



BIBLIOTHECA DA FACULDADE DE DIREITO
DO RECIFE

OBRA

N.

7534

M

VOLUME

CLASSIFICAÇÃO

340.1

OBSERVAÇÕES

A 941

EXTRACTO

DO REGULAMENTO INTERNO DA FACULDADE DE DIREITO
DO RECIFE.

Art. 82. — Os livros da Bibliotheca não poderão ser objecto de leitura fóra do Estabelecimento, salvo pelos Professores da Faculdade ou Livre-docentes que mantiverem curso no instituto, por um prazo nunca excedente de 30 dias, podendo o Bibliothecario exigir a entrega immediata de qualquer livro, desde que este seja reclamado para consulta,

Art. 83. — No salão de deposito dos livros somente é permitido o ingresso aos Professores e aos empregados da secção. Os chefes e empregados das outras secções, os estudantes e o publico em geral, serão attendidos no salão de leitura, mediante pedidos impressos, que lhes fornecerão os empregados do serviço.

Art. 85—Ao Bibliothecario incumbe :

5.º—observar e fazer observar este Regimento e o Decr. n. 11.530, mantendo rigorosamente a ordem, o asseio e o respeito em todas as secções da repartição a seu cargo,

6.º—communicar immediatamente ao Director qualquer facto anormal que se dê na mesma repartição:

1453

of
st
ne
l
t
ce
l
f
f
f

ELEMENTOS
DE
DIREITO NATURAL PRIVADO

DO
DR. PEDRO AUTRAN DA MATTÁ ALBUQUERQUE

LENTE DA CADEIRA DO PRIMEIRO ANNO DO CURSO DE SCIENCIAS
JURIDICAS E SOCIAES DE OLLANDA

NOVA EDICÇÃO MAIS CORRECTA

De *P. Lima*
PERNAMBUCO
LIVRARIA E PAPELARIA PARISIENSE
DE MEDEIROS & C.ª EDITORES PROPRIETARIOS
Rua 1.ª de Março n. 7 — A
1883

340.11

A345e

(1883 - CESP)

Cad acervo: 278330-IV.2008
nº: 491053760

(MAFDR-2016)

UNIVERSIDADE DO RECIFE

FACULDADE DE DIREITO

BIBLIOTECA

10537

5

12

1949

Illustres Collegas

Tenho a maior satisfação em dedicar-vos estes *Elementos de direito natural privado*, que tão benignamente vos dignastes adoptar, na primeira Congregação deste anno, para compendio desta disciplina. Servia de texto ás minhas prelecções, e aos que me substituíam na cadeira do primeiro anno, o compendio, que sobre a mesma materia escreveu o Sr. Zeiller. Foi boa a escolha; mas força é confessar que a mesma doutrina se podia expôr com mais clareza e facilidade para os que principião a estudar o direito philosophico, e que tambem convinha accrescentar-lhe o que se podesse colher de outros escriptores modernos abalisados. Dei-me pois a essa tarefa, procurando, quanto me foi possivel, ser claro na expressão dos pensamentos. Não são por conseguinte estes *Elementos* uma novidade litteraria no tocante ás idéas; mas seja-me permittido dizer com o grande Agostinho; « Convem publicar muitos livros com « differente methodo, sobre uma mesma materia,

« para que deste modo logrem muitos saber a doutrina, estes debaixo de uma fôrma, aquelles de-
« baixo de outra. » A esse respeito creio que este
livro pôde ter alguma utilidade, principalmente para
os academicos. Seja-lhes pois util, e tomai-o vós sob
os vossos auspícios, que dar-me-hei por pago do meu
trabalho.

O Vosso Collega

P. A. da Matta Albuquerque.

INTRODUÇÃO

SECÇÃO PRIMEIRA

Noção do direito, e principio primario da sciencia do direito.

§ 1.

Os homens, logo na sua primeira idade, julgão do justo e do injusto: he certo, que os seus primeiros juízos se firmão nos conselhos e preceitos da educação, na autoridade dos outros, e n'um certo sentimento de justiça (1); mas ao passo que a razão se desenvolve, e os homens reflectem, julgão segundo os seus proprios conceitos e principios (2). Então he

- (1) Os conselhos e preceitos da educação e a autoridade dos outros não calarião no espirito humano, se ali não encontrassem o sentimento innato ou instinctivo da justiça.
- (2) Daqui, porém, se não deve concluir, que todos os homens cheguem pela reflexão ao conhecimento das verdades absolutas do justo, e pelo raciocinio ás suas applicações. Pela educação, auxiliada da idéa confusa do *justo*, que se acha na consciencia de todos, he que elles, as mais das vezes, conhecem e respeitão as applicações praticas da lei do direito, que muitas vezes lhes são transmittidas em proverbios.

que indagação se justamente se podião impor os preceitos existentes ; se devem approvar as proprias acções e as alheias como justas, ou reproval-as como injustas, e adquirem a intima convicção de que, havendo sido ponderados maduramente os seus juizos, todos os entes racionais devem concordar nelles. He, pois, claro, que os homens reconhecem um direito anterior a toda a lei arbitraria, dado só pela razão ; e um principio universal e immutavel, por onde se pode discernir o justo do injusto. O objecto do *direito da natureza*, ou da *sciencia philosophica* do direito, he indagar qual seja este *principio* ou conceito supremo do direito, para dahi deduzir principios geraes, que sejam applicaveis aos direitos e deveres juridicos dos homens em suas diversas relações.

§ 2.

Segundo o testemunho da sua propria consciencia, o homem he um ente *sensitivo*, *racional* e *livre*. Pela sua *sensibilidade* appetee as sensações gratas, e a felicidade : como ente *racional* conhece o *bem* e o *fim* para que foi creado. Em suas acções pôde seguir os impulsos da sensibilidade ; mas tambem tem a faculdade de subordinar os seus appetites á razão, de querer e obrar de conformidade com ella, isto he, goza de *livre* arbitrio. Como ente racional e livre, o homem não existe senão por causa de si mesmo (he

fim para si); e como tal he *pessoa*, e não cousa.

§ 3.

Mas o homem existe com outros entes da sua especie ; e se elle se tem em conta de pessoa, tambem deve reputar os outros por pessoas ; e por conseguinte não pôde pretender uma liberdade exterior sem limites. A limitação da liberdade de cada um, para que todos possam coexistir como pessoas, constitue o *direito* em sentido absoluto. Esse direito deve reconhecer todo o homem, que vive em sociedade com outros, porque he a condição de toda sociedade.

§ 4.

O vocabulo *direito* toma-se tambem em um sentido *relativo*, ou como predicado da acção, ou como attributo da pessoa. No primeiro sentido (*objectivamente*) denota o direito essa qualidade da acção, que a torna compativel com a coexistencia dos homens no estado social, como pessoas. Segundo este conceito do direito, pelo qual se podem discernir as acções justas das injustas, he facil de formular o *principio primario* do direito natural da maneira seguinte : *São justas todas as acções, que não repugnão ao estado*

social de entes igualmente livres ; e são injustas, ou lesões de direito, todas as acções oppostas. Sobre a applicação deste principio primario ás differentes especies de acções, e aos objectos, em que podemos exercer o nosso arbitrio, versa toda a sciencia do direito ; que por certo se occupa em apresentar systematicamente as condições, sob as quaes se pôde cogitar o estado social dos homens como pessoas.

§ 5.

O direito considerado (*subjectivamente*), como attributo da pessoa (§ ant.), denota a *faculdade de praticar acções justas*. O direito da pessoa comprehende a faculdade de *constranger*, isto he, de repellir com a força a lesão do direito. He consentaneo com o principio do justo defender cada um o circulo juridico da sua effiçencia, e remover, por consequente, com os meios necessarios as acções dos outros, tendentes a coarctar a sua liberdade juridica. Quem emprega a força, para defender a esphera da sua justa actividade, obra, pois, com justiça, porque usa de um direito que lhe é proprio : o seu acto, por consequente, não pôde ser julgado uma injuria—*qui jure suo utitur, nemini facit injuriam*. Importa, porém, distinguir bem a *faculdade juridica* da coacção, inherente a todo o direito, do *poder physico* de usar da força, que

pode faltar ao fraco, ainda que evidente seja o seu direito (1).

- (1) A todo o direito está essencialmente inherente o da sua defesa, porque, se assim não fôra, o direito deixaria de o ser. He um absurdo ter eu um direito, e ser privado da faculdade juridica de resistir a quem m'o quizesse tolher. Se não a tenho, quem me pretendesse tolher o meu direito, obraria sem o encontrar, isto he, obraria com justiça, o que he contra a hypothese.

§ 6.

Ao homem, que vive em sociedade, não só competem *direitos* como, lhe incumbem *deveres juridicos*. Elle aspira ao justo uso da sua liberdade, pretende que ninguem o embarace, e até com a força defende a sua justa efficiencia. Logo deve tambem abster-se de pôr obstaculos á justa actividade dos outros, porque elles são igualmente pessoas, isto he, entes dotados de razão e liberdade, e não foram creados para servirem de meios aos seus fins arbitrarios. Esta necessidade, corresponde ao direito alheio, chama-se *dever juridico*; e esta expressão tambem se toma pela acção necessaria em virtude do direito de outrem. Podemos, pois, enunciar o principio supremo dos deveres juridicos por esta formula: *Omitte todas as acções, que offenderião a justa liberdade dos outros*. Este

principio se pôde tambem reduzir aos seguintes : *não trates os outros como simples meios para os teus fins arbitrarios—Omitte todas as acções, que tornarião impossivel a sociedade--deixa a cada um o que he seu—não perturbes os direitos dos outros--não leses a ninguém.*

§ 7.

Este principio dos deveres juridicos, por meio do qual se limita o uso da nossa liberdade exterior, he a *lei suprema do direito*, e tem o seu fundamento na mesma razão humana ; porque sendo o homem um ente racional, e coexistindo em sociedade com outros entes da sua especie, não pôde deixar de reconhecer limites ao uso da sua liberdade exterior, como condição da existência da sociedade. Os mesmos malvados invocão, para a segurança dos proprios direitos, a restricção universal do *arbitrio* : mas em seu proveito procurão sempre fazer *excepção* ; d'onde se deixa ver, que elles procedem não só irracional, como injustamente.

§ 8.

Quem guarda á risca, no seu procedimento exterior, a *lei do direito*, cumpre certamente os deveres de justiça, e obra de modo, que os outros podem viver em paz com elle no estado de sociedade. A lei juridica não

tem, pois, a pretensão de determinar todos os deveres do homem, porém só aquelles que são a condição necessaria da sua coexistencia em sociedade, e cujo cumprimento se pôde exigir *physicamente*. Além destes deveres, o homem está ligado a outros para com Deus, para consigo, e aos de beneficencia para com o proximo: mas estes deveres não são exigíveis *materialmente*, como os deveres juridicos. Quem não cumpre os deveres de religião, e para consigo, nem os de beneficencia para com o proximo, he, por certo responsavel *por essa omissão* para com a sua consciencia, e o tribunal divino; mas não deve temer nenhuma coacção da parte dos outros, porque não offende direitos alheios. Empregar a força, afim de promover a moralidade de alguem, seria, pois, não só injusto, como contrario á mesma moralidade, que consiste na vontade livre, com que se cumpre a *lei moral*. A liberdade deixada ao homem de conformar, ou não conformar, as suas acções com a lei moral, he, por sem duvida, o que constitue o seu *merito*, quando elle por um acto todo espontaneo da sua vontade cumpre os preceitos, que lhe são impostos pela lei moral.

§ 9.

Do que fica exposto no § antecedente, já se vê que o *direito* destingue-se da *moral*; e esta distincção he fundada no mesmo *fim*

particular a cada uma destas sciencias. O direito não tem outro fim, senão conciliar a liberdade exterior dos homens, em razão da sua coexistencia no estado social; e por consequente ordena só o que he *justo*. Porém a moral se propõe um fim mais nobre, e mais sublime, porque aconselha o *bem*. O seu fim, portanto, he mais amplo, do que o do direito. Ella recommenda a pratica de todas as virtudes indistinctamente; e quando trata da mesma justiça não se contenta, como o direito, com a sua pratica exterior, porque exige a boa intenção do agente, pois para ser elle justo perfeitamente não basta *dar o seu a cujo he*, mas deve fazel-o com boa intenção.

§ 10

Tem-se definido o direito *uma faculdade moral de obrar*. Tomando-se a palavra *moral* em opposição ao *immoral*, deixa de ser exacta a definição, porque então viria o direito a ser a faculdade de obrar o que he moralmente bom. Mas, se por *moral* se entende o que he opposto ao *physico*, todo o direito he uma faculdade moral, porque se refere á razão, e a uma certa lei juridica da liberdade. Portanto, quando se diz que o direito he uma faculdade *moral*, entende-se que não he um poder physico, isto he, o poder de praticar tudo o que permittirem as forças physicas.

§ 11.

O direito, pois, considerado como faculdade de obrar, implica a idéa de um poder, não physico, mas segundo certa lei da liberdade, para todos os actos, a que os outros se não podem oppor, embora sejam contrarios á lei da virtude.

SECÇÃO SEGUNDA.

Das partes e dos limites do direito natural, e da utilidade do direito natural privado.

§ 12.

O complexo dos direitos e deveres fundados na natureza racional do homem constitue a sciencia do *direito natural*. Nesta sciencia, ou se suppõem os homens n'uma simples communhão, ou n'uma perfeita sociedade, isto he, unidos para um fim commum e duravel ; e por isto divide-se geralmente o direito natural em *social* e *extrasocial*. De tantas sociedades, que podem existir, o jurisconsulto philosopho só trata das que são necessarias á existencia e segurança dos entes dotados de razão, a saber : a familia e a so-

cidade civil. Deste modo divide-se o direito natural extrasocial em direito *dos individuos, das familias, e das nações entre si*; e o social em *direito de familia* e do *Estado*.

§ 13.

Podemos tambem considerar os homens, ou como independentes de um poder publico, ou como sujeitos a elle; e, debaixo desta nova relação, divide-se o direito natural em *privado* e *publico*. O direito *privado* trata: 1.º dos direitos extrasociaes, assim originarios, como derivados; 2.º dos direitos sociaes privados dos membros da familia. O direito *publico* considera: 1.º a relação juridica social dos membros do Estado, assim do imperante com os subditos, como dos cidadãos entre si; 2.º a relação juridica extrasocial dos Estados. Portanto, a sciencia do direito consta de tres partes: o *direito natural privado*, o *direito do Estado* e o *direito das gentes*.

§ 14.

Posto que a sciencia do direito tenha proximas relações com outras sciencias, e especialmente com a *moral*, a *policia*, o direito *positivo*, e a *philosophia* deste, com tudo distingue-se dellas. O direito e a moral são partes da philosophia pratica, que es-

tabelece principios necessarios e geraes, segundo os quaes se deve regular a livre faculdade de obrar dos seres racionais. Ambas estas sciencias estabelecem principios geraes, d'onde deduzem leis ; ambas se referem ás acções livres do homem ; ambas ensinão deveres ; ambas determinão a vontade com meios convenientes ; ambas, finalmente, se dirigem a um escopo razoavel. Mas, não obstante todos estes pontos de similhança, o direito differe da moral (§§ 8 e 9).

§ 15.

A sciencia do direito não podia estremar-se bem da politica, emquanto ambas erão deduzidas do mesmo principio da *conservação ou felicidade*. Hoje, porém, he geralmente conhecida a differença entre estas duas sciencias. O *direito* he a sciencia dos direitos, e a *politica* a dos meios convenientes ao exercicio e á conservação dos mesmos direitos. Aquelle tem por objecto a justiça ; e a politica occupa-se de diversos meios concernentes á felicidade. O primeiro funda-se em principios puramente racionais, e a politica na experiencia. Aquelle prescreve leis geralmente obrigatorias, necessarias, e que não admittem excepção alguma ; e a politica ordena os seus meios, segundo as circumstancias variaveis do tempo, do lugar e das pessoas. Não havendo duvida no direito, pôde

consultar-se a politica sobre se convém usar do direito ; mas quando não existe o direito, cumpre não dar ouvidos ás suggestões da politica, por mais urgentes que sejam ; antes se deve cumprir o dever jurídico, ainda que toda a esperança da politica tenha de ser frustrada—*Fiat justitia, pereat mundus*. Daqui se entende facilmente a differença entre a politica privada e o direito privado, como a differença entre a politica publica e o direito publico.

§ 16.

Uma *lei* fundada no arbitrio chama-se *positiva*, e o complexo de taes leis constitue o *direito positivo*. Este se pôde estabelecer, ou por um pacto, ou mediante a decisão de um superior, que tenha o poder de obrigar. O *direito publico positivo*, quér do Estado, quér das gentes, he estabelecido por um pacto ; e o *direito positivo privado* funda-se na vontade do imperante, e como tal tem força para todos os que lhe estão sujeitos. De ordinario se comprehendem no direito positivo privado varias leis juridicas, a saber : 1.º *as leis naturaes*, que deverião ser reconhecidas ainda fóra da sociedade civil, e que por consequente, não são positivas pelo seu conteúdo, mas só pelo modo da sua publicação, e pelos meios coactivos, que lhes forão adicionados ; 2.º *as leis*, que, *supposta a*

sociedade civil, são igualmente dadas pela razão. Estas constituem o *direito civil universal*, e são leis naturaes *hypotheticas*. Tanto estas leis, como aquellas, estão sujeitas ás modificações, que a *politica* suggere ao legislador, attentas as relações internas e externas do Estado, e por conseguinte entrão tambem no direito positivo: 3.^o *as leis*, que têm por fim fazer estas *modificações*; 4.^o, finalmente, *as leis arbitrarías*, nos casos em que, offerecendo-se diversos meios igualmente idoneos para se conseguir um fim justo, he mister escolher um delles. Estas especies de leis, de que se compõe o direito positivo, mostram claramente a differença, que existe entre elle e o *direito natural*.

§ 17.

A *philosophia do direito positivo* se occupa do exame da justiça das leis positivas de um ou de muitos Estados, segundo os principios universaes do direito, ou da conveniencia destas leis com o seu fim, segundo os principios da politica. A *philosophia do direito positivo* distingue o jurisconsulto philosopho daquelle que só tem o simples conhecimento das leis; e he o resultado da sciencia do direito universal, da politica, do conhecimento dos negocios publicos, da historia, e do direito positivo. He, portanto, manifesta a differença entre a *philosophia do direi-*

to positivo e a sciencia philosophica do direito.

§ 18.

A utilidade absoluta do direito natural privado, e a sua connexão com os outros ramos da jurisprudencia, ainda mais se dão a conhecer pelas observações seguintes. Primeiro que tudo, grande vantagem se deriva daquelle direito para a vida social, porque importa a cada um conhecer a sua justa esphera de actividade, como a dos outros, e o que póde exigir delles á força, como o que deve esperar da sua beneficencia. Sem o conhecimento do direito natural tambem não se póde ter uma opinião juridica acertada sobre os factos historicos, e os negocios publicos ou privados ; nem se podem refutar os erros perniciosissimos das doutrinas vagas, fallazes e fanaticas da igualdade dos direitos, e de não se poderem perder, nem renunciar os direitos originarios, de haver injustiça na desigualdade das condições, etc., etc.

§ 19.

Além disso, o direito natural privado he o fundamento do direito universal do *Estado* e *das gentes*. Aquelle deve ensinar, segundo o direito da razão, a origem da relação dos membros do Estado entre si, assim como os direitos e deveres reciprocos, que se fundão

nessa relação. Isto, porém, não se poderia fazer, ao menos sem grandes duvidas, se primeiro se não aprendessem, no direito natural privado, as noções e os princípios primarios do direito e do dever, e a sua applicação ás relações, que precedem á sociedade civil. Demais, como poderia haver entre os homens uma persuasão firme da necessidade e justiça da união civil, se no direito natural privado se não mostrasse que, no estado da natureza (1), os direitos individuaes seriam violados muitas vezes pela prepotencia do mais forte (2), e que, por consequente, o summo grau da justa liberdade depende, sobretudo, da existencia de um *poder*, que faça leis e as execute? He tão estreita a connexão entre o direito natural privado e o direito das gentes, que alguns escriptores entendem ser este uma simples applicação do primeiro ás relações publicas externas das nações, e por isso não considerão o direito destas como uma sciencia particular.

- (1) Por estado da natureza, entende-se que o precedem á associação civil. Ainda que o considerem como uma pura *abstracção*, isso não obsta a que o possamos conceber. Podemos, certamente, considerar os homens em um estado extrasocial.
- (2) No estado da natureza o homem não teria outra garantia dos seus direitos, senão a sua força physica, ou esta unida á dos parentes e amigos,

Não he menos clara a influencia do direito natural privado, tanto na *formação*, como na *applicação* do direito positivo. Pelo que respeita a sua formação, he evidente, que não se póde procurar a theoria da legislação juridica, senão na sciencia dos mesmos direitos, que o poder supremo quer proteger; e que toda a legislação, para ser justa, deve partir dos principios da razão. Quanto á applicação do direito positivo, corre de plano, que os magistrados, a quem incumbe a decisão das lides dos particulares, devem procurar o sentido e espirito das leis positivas, todas as vezes que os casos occurrentes se não podérem decidir pela letra dellas, e para isso se faz mister, que recorram aos principios naturaes do direito, d'onde partiu o legislador. Se não fosse esta faculdade de indagar a mente das leis, remontando á sua origem (ao direito da razão), por certo nunca terião termo as queixas sobre a brevidade e imperfeição das leis, e sobre a multidão das duvidas e dos esclarecimentos necessarios. E como fôra chimera o desejar um código tão completo, que decidisse todos os casos, segue-se que, para os casos omissos, a sciencia do direito natural será sempre um subsidio indispensavel aos juizes.

PARTE PRIMEIRA

DIREITO PRIVADO EXTRASOCIAL

SECÇÃO PRIMEIRA

Dos direitos innatos.

§ 21.

Se os homens no estado social se devem conceder mutuamente algum direito (§ 3), e se o direito, tomado como attributo do homem, consiste na faculdade de praticar acções justas (§ 5), segue-se, que ha tantos direitos, quantas especies de acções justas se podêrem distinguir. Mas a principal distincção entre os direitos he a que os divide em direitos *innatos*, tambem denominados *immediatos*, *originarios* e *absolutos*; e direitos *adquiridos*, ou *mediatos*, *derivados* e *hypotheticos*. Aquelles resultão immediatamente da natureza do homem, e são a condição para se poderem adquirir outros; e o homem os pôde fazer valer em todas as circumstancias, e a respeito de qualquer, sem que lhe seja necessario provar que os possue. Os outros, pelo contrario, não resultão immediatamente da

natureza do homem, mas de um *acto* seu : são adquiridos pela actividade do homem (1).

- (1) Todo o direito tem um titulo, ou uma razão, em que se funda ; e essa he *geral* ou *especial*. A razão geral he a natureza humana, em que se fundão os direitos innatos, que são chamados por excellencia *direitos naturaes* e *direitos do genero humano*. A razão especial são os factos, conformes ao direito, pelos quaes se adquirem novos direitos. Releva, porém, advertir que o titulo, ou a razão *especial*, he sempre baseada na razão *geral*, porque não pôde haver direito adquirido, que não tenha o seu fundamento rémoto na natureza do homem.

§ 22.

Consistindo todos os direitos em faculdades de obrar segundo a lei da razão, deve haver entre elles um nexo tal, que um se derive do outro, e cada um se possa reduzir a algum direito supremo, que se pôde chamar *direito primigenio*. Ora, este direito não pôde ser outro, senão o *direito da liberdade legitima*, isto he, o direito a todas as acções compatíveis com o estado social de entes igualmente livres. Todos os direitos se podem deduzir deste, porque não ha nenhum, que não tenha o caracter essencial do direito da liberdade (1).

- (1) O direito *primigenio* chama-se tambem *formal* ou *ideal*, porque nasce immediatamente de uma fór-

ma da razão, e só da noção essencial de um ente racional e livre, abstrahindo de todo o objecto determinado, a que se applique; e porque exprime simplesmente a fôrma, a condição, e o fundamento de todo o direito, que se pôde conceber. Chamão-se direitos *materiaes* (e também *reaes*) os derivados do *primigenio*, porque estes se referem a certos objectos, como *materia* da sua applicação, nos quaes se manifesta o justo uso da nossa liberdade.

§ 23.

O objecto immediato de todos os direitos são sempre as acções legalmente possiveis: porém como estas se referem directamente, ou á *própria pessoa*, ou *aos outros homens*, ou ás *cousas*, podemos dizer que todos os direitos *materiaes* do homem têm por objecto, ou a *pessoa própria*, ou de outrem, ou as *cousas*; e por isso são *direitos de pessoas* ou de *cousas*.

§ 24.

Todos os entes dotados de razão e liberdade, ainda que momentaneamente estejam privados do uso destas faculdades, são *personas*, e como taes têm direitos (1). Os entes, a quem a natureza negou a razão e liberdade, tenham ou não vida, são *cousas*, e forão destinados para os fins das pessoas. Estes não

(1) Os infantes e os dementes têm direitos virtualmente, posto que se não manifestem por *actos*.

podem ter direitos, porque todo o direito he *poder moral* ou faculdade de obrar em virtude de uma lei da razão (1). Logo o direito supõe no sujeito razão e liberdade.

- (1) O poder de obrar não he em si mesmo um direito: torna se direito, quando he concetancado com a lei da razão, que limita o uso da liberdade individual, afim de a conciliar com a liberdade dos outros (§ 10).

§ 25.

Entre os direitos *innatos materiaes*, que pertencem ao homem com respeito á propria pessoa, se distingue, em primeiro lugar, o *direito de independencia*, isto he, o de praticar ou omitir todas as acções, permittidas pela lei do direito, sem nenhuma *coacção* externa arbitraria. Nenhum homem, como homem, póde ter a faculdade de *constranger* os outros a acções ou omissões, que a lei jurídica permite. Uma tal faculdade, que constitue o *imperio*, (1) só se adquire por um pacto, pelo qual o homem renuncia o seu direito de independencia.

- (1) *Imperio* he o poder, que alguem tem, de determinar, segundo o seu arbitrio, as acções e omissões de outrem. Ao imperio contrapõe-se a *sujeição*, que he a necessidade, em que alguem se acha, de conformar as suas acções com a vontade da pessoa, que está investida do imperio. Seja qual

for a intelligencia superior de um individuo, e a sua vontade de promover a felicidade dos outros, isso não o autorisa a arrogar-se o imperio sobre elles. Mais adiante fallarei do direito de dirigir os menores e outros.

§ 26.

Do direito *primigenio*, e do direito da independencia resultão outros direitos concernentes á nossa *alma*, e ao nosso *corpo*, e ás faculdades tanto deste, como daquella. Taes são: 1.º o direito que temos de conservar a vida, a saúde, integridade, e perfeição natural do corpo, de corrigir as suas imperfeições, de o tornar robusto, ou mais agil por meio de certos exercicios (pois o corpo he o instrumento necessario da nossa actividade), e de empregal-o em qualquer trabalho licito; 2.º o direito de cultivar e aperfeiçoar a razão, e dirigir a vontade para o bem moral; 3.º o direito de manifestar as nossas opiniões: 4.º o direito á boa reputação (1), contra a qual a ninguem he licito attribuir-nos, sem uma razão convincente, vicios ou alguma lesão do direito alheio: 5.º o direito de adquirir todas as perfeições moraes, e praticar todos os actos, que nos podem grangear *louvor*, *honra* e *gloria* (2). Emfim, como livres, que somos, podemos dispor das nossas faculdades moraes e physicas (3), e temos direito a todos os meios legitimos de conservação, perfeição e felicidade. Não só temos o direito de cum-

prir os officios *erga-nos*, como de os desprezar, sem medo de nenhuma *coacção* justa dos outros. Se pospomos a moralidade ao prazer dos sentidos, se não cuidamos na cultura das faculdades d'alma e do corpo, se com os excessos dos prazeres debilitamos a alma e o corpo, devemos temer os conseqüencias do vicio, os remorsos da consciencia, e o juizo de Deus; mas não temos que receiar nenhuma coacção externa, salvo se, praticando taes actos, commettermos injustiça para com alguém (4).

- (1) *Reputação* he todo o juizo, que os nossos semelhantes fazem das nossas perfeições, ou imperfeições moraes. Divide-se: 1.º em *boa*, quando se refere ás nossas perfeições, e *má*, quando se refere ás nossas imperfeições; 2.º em *simples* ou *negativa*, qual a que compete a todo o homem, que ainda não praticou acções más, e *positivas*, que he a que se funda em perfeições adquiridas por factos do homem. Ninguém nasce depravado, nem injusto; o vicio suppõe algum facto, e a injustiça uma lesão do direito alheio: e como a injustiça e o vicio se não contém no character originario do homem, segue-se, que a presumpção he --- que ninguem he vicioso, nem injusto, emquanto não praticar factos, que o tornem tal.
- (2) O *louvor* he o juizo dos outros ácerca das nossas perfeições, manifestado por palavras, e a *honra* esse mesmo juizo, manifestado por factos. Ao louvor oppõe-se o *vituperio*, á honra o *desprezo*.

Não temos o direito de exigir que os outros nos louvem e honrem, mas que se abstenhão de attribuir-nos, por palavras ou factos, alguma imperfeição, que não nos pertence. Se não nos louvam, nem honrão, ao menos não nos *detraião*, nem *desprezem*. A *gloria* consiste na boa reputação, que nos grangeiã as grandes virtudes, os grandes feitos, ou as obras excellentes do engenho. Temos tambem o direito de exigir que os outros se abstenhão de deslustrar a nossa gloria. A' gloria oppõe-se a *infamia*, que he a má reputação no grau mais subido.

- (3) Não se nos póde contestar este poder, sem que se nos negue o *livre arbitrio*, ou se prove que este não envolve a idéa do dominio *d'alma*, em tudo o que está na sua dependencia. Portanto, em se dizendo que o homem he livre, tem se dito necessariamente, que elle póde dispor das suas faculdades moraes e physicas.
- (4) A permissão da lei juridica de desprezarmos os officios para comnosco (e tambem para com Deus) assegura-nos simplesmente a impunidade perante os homens, e o direito de não cumprirmos esses officios, sem receio de que os outros legitimamente no-lo possam impedir: mas daqui não se segue, que tenhamos permissão *plena e absoluta* de os não cumprir. A lei juridica se refere unicamente ás condições necessarias á manutenção do estado social, e não nullifica a lei moral, a que todo o homem está sujeito, que prohibe os actos oppostos á ordem estabelecida pelo creador, e ao destino do homem. Na mesma sociedade

civil os actos immoraes só estão sujeitos a *repressão*, quando são nocivos ou perigosos aos direitos dos outros.

§ 27.

A razão jurídica não limita a actividade externa do homem á sua pessoa unicamente, mas estende-a a toda a *humanidade*. Daqui o direito originario: 1.º de promover a conservação dos outros homens; 2.º de os coadjuvar a conseguirem fins justos (maiores perfeições); 3.º de os instruir; 4.º de os ajudar no desenvolvimento das suas faculdades d'alma e do corpo, e na aquisição de novos direitos, com os quaes se dilata a esphera da sua justa efficiencia. Mas, se elles estiverem no uso da sua razão, não podem ser *forçados* a aceitar esses beneficios (1).

- (1) Portanto, estes direitos originarios se limitão unicamente a nos *offerecermos* para promover os fins justos dos outros, porque só isto he compativel com o direito de independencia de todo o homem, que está no uso da sua razão. Porém são direitos em sentido pleno em relação a um terceiro, que não he a pessoa que queremos beneficiar. A respeito desta procede a regra: *invito non datur beneficium*.

§ 28.

Porém o direito originario de beneficiar

os outros se manifesta principalmente em favor dos que, por algum defeito physico ou intellectual, perpetuo ou temporario, não estão no uso da razão, v. g., os impuberes, os dementes, os furiosos, os embriagados, etc., etc. Estes, como estão privados do uso da razão e da liberdade, não podem gozar do direito da independencia. Por conseguinte, quem os dirige, e compelle por força aquillo, que elles mesmos, se tivessem uso de razão, farião ou deverião fazer, não lesa os direitos delles, antes protege-os. Não he, porém, licito tratá-los como cousas, ou meros meios para fins alheios ; o que seria lesão.

§ 29.

Aos direitos innatos *materiaes* pertence tambem o *direito de usar das cousas*. Quando empregamos alguma cousa para os nossos fins, *usamos* della em sentido latissimo ; se a cousa está debaixo do nosso poder physico, e temos por consequencia a faculdade physica de usar della com exclusão dos outros, *detemos*-a ; e se a detemos com animo de excluir os outros do uso della, *possuimos*-a : o acto da posse chama-se *apprehensão* ; e esta, quando se dá ao mesmo tempo o animo de dispor perpetuamente da cousa com exclusão dos outros (de a reduzir ao dominio), tem o nome de *occupação*. As cousas são meios para os fins dos entes racionais (pois havemos dellas

mister para o nosso alimento, nosso vestuário, nosso abrigo, e como meios ou instrumentos do nosso bem-estar); e por consequente a razão nos concede a liberdade, circumscripta unicamente pela lei do direito, de usarmos dellas. Havendo, pois, cousas, em que não compete a alguém um direito exclusivo, he-nos licito usar dellas, e consequentemente detê-las, possuil-as, apprehendê-las e occupal-as. Porém o dominio das cousas não he um direito *innato*: o homem tem certamente o direito *innato* de occupal-as; mas a occupação, em que se funda o dominio, he um facto, e o dominio, por consequente, um direito *adquirido*.

§ 30.

Se não devem ser inuteis, ou ficar sem exercicio, os dons direitos originarios fundamentaes (§ 23) (deduzidos do *primigenio*), e os derivados, necessariamente nos deve competir o direito aos meios de os gozar. Quem usa, pois, destes meios, conserva-se nos limites do seu direito, e por consequencia não obra injustamente. Porém esses meios, ou são *destituidos* de coacção, ou *coactivos*: logo a uns e outros temos direito. Entre os meios *não-coactivos* contão-se o direito de segurança, e o de pedir a reparação do damno (1). Consiste o *direito de segurança* na faculdade de precavermos as lesões futuras

possiveis dos nossos direitos. As precauções são justas, quando não imitam a justa liberdade dos outros, que se pôde bem conciliar com a tutela dos nossos direitos (2).

- (1) Também o direito de pedir a desistencia da ameaça, e da lesão já começada.
- (2) Assim, posso andar armado em viagem para minha segurança; mas por amor della não tenho o direito de impedir aos outros o transito da estrada publica.

§ 31.

Damno, na accepção juridica, he toda a deterioração do nosso estado (1), ou o detrimento, que soffremos com a lesão do nosso direito. A *reparação* se faz, restabelecendo o primeiro estado. Temos o direito de exigir, que os outros não nos perturbem em nossos direitos, ou se abstenhão de os lesar: logo temos também direito a que não *continue* a lesão. Mas esta permanece, emquanto a reparação do *damno* não a faz desaparecer: logo temos direito a pedir a *reparação*. O meio mais completo de presta-la he--*restituir* a mesma cousa: mas a restituição nem sempre he possível, e ao impossível ninguém pôde ter direito. Neste caso, pois, o que se pôde fazer he--*compensar*, isto he, dar outra cousa, que tenha o mesmo valor, ou preste a mesma utilidade.

- (1) *Estado* he o complexo dos direitos, que competem ao individuo em certa relação. Divide-se em *estado da natureza*, *estado civil* e *politico*. O *primeiro* he o complexo dos direitos, que competem aos individuos, considerados simplesmente como homens; e sem dependencia alguma. O *segundo* he o complexo dos direitos civis, que competem aos membros de uma mesma sociedade. O *terceiro* comprehende os direitos politicos, que competem ao individuo.

§ 32.

Ha quem diga, que os direitos originarios não se podem *perder*, nem *renunciar*; e que são *iguaes*. Releva, porém, examinar, se uma e outra opinião são verdadeiras. He certo, que o direito *primigenio* não se pôde absolutamente perder, nem renunciar: não só porque elle tem o seu fundamento no character essencial do homem, que he ser *pessoa*, como porque sem elle não haveria direito algum. Porém os *objectos*, a que se applica o direito *primigenio*, são *accidentaes*; e por consequencia tambem os direitos derivados do *primigenio*, e applicados aos *objectos* (direitos materiaes), são *accidentaes* e mudaveis, e como taes se podem perder e renunciar. He verdade que, por miseravel que seja o estado do homem, ha sempre alguns *objectos*, em que elle pôde empregar as suas acções, sem lesar direitos de ninguem, e com ellas exercer o direito *primigenio*. Mas ne-

nhum dos direitos materiaes de per si se pôde dizer necessario e immutavel ; porque não ha um só, que se não possa perder, ou que não admitta renuncia (1).

- (1) Temos um direito innato a cada uma das partes do nosso corpo, mas não ha nenhuma, que por um successo não se possa perder, e perdida que seja alguma, perde-se tambem o direito. Podemos renunciar o direito de usar de certas e determinadas cousas, ou de occupal-as (§ 29). Podemos renunciar o direito de cultivar o espirito, afim de grangearmos a vida, mediante uma occupação mecânica. Com as acções contrarias á justiça perdemos o direito á boa reputação. Renunciamos ao direito da independencia, para assegurararmos a sustentação da vida, ou a protecção dos nossos direitos. Emfim, a razão nos pôde impor o dever de arriscar a propria vida em beneficio dos outros. O principio --- que os direitos innatos fundão-se na natureza do homem, parece ter dado lugar á opinião erronea de que elles são imperdiveis e inalienaveis. Mas como o homem pôde renunciar, ou perder qualquer delles, sem por isso deixar de ser homem, segue-se, que outro sentido não pôde ter aquelle principio, senão que os direitos innatos se devem suppor, enquanto por outras razões se não mostrarem extinctos. Tambem se diz pertencer á natureza do homem (ao seu estado regular) a integridade dos membros; contudo o homem não perde sua essencia, porque foi mutilado. Só a sensibilidade e a razão, e por conseguinte o livre arbitrio, a moralidade e personalidade consti-

tuem o *carácter essencial* do homem. Não ha, pois, contradicção em affirmar, que um direito absoluto se póde perder e renunciar.

§ 33.

Todo o genero humano tem a mesma origem : os corpos de todos são compostos da mesma materia ; nascem, crescem, e acabão do mesmo modo : as almas de todos têm as mesmas faculdades ; e assim cada homem he *igual* a outro especificamente, isto he, *he tanto homem como outro*. Essa igualdade especifica nada perde do seu valor pela *desigualdade physica*, que consiste na differença das edades, da saúde, do temperamento, das forças do corpo, e qualidades d'alma ; nem pela desigualdade dos estados e condições, em razão da variedade dos accidentes e successos, porque o homem nunca perde a sua *essencia* a respeito de outro homem, por mais que a revolução das cousas o faça mudar de situação. Ora, se considerarmos unicamente a essencia do homem, não ha duvida, que todos devem ter os *mesmos* direitos originarios. Mais essa igualdade não passa de *ideal* ; e della se não póde concluir a igualdade *real e perfeita* dos direitos. Porquanto, ainda mesmo no estado da natureza, as relações especiaes de uns para com outros, e os *factos* por onde se podem perder ou renunciar os direitos originarios (§ antec.), produzirão entre

os homens a desigualdade dos direitos. E quando se quizesse prescindir das relações especiaes, e dos factos *adventicios*, bastariam os differentes estados de capacidade corporal e intellectual, para haver uma grande desigualdade, relativamente ao *uso* e *gozo* dos direitos naturaes. Seja, porém, qual for a differença na somma dos direitos naturaes de cada um, todos são *iguaes* na *similhança dos direitos*, porque os direitos de cada um devem ser igualmente respeitados ; o que constitue a *igualdade de similhança na desigualdade* da quantidade. Importa, pois, não confundir aquella com *direitos iguaes* (1).

- (1) A *igualdade civil* consiste em todos os membros da sociedade participarem da mesma protecção, e de uma igual sujeição ao que as leis mandão, ou prohibem. Essa igualdade he que equilibra a *desigualdade de dependencia*, inherente á essencia e constituição de toda a sociedade civil. Esta não pôde existir, sem haver quem governe, e subditos que sejam governados, e por isso dependentes. He preciso que o homem viva em sociedade : logo deve haver *imperio* e *sujeição*. Esta he compensada pelo bem commum, que della resulta, e de que todos participão. Tal he a conservação, segurança, e tranquillidade de todos, e de cada um ; bens estes, cuja somma he maxima no estado civil, e seria quasi nenhuma no de independencia.

§ 34.

Pelos direitos innatos, e pelas obrigações *originarias* correspondentes (§ 6), he facil determinar as lesões desses direitos. Entre estas se deve referir, em primeiro lugar, a injusta restricção da livre disposição da *propria pessoa*, e especialmente da *independencia*, por meio da escravidão, do imperio usurpado, do rapto, e da prisão injusta : e tambem as *lesões do corpo*, por meio do homicidio, da mutilação, dos ferimentos, do estupro, da tortura, etc., etc.

§ 35.

Os *bens d'alma*, ou as faculdades do espirito, podem tambem ser lesados, e realmente o são, quando se impedem o desenvolvimento da razão, e se opprime a communicação do pensamento (não sendo ella offensiva dos direitos de terceiro) ; quando se deprava o entendimento com doutrinas falsas, ou erros, que devem influir nas determinações da vontade ; ou quando se move a vontade de alguém para acções, que o prejudicão, ou que são injustas, empregando-se meios phisicos, v. g., bebidas espirituosas, ou meios moraes, como enganos, maus exemplos, e toda a especie de sedução. Em muitos casos não se pôde, ou he bem difficil, determinar, se uma pessoa foi causa moral dos erros, das

propensões perversas, e dos actos injustos de outra ; porque os erros, e essas más propensões podião dar-se no sujeito, muito antes da acção do outro, e por consequencia podião as acções injustas ser praticadas pelas proprias disposições do agente, e sem nenhuma influencia estranha. (1). Por via de regra, tambem deve entrar em conta haver o mesmo lesado procurado, ou pelo menos admittido espontaneamente, a influencia no seu animo. Mas isso nem sempre pôde servir de escusa, mormente quando, pela qualidade da pessoa, e pelas circumstancias do tempo, do lugar, e dos meios empregados, he manifesto o damno. Então ha direito a pedir-se a reparação.

- (1) Para um individuo ser julgado *causa moral* dos erros, das propensões perversas, e dos actos injustos de outro, he preciso, pois, provar-se que, anteriormente a sua influencia, não havia no outro erros, nem propensões perversas, e que elle não estava resolvido por si mesmo a fazer o que praticou. Mas isto nem sempre se pôde saber.

§ 36.

A *mentira*, ou todo o discurso falso, induz em erro, que por si mesmo he uma imperfeição, ou depravação da faculdade cognoscitiva ; e um erro não só pôde trazer outros, como frustrar as esperanças baseadas nelle. Além disso, quem ouve uma mentira, e a refere de boa fé, arrisca-se a adquirir fama de

não merecerem credito os seus discursos, ou pelo menos expõe-se com a sua credulidade á irrisão dos outros. Mas estas consequências não bastão para se considerar a mentira como injusta. Ella só he injusta, quando se dá obrigação juridica de dizer a verdade, ou porque ha certa relação especial entre quem pergunta e quem responde, v. g., se este he inferior e aquelle superior : ou porque houve convenção expressa ; ou, finalmente, porque se prevê o damno, que se segue da mentira. Portanto, é injusta a mentira, quando proferida com animo de lesar o direito de outrem (1).

- (1) Na mesma sociedade civil não se chama a juizo um mentiroso, senão quando por uma mentira injusta causou um damno, que se póde provar. Póde dar-se um direito innato á verdade, isto he, a que os outros não nos communiquem erros, que offendão os nossos direitos originarios ; mas não ha direito innato a exigir delles a communição das verdades, que souberem. Quem he interrogado sobre um facto póde *calar-se*, salvo se, pelo seu estado de subdito, ou por uma convenção, está obrigado a responder, e neste caso não deve fallar á verdade. Posto que a mentira nem sempre seja injusta, comtudo a moral a reprova (excepto quando for necessaria para salvar a nossa vida ou a do proximo): este caso, porém, he extremamente raro.

§ 37.

Ao direito innato da boa reputação (§ 26. 4.º) oppõe-se a *calumnia*. Esta consiste na imputação falsa de um acto injusto, feita a alguém, com animo de o desacreditar. He livre a qualquer (posto que seja immoral) não pensar bem dos outros, e até suppor todos maus, para não confiar nelles ; mas daqui não se segue que tenha direito de calumniar. Se os outros praticarão factos injustos, não he calumnia, nem injustiça declarar que os praticarão, e expol-os ao descredito ; porque com o seu mau procedimento diminuirão o seu valor juridico, e perdêrão a materia do direito innato da boa reputação (§ 32 *). Se alguém imputar a outro, porém sem *dolo*, um acto injusto, que não he verdadeiro, ou lhe attribuir somente defeitos *moraes* ou *physicos*, não haverá calumnia, mas *injuria* : e como esta pôde embaraçar ao injuriado o promover a sua felicidade, segue-se, que pôde ser lesão de direito innato, e como tal produzir obrigação de reparar ou satisfazer o damno.

§ 38.

Quanto ao justo exercicio do direito de beneficiar os outros (§ 27), e de usar das *cousas*, que a ninguém pertencem, de as deter, possuir, ou occupar (§ 29), he lesão o impedir

por qualquer modo as acções tendentes a estes fins. O direito de segurança e de reparação do damno (§§ 30 e 31) he lesado, quando se põe obstaculo aos meios de segurança, e se denega a restituição ou compensação.

SECÇÃO SEGUNDA

Dos direitos adquiridos.

ARTIGO PRIMEIRO

DA ACQUISIÇÃO IMMEDIATA

CAPITULO I

Da occupação e seus effeitos

§ 39.

Os direitos, que accrescem aos innatos, porque houve um acto nosso de aquisição, chamão-se *adquiridos*. O escópo da aquisição he : que uma cousa externa (1) principie a ser objecto do direito do acquirente.

- (1) Chamão se cousas *externas* os entes, que existem separados de toda a pessoa. O nosso corpo, os

nossos membros, e as nossas faculdades têm o nome de cousas *internas*, ou de bens *imatos*. Estes confundem-se com a existencia da pessoa, que tem um direito a exercer sobre elles. Dividem-se as *cousas* em corporeas e incorporeas: aquellas cahem debaixo dos sentidos, e as incorporeas são percebidas pelo entendimento. As cousas incorporeas, de que se occupa a sciencia do direito, são os direitos, as obrigações e as acções.

§ 40.

O mundo está organizado de maneira, que tudo o que existe nelle ou existe para si mesmo, tendo um fim proprio, por exemplo os homens; ou existe para outros seres, sendo somente um meio, sem ter um fim, proprio. Tudo o que tem fim proprio he *pessoa*, e o que não tem, he *cousa*. A pessoa não he objecto de aquisição, posto que o sejam suas *acções* (seus actos ou omissões); mas as cousas podem ser *adquiridas*, porque he intenção do creador, que sirvão como *meios* de conservação e bem-estar das *pessoas*. Para adquirirmos as cousas externas, que não estão sujeitas ao poder exclusivo de ninguem, basta só o acto da nossa vontade (a occupação); mas as acções e as cousas alheias não podemos adquirir, senão por virtude de um *pacto*. Todo o direito adquirido divide-se, pois, quanto ao seu objecto, em direito, á acção de uma pessoa (*jus in rem*), e direito

ã uma cousa (*jus in re*) (1); e quanto ao *acto* da aquisição, em direito proveniente da *occupação*, ou derivado de um *pacto*. A aquisição das cousas, que não estão sujeitas ao poder exclusivo de alguém, chama-se *immediata* ou originaria; e a do direito ás acções e cousas dos outros, denomina-se *mediata* ou derivada.

- (1) Chama-se *pessoal* o direito ás acções de outrem, e *real* o direito a uma cousa certa e determinada. Portanto, todo o direito a objectos exteriores ou he *real* ou *pessoal*. Estes dous direitos differem entre si. O primeiro versa sobre uma cousa que existe, e o segundo sobre o cumprimento de um facto (uma *prestação*), e por consequencia sobre um objecto, que ha de existir pela realisação do facto. Aquelle se póde exercer contra qualquer indistinctamente, e o direito pessoal somente contra a pessoa obrigada á prestação.

§ 41.

O dominio (1) he o direito de dispormos exclusivamente de uma cousa externa, como nos aprouver. As cousas são meros *meios* para os fins dos entes racionais (§ antec.), que têm direito innato a ellas, emquanto não pertencem a ninguém (§ 29.) Mas o dominio, ou o direito especial a certas cousas, não he innato: he sim adquirido, e suppõe um facto juridico. A razão, que justifica o facto, he o *titulo* d'aquisição; e o facto, pelo

qual se adquirem as cousas, he o *modo* de adquirir.

- (1) O *dominio* refere-se ás cousas corporeas. A *propriedade*, porém, exprime em geral um direito, em virtude do qual um objecto he submettido absolutamente á vontade de uma pessoa.

§ 42.

Acerca da aquisição *immediata* a primeira questão, que se offerece he—se, competindo igualmente a *todos* o direito de usar das cousas, que não têm senhor, pôde um individuo apropriar-se de algumas, sem o consentimento dos outros, ou por outra : qual he o justo *titulo* da aquisição immediata ? A segunda questão he—por que facto se adquire o dominio das cousas, que não pertencem a ninguem, ou : qual he o *modo* originario de adquirir ?

§ 43.

O *titulo* da aquisição está no destino das cousas, e no direito *primigenio* do homem. As cousas por sua natureza não são, certamente, propriedade de ninguem ; mas podem ser objecto do direito do homem, pois que para o seu uso forão destinadas. He, pois, permittido aos entes dotados de razão applicarem-nas aos seus fins, e por conseguinte appropriarem se dellas. Quem sustentasse o

contrario, negaria tacitamente o destino das cousas, e restringiria a liberdade dos homens, acerca dellas, mais do que he preciso, para se guardar a justiça. Mas quem se apropria de cousas, que estão sem dono, e consente que os outros fação o mesmo, obra de modo, que a sua liberdade se compadece com a dos outros, e por consequencia he justo o seu proceder, por se conformar com a lei do direito. O *titulo* da aquisição immediata funda-se, pois, no direito *primigenio* do homem, e na cousa não ser propria de alguém (1).

- 1) Os escriptores que dizem ser o direito innato de occupação o titulo da aquisição immediata, não fazem mais, do que indicar o titulo proximo desta aquisição.

§ 44

O titulo originario de adquirir nos mostra o justo *modo* da aquisição immediata (§ 42). Se o homem tem direito de empregar para seus fins, com exclusão dos outros, as cousas, que não são do dominio de alguém, tambem deve ter o de praticar todas as acções tendentes a esse fim. A primeira destas acções he a *apprehensão da posse*, ou o acto externo, pelo qual o homem reduz ao seu poder physico uma cousa com animo de a empregar com exclusão dos outros. Quem se arrogasse depois disso a posse da mesma cousa, lesaria *imediatamente* o direito ad-

quirido do primeiro possuidor, e *mediatamente* o seu direito innato ou uso das cousas. Logo o possuidor tem direito á cousa possuída, e della exclue os demais. Porém a posse não constitue *dominio*, porque o direito, que della se deriva, subsiste unicamente, emquanto o individuo detem a cousa, e o dominio he um direito permanente, que subsiste sem a posse. He, pois, necessario explicar como he que um direito momentaneo, qual o que dá a posse, pôde converter-se em um direito perduravel, como o dominio, a ponto de poder um individuo ser lesado no dominio de uma cousa, posto que não esteja na posse.

§ 45.

Se tivéssemos unicamente o direito da disposição exclusiva de um bem immovel, emquanto realmente o occupassemos com a nossa pessoa, ou de um bem movel, emquanto o detivéssemos; claro está, que para gozarmos de um terreno, com exclusão dos outros, fôra mister que estivessemos simultaneamente em cada uma de suas partes, e para gozarmos dos bens moveis, que os trouxessemos sempre connosco. Mas isto nos privaria quasi inteiramente do uso das cousas, que deixariam pela mor parte de ser objecto do nosso direito. Para o uso das cousas ser o mais completo, que he possivel, faz-se, pois, mister, que a pessoa, que se apossou de al-

guma cousa, tenha direito de usar e *dispor* della exclusivamente, emquanto lhe durar a vontade. Portanto, a cousa de que se apposou legalmente um ente racional, que a quer ter como sua, deve por esta *vontade* considerar-se como se estivesse unida á sua pessoa, muito embora não a detenha realmente. Ainda que neste caso não tenha a posse *corporal*, tem a posse *juridica*, sancionada pela lei do direito, e que he bastante para impor aos outros o dever de se absterem da cousa. Logo tudo o que reduzimos ao nosso poder, segundo a lei do direito, e queremos seja nosso, realmente o he, em virtude dessa lei, emquanto conservarmos a mesma vontade: d'onde se segue, que, muito embora não detenhamos a cousa, o nosso direito subsistente nella será lesado, se alguém a tomar. (§ antec.)

§ 46.

Mas essa vontade, que serve de fundamento ao nosso direito, ainda quando realmente não detemos a cousa, não pôde ser obrigatoria para os outros, emquanto não a poderem *conhecer*; e por conseguinte he necessario que se manifeste por sinaes permanentes, que indiquem a vontade constante de havermos a cousa como nossa. Para haver, pois, aquisição immediata são indispensavelmente necessarias as condições seguintes: 1.º que o objecto se possa *adquirir*, conforme

a lei jurídica, isto he, sem lesão do direito de
alguem ; 2.º que tomemos *posse* do objecto,
com a qual comecemos a declarar a vontade
de dispor delle exclusivamente ; 3.º que o
assinalemos, afim de que, por meio dos si-
naes impressos no objecto, manifestemos aos
outros o animo *constante* de o haver como
nosso. Mas a posse de uma cousa, com a
vontade declarada de tel-a como nossa, cha-
ma-se *occupação* : logo a occupação he o *modo*
originario de adquirir o dominio (§ 43).

§ 47.

As supracitadas condições da occupação
ainda precisão de algum desenvolvimento.
A primeira condição, que se requer para a
occupação, he que o objecto se *possa adqui-
rir*, conforme a lei jurídica ; d'onde se segue :
1.º que o objecto deve ser *nullius*, isto he,
não deve ter senhor, porque aliás a occupação
subsequente seria uma *lesão* do direito alheio,
que nunca póde crear direito ; 2.º que o ob-
jecto deve ser *cousa*, e não *pessoa*, porque
tendo esta fim proprio, e não sendo destinada
a servir de *meio* aos fins dos outros entes ra-
cionaes (§ 40), não póde ser adquirida (1) ;
3.º que o objecto deve ser de tal *natureza*,
que não se possa usar delle, senão com ex-
clusão dos outros (2), porque se admittisse o
uso *commum*, a exclusão dos mais seria uma
lesão do seu direito ; 4.º que possa receber a

posse e o *assinalamento*, porque com a posse he que se contrahe uma relação particular com a cousa, d'onde resulta o direito de usar della, e de excluir os outros, e com o assinalamento se manifesta a vontade *permanente* de haver a cousa como propria (3).

- (1) He esta uma verdade jurídica, que, por sua evidencia immediata, parece que se não devêra referir em um compendio da sciencia philosophica do direito; mas que entre nações cultas foi questionada e combatida. Mas qual será a these juridica, que se tenha conservado incolume de impugnação? Qual a injustiça, que se não possa defender com razões de utilidade, ou por motivos politicos? Assim deve acontecer, sempre que o direito for pesado na balança da utilidade ou da politica. Mas, attendendo-se unicamente ao direito, não pôde o homem, sendo pessoa, ser objecto de aquisição para outro homem, nem ser nivelado com as cousas, destinadas naturalmente aos nossos usos. Comquanto, porém, não seja o homem objecto de aquisição, pôde tornar-se objecto do direito de outrem, por dous modos: ou porque está sujeito ao poder de outra pessoa, que goza a respeito d'elle de um direito de posse, v. g., o marido a respeito da mulher; ou porque simplesmente obrigou-se ao cumprimento de um facto em proveito de alguem.
- (2) Por conseguinte não se pôde excluir ninguem do uso da luz do sol, ou do ambiente. Aquelle, que com a sua lenha acende lume, pôde excluir outro qualquer do uso da lenha e da cinza, mas não

tem direito de vedar-lhe que á claridade da chamma veja um objecto.

- (3) Tanto a posse, como o assinalamento, tem força de *apropriação*, com esta differença, porém, que a *posse* faz a coisa propria do possuidor, emquanto elle a detem, e o *assinalamento* estabelece um direito permanente, e independente da *posse* corporal.

§ 48.

A segunda condição da occupação consiste na *apprehensão da posse*. Por algum *facto* deve começar a occupação, porque de outra maneira continuaria a relação absoluta e primitiva, o direito igual de todos á coisa, e não se poderia conceber direito algum exclusivo (§ 29 e § antec.) Ora, quem apprehende uma coisa, manifesta por esse mesmo acto a vontade de dispor della com exclusão dos mais: o acto externo, pelo qual esta vontade he declarada, chama-se *apprehensão da posse*.

§ 49.

Mas esta vontade póde ser momentanea, e para um uso transeunte da coisa: logo a vontade de adquirir direito perpetuo á coisa, isto he, de adquirir o dominio, deve declarar-se por um sinal permanente, e por isso he que se requer o assinalamento (§ 46). As palavras, que não imprimem na coisa sinal permanente, não são *modos* de assinalamento:

além disso, sendo ellas sinaes arbitrarios, não podem servir de meio de declaração para todos. Porém se alguém com o seu trabalho, ou com a junção de uma cousa sua, imprimisse no objecto um *sinal*, que não lhe he natural, e que póde ser conhecido por todos, com isso faria saber que exerceu realmente o seu direito de adquirir o dominio, e ninguem mais poderia occupar o mesmo objecto, sem lesar o seu direito.

§ 50.

A vontade de adquirir o dominio póde manifestar-se por varios modos. A respeito dos *animaes*, se elles são mortos ou feridos (1), se forão presos em laços ou redes, ou inclusoes em terreno proprio, se forão domesticados, ou ensinados a alguma cousa : quanto ás cousas *immoveis*, se forão cultivadas, cercadas, ou demarcadas : e quanto ás *moveis*, se forão colhidas, guardadas, ajuntadas, ou transformadas (2).

- (1) Alguns distinguem, se o animal ferido não póle mais fugir, ou, se apesar de ferido, vai fugindo. No primeiro caso entendem que o animal he do caçador, que o feriu; mas no segundo exigem que o caçador o persiga.
- (2) Acerca de muitos destes sinaes de aquisição póde haver duvidas, que se devem resolver pelo direito positivo; mas daqui não se segue, que não haja

modos *naturaes* de adquirir o dominio, ou que todos dependão da legislação positiva.

§ 51.

Conhecidas as condições da occupação, resta fallar dos seus *limites*. Querem uns que o direito de occupar se limite ás necessidades da *sustentação* da vida e julgão essa restricção necessaria, afim de se coarctar o desejo immoderado de occupar, que seria prejudicial ao direito de todos ao uso das cousas externas. Porém a occupação não pôde rednzir-se ao extrictamente necessario, porque o homem não só tem direito de se conservar, como de procurar a sua felicidade e a dos outros, e de obrar em geral para todos os fins, que forem justos. Outros sustentão, que o direito de occupar se estende em rigor até onde chega o *poder physico* para defender sempre os objectos : mas o direito, como faculdade moral, não anda *pari passu* com o *poder physico* de o defender. Comtudo he certo, que a natureza e a razão provêrão que o direito que tem cada um de occupar as cousas não frustrasse o direito dos outros. Para haver direito exclusivo a uma cousa, não vale a simples vontade interna, mas a vontade, manifestada por sinaes, communicados a cousa, e que todos podem entender. Como, pois, e a que fim, empregaria um individuo o seu tempo e trabalho, ou faria despezas,

para *assinalar* uma multidão de objectos, que excedessem ás suas necessidades reaes, ou facticias ? O trabalho, pois, e as despezas, que demandão a posse e o assinalamento, limitão necessariamente o direito de occupar, isto he, determinão a justa medida da occupação.

§ 52.

A *consequencia* juridica da occupação he o dominio, porque ella comprehende todas as condições, sob as quaes se pôde conceber este direito. Quem he, pois, o primeiro a occupar uma cousa externa, tem pela anterioridade do tempo a preferencia do direito, e exclue outro qualquer. (*Qui prior tempore, potior jure.*) O mesmo direito teria outro qualquer, se a respeito da mesma cousa tivesse sido o primeiro a usar do seu direito *primigenio*, e do direito innato ás cousas (1). Cada um tem, pois, o direito exclusivo do que adquiriu, e o dominio de um he igual ao de outro na similhaça, posto que seja desigual na quantidade dos objectos, e sua qualidade. Comquanto o direito *primigenio* e o direito innato ás cousas sejam iguaes para todos, comtudo são diversos os direitos adquiridos em certos e determinados objectos. A inevitavel diversidade do estado, das relações, das faculdades d'alma e do corpo, deve necessariamente produzir a desigualdade dos

direitos em certas e determinadas cousas. Tentar estabelecer a igualdade destes direitos, sobre ser injusto, fôra vão ; porque repartidos os bens externos igualmente, circumstancias diversas tornarião a trazer a desigualdade, de modo que a cada passo seria mister dividil-os de novo (2).

- (1) O primeiro *occupante*, imprimindo na cousa sinaes universalmente perceptíveis da sua vontade de havê-la como propria, estabelece o laço, que une a cousa á sua pessoa, d'onde resulta o seu direito exclusivo. Sendo propria de cada um a sua vontade, tambem o deve ser a cousa, que com ella estiver conjuncta por sinaes exteriores não equivococ; e assim como a vontade he *pessoal*, assim tambem o deve ser a cousa, que estiver unida com a vontade de um individuo. Portanto, a propriedade dos bens externos, ou a propriedade real, he verdadeiramente uma consequencia, ou como que uma extensão da propriedade pessoal.
- (2) Como remedio contra a desigualdade das fortunas tem-se proposto a *communhão* dos bens. Sendo, porém, a propriedade individual tão antiga, como o mundo, e tão geral, deve ter o seu fundamento na mesma natureza humana. Além disso, a propriedade individual tem sito até hoje o *motor* principal da industria do homem: nem a razão, nem os factos nos convencem, que elle continuaria a exercer o mesmo grau de industria, se os productos do seu trabalho lhe não pertencessem exclusivamente.

§ 53.

Estabelecido o dominio, appareceu *immediatamente* a desigualdade dos direitos em certas e determinadas cousas (§ antec.), e *mediatamente* a dependencia entre os homens ; porque os que por infortunio, ou culpa, pouco ou nada possuião, e precisavão do sustento, virão-se na rigorosa necessidade de submeter-se a uma autoridade privada. Por outro lado a pouca segurança da propriedade no estado natural, onde outra garantia não tinha, senão a força individual, e a cada passo apparecião duvidas sobre os modos e limites da aquisição, sem haver quem as decidisse, e fizesse valer suas decisões, devia, certamente, infundir nos homens a *persuasão*, que só na sociedade civil, e sob a tutela de uma Autoridade Suprema, que amparasse o fraco contra o forte, determinasse os modos, e os objectos da aquisição, e resolvesse as duvidas occurrentes, podia ser respeitado o dominio, já valido, segundo os princípios da razão.

§ 54.

Exposta a theoria da justa origem do dominio, tocarei de passagem nos varios systems, que forão apresentados para explical-a. Pretendêrão uns, que sendo os bens externos communs a todos, não podia ninguem appropriar-se de nenhum delles, sem o consenti-

mento dos outros. Dahi a idéa do estabelecimento da propriedade por um *pacto*, expresso ou tacito, de *partilha* ou *divisão*. Contra esta idéa se pôde observar, que, não sendo os bens externos primitivamente *proprios* de ninguem, podia qualquer apropriar-se de alguns, sem o consentimento dos outros. Portanto, a *communhão* primeva não foi *positiva* (porque esta suppõe condominio), mas *negativa*, na qual as cousas não tinham dono, e podia qualquer, por conseguinte, apropriar-se dellas, sem lesar o direito dos outros. Do direito innato ás cousas sem dono, segue-se, que a ninguem se podia impedir o apropriar-se dellas; pois fôra, certamente, absurdo haver tal direito, mas não se poder exercer sem o consenso dos outros, ou poderem uns embaraçar aos outros o exercicio do seu direito ao uso das cousas; porque então haveria direito contra direito, o que não pôde ser.

§ 55.

Outros derivão da lei civil a propriedade, entendendo por *lei civil* a declaração do poder encarregado das funcções de legislar. Mas deste systema segue-se, que o legislador pôde regular a propriedade dos seus subditos, como lhe parecer, e até privar-os della, sem commetter injustiça alguma. Os que fundão a propriedade na lei, confundem, certamente, a garantia com o direito. Acerca

da propriedade se offerecem duas questões. A primeira he : se esse direito podia existir, independentemente da lei positiva : e a segunda, se fóra da sociedade civil seria respeitado e seguro. Quanto á primeira questão, isto he, se a razão confere ao homem a faculdade de applicar aos seus fins as cousas, com exclusão dos outros, a resposta não pôde ser senão affirmativa, attentos os principios universaes do direito. Porém a resposta á segunda questão depende da idéa, que formarmos do estado da natureza. Se por elle entendemos o estado de selvajaria, onde o direito he a força, escusado he fallar do respeito e segurança da propriedade : mas se o tomarmos por esse estado, em que os homens são considerados independentes de um poder supremo, mas sempre sujeitos aos dictames da razão, por certo que, ainda não havendo este poder, *alguns* respeitarião a propriedade alheia por dever de justiça, e outros por interesse proprio. Tambem o estado civil não presta toda a segurança á propriedade ; porque ahi mesmo pôde ser lesada pela ignorancia ou parcialidade dos juizes, e pela astucia ou violencia dos cidadãos. Comtudo he verdade, que na sociedade civil a propriedade he menos incerta, e mais efficazmente defendida pela publica administração (1).

- (1) Montesquieu, Bentham, e a mor parte dos juriconsultos modernos derivão da lei a propriedade.

Já Hobbes havia deduzido do direito de todos a todas as cousas, que no estado natural não havia propriedade, e que ella se estabelecêra na sociedade civil. Kant admite naquelle estado uma propriedade *provisoria* unicamente. « Com todos
« tem direito ás cousas externas, não posso, diz
« elle, adquirir nenhuma, só pelo meu alvedrio,
« nem impor a todos o dever de a reconhecerem
« por minha. Para alguma se tornar minha, he,
« pois, necessario que a tivesse adquirido de
« accordo com a vontade *commum*; e por conse-
« guinte em virtude de uma lei, em que todos
« *realmente* consentirão, ou devem *consentir*, se-
« gundo a lei juridica da razão. O primeiro
« caso dá-se na sociedade civil; onde pela união
« da vontade *commum* na do legislador existem
« leis, que regulão a aquisição do dominio, e
« são guardadas pelo poder supremo. O que
« adquiero na sociedade civil, he meu absoluta e
« permanentemente. Mas, se no estado natural
« adquiero alguma cousa, segundo as condições
« da lei juridica, em que todos *devem* consentir,
« ainda que, por não haver união civil, não tives-
« sem consentido verdadeira e expressamente,
« então a minha aquisição he só *provisoria*;
« he a posse actual, na qual, porém, tenho o
« *direito* de manter-me, comtanto que esteja
« prompto a reconhecer o dominio dos outros, e
« a formar com elles, para este fim, uma socie-
« dade civil. » Porém o que será essa posse,
em que tenho o *direito* de manter-me, senão uma
especie de dominio? Logo, segundo a mesma
doutrina de Kant, algum dominio *existe* no es-
tado natural, e que a razão tem por *valido*. E se

no estado natural nos compete o direito, como pretende Kant, de *forçarmos* os outros a formarem connosco uma união social, pela qual se torne seguro o dominio, e *peremptoria* a aquisição; claro está, que esta união só tem por fim assegurar o dominio, que já existia *anteriormente*, pois a garantia de uma coisa *presuppõe* a sua existencia.

§ 56.

Emfim, alguns forão buscar o fundamento da propriedade na *nova fôrma*, ou transformação das cousas pelo trabalho. Mas se o dominio, ou o direito exclusivo das cousas, funda-se na sua *transformação*, porque esta exigiu algum trabalho, por que razão não ha de começar pela *posse*, sendo certo que a posse não se adquire sem trabalho, muitas vezes superior ao da transformação? Mui bem observou Kant, que, não se concedendo que o direito exclusivo comece com a posse, a nova fôrma recae em um objecto *nullius*; e por conseguinte essa fôrma, como acccidente da substancia, vem a ser igualmente *nullius*. Além disso, o direito de transformar uma coisa suppõe o *dominio* della: logo a transformação não he que cria a propriedade.

CAPITULO II

Dos consecrarios juridicos do dominio

§ 57.

Consistindo o dominio no direito de dispor de uma cousa externa com exclusão dos outros (§ 41), he facil de ver, que elle he uma faculdade moral de praticar na cousa, e por meio della, todos os actos, que não offendem direitos alheios. Portanto, no dominio encerrão-se tantos direitos, quantas são as especies de acções, que o senhor da cousa pôde legitimamente praticar, ou por outra : o dominio he um *complexo de muitos direitos*, os quaes, porém, podem reduzir-se a *tres principaes* : 1.º o direito de *possuir* (1) ; 2.º o direito de *usar* ; 3.º o direito de *dispor da substancia da cousa*. Mas em relação aos outros (2) o dominio com os direitos principaes, de que se compõe, he meramente um direito *negativo*, isto he, do senhor da cousa não ser *impedido* na sua livre disposição ; o que elle pôde exigir de qualquer indistinctamente. O dominio, pois, reputa-se um direito *real*.

- (1) Convem não confundir o direito de *posse*, effeito do dominio, isto he, o direito de *deter* a cousa com o direito innato de *possuir* as cousas, que ainda não forão occupadas. Aquelle direito he consequencia do dominio preexistente, e o se-

gundo he anterior á aquisição do dominio. O primeiro suppõe o dominio, mas o segundo he a condição da sua aquisição.

- (2) Se existisse no mundo um unico homem, não haveria idéa de dominio, porque este se refere sempre á exclusão dos outros. Nem ha rigorosamente direito á cousa, mas o direito de excluir della todos os outros, enquanto for nossa.

§ 58.

O direito de *possuir* (§ antec.) consiste em *deter* a cousa, isto he, conserval-a em uma relação tal para com a nossa pessoa, que possamos livremente levar a effeito a vontade de dispor della com exclusão dos outros. Deste direito nascem outros: 1.º o de *excluir* a qualquer da posse da cousa em todas as suas partes; 2.º o de *preservar* a cousa de toda a acção dos outros, e por consequente o de esconder, fechar e guardar a cousa; 3.º o de *recobrar* a posse da cousa, quando alguém a detenha sem o nosso consentimento.

§ 59.

O direito de *usar* consiste na applicação arbitraria e exclusiva da cousa aos usos compatíveis com a sua natureza (1). Desse direito derivão-se os seguintes: 1.º o direito que tem o senhor da cousa de se *servir* della para os seus fins particulares; 2.º o direito de

usufruir, isto he, de perceber os fructos (2) ou productos da cousa. Ao senhor da cousa tambem compete o direito de se *abster* do uso della, de o *vedar* a qualquer, de o *alienar* todo ou parte, debaixo de condição ou sem ella, de graça, ou mediante uma retribuição.

- (1) He justo o uso, ainda que incommode aos outros, com tanto que nem *mediata*, nem *imediatamente* lese o direito delles, innato, ou adquirido. Tenho, v. g., o direito de alterar a minha casa, posto que dahi se siga tirar a vista ao visinho.
- (2) Os fructos na sua accepção propria, são os objectos, que uma cousa produz e reproduz, sem se consumir: v. g., a colheita, as crias dos animaes, etc.

§ 60.

O direito, finalmente, de *dispor da substancia* da causa arbitrariamente, e com exclusão dos outros, comprehende os direitos seguintes: 1.º o direito de *dar nova forma* á cousa; 2.º o direito de a *consumir* para satisfazer as necessidades da vida; 3.º o direito de a *destruir* por mero capricho (1); 4.º o direito de *abandonal-a* absolutamente, ou de *cedê-la* a outrem, e neste caso pôde o senhor da cousa ceder ou o dominio pleno, ou algum direito principal do dominio, ou algum dos direitos derivados dos principaes.

- (1) O *destruir* a cousa propria por mero capricho, he, por certo, um acto immoral. Primeiramente, porque Deus creou as cousas para os nossos usos, e não para as destruímos por capricho; e se o fizermos, offenderemos a Deus, que he o primeiro proprietario e senhor de todos os bens da terra. Em segundo lugar, porque destruindo sem necessidade a cousa, nos privamos de um *meio* de satisfazer os officios para comnosco, como de beneficiar o proximo, a quem a cousa póde ser util, e talvez precisasse della. Mas não he acção *injusta* o destruil-a, excepto se com isso se offender o direito que alguém tiver adquirido a ella, v. g., o credor pelo penhor, ou pela hypotheca.

§ 61.

O dominio ou he *pleno*, quando todos os seus direitos principaes competem a uma pessoa *physica* ou *moral*; ou *menos pleno*, quando esses direitos estão divididos, competindo o direito á *substancia* a uma pessoa, e a outra o direito de *posse* e *uso* (1): ou *limitado*, quando alguém tem na cousa um direito que limita a liberdade do senhor; v. g., um direito de penhor, de servidão, etc., etc.

- (1) Tirada uma parte do dominio, o que resta não he mais o todo, e por conseguinte o dominio *menos pleno*, fallando rigorosamente, não he um verdadeiro dominio. Porém dá-se-lhe este nome, porque, tirada uma parte do dominio, os direitos que ficão ainda fórmão uma somma, ou um todo de muitos direitos.

§ 62.

O dominio de uma cousa póde competir a muitas pessoas, ou pela occupação simultanea, ou pelo consentimento livre do primeiro e unico senhor. O dominio commum a muitos individuos, chama-se *condominio*, ao qual oppõe-se o dominio *singular*, ou de um só. Do condominio resulta a communhão positiva, em que os direitos de cada consenhor são restrictos pelos direitos dos outros.

§ 63.

Ao direito do senhor corresponde o dever juridico negativo, e *universal*, de se lhe não limitar por modo algum o seu justo exercicio. Portanto, se uma cousa alheia vier parar em nossa mão, sem *culpa nossa*, (porque o dono a perdeu, ou lançou fóra em um caso, por exemplo de incendio ou naufragio), a lei natural não nos obriga a que ajudemos o dono a recobrar a posse della, nem indaguemos quem elle seja, e lh'a levemos (1); mas que nos abstenhamos de todo o uso da cousa, não a occultemos (2), nem a retenhamos, quando nos for pedida. Porém, se a detenção provier da culpa do detentor, então lhe incumbe o dever de entregal-a ao dono.

- (1) Este dever he simplesmente moral, mas póde tornar-se *juridico* na sociedade civil por uma lei, que o imponha.

- (2) Occultar a cousa, seria o mesmo que impedir, ou tornar mui difficil ao senhor recuperall-a.

§ 64.

Quem possue uma cousa, ignorando que ella tivesse dono (1), he *possuidor de boa fé*; e quem a possue, sabendo ser alheia, he *possuidor de má fé*. A *boa* ou *má* fé do possuidor faz com que sejam differentes as suas obrigações. O possuidor de *má fé* he obrigado: 1.º a *repor* a cousa no lugar, d'onde a tirou; 2.º a *pagar* o seu preço, se ella foi destruida ou deteriorada por culpa sua, ou por um caso, que se não teria dado no lugar, d'onde foi tirada; 3.º de *pagar* os fructos perceptos, e os que presumivelmente o senhor da cousa havia de perceber, se não fosse esbulhado da posse. O possuidor de *boa fé* não se póde reputar violador do direito de outrem; e por consequente não he responsavel por suas acções ou omissões na cousa alheia, posto que prejudicassem ao dono, pois ignorava que o tivesse. Portanto, ao possuidor de *boa fé* só podem competir as obrigações seguintes: 1.º de *restituir* a cousa (2), se lhe for pedida pelo senhor (provando este o seu dominio); 2.º de restituir os *fructos existentes*, procedidos da cousa (3).

- (1) He *inculpada* a ignorancia, se o possuidor tinha justo motivo para crer que a cousa não tivesse senhor, ou que o fosse, quem lh'a transferiu.

- (2) Ha quem diga, que a restituição frustraria os actos de aquisição do possuidor de *boa fé*; mas a isto se responde que não pôde haver aquisição de cousa alheia, sem o consentimento do dono. Portanto, quaesquer que fossem os actos praticados na cousa pelo possuidor, e por onde tivera elle adquirido o dominio, se a cousa não tivesse dono, não podem conferir-lhe o dominio della.
- (3) Devem entender-se os *naturaes*, isto he, os que provêm unicamente das forças naturaes da cousa, mas não os *industriaes*, devidos á industria do homem, posto que auxiliada pelas virtudes naturaes da cousa. Estes pertencem ao possuidor de *boa fé*, que não pôde ser obrigado senão a pagar o serviço, que a cousa lhe prestou.

§ 65.

Do possuidor não pôde o proprietario haver senão o que for *seu*. Portanto, se aquelle fez despesas *necessarias* á conservação da cousa (1), ou *uteis*, isto he, que a tornão mais lucrativa, não tem o proprietario direito de apropriar-se do commodo, resultante de taes despesas, sem as pagar, (seja o possuidor de *boa* ou *má fé*). Pelo que pertence ás *bemfeitorias apraziveis*, o possuidor tem direito de as tirar, se o podér fazer sem detrimento da cousa; mas o proprietario não he obrigado a compral-as, se por acaso se não podérem separar.

- (1) Conta-se por despeza necessaria, v. g., o trabalho dos mergulhadores, sem o qual a cousa estaria perdida para o dono. O direito de exigir *alviçaras* do achado funda-se em um pacto, ou em uma lei positiva.

§ 66.

Do dominio, considerado segundo o seu teor, depende a theoria do direito de *accessão*. Os bens moveis ou immoveis, que adquirimos, podem tornar-se, por varias causas, mais accrescentados. A este accrescentamento se dá o nome de *accessão*; e esta ou procede tão somente das forças da natureza, ou da acção do homem sobre os objectos, coadjuvada pelas propriedades da materia, sobre que elle obra.

§ 67.

Tudo o que accresce a uma cousa nossa, ou por suas virtudes intrinsecas, ou mediante a nossa cooperação, he *nosso* inquestionavelmente, porque quem he senhor da cousa, tambem o he das suas virtudes naturaes, e por conseguinte dos effeitos destas, ainda que produzidos sem a sua cooperação, e com mais razão quando provocados por algum acto seu. Por isso he que nos pertencem as crias dos nossos animaes, e os fructos do nosso terreno.

Se o accrescimo foi devido á acção de causas naturaes extrinsecas, mas não pertence a ninguém ; ou elle está dentro da nossa propriedade, ou tão somente lhe he adjuncto. No primeiro caso ou he *nosso*, porque, como senhores do *principal*, tambem o devemos ser do que está dentro d'elle, isto he, do *accessorio*, visto não ter dono, ou então pelo direito de remover a qualquer da nossa propriedade, compete-nos exclusivamente o direito de *occupar* o *accessorio* (1). Assim, se um terremoto formar na nossa fazenda um monte, ou fizer rebentar uma fonte, esta e aquelle ou serão logo *nosso*s em virtude do dominio da cousa principal, ou só nós os poderemos occupar. Mas se a cousa accrescentada estiver simplesmente adjuncta, seremos senhores do *accessorio*, se o occuparmos ; e quando não, será elle do primeiro occupante.

- (1) Se o *accessorio* nos não pertence em virtude do dominio da cousa principal, então força he que se nos conceda, que só nós temos direito de occupar-o ; porque nos compete o direito de afastar da nossa propriedade quem quer que seja. Parece ser este o meio de conciliar as diversas opiniões sobre se o dominio do *accessorio* neste caso deriva-se do dominio do principal, ou de uma occupação *especial*. As cousas, que alguem tem um direito especial, ou exclusivo, de occupar, chamão-se *jacentes*.

§ 69.

Se o accessorio já era nosso, continúa a sê-lo em virtude do nosso dominio anterior. Assim, as partes do nosso terreno, inundadas por um rio visinho, revertem ao nosso dominio, logo que o rio vasa.

§ 70.

Sendo, porém, alheia a cousa, que accresceu, o senhor conserva o seu dominio, e deve-se-lhe restituir, podendo ser separada, sem destruição, nem deterioramento; aliás dá-se o *condominio* pro rata do valor, ficando, porém, salvo ao lesado o direito á indemnisação do damno, contra quem foi causa do *condominio* (1).

- (1) Este *condominio*, porém, subsiste, enquanto os consenhores se não accommodarem entre si, porque um pôde ceder todo o dominio da cousa, mediante a paga do valor da parte, que lhe toca.

§ 71.

As *lesões* relativas ao dominio são: 1.º o *furto*, ou a subtracção da cousa alheia movel, para lucro proprio ou de outrem; 2.º o *roubo*, que he o furto feito com ameaças reaes, ou violencia á pessoa; 3.º a *invasão*, ou o facto de esbulhar alguem da posse de uma cousa immovel; 4.º a *fraude*, ou o engano

com o proposito de lesar a outrem nos seus bens ; 5.º, enfim, toda a acção dolosa ou culpada, com a qual o senhor da cousa he privado de algum direito do seu dominio.

§ 72.

Cabe aqui indagar, se a *contrafação* dos livros, ou a sua reimpressão, depois de serem publicados por outrem, se deve reputar uma lesão da propriedade alheia. Sobre esta questão são diversos os pareceres. Autores ha que julgão a propriedade das producções intellectuaes tão fundada em direito, como a das cousas materiaes, e não duvidão qualificar de furto as *contrafações*. Outros, porém, não admittem aquella *especie* de propriedade, e sustentão, que nem da natureza do contracto, relativo á edição de um livro, se póde deduzir a injustiça da *contrafação*.

§ 73.

Segundo a opinião de uns, o autor limita, no seu contracto com o livreiro, o numero das manifestações materiaes do seu pensamento, isto he, dos *exemplares*; e o editor, que os vende, sempre o faz debaixo da condição tacita do comprador não multiplical-os com a reimpressão. Porém os adversarios não achão muita difficuldade em provar, que a venda de um livro, ainda condicional, não

obsta a que o comprador o ceda sem condição a outro, que o reimprima. Outros pretendem por uma razão mais especiosa, que o editor só vende a *cópia*, e que o comprador não pôde servir-se della, como se fôra o *original*, isto he, não pôde dar uma nova edição, pois para haver direito á especificação (por meio da imprensa) faz-se mister o dominio do especificando (do original ou manuscripto), e a cessão da *cópia* não he alienação do *original*. A isto, porém, respondem os outros, que o direito da reimpressão funda-se em que o comprador da *cópia* pôde, visto que he senhor, usar della, como lhe aprouver, e que assim como se não pôde negar ao comprador de um producto o direito de fabricar outros semelhantes, tambem não se deve recusar ao comprador de um livro, o direito de o multiplicar pela imprensa, ou de fabricar outros do mesmo teor. Verdade he, que a reimpressão pôde trazer prejuizo ao primeiro editor, mas a questão do prejuizo se deve pôr de parte, quando se trata do uso de um direito.

§ 74.

Sendo fracos os argumentos fundados no direito convencional, deduzido da venda do livro, e no dominio do manuscripto, alguns escriptores considerão a *contrafação* como lesão de um direito pessoal. Kant entendeu, que o autor de uma obra commettia *unica-*

mente ao seu editor o fallar ao publico em seu nome por meio da imprensa, e que o repellido da edição se entremettia neste negocio contra a vontade de ambos ; e por consequente obrava injustamente, quér do seu acto resulte, quér não, a cessação do lucro do legitimo editor.

§ 75.

Mas como poderia o autor ser *lesado* em seu direito pessoal com a reimpressão da obra contra a sua vontade, se não houvesse a propriedade intellectual, isto he, dos pensamentos ? Os que pretendem, que não ha tal propriedade, porque as idéas geraes não são de ninguém, mas de todos (1), não ponderão que as obras intellectuaes são combinações, transformações, e desenvolvimentos dessas idéas. Se este argumento valesse contra a propriedade intellectual, devêra tambem servir contra toda a propriedade material : porque as cousas, que fazem objecto desta propriedade, são igualmente combinações particulares dos elementos geraes da natureza, que não pertencem a ninguém. Mas assim como a posse e transformação das cousas materiaes estabelecem uma propriedade a respeito dellas, assim tambem a posse e transformação das verdades, e noções geraes, devem formar uma propriedade. O possuil-as requer trabalho do espirito humano, e muito maior tra-

balho demandão a sua transformação e o seu desenvolvimento, afim de se produzir uma obra intellectual.

- (1) A idéa nova, que vem ao espirito de um homem, diz certo autor, não lhe pertence toda. Primeiro que viesse ao seu espirito, ou ali nascesse, foi preciso que elle por muito tempo se instruisse nas idéas communs, que circulão no mundo, e são como um tal cabedal immenso, sem o qual não fôra produzida a idéa nova. He certo, que nesta producção ha um caracter particular de personalidade; mas ella traz em muito maior numero os caracteres de outras personalidades, porque para ella concorreu toda a humanidade. Só este concurso he que pôde explicar, como em muitas cabeças apparece ao mesmo tempo uma idéa nova.

§ 76.

Admittindo-se a propriedade intellectual do autor, he que se lhe pôde conceder o direito de confiar, a quem lhe aprouver, a publicação da sua obra, e de exigir que ninguem a reimprima contra a sua vontade. Mas esta propriedade não se lhe pôde negar razoavelmente. Uma obra litteraria, considerada a sua origem, deve pertencer a quem a produziu. O autor he inquestionavelmente proprietario do seu *engenho*, e o deve ser, por conseguinte, de tudo o que d'elle emanar. Um livro não existiria, sem os pensamentos, que o compõem; e se estes são proprios do

autor, esta propriedade ainda subsiste debaixo da fôrma material do livro, e por isso ninguém o pôde reimprimir, sem lesar o direito do autor, ou do editor, a quem elle o tiver cedido. He inquestionavel, que o comprador de um livro adquire o dominio do producto material, tanto que o pôde emprestar, alugar, vender, dar e destruir, mas não adquire a propriedade dos pensamentos do autor: aquelle, pois, he senhor do producto material, mas não do immaterial. Parece-me que, feita esta distincção, não se pôde mais confundir o direito do autor, ou do editor cessionario, com o direito do comprador do livro (1).

- 1) Dizem que a sociedade interessa na multiplicação dos bons livros, e que a *contrafação* não só preenche este fim, como augmenta a utilidade dos bons livros, tornando-os mais baratos. Certamente poderia convir esta razão a um povo, que tivesse todos os livros bons, e não precisasse mais de outros. Mas se não ha nenhum, que esteja neste caso, não será o reconhecimento da propriedade litteraria um incentivo, para que continuem a apparecer bons livros? Um bom livro suppõe necessariamente no autor uma educação apurada, e o talento da concepção, combinação, e expressão claras das idéas; suppõe, além disso, que o autor passou dias e noites em as conceber, combinar, e exprimir com toda a clareza. Um bom livro, pois, não he tão facil de fazer, e para que augmentar as difficuldades, recusando a produc-

ções desta especie o incentivo da propriedade, que se concede ao mais grosseiro producto ? Em alguns paizes os autores gozão da propriedade de suas obras durante a sua vida, e n'outros só por vinte annos ; de sorte que não podem transmittil-a á sua familia, quando a propriedade dos bens moveis e immoveis passa de herdeiro a herdeiro. Esta desigualdade, entre a propriedade litteraria e a material, fez com que alguns se lembrassem de propor que fossem equiparadas. Mas isso he demasiado. A transmissão dos bens dos individuos, que morrem, he concessão da *lei civil*, e não effeito do dominio, que se extingue com a morte : *mors omnia solvit*. Esta concessão funda-se em uma razão de interesse geral, porque a incerteza da sorte, que viria a ter o patrimonio dos individuos, depois da sua morte, seria, por sem duvida, um obstaculo a que se elles atanassem por adquirir riquezas, e a sociedade prosperasse. Por isso he que a *lei civil* permite os *testamentos*, e estabelece a *successão* de pais a filhos, presumindo o amor daquelles para com estes. Porém o mesmo *interesse geral* da sociedade he que exige que a propriedade intellectual não passe perpetuamente aos herdeiros do autor, para que elles não privem, com a carestia das obras herdadas, grande numero de pessoas da utilidade de ideas scientificas, litterarias e industriaes. Parece-me que se tem conciliado a justiça, que se deve aos autores, com o interesse geral da sociedade, concedendo-se-lhes o privilegio de suas obras por um tempo sufficiente, para poderem obter o fim *lucrativo*, que se prozerão.

Muitos escriptores admittem tres excepções á lei juridica, que prohibe usar da cousa alheia, ou apropriar-se della, sem o consentimento do dono. Sustentão o direito do *uso innoxio*, o direito de *necessidade*, e o direito de *prescripção*. Entendem por uso innoxio o que não prejudica ao senhor da cousa (1), e dão-lhe por fundamento a excepção tacita do pacto originario da partilha dos bens (§ 54), e a mesma lei juridica, que permite todas as acções, que não são nocivas a outrem. Mas o pacto originario de partilha he uma pura ficção : logo não pôde servir de fundamento ao direito do uso innoxio. Além disso, o senhor tem direito de excluir os outros do uso da cousa : logo, contra a sua vontade, ninguém pôde usar della, e todo o uso que se fizesse, seria sempre uma lesão do direito, ainda que o não fosse do objecto. He certo, que os defensores do uso innoxio recommendam, que se pergunte primeiro ao dono, se o uso da cousa lhe he nocivo, pois que as apparencias podem enganar : mas como o senhor da cousa não he obrigado a declarar o que pretende fazer della, nem a justificar a sua recusa, segue-se, que nem mesmo debaixo da restricção indicada se pôde admittir o tal direito do *uso innoxio*. Só o que se pôde conceder he que nos casos, em que he presumivel o consentimento do senhor da cousa,

não seja reputado o uso innoxio, que se faz della, por uma lesão do direito alheio, feita com *má tenção*, isto he, com dolo, e digna, por consequente, de punição.

- (1) O uso innoxio, de que aqui se trata, he a applicação da cousa alheia aos nossos fins, por meio de uma acção na mesma cousa; e não a sua applicação, sem que nella obremos. Ha muita differença, v. g., em usar da lenha ou da cinza da fogueira de outro, e valer-se da claridade da chamma, para ler uma carta, ou contemplar um objecto. Do uso da lenha e da cinza pôde ser excluido quem quer que seja, mas não da claridade da chamma (§ 47 *).

§ 78.

Mais duvidosa, porém, he a questão, se a necessidade *extrema* dá direito a lançar mão do alheio para salvar a propria vida. Muitos escriptores sustentão esse direito, e o denominão *direito de necessidade*: mas só o admittem no caso de se não achar o senhor da cousa no mesmo perigo de vida, e com a condição de se lhe prestar a indemnisação, logo que for possível. Dizem que a perda da vida de um homem não he para se comparar com a perda, ou talvez a simples privação momentanea de uma cousa, e que o senhor desta tem o dever de a pospor á salvação do proximo: e caso não queira cumprir de boamente esse dever, pôde ser forçado a cumpril-o,

porque então se torna violador do direito, que tem o outro de se conservar.

§ 79.

Não ha quem não saiba, que he um dever *ethico* salvar a vida ao proximo, ainda á custa de algum bem nosso, e que nos casos de necessidade, em que se não pôde pedir a cousa ao dono, se deve presumir que elle consente em cedê-la; porque não se pôde suppor *tenção* má, digna de castigo, no individuo que, para a sua salvação, serviu-se de uma cousa alheia (1). Mas daqui não se segue, que se possa rectamente qualificar de *justa* esta acção, nem que a pessoa, que está em perigo de vida, tenha direito de empregar a força contra o dono da cousa, que recusa prestal-a. Quem he senhor de uma cousa tem, não obstante a necessidade alheia, o direito de a possuir: negando-a, pois, a quem lh'a pede, usa do seu direito, e como, por consequente, soffrer violencia por causa disso? Estou que, negando-se a cousa ao necessitado, não se promove a sua conservação; mas tambem não se pôde dizer, que se viole o seu direito de se conservar, pois que o perigo de vida, em que elle se acha, não procedeu de um facto, que praticasse o dono da cousa, que não a quer prestar. O direito deste não pôde, pois, ser lesado, sob o pretexto de que outrem está em necessidade extrema, porque a ninguem he

permittedo lesar direitos alheios, afim de exercer o seu direito de conservação (2) ; nem a moral nos impõe mais o dever de nos conservarmos, quando não o podemos cumprir, senão com a infracção de algum dever de justiça (3).

- (1) Por exemplo, quem, por se achar em summa necessidade, tirasse um pão alheio, ou tomasse um cavallo, ou uma canôa de outrem, para escapar a um perigo imminente de vida, v. g., a um assassino, que o persegue, não estaria sujeito á pena do furto.
- (2) Os codigos penaes estendem o *moderamen inculpatæ tutelæ* á defeza dos mesmos bens. Mas isto fôra injusto, se houvesse dever juridico absoluto de sacrificar a propriedade para salvar a vida dos outros.
- (3) Não se devem transgredir os limites da justiça, nem tanto como a grossura de um cabello, porque os homens caminharão de transgressão em transgressão, até riscar-se inteiramente do seu pensamento toda a idéa de justiça. Se não temos direito, como demonstrado fica no § *supra*, de conservar a propria vida, usando de uma cousa contra a vontade expressa do seu dono; com muito mais razão não podemos ter direito de salvar-nos, matando um innocente. Assim, em um naufragio, aquelle que está em risco de afogar-se, não tem direito de se valer da força, para tirar a outrem, que está ao pé de si, a taboa de

que se apossou, e que he o seu unico meio de salvação. Se o fizer, a imminencia do perigo o livrará da imputação penal, mas não pôde apagar a injustiça da acção. Todavia o Snr. Zacharias pretende que esta acção seja contraria á moral, mas não ao direito, porque nunca se dá direito, senão na *supposição de dous entes poderem coexistir no mundo sensivel.*

§ 80.

A perda de um direito, pela prolongada interrupção do uso, chama se *prescrição*; e a aquisição da cousa alheia, por que foi possuida por longo tempo, e com boa fé, toma o nome de *usucapião*. Pela validade de ambas, segundo o direito natural, costumão apresentar os argumentos seguintes : 1.º Quem deixa de exercer por longo tempo o seu direito a uma cousa, manifesta que o renuncia, e não o pôde mais recobrar, se alguem a empregar de boa fé em seu proveito : 2.º Sem o acto continuado da posse não pôde o senhor da cousa provar o seu direito, o qual por isso mesmo se deve reputar extincto, e transmutado para o possuidor : 3.º Se a usucapião não fosse valida, nenhuma aquisição, por occupação ou pacto, estaria segura, porque em apparecendo alguem, que provasse o seu direito anterior, teria o possuidor mais moderno de restituir a cousa em continente, sem que lhe podesse valer a longa posse, acompanhada da boa fé : d'onde se segue,

que a mesma segurança e prosperidade do genero humano exigem a prescrição.

§ 81.

Em opposição a estes argumentos podem produzir se outros. 1.º Os defensores da *usucapião* e *prescrição* não negão ao senhor da cousa, que deixou de a possuir por pouco tempo, o direito de reivindicar a do possuidor, seja de má, ou de boa fé ; d'onde se segue, que não basta a posse, ainda que de boa fé, para extinguir o dominio. Mas por que tempo se ha de possuir a cousa, para *prescrevê-la*, e excluir o dono ? Esse tempo a razão não define, e só o póde marcar a legislação positiva. Ora, se para a *prescrição* se requer a posse, durante certo tempo, e este não póde ser determinado, senão por lei positiva, he evidente, que a prescrição não se funda nos principios absolutos de direito, derivados só da razão. Demais, se apresentando-se o dono um dia antes do tempo determinado para se consummar a *prescrição*, póde reivindicar a cousa ; por que razão a posse, que até então não produziu effeito algum juridico, ha de crear um direito em favor do possuidor, e contra o senhor da cousa, só porque durou mais um dia ?

§ 82.

2.º A posse, por mais longa que seja, não pôde ser *justa*, não se fundando em algum direito, o qual ha de derivar-se, ou da *occupação*, ou de um *pacto* valido. Ora, a cousa que tem senhor, não pôde ser objecto de occupação, emquanto permanecerem os vestígios do dominio; nem ser transferida por outro, que não seja o dono. Mas o possuidor ou se arrogou a cousa, não estando ella vaga de senhorio, ou obteve-a, por um pacto, de que não lh'a podia transferir: logo, quér n'um, quér n'outro caso, a sua *posse* carece de fundamento juridico, e por conseguinte não pôde ser um modo de *adquirir* o dominio.

§ 83.

3.º He inquestionavel, que o senhor da cousa tem direito de a possuir, como tambem de não exercer este direito, pois he permittido a quem tem um direito usar d'elle, ou não: logo o senhor da cousa, que não exerce o seu direito de posse, não pôde por isso perder o dominio, tanto mais porque este he independente da posse *corporal* (§§ 45 e 49).

§ 84.

4.º A renuncia do dominio, deduzida da interrupção diuturna do exercício d'elle, tam-

bem não he admissivel ; porque esta interrupção pôde ser produzida por outras cousas. E quando se presumisse a renuncia, deve a presumpção ceder á verdade, logo que o dono da cousa declara, que nunca renunciára o seu direito. He certo, que pela prolongada interrupção do uso do dominio podem desaparecer os vestigios da sua existencia ; mas então a cousa se reputa juridicamente vaga de senhor, e se pôde adquirir por *occupação*. Mas, emquanto estiverem inherentes á cousa os sinaes de dominio, ou posse anterior, não pôde o possuidor estar salvo da reivindicação.

§ 85.

Comtudo he uma verdade reconhecida, ha muito, pelos juriconsultos e politicos, que a *prescrição* torna mais segura a posse, e mais facil a prova do dominio ; que augmenta a industria, e diminue as demandas, e por isso pode e deve ser estabelecida no estado civil, e determinada exactamente por uma lei positiva (1).

- (1) A prescrição suppõe, como se fez ver, um tempo mais ou menos longo, durante o qual o proprietario tem cessado de usar do objecto : mas o tempo não pode fazer perder a propriedade. Grocio e Puffendorffio admittem a prescrição, como de direito natural : aquelle, porque o proprietario, que deixa de usar do objecto, tem feito renuncia tacita delle, e o outro, porque a prescrição foi

introduzida por uma convenção geral entre todos os homens. Porém estes raciocínios são ambos erroneos. Puffendorffio funda-se n'um facto, que nunca teve lugar, e n'uma ficção por consequencia: e Grocio suppõe uma renuncia tacita, que realmente não existe, pois não pôde haver alienação da propriedade sem vontade, e esta não se pôde legitimamente deduzir da omissão do proprietario em usar da cousa. A *prescrição* funda-se no interesse publico, e não, como quer Grocio, no abandono *presumido* do proprietario; porque o silencio deste pôde provir, ou de não saber em poder de quem está a cousa, ou de não poder sustentar o seu direito, pela prepotencia do possuidor. He quasi sempre contra a *vontade* do proprietario, que se consumma a prescrição, pois não são communmente os homens tão pouco zelosos dos seus interesses, e por consequente ha quasi sempre uma razão forte, que impede o proprietario de interromper a prescrição. Esta-belecida, porém, a prescrição, he necessario, que o tempo marcado para ella, não seja mui curto, nem mui longo. Não deve ser mui *curto*, para o proprietario poder procurar o seu direito; nem mui *longo*, para não ficar o possuidor exposto por muito tempo a perder a cousa.

ARTIGO SEGUNDO
DA ACQUIÇÃO MEDIATA

CAPITULO I

Dos pactos em geral.

§ 86.

Não podemos, só pela nossa vontade, adquirir direito ás acções e cousas dos outros. Para exigirmos, pois, com justiça, que elles em proveito nosso exerção ou restrição a sua justa liberdade, isto he, nos *prestem* alguma cousa, faz-se tambem necessaria a sua vontade, e que esta se *declare* por sinaes externos, que a dêem a conhecer. A declaração da vontade de conceder alguma prestação chama-se *promessa*. O promittente não tem intenção de renunciar absolutamente o direito promettido, ou de o *abandonar*; mas de o transferir, ou de o *ceder* a outrem, que antes ou depois da promessa pôde declarar que o *aceita*: a promessa aceita chama-se *pacto*.

§ 87.

O promittente renuncia em favor do promissario (1) ao direito, que tem no objecto promettido, mas sob a condição de que o pro-

missario o aceite. Portanto da promessa origina-se para o promissario a possibilidade juridica de adquirir o objecto. (*Volenti non fit injuria* (2). Mas pela aceitação he que o promissario declara considerar o objecto como adquirido, e realmente o adquire. A promessa he, pois, o *titulo*, e a aceitação o *modo*, porque mediata ou derivadamente se adquire um direito (3). Nisto se assemelha a aquisição mediata com a originaria, mas a outros respeitoos uma differe da outra. Porquanto a aquisição originaria tem por objecto as cousas, que estão vagas de senhorio, e que se adquirem por uma declaração da nossa vontade, que possa ser conhecida por todos: mas a aquisição mediata diz respeito a objectos, que tem senhor, que os renuncia em favor daquelles, a quem os promette, e com a condição de aceitarem. Nenhum outro, por consequente, pôde apropriar-se delles, e basta que a pessoa, a quem he feita a promessa, manifeste a vontade de haver por seu o objecto promettido.

- (1) Diz-se promissario aquelle, a quem se faz a promessa.
- (2) Esta regra he, com effeito, mui geral, e parece dictada pelo senso commum, porque he verdadeira na mor parte dos casos; mas he impossivel que não tenha excepções. Ninguém deve prevaler-se da vontade de outrem, senão quando ella for livre e esclarecida. A maxima---*volenti non*

jit injuria---não he, pois, applicavel ao consentimento dos meninos, dos insensatos, dos ebrios, e dos que se achão em estado de desesperação ou colera. Tambem não se deve admittir, que aquelle que pede (ainda estando em seu juízo perfeito) que o matem, deva ser satisfeito. Póde conceder-se ao individuo o direito de suicidar-se, posto que o suicidio seja reprovado pela moral, e prohibido pela religião; mas ninguem tem o direito de praticar um acto injusto, v. g., de matar a outrem, posto que elle o peça. O nosso direito, em relação aos outros, se limita unicamente a exigirmos que não nos perturbem no gozo dos nossos direitos, que não nos lesem; e a lhes fazermos todo o beneficio, que podermos, se por acaso tiverem defeitos physicos ou moraes, pelos quaes não possam cuidar de si, nem exercer os seus direitos: mas não temos direito de praticar para com elles um crime, porque nelle consentem, e se o fizermos, constituimo-nos réos dignos de *pena*.

- (3) Sobre qual seja a razão da força obrigatoria dos pactos, são varias as opiniões. Uns reputão innata a obrigação de cumprir o pacto, e outros tem-na por uma verdade tão evidente, que não necessita de prova. Alguns fundão o direito proveniente do pacto no consenso do genero humano, em virtude do qual deve o pacto valer por symbolo da tradição real; e outros na transformação de um dever ethico em juridico pela decisão do obrigado. Emfim, uns estabelecem o fundamento do direito do pacto nas mesmas necessidades da sociedade, outros na esperança

suscitada ao promissario, e outros na lei da veracidade entre os homens. Mas estas razões não satisfazem, porque umas supõem o que se deveria provar, outras confundem a occasião dos pactos com o seu fundamento juridico, e outras offerecem graves duvidas. Um escriptor moderno (Bentham), que tratou igualmente esta questão, resolve-a pelo principio de utilidade. No seu pensar deve o homem cumprir fielmente as suas obrigações por *utilidade propria*, afim de não perder a confiança publica, e achar, quando precise, quem queira contractar com elle. Mas então devia ser permittido a cada um faltar á sua palavra, quando quizesse expor-se ao risco de perder a confiança dos outros, pois he licito a cada um renunciar ao seu interesse proprio.

§ 88.

Todo o pacto requer duas condições essenciaes: 1.º a *declaração concorde das vontades*, ou o consenso dos pactuantes, acerca de uma prestação: 2.º a *possibilidade* da mesma prestação. Faltando uma destas condições, o pacto não tem effeito juridico, isto he, não ha acquisição de direito, pois não houve realmente pacto, e só sim *apparencia*. Mas a declaração concorde das vontades equivale ao consentimento interno, e o promittente não póde mais allegar, que dissera uma cousa, e quizera outra internamente. Ainda que nos não compita direito absoluto de exigirmos dos outros a verdade, comtudo, quan-

do se nos promette alguma cousa, temos direito de exigir que não sejamos enganados, nem se frustre o fim justo, que nos propozemos com a aceitação da promessa. Se esta, sendo aceita, não bastasse para conferir direito á cousa, tambem não bastaria o cumprimento do pacto pela *tradição* ; porque o pactuante, que entregasse em continente a cousa, poderia ainda sahir-se com a excepção de não ter cumprido seriamente, e não ha razão para o acto da *tradição* ter mais significação, nem mais força, do que a declaração por palavras. Além disso, se a expressão da vontade se não reputasse a mesma vontade, nenhum valor terião a apprehensão e o assinalamento das cousas, que não são mais do que *modos* de declarar a vontade ; e assim não poderia haver direito proveniente da aquisição immediata, ou originaria.

§ 89.

Mas para a declaração se equiparar á mesma vontade interna, deve ser *séria e clara*. Portanto, os tratados *previos*, ou o offerecimento e a resposta, com que se indaga primeiramente a vontade de pactuar, ou se propõem as condições ; as promessas imperfeitas, que só manifestão, em quem as faz, o simples proposito de transferir uma cousa para o futuro ; as expressões manifestamente jocosas ; os actos apparentes, e declarações du-

bias, não produzem effeito algum juridico. A declaração da vontade se póde fazer ou *expressamente*, por palavras ou escripto ; ou *tacitamente*, por actos que, segundo as circumstancias, indiquem a intenção do agente. O *silencio* da pessoa, sem o concurso das circumstancias, não prova o seu consentimento ; nem as *presumpções*, deduzidas do costume, do dever moral, ou do interesse proprio, porque nada disto tolhe ao individuo a justa liberdade de afastar-se do costume ou do dever, e de renunciar ao seu interesse. De outros principios, que não destes, se deduz o direito á indemnisação, que compete ao gerente de negocios alheios, que obra de boa fé.

§ 90.

Além disso, a declaração da vontade deve ser *reciproca*. Se alguém declarasse que era muito do seu agrado, que se lhe dêsse ou fizesse alguma cousa, esta declaração não passaria de um simples desejo, que não produz nenhuma obrigação juridica para quem não promette a prestação. O promittente não póde *forçar* o promissario a aceitar a promessa ; deve esperar a sua livre decisão, isto he, a sua declaração se *aceita*. Antes da aceitação não está verificada a condição tacita, sob a qual o promittente fez a renuncia do seu direito (§ 87) ; mas pela aceitação o promissario converte em objecto da sua liber-

dade, e esphera juridica a cousa promettida (1). Portanto, a promessa de per si produz tão somente a *possibilidade* juridica de adquirir, e subsiste, emquanto não he revogada, ou recusada expressa ou tacitamente (2). Da necessidade do consentimento, ou da união das vontades, segue-se tambem, que as declarações se devem referir ao *mesmo objecto*, e por isso convem que este seja sufficientemente determinado pelas mesmas declarações das partes, ou pela natureza da cousa, isto he, pela sua individualidade; aliás o aceitante não saberia qual o direito, que se lhe transfere, e a obrigação ficaria sujeita á interpretação arbitraria do promittente.

- (1) A promessa, pois, póde revogar-se antes, mas não depois da aceitação, posto que esta ainda não tivesse chegado á noticia do promittente. Alguns autores, porém, professão uma opinião contraria, fundando-se em que a aceitação he um simples *propositum in mente retentum*, emquanto o promittente não he sabedor della. Mas esta razão não me parece verdadeira. He certo, que a aceitação puramente *intencional* não basta para a perfeição do pacto: mas neste caso não está a aceitação, manifestada por meios, que, segundo o curso ordinario das cousas, devem de a transmittir ao conhecimento do promittente. Em liavendo aceitação, manifestada por estes meios, dá-se o concurso das vontades, e por consequente a perfeição do pacto. Se o promittente marcou tempo ao promissario para dar a sua decisão, entendem

alguns, que não pôde mais revogar a promessa, se esta chegou ao conhecimento do promissario; mas que antes disso pôde revogal-a, muito embora tivesse renunciado fazê-lo. Outros, porém, sustentão, que neste caso não pôde ter lugar a revogação, antes da decisão do promissario. Eu penso, que toda a promessa pôde ser revogada antes da aceitação; porque emquanto a promessa não he aceita, o pacto não está perfeito, e por conseguinte não ha transferencia de direito.

- (2) Para tirar toda a duvida, se a omissão da aceitação equivale a uma recusa *tacita*, compete ao legislador marcar o termo da aceitação.

§ 91.

Para haver consentimento valido, he mister que os pactnantes tenham faculdade *physica* e *juridica* para consentir. São destituídos da faculdade *physica* os infantes, os dementes, os ebrios, e os que não podem manifestar a sua vontade clara e terminantemente, v. g., os surdos e mudos, que não receberão instrucção. (1) Não gozão da faculdade *juridica* os que não podem prometter, nem aceitar uma prestação, sem o consentimento de outra pessoa, de quem dependem.

- (1) O direito natural não pôde determinar a *idade* necessaria para pactuar, porque ella depende de varias causas, não só subjectivas, como objectivas. Entre outras cousas convem attender tambem á

gravidade do objecto. Para aceitar um beneficio não se requer vulgarmente um juizo tão maduro, como para contrahir uma obrigação. Mas outros podem fazer as vezes dos incapazes no exercicio dos seus direitos.

§ 92.

O consentimento prestado pôde ser effeito do erro ou dolo. O *erro* ou diz respeito ao mesmo objecto do pacto, ou á sua causa, ou a outras circumstancias extrinsecas ao objecto. Pôde provir ou da culpa de quem erra, ou de um acaso, ou da culpa do outro pactuante, ou de um terceiro; e se he promovido com *animo* de lesar o direito alheio, então he *dolo*. Nenhum dos pactuantes he obrigado a saber a causa por que o outro pactuou, e pôde mesmo não ter atinado com ella, quando se fez o pacto. Além disso, quem pactúa, não tem obrigação de dizer a causa por que o faz, e ás vezes pôde ser que não a saiba verdadeiramente. Portanto, se um dos pactuantes errou na causa, deve carregar com os effeitos do seu erro, ou haver a reparação do damno, de quem o enganou. O ponto da união das vontades não está na causa, ou no fim remoto do pacto, mas no seu objecto, salvo se a *causa* foi condição do pacto, *sine quâ non*. O erro, pois, na causa, como nas circumstancias extrinsecas ao objecto do pacto, não traz a sua nullidade (1).

- (1) Por exemplo, compro um cavallo, porque o supponho bom corredor, mas elle não o he: vale a compra. Porém se eu declarasse ao vendedor, que queria um cavallo daquella qualidade, e o cavallo vendido não a tivesse, seria nullo a compra.

§ 93.

O erro acerca do pacto he *principal* ou *essencial*, quando versa sobre a essencia da cousa, ou uma condição essencial do pacto, declarada por um dos pactuantes; aliás he *accessorio* ou *accidental*. Havendo erro principal, não ha união de vontades, nem consentimento verdadeiro, e por conseguinte só ha simulacro de pacto: mas no erro accessorio dá-se a identidade do objecto, a união de vontades, e por consequencia subsiste o pacto. Quanto ao valor do pacto não importa que o erro *essencial* proviesse da culpa do errante, da do outro pactuante, da de um terceiro, ou do mero acaso; comtanto que o erro de uma das partes contractantes, ou pela declaração da sua vontade, ou pela natureza da cousa, fosse manifesto á outra parte no tempo da convenção. Só a respeito da *indemnisação* prevalece sempre o principio, que o autor do damno he que o deve reparar (1).

- (1) Ajusto vinho, e manda-se-me vinagre, ou vendo pedras verdadeiras a quem me pede falsas: quer n'um, quer n'outro caso, o erro he principal, e o pacto nullo. Manda-se-me o vinho, que ajustei,

porém com uma canada menos, do que me promettêra o vendedor: o erro he accidental, e o pacto valido, mas o vendedor he obrigado a supprir a falta. Ajusto uma pipa de vinho, sem determinar a sua qualidade, porque disse-me um corrector, que era vinho de Lisboa, que eu procurava. He bom o vinho, mas não he de Lisboa: vale a compra, porque eu não declarei ao vendedor a qualidade do vinho, e o vendedor não era obrigado a saber qual o vinho, que eu queria, nem a m'o perguntar. Mas se o paguei por vinho de Lisboa, e consequentemente por mais do seu preço, posso exigir do corretor que me embolse o excesso.

§ 94.

He facil a applicação destes principios ao *dolo*. Quando se enunciação motivos falsos, para mover alguem a pactuar, pratica-se, por certo, uma acção immoral, mas daqui não se segue que o pacto seja nullo: não só porque o enganado não devia facilmente crer nos motivos produzidos, como porque se não pôde saber com exacção, se elles forão a causa determinante da sua vontade, salvo se o tiver declarado (1). Porém se o *dolo* versar sobre a cousa, que faz objecto do pacto, ou sobre uma qualidade essencial da mesma, então o pacto he nullo: aliás o *dolo* produz unicamente a obrigação de indemnisar (2), e se provier de um *terceiro*, sem connivencia do outro pactuante, o enganado deve haver do terceiro a satisfação do damno.

- (1) Diz-me falsamente um mercador, que o preço de certa mercadoria tem de subir, porque ella se vai tornar escassa, e eu fiado nisso, compro-lhe grande quantidade: he valido o pacto. He notorio o caso citado por Cicero, o qual passou a ser adagio: *emit homo cupidus tanti, quanti Pithius voluit.*
- (2) Um mercador me diz ser diamante um cristal, e por diamante o compro: não vale o pacto. Mas um mercador engana-me no peso ou na medida do objecto: he valido o pacto, porém tenho direito de pedir a *indemnisação*.

§ 95.

A outra condição essencial á validade do pacto he a *possibilidade* da prestação (§ 88). A prestação pôde ser impossível physica, jurídica, ou moralmente. He impossível physicamente, quando excede ás forças naturaes do homem, ou especialmente ás do promittente. Ao impossível physico *absoluto* não pôde haver vontade, nem justo uso da liberdade, nem necessidade moral, nem, por consequente, obrigação jurídica. Como a impossibilidade physica absoluta deve ser patente a ambos os pactuantes, a promessa de uma cousa absolutamente impossível não he senão uma graça, ou então provém de uma alienação mental; e tanto n'um, como n'ou tro caso, não pôde ser valida. Porém se a impossibilidade physica for só *relativa* ao promittente, e *desconhecida* ao promissario, então o pro-

mittente deve cumprir a promessa por meio de outrem, e se não poder, deve prestar a indemnisação. Portanto: 1.º o artifice inepto, que por presumpção promete mais, do que he capaz de fazer, pôde ser obrigado a dar conta da obra pelo ministerio de outro, que tenha a precisa capacidade; 2.º quem promete com toda a certeza um facto de outrem (e não a diligencia de o mover a pratical-o) tem de prestar o damno, que resultar da não execução do facto: 3.º quem na occasião do pacto podia prestar o objecto, e depois não o pôde por culpa sua, he obrigado a pagar o seu valor com outra cousa, ou com trabalho; 4.º quem dolosamente occasiona aos ignorantes despesas ou damno, infundindo-lhe esperanças vãs, deve prestar a indemnisação. Porém as difficuldades da prestação, subsequentes ao pacto, não podem, por maiores que sejam, nullificar o direito do aceitante.

§ 96.

Em todo o pacto uma das partes promette dar, fazer, omittir, ou permittir alguma cousa, isto he, renuncia a um direito seu em proveito da outra parte, que o aceita. Ora, esta renuncia constitue o objecto do pacto, e para ser *juridicamente* possível requer-se: 1.º que o direito, que faz objecto do pacto, seja alienavel por sua natureza; 2.º que o promittente e o aceitante tenham capacidade,

um para renunciar, e o outro para aceitar. O direito *primigenio* não admite absolutamente alienação. Quem se entregasse por um pacto ao arbitrio de outrem, para fazer, omitir, ou tolerar quanto lhe aprouvesse, se aviltaria á condição de cousa, ou de um bruto. Tal poder, porém, como direito, ninguém pôde adquirir sobre um ente racional, ainda que se suppozesse valida a promessa. Mas quem se submettesse ao poder illimitado de outrem, por isso mesmo, se o fizesse seriamente, obraria como um ente privado do uso da razão, que he incapaz de pactuar (§ 91). Accresce, que a sua intenção seria obrigar-se a servir como cousa, e por consequencia despir-se da dignidade de pessoa: mas renunciando ao seu direito de existir como ente racional e moral, não seria mais sujeito de obrigação moral, nem de dever juridico. Quanta contradicção !

§ 97.

Não podendo o homem demittir-se do seu caracter de *pessoa*, segue-se que a transgressão dos deveres, que não admittem excepção alguma, nunca pôde ser objecto de um pacto valido. A razão, que he órgão do legislador supremo, ordena pela lei moral, que o homem se abstenha de certas acções ; e não pôde, sem ser contradictoria, prescrever ao mesmo tempo que ellas se pratiquem, porque forão

promettidas por um pacto. Póde cada um transgredir livremente a lei moral, porque nessa liberdade está todo o merecimento do agente, quando obra bem ; e por conseguinte póde conceber-se um *direito* a praticar actos, que a lei moral proíbe : mas daqui não se segue, que possa haver direito a competir os outros a pratical-os. Porque, para se dar esse direito, fôra mister que o homem se des- pisse da sua dignidade de ente racional e moral, abdicasse a sua personalidade, e se rebaixasse á condição do bruto : mas fazendo-o, não póde conferir direito a quem quer que seja, nem contrahir obrigação (§ antec.). Entre os deveres, que não admittem excepção, se devem contar principalmente os juridicos : d'onde se segue, que todo o pacto sobre *direito alheio*, he invalido, porque a prestação he juridicamente impossivel da parte do promittente (1).

- (1) A promessa de embriagar-se, de commetter estupro, ou vicios contra a natureza, de furtar, roubar e matar, não produz direito, nem obrigação. Muito bem disse Papiniano: *quae facta laedunt pietatem, existimationem, verecundiam nostram, et ut generaliter dicam, contra bonos mores fiunt, nec facere nos posse credendum*. L. 15. D. de cond. instit. Mas se o objecto pactuado for injusto, v. g., um assassinato, e houver ajuste de paga, terá direito o assassino de havê-la depois de perpetrar o crime? Pensão alguns que sim. Porque, supposto não possa o crime ser objecto lícito

de um pacto, nem haver obrigação de o executar, nem direito de exigir a sua execução, comtudo a *promessa* da paga e a *satisfação* não são injustas: e quanto ao argumento, que não se pôde adquirir direito por uma injustiça, respondem: que elle he só verdadeiro a respeito do paciente da injustiça, contra a qual não pôde o agente injusto adquirir direito. Outros sustentão a opinião contraria, isto he, que não se pôde exigir a paga promettida pela perpetração do crime. Mas o que não parece duvida he, que no estado civil se pôde justamente desattender á exigencia de semelhantes pagas.

§ 98.

Mas do pacto pôde originar-se direito a uma prestação, que se opponha a um dever ethico, que não seja prescripto em todas as circumstancias. Quando occorre um dever desta especie, a mesma lei *moral* não determina plenamente o objecto, nem o modo de o cumprir. Se elle deve ser cumprido, por que modo, e a respeito de quem, só as circumstancias o podem determinar; como tambem por ellas he que se pôde decidir, havendo collisão de deveres, qual he o que se deve preferir, por ser mais forte a sua razão obigatoria. Este juizo só pôde formar com acerto, attenta a sua condição, a pessoa, a quem incumbe o dever, e por isso se deve deixar á sua discricção. Em promettendo, decide em favor daquelle, a quem faz a promessa, o qual tem razão de reputar valida a decisão.



O promissario adquire, pois, direito, e o promittente contrahe obrigação de cumprir a palavra: e por conseguinte, sendo compellido a cumpril-a, não he forçado a uma prestação contraria ao dever. Talvez que ao tempo da promessa obrasse o promittente contra o seu dever, e assim contrahisse a obrigação moral de expiar a culpa, segundo lhe permittirem as suas forças; e tambem ao promissario, que he conscio das circumstancias do promittente, pôde incumbir o dever *ethico* de desistir do seu direito: mas no foro externo pôde exigil-o, porque não era obrigado a saber das circumstancias do promittente. Se valesse a escusa, de que ao tempo da promessa podia o promittente ter feito do objecto um uso mais consentaneo com a razão, applicando-o a seus fins, ou aos dos seus parentes; então se tornaria manifestamente incerta, ou antes impossivel, toda a aquisição por meio dos pactos, o que he contra a boa razão. Portanto, só não seria permittido ao promissario exigir a prestação do objecto promettido, se o promittente provasse sufficientemente, que a promessa oppô-se por tal fôrma ao seu dever, que por nenhum modo se podem conciliar: porém, ainda assim, não se poderia recusar ao promissario o direito de pedir a reparação do damno, como não se lh'o nega, quando elle ignora a impossibilidade subjectiva do promittente (§ 95) (1).

- (1) Possui Pedro uma livraria, e pôde applical-a á sua instrucção, de seus parentes e estranhos. Pedro tem o dever, em geral, de promover a sua perfeição, dos seus parentes, e tambem dos estranhos: mas a livraria não pôde servir a todos. Para que lado pendem as razões mais fortes, só Pedro o pôde ajuizar, segundo as circumstancias, que lhe são conhecidas, e a sua consciencia. Elle transfere o dominio da livraria a Paulo (o que tambem pôde ser mui consentaneo com a razão). Ora, se Pedro, feita a transferencia do dominio, pretendesse não entregar a livraria, com o pretexto do dever mais forte para consigo, ou para com os seus parentes, affirmaria tacitamente, que deve fazer um furto a Paulo, para cumprir um dever para consigo, ou para com os seus parentes. Pedro não poderia, pois, eximir-se da prestação, senão provando sufficientemente a sua asserção.

§ 99.

Não basta, porém, para se dar a possibilidade juridica da prestação, que o promittente possa renunciar o seu direito; he tambem mister que o promissario o possa *aceitar* absoluta e relativamente (§ 96). Pôde o promissario por suas qualidades pessoaes ser destituido da faculdade juridica de aceitar a promessa (1), ou perdêl-a, por sua influencia *injusta* no pacto, isto he, porque empregou *dolo* ou *coacção*. Esta pôde ser *physica* ou *moral*, segundo se recorre á força, ou ameaças assaz graves, para inspirar a alguém o

medo de expor a sua pessoa, ou fortuna, a um mal consideravel. Havendo coacção physica, a condição do coacto he meramente *passiva*; e por conseguinte não ha consentimento, nem pacto. Póde esta especie de coacção empregar-se, ou como meio de execução de um direito, e então é *justa*; ou como meio de extorquir de alguem o que he seu, e neste caso he *injusta*. O mesmo se póde dizer das ameaças. Se forem empregadas por alguem para conseguir de outrem uma cousa, a que tenha direito, são justas, e a convenção he valida. Bem que neste caso não seja preciso o consentimento do obrigado para fundar o direito comtudo, já que o presta, deve suppor-se que está *disposto* internamente a retribuir o direito. Não ha, pois, impedimento algum juridico a que esta promessa seja aceita (2).

- (1) Por exemplo, uma pessoa casada não tem faculdade juridica para contrahir novo casamento.
- (2) Vendo, v. g., a minha casa a Pedro, porém com a condição de m'a tornar a vender, passado certo tempo, e pelo mesmo preço. Findo o tempo, Pedro me não quer vender a casa, mas eu o ameaço, e elle faz-me a venda: ella he valida. Este pacto póde tambem considerar-se como um acto de execução do direito plenamente determinado, que já me competia em virtude do pacto antecedente: mas daqui não se segue, que nesse acto de execução não se possa descobrir um pacto especial,

(que não existia anteriormente), nem que nunca possa ter lugar, como pretendem alguns, o empregar-se uma coacção justa para celebrar-se um pacto verdadeiro.

§ 100.

Mas se as ameaças forem injustas, não podem crear direito. A declaração da pessoa, a quem se incute o medo, he invalida: não só porque a cada um se deve conceder a espontanea disposição do que he seu (a qual certamente não se dá, havendo coacção), como porque ao coacto injustamente compete o direito de, não podendo resistir com a força, recorrer ao engano. O coactor injusto deve, pois, presumir que não he verdadeira a declaração do coacto: e quando presumisse o contrario, cessava a presumpção, logo que o promittente recusasse cumprir a promessa, ou exigisse o que deu. Se o medo, que move a fazer a promessa, he incutido por um terceiro, sem connivencia do promissario, ou procedeu de um successo, he justa a acção (1).

- 1) Antonio, por exemplo, ameaça a Francisco com a morte (sem eu saber), se me não doar a sua casa, e Francisco faz-me a doação: ella he valida. Pedro, sendo atacado por ladrões, pede-me que o socorra, promettendo-me uma paga, e eu o socorro: está valido o pacto. Mas tanto Pedro,

como Antonio, podem haver, de quem foi causa do pacto, a reparação do damno.

§ 101.

O resultado de todo o pacto válido he sempre a aquisição de um direito, que pôde ser *pessoal* ou *real*, segundo a natureza do objecto da convenção. Este pôde ser *acções* ou *cousas*. Se for uma acção, que se preste immediatamente, ou uma coisa, que se entregue logo, está cumprido o pacto. Porém se o objecto do pacto for uma acção, que se ha de prestar, então deriva-se do pacto um direito *pessoal*, isto he, o direito de exigir do promittente, que execute a acção: e se for uma coisa, que ainda se ha de dar, ou ella he determinada em *especie* (1), ou no *genero*; no primeiro caso se adquire o direito á coisa (*direito real*), e no segundo o direito *pessoal* de exigir do promittente a entrega, ou pelo menos a indicação do individuo (2).

- (1) Na linguagem dos jurisconsultos a palavra *especie* significa o mesmo que individuo; significação primitiva de *species*, imagem que se vê, do verbo *specio* ver.
- (2) Se alguém, por exemplo, me prometter cem mil réis, ou cinquenta moios de trigo, ou um cavallo *in genere*, compete-lhe determinar a coisa, em que eu possa exercer o meu direito. O meu di-

reito, pois, se refere immediatamente á acção do promittente, e não a mesma cousa.

§ 102.

Disputão os jurisconsultos, se o direito *real* deriva-se do pacto, ou da tradição. Pela primeira opinião militão os argumentos seguintes. Com a plena determinação do objecto do pacto o aceitante adquire logo, em virtude do mesmo pacto, o direito de dispor livremente da cousa promettida (§ 87); e consequentemente a faculdade de empregar o meio necessario a esse fim, ou o direito de reivindicar a cousa de qualquer que a detenha, isto he, adquire o direito *real*. He certo, que antes da tradição o aceitante não tem a posse corporal: mas sem esta póde existir o direito *real* (§ 45). A aquisição originaria deve principiar pela *apprehensão* da cousa, porque não havendo *apprehensão*, não haveria sinal, nem vestigio algum de direito exclusivo. Mas na aquisição derivada, ou por pacto, a cousa já não existe na communhão negativa; e por conseguinte, logo que os pactuantes convierão, um em cedê-la, e o outro em aceital-a, não he mais necessario, que pela posse se declare aos outros, que a cousa tem senhor (1).

- (1) Deste modo está resolvida a duvida de ser necessaria a tradição, como sinal, por onde se manifeste o direito exclusivo á cousa. Kant recorre

a esta razão, que antes de ser entregue a coisa, o promissario não tem o uso arbitrario della. Por certo não tem o uso *physico*, assim como não o tem o senhor, quando está ausente da coisa: mas tem o uso *juridico*, e pôde transferir o seu direito, e reivindicar a posse não só do promittente, como de outro qualquer, que tenha a coisa em seu poder.

§ 103.

Porém os que seguem a opinião, que do pacto só pôde resultar um direito pessoal, dizem:—todo o pacto se dirige a uma acção, porque ou tem por objecto a cessão do uso, ou da propriedade de uma coisa; ou a cessão de uma actividade pessoal, pösitiva ou negativa (1): e como não ha cessão do uso, ou da propriedade de uma coisa, senão pela sua tradição ou traspasso, segue-se, que não só a actividade pessoal, como a tradição, constituem igualmente uma acção. Logo todo o pacto se dirige necessariamente a uma acção, e por conseguinte só pôde produzir um direito pessoal. Este argumento he mais especioso do que solido. Porquanto, não he verdade, que para haver cessão do uso, ou da propriedade, seja mister a tradição da coisa, pois que o direito pôde ser transferido pela vontade do dono, seguida da aceitação da pessoa, a quem o direito he cedido: e assim como pela vontade sufficientemente declarada se adquire direito ás cousas, que não têm senhor, assim tambem pela declaração da von-

tade se pôde renunciar o direito já adquirido em alguma. Além disso, a obrigação, que tem o promittente de entregar a coisa ao promissario, funda-se no mesmo direito á coisa, que o promissario adquire em virtude do pacto. Logo antes da tradição da coisa já existe o direito a ella: mas o direito a uma coisa certa e determinada he *real*: logo do pacto, que tem por objecto coisa certa e determinada, deriva-se o direito *real* (2).

- (1) Por actividade negativa entende-se a restricção mais ou menos ampla, que uma pessoa se obriga a fazer ao exercicio do seu direito em proveito de outrem, para que os seus commodos augmentem, ou pelo menos não diminuão.
- (2) A mesma regra do Direito Romano--- *Dominia rerum non pactionibus, sed traditionibus transferuntur* L. 20 C. de *pactis*, soffre excepções, como se pôde ver no § ult. das Inst. de *Off. jud.* e na L. ult. D. de *serv. leg.*

Os que considerão a tradição como modo derivativo de adquirir o dominio, deixão-se levar do preconceito dos jurisconsultos romanos, que dizião: « *Per traditionem quoque jure naturali res nobis adquiruntur*. Mas quem não vê que isso he confundir o modo da aquisição com um acto que intervem na alienação da propriedade? Mui bem observou Grocio, que as convenções por si sós são sufficientes para transferir a propriedade, e que a tradição não he necessaria para esse effeito, senão em virtude de um direito pura-

mente *civil*. « Uma coisa he o *direito* de propriedade, diz Barbeirac em uma nota a Grocio, e outra o *uso* actual deste direito. Antes da tradição não se póde ter esse uso ; mas o *direito* não he menos real, e independente do poder physico de o exercer. Para ser verdadeiramente proprietario de uma coisa, não he mais necessario ser empossado nella, do que, para não perder a propriedade, conservar perpetuamente a posse. » Os que sustentão que do pacto se deriva unicamente o direito pessoal, dizem que o aceitante, sendo a coisa determinada, póde exercer immediatamente o seu direito contra o promittente, e os que presenciãrão o pacto, mas não contra outro qualquer, e que, por consequencia, tal direito ainda não he propriamente *real*: que para sê-lo, faz-se mister que o objecto do pacto, ainda que plenamente determinado, seja assinalado como proprio do aceitante, para o que he necessario que se lh'o entregue. Importa, porém, advertir, que o direito de exigir do promittente a coisa, não se funda n'outra razão, senão que o mesmo objecto do pacto he uma coisa certa e determinada quanto á sua individualidade, e esse direito he distincto do que resulta do pacto, que versa sobre uma coisa determinada somente *in genere*. Se Pedro vender-me uma coisa certa e determinada, posso exigir *logo* que m'a entregue: e se depois que m'a vendeu, vendesse-a a outro, e o empossasse nella, posso tambem reivindicar-a do segundo comprador, mas com a condição de lhe *provar* previamente o meu direito. A differença está, pois, no modo, ou nas condições do *exercício* do direito real. Comtudo o nosso direito patrio

abraçou, como se prova pela Ord. liv. 4 tit. 7 § 7 *in princ.* a maxima do direito romano: *traditionibus, non nudis pactis, dominia rerum transferuntur.*

§ 104.

Do exposto nos dous §§ antecedentes resulta a mais clara definição e distincção do direito *pessoal* e *real*. Este tem por objecto immediato uma cousa (algum bem externo); e aquelle uma prestação pessoal (acções positivas ou negativas). Quem tem o direito *real*, goza tambem da faculdade de usar da cousa, segundo a natureza do direito, que lhe foi concedido; e por consequente póde exigir de *qualquer*, que lhe não ponha impedimento ao uso della. A este direito corresponde a obrigação *universal* negativa de se deixar a cousa livre disposição da pessoa, que tem o direito (1). Mas quem goza de um direito *pessoal*, só tem a faculdade de exigir de uma pessoa determinada o cumprimento de certas acções, ou a restricção do exercicio de um direito seu; e a esta faculdade não corresponde uma obrigação universal, mas *particular* a quem a contrahiu.

- (1) Diz-se vulgarmente, que em virtude do pacto, ainda sendo a cousa *determinada*, só o promittente póde ser constrangido a *entregal-a*. Porém releva advertir, que na idéa, ou na expressão, ha confusão. Porquanto a obrigação, considerada em si mesma, não consiste no acto positivo da

tradição, mas na acção negativa da *permissão*; e esta tanto incumbe a qualquer detentor do objecto da convenção, como ao promittente.

§ 105.

Ao direito proveniente do pacto corresponde a obrigação do promittente cumpri-lo exactamente. Portanto, o promittente falta á sua obrigação, quando por dolo, ou mesmo inconsideradamente, obra contra o pacto. Aos outros incumbe a obrigação de não perturbarem nenhum dos pactuantes no exercício do seu direito, ou no cumprimento do seu dever. Compete ao lesado o direito de exigir o cumprimento do pacto, e em geral a reparação do damno, que se lhe causou.

§ 106.

O direito pacticio funda-se unicamente na promessa, aceita pelo promissario (§ 90), e nella tambem está o fundamento da obrigação do promittente (§ antec.). He, pois, um principio evidente de direito: que pelo pacto o promittente não he *obrigado* a mais, do que *declarou*. Mas a declaração da vontade pôde ser *expressa* em umas cousas, e *tacita* n'outras. Por conseguinte, para definir as obrigações, e os direitos provenientes dos pactos, convem attender a um e outro modo de manifestar a vontade. As determi-

nações *expressas* dos direitos e das obrigações convencionaes, se deduzem do claro teor do pacto, e as *tacitas* devem descobrir-se pela interpretação.

§ 107.

Se os pactuantes sempre declarassem pleno e determinadamente a sua vontade, bastaria o teor *expresso* do pacto, para decidir as questões sobre os direitos e as obrigações convencionaes. Mas como isso nem sempre acontece, he necessario muitas vezes recorrer á *interpretação*. Esta, porém, não deve ser arbitraria, mas fundada em principios de direito, porque só assim poderá ter um valor universal (1).

- (1) Alguns negão, que no estado da natureza existão regras universaes para a interpretação dos pactos, por não haver juiz, que os interprete, e faça valer a sua decisão. Mas isso provaria, quando muito, a necessidade da união civil, afim de serem consignadas nas leis essas regras, e de uma autoridade publica, que as applique e mantenha.

§ 108.

Havenda necessidade de interpretar um pacto, as palavras se devem tomar na acepção, que tinham commummente ao tempo, em que o pacto foi celebrado ; salvo se os costumes especiaes dos pactuantes, ou os usos

particulares do lugar, e outras circumstan-
cias exigirem que se faça excepção a esta re-
gra: e como pôde haver concisão em um lu-
gar, porque os pactuantes forão muitos ex-
plicitos n'outro, deve attender se ao contexto
do pacto (1). Tambem se deve attender á
mente das partes, conhecida pelas circum-
stancias, e aos actos, que praticarão immidia-
tamente á conclusão do pacto, e que dizem
respeito ás cousas, sobre que convencionarão,
pois he de suppor que então tivessem mais
fresca a lembrança do que pactuário.

- (1) *Incivile est, nisi tota lege (pactione) inspecta una
aliqua particula ejus posposta, judicare, vel respon-
dere* L. 24 D. de leg.

§ 109.

Finalmente deve olhar-se ao fim *certo* do
pacto, como objecto da união das vontades
dos pactuantes. Fazendo-se isto, não se pôde
suppor: 1.º que entes dotados de razão qui-
zessem um fim, sem os meios necessarios á sua
consecução; 2.º que concedessem os meios
restrictos a certos fins, para outros mui di-
versos; 3.º que quizessem o impossivel phisi-
co, ou moral: 4.º que estabelecessem uma
obrigação, que excede evidentemente ao ob-
jecto concedido; 5.º que tivessem intenção de
traspassar a outros os direitos e obrigações
de um pacto, que teve por fundamento qua-
lidades meramente *pessoaes*.

§ 110.

Portanto, tudo o que não foi expressamente convencionado pelos pactuantes, nem se deduz legitimamente das regras da interpretação (§§ 108 e 109), ou do conceito do pacto, não se deve reputar por uma de suas determinações, e por conseguinte não pôde ser attendido. Taes são as seguintes excepções: 1.º que as circunstancias, quando celebrou-se o pacto, não forão tão claras, como ao tempo do seu cumprimento (§ 92); 2.º que o outro pactuante, que os conheceu, não as manifestára sinceramente (ibid.); 3.º que as cousas mudarão depois da conclusão do pacto, e o seu cumprimento se tornou mais difficil (§ 95); 4.º que, se o mesmo pacto se houvesse de celebrar posteriormente, outras seriam as condições, e que, por conseguinte, não se deve attender, segundo a equidade (1), á letra estricta do pacto. Certamente a legislação positiva pôde admittir algumas destas excepções, e assim modificar o rigor do direito: mas ellas não se derivão naturalmente dos pactos.

- (1) A equidade, considerada philosophicamente, não se confunde com o direito; antes he uma excepção ao direito, fundada nos deveres ethicos. Quem perdôa a divida a um devedor pobre, para lhe não arrancar os ultimos bens que possui, faz excepção ao seu direito (renuncia a elle), para

cumprir um dever de beneficencia. A maxima *summum jus, summa injuria*, não quer, pois, dizer que o direito em seu rigor seja uma injustiça real, porque direito *injusto* são idéas contradictorias; mas que se oppõe por tal forma, e com circumstancias tão aggravantes, aos deveres ethicos de humanidade, que *parece* uma injustiça. Se um dos pactuantes, v. g., está convencido, que o outro, que soffre um prejuizo em consequencia do pacto, o teria, por certo, prevenido, se o previra, com uma clausula expressa, que houvera sido aceita, e não obstante a sua convicção, quer aproveitar-se da falta de previsão do outro; claro está, que obra um acto iniquo, tão aproximado á injustiça, que ficamos quasi em duvida, se he iniquo, ou injusto: *summum jus, summa injuria*.

§ 111.

Os pactos ou são absolutos, ou dependentes de condições delaradas pelas partes. *Condição* he uma circumstancia futura, a que está subordinada a força juridica do pacto pela vontade declarada dos pactuantes. Dividem-se as condições: 1.º em *suspensivas* ou *resolutivas*, segundo o seu cumprimento dá força juridica ao pacto, ou lh'a tira; 2.º em *positivas* ou *negativas*, quando para o seu cumprimento deve, ou não, dar-se o evento, que as constitue; 3.º em *possiveis* ou *impossiveis* physica ou moralmente, segundo o seu cumprimento he ou não physicamente possivel, ou legalmente permittido.

Todo o pacto subordinado a uma condição positiva, physicamente impossível e suspensiva, he invalido. He tambem de nenhum vigor o pacto dependente de uma condição positiva moralmente impossível e suspensiva. Antes de cumprida a condição positiva possível e suspensiva, o promissario não pôde exigir a cousa promettida, mas pôde pedir caução, se a cousa correr algum risco em poder do promittente. Verificada a condição resolutiva, extingue-se o direito, que foi concedido.

§ 112.

O tempo marcado para a prestação equivale a uma condição, se ha incerteza delle chegar : por exemplo, se o promittente obrigou-se a dar, ou fazer alguma cousa, *quando casar*. Porém se he certo, que ha de chegar, não produz outro effeito, senão o de não se poder exigir a prestação antes do tempo.

§ 113.

Se o pacto for subordinado a um evento, que, segundo a ordem natural das cousas, deve, certamente, verificar-se, não ha propriamente condição, mas termo ou *tempo* para a prestação : v. g., prometto cem mil réis, se o sol nascer amanhã.

§ 114.

Celebrado o pacto *absoluto* com os requisitos necesarios (§ 88), o aceitante adquire logo direito, e o promitente contrahe obrigação. Porém nos pactos *condicionaes* (sendo a condição suspensiva), o direito e a obrigação nascem, logo que se verifica a condição. Se esta for *resolutiva*, o contracto he desde logo efficaz : existem direito e obrigação, e continuação vigentes, emquanto se não cumprir a condição, que os resolve.

§ 115.

Entre as cousas communs a todos os pactos contão-se tambem *certos modos de extincção* dos direitos e obrigações, que delles se derivão. Taes são : 1.º a *satisfação*, porque com ella se consegue o fim, para que foi celebrado o pacto ; o que se deve entender da satisfação *inteira*, não se omittindo, por conseguinte, condição alguma das comprehendidas no pacto ; 2.º a *compensação*, ou satisfação *brevi manu*, que se opéra entre dous individuos, que são ao mesmo tempo credores, um do outro, de cousas *homogeneas* e *exigiveis* no mesmo tempo ; 3.º a *renuncia* do direito, que póde fazer quem o tem ; 4.º a *confusão* do direito e da obrigação na mesma pessoa ; 5.º o *consentimento* das partes, que por um novo ajuste revogão o primeiro (1) ; 6.º, em-

fim, o *curso natural das cousas*. Este póde trazer a morte de um dos pactuantes, com a qual cesse a obrigação, ou o direito do outro (2); ou fazer com que se mudem as circumstancias, das quaes, como condições expressas ou tacitas, dependião o direito e a obrigação; ou com que pereça a coisa *individual*, que era objecto do pacto. A *perfidia*, ou transgressão do pacto por um dos pactuantes, não desobriga a quem a praticou, porque o outro pactuante tem direito de exigir que se cumpra o pacto. A simples transgressão do pacto não he, pois, por si mesma um motivo de o desfazer: porém havendo-a da parte de um dos pactuantes, e não querendo o outro usar do seu direito de exigir o cumprimento do pacto, póde eximir-se da obrigação, que tiver contrahido para com o perfido, e assim ficará extincto o pacto.

- (1) A *novação* e a *legação* são novos ajustes, que revogão o primeiro. A *novação* he o pacto pelo qual se substitue uma nova obrigação á antiga, que fica extincta; e a *delegação* o pacto, pelo qual o devedor dá ao seu credor outro devedor em seu lugar, consentindo todos tres, isto he, o devedor principal (*delegante*), o devedor substituto (*delegado*), e o credor (*delegatario*). Differe a delegação da *assignação*, em que esta he o pacto, pelo qual o devedor ajusta com outro, que pague por elle ao seu credor, mas sem este consentir, nem o desonerar da obrigação. A *cedencia* he tambem um ajuste, pelo qual o credor trans-

fere a outro o seu direito, sem o consentimento do devedor. Pela *cedencia* esta revogado o primeiro pacto na parte que toca ao *cedente*, porém não quanto ao devedor, que continúa a ficar obrigado para com o *cessionario*. Querem alguns que, achando-se nos pactos unidas as vontades dos pactuantes, quanto ás cousas e pessoas, não possa um contra a vontade do outro fazer mudança no pacto, que não commetta uma injustiça. Mas a isto responde-se: que o credor pôde dispor livremente do seu direito, e que ao devedor he indifferente satisfazer ao credor, ou ao cessionario. Só os direitos personalissimos, que tambem se adquirem por pactos, he que se não podem transferir: mas nem todo o direito proveniente de um pacto he personalissimo.

- (2) Todos os direitos convencionados não se extinguem com a morte de quem os cedeu: v. g., quem por doação, ou compra, adquiriu direito a uma cousa, porém com a condição de não gozar della, senão por morte do doador ou vendedor, não perde, com a morte deste, o seu direito.

CAPITULO II

Das differentes especies de pactos.

§ 116.

Celebrão-se pactos ou para adquirir um direito, ou simplesmente para estabelecer certas determinações acerca do direito, e com especialidade para segural-o. Dahi a divisão

dos pactos em *principaes* e *accessorios* (entre os quaes figurão os de caução). Aquelles ou são obrigatorios para um dos pactuantes tão somente (*unilateraes*), ou para ambos (*bilateraes*); e por conseguinte ou são *beneficos*, ou *commutativos*.

§ 117.

Os pactos são *beneficos*, quando uma das partes promette certa prestação, sem ajuste de retribuição. Elles têm por objecto uma acção, ou a cessão de um direito, concernente a uma cousa, o qual pôde ser o uso, ou o dominio. Portanto, comprehendem-se nos pactos *beneficos*: o *deposito*, o *commodato*, a *doação* e o *mutuo*.

§ 118.

O pacto, pelo qual se aceita gratuitamente a guarda de cousa alheia, chama-se *deposito*. Quem dá a cousa a guardar, diz-se *depositante*, e quem a guarda, *depositario*. Como todo o deposito he em proveito do depositante, que não transfere o dominio da cousa ao depositario, nem lhe concede o uso, segue-se: 1.º que o depositario não he senhor da cousa depositada, nem pôde usar della; 2.º que a deve entregar, logo que a exigir o depositante (salvo se estiver demente, ou furioso, porque então he incapaz de exercer o seu direito; ou quizer a cousa para perpetrar um crime); 3.º que deve empregar na guarda

da coisa todo o cuidado, para que não se extravie, não se deteriore, nem pereça. Porém não he obrigado a fazer despesas para a conservação da coisa depositada, nem a salvá-la com perda do que he seu, ainda que de menos valor; porque pelo deposito obrigou-se unicamente a prestar um serviço pessoal. Se fez despesas para conservar a coisa depositada, ou salvou-a com perda de alguma coisa sua de menos preço, deve o depositante pagar-lhe o valor desta, assim como as despesas feitas para a conservação do deposito (1).

- (1) Esta obrigação, porém, do depositante não se deduz do deposito, que não he causa della existir, posto que seja occasião: deriva-se do principio juridico, que o senhor da coisa não deve locupletar-se á custa de quem fez despesas para conservá-la.

§ 119.

Pelo *commodato* concede-se o uso gratuito de uma coisa. Quem concede o uso, diz-se *commodante*; e aquelle, a quem o uso he concedido, chama-se *commodatario*. Em virtude deste pacto competem ao commodatario os direitos seguintes: 1.º de usar da coisa pelo tempo e modo convencionados, e por consequente de a deteriorar, quanto o exigir o seu uso regular: 2.º de não restituir a coisa

ao commodante antes do tempo concedido para o uso, ainda que o commodante, por um caso imprevisto, venha a precisar della (1). Porém o commodatario não tem o direito de emprestar a cousa a outrem, porque no commodato se attendem ordinariamente as qualidades e relações pessoaes (2). Compete ao commodante : 1.º o direito de exigir a entrega da mesma cousa *individual*, findo o tempo concedido para o uso ; 2.º o direito de haver do commodatario o damno causado com a deterioração *descommunal* da cousa, ou por outro qualquer modo. As despesas ordinarias do uso, v. g., o sustento do cavallo emprestado, pertencem ao commodatario : porém as extraordinarias, sem as quaes não se pôde usar da cousa, v. g., as da cura do cavallo, se elle adoecer, são por conta do commodante, que he o senhor.

- (1) A condição tacita da necessidade do commodante, a que recorrem alguns, fica refutada com o que se disse no § 110. No *precario*, porém, isto he: no emprestimo revogavel á vontade de quem empresta, deve restituir-se a cousa, logo que o dono a requer, tenha ou não necessidade della.
- (2) Alguns admittem que o commodatario tenha direito de emprestar a cousa.

§ 120.

Como o commodante conserva o dominio

da cousa, a perda fortuita he por sua conta, se não foi lembrada no ajuste, e o commodatario não a tomou sobre si; e, quando a tomasse, ainda se exceptua o caso, em que a cousa teria de perecer em poder do mesmo commodante. Alguns são de opinião, que fóra este caso deve o commodatario supportar o perecimento casual da cousa, posto que expressamente não se tivesse sujeitado a elle. Fundão-se nesta razão, que a mente do commodante foi conceder o uso, e não a propriedade da cousa, e, para não ficar privado da sua propriedade por occasião do commodato, deve o commodatario resarcir o prejuizo, que foi consequencia do commodato. Porém se o commodante só concede o uso, o que dahi se segue he que o commodatario não pôde arrogar-se a propriedade da cousa, e que para a conservar deve empregar todo o cuidado, que lhe for possível: mas não, que esteja obrigado á perda fortuita da cousa; porque se a detem, não he de má fé, mas por consentimento do senhor, que, emprestando-a, se expoz ao risco, que ella corresse durante o emprestimo.

§ 121.

A *doação* he o pacto, pelo qual se concede gratuitamente o dominio de uma cousa externa. Portanto: 1.º só o senhor da cousa a pôde doar. O possuidor de boa fé transfere unicamente o direito da posse de boa fé: e se

ao depois a cousa for reivindicada pelo dono, não pôde o donatario pedir ao bemfeitor indemnisação alguma, pois que este só quiz conceder o direito, que suppunha ter na cousa ; nem he de presumir que, se soubera não ser sua, teria dado o seu valor, ou outra ; 2.º a doação pôde ser feita debaixo de condições, e neste caso o donatario adquire um direito condicional ; 3.º enquanto o donatario não aceita, he livre ao doador a revogação ; mas se aquelle declarou aceitar, está perfeito o pacto, pelo que, sendo o objecto determinado na sua individualidade, adquire logo o direito *real* : e se for determinado quanto ao genero adquire o direito *pessoal* de forçar o promittente a cumprir a promessa ; 4.º he da natureza da doação não se ajustar retribuição alguma, aliás o pacto deixa de ser *benefico*.

§ 122.

O mutuo he o pacto, pelo qual se transfere o dominio de uma cousa *fungivel*, com a condição, porém, de se restituir outra *similhante*. Entende-se por cousa fungivel a que não se pôde empregar no uso, a que he naturalmente destinada, sem se consumir materialmente, ou sahir do patrimonio de quem he senhor della. As cousas, que se não consomem com o uso (posto que se deterioreem), ou que se podem usar, sem sahirem do patrimonio de seu dono, chamão-se *não-fungiveis*.

§ 123.

He o *mutuo* um empréstimo, porque se transfere o dominio de uma cousa, com a condição de se restituir, não a mesma, porém outra semelhante. Aquelle que faz o mutuo, chama-se *mutuante*; e quem o recebe, *mutuatario*. No mutuo o dominio da cousa *individual* passa do mutuante para o mutuatario; mas nem aquelle se julga diminuido nos seus bens, nem este augmentado nos seus. Esta persuasão, que ha de parte a parte, funda-se na obrigação, a que, por natureza deste pacto, fica sujeito o mutuatario de restituir, no tempo aprazado, outra cousa semelhante. No mutuo não se concede, pois, o simples uso, como no *commodato*, mas o dominio da cousa *individual*, que foi entregue: e, se apesar desta alheação, he considerado contracto de empréstimo, he pela obrigação, que contrahе o mutuatario, de restituir cousa semelhante a que recebeu.

§ 124.

O mutuante deve ser senhor da cousa, que empresta, aliás não transfere o dominio: não póde cobrar a cousa semelhante á emprestada, senão findo o tempo do empréstimo, e não deve levar interesse algum, porque então deixaria de haver *mutuo*.

§ 125.

Em virtude da aquisição do dominio da cousa *mutuada* póde o mutuuario dispor della a seu arbitrio, e por consequente cedê-la a outrem, ou consumil-a. A sua obrigação he restituir, no tempo ajustado, outra semelhante : o que deve fazer, ainda que a cousa, depois de recebida, perecesse por qualquer successo. Não fazendo por culpa sua a restituição no tempo marcado, deve resarcir o damno, que dahi provier ao mutuante.

§ 126.

Entre os pactos beneficos costumão tambem incluir o *mandato* : mas elle póde ser benefico ou commutativo, segundo o mandatario presta gratuitamente os seus serviços, ou recebe por elles uma retribuição (1). O *mandato* he o pacto, pelo qual uma pessoa promette encarregar-se de um negocio, que lhe he commettido. Quem commette o negocio, diz-se *mandante* ou *constituente*, e quem se encarrega d'elle, diz-se *mandatario* ou *procurador*. Neste pacto a *intenção* dos contrahentes he : obrigar-se o mandatario a tratar com a diligencia, que lhe for possivel, o negocio, que se lhe commette ; e o mandante a reconhecer o que o mandatario fizer dentro dos limites do mandato, como se por elle mesmo fôra feito.

- (1) Querem alguns, que o mandato oneroso seja uma locação de obras. Achenwal, no seu dir. nat. § 223, estabelece uma distincção entre o mandato *oneroso* e a locação de obras, e he: que o serviço do mandatario na gerencia do negocio, que lhe he commettido, se suppõe tão prestante, que o mandatario não he reputado receber o preço delle, e por isso he que se lhe não promette uma paga, mas um *honorario*. Comtudo a differença real entre o mandato e a locação de serviços he: que o mandatario tem o poder de representar o mandante, de estipular e prometter por elle.

§ 127.

Como em virtude do mandato o mandatario obra em nome do mandante, e o representa, segue-se: 1.º que o mandatario goza, quanto ao negocio que lhe he confiado, do mesmo direito que o mandante; 2.º que tudo o que o mandatario faz dentro dos limites do mandato, tem o mesmo effeito em relação ao mandante, como se elle mesmo o tivesse feito (*quod quis per alium facit, per se fecisse videtur*); 3.º que os direitos e as obrigações, provenientes da execução do mandato, pertencem ao mandante. As restricções *secretas*, que possam existir entre o mandante e o mandatario, não prejudicão aos direitos adquiridos por terceiros, com quem o mandatario contractou á vista da procuração. (1).

- (1) Por exemplo: dá-me Pedro uma procuração para

lhe comprar certa casa, cuja venda foi annunciada nas gazetas pelo preço de quatro contos de réis, e n'uma carta diz-me que não offereça mais do dous contos: porém eu ajusto a casa pelos quatro contos de réis. Neste caso he Pedro obrigado a pagar a quantia ajustada, ficando-lhe, porém, salvo o direito de haver de mim a indemnisação.

§ 128.

O mandante adquire direito ás acções do mandatario, que a gerencia do negocio exige, e o mandatario a haver do mandante as despesas e os damnos, que teve na execução do mandato. O mandato acaba pela *morte* do mandante ou do mandatario, e pela *revogação* do mandante. Mas o mandatario não pôde, sem justa causa, desonerar-se da obrigação, que contrahiu, aceitando o mandato.

§ 129.

Gestor de negocios chama-se aquelle, que se mette a tratar de um negocio alheio, de que não fôra incumbido. A *gestão de negocios* não he, pois, um pacto: mas quem quer o commodo, proveniente da gestão de outrem, deve pagar as despesas, que ella exigiu. O gestor de negocios deve administrar com *summa diligencia*, isto he, com muito mais diligencia, do que o mandatario; porque a escolha que faz o mandante, ainda pôde des-

culpar a inhabilidade e os erros do mandatário. Porém o gestor de negócios, que presume de si, pois se mette a administrar o alheio, sem que disso fosse incumbido, deve portar-se de modo, que não deixe nada a desejar. Emfim, a *gestão de negócios* só pôde ser justa, quando a pessoa, a quem elles interessão, está ausente, ou he incapaz de os administrar (§ 28). Porquanto, se o interessado estiver presente, e não for incapaz, ninguém pôde entremetter-se de moto proprio nos seus negócios, que não usurpe o direito alheio, e não commetta, por consequente, uma lesão. Com muito mais razão lesa o direito alheio, quem intervem n'um negocio, que a pessoa interessada já incumbiu a outro (1).

- (1) V. g., encarrego a certo advogado de me fazer um requerimento, allegando taes e taes razões, e de o mandar despachar; e outro advogado, que me ouve, faz a petição, e manda-m'a despachada. Comquanto esse advogado se conformasse com a minha intenção, todavia obrou *injustamente*; não só para commigo, que o não incumbi deste negocio, como para com o seu collega, que era a unica pessoa, a quem encarreguei de requerer o meu direito,

§ 130.

Nos pactos commutativos, chamados tambem *onerosos*, nenhum dos pactuantes se obriga a uma prestação *gratuita*, antes cada um entende receber o equivalente da cousa,

que transfere ao outro. Para esse fim comparão a utilidade das cousas commutandas. Diz-se *utilidade* a propriedade que tem a cousa de satisfazer as necessidades do homem ; e as cousas uteis chamão-se *bens*. A utilidade de uma cousa he directa ou indirecta, segundo ella póde, ou não, servir immediatamente para os fins do homem. O grau de utilidade, que o senhor da cousa lhe attribue, ou a estimação, que faz della, constitue o seu valor *individual*, ou particular, o qual póde differir do valor *commum*, ou geral. O *preço* de uma cousa he a determinação do seu valor por outra : elle he sempre o resultado da *comparação*, que se faz da sua utilidade com a de outra cousa.

§ 131.

Ao senhor da cousa compete o direito de estabelecer o seu preço. Elle póde conhecer melhor, do que ninguem, a utilidade, ou o prazer, que a cousa lhe tem prestado, e ainda lhe poderá prestar, attenta a sua phantasia, e inclinação, o seu modo de viver, e outras circumstancias. Por consequente, póde estabelecer com exacção o preço, ou o que se lhe deve dar em troca da cousa, caso queira privar-se della, e do direito que tem. Quem approva as condições da cessão, não tem, pois, que se queixar de injustiça. O preço, pois, em que ambas as partes concordarão livremente, he justo por direito natural.

§ 132.

Destas premissas segue-se: 1.º que nos pactos commutativos ou onerosos deve suppor-se que os pactuantes quizerão observar a igualdade *juridica* do valor; 2.º que essa igualdade existe, quando ha consenso ácerca dos objectos a commutar; 3.º que ha lesão della, quando se obteve o consentimento de uma das partes por meio injusto, isto he, por erro, dolo, ou violencia; 4.º que a obrigação de cumprir o pacto de uma parte suppõe da outra a faculdade e o animo de retribuir; 5.º se não estiver decidido pelo teor expresso, nem pela natureza do pacto, quem deve ser o primeiro a fazer a prestação, tem direito de exigir o cumprimento do pacto, quem já o cumpriu da sua parte.

§ 133.

Todos os pactos commutativos são permutações de direitos reciprocos, que respeitão a alguma pessoa, ou a cousas externas. Permuta-se cousa por cousa, serviço por serviço, cousa por serviço, ou *vice versa*. (*Do ut des, facio ut facias, do ut facias, facio ut des.*) Sendo varias as cousas e os direitos concedidos nellas, varios os fins para que se promettem serviços, e mui diversas as combinações, que se podem imaginar nas prestações e retribuições, claro está, que são innumeraveis

os pactos commutativos : mas escolheremos delles os mais conhecidos.

§ 134.

Os pactos commutativos, pelos quaes se alienão cousas, são : 1.º a permutação ; 2.º a compra ; 3.º o empréstimo a juro. A *permutação* he o pacto, pelo qual cede-se o dominio de uma cousa pelo dominio de outra, que não seja dinheiro. Em virtude deste pacto as partes adquirem, antes da tradição, o dominio da cousa plenamente determinada ; e por consequencia soffrem o damno casual, que occorrer antes da cousa ser entregue. (1). Se um dos pactuantes não fosse dono da cousa, e o seu verdadeiro dono a reivindicasse do outro, a este compete cobrar a que entregou sob a condição natural de conseguir o dominio da cousa, que pela sua foi permutada.

- (1) O alienante tem direito de exigir, que, estando perfeita a permutação, o acquirente receba a cousa, e o livre do cuidado della. Mas daqui não se segue, que o alienante conserve o dominio até a entrega da cousa, como diz Kant.

§ 135.

A *compra e venda* he a alheação de uma cousa por dinheiro (1). Se este pacto não foi subordinado a condição alguma, ou as con-

dições já se cumprirão, o comprador adquire antes da tradição o domínio do objecto, se este for certo e determinado. Por conseguinte pôde reivindicar-o de um terceiro, a quem o vendedor o vendesse posteriormente, e entregasse. Mas o vendedor não adquire o domínio do preço, senão mediante a tradição, porque o preço não he cousa perfeitamente determinada. Muitas vezes o vendedor só pôde, ou quer ceder o domínio com limitação, e neste caso o comprador adquire o domínio limitado. As vezes vende-se a esperança de um lucro incerto, v. g., um lanço de rede, ou as novidades do anno vindouro, e esta venda he valida, posto que se não realise o lucro (2).

- (1) Na compra e venda *alhea-se* a cousa, mediante certa quantia de dinheiro. Entende-se por *dinheiro* uma mercadoria, que todos aceitam em troca de outras, de que se desfazem, e que he, por conseguinte, a medida *commun* do preço dos objectos venaes. Varios têm sido os objectos, de que os homens se hão servido como medida commun do preço das cousas. Entre os povos pastores, o gado serviu de medida commun a tudo, o que se queria trocar; e talvez que, para perpetuarem esta memoria, cunhassem os Gregos e Romanos as suas primeiras moedas com a effigie de animaes, d'onde lhes veio o nome de *pecunia*. A agricultura tambem fez com que muitos povos se servissem de alguns generos mais geralmente usados, para o mesmo fim de medirem os valores. Emfim, os metaes desde a

mais remota antiguidade servirão também de medida commum do preço das cousas. Abrahão comprou por quatrocentos siclos de prata aos filhos de Heth, o campo para ser enterrada Sara. Os Lacedemonios tiverão o seu dinheiro de *ferro*; e os Romanos o tiverão de *cobre*, primeiro que cunhassem moeda de prata e de ouro. Estes metaes servem presentemente, entre os povos policiados, de medida commum dos valores. Divididos em pequenas porções, e cunhados, tomão o nome de *moeda*. A serventia do *cunho* he indicar o peso e a quantidade de metal fino de cada moeda. Para maior segurança dos particulares o poder publico reservou para si o direito de bater moeda.

- (2) He da essencia da compra e venda, que a coisa exista, quando se faz o contracto, ou possa existir algum dia. Se a coisa não existia no tempo, em que foi vendida, está nullo o contracto; e se existia parte, o comprador tem a escolha ou de dar o contracto por nullo, ou de haver a parte da coisa com a diminuição proporcional do preço.

§ 136.

Emprestimo a juro he o pacto, pelo qual se transfere o dominio de cousas fungiveis (principalmente de certa somma de dinheiro) sob condição de se restituirem outras semelhantes com algum lucro, que se costuma chamar *juro*. Quem cede a coisa fungivel diz-se *emprestador*, e quem a recebe, para

restituir outra semelhante, e mais o juro, chama-se *tomador*. A este pacto são applicaveis as determinações juridicas do *mutuo* em geral, não havendo outra differença, senão que no emprestimo a juro se devem pagar ao credor os juros, como preço do dominio da coisa entregue, do qual o credor fica privado por algum tempo. O emprestimo a juro toma o nome de contracto usurario ou de *onzena*, quando os juros são excessivos, por haver lei que os taxa (1). Porém o emprestimo a juro, considerado segundo os principios do direito natural, só pôde tornar-se contracto *usurario*, quando o juro for injusto. O direito natural não determina o preço, das cousas, nem quanto se deve dar pelo seu uso: sabemos unicamente que o preço he injusto, quando lesa a igualdade juridica do valor (§ 132). Mas logo que as partes convierão livremente no preço, não pôde uma queixar-se de que houve lesão dessa igualdade. O mesmo se pôde dizer do emprestimo a juro. Ao *dono* do dinheiro compete julgar a utilidade, que pôde tirar d'elle, attentas as circumstancias do tempo, do lugar, e da industria, que exerce, e por conseguinte quanto se lhe deve retribuir pelo uso. Ao *tomador* cabe examinar o lucro, que pôde tirar do dinheiro emprestado, ou o damno, que pôde prevenir, tomando-o, e por conseguinte se lhe convem pagar o juro, que o dono do dinheiro pede. Portanto, se *livremente* consentiu no

juro, não tem razão para ao depois queixar-se de injustiça. Porém se o tomador não tivesse idade sufficiente, para ponderar o que fazia ; ou não estivesse em seu juizo perfeito, quando tomou o dinheiro ; ou fosse enganado pelo dador, para consentir no juro ; ou o seu consentimento fosse extorquido por violencia, então, segundo os principios geraes do direito, serio injusta e *usuraria* a convenção.

- (1) A' economia politica pertence indagar, se as leis *taxativas* do juro são convenientes, ou não, ao augmento da riqueza e prosperidade publica, e vantajosas aos tomadores de dinheiro.

§ 137.

Entre os pactos commutativos, e onerosos, contão-se tambem as *locações*, que podem ter por objecto cousas ou serviços. Pela locação de cousas concede-se o uso certo e determinado das mesmas, mediante certa paga em dinheiro. As cousas, que se podem alugar, são as *não-fungiveis*. O locador tem direito : 1.º de exigir a paga ajustada, ainda que o conductor por motivos meramente pessoais não use da cousa ; 2.º de receber, acabado o uso, a mesma cousa não viciada (salva a deterioração, que resulta necessariamente do uso) ; 3.º de alienar, durante a locação, o dominio da cousa, pois que o conserva ; mas o acquirente só tem o dominio limitado, enquanto durar o tempo, pelo qual foi alugada

a coisa (§ 135). Ao conductor compete : 1.º usar da coisa pelo tempo da locação, posto que o locador por uma necessidade propria e imprevista lh'a peça ; 2.º manter se no uso da coisa, quando mesmo o locador a tenha vendido durante a locação, pois o comprador não adquiriu, senão o dominio limitado (1) : d'onde se segue, que por direito natural a locação não finda com a venda da coisa alugada. O conductor não pôde sublocar a coisa, se esta faculdade lhe não foi concedida pelo locador, porque este ordinariamente attende ás qualidades do conductor.

- (1) Kant considera *pessoal* o direito do conductor, pelo que entende que deve ser proposto ao direito *real* do comprador.

§ 138.

Os serviços, que fazem objecto da locação, ou são manuaes, ou do espirito, ou trabalhos dependentes de uma arte liberal. Os serviços podem ser promettidos, sem tempo determinado, ou por tempo certo, ou por toda a vida. Podem ser certos e determinados, ou indeterminados, e neste ultimo caso o locador he obrigado a todo o serviço possível. Mas o pacto, pelo qual se adquirisse o dominio do locador de serviços, e se podesse dispor delle, como se fôra uma coisa, seria nullo (1).

- (1) O mesmo direito romano não permite que ninguém se constitua escravo, vendendo-se, porque dizião os jurisconsultos, que não era possível que uma pessoa se tornasse cousa ou objecto de dominio. Na mesma definição, que Aristoteles dá do escravo, acha-se a refutação da escravidão, pois diz elle, que o escravo he um *instrumento vivo e racional* de outro homem. Ora, instrumento racional são idéas contradictorias ; porque o que he racional he agente *livre*, e o agente livre não pôde ser *instrumento*, que he cousa passiva. Porém se por escravidão se entende o estado de quem se obriga a prestar, em proveito de outrem, todos os serviços physica e moralmente possíveis, então a escravidão pôde subsistir juridicamente, e ser objecto de um pacto valido.

§ 139.

Dada a locação de serviços, o conductor tem direito : 1.º de exigir do proprio locador os serviços promettidos o qual não os pôde prestar pelo ministerio de outra pessoa ; porque neste contracto se attendem as qualidades do locador ; 2.º de restringir as acções do locador, que o inhabilitarião a prestar os serviços, a que se obrigou, e de applicar os meios aptos para que taes acções se não repitão ; 3.º de ir buscar o locador, onde quer que esteja, se elle evadiu-se antes de se findar o tempo da locação. Mas não tem direito de traspassar a outrem o seu poder, porque na locação de serviços o locador costuma atten-

der ás qualidades do conductor. Compete em geral ao locador de serviços o uso da sua liberdade em tudo o que não lesar o direito do conductor ; e com particularidade o direito de exigir a paga dos serviços prestados, e a sua continuação pelos serviços futuros convenccionados, para a prestação dos quaes he idoneo o locador, e está prompto, muito embora não sejam mais precisos ao conductor (1). Tambem competem ao locador todos os meios *coactivos* para a defeza dos seus direitos. O contracto de locação de serviços extingue-se : 1.º quando se *conclue* o serviço, que foi promettido ; 2.º quando *finda* o tempo convenccionado para a prestação ; 3.º quando uma das partes dá por *findo* o contracto, por se não ter marcado tempo para a sua duração ; 4.º quando o locador não *póde* prestar os serviços, a que se obrigou, excepto, porém, o caso especificado na nota *infra* ; 5.º quando *morre* um dos pactuantes.

- (1) Quando se promete paga, ou alimentos a um criado por toda a sua vida, não póde o amo despedil-o, caso lhe sobrevenha a incapacidade de prestar serviços.

§ 140.

Entre os pactos accessorios sobresaem o *empenho* e a *fiança* (1). O empenho he o pacto, pelo qual se concede ao credor o di-

reito a uma cousa, para haver della o seu pagamento, se este não effeituvar no tempo ajustado. Se em virtude da convenção entrega-se logo a cousa ao credor, dá-se o *penhor*; e quando não, o pacto chama-se *hypotheca*. Portanto, pelo pacto do penhor nenhum direito adquire o credor de usar da cousa empenhada, mas o de a deter para sua segurança. Findo o tempo, e não sendo satisfeita a divida, póde vênder a cousa, e deduzir do preço a quantia, que se lhe deve, ou ficar-se com a cousa para seu pagamento, restituindo ao devedor a demasia do valor, se a houver. Se a cousa *hypothecada* for vendida, o credor conserva o seu direito de haver della o pagamento da divida porque o devedor não a podia vender, senão com este *onus*. Perecendo *casualmente* a cousa empenhada, ou *hypothecada*, perde o credor a segurança, que nella tinha, mas não o direito de exigir o debito; porque este direito he independente da segurança, proveniente do penhor, ou da *hypotheca*.

- (1) A affirmação, e sobretudo o juramento, de cumprir um contracto anteriormente celebrado, augmentão, por certo, a obrigação ethica: mas como não subministrão um novo meio de execução do direito adquirido, não se podem contar como cauções juridicas.

§ 141.

Fiança he o contracto, pelo qual alguem se obriga a pagar o que outro deve, não pagando elle. São applicaveis á fiança os principios seguintes: 1.º o *fiador* não pôde ser obrigado ao pagamento, senão depois de *executados* os bens do devedor originario; 2.º o *fiador*, que pagou a divida, fica *substituido* ao credor, para pedir ao principal devedor tudo o que pagou por elle; 3.º se o devedor não tem com que indemnise ao fiador, que pagou, e houverem mais fiadores, esse que satisfiz a divida, tem direito de exigir dos outros a sua parte.

§ 142.

A todo o contracto *accessorio* tem applicação as regras seguintes: 1.º todas as vezes que for nullo o contracto *principal*, sêl-o-ha tambem o *accessorio*; 2.º a obrigação do contracto *accessorio* não pôde estender-se além dos *limites* da obrigação do contracto principal; 3.º extincta a obrigação principal, *extingue-se* tambem a accessoria, mas não *vice versa*; 4.º a obrigação accessoria cessa pelos *modos* por que se extingue a obrigação principal (1).

- (1) Tenho exposto, segundo a mor parte dos escriptores, a natureza de differentes especies de pactos

mais communs : mais releva notar, que alguns ha que omittem no direito natural todas as especies de pactos, porque entendem que o seu desenvolvimento suppõe o conhecimento de muitos factos sociaes accidentaes, ou fundados unicamente nos estados mais ou menos imperfeito da sociedade, que não entrão nas *previsões* do direito natural. Desta opinião he o Sñr. Warnhoenig que assim se exprime : « Omnes (fere) de jure naturali scriptores
« in eo operam collocaverunt, ut singulas obligationum formas exponerent, et in systema ali-
« quod, pro variis rerum et causarum figuris digererent; sed haec de obligationibus tractandi
« ratio minime probanda esse videtur; namque
« certa et immutabilia de singulis obligationum generibus praecepta, tradi non possunt, nisi habita totius juris civilis alicujus populi. Respicienda enim sunt omnia jura, quae homines
« apud eum habere solent, commerciorum apud eum usitatorum genus et modus, nec non formae
« in contrahendo receptae vel legibus statutae. »
(*Doctrina juris phil. pag. 128.*)

§ 143.

Resta agora tratar dos pactos successorios, testamentos, doações *mortis causa*, legados, e successões ab-intestado. *Pacto successorio* he a promessa, que algum faz da successão, isto he, do direito a todos os seus bens (1) remanescentes depois da sua morte, e que outro, como herdeiro (2), aceita. A declaração, pela qual alguem institue herdeiro

certo de seus bens, mas sem haver aceitação da parte deste, chama-se *testamento*. As *doações* mortis causa e os *legados* são disposições de cousas singulares, ou de partes de herança. A *successão ab-intestado* se infere da vontade presumida do defunto de deixar a herança ás pessoas, que lhe são mais proximas, isto he, aos filhos. Se estas disposições são validas por direito natural, ou por lei civil, muito se ha disputado até o presente.

- (1) As cousas pertencentes ao individuo, e os seus direitos adquiridos, constituem os *seus bens*, e o complexo destes he o seu *património*.
- (2) Diz-se *herdeiro* quem succede nos bens do defunto, e estes bens chamão-se *herança*.

§ 144.

Dispõe da sua herança, quem declara a pessoa, que por sua morte lhe ha de succeder nos seus bens. Não havendo tal disposição, concordão todos em que os bens do individuo devem ficar *vagos* por sua morte, e pertencer ao primeiro *occupante*.

§ 145.

Se houve disposição da herança, ou ella se fez por um *pacto* successorio, ou por um *testamento* (§ 143). Dado o pacto successo-

rio, dizem alguns, que o aceitante adquire o direito hereditario condicional, que se torna perfeito com a morte do promittente, se elle em sua vida não revogou a promessa da herança : que o pacto successorio he valido por direito natural, porque o individuo póde dispor dos seus bens, como lhe aprouver, e por consequente não só de presente, como para o futuro, e sob condição.

§ 146.

Pelo testamento o individuo *declara* o herdeiro dos seus bens, sem que este muitas vezes o saiba, nem *aceite* de presente. Os que sustentão a validade dos testamentos por direito natural, dizem : que o homem tem direito de dispor livremente dos seus bens, e por consequente de os transferir a quem lhe aprouver, ou puramente, ou sob a condição da morte e da vontade não revogada : que desse direito nasce para todos os mais a obrigação juridica de respeitarem a disposição do testador, e para herdeiro o direito *proprio* de aceitar a herança ; a qual, por consequente, não fica vaga, mas está *jacente*, emquanto não se torna *propria* do herdeiro pela addição.

§ 147.

Os que defendem os pactos successorios, e testamentos, defendem tambem, e com as

mesmas razões, as doações *mortis causa* e os legados. Dizem que na doação *mortis causa* o aceitante adquire um direito condicional a uma parte da herança, o qual se torna effectivo pela morte do doador, que não revogou a promessa ; e que o legatario, morrendo o testador, adquire o direito de aceitar o legado, em virtude da mesma disposição do testador, cuja vontade ainda subsiste depois da sua morte. Outros, porém, sustentão a validade dos pactos successorios e das doações *mortis causa*, mas negão a dos testamentos. Dizem—que pelo testamento o herdeiro não adquire direito hereditario, nem sequer condicional ; porém que não obra injustamente, quando, morto o testador, apprehende a herança com animo de havê-la como *sua*, e então adquire o dominio dos bens do defunto, não em virtude do testamento, e *jure proprio*, mas por direito de occupação, que a todos *competet* nas cousas vagas. Dizem mais—que a disposição testamentaria não obriga os outros a se absterem dos bens do defunto, porque *antes da morte* do testador não tem o herdeiro direito á herança, e *morto o testador*, não póde elle transferir os seus bens : e assim o herdeiro instituido não adquire direito á herança, nem pelo testamento, nem por transferencia.

§ 148.

Bem examinado o modo por que, segundo

os principios do direito, se póde transferir o dominio, não he, certamente, nelle que se fundão as disposições *mortis causa*. A translação do dominio começa pela cessão do senhor, isto he, pela declaração da sua vontade de renunciar o seu direito em favor de outrem (§ 87). Mas esta declaração não póde applicar-se ás disposições para depois da morte, sejam ellas quaes forem. Porquanto, quem dispõe dos seus bens para depois da sua morte, declara renunciar o seu direito em um tempo, em que com a morte perde todos os seus direitos neste mundo. Ora, esta declaração não he séria, e quando fosse, não póde ser valida juridicamente. D'onde se segue, que no estado da natureza os bens dos individuos fallecidos, muito embora houvessem disposto delles em sua vida por pacto successorio, doação *mortis causa*, ou testamento, estarião sujeitos á occupação.

§ 149.

Se a vontade declarada de deixar a alguem toda a herança, ou parte della, não tem vigor por direito natural, muito menos póde ter a vontade presumida de deixar os bens aos parentes mais chegados, isto he, aos fillos. Alguns ha que negão a validade dos testamentos, e admittem a successão natural dos fillos, fundada no *condominio*. Mas este *condominio* não existe, porque se os fillos

fossem consenhores com os pais, não poderiam estes, em sua vida, dispor de cousa alguma, sem o consentimento daquelles. Demais, essa idéa do condominio da familia parece-me ser filha da outra da divisão dos bens por meio de um pacto expresso, ou tacito. Admittida esta hypothese, he muito natural suppor, que, pelo mesmo pacto, os bens divididos não só ficassem proprios do cabeça de cada familia, como tambem dos que nascessem na mesma, e fizessem parte della. Mas então por morte dos pais os filhos não *succederião* propriamente nos bens, antes continuarião na propriedade delles, que já residia na familia.

§ 150.

Do que fica exposto, segue-se que as disposições de ultima vontade, e successões abintestado, não se podem dizer *alheações* feitas pelos particulares, que morrem, mas pela autoridade publica : a qual fazendo valer a vontade, verdadeira ou presumida dos que fallecem, promove deste modo o bem commum, pois não haveria progresso de riqueza na sociedade, se os individuos não soubessem que destino terião os seus bens depois da sua morte.

- (1) Segundo o direito publico he, pois, indubitavel que na sociedade civil as disposições *mortis causa* verdadeiras, ou presumiveis por motivos mais

prováveis, podem e devem valer como justos modos de adquirir; porque assim não só se previnem as scenas terríveis e tumultuosas, que se originarião do direito de occupar as heranças vagas, como se desperta nos individuos o amor do ganho, e se anima a industria.

PARTE SEGUNDA

Direito privado social.

CAPITULO I

Do direito social em geral.

§ 151.

Associação-se os homens para certos fins, que requerem applicação de forças, continuada por actos successivos, e que cada um por si só ou não poderia conseguir absolutamente, ou consegueria com maior difficuldade. He, pois, a *sociedade* uma reunião de pessoas para promoverem um fim commum *não-transitorio*. Os membros de uma sociedade chamão-se *socios*.

§ 152.

Toda a sociedade funda-se immediatamente em um pacto social ou de união, por-

que só por sua vontade ninguém póde adquirir direito a que os outros se prestem a promover com as suas forças algum fim, ainda que seja do seu interesse (§ 25). Podem associar-se *individuos* ou *sociedades*; e por isso as sociedades ou são *simples* ou *compostas*. Se pela ordenação, ou constituição da sociedade, a determinação dos meios, para se obter o fim, foi deixada ao alvedrío de um ou alguns dos membros, a sociedade he *desigual*; e quando não, he *igual*. Os direitos e as obrigações, que se podem deduzir da noção da sociedade, constituem o direito social *geral*; e os direitos e as obrigações, que se derivão do conceito e do fim determinado das sociedades particulares, fórmão o direito social *particular*.

§ 153.

Como toda a sociedade se origina de um pacto (§ antec.), segue-se, que este deve ter todos os requisitos essenciaes á validade dos pactos em geral, porque um pacto nullo não produz direito, nem obrigação.

§ 154.

Pelo pacto de sociedade os socios obrigão-se a *tudo* o que expressa ou tacitamente promettêrão. As determinações *expressas* se devem deduzir das claras palavras do pac-

to social, e as *tacitas* do fim da sociedade. Porque, quem se obriga a um fim, presta o seu consentimento aos meios necessários, salvo se expressamente só se obrigou a certos e determinados meios, ou recusou a alguns o seu consentimento.

§ 155.

Em toda a sociedade ha um *fin* (§ 151), a este chama-se *bem commune*, assim como se chama *prosperidade social* o progresso da sociedade para o seu fim. Cada membro da sociedade tem direito de exigir dos outros, que promovão o *bem commune*, segundo a obrigação que contrahirão (§ antec.); e cada um he obrigado para com os outros a prestar a sua cooperação. O socio, que se arroga mais direitos, do que lhe forão concedidos, commette injustiça, como o que não satisfaz a sua obrigação para com a sociedade.

§ 156.

Pelo pacto de união a *liberdade* de cada socio estende-se, pois, a constranger os outros a promoverem o *bem commune* (§ antec.), e fica restricta quanto basta para não perturbar ou lesar o fim da sociedade, pois cada um he obrigado, e pôde ser constrangido justamente a promovê-lo (*ibid.*). A fóra esta restricção cada socio goza do direito de pro-



curar e promover o seu bem *particular*. Consiste, pois, a *liberdade social* em não soffrem os socios em suas acções outra limitação, a fóra aquella, a que se obrigarão pelo pacto de união.

§ 157.

Quando se fórma uma sociedade, são logo determinados, como absolutamente necessários, certos meios evidentes por si mesmos, ou convencionados expressamente. Porém as circumstancias occurrentes podem exigir outros meios, e neste caso a todos os membros compete determiná-los, se a um ou alguns delles não se concedeu o *imperio* por um pacto. Portanto, na sociedade igual todos os negocios *sociaes* devem ser deliberados em assembléa geral, e decididos por unanimidade de votos (1), pois a maioria não pôde arrogar-se o imperio sobre a minoria, contra a constituição da sociedade. Na sociedade *igual* ninguém se submete ao *arbitrio* de outrem, e por conseguinte não devem obedecer os socios a nenhuma lei, em que não consentirão desde o principio da sociedade, ou posteriormente.

- (1) A isto costumão oppor: 1.º que a sociedade só tem *uma* vontade, que he representada pelo maior numero dos votos, sem o que nunca se obteria o fim social; 2.º que seria injustiça pretender a minoria, que o seu voto prevaleça ao da maioria,

e que nem esta o soffreria. Mas a estas razões responde-se: 1.º que a sociedade tem *uma* vontade quanto ao fim, e meios determinados expressa ou tacitamente, mas não quanto aos que ficarão por determinar; e que ácerca destes deve haver o concurso de todas as vontades singulares, para se poder dizer que ha *unidade* de vontade; 2.º que na maioria dos votos nem sempre se dão as razões mais poderosas, e por conseguinte não se pôde dizer mais razoavel o voto do maior numero; 3.º que nas sociedades maiores a prudencia exige, que valhão os votos da maioria; mas uma regra de prudencia não constitue obrigação juridica, nem pôde fundar uma presumpção sufficiente de renuncia da independencia; 4.º, finalmente, que a minoria não impõe obediencia á maioria, mas appella para a liberdade, que reservou para si, quando sujeitou-se unicamente aos meios determinados no pacto da união; pelo que nada de novo se pôde estabelecer, que a obrigue contra a sua vontade.

§ 158.

Os meios determinados desde o principio da sociedade, ou que o forão posteriormente por accordo *unanime*, constituem as *leis* da sociedade, a que são obrigados todos os socios. A todos tambem compete o direito de as fazer cumprir. Porém se a um ou alguns delles se concedeu expressamente o poder de *executar* as leis, nem por isso deixa de ser igual a sociedade, pois com esta concessão não se conferiu o *imperio*.

§ 159.

Nas sociedades, onde se não determinou desde o principio o numero dos membros, que havião de compol-as, e por consequente se podem admittir, e realmente se admittem outros, os que entrão estão sujeitos ás leis já estabelecidas : porque tendo, ou podendo ter noticia dellas, quizerão fazer parte da sociedade; que as decretou. Ha, pois, da parte dos novos socios uma adhesão *tacita* a essas leis.

§ 160.

He, pois, evidente : 1.º que nenhuma sociedade pôde subsistir sem leis, nem conseguir o seu fim, sem que ellas se observem ; 2.º que todas as leis da sociedade igual são *convencionaes* ; 3.º que obrigação a todos os que para ellas *concorrêrão*, e quem as quebranta, lesa o direito dos outros socios ; 4.º que todos os que são admittidos a uma sociedade, sujeitão-se ás suas leis, isto he, promettam, senão expressa, ao menos tacitamente, cumpril as.

§ 161.

He tambem claro, que toda a sociedade pôde, quando lhe aprouver, alterar e revogar as suas leis, ou fazer outras. Ainda que cada socio de per si esteja adstricto ás *leis*, com-

tudo a universalidade está acima dellas, porque a *força* das leis convencionaes depende unicamente do *consenso* commum dos socios.

§ 162.

O direito de prescrever os meios para se obter o fim social, chama-se *imperio*; e diz-se *imperante* a pessoa physica ou moral, a quem compete o imperio. A sociedade, em que ha imperante he *desigual*, porque não pôde haver imperante sem subditos. O imperio funda-se ou em um *pacto* de sujeição. ou na *lei*, v. g., o imperio do pai sobre os filhos.

§ 163.

O imperante tem direito de prescrever o que os socios devem fazer para se conseguir o fim social, ou por outra: tem o direito de *legislar*, e não só pôde prescrever o que elles devem praticar sempre, como o que devem obrar em certos casos. Os decretos do imperante produzem no primeiro caso uma obrigação *perduravel*, e no segundo uma obrigação *transitoria*.

§ 164.

Quem tem o direito de fazer *leis*, deve ter direito a que ellas se cumprão, aliás o imperio seria inutil. Logo ao imperante compete

o direito de *executar* as leis, e fazer com que ellas se observem.

§ 165.

Quem tem direito de *dirigir* a sociedade ao seu fim, e de *applicar* os meios, deve também ter o direito de velar em que a sociedade não se desvie do fim, nem dos meios adoptados. Logo ao imperante compete o direito de *inspecção*.

§ 166.

O imperio he um direito social, affirmativo e exclusivo. He *social*, porque só ha imperio, havendo sociedade; *affirmativo*, porque he o poder de dirigir a sociedade ao seu fim; e *exclusivo*, porque dous imperios se destruirião mutuamente.

§ 167.

Todo o imperio tem limites naturaes, marcados pelo *fim* da sociedade. O imperante, pois, só pôde usar do imperio para o *bem commun* social. Outros limites, além dos naturaes, podem os socios prescrever ao exercicio do imperio, e neste caso diz-se *limitado* o imperio em contraposição ao outro, que só he circumscripto pelo *fim* da sociedade, e que se chama *illimitado*.

§ 168.

O complexo dos direitos, que competem aos membros de uma sociedade, constitue o seu direito *interno*. Mas a sociedade, como *pessoa* moral, goza para com outras pessoas (quér *physicas*, quér *moraes*) dos direitos originarios, e pôde adquirir por actos juridicos novos direitos. Toda a sociedade tem, pois, o direito natural de existir, conservar-se e aperfeiçoar-se. Como *pessoa* moral, dotada de *vontade*, pôde *organisar-se* livremente, escolhendo os meios, que lhe parecerem mais convenientes para alcançar o seu fim, guardadas as condições da justiça; pôde *adquirir* as cousas, que lhe são necessarias ou commo-das; celebrar *contractos* com outras pessoas individuaes ou *moraes*, e *associar-se* com outras sociedades.

§ 169.

A sociedade acaba: 1.º pelo consentimento *commum*; 2.º pela consecução plena do fim; 3.º pela impossibilidade *physica* ou *moral* de o conseguir; 4.º pelo complemento da condição resolutiva; 5.º pelo lapso do tempo, se a sociedade foi temporaria (1); 6.º pela morte ou dispersão dos socios.

- (1) Para se saber se a sociedade he *temporaria* ou *perpetua*, convem attender ao consentimento ex-

presso dos socios, ou ao tacito, deduzido do mesmo fim da sociedade. Nenhum socio tem direito de se apartar da sociedade, quando lhe aprouver, se no pacto social não estipulou essa faculdade. Todavia entendem alguns, que, se o contracto social não se marcou tempo para a duração da sociedade, he permittido a cada socio separar-se da união, quando quizer, comtanto que tenha satisfeito as obrigações sociaes, que até então havia contrahido; porque neste caso não se fez do tempo condição para o cumprimento do fim. Admittida essa liberdade, segue-se que por falta de numero sufficiente de socios, que cooperem para o fim *commun*, póde a sociedade dissolver-se, sem o conseguir. Mas todos se obrigârão mutuamente a um fim, e todos adquirirão direitos reciprocos á consecução d'elle: logo os que se apartão, não só faltão á sua obrigação (porque o fim social não está preenchido), como offendem os direitos dos socios, que ficão. Quem não vê, que não se tendo marcado tempo para a duração da sociedade, a mente dos socios foi, que ella não acabasse, senão quando se preenchesse o fim, ou se tornassem insufficientes os meios estabelecidos para o conseguir? He verdade, que não entrou no contracto social tempo *certo* para o cumprimento do fim da sociedade; mas o tempo, ainda que *indeterminado*, que he preciso para se obter o fim social, he uma condição *tacita* do contracto: logo por todo esse tempo devem os socios cumprir as obrigações contrahidas.

CAPITULO II

Do direito social particular.

§ 170.

D'entre as muitas sociedades, que podem existir, o direito natural só se occupa de duas, a saber : a *familia* e o *Estado*. Deste trata o direito publico. A familia comprehende os conjuges, os pais e os filhos ; e o seu fundamento he o matrimonio. Da applicação do direito geral da sociedade á familia resulta o direito de familia.

§ 171.

Para se conhecerem os direitos e as obrigações juridicas de qualquer sociedade particular, he mister determinar bem o seu *fim*. Mas ha sido bastante difficil quanto ao matrimonio, attenta a diligencia de opiniões ácerca do seu conceito, determinar exactamente o seu fim. Se o fim do matrimonio depende da convenção das partes, como querem uns, então deixa o matrimonio de ser objecto de indagação philosophica ; e se for tão geral, que combine com os de outras sociedades, não será mais uma sociedade *especial*. Não obstante, porém, as differentes definições, que se ha dado do matrimonio, ainda me parece preferivel a seguinte : *a*

união perpetua de duas pessoas de sexo differente, para o fim da procreação e educação da prole (1).

- (1) Não he, pois, o matrimonio uma sociedade para unicamente satisfazer o appetite carnal, pois que este não deve ser satisfeito em opposição a ordem da natureza, isto he, com prejuizo da procreação. Comquanto o matrimonio tambem seja *remedio* para a concupiscencia, comtudo este he um fim secundario e subordinado ao fim primario da conservação da especie. Ha quem pense que o essencial do matrimonio he a differença do sexo, mas que o seu fim, comtanto que seja possível physica e moralmente, pôde ser mui diverso. Mas então seguir-se-hia que o fim do matrimonio era indeterminado, e por consequencia não se poderião estabelecer *a ratiõ* os direitos e deveres dos conjuges. A *perfeição* reciproca, o *mutuo adjutorio*, e a *participação* dos commodos e incommodos da vida tambem são fins, que se podem dar entre pessoas do mesmo sexo, e por consequente não caracterisão bem o matrimonio. Outros dão-lhe por fim o coito exclusivo. Este he um fim determinado e exigivel; mas falta-lhe uma condição para imprimir-lhe o caracter de moralidade—a conformidade com o voto da natureza—, o qual he a *conservação da especie*. Os jurisconsultos romanos definirão o matrimonio: *maris et feminae conjunctio individuum vite consuetudinẽm continens*, para exprimir a indivisibilidade da condição social e religiosa dos conjuges; unica differença fundamental entre o concubinato e as

justas nupcias. Mas nesta definição attendem-se unicamente os effeitos civis do matrimonio, e não o seu fim natural e ultimo.

§ 172.

Creando a natureza os dous sexos, depositou nelles o desejo reciproco de se unirem, para por meio da sua união conservar-se a especie humana. Só conformando-se com esta ordem da natureza he que o homem e a mulher imprimem um caracter de moralidade em suas relações sexuaes, que de outra sorte se tornariam meros actos de um arbitrio *brutal*, impróprios de entes racionais, destinados á perfeição e moralidade. O fim do matrimonio he, pois, a realisação de um principio moral, e não a mera satisfação do appetite sensual. Para se conseguir perfeitamente o fim do matrimonio, he mister que se dê entre os conjuges um amor exclusivo, e que, por consequencia, a união se limite unicamente a *duas pessoas de sexo diverso*. Por onde he de ver, que a *monogamia* pura he o unico casamento *racional*. Na verdade, sendo necessaria ao fim do matrimonio a união intima das pessoas pela troca reciproca de suas affeições, a desigualdade do amor, quer do lado do marido, se elle tivesse muitas mulheres, quer do lado da mulher, se ella tivesse muitos maridos, se tornaria contraria ás condições do matrimonio. Por isso he

que a moral e o direito reprovão a *polygamia* e *polyandria*; accrescendo que esta ainda mais se oppõe ao fim do matrimonio pela incerteza da paternidade (1). He tambem necessario, para a sociedade conjugal preencher o seu fim, que a união seja *perpetua*. Se o não fosse, deixaria de haver communicação completa dos commodos e incommodos da vida, communhão de interesses, e boa educação da prole, porque a energia da affeição dos pais aos filhos depende em grande parte da permanencia da sua união (2).

- (1) A união de uma mulher com muitos homens, para o fim da geração, he visivelmente desnecessaria, e, além disso, contraria á boa educação da prole pela incerteza da paternidade. Certos actos ha da educação, que só o pai pôde desempenhar bem; e se elle for incerto, de necessidade ha de ser incompleta a educação. Na união de um homem com muitas mulheres não se dá a incerteza da paternidade, porém apparecem outros inconvenientes. Cada mulher ha de naturalmente exigir, para si e seus filhos, a primasia do amor do marido; e como não he possível satisfazerem-se taes exigencias, devem dahi originar-se discussões domesticas, e debaixo do mesmo tecto apparecer partidos, que se fação mutuamente a mais encarniçada guerra. O que se diz da felicidade, paz domestica, educação da familia entre os povos orientaes, que admittem a polygamia, está refutado pela historia e experiencia desses mesmos povos. Podemos accrescentar, que essa

felicidade e paz domestica, se ho que existem, são compradas á custa de meios, que repugnão inteiramente á indole da sociedade conjugal: porque as mulheres vivem presas no serralho, e os filhos, principalmente os machos, são entregues a um eunucho, ou escravo, que os educa. Se isto se pôde chamar felicidade, sociedade conjugal, e educação liberal, respondão os defensores da polygamia.

- (2) He escusado perder tempo em provar (pois he evidente por si mesmo), que os officios da educação exigem não só pais certos, como que estes sejam ligados por um vinculo permanente. A *mancebia*, que he a união temporaria do homem com a mulher, não preenche, pois, a condição da conservação da especie. Essa união he evidentemente immoral; e por conseguinte não pôde ser objecto de um pacto valido.

§ 173.

As condições para a formação do matrimonio são as mesmas, que as do pacto. Requer-se: 1.º o consentimento *valido* dos contrahentes; 2.º a possibilidade *physica* da prestação do fim; 3.º que não haja *impedimento* entre os contrahentes, ou porque um delles já he casado, ou porque ha entre ambos certas relações, que tornão immoral o matrimonio. Taes são as relações entre pais e filhos, irmãos e irmãs (1). A moral reprovava os matrimonios entre estas pessoas, não só

porque as suas relações produzem affectos totalmente differentes do amor, que he a alma da união conjugal, como porque taes matrimonios tendem, segundo a observação, a degenerar a especie. Ha uma lei, que se manifesta em todos os reinos da natureza, e vem a ser : que tanto mais vigorosos são os fructos, quanto as causas da sua producção não tem uma origem identica, posto que pertençam ao mesmo genero. Mas para a perfeição do matrimonio não se requer a copula : *consensus, non concubitus facit nuptias* (2).

- (1) Sobre as razões moraes e politicas, que ha contra o casamento dos irmãos com as irmãs, pôde ver-se a obra do Sñr. Pezzani, que tem por titulo— *Tratado dos impedimentos do casamento*—pag. 293.
- (2) Negão alguns que seja o matrimonio um verdadeiro contracto, por carecer de objecto, ou cousa, sobre que se possa contractar, pois a mutua obrigação do amor e da fidelidade, que faz a substancia do matrimonio, não he cousa, que admitta contracto. He certo, que o amor, que he um affecto d'alma, e por conseguinte um acto interno, não pôde ser objecto de pacto, mas outro tanto não se pôde dizer da *fidelidade*, pois que as nossas acções e omissões, não sendo evidentemente immorales, são materia para os pactos. Demais, o matrimonio se dirige a um fim, que se não pôde conseguir, senão por meio de certos actos externos, sobre os quaes se pôde pactuar; e por isso o matrimonio constitue uma sociedade juridica.

Emfim, dizendo-se que o matrimonio he um *contracto*, não se faz, senão consagrar um principio *vital* de toda a associação humana—o da liberdade—, pois a justiça não admitte, que uma pessoa seja *forçada* a cooperar para um fim, meramente permissivo.

§ 174.

Os direitos e as obrigações dos conjuges derivão-se do mesmo fim do matrimonio. Cada um dos conjuges deve fazer da sua parte o que for necessario para se conseguir o fim matrimonial, e abster-se de tudo o que lhe for contrario, ou poder frustrar a expectação juridica do outro conjuge. Para se obter perfeitamente o fim do matrimonio, requer-se: 1.º a cohabitação dos conjuges; pelo que o conjuge fugitivo póde ser compelido a voltar para a casa *commum* (1); 2.º a mais restricta observancia da fé conjugal, cuja violação constitue o *adulterio*. São meramente pessoaes os direitos e as obrigações dos conjuges, porque fundão-se em affeições e qualidades pessoaes.

- (1) O marido adquire, pois, sobre a mulher, e esta sobre o marido, em virtude do matrimonio, um direito de *posse*.

§ 175.

Sustentão alguns, que os conjuges, pelo

contracto matrimonial, só conferem direitos mutuos sobre suas pessoas, e não sobre os bens, que possuem na occasião do contracto, ou que houverem de adquirir posteriormente. Sendo, porém, mais conforme á indole do matrimonio a communhão dos bens, do que a separação delles, parece muito mais natural reputarem-se communs, se os conjuges não convencionarão o contrario. Esta communhão como que se deduz da mesma natureza da sociedade matrimonial, que pede, não a divisão, mas identidade de interesses. Ora, quando os bens são separados, um dos conjuges trabalha antes para si, e por augmentar o seu patrimonio, do que para a familia (1).

- (1) Não implica absolutamente que os conjuges não se communicuem nos bens, pois que, não obstante demarcarem os seus respectivos dominios, podem contribuir para os encargos communs. Comtudo esta divisão de dominios deve pelo menos enfraquecer as diligencias de um e de outro para o bem commum da familia, e obrigar-os a rateios, que mal se casão com o amor, que os deve confundir n'uma só entidade pessoal. He, portanto, a communhão de bens entre os consortes um resultado natural do matrimonio, e mais conforme e appropriada aos seus fins, do que a separação de patrimonios. Por isso, logo que os conjuges não convencionarão a separação dos bens, deve presumir-se que tacitamente pactuárão na communhão. Kant e Fichte advogárão a communhão dos bens entre os conjuges : aquelle, pela

necessidade da communhão indivisivel dos commodos e incommodos, que deve haver entre os consortes; e o outro, porque a mulher entrega ao marido a sua pessoa com os seus bens. Mas o Sñr. Zeiller entende que he insustentavel a opinião de Fichte; e que a necessidade da communhão dos commodos e riscos he só *hypothetica*, isto he, se de outra maneira se não poder obter perfeitamente o fim do matrimonio, porque elle admitte, como outra qualquer sociedade, um bem *particular*, que se não opponha ao seu fim ultimo. O Sñr. Ahrens está de accordo com a doutrina expendida no § *supra*. « A communhão de toda a vida, » diz elle, deve exigir a communhão dos « bens, que se deve estabelecer como regra. « Comtudo os pactuantes podem convencionar o « contrario, se lhes aprouver. »

§ 176.

O homem he naturalmente inclinado a dirigir os seus pensamentos para as relações, que o ligão ao mundo exterior, e a mulher para os negocios domesticos. No homem ha um espirito mais geral, uma concepção mais vasta; mas a mulher comprehende melhor as particularidades: e se o homem pela sua intelligencia superior he mais sabio, a mulher tem mais sentimento e imaginação. Dessa differença segue-se, que o homem, por comprehender melhor o mundo exterior, he mais capaz de cuidar dos negocios *externos* da familia, e a mulher dos *internos*. Segundo esta in-

dicação da natureza, devem, pois, os conjuges distribuir entre si a administração dos negócios familiares. Mas, se houver alguma divergencia de opinião sobre algum ponto do regimen interno, entre o marido e a mulher, deve prevalecer o voto daquelle, por ser naturalmente o mais acertado e razoavel, visto ser o homem dotado de mais razão, que a mulher. Não he, portanto, o matrimonio uma sociedade *igual*, como pretendem alguns. Nos casos de collisão deve haver um voto decisivo, porque assim o exige o bem commum da familia; e esse voto não pôde pertencer, senão ao marido. No matrimonio dá-se, pois, o *imperio* (1).

- (1) O imperio do marido sobre a mulher funda-se na mesma differença das qualidades intellectuaes e moraes, que distinguem os dous sexos. O espirito da mulher tem mais delicadeza e inconstancia, e o do homem mais energia e firmeza. A mulher he mais penetrante, e o homem mais profundo: aquella obra quasi sempre por sentimento, e o homem he mais capaz de obrar com reflexão. Em summa, ha na mulher mais *poesia*, e no homem mais *philosophia*; aquella representa a sensibilidade e imaginação, e o homem a intelligencia e a razão: e como estas he que devem regular os movimentos da sensibilidade e imaginação, segue-se que não se pôde negar ao marido o imperio. Além disso, he o marido o protector natural da mulher, he quem lhe grangêa o necessario e o commodo, e quem a defende á custa da

propria vida. Ora, se a mulher precisa do marido, e d'elle depende, não pôde deixar de reconhecer o poder marital. Não me parece, pois, exacta a opinião, que o matrimonio he, segundo a voz da natureza, uma sociedade igual, porque a mesma natureza põe na familia dous *superiores* com administrações distinctas. Porquanto pôde haver casos, onde a divergencia de opinião seria prejudicial ao bem commun da familia, se porventura não houvesse quem os decidisse definitivamente. Releva, porém, advertir que o poder marital he bem differente dos outros poderes, porque o marido antes de usar de sua autoridade, deve empregar os meios da persuasão para trazer a mulher a um accordo commun. Mas esgotado este meio. fôra, por certo, cobardia do marido ceder á obstinação da mulher.

§ 177.

He o matrimonio uma união perpetua, e o seu vinculo *indissolovel*. Não he da mente dos que o contraheem que elle se dissolva; nem os contrahentes podem pactuar validamente que seja *temporario*. Formada, pois, a união, nem a impossibilidade subsequente da procreação, nem o consentimento de uma das partes, nem mesmo o de ambas, podem romper o vinculo. O adulterio he, por certo, a maior offensa, que um dos conjuges pôde fazer ao outro, mas nem por isso deve ser motivo sufficiente para se dissolver o vinculo: porque se o fosse, nas mãos de qualquer dos

conjuges estaria pôr termo á duração do matrimonio, e fazer temporaria uma união, que deve ser perpetua. Mas ainda que o adultério fosse absolutamente uma razão legitima para o *divorcio*, não o he, por certo, relativamente á ordem social; e por isso o legislador pôde, e até deve prohibir o *divorcio*, não obstante o adultério de um dos conjuges, ou outra qualquer causa, posto que grave, e contraria á índole do matrimonio (1).

- (1) As razões que se costumão allegar em favor do *divorcio*, são mais especiosas, do que solidas. O *divorcio* parece contrario á ordem social, porque favorece os maus costumes; posto que não seja a causa original delles, porque esta são as paixões do homem, que as prefere muitas vezes ao seu dever. Em Roma, enquanto se mantiverão os costumes primitivos, não se usou da faculdade do *divorcio*, concedida por Romulo, segundo refere Plutarco, e pela lei das doze Taboas; e por espaço de 520 annos não houve Romano, que se divorciasse. Carvilio Ruga foi o primeiro, que repudiou sua mulher por esteril, e dizem que por isso fôra censurado geralmente por seus concidadãos. Mas com o progresso da depravação dos costumes tornou-se commum o *divorcio*, e a tal ponto, que, se dermos credito a Seneca, havia mulher, que contava os seus annos pelo numero dos seus maridos: escandalo este, que se teria prevenido, se o matrimonio fosse indissolúvel. Os males que o *divorcio* pôde causar, não são compensados pelos beneficios, que possa trazer:

póde ser util em alguns casos, e para alguns individuos, mas nunca o será para uma nação. Nos tempos modernos permitirão os protestantes o divórcio, mas poucos se aproveitarão dessa permissão, porque na opinião publica erão infamados os conjuges divorciados. O bom senso, pois, e a moral publica, mais fortes que todas as leis, repellem o divórcio: e a razão que se póde dar desta repulsa, he que por um instincto, que se não póde definir, ou por uma apercção espontanea, se conhece que o *divórcio* he um mal.

§ 178.

Os *esponsaes* são a promessa mutua de futuro matrimonio. Sendo celebrados por pessoas capazes de contractar, produzem obrigação, em quem falta á promessa, de reparar o damno causado á outra parte, que não póde exigir que se effeitue o matrimonio, porque este deve ser um acto plenissimamente voluntario. Precedem os *esponsaes* ao contracto matrimonial: mas assim como nos outros contractos não se faz mister a promessa prévia de os celebrar, assim tambem para se contrahir matrimonio não são necessarios os *esponsaes* (1).

- (1) Os *esponsaes* são perigosissimos, e como taes devião ser prohibidos por lei positiva. A obrigação de reparar o damno, e pagar a pena, havendo arrependimento de uma das partes, póde muitas vezes constranger a parte arrependida a celebrar

o matrimonio contra o seu gosto, afim de forrar-se a prestação do damno, e ao pagamento da pena. Mas he o casamento um acto de tamanha importancia, que todo o constrangimento da parte dos que o contraem pôde produzir para o futuro os mais funestos resultados. A antiga legislação romana consagrava o principio da plena liberdade quanto ao matrimonio, e declarava de nenhum effeito no *foro externo* a convenção prévia de casar com tal pessoa, e as estipulações penaes, por não parecer honesto sujeitar os matrimonios ao vinculo da pena: *inhonestum visum est vinculo penæ matrimonia obstringi*: e diz outra lei: *Pene metus aufert libertatem eligendi matrimonii*. Contudo o principio da plena liberdade ácerca do matrimonio não era tão necessario entre os Romanos, que admittião o divorcio, como nos paizes que o proscrevem; porque entre aquelles era o divorcio um remedio para pôr termo ás desgraças da união, que um dos conjuges houvesse contrahido, afim de forrar-se á pena pecuniaria. Sobre esta materia veja-se o *Tratado de Pezzani sobre os impedimentos do casamento*.

§ 179.

Se do matrimonio nascem filhos, apparecem na familia novas relações jurídicas. Os filhos têm o direito *originario* de conservar-se e aperfeiçoar-se, porque são creaturas humanas, destinadas á felicidade. Mas, não podendo elles pela sua pouca idade exercer os seus direitos, têm os pais (os geradores) um

direito *proprio*, ou exclusivo, de curar de seus filhos, e prover a que elles não aberrem do seu destino, isto he, de os *educar* (1). São os pais a *causa* da existencia dos filhos, e do estado de fragilidade, pobreza e ignorancia, em que elles nascem : logo por este mesmo facto são obrigados a conservar e aperfeiçoar a sua obra por uma educação desvelada. Essa obrigação não só he moral, como juridica ; não em virtude do pacto matrimonial, como querem alguns, nem da lei positiva, segundo outros, mas por força do mesmo acto da geração (2).

- (1) *Educar* he subministrar aos filhos as condições necessarias á vida, e ao desenvolvimento de suas faculdades *physicas*, *intellectuaes* e *moraes*. Compete a todos o direito *commun* de proverem na educação dos menores, que estiverem ao desamparo pela sua orphandade, ou pelo abandono dos pais : mas a estes pertence inquestionavelmente o direito *exclusivo* de educar os filhos, e o podem exercer por si, ou por meio de outra pessoa.
- (2) Não he o contracto matrimonial o fundamento da obrigação juridica, que têm os pais de educar os filhos, porque então, morto um dos conjuges, cessaria esta obrigação : nem o interesse, que tem o Estado no incremento da população, he que o leva, como querem outros, a converter por uma lei positiva o dever ethico da educação em dever juridico. A obrigação juridica da educação funda-se no facto da geração. Quem reduz um ente

moral, e sem o seu consentimento, a um estado de precisar de todo o auxilio, he obrigado por esse mesmo facto a cuidar de remover-lhe todo o mal. A lei civil, pois, impondo aos pais a obrigação de educar os filhos, não faz, senão sancionar um direito natural dos filhos.

§ 180.

Para o *fim* da educação gozão os pais de certos direitos, cujo complexo constitue o *poder parental*, a que correspondem deveres da parte dos filhos, logo que elles pela idade são capazes de razão e obrigação. He, pois, o direito de *educar* o fundamento proximo do *poder parental*; e não, como pretende Hobbes, o direito de occupação dos pais, porque não são os filhos *cousas* para se poderem occupar; nem o facto da geração, segundo Grocio, porque esta só se pôde reputar fundamento *remoto*; nem o consentimento presumido dos filhos, porque este he fictício, e até desnecessario, pois os filhos ainda contra a sua vontade estão sujeitos aos pais (1); nem, finalmente, a superioridade de forças dos pais, porque a força não gera direito.

- 1) Antes de certa idade não se pôde presumir o consentimento dos filhos; e se elle fosse necessario ao poder parental, este não existiria, senão quando os filhos tivessem idade para consentir, pois antes disto não se pôde presumir o seu consentimento.

§ 181.

Da obrigação e do direito de educar (§ 179) se derivão para os pais obrigações e direitos especiaes. Incumbe aos pais : 1.º alimentar os filhos, isto he, dar-lhes sustento, vestuario e habitação ; 2.º cuidar da sua instrucção e moralidade ; 3.º dar-lhes um estado, d'onde possam haver os meios de existir : 4.º defender os direitos dos filhos. Pertencem aos pais os direitos seguintes : 1.º de dirigir as acções dos filhos ; 2.º de os corrigir ; 3.º de os conservar sob o seu poder, enquanto forem menores ; 4.º de administrar os bens dos filhos ; 5.º de annullar as obrigações, que elles contrahirem, sem authorisação prévia.

§ 182.

Do fundamento do poder parental se deduz o seu principio e termo. Este poder principia, quando nascem os filhos, ou antes dês que são gerados, e continúa enquanto he necessario á sua educação, isto he, até elles chegarem a maior idade. Durante a impuberdade não ha sociedade entre os pais e os filhos : esta só começa a existir, quando com o progresso da razão os filhos conhecem o fundamento do poder parental, e prestão a sua vontade para o fim de serem educados (1). Porém a sociedade entre os pais e os filhos não só he desigual, porque estes são subditos

dos pais, como prescripta por lei, e por isso podem os filhos ser forçados a permanecer nella, emquanto precisarem de educação.

- (1) « Inter parentes atque prolem, diz *Achenwall*,
« nulla intercedit societas, antequam proles coe-
« perit usu intellectûs pollere: quippe ante nulla
« prolis actio tamquam libera, ergo nec ulla ejus.
« dem ad finem quemdam socialem persequendum
« obligatio cogitari potest. Uti vero soboles usu
« intellectûs sensim instruitur: ita et ipsius sen-
« sim progeneratur obligatio, ad actiones suas ad
« parentum voluntatem componendas. » O Sñr. Zeiller tambem não admite antes da puberdade, relação juridica social entre os pais e os filhos. Mas alguns negão a sociedade parental, porque ou os filhos, por lhes faltar a idade, não podem consentir no fim da educação, ou podendo não o querem. Mas a isto responde-se: 1.º que os filhos são capazes de consentimento, logo que chegam ao uso de razão, porque para consentirem no beneficio da educação não lhes he mister juizo maduro, nem, por conseguinte, maior idade; 2.º que, sendo a sociedade parental juridicamente necessaria, se pôde obter á força o consentimento dos filhos, quando elles o não prestem espontaneamente.

§ 183.

A razão não concede aos pais o poder sobre os filhos, senão como meio de os educar. D'onde se segue, que o poder dos pais não he *domínio*, pois que os filhos são *pessoas*, e

como taes gozão de direitos. Portanto, não podem os pais matar os filhos, nem engeital-os, expondo-os assim a perigo de vida, nem vendêl-os, nem forçal-os a abraçarem um estado contra a sua vocação, nem exigir delles uma obediencia contraria ás leis moraes, porque são entes racionaes e livres, destinados á perfeição e moralidade (1).

- (1) Tendo o poder parental o seu fundamento na educação, que se resume na conservação e perfeição dos filhos, torna-se evidente que elles não estão sujeitos ao dominio dos pais. Os Romanos não seguirão nesta parte o direito natural, pois attribuirão ao patrio poder effeitos, que não tinha em nação alguma: *nulli enim sunt homines*, diz o imperador Justiniano na sua Inst. § 2 de patr. potest, *qui talem in liberos habeant potestatem, qualem nos habemus*. Consideravão os Romanos os filhos como pertencentes aos pais, e fazendo parte do seu patrimonio; e sobre tal fundamento he que a lei facultava ao pai o intentar em juizo, contra quem lhe detinha o filho, a acção chamada em direito de *reivindicação*, da qual se não podia usar, senão para o fim de recuperar a posse de cousas, em que se tinha dominio. Dahi provinha igualmente o direito de vida e morte, que tinham os pais sobre os filhos, e o direito de os vender.

§ 184.

Têm o pai e a mãe obrigação, e tambem o direito de educar a prole. Logo pertence a

ambos o poder parental, como meio necessário para o fim da educação. Quanto ao exercício deste poder, he de notar que certas funcções são mais proprias da mãe, do que do pai, e *vice versa*. Devem, pois, os pais dividir o poder entre si, segundo a natureza dos actos pertencentes á educação. Comtudo não se póde negar ao marido a *primasia* do poder parental, principalmente nos casos de collisão; não só porque ha no homem superioridade de razão, como porque a mulher deve reconhecer o poder do marido, a quem he sujeita (1).

- (1) Não me parece justa a opinião de alguns, que o pai e a mãe têm *igual* poder sobre os filhos. Para se dirigir convenientemente a educação, faz-se mister em muitos casos uma vontade decisiva: e como a razão predomina mais no homem, do que na mulher, a vontade daquelle deve, por via de regra, ser mais razoavel, do que a da mulher. Por conseguinte ao marido deve competir o voto decisivo nos negocios concernentes á educação dos filhos. Por direito romano as mães não tinham o patrio poder, o qual, certamente, pertence por direito natural a ambos os geradores. Ambos concorrerão para a existencia dos filhos; ambos têm obrigação e direito de os educar, e por consequencia devem ter direito aos meios necessarios. Mas, como entre os Romanos as mulheres não só estavam sob o poder dos maridos, como em perpetua tutela, pela fraqueza do seu sexo, e

ignorancia das cousas do foro, não parecia proprio terem ellas poder e imperio sobre os filhos, quando precisavão de auxilio alheio para a administração de seus negocios, e erão governadas por outros. Accresce que o filho legitimo não seguia a familia da mãe, mas do pai. Porém todas estas considerações são estranhas aos verdadeiros principios do direito natural, segundo os quaes o poder parental he *commun* ao pai e á mãe.

§ 185.

A medida que a idade dos filhos cresce, o poder parental diminue, e os filhos entrão no gozo dos direitos da liberdade natural; porque o poder dos pais não tem outro fim, senão supprir a imbecilidade da razão, e a impotencia da idade. No crescimento desta ha graus. São *impuberes*, os que por sua idade não se podem manter, nem reger: chamão-se *menores*, os que já têm algum uso de razão, mas ainda não podem manter-se, nem administrar seus bens, por lhes faltar juizo sufficiente: emfim, os que são idoneos, para uma e outra cousa, denominão-se *maiores*. Os filhos maiores estão naturalmente *emancipados*, porque nelles não se dá mais a razão da necessidade do poder parental. A *extincção* deste poder não depende, pois, da vontade dos pais, nem dos filhos: he mister que estes cheguem á maior idade, para que cesse o poder dos pais (1).

- (1) A natureza não fixou tempo certo para se desenvolver a razão do individuo. Sabemos que ella se desenvolve, bem como as forças physicas, successiva e gradualmente, mas em uns com mais rapidez, no que n'outros. Variando, pois, a natureza, e fazendo differença de individuo a individuo, a lei civil, que deve ser uniforme, he que estabelece uma regra geral e commum : e os legisladores, guiados pela observação, marcão a idade, antes da qual não se presume capacidade no homem para se reger e administrar os seus bens.

§ 186.

Quando os pais não podem curar da educação dos filhos, têm direito de escolher quem faça as suas vezes ; mas incumbe-lhes o dever de inspecção sobre as pessoas, a quem confião toda a educação de seus filhos, ou parte della. Morrendo os pais, cessa o poder parental, pois com a morte delles acabão-se os seus direitos e obrigações pessoaes : e neste caso os impuberes e menores passarião a ser educados por quem quizesse usar para com elles do direito commum de beneficencia e protecção. Morto, porém, um dos pais, subsiste no outro integralmente o poder sobre os filhos. Se a mãe for certa, e o pai incerto, compete exclusivamente á mãe o poder sobre os filhos. Emfim, se os pais engeitarem os filhos, quem for capaz de os educar, pôde educal-os, ficando-lhe salvo o direito de ha-

ver dos bens paternos as despesas da educação.

§ 187.

Para a administração dos negocios da casa tomão-se muitas vezes criados, mediante certa paga. A intenção dos amos he haverem os serviços dos criados, e a destes receberem a paga. Entre uns e outros dá-se, pois, um pacto, mas não uma sociedade, porque elles se não propõem um fim commum (§ 151). Existe, certamente, para ambos um fim commum *remoto*, que vem a ser o bem da familia, que resulta da boa administração dos negocios domesticos. Mas na permutação, ou na compra e venda, tambem se pôde considerar, como fim remoto, o bem dos contractantes, sem por isso haver sociedade entre elles.

PARTE ULTIMA

CAPITULO UNICO

Dos meios de defender os direitos no estado natural.

§ 188.

A todo o direito, quér originario, quér adquirido, he inherente o direito de *coacção*,

porque logo que a lei concede um direito, dá também a faculdade para remover os obstáculos ao seu exercicio (§ 5). Portanto, o direito de *coacção* não subsiste por si mesmo, pois se contém em todo e qualquer direito, e não he exclusivamente originario, nem exclusivamente adquirido. Mas a sua applicação real suppõe, como condição, a lesão de um direito.

§ 189.

Podemos, pois, usar de meios coactivos contra quem lesa os nossos direitos. Talvez se pergunte, se empregando a força contra entes racionais não limitamos a sua liberdade, não os tratamos como meios para os nossos fins, e não diminuimos, ou extinguiamos inteiramente os seus direitos. A primeira reflexão, que a este respeito occorre, he que não terião os direitos segurança alguma, se não fosse permittido usar da *força* contra o lesante. Além disso, a força empregada contra o lesante não limita a sua justa liberdade, mas o desenfreamento della; e consequentemente se o lesante he tratado como *meio*, não o he, por certo, senão para um *fim* permittido pelo direito. Emfim, ainda que o lesante perca, no acto da repulsão, algum direito seu, ou mesmo todos, v. g., se for morto, nem por isso foi violado o seu direito, porque este se não estendia a accommetter os direitos dos outros.

§ 190.

Porém a lei jurídica permite somente os meios coactivos aptos para a defeza dos nossos direitos, e que forem absolutamente necessários ; porque a *força* he só justa, quando ella tem por fim a conservação do direito accommettido. Portanto, se bastarem nossas forças physicas, para repellirmos um individuo, que teima em invadir a nossa casa, seremos injustos, se o matarmos.

§ 191.

A lesão dos nossos direitos, dada a qual he permittido usar da força, pôde ser ou quasi *imminente*, ou já *principiada*, ou *consummada* (lesão futura, presente e passada). Deriva-se da lesão, segundo for a sua especie, o direito de *prevenção*, de *defeza* e *reparação*. Quem nos incute por meio de ameaças reaes, e sem justa causa, um medo que não he vão, impede a nossa justa liberdade, e este impedimento podemos nós remover com a força, se outros meios mais brandos nos faltarem. Porém a simples possibilidade da lesão, as ameaças verbaes, e meras preocupações não justificão o uso da força ; e se neste caso ella for empregada, compete áquelle, contra quem he dirigida, o direito de resistir (1).

- (1) Se alguem nos vier ao encontro com a espada em

punho, e ar ameaçador, podemos feril-o, sem esperar que primeiro descarregue o golpe sobre nós; e isto he o que se chama direito de *prevenção*. A mesma prudencia nos aconselha que previnamos a lesão, antes que pela nossa demora se torne mais difficil, ou impossivel o desvial-a. Se, porém, ferirmos ou mutilarmos uma pessoa, porque ella nos ameaçara por palavras de nos fazer mal, ou porque as apparencias nos fazem presumir que essa he a sua tenção, nesse caso o offendido tem direito de pedir-nos a reparação do damno, que lhe houvermos causado.

§ 192.

Quando alguém não se prepara a lesar o nosso direito, mas de facto o accommette, então cabe-nos repellir com a força a aggressão, e nisto consiste o direito da *defeza*. Quem defende o seu direito não sahe da sua esphera legal; e por consequencia pratica um acto justo, pois que a sua acção he incompativel com a coexistencia dos homens no estado social. Mas quem accommette o direito alheio, exorbita da sua justa liberdade; obra, por conseguinte, injustamente, e a si mesmo deve imputar os resultados da sua acção.

§ 193.

Estando consummada a lesão, compete-nos o direito de pedirmos a reparação, e empregarmos meios violentos, se necessario for,

para obtê-la, ou a lesão seja de bens originários ou adquiridos, quer provenha de factos, quer de omissões. Quem pede a reparação do damno, que se lhe causou, usa, pois, do seu direito : mas releva advertir que todo o damno suppõe acção *injusta*; d'onde se segue, que aquelle, que recusa beneficiar os outros, não se deve reputar offender os seus direitos, e quando muito, será deshumano. Porém isso não dá direito a se usar da força para se exigir a reparação do detrimento, que alguém houver causado com a sua falta de humanidade. Quem fez o damno tem obrigação de reparal-o, e a isso póde ser justamente forçado. Se varias pessoas fizerem um concerto entre si para uma acção injusta, cada qual he obrigada *in solidum* a prestar a reparação do damno, pois cada uma he causa da lesão (1). Porém o cúmplice, que satisfaz o damno por inteiro, póde exigir dos outros a sua quota parte. Ao lesado he que compete o direito de estimar o valor ou a quantidade do damno.

- (1) Quando varios individuos se associão para um fim *injusto*, cada um apoia os outros, e he por elles apoiado na resolução commm: cada um concorre igualmente para pôr os outros a caminho de obrarem, posto que nem todos obrem igualmente. A acção de cada um póde, pois, considerar-se como produzida pelos outros.

§ 194.

A defeza e prevenção se podem exercer contra os mesmos individuos, que obrão sem uso de razão, v. g., os dementes, e tambem pôde o lesado haver dos bens de taes individuos a reparação do damno. O direito á indemnisação, como o da segurança por meio da prevenção e defeza, tende a conservação do nosso direito. Mas a lesão subsiste, emquanto não somos indemnizados: logo temos direito de fazer desapparecê-la, e por consequente de haver dos bens do lesante a reparação, quer elle queira, quer não, quer obrasse com uso de razão, quer sem elle (1).

- (1) Aos que se achão infelizmente privados do uso da razão não se pôde attribuir intenção de lesar os direitos dos outros, e os seus actos, por consequente, não são puniveis. Mas a punição he realmente distincta da reparação do damno.

§ 195.

Além do direito de prevenção, defeza e indemnisação, admittem alguns o direito de *punir* no estado natural de independencia. As razões que produzem para sustentar esse direito são: a necessidade da expiação, a prevenção da reincidencia, a emenda do delinquente, e a intimidação dos outros, para que fujão de commetter o mesmo delicto. Veja-

mos, porém, se estas razões bastão para estabelecer o direito de punir no estado natural.

§ 196.

Quando um agente livre cumpre o seu dever á custa de um prazer, concebemos a necessidade da *compensação* do seu sacrificio, assim como a necessidade da *expição*, quando elle antepõe o prazer ao seu dever. No primeiro caso merece o agente um *prêmio*, e no segundo uma *pena*. A relação necessaria entre estas idéas produz a crença, que Deus, que he o ente infinitamente sabio e poderoso, ha de *premiar* os observantes da ordem moral, e *castigar* os seus transgressores. Porém nenhum homem tem direito de, por anticipação, fazer-se o instrumento da justiça divina: nenhum, certamente, recebeu esta missão (1).

- (1) A necessidade da expiação como fundamento do direito de punir, deveria estender-se tambem ás infracções dos deveres ethicos. Mas este principio suppõe outros principios fundamentais da sciencia do direito, differentes dos que se tem estabelecido até aqui.

§ 197.

Mais plausivel parece a opinião dos que pretendem, que se deve impor uma pena a

quem lesa os direitos dos outros, afim de prevenir que elle commetta outras lesões. Porém neste caso a pena seria applicada, não pelo delicto commettido, mas por se receiar que, não sendo punido o delinquente, venha elle a perpetrar novos delictos. Comtudo, por um individuo praticar um acto injusto, não se segue que esteja disposto a continuar na carreira das injustiças: pôde ser mesmo que se arrependa depois do acto, e como punil-o neste caso? Se os nossos direitos estivessem *realmente* ameaçados, então o mal imposto a quem os ameaçasse não seria propriamente *pena*, mas *prevenção*. Um doudo, por exemplo, faz uma morte, e prendem-n'o: quem não vê que esta prisão he um simples meio de prevenção, ou de segurança, para o tornar inoffensivo? Ha uma quadrilha de salteadores: qualquer tem, pois, direito de os bater por sua segurança, porque a sua vida e seus bens estão realmente arriscados com a existencia de tal quadrilha.

§ 198.

Outros admittem a pena como meio de corrigir o culpado. Mas no estado de independencia o uso da força tem só lugar contra a lesão, e nunca para promover a moralidade individual. No estado da natureza o direito da correcção compete unicamente aos pais,

educadores, e outros superiores, mas dentro dos limites do *fin* da sujeição.

§ 199.

Emfim, a razão nos diz que não empreguemos os entes racionaes como meios para os nossos fins, e por conseguinte não nos he permittido punir um individuo, para por meio do terror induzirmos os outros a não commetterem o mesmo crime. Demais, que certeza pôde haver de existirem nos outros as mesmas propensões do delinquente? Portanto, nenhuma das razões produzidas provão que no estado natural deva dar-se o direito de punir. Accresce que não podendo haver nesse estado uma fórmula regular de processo, que exclua toda a parcialidade, a pena seria antes uma vingança, do que um acto de justiça.

§ 200.

As *penas* são males sensiveis, com que o *poder* social, por meio de leis promulgadas, ameaça aos que violarem os direitos dos outros, e que elle ordena sejam applicados aos criminosos, afim de se manter a ordem na sociedade. A pena distingue-se da defeza, porque esta se dá havendo aggressão, e emquanto ella dura; mas aquella he applicada depois da aggressão, e quando o aggressor está desarmado. Distingue-se tambem da pre-

venção individual, porque esta só tem lugar, quando a lesão he imminente ; mas a pena se impõe depois de consummada a lesão, e mesmo no caso da tentativa. Accresce que a pena he independente da defeza e prevenção, que o individuo exerce no gremio da sociedade, quando o seu direito corre perigo, e não lhe he possivel na occasião recorrer á autoridade publica, encarregada de o proteger.

§ 201.

Emfim, a pena distingue-se da correcção : 1.º porque esta se dá a respeito daquelles mesmos, que são incapazes de delinquir, v. g., os impuberes, cujos actos, ainda que lesivos dos direitos dos outros, não são *puni-veis* ; 2.º porque para corrigir basta uma autoridade privada, quando a pena requer um *poder* publico, que a decreta e applica ; 3.º, finalmente, porque na correcção se attende ao bem daquelle, que cahiu em culpa, e por isso se devem empregar meios capazes de produzir uma mudança na sua vontade, e uma verdadeira emenda *moral*, mas a pena tem por fim a conservação da sociedade : e posto que deva concorrer, quanto for possivel, para a emenda moral do delinquente, contudo não he por seu *bem*, que o punem, que se o fôra, então se deveria proscrever a pena capital, e deixar impune a quem já estivesse arrependido do seu crime (1).

- (1) Ninguém contesta o direito, que tem o *poder* social de punir; mas quanto á origem philosophica, ou fundamento, desse terrivel direito, que se estende ao ponto de derramar o sangue do culpado, varião muito as opiniões. As theorias do *direito* de punir se podem dividir em duas classes: theorias *absolutas* e *relativas*. Aquellas procurarão justificar o direito de punir *em si mesmo*, dando-lhe por fundamento a *justiça*. As theorias *relativas*, porem, só attendem ao *fim*, que se propõe o legislador; a legitimidade da pena está na sua *efficacia* em conseguil-o, e o principio dominante he o *util*. Esta divisão he a mesma, que a do Sñr. *Rossi*. Todas as theorias do direito de punir, diz este autor, ou remontão a um principio moral, ou tem por base unica um facto—o interesse material—; por outra, umas remontão ao justo, e outras parão no util; aquellas são filhas do espiritualismo, e estas do materialismo. *Kant* admitiu, como fundamento do direito de punir, o principio absoluto da lei do *talião*: mas não deve tomar ao pé da lettra esta expressão, porque não he a forma exterior da pena, que deve ser inteiramente identica ao mal commettido pelo culpado. Não se póde attribuir a *Kant* esse pensamento, que seria ridiculo. A mente deste philosopho, he, que tendo o culpado rompido com a sociedade, não póde recobrar a sua posição social, sem apagar-se o mal que elle fez, pelo mal que deve soffrer, e que he a reacção contra o seu primeiro acto. Em virtude deste principio a punição, ainda que identica, segundo a sua natureza, deve, todavia, ser adaptada, na sua forma e applicação, ao individuo e ás circumstancias. He facil de

ver, que esta theoria, posto que absoluta, vem sempre a dar na existencia de um contracto social. *Fichte* entendeu que o direito de punir he o de excluir da sociedade o delinquente, e que as penas são resultado de uma troca, pela qual o culpado, que não interessa em ser banido, resgata da sociedade, que tambem precisa de todos os seus membros, o seu banimento, sujeitando-se a uma pena. E como se não pôde presumir esse resgate á custa da propria vida, dahi concluiu *Fichte*, que a pena de morte não he de direito, mas um simples expediente, pelo qual a policia (e não a justiça) procura evitar um perigo, como faz, quando mata uma fera. Segundo este systema, o direito de punir funda-se, pois, em um contracto do delinquente com a sociedade. Outros derivão o direito de punir do direito que tem a sociedade de conservar-se, comtanto que a punição recaia sobre um acto criminoso, isto he, sobre a transgressão de um dever para com a mesma sociedade. Assim toda a pena, que não tiver por fim a manutenção da ordem social, torna-se iniqua e tyrannica. Outros, finalmente, partindo do principio, que não pertence ao homem julgar, nem condemnar o seu semelhante, recorrem á vontade divina, em virtude da qual o soberano mantem a ordem no Estado, e pune aos que a perturbão. Das theorias relativas a mais popular (e tambem a máis injusta) he a que considera a pena como meio de inspirar terror. Esta theoria já não conta na Allemanha numerosos partidistas. Jurisconsultos e philosophos concordão em que o homem não deve ser instrumento da sociedade, e que esta não he, senão a condição da segurança da sua

liberdade, e de seus bens. Mas os partidistas do systema da intimidação considerão o homem como se fosse cousa, porque servem-se do malfeitor para dar um espectáculo ao publico. Demais, a consequencia necessaria deste systema he a exaggeração das penas: seria mister, que, a exemplo de Draco, se impozesse a todos os crimes a pena de morte, porque este he o modo mais efficaç de intimidar. Ha outra *theoria*, que faz consistir a razão da pena na prevenção—*Nemo prudens punit, quia peccatum est, sed ne peccetur*—Esta *theoria*, que he a de Platão, e de muitos jurisconsultos modernos, admite na natureza humana duas inclinações, uma para o bem, e outra para o mal; e considera o homem vacillando entre a vantagem, que lhe procuraria a violação da lei, e o mal, que se seguiria da execução do projecto criminoso. Nesta luta intervem, pois, o legislador, procurando repellir o desejo mau com a perspectiva da pena, que deve ser mais poderosa, que a tentação do crime. Assim o fim da legislação penal he operar uma coacção *psychologica*, e fazer pender a vontade para o lado da ordem legal. Contra este systema se ha objectado, que, se elle se dirige a impedir que outras pessoas, que não o culpado, repitão o mesmo crime, então o culpado he um instrumento, que se emprega para intimidar os outros; e que se o seu fim he prevenir no mesmo culpado a repetição do crime, não o devem punir, se a reincidencia for evidentemente impossivel. Outros deduzem da *necessidade* a punição dos crimes. A sociedade, dizem, he minada e agitada por entes dominados de paixões, e os homens, por mais que se lhes prégue a virtude, perturbão

todos os dias a ordem social: logo a ordem social exige que sejam punidos os crimes. Se a sociedade se compozesse de homens inteiramente razoaveis, seria escusada a pena: mas como até hoje não ha sociedade, que tenha chegado a este estado de perfeição, força he manter um meio de salvação, que só a *necessidade* justifica. São estas as principaes theorias relativas, em que se reproduz o mesmo principio do *util*. Outros ha, que se applicão antes a indicar o fim da punição, do que o seu fundamento. Quasi todos os criminalistas modernos concordão em que a pena não deve ser uma vingança, mas divergem quanto ao seu fim, porque uns querem que seja a defeza do Estado, outros a restituição dos direitos violados, outros a emenda do culpado, e outros, finalmente, que a pena tenha varios fins. Só alguns philosophos rejeitarão inteiramente o direito de punir, como immoral e indigno de uma sociedade civilisada. Estes protestão contra a elasticidade do direito commum, que se dobra sempre á vontade da maioria, destruindo a individualidade, para conservar o todo do corpo politico. No pensar delles, admittida a justiça absoluta, isto he, o direito natural, não pôde elle receber modificação, sejam quaes forem as circumstancias, o numero, e a qualidade das pessoas que a reclamarem. Assim os interesses de uma individualidade, de cujo lado está o direito e a razão, nunca devem ser sacrificados ás idéas da generalidade. Além disso, os que reprovão o direito de punir pensão que o homem pecca por fraqueza ou erro, e que he preciso melhoral-o; mas que esta influencia do corpo politico não merece o nome de pena:

§ 202.

Como dos meios aptos para a defeza dos nossos direitos são permittidos unicamente os necessarios, he facil de indicar a justa ordem da sua escolha. Quando alguém possue de boa fé uma cousa, não pôde o dono forçal-o a lh'a entregar, sem que primeiro prove o seu domínio. Porquanto, como o possuidor de boa fé tem motivos para crer que a cousa he sua, e por isso não a entrega, cumpre ao dono provar-lhe o seu erro, mostrando o direito que tem á cousa. Este he o meio, que elle deve empregar, primeiro que tudo. Se o possuidor, porém, for de má fé, o senhor da cousa pôde exigir que lh'a entregue em continente, e nenhuma obrigação tem de provar o seu direito, do qual não pôde duvidar o possuidor (1).

- (1) Tambem aquelle, que causou um damno, que deve reparar, tem obrigação de o resarcir, logo que o requeira o lesado, e sem exigir delle a prova da lesão, pois que não a pôde ignorar. Porém a prova tem sempre lugar no foro civil, porque nelle julgão-se factos alheios. Daqui a regra do direito civil, que sempre se devem provar os factos e os direitos, que se deduzem delles. Ao legislador compete determinar o modo de provar, e as condições da prova, v. g., o numero das testemunhas, e as solemnidades dos documentos.

§ 203.

Havendo pretensões de direito, e razões plausíveis de parte a parte, devem os pretendentes recorrer a uma *composição*, que torne certo o direito, que está em duvida. Para chegarem a isso podem os litigantes escolher *árbitros*, a cujo laudo promettão sujeitar-se, ou decidir a contenda por meio da *sorte*, ou fazer alguma *transacção*, em que um ceda a sua pretensão, mediante certa prestação da parte do outro.

§ 204.

Mas acontecendo que a parte contraria não queira reconhecer o nosso direito, evidente por si, ou pelas provas, ou, que estando duvidoso o seu direito, nos esbulhe da posse do objecto ; então podemos usar da força, e empregal-a, segundo as circumstancias, contra a pessoa, ou contra os bens do contrario. Póde, pois, competir-nos o direito de tirar alguma *cousa* ao nosso contrario, e detêl-a como penhor, de usar della, se as nossas necessidades o exigirem, e até de a conservar como nossa, em compensação da que se nos tirou. Comtudo a indemnisação, havida por nossas mãos, não he *modo* de adquirir, porque com ella não augmentamos o nosso patrimonio, mas cobramos o que he nosso.

§ 205.

Os meios coactivos, que podemos empregar contra a *pessoa*, são estes : 1.º compellir o promittente á prestação pessoal promettida, se elle a recusar ; 2.º ter preso o devedor, que não quer satisfazer o seu debito, ou o lesante, que não quer reparar o damno ; 3.º prescrever ao devedor, ou ao lesante, serviços que nos indemnisem. Mas ninguem pôde constituir-se senhor do seu devedor, nem do lesante ; nem a lesão commettida pelos *pais* pôde dar direito contra a pessoa dos *filhos*.

§ 206.

Emfim, havendo aggressão, e não existindo outro meio de salvar o nosso direito, senão ferindo ou matando o aggressor, podemos fazêl-o, e esta defeza he *inculpada*. Que podemos defender a nossa vida, o nosso corpo e a nossa liberdade, matando o aggressor, se outro remedio não houver, he principio geralmente admittido, e facil de provar (1) : mas ácerca dos *bens externos* não será facil mostrar que a tanto se estenda a sua defeza, se olharmos unicamente ao nosso dever ethico para com os outros. Mas se o direito distingue-se do dever, como já se demonstrou, e cada um pôde defender o seu direito, ainda que faça ao lesante um mal gravissimo, porém necessario ; claro está, que em defeza

dos nossos bens podemos também matar a quem nol-os quer roubar, se outro meio não tivermos de os conservar. He, porém, necessario não confundir a defeza *inculpada* com o supposto direito de *necessidade*, que consiste em matar um innocente para salvar a propria vida: o que, certamente, nunca pôde ser justo, porque este meio de salvação he prohibido por lei juridica absoluta (2).

- (1) Escriptores ha, que dizem que a ninguem he permittido salvar a vida, dando a morte ao injusto aggressor. Justificão a sua opinião, dizendo que o matar he um mal, e que o mal não se deve fazer por interesse proprio. Mas a isto responde-se: que matar o aggressor não he tanto um simples acto de interesse, como o exercicio de um direito. A mesma lei, que prohibe lesar os direitos dos outros, permitte ao aggredido todos os meios necessarios á conservação do seu direito. Não podemos, certamente, salvar-nos á custa da vida de um innocente, mas não ha razão para preferirmos a vida do aggressor á nossa: e se he injusto matal-o, sêl-o ha também feril-o, o que importa o mesmo que dizer que o aggressor tem direito á nossa vida, o que he absurdo. Quando muito poder-se-hia dizer que, se o aggressor declarasse não querer outra cousa, senão a nossa bolsa, fôra humanidade antes ceder-lh'a, que matal-o: porém se o matarmos, como qualificar-se de injusta a nossa falta de humanidade? Um salteador pede-nos a bolsa, e nós lh'a recusamos: porém elle emprega a violencia, e pôe a nossa vida em peri-

go; porque não havemos, pois, de ter o direito de o ferir, e até de o matar, se necessario fôr?

- (2) Alguns entendem que, dado o caso de um perigo extremo, em que he impossivel a coexistencia de duas ou mais pessoas no mundo sensivel, não são mais applicaveis as regras do direito, e que a lei ethica he que deve regular o procedimento dos que se achão em tal posição. Mas eu penso que ha direitos e deveres juridicos reciprocos, logo que existem dous homens juntos, e que esta relação não fica destruida, porque um está em perigo de vida, sem que o outro seja a causa. Ninguém deve, pois, violar o direito de outrem, para subtrahir-se a um mal, que lhe coube por sorte: e se fosse licito semelhante procedimento, então ou o direito do outro não he direito, o que he contra a hypothese, ou ha direito contra direito, o que não póde ser. Portáto, se eu, fugindo de um assassino, que me persegue, for dar a um estreito, por onde não posso passar, sem matar a um, que se não póde desviar, não tenho direito de o matar: o que devo fazer he parar e defender-me, ou perecer, pois o direito que tenho á minha vida, não se estende a tirar a vida ao innocente.

§ 207.

Pelo direito que temos de beneficiar os nossos semelhantes com o seu consentimento declarado, ou pelo menos razoavelmente presumido (§§ 27 e 28), a razão approva que os ajudemos na defeza dos seus direitos. Quem se

oppõe, por conseguinte, a que prestemos aos outros o *auxílio*, de que necessitam, he aggressor, e deve imputar a si as consequências, que se seguirem da sua injustiça. Mas a lei jurídica nos prohibe constituirmo-nos *juizes* entre pessoas independentes, e obrigar-as a estarem pela nossa decisão nos negocios, que lhes dizem respeito, como tambem nos prohibe cooperar para os fins injustos dos outros, e auxiliar-os contra a sua vontade, ou forçar-os a que nos auxiliem, quando a isso não se obrigarão por um pacto.

§ 208.

O exercicio da força sempre he restricto aos meios aptos e necesarios. Qual seja, porém, a coacção desnecessaria ou inepta, só as circumstancias he que podem decidir. Quando um credor denuncia que um seu devedor se tem demorado em pagar-lhe, quando apprehende os seus bens para segurança da divida, ou o constrange ao pagamento, este seu proceder he justo : mas o credor não tem direito de calumniar o seu devedor moroso, nem de assolar os seus campos, nem de o expellir da sua casa, ou de suas terras por uma divida modica. Exigir do calumniador que prove as suas imputações, e se o não fizer, publical-o por tal, ou estrangêl-o á reparação do damno, proveniente da calumnia, são meios justos : mas retribuir calumnia

por calúnia, ou querer proval-a com a ponta da espada (1), ou matar atraíçoadamente ao calumniador, são actos estes, que a razão reprova, como injustos e immoraes.

- (1) Querer decidir com as *armas* uma questão de reputação, he, certamente, confundir idéas mui heterogeneas, porque a victoria de um dos combatentes não he que póde restituir-lhe a boa opinião, que gozava. Accresce que não são as armas o meio de fazer triumphar uma causa justa, pois o aggressor póde sair-se victorioso do combate; nem tão pouco uma prova de *innocencia*, porque, v. g., o calumniador, o seductor e o jogador fraudulento não deixão de o ser, por *desafia-rem* a quem lhes dá esses nomes. Os *desafios*, pois, além de immoraes, são injustos, e devem ser prohibidos pelo legislador.

§ 209.

Se o lesante tem razões manifestas para conhecer que o lesado não se restringe á defeza do seu direito, cabe-lhe então tratar o seu adversario como aggressor; e outro qualquer, que tenha a mesma persuasão, tem direito de auxiliar o lesante, afim de que o outro se contenha dentro dos justos limites da defeza. Portanto, no mesmo estado natural o emprego da *força* tem limites (1).

- (1) A opinião de alguns, que suppõem ser licito tratar o lesante doloso, como se fôra um ente irra-

cional, e tirar-lhe todos os seus direitos, he contraria á boa razão,

§ 210.

Comtudo no estado natural o direito de defeza he inteiramente *indefinido* neste sentido, que só pelas circumstancias occurrentes pôde o lesado julgar o que he necessario e justo para a restituição e segurança dos seus direitos. Nem a *magnitude*, nem a *especie* da lesão subministrão uma regra certa da quantidade e qualidade dos meios coactivos. A maior aggressão, v. g., contra a vida, muitas vezes pôde ser frustrada por um meio, que não prejudique ao aggressor ; e um attentado menos grave, por exemplo, contra os bens externos, não se repelle ás vezes, senão com uma defeza mui violenta. Porém não se pôde duvidar que seja justo tudo o que he necessario para remover a lesão. A defeza dos nossos direitos pôde tambem ser franca, ou *encuberta*, comtanto que o lesante, ao menos ao depois, possa conhecer quem lhe fez o detrimento, e a sua quantidade ; não só para que os innocentes não sejam expostos ao perigo da *suspeita*, e de um tratamento *injusto*, como para que o mesmo lesante possa julgar da *proporção* entre a lesão e a defeza.

De tudo o que até aqui se disse sobre o processo legal entre individuos independentes, e de varias observações antecedentes, se deriva a consequencia certissima, que no estado da natureza os direitos devião de estar sujeitos a muitas duvidas, contradicções, usurpações, e a continuas lesões. Ao terminar este breve tratado do direito natural privado, julgo de summa importancia chamar sobre este ponto a attenção. Supponhamos que os homens no estado natural erão dotados do uso commum da razão, para se convencerem do direito primitivo, e dos direitos innatos, que se derivão d'elle immediatamente: ainda assim, como poderião uns respeitar os direitos dos outros, se cada um não tinha certeza de que os seus fossem inviolaveis e sagrados para os outros? Se um, para promover os seus fins, quizesse gozar exclusivamente de alguns bens externos, não olharião os outros essa pretensão, como uma violação do uso das cousas até então commum, e não se opporão a que se ella realisasse, principalmente receiando elles que tambem a sua propriedade não fosse reconhecida? Ainda quando conviessem no estabelecimento do dominio, quão duvidosos não são os justos *limites* da aquisição (§ 51), quão incertos os sinais da occupação *anterior*, e ambiguas as provas do dominio, sem a posse corporal?

Se os homens, estabelecido o dominio, fizessem *contractos*, afim de satisfazerem suas mutuas necessidades, quem os interpretaria imparcialmente, se as declarações da vontade dos pactuantes fossem indeterminadas? Como suppor que um fosse o primeiro a cumprir o pacto, não havendo nenhuma segurança de que o outro cumpriria tambem a sua promessa? As mesmas duvidas, ou talvez maiores, suscitarião as associações. Estas havião de tornar-se um manancial de discordia, e de varias contestações, ainda entre aquelles mesmos, que o instincto da natureza e a razão moral deverião unir intimamente. Havendo, porém, *contenda* sobre os direitos, quem seria o juiz? As mesmas partes, que cegadas pelo interesse proprio não attende-rião ao valor das razões contrarias, e assim o direito viria a decidir-se pela *força*. Emfim, n'um estado, onde cada um deve velar na propria segurança, os factos mais insignificantes despertão *suspeitas*; e com o pretexto do direito de prevenção commette-se a primeira aggressão, a que o aggredido resiste com justiça, porque está conscio da sua innocencia, e as hostilidades, uma vez começadas, degenerão de parte a parte n'uma terrivel vingança.

§ 212.

Alguns escriptores modernos, attenden-

do a estas considerações, não reconhecem o estado da natureza, senão por um estado destituido de justiça (*justitia vacuus*), e sustentão que o direito natural propriamente dito, como sciencia que trata das relações juridicas no estado de independencia, não pôde existir, nem ter applicação alguma. He, porém, innegavel que, ainda não havendo legislação positiva, a mesma razão impõe a qualquer ente racional a lei de restringir a sua liberdade externa, afim de que todos possam obrar livremente, e existir como pessoas, e que tambem concede a cada um o uso da força contra quem viola o seu direito. Deste principio juridico derivão-se inquestionavelmente muitos direitos, não só originarios, como adquiridos: d'onde se segue que, para se conhecerem os direitos e as justas restricções ao uso da liberdade externa, não he necessario suppor o estado civil e leis positivas. A hypothese, pois, de um estado natural justo, e de um direito privado, tambem natural, como norma do direito, não he injusta, nem infundada, e presta-se a muitos usos scientificos. Ella serve como de guia para se estabelecerem os fundamentos do direito das gentes e suas applicações. Além disso, considerar na sciencia do direito os homens primeiramente em suas relações geraes de homem a homem, depois nas suas relações adventicias, fundadas nos actos de

acquisição, depois no estado de família, e por ultimo na sociedade civil, he, certamente, proceder das noções *simples* ás compostas. E como principiar logo a tratar do homem na sociedade civil, cujo fim he garantir os seus direitos, sem que préviamente se conheça que direitos lhe competem ? Como estabelecer o fundamento da associação civil, sem se ter idéa do que seja convenção, nem dos direitos e obrigações que ella produz ? A vista, pois, do expendido, nenhuma razão ha para se proscrever, como querem alguns, o estudo do direito natural privado.

§ 213.

Comtudo he facil de ver, segundo as considerações do § 211, que no estado extracivil não se pôde suppor um geral reconhecimento dos direitos, nem poder sufficiente para exercê-los sempre, ou na mor parte dos casos. Estes dous objectos exigem a reunião dos homens sob um *poder supremo*, que por meio de *leis* claras determine os direitos de cada um ; que decida as questões que se offerecerem ácerca delles, e que assegure a todos o exercicio dos direitos que lhes competem. Esta reunião constitue o Estado : e assim como he certo que o direito e a justiça devem ter valor, assim tambem o he a necessidade e san-

tidade dos Estados, cujas determinações jurídicas fazem objecto do direito publico.

FIM.

INDICE

INTRODUÇÃO

SECÇÃO PRIMEIRA

	Pags.
Da noção do direito, e do principio primario da sciencia do direito.....	5

SECÇÃO SEGUNDA

Das partes e dos limites do direito na- tural, e da utilidade do direito natu- ral privado.....	13
---	----

PARTE PRIMEIRA

Direito privado extrasocial.

SECÇÃO PRIMEIRA

Dos direitos innatos.....	21
---------------------------	----

SECÇÃO SEGUNDA

Dos direitos adquiridos

ARTIGO PRIMEIRO

Acquisição immediata

Cap. 1.º da occupação e dos seus effei- tos.....	40
---	----

Cap. 2.º dos consecutivos Juridicos do dominio	Pags. 59
--	-------------

ARTIGO SEGUNDO

Acquisição mediata

Cap. 1.º Dos pactos em geral.....	84
Cap. 2.º Das differentes especies de pactos.....	118

PARTE SEGUNDA

Direito privado social

Cap. 1.º Do direito social em geral...	147
Cap. 2.º Do direito social particular..	157

PARTE ULTIMA

Cap. unico. Dos meios de deffender os direitos no estado natural.....	179
---	-----

Estado, 14-16

Imperio, 34

CESP
340.11
A941e

Obr rare

Inc-famien 1965 / Jul. 67

ESTE LIVRO NÃO
PODE SAIR
DA BIBLIOTECA

