum causa omne jus constitutum sit...

Inst. de Justin. § 12, De jur. nat. (I, 2).—  
Nam parum est jus nosse, si personæ, quarum causa constitutum est, ignorentur.

contida no primeiro livro das Institutas de Justiniano e de Gaio ; pois a tutela de que ellas tratão nenhuma relação tem com a capacidade de adquirir direitos, e sim apenas com a de exercêl-os, e ellas não definem, nem desenvolvem as divisões relativas ao estado de cidade (10).

Tambem não se póde entender com Mühlbruch, que esse tratado comprehende a doutrina do *status* e as relações de familia, porque não ha razão philosophica para que se reunão estes dous objectos (11).

A designação do lugar onde devem ser collocados os direitos relativos ás obrigações, ainda é objecto de maior duvida. Hugo, fundado na autoridade de Theophilo, considera as obrigações como introduccão ao tratado das acções, e portanto como pertencendo á terceira parte (12). Outros a classificão na segunda parte, qualificando-as de *res incorporales*, e um dos elementos do *direito dos bens*. Vulteius, finalmente, dividindo o direito das pessoas em *poder e obrigações*, as inclue na primeira parte (13).

---

(10) Savigny cit. § not. *i*.

(11) Savigny cit. § not. *g*.

(12) Savigny cit. § not. *p*.

(13) Blondeau cit. pag. 123 not. 1.

Tambem o tratado das acções suscita grande difficuldade. Com effeito ellas pódem ser consideradas como o direito de fazer reconhecer pela autoridade judiciaria, e realizar com o auxilio della, os nossos direitos, ou como os meios praticos pelos quaes se consegue este reconhecimento e realização (14). No primeiro caso este tratado seria a ociosa compilação de todo o Direito Civil, a qual conviria evitar, expondo cada uma das acções á proporção que se tratasse das instituições a que ellas se referem; no segundo caso elle não devêra fazer parte do Codigo Civil theoretico, e sim do de processo.

## § 2.

### *Systemas modernos.*

Para evitar-se as difficuldades, que acaba-

---

(14) Celso fr. 51, D. De oblig. et act. (XLIV, 7). — Nihil aliud est actio, quam *jus* quod sibi debeat, judicio persequendi. Esta definição, ligeiramente modificada nas palavras, foi transferida para as Inst. L. 4 T. 6 pr. — V. Cod. L. IV, T, 10 De oblig. et act.; Heineck Recit. § 1125 — actio est medium legitimum persequendi in judicio jura, quæ tum in re, tum ad rem cuique competunt.

mos de expôr tem-se tentado crear novas classificações ; mas os vicios a ellas inherentes não permittirão que o seu uso se generalizasse (15).

Assim Vulteius divide o Direito privado em *jus absolutum*, que comprehende os direitos que não presuppõem a existencia prévia de outros, e *jus relatum*, que trata das acções, ou de direitos que só existem por terem outros sido violados, ou estarem ameaçados de sê-lo. Elle subdivide o primeiro em duas partes : 1.º, o direito das pessoas, que comprehendem o tratado do poder publico e privado e o das obrigações ; 2.º, o direito das cousas, que comprehende o dominio, a posse, as servidões e as successões.

Conradus Lagus faz uma classificação em seis partes, e comprehende na primeira divisão as pessoas e o poder ; na segunda, o direito de propriedade, os modos de adquiril-o ou perdê-lo, e as successões ; na terceira, as obrigações e as causas, que as fazem nascer ou cessar (inclusive os delictos e quasi-delictos) ; na quarta, as acções, excepções, e cessões de bens ; na quinta,

---

(15) Sobre a exposição dos seguintes systemas de classificação V. Blondeau cit. 8.º. Des methodes de Classification.

os juizos ou formas de processo ; e na sexta, os privilegios ou direitos particulares a certas classes de pessoas por causa de sua dignidade, profissão, idade ou sexo.

Connanus, embora se não propozesse a crear novo systema de classificação e sim apenas a restaurar a pureza do das Institutas, alterou este sensivelmente, compondo com as convenções de familia um tratado particular, que colloca depois do dominio e das obrigações, e antes das successões.

Vigelius, posto que tenha defendido a compilação Instiniana contra Vulteius, reconhece os defeitos de sua classificação, e adopta uma divisão em sete partes, das quaes a primeira trata do Direito publico ; a segunda, do Direito das pessoas, do casamento, patrio poder, escravidão, e patronato ; a terceira, do Direito de propriedade, e dos seus desmembramentos, de certos modos de adquiril-o ou perdêl-o, das acções reaes e interdictos possessorios ; a quarta das causas de aquisições que denomina lucrativas, as successões, legados, fidei-commissos, doações *inter vivos* e *causa mortis* ; a quinta, das obrigações ou a primeira especie de causas de aquisições por titulo oneroso ; a sexta, dos delictos ou quasi-delictos ; a setima, dos modos

de conservar, perder, ou recuperar os direitos e especialmente das excepções, dos modos de extinguir as obrigações, e das restituições *in integrum*.

Althusius faz uma divisão em tres livros : o primeiro, trata dos modos de adquirir os direitos; o segundo, das causas geraes e especiaes pelas quaes elles se perdem ; o terceiro, das pessoas que tomão parte nos processos, isto é, o juiz e seus agentes, as partes e seus agentes, da competencia das accções e excepções, e das fórmãs do processo. O primeiro livro comprehende : I, as noções geraes sobre cousas, pessoas, factos e direitos ; II, a divisão dos direitos em : 1.º, dominio e seus desmembramentos ; 2.º, diversas especies de poder, — do senhor do pai e do marido ; 3.º, os direitos que correspondem ás obrigações ; III, os modos de adquirir (nos quaes se comprehendem as successões testamentarias *ab intestato*), e as origens das obrigações (entre as quaes colloca os delictos).

Leibnitz propõe classificação inteiramente nova, e a funda na differença das causas que fazem nascer, ou extinguir, as obrigações e direitos, taes são : a natureza, a convenção, a posse, a successão e o delicto.

Domat reduz toda a materia do direito civil ás obrigações (*engagements*) e successões, e comprehende na primeira parte tanto as obrigações provenientes das convenções, como as que emanão das relações de familia, posto que não desse a estas o devido desenvolvimento.

Pothier nas suas *Pandectas* segue a ordem das de Justiniano; entretanto no titulo *De regulis juris* ensaia nova classificação que approxima-se da de Gaio.

Nenhum destes diversos systemas de classificação conseguiu generalizar-se na sciencia, e o antigo ficou sempre predominando. Dos modernos Codigos uns, como o da Hollanda, o seguem fielmente; outros, como o da França, parecem querer affastar-se d'elle, mas não o conseguem inteiramente, nem o substituem por algum que melhor satisfaça as aspirações da sciencia (16).

---

(16) Consolidação das leis civis, Introd. p. 24 e seg. O Sr. Conselheiro Seabra devida o seu projecto do Codigo civil portuguez nas seguintes partes :

P. 1.º Liv. un.—Da capacidade civil.

P. 2.º Da aquisição dos direitos.

L. 1.º Dos direitos originarios e que se adquirem

Deveremos, porém, resignar-nos a aceitar o velho methodo commum de classificação das leis apezar dos seus indefensaveis defeitos? Não, por certo, tanto mais quanto, seguindo a vereda aberta pelos modernos Jurisconsultos germanicos será facil substituil-o.

§ 1.º

*Systema preferivel.*

Para bem classificarmos os preceitos que constituem a legislação civil, o methodo mais acertado e natural é indagarmos as diferenças das relações regidas por estes preceitos, e donde elles emanão.

---

por facto e vontade propria, independentemente de cooperação de outrem.

L. 2.º Dos direitos que se adquirem por facto e vontade propria e de outra conjuntamente.

L. 3.º Dos direitos que se adquirem por mero facto de outrem ou simples disposição da lei.

P. 3.º Liv. un.—Do direito de propriedade.

P. 4.º Da offensa dos direitos e sua reparação.

L. 1.º Da responsabilidade civil.

L. 2.º Das acções.

O Sr. A. T. de Freitas na sua Nova Apostilla mostra largamente os vicios deste plano, e que o proprio autor o não realizou fielmente.

Ora, entre todas as relações humanas encontramos algumas, que se distinguem por seu caracter de naturalidade, necessidade e permanencia, que abrangem o homem inteiro, considerado, não como um ente segregado dos outros no universo, mas como membro do grande organismo humanitario ; taes são as relações que unem entre si os conjuges, os pais e filhos, e os parentes ; as regras juridicas, que as regem, constituem o *Direito de familia*.

Com effeito, estas relações emanão de necessidades indeclinaveis, de tendencias irresistiveis da natureza humana.

Para que os individuos se liguem estreita e indissolvelmente á humanidade, e exerção perfeitamente as funcções que lhes cabem como órgãos della, precisão completar-se pela união com outros de sexo differente, união que é a condição da sua reprodução, e consequentemente da sua perpetuidade no seio da humanidade. Assim, a familia é o organismo elementar do Estado e da humanidade ; os individuos se ligão a estes por meio della.

A familia não repousa, pois, sómente sobre o elemento legal, e sim tambem sobre os elementos natural e moral ; e tão larga influencia tem

estes, que grande parte das relações de familia é por elles exclusivamente regida.

Nem o elemento juridico estende-se a mais do que a determinar as condições sob as quaes essas relações nascem, desenvolvem-se, e as influencias que o direito dos bens soffre em relação ás tres grandes instituições de familia,—o casamento, o patrio poder, e o parentesco (17). As regras, em que se desenvolve e applica o elemento juridico da familia, tem pois character especialissimo, distincto do das mais regras juridicas, e constituem naturalmente uma das grandes divisões do Direito Civil, o *Direito de familia*.

Completado, porém, o homem por meio da familia, precisa submeter á sua vontade e assimilar-se parte do mundo exterior, sem o que não poderá preencher o seu fim na terra, e nem sequer existir por um momento. O acto pelo qual o homem subordina o fim das cousas ao seu, ou estabelece o seu imperio exclusivo e absoluto sobre ellas, é o que se denomina appropriação, e o direito que sobre ellas adquire—propriedade.

---

(17) Savigny cit. § 54.

Mos este imperio absoluto da vontade humana sobre as cousas póde desmembrar-se em direitos diversos, que, sob a denominação de *jura in re*, formão outras tantas instituições particulares, e podem residir em pessoas diferentes.

Assim, as relações que ligão entre si os varios sujeitos desses *jura in re*, tem caracter especial, bem como as que os ligão, ou ao pleno proprietario, para com todos os demais homens; este caracter é inteiramente negativo, é o dever que todos tem de respeitar o uso que cada um quizer fazer da sua propriedade, ou do seu *jus in re*. As leis que regem estas relações dos homens por intermedio das cousas, ou o imperio pleno ou fraccionario do homem sobre as cousas, constituem outra grande divisão do Direito Civil, que se póde denominar o *Direito das cousas*.

Mas se os homens se devessem limitar ás conquistas que cada um póde directa e immediatamente fazer sobre o mundo exterior, sua acção se restringiria a estreito circulo, e se romperia um dos mais fortes laços da solidariedade universal, que os une como membros da humanidade, permanecerião em eterna selvageria,

e não poderão realizar os gloriosos destinos que a Providencia lhes marcou.

Assim, porém, não succede; todos os homens, qualquer que seja o paiz que habitem, ou o tempo em que vivão, achão-se ligados pelos laços da permutação e da prestação gratuita de serviços, ou de serviços directos e pessoas, — productos immateriaes, ou de serviços incarnados nas cousas, — productos materiaes. O acto pelo qual um individuo presta, ou promette prestar a outrem os seus serviços de qualquer das duas especies, chama-se contracto.

As relações provenientes dos contractos tem pois tambem character distincto, e é que estendem a esphera de nossa livre actividade, não já directamente sobre o mundo fatal, mas sobre outros entes livres, iguaes a nós, e só por intermedio destes, algumas vezes, sobre as cousas materiaes.

Não tratamos agora do caso em que, contrariando a natureza, attrahimos para essa esphera a pessoalidade inteira de outros entes livres, e estabelecemos sobre elles o nosso imperio absoluto, porque então ficão elles *despessoalisados*, reduzidos ao estado de cousas, e denominão-se escravos.

Tratamos sómente dos casos da subjeição, parcial e livremente consentida, de uma pessoa á vontade alheia, subjeição esta que, na phrase do Direito Romano, se denomina *obrigação*.

E' manifesto que as relações, que emanão das obrigações, distinguem-se perfeitamente das que prendem entre si os membros da familia, e das que ligão os homens ás cousas, ou uns aos outros por meio destas; devem pois formar grupo distincto, e as leis que as regem a terceira grande divisão do Direito Civil, que se denomina *Direito das obrigações*.

Estas tres especies de relações juridicas esgotão toda a materia do Direito Civil, isto é, não ha relações, comprehendidas na esphera deste Direito, que possam constituir quarta e inteiramente distincta especie.

Ha, entretanto, certas instituições, onde se mesclão relações de ordens differentes, e que, portanto, pertencem e podem ser classificadas ao mesmo tempo em mais de uma das tres grandes divisões do Direito Civil.

Assim o Direito hereditario acha-se inteiramente ligado ao Direito de familia, porque é um dos corollarios do principio que o filho continúa

a personalidade do pai depois da morte deste, transmite-a aos seus proprios descendentes, e dest'arte a perpetua no seio da humanidade. Liga-se tambem ao direito das obrigações, por que nos casos de successão testamentaria, é o resultado do concurso livre da vontade do testador que transmite á herança, e do herdeiro que a aceita; entretanto em si mesmo é o complexo dos direitos reaes e dos das obrigações, que o defunto possuia, e depois possui o herdeiro, e assim pertence elle simultaneamente ás tres divisões do Direito Civil (18).

Tambem muitas vezes succede que se estabelecão relações juridicas entre varios individuos pelo facto commum de todos possuirem direitos sobre a pessoa e bens de outrem, direitos que se excluem ou se limitão reciprocamente; é o que se denomina *concurso de credores*. Assim, podem concorrer á partilha dos bens de um devedor insolvel pessoas que tenham direitos reaes, dominio ou hypotheca, em parte desses bens, ou cujos direitos provenhão de obrigações contrahidas pelo devedor, ou pela massa fallida. Torna-se então necessario que todas estas pes-

---

(18) Savigny cit. § 57; Consol. das Leis Civis, Introd. p. 102.

soas tenham o direito de discutir a legitimidade das pretensões uns dos outros, e que se estabeleçam regras segundo as quaes se decida a preferencia entre ellas. E' manifesto que se estabelecem entre os credores concorrentes não se podem classificar exclusivamente em nenhuma das tres anteriores divisões do Direito Civil (19).

Convirá, porém, disseminar pelas tres partes do Direito Civil as regras do Direito relativas a estas instituições de character mixto, á proporção que se tratar das materias que com ellas tem mais estreito nexa, ou desenvolver completamente cada uma destas instituições em qualquer dessas tres partes com que pareça ter mais analogia?

No primeiro caso se romperia a unidade da exposição, e se correria perigo de deixar alguma lacuna, geminação ou confusão nessas regras; no segundo caso se adoptaria um principio de arbitraria preferencia, que nada justificaria. Parece, pois, mais conforme ás exigencias do methodo scientifico formar com a materia das successões e concursos de credores uma quarta Divisão do Direito Civil.

---

(19) Mackeldey Man. de Dr. Rom. § 762 e seg.; Cons. das Leis Civis, Intr. pag. 103.

Entretanto, o illustre autor da *Consolidação das leis* adoptou differente methodo, reunio o direito de familia e o das obrigações em um só tratado, que denomina dês direitos pessoaes, incluiu a successão *ab intestato* e testamentaria no tratado dos direitos reaes, e distribuiu por ambos as regras sobre o concurso de credores, ligando-as ás materias com que tem mais estreita relação.

Razões ponderosas, porém, oppoem-se á adopção desta classificação, razões que Savigny (20) enumera, e que aliás bem conhecidas são do distincto jurisconsulto brasileiro. Quanto á reunião do direito de familia com o das obrigações, observamos que o que entre elles ha de commum, é ligarem directamente pessoas entre si, e não pessoas ás cousas. Ha, comtudo, pontos essenciaes que os distinguem e que antes approximão o direito das obrigações do direito das cousas.

Com effeito, as obrigações tem por objecto um acto individual, emquanto os deveres de familia abrangem a pessoalidade inteira ; a materia das obrigações é arbitraria, pois ellas podem

---

(20) Savigny cit. § 53.

recahir em qualquer acto humano, emquanto a dos deveres de familia é determinada pela natureza do homem, como membro do organismo humanitario ; as obrigações são temporarias, emquanto as relações de familia persistem identicas.

Pelo contrario, para conhecermos quanto as obrigações approximão-se dos direitos reaes, a ponto de alguns distinctos jurisconsultos allemães as considerarem como ramo do *direito dos bens*, basta attendermos, que ambos trazem em resultado a ampliação do poder ou da vontade livre do individuo além dos seus naturaes limites no mundo externo ; ambos são exclusivamente regidos pelo direito positivo, emquanto grande parte das relações de familia achão-se excluidas deste, e sómente são determinadas pelos elementos, natural e moral, que entrão na sua constituição ; póde dar-se a ambos um denominador commum, reduzindo-os a valor pecuniario, e, portanto, podem ambos servir para transferir-nos a propriedade de certa porção de moeda ; finalmente, a maior parte das obrigações, e as mais importantes, tem por fim directo dar-nos a aquisição definitiva, ou o gozo temporario, da propriedade.

Mas, ao inverso das instituições formadas

pela combinação e applicação harmonica de regras juridicas de naturezas diversas, encontramos no Direito Civil principios syntheticos, que mais ou menos modificados podem-se applicar a todas as instituições de Direito ; taes são as noções geraes relativas á natureza do sujeito e objecto dos direitos, e aos factos que engendram ou extinguem as relações juridicas. Com effeito, quer se trate dos direitos de familia, dos direitos das obrigações, dos direitos reaes, ou de qualquer combinação de uns e outros, será sempre indispensavel recorreremos a estas noções geraes, para podermos solver questões que diariamente occorrem na vida practica.

Onde, porém, convirá expor estes principios syntheticos ? A solução desta questão emana das mesmas considerações que prevaleceram em nosso espirito para collocarmos em divisão especial o direito das successões e concurso de credores ; assim, as regras relativas a esses elementos communs de todas as instituições civis deverão ser objecto de uma parte complementar, ou antes preliminar do Direito Civil.

Cumpre-nos, entretanto, ponderar que a confecção desta parte é de todas a mais difficil ; porque ordinariamente apresentam-se na jurisprudencia sob a fórma concreta os principios que

a devem constituir ; e ao despir-os desta fórma para elevá-los á generalidade, póde succeder que os envolvamos com outros que sómente são verdadeiros sob aquella fórma e em especiaes applicações, de sorte que esta generalidade arbitraria e ficticia não póde deixar de desnaturalizá-los e de dar occasião a graves e numerosos erros (21).

Outro não menor perigo corre o legislador na generalisação destes principios, e é revesti-los de fórma vaga ou obscura, ou sahir da esphera da legislação para a da pura sciencia. Cumpre que os codigos, além de methodicos e escriptos em linguagem precisa, mas clara, não contenhão theses meramente especulativas ou doutrinaes.

Em geral, deve sempre o legislador ter em vistas, que não tem por missão formular um Direito ideal, e sim o Direito real que vive no seio da nação, podendo apenas melhora-lo tanto quanto as circumstancias o comportarem. *In rebus novis constituendis evidens esse utilitas debet, ut recedatur ab eo jure, quod diu æquum visum est* (22),

---

(21) Savigny cit. § 58.

(22) Ulp. fr. 2, D. De Const. Prin. (I,4).

## TITULO V

### Da litteratura juridica.

#### CAPITULO I

##### DA JURISPRUDENCIA ROMANA.

Só depois que a legislação, sahindo dos mysterios do sanctuario, patenteou-se á plebe nas XII Taboas, que Cn. Flavius divulgou as formulas das acções, e o Calendario Judiciario, e T. Coruncanus ensinou publicamente o Direito, é que começou-se a formar em Roma uma litteratura juridica, que se foi incessantemente desenvolvendo até constituir o immenso thesouro que a torna sem rival.

Não podemos, pois, com Vinnio (1) con-

---

(1) Vinn.— Historia seu processus Juris Civilis Romani — divide a historia da jurisprudencia romana em tres idades: — 1.<sup>a</sup>, a da realza; 2.<sup>a</sup>, a da republica; 3.<sup>a</sup>, a dos imperadores; e sub-

siderar o periodo da realza como a primeira idade da litteratura juridica dos Romanos; e nem sequer incluimos nesta o que se estende da expulsão dos Lucumons até a promulgação da lei decemviral, *fons publici privatique juris* (2).

Desta lei dataremos a primeira idade que se estende até o tempo de Augusto, e comprehende pouco mais de quatro seculos e meio (452 — 30 annos antes de Christo). Gravina

---

divide a ultima em tres epocas:— a 1.<sup>a</sup>, a de Augusto a Constantino — o Grande; a 2.<sup>a</sup>, deste imperador a Theodosio o moço; a 3.<sup>a</sup>, de Theodosio o moço a Justiniano. Gravina a divide em quatro idades; antiga, média, moderna e modernissima; a antiga começa com a publicação das leis das XII Taboas, e finda no tempo de Cicero (350 annos approximadamente; a média estende-se de Cicero até Augusto (79 annos approxim.); a moderna de Augusto até Justiniano; a modernissima desde este Imperador até o anno 751, em que com o exarcado de Ravenna desaparecêrão no occidente as ultimas ruinas do dominio Romano. B. St. Prix adopta a divisão de Gravina, menos quanto á 3.<sup>a</sup> idade, que elle a divide em outras tres: — de Augusto a Hadriano, deste a Constantino, e deste a Justiniano.

(2) Tit. Liv. III, 44.

qualifica a primeira parte que vai até Cicero com os epithetos — *aspera, tenebriosa, et tristis, non tam in æquitate, quam in verborum superstitione fundata.*

Entretanto, foi nesta idade que os Pretores o os Edis, por meio de seus Edictos, começaram a formar lentamente o — *jus honorarium* —, fundado sobre os costumes geraes dos povos (*jus gentium*) e os principios de equidade, aceitos pela razão universal (*æquitas*), o qual supprio as lacunas do direito stricto (*jus civile, strictum*), e abrandou a sua primitiva aspereza (3).

Foi tambem então que os jurisconsultos, por meio das suas *responsa* e *consultationes fori*, come-

---

(3) Papin fr. 7. D. De Just. et Jur. (I, 1).— Jus prætorium est, quod prætoris introduxerunt, adjuvandi, vel supplendi, vel corrigendi juris civilis gratia, propter utilitatem publicam, quod et honorarium dicitur, ad honorem prætorum sic nominatum.

Pomp. fr. 2 § 10. D. De orig. jur. (I, 2).—Eodem tempore et magistratus jura reddebant: et ut scirent cives, quod jus de quaque re quisque dicturus esset, seque præmunirent, *edicta* proponebant; quæ *edicta* prætorum, *jus honorarium* constituerunt. Honorarium dicitur, quod ab honore prætoris venerat.

çárão a lançar as bases do magestoso e quasi cyclopico monumento de sua litteratura juridica. (4)

Neste tempo florescêrão além do decemviro Appio Claudio, outro jurisconsulto do mesmo nome appellidado —*Centemmanus*—, que escreveu um livro sobre as acções, o qual já não existia no tempo de Pomponio; Sifronius, chamado pelo povo romano *Sophos*; Gaius Scipio Nasica, appellidado pelo senado —*optimus*, e a quem o publico deu uma casa na *via sacra*, para que mais facilmente pudesse ser consultado; P. Atilius, denominado o sabio; Sextus Elius, que escreveu uma obra intitulada *Tripertita*, a qual é considerada como o berço da jurisprudencia —*veluti cunabula juris*; Marcus Cato, *princeps Porciæ familiæ*, que tambem escreveu alguns livros; Publius Mucius Scævola, que deixou 10, e seu filho Quintus Mucius 18, Brutus 7, Manilius 3, Servius Sulpicius Rufus perto de 180; Anfidius Namusa, que collegio em 140 livros as obras de dez outros jurisconsultos, entre os quaes sobresaem Alfenus Varus e Aulus Ofilius intimo amigo de Cesar, tendo Ofilius dei-

---

(4) Pomp. fr. 2 § 5, D. Ce orig. jur. (I, 2). V. T. 2, Cap. 3 § 3 not. 1.

xado varias obras de Direito Civil, e sido o primeiro que escreveu sobre as leis *Vicensimæ* e sobre a jurisdicção (5).

Augusto abriu a segunda idade da litteratura juridica dos Romanos, não tanto pela sua ampla influencia politica, e pela profunda transformação porque passou o Estado, quando não de direito, ao menos de facto, como principalmente por haver tornado a faculdade, que tinham os jurisconsultos de responder ás consultas que se lhes fazião, dependente de licença sua, ao mesmo tempo que deu á essas respostas — autoridade quasi legislativa — *legis vicem* (6).

---

(5) Pomp. fr. cit. §§ 36—43 ; Gravina De ortu et progres. jur. civ. Cap. 47 — 65; Mackeldey — Man. de Dr. Rom. Introd. § 45; Maynz Élém. de Dr. Rom. § 47.

(6) Pomp. fr. cit. § 47.—Et, ut obiter sciamus, ante tempora Augusti publice respondentibus jus non á principibus dabatur: sed qui fiduciam studiorum suorum habebant, consulentibus respondebant. Neque responsa utique signata dabant: sed plerunque iudicibus ipsi scribebant, aut testabantur, qui illos consulebant. Primus divus Augustus, ut major juris auctoritas haberetur, constituit, ut ex auctoritate ejus responderent, et ex illo tempore peti hoc pro

Este periodo estende-se até Hadriano, que restituiu essa faculdade a todos os jurisconsultos (7) fez colligir os Edictos que os Pretores expedião, quando entravão no exercicio do seu cargo, harmonisar e completar as suas regras incoherentes e deffectivas, successivamente adicionadas umas ás outras sem plano systematica, despojal-as do que nellas havia obsoleto e repugnante ás idéas e costumes do seculo, e dest'arte formular novo Edicto, dividido methodicamente segundo a ordem das materias.

Já anteriormente Servio Sulpicio havia escripto dous livros sobre este assumpto ; limitou-se, porém, a dar noções muito succintas.

---

*beneficio capit : et ideo optimus Princeps Hadrianus, cùm ab eo Viri prætorii peterent, ut sibi liceret respondere, rescripsit eis, hoc non peti, sed præstari solere : et ideo si quis fiduciam sui haberet, delectari se ; populo ad respondendum se præpararet.*

V. o § 8 das Inst. De jur. nat. (I, 2) na nota 6 ao T. 2.º Cap. 3 § 3 ; Gravina cit. Cap. 43 ; Savigny Tr. de Dir. Rom. § 26 ; Mackeldy cit. § 43 ; Mayuz cit. § 66, B. St. Prix. cit. Sect. 1, C. 4.

(7) Como se deduz do fr. cit. de Pomp. § 47 ; v. B. St. Prix. Sect. 1, Cap. 4, e contra, Hugo cit. § 313, Mackeldey cit. § 43, in fin.

Oflío tambem se havia occupado com trabalho semelhante, e o tornára mais completo (8). Posto que esta compilação fosse muito estimada dos contemporaneos, não podia fixar definitivamente a fôrma do Edicto, por lhe faltar o character official; de sorte que com a promulgação de novos Edictos veio a alterar-se no correr do tempo o Direito pretorio, e o trabalho de Oflío a tornar-se insufficiente.

Hadriano confiou ao Pretor Salvio Juliano a tarefa da nova compilação systematica, e a confirmou por um Senatu-consulta. Então o Edicto tomou uma fôrma fixa e permanente, e tornou-se um dos principaes objectos do ensino e dos commentarios dos jurisconsultos, a começar do proprio Juliano (9).

---

(8) Pomponio fr. cit. § 44, diz ácerca de Oflío... idem edictum prætoris primus deligenter composuit; e accrescenta: nam ante eum Servius duos libros ad Brutum perquam brevissimos ad edictum subscriptos reliquit. V. Gravin. cit. Cap. 15 e 17; Mackeldey cit. § 41; Maynz cit. § 65; Hugo Hist. do Dir. Rom. § 177 e seg.: Falck. Jur. Encykl. § 70.

(9) Os Commentarios de Juliano intitulavão-se *Digestorum libri XC*, e os de Ulpiano *Libri LXXXIII ad Edictum prætoris*. Além destes tambem commentarão o Edicto — Pomponio, Paulo, Gaio, Callistrato,

Este periodo, que comprehende pouco mais de seculo e meio (30 a. Chr.— 130 dep.), é caracterizado pela tenaz e ardente disputa das seitas Proculeiana ou Pegasiana e Sabiniana ou Cassiana (10).

A primeira foi fundada por Antistius Labeon, filho de um dos amigos de Bruto, e com elle morto na batalha de Philipps; a segunda o foi por Atteius Capiton, amigo e adulator de Augusto e de Tiberio, sendo pela influencia do primeiro elevado ao consulado de preferencia á Labeon. A posteridade, porém, condemnando a predilecção imperial, elevou a reputação de Labeon immensamente acima da de Capiton. O Digesto conserva mais de sessenta fragmentos do primeiro, e cita os seus escriptos mais de

---

Furio Anthiano. A collecção mais completa que se tem feito do Edicto é a de Wieling — *Fragmenta edicti perpetui*, Franc. 1733. V. Heineck — *Hist. edictor, et edicti perpetui*; Hugo cit. §§ 311 e 312; Mackeldey cit. § 42 not. 12 — 14; B. St. Prix. cit. Sect. 2, Cap. 1, art. 1; Fack cit. § 70.

(10) Pomponio cit. fr. § 47; Gravina cit. L. 1, Cap. 73; Hugo cit. § 317; Mackeldey cit. § 46; Maynz cit. § 67; Fresquet. *Tr. Elem. de Dir. Rom.* ao § 9, L. 1, T. 4, das Inst.; B. St. Prix cit. Sect. 2, Cap. 2, art. 2.

quinhentas vezes; enquanto do segundo nenhum fragmento guardou, e apenas cita o seu nome sete vezes, duas das quaes por se referir á opinião de Servio.

Labeon, afferrado ás antigas instituições da liberdade patricia, não hesitava em innovar no Direito Privado, e conscio de sua alta capacidade e illustração afastava-se das opiniões dos antigos jurisconsultos sempre que lhe parecião contrarias aos dictames da sua razão.

Capiton, pelo contrario, aceitando de bom grado as innovações politicas de Augusto, submettia-se servilmente e com minucioso rigorismo á antiga jurisprudencia e Direito privado, procurando, em casos de duvida, entendê-lo benignamente e de modo mais favoravel ás transacções e á equidade.

A' seita de Labeon, além de Proculo e Pegaso de quem recebeu o nome, pertencêrão os dous Nervas, os dous Celsos, pais e filhos, Priscus Neratius, etc. Fizerão parte da de Capiton, além de C. Cassio Longino e Cælio Sabino que lhe derão os seus nomes, — Massurius Sabinus, Priscus Javolenus, Aburnus Valens, Salvio Juliano, etc. (11).

---

(11) Pomponio cit. fr.; Gravina cit. Cap. 73;

A terceira idade da litteratura juridica dos Romanos comprehende um seculo, pouco mais ou menos, e estende-se de Hadriano até o fim do bello reinado de Alexandre Severo (130 a 135 an. dep. de Chr.) E' esta a quadra em que vivêrão Volusius Mœcianus, Terentius Clemens, Papyrius Justus, Upius Marcellus, Q. Cervidius Scævola, Taruntenus Paternus, Mauricianus, Callistratus, Arrius Menander, Florentinus, acima de todos os quaes fulgurão os Nomes de Gaius, CEmilius Papinianus, Julius Paulus, Domitius Ulpianus, e Modestinus o derradeiro desta longa sêrie de grandes jurisconsultos (12).

Solidas por Salvio Juliano as principaes questões que havião separado as seitas dos jurisconsultos, estas se forão extinguindo no reinado dos Antoninos. Os jurisconsultos ecclecticos desta idade são denominados *miscelliones* segundo uma expressão de Festo — *Miscellliones appellantur, qui non certæ sunt sententiæ, sed va-*

---

Hugo cit. § 324 ; Mackeldey cit. § 46 ; Maynz cit. § 67  
Fresquet ao cit. § 9, L. 1, T. 4, das Inst. ; B. St. Prix  
cit. Sect. 2, Cap. 2, art. 2.

(12) Gravina cit. L. 1. Cap. 86 ; Hugo cit. § 328 e  
seg. ; Maynz cit. §§ 69 e 70 ; Mackeldey cit. § 47 ; B.  
St. Prix cit. Sect. 3, Cap. 2, art. 1.

*riorum, mixtoriumque judiciorum sunt.* O nome de *herciscundi*, que também se lhes deu, funda-se em um engano de Cujas na leitura de uma passagem de Servius *ad Virg, III, 60 (13)*.

Entretanto, alguns jurisconsultos deste período revelão certo pendor por uma ou outra seita; assim Papiniano e Paulo inclinão-se á Proculiana, enquanto Gaio se proclama Sabiniano.

Firmados os principios, a jurisprudencia tomou um desenvolvimento sereno amplo e magestoso, e attingio á plenitude do seu florescimento e vigor.

A quarta idade abrange quasi dous seculos, decorridos depois da morte de Alexandre Severo até Justiniano (235 a 528 dep. de Chr.). Nesta calamitosa quadra de guerras intestinas, de repetidas invasões de povos barbaros, e de completo desmoronamento da metade occidental do Estado Romano, a jurisprudencia não podia deixar de soffrer sensivel decadencia. Accresce que a dissolução moral da sociedade romana por um lado, e por outro a revolução profunda operada pelo Christianismo nos sentimentos, nos costumes,

---

(13) Hugo cit. § 317, not. 5; Maynz cit. § 67, not. 7; Mackeldey cit. § 47, not. 12.

nas idéas e nas instituições, devião necessariamente ferir de morte essa jurisprudencia essencialmente estoica e pagã. Com effeito, neste longo periodo apenas sobresaem á luz da historia os nomes de Gregorio e Hermogeniano, autores de duas collecções a que derão os seus nomes. Aurelius Archadius Charisius e Julius Aquilla; dos tres ultimos o Digesto nos conserva fragmentos. Foi em consequencia desta decadencia da jurisprudencia que Valentiniano III promulgou a chamada *lei das citações*, na qual estabeleceu as regras segundo as quaes se applicarião na pratica as opiniões dos juriconsultos dos seculos anteriores (14).

Dos juriconsultos contemporaneos de Justiniano já assaz tratámos precedentemente; com elles termina-se para nós a litteratura juridica dos Romanos; porque é sob a fórma que derão ao Direito Romano por determinação deste Imperador que este Direito serve de fonte subsidiaria ao patrio (15).

---

(14 Savigny cit. § 26; Hugo cit. § 329, not. 2 e § 385; B. St. Prix cit. Sect. 1. Cap. 4 e not. 29.

(15) V. T. 2, Cap. 4 § 1; Hugo cit. § 409; Maynz cit. § 80; Mackeldey cit. § 51; Falck cit. § 74; B. St. Prix cit. Sect. 1, Cap. 4, in fin. e Sect. 5, Cap. 2, § 1.

Para avaliar-se o gráo de estima, consideração social e influencia politica de que em todos os tempos gozárão os jurisconsultos Romanos, assaz é lembrar que durante a republica os mais distinctos d'entre elles forão elevados ao tribunate, á pretura, á censura, ao consulado e ao summo pontificado; e no tempo dos Imperadores vivião em familiaridade com estes, fazião parte dos seus conselhos e alguns como Papiniano, Paulo e Ulpiano alcançárão a suprema magistratura — a prefectura do Pretorio 16.

Os numerosos e importantes trabalhos desses jurisconsultos podem ser classificados nas seguintes ordens (17);

I. *Commentarios* especialmente sobre a lei das XII Taboas, o Edicto, alguns decretos do Povo e Senatus-consultos.

II. *Systemas*: aos resumos davão-se os nomes de *Institutiones*, *Regulæ* e *Difnitiones*; aos tratados mais desenvolvidos o de *Digesta*.

---

(16) Gravina cit. L. 1, Cap. 47 e seg.; B. St. Prix. cit. Sect. 1, Cap. 4.

(17) Mackeldey cit. § 48; B. St. Prix. cii. Sect. 1, Cap. 4.

III. *Commentarios sobre os systemas de outros jurisconsultos.* como os *libri ad Sabinum*.

IV. *Monographias*, ou tratados especiaes sobre certas materias juridicas, como testamentos, doações, etc., os quaes se denominavão — *Libri singulares*.

V. Escriptos dos casuistas, ou collecção de consultas, discussões e decisões,—*responsa, epistolæ, questiones, disputationes, libri variarum lectionum, differentiarum, membranarum, casibus enucleatis*.

Do immenso thesouro de sabedoria juridica accumulado pelos Romanos, pouco entretanto nos resta. Desde que Justiniano na Constituição promulgada para confirmação do Digesto (§ 19) prohibio o citar as antigas leis e trabalhos dos jurisconsultos, sob as penas de falsidade para quem o fizesse e o juiz que o tolerasse, esses trabalhos cahirão no olvido, e quasi todos perdêrão-se completamente. Diz-se até, posto que sem fundamento historico, que por ciume este Imperador os fez queimar. Do geral naufragio apenas restão-nos os seguintes fragmentos (18) :

---

(18) Hugo cit. § 410 e seg.; Mackeldey cit. §§ 57 e 59 ; B. St. Prix. cit. Sect. 1, Cap. 4, e Sect. 4 Cap. 1

I. *Gaii institutionum commentarii quator*.— Até o começo do presente seculo só se conhecião alguns fragmentos mutilados e interpolados das Institutas deste jurisconsulto, conservados na collecção de Alarico II, chamada tambem— *Breviarium Aniani* do nome do referendario daquelle rei. Em 1816 porém o illustre Niebuhr descobrio em Verona um palimpsesto, contendo a maior parte desta obra. Gaio escreveu tambem as *Res quotidianæ* de que falla Justiniano na Const. Institut. Procem. § 6.

II. *Ulpiani fragmenta*.— Foi dos escriptos deste jurisconsulto que a Collecção Justinianeã recebeu a maior porção dos extractos, além dos quaes tambem possuímos parte do seu tratado intitulado—*Liber regularum singularis*.

III. *Pãuli recëpitæ sententiæ*.—Além dos fragmentos insertos no Digesto, uma porção maior desta obra nos foi conservada no *Breviarium Aniani*.

IV. *Fragmenta regularum veteris jurisconsulti de juris speciebus et manumissionibus*.— Foi

---

art. 2 ; Eschbach Introd. gén. n. 122; Falck cit. § 89 ; Maynz cit. § 81.

Dositheus quem nos transmittio um trecho desta obra de autor desconhecido.

V. *Fragmentum veteris jurisconsulti de jure Fisci*.—Foi achado em Verona o fragmento desta monographia, conjunctamente com as Institutas de Gaio, e alguns o attribuem a este jurisconsulto.

VI. *Vaticana fragmenta*.—Esta miscellanea de escriptos de jurisconsultos e trechos de Constituições Imperiaes foi descoberta na Bibliotheca do Vaticano em 1823.

VII. *Notitia dignitatum orientis et occidentis*, —E' uma especie de almanak de cargos publicos e divisões do Imperio Romano no seculo V.

VIII. *Moisaicarum et romanarum legum collatio* — Esta obra, em que se pretende mostrar que o Direito Romano decorre do *Mosaico*, contém muitas passagens dos jurisconsultos e das Constituições Imperiaes, que em nenhum outro monumento se encontrão.

IX. *Consultatio veteris jurisconsulti*.— E' uma collecção de pareceres de um jurisconsulto romano desconhecido, onde se achão transcriptos muitos fragmentos dos escriptos de outros ju-

risconsultos e de Constituições Imperiaes, que sem isto tambem estarião perdidos para nós.

Ultimamente têm sido descobertos mais alguns fragmentos destacados, taes como um de Pomponeo, por Cramer, outro de Modestino, por Spangenberg, alguns das Institutas de Ulpiano, por Endlicher, etc.

Estão fóra do nosso quadro, e por isso omitimos os desenvolvimentos que a jurisprudencia continuou a ter no Imperio Romano Oriental, e os trabalhos que sobre a Collecção Justiniana se escrevêrão nos reinos barbaros do Occidente (19).

## CAPITULO II

### DA JURISPRUDENCIA MODERNA.

#### § 1.º

#### *Civilistas estrangeiros.*

E' hoje assaz evidente, que a energia vital do

---

(19) Pertencem á primeira ordem a Paraphrase de Theophilo e os Commentarios de Dorotheo, Stephano, Cyrillo, Talelæo, e outros Jurisconsultos cujos frag-

Direito Romano pôde resistir á triplice revolução, moral, social e politica, produzida pela diffusão do Christianismo, o desmoronamento do Imperio occidental pelos barbaros, e o estabelecimento do feudalismo.

Vida obscura e languida, porém, vivia elle entre as espessas trevas da geral ignorancia, e nessa sociedade onde a força se transformára em direito, e onde imperava a desordem de certo modo ordenada.

Entretanto, meiado o seculo XII um estre-mecimento electrico percorreu a Europa ; des-communal actividade, tendencia irresistivel manifestou-se nos espiritos para a cultura das letras e das sciencias, e a jurisprudencia foi uma das que com mais vigor se despertou do lethargo em que jazêra.

Ao nome de Irnerio (1) está ligado a renasci-

---

mentos nos forão especialmente conservados nos scholios das *Basilicas* ; e á segunda — a *Glossa Taurinensis*, o *Brachylogus*, o *Dictatum de consiliariis*, a *Collectio de tutoribus*, as *Petri exceptiones legum romanarum*.

V. Maynz cit. § 85 ; Falck cit. § 79 ; Eschbach cit. n. 132 e seg.

(1) Pouco se sabe acerca de Irnerio, a quem outros chamão Warnerius, Warnier, ou Garnier, que

mento do estudo do direito, com quanto já antes delle outros o tivessem ensinado no Occidente. Protegido por Frederico Barba-ruiva e por seu adversario o papa Alexandre III, a escola de Bolonha foi o fóco luminoso, d'onde na média-idade irradiou-se sobre a Europa a sciencia juridica ; a par della outras se fundárão em Padua, Pisa, Vicenza e diversas cidades italianas, e mais tarde nos outros Estados.

Irnerio fundou a escola dos glossadores, assim chamada porque esses jurisconsultos limitavãose a interpretar palavra por palavra — *glossa*, os textos das leis romanas, indagando as hypotheses a que erão applicaveis, e fazendo extrac-

---

alguns dizem ser Italiano, e outros Allemão, e que se suppõe ter ido aprender o Direito em Constantinopla. Antes delle professou Pepo a mesma sciencia em Bolonha, e Haubold diz que no seculo XI o arcebispo Lanfranc a ensinava em Bayeux. E' bem provavel, que o descobrimento das Pandectas em Amalfi, quando não originasse, pelo menos favorecesse, o renascimento dos estudos juridicos nessa quadra. Gravina De ortu et progres. Jur. Civ. Cap. 140 e seg.; Bachius Hist. Jur. Rom. L. 4, Cap. 3, Sect. 1 § 5, e seg.; Mackeldey Man. de Dr. Rom. § 81; Eschbach Intr. Ger. n. 141; Falck. Jur. Encykl. § 81; Sismondi Hist. des Rep. ital. Cap. 15; B. St. Prix. Hist. du Dr. Rom. Sect. 4, C. 3 e 6, art. 1 e 2, § 1.

tos ou resumos dessas decisões — *summæ*, pelo que também forão denominados — *summistas*. Estas observações erão escriptas em notas interliniaes ou marginaes no mesmo corpo de direito.

Destes trabalhos elementares passárão logo a outros mais importantes, como seião os — *apparatus* ou commentarios, os — *casus* ou collecções de hypotheses a que procuravão applicar as regras juridicas, os — *brocarda* ou *brocardica*, collecções de adagios ou proposições geralmente aceitas como axiomaticas, as — *ordines judiciorum*, ou tratados de processo judiciario. Para aviventar o interesse por estes estudos, e alimentar a emulação, reunião palestras nos sabbados ou domingos (*sabbatinae vel dominicales*) onde se discutião questões juridicas.

Os jurisconsultos da média-idade dividem-se nas quatro seguintes escolas (2) :

1. Os *Irnerianos*,—que se subdividem em *Bulgarianos* e *Gosianos*. Estas duas seitas forão fundadas por Bulgaro e Martinho Gosias (3), ambos

---

(2) Gravina cit. cap. 114; Eschbach cit. n. 141 e seg.; B. St. Prix cit. Sect. 4, Cap. 6, art. 1.

(3) A seita dos Bulgarianos veio a prevalecer desde que nella se alistárão Azo e Accurcio. Diz-se

discipulos de Irnerio, que á semelhança de Labeon e Capiton divergião, por inclinar-se mais o primeiro ao rigor do direito. e o segundo á equidade.

A escola Irneriana durou um seculo pouco mais ou menos (1128 — 1227), e nella distinguirão-se Hugo da Porta Ravenate, Jacobus (4), Rogerius, Albericus, Wilhelmus de

---

que Bulgaro sustentava contra Gosias (ambos mortos em 1166) que o dote profecticio deve voltar ao pai, caso falleça a filha sem prole; e tendo passado pela dôr de perder todos os filhos, e depois a mulher, sacrificou o seu interesse á sua convicção, restituindo o dote ao sogro. Diz-se que Alberico, seguindo a mesma opinião, e vindo a achar-se em idênticas circumstancias, procedeu de diverso modo, e, arguido com os seus proprios escriptos, respondeu, que mudava de opinião. Gravina refere ácerca de Bulgaro outra anecdota occorrida quando explicava a Const. 12, Cod. de Judicüs, (III, 1); Gravina cit. Cap. 146, not. 150; Bachius cit. L. 4, Cap. 3, sect. 2, § 3; Eschbach cit. n. 142; B. St. Prix cit. Sect. 4, Cap. 6, art. 1 e 2, § 2.

(4) Diz-se que achando-se Irnerio a expirar, e sendo consultado pelos discipulos sobre quem devia succeder-lhe respondeu:

*Bulgarus* os aureum, *Martinus* copia legum,  
*Hugo* meus legum, *Jacobus* id quod ego.

Cabriano, Placentinus (5), e seus adversarios Henricus de Baila, Joannes Bassianus, Burgundius, Pyleus, Cyprianus, Azo (6), Hugolinus Presbyteri, Jacobus Balduini, Roffredus, etc.

II. Os Accursianos.— Accursio, discipulo de Azo (nasc. 1182 † 1260), refundindo as

---

Gravina cit. Cap. 146, not. ; Eschbach cit. n. 142 ; Mackeldey cit. § 81, not. 4.

(5) Tendo escapado de ser assassinado em uma emboscada nocturna, que lhe armára o seu violento collega, de quem fallára com ironia em uma de suas lições, evadio-se de Bolonha e veio fundar em Montpellier a primeira cadeira em que se ensinou Direito na França. Voltou mais tarde á Italia, onde as suas lições forão sempre muito concorridas. Eschbach cit. n. 142 ; Mackeldey cit. § 86.

(6) Diz-se que o curso de suas lições era seguido por dez mil discipulos, o que o obrigára a dal-as na praça publica ; ha porém nisto evidente exaggeração, bem como inexactidão na morte de Gosias, que se lhe attribue, — *clavibus auditori* e no meio de ardente disputa, em que receiava ser vencido. Seus escriptos erão tão apreciados, que sem possuil-os, ninguem podia ser nomeado para os cargos judiciarios. Gravina cit. Cap. 151 ; Eschbach cit. n. 142.

glosas dos seus antecessores, e augmentando-as com as suas proprias, compôz a grande glosa ou glosa ordinaria, que incorporada á legislação romana foi mandada observar pela Ord. Philippina L. 3, tit. 64 § 1.º exerceu tanto imperio na Europa, em geral, durante os seculos xiv e xv. Esta escola durou pouco mais de um seculo (1227 — 1340), distingue-se por seus trabalhos mais desenvolvidos sobre o Direito; pertencem a ella os tres filhos de Accursio (7). Jacobus Ardizonus, Odofredus, Didus, Bartholomeo de Capua, Pedro de Bella Pertica (Belle Perche), Jacob de Arena, Oladrado, Jacob de Belviso, Butrigario, Cinus, Alberico de Rosata, etc.

---

(7) Francisco, Cervoto e uma filha, que tambem ensinou Direito Civil (Gravina cit. Cap. 155). Eschbach (cit. n. 142), menciona, em lugar desta, um filho de nome Guilherme, tambem glosador como os dous primeiros, todos mui dissimilhanes do pai em talento e instrucção. De Cervoto deriva-se o epitheto — *cervotinos*, que dá-se ás opiniões absurdas e ineptas (Gravina cit. Cap. 155, not.). Dante Alighieri colloca no inferno o filho mais velho de Accursio (Inf. Canto 15, v. 110).

Priscian sen va con quella turba grama.

E Francesco de Accorso anco.

III. *Bartolistas* — Bartolo (nasc. em 1314 † 1357) foi o fundador desta escola, que se distingue das anteriores pelo ainda mais extenso desenvolvimento que deu aos seus commentarios, antes sobre as obras dos Irnerianos e Accursianos do que sobre as leis romanas; pelas monographias que os seus sectarios escreverão sobre diversos ramos do Direito; pela direcção prática que derão aos seus escriptos; pelo esforço em descobrir a *communis opinio*, accumulando as citações dos commentadores; pela subtilidade, pueril e frivola de sua dialectica, pedida á scholastica degenerada dos Arabes.

Bartolo, embora sua morte prematura lhe não permittisse patentear todos os fructos que seu incontestavel talento pudera produzir, gozou de immensa reputação no seu tempo, maior do que a de todos os seus antecessores; Gravina compara-o a Servio Sulpicio. Creou-se uma cadeira sob o titulo—*Lectura Bartoli* para o ensino de suas obras; e suas opiniões adquirirão geralmente no fôro força legislativa: a cit. Ord. L. 3. tit. 64 § 1.º manda guardal-as nos casos omissos na glosa de Accursio, *porque, diz ella, a sua opinião communmente é mais conforme á razão sem embargo que alguns doutores*

*tivessem o contrario; salvo se a opinião commum dos doutores, que depois delle escreverão, fôr contraria.*

Esta escola durou quasi dous seculos (1340—1518) até o tempo de Alciato. Pertencêrão a ella Baldo, mais famoso ainda do que seu mestre, Paulo de Castro, Cæpola, Saliceti, Curtius, Jason—Maynus, Alexander Tartaganus, Alexander ab Alexandro, Castiglioneus e seus discipulos, Raphael Fulgosius, e Raphael Cumanus. etc. (8).

No seculo xvi operou-se completa regeneração na jurisprudencia. Graças aos progressos da historia, da philologia e da dialectica, conseguiu-se depurar muitos textos que andavão viciados nas colleccões das leis romanas, e dar-se-lhe mais exacta interpretação, ao mesmo tempo que abandonou-se o complicado methodo de distincções e divisões arbitrarías, de subtilezas incompreensíveis. A' esta importante phase da litteratura juridica moderna prende-se o nome de Cujas (9), posto que mais exactamente se

---

(8) Gravina Cap. 164; Bachius cit. L. 4, Cap. 3, Sect. 2 §§ 7 e 8; Eschbach cit. n. 142; B. St. Prix. Sect. 4, Cap. 6, art. 112, § 3.

(9) Nasceu em Tolosa em 1522 e morto em 1590.

deva datal-a de André Alciati (nasc. em Alsano 1493†1550), que ensinou o Direito em Avinhão de 1518—1522; e possa-se até fazel-a remontar á Angelo Politiano (nasc. 1454†1494), a Castiglione, discípulo e antagonista de Baldo, a Cumano e Fulgoso (10).

Grande foi, como sempre succede, a resistencia que encontrárão os innovadores. Na falta de argumentos sérios procuravão vexal-os com o ridiculo; e essa cultura litteraria, que era um dos seus principaes titulos de superioridade,

---

Concorrendo com Forcadel a uma Cadeira de Direito na sua cidade natal, e sendo preterido, ausentou-se para sempre de Tolosa. Leccionou em Cahors, em Burges, em Valence, em Turim, e foi convidado pelo Papa Gregorio XIII, para reger uma cadeira em Bologha. As perdas porque passou em sua familia, e o aspecto afflictivo da guerra religiosa que lavrava em França, o desgostárão da vida, e lhe apressárão o termo della. Posto que inclinado ao protestantismo, nunca tomou parte activa nos questões religiosas do seu tempo; e áquelles que lhe censuravão a sua indifferença respondia sempre—*Nihil hoc ad Edictum Prætoris*. Gravina cit. Cap. 180; Eschbach cit. n. 147; B. St. Prix. Hist. de Cujas.

(10) Gravina cit. Cap. 169; Eschbach cit. n. 144; B. St. Prix. Hist. do Dr. Rom. Sect. 4, Cap. 6, art. 2, § 4.

foi considerada puerilidade sem valor, e tratada com desdem. Entretanto, a verdade triumphou rapidamente: só na Italia e na Allemanha o Bartolismo conservou-se por mais algum tempo—até meiado ou fim do seculo xvii; em Portugal porém durou até mais tarde,—até a reforma dos estudos pelo marquez de Pombal na segunda metade do seculo passado.

Tomarão parte e poderosamente contribuirão para este grande movimento de regeneração do Direito no seculo xvi, Emilio Ferreti, mestre de Cujas, o portuguez Antonio de Gouvêa (11), G. Budé, restaurador da litteratura grega em França, e os Hespanhóes Covarruvias, Gomes, Mendoza e Antonio Agostinho, sabio archeologo e hellenista, os francezes Eguin, Baron, Barn, Brisson, Duaren, Hug, Doneau (Donellus), uma das mais altas intelligencias do seculo, Fran. Hotmann, Lefebvre, (Faber), Connan, Coras, Forcadel, os dous irmãos Pi-

---

(11) Sobre a vida e os escriptos litterarios e juridicos de Antonio de Gouvêa v. o § seguinte e nota 11. Elle foi accusado de materialista por Chauvin (Calvino), e de atheo por Scalliger no epigramma: Antonii Goveane, tua hæc Marana propago.  
In Cælo, et cellis non putat esse Deum.  
Gravina cit. Cap. 172. not. ; Eschbach cit. n. 147.

thou, os Italianos Gentili, Mantica, Manutius, Mascardus, Menochius, Pancirollus, Sigonius, Pacius de Beriga, etc. (12).

Wesembeck, professor em Iena em 1558, tentou crear nova escola, applicando ao direito o methodo philosophico de Ramus ; entre outros teve por sectarios a Corn. Brederode, Forster e J. Bellon. Este methodo, que Bach denomina *horrido*, e que em vez de esclarecer, deve necessariamente confundir os espiritos, consiste em indagar em cada materia quatro especies de causas, a material, a formal, a efficiente e a final ; é manifesto que semelhante escola não poderia progredir (13).

No seculo xvii o estudo do direito romano pareceu declinar em França, ao mesmo tempo que com vivo fulgor brilhava o do direito consuetudinario, fundado no seculo anterior por B. d'Argentré, Ch. du Moulin (14)

---

(12) Gravina cit. Cap. 170 e seg. ; Bachius cit. L. 4, Cap. 3, Sect. 2, § 9 e seg. ; Eschbach cit. n. 147 ; B. St. Prix. cit. Sect. 4, Cap. 6, art. 1 e 2 § 4.

(13) Bachius cit. L. 4, Cap. 3, sect. 2, § 13 ; B. St. Prix cit. Sect. 4, Cap. 6, art. 2, § 5.

(14) Du Moulin tinha tanto de talentoso e erudito quanto de orgulhoso e immodesto ; no titulo de suas

(Molinæus), Loisel, discipulo de Cujas, etc. Entretanto Domat, o amigo de Pascal, e a quem Boileau denomina o *restaurador da razão na jurisprudencia*, não desmerece dos grandes jurisconsultos do seculo anterior (15).

Os Paizes-Baixos que acabavão de conquistar a sua liberdade politica e religiosa, offerecendo seguro asylo a todos os que querião resguardar a livre manifestação do seu pensamento tornou-se o fóco das sciencias nessa quadra. Especialmente ao estudo da jurisprudencia romana distinctas intelligencias se dedicárão, como seião Arn. Vinnius, Breneman, Bynkershœck, Huber, pai e filho, Noodt, Perisonius, Schulting, Voet, Wissenbach, etc.

A Allemanha, destinada a exceder todas as nações modernas na cultura do Direito, longe estava então desta meta ; é por que o genio germanico, lento mas seguro em seus movimentos,

---

consultas impressas elle se denomina a si mesmo — o primeiro jurisconsulto de França e Allemanha, e costumava frequentemente dizer — *ego, qui nemini cedo, nec a nemini doceri possum*. Eschbach cit. n. 184.

(15) Sobre os Jurisconsultos dos seculos xvii, xviii e xix, V. Eschbach cit. n. 148 e seg.; Falk. cit. §§ 53, 87 e seg.

não tinha ainda ousado sacudir o jugo do Bartolismo, já ha muito despedaçado nas outras nações. Os trabalhos dos juriconsultos tinham character exclusivamente pratico; limitavão-se a commentarios exegeticos das leis romanas segundo a ordem da compilação Justiniana, ou a consultas sobre questões especiaes. Merecem comtudo honrosa menção o ardente democrata Althusius, Bachow von Echt (Bachovius) Besold Brunneman, Garpsov, Heinrich Cocceji, Harprecht, Lauterbach, Schilter, Struve (Jorge Adam), Stryck (Samuel), Vulteijs, etc.

No seculo xviii a sciencia do Direito apresenta em seu desenvolvimento o mesmo character de languidez que notamos no anterior, salva na Allemanha, onde da metade desse seculo em diante ella tomou grande ala, graças á diffusão da philosophia Wolfiana, aos progressos da philologia e da critica historica.

Entretanto além de outros florecêrão então na Italia — Gravina e Vico; na França Furgole, Bouhier, Jousse, Pothier; na Hollanda— Meermann, Voorda, pai e filho, Westenberg; na Allemanha— Boehmer, Brunquell, Cocceji filho, Echard, Gebauer, Gundling, Heinecke, Hellfeld, Hommel, Leyser, Ludewig, Otto, Püttmann,

Spangenberg, Struve filho (Burchard Gothelf), Strick filho (João Samuel), Westphal, etc.

O século XIX veio dar o sceptro da litteratura juridica á Allemanha, e especialmente á universidade de Goettingen. Entretanto a França apresenta tambem distinctos cultores do Direito Romano e commentadores de seus Codigos.

Além de Hugo († 1846) e Savigny († 1861) chefes da escola historica, e Thibau († 1840), chefe da philosophica, cuja luta renhida tanta luz derramou sobre a sciencia do Direito, distinguem-se entre os jurisconsultos allemães— Arndts, Burchardi, Cramer, Disksen, Glük, Goerner, Goeschen († 1830), Hasse († 1831,) Hauhold († 1824), Heise († 1851), Holfius, Hufeland, Kriegel, Mackeldey († 1834), Van Madai, Mayer, Marezell, Mühlenbruch († 1843), Puchta, Pugge, Rosshirt, Schoenmann († 1813), Schrader, Unterholzner († 1826), Walter, Wangerow, Wenk († 1828), Zachariæ, Warnkoenig, etc. Entretanto, os preciosos thesouros da litteratura juridica allemã não são entre nós assaz aproveitados, nem tem exercido directa influencia nos progressos da sciencia do Direito, por não ser esta lingua cultivada, como cumpria, por todos os que se dedicão a este ramo dos estudos.

Entre os jurisconsultos mais distinctos que na França tem-se occupado, no presente seculo, com o estudo do Direito romano e francez, mencionaremos—Delvincourt († 1841) Dupin (ainé), Berriat St. Prix († 1845), Blondeau, Duccorroy († 185—), Fresquet, Giraud, Laboulaye, Laferrière, Molitor († 1849), Ortolan, Pellat, Merlin († 1840), Duranton († 1854), Duvergier, Toullier († 1835), Marcadé, Demolombe, Dalloz, Mourlon, Troplong.

## § 2.º

### *Civilistas patrios anteriores á compilação Philippina.*

Nos primeiros seculos da monarchia portugueza definhou a jurisprudencia na obscuridade; nem pudera ella viçar e florescer, quando a nação lutava para constituir-se, para conquistar o seu territorio, occupado pelos Mouros, ou para defendêl-o das sempre renascentes pretenções dos Hespanhóes. Nação pequena e comparativamente fraca, ella precisava concentrar toda sua energia vital para sustentar essas lutas externas, e comprimir ao mesmo tempo os principios internos de dissolução.

Nesse tempo o direito se encarnava na força; dominava a jurisprudencia da espada.

Póde-se affirmar que, durante o longo dominio da Casa Burgundica, que durou perto de tres seculos (1094—1383), dedicou-se Portugal não só a defender a sua existencia contestada pelos visinhos, como a elaborar os elementos de sua nacionalidade, a homogenisar as suas raças, as suas linguas, o seu governo, e o seu direito. A batalha de Aljubarrota (1385), que firmou definitivamente a sua independencia exterior, por termo a este periodo.

Constituida a sua nacionalidade, pôde então Portugal, entregar-se livremente ás inspirações de seu genio audaz e aventureiro no descobrimento, conquista e exploração commercial de regiões remotas e desconhecidas, e occupar-se em crear a sua litteratura e o seu direito nacional.

Com effeito foi no reinado de D. João I (o Mestre de Aviz), que sobre o impulso do Infante D. Henrique se fizerão os primeiros ensaios de navegação em procura de novas terras (1), que a

---

(1) Robertson Hystory of America Cap. — ; J. Frank Comp. de Hist. Univ. 6 Per. n. 28 e 7 Per n. 22; Cardeal Saraiva de S. Luiz Mem. acerca do Inf. D. Henrique, etc.

litteratura germinou viçosa (2), que se encetarão os primeiros trabalhos de codificação.

Até então o Direito era multiplo e vario. Por muito tempo os Mouros e seus descendentes vivêrão sobre leis proprias, que perdurárão ainda além deste reinado (3). Os Christãos região-se em parte pelo Codigo Alariciano, em parte pelas leis promulgadas por diversos monarchas para todo o reino, ou dadas a certos municipios, as quaes denominavão-se foraes, e tambem occupavão-se com materias proprias do Direito Civil; e, finalmente, pelos costumes, muitos dos quaes tinham sido julgados, tomados em assentos e mandados escrever nos livros da chancellaria, ou pela legislação canonica, e pelo Direito Justiniano, do reinado de D. Affonso II em diante (4).

---

(2) Sismondi De la litterat. du Midi de l'Europe Cap. 36; Villemain Tabl. de la littérat. au moyen âge, 24<sup>me</sup> Leçon.

(3) Ord. Affons. L. 2. tit. 99— Da Jurdiçom que os Mouros antre si han assy no Civel, como no Crime e tit. 101—Que os alquaides dos Monros guardem em seus julgados antre si os seus direitos, usos, e costumes.

(4) Prefação ás Ord. de D. Affonso V; Mello Freire Hist. Jur. Civ. Lus. §§ 28, 62 e 63; A. Herculano Hist. de Portugal L. 8.º.

Deste projecto de codificação foi por D. João I incumbido João Mendes, corregedor da côrte, e provalvemente tambem teve parte o illustre Dr. João das Regras (5). Fallecendo, porém, Mendes no reinado de D. Duarte, sem havel-o concluido, foi a ardua tarefa commettida ao Dr. Rodrigo Fernandes, do conselho do Rei, que só deu-lhe fim sob a regencia de D. Pedro duque de Coimbra, durante a infancia de D. Affonso V. A revisão e correcção destes trabalhos forão confiadas ao Dr. Lopo Vaasques, corregedor de Lisboa, Luiz Martins e Fernão Rodrigues, do desembargo do Paço (6).

Duvidão alguns da publicação destas Ordenações; mas esta duvida é insustentavel, além de outras razões, em vista do facto de haverem ellas sido citadas, como estando em vigor, nas côrtes reunidas por D. João II em Evora (1481), e continuadas no anno seguinte em Vianna d'apár d'Alvito. Demais, é certo que por ordem do

---

(5) Cardeal Saraiva de S. Luiz Mem. sobre o Dr. João das Regras; os Estatutos da Universidade de Coimbra dão a entender, que este Dr. organisou uma Ordenação no tempo de D. João I.

(6) Ord. Aff. L. 1 pr.

mesmo D. João II o licenciado Lourenço de Freitas as reunio em um volume (7).

Pouca influencia, porém, exerceu esta compilação no desenvolvimento do Direito em Portugal. Com effeito, tão rapidamente cahio no olvido, que entre os antigos juriconsultos patrios raros são os que della fazem menção. Os mesmos compiladores das Ordenações Philippinas parecem ter ignorado a sua existencia, ou pelo menos nenhum uso della fizeram (8). Contribuiu sem duvida para isso a brevidade do periodo, em que ella vigorou, periodo que pouco excederia a meio seculo, pois começa em 1446 (9), e termina provavelmente em 1505; foi neste anno que el-rei D. Manoel principiou a publicar a sua reforma legislativa, que por vezes retocou até o fim da sua vida (1521) (10).

---

(7) Cit. Pref. das Ord. Aff.; Mello Freire cit. § 72 not.; Barbosa Bibl. Lus. vb. *Lourenço de Freitas*.

(8) Cit. Pref. das Ord. Aff.

(9) Cit. Ord. Aff. L. 5, tit. 119 § 31.

(10) Não se póde determinar com exactidão quando teve lugar a promulgação das Ordenações Manuequinas; a edição de João Pedro Bonhomini teve lugar em 1514, e se denomina nova, donde se deduz ter sido precedida de outra. Do Alvará de 20 de Fevereiro de

O periodo que se estende desde o reinado de D. Manoel até a subjeição de Portugal ao dominio hespanhol (1495 — 1581) é o apogêo do poder, da riqueza e da gloria daquelle reino. Nelle teve lugar o descobrimento do nosso paiz, e o começo da sua colonisação. E' tambem nelle, que a litteratura poetica, historica, philologica e juridica lançárão mais vivo fulgor.

O mais eminente dos jurisconsultos portuguezes do seculo xvi foi Antonio Gouyêa, nascido em Beja, que, ainda joven, passou-se para a França, onde em companhia de um tio, recebeu esmerada educação litteraria e scientifica. Os seus primeiros estudos tiverão por alvo a philosophia e a litteratura; e só depois de se haver bastante illustrado por seus escriptos sobre estas materias, começou a estudar a jurisprudencia a instancias de Emilio Ferreti, que então ensinava esta

---

1508, concedendo certas honras e privilegios ao dito Lonhomini, deduz-se que fôra anteriormente incumbido da publicação das ditas Ordenações; o que concorda com a asserção de Osorio, De reb. Emm. L. 4 n. 3 e Damião de Góes, Chron. p. 1 Cap. 94, que nos dizem que D. Manoel começára em 1505 a sua reforma legislativa, de que se occupou durante todo o restante de sua vida. Cit. Pref. das Ord. Aff.; Mello Freire cit. § 74 not.

sciencia em Avinhão. Elle tambem veio a ensinar-a em Tolosa, Cahors, Valença e Grenoble ; a chamado de Philiberto, Duque de Saboia, foi residir em Turim, onde morreu em 5 de Março de 1566, como conselheiro deste Duque. Cujas fazia delle o mais elevado conceito, como vê-se das suas palavras (Not. ad Ulpiano, tit. 6 vb. *Nec interest* § 6) — *Antonius Gouveanus, cui, ex omnibus, quotquot sunt, aut fuere, Justinianeï juris interpretibus, si quæ ramus quis unus excellat, palma defenda est.*

Os seus primeiros escriptos forão uma defesa da doutrina Aristotelica contra Pedro Ramus, dous livros de epigrammas, varios commentarios a Virgilio, Terentio e Cicero, e a versão latina de Isagogen de Porphirio. Os seus trabalhos como jurisconsulto forão dous livros ao titulo *De Jurisdict. omn. judic.*, um ao titulo *De jure ad crescen.*, dous a lei *Gallus 29 D. De lib. et postum.*, á *L. Falcid. Variarum lectionum* (11).

Na occasião em que a Academia foi transfe-

---

(11) A respeito deste e dos seguintes Jurisconsultos v. Eschbach cit. n. 140 e 147, e principalmente Mello Freire cit. § 113, seg. e not., com cujas apreciações em geral nos conformamos.

rida de Lisboa para Coimbra (1537) (12), distinctos jurisconsultos illustrarão as suas cadeiras, taes como Heitor Rodrigues e Gonçalves Vaz Pinto. Heitor Rodrigues, que, depois de reger varias cadeiras, foi em 1558 preferido a Pedro Barbosa no concurso a Vespertina, escreveu, entre outras obras, um commentario á Lei 76 D. *De adquir. haered.* Fazem delle honrosa menção Mendes de Castro, Carvalho, e especialmente o seu discipulo Francisco Caldas Pereira. G. Vaz Pinto leccionou por trinta annos, a datar de 1537, e escreveu commentarios á Lei *Unum ex familia* 67 § 1 *De leg.* II e a quasi todos os titulos de Digesto *Infortiatum* (13), bem como ás Ordenações Manuelinas.

---

(12) Quanto aos Professores que ensinarão na Academia de Lisboa, desde a sua fundação em 1288 até a sua transferencia para Coimbra em 1537 v. a Noticia chronologica da Academia de Coimbra por Fr. Leitão Ferreira (vol. 9 da Colleção dos docum. da Academia R. de Lisboa). Sobre os Jurisconsultos Leonardo e D. Gomez, aquelle contemporaneo de Affonso II e este de Affonso III v. a not. 2 ao T. 2 Cap. 4, § 1.

(13) No tempo dos glosadores costumava-se dividir o Digesto em *vetus*, *infortiatum*, e *novum*; o Digesto *vetus* continha os 23 primeiros livros, e 2 titulos do 24º; o *infortiatum* o restante até o livro 39, e o *novum* os 11 ultimos livros. Brant na *Expositio omnium titu-*

Pouco posteriores e estes são Ayres Pinhel e seu sobrinho Benedicto Pinhel, Manoel da Costa, Gabriel da Costa, e Alvaro Valasco.

Ayres Pinhel ensinou o Direito Civil em Coimbra em 1556, e escreveu commentarios sobre os bens maternos (*De bonis maternis*) e sobre a rubrica e L. 2 Cod. *De rescindend. vendit.*

Benedicto Pinhel foi professor de leis nas academias de Pisa e Praga, e escreveu um livro com o titulo — *Selectarum juris interpretationum, concilitationum ac variarum resolutionum.*

Manoel da Costa explicou o Codigo, depois o Digesto *Vetus*, e finalmente leu na cadeira de Prima em Coimbra, em 1556; Mello Freire o considera como pouco inferior a Antonio Gouvêa em erudicção e na sciencia do Direito. Deixou varios escriptos sobre o Direito Romano, como seião dous livros — *Selectarum interpretationum circa conditiones, et demonstrationes, et*

---

*lorum juris* diz: — Secunda pars est Digestum infortiatum appellata eo vocabulo propter fortes leges... circa hereditates disponentes, et propterea solet nigra pelle vistiri, qui de causis hereditariis et bonis defunctorum tractat, quo eventu lugrubis vestis, id est nigra, eligi debet.— V. Falck. Jur. Encykl. § 82, not. 98, e Eschbach cit. n.

*dies* ; um commentario ao § 5 da celebre Lei Gallus (29 Dig., XXVIII, 2 *De liber. et posth. hered. instit.*), e a outras do Digesto das Institutas e do Codice. Compoz tambem alguns trabalhos litterarios, taes como a oração funebre proferida nas exequias de D. João III, e duas poesias latinas á inauguração da academia de Coimbra por este rei, e os principes D. João e D. Joanna.

Contemporaneo delle em Coimbra foi Gabriel da Costa, que regeu varias cadeiras de Direito de 1557 a 1576, e escreveu sobre os titulos do Digesto *solut. matrim.*, *De condit. et demonstrat.*, *De condict. indebit.*, *De nov. oper. nunciat.*, *De rebus credit.*, *De rebus dubiis*, sobre o do Codice *De impon. lucrat. descript.*, o da Institula *De action.*, e sobre diversas leis romanas destacadas.

Alvaro Valasco, que Mello Freire qualifica como o primeiro dos jurisconsultos praticos portuguezes, leccionou em 1556 na cadeira de Institutas de Coimbra, e depois na de Prima de Direito Civil. As suas *Consultationes*, *Praxim partitionum et collationum et Questiones juris emphyteutici* são ainda hoje apreciadas pelos que se dedicão ao estudo sério da jurisprudencia.

Além de Alvaro Valasco, comquanto um

pouco inferiores em merecimento a elle, florescerão então em Portugal Thomé Valasco (*Super varias materias Allegationes*), Antonio da Gama e Melchior Phæbo (*Decisiones*), e ainda em inferior plana Miguel Reinoso (*Observationes practicæ*), Antonio Mendes Arouca (*Juris Allegationes*), Antonio de Souza Macedo e Gabriel Pereira de Castro (*Decisiones* e *De manu regia*). Mello qualifica o ultimo como bom jurisconsulto e melhor poeta, julgando-o igual no seu poema *Ulyssæa*, senão superior a Camões ; mas esta apreciação comparativa do grande epico lusitano não pôde ter grande peso, porque Mello, ao inverso de Gabriel Pereira, era melhor jurisconsulto do que poeta.

Cumprê observar-se que estes jurisconsultos contribuirão para a regeneração da jurisprudencia no seculo xvi, e são considerados como pertencentes á escola Cujaciana. Igual tendencia manifestarão os seguintes que florecêrão no fim desse seculo e começo do seguinte.

Manoel Soares da Ribeira, discipulo de Ayres Pinhel, cujas obras annotou, bem como as de Antonio Gomez, jurisconsulto hespanhol, escreveu tambem o *Thesaurum receptarum sententiarum, utriusque juris*, e um volume — *Observationum juris*. Viajou pela Italia, onde em 1566 a 1567

foi hospede de Cujas, a quem combate em algumas de suas obras, e por quem é também combatido. Foi muito versado nas letras latinas e gregas.

Ruy Lopes da Veiga e Antonio da Cunha, ambos professores de Direito em Coimbra. O primeiro regeu a cadeira de Institutas em 1569 e outros successivamente, até que em 1590 foi nomeado para a de Prima; Gabriel Pereira (Decis. 3 n. 13) o qualifica *magnus ille vir omni ævo memorandus*. O segundo regeu a de Institutas em 1583 e a Vespertina em 1598. Ambos deixarão excellentes commentarios a diversas leis e titulos do Corpus juris civilis.

Eduardo Caldeira e Francisco Caldeira. O primeiro (†1610) foi autor de quatro livros— *Variarum juris lectionum*, e de outros tantos— *De erroribus Pragmaticorum*; é considerado por Eschbach como interprete subtil e bom hellenista. O segundo foi professor de Direito Civil em Salamanca e em Coimbra em 1606; deixou commentarios a diversas leis do Digesto. Gabriel Pereira (Decis. 77 in fin.), referindo-se a elle, diz :— *Qui dexteritate ingenii nulli cedit*.

João Altamirano, segundo Mello, igualou, ou pelo menos approximou-se ao grande Cujas nos

seus *Commentariis ad priores XIII libr. et XX Quest. Q. Cervidii Scævolæ*; e Fernão Ayres de Meza também não distanciou-se muito deste em talento e erudição, como se vê em seus tres livros — *Variarum resolutionum, et interpretationum juris*.

De grande merito é Manoel Mendes de Castro na sua *Practica Lusitana omnibus utroque foro versantibus utilissima*, que foi o melhor tratado de jurisprudencia pratica, e que ainda hoje pôde ser consultado com vantagem. Os cinco livros da primeira parte desta obra receberão no seculo passado *additações* e *illustrações* por Feliciano da Cunha França. Também merece menção, posto que em inferior categoria, Grêgorio Martinho Caminha, que escreveu no reinado de D. João III sobre as formulas dos libellos.

Entretanto, nem todos os professores de Coimbra se deixarão inspirar pelo espirito da reforma da jurisprudencia, que tanto assignalou o seculo xvi; muitos, como Antonio Pereira da Cunha, cognominado o Subtil, Martial Casado, Francisco Barreto Fróes, Miguel Fernandes de Andrade e outros, voltarão ás antigas subtilezas, argucias e antimonias da escolastica, e com razão pôde-se dizer que antes obscurecerão do que explicarão o Direito. Com-

tudo, posto que também classificados como escolásticos, adquirirão justa nomeada por seus escriptos. Pedro Barbosa († 1606), Francisco de Caldas Pereira de Castro e João Carvalho,

Distinctos professores de Direito Canonico igualmente possuio Coimbra nesta quadra, taes como João Morgovejo (1545 a 1555), Bartholomeu Philippe (1547 a 1554), Christovão João (1578 a 1586), e Luiz Corrêa (1572 a 1586).

### § 3.º

#### *Civilistas patrios posteriores á compilação Philippina.*

No seculo xvii a jurisprudencia apresenta incontestaveis symptomas de decadencia em Portugal, como no restante da Europa. Desapparecem os grandes jurisconsultos theoreticos e interpretes do Direito Romano, e os trabalhos juridicos tomão tendencia inteiramente pratica, ou limitão-se a interpretações das Ordenações.

As de el-rei D. Manoel não chegarão a vigorar durante um seculo (1505 a 1603); no começo do xvii organisou-se nova codificação, que apesar de suas lacunas, antinomias e vi-

cios de redacção (1), estava destinada a durar muito mais que as anteriores, e com effeito permanece ainda entre nós em vigor, depois de mais de dous seculos e meio de existencia, das profundas revoluções politicas e economicas porque tem passado o paiz, e da consequente modificação das relações juridicas.

Esta codificação, concluida em 1595, tinha sido emprendida por Philippe II de Hespanha, desde que se apoderou de Portugal ; porém, sómente foi publicada e posta em execução em 1603, já no reinado de Philippe III. Os autores deste trabalho forão Paulo Affonso, Pedro Barbosa, Damião de Aguiar e Jorge Cabedo.

Contribuiu sem duvida poderosamente para esta decadencia a proscricção da escola Cujaciana por Philippe II, e a approvação da de Bartolo, tanto para o ensino, na reforma da academia de Coimbra, effectuada pelas leis de 8 de Junho de 1597 e 20 de Julho de 1612, como para pratica dos tribunaes, na Ordenação Liv. 3 Tit. 64 § 1. A Manoel Rodrigues

---

(1) Mello Freire cit. §§ 91 e 92 e notas ; B. Carneiro Dir. Civ. § 2, n. 2, not. — a —.

Navarro, professor de Institutas em 1591, de Digesto *Vetus* em 1602, e de *Vespertina* em 1608, coube a triste gloria de restaurar em Portugal, por meio de suas prelecções, esse methodo envelhecido e já regeitado em quasi toda a Europa.

Entre os jurisconsultos praticos do seculo xvii mencionaremos o desembargador da Casa da Supplicação e membro do Conselho Ultramarino, Dr. Domingos Antonio Portugal, autor do *Tractatus de donationibus regis*; Amador Rodrigues, do *Tractatus de modo et forma videndi et examinandi processum in causis civilibus*; Benedicto Cardoso Osorio, da *Praxis de patronatu regio, et seculari*; Antonio Lopes Leitão, da *Praxis de judicio finium regundorum*; Antonio de Paiva e Pona, da *Orphanologia Practica*; Matheus Gomes Leitão dos tratados *De Gravaminibus, securitatibus*, e de *Inquisitionibus*, o primeiro dos quaes foi em parte addicionado e annotado sem grande merecimento por Silvestre de Magalhães Brandão.

Posto que estes praxistas não sejam comparaveis a Mendes de Castro, ainda são de menor merecimento do que elles, e segundo Mello Freire, *inferiori et humiliori loco, et veluti in sentina sedent*, Antonio Wanguerve, na *Practica judicialis*; Alexandre Caetano Gomes, no *Manual*

*Pratico*, não nas *Dissertações*, e Manoel Lopes Ferreira na *Pratica Criminal*.

Não devem tambem ser esquecidos, posto que de pequena utilidade possão hoje ser, Feliciano de Oliva no seu tratado *De foro ecclesiæ*, e Manuel Themudo da Fonseca nas suas *Decisiones et quæstiones senatus archiepiscopalis metropol. Olysipon. Regni Portugalie*.

Omittindo os varios praxistas que nos seculos xvi e xvii commentarão as Ordenações Manuelina e Philippina, sem que chegassem a dar aos prélos os seus trabalhos (2), mencionaremos :

Manoel Barbosa, que escreveu *Remissiones et Notæ* aos cinco livros das Ordenações Philippinas, e seu filho (3) Agostinho Barbosa, bispo de Ugento que escreveu largamente sobre direito Canonico, e tambem *Castigationes et additamenta*

---

(2) Taes como Antonio Corrêia de Sá, professor e Desembargador da casa da Supplicação, contemporaneo de D. João III, Gonçalves Vaz Pinto, que tambem viveu no seculo xvi, Fernando de Abreu Faria, João Pinto Ribeiro, Christovão Alvaro de Moraes, e D. Afonso Manoel de Menezes no seculo xvii e começo do xviii. Mello Freire cit. § 118 not.

(3) Eschbach cit. n. 140 diz erradamente que forão irmãos.

aos commentarios de seu pai sobre os livros 4º e 5º das Ordenações.

Manoel Alvares Pegas que, além dos *Ad ordinationes Regni commentaria*, em quatorze volumes in folio, escreveu seis volumes *Resolutionum forentinm*, ás *Juris allegationes*, e varias monographias. Posto que difficeis sejam de consultar as suas obras por excessivamente volumosas, e não estejam a par do estado actual da sciencia do Direito, subministrão muitas vezes preciosas informações sobre o estylo e praxe forense, que facilitão a solução de importantes e arduas questões jurídicas. Os Commentarios de Pegas estendem-se até o L. 3 tit. 13 das Ordenações.

No seculo xviii Manoel Gonçalvez da Silva publicou em 4 volumes in folio os seus *Commentaria ad Regni Ordinationes* (1731 a 1733), continuando, posto que com inferior merecimento, do ponto a que chegára Pegas até o L. 4 tit. 35; ainda em mais baixa esphera Guerra e Lima escrevêrão um volume em folio cada um, em continuação destes commentarios, mas não os levárão além do L. 4 tit. 79 (4).

---

(4) Destes commentadores das Ordenações diz Mello cit. § 118 not. in fin.—Hihomines injure Patrio

Tambem não se lhes avantajão muito Silvestre Magalhães nas suas *Annotationes*, seu *Additiones* a Matheus Lopes Leitão ; Manoel Alvares Ferreira, no tratado *De novorum operum nuntiatione* ; ; Agastinho de Bem Ferreira, na *Summa Institutionum* ; Francisco de Almeida, na *Ars Legalis*, e Antonio de Lima, nos *Commentarios* aos Artigos de Sisa.

Merecem entretanto honrosa menção, e são ainda de grande uso pratico, João Caldeira, nas suas *Dubitationes in foro frequentiores* ; Diogo Guerreiro nos seus tratados *De munere judices orphanorum*, e *De recusationibus omnium judicium*, e nas suas *Decisiones, Quæstionesque Forenses* ; e Silvestre Gomes de Moraes no seu tratado *De executionibus*.

Mas o grande jurisconsultos portuguez do seculo xviii é incontestavelmente Paschoal José de Mello Freire dos Reis, nascido em 6 de Abril de 1738 e fallecido em 24 de Setembro de 1798.

---

ornando vix quidquam egregium præstiterunt ; illorum escripta magis oneri, quam ornamento sunt Lusitanæ Jurisprudentiæ ; et, ut verbo tandem dicam, nemo ad hunc usque diem nostrarum legum scientiam pro eo ac debebat professus fuit, illarumve interpretationem pro dignitate suscepit.

Ao conhecimento da intima natureza do nosso Direito e das suas phases historicas, bem como do Direito Romano e Canonico, reunia Mello uma intelligencia profunda e synthetica, que o colloca na primeira linha dos jurisconsultos patrios. Os reis D. José I e D. Maria I souberão aproveitar o seu talento para a gloria de seu reinado e serviço da nação ; entre outros cargos e titulos que lhe forão concedidos mencionaremos o de professor extraordinario e ordinario (1781) de Direito patrio em Coimbra, onde recebera o gráo de doutor na idade de 19 annos (3 de Maio de 1757), o de desembargador ordinario da Casa da Supplicação, o de membro da commissão encarregada da reforma e codificação da legislação (1783) e o titulo de Conselho do rei. Escreveu a *Historia Juris Civ. Lus, as Instit. Juris Civilis Lusit. cum publice tum privati*, e o *Instit. Juris Criminalis Lusit. liber singularis*. Geralmente apreciado é o merecimento destes escriptos, onde entretanto o seu illustre autor, levado pelas tendencias philosophicas de seu espirito superior, ou pelos habitos da sua missão de reformador e codificador, substitue algumas vezes o *jus constituendum* ao *jus constitutum* (5).

---

(5) V. Fr. de B. Garção Stockler. Panegyricus historicus in laudem Paschalis Josephi de Mello Freire.

Ao grande nome de Mello anda ligado, como a sombra ao corpo, o de Manoel de Almeida e Souza, geralmente conhecido pelo appellido de *Lobão*, derivado da aldêa onde por longos annos residio, e em avançada idade falleceu.

Além das *Notas de uso pratico aos tres primeiros livros das Instit. Jur. Civ. Lus.* de Mello, a quem muitas vezes acre e injustamente censura, escreveu as *Segundas Linhas sobre o Processo Civil* ou *Addições as Primeiras Linhas* de Pereira e Souza ; o *Tratado pratico das acções summarias*, o do *Direito Emphyteutico*, e diversas outras monographias. E' um dos praxistas portuguezes que mais copiosamente escrevêrão ; nem sempre porém, o fez com o devido criterio. O seu estylo é incorrecto, confuso e pesado pelo excesso de citações ; mas embora fastidiosa, será muitas vezes proveitosa a sua leitura, já pelo conhecimento que dá da praxe forense, já porque nessas mesmas citações se encontrarão uteis indicações (6).

O Desembargador Manoel Borges Carneiro

---

(6) Liz Teixeira Curso de Dir. Civ. Port. P. 1, tit. 1, § 16 in fin.

com o seu *Direito Civil de Portugal*, conquistou distincto lugar na patria jurisprudencia. Não é esta uma obra de discussão ; as opiniões do autor são formuladas dogmaticamente em succintas theses ; em geral, porém, são sempre seguras. Escreveu tambem o *Mappa Chronologico das Leis* publicadas de 1703 a 1817, em um volume, Borges Carneiro figurou na politica desde as Côrtes Constituintes em 1820.

Igualmente merece distincta menção José Homem Corrêa Telles, autor do *Digesto Portuguez*, da *Doutrina das Acções*, das *Obrigações pessoaes e reciprocas*, do *Ensaio de Jurisprudencia Eurenematica ou Manual do Tabellião*, etc. Estas obras, que revelão vasto conhecimento da legislação patria e romana, são de grande uso no nosso fôro.

Além destes escriptores e de F. C. de Souza e Sampaio, autor das *Prelecções de Direito patrio, publico e positivo*, não conta Portugal antes de 1822 senão alguns praxistas. Entre estes occupa primeiro lugar Joaquim José Caetano Pereira e Souza, autor do *Diccionario Juridico* e das *Primeiras Linhas sobre o Processo Civil*, de que acima fallámos, obra tambem de grande utilidade practica.

Seguem-se-lhes em importancia Antonio Joaquim de Gouvêa Pinto, autor do *Manual das Appellações e Aggravos*, da *Memoria sobre o Direito e pratica das licitações*, da *Compilação das providencias sobre os expostos* e do respectivo exame critico e historico, etc. ; José Pereira de Carvalho, das *Primeiras Linhas sobre o Processo orphanologico* ; o desembargador da Casa da Supplicação Alberto Carlos da Menezes da *Pratica dos Juizes Divisorios*.

Tambem entre nós, depois que existimos como nação independente, o Direito Civil não tem tido o desenvolvimente que se devêra desejar. Regulamo-nos ainda pelas Ordenações de Philippe III de Hespanha e pelas leis dos monarchas e côrtes portuguezes, promulgadas até a independencia, e estudamos essas leis pelos escriptos dos jurisconsultos da antiga metropole. Quaes sejam as causas deste tardio desenvolvimento da jurisprudencia nacional não o queremos aqui indicar.

Diremos, comtudo, que entre nós as questões politicas são as que preoccupão de preferencia a attenção do publico e do governo ; as intelligencias não achão, pois, sufficiente incentivo moral ou material para dedicarem-se á ardua cultura da sciencia.

Entretanto a nossa litteratura juridica não tem sido inteiramente esteril, e nestes ultimos tempos principalmente, parece manifestar mais energico principio de vitalidade.

Deixando de parte o erudito Jesé da Silva Lisboa (Visconde de Cayrú) e outros que escreverão sobre diversos ramos do Direito, mencionaremos o Sr. Dr. Lourenço Trigo de Loureiro, autor das *Instituições, de Direito Civil Brasileiro*, extraídas das Instituições do Direito Civil Luzitano, por Paschoal José de Mello Freire; o Sr. Dr. A. M. Perdigão Malheiro, do *Manual do Procurador dos feitos da fazenda* e do *Commentario á Lei de 2 de Setembro de 1847*; o Sr. Conselheiro J. A. P. Bueno, dos *Apontamentos sobre as formulas do Processo Civil*; o Sr. Dr. F. de Paula Baptista, da *Theoria e Pratica do Processo Civil* e do *Compendio de Hermeneutica Juridica*; o Sr. Conselheiro J. J. Ramalho, do *Compendio do Proccsso Civil*; o Sr. Dr. A. A. de Moraes Carvalho, da *Praxe Forense*; o Sr. L. A. Vieira da Silva, da *Historia interna do Direito Romano*; o Sr. Dr. F. M. S. Furtado de Mendonça, do *Repertorio Geral da Legislação Brasileira*. Diversos outros repertorios, colleccões especiaes e resumos de legislação tem sido dados á luz, entre os quaes mencionaremos o *Digesto Brasileiro* pelo Sr. L. S. A. A. Susano.

Tem tambem sido publicados pelos Srs. Drs. C. A. Cordeiro, J. M. P. de Vasconcellos e outros, varios formularios usados em nosso fôro, obras dos jurisconsultos portuguezes, accommodadas á elle com maior ou menor alteração de sua doutrina e methodo, taes como as *Primeiras Linhas sobre o Processõ Orphanologico* e o *Civil Brasileiro*, pelo Dr. J. M. Fred. de Souza Pinto, que é uma reprodução mais ou menas alterada (mas não sem merito) das Obras de Pereira de Carvalho e Pereira e Souza.

Comquanto muitas das obras mencionadas sejam dignas de grande apreço, sómente occupão-se em geral com o Direito pratico. Diverso é porém o character dos escriptos do Sr. Dr. A. T. de Freitas—a *Consolidação das Leis Civis*, precedida de ampla e interessante introdução; o *Esboço do Código Civil Brasileiro* e a *Nova Apostilla á Censura* do Sr. A. de Moraes Carvalho sobre o Projecto do Código Civil Portuguez, onde o nosso Direito Civil theoretico é exposto com clareza e methodo e indicadas as alterações que convem que soffra.

Tambem continuou a desenvolver-se a jurisprudencia em Portugal depois da separação do Brasil. Escriptos importantes tem sido publicados sobre a theoria e practica do Direito Civil pelos Srs. Coelho da Rocha, Seabra, Liz Teixeira, Na-

zereth, Rocha Peniz etc. cujas doutrinas são sempre valiosos auxiliares para nós, embora não devão ser aceitas indistinctamente, pois, que as legislações portugueza e brazileira tem soffrido depois de 1822 alterações diversas, e em parte importantissimas.

FIM DO I VOLUME



# INDICE.

---

## PARTE GERAL.

---

### TITULO I.

#### DA SCIENCIA DO DIREITO CIVIL.

Capitulo I. — Do Direito em geral.....	1
§ 1.º O direito: I. Noção historica.....	1
§ 2.º Idem: II. Noção philosophica.....	11
§ 3.º Distincção do Direito e moral.....	19
§ 4.º A Jurisprudencia: I. Sciencia.....	25
§ 5.º Idem: II. Profissão.....	30
Capitulo II. — Da divisão do direito.....	37
§ 1.º Divisão do direito em geral.....	37
§ 2.º Direito objectivo e subjectivo.....	40
§ 3.º Direito racional e positivo.....	44
§ 4.º Direito privado e suas subdivisões.....	51
§ 5.º Direito publico e suas subdivisões.....	61
Capitulo III. — Dos estudos propedeuticos do direito civil..	65
§ 1.º Noções geraes.....	65
§ 2.º Estudos propedeuticos do direito civil: I. Linguas..	68
§ 3.º Estudos propedeuticos do direito civil: II. Sciencias	76
Capitulo IV. — Das sciencias auxiliares do direito civil..	84
§ 1.º Diversos ramos do direito.....	84
§ 2.º A historia e a pratica do direito.....	91
§ 3.º Sciencias não juridicas.....	96

TITULO II.

DAS FONTES DO DIREITO CIVIL.

Capitulo I. § unico. — Das fontes do direito civil em geral.	103
Capitulo II. — Das fontes essenciaes do direito civil. — Legislação nacional.....	107
§ 1.º Considerações geraes.....	107
§ 2.º As ordenações.....	110
§ 3.º As leis.....	113
§ 4.º Os decretos.....	116
§ 5.º Os alvarás e cartas régias.....	119
§ 6.º As resoluções de consulta, provisões e assentos da casa da supplicação.....	120
§ 7.º Os avisos e portarias.....	123
§ 8.º Outras especies de actos em relação á sua materia..	125
Capitulo III. — Das fontes subsidiarias do direito civil: I. Direito consuetudinario.....	128
§ 1.º Considerações geraes.....	128
§ 2.º O direito consuetudinario: I. Popular.....	130
§ 3.º O direito consuetudinario: II. Scientifico.....	149
Capitulo IV. — Das fontes subsidiarias do direito civil: II. Legislação estranha.....	163
§ 1.º O direito romano.....	163
§ 2.º O direito canonico.....	182
§ 3.º O direito das nações modernas.....	194

TITULO III.

DAS LEIS CIVIS.

Capitulo I. — Da definição e divisão das leis civis.....	199
§ 1.º Definição das leis civis.....	199
§ 2.º Classificação das leis civis.....	202
Capitulo II. — Do começo e cessação da força obrigato- ria das leis civis.....	214
§ 1.º Da publicação das leis civis.....	214
§ 2.º Da não retroactividade das leis civis.....	226
§ 3.º A revogação das leis.....	244
Capitulo III. § unico. — Dos effeitos da violação das leis civis.....	248
Capitulo IV. — Da ignorancia e erro de direito.....	258
Capitulo V. — Da interpretação das leis civis.....	283

TITULO IV.

DA CODIFICAÇÃO.

Capitulo I. — Da oportunidade das codificações.....	299
§ 1.º Controversia dos Jurisconsultos allemães.....	299
§ 2.º Nossa opinião sobre a oportunidade das codificações.....	304
Capitulo II. — Dos diversos systemas de codificação civil.	311
§ 1.º Noções geraes.....	311
§ 2.º Systema dos Romanos.....	313
§ 3.º Systemas modernos.....	318
§ 4.º Systema preferivel.....	323

TITULO V.

DA LITTERATURA JURIDICA.

Capitulo I. — Da jurisprudencia romana.....	335
Capitulo II. — Da jurisprudencia moderna.....	351
§ 1.º Civilistas estrangeiros.....	351
§ 2.º Civilistas patrios anteriores á compillação Filipina.....	366
§ 3.º Civilistas patrios posteriores á compillação Filipina.....	379

---



*Curso de Direito Civil Brasileiro – Volume I (edição fac-similar), de Antônio Joaquim Ribas, foi impresso em papel vergê areia 85g/m<sup>2</sup>, nas oficinas da SEEP (Secretaria Especial de Editoração e Publicações), do Senado Federal, em Brasília. Acabou-se de imprimir em agosto de 2003, como parte integrante da Coleção História do Direito Brasileiro – Série Direito Civil (Volume 2).*



# Coleção

História do Direito  
Brasileiro



Direito Civil

**ANTONIO JOAQUIM RIBAS**  
Curso de Direito Civil brasileiro

**ANTONIO MAGARINOS TORRES**  
Nota Promissória - estudos da lei, da doutrina e da jurisprudência cambial brasileira

**AUGUSTO TEIXEIRA DE FREITAS**  
Consolidação das Leis Civis

**AUGUSTO TEIXEIRA DE FREITAS**  
Código Civil: esboço

**CLÓVIS BEVLÁQUA**  
Direito das Coisas

**FRANCISCO DE PAULA LACERDA DE ALMEIDA**  
Obrigações: exposição systemática desta parte do Direito Civil patrio segundo o methodo dos "Direitos de Família" e "Direito das Cousas" do Conselheiro Lafayette Rodrigues Pereira

**JOSÉ DE ALENCAR**  
A Propriedade pelo Cons. José de Alencar - com uma prefação do Cons. Dr. Antonio Joaquim Ribas

**LAFAYETTE RODRIGUES PEREIRA**  
Direito das Coisas - adaptação ao Código Civil por José Bonifácio de Andrada e Silva

**LAFAYETTE RODRIGUES PEREIRA**  
Direitos de Família - anotações e adaptações ao Código Civil por José Bonifácio de Andrada e Silva

**LOURENÇO TRIGO DE LOUREIRO**  
Instituições de Direito Civil brasileiro

**PEDRO ORLANDO**  
Direitos Autorais: seu conceito, sua prática e respectivas garantias em face das Convenções Internacionais, da legislação federal e da jurisprudência dos tribunais