

# ANOTAÇÕES

AOS

## ELEMENTOS DE DIREITO NATURAL

DO EXCELLENTISSIMO SENHOR

**VICENTE FERRER NETO PAIVA**

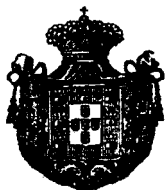
PELO SEU DISCIPULO

**José Dias Ferreira**

Estudante do quarto anno juridico na Universidade  
de Coimbra.

La justice est l'astre central  
qui gouverne les sociétés.

**PROUDHON.**



**COIMBRA**  
IMPRESA DA UNIVERSIDADE  
1858.

**Mihi placere non solet con-  
sequentia reprehendere quum  
prima, concesseris.**

**CICERO.**

**A SUA EXCELLENCIA**

**O SENHOR**

**VICENTE FERRER NETO PAIVA**

MINISTRO E SECRETARIO DE ESTADO HONORARIO,  
DO CONSELHO DE SUA Magestade FIDELISSIMA,  
COMMENDADOR DA ORDEM DE N. S. DA CONCEIÇÃO DE VILLA VIÇOSA,  
LENTE CATHEDRATICO DA FACULDADE DE DIREITO  
NA UNIVERSIDADE DE COIMBRA,  
SOCIO EFFECTIVO DA ACADEMIA REAL DAS SCIENCIAS  
DE LISBOA,  
E D'OUTRAS SOCIEDADES LITTERARIAS.

Nous pouvons donc être assurés que la société qui comptera dans ses générations successives beaucoup d'hommes pareils sera immortelle; elle ne saurait périr.

*Préface du Traducteur  
Anglais à Guisot.*

**O. D. C.**

**José Dias Ferreira.**

Que le Livre Lui soit dédié  
Comme l'auteur Lui est dévoué.  
V. HUGO.



## SECÇÃO II.

### LIMITES E DIVISÃO DO DIREITO NATURAL.

O Comp. tractou, na 1.<sup>a</sup> secção, da noção, caracteres e subsidios do direito natural: ahí estabeleceu os principios fundamentaes d'esta sciencia, e apresentou os pontos de contacto que a estremam da moral, com que ella esteve por muito tempo confundida.

Na 2.<sup>a</sup> secção occupa-se de dois objectos igualmente importantes = *limites*, que abrangem a doutrina dos 5 §§. primeiros, e = *divisões*, que comprehendem o resto da secção.

*Limites*, na materia sujeita, são as raias que estremam o direito das outras sciencias.

É d'alta monta demarcar as raias entre uma sciencia e as outras, que mais se lhe avisinham, para sabermos qual é a extensão do seu campo, e o percorrermos todo, sem todavia o transpormos: aliás attribuir-se-lhe-hiam, como domesticos, principios de demonstração extranhos, que tornariam falsas as suas consequencias. E esta necessidade sóbe de ponto, na philosophia do direito, pelo lado de *legislação*; porque, devendo as leis dos povos ser a expressão dos principios do direito, se este se confundisse v. g. com a moral, poderiam os legisladores em lugar de formular os principios do direito, formular os da moral, e trazer para o fôro do direito a livre vontade, e boa intenção, forçando os juizes a proferir sentenças impossiveis.

*Divisões*, na materia sujeita, são as classificações dos diferentes ramos do direito, segundo os objectos especiaes de que tractam.

É igualmente interessante o trabalho da divisão; porque da boa classificação dos ramos de uma sciencia depende a melhor comprehensão e confrontação dos seus principios fundamentaes, e o poderem entregar-se mais facilmente á memoria.

### §. 37.

A doutrina d'este §. é uma especie de transição; porque mostra a ligação das doutrinas d'esta secção com as da antecedente. Na 1.<sup>o</sup> parte do §. estabelece o Comp. a proposição geral = que é d'alta importancia *demarcar as raias* entre a sciencia philosophica do direito e as outras sciencias *que dizem mais respeito á vida humana e ao desenvolvimento individual e social do homem.*

De feito, o Comp. occupa-se sómente de demarcar as raias entre a philosophia do direito e as sciencias que têm com esta um parentesco mais proximo. É verdade que seria muito conveniente demarcar tambem as raias entre a sciencia do direito e as outras sciencias, que não dizem immediatamente respeito á vida humana; todavia era mister dar de mão o esse trabalho, já porque isso excederia muito os limites de uma obra elementar, já porque entre o direito, e essas sciencias existem differenças tão palpaveis, que não será facil confundil-as.

Na 2.<sup>o</sup> parte do §., o Comp. querendo, por assim dizer, justificar-se de não marcar 'nesta secção as differenças entre a philosophia do direito e a moral, que é a sciencia mais ligada com o direito natural, recorda-nos as doutrinas da 1.<sup>o</sup> secção, onde vimos os pontos de contacto, e as differenças entre estas duas sciencias.

O 1.<sup>o</sup> ponto de contacto de que o Com. fez menção é que a moral e o direito são ramos do mesmo tronco.

De feito, o 1.<sup>o</sup> ponto do contacto, entre o direito e a moral, encontra-se na sua origem, a razão prática do homem, que é fonte commum do direito e da moral; porque esta pode ser *juridica* ou *moral*. É *juridica*, em quanto descreve a esphera da justa actividade humana de modo,

que cada um possa, sem obstaculo dos outros, proseguir ds seus fins racionaes. É *moral*, em quanto manda que o homem cumpra todos os seus deveres, só porque são deveres:

O 2.º ponto de contacto é que *se dirigem ao mesmo fim*, — o destino racional do homem.

De feito, tanto a moral como o direito, tendem ao fim do homem, porque estabelecem principios, não para satisfazer sómente a curiosidade de saber, mas para derivar d'elles leis e obrigações, com que os homens devem conformar e submeter as suas *acções livres*. Apenas seguem rota differente: porque o *direito* encarrega-se de examinar e garantir as condições necessarias para a consecução do fim do homem; a *moral*, deixando ao direito o exame das condições, manda que o homem cumpra todos os seus deveres, só porque são deveres e se dirigem ao seu fim.

O 3.º ponto de contacto, que o Comp. não indica neste §., mas que se tractou na 1.ª secção, é que a legislação moral reforça a legislação juridica; porque a moral, mandando ao homem cumprir todos os seus deveres, tanto *juridicos* como *moraes*, presta uma nova sancção ao direito.

¶ *Comtudo estas sciencias têm entre si as differenças, que já indicámos*, termina o §. Na verdade o direito distingue-se da moral, não só em quanto ao *objecto*, mas tambem em quanto á *força imperativa*. Em quanto ao *objecto* porque a moral comprehende as acções para com Deus, para comnosco, e para com os outros; e o direito abrange só as obrigações negativas para com os outros. Em quanto á *força imperativa*, porque o direito impera fora da esphera juridica, a moral estende seu dominio até dentro da esphera juridica, o direito contenta-se com a legalidade das acções, a moral exige a boa intenção.

### §. 38

O Comp. neste §. não demarca as raias entre o direito, e as outras sciencias, mas sim entre os differentes ramos da mesma sciencia — o *direito*. E por isso diz — *A sciencia geral do direito* (que comprehende todos os ramos do direito) *póde dividir-se em philosophia do direito, historia do direito, e politica*. O Com. continúa, dando a

definição de philosophia do direito; e da definição se vê **que esta sciencia comprehende 2 pontos principaes: 1.º** Apresenta os *principios fundamentaes do direito taes quaes resultam da natureza do homem*; porque, sendo a natureza humana o unico principio aonde a razão práctica vai beber as doutrinas do direito, é consequente, que esses principios hão-de resultar *taes quaes* ahi se encontram. Porém estes principios não se derivam da natureza do homem *physica*, mas sim da moral, que o constitue um ser racional e livre. Por isso o Comp. diz — *considerado como ser racional e livre*. 2.º Fornece as bases sobre que devem assentar as relações sociaes. Não se entenda com isto que queremos dizer que o direito cria essas relações. Pelo contrario o direito *suppõe* as relações sociaes existentes, e apenas apresenta as bases por que se devem dirigir essas relações para não offenderem o principio da justiça. De modo que a philosophia do direito, propõe um modelo de belleza social que as sociedades devem empenhar-se em imitar.

O Comp. define em seguida *historia do direito* em especial, que *expõe as instituições e leis positivas d'uma nação*; porque a historia geral do direito é a exposição das leis e instituições, que têm existido em todos os tempos, em todos os povos, e em todos os logares, do seu principio, progresso, e decadencia.

A *politica*, continúa o Comp, *coadjuvada por aquellas, etc.* *Politica* é a sciencia dos meios mais aptos para tornar **effectivos** os direitos. Por consequencia **o politico**, quando houver de fazer uma reforma, deve apoiar-se: 1.º na *philosophia do direito*, para que a reforma seja justa, porque é ella quem **inculca** as bases para se fazerem as reformas sem offenderem a justiça exterior; 2.º na *historia do direito*, que expõe a origem e vicissitudes das instituições, que se querem reformar, afim de que essas reformas sejam **progressivas e pausadas**.

E deve em 3.º logar consultar a *estadística* (a) que

(a) A estadística é a historia do presente. No entanto como ha grande relação entre o passado e o presente, por isso que o presente dentro em pouco é passado, querem muitos que a estadística seja apenas uma parte da historia. Veja o nosso Ensaio sobre a theoria da estadística, pag. 22 e 23.

expõe o estado actual da sociedade, os seus recursos, a sua civilização, e as circumstancias particulares em que se acha, que podem ser muitas; v. g. a extensão do territorio, população, clima, religião etc.

### Nota.

Na nota observa o Comp. a analogia que existe entre a divisão da sciencia geral do direito e a divisão da sciencia geral relativa á vida e desenvolvimento do homem, que costuma dividir-se em *philosophia*, *historia*, e *philosophia da historia*. O Comp. não definiu estas expressões, porque não envolvem conhecimentos domesticos do direito.

*Philosophia* em geral, é a sciencia que se occupa da natureza e fins dos seres creados, e marca o logar que elles devem occupar na criação. Considerada em relação ao homem, indica-lhe o fim que se deve propôr, e o modo como deve encaminhar para elle os seus esforços.

*Historia* é a narração do passado; expõe as phases do desenvolvimento do homem e da humanidade.

*Philosophia da historia* (b) é a sciencia, que, comparando os principios da *philosophia* com as narrações da *historia*, indica as reformas, que se devem fazer no estado actual, e o caminho que se deve seguir para o futuro, progredindo sempre para um estado mais perfeito.

D'aqui facilmente se conclue a analogia das duas divisões. Assim como a *philosophia da historia*, apoiada d'um lado na *philosophia* geral, e d'outro na *historia*, tira illações para o futuro, prevendo um estado mais perfeito. Do mesmo modo a politica, apoiada d'um lado na *philosophia* do direito e d'outro na *historia* do direito, indica as reformas que é mister operar de presente, e dispôr para o futuro. Por consequencia a politica está para com a *philosophia*

(b) Esta sciencia é uma descoberta dos modernos. A *historia* antigamente narrava os factos, mas não entrava na sua causalidade. Porém a *philosophia da historia*, para nos servir-mos das expressões do Sr. A. Herculano, é a *philosophia* soccorrendo-se aos factos para fundamentar seus raciocinios, ou a *historia* pedindo á *philosophia* seus principios para imprimir á vida e o interesse nos factos. Ahrens, pag. 5—8, e o nosso Ensaio sobre a theoria da estadistica, pag. 24 e 25.

do direito, e para com a historia do direito; assim como a philosophia da historia está para com a philosophia geral e para com a historia.

### §. 39.

Neste §. mostra o Comp. a differença entre o direito natural, e o direito positivo: dando-nos para isso a noção de direito positivo, e indicando os elementos que entram na sua formação.

O Comp. define — *direito positivo* — o complexo das leis, estabelecidas por uma nação, como condições necessárias para a conservação e desinvolvimento da sociedade.

O Comp., quando emprega a expressão — *sociedade* — refere-se á grande associação civil, e não a qualquer outra sociedade que exista no gremio d'esta.

Porém a philosophia do direito não pôde reconhecer esta definição, porque não considera o direito como um complexo de leis, mas sim de principios, bases d'essas leis. Todavía pela auctoridade de todos os povos se acha consagrada a denominação — *direito positivo* — para designar as leis ou direito estabelecido pelos homens, em contraposição ao *direito natural*.

E assim, tomadas as expressões — *direito positivo*, como synonymas de — *lei positiva*, não podia o direito positivo definir-se senão o complexo de leis, consideradas como condições para o desinvolvimento da sociedade; visio que ás leis devem ser a expressão dos direitos, e estes designam os meios aptos para a consecução do fim individual e social.

Entram no direito positivo as seguintes especies de leis:

1.º *Leis naturaes do direito*, que são aquellas que se deduzem immediatamente da natureza humana, v. g. as leis que punem o homicidio, as que concedem acção para exigir o cumprimento dos contractos, etc.

2.º *Leis de direito civil universal*, que não se derivam immediatamente da natureza humana, mas deduzem-se da natureza da sociedade civil, e sem as quaes ella não poderia conservar-se, v. g. as leis que exigem as contribuições, sem as quaes nenhuma sociedade pôde subsistir, qualquer

que seja a sua fôrma de governo, porque precisa de meios para fazer face ás despesas da administração em todos os seus ramos.

3.º *Leis filhas das modificações, que a politica faz 'naquellas*, i. é, leis que resultam das alterações que a politica faz nas leis de direito civil universal. Porém o Comp. não quer dizer com a expressão — *modificações* — que estas alterações possam fazer-se a arbitrio e capricho do legislador, mas sim em razão das necessidades especiaes d'uma nação. Por isso o Comp. diz — *segundo as rclações internas* — v. g. a lei que entre nós concede ao governo o monopolio do tabaco pelo apuro do thesouro público; e *externas da cidade* v. g. as leis que exemptam de tributos nas alfandegas as mercadorias importadas de certo paiz, em virtude d'um tractado commercial.

4.º *Leis arbitrarías*. Não entendemos por *leis arbitrarías*, leis unicamente filhas da vontade do legislador, sem attenção aos principios do direito, que seriam despoticas; mas queremos designar, como diz o Comp., as leis feitas em presença de *diversos meios igualmente idoneos para conseguir um fim justo*, e que resultaram da escolha d'um d'elles, v. g. as leis que marcam maior ou menor numero de testemunhas para a validade dos testamentos, que exigem escriptura ou escripto particular para prova dos contractos, etc.

Conclue o Comp. a doutrina do §. dizendo, — que *estas especies de leis, de que se compõe o direito positivo, mostram claramente a differença, que existe entre ellas e o direito natural*.

A differença entre o direito natural e a 1.ª especie de leis consiste unicamente em estas terem a sancção e promulgação do legislador civil. A differença entre o direito natural e a 2.ª está em que estas não se deduzem immediatamente da natureza do homem como as naturaes, mas sim da organização da sociedade civil. A differença entre o direito natural e a 3.ª e 4.ª especie consiste em que estas são filhas das necessidades por que a sociedade váe passando, e mudam com as circumstancias; quando o direito natural é anterior a todos os factos, e immudavel como a natureza humana. Nunca, é verdade, as leis poderão offender o direito natural, mas

nem sempre o formulam, porque a maior parte das vezes são filhas das circumstancias.

*Nota 1.º*

'Nesta nota aponta o Comp. as accepções mais vulgares da palavra — *direito*.

A palavra — *direito*, — diz o Comp., *muitas vezes se toma pelo complexo de leis de certo genero, v. g. direito commercial etc. E toma diversas denominações segundo os legisladores, assim dizemos—direito divino e humano, segundo o legislador é Deus ou os homens; os subditos v. g. direito Portuguez, direito Francez etc.; o objecto v. g. direito criminal, administrativo etc. Tambem se toma pela jurisprudencia* assim dizemos que tal individuo (insigne Jurisconsulto) é profundo em — *direito*.

*Nota 2.ª*

A lei tem 2 partes: *edicto*, que é a parte que declara o que se deve fazer ou omittir, v. g. a parte da lei do recrutamento que impõe a todos os mancebos na idade de 20 a 22 annos a obrigação de servir a patria. *Sanção* é a outra parte que propõe premios ou fulmina penas como motivos para determinar os subditos á sua observancia v. g. a outra parte da citada lei que manda fazer execução nos bens dos refractarios pelo preço da substituição. A *promulgação* entre nós deve fazer-se no Diario do governo; e as leis obrigam em Lisboa e seu termo 3 dias depois da publicação, e nas provincias 15 dias.

*Nota 3.ª*

'Nesta nota faz o Comp. a divisão do direito em publico e particular. O publico ainda se subdivide em interno e externo: *interno* é o definido pelo Comp.; *externo*, a que tambem se dá o nome de internacional ou das gentes, é o que regula as relações entre as nações.



## §. 40.

Neste §. mostra o Comp. a differença entre o direito natural e a philosophia do direito positivo.

*É ligada, diz o Comp., a esta especie de direito (o direito positivo de que fallámos no §. antecedente) a philosophia do direito positivo.*

Dois são os pontos capitaes, a que se dirige a philosophia do direito positivo: 1.º examinar a justiça das leis positivas, confrontando-as com os principios do direito, para ver se ellas são a expressão do direito e do justo; 2.º averiguar se essas leis, ainda que conformes com os principios do direito natural, são reclamadas pelas necessidades actuaes. E acrescenta o Comp. as seguintes expressões — *segundo os principios da politica*; porque não é possível descobrir a conveniencia das leis com os fins racionaes do homem sem o auxilio da politica; visto que á politica, apoiada d'um lado na philosophia do direito, e d'outro na historia e na estadística, é que compete indicar as reformas para que a nação está preparada.

Á vista d'isto com razão diz o Comp. que a philosophia do direito positivo se acha ligada com o direito positivo, visto que serve para o analysar, explicar e julgar. A philosophia do direito positivo suppõe, é verdade, o direito positivo preexistente, sem o que o não podia verificar; mas segue-se-lhe immediatamente, pronunciando sobre a justiça e conveniencia das leis.

Uma outra conclusão, que podemos tirar dos principios estabelecidos, é a differença entre o direito natural e a philosophia do direito positivo.

De feito, a philosophia do direito positivo toma de emprestimo seus principios não só da philosophia do direito, mas também da politica, coadjuvada pela historia e pela estadística; de modo que o direito natural é apenas um dos ramos, a que a philosophia do direito se soccorre. Demais a philosophia do direito positivo suppõe o facto das leis positivas, quando o direito natural é anterior a todas ellas, e coévo com a natureza humana.

## Nota.

Na nota apresenta o Comp. algumas definições, que é mister ter bem presentes para entender a phraseologia dos livros de direito.

## §. 41.

Neste §. mostra o Comp. a differença entre o direito natural e a politica.

A differença entre o direito natural e a politica deduz-se das proprias definições.

A *philosophia do direito* é a sciencia dos direitos, que se deduzem dos *elementos constitutivos da natureza humana* que é a mesma e inalteravel em todos os homens; e por isso estabelece *principios fundamentaes*, i. é, que são a base das leis positivas, que devem subordinar-se a elles, e *immutaveis*, i. é, os mesmos em todos os tempos e logares, porque os elementos constitutivos da natureza geral do homem, d'onde elles se derivam, tambem são immutaveis; e d'elles deduz leis *necessarias*, i. é, d'aquelles principios fundamentaes deduz leis, que, por isso que não são um producto da vontade do homem, e devem conformar-se necessariamente com aquelles principios, para exprimirem condições que tendam directamente ao fim do homem, se dizem *necessarias*; e *universaes*, i. é, não especiaes d'um ou outro paiz, d'uma ou outra circumstancia, mas obrigatorias em todos os tempos e logares e para todas as pessoas, visto que são a expressão dos principios do direito, que são immutaveis.

A *politica* pelo contrario estuda as circumstancias dos povos e propõe em harmonia com ellas os meios mais idoneos para o exercicio dos direitos; porém as circumstancias alteram-se a cada passo: logo os meios que a *politica* aconselha são essencialmente *variaveis*.

Numa palavra os principios do *direito* são sempre os mesmos; os meios aconselhados pela politica dependem das circumstancias.

Na ultima parte do §. estabelece o Comp., como conclusão, o principio de que a politica não póde jámais contrariar os principios do direito.

De feito, a *politica*, que estuda as circumstancias dos povos, póde aconselhar esta ou aquella medida como conveniente na epocha presente ou futura, e que fôr garantida pelos principios do direito.

Porém jámais poderá offender o direito; porque sendo ella a sciencia dos meios mais aptos para o exercicio dos direitos, toda a medida que ella aconselhar, que não tenda á realisação do direito, não é *politica*, é *impolitica*.

De mais se a *philosophia do direito* expõe os direitos, que exprimem as condições, que se dirigem ao fim do homem; toda a medida, que obstar ao complemento d'estas condições não póde ser justificada por mais circumstancias que a politica allegue, porque tolhe a marcha da sociedade ou do individuo na carreira para a realisação do seu destino.

#### *Nota.*

O Comp. 'nesta nota previne uma objecção, que se poderia apresentar contra a doutrina do §., nas expressões — *o direito apresenta os principios fundamentues e immutaveis*, tendo dicto no §. 24 n.º 8.º que — *os deveres juridicos* (que são correlativos aos direitos) *são relativos e variaveis*.

Na verdade os principios fundamentaes do direito subsistem inalteraveis, porque têm um fundamento inabalavel a natureza e fim geral do homem; e por isso, logo que se manifestem necessidades que demandem a sua applicação, as leis que os expressarem, devem ser sempre as mesmas. Todavia os fins que o homem se póde propor, como meios para a consecução do fim geral, são muitos e diferentes, e por consequencia diferentes as condições para o seu conseguimento, que são objecto dos *deveres juridicos*. Até para a realisação do mesmo fim podem ser necessarias condições diferentes, segundo os *tempos e logares* em que se acham os individuos que os proseguem: por tanto os deveres juridicos são *relativos e variaveis*, como essas condições. Mas nem porisso existe contradicção entre os direitos fundamentaes e os particulares; pelo contrario estes derivam-se d'aquelles. Porque se os direitos fundamentaes subministram as condições para a realisação do fim geral,

e este depende irremissivelmente da consecução dos fins particulares, é consequente que os direitos fundamentaes garantindo as condições para o consequimento dos fins particulares, subministram os meios para a realisação do fim ultimo.

§. 42.

'Neste §. occupa-se o Compendio da divisão que fizeram do direito os escriptores antigos que recorreram ao estado natural.

Principia o Comp. por nos dizer, que *muitas têm sido as divisões, que os philosophos fizeram do direito natural*. Nem outra cousa podia ser; porque as divisões das sciencias dependem do modo de as encarar, e dos systemas que se adoptam, os quaes variam de escriptor para escriptor. *Alguns*, continúa o Comp., *remontaram a um estado natural, que cada uma pinta a seu modo*, i. é, alguns para fazerem as divisões da sciencia do direito, tomam por fundamento a existencia do *estado natural* (é o estado em que o homem vive antes de entrar para a sociedade) que cada um, descreve segundo a idéa que fórma d'elle, porque uns o consideram como *estado* de paz, outros como *estado* de guerra etc.

*E disseram* etc. Estes philosophos, que admittiam a existencia d'um estado natural, disseram que o homem podia considerar-se em dois estados: ou no *estado natural*, em que os homens vivem *independentes*, sem outra lei que a da sua razão, e ~~sem reconhecerem nos outros~~ a menor sombra de auctoridade; ou no *estado social*, em que o homem está sujeito a uma auctoridade, que lhe administra justiça.

*Chamaram* etc. A estes dois estados correspondem duas especies de direitos: o *direito particular* ou *direito natural propriamente dicto*, que tracta dos direitos, que pertencem ao homem no *estado natural*; e o *direito público*, que tracta dos direitos e obrigações no *estado social*.

No *direito natural*, diz o Comp., *compreenderam*: os *direitos absolutos*, que são os que resultam exclusivamente da natureza humana; os *hypotheticos*, que são os que derivam da natureza do homem, intervindo algum facto; o

*direito da sociedade em geral*, que é aquelle que regula a formação e governo da sociedade civil; e o *interno e externo da família*, i. é, os direitos dos membros de uma família quer entre si, quer com outros homens extranhos a essa família. Ao *direito público*, conclue o Comp., *adjudicaram*, i. é, comprehenderam, *as relações jurídicas* da sociedade, que são *internas*, se se dão entre os membros d'essa sociedade, e *externas* taes são as de nação a nação; pelo que dividiram o direito público em *interno ou politico* que comprehende as relações internas, e *externo ou das gentes*, que comprehende as externas.

### Nota 1.ª

Nesta 1.ª nota aponta o Comp. a idéa d'alguns philosophos a respeito do estado natural.

A maior parte dos que escreveram nos seculos XVII e XVIII penetrados do espirito de reforma, que se manifestava em todas as sciencias; e reflectindo que o estado das sociedades d'aquellas eras apresentava uma corrupção profunda nos subditos e um despotismo intoleravel nos imperantes, julgaram que o homem estava degenerado. E entenderam uns que o homem devia voltar ao estado puro da natureza humana, vivendo segundo a lei natural, porque o estado social é um estado de corrupção, artificial, e creado pela maldade dos homens; entenderam outros que esse estado era uma chimera, mas que era mister suppor-o existente, figurando os homens sem sujeição a lei alguma, e exemplos das paixões e vicios, que se foram desenvolvendo com o tempo, a fim de descobrir melhor a natureza humana e distinguir seus direitos naturaes, estudando o homem só em si.

### 2.º

Dá a definição de *estado*, assim dizemos que o homem no *estado* de casado tem o *direito* do patrio poder sobre seus filhos, que aliás lhe não competiria, considerando-o debaixo d'outra *relação*, v. g. no *estado* de solteiro.

Justifica a divisão que faz das doutrinas do direito natural.

Os Estatutos da Universidade admittiram a divisão do direito em público e natural; e mandam ensinar na cadeira de direito natural os direitos absolutos, e os hypotheticos, o direito da sociedade em geral, e o interno e externo da familia.

Por isso o Compendio, que era destinado para o ensino d'esta cadeira, adoptou esta divisão, e tracta todas aquellas doutrinas. Ahrens, pag. 253.— 256. Jouffroy, Cours, pag. 15— 21.

#### §. 43.

O Compendio rejeita na 1.ª parte do §. (até *ente de razão*) a opinião dos que admittiram a existencia do estado natural; e na 2.ª parte estabelece, como conclusão, o principio de que devia existir cedo entre os homens uma auctoridade, que velasse pela execução do direito.

Diz o Compendio—*Por mais que, etc. até ente de razão.* Com o renascimento das letras nasceu a idéa de apoiar todas as sciencias na natureza e observação dos factos, e por isso quasi todas receberam um character naturalista. Succedeu o mesmo com o direito natural, porém os escriptores d'aquella epocha, em lugar de estudarem a natureza do homem directamente em suas faculdades, e o seu destino, foram procurar um estado natural, em que consideraram o homem como solivago.

Este estado, porém, é uma chimera, porque o homem não pôde existir em epocha alguma sem o auxilio dos outros, ou o consideremos na infancia, ou na velhice, ou mesmo na idade adulta, porque as necessidades são muitas e variadas, e multiplicam-se com o desenvolvimento. Bastiat asseverava que o homem consome 'num só dia mais do que é capaz de produzir em dez seculos.

Além d'isto o instincto da sociabilidade no homem, e a tendencia a ligar-se cada vez mais com seus semelhantes, é um facto de todos os tempos: a experiencia e a observação nos mostram o homem caminhando sempre para um

estado social mais perfeito, desde as hordas selvagens até á federação das nações. Por consequência os philosophes, figurando o homem fóra da sociedade para estudar a sua natureza, perdiam de vista uma das qualidades essenciaes, que a constituem, que é a *sociabilidade*.

Continúa o Compendio—*E visto*, etc. Com effeito todas as idéas fundamentaes que abrangem muitos factos sociaes têm obtido ou obterão uma instituição, que procure leval-as á realidade; assim a *religião*, que é uma das idéas fundamentaes da vida humana, tem uma instituição que procura o seu desenvolvimento, que é a *egreja*. *É natural*, que o direito fôsse a idéa fundamental, que mais cedo encontrasse essa instituição; visto que o direito se refere ás condições da vida humana, e sem condições é impossivel viver. Por isso o Compendio diz—*é natural* porque sendo um facto *praeter historiam*, de que esta não póde dar-nos noticia, só pela philosophia, partindo do que é natural, se póde demonstrar.

A principio *este estado* de direito devia necessariamente ser imperfecto, como o são todas a cousas humanas no seu começo; porém com o andar do tempo, que a civilisação foi progredindo, e os povos tornando-se mais conscios das suas necessidades, e apreciando com mais juizo a importancia das suas relações sociaes, deveu aperfeiçoar-se gradualmente esse estado de direito, até que a final se organisou uma instituição especial, encarregada unicamente da execução do direito e administração da justiça, a que nós chamamos — *Estado*.

Uma de ordinario confundir-se as expressões — *Estado* e *Nação*. Todavia scientificamente fallando designam idéas diversas. *Nação* designa o complexo de homens ligados pelo fim social. *Estado* é uma *instituição civil*, isto é, que tem por fim ajudar a sociedade civil na realisação do seu destino, e *politica*; isto é, que reune os poderes politicos, e que tem por fim a execução do direito e administração da justiça.

*Nota.*

Diz o Compendio que não se póde admittir no individuo esse estado natural, que é um verdadeiro isolamento,

senão momentaneamente. E de feito demonstrámos no texto do §. que o homem não pôde viver isolado dos seus semilhantes.

*Ou aquelle em que se acham, etc.* continúa o Compendio.

Considerando as nações como pessoas moraes, podemos consideral-as no estado de isolamento, mas só quando tiverem cortadas as suas relações, porque será possível a algumas nações o prescindir dos productos das outras. Porém no individuo-homem o estado de isolamento é impossível.

### §. 41.

O Compendio, como rejeitou a idéa d'um estado natural, e por consequencia a divisão do direito em público e particular, de que se fallou no §. 42, que o tomou por fundamento, apresenta 'neste e nos seguintes §§. até o fim da secção as principaes divisões, que os philosophos modernos fizeram do direito natural.

A divisão do direito natural indicada 'neste §. é em *direito natural puro, e applicado.*

*Direito natural puro* é a sciencia dos direitos e deveres deduzidos da natureza e fim do homem em abstracto, i. é, sem referencia a qualquer estado ou circumstancia, em que o homem possa encontrar-se. *Direito natural applicado* é a doutrina das modificações que soffrem na practica os principios do direito natural puro, pelas circumstancias particulares do homem, e pelos fins especiaes a que se dedica.

*No primeiro comprehendem,* diz o Compendio, isto é, o direito natural puro abrange:

1.º *O direito natural absoluto,* que tracta dos direitos absolutos, que se dizem *innatos* por terem nascido com elle; e são eguaes em todos os homens, porque têm todos o mesmo *principio supremo* — a natureza do homem.

2.º *O direito natural hypothetico,* que se occupa de estabelecer em harmonia com o direito natural puro as regras geraes que tornam possível juridicamente a acquisição dos direitos hypotheticos. Os *direitos hypotheticos* podem considerar-se ou com relação á cousa adquirida, ou



com relação á possibilidade jurídica de a adquirir: no 1.º caso não podem pertencer ao direito natural puro, porque já houve um *facto* para a aquisição; no 2.º sim, porque ainda não existe o *facto*, apparece apenas a *possibilidade*.

E 'neste segundo sentido é que pertencem ao direito natural puro.

3.º *O direito universal da sociedade* que tracta do direito applicavel a toda e qualquer sociedade, tanto pelo que respeita ás suas relações internas ou entre os governados, ou entre estes e os governantes — *direito interno da sociedade*; como pelo que respeita ás relações entre uma sociedade e as outras — *direito externo*.

*Considerada em geral, e abstraindo de qualquer sociedade determinada*; porque o direito relativo a uma ou outra sociedade especial pertence ao direito natural applicado.

*E como não podessem*, etc. É claro que no direito natural applicado se comprehendem todas as instituições humanas, de que se occupa a legislação positiva, e pelas quaes são regulados quaesquer estados do homem na sociedade, ou quaesquer relações individuaes. Porém, como estas relações são infinitas, limitam-se a tractar no direito natural applicado sómente das relações humanas mais importantes, nomeadamente do *Estado*, — instituição que vela pela execução do direito e administração da justiça; *Egreja*, sociedade de pessoas que proseguem um fim religioso; e *Familia*, sociedade que abrange as relações entre marido e mulher, paes e filhos.

#### *Nota.*

O Comp. diz na nota que ha a mesma relação entre o direito natural puro e o direito natural applicado, que entre as mathematicas puras e applicadas.

De feito o direito natural applicado *examina historicamente*, i. é, occupa-se das relações que têm existido tanto no preterito como no presente, para as julgar segundo os principios do direito natural puro, que são primordiaes, ou anteriores a todos os factos. Jouffroy pag. 2 — 4.

## §. 45.

'Neste §. aponta o Comp. os dois fundamentos das duas divisões, que indica nos §§. 46 e 47.

*Outros*, diz o Comp., etc. Os escriptores modernos e posteriores a Krause, para fazer as divisões do direito, consideraram-no já objectiva, já subjectivamente.

Como o direito considerado *objectivamente* consiste no complexo dos meios necessarios para que os homens consigam os fins a que por sua natureza são destinados, dividiram-no em relação aos diferentes fins da vida humana. E como o direito, considerado *subjectivamente*, é a faculdade que os homens têm de usar d'esses meios, dividiram-no em relação ás diversas pessoas — *individuaes ou reunidas, que os devem realisar*; isto é, em relação ás pessoas, ou ellas se considerem natural ou collectivamente, ou se considerem 'num individuo só, ou 'num grupo d'individuos, — 'num corpo moral, que é a reunião d'esses mesmos individuos com fim commum.

## §. 46.

O Comp. 'neste §. faz a divisão do direito com relação ás diferentes pessoas, a quem elle compete. O Comp. não apresenta seis especies de direito diferentes; o que elle apresenta são seis classes de pessoas, a quem pertence o direito.

1.º *Direito individual*, vid. É o que compete ao individuo, como tal, e abstraindo de quaesquer relações com os outros homens; porque tem a qualidade de pessoa, que designa a capacidade de direitos e obrigações, de que gozam os entes dotados de uma vontade racional.

2.º *Direito familiar* vid., que assegura á familia as condições especiaes para a sua organização e satisfação das suas necessidades.

Este direito é interno e externo: *interno*, o que respeita ás relações entre os individuos da mesma familia, v. g., entre marido e mulher, paes e filhos; *externo*, o que respeita ás relações que existem entre a familia, e as pes-

soas que lhe são estranhas (as definições de família e matrimonio encontram-se nos §§. 233 e 234).

3.º *Direito Municipal*, vid. Assim como existe um *direito familiar* que fornece as condições para a criação e desenvolvimento da família, existe igualmente um *direito municipal*, que subministra as condições particulares para a existencia, organização e desenvolvimento do *município*, que é um grau mais elevado de associação; pois que consiste na reunião de muitas famílias. Este direito, *heñt* como na família, deve referir-se ás relações tanto internas, como externas do *município*.

4.º *Direito nacional*, vid. A sociedade civil é a reunião de muitos municipios, tem fins especiaes a realisar; e por isso o direito deve fornecer-lhe as condições para o conseguimento d'esses fins. O Comp. diz — *para a organização interior da sociedade civil*; porque o *direito nacional* refere-se sómente ás relações interiores, pois que as exteriores pertencem ao *direito das gentes*.

5.º *Direito das Gentes* que regula as relações entre as diferentes nações; e comprehende o *federativo*, que regula a confederação d'as nações. *Confederação* é a associação de nações, que, tendo cada uma sua organização e governo privativo, estão sujeitas a um governo central, que decide as questões que se suscitam entre ellas, e regula tudo quanto respeita ao interesse geral.

6.º *Direito Humanitario*, vid. A associação humanitaria ainda não está organizada, e até estará longe de o ser, mas nem por isso é impossivel; porque assim como os homens têm todos a mesma natureza, também um dia poderão ser membros da mesma sociedade: e o direito, como sciencia da condicionalidade, deve fornecer as condições para a organização d'essa associação, que é, segundo Ahrens, o ultimo fim da civilização.

*Nota*, vid.

Diz o Comp. que em nenhuma das diferentes phases, porque o homem vae subindo do estado individual até á sociedade do genero humano, os graus superiores absorvem os inferiores; isto é, o homem porque faz parte da

familia, não perde os direitos individuaes, nem esta, passando a fazer parte do municipio, perde o direito familiar:

1.º Porque a justa actividade, ou o exercicio dos proprios direitos, é um direito absoluto, tanto dos individuos, como das sociedades ou reuniões de individuos.

2.º Porque a individualidade é o principio da vida e movimento na sociedade, isto é, não ha progresso nos trabalhos, quer de intelligencia, quer do braço do homem, se não quando a par da intelligencia, que concebe as idéas, a vontade pôde realisal-as com liberdade. Ahrens, pag. 260 — 264. Darimon. pag. 106 — 124.

### §. 47.

Neste §. expõe o Comp. finalmente uma outra divisão do direito, segundo os differentes fins a que o homem pôde aspirar.

1.º *Direito religioso*, vid. Um dos fins, e talvez o mais importante a que o homem pôde aspirar, é o fim religioso, que se consegue prestando culto a Deus; e por isso o direito, que é a sciencia da condicionalidade, deve fornecer as condições necessarias para os homens prestarem culto a Deus. O culto pôde ser: *interno*, quando tributamos adoração e respeito á divindade sem o manifestarmos, e *externo*, quando manifestamos esses sentimentos pelo cumprimento exterior dos deveres religiosos. O Comp. refere-se ao culto externo, e não ao interno, porque de *internis solus Deus*; é apenas objecto d'uma obrigação moral.

*E garante etc.* De feito, se se empregasse a força para obrigar o homem a prestar um culto a Deus, que não fôsse filho das suas convicções individuaes, as suas acções extorquidas pela força não teriam valor; e tal systema serviria apenas para fomentar a hypocrisia e a mentira.

*Este direito etc.* *Egreja* é a associação de pessoas que procuram conseguir, por seus esforços reunidos, o mesmo fim religioso. E o direito que regula a organização da sociedade religiosa, bem como as suas relações com o estado, e com as outras instituições sociaes, toma o nome de — *ecclesiastico*.

2.º *Direito das Sciencias*, etc. Entre os fins, a que o

homem se pôde propor, conta-se o *scientifico*; e por isso o direito deve fornecer as condições para o seu conseguimento. Deve *garantir a livre investigação da verdade*, porque a investigação da verdade é o fim da sciencia; e esta investigação deve ser *livre*, isto é, ficar á escolha de cada um o methodo para investigação da verdade, e ser livre na manifestação d'ella.

*E a liberdade d'ensino*, continua o Comp.; porque sem previa discussão, sem ampla liberdade nas theorias e demonstrações, não é possível apreciar as opiniões, nem apurar a verdade.

### 3.º *Direito das Artes Uteis e das Bellas Artes etc.*

As artes têm por fim a applicação dos principios das sciencias; dão valor real a esses principios. Dizem-se *uteis* as que se referem immediatamente ás utilidades materiaes da nação, v. g. a industria; e *bellas* as que têm por fim representar o bello das obras da criação, v. g. a pintura. Como as artes são um dos fins a que o homem se pôde propor, o direito deve subministrar-lhes todas as condições de desenvolvimento, a fim de que ellas prosperem na sociedade. Porém a acção do direito não se estende ao seu *movimento interior*, que é da competencia exclusiva dos que se dedicam a essas artes; já porque são elles os mais interessados e habilitados para as dirigirem; já pelo direito absoluto de justa actividade, que compete a todos os seres racionaes.

4.º *Direito de Moralidade*, etc. A practica das acções moraes é, com effeito, um dos fins a que o homem se pôde propor, e para que o direito deve subministrar as condições necessarias. Estas condições são affirmativas ou negativas: *affirmativas*, v. g. a *instrucção*, que esclarece a consciencia acêrca do que é moralmente bom, e a *educação* porque os bons exemplos e bons costumes, que são um effeito da boa *educação*, insinuam a moralidade no coração dos homens; *negativas* que consistem em não obrigar um individuo á practica d'um acto contrario á sua consciencia, v. g. obrigar o christão-catholico a jurar no Alcorão.

5.º *Direito Commercial*, etc. *Commercio* em geral é a troca das mercadorias, e um dos fins a que o homem pôde aspirar, e para que o direito deve fornecer as condições,

as quaes consistem em: *facilitar as transacções*, estabelecendo praças commerciaes, feiras, etc.; *augmentar os meios de communicação*, desobstruindo os portos do mar, abrindo boas estradas, caminhos de ferro, etc.; e *garantir a liberdade do commercio*, consentindo a qualquer o applicar-se ao ramo de commercio que lhe aprouver, e não conceder privilegios, nem estabelecer monopolios, salvos casos excepçionaes.

6.º *Direito do Estado*, etc. Era mister uma instituição, que tivesse por fim a execução do direito e a administração da justiça; porque se fôsse permittido a cada um o fazer justiça por suas mãos, prevaleceria o mais forte, e a guerra e desordem seriam inevitaveis no estado social. Por isso o direito (a que chamamos *direito do Estado*) deve fornecer as condições necessarias para a boa administração da justiça, v. g. para estabelecer os differentes tribunaes de justiça, organisar o poder judicial, etc.

#### Nota.

O Comp. na nota dá a razão porque não tracta de todas as especies de direito, mencionadas nos §§. 46 e 47; e é porque umas pertencem ao direito publico; e outras, ainda que pertençam á philosophia do direito, não estão comprehendidas nas materias, que assignaram ao direito natural os escriptores, que admittindo o estado natural, fizeram a divisão do direito em publico e particular, adoptada pelos Estatutos da Universidade, e a que teve de accomodar-se o auctor do Comp., visto que destinava a sua obra para o ensino na Universidade. Ahrens pag. 256 — 258. Darimon pag. 24 — 41 e 143 — 207.

## SECÇÃO III.

### UTILIDADE E SYSTEMAS DO DIREITO NATURAL:

Como se vê da epigraphé, o Comp. tracta 'nesta secção de dois objectos distinctos: *utilidade*, que comprehende os primeiros quatro §§.; e *systemas* que abrangem o resto da secção.

De feito, era aqui o logar proprio para tractar d'esta materia; porque, tendo o Comp. dado uma idéa cabal do que era direito, e mostrado o logar que competia á philosophia do direito no quadro da sciencia geral do direito, predispoz o espirito para deduzir da natureza da philosophia do direito a sua *utilidade*; e ao mesmo tempo para fazer um juízo critico, apoiado 'naquellas idéas, dos principaes *systemas* de direito natural.

#### §. 48.

O Comp. mostra 'neste §. as vantagens do estudo do direito natural considerado como sciencia philosophica, i. é, abstraindo das suas conveniencias practicas; e aponta quatro vantagens: = 1.<sup>a</sup> *Ainda que*, etc. Com effeito o Comp. já demonstrou a noção de direito, servindo-se dos methodos psychologico e experimental, i. é, consultando não só a consciencia a respeito da idéa que ella ligava á palavra *direito*, mas observando nos tribunaes de justiça, no genio das linguas, e codigos das nações cultas, as accepções em que se toma esta palavra; e formulou com todo o rigor logico uma definição, que resolve todos os casos, que possam offerecer-se na sciencia philosophica do direito. 2.<sup>a</sup> *Estabelecer os principios*, etc. Sendo *justiça* a expressão do direito, e tendo o Comp. apresentado os principios geraes do direito, que servem para demonstrar todas as theorias do direito natural, é consequente que expoz os principios, que são o fundamento da justiça,

que não é mais do que a expressão do direito. 3.º *E extremal-os*, etc. O Comp. procurou na 1.ª secção determinar bem a noção de direito para o poder discriminar das outras sciencias, que mais se lhe avizinham; e não trazer para o campo do direito principios extranhos, que nos levariam a conclusões erradas. Assignou os characteres do direito, e na 1.ª parte da secção 2.ª procurou extremal-o das sciencias conjunctas; tendo já mostrado na secção 1.ª a differença entre os seus principios e os da moral. 4.ª *Determinando*, etc. O Comp. estabelecendo os principios do direito e da moral, indicou quaes eram as acções justas no foro externo, e quaes as injustas no foro interno; noutros termos ensinou-nos a conhecer quaes as acções moraes e quaes as juridicas, visto que as moraes são as que se conformam com os principios da moral, e as juridicas são as que se conformam com os principios do direito.

O Comp. depois de estabelecer, como premissas, estas quatro razões, deduz, como conclusão, a proposição do §. que está nas palavras = *O seu estudo*, etc. até o fim.

De feito, a intelligencia humana, segundo a consciencia nos attesta, experimenta necessidade, e encontra satisfação em investigar os primeiros principios de todas as cousas, em ter conhecimento dos factos e instituições da vida humana, para os confrontar com a causa que lhes deu origem, e com a razão que justifica a sua existencia; logo o direito natural mostrando a noção de direito, os seus principios fundamentaes, e o criterio para discriminar as acções justas das injustas, satisfaz um desejo legitimo e elevado do espirito humano. Ahrens, pag. 106.

#### §. 49.

Este §. é uma especie de transição da doutrina do §. 48 para a dos §§. 50 e 51:

A 1.ª parte do §. até *intelligentes* é uma recapitulação da doutrina do §. antecedente.

Com effeito o estudo do direito natural traz satisfação ao espirito humano, ensinando-lhe os principios immutaveis do justo, com os quaes o homem deve conformar as suas



acções, e que lhe servem para apreciar a justiça ou injustiça das leis feitas pelos povos.

Porém, além d'estas razões tornam recommendado o estudo do direito natural os seus resultados na prática, ou se tracte *de jure constituendo*, isto é, de fazer leis; ou *de jure constituto*, isto é, de examinar a bondade das feitas. Em qualquer d'estes dois casos o direito é o padrão, que nos serve para apreciar quaes as leis que devem estabelecer-se, e quaes as que devem reformar-se.

### §. 50.

O Comp. 'neste §. mostra a necessidade do estudo do direito natural para o legislador; e prova isto com duas razões: 1.º *Quando o poder*, etc. Se as leis devem ser a expressão dos principios do direito e em caso algum os podem contrariar, é impossivel ao legislador o fazer boas leis sem saber o direito natural, porque não pôde formular em leis principios que ignora. Além de que *deve pesar*, ou tomar em consideração as especiaes circumstancias do paiz para que legisla: porque uma lei em theoria pôde ser muito boa, mas não convir a uma nação 'num estado dado. D'aqui vem a necessidade, para o legislador, de socorrer-se á *politica*, que é a sciencia dos meios mais aptos para tornar effectivos os direitos, e que, apoiando-se na *historia* que mostra a origem e vicissitudes por que têm passado as instituições, que se querem reformar, e na *estadistica* que expõe o estado actual da sociedade, ensina quaes as leis convenientes 'numa época. Aqui mesmo tem entrada a philosophia do direito, como se vê do resto do §. — 2.º *Porém ainda*, etc. até o fim. Esta é a 2.ª razão, que o Comp. aponta para mostrar a necessidade, que tem o legislador de saber o direito natural.

De feito, já mostrámos no §. 41, que a *politica* não podia prevalecer contra os principios do direito; porque, se ella é a sciencia dos meios mais aptos para tornar exequíveis os direitos, deve ajudar e não contrariar a sua realisação. Nem admittimos *politica* contraria aos principios do direito, senão quando as conveniencias publicas são

mal apreciadas, ou dolosamente se pretende sacrificar os princípios do direito a uma mal entendida politica.

### Nota 1.ª

'Nesta nota ha apenas a observar a 2.ª parte = a *excepção*, etc. *Dispensa ou privilegio, perdão e amnistia*, assemelham-se em serem excepção á regra geral. Distingue-se porém a *dispensa* ou *privilegio* do *perdão e amnistia* em que a *dispensa* tem logar antes da prática da acção, o *perdão e amnistia* sómente depois da prática da acção. *Perdão e amnistia* é a exempção de pena comminada na lei. Differe porém o *perdão* da *amnistia*: 1.º em que o *perdão* só tem logar depois do processo da culpa formada, e a *amnistia* póde ser antes ou depois; 2.º em que o *perdão* é ordinariamente concedido a pessoas certas e determinadas, e a *amnistia* comprehende muitas pessoas indeterminadas, v. g. quando o poder moderador amnistia os que se involveram numa revolução; 3.º o *perdão* refere-se aos crimes civis, a *amnistia* aos politicos.

### Nota 2.ª

Esta nota não estabelece doutrina nova, porque repete a noção de sciencia da legislação; e recorda-nos o principio de que todas as leis devem ser conformes aos principios do direito e da politica. Ahrens, pag. 109 — 110.

### § 51.

'Neste § mostra o Comp. a necessidade do estudo do direito natural com relação ao *jus constitutum*, e apresenta quatro razões:

1.º *Só a philosophia*, etc. De feito os codigos seriam uma massa confusa de disposições arbitrarías, se o legislador não subordinasse a um principio fixo a materia e organização das leis. Ora nas leis existentes não se encontra esse character de unidade e universalidade, porque, além de variarem de povo para povo, são muito imperfeitas. Por

tanto só a philosophia do direito, que estabelece principios immutaveis, é que pôde fornecer-nos um criterio para apreciar a bondade e perfeição das leis positivas; bem como servir de base para um systema de legislação.

2.<sup>a</sup> *E não só serve*, etc. Uma lei não é justa e conveniente só porque vem da auctoridade, que, por ignorancia ou dolo, pôde sancionar disposições tyrannicas. Torna-se por isso mister um meio de apreciação para conhecer quaes são as justas e quaes as injustas. E este criterio só pôde encontrar-se na philosophia do direito, que nos subministra o padrão para aferirmos o que é justo, e distinguil-o do injusto.

3.<sup>a</sup> *Senão tambem*, etc. As leis nem sempre são claras, e por isso na explicação d'uma lei obscura costuma recorrer-se ás fontes da lei, e aos logares parallellos. Todavia o primeiro expediente pôde falhar, porque na nova lei estabelecem-se muitas vezes principios oppostos a alguns d'aquelles, que lhe serviram de fonte: o segundo é egualmente fallivel, porque a analogia, que parece encontrar-se nas leis, apoia-se sobre a simillhança d'algumas disposições, que são aliás diferentes sob muitos pontos de vista, e por isso não é meio seguro para penetrar o espirito da lei. D'aqui vem a necessidade de recorrer aos motivos, que levaram o legislador a fazer a lei, o que dá logar a considerações fundadas no direito natural. Além de que, devendo ser as leis a expressão do direito, porque, apesar das modificações da politica, devem sempre accommodar-se aos principios da philosophia do direito, o direito natural é um subsidio muito importante para a sua interpretação.

4.<sup>a</sup> *Finalmente não podendo*, etc. até ao fim. Todas as legislações positivas, ainda as mais perfectas tem casos omissos, porque não é dado á intelligencia humana o prever todas as hypotheses; e o juiz precisa de um meio para pronunciar em todos os casos occurrentes. Elle não pôde dizer ás partes — não ha lei —: necessariamente ha de julgar. Ora as unicas leis que são universaes são as do direito natural, e pelos seus principios podem resolver-se todas as hypotheses da vida humana: logo o direito natural é muito importante, mesmo considerado, como legislação subsidiaria.

*Nota. vid.*

Nesta nota aponta o Comp. o exemplo de ser entre nós adoptado o direito natural, como subsidiario. O mesmo fez o Codigo da Austria. Ahrens, pag. 106—109.



## PARTE II.

### DIREITO NATURAL ABSOLUTO.

**O** auctor do Comp., destinando a sua obra para o ensino na Universidade, tractou no direito natural as doutrinas comprehendidas, 'neste ramo do direito, pelos philosophos, que fizeram a divisão do direito em natural ou particular, e publico. de que fallámos no §. 42, e que foi adoptada pelos Estatutos da Universidade. E por isso começa na 2.<sup>a</sup> parte pelos direitos absolutos; porque dedicou a parte primeira á demonstração dos principios geraes d'esta sciencia, que são o alicerce sobre que assenta todo o edificio do direito natural, ou os prolegomenos que nos hão de servir de base para a resolução de todos os pontos da philosophia do direito.

### SECÇÃO I.



#### DIREITOS ABSOLUTOS.

##### §. 65.

**N**este §., que pôde considerar-se uma especie de transição entre a doutrina da secção 1.<sup>a</sup> da parte 1.<sup>a</sup> e a da parte 2.<sup>a</sup>, recorda o Comp. a divisão dos direitos em absolutos e hypotheticos.

*Já dissemos, etc.* De feito, no § 33 definimos — *titulo* — a razão justificativa do direito. Vimos que este podia ser geral ou especial: *geral* o que se fundava na natureza humana, que é a mesma em todos os homens; *especial* o que se fundava em algum facto particular do homem. E finalmente provámos que os direitos absolutos se fundavam no titulo geral, e os hypotheticos no especial.

A *primeira classe*, continúa o Comp., etc., isto é, os direitos absolutos são os que resultam da natureza humana *exclusivamente*, — quer dizer — que o homem os recebe só da natureza, sem precisar de praticar facto algum para a sua aquisição, v. g. o direito de liberdade.

*E que são a base para o homem poder adquirir outros direitos.* Com effeito sendo os direitos hypotheticos uma applicação dos absolutos, não podem aquelles adquirir-se sem se fundarem nestes, v. g. ainda que outrem convençione comigo jurar falso não me resultou d'essa convenção o direito de o obrigar a cumprir o estipulado, porque não ha direito absoluto, em que ella se funde.

A *segunda classe, etc.* Os direitos hypotheticos derivam-se tambem da natureza humana, visto que são a applicação dos direitos absolutos, *intervindo algum facto*; porque o homem não os recebe immediatamente da sua natureza, como os absolutos, mas indirectamente, mediando algum facto; facto este, que elle pode praticar ou *só*, v. g. na occupação das cousas que não têm dono; ou *conjunctamente com os outros*, v. g. nos contractos pelos quaes o homem acquires uma coisa d'outrem.

#### Nota 1.<sup>a</sup>

'Nesta e na segunda nota aponta o Comp. as varias denominações que se têm dado aos direitos absolutos e hypotheticos; e determina precisamente as idéas que devem ligar-se a estas expressões.

*Os primeiros chamam-se tambem innatos*, isto é, os direitos absolutos dizem-se *innatos*, porque nascem com a nossa natureza; *primitivos*, porque são anteriores, como filhos da natureza humana, a todos os factos, e por isso a todos os direitos, cuja aquisição depende d'algum facto. *Alguns*

*chamam também ao direito primitivo-formal; porque a razão, recebendo a idéa do direito da consciencia, depura-a e concebe-a, como a formula ou o fundamento pelo qual devem expressar-se os direitos, ou que deve servir de base á aquisição dos direitos. Ideal porque se não refere a objecto algum especial; é a simples idéa do direito, que o homem forma no seu pensamento sem applicação certa e determinada.*

*E aos direitos, d'elle derivados, etc. isto é aos direitos hypotheticos, que são filhos d'aquelle direito primitivo, dá-se o nome: já de materiaes porque se referem a uma cousa certa, v. g. o direito sobre o meu livro; já de applicados porque se referem ás relações entre os homens.*

### Nota 2.ª

*Quando dizemos, etc. O Comp. não quer dizer pela expressão absolutos, que estes direitos sejam illimitados na sua applicação. Pelo contrario elle já demonstrou que estes direitos pertencem a todos os homens, e que cada um tem uma esphera propria, dentro da qual os exercita, e que estas espheras são limitadas umas pelas outras sem haver espaço de permeio; e portanto os direitos d'um acham limites á sua applicação onde principiam os direitos do outro. Mas dá-lhes este nome, porque elles existem sem referencia a facto algum, pois que são anteriores a todos os factos. Continua o Comp. = Ainda que todos elles presuppõem o homem coexistindo com outros homens em sociedade. Vimos na secção 1.ª que o direito era uma idéa de relação, e que as relações juridicas assentam sobre as relações sociaes. Todavia não se intenda com isto, que os direitos absolutos derivam da sociedade; o que o Comp. quer dizer é que elles só têm applicação na sociedade: uma cousa é a existencia, outra cousa é a applicação, os direitos absolutos existem em virtude da natureza humana, mas applicam-se na sociedade. E muitos d'elles carecem de circumstancias exteriores, como condição da sua applicação; assim o direito absoluto d'independencia precisa do facto da lesão para se exercitar; mas já existia antes d'esse facto.*

No fim da nota diz o Comp., que os direitos hypotheticos *tambem se podem chamar universaes, em quanto a sua acquisição é juridicamente possivel a todos os homens*, v. g. todos podem contractar, comprar, vender, etc.: actos estes que são objecto dos direitos hypotheticos. Mas o Comp. diz—*juridicamente*, porque pôde acontecer que o homem não possa practicar estes actos por falta de meios, ou outra qualquer circumstancia: mas tem o direito. Sr. Ferrer., Curso pag. 72. Bruckner, pag. 179 e 225—229. Ahrens, pag. 195 — 198.

### §. 66.

Este §. é uma transição do §. antecedente, ou antes do §. 4 para os seguintes

Vid. Se os direitos absolutos se fundam na natureza humana, quantas forem as qualidades essenciaes, que a constituem, tantos devem ser os direitos absolutos. que garantem as condições de desinvolvimento a essas qualidades.

De feito, sendo o direito a sciencia da condicionalidade, ou que garante as condições para a consecução do fim do homem que se deduz da sua natureza, e havendo tantos fins particulares, que servem de condições para o fim geral, quantas são essas qualidades fundamentaes que constituem a natureza geral, é consequente que deve haver tantos direitos absolutos, quantas são essas qualidades essenciaes. Vimos tambem que estas qualidades eram — a *racionalidade, liberdade, sociabilidade*, etc.

### §. 67.

O Comp. tracta 'neste §. do direito de personalidade no sentido subjectivo.

A primeira qualidade do homem, e que abrange todas as outras, é a de *pessoa*. O Comp., como tinha dicto no §. antecedente que os direitos absolutos correspondiam ás qualidades essenciaes da natureza humana, examina 'neste §. a qualidade de *pessoa*, que compete a todo o homem, e deduz d'essa qualidade o direito de *personalidade*. Na verdade, pela definição que o Comp. deu no §. 7, de *pes-*



soas, — que são os seres racionais, dotados de liberdade, e com fim proprio, se vê que esta é a qualidade, que distingue os homens dos outros seres da criação, e que abrange todas as outras qualidades; porque, quem tiver aquelles requisitos mencionados na definição de pessoa, é homem, e tem todas as outras qualidades, que compõem a natureza humana; pelo contrario, quem não tiver esses requisitos, não é homem, e por isso faltam-lhe as outras qualidades, inherentes á natureza humana. *Da qual lhe resulta dignidade.* A superioridade da natureza do homem sobre os outros seres confere-lhe uma *dignidade*, que só elle e os seus semelhantes podem avaliar; *moral*, que provém de elle poder cumprir com livre vontade e pureza de motivos os seus deveres tanto juridicos, como moraes; e *juridica*, que provém de elle ter direitos, e poder exigir dos outros que lhos respeitem. Tendo o homem esta dignidade, que lhe assigna um fim proprio, com razão diz o Comp., que os outros não devem tractal-o como mero meio para seus fins arbitrarios; porque isto era desconhecer a sua natureza d'ente racional, que o colloca na classe das pessoas, com um fim proprio, e por isso com direito de empregar as suas faculdades para o seu desinvolvimento.

*D'esta qualidade fundamental resulta um direito absoluto.* Se nós provámos que ás qualidades fundamentaes da natureza humana correspondem outros tantos direitos absolutos, e acabámos de ver que uma das qualidades, que encerra a natureza humana, é a de pessoa, é consequente que ha de haver um direito absoluto, que lhe corresponda. *Que o homem tem sobre si mesmo etc.* Não se intenda com isto, que o homem tem dominio inteiro sobre si, como nas cousas externas, que possa alienar os seus direitos absolutos; porque fundando-se estes na natureza humana, e, sendo esta inalienavel de modo, que o homem nunca a pôde despir ou trocar em qualquer estado que se ache, elles tambem são inalienaveis. Mas deve entender-se, que o homem tem o direito de practicar todas as acções, necessarias ao desinvolvimento tanto da sua natureza corporea, como da intelligente, não lesando os outros; de applicar, como lhe aprou-ver, suas faculdades á vida tanto individual como social; e finalmente de obrigar os outros a respeitarem os seus

direitos. *Este direito* etc. O Comp. tomou aqui o direito de personalidade no sentido *subjectivo*, porque o não considerou pelo lado das condições que elle subministra para os fins do homem, mas sim como uma faculdade do sujeito, ou da pessoa, que o póde fazer valer perante os seus semelhantes. Jouffroy §. 48.

§. 68.

'Neste §. tracta o Comp. do direito de *personalidade* no sentido objectivo. É mister advertir que direito *subjectivo*, e direito *objectivo* não são cousas differentes; são a mesma cousa. Não ha direito que não seja *subjectivo e objectivo* ao mesmo tempo; porque não ha direito que não pertença a um *sujeito* ou a uma pessoa, e que não comprehenda ao mesmo tempo um *objecto* ou uma condição: aliás não é direito. E por isso esta distincção não é real; apenas se concebe pela vantagem que ha na sciencia de considerar o direito, já pelo lado da pessoa a quem elle pertence, já pelo lado das condições que elle subministra. Diz o Comp. que elle *comprehende*, etc. Com effeito se provámos que a qualidade de pessoa correspondia o direito de personalidade, e que a dignidade juridica e moral resultava da qualidade de pessoa; e sendo, por outro lado, certo que o direito é a sciencia da condicionalidade, é consequente que o direito de personalidade ha de subministrar todas as condições para o desinvolvimento da personalidade, e para o respeito da dignidade. *Portanto*, etc. Se os direitos absolutos se deduzem das qualidades fundamentaes da natureza humana, e se a qualidade de *pessoa* abrange todas as outras qualidades, é consequente que o direito de personalidade, que lhe corresponde, encerra todos os outros direitos absolutos.

D'aquí podia concluir-se, que o Comp. devia fechar a secção dos direitos absolutos, tendo tractado do direito de personalidade. Tadvia elle occupa-se em especial dos principaes direitos absolutos, para esclarecer mais esta theoria, e se comprehender melhor a natureza d'estes direitos. Darimon, pag. 56 — 58. Ahrens, pag. 267 — 274.

## §. 69.

O Comp. dá conta 'neste §. d'um outro direito absoluto — o *direito da justa actividade*. A 1.<sup>a</sup> parte do §. até *suas acções* é a epigraphé. Em seguida define o Comp. este direito nas palavras — *em virtude*, etc. E a razão que comprova esta doutrina, contém-se nas palavras — *pois o constranger* etc. até o fim. De feito, o direito da justa actividade encerra-se no direito de personalidade; porque, sendo nós senhores das nossas faculdades, que estão vinculadas á nossa personalidade, sobre a qual temos um direito absoluto, *havemos* sel-o tambem dos seus productos que são as — *acções*. O *hómem*, como pessoa, tem um fim proprio, e por isso direito a empregar as condições para a consecução d'esse fim; mas estas condições são as acções: logo ha de ter direito sobre as suas acções. E, quem embaraçasse as suas acções contra sua vontade, *tractava-o* como cousa, visto que desconhecia a sua natureza racional, que lhe confere o direito de encaminhar livremente as suas acções para a consecução do fim. O direito de justa actividade é, para assim dizer, a fórmula pela qual se realisa o direito de personalidade.

*Nota.*

O Comp. adverte na nota, que — *todos os outros direitos absolutos se deduzem immediatamente d'este*. E dá a razão nas palavras = *porque todas as condições*, etc. Na verdade, todos os direitos têm por objecto as condições, que são, além das acções humanas, as cousas externas: mas estas, *dissimos* nós, podem em última analyse reduzir-se ás acções, porque nenhuma cousa nos serve, como condição, sem ser preparada pela nossa actividade, i. é, sem intervir a acção do homem: portanto não ha direito algum que não tenha por objecto uma acção, como condição para o fim do homem, e que não se encerre, por isso, no direito da justa actividade. Jouffroy, §. 49.

## §. 70.

'Neste §. vae o Comp. fallar do *direito de liberdade*,

e suas divisões em relação aos fins do homem. *Do direito do homem*, diz o Comp., *sobre as suas acções deriva-se em primeiro logar o direito de liberdade*. Se a liberdade consiste no poder que o homem tem de ser causa unica e exclusiva de suas acções, e se mostrámos no §. antecedente que o homem tinha direito sobre as suas acções, é consequente que o direito de liberdade se encerra no direito da justa actividade, visto que quem tem o direito sobre as suas acções, tem o direito de ser causa d'ellas. *Sem a qual não póde existir pessoa juridica*. Com effeito o homem é pessoa em razão de poder livremente dirigir as suas faculdades, de se propôr fins, e empregar segundo o seu alvedrio as condições para o seu conseguimento: logo a *liberdade* é uma qualidade essencial da personalidade.

*A liberdade é uma* etc. Nós considerámos a liberdade como uma faculdade, em virtude da qual o homem podia propôr-se fins, e escolher a seu arbitrio as condições para a sua consecução. D'onde se vê que a liberdade não é fim, mas sim meio para conseguir os fins. *O direito de liberdade*, etc. Se a liberdade se dirige aos fins racionais do homem, e se o direito deve subministrar as condições para o conseguimento d'esses fins, é consequente que o direito ha de fornecer as condições para o desinvolvimento da liberdade. *E todo o homem*, etc., porque todo o homem, como ser racional, tem direito a conseguir seus fins, e a empregar as condições para o seu conseguimento; e por tanto ao exercicio da sua liberdade, como condição para a consecução dos fins. *E como os fins*, etc. Se a liberdade é a faculdade de escolher os fins, e de empregar as condições para o seu conseguimento, é claro que ha de haver tantas especies de liberdade, quanto são esses fins. Não são liberdades differentes por sua natureza, porque esta faculdade é unica, mas sim tomam diversos nomes segundo o fim a que se dirigem. *Liberdade religiosa* é a faculdade que o homem tem de prestar culto a Deus, como lhe aprouver. *Liberdade moral* é a faculdade que o homem tem de exigir dos outros, que o não embaracem no cumprimento dos deveres impostos pela moral. Porém isto não quer dizer que a *moral* deixe livre ao homem o cumprir seus deveres moraes,

porque ella impõe-lhe essa necessidade; mas sim que o homem no campo do direito é livre no cumprimento d'aquelles deveres, porque nós consideramos aqui a liberdade moral pelo lado juridico. *Liberdade d'ensino e commercio*, vid. §. 47. *Liberdade juridica ou politica* é a faculdade que compete ao estado de usar de todos os meios necessarios para o cumprimento da sua missão.

*Nota.*

O Comp., 'nesta nota, corrobora a doutrina do §., fundando-se em principios já demonstrados na secção 1.ª E diz o Comp., que todo o homem é senhor do seu destino, e por isso não é licito nem ao estado, nem a pessoa alguma impôr-lhe fins contra sua vontade, o que prova com quatro argumentos: 1.º (*seria tractar*, etc.), visto que se desconhecia a razão e liberdade pessoal, em virtude da qual o homem tem direito a propôr-se fins, e escolher os meios; e assim era tractado como cousa; 2.º (*seria, privando*, etc.), privava-se o homem da moralidade, porque esta depende da liberdade, a qual era abafada, forçando os homens a certos fins; pelos quaes não podiam ser responsaveis, nem as suas acções podiam ter imputação moral; 3.º (*seria tirando-lhe*, etc.) Se não fosse licito ao homem o escolher seu fim, acabava a capacidade de direitos, pela qual elle pôde segundo o seu alvedrio propôr-se fins, e escolher condições, ficava servindo de meio para os fins dos outros, e por isso reduzido á categoria de cousa; 4.º (*e finalmente*, etc.) O Comp. já demonstrou que para o homem se dedicar a um fim, era mister ter em vista duas cousas, — a sua vocação natural, sem a qual é inutil todo o trabalho, e as circumstancias peculiares em que se achava, para ver se tinha meios de fazer face ás despesas, que importava a realisação do fim; mas esta vocação e circumstancias só podem ser apreciadas pelo proprio individuo: logo o homem deve ter plena liberdade na escolha do fim. Ahrens pag. 304 — 307. Sr. Ferrer, Curso pag. 79 — 80.

## §. 71.

Neste §. faz o Comp. uma outra divisão de liberdade, considerada subjectivamente, em *interior* e *exterior*. O homem, diz o Comp., *tem pois direito a usar da liberdade*. É o que demonstrámos na 1.<sup>a</sup> parte do § antecedente e sua nota. *Tanto interior*, etc. A liberdade interior é a faculdade que o homem tem de professar e manifestar suas opiniões sobre quaesquer objectos com inteira independencia dos outros. Pelas expressões — *liberdade de opiniões* — designa o Comp. tanto a escolha como a manifestação das opiniões. *Liberdade de consciencia* é a faculdade que o homem tem de se determinar interiormente segundo as suas convicções religiosas; e distingue-se da *liberdade religiosa* em que esta (vid. a definição que dæmos no §. antecedente), refere-se ao culto externo, e a liberdade de consciencia ao interno. Porém o Comp. comprehende aqui *na liberdade* de consciencia tambem a *liberdade religiosa*. *Como exterior*, etc. A liberdade exterior é a faculdade que o homem tem de practicar acções externas dentro da sua esphera juridica sem responsabilidade para com os seus semelhantes, e de exigir dos outros que o não embarcem no exercicio d'esta liberdade. *E sómente*, etc. O Comp. diz que o homem é responsavel pelo abuso da liberdade, quando ferir os direitos dos outros; pois que 'neste caso já ha licença, e não liberdade, porque esta se circunscreve á esphera juridica do agente. E nós podemos lesar os outros já no exercicio da liberdade *interior*, v. g., calumniando; já no exercicio da liberdade *exterior*, v. g., subtrahindo a alguém o objecto do seu direito. Porém o Comp. dá a entender que a liberdade do homem não deve ser comprimida se não depois de verificada a lesão: e com razão, porque só depois do acto practicado é que se póde apreciar o máu uso que se fez da liberdade. Com esta doutrina teve o Comp. em vista a refutação d'aquelles, que admittem a repressão preventiva, i. é, que o homem possa ser privado do uso da liberdade antes de practicar o acto criminoso, quando ha receio de que elle o pratique, para evitar o mal feito pelo crime, e a comminação da pena; sem se lembrarem, que da possibilidade não se argumenta para a existencia; que ninguém

deve ser punido antes de delinquir; e que por este meio se favorecia o Despotismo.

*Nota.*

O Comp., 'nesta nota, dá a razão por que empregou no texto do §. a expressão—*interior*, quando o direito se refere sómente á liberdade exterior. E diz o Comp. que chamou *interior* á liberdade de professar e manifestar as opiniões, porque ella diz respeito a actos internos as—*opiniões*; e não porque a não considera como exterior no campo do direito. Assim o Comp. considere como *exterior* esta liberdade: porque sendo o homem obrigado, pelas leis logicas do espirito, a seguir as opiniões que a razão lhe mostra, não ha liberdade interior de professar quaesquer opiniões; e por isso esta liberdade só se pôde entender com relação aos outros para que nos não obriguem a professar ou manifestar opiniões contra as nossas convicções. Além de de que o direito só garante esta liberdade, quando os actos internos se manifestam; porque só então é que podem ser apreciados no foro externo, e entrar no campo do direito; ou quando se quer forçar o homem a professar opiniões contrarias ás suas convicções, porque 'neste caso o direito repelle esses ataques exteriores. Darimon pag. 63—67. Jouffroy §§. 410 e 411. Sr. Ferrer. Curso. pag. 80—81

§. 72.

O Comp., n'este §., tracta do direito de *associação*. Diz o Comp. que o direito de associação se *pôde derivar do direito do homem sobre as suas acções*. E com effeito, sendo o homem senhor das suas acções, e sendo a associação um meio para o conseguimento do fim do homem, e dependente da nossa justa actividade ou da acção das nossas faculdades, é consequente que o direito de associação se encerra no direito da justa actividade. *Que se refere á sociabilidade*, que o Comp., define,—a tendencia, que o homem tem a associar-se aos seus semelhantes para todos os fins racionais. De feito, esta tendencia do homem é comprovada, não só pelo estudo da natureza humana, mas

tambem pela historia, que nos mostra o homem sempre associado, e tendendo a aperfeiçoar essas associações, pois que tem caminhado d'esde as hordas selvagens até á confederação das nações. O Comp., no resto do §., define o direito de associação objectivamente, porque o faz consistir nas condições. Podemos todavia defini-lo subjectivamente—a faculdade que o homem tem de viver em sociedade com os seus semelhantes. A *sociabilidade* differe da *associação* em que a *sociabilidade* é uma tendencia e a *associação* o exercicio d'essa tendencia.

#### Nota 1.ª

O Comp. 'nesta nota mostra qual é a origem da faculdade da associação. *Tem-se pretendido* etc. O Comp. refere-se a Decorde, o qual sustentou que a faculdade da associação era um instinto, que levava o homem a viver em sociedade com os seus semelhantes. O Comp. não subscreeve a esta opinião; e diz, que não é só um principio da natureza humana a origem da associação, mas pelo contrario todas as tendencias do homem, como são a amizade, a gratidão, e a simpathia, que nos levam á sociedade. E são fortificadas estas disposições: pela *sensibilidade*, porque o homem, como ser sensitivo, encontra praser com a sociedade dos seus semelhantes, e por isso procura o contacto dos homens; 2.º pelos *sentimentos* que levam o homem á sociedade com seus semelhantes pelo desejo de lhes fazer bem, visto que o homem dotado dos sentimentos de benevolencia se apraz com os actos de beneficencia; 3.º pela *intelligencia*, porque o homem, como ser racional, conhece os beneficios, que resultam da associação, e por isso ha de procural-a. É verdade, que o instinto póde considerar-se como causa de associação, pois que os instintos tambem nos subministram as primeiras idéas do direito. Todavia, ainda que o instinto seja a luz e guia do homem nos seus primeiros dias, logo que a razão se desinvolve, subordina os instintos ás suas decisões, e pronuncia como soberana em materia de conhecimentos.



Nota 2.<sup>a</sup>

O Comp. emprega como synonymas, no direito natural, as expressões—*sociedade e associação*. É certo que em qualquer sociedade uns dos socios entram com os fundos, outros com a agencia, outros com agencia e fundos ao mesmo tempo. O fim commum a que aspiram é que os liga a todos como socios; e as condições que empregam para conseguir esse fim são a industria e os capitaes. Sr. Ferrer. Curso, pag. 171—172.

## §. 73.

Neste §. mostra o Comp. a importancia e vantagens da associação. Diz o Comp. = *É de grande monta para os homens conseguirem o seu destino; e dá a razão—porque o homem solitario pouco pôde, associado pôde tudo*. As expressões = *pôde tudo* = não devem entender-se á letra; porque o homem é por natureza limitado, e as suas forças nunca correspondem aos seus desejos: e, ainda que pela associação augmentem, nem por isso é omnipotente; a limitação subsiste. Por tanto as palavras—*pôde tudo*—querem dizer—*pôde tudo* o que não repugna ás forças da humanidade. O Comp. no resto do §. desinvolve mais a proposição que estabeleceu, ou dá a razão da razão. *As poucas forças etc.* O homem é tão fraco por natureza, e as suas forças em tal desproporção com as suas necessidades, que mesmo no estado selvagem lhe era impossivel viver sem o auxilio dos seus semelhantes. É esta uma verdade que a experiencia de todos os dias nos attesta: porque o homem, que menos necessidades tenha a satisfazer na sociedade, precisa de trocar os seus exforços com uma infinidade de individuos para satisfazer essas poucas necessidades. As proprias nações, que de per si são já grandes associações, precisam de viver n'uma especie de sociedade, mantendo estreitas relações, sem o que não podem prosperar. Só depois que o commercio principiou a fraternisar as nações, é que a sua prope-ridade se adianta e progride. *Porém reunido etc.* O homem associado está em *circumstancias* de se propôr qualquer fim, e contar com os meios de o realisar; porque tendo

cada um dos homens, vocação para seu fim especial e ajudando-sé estes fins reciprocamente para a sua realisação, cada um se pôde dedicar ao fim para que tiver mais vocação, certo de que os seus semelhantes que se dedicam a outros fins, lhe podem subministrar as condições de que precisa para a realisação do seu destino, e elle reciprocamente a elles.

*Nota.*

O Comp. continúa na nota a desinvolver a doutrina do §. *Tanto nas sciencias* etc. É mister a associação tanto para o progresso das sciencias, como da industria em geral. Para as *sciencias*. Porque o homem com a intelligencia limitada, a vida curta, e o campo da sciencia mui vasto, não pôde abranger todos os ramos dos conhecimentos humanos: e d'aqui vem a necessidade de que cada um se dedique a um ramo especial, v. g. uns a *direito*, outros a *medicina*, etc., e ainda assim, não se podem profundar estas disciplinas em cada um dos seus ramos, pelo que uns se dedicam de preferencia ao *direito natural*, outros á *physiologia* etc.; e assim, com o adiantamento de cada um dos ramos da sciencia, a philosophia em geral se adianta na carreira do progresso. Para a *industria*. Porque uma empresa industrial carece de numerosas condições: é mister capitaes e trabalho; mas acontece que o que tem os capitaes, não tem habilidade, e pelo contrario que o que tem os conhecimentos sufficientes para levar ao cabo uma empresa, carece de meios, ou mesmo não quer sugeitar-se senão ao trabalho de direcção, e não ao de execução; e d'aqui vem a necessidade de se associar. E estamos persuadidos que não será facil encontrar um homem, que reuna todas estas condições: mas ainda assim, elle não teria por si só força e tempo para levar ao cabo uma empresa, ainda de pequeno vulto. O Comp. cita, para exemplo, algumas empresas dos tempos modernos, como são os caminhos de ferro e os vapores, que têm trasido á humanidade vantagens incommensuraveis, mas que demandam uma associação rica e numerosa. Temos egualmente muitas sociedades scientificas: e, sem fallar dos paizes estrangeiros, mesmo em Portugal, onde o espirito de associação parece morto, temos a Academia

Real das Sciencias de Lisboa, a associação dos Advogados, etc. Sr. Ferrer., Curso, pag. 172—173.

§. 74.

O Comp. 'neste §. reduz a duas classes as diversas especies de *associação*: uma que dura toda a vida; outra que se refere a certos fins particulares. Ora o Comp. no §. 46 dividiu o direito com relação ás diferentes pessoas individuaes ou reunidas que têm fins a realisar; e estas especies de direito, excepto o individual, referem-se ás associações que o Comp. aponta na primeira serie, v. g. a associação da *familia*; que só acaba pela morte d'algum dos conjuges, em razão da communhão de interesses que abrange a sua personalidade inteira. O mesmo se pôde dizer do municipio, nação, etc., cujas definições se podem ver no §. 46. Dividimos tambem, no §. 47, o direito com relação aos fins principaes, a que nos podemos propôr; e a estes diversos direitos se referem as associações da 2.<sup>a</sup> serie. Estas associações não obrigam por toda a vida, porque os fins que ellas têm em vista são particulares: assim o homem pôde propôr-se o fim religioso, e o scientifico ao mesmo tempo, sem que um d'elles absorva a sua personalidade inteira.

Nota 1.<sup>a</sup>

O Comp. estabelece 'nesta nota trez proposições: 1.<sup>a</sup> o homem tem direito de associar-se; 2.<sup>a</sup> tem tambem obrigação moral; 3.<sup>a</sup> mas não tem obrigação juridica. 1.<sup>a</sup> *O homem tem direito de associar-se*; porque o homem tem direito a empregar as condições necessarias para o conseguimento do seu fim, e a associação é uma condição essencial. Porém a obrigação juridica correlativa não está 'naquellas pessoas com quem o homem pretende ássociar-se, porque estas, como pessoas, têm direito a rejeitar a associação, nem podem ser obrigadas a acceital-a sem serem tractadas como cousas; mas sim nas pessoas extranhas, com quem não pretende associar-se, que têm obrigação juridica de o não impedir. 2.<sup>a</sup> *Porém a obrigação de viver em sociedade é sómente moral*. O homem é obrigado, a

associar-se, pelos principios da moral; porque esta, como sciencia dos deveres, impõe ao homem o preceito geral de empregar as condições necessarias para a consecução do seu fim, e a associação é uma d'essas condições, e por ventura a mais importante. 3.<sup>a</sup> *E não juridica*. O Comp. no resto da nota dá a razão, porque o homem não tem obrigação juridica de associar-se, que vem a ser = porque sendo a obrigação juridica correlativa a um direito, não é possível determinar a pessoa ou pessoas, a quem pertence esse direito correlativo á obrigação de viver em sociedade, visto que o homem não póde viver em sociedade com todos os homens, que povoam a terra. Além d'este argumento podemos acrescentar, sem fallar de muitos outros, — que o homem é livre na escolha do fim, e no emprego das condições; e a associação é uma condição, a que elle póde dar de mão porque com este facto não lesa ninguém.

*Nota 2.<sup>a</sup>*

O Comp. 'nesta nota dá a razão porque não mencionou, no texto do §., a associação *moral*. *Não fallámos, etc.* A associação *moral* é a que tem por fim aperfeiçoar o individuo em todas as suas relações para com Deus, para consigo e para com os outros; n'outros termos, o fim da associação moral é o cumprimento de todos os deveres tanto juridicos como moraes. — a practica da virtude. Porém ha apenas um ensaio d'estas associações, mesmo nas nações mais adiantadas em civilisação. É notavel a sociedade de temperança contra a embriaguez nos Estados-Unidos. *Seria porém, etc.*, porque estas associações são o unico meio de levantar as classes pobres do estado de polhresa e miseria, e de as fazer caminhar para o estado de felicidade. Jouffroy §. 52, nota 3.<sup>a</sup> Darimon pag. 24 — 42, 67 — 70, 106 — 124, e 143 — 207. Sr. Ferrer, Curso pag. 173 — 174.

§ 75.

'Neste §. define o Comp. — o direito de *independencia*. *Tambem é absoluto, etc.* O Comp. define o direito d'independencia objectivamente, como consistindo nas condições

necessarias para conservar a personalidade exempta da coacção *arbitraria* d'outrem. É verdade, que o homem está sujeito á coacção quando ultrapassa as raias da sua esphera juridica, porque leza os outros: mas a coacção 'neste caso é justa, e o lesante tem de a soffrer, visto que obrou como um dezarrasoado, invadindo a esphera juridica dos outros. Na 2.<sup>a</sup> parte do §. dá o Comp. a razão da proposição, estabelecida nas primeiras linhas, — *porque nenhum homem, etc.* De feito, nenhum homem só pelo titulo geral da natureza humana, i. é, só porque é homem, pôde obrigar outro a practicar ou omittir acções, que a este permite o direito dentro da sua esphera; porque a natureza em geral é a mesma em todos os homens; pois que os elementos constitutivos são os mesmos, e se qualquer só porque é homem podesse impor a outro a sua vontade, este que tambem é homem podia pela mesma razão obrigar aquelle, o que é contradictorio e inexequivel. Porém o Comp. nas palavras — *só pelo titulo geral* — dá a entender, que, accrescendo o outro titulo, que é o *especial*, o individuo pôde ser obrigado a practicar acções, a que não era obrigado só pelo titulo da natureza humana. E com effeito quando se deu algum facto pelo qual o homem se obriga a certa cousa tem obrigação de cumprir: v. g. o mandatario pôde ser obrigado pelo mandante a cumprir a procuração, em virtude do contracto que celebraram; porém o direito do mandante é hypothetico: por consequencia o direito absoluto de independecia consiste ao completa exempção da coacção *arbitraria* d'outrem.

#### *Nota.*

O Comp., 'nesta nota, dá a razão por que se occupa do direito de independecia, tendo já fallado do direito de liberdade. *O direito de independecia, etc.* É certo que o direito de independecia está comprehendido no direito de liberdade, porque se o homem tem direito a practicar acções segundo o seu alvedrio dentro da sua esphera (*direito de liberdade*), ha de necessariamente estar exempto da coacção dos outros na practica d'essas acções (*direito d'independecia*) este é uma consequencia d'aquelle. *Porém este direito,*

etc. O Comp. todavia tracta em separado estes dois direitos, porque cada um d'elles segundo a sua feição torna mais salientes as demonstrações. Assim na liberdade positiva, que consiste no poder que o homem tem de praticar acções, tem mais logar a applicação do direito da liberdade a qualquer demonstração: assim, rasgo a minha capa porque sou *livre*; e na liberdade negativa, que consiste na exempção da força alheia no exercicio d'esta faculdade, tem melhor logar o direito de *independencia*: v. g., não juro falso porque sou *independente*. É indifferente, na realidade, para o rigor da demonstração applicar nos dois casos qualquer dos dois direitos; todavia parece que a verdade se faz sentir melhor, fazendo applicação para a 1.<sup>a</sup> hypothese do direito de *liberdade*, e para a 2.<sup>a</sup> do direito de *independencia*. O nosso modo ordinario de fallar comprova o que levamos dicto, e veremos ao diante a conveniencia d'esta distincção. Belime, vol. 2, pag. 14 — 16.

### §. 76.

Neste §. menciona o Comp. alguns dos principaes direitos, que se encerram no direito de independencia. *O direito d'independencia*, etc. Se o direito de independencia é o mesmo que o direito de liberdade, e se este se encerra no de personalidade, e se a personalidade se compõe das duas substancias *alma e corpo*, é consequente que o direito de independencia se refere tanto á alma como ao corpo, e ás faculdades tanto d'aquella como d'este, as quaes são attributos vinculados ou constitutivos d'aquellas substancias: advertindo, que os productos das operações das faculdades da nossa alma não entram no campo do direito, senão quando pela manifestação revestirem um character de exterioridade. *D'este direito pois se derivam os direitos*: 1.<sup>o</sup> *á conservação da vida*, porque sendo o direito a sciencia das condições, e sendo a vida a condição primeira é indispensavel para o conseguimento de quaesquer fins, é consequente que o direito deve fornecer as condições para ella se conservar. 2.<sup>o</sup> *para o desinvolvimento moral do homem*. Já vimos que um dos fins a que o homem se pôde propor é o fim moral, para o qual o direito, como sciencia da condicionalidade, deve garantir as condições já positi-

vas, como são a educação e instrução; já negativas, não exigindo d'elle cousas contrarias ás suas convicções, 3.º *para a cultura e aperfeiçoamento da razão theorica e practica.* A razão é *theorica*, quando procura a verdade pela simples curiosidade de saber, e *practica*, quando procura a verdade para o homem conformar com ella as suas acções: porém ou opère d'um modo ou d'outro, a razão é o principio cognoscitivo de todas as sciencias, e por isso do direito; é uma faculdade muito nobre do homem, para cujo desinvolvimento o direito deve fornecer as condições, visto que o direito se dirige a todas as faculdades do homem. 4.º *para conservar a perfeição natural do corpo, e para adquirir a adventicia.* Perfeição é a qualidade que tem um objecto de ser de tal modo appropriado ao seu fim, que nada lhe sobeja nem falta para o conseguir. É *natural* a que se recebe da natureza, v. g., a *saude*, e por isso o Comp. não diz — *acquirir saude*, mas sim *conservar*; e *adventicia* quando procede do trabalho humano v. g. a *agilidade*, e por isso o Comp. não diz — *conservar agilidade*, mas sim *acquirir*. *Dexteridade* é a habilidade das faculdades phisicas em executar qualquer operação com facilidade. *Agilidade* é a promptidão dos movimentos das faculdades phisicas. *Decoro* é a temperança no prazer dos sentidos, em harmonia com a opinião pública. O direito pois, que fornece as condições para o desinvolvimento da natureza corporea, deve por isso subministrar-as, para a conservação e aquisição da perfeição do corpo. 5.º *para satisfazer aos officios moraes para com Deus, para consigo e para com os outros.* Os officios para com Deus referem-se ao fim religioso, e os moraes para conosco e para com os outros ao fim moral, e por isso o direito que deve subministrar as condições para todos os fins, egualmente as deve fornecer para estes dois.

*Nota, vid.*

O Comp. na nota recorda-nos principios já estabelecidos, — que o homem não tem direitos relativamente a Deus nem á natureza. De feito, quando dizemos, que temos direito de prestar culto a Deus, não queremos dizer que

elle tenha a obrigação correlativa de aceitar as nossas adorações, aliás era suppol-o sugeito a obrigações, e por consequencia limitado, o que é visivel absurdo: mas sim que os outros homens têm a obrigação juridica de nos não embaraçarem na prestação d'esse culto. Egualmente quando dizemos, que temos direito de respirar o ar, não queremos dizer que a obrigação correlativa está na natureza, porque esta não está em sociedade com os homens, não entretem com elles relações juridicas, nem é pessoa para gozar direitos e estar sugeita a obrigações: mas sim que os outros homens têm a obrigação juridica de nos não tolher a respiração do ar. Sr Ferrer, Curso pag. 82 — 83, e 155, Ahrens pag. 274 — 279.

### §. 77.

'Neste §. aponta o Comp. outros direitos, que se derivam do direito de independencia. Porém no §. antecedente expoz os direitos, que se referem ao fim individual, e 'neste, os que se referem ao social e humanitario. Isto mesmo se deixa ver das primeiras palavras do §. = *O direito dirige-se não só ao fim individual, mas tambem ao social do homem e da humanidade.* Estas duas linhas são a demonstração da doutrina do resto do §. *O fim individual* é o maximo desinvolvimento do indivíduo em todas as suas relações; o *social* é a realização dos fins individuaes. Porém estes dois fins estão tão intimamente ligados, que não é possivel conseguir um sem o outro. Não se pôde conseguir o fim *social* sem o *individual*, porque o social é a realização dos fins individuaes, e por tanto supõe-nos conseguidos: nem o *individual* sem o *social*, porque o individuo para conseguir o seu fim precisa que a sociedade lhe preste as condições de desinvolvimento e o ajude, o que é impossivel se ella não estiver em certo estado de desinvolvimento. O Comp. deduz, como conclusão d'esta doutrina, os seguintes direitos: 1.º *para promover a conservação dos outros homens*; porque a conservação d'elles é a primeira condição para a realização do destino social; e o direito deve fornecer as condições para o conseguimento de todos os fins, e por tanto do social. 2.º *para os ajudar a conse-*



*guir os seus fins racionais*, porque o conseguimento dos fins racionais dos outros é o que nós chamamos *fim social*, e o direito deve subministrar as condições para a realização d'este fim. 3.º *para auxiliar-os no desinvolvimento das suas faculdades physicas e intellectuaes* — porque este desinvolvimento é que constitue o *fim social*, e o direito deve fornecer as condições para o conseguimento d'este fim. 4.º *para promover o desinvolvimento da humanidade*. Este 4.º direito refere-se ao fim humanitario, para que o homem tem direito de concorrer, porque nada do que é humano lhe deve ser estranho: e, ainda que não se ache actualmente organizada uma sociedade humanitaria, a identidade dos elementos constitutivos da natureza humana faz-nos prever no futuro uma unidade de associação. Ainda podemos demonstrar por outro lado os quatro direitos mencionados; — porque as condições a que elles se referem são objecto dos deveres moraes, e o direito deve fornecer as condições para o conseguimento do fim moral.

#### Nota.

O Comp., 'nesta nota, diz-nos quaes as pessoas, que têm as obrigações correlativas a estes direitos. Serão as pessoas a quem queremos prestar nossos bons officios? O Comp. diz (*estes direitos, etc.*) que estas pessoas não podem ser obrigadas a acceptar o beneficio, e que apenas temos direito de lh'o *offerecer*; e dá duas razões: 1.ª (*porque são ellas etc.*) porque só o proprio individuo é o juiz das suas circumstancias, que podem não ser conhecidas dos outros, pois que ás vezes são tão complicadas, que nem elle proprio as conhece: d'onde podia acontecer que o individuo, ou não carecesse do beneficio, ou recebesse com elle mais prejuizo do que proveito; 2.ª (*Além d'isso, etc.*) porque se nós constrangessemos uma pessoa no uso da razão a acceptar um beneficio, desconheciamos o seu character pessoal, que lhe confere o direito de liberdade e de independencia, para obrar livremente, e não ser embaraçado pelos outros dentro da sua esphera juridica. O Comp. diz na ultima parte da nota (*Com relação, etc.*) em

quem reside esta obrigação correlativa, que é nos outros para nos não embaraçarem no exercício da beneficencia; porque aquelle, que nos embaraçasse, invadia a nossa esphera juridica, e tolhia-nos o cumprimento d'um dever moral. Assim o rico tem direito de dar esmola ao pobre, porém a obrigação correlativa não reside neste, que póde acceital-a ou deixar de a acceitar segundo lhe aprover; mas sim nos outros homens que não devem embaraçar ao rico aquelle acto de beneficencia. Sr. Ferrer, Curso pag. 188.

### §. 78.

'Neste §. continúa o Comp. a fallar do direito de *beneficiar*, com effeitos diversos dos mencionados no §. antecedente, porque alli tractou d'este direito com relação ás pessoas que estão no uso da razão, e aqui com relação ás pessoas que estão privadas do uso da razão. A proposição do §. está no primeiro periodo. — *Este direito de beneficiar os outros vae mais longe a favor d'aquelles individuos. que não podem conseguir o seu destino racional por algum defeito phisico v. g. os impuberes*, que por falta do desenvolvimento phisico não têm ainda a razão desenvolvida, *ou intellectual, perpetuo v. g. os dementes*, que têm as faculdades intellectuaes em completo desarranjo, *ou temporario v. g. os furiosos e embriagados*, porque passado o accessó do furor, e a allucinação da embriaguez, recobram o uso da razão. O Comp. no segundo periodo (desde *estes* — até — *fazer*) dá duas razões para provar que o direito de beneficiar é mais amplo com relação aos que estão privados do uso da razão, e que *é licito compellit-os por força* a acceitar o beneficio: 1.<sup>a</sup> porque estas pessoas estando privadas do uso da razão, estão igualmente privadas do exercício da liberdade pela qual o homem escolhe o bem e as condições para o conseguir, porque a razão não funciona para mostrar á liberdade o bem que ella deve seguir e as condições que deve empregar: é, por isso, mister encarregar a outras pessoas a sua direcção, e que exercam em seu nome os seus direitos, tolhendo-se-lhes assim o exercício do direito de independencia. 2.<sup>a</sup> porque se sup-

põe que estas pessoas, se tivessem o uso da razão, acceitariam o que fosse em seu beneficio, e ratificarão, apenas restituidas ao exercicio das suas faculdades, tudo o que se tiver feito em seu favor. No resto do §. faz o Comp. duas observações: a 1.<sup>a</sup> está nas palavras. — *Não é porém licito o tractal-os como cousas ou meros meios para fins alheios; o que seria lezão.* O homem por estar privado do uso da razão, não deixa de ser pessoa, nem de conservar a sua dignidade juridica e moral; não perdeu o character racional; porque ainda, que a razão não funcione, contudo existe, e por isso o homem é fim proprio e não meio para os fins dos outros: 'noutros termos, pode-se usár da força contra estas pessoas em seu beneficio, mas não em beneficio alheio. A 2.<sup>a</sup> está nas palavras — *nem causar-lhes um mal maior, do que a falta do bem, que por força lhes queremos fazer.* — Com effeito, se o direito de compellir pela força estas pessoas a acceitar um beneficio se funda na presumpção de que ellas o acceitariam, se tivessem o uso da razão, esta presumpção cessa logo que se lhe cause um mal maior do que o bem que lhe queremos fazer, porque 'neste caso em lugar de lhe prestar-mos um beneficio, causamos-lhe um verdadeiro prejuizo: assim se cortarmos um braço a estas pessoas para as livrarmos de cortarem um dedo, somos responsáveis por este damno.

#### Nota.

O Comp., 'nesta nota, apresenta duas conclusões deduzidas d'este §. e do antecedente: 1.<sup>a</sup> *Assim que, podemos embaraçar que qualquer homem se suicide,* é dá o Comp. a razão; *porque pôde presumir-se que elle não tem o uso perfeito da razão.* Na verdade o dever da conservação acha-se tão fortificado pelo amor da vida e pelo horror natural da morte, que se deve presumir, que não tem o perfeito uso da razão os suicidas. E de feito, a experiencia mostra que o homem não se separa da vida com a mesma placidez com que sabe d'um theatro, mas que é arrastado por alguma paixão violenta que abafa os dictames da razão, ou por completo desarranjo intellectual. Em qualquer dos casos, pois, podemos embaraçar esse homem de suicidar-se, pela presumpção de que elle não está no perfeito uso da razão.

Além de que, o homem não tem o direito de suicidar-se; porque sendo o direito a sciencia da condicionalidade, e devendo como tal fornecer as condições para o conseguimento dos fins racionais, não pôde subministrar as condições para o homem se suicidar, aliaz garantiria ao mesmo tempo condições para o homem conseguir e não conseguir o que é uma contradicção. 2.<sup>a</sup> *Pelos principios d'estes douz §§. deve entender-se a regra* = *invito non datur beneficium* = quer dizer — não é licito compellir qualquer que está no uso da razão a aceitar um beneficio, que é a doutrina do §. 77, e só ha uma excepção: — quando essa pessoa está privada do uso da razão, porque se presume que o accitaria, se não fosse o seu desarranjo intellectual, que é a doutrina do §. 78.

### §. 79.

O Comp. 'neste §. tracta d'um outro direito absoluto, que se refere ao uso das cousas: O Comp. na 1.<sup>a</sup> parte do §. faz a divisão das cousas em *internas* que são as ligadas á personalidade v. g. as faculdades; e *externas* que estão separadas das pessoas v. g. os alimentos, vestidos, etc. Em quanto ás cousas *internas* facilmente se comprehende que o homem tem um direito absoluto sobre ellas, v. g. sobre o seu braço, etc., porque são attributos da personalidade, e se demonstrámos que tínhamos um direito absoluto sobre a nossa pessoa, é consequente que temos um direito absoluto sobre as partes constitutivas d'essa pessoa. Para demonstrar que temos um direito absoluto d'usar das cousas *externas*, segue o Comp. rota differente: — o homem não pôde conseguir os seus fins sem o uso das cousas *externas*, v. g. não pôde viver sem alimentos, e a vida é a primeira condição para a realisação do seu fim: mas o direito deve subministrar as condições necessarias para o conseguimento do fim do homem, logo o direito deve garantir-lhe o uso das cousas *externas*. É egualmente facil de provar, que o direito de usar das cousas se deriva do direito de personalidade; porque, se o homem pelo direito de personalidade pôde conservar a sua pessoa com todas as vantagens de que a dotou o creador, e se esta conservação depende indispensavelmente do uso das cousas,

é consequente que o direito de personalidade encerra o direito de *usar das cousas*.

*Nota 1.ª*

O Comp. 'nesta nota dá as definições de: *uso, detenção, posse, apprehensão e occupação*, que é mister ter bem presentes na memoria, porque nos havemos servir d'ellas a cada passo.

*Nota 2.ª*

O Comp., 'nesta nota, faz uma observação, e vem a ser — que não se pense que o direito de *usar das cousas*, por se referir ás *cousas*, como materia da sua applicação, é um direito *material ou hypothetico*; porque nós fallamos do direito de *usar das cousas em geral*, e não do direito de usar de uma *cousa certa e determinada*. Por exemplo, eu tenho direito de usar das *cousas nullius*, mas este direito é um direito *puro*, porque não se refere a um objecto certo; e *ideal*, porque existe apenas no meu espirito: 'noutros termos é *absoluto*; porém, se encontro um diamante na praia, e o occupo, o direito, que acquiri sobre esta *cousa*, já é *material e hypothetico*, porque existe determinada a materia sobre que elle se exercita: é o direito *absoluto* já realisado; porém nós fallamos aqui do direito absoluto, ainda não realisado.

Tractámos pois dos direitos absolutos, de que os philosophos fazem cada um sua classificação. Ahrens, por exemplo, enumera os de personalidade, egualdade, liberdade e associação; Jouffroy os de personalidade, actividade, e uso das *cousas*. O Comp. expoz os principaes direitos absolutos, d'onde se podem deduzir muitos outros; mas basta o conhecimento d'estes, para se comprehender a theoria dos direitos absolutos. Jouffroy, §. 50 — 51. Sr. Ferrer, *Cursa*, pag. 83 — 84, e 97 — 98.

## SECÇÃO II.

**N**esta secção tracta o Comp. da *natureza dos direitos absolutos*, i. é, das qualidades, que os caracterizam, para os distinguirmos dos direitos hypotheticos.

### §. 80.

Neste §. occupa-se o Comp. da 1.<sup>a</sup> característica dos direitos absolutos, e que serve para os distinguir dos hypotheticos; e é a seguinte, — os direitos absolutos não *necessitam de prova*, e os direitos hypotheticos *necessitam de prova*. Na 1.<sup>a</sup> parte do §. (*desde visto — até — collocado*) falla o Comp. dos direitos absolutos. A proposição está nas palavras — *é evidente — até — collocado*; e a razão da proposição nas duas primeiras linhas do §. O homem para fazer valer os seus direitos perante os seus semelhantes precisa de apresentar uma *prova*, i. é, a razão em que fundamenta esse direitos; ora os direitos absolutos são um resultado necessario da natureza humana, porque correspondem ás diferentes qualidades que a constituem; mas a natureza humana é sempre a mesma em todos os homens, quaesquer que sejam as suas *circumstancias*, i. é, ou sejam ricos ou pobres, sabios ou ignorantes: logo os direitos absolutos, que têm o seu fundamento na natureza humana, não *necessitam de prova*. Assim para mostrar que sou *livre*, basta apresentar-me, não é mister deduzir outra prova; o *facto de ser homem* é prova sufficiente. *Não é porém*, etc. Os direitos hypotheticos, ainda que têm igualmente o seu fundamento na natureza humana, dependem d'um *facto*, para a sua existencia que póde ser: *seu*, v. g., a occupação d'uma coisa *nullius*; ou *alheio*, v. g., o *facto da lezão* pelo qual acquiro sobre o lezante um direito á reparação; ou *seu e alheio* ao mesmo tempo, v. g. um contracto, pelo qual acquiro um direito que outrem me transfere. Assim para obrigar o livreiro a entregar-me o livro que me vendeu, é mister apresentar o titulo da venda, *porque*

*os factos não se presumem.* A presumpção funda-se no que ordinariamente acontece em virtude da natureza das cousas; o que se não dá com os factos, que dependem de circumstancias essencialmente variaveis. Sr. Ferrer, Curso pag. 72.

### §. 81.

Neste §. menciona o Comp. uma outra característica dos direitos absolutos, e que serve para os distinguir dos direitos *hypotheticos*, que é—serem os direitos absolutos a fonte dos *hypotheticos*, e estes uma emanação d'aquelles. A proposição do §. está nas palavras.—*Assim o direito primigenio — até — particular —*, e a razão da proposição está nas duas primeiras linhas do §. Vimos no §. 33 que o titulo do direito póde ser *geral* ou *especial*: que o *geral* se funda na natureza humana, para cujo desenvolvimento o homem póde aspirar ás condições necessarias; e que o *especial* consiste nos factos. Porém o titulo *especial* é subordinado ao titulo *geral*, porque a razão do direito é o servir de condição de desenvolvimento á natureza humana; e portanto nenhum facto póde dar logar á existencia d'um direito, que não seja condição de desinvolvimento para a natureza humana, e que não se funde, por consequencia, no titulo *geral*. Ora os direitos absolutos fundam-se no titulo *geral*, e os *hypotheticos* no especial; logo os direitos *hypotheticos* hão de ser subordinados aos direitos absolutos, assim como a sua causa (*os factos*) é subordinada á causa dos direitos absolutos (*a natureza humana*). Diz o Comp. — *que os direitos hypotheticos não são mais do que emanações dos direitos absolutos, determinadas por um facto particular.* — Por exemplo, eu tenho o direito absoluto d'usar das cousas externas, mas se apprehendo uma coisa *nullias*, v. g. um diamante que não tem dono, e o especifico, elle fica sendo objecto do meu direito, mas do direito *hypothetico*. A fonte d'este direito *hypothetico* foi o direito absoluto d'usar das cousas externas; porque se eu não tivesse o direito d'uzar das cousas externas, nunca eu teria o direito de occupar o diamante: e o direito *hypothetico*, que acquiri sobre o diamante, é uma emanação do direito absoluto d'uzar das cousas externas, porque este é

a fonte d'aquelle; emanação esta, que foi realisada pelo *facto particular* da occupação. As trez ultimas linhas do §. são uma conclusão do que se estabelece na 1.<sup>a</sup> parte. Assim, que, dizemos um *contracto justo ou injusto*, i. é, um *contracto* é *justo*, quando se funda nos direitos absolutos; *injusto* quando é contrario aos direitos absolutos. Por exemplo, eu tenho o direito absoluto de associar-me para conseguir os meus fins racionais; e, por isso, se entrar 'numa sociedade, v. g. d'instrucção ou beneficência, fico obrigado ás condições estipuladas no *contracto* da formação da sociedade, porque elle se funda no direito absoluto d'associação: mas se, pelo contrario, entrar 'numa sociedade de ladrões, não fico obrigado ao *contracto*, que rege a instituição d'esta sociedade, porque elle não tem fundamento nos direitos absolutos, e oppõe-se ás obrigações absolutas, que nós temos, de respeitar os direitos dos outros.

Logo o *contracto* presuppõe sempre o direito como anterior. Rejeitamos, pois, a doutrina dos antigos que sustentavam, que os *contractos* criam direitos; porque, sendo os *contractos* filhos da vontade dos pactuantes, por mais injustas e absurdas que fossem as condições estipuladas, seriam justas só por serem filhas da vontade dos *contrahentes*, e por este modo o direito não seria um principio universal, porque dependia da vontade do homem, nem poderia regular d'um modo permanente as relações sociaes.

#### Nota 1.<sup>a</sup>

Vid. É uma conclusão da doutrina do §. O homem não pôde, ainda por um *contracto*, tornar-se escravo, visto que os direitos hypotheticos devem subordinar-se aos direitos absolutos; e, pela renuncia da liberdade, o homem deixava de ser pessoa, e offendia immediatamente o direito absoluto de *personalidade*. O Comp., empregando o termo *totalmente*, não quer dizer, que o homem possa renunciar uma parte da liberdade, porque a liberdade é uma faculdade ideal, e por consequencia impartivel; mas sim que o homem pôde obrigar-se á omissão de certa acção, privando-se assim da sua liberdade em quanto a este objecto. Por-



tanto o Comp., quando usa da expressão — *totalmente*, — não se refere á liberdade em si, mas á acção ou objecto, a que a liberdade pôde applicar-se.

*Nota 2.º*

Esta nota é outro corollario da doutrina do §. *Póde*, etc., até *acquiridos*. Os direitos hypotheticos devem ter o mesmo valor aos olhos da razão. que os absolutos, por que se fundam tambem no titulo geral; não são mais do que o exercicio dos direitos absolutos: assim, quando acquirio o direito hypothetico sobre o pão com que me alimento, exerço o direito absoluto d'uzar das cousas externas: por consequencia, quem lezar os direitos hypotheticos, leza o exercicio dos direitos absolutos ou os direitos absolutos. As duas expressões — *sagrados e inviolaveis* — são synonymas em jurisprudencia, e querem dizer, — que os direitos devem ser respeitados e não devem ser violados. Neste sentido isto é, no sentido de que os direitos tanto absolutos como hypotheticos são igualmente validos aos olhos da razão, porque tem a mesma causa a natureza humana é que deve entender-se a regra — os direitos não soffrem excepção, i. é, os direitos não devem ser preferidos uns aos outros: não ha direitos mais fortes nem mais fracos, todos são igualmente validos. Não deve porém entender-se esta regra com relação aos direitos, considerados como *materiaes*, ou quando se tracta da sua applicação, porque pôde dar-se um tal concurso de circumstancias, que não possam ser todos igualmente satisfeitos; e que seja mister o preferir alguns segundo o valor dos fins, e a importancia das necessidades. Sr. Ferrer, Curso, pag. 162—169 e 299—301.

§. 82.

Neste §. e nos trez seguintes tracta o Comp. d'outra caracteristica dos direitos absolutos, e que os distingue dos hypotheticos, que é — *a equaldade*. Este §. contém duas proposições e duas razões. A primeira proposição está nas palavras. — *Os direitos absolutos são eguaes em todos os homens*. i. é, todos os homens têm o mesmo numero de

direitos absolutos, e da mesma natureza. E o Comp. dá a razão — *porque nascem*, etc. Na verdade, se os direitos absolutos são um resultado necessario da natureza humana, e se esta é sempre a mesma em todos os homens, em todos os tempos e em todos os logares, porque os seus elementos constitutivos são inalteraveis, é consequente que os direitos absolutos são os mesmos em todos os homens; *porque as mesmas cousas hão de produzir os mesmos effeitos*. Diz o Comp. que os direitos absolutos são eguaes — *ainda 'naquelles, que se acham privados do seu exercicio por algum defeito physico ou intellectual*. Assim o infante e o mentecapto não pódem exercêr os seus direitos, mas nem por isso deixam de os ter; porque são cousas differentes a *existencia* do direito, e o *exercicio* do direito: não podem estas pessoas exercêr seus direitos, mas não estão privadas d'elles, porque não estão privadas da natureza humana, d'onde elles resultam necessariamente; e por isso alguém os hade exercêr em seu nome. A 2.<sup>a</sup> proposição está nas palavras. — *Pelo contrario os direitos hypotheticos são desiguales*, i. é, os homens não têm o mesmo numero de direitos hypotheticos. E o Comp. dá a razão nas palavras — *acquiridos por factos variaveis entre os homens*. — Se a existêcia dos direitos hypotheticos depende dos factos, e se os homens praticam mais ou menos *factos* segundo as circumstancias em que se acham, e os fins a que se propõem, segue-se, que os direitos hypotheticos não são os mesmos em todos os homens, ainda que todos os homens têm a mesma natureza; pois que além d'este titulo geral necessitam do titulo especial.

*Nota 1.<sup>a</sup> Vid.*

O Comp. 'nesta nota dá a razão, porque considera a *egualdade*, como uma qualidade essencial de todos os direitos absolutos; e não como um direito absoluto em si. Assim como os antigos escriptores de direito natural consideravam a *faculdade da coacção*, como um direito distincto de todos os outros direitos, quando esta faculdade não é diversa de qualquer direito, antes acompanha ou forma, para assim dizer, uma parte de todo o direito, como con-

dição para a sua realisação; do mesmo modo alguns philosophos modernos, como Ahrens e outros, consideram a *egualdade*, como um direito distincto de todos os direitos absolutos. O Comp., porém, com razão abandonou esta idéa; porque—correspondendo os direitos absolutos ás qualidades essenciaes da natureza humana, e não sendo a *egualdade* uma qualidade distincta das qualidades fundamentaes da natureza mas antes o resultado d'essas qualidades, pois que a causa da *egualdade* é a identidade d'essas qualidades em todos os homens: é consequente, que a *egualdade* não é um direito absoluto distincto dos outros, porque não tem uma qualidade distincta na natureza humana, a que corresponda; mas sim uma qualidade essencial a todos os direitos absolutos, assim como é uma qualidade essencial dos elementos constitutivos, que formam a natureza de cada homem. De mais a *egualdade* é uma idéa relativa; e por isso não se pôde considerar, como um direito absoluto que exista por si, visto que se refere a alguma cousa.

### Nota 2.ª

O Comp. aponta, 'nesta nota, os principios, pelos quaes se resolvem todas as objecções, que possam offerecer-se contra a *egualdade* da naturezâ humana. O Comp. principia por nos recordar a doutrina do §. 4.º onde vimos, que a natureza humana era a mesma em todos os homens, porque o typo do genero humano era um só; e o typo é o resultado dos elementos constitutivos, que são os mesmos em todos os homens. Nem se diga, que o reino animal abrange differentes especies de animaes, que têm diversa natureza segundo o gráo, que occupam na escala da criação; porque os homens formam uma *especie* distincta a que hoje se dá o nome de reino—*hominal*; e, por tanto, tem uma só e a mesma natureza. Porém ainda se objecta, que a especie humana abrange diversas raças, que tem algumas differenças tanto na parte *phísica*, como na parte *moral*: assim a raça preta é inferior á branca tanto na parte *phísica*; v. g. no feitio do cranco, do cabello, côr de pelle, gradação do angulo facial, etc.; como na parte *moral*; porque não é dotada de tanta perspicacia e finura

como a branca. A isto porém respondemos, que taes differenças são apenas *accidentals*; porque, na parte *physica*, tanto uma como a outra raça são dotadas dos órgãos necessarios á vida, o feitio do craneo ou a côr da pelle nada influem na existencia e duração do homem; e, na parte *moral*, admittido mesmo, que a raça preta não tenha as faculdades tão perfectas como a branca, todavia é capaz de elevar-se ao conhecimento dos principios e causas das cousas, de conhecer as idéas absolutas da verdade e do bem, e applical-as á vida practica. Alem de que, se apparecem na raça preta muitos homens com inferioridade d'intelligencia quasi invencivel, nem por isso deixam de ser homens, como o não deixam de ser muitos brancos, que estão nas mesmas ou peores circumstancias.

Por consequencia, sendo os mesmos os elementos constitutivos em todas as raças da especie humana, e sendo a identidade dos elementos a causa da identidade do typo, e este a causa da identidade da natureza humana, segue-se que todos os homens têm a mesma natureza; e por isso os mesmos direitos absolutos.

### Nota 3.ª

Nesta nota explica o Comp. a razão da *desigualdade* dos direitos hypotheticos entre os homens, que *com cedo sobrevem á equaldade dos direitos absolutos*; porque os direitos absolutos nascem com o homem, *independentemente da practica d'algum facto*, e a *dezegualdade dos direitos hypotheticos não apparece com o nascimento do homem*, porque estes dependem da practica dos factos, mas *vem cedo*, por quanto o homem começa a adquirir os direitos hypotheticos, logo que se desenvolve a ponto de practicar factos, d'onde resultem direitos; e mesmo pelo facto da lesão os pôde adquirir. E diz o Comp. que esta desigualdade se verifica por um de dois modos: 1.º *pela diversidade do desinvolvimento*; 2.º *pela diversidade de applicação a certos fins*. Quanto ao 1.º O *desinvolvimento* é o fim geral da humanidade, mas nem todos conseguem um *igual desinvolvimento*, uns desenvolvem-se mais, outros menos, porque o *desinvolvimento* depende da actividade do

homem, que varia segundo o seu temperamento, os seus habitos, etc. Ora consistindo o direito nas condições necessarias para o *desenvolvimento*, e sendo estas em maior ou menor numero, segundo este é maior ou menor, segue-se, que os direitos hypotheticos são mais ou menos segundo o *desenvolvimento* é maior ou menor; e que os direitos hypotheticos são desiguaes, porque desigual é o *desenvolvimento*, para que elles servem de condições. Quanto ao 2.º Sendo muitos os fins, a que o homem se pôde propor, e as suas forças limitadas de modo, que não pôde dirigir-se a todos, deve proseguir aquelle, que mais se compadrece com a sua vocação natural e com os meios que possui para o realisar; mas o direito deve prestar as condições para estes diversos fins, logo os direitos hypotheticos são *desiguaes*, porque são diversos os fins a que servem de condições. No resto da nota (*Isto porém não obstante até — ao fim*) observa o Comp., que todos estes fins são igualmente importantes, como condições para o fim geral. E, na verdade, estes diversos fins devem ser igualmente protegidos pelo direito, que não deve conceder privilegios a uns em prejuizo dos outros, pois que elles não têm valor em si, mas sim como condições para o conseguimento do fim geral; mas o direito deve fornecer a todos os homens igualmente as condições para o fim geral, logo deve garantir a cada um igualmente o conseguimento do seu fim particular, porque é a condição da realisação do fim ultimo. Jouffroy, §. 50—53. Darimon, pag. 58—59. Sr. Ferrer, Curso, pag. 76—77. Ahrens, pag. 279—284 e Cours de Philosoph. vol. prem. pag. 114—146.

### §. 83.

'Neste §. apresenta o Comp. trez corollarios, deduzidos da doutrina estabelecida no §. antecedente. *Importa, pois*, diz o Comp., *distinguir nesta materia da equaldade trez pontos principaes: — 1.º a equaldade fundamental de disposições e faculdades.* As disposições e faculdades essenciaes da natureza humana são as mesmas em todos os homens, porque são um resultado necessario dos elementos constitutivos d'essa natureza, que são os mesmos em toda a hu-

manidade: e as mesmas causas produzem os mesmos effeitos. 2.º *A desigualdade de desenvolvimento e d'applicação.* O homem, além da natureza geral, tem a natureza particular, em virtude da qual ha **desigualdade** não só de *desenvolvimento* entre os homens, porque este depende da actividade do individuo, que é maior ou menor segundo a sua natureza particular; mas também *d'applicação*, porque o homem segundo a sua natureza particular tem de se applicar a fins especiaes, que estejam em harmonia com a sua vocação. 3.º *a egualdade de dignidade de todos os ramos da actividade humana.* Estes diferentes ramos da actividade humana são as condições para o conseguimento do fim ultimo; e por isso tem igual direito a serem protegidos, visto terem a mesma importancia, como condições para o fim geral.

*Nota 1.ª, vid.*

Esta nota refere-se ao 1.º corollario estabelecido no corpo do §. De feito, se o homem tem direito a haver as condições necessarias para o desenvolvimento das suas faculdades, tanto phisicas como espirituaes, e se estas faculdades são eguaes e as mesmas em todos os homens; segue-se, que todos os homens hão de ter o mesmo direito a haver essas condições; *porque onde ha a mesma razão deve haver a mesma disposição.*

*Nota 2.ª*

Refere-se esta nota ao 2.º corollario. *D'esta desigualdade, etc.* — até — *ramo d'industria.* Na verdade, se o direito deve fornecer as condições para os fins do homem, e, se este se applica a diversos fins segundo a sua vocação e circumstancias, segue-se, que essas condições hão de ser diferentes e desiguaes segundo esses fins; e *desiguaes*, portanto, os direitos hypotheticos que as tem por objecto. *Porém 'nesta desigualdade, etc.* — até o fim. Assim um Professor precisa de condições diferentes, das que necessita um simples marceneiro; e a verdadeira egualdade consiste em tractar seres desiguaes *desigualmente*, i. é, conforme a sua natureza e fim.

## Nota 3.ª, -vid.

Refere-se ao 3.º corollario. Com effeito, se os differentes ramos da actividade humana são igualmente importantes para o conseguimento do fim ultimo, não se deve conceder privilegio a algum d'elles, porque não ha razão que justifique tal preferencia, visto que todos têm a mesma importancia. Além de que, este favor concedido a qualquer profissão social faria, com que ella fosse mais procurada, e as outras desinbassem. O Comp. apresenta uma excepção — quando é mister *favorecer algum ramo d'industria nascente*. Na realidade, quando um ramo d'industria está no seu principio, o meio de o fazer progredir é conceder-lhe privilegios para attrahir á sua profissão. Porém esta protecção deve ser *temporaria*, e retirar-se, logo que esse ramo d'industria se tenha desinvolvido a ponto de poder subsistir sem um tal privilegio; ou se conhecer que elle não progride apesar de taes favores. Darimon, pag. 59—61. Sr. Ferrer, Curso pag. 77—78. Ahrens, pag. 284—285.

## §. 84.

O Comp. 'neste §. faz a divisão da egualdade em *material e formal*, e occupa-se da *material*. *Aquella, etc.* A egualdade *material* é a repartição por todos os individuos da mesma somma de bens de fortuna. Porém o Comp. não admite esta egualdade — *Tal, etc.* Se o desenvolvimento varia de individuo para individuo segundo a sua maior ou menor actividade, e se segundo a diversidade do desenvolvimento precisa de diversas condições, é inconsequente o tractar com egualdade seres desiguaes. Por outro lado, o individuo, segundo os fins a que se applica, precisa de diversos meios; e por isso seria injusto fornecer as mesmas condições ao individuo que pretende graduar-se em qualquer das faculdades Academicas, e ao que aspira apenas a simples official mechanic. Para isto fôra mister nivelar as condições e vocações do individuo; 'numa palavra, reconstruir a natureza humana, o que é impossivel.

*Nota.*

Esta nota é a parte histórica do §. *Tal é a que ainda hoje existe em algumas corporações religiosas.* O Comp. apresenta-nos um exemplo da existencia d'esta egualdade material *nalgunas corporações religiosas.* Porém d'aqui não se pôde argumentar para a sociedade civil, como querem os communistas; porquanto *nestas corporações todos os seus membros viviam sob uma direcção uniforme, e achavam-se ligados pelas mesmas idéas e sentimentos, aspirando todos ao mesmo fim religioso, e por isso precisavam das mesmas condições e egual somma de bens para conseguirem o mesmo fim; quando na sociedade civil, são diversos os fins a que o homem se pôde propôr, e diversa a situação dos individuos com relação a esses fins; e d'aqui vem a necessidade de mais ou menos meios.* Por outro lado, os membros d'estas corporações dedicavam-se unicamente ao fim religioso, e recebiam os meios de subsistencia, ou do rendimento dos bens, com que concorria cada um dos membros, entrando na corporação, ou d'algun subsidio do estado: em todo o caso não se sustentavam, geralmente, á custa do suor do seu rosto; quando na sociedade civil é mister assegurar a cada um dos seus membros os fructos do seu trabalho, já para estimular a sua actividade, já porque o trabalho é o exercicio das faculdades, sobre as quaes elle tem um direito absoluto. *E houve em algumas sociedades nascentes.* Por certo as tribus errantes, quando fixavam sua residencia em qualquer ponto do globo, que achavam inhabitado ou conquistaram, podiam repartir entre si egualmente as porções d'esse territorio; mas a esta communhão com cedo devia sobrevir a desigualdade, conforme a diversa actividade dos membros d'essa sociedade. *E que alguns escriptores politicos olham como o fim, a que devem tender todas as reformas sociaes.* Os escriptores, a que o Comp. se refere, são os communistas e socialistas. As palavras *communismo* e *socialismo* primitivamente significaram a mesma idéa, e hoje mesmo não se acham bem precisadas as idéas, que estes dois termos envolvem, especialmente porque o systema do *socialismo* é apresentado com grandes alterações pelos escriptores



socialistas, posto que todos concordam na sua base. Todavia o *communismo* é o systema d'aquelles que, negando a propriedade individual, exigem a communhão de bens para todos os membros da sociedade civil. O *socialismo* é o systema d'aquelles que, respeitando até certo ponto a propriedade individual, exigem do estado a organização d'associações em todas as espheras da actividade humana, onde se assegure o trabalho a cada um dos individuos, para evitar que a falta de trabalho condemne o proletario á miseria ou á morte. Sr. Ferrér, Curso, pag. 78. Sr. Seabra, pag. 59 e nota, e 73—nota. Ahrens, pag. 285—286, e 434—435. Thiers, pag. 170—176.

### §. 85.

Neste §. diz-nos o Comp. em que consiste a *egualdade formal*, que é a *egualdade diante da lei*. Existe a *egualdade formal* todas as vezes, que a lei é uma regra geral para todas as pessoas que estão nas mesmas circumstancias, distribuindo igualmente os premios e as penas, sem fazer excepção contra ou a favor d'alguem. *Que nunca chega a destruir inteiramente as desigualdades sociaes*. Na verdade, sendo os homens, em virtude da sua natureza particular, susceptiveis de maior ou menor desinvolvimento, e de se applicarem a diversos fins segundo a sua vocação e circumstancias; e devendo a lei garantir as condições para o conseguimento dos fins, segue-se, que ella deve favorecer esses differentes fins igualmente, e não contrariar essas desigualdades sociaes. Portanto, quando dizemos que a lei deve ser igual para todos, queremos dizer — para todos os que proseguem fins identicos e estão nas mesmas circumstancias. *Esta egualdade, etc.* até ao fim. Com effeito se o direito reconhece em todos os seres racionaes os mesmos elementos constitutivos, e por isso a mesma natureza; e se a lei deve ser a traducção fiel do direito, (porque a lei é a expressão constante d'um principio) é consequente, que ha de dispor igualmente para todos os homens; aliás offenderia a egualdade da natureza humana. E por isso todo o homem, *por mais humilde que seja a sua condição*, i. é, ainda que seja pobre ou pouco

intelligente, tem direito a não ser embaraçado no cumprimento dos seus deveres em geral, e a exigir o respeito á sua personalidade, *só porque é homem*, .i. é, só porque tem as qualidades fundamentaes da natureza humana.

### Nota.

Nesta nota justifica-se o Comp. de não tractar algumas questões, que prendem com a theoria da egualdade. *Seria aqui, etc.* As diferentes alterações por que tem passado a desigualdade humana, e que marcam quatro epochas principaes do progresso da humanidade para uma egualdade completa e definitiva, são: 1.º a *instituição das castas*; 2.º a *escravidão*; 3.º a *servidão feudal*; 4.º o *pauperismo*. A *instituição das castas* teve a sua origem na associação de muitas raças diferentes, das quaes umas, em razão da superioridade da sua organização physica ou intellectual, *submitteram* as outras ao seu dominio, como aconteceu na India, no Egypto, etc. A *escravidão* resulta da sujeição d'um povo a outro. Esta instituição existiu em todos os povos da antiguidade, tem atravessado seculos e gerações, e ainda se conserva no mundo moderno, v. g., nos Estados-Unidos. A *servidão feudal* é já uma modificação da escravatura: principiou na meia idade, e consistia na submissão dos *vassallos* aos *senhores*, aos quaes deviam prestar muitos serviços, especialmente militar' sob a sua bandeira, e jurar a mais rigorosa fidelidade. O *pauperismo* é o proletariado, que é a ultima transformação da desigualdade, e o primeiro passo para uma completa egualdade. Aqui já não ha differença de raças, mas a maior desigualdade na repartição dos bens materiaes. *Porém como devem, etc.* até o fim. Ainda que o direito natural reprova estas instituições, porque repugnam á egualdade da natureza humana: todavia, como em todas as reformas sociaes é mister não só attender aos principios philosophicos, mas tambem ao desinvolvimento e circumstancias dos povos, para ver se estão habilitados para receber essas reformas, ou até que ponto as podem receber, e o modo como se hão de fazer, o Comp. julgou estas questões mais proprias do *direito publico*; que consulta não só os principios do

*direito natural*, mas tambem os da *politica e economia politica*, do que do *direito natural*, onde se attende apenas aos principios da philosophia do direito. Darimon, pag. 61—63. Sr. Ferrer, Curso pag. 78. Ahrens, pag. 286—299.

§. 86.

'Neste §. apresenta o Comp. a 4.<sup>a</sup> e ultima caracteristica dos direitos absolutos, que é a *inalienabilidade*; e estabelece a seguinte proposição: — *Os direitos absolutos do homem são inalienaveis* —; 'noutros termos, o homem não pôde ser privado dos direitos absolutos *nem por um facto seu, nem por um alheio*. Facil é de comprehender, que o homem os não perde por um *facto alheio*, v. g., pela conquista, contracto do pai, etc; porque o homem, como temos demonstrado, é senhor da sua pessoa, tem um direito absoluto sobre as suas faculdades, tanto *physicas* como *intellectuaes*; e, por isso, qualquer que offendesse os seus direitos absolutos, causava-lhe uma lezão, e ficava obrigado á reparação do damno. Mas nem por *um facto seu* o homem pôde ser privado dos direitos absolutos. Pôde o homem, é verdade, sujeitar-se de livre vontade ao alvedrio d'outrem, tornando-se seu escravo, e considerando-o como seu unico fim; porque o homem é senhor do seu destino, e das condições para o conseguir, pôde empregar ou deixar d'empregar as condições para o conseguimento do seu fim, e sacrificar-se em proveito dos outros, porque com este facto *não leza ninguém*. É verdade que o homem, desprezando completamente os seus fins, e abatendo-se a ser unicamente meio para os fins dos outros, falta ás obrigações para consigo; porém as obrigações para comnosco são *moraes*, e por isso não pertencem ao campo do direito. Mas contrahirá o homem, que practicou o facto pelo qual alienava os seus direitos absolutos, a obrigação juridica de *obrar em harmonia com esse facto*? 'noutros termos: se dois individuos celebrarem um contracto em que um se prive em favor d'outro dos seus direitos absolutos, v. g. alienando o seu direito de liberdade, terá este o *direito de exigir*, em virtude do contracto, que aquelle se torne seu escravo, e aquelle a *obrigação juridica correlativa* de sacri-

ficar em favor d'este a sua liberdade para satisfazer as condições do contracto? Parece-nos que não, pelas seguintes razões: 1.<sup>a</sup> O contracto é nullo, nem pôde ter efeitos juridicos, porque offende os direitos absolutos; e nós já dissemos que os contractos não criam direitos, mas que devem subordinar-se aos direitos absolutos, para serem justos. 2.<sup>a</sup> Se o homem pudesse privar-se dos direitos absolutos, *tambem não poderia gozar dos direitos hypotheticos*; porque estes não são mais do que os direitos absolutos applicados; mas o homem não podia viver sem direitos hypotheticos, que abrangem as condições da sua existencia e do seu desinvolvimento: logo o direito não pôde garantir a alienação dos direitos absolutos; aliás dar-se-hia a contradicção de fornecer as condições para a consecução e destruição do fim ao mesmo tempo. É verdade, que nós já dissemos que o homem tinha o direito de privar-se, em favor d'outro, do exercicio dos seus direitos absolutos. Todavia uma cousa é ter *direito* á practica d'um factó, outra cousa é o resultar *obrigação juridica* da practica d'esse factó. O homem pôde sacrificar os seus direitos absolutos em favor d'outrem, porque é o senhor das suas acções, e com este factó *não leza ninguém*; mas esse outrem não tem *direito* a exigir d'elle tal sacrificio, porque o *leza*, offendendo os seus direitos absolutos, e exigindo o cumprimento d'um contracto, *nullo em direito*. 3.<sup>a</sup> O homem, se fosse privado dos seus direitos absolutos, já não podia propôr-se fins, serviria apenas de meio para os fins dos outros, visto que lhe faltavam os direitos, e, portanto, as condições para aspirar a fins proprios; perdia, por consequencia, a qualidade de *pessoa*, em virtude da qual goza dos direitos absolutos, e tem direito a exigir *que se respeite* a sua dignidade juridica e moral; mas esta *qualidade não pode perder-se*, porque é um resultado necessario da racionalidade e liberdade, elementos essenciaes e immutaveis da natureza humana: logo o homem não pôde ser privado dos seus direitos absolutos. 4.<sup>a</sup> Uma tal alienação importava antinomia entre o direito e a moral; porque, exigindo a moral o cumprimento de todos os deveres tanto juridicos como moraes, impondo ao homem o preceito geral de se propor um fim e de empregar as condições para o seu consequimento, e devendo o

direito subministrar essas condições, verificar-se-hia a hypothese de o direito garantir as condições, não para a realisação do destino imposto pela moral, mas sim para a sua destruição. Jouffroy, §. 56. Sr. Ferrer, Curso, pag. 73. Sr. Seabra, pag. 283—295. Bruckner, pag. 311—336. Ahrens pag. 208.

§. 87.

O Comp. continúa a desinvolver 'neste §. a mesma doutrina do §. antecedente, entrando 'nalgumas considerações especiaes. O Comp. recorda a doutrina do §. antecedente, estabelecendo a proposição — *ainda que o homem não possa renunciar validamente ou ser privado do direito sobre a sua pessoa e suas acções em geral*. O Comp. debaixo das expressões — *direito sobre a sua pessoa e suas acções em geral*, comprehende todos os direitos absolutos, mesmo o direito d'usar das cousas externas, que em ultima analyse se reduz ao direito sobre as *acções*; visto que as cousas externas, para servirem ás necessidades humanas, carecem mais ou menos de ser preparadas pela *acção* do homem. Ora já provámos, no §. antecedente, que o homem não podia *renunciar validamente* os seus direitos absolutos; porque tal contracto era nullo. *Todavia pôde renunciar alguns objectos, como materia da sua applicação*. E a razão é, porque o homem, 'neste caso, não deixa de ser pessoa juridica: *renuncia, é verdade, alguns dos objectos dos seus direitos; mas fica com a possibilidade de adquirir novos objectos, porque fica com os direitos absolutos, que são o fundamento para adquirir esses objectos*. O Comp. exemplifica até o fim do §. a proposição estabelecida no primeiro periodo, apresentando varias hypotheses, que se resolvem por ella. *Assim que o homem não pôde contrahir a obrigação de sacrificar a sua vida aos outros; porque já demonstrámos no §. antecedente que o direito fornecia as condições para a consecução do fim, e não para a sua destruição; não podendo, por isso, obrigar ao cumprimento d'uma obrigação que tivesse por objecto o sacrificio da existencia do homem. Mas tem direito, e pôde ter a obrigação d'emprender para outrem alguma cousa, em que corra risco a sua vida, ou o seu corpo. Que o homem tem direito de*

fazer alguma coisa a favor d'outrem, mesmo com risco da sua vida, já nós demonstrámos no §. antecedente; onde vimos, que o homem era senhor da sua pessoa e das suas faculdades, e não lezava ninguém, sacrificando alguns ou todos os seus direitos absolutos; mas o Comp. diz que — *póde ter obrigação*. Parece á primeira vista que o homem não póde contrahir obrigação juridica de practicar acções, em que corra risco a sua vida, visto que não póde obrigar-se a sacrificar a sua existencia; todavia póde ser compellido qualquer homem a cumprir um contracto, em que se compromettesse a favor d'outrem, ainda com risco da sua vida, por duas razões: 1.<sup>a</sup> porque arriscar a vida, não é sacrificar-a, e por isso não se póde argumentar do *sacrificio* da existencia para o *risco* da vida; 2.<sup>a</sup> porque a vida do homem corre risco em quasi todas as acções que elle practica; o homem, se está em casa, pode adoeecer por inacção; se sãe, póde quebrar um braço, uma perna, etc. 'Numa palavra, correndo risco a vida do homem em quasi todas as acções que elle practica, temos para nós, que elle póde obrigar-se a practicar uma acção, em que perigue a sua vida: assim o piloto póde obrigar-se á direcção d'um navio. *O homem não póde tomar sobre si a obrigação de ceder a outrem totalmente a liberdade da sua justa actividade, tornando-se seu escravo*; porque sem ella não poderia o homem pôr em acção nenhuma das outras faculdades, quando as suas faculdades são as condições indispensáveis para elle se *poder conservar e desinvolver*.

*Mas póde contrahir a obrigação de practicar ou omittir algumas acções a favor d'outrem*; porque não se priva dos seus direitos absolutos; e, até, esta obrigação póde fazer com que elle obtenha em troca algumas condições necessarias para satisfazer as suas necessidades: tal é a obrigação do criado para com seu amo. *Finalmente o homem não póde despojar-se irrevogavelmente do seu direito absoluto ao uso das cousas em geral*; porque destruiria a sua personalidade, privando-se dos meios d'existencia necessarios para a conservação da pessoa. *Mas póde alienar o uso de certas e determinadas cousas*; v. g. da quinta de tal, das casas onde vive, etc. E o Comp. no resto do §. dá a razão.

Nota 1.<sup>a</sup>, vid.

O Comp. 'nesta nota recorda a doutrina já estabelecida de que a alienação cabal dos direitos absolutos é contraria à moral, e por isso não pôde crear obrigação juridica para aquelle que a practica; aliás haveria contradicção entre o direito e a moral, o que é impossivel, visto que tem ambos a mesma origem — a *razão practica*.

Nota 2.<sup>a</sup>, vid.

O Comp., para explicar a alienabilidade dos direitos applicados, recorre na nota á divisão, que fizemos, do direito, em *puro* ou *formal*, i. é, sem applicação a objecto determinado, e *material*, i. é, applicado a certa e determinada *cousa*. E d'aqui tira a conclusão de que os *formaes* são *inalienaveis*, porque é inalienavel a *idéa* ou a *formula* do nosso pensamento, e os *materiaes* alienaveis, porque se podem alienar os objectos a que elles se applicam. Jouffroy §. 57—59.

## SECÇÃO III.



### OBRIGAÇÕES ABSOLUTAS.

#### §. 88.

**O** §. 88 é uma especie de transição da doutrina da secção antecedente para esta. As *obrigações absolutas* são as que se referem aos direitos absolutos: ora, sendo correlativas as idéas de direito e obrigação, e tendo o Comp. tractado na secção antecedente dos direitos absolutos, a boa ordem pedia que elle examinasse 'nesta secção quaes eram as obrigações correspondentes áquelles direitos. Já vimos, etc. Já provámos que a todo o direito era correlativa uma obrigação: 1.<sup>o</sup> porque não se podia conceber o direito d'um homem sem uma certa deferencia da parte dos

outros, que lhe permittissem o seu livre exercicio; 2.º porque se não correspondesse a todo o direito uma obrigação da parte dos outros de o não embaraçar, esse direito seria inutil, exposto aos caprichos dos outros, que podiam deixar de o respeitar, tolhendo o exercicio d'elle. Esta obrigação é *geral*, porque se refere a todos os direitos, que devem igualmente ser respeitados; e *negativa*, porque consiste em simplicis omissões. *E vimos tambem*, etc. O Comp. no §. 20 estabeleceu o principio supremo das obrigações juridicas — *omitte todas as acções exteriores, pelas quaes se offende a esphera da justa actividade dos outros*; e no §. 21 desinvolveu este principio em cinco, v. g. *não tractes os outros homens como méros meios para os teus fins arbitrarios*, etc. E de cada um d'estes cinco principios, indicados no §. 21, é que se deduzem as obrigações juridicas. O Comp. deduz, como conclusão dos principios estabelecidos na primeira parte do §., a proposição nas palavras — *Aquelle pois*, etc. Se a todos os direitos corresponde a obrigação de os respeitar, quem deixou de os respeitar, offende a esphera juridica d'esse outro, contra cujos direitos attentou. *Leza-o*, porque a lesão é o acto pelo qual se invade a esphera juridica dos outros; o que succede, não se respeitando os direitos absolutos dos outros *Viola esta obrigação geral*, i. é, a obrigação geral de não perturbar o exercicio d'esses direitos; e a violação da obrigação é um resultado da lesão; porque, quem lesa, viola uma obrigação juridica, visto que invade a *esphera da justa-actividade dos outros*. *E expõe-se a soffrer os effeitos do direito de coacção*. O *direito de coacção* é a faculdade, que compete ao lesado de usar da força contra o lesante a fim de repellir as lesões do seu direito. Ora o Comp. diz — *expõe-se*, — i. é, não é certo, que o lesado empregue a força contra o lesante, pois que pôde ceder do seu direito, abandonal-o, não exigir a reparação do damno causado pela lesão, ou mesmo obter essa reparação independentemente do uso da força.

*Nota 1.ª, vid.*

O Comp., nesta nota, dá a razão por que dedicou uma secção á doutrina *das obrigações absolutas*. O Comp. não



tracta amplamente das obrigações absolutas, como faziam os antigos escriptores de direito natural, porque não tem as mesmas razões, que elles tiveram para isso. Estes tractavam primeiro das obrigações do que dos direitos, e julgavam que a todas ellas era correlativo um direito, quando só ás obrigações juridicas e não ás moraes são correlativos direitos. Por isso faziam entrar no campo do direito todas as obrigações moraes para com Deus, para comnosco e para com os outros; e d'aqui nascia a confusão entre o direito e a moral. Tractavam com muita extensão das obrigações juridicas; porque, como julgavam que a toda a obrigação era correlativo um direito, assentavam que conhecidas as obrigações estavam conhecidos os direitos. Pelo contrario o Comp., como deduziu as obrigações juridicas dos direitos, principiando pelo estudo d'estes, para não dar logar á confusão entre as obrigações juridicas e moraes, e demonstrou que a todo o direito é correlativa uma obrigação, não tracta amplamente das *obrigações absolutas*, visto que pelo conhecimento dos direitos chegamos ao conhecimento das obrigações, pois que dada a existencia d'aquelles, necessariamente estas hão de existir; nê m das *lesões que se referem* aos direitos absolutos; porque, conhecidas as obrigações, conhecem-se as lesões, visto que *lesão* é a violação d'uma obrigação juridica. Apenas resolve algumas dúvidas que ha — se certos factos são lesões dos direitos absolutos, e, por consequencia, se temos obrigação de os não practicar.

*Nota 2.<sup>a</sup>, vid.*

O Comp. 'nesta nota explica a idèa que enunciamos 'neste §. pela expressão — *expõe-se* —; quer dizer, — que não é certo, que o lesado use da força contra o lesante, mas que é muito provavel; visto que o lesado, forte pela convicção dos seus direitos, difficilmente deixará de reagir contra o seu aggressor. Sr. Ferrer, Curso pag. 71.

§. 89.

O Comp. 'neste §. occupa-se da resolução d'uma objecção, que apresenta no primeiro periodo do §. — *Pode*, etc.

— até — *homem*. Alguns Philosophos, como foram Aristippo e Arcesilão na antiguidade, e mais modernamente Hobbes, objectaram, contra a existencia, ou antes contra a execução das obrigações absolutas, — que o homem dotado do sentimento de *amor proprio*, pelo qual é levado a olhar pela sua felicidade, e a desprezar a dos outros, ou mesmo a contrariar-a para conseguir os seus fins, hade ter a maior repugnancia em cumprir as obrigações absolutas; e, em consequencia, temos um sentimento natural e geral em todos os homens, que é o *amor proprio*, em contradicção com as obrigações tambem naturaes, que são as *obrigações absolutas*. O Comp. responde a esta objecção, socorrendo-se ao sentimento da *sociabilidade*, e á faculdade da *razão*. *No entretanto* etc. até *egoismo*. Com effeito o *amor proprio*, quando excessivo, pôde persuadir-nos á *nossa* conveniencia sem attenção á dos *nossos* semelhantes, ou mesmo á custa d'ella. Todavia, como o homem precisa da sociedade para conservar-se, e desinvolver-se; e para viver com os seus semelhantes necessita de subordinar as tendencias do *amor proprio* e do interesse egoista aos fins dos outros homens, aliás não o queriam como socio, obrigando-o a viver solitario, o que importava a destruição do seu fim: segue-se que elle, abafando os excessos do *amor proprio*, hade cumprir as obrigações absolutas, mesmo por conveniencia propria. Assim temos, que um sentimento natural corrige e tempéra outro sentimento natural, — procurando um a felicidade e o interesse proprio, — e procurando outro a conveniencia e a sociedade. E d'esta harmonia dos dois sentimentos ha de resultar a justiça. A *razão*, etc. até o fim. Estes dois sentimentos, porém, careciam d'uma entidade, que os dominasse, modificasse e combinasse de maneira, que nenhum d'elles sobresahisse ou abafasse o outro. Esta entidade é a *razão*, de que o homem é dotado, e que subordina ao seu imperio todas as nossas faculdades, instinctos e sentimentos. A *razão*, pois, faz com que o *amor proprio*, longe de ser prejudicial, seja — *util*, combinando-o com o sentimento da *sociabilidade*; porque assegura a felicidade de cada um, estimulando-o a procurar todos os meios para a *conservação do seu bem*; e, como a felicidade geral não é mais do que a somma das

felicidades particulares, assegura a felicidade de todos; e, por isso, a sociedade fica segura no seu todo, porque está segura em cada uma das suas partes. Por consequencia o *amor proprio* por um lado, o sentimento da *sociabilidade* por outro, e a *razão*, intermedia, harmonisando e encaminhando estes dois sentimentos, são tres grandes motores de felicidade e desinvolvimento. Bruckner, pag. 138—139. Sr. Ferrer, Curso pag. 194—195.

### §. 90.

O Comp. 'neste §. explica o modo, como podem recair *lezões* nas cousas *internas* do homem. *Não só nas cousas externas, senão nas internas, objectos de nossos direitos, v. g., nas faculdades do espirito, podem recair lezões, contra as obrigações absolutas.* Facil é de comprehender, que as cousas *externas* (entes separados das pessoas) podem ser objecto do direito, que é todo exterior, visto que podem ser allegadas e avaliados no foro exterior; mas, o que offerece duvida, é — que as cousas *internas*, v. g. as faculdades do espirito, possam ser objecto do direito, e estar sujeitas á lesão, por causa da regra — *de internis solus Deus*. Todavia as acções internas, quando revestem um caracter de exterioridade, podem ser avaliadas e julgadas no foro exterior. Por isso o Comp. diz na 1.<sup>a</sup> nota que se requerem duas cousas, para que se tome conhecimento da lesão no foro exterior: 1.<sup>a</sup> que os meios pelos quaes se commette a lesão tenham um caracter exterior; 2.<sup>a</sup> que a lesão tenha effeitos exteriores. E isto é necessario: 1.<sup>o</sup> para que tanto os meios, como os effeitos da lesão, possam allegar-se e provar-se, visto que os tribunaes de justiça sómente conhecem de factos exteriores; 2.<sup>o</sup> para se apreciar a natureza da lesão, e dos meios empregados para a realizar, porque a responsabilidade do lezante varia com a natureza da lesão, e com a qualidade dos meios empregados para a verificar. Ora as faculdades do espirito podem ser lesadas de dois modos: *ou impedindo o uso d'ellas por meios physicos; ou induzindo-as a erro por algum influxo physiológico*, i. é, influencia exercida directamente sobre o espirito: e pelo exame dos meios, que o Comp. aponta, se

vê que todos elles têm um character de exterioridade. Os *narcoticos* paralyzam as faculdades do espirito, entorpecendo toda a actividade do homem, v. g. o *opio*, que produz o somno; o *chloroformio*, modernamente descoberto, que adormece a sensibilidade a ponto de se não sentir, o qual costuma empregar-se nas operações dolorosas. *Alliciação* é a sollicitação para um fim injusto, feita por affagos, e promessas enganosas. *Sedução* é um engano artificioso para induzir alguém a um acto contrario á sua honra. *Máo conselho* é a inducção da conveniencia d'uma acção injusta para que outro a practique. *Máo exemplo* é a practica d'uma acção injusta para servir de modelo a outrem. *Por isso*, etc. até o fim. O Comp. faz applicação dos principios estabelecidos a estas ordens de pessoas, porque costumam servir-se dos meios indicados.

### Nota 3.ª

O Comp. 'nesta nota observa a difficuldade de graduar a responsabilidade dos que foram *causas mediatas* da lesão. *Causas immediatas*, na materia sujeita, são aquelles que praticam por si o facto injusto. *Causas mediatas* são aquelles que concorrem para que outro o pratique. Ora é facil o fazer a imputação aos que foram *causas immediatas*, e determinar o gráo da sua responsabilidade, porque são elles que praticam o facto injusto; mas é difficil assignar o gráo de responsabilidade aos que concorrem para a lesão, e que a não praticaram: e apenas poderá graduar-se a sua responsabilidade, se se averiguarem as circumstancias e meios com que concorreram para o facto injusto. Sr. Ferrer, Curso, pag 110—112.

### §. 91.

'Neste §. tracta o Comp. das lesões contra a egualdade, liberdade, independencia e personalidade. *Tambem é injusto*, etc., i. é, não só é injusto, ou falta a uma obrigação juridica, o que offende o nosso direito sobre as cousas *internas*, mas tambem o que se arroga alguma preferencia sobre as outras pessoas; porque, sendo a egualdade uma qualidade

essencial de todos os direitos absolutos, a falta de respeito por essa egualdade é uma lesão dos direitos absolutos. Póde todavia adquirir-se essa prioridade por um contracto, e ser objecto d'um direito hypothetico, como acontece com a *prerogativa e precedencia*. *Prerogativa*, é a preferencia de que gosa qualquer pessoa sobre as outras; tal é, por exemplo, a prerogativa, que compete aos Decanos das Faculdades Academicas 'nesta Universidade, de escolherem a disciplina, que querem ensinar. *Precedencia* é a prioridade sobre a ordem que todos devem observar; assim tem *precedencia* um homem, que nas reuniões publicas occupa o primeiro lugar, ou um lugar mais distincto que os outros. *Aquelle, que por qualquer modo, etc.*, porque a todo o direito corresponde uma obrigação; e, por isso, quem offender o direito de *liberdade*, falta a uma obrigação juridica, practica uma lesão, e por consequencia é injusto. *Aquelle que usurpa, etc.*, porque offende o direito de *independencia*, practicando uma lesão da mesma maneira, como se offendesse o direito de *liberdade*. O Comp. aponta alguns meios, pelos quaes - se offende o direito d'*independencia*, como são: o *rapto, carcere privado, escravidão, etc.* *Rapto* é a tirada de uma mulher honesta contra sua vontade, ou d'aquellas pessoas a quem está encarregada a sua direcção, da casa em que se acha para outra, feita com fim libidinoso; e tem lugar de dois modos, — por *violencia* ou *seducção*. *Carcere privado* é a detenção d'uma pessoa, contra sua vontade, em casa particular sem auctoridade pública. E *finalmente, etc.*, é igualmente injusto quem offende o direito de personalidade, porque falta a uma obrigação juridica, practica uma lesão; e, por tanto, é injusto. O Comp. aponta entre os modos por que se offende o direito de personalidade, — o *estupro, mutilação e homicidio*. *Estupro* é o ajuntamento carnal illicito de homem com mulher honesta; e póde ter lugar, — por *violencia*, ou *seducção*. *Mutilação* é o córte d'algun membro do corpo. *Homicidio* é a morte do homem.

*Nota 2.<sup>a</sup>*

'Nesta nota falla o Comp. d'um dos modos por que se offende o direito d'*independencia*, que é a — *escravidão*.

*Não fallamos, etc.* A escravidão pôde encarar-se debaixo de tres pontos de vista: 1.º o *trafico da escravatura*, que é o commercio ou troca d'escravos entre as nações; *trafico*, muito usado antigamente na Europa, e ainda hoje em algumas partes da America. Todavia vai cahindo aos golpes da civilisação, e as nações cultas empenham-se na extincção d'este infame *trafico*, tornando-se mais saliente a Inglaterra, que manda cruzar as suas embarcações nas partes em que costumam passar os *negreiros*. 2.º A *escravidão dos governos despoticos*; porque 'nestes governos a lei é a vontade do despota, e por isso não ha segurança individual, nem de propriedade. 3.º A *escravidão indiidual ou particular*, que é a privação total da liberdade do individuo, e a absoluta dependencia da vontade d'outrem. O Comp. não tracta da 1.ª especie, porque pertence ao *Direito das Gentes*, que regula as relações entre as nações; nem da 2.ª, porque pertence ao *Direito Público*, que ensina qual a base da forma do governo e os limites d'este. Tracta por consequencia da 3.ª *Se todo o ser, etc.* O Comp. dá a razão por que esta escravidão é injusta; por quanto, tendo o homem, em virtude da sua natureza, um fim proprio a que pôde aspirar, e não perdendo em qualquer circumstancia, o poder de se propôr esse fim, porque a natureza d'onde elle resulta, é immudavel, segue-se que a *escravidão* é injusta; porque faz, com que o homem deixe de ser fim proprio, e passe a ser meio para os fins dos outros. *Com effeito, etc.* O Comp. examina no resto da nota a insufficiencia das principaes razões, que se allegaram nos tempos antigos para justificar a escravidão, que são tres: o *contracto*, o *nascimento*, e a *força*. *Vendendo-se, etc.* Todos os *contractos* se podem reduzir a duas classes: *onerosos*, que são aquelles, pelos quaes damos para receber, e por isso consistem na *troca*; *beneficos*, que são aquelles, pelos quaes nos obrigamos a dar alguma coisa gratuitamente, e que se resumem na *doação*. Ora nem por uma, nem por outra especie de *contractos* o homem pôde ceder a sua liberdade. Se o homem se vendeu com o fim de receber alguma coisa, nada recebe, porque entra com quanto possui na propriedade do senhor: de mais, o *contracto* é nullo, porque é da natureza dos *contractos onerosos* o serem eguaes, o que

não se verifica 'neste caso, visto que o escravo cede tudo sem receber causa alguma. É igualmente absurda a cedença gratuita da *liberdade*, porque envolve a perda dos *direitos*, que são as condições dependentes da *liberdade*; das *obrigações*, porque são correlativas aos direitos; e por isso, a perda d'estes importa a perda d'aquellas; e de *toda a moralidade*, porque esta depende da *livre vontade*, que está sujeita a outrem. Por isso não poderia considerar-se em perfeito uso de razão ou que tivesse o simples *bom senso* aquelle homem, que, renunciando a qualidade de pessoa, preferisse a condição de bruto. O *nascimento*, etc., i. é, o facto da filiação não dá ao pae o direito de alienar seu filho; porque, não podendo o pae *alienar a sua liberdade*, visto que os direitos absolutos são inalienaveis, por maioria de razão não pôde *alienar* a liberdade de seu filho, que é uma personalidade distincta, que nem elle nem ninguem pôde lesar. A *força finalmente*, etc. O Comp. dá duas razões para mostrar, que a *força* não justifica a escravidão: 1.<sup>a</sup> porque a *força* não produz direitos; e tanto assim é, que os paralyticos e os infantes gosam de direitos, apesar de não terem *força* para os exercer; 2.<sup>a</sup> porque se a *força* produzisse direitos, como o triumpho depende muitas vezes da fortuna e da sorte, o direito tornar-se-hia tão ephemero e inconstante como a sorte; e demais, as usurpações successivas de maior *força* seriam todas justas, podendo o escravo libertar-se, pela *força*, do jugo do senhor. Sr. Ferrer, Curso, pag. 75 — 78, e 195 — 198.

### §. 92.

O Comp. 'neste §. examina a questão, — *se a mentira será uma lesão d'algum direito absoluto?* A palavra — *mentira* vem do Latim — *in vel contra mentem ire*; e pôde definir-se a — declaração, que fazemos aos outros, contraria aos nossos sentimentos. O Comp., para decidir esta questão, faz a seguinte distincção = O homem não tem direito a pretender que lhe digam *verdades*, mas tem direito a pretender que lhe não digam *mentiras*. O Comp. dá duas razões para provar a primeira proposição: 1.<sup>a</sup> (*primeiramente*, etc.) porque se houvesse um direito para exigir

dos outros a verdade, haveria um direito contra a *independencia*, pela qual o homem não pôde ser obrigado a praticar acção alguma a favor d'outrem, e assim haveria *direito* contra *direito*, o que é absurdo; 2.<sup>a</sup> (*e porque as obrigações, etc.*) porque as obrigações jurídicas absolutas cumprem-se por actos negativos, e a acção de contar a verdade é um acto positivo. Em seguida dá o Comp. a razão por que todo o homem tem direito a pretender que lhe não digam mentiras — *É verdade, etc.* A *mentira* é sempre reprovada pela moral, que é a sciencia da virtude, mas não pelo direito; já porque o mentiroso não tracta, como meio para seus fins arbitrarios, aquelle a quem mente, já pela difficuldade de conhecer o pensamento do individuo e comparal-o com suas intencções, para apreciar a *mentira*; e, por isso, o mentiroso sómente é responsavel pela *mentira* no fóro exterior, quando lesou os direitos dos outros, prejudicando a sua actividade *physica* ou *moral*. D'aqui tira o Comp. a seguinte conclusão — *Ao homem pois, etc.* Noutros termos, o homem não é obrigado a responder, v. g., se me perguntam onde móra Pedro, posso deixar de responder, porque as obrigações absolutas cumprem-se por actos negativos. Porém se eu responder, sou responsavel pelos effeitos, que podia prevér da minha resposta, v. g. se alguém me pergunta aonde móra Pedro, declarando que o quer ir matar, se eu lhe indicar a morada, e elle o matar, sou responsavel. Porém se esse individuo só me pergunta por Pedro, sem me declarar a sua intencção, e eu lhe indico a morada, e elle o matar, não sou responsavel; porque eu não podia prevér este facto; por isso diz o Comp. — que o homem só é responsavel pelos effeitos, que podia prevér, da sua resposta.

Nota 2.<sup>a</sup> vid.

O Comp. 'nesta nota corrobora o pensamento do §, — que a *mentira* só é lesão, quando se torna motivo determinante d'uma acção: v. g. se alguém me perguntar, se as minhas egoas são ensinadas a puxar á sege, e eu lhe disser que sim, sabendo o contrario, não lésou esse individuo; mas se elle me offerece 100 moedas pelas egoas,



com a condição de servirem para tirar a sege, tenho obrigação de lhe dizer a verdade. E a razão é, porque 'neste caso ha uma especie de contracto tacito entre mim e o meu interlocutor, pelo qual me obrigo a fallar-lhe verdade, sob pena de não se realisar ou se desfazer o ajuste. Sr. Ferrer, Curso, pag. 221 — 222. Ahrens, pag. 333 — 334, e nota. Jouffroy, §. 52, nota 2.<sup>a</sup>.

### §. 93.

'Neste §. tracta o Comp. a questão, — se existe um direito absoluto á bôa reputação (a), e, por consequencia, se as calumnias, injurias e graças offensivas são lesões das obrigações juridicas. *Não pôde, etc.* O Comp. começa por dizer, — que *as calumnias, injurias e graças offensivas são violações dos deveres de moral.* E a razão é, porque a moral é a sciencia dos deveres, impõe-nos o preceito geral de praticar a virtude, tractando os nossos semelhantes como irmãos, e abstando-nos de todos os actos que possam offender a sua susceptibilidade. *Porém quanto, etc.* Esta questão, que não admite duvida no campo da moral, é muito debatida no direito natural, collocando-se escriptores muito auctorizados por um e outro lado. *Uns admittem, etc.* Aquelles, que admittem a existencia d'este direito, apresentam varios argumentos, que podêmos resumir nos seguintes: 1.<sup>o</sup> que as injurias podem desconceituar aquelles a quem se dirigem a ponto de não poderem alcançar dos outros os meios de que precisam, nem entreter com elles as relações e tracto, que hão mistér para a realisação do seu destino; 2.<sup>o</sup> que ha uma especie de contradicção em garantir a propriedade dos bens de fortuna, e não reconhecer um direito absoluto á bôa reputação, que é um bem maior; pois que os bens materiaes, perdendo-se, podem reaver-se, e a honra do individuo uma vez manchada pela calumnia pôde fazer incorrer a pessoa no desprezo perpetuo de seus semelhantes; 3.<sup>o</sup> que os maiores crimes podem justificar-se até certo ponto: assim o homicidio tem alguma desculpa

(a) *Reputação* é todo o juizo, que os nossos semelhantes fazem das nossas perfeições ou imperfeições moraes. Este juizo, quando sôa ao longe, chama-se fama.

quando o lesante foi provocado, e até se legitima no caso de ser em justa desfeza, o furto pôde até certo ponto desculpar-se quando aquelle, que o practicou, se achava em necessidade urgente, etc.; pelo contrario a *calumnia* nunca tem pretéxto que a disfarce, nem causa que a justifique. E finalmente concluem, que nenhum homem tem direito a que se falle a seu respeito, ou se diga bem de si, mas que tem direito a que se não diga mal d'elle. Outros escriptores, apesar de reconhecerem grande peso 'nestas razões, inclinam-se á opinião contraria, vendo que este pretendido direito não tem os requisitos d'um verdadeiro direito; e entre estes se conta o Comp., que allega trez razões a favor da sua opinião = 1.<sup>a</sup> *Nós acostámo-nos*, etc. Effectivamente por nenhum d'estes actos *se embaraça a liberdade da justa actividade dos outros*, porque o homem fica sendo senhor das suas acções; e, se a liberdade não foi embaraçada, não houve lesão, nem por consequencia violação d'uma obrigação juridica. 2.<sup>a</sup> *Nem elles são*, etc., se o homem não soffreu lesão, não foram violados os seus direitos, respeitou-se a sua personalidade, por consequencia não foi tractado como meio para os fins dos outros. *Excepto*, etc. O Comp. aponta uma excepção, e vem a ser — quando essas calumnias ou injurias tiverem effeitos, que offendam algum direito do lesado, v. g., — *a falsa accusação em juizo*, que sujeita o injustamente accusado não só ás despezas da justificação, mas tambem, o que é mais, á contingencia d'uma sentença, que pôde sacrificar o innocente a uma pena devida só ao criminoso. Os Jctos, em direito positivo, designam esta *accusação* pelo nome de *calumnia*. O *juramento falso* é tambem uma injuria ou calumnia, que pôde privar outrem do seu direito, e até comprometter toda a sua fortuna, quando a sentença depender do depoimento d'essa testemunha. As *injurias reaes* tambem podem ser causa de damno, já na pessoa offendida, v. g. quando do ferimento resultou aleijão, já nos bens da pessoa, v. g., se a cura absorveu toda ou parte da fortuna do lesado. 3.<sup>a</sup> *Além de que*, etc. A injuria e a calumnia presuppõem da parte do lesante o proposito e intenção de offender; mas a intenção é um acto interno, que só pôde conhecer o proprio culumniador ou injuriante,

e que, por isso, excede a alçada dos tribunaes de justiça: logo as injurias e calumnias não podem ser objecto do direito, senão no caso das excepções mencionadas, porque os effeitos ulteriores lhe imprimem um character que as faz entrar no quadro do direito.

Esta opinião do Comp. parece accomodar-se mais á practica das nações civilisadas; porque hoje os homens illustrados não recorrem ao sôro externo, apesar de a lei o garantir, para reprimir estes actos offensivos: e entendem, que estas offensas revertem sobre o calumniador e o injuriante. E com effeito mal iria á reputação dos homens de bem, se ella estivesse dependente de taes dictos! Além de que o meio de os desmentir é o cumprimento exacto das obrigações moraes e juridicas. Finalmente nos tempos antigos ainda seria necessario levar as calumnias e injurias ao conhecimento dos tribunaes, porque não havia outros meios de as desfazer: porém hoje, depois da imprensa, e especialmente depois da periodica, ha meios e mais poderosos de defeza.

Nota 1.<sup>a</sup> vid.

'Nesta nota dá o Comp. algumas definições das palavras empregadas no texto do §.

*Injuria*, no sentido lato, tambem comprehende a calumnia, porque é synonyma de lesão; mas, no sentido restricto, emprega-se para designar as imputações dolosas, que se fazem a outrem, de defeitos que não tem; e a *calumnia* refere-se — ás imputações dolosas de factos injustos que outrem não practicou. A *calumnia* e a *injuria* tem de comum — a offensa d'outrem; mas differem em quanto ao objecto, porque aquella tem logar quando se imputam factos, esta quando se attribuem defeitos: assim é uma *calumnia* o imputar dolosamente a outrem um roubo que elle não practicou, é uma *injuria* o attribuir dolosa e falsamente a alguém o defeito da ingratição, ou da estupidez.

Nota 2.<sup>a</sup>

'Nesta nota appresenta o Comp. as principaes divisões

de *injuria*, tomada no sentido lato. Os *Actos*, etc., ainda que as injurias, no sentido restricto, abrangem sómente as attribuições de defeitos, e nunca as imputações de factos: todavia, no sentido lato, a *injuria* é synonyma de lesão, e por isso abrange todos os modos porque se lesam os direitos dos outros. *E por isso*, etc., apresenta as divisões de *injuria* tomada 'neste sentido. *Reaes* são as que se commettem por factos, fazendo violencia, ou maltractando alguém; *escriptas* são as que se fazem por libellos famosos, satyras, pasquins, retractos, pinturas, ou gravuras, que podem prejudicar a boa reputação d'alguém; *verbaes* são as que se fazem por palavras, que tendam directa ou indirectamente a offender a alguém. Ora esta divisão é em relação aos modos por que se verificam as *injurias*. Porém o Comp. appresenta uma outra divisão de *injurias*, (em relação às *circumstancias*, que as acompanham,) — em *simplices e qualificadas*, cujas definições vid. São *circumstancias aggravantes relativas às pessoas*, v. g., quando a pessoa injuriada é auctoridade publica; *ao logar*, quando a injuria é feita em público, na audiencia, ou 'num templo; *ao modo*, quando se faz em voz alta, com tom destemido, e os ferimentos com arma defesa; *ao motivo*, quando é feita com o fim d'intimidar o magistrado para elle dar a sentença de certa maneira; *ao tempo* quando se commette em tempo sancto. A *injuria real*, etc. A *injuria real* excede a todas em gravidade, não só porque a opinião ou conceito geral a qualifica como tal, *senão porque de ordinario causa algum prejuizo na pessoa*, v. g., se do ferimento lhe resultou aleijão, ou bens do injuriado, v. g., se o curativo foi dispendioso. *E esta*, etc. A *injuria escripta* é mais grave do que a *verbal*, porque, como diz Virgilio, — *verba volant, scripta manent*: a *verbal* apaga-se, a *escripta* permanece, aquella vai ao conhecimento de poucas pessoas, esta comprehende uma área mais extensa, e por isso deixa o credito do individuo mais abalado.

Nota 3.<sup>a</sup> vid.

O Comp., 'nesta nota, faz uma observação com relação á doutrina do §. Por certo, ainda que as *injurias* e as

*calumnias* sejam permittidas pelo direito natural, todavia as leis positivas, que devem expressar não só o principio do justo, mas tambem as conveniencias sociaes, devem prohibir aquelles actos, que podem provocar rixas e desordens. Mas supponhamos, que o homem deu causa a essa *calumnia* ou *injuria*, v. g., se o individuo foi ladrão, deverão as leis tolerar, que se lhe impute este factó criminoso? Diz o Comp., que mesmo 'neste caso as leis devem prohibir taes actos; porque o fôro competente para tomar conhecimento d'elles são os tribunaes de justiça, e se estes condemnaram o criminoso, logo que elle cumpra a pena da sentença, é reintegrado no estado anterior á lesão, i. é, fica como se nunca tivesse practicado o factó criminoso; e por isso deve ser tão respeitado, como era antes da perpetração do delicto. Sr. Ferrer, Curso, pag. 157 — 158, e 199 — 203. Jouffroy, §. 52, nota 1.<sup>a</sup>

#### §. 94.

'Neste §. e sua nota tracta o Comp. da obrigação correlativa ao direito, que cada um tem de empregar as condições para o fim moral e religioso. *Aquelle*, diz o Comp., *que embaraça a outro de que por actos affirmativos de beneficencia auxilie alguém, i. é, lhe faça o bem ou evite o mal, que pôde, offende a esphera da liberdade da sua actividade*, porque o não deixa praticar acções livremente dentro da sua espera juridica, que é em que consiste a *liberdade da actividade*; não consente a cada um o uso do que é seu, visto que não consente ao senhor da cousa o usar d'ella em beneficio do seu semelhante; e por isso é injusto e lesa-o; é uma consequencia da offensa dos direitos absolutos, por que quem obra contra o direito é injusto, viola uma obrigação juridica, e esta violação é uma *lesão*. Ora o Comp. comprehende sob as expressões — *actos affirmativos* — não só o fazer o bem mas tambem o evitar o mal. E com effeito não é sómente o acto de beneficencia, que consiste em *fazer bem*, v. g., o dar uma esmola a um pobre, que é *affirmativo*; por que o acto de beneficencia que consiste em *evitar o mal* é egualmente *affirmativo*: assim, se um homem correr sobre outro com um punhal para o matar,

e eu acudir, impedindo-o de praticar o acto criminoso, pratiquei um acto *affirmativo* para evitar *aquelle mal*.

*Nota, vid.*

O Comp. disse no §., que os outros deviam respeitar o nosso direito no cumprimento dos deveres affirmativos para com os nossos semelhantes; e 'nesta nota falla da obrigação, que os outros têm de respeitar os nossos actos no cumprimento das obrigações para com Deus e para conosco. Na verdade se os deveres para com Deus pertencem ao fim *religioso*, e os deveres para com nosco ao fim *moral*, e se o direito, como sciencia da condicionalidade, fornece as condições para ambos estes fins, segue-se, que ha de impôr aos outros a obrigação correlativa de nos não embaraçarem no emprego das condições para a consecução d'esses fins; aliás o direito seria inutil.

## PARTE III.

### DIREITO NATURAL HYPOTHETICO.

O Comp., como tinha dicto que havia de tractar dos direitos absolutos e hypotheticos, do direito da sociedade geral, e do interno e externo da familia, e já concluiu a doutrina dos direitos absolutos, vai agora fallar do — *do natural hypothetico* —, i. é, da possibilidade juridica de adquirir direitos, ou dos principios que legitimam a aquisição dos direitos.

### SECÇÃO I.



#### ACQUIZIÇÃO IMMEDIATA.

##### §. 95.

Este §. tem duas partes. A 1.<sup>a</sup> é uma especie de transição das doutrinas antecedentes para estas; a 2.<sup>a</sup> comprehende a definição de *aquisição*, e suas divisões. Na 1.<sup>a</sup> define os *direitos hypotheticos*, etc. Temos dicto por isso, que os direitos hypotheticos têm dois fundamentos:

1.º a natureza humana, porque sendo uma emanção dos direitos absolutos, hão de ter a mesma origem que estes; 2.º um facto d'acquirição, que dá logar á applicação dos direitos absolutos, e, por tanto, á existencia dos direitos hypotheticos. Ora como a *acquirição* é uma condição essencial para a existencia dos direitos hypotheticos, por isso o Comp. vai tractar d'ella. *Diz-se acquirição, etc.* O Comp. dá a entender, que se pôde adquirir tanto por um *phenomeno*, como por um *facto*. E de feito assim é. *Phenomeno* é o acontecimento independente da liberdade do homem; e pôde ser causa de *acquirição*, v. g., a *alluvião*; *facto* é o acontecimento filho da vontade do homem: e é igualmente causa de *acquirição*, v. g., a *occupação*, pela qual o individuo adquire direitos sobre uma coisa *nullius*. E ainda que o Comp. tenha dicto até aqui, e continue a dizer, que os direitos hypotheticos se adquirem por um *facto* e não se tenha servido igualmente da expressão — *phenomeno*, é por brevidade de linguagem: e prefere o servir-se da palavra — *facto*, já porque é um termo mais vulgar, já porque no sentido lato abrange o — *phenomeno*, visto que se deriva de — *factum* que significa todo o acontecimento. *Cousa exterior*. O Comp. não entende aqui por *cousa exterior* — as cousas externas no mesmo sentido em que as definiu no §. 7; mas sim por aquellas cousas que não estão ligadas á pessoa, porque as vinculadas á personalidade são objecto dos direitos absolutos: e assim abrange não só as *cousas externas* propriamente dictas, v. g., os bens de fortuna, mas tambem as *internas* d'outrem, que podem ser objecto d'acquirição, v. g., as acções a que o criado se compromette para com seu amo. *Divide-se, etc.*: assim quando adquire, pela occupação, um direito sobre uma coisa *nullius*, v. g., sobre um diamante que encontrei por acaso na praia, esta acquirição é *immediata*, porque proveio *immediatamente* do facto da occupação que pratiquei, e *originaria*, porque esta acquirição teve a sua *origem* exclusivamente no facto que pratiquei. *Emediata, etc.*: assim, quando vendo o diamante, a acquirição do direito sobre o diamante para o *comprador* é *mediata*, porque não se verificou *immediatamente* pelo facto d'elle, mas sim pelo *intermedio* do facto da occupação que eu pratiquei, e *derivada*;



porque a origem d'esta aquisição não foi simplesmente o facto da compra, que elle praticou, mas *deriva-se* do facto da occupação que eu pratiquei. *Aquella, etc.*; a *occupação e accessão* pertencem á aquisição immediata, pois que por estes dois modos se acquirem as cousas *nullius*. *Esta, etc.*; os *contractos* e as *lesões* pertencem á aquisição mediata, porque para adquirir direitos pelos contractos ou pela lesão é mister o concurso d'alguem, que perfaça o contracto ou nos lese.

*Nota 2.ª vid.*

'Nesta nota faz o Comp. uma observação, e vem a ser — que a aquisição dos direitos hypotheticos, no seu sentido mais amplo, não se refere sómente ás cousas *externas* ao acquirente, que são os bens de fortuna, e ás cousas internas d'outrem, mas tambem ás suas cousas internas. Assim quando o individuo desinvolveu e aperfeiçoou as suas faculdades, *acquire* perfeições, que servem de condições para os seus fins racionais, que hão de ser, por consequencia, objecto dos direitos hypotheticos, apesar de não serem cousas *externas* ao acquirente.

*Nota 3.ª vid.*

O Comp., 'nesta nota, observa que a divisão de aquisição em originaria e derivada não tem fundamento na natureza das cousas, mas que é artificial, pois que se funda na circumstancia — de umas cousas serem *nullius*, e outras *alicujus*. Jouffroy §. 60 — 63. Bruchner, pag. 465 — 469.

§. 96.

O Comp. 'neste §. aponta as principaes questões, que se offerecem sobre a aquisição das cousas *externas*. E disemos das — *cousas externas*; porque em quanto ás *internas* não ha duvida que nos pertencem, porque são partes constitutivas da nossa personalidade, como diz o Comp. no 1.º periodo do §. — *que todo, etc.* É porem de summa difficuldade o justificar a aquisição das cousas *externas*, e a este respeito enuncia o Comp. 'neste §. quatro questões

principaes = 1.<sup>a</sup> *Porém, etc.*; i. é, como posso eu apropriar-me d'uma cousa externa, excluindo os outros, que têm igual direito a usar d'ella, visto que são homens como eu? Como é que eu tenho um direito tão exclusivo sobre a pena com que escrevo como sobre a minha mão? 2.<sup>a</sup> *Mas como, etc.*, i. é, como posso eu adquirir o direito exclusivo sobre uma cousa, com a obrigação da parte dos outros de o não lesarem, se todos têm igual direito ao uso das cousas externas, pois que o Creador as concedeu a todos, e não a este ou áquelle exclusivamente? 3.<sup>a</sup> *Finalmente, etc.*, i. é, ainda é mais difficil a questão com referencia á aquisição do direito sobre as cousas *internas* d'outrem; pois como ha-de este ser obrigado a respeitar tal aquisição sendo um ente dotado de razão e liberdade? Como transfere um individuo para outro o direito sobre as suas cousas *internas*? 4.<sup>a</sup> *Podem, etc.*, i. é, poderá a minha vontade ser uma lei para os outros, que elles devam respeitar? Poderei eu adquirir o direito de determinar as acções d'outro, quando só o proprio individuo é que tem direito de determinar as suas acções? Jouffroy, notas aos §§. 62 e 63, e §. 64.

### §. 97.

O Comp. diz na 1.<sup>a</sup> parte do §. — (*Estas difficuldades, etc.*) a razão, por que os Philosophos não concordam sobre a aquisição dos direitos hypotheticos. Vimos no §. antecedente as difficuldades, que se offereciam contra a *aquisição dos direitos hypotheticos*, e que o Comp. confessa serem *gravissimas*; e por isso era natural, que os Philosophos se dividissem, apresentando cada um sua theoria para justificar a aquisição dos direitos hypotheticos, e que até alguns, desesperados de não encontrar um fundamento justificativo da propriedade, a declarassem injustificavel. E de feito assim succedeu; como teremos, em breve, occasião de vêr. O Comp. observa, que todos os direitos hypotheticos se *podem* reduzir á *propriedade ou dominio*. E na verdade, se os *direitos hypotheticos* consistem no poder de usar d'uma condição e dispôr d'ella com exclusão dos outros, e se o *dominio ou propriedade* consiste na faculdade d'*usar d'uma cousa* (que serve de condição) *certa*

*com exclusão dos outros*; segue-se que os direitos hypotheticos se resumem na propriedade. A 2.<sup>a</sup> parte do §. (*—Não convém, etc.*) é uma razão d'ordem. Diz-nos o Comp. que não refere todas as opiniões, nem tracta a questão amplamente; e a razão é, porque um Comp. é uma obra elementar, onde se não podem tractar as questões extensa e profundamente, mas apenas se consignam os principios geraes em cada um dos ramos da sciencia, para servirem de guia aos estudantes no estudo profundo dos tractadistas da sciencia. Eis a razão porque o Comp. diz—que só estabelece *os principios fundamentaes da propriedade*; mas aponta ao mesmo tempo *os principaes systemas dos modernos*, i. é, aquelles systemas que merecem mais consideração pela base fundamental em que se apoiam, refutando-os pelos principios que estabelece.

#### Nota.

O Comp. 'nesta nota aponta os principaes systemas dos antigos sobre a *origem juridica da propriedade*, i. é, sobre o modo como principiou o direito de propriedade. *Os Philosophos, etc.* O Comp. disse no texto do §., que os philosophos tanto *antigos* como *modernos* divergiam nos systemas, que propunham como fundamento da propriedade; e faz uma analyse dos principaes systemas dos *modernos* nos §§. 107—110, dedicando ao exame de cada systema um §. especial. Pelo que respeita aos systemas dos *antigos*; como lhe não mereceram tanta consideração, apenas faz menção d'elles 'nesta nota. *Uns admittiram*, que o direito de propriedade se fundava 'numa *communhão primeva positiva*; i. é, disseram, que no principio tudo era de todos, e todos tinham direito a tudo, e que cada um se foi apropriando de certas cousas, visto ter direito á massa geral. Porém esta theoria não podia explicar o direito de *propriedade*; porque onde tudo é de todos, não pode qualquer usar de certas e determinadas cousas com exclusão dos outros, que é no que consiste a *propriedade*. Por isso outros admittiram sim a *communhão*, mas disseram, que ella era *negativa*, i. é, que no principio não era tudo de todos, mas que pelo contrario nada pertencia a algum,

e que cada um se foi **appropriando** de certas cousas como *nullius*. Porém esta *theoria* **tambem** não explicava o direito de *propriedade*, porque se **ninguem** tinha direito a usar de certas e determinadas cousas, a **appropriação** e uso que se fizesse d'ellas não passava d'um *facto*. não podia constituir um direito, que é no que consiste a *propriedade*. Por isso *recorreram* outros a uma *convenção* e *divisão*; i. é, disseram, que a **origem** da *propriedade* fôra uma *convenção*, que os homens fizeram no **principio**, pela qual *dividiram* entre si todas as cousas, estabelecendo cada um a *propriedade* sobre as que lhe pertenceram. Porém esta *theoria* **tambem** não explica a origem da *propriedade*: 1.º porque a historia não nos attesta a existencia de tal *convenção*, e até julgamos impossivel a **reunião** de todos os povos para celebrarem esta *convenção*: 2.º porque no estado actual da civilisação, ainda que ella tivesse existido, não estaríamos obrigados a admittil-a, e podíamos até revogal-a por uma nova *convenção*. Por isso outros *recorreram* á *occupação*, de que havemos fallar nos §§. 111 e segg.

### §. 98.

Neste §. define o Comp. o que seja *propriedade de direito*. *Propriedade*, etc., *assim dizemos*, que a extensão e a gravidade são *propriedades* (*physicas*) dos corpos; e que a percepção e o juizo são *propriedades* (*intellectuaes*) do espirito. *Porém* *está*, etc. Se nós *considerámos* a *propriedade* como um direito, e se este se refere indispensavelmente ás condições para o fim do homem, é consequente que a *propriedade* de direito não se refere a toda e qualquer qualidade das cousas, mas só *aquellas qualidades, que podem, como diz o Comp., servir de condições para o homem satisfazer a alguma ou algumas das necessidades*. O Comp. não appresenta idéa nova, dizendo que o direito abrange as condições precisas para satisfazer as *necessidades que resultam do fim*, não obstante ter dicto aqui, que o direito abrange as condições necessarias para a consecução do fim; porque tanto val dizer que o objecto do direito são as condições precisas para satisfazer ás *necessidades que resultam do fim*, como dizer, que o objecto do direito são as condições necessarias para a *consecução do fim*.

## Nota vid.

'Nesta nota diz-nos o Comp. qual é a etymologia que os antigos assignavam á palavra *propriedade*, e as differentes acceções em que a costumam tomar os JCtos, bem como as divisões, que fazem d'ella. Diz o Comp. — *que os JCtos entendem por propriedade já o mesmo que o dominio, e já o dominio sem o usufructo*. Para entender isto é mistar saber que o *dominio* abrange dois elementos: 1.º o direito de dispor da cousa com exclusão dos outros; 2.º o direito de tirar da cousa toda a utilidade, que ella possa prestar (a que damos o nome de—*usufructo*). Ora os JCtos entendem umas vezes a *propriedade* como synonyma de dominio, e comprehendendo aquelles dois elementos; outras vezes em contraposição a *usufructo*, e comprehendendo só o 1.º elemento: e toma-se 'neste sentido, v. g. quando o testador declara em seu testamento, que deixa a *propriedade* de seus bens a Paulo, e o *usufructo* a Pedro. A *propriedade* é *natural*, v. g. a propriedade das nossas faculdades, e *acquirida*, v. g. a propriedade dos nossos vestidos. Ahrens, pag. 364—365. Darimon, pag. 78—79.

## §. 99.

O Comp. 'neste §, faz a divisão da propriedade em juridica, intellectual, e moral. O Comp. diz no 1.º periodo (*É mister, etc.*) que se faz necessario o distinguir a *propriedade de direito do direito de propriedade*. E a razão é, porque o Comp., como veremos no §. 102, sustenta, que o *direito de propriedade* é um direito absoluto, mas que a *propriedade de direito* é um direito hypothetico, contra a opinião de Ahrens que reputa a *propriedade de direito* um direito absoluto: e esta distincção é muito importante na applicação. Porém o Comp. apesar de estabelecer 'neste §. a necessidade da distincção entre a *propriedade de direito* e o *direito de propriedade*, só determina as suas differenças nos §§. 100 e 101. *Aquella, etc.* É a definição de propriedade juridica, que é—*a cousa*. É mister advertir que o Comp. diz 'neste §. que a propriedade é a *cousa*, e não a *qualidade* da *cousa*, como disse no §. antecedente,

por brevidade de linguagem. *Que é um meio ou condição*; porque á propriedade de direito pertence tudo o que é meio para o desenvolvimento **physico** e **intellectual** do homem, pois que o direito deve garantir todas as condições para o fim do homem. *Este character, etc.* O Comp. 'neste periodo marca a differença entre a *propriedade juridica* e a propriedade *intellectual e moral*, que se resume em que a propriedade juridica é *exterior*, e as outras são *interiores*. De feito, tanto a propriedade juridica como a intellectual e moral comprehendem meios para o fim do homem: os conhecimentos e a moralidade são condições para o destino do homem como os alimentos e o vestido. Porém as condições para o fim do homem não são elemento objectivo do direito, só porque são condições; é mister além d'isto, que sejam exteriores, sem o que não podem entrar no campo do direito que é todo *exterior*. Ora se nós dissemos, que a propriedade juridica se refere ás *condições exteriores* para satisfazer ás necessidades humanas, é claro que ella entra no campo do direito; mas já não dizemos o mesmo em quanto ás outras duas especies de propriedade *Diz-se propriedade, etc.* A *propriedade intellectual* consiste nos conhecimentos tanto theoreticos como praticos, que o homem tem adquirido, e que lhe pertencem, e igualmente nas variadas relações que o homem *acquire* na coexistencia com os seus semelhantes pelo desenvolvimento de todas as suas faculdades e disposições. Mas esta propriedade é *interior*; pôde existir sem produzir effeitos juridicos. E por esta razão o direito não lhe pôde dar a garantia, que dá sempre á *propriedade juridica*, excepto quando esses conhecimentos têm sido manifestados d'um modo qualquer, que passam ao dominio do público; porque sómente 'neste caso é que vêm a ser meios externos de desenvolvimento para a vida social, que o direito deve garantir. A *propriedade moral* consiste nas qualidades moraes, v. g. o amor, a honra, etc. Estas qualidades moraes são verdadeiras propriedades; mas propriedades moraes, que, como taes, não entram no dominio do direito, porque este não pôde nem deve punir os ataques feitos a esta especie de propriedade, em quanto d'elles não resultam effeitos exteriores susceptiveis de ser provados, v. g. o adulterio. Em resumô,

entra no do dominio do direito, ou pôde considerar-se como propriedade juridica toda a condição de desenvolvimento da vida humana, que seja exterior, ou, ainda que de origem interna, revista um character de exterioridade. Sr. Ferrer, Curso, pag. 233—234. Ahrens, pag. 364—365 e 401—406. Darimon, pag. 79—80. Sr. Seabra, pag. 161—180. Belime, vol. 2.º pag. 278—290.

§. 100.

O Comp. 'neste §. tracta da distincção entre *propriedade de direito* e *direito de propriedade*. No 1.º periodo (como a *propriedade*, etc.) mostra o ponto de contacto entre a *propriedade* e o *direito de propriedade*. Na verdade, se o *direito* consiste no complexo das condições necessarias para o desenvolvimento do homem, em quanto estas condições são dependentes da liberdade, e se a *propriedade juridica*, como a acabâmos de definir, consiste tambem nos meios de desenvolvimento do homem, é consequente que a noção de *propriedade juridica* na sua essencia é a mesma que a do *direito*. Comtudo, apesar d'esta identidade, ha uma differença essencial entre as duas noções, como o Comp. observa no periodo seguinte. — *Porém o direito*, etc. O *direito* apenas exprime uma união ideal entre o homem e os meios, i. é, uma união que apenas existe na nossa mente, e a *propriedade* exprime a união effectiva d'esses meios com o homem: 'noutros termos o *direito* exprime a possibilidade da appropriação d'esses meios, a *propriedade* exprime a realisação d'essa appropriação: v. g. tenho direito de comprar livros para estudar; este direito chama-se *direito de propriedade*, que apenas indica a possibilidade que eu tenho de adquirir os livros. Mas compro effectivamente os livros; são objecto da minha *propriedade de direito*, i. é, realisei a possibilidade ou o *direito de propriedade*. Por consequencia, entre o direito e a propriedade juridica existe a mesma differença, que entre o *posse* e o *esse*, — entre a possibilidade e a realidade. Assim o *direito* exprime uma relação *geral*, e a *propriedade juridica* uma relação *particular*, segundo a especialidade das cousas que abrange. Como conclusão

d'esta doutrina formúla o Comp. no ultimo período do §. (Póde pois, etc.) a definição de propriedade de direito. A *realização*, porque é esta a *characteristica da propriedade juridica* pela qual se distingue do direito, que é apenas a possibilidade. *Do complexo das condições*, porque a propriedade, como resume em si todos os direitos hypotheticos, abrange todas as condições, que são o elemento objectivo d'aquelles direitos. *Necessarias para o desenvolvimento quer physico, quer intellectual*, porque estas condições dirigem-se á satisfação das necessidades do fim, e este fim é o desenvolvimento de todas as faculdades do individuo tanto physicas como intellectuaes. *De cada individuo na qualidade e quantidade conformes ás suas necessidades*. Estas condições devem ser conformes na *qualidade* ás necessidades, do individuo, porque o homem segundo os differentes fins, a que se propõe, precisa de condições de diversa qualidade: assim o individuo, que se dedica ao fim scientifico, precisa de condições de diversa *qualidade* do que aquelle que se dedica ao fim artistico. Estas condições tambem devem ser conformes na *quantidade* ás necessidades; porque se a razão justificativa d'estas condições está em serem necessarias para satisfazer as necessidades, logo que estas cessem, cessou a causa, que legitimava o emprego das condições.

*Nota vid.*

O Comp. toca, 'nesta nota, uma doutrina importantissima, que é a—*base do direito de propriedade e da propriedade juridica*. Que a propriedade tem um *fundamento historico* é fóra de duvida, porque o facto da existencia do homem o comprova d'uma maneira decisiva. O homem não póde viver sem o uso das cousas externas, — alimentos, vestido, etc.; mas este uso depende da appropriação das cousas externas á personalidade para satisfazer as necessidades d'esta; ora 'nesta appropriação é que consiste a *propriedade*: logo a propriedade deveu existir desde o principio do mundo, e acompanhar a humanidade em todas as phases da sua existencia. Porém a *propriedade* tambem tem um *fundamento racional*—as *necessidades* do homem taes, quaes resultam dos differentes fins racionaes, a que



elle se dirige para o seu desinvolvimento. Cada homem, qualquer que seja a sua vocação, ou o fim a que aspire, precisa de ter uma *propriedade* proporcionada ás suas necessidades, as quaes resultam por um lado da sua natureza geral, e por outro da profissão particular a que se dedica. A *propriedade*, pois, é para cada homem uma condição da sua vida e do seu desinvolvimento; e assim como é certo, que o homem se deve desinvolver em todas as suas faculdades, assim tambem é justo, que todo o homem possua uma propriedade proporcionada ás suas necessidades. Sr. Ferrer, Curso pag. 235—236. Ahrens, pag. 365—368. Darimon, pag. 80—81.

### §. 101.

Na 1.<sup>a</sup> parte do §. (*Como a propriedade, etc.*) continua o Comp. a fallar da distincção entre a *propriedade juridica* e o *direito de propriedade*. Na verdade o *direito de propriedade* contém um *duplicado direito*; porque temos demonstrado, que a *propriedade* é em si mesma um direito, o direito proprio de cada um: logo o direito de propriedade é um direito a um direito, i. é, é o direito que garante o direito, que constitue a *propriedade*. Na 2.<sup>a</sup> parte do §. (*por tanto o direito, etc.*) diz qual é o objecto do direito de propriedade. O Comp. pela palavra — *acção* — designa, neste logar, os meios que competem ao sujeito do direito para o fazer valer perante os tribunaes de justiça. Sr. Ferrer, Curso pag. 236—237. Darimon, pag. 82—83.

### §. 102.

O Comp. 'neste §. faz a distincção entre a *propriedade juridica* e o *direito de propriedade*, como conclusão da doutrina estabelecida nos trez §§. antecedentes. Na 1.<sup>a</sup> parte do §. diz o Comp. (*o direito de propriedade, etc.*) Já demonstrámos no §. 79 que todo o homem, só porque é homem, tem direito a usar das cousas externas, ou a apropriar-se d'ellas para satisfazer as suas necessidades, especialmente a da existencia; ora a *propriedade* consiste na união real d'essas cousas á personalidade de modo, que

o homem as possa apropriar ás suas necessidades: logo todo o homem tem direito á aquisição d'uma *propriedade*, só porque é um **ser racional**, em virtude da sua propria natureza, independentemente de facto algum: 'noutros termos, o *direito de propriedade* é um **direito absoluto**, visto que resulta exclusivamente da natureza humana. Na 2.<sup>a</sup> parte do §. (*Porém a propriedade de direito*) prova o Comp. que a *propriedade de direito* é um direito hypothetico. Com effeito a *propriedade juridica* consiste na união real das cousas á personalidade, i. é, na realização do complexo das condições necessarias para o desinvolvimento do homem de modo, que elle possa empregar-as livremente na satisfação das necessidades do fim, e dispor d'ellas com exclusão de todos outros; ora para se dar esta *realização* é mister, que o homem pratique um **facto pelo qual** colloque esses meios debaixo do seu poder; mas os direitos, que têm o seu fundamento na natureza humana, e conjunctamente 'nalgum facto d'acquirição, são direitos *hypotheticos*; logo a *propriedade de direito* é um direito *hypothetico*.

*Nota vid.*

'Nesta nota refuta o Comp. uma razão, que Ahrens adduz para provar que a *propriedade de direito* é um direito absoluto. Diz este escriptor, que a *propriedade* é tão antiga como a existencia do homem, porque sem ella não poderia o homem viver. Todavia, responde o Comp. que a *propriedade* depende sempre d'um facto, que aproprie á nossa personalidade certos e determinados objectos. O homem nasce nú, e por isso sem direito a certas e determinadas cousas. Tem, é verdade, um direito geral a obter uma *propriedade*, a que nós chamamos — *direito de propriedade*; mas não tem direito sobre certa e determinada coisa que faça objecto da sua — *propriedade juridica*: logo a *propriedade juridica* não é um *direito absoluto*. O Comp. diz no fim da nota — *Afóra a propriedade*, etc. Com effeito a *propriedade* das cousas internas nasce com o homem. Porém nós aqui fallamos das cousas externas. E em quanto a estas sustentamos, que só pela prática d'um facto podem ser objecto da *propriedade juridica*.

Esta questão, pois, é da mais alta importancia; porque, seguindo-se a opinião d'Ahrens, é forçoso admittir os dois seguintes corollarios: 1.º que a *propriedade de direito* ha de ser igual em todos os homens, porque é um direito absoluto; quando nós temos demonstradô, que o homem precisa de mais ou menos condições, e, por isso, d'uma maior ou menor *propriedade*, segundo o gráo do seu desenvolvimento e segundo os fins a que se applica; 2.º que a *propriedade juridica* não precisa ser provada por aquelle que a invocar, visto que é um direito absoluto; consequencia esta, que destroe toda a theoria da propriedade. Eis-aqui a razão, por que nós dissemos no §. 99, que era mister distinguir bem a *propriedade juridica* do *direito de propriedade*; visto que da confusão d'estes dois direitos resultavam os absurdos que notamos. Sr. Ferrer, Curso pag. 237—238, e 268 — 270. Bruckner pag. 460.

### §. 103.

O Comp. 'neste §. propõe trez questões relativamente á materia da propriedade, e occupa-se de cada uma d'ellas nos §§. seguintes—1.ª *Qual foi etc.*, i. é, quando e de que modo é que se estabeleceu a propriedade entre os homens? D'esta questão occupa-se no §. 104. 2.ª *Admittida, etc.* Diz-se que um factô é *empyrico*, quando elle é verdadeiro, e tem sido recebido em todos os povos, mas não se sabe o tempo nem o modo como se introduziu. É o que acontece com a propriedade: não sabemos o tempo nem o modo como se introduziu, mas sabemos que é um factô *geralmente recebido* desde as hordas selvagens até á sociedade civil. Aquellas reconhecem a propriedade na caça, e na pesca; os *nomadas*, que tambem se podem dizer selvagens, admittem igualmente a propriedade nos seus rebanhos: porém, onde ella apparece em toda a sua plenitude, é na sociedade civil. *E sobre que assenta*, diz o Comp, a *ordem social*; porque, effectivamente, em todas as sociedades do mundo conhecido se acha estabelecida a propriedade, como base da sua organização. Ora admittida a propriedade, como um factô, pergunta-se qual deve ser a sua — *distribuição*, i. é, como deve ser distribuida pelos

differentes individuos; *organisação*, i. é, como ha de organisar-se esta instituição da propriedade em harmonia com os bons principios; *garantias*, i. é, quaes os meios mais aptos para assegurar o gozo pacifico da propriedade. 3.ª *'Nesta hypothese etc.*, i. é, na hypothese d'propriedade ser um factio reconhecido por todos, quaes são os meios legitimos que o homem pôde empregar para a adquirir.

### §. 104.

'Neste §. occupa-se o Comp. da 1.ª questão, enunciada no §. antecedente, — *qual é a origem da propriedade*. O Comp. diz na 1.ª parte do §, (*quanto á primeira*, etc.) que não é possivel resolver a questão ácêrca da origem da propriedade. E com effeito assim é. Nós podemos considerar a origem da propriedade debaixo de dois pontos de vista: 1.º *historicamente*, tractando de examinar se a propriedade existiu entre os homens, e o modo e a epocha em que foi introduzida; 2.º *philosophicamente*, averiguando não o modo como se verificou a introduccão da propriedade, mas o modo como se deveria verificar, attentas as circumstancias dos povos 'nessa epocha. A questão da origem *historica* está fora do campo do direito natural, pertence á historia o decidil-a; mas nem a historia o pôde fazer, porque a existencia da propriedade perde-se na noite dos tempos. Nós dissemos, que a propriedade consistia na realisação dos meios para a conservação da natureza humana, e por isso a propriedade deve ser coeva com a existencia do homem; mas a historia fica muito áquem das primeiras edades da humanidade: logo a existencia ou introduccão da propriedade esconde-se nos tempos *praeter-historicos*. Diz o Comp. — que só a origem philosophica pertenceria á philosophia do direito; porém confessa ao mesmo tempo, que a questão, ainda encarada debaixo d'este ponto de vista, não é menos indissolúvel; e dá a razão no 2.º periodo do §. — *Na verdade*, etc. Com effeito para determinar a origem philosophica da propriedade, era necessario uma de duas cousas — ou *definir o estado de civilisação*, em que os homens se achavam na epocha desconhecida da sua introduccão, i. é, o systema social d'aquellas eras — se os

homens viviam em hordas, familias, tribus, nações etc., bem como a massa d'ideas que girava 'nesses tempos entre aquelles povos; mas estes dados deviam-nos ser fornecidos pela historia: e nós acabamos de provar, que a historia não alcança os tempos primitivos da propriedade. Além d'isso fora mister saber a epocha da introdução da propriedade, para averiguar o estado de civilização nòs tempos precedentes a essa introdução, o que já mostrámos ser impossivel. *Ou recorrer ao pretendido estado natural.* Alguns julgam poder resolver a questão da origem philosophica da propriedade, recorrendo ao estado natural, e tomando para modelo da organização social da propriedade a maneira simples e innocente por que ella ahi devia ser adquirida. Todavia este *estado natural* não podia servir de modelo 'noutro estado mais avançado, porque o desinvolvimento do homem e da sociedade caminha incessantemente, e cada estado do homem ou da sociedade tem regras especiaes e exclusivas, que não podem applicar-se a outro estado. Além de que nós já demonstrámos, que o *estado natural* é uma ficção.

O Comp. no ultimo periodo (*por tanto, etc.*) adverte, em conclusão, que deixa de parte a questão da origem da propriedade. Nem a sciencia do direito natural tira grande utilidade da solução d'esta questão. É indifferente ao direito o saber o modo, como a propriedade foi introduzida na vida social dos povos. Porque assim como a historia não pôde ser fonte do direito, que é filho da razão prática e da natureza humana; tambem a origem da propriedade, que aliás tem sido muito differente nos diversos povos, não pôde dar-nos base alguma para o direito da mesma. Nós tractamos de conhecer a razão e a base juridica da propriedade, e havemos de resolver esta questão segundo os principios do direito natural. Sr. Ferrer, Curso pag. 232, e 266—267.

### §. 105.

'Neste §. occupa-se o Comp. da 2.<sup>a</sup> questão enúnciada no §. 103 — *qual deve ser a organização, distribuição e garantias da propriedade?* E diz o Comp. (*A politica,*

*etc. vid.*) que esta questão não tem o seu lugar proprio na philosophia do direito, mas sim no *direito público* ou *positivo*. O direito natural subministra, é verdade, os principios que servem de base, e que explicam a natureza da propriedade; e sobre estes devem assentar quaesquer reformas que 'nella hajam de fazer-se. Porém na distribuição e garantias da propriedade é mister consultar igualmente a historia e á estadística: a *historia* que expõe os differentes systemas de propriedade, que se têm ensaiado nos diversos povos, segundo as epochas da sua civilização e interesses especiaes, a fim de conhecermos qual produziu melhores resultados; a *estadística* que, traçando o quadro do desinvolvimento actual da sociedade, indica as reformas para que a nação está preparada segundo a sua cultura e circumstancias especiaes, e nos habilita a escolher na historia o systema mais accomodado á epocha presente. Ora a sciencia intermediaria entre a philosophia do direito e a historia é a estadística, que combina os principios d'estes trez ramos dos conhecimentos humanos, e propõe em harmonia com elles os melhoramentos de que é susceptivel um povo na epocha presente ou futura, é a — *politica*: por consequencia não pertence ao direito natural, mas a outra sciencia, em que tenha cabimento a *politica*, o resolver esta questão. Sr. Ferrer, Curso pag. 232.

### §. 106.

'Neste §. falla o Comp. da 3.<sup>a</sup> questão mencionada no §. 103 — *qual é a possibilidade juridica da aquisição da propriedade?* No 1.<sup>o</sup> periodo do §. (*Quando, etc.*) apresenta o Comp. a sua opinião 'numa proposição geral, dizendo, — que as cousas *nullius*, i. é, sobre que ninguem ainda fixou o seu direito, se acquirem por um de dois modos, — pela *occupação* ou pela *accessão*; e as cousas *alicujus*, i. é, que estão no patrimonio d'outrem, se acqui-rem por algum *contracto* expresso ou tacito, em virtude do qual o dono nos transfere o objecto do seu direito. No ultimo periodo do §. — (*Nos logares, etc.*) faz o Comp. uma especie de razão d'ordem, dizendo, — que não tracta já de demonstrar e desinvolver o seu systema, mas que examina

primeiramente aquelles systemas dos philosophos modernos, que merecem mais algum peso. E a razão é porque, refutando estas systemas, tem já dado um grande passo e aplanado o caminho para arvorar o seu systema em principio d'acquisição de propriedade.

§. 107.

O Comp, 'neste §., examina o systema d'aquelles philosophos, que fundamentaram a propriedade na *industria*, que o homem emprega em qualquer cousa para a apropriar ás suas necessidades; e que por isso se chamou systema de — *transformação ou especificação*. O Comp. na 1.ª parte do §. (*Alguns, etc.*, até — *efeitos*,) diz-nos em que consiste este systema, e as razões em que se funda. Com effeito muitos dos philosophos modernos, e quasi todos os economistas, entenderam que o titulo da propriedade estava no *trabalho*, pelo qual o homem dava ás cousas uma nova forma, apropriando-as ás suas necessidades. E fundam-se em que o homem por esta industria imprime 'nesses objectos o cunho da sua personalidade, e que se deve tanto respeito á obra do homem, como á sua personalidade; porque, sendo elle senhor das suas faculdades e das suas acções, deve-o ser tambem dos resultados d'essas faculdades ou acções, e, portanto, do trabalho, que é um resultado do exercicio das faculdades. Esta theoria é racional, em quanto fundamenta a propriedade 'num facto constante e permanente — *a actividade do homem*. Comtudo não indica a verdadeira razão da propriedade, como o Comp. demonstra no resto do § — *Porém, etc.*, até *vontade*. O Comp. rejeita este systema já com relação ás cousas *nullius*, já com relação ás cousas *alicujus*. É inadmissivel este systema com relação ás cousas *nullius*; porque a *transformação* presuppõe já a propriedade dos objectos que transformamos. Não se pôde *transformar* sem haver uma cousa que se transforme, e, por consequencia, sem que tenha havido a *apprehensão* e occupação prévia do objecto, no que consiste a — *propriedade*. Este systema é mais inconveniente com relação ás cousas *alicujus*; porque estas pertencem ao dominio exclusivo d'outrem, do qual o

não podemos privar contra sua vontade, sem lesarmos o seu direito de propriedade. É mister que tenha havido um contracto, pelo qual o senhor da coisa nos transfira o seu direito; e, 'neste caso, é o contracto e não o trabalho o titulo da propriedade. D'estes principios deduz o Comp. a conclusão estabelecida nas 3 ultimas linhas do §. (*Portanto, etc.*) que a especificação em caso nenhum pôde ser titulo de propriedade nas cousas *alicujus*; e apenas poderá applicar-se às cousas *nullius*, precedida da occupação do objecto. Logo a *especificação* por si só não pôde ser em caso algum o fundamento da propriedade. Sr. Ferrer, Curso pag. 240—242. Sr. Seabra, pag. 33 — 34 e 62—64. Ahrens, pag. 375—378. Darimon, pag. 76—78, Belime vol. 2.º pag. 185 — 187.

### §. 108.

O Comp. 'neste §. passa em revista um outro systema, ácerca do fundamento da propriedade, que se deve a Montesquieu e Bentham. O Comp., na 1.ª parte do §., — (*Outros — até — garantias*) diz-nos em que consiste este systema, e as razões em que se funda. A maior parte dos JCtos do seculo passado, nomeadamente Montesquieu e Bentham, sustentaram, que o fundamento e origem da propriedade é a *lei civil*, i. é, a declaração d'um poder investido das funcções legislativas. E a razão em que se fundavam era que o homem não pôde gosar do que considera como seu, ou como sua propriedade, se a lei lhe não assegurar esse gozo. A propriedade e a lei, diziam elles, nasceram junctas, e junctas morrerão tambem. Antes das leis não houve propriedade; acabae com as leis, e toda a propriedade acabará. O Comp. no resto do §. combate este systema com dois argumentos *a posteriori* = 1.º *Porém*, etc. Com effeito, se a opinião de Montesquieu e Bentham fosse verdadeira, i. é, se a propriedade não tivesse o seu fundamento na natureza humana, como todo e qualquer direito, mas sim nos decretos do poder legislativo, *qualquer organização que a lei civil fizesse da propriedade*, embora a mais absurda, seria justa, porque se fundava na lei, e — *dura lex, sed lex*. O arbitrio do imperante civil seria a ultima razão da propriedade; e, por isso, a organização



da propriedade feita pelos direitos do Sultão não seria menos justa, do que a regulada pelos Codigos mais liberaes do mundo. 2.º *Ainda mais*, etc. Se todo o poder civil tem o direito de regular a propriedade dos subditos a seu bel-prazer, pôde sem injustiça attentar contra essa propriedade, tirando-a a uns para a dar aos outros, ou mesmo locupletando-se com ella; visto que o arbitrio do poder é a razão suprema da propriedade. A estes argumentos podiamos acrescentar muitos outros; mas bastará apontar dois *à priori* = 1.º As leis não são fonte do direito, pelo contrario o direito é anterior á lei, que não é mais do que a expressão d'elle, e, por isso, nunca podem estar em contradicção com os principios do direito, aliás offenderiam a regra — *fiat justitia, peccat, ne pereat mundus*. Por mais urgentes que pareçam as reclamações da politica, jámais os principios fundamentaes da justiça poderão sacrificar-se ás conveniencias sociaes; que necessariamente hão-de ser apparentes todas as vezes, que o direito não justifique as leis que ellas parecem reclamar. 2.º A propriedade depende da lei civil para a garantir, e obrigar os membros da sociedade a respeitá-la. Mas a *garantia* da propriedade não é a *origem* da propriedade: uma cousa é *reconhecer e garantir*, outra cousa é *constituir* um direito. Por consequencia, ainda que a lei civil dê a garantia á propriedade, não lhe pôde servir de fundamento; visto que a propriedade é anterior á lei civil, e coeva com as necessidades humanas, d'onde deriva o seu titulo. Sr. Ferrer, Curso pag. 257 — 260. Sr. Seabra, pag. 34 — 35. Ahrens pag. 379 — 382. Darimon, pag. 75 — 76. Belime, vol. 2.º pag. 182 — 184, e 189.

### §. 109.

Vid. 'Neste §. examina o Comp. o systema d'aquelles philosophos, que invocam para fundamento da propriedade a — *convenção*. Este systema, porém, é considerado de diverso modo pelos philosophos antigos e modernos. Os antigos philosophos, e designadamente Grocio, Puffendorf e Felice, partindo da existencia d'uma communhão primeva, em que todos os homens tinham direitos eguaes a todas as cousas, entenderam, que sómente uma *convenção* podia

pelo mutuo consenſo expreſſo ou tacito dos homens legitimizar a acquiſição da propriedade. Todavia a hypothese d'uma *convenção* primitiva não nos é attestada pela historia, e ainda que o fosse, nenhuma importancia teria este facto na philosophia do direito, que se occupa do que deve ser, e não do que foi. Porém nós podemos ainda accrescentar, que, se a *convenção* fosse a base da propriedade, a vontade do homem seria fonte de direitos; que seriam variaveis e inconstantes como ella. A *convenção*, que hoje se fizesse, poderia amanhã ser desfeita, e renovada pelo menos em todas as gerações; visto que um contracto não obriga senão as partes contractantes, não pôde obrigar terceiras pessoas, e, muito menos, seres que ao tempo do contracto ainda não eram nascidos. Os philosophos modernos, como são Kant, Fichte e outros dizem, que, não obstante ser a propriedade um direito, que tem a sua base na natureza humana, é mister, que os homens se reunam para se assegurarem mutuamente este direito. Segundo estes é a *garantia* da propriedade, e não a propriedade—*direito*, que deve ter a sua origem na *convenção*. A sociedade não tem o direito de destruir a propriedade, mas deve apenas regular a sua applicação e organização; porque a sociedade não cria a propriedade—*direito*. N'outros termos, segundo estes a propriedade—*direito* tem a sua origem na natureza humana, e não na *convenção*; mas a garantia da propriedade é que depende de *convenção*. O Comp. diz, que tambem não entra 'nesta questão *por fier fora do quadro do direito natural*. E, effectivamente, nos já dissemos, que, para se effectuar uma tal organização, não bastavam os principios philosophicos do direito, mas que era mister consultar tambem as circumſtancias dos povos; o que demanda considerações politicas, e faz a questão do dominio do *direito publico*. Além de que nos tractamos de estabelecer, não a garantia da propriedade, mas a base legitima da sua acquiſição. Sr. Ferrer, Curso pag. 260 — 265. Sr. Seabra, pag. 35 — 39. Belime, vol. 2.º pag. 179 — 182. Ahrens, pag. 382 — 387.

'Neste §. menciona o Comp. dois systemas diametralmente oppostos — a *propriedade individual*, e a *communhão de bens*. — O *systema*, etc. A *propriedade individual* é o *systema*, segundo o qual cada pessoa tem a livre e exclusiva disposição das cousas, que tem adquirido por um titulo de direito. Este *systema* é o mais antigo e o mais geralmente adoptado por todos os povos da antiguidade e dos tempos modernos. Este facto é de per si sufficiente para se não condemnar com ligeireza esta instituição; porque não é de presumir, que o bom senso dos povos se tenha enganado completamente, ou se tenha posto em opposição com a razão illustrada. Todavia appresentam-se graves razões contra este *systema*, entre as quaes apontaremos a principal, que vem a ser — a grande desigualdade dos bens materiaes entre os homens, pela qual se ostenta a opulencia mais subida a par do pauperismo com todos os horrores da miseria. O proletario vive com a sua triste familia em uma asquerosa e infecta posilga, em que apenas pôde revolver-se; em quanto o rico habita em sumptuosos palacios, em que o primor da arte rivalisa com a preciosidade da materia. O primeiro definha no trabalho para obter algumas onças de um pão trigueiro e indigesto; em quanto o segundo vive os seus dias na mais completa ociosidade; bebe por taças de oiro; e para alimentar-se põe em econtribuuição os productos mais exquisitos de todos os angulos da terra.

Para evitar, pois, estes inconvenientes propõem alguns o *systema da communhão de bens*, pelo qual a comunidade é a unica, que pôde dispôr livremente dos bens materiaes; e que distribue a cada um dos seus membros a parte, que considera sufficiente para satisfazer as suas necessidades, prescrevendo-lhe, além d'isso, o uso que deve fazer d'ella. Pelo *systema da propriedade individual* não sómente é livre ao individuo o dispôr, como lhe aprouver, dos seus bens, mas até pôde usar d'elles do modo, que quizer ou deixar d'usar d'elles; pelo da *communhão de bens* não só o individuo não pôde dispôr d'uma parte dos bens da comunidade, mas nem ainda pôde desviar os meios,

que esta lhe subministra, do fim indicado. Porém se os communistas querem por este modo minorar os effeitos do pauperismo, parece-nos que os aggravam; porque o homem deixará de trabalhar, e de exercer as suas faculdades physicas e intellectuaes, logo que deixe de ser o senhor exclusivo dos fructos do seu trabalho. É uma verdade inconcussa, — que o unico estimulo, que leva o homem ao trabalho, é a certeza de gozar e dispôr exclusivamente dos resultados do seu trabalho. Assim fomos creados, é esta a natureza da nossa *constituição*. Todavia a Economia Politica e a Politica devem concorrer com seus principios para aclarar e decidir esta questão. Por isso o Comp. diz, que esta questão não pôde ser avaliada no direito natural. Mas, ainda assim, pronuncia-se a favor da propriedade individual, appresentando trez razões de muito pezo nas ultimas linhas do §. = 1.<sup>a</sup> *O systema da propriedade individual acha-se intimamente ligado com todo o modo de pensar e obrar da sociedade actual*. Com effeito nós vemos a propriedade individual reconhecida em todas as especies de sociedade desde as mais imperfeitas até ás mais perfectas. Nas *hordas selvagens* o barbaro que sóbe á arvore, e colhe o fructo, julga-se tão senhor d'elle, como na sociedade civil o fabricante se julga senhor do seu artefacto. Nas *tribus nomadas* ainda a propriedade apparece mais saliente; porque não só os productos naturaes da terra, mas tambem os gados, as lãs, o leite, etc., são objecto da propriedade individual. Na *sociedade civil*, porém, é que o systema da propriedade se ostenta em toda a sua plenitude. O homem pôde adquirir, como proprias, tanto as cousas moveis, como as immoveis, tanto aquellas, em que intervem quasi só a actividade do homem, como aquellas, que são mera liberalidade da natureza. Ora, se nós vemos a propriedade assim estabelecida em toda a parte, temos razão para dizer, que ella está em harmonia — *com o modo de pensar e obrar da sociedade actual*. 2.<sup>a</sup> *que é a base da sua organização*. Com effeito o pólo, sobre que se apoiam todas as instituições da sociedade actual, é a propriedade, que está consagrada pela legislação de todos os povos. Se hoje se acabasse com o systema da propriedade, o mundo social voltaria ao chaos, e seria

necessario um outro — *fiat* — para fazer reviver a ordem. 3.ª e a condição indispensavel do seu desenvolvimento. Com effeito se nós mostramos, que a propriedade é o principal motor do trabalho e da actividade dos homens, que permaneceriam na ociosidade, se não tivessem a certeza de gozar exclusivamente dos resultados do emprego das suas faculdades physicas e intellectuaes; e se o trabalho e actividade são a origem dos melhoramentos e das mais importantes descobertas em todos os ramos das sciencias e das artes: e se estes progressos são a condição essencial da multiplicação dos meios para o desinvoltimento phisico e moral do homem: segue-se, que a propriedade individual é a condição indispensavel do desenvolvimento da sociedade, que não é mais do que o desenvolvimento de cada um dos individuos, que compõem essa sociedade. Sr. Ferrer. Curso pag. 242 — 245. Sr. Seabra pag. 1 — 136. Ahrens pag. 88 — 105 e §§. 429 — 437. Belime vol. 2.º pag. 188 — 234. Lerminier, *Philosophie du droit* pag. 74 — 89. Thiers, *De la propriété* 1 — 297. Proudhon, *Qu'est ce que la propriété; et Lettre a M. Blanqui sur la propriété*.

### §. 111.

Vid. Este §. é uma especie de transição da doutrina dos §§. antecedentes para os seguintes. O Comp., depois de ter refutado os principaes systemas, que se têm apresentado acerca da aquisição da propriedade das cousas *nullius*, vai expôr o seu. O Comp. admite, como meio de adquirir as cousas *nullius*, — a occupação quando for acompanhada da *especificação*, i. é, quando o homem, depois de occupar uma coisa *nullius*, a assignalar com o seu trabalho; com quanto reconheça os grandes inconvenientes d'este systema, e o pezo das razões que se offerecem contra elle. Porque, sendo todos os systemas incompletos, como obra do homem; e offerecendo todos aquelles, em que se têm pretendido bascar a propriedade, graves inconvenientes, entendeu o Comp., que este systema era o mais natural e philosophico, e sujeito a menos inconvenientes, ainda que muito imperfeito. Porém o Comp. não expende já as razões em que apoia o seu systema. Primeiramente

apresenta os argumentos que têm sido produzidos *pro* (§§. 113 e 114) e *contra* (§. 112) a occupação, e apresenta depois a sua opinião (§§. 115 e segg.)

### §. 112.

Neste §. aponta o Comp. os principaes argumentos, que têm sido produzidos *contra* o systema da occupação = 1.º Vid. O 1.º argumento funda-se no character principal do *dominio*, que consiste no poder de usar de uma coisa com exclusão dos outros. E d'aqui argumentam aquelles, que impugnam o systema da occupação, que ella não pôde ser a origem do *dominio*; porque, tendo todos os *homens* egual direito ás cousas, não pôde um, sem o consentimento dos outros, restringir o direito d'elles; nem estes *contrahiram* a obrigação juridica de respeitar o direito do occupante, pois que não *practicaram* acto algum pelo qual se submettessem a essa obrigação. Porém no §. 115 até 118 havemos *próvar*, que da occupação resultam direitos sobre a coisa occupada, que subsistem não só em quanto a coisa está debaixo do poder *physico* do homem, mas que *permanecem* ainda além da *detenção*, quando a *transformação* radicou o seu direito sobre a coisa, imprimindo-lhe o *cinho* da sua *personalidade*. 2.º vid. Dizem em 2.º *logar*, que a *força*, no systema da occupação, é o meio da *acquição* da *propriedade*, e que se a *força* não produz direitos, *tambem* a occupação, resultado da *força*, os não pôde *constituir*. Porém este argumento *prova de mais*, e os argumentos, que *provam de mais*, em boa *logica* não *provam nada*; porque nós tomamos aqui *força*, não no sentido de *violencia*, mas no sentido de *actividade physica*, — em quanto é *mister* o *exercício* das nossas *faculdades physicas* para *practicar* o *facto* da occupação: e se esta não *interviesse* na *acquição* dos direitos *hypotheticos*, não *haveria* meio de os *acquirir*, mesmo *pêlas convenções*: por quanto nos *contractos* se torna *necessaria* a *declaração* da *vontade*, que é um resultado da *actividade physica* ou da *força*. 3.º vid. Dizem em 3.º *logar*, que, se o systema da occupação fosse *verdadeiro*, teria de *admittir-se*, que o *acaso* pôde ser a *fonte* do direito; porque a *primeira occu-*

pação não é mais do que um acontecimento, produzido por circumstancias fortuitas. Este argumento porém é um sophisma. Na occupação pôde intervir o *acaso*; mas não é o acaso, que produz por si a occupação, porque ella consiste 'num factó, practicado livremente pelo occupante: assim podemos dizer, que a descoberta da America por Colombo foi casual, em quanto que elle, assim como para alli dirigiu casualmente o rumo dos navios, se o dirigisse para outra parte, nunca a descobriria. Porém o que não é casual foi o mandar o rei d' Hespanha preparar embarcações para sulcar os mares, escolher gente capaz para emprehender uma viagem tão arriscada, e dar-lhe para chefe um dos homens mais distinctos da Hespanha; bem como o hastear Colombo a bandeira Hespanhola nos terrenos descobertos, como signal da occupação. Por consequencia não é o acaso; mas um factó do homem, que dá logar á acquisição do direito sobre as cousas *nullius*. 4.º vid. Dizem em 4.º logar, que o factó da occupação não contém restricção alguma; e que, segundo este principio, um só individuo poderia chegar a ser senhor de todo um continente, e pretender excluir d'elle todos os outros; pretensão, que o bom senso jámais admittiu. Porém este argumento apoia-se 'numa base falsa, porque nós havemos provar no §. 124, que o direito d'occupar é limitado não só em relação á *qualidade* mas tambem em relação á *quantidade* das cousas. 5.º vid. Dizem finalmente, que a occupação, como constituindo o direito de propriedade, não é susceptivel de quasi nenhuma applicação no nosso tempo, porque actualmente quasi tudo está occupado: de sorte, que, se a occupação fosse a unica fonte da acquisição da propriedade das cousas *nullius*, já não haveria meio de adquiril-a, pois que nos povos civilizados é o Estado, quem hoje se considera como proprietario das cousas não occupadas. Este argumento é de todos o mais fraco, porque se não pergunta se actualmente ha muitas ou poucas cousas para occupar; o que se pergunta é se a occupação pôde ser fonte de direitos hypotheticos. A quantidade não é a base do justo ou do injusto. Tractamos de averiguar o fundamento d'um direito, e não a maior ou menor possibilidade da sua realisacão. Além de que, o argumento em si é falso, porque ainda temos muitas

cousas a occupar, como são: minas, terrenos abandonados, cousas perdidas etc. Contra estas razões ainda offercem alguns um argumento geral. — Se a faculdade d'occupar fosse um privilegio; seria injusta; mas, como é um direito universal, que compete a todos os homens, as vantagens ou inconvenientes, que resultarem da aquisição das cousas *nullius* pela occupação, serão eguaes e communs para todos; e, onde ha egualdade, não pôde haver lesão. Sr. Ferrer, Curso pag. 253—255. Sr. Seabra, pag. 33—34. Ahrens, pag. 372 — 375, Darimon, pag. 73 — 75.

### §. 113.

O Comp. 'neste §. e no seguinte appresenta os argumentos a favor da *occupação*. 'Neste §. appresenta uma razão geral, deduzida da antiguidade e adopção geral d'este systema. A *favor*, etc. Com effeito a historia nos mostra a occupação, como meio de adquirir as cousas *nullius*, adoptada por todos os povos da antiguidade, e dos tempos modernos. Cicero comparava o mundo a um theatro, onde todos os espectadores têm direito de sentar-se; mas onde o primeiro occupante não pôde ser esbulhado do logar que escolheu, se elle não pertencia a ninguem. As mesmas idéas se encontram nos philosophos da antiguidade; e designadamente na legislação Romana, que tem sido a base de todos os Codigos das nações cultas do mundo moderno, e que estabelece o principio — *quod enim nullius est, id ratione naturali occupanti conceditur*. = O Comp., nas palavras — *e com quanto*, etc., indica uma objecção, que se pôde appresentar contra este argumento, e é a seguinte — que a antiguidade, e a adopção geral d'uma instituição não são em si mesmas um titulo de direito; porque as leis viciosas e as instituições injustas podem manter-se por muito tempo e ser adoptadas por muitos povos, como a historia nos attesta: assim se tem conservado a abominavel instituição de *escravidão*, e atravessou muitos seculos a *sancta* Inquisição. Nas palavras — *comtudo* etc. responde o Comp. á objecção. Os factos historicos, que têm o cunho da antiguidade e generalidade, devem sempre reter o espirito reflectido para não condem-



nar com ligeireza uma instituição, sem examinar maduramente se tem o seu fundamento na natureza humana, ou ao menos no desinvolvimento social das epochas e dos povos, que a têm consagrado. E a esta razão podemõs acrescentar, que os factos especiaes, que se apontam, — da *escravatura* e *Inquisição*, não destroem a regra geral; quanto mais, que a occupação toca numerosas relações da vida e actividade social, e apresentã-se nos differentes povos com a maior homogeneidade na organização. É preciso, pois, que haja razões mui fortes no estado social de todos os povos para dar a este systema uma applicação tão geral. O Comp. no resto do §. adduz mais outra razão, a favor da occupação, deduzida dos proprios argumentos dos adversarios: *e porque os adversarios*, etc. Se os proprios adversarios reconhecem, que ha poucas cousas *nullius*, não vale a pena rejeitar este systema, já porque é uma instituição veneranda da antiguidade, já porque os systemas, que se pretendem substituir á occupação, são muito mais defeituosos; como vimos desde os §§. 107—111.

#### §. 114.

'Neste §. continúa o Comp. com a exposição dos principaes argumentos, que têm sido produzidos a favor da occupação, apontando quatro argumentos, que são apresentados por Bentham. 1.º vid. Bentham, como fundamentava o seu systema de legislação na *utilidade*, determinada pelas idêas de *prazer* e de *pena*, e fazia consistir a *propriedade* — na esperança de tirar utilidade d'uma cousa, entendeu que, dada a propriedade se dá um prazer, e tirada a propriedade se dá uma pena. Mas admittida a theoria da occupação, como meio d'acquiisição das cousas *nullius*, a cousa fica pertencendo ao primeiro occupante, e assim poupa-se este á *pena* de ser privado da propriedade. Por este modo será mais ampla a esphera dos *prazeres*, do que a das *penas*, e, por consequencia, maior a felicidade social. 2.º vid. Este argumento é tambem uma razão de conveniencia social. Na verdade, se as leis não reconhecessem a *occupação*, como meio d'acquirir as

cousas *nullius*, levantar-se-hiam rixas e desordens entre os diferentes concurrentes, que importariam consequencias funestas á sociedade civil. 3.º vid.. A historia das nossas descobertas é uma prova incontestavel d'este argumento. Estamos firmemente convencidos, que se não nos pertencessem, pelo direito de primeiros occupantes, os paizes descobertos tanto na Africa como na America, pelo Infante D. Henrique, e no tempo dos reis D. João 1.º, D. João 2.º, e D. Manoel, não se abalançariam os Hespanhoes, Hollandezes, etc. a arriscadas navegações e perigosas viagens, com o fim de obter os mesmos bens. 4.º vid. Com effeito, admittido o direito d'occupação, logo que o primeiro occupante provasse o seu direito, acabavam as *contestações* e *desordens* entre os diversos concurrentes. Pelo contrario rejeitado o systema da occupação, não conhecemos outro, que possa substituil-o, senão o da *força*; a qual, como temos dicto, nunca produz direitos.

#### *Nota.*

'Nesta nota resolve o Comp. uma objecção, que se lhe poderia apresentar, por elle ter consignado estes argumentos 'numa obra de philosophia do direito. A objecção está nas palavras — *Estas razões*, etc. Effectivamente, o direito natural é uma sciencia *a priori* que avalia a bondade ou maldade d'um systema á luz dos principios do direito, taes, quaes resultam da natureza humana, sem curar dos bons ou máos resultados que a admissão d'esse systema na prática possa trazer ao estado social; porque a apreciação das conveniencias publicas é da competencia da *politica*. Porém o Comp. justifica-se nas palavras — *No entretanto*, etc. É verdade, que o direito natural é uma sciencia *a priori*; mas como a questão da occupação não é resolvida satisfactoriamente pelos principios philosophicos, equilibrando-se as razões pró e contra este systema; e sendo a occupação reconhecida, em quasi todos os Codigos das nações civilizadas, como meio d'acquirir as cousas *nullius*, parece que a balança deve pender a favor da occupação; visto que o direito positivo é a praxe do

direito natural, e a prática é o melhor interprete da theoria. Sr. Seabra, pag, 135—144. Belime, vol. 2.º pag. 188—189. Bruckner, pag. 379—386.

§. 115.

O Comp. demonstra 'neste §. pelos principios da secção 1.ª, que a occupação não é contraria ao direito natural. O Comp. prova com dois argumentos esta proposição. = 1.º *Como as coisas, etc.* Nós dissemos, que as cousas não tinham fim proprio, mas que serviam de meios para os fins do homem. D'este principio deduzimos o direito, que o homem tem a uzar das cousas; ora como a occupação é necessaria para se dar este uso nas cousas *nullius*, e como quem tem direito aos fins, deve ter direito aos meios necessarios para conseguir esses fins, segue-se que a occupação é conforme aos principios do direito. Dissemos tambem, que o homem tem direito de fazer tudo o que estiver dentro da sua esphera, porque não invade a esphera dos outros; mas o homem, que uzar das cousas *nullius*, respeitando nos seus semelhantes egual facultade, não invade a esphera juridica dos outros, porque os não embaraça de exercerem egualmente a sua actividade sobre as outras cousas ainda não occupadas: logo, quem occupa as cousas *nullius*, reconhecendo nos outros o mesmo direito, não perturba a coexistencia da actividade dos seus semelhantes no estado social. 2.º *E como, etc.* Sómte leza quem offende os direitos dos outros; mas as cousas *nullius*, por isso que não têm dono, não são objecto do direito exclusivo de ninguem: logo quem occupa as cousas *nullius não é lezante, nem injusto*, porque não obra contra os direitos dos outros. D'estes dois argumentos tira o Comp. a conclusão (*e por isso obra, etc.*) de que o homem tem direito de occupar as cousas *nullius*. Com effeito nós provámos no primeiro argumento que quem occupava as cousas *nullius* não perturbava a coexistencia da justa actividade dos outros no estado social: ora, se não perturba essa coexistencia, cumpre uma obrigação juridica; se cumpre uma obrigação juridica, não leza ninguem, se não leza ninguem, não offende a esphera juridica dos outros;

se não offende a esphera dos outros, conserva-se dentro da sua esphera, porque de esphera a esphera não ha espaço de permeio; se se conserva dentro da sua esphera, obra com direito. logo o primeiro occupante obra com direito. Provámos no 2.º argumento, que quem occupa as cousas *nullius* não é lezante; ora, se não leza os direitos alheios, não invade a esphera juridica dos outros; se não invade a esphera juridica dos outros, conserva-se dentro da sua; se se conserva dentro da sua, obra com direito: logo, quem occupa as cousas *nullius*, obra com direito. Sr. Ferrer, Curso pag. 256. Ahrens, pag. 365—368. Thiercelin, pag. 111—131.

### §. 116.

O Comp. examina 'neste §. e no seguinte os effeitos da occupação, considerada em si, i. é, independentemente do facto da especificação. E 'neste §. mostra que o occupante, durante a *posse* da coisa occupada, tem dominio sobre ella. A *occupação pois por si*, i. é, a occupação por si só, sem o facto da transformação, é *sufficiente*, etc. 'Nesta 1.ª parte do §. prova o Comp. que o occupante tem direito de *usar*, e *defender* a coisa *em quanto a possue*. O Comp. dá duas razões para demonstrar a proposição: 1.ª *porque qualquer*, etc. Já demonstrámos no §. antecedente, que o direito d'occupar é *commum* a todos os homens, que todos têm igualmente direito a empregar as cousas, como meios para a consecução dos seus fins; e, por isso, quem atacasse este direito, violava uma obrigação juridica, e praticava uma leção. 2.º *Senão contra*, etc. Na verdade, se o homem tem direito de exercer livremente as suas faculdades dentro da sua esphera juridica; e se o facto da occupação das cousas *nullius* não ataca os direitos d'outrem, pois que ellas pelo facto de serem *nullius* não são objecto do direito exclusivo d'alguem: é consequente, que quem atacar o direito d'occupação, embaraça as acções, ou o resultado do justo exercicio d'essas faculdades, e é lezante, visto que invade a esphera juridica dos outros, embaraçando o justo exercicio das suas faculdades. D'estes principios deduz o Comp., como con-

cluzão, a razão justificativa da proposição, nas palavras—*Portanto*, etc. Se nós dissemos, que obrigação e direito são cousas correlativas, de modo que tanto importa deduzir as obrigações dos direitos, como os direitos das obrigações; e se nós provámos, que todos os homens têm obrigação jurídica de não atacar o direito do occupante, é verdadeira a proposição do §. nas palavras—*segue-se*, etc. i. é, que o occupante tem a propriedade da coisa occupada, em quanto a possue, visto que os outros têm obrigação de respeitar o seu direito.

*Nota.*

O Comp. 'nesta nota dá a razão por que disse no fim do §., que o occupante durante a posse da coisa occupada tem sobre ella *dominio*. Vid. Com effeito se nós provámos, que um dos direitos do occupante consiste em *defender* a coisa occupada, em quanto a possue, dos ataques d'outrem; e se defendel-a dos ataques dos outros é excluil-os do uso d'ella; e se a qualidade principal de dominio está na faculdade de excluir os outros do uso da coisa: é consequente que o occupante tem o *dominio* da coisa occupada, durante a *posse*, pelo facto de a poder *defender* dos ataques alheios.

§. 117.

No §. antecedente disse o Comp. as razões, pelas quaes se prova, que o occupante tem o dominio da coisa occupada durante a posse; e 'neste §. dá as razões por que elle perde a propriedade, logo que perca a *posse*. A proposição do §. está nas primeiras linhas—*Não póde*, etc. E o Comp. dá duas razões para provar a proposição: 1.<sup>a</sup> *Se o occupante*, etc. Com effeito, se nós vimos, que a *posse* é a causa da propriedade, e se acabada a causa cessa o effeito, *segue-se*, que perdida a posse perde-se a propriedade. Ora esta posse póde perder-se por um de dois modos, ou porque *o occupante abandonou a coisa*, pois que sendo o direito uma coisa permittida e não devida, o sujeito póde abandonal-o ou uzar d'elle, como lhe aprouver, portanto se abandonou a coisa, arrojou-a para fóra da sua esphera

juridica, e deixou de ter direito exclusivo sobre ella; ou por acaso perdeu a posse, v. g. perdendo um diamante, que havia achado na praia. 2.º *Nem os direitos, etc.* Se a coisa occupada é objecto d'um direito hypothetico; e se os direitos hypotheticos precisam de provar-se, porque dependem de factos, e estes não se presumem; e se o occupante perdeu a posse, unico meio que tinha para provar o seu direito sobre a coisa occupada: é consequente, que os outros não têm obrigação juridica, de abster-se do uzo d'ella, porque ella passou a ser *nullius*. Fica assim justificada a regra — *Non esse et non apparere idem est in jure*, i. é, o não haver documentos com que se prove nos tribunaes de justiça o direito sobre uma coisa equivale á não existencia da couza, porque o senhor da coisa em qualquer dos casos. fica sem ella.

### §. 118.

O Comp. depois de ter mostrado nos dois §§. precedentes quaes os effeitos da *occupação* sem a *especificação*, diz-nos neste §. quaes são os effeitos da *occupação*, quando se lhe ajuncta a *especificação*. O Comp., estabelece na 1.ª parte do §. (*o dominio, etc. até o seu direito*) a proposição — que a *occupação*, quando se lhe ajuncta o assignalamento, torna o dominio *permanente*. E diz o Comp., que o *assignalamento* consiste em dar á coisa uma fórma tal ou em lhe impor taes signaes, que provem aos outros o direito do occupante, v. g. o mandar inscrever a firma no diamante occupado, etc. E temos exemplos de taes assignalamentos na nossa historia: assim os Portuguezes. levantavam fortes com as armas de Portugal nos paizes descobertos; que eram os *signaes permanentes*, que indicavam o direito d'esta nação sobre os paizes occupados. No resto do §. dá o Comp. duas razões para provar a duração do dominio além da posse da coisa occupada, quando á *occupação* se ajunctou a *especificação*. 1.ª *Nestas circumstancias, etc.* Com effeito, se já demonstrámos, que o occupante tinha direito sobre a coisa occupada, como condição indispensavel para a conservação e desinvolvimento da personalidade; e se o homem tem direito sobre o resul-

tado das suas acções, como meios para o conseguimento de seus fins racionais, comtanto que não leze ninguém; e se a transformação da coisa occupada é um resultado das acções do homem sem offensa dos direitos d'outrem, porque a coisa era *nullius*: é consequente, que, quem invadir a coisa transformada, é verdadeiro lezante, porque, como diz o Comp., *destruiria os efeitos das acções do occupante, o que equivale a ter opposto obstáculos á sua justa actividade*, que é um direito absoluto, que todos devem respeitar, 2.<sup>a</sup> *Demais*, etc. Se o homem tem direito de praticar acções dentro da sua esphera jurídica e de se aproveitar do resultado d'essas acções; e se acabâmos de ver, que a utilidade da transformação é um resultado das acções do homem sobre que elle tem um direito incontestavel: é consequente, que, quem se aproveitasse d'essa coisa transformada, aproveitava-se dos efeitos da justa actividade do especificador; tirava-lhe o que é seu, visto que se aproveitava d'uma coisa, que era objecto do seu direito, e faltava a uma das obrigações jurídicas, que consiste em — *consentir a cada um o que é seu*.

#### Nota.

Esta nota é uma especie de transição, em que o Comp. nos adverte de que está concluida a doutrina geral ácerca do fundamento da aquisição das cousas *nullius*. Assim pois, etc. O Comp. diz-nos, que seguiu um systema mixto: adoptou o systema da *occupação*, combinado com o da *especificação*, aproveitando das idéas dos philosophos, que seguiram exclusivamente um d'estes systemas, as que lhe pareceram boas, e rejeitando as que lhe pareceram más. *Outro qualquer*, etc., i. é, todo o trabalho que não impoz *signaes permanentes* na coisa occupada, que sirva de documento do direito do occupante, qualquer que seja o resultado d'esse trabalho, não se póde considerar como meio de adquirir a propriedade, porque lhe falta o fundamento, que obriga os outros homens a reconhecerem esse direito, que são esses *signaes*. Ahrens pag. 373—375.

## §. 119.

Este §. é uma especie de transição, em que o Comp. apresenta trez requisitos, necessários para adquirir pela occupação o dominio permanente, deduzidos das doutrinas antecedentes, dos quaes se occupa nos §§. seguintes. A proposição, que o Comp. estabelece, é a seguinte — Para o dominio sobre a coisa occupada ser duravel além da detenção physica, são necessarios os requisitos seguintes — 1.º *a apprehensão*. Se a occupação consiste na *apprehensão* da coisa com animo declarado de dispôr d'ella com exclusão dos outros, é claro, que a *apprehensão* é o primeiro elemento que fundamenta a aquisição do dominio pela occupação. 2.º *animo d'acquirir*. Se o segundo elemento da occupação é o animo declarado de dispôr da coisa com exclusão dos outros: e se para isto é mister a aquisição da coisa, como condição para se poder dispôr d'ella: é consequente, que, quem tem animo de dispôr da coisa ha de ter animo de a adquirir, para depois dispôr d'ella; mas o *animo* é uma coisa interna, que precisa de provar-se pelo *assignalamento*, que *exterioriza*, por assim dizer, a intenção do occupante; logo o *assignalamento* é a segunda condição para radicar o dominio permanente sobre as cousas *nullius*. 3.º *Que tenha possibilidade juridica de ser occupada*; porque sendo o direito um todo harmonico, um facto que desse em resultado a occupação d'umia coisa, que não tivesse a *possibilidade juridica* de ser occupada, offenderia os principios do direito e seria injusto.

## §. 120.

O Comp., como disse no §. antecedente, que, para a aquisição do dominio pela occupação ser permanente, era mister em primeiro lugar a *apprehensão*, occupa-se neste §. da *apprehensão*; que, elle diz, se faz de diversos modos segundo a *natureza dos objectos*. E por isso faz a divisão das cousas em *animadas* e *inanimadas*, e subdivide estas em *moveis* e *immoveis*. *Entre as coisas animadas*, etc. O Comp. exige para a *apprehensão* das cousas *animadas*, que ellas sejam retidas pelas *redes*, *laços*, etc; porque, só



depois de se empregarem estes meios, é que se verifica a apprehensão. O Comp. faz differença entre *caça* e *montaria*; porquanto, ainda que no uso ordinario muitas vezes se confundam estas duas expressões, alguns escriptores chamam *caça* — a apprehensão das aves, e *montaria* — a dos animaes da terra. *Entre as cousas inanimadas, etc.* As cousas inanimadas são *moveis* ou *immoveis*. *Nas moveis*, diz o Comp., *principia a apprehensão pela invenção*. De feito, a invenção só por si não é um acto completo e cabal d'apprehensão, como meio de adquirir o dominio das cousas *nullius*, é mister além d'isto o facto material da apprehensão; e até para o dominio permanente é necessario o *assignalamento*. Pelo que com razão diz o Comp., que a invenção é apenas *principio* da apprehensão. *E as immoveis, etc.* As cousas immoveis não são susceptiveis d'uma verdadeira apprehensão, v. g., os terrenos vacantes etc.; e por isso diz o Comp., que se apprehendem, *entrando pelos fundos da terra e practicando actos possessorios*, v. g., cortando arvores, enxugando pantanos, fazendo muros: numa palavra, practicando actos, que deixem vestigios *premanentes* da posse, que sirvam de documento do direito do occupante.

*Nota 1.ª vid.*

'Nesta nota toca o Comp. uma questão muito agitada entre os philosophos tanto antigos como modernos — *se a fêra, que, depois de ferida, vae fugindo, pôde ser apprehendida e occupada por outro*. — *Parece, etc.* Diz o Comp. — que ou a fêra *morreu da ferida*, e então pertence incontestavelmente ao caçador, como um resultado do seu trabalho, ou do exercicio das suas faculdades, sobre as quaes elle tem um direito absoluto; ou não morreu, e o *monteiro a vae perseguindo*, e, ainda 'neste caso, quem obstasse á apprehensão principiada pelo acto do ferimento, lesava o caçador, porque inutilisava os seus esforços, ou aproveitava-se dos effeitos do seu trabalho.

*Nota 2.ª*

Vid. *Thesouro*; v. g., uma somma de moedas Romanas,

que hoje apparecesse em qualquer excavação, era um *thesouro*, porque não se sabia a quem tinha pertencido.

Nota 3.<sup>a</sup>

Vid. *Invenção*, v. g., a descoberta d'uma mina d'ouro ou prata, etc. Sr. Ferrer, Curso pag. 274—275. Sr. Seabra, pag. 142—148. Belime vol. 2.<sup>o</sup>, pag. 254—256.

§. 121.

O Comp., como disse no §. 119 que a 2.<sup>a</sup> condição para adquirir pela occupação o dominio permanente, era o *animo d'acquirir*, provado pelo assignalamento, diz-nos neste §. os modos por que se pôde fazer a *especificação* segundo a natureza dos objectos apprehendidos. O Comp. faz distincção entre as cousas *animadas e inanimadas*; subdivide-se estas em *corporeas e incorporeas*; e ainda subdivide as *corporeas* em *moveis e immoveis*. *Nas cousas animadas*, etc. Considera-se feito o assignalamento nos brutos: 1.<sup>o</sup> quando foram *mortos* ou *feridos*, porque tanto a morte como os ferimentos são um testemunho do trabalho que o caçador ou monteiro exerceu sobre elles, e provam a intenção ou *animo* que elle teve de os tornar seus; 2.<sup>o</sup> quando *encerrados em viveiros*, v. g., os canarios reclusos no viveiro, porque o facto da reclusão prova que o occupante teve animo de os reter como proprios; 3.<sup>o</sup> quando *domesticados*, i. é, quando contrahiram habitos, que provam a occupação, v. g., sahirem de casa do dono e voltarem, fazerem habilidades etc.; porque esta educação prova, que elles já são *alicujus*, visto que os que são *nullius* não tem taes habitos. *Nas cousas moveis*, etc. Tambem se dá o *assignalamento* nas cousas moveis inanimadas: 1.<sup>o</sup> se foram *colligidas* ou *guardadas*, quando ellas não são de natureza de se encontrarem reunidas ou em abundancia, v. g., uma porção de diamantes; porque o facto de se acharem reunidos prova que o individuo teve o animo de os adquirir; 2.<sup>o</sup> se foram *transformadas*, porque o facto da transformação prova que o homem exerceu sobre ellas a sua actividade, e quiz aproveitar-se dos fructos do seu trabalho.

*Nas immoveis, etc.* Com effeito a cultura, ou os marcos postos 'num predio são o assignalamento mais evidente da occupação, e o testemunho mais claro do animo d'acquirir. Por exemplo os marcos, que os nossos avós levavam nos navios, quando proseguiam a descoberta de novos continentes, e que cravavam nos paizes descobertos, eram uma *especificação* evidente da occupação d'esses paizes. *Nas cousas incorporeas, etc.* O assignalamento nas cousas incorporeas, i. é, nos direitos, faz-se *pelos signaes d'um exercicio continuado*; assim o direito de servidão, que é uma cousa ideal, que não pôde tocar-se, não pôde ser especificado senão pelos signaes d'um *exercicio continuo*, v. g., passando pelo predio serviente toda a vez que seja preciso para assim se fazer conhecer aos outros que ha o animo d'acquirir este direito.

*Nota.*

O Comp. 'nesta nota faz uma observação com relação á doutrina do ultimo periodo do §. *Ácerca, etc.*, i. é, podem suscitar-se grandes dúvidas ácerca dos *signaes d'um continuado exercicio* nas cousas *incorporeas*; e a razão é, porque estes signaes nunca são, nem podem ser, tão distinctos e salientes como aquelles, que se imprimem nas cousas corporeas. É porém da competencia do direito positivo o fixar estas regras especiaes, e o direito consuetudinario já tem estabelecido algumas: assim um monte de pedras, levantado juncto d'um rio, indica, que aquelle, que o levantou, tem animo de pescar 'naquelle porção do rio. *Mas nem, etc.*; quer dizer, — que os principios philosophicos ácerca do assignalamento são fundamentaes, e, por isso, nunca podem ser contrariados, antes devem ser expressados pelas leis dos povos, que regularem segundo os costumes esta materia.

§. 122.

'Neste §. tracta o Comp. do 3.º requisito necessario para que o dominio, adquirido pela occupação dure além da posse, que é a — *possibilidade juridica d'occupação*. O Comp. exige quatro requisitos, para que a cousa tenha

*possibilidade jurídica* de ser occupada: 1.º ser *nullius*. O Comp. aponta os requisitos necesarios para que uma cousa seja *nullius*: 1.º que os entes, que queremos occupar, não tenham direitos *propios*, v. g., os homens, que são *sui juris*, i. é, têm direitos e capacidade de direitos, e por isso não podem ser occupados; 2.º que *ninguém 'nelles*, tenha estabelecido um direito *exclusivo*, i. é, que não pertençam a alguém; porque, se forem *alieni juris*, o simples facto da nossa parte não pode fazer perdê-los ao seu dono. Ora *pode acontecer*, que as cousas não pertençam a ninguém: ou porque nunca estiveram sujeitas ao direito d'alguém, v. g., as cousas que desde a criação nunca tiveram dono; ou porque, se já pertenceram a alguém, o dono *perdeu o seu direito*. Muitos são os modos pelos quaes se pôde perder o dominio sobre uma cousa, dos quaes o Comp. aponta dois: 1.º *abandonando-a*, porque o direito é uma cousa permittida e não devida, que o sujeito pôde abandonar ou usar d'elle, como lhe aprouver, podendo até, como veremos, destruir a cousa — objecto do seu direito; 2.º *lançando-as ás rebatinhas*. Diz-se lançar uma cousa *ás rebatinhas*, quando se atira com ella ao meio d'uma multidão de individuos com animo declarado de ellas pertencerem ao primeiro occupante. Temos um exemplo d'este facto na vida de D. João de Castro, o qual, querendo celebrar o triumpho obtido pela victoria de Diu, quando voltou á cidade de Gôa, mandou levantar um forte com peças de madeira, que de espaço a espaço disparavam tiros, cuja metralha eram dôces atirados ás massas populares. O Comp. dá a razão, por que as cousas devem ser *nullius* para terem a possibilidade jurídica d'occupação, nas palavras — *aliás a occupação seria lesão*. Com effeito, se alguém pretendesse occupar um ente *sui juris*, desconhecia a sua natureza d'ente racional, atacava a sua liberdade, e faltava a uma obrigação jurídica de respeitar os direitos dos outros, e a violação da obrigação jurídica importava uma lesão. Do mesmo modo se alguém quizesse occupar uma cousa *alieni juris*, i. é, que estivesse no patrimonio d'outrem, invadia a esphera jurídica d'este, e commettia uma *lesão*, — que é o acto pelo qual se invade a esphera jurídica dos outros. O 2.º requisito, que o Comp. assigna ás cousas para ellas terem

possibilidade jurídica d'ocupaçào, è — *que sejam d'um uso exaurivel, i. é, taes que ninguem possa usar d'ellas perfectamente sem excluir os outros.* Por isso, como o Comp. diz na nota 1.<sup>a</sup>, o sol, o ar, etc. não podem occupar-se inteiramente, porque são d'um *uso inexaurivel*; por mais que o homem pretenda servir-se d'estes elementos com exclusão dos outros, em balde se exforçará por conseguil-o, porque são riquezas naturaes patentes a todos os seres da creação. O Comp. dá a razão, por que exige este requisito para a cousa ter *possibilidade jurídica d'ocupaçào*, nas palavras — *aliás limitaria inutilmente a justa actividade dos seus simillantes.* Com effeito nós já vimos, que a propriedade tem a sua base nas necessidades do homem; e, por isso, seria injustificavel toda a propriedade, que, além de escusada para satisfazer as necessidades do fim, tolhesse' aos outros o exercicio da sua justa actividade. É mister em 3.<sup>o</sup> lugar, — que as cousas *sejam capazes de apprehensão* para se poder verificar o facto material da deicção e occupaçào; por isso os astros não têm *possibilidade jurídica d'ocupaçào*, porque não podem ser apprehendidos, por estarem fóra do nosso alcance. É necessario em 4.<sup>o</sup> lugar, — que sejam capazes de *assignalamento*; porque nós já vimos, que é indispensavel para a acquisição do dominio permanente, além da apprehensão, o *animo d'acquirir*, o qual se prova pela *especificação* ou nova fórmula, que se dá á cousa, imprimindo-lhe o cunho da personalidade. Por isso o mar não pôde occupar-se inteiramente, porque não é susceptivel d'assignalamento *in totum*; mas poderá occupar-se uma porção d'elle, como diz o Comp. na nota 2.<sup>a</sup>: assim a porção *d'agua do mar, conduzida por um canal, pertencerá áquelle que a extrahiu*; porque o facto da abertura do canal é um resultado da actividade do homem, e um documento sufficiente de que elle tem o *animo d'acquirir* aquella porção de mar para satisfazer as suas necessidades. Sr. Seabra pag. 135—195. Sr. Ferrer, Curso pag. 272 — 273.

### §. 123.

Neste §. examina o Comp. as principaes opiniões, que se tem apresentado ácerca dos *limites* do direito d'occupar.

*Resta fallar dos limites do direito d'occupar*; — quer dizer, — que, estabelecida a doutrina geral ácerca do direito d'occupar, só resta examinar, se este direito tem *limites* ou é illimitado, e no caso de ser limitado quaes são os seus *limites*; porque o Comp., definindo *propriedade* — a realisação das condições *necessarias* para o fim do individuo, (§. 100) deu a entender, que a propriedade, e portanto, o direito d'occupar, é restricto ás necessidades do homem. O Comp. refere as trez principaes opiniões dos philosophos ácerca d'esta questão, e faz o seu juizo a respeito de cada uma d'ellas. 1.<sup>a</sup> *Uns querem*, etc. Alguns sustentam que o direito d'occupar se deve restringir só áquellas cousas, que forem absolutamente indispensaveis ao homem para conservar a sua existencia. E fundam-se para isto em que esta restricção *enfrêa o desejo immoderado d'occupar*, que poderia ser causa de grandes abusos: assim o homem, que descobrisse nm grande continente, poderia occupal-o todo e excluir d'elle os outros, se o direito d'occupar não tivesse limites. O Comp., porém, combate com dois argumentos aquella opinião: 1.<sup>o</sup> (*Porém a occupação*, etc.) porque o homem não tem só o fim da conservação, além do — *esse* — muitos são os fins, que o homem tem a cumprir para com Deus, para consigo e para com os outros: por consequencia precisa de meios não só para a sua *sustentação*, mas para fazer face ás despesas que importam todos estes fins; 2.<sup>o</sup> (*e em fim*, etc.) porque os fins, que o homem tem a proseguir, são muitos e diversos; segundo a diversidade d'estes fins variam as necessidades dos individuos, e com estas deve variar a occupação, porque a verdadeira egualdade consiste em tractar *desigualmente* seres desiguaes; mas é impossivel o descobrir uma medida uniforme para avaliar as necessidades individuaes, e assignar a porção de meios necessarios a cada uma d'ellas, porque variam não só segundo a diversidade dos fins, mas segundo as circumstancias particulares em que se acha cada individuo com relação a esses fins: por consequencia não é possivel o fixar tal *limite* ao direito d'occupar. 2.<sup>a</sup> (*Outros sustentam*, etc. Dizem outros, que o direito d'occupar se deve limitar áquellas cousas, que o individuo possa ter debaixo da *detenção physica* e defender. Esta opinião aponta, como

limite e fundamento do direito d'occupar, a *força*. Porém o direito não consiste na força, que não é medida do justo, aliás os paralyticos e infantes, sem meios d'occupar ou defender a cousa occupada, com cedo pereceriam; e nós já vimos, que a detenção physica fundamenta apenas o dominio temporario, mas como meio provisorio em quanto se não especifica a cousa occupada. Cumpre notar, que a opinião de restringir o direito d'occupar á *detenção physica* foi emittida por Kant; e diz Zeiller, que parece incrível, que o grande philosopho, que assignou, como fundamento do direito natural, unicamente a *natureza humana e a razão práctica*, se contradicesse d'um modo tão palpavel, fazendo derivar da força o direito d'occupar. Com effeito uma cousa é a existencia do direito, outra cousa é a existencia das garantias externas para este se realizar: póde dar-se aquelle sem estas. 3.<sup>a</sup> (*Outros finalmente*, etc.) Outros seguem o extremo opposto ás duas opiniões precedentes: uns pretendem estabelecer *limites* ao direito d'occupar e só não combinam no modo de os fixar, outros não querem impôr limites alguns a este direito. O Comp. refuta esta opinião com um argumento *a posteriori* — *porque por ella* etc. Porém podemos accrescentar outro argumento, *a priori*, deduzido da natureza da *propriedade*; que, nós dissemos, consistir nas condições *necessarias* para o desenvolvimento physico e intellectual, do homem, e que forem conformes ás suas necessidades tanto em qualidade como em *quantidade*. Belime, vol 2.<sup>o</sup>, pag. 190—195. Thiercelin, pag. 114—119.

#### §. 124.

'Neste §. apresenta o Comp. a sua opinião ácerca dos limites do direito d'occupar. O Comp. estabelece a proposição geral no primeiro periodo do §.—*No entretanto*, etc. i. é, posto que nós dissemos, que a propriedade abrange sómente as condições *necessarias* para o homem conseguir os seus fins, não é preciso definir os limites da *occupação*, porque ella está limitada pela *natureza* e pela *razão*, não só em quanto á *quantidade*, mas tambem em quanto á *qualidade* das cousas. O Comp. prova no segundo periodo — (*Quanto á quantidade*, etc.) que o direito de occupar é

limitado relativamente á *quantidade*. De feito, o homem não pôde occupar *illimitadamente*, porque a occupação importa despezas, que demandam capitaes, os quaes são limitados; e, por isso, o homem vê-se na necessidade de se restringir á occupação das cousas necessarias segundo a sua vocação e os seus teres, para não perder tempo e bens na aquisição de cousas, que ou lhe são inúteis, ou ao menos dispensaveis nas suas circumstancias, e em relação a outras de que mais careça. Por outro lado, a occupação depende do assignalamento, e este é limitado como um resultado das nossas acções, que também são limitadas, por serem limitadas as nossas faculdades causa d'ellas; assim julgamos impossivel, que um só homem possa occupar um continente inteiro, porque elle não tem a força, nem os meios, nem o tempo, para rotear ou vallar todo o territorio d'um continente. No resto do §—(*E quanto á qualidade, etc.*) vac o Comp. provar que o direito d'occupar é limitado relativamente á *qualidade*, visto que sómente os seres, que têm certas *qualidades*, é que podem ser occupados, e não todos. O Comp. aponta cinco classes de seres, que não podem ser occupados = 1.º *os homens*. Esta doutrina deve combinar-se com a do §. 122, onde nós vimos quaes as cousas que podem ser occupadas; porque, sabido quaes são as cousas que pôdem ser occupadas, sabe-se *a contrario sensu* quaes os seres, que não podem ser occupados. Ora os homens não podem ser occupados, porque só são susceptiveis de occupação as cousas *nullius*, e o homem é *sui juris*, tem direitos e capacidade de direitos; 2.º *aquelles*, etc., i. é, não podem ser occupadas aquellas cousas que ainda conservam o assignalamento, porque os signaes da especificação provam, que ellas pertencem ao patrimonio d'outrem, o qual não podemos offender, sem invadir a sua esphera juridica; 3.º *as coisas*, etc., assim os astros não podem ser occupados, porque não podem ser apprehendidos nem assignalados, e a apprehensão e assignalamento são o fundamento da occupação.

4.º *as coisas*, etc: assim o sol não pôde ser occupado, já porque não pôde ser apprehendido nem assignalado, já porque elle pôde satisfazer abundantemente ás necessidades de todos os homens, sendo por isso inutil o restringir a



actividade dos outros 5.º *as coisas*, etc. 'Neste numero 5.º estabelece o Comp. — que não podem ser occupadas as cousas, que, posto que *nullius* por natureza, já fossem occupadas por outrem. E o Comp. dá a razão — *porque o segundo inutilisaria o trabalho do primeiro*; i. é, se depois de uma cousa estar occupada por um individuo, um concurrente posterior não respeitasse essa occupação, inutilisava o trabalho da apprehensão e assignalamento, que o primeiro tivesse feito, impedia-o de se aproveitar dos resultados das suas faculdades, e fazia-lhe uma lesão.

### Nota.

'Nesta nota prova o Comp. que não é susceptível d'occupação o *thesouro* em terreno alheio. E a razão é, porque para occupar o *thesouro* era mister descobri-lo e apprehendel-o, e para isto era mister fazer excavações na terra; mas a propriedade é inviolavel, como o são todos os direitos do homem: por consequencia uma tal occupação invadia a esphera juridica dos outros, atacando o seu patrimonio, e era *lesão*; porque era uma violação da obrigação juridica que nós temos de — *consentir a cada um o que é seu*. Sr. Ferrer, Curso, §. 430—431.

### §. 125.

Vimos no §. 95, que a aquisição immediata comprehendia a occupação e a accessão, i. é, que os dois modos legitimos de adquirir as cousas *nullius* eram a occupação e a accessão; ora propondo-se o Comp. tractar 'nesta secção da aquisição immediata, e concluindo a doutrina da occupação, vai tractar da accessão 'neste §. e nos seguintes até ao fim da secção. 'Neste §. diz-nos o Comp. trez cousas: 1.ª as razões pelas quaes se justifica, que a *accessão* é um modo juridico de adquirir o dominio das cousas *nullius*; 2.ª a definição de *accessão*; 3.ª as suas divisões.

Principiemos pela definição de *accessão* — *que é o acontecimento*. O Comp. usa do termo — *acontecimento* — para abranger tanto os factos como os phenomenos, visto que a *accessão* póde verificar-se ja por um *facto*; v. g., a

*bordadura*, que pertence como *accessão* ao dono da coisa bordada, já por um *phenomeno*, v. g., os cordeiros filhos das ovelhas, que pertencem como *accessão* ao dono d'estas. *Pelo qual uma coisa accresce a outra*. A coisa, que accresce, damos o nome de *accessoria*, e a outra, a que ella accresce, tem o nome de *principal*: assim a bordadura é coisa *accessoria*, e o pano bordado a coisa *principal*. Ora a coisa *accessoria* pode ser *nossa* v. g., na alluvião; quando as particulas de terra, que o rio pouco a pouco deposita no nosso predio, provém d'um campo nosso; ou *alheia*; v. g., quando essas particulas de terra provém do campo d'outrem; ou *nullius*, v. g., quando essas particulas de terra provém d'um campo ainda não occupado. *De tal modo, que outrem a não pôde apprehender, sem inutilizar os effeitos da justa actividade do dono d'esta, ou sem utilizar-se d'elles*. São por consequencia dois os requisitos necessarios para a *accessão* ser um meio d'acquição: 1.º que accresça uma coisa a outra: 2.º que aquella coisa não possa desligar-se d'esta sem prejuizo do dono d'esta. Por exemplo, se a *vis fluminis* trazer para o meu campo uma porção de terra do predio visinho, o dono d'este não pôde vir buscar essa terra, porque estragava a minha propriedade, inutilizando os effeitos da minha justa actividade, e para gozar d'essa porção de terra no meu predio precisava de utilizar-se d'este, offendendo assim os meus direitos: mas já assim não acontece, se ella trazer o tronco d'uma arvore que não accresce ao meu predio, porque se pôde desligar d'elle sem o damnificar, e por isso pertence ao seu dono, pela regra — *res ubicumque est sui domini est*. — Vejamos agora no principio do §. as razões, que o Comp. aponta para provar que a *accessão* é um meio juridico de adquirir o dominio = 1.ª *Ou seja porque o senhor da coisa tem prevenido no objecto do seu dominio o direito d'occupar*: assim adquirimos pela *accessão* a porção de terra, que o rio desloca d'um predio visinho, e arremessa sobre o nosso, porque o dominio sobre o predio, a que ella se reúne, como que nos deu d'antemão o direito de a occupar, e fazer nossa com preferencia a qualquer outro; e já demonstrámos que aquelle que preveniu o direito d'occupar, prefere a todos os concurrentes posterior-

res: 'noutros termos, a cousa, que veio unir-se com a nossa, está por esse facto debaixo da nossa *detenção*; e está também *assignalada*, porque o facto de não poder despegar-se da nossa propriedade prova o animo, que nós temos de adquiril-a. 2.<sup>a</sup> ou seja porque o mesmo senhor da cousa tem direito a usar da substancia e accessorios d'ella com exclusão dos outros. Se já dissemos, que a cousa, que accresce se diz — *accessoria*, e aquella, a que accresce — *principal*; e se é uma regra de direito, que o accessorio segue o principal, pois que a propriedade seria muito imperfeita, se o homem só podesse usar da substancia da cousa, e não dos accessorios: segue-se, que, estando occupado o objecto *principal*, occupado fica o *accessorio*. No resto do §. (*Divide-se, etc.*) aponta o Comp. as divisões da *accessão*. *Accessão natural* é o augmento da cousa, quando é puro beneficio da natureza. *Pertencem a esta accessão os filhos dos animaes*, v. g., os cordeiros, filhos das ovelhas, a lã, o leite, etc; *a alluvião*, são as particulas de terra, que o rio pouco a pouco deposita no nosso campo. Alguns Jctos distinguem da alluvião a *vis fluminis*, que definem o augmento, que recebe o nosso predio com uma porção de terra, que a força da corrente deslocou do predio visinho, e d'um jacto arremessou sobre o nosso. *O alveo abandonado*, que é o leito, que o rio deixou, seguindo outro curso; *a ilha*, que é a porção de terreno ajunctada pela corrente no meio das aguas. Todas estas especies de *accessão* pertencem á *natural*, porque na formação d'ellas intervem sómente a natureza, independentemente de facto algum humano.

A *accessão industrial* dá-se, quando o augmento da cousa provém de facto do homem. E entram 'nesta especie de *accessão* = *a adjuncção*, que é o facto pelo qual uma cousa se une a outra com firmeza sem mudar de especie, v. g. o engaste d'uma pedra preciosa 'num anel. Verifica-se a *adjuncção* pela *bordadura* e *tecedura* de fios d'ouro ou de purpura, etc; pela *edificação* da casa; pela *fundição* de metaes da mesma ou de diversas especies; pela *pintura* em pano, taboa ou lamina; e pela *escriptura* em pergaminho, papel etc. A *especificação* tem logar, quando se dá nova forma á materia de modo, que apparece

outra especie diversa da que era, v. g., quando se faz da prata um vaso. *Mistura* é a união de cousas aridas, v. g., de trigo com milho; e 'nisto se distingue da *confusão*, que é a união de cousas liquidas; v. g., de vinho com azeite. Os Jctos contam estas especies de *accesão* na industrial, dizendo, que na formação d'ellas entrou quasi só o trabalho do homem. *Accessão mista* ẽ quando o augmento da cousa é devido ás forças da natureza e ao trabalho do homem conjunctamente. Entram 'nesta classe, a *plantação*, e a *sementeira*, i. é, os fructos das arvores, e das terras semeadas; porque a terra produz uns e outros não por si só, mas ajudada pelo trabalho do homem na plantação e enxertia das arvores, e no adubo, lavoura das terras, cuidados agricolas, etc. Sr. Ferrer, Curso, pag. 293—295. Belime, vol. 2.º pag. 252—254.

## SECÇÃO II.



### DIREITOS E EXTINCÇÃO DO DOMINIO.

Da inscripção se deprehende, que o Comp. tracta 'nesta secção de dois objectos especiaes: 1.º *direitos do dominio*, i. é, quaes são os diversos direitos que se encerram no dominio, porque sendo este, não um direito simples e indivisivel, mas o complexo de muitos direitos, como havemos demonstrar, é mister examinar cada um d'esses direitos para se fazer uma idéa cabal do que é *dominio*; e d'este objecto tracta o Comp. nos primeiros quatro §§. da secção. 2.º *extincção do dominio*, i. é, diferentes modos por que o dominio acaba, que é objecto dos ultimos sete §§. da secção.

O Comp., tendo dicto que o dominio podia adquirir-se não só pela aquisição immediata, i. é, pela *occupação* e *accessão*, mas tambem pela mediata, i. é, pelos *contractos*

de lesão, deveria tractar, antes dos direitos e extincção do dominio, da aquisição mediata: pelo menos a ordem regular das materias assim o pedia; e alguns escriptores costumam tractar esta doutrina depois dos contractos. Porém o Comp. seguiu a filiação das idéas com preferencia á ordem das materias, e tractou dos modos derivados d'acquirir depois dos *direitos e extincção do dominio*, porque a doutrina da aquisição mediata depende do conhecimento de principios consignados 'nesta secção.

### §. 128.

O objecto d'este §., que póde considerar-se como a transição da doutrina da secção precedente para os trez seguintes §§., é — dizer-nos quaes são os direitos que se encerram no dominio. Este §. tem trez partes. Na 1.<sup>a</sup> (desde — *consistindo* — até — *exercício*), dá no 1.<sup>o</sup> periodo a razão da proposição, e no 2.<sup>o</sup> deduz a proposição. *Consistindo*, etc. Se o dominio consiste no direito de dispor da coisa com exclusão dos outros, é consequente, que o dominio abrange todas as acções que se podem praticar na coisa sem invadir a esphera juridica dos outros: 'noutros termos, o senhor da coisa tem direito de praticar todas as acções, que se derivam do direito de *dispor*, v. g., usando d'ella, vendendo-a, defendendo-a, etc., aliás o dominio seria inutil. D'esta doutrina deduz o Comp., como conclusão, a proposição do §. — *Portanto*, etc. De facto, se o dominio abrange todas as *acções* que o homem póde praticar na coisa ou por meio d'ella; e se as *acções* são as condições para o homem poder conseguir os seus fins; e se cada condição é elemento objectivo d'um direito; segue-se, que hão de ser tantos os direitos, quantas são essas *acções*. Ora estas *acções*, que o homem póde praticar na coisa, objecto do dominio, podem ser muitas: logo os direitos que o dominio encerra hão de ser muitos. E por isso com razão diz o Comp., que o dominio é o — *complexo de muitos direitos ou condições necessarias para o seu pleno exercício*, que são as *acções*. Na 2.<sup>a</sup> parte do §. — (*Podem* etc.) diz-nos o Comp. que são trez os principaes direitos, que encerra o dominio. Porém cada um d'estes é

ainda um direito complexo, e encerra muitos direitos como veremos nos §§. seguintes. Na 3.<sup>a</sup> parte do §. (*Este, etc. até ao fim*) faz o Comp. uma observação, provando, que a este complexo de direitos ou dominio ha de corresponder nos outros a obrigação de não embaraçarem o seu exercicio. Com effeito, se nós demonstrámos, que a todo o direito é correlativa uma obrigação da parte dos outros de não embaraçarem o seu exercicio; se o *dominio* é um complexo de muitos direitos; e se o todo ha de ter a mesma natureza das partes que o compõem: segue-se, que o *dominio tem um character de relação, pelo qual o senhor da cousa pôde pretender dos outros que cumpram a obrigação correlativa de o não perturbarem na disposição da cousa.*

*Nota 1.<sup>a</sup>, vid.*

O Comp., para comprovar a doutrina de que o dominio é um complexo de muitos direitos, mostra que os direitos, que costumam tractar-se em separado do dominio, são outros tantos dominios, porque em todos elles se dá a faculdade de excluir os outros do objecto do direito; qualidade esta, que characterisa o *dominio*. Assim, se eu tenho o direito de *possuir* um objecto, é porque tenho o direito de excluir os outros da *posse* d'elle; se tenho o direito *d'usar* d'uma cousa, é porque tenho o direito de excluir os outros do uso d'ella. Por consequencia, os differentes nomes, que se dão a estes direitos, não indicam que elles sejam diversos do dominio, mas designam os differentes objectos a que se applica o dominio: assim, quando digo que tenho direito *d'usar*, quero dizer que o meu *dominio* abrange apenas o uso do objecto.

*Nota 2.<sup>a</sup>*

O Comp. 'nesta nota segue uma opinião média entre alguns escriptores, que consideram a *posse* como causa do dominio, e outros que a consideram como um resultado do dominio. O Comp. faz distincção; ou a *posse* se considera como a simples detenção da cousa, e 'neste caso precede o dominio; ou a *posse* se considera como a faculdade mo-

ral de reter a coisa, e 'neste caso suppõe o dominio pre-existente. Com effeito, a *posse* pôde preceder o dominio e ser até um acto preparatorio d'elle; porque nós já vimos, que o detentor tinha direito sobre a coisa apprehendida durante a *posse*, e ainda conservava este dominio além da detenção physica, quando á apprehensão accrescia o animo d'acquirir, provado pelo assignalamento. Em todo o caso o 1.º requisito para a aquisição das cousas *nüllius* é a *posse*: e, debaixo d'este ponto de vista, podemos consideral-a, como preexistente ao dominio. E pôde a *posse* considerar-se como um effeito do dominio: assim, se compro um livro acquirio o dominio sobre elle pelo facto da compra, e 'neste dominio se encerra o direito de o *possuir*, i. é, de o reter na minha mão, excluindo os outros do uso d'elle. Por consequencia podemos encarar a *posse* debaixo de dois pontos de vista: ou como um facto separado do dominio; ou como um direito incorporado no dominio.

### Nota 3.ª

'O Comp., 'nesta nota refuta a classificação, que fazem os JCTos, dos direitos em — *reaes* e *personaes*. Com effeito, ou nós consideremos o direito *subjectiva*, ou *objectivamente*, elle sempre se refere ás pessoas: porque o direito *subjectivamente* é a faculdade, que o homem tem de praticar acções dentro da sua esphera juridica, e, portanto, um attributo da personalidade; e *objectivamente* é a condição necessaria para os fins do homem, e por isso pertence só ás *personas*, porque só ellas têm fim. É verdade que ha direitos, que parece dirigirem-se ao fim das cousas, v. g., o direito da servidão — *aqueducto* — pela qual se conduz a agua por um predio para regar outro, e o fertilisar: parecendo assim, que aquelle predio é meio para os fins d'este. Todavia, ainda que o predio *serviente* sirva de condição directamente ao *dominante*, serve de condição mediatamente ao senhor d'este; porque o dono aproveita-se dos fructos do seu predio, disfructando todas as utilidades, que elle lhe possa prestar. Portanto, em ultima analyse, os direitos referem-se sempre ás pessoas; e por isso é impropria a

denominação — *direitos reaes*. Ahrens, pag. 392 — 397.  
Sr. Ferrer, Curso, pag. 284.

§. 129.

Neste §. tracta o Comp. do direito de *possuir*, que é o primeiro direito, que se encerra no dominio. Na 1.<sup>a</sup> parte do §. (desde — o direito — até — com exclusão dos outros) diz o Comp. em que consiste o direito de *possuir*. *O direito de possuir, considerado como uma condição para o exercicio pleno do dominio*. Nós vimos, que a *posse* se podia considerar como um simples facto, preparatorio do dominio, ou como um direito, resultado do dominio. Aqui consideramos-a do segundo modo, como um direito filho do dominio, e que serve, não de condição para a aquisição d'este, mas sim de condição para o seu exercicio. *Consiste na faculdade moral*. — Tomamos aqui a palavra *moral* no seu sentido lato, em contraposição a — *physico*. As leis moraes, no sentido lato, comprehendem tanto as leis juridicas, como as moraes propriamente dictas; mas as leis moraes, no sentido restricto, tomam-se pelas leis moraes propriamente dictas, e não comprehendem as juridicas. Porém nós aqui tomamos — *faculdade moral* — como synonima de faculdade juridica; e por isso tomamos a expressão no seu sentido mais lato, visto que, no restricto, não comprehende a juridica. Na 2.<sup>a</sup> parte do §. (*D'este direito, etc.*) aponta o Comp. os dois principaes direitos, que se derivam do direito de *possuir*. Com effeito, se o direito de *possuir* abrange todas as acções necessarias para o pleno exercicio do dominio; se estas acções podem ser muitas; e se cada uma é elemento objectivo d'um direito: é consequente, que no direito de *possuir* se encerram muitos direitos. Porém o Comp. falla apenas dos dois principaes.

*Esbulho* é uma palavra muito usada na nossa legislação, e designa o acto pelo qual se priva alguém da *posse* d'um objecto. Ora o *esbulho* pôde ser *principiado* e não acabado, que tem logar, quando alguém pretende *esbulhar-nos* da *posse* d'uma cousa, mas ainda nos não esbulhou, ou *acabado*, que tem logar, quando já fomos esbulhados da *posse* da cousa. Quando o *esbulho* é só *principiado*,



tem o possuidor o direito de *manter-se* na posse; e compete-lhe a acção (a) de *manutenção*, a que os Romanos chamavam — *interdicto uti possidetis*, para pedir perante os tribunaes de justiça, que lhe seja conservada a *posse*, e defendida dos ataques do esbulhador. Se o esbulho é *acabado*, tem o possuidor o direito de reclamar a *posse*, e compete-lhe a acção de *força nova*, a que os Romanos chamavam — *interdicto unde vi*, para pedir de novo a *posse* de que foi esbulhado.

### Nota 1.ª

O Comp. apresenta algumas divisões de *posse*, que é mister ter bem em vista para a intelligencia d'esta materia no direito civil. A 1.ª divisão da *posse* é em *posse de boa* e de *má fé*, v. g. Pedro compra a Antonio uma propriedade, de que este não é o senhor legitimo, e toma posse d'ella; se Pedro sabe, que Antonio não era o verdadeiro senhor da propriedade, Pedro é possuidor de *má fé*; se Pedro está persuadido de que Antonio era o verdadeiro dono da propriedade, Pedro é possuidor de *boa fé*. A 2.ª divisão é em *posse corporal* e *mental*, v. g., um individuo (*deponente*) confia a outro (*depositario*) uma porção de dinheiro para este lh'a guardar; diz-se que o *deponente* tem a *posse mental*, e o *depositario* a *corporal*. A 3.ª é em *civil* e *natural* v. g., tenho a *posse civil* d'um predio, quando sou o dono d'elle, e tenho a *natural* quando sou arrendatario. A 4.ª é em *verdadeira* e *analogica*, v. g., tenho a *posse verdadeira* sobre o meu livro, porque effectivamente o tenho debaixo da minha detenção physica; isto é uma verdade, não é uma ficção: tenho a *posse analogica* de vir todos os dias á aula, porque é um direito que eu não tenho debaixo da minha detenção physica, porque é uma coisa incorporea; mas por *analogia* chamo-lhe *posse*, porque elle tem os mesmos effeitos, que a *posse verdadeira*. Jouffroy, §. 79—85. Sr. Ferrer, Curso, pag. 249 e 282. a 283. Belime, vol. 2.º pag. 270—278.

(a) A acção, na materia sujeita, é o meio pelo qual o sujeito do direito pede, perante os tribunaes de justiça, o cumprimento da obrigação correlativa.

## §. 130.

'Neste §. tracta o Comp. do direito *d'usar*, que é o segundo direito, que se comprehende no dominio. No 1.º periodo diz-nos o Comp. em que consiste este direito. *Comprehende todos os actos affirmativos*: i. é, o direito *d'usar* abrange todos os actos positivos d'uma arbitraria disposição das qualidades accidentaes da cousa, porque para *dispôr* ou usar d'ellas é mistér praticar actos positivos. *E negativos*. Tambem se comprehendem no direito *d'usar* os actos negativos, ou omissões da disposição das qualidades accidentaes da cousa, quando são limitados pelas circumstancias de tempo, logar e pessoas: assim o homem pôde deixar *d'usar* da cousa em certo tempo ou logar, em que *lhe* seja ou não precisa; isto é um effeito do seu direito *d'usar* visto que o direito é uma cousa permittida e não devida, de que o sujeito pôde ou não usar como *lhe* aprouver. *Das qualidades accidentaes da cousa*. É esta a característica, que distingue o direito *d'usar* de que se tracta 'neste §., do direito de *dispôr da substancia da cousa*, de que se tracta no §. seguinte: por este pôde o homem usar das qualidades *essencias* da cousa ou de toda a cousa, dando-a, alienando-a, destruindo-a etc.; por aquelle apenas pôde *dispôr* das qualidades *accidentaes* da cousa, tirando d'ella todos os fructos e utilidades, sem a destruir. Na 2.ª parte do §. enumera o Comp. os principaes direitos, que se encerram no direito *d'usar*. *D'este direito*, etc. Com effeito, sendo muitos os actos que o homem pôde praticar ou omittir na disposição das qualidades accidentaes da cousa, e sendo cada um d'estes actos objecto d'um direito: é consequente, que muitos hão de ser os direitos que se derivam do direito *d'usar*. Porém o Comp. occupa-se apenas dos 3 principaes. 1.º vid. O direito *d'usar*, no sentido lato, comprehende todos os actos d'uma disposição das qualidades accidentaes, e por isso abrange não só o direito *d'usar* da cousa para as nossas necessidades, mas tambem o direito *d'usar* d'ella para as nossas utilidades e gozos; e por isso encerra o direito de *usufruir*. Porém, no sentido restricto, não abrange o direito *d'usufruir*, antes se distingue d'elle, em que o direito *d'usufruir* abrange o direito

de tirar todos os proventos da cousa, ou seja para satisfazer as nossas necessidades sómente, ou também as nossas utilidades e gozos, e o direito *d'usar* abrange apenas o direito de nos servirmos da cousa para satisfazer as nossas necessidades, e não para satisfazer as nossas utilidades e gozos; portanto o direito de *usufruir* é mais amplo, que o direito *d'usar* no sentido estricto. 2.º vid. A palavra — *proventos* —, 'neste logar, é synonyma de *proveitos*, e designa — todas as utilidades, que a cousa possa prestar. Na philosophia do direito nada importa a distincção entre direito *d'usar* ou de *usufruir*, porque não são mais do que diversos modos d'usar, que se comprehendem no direito *d'usar* no sentido lato. Porém no direito positivo é importante esta distincção, especialmente em materia d'ultimas vontades, em que o testador deixa ao legatario já o direito *d'usar* já o direito *d'usufruir* uma cousa. 3.º vid. Se o direito *d'usar* é um dominio, e se o character do dominio consiste no poder *d'usar* da cousa com exclusão dos outros: é consequente, que 'neste poder *d'usar* d'ella está implicito o poder d'obstar a que os outros usem d'ella, aliás não poderíamos nós *usar* d'ella. 4.º vid. O Comp. diz — *alienar o uso*. Com effeito, do uso é que aqui se tracta, porque da substancia tracta-se no direito de dispôr. Ora o homem pôde alienar este uso da fórma, que lhe aprouver, com tanto que não lese os outros; porque o direito é uma cousa permittida e não devida, podemos cedel-o, abandonal-o, ou usar d'elle, como nos aprouver. 5.º vid. Porque o homem goza do direito de liberdade e independencia, em virtude do qual é senhor do seu destino e das condições para o conseguir, e por isso pôde usar ou deixar d'usar do seu direito, como lhe aprouver, porque não invade a esphera juridica dos outros.

*Nota 1.ª* vid.

O Comp. 'nesta nota não apresenta doutrina nova. Nós já vimos no §. 18 a differença entre *prejuizo* e *damno*. Quando offendemos a esphera juridica dos outros, fazemos-lhe uma lesão, e o prejuizo que se causa com essa lesão, diz-se — *damno*, v. g., se furto um livro ao meu visinho, causo-lhe um *damno*; quando, porém, prejudicamos os

outros, obrando dentro da nossa esphera juridica, o detrimento, que lhes causamos, diz-se *prejuizo*, e não *damno*; porque não é resultado da lesão, pela regra—*qui jure suo utitur, nemini facit injuriam*. Sr. Ferrer, Curso, pag. 283. Belime, vol. 2.º pag. 243—246.

### §. 131.

'Neste §. tracta o Comp. do 3.º direito, que se encerra no dominio, que é—o direito de *dispôr* da *substancia* da coisa. O Comp. não emprega a palavra—*substancia*—na mesma accepção, que os escriptores modernos, para significar—o complexo das qualidades d'um ente, considerado 'num momento dado; mas sim na accepção dos escriptores antigos, que a confundiam com *essencia*, e designavam por ella—tudo o que é primitivo no ente, e sem o que elle não pôde existir. Por consequencia, o Comp. serve-se da expressão—*substancia*—por se achar consagrada nas nossas leis, entendendo por ella—as qualidades essenciaes da coisa, ou a mesma coisa em si. O Comp. enumera 5 direitos principaes, que se encerram no direito de *dispôr da substancia* da coisa:—1.º vid. v. g. reduzir um olival a cultura de milho, transformar um pedaço de prata 'numa hacinha, etc. 2.º vid. Este direito não deve confundir-se com o 1.º direito, que se deriva do direito *d'usar*, de que tractámos no §. antecedente. Alli pelo direito *d'usar* entende-se apenas o direito de nos servirmos das qualidades accidentaes da coisa; aqui o direito de *consumir* significa o direito *d'usar* da *substancia* da coisa, v. g., queimar a madeira, vender um vaso de prata, etc. 3.º vid. O Comp. na nota 1.ª, que é relativa a este numero, tracta a questão, —se o senhor d'uma coisa pôde destruil-a por mero capricho?

'Os philosophos antigos, como confundiam o direito com a moral, faziam tantas distincções para resolver esta questão, que a tornavam indissolvel e interminavel; porém, extremadas as raias das duas sciencias, facil é o resolvel-a. O Comp., para decidir esta questão,—fez distincção entre a esphera da moral e a do direito. Na 1.ª parte da nota (*o abusar*, etc.) tracta a questão no campo da moral. Pela

moral é prohibido o destruir uma cousa por mero capricho, porque esta manda ao homem empregar as condições para o conseguimento dos fins moraes, cumprindo os deveres para consigo e para com os outros; ora o homem, destruindo as suas cousas, fica sem meios, não só de satisfazer as necessidades proprias, mas tambem de beneficiar os outros: por consequencia o *abuso* da cousa importa uma offensa dos deveres da moral. De mais, a moral prescreve ao homem o uso das condições, impondo-lhe o preceito de as empregar no conseguimento dos seus fins racionaes; e o homem, que destróe uma cousa por mero capricho, de certo a não emprega, como condição, para um fim racional. No resto da nota (*mas não é, etc.*) prova o Comp., que o *abusar* da cousa é permittido em direito, com duas razões: 1.<sup>a</sup> *porque o senhor da cousa obra dentro da esphera da sua justa actividade.* Effectivamente, quem destróe a sua cousa, não lesa ninguem, não invade a esphera juridica dos outros, e por isso conserva-se dentro da sua esphera, porque d'esphera a esphera não ha espaço de permeio; mas quem obra dentro da esphera da sua justa actividade, obra com direito: logo quem abusa da sua cousa, obra com direito. 2.<sup>a</sup> *e o homem é senhor do seu destino, e das condições para o conseguir.* Com effeito, se o homem, como pessoa, é senhor do seu destino, podendo empregar ou deixar d'empregar as condições para a sua realisação; e se ninguem pôde offender o seu direito d'independencia sem desconhecer o seu character pessoal: é consequente, que o homem pôde *abusar* da sua cousa. *Excepto*, diz o Comp., *se offender os direitos, que alguém 'nella tenha acquirido, v. g., o credor pelo penhor ou pela hypotheca.* Penhor é o contracto pelo qual o dévedor entrega ao seu credor uma cousa movel para segurança da divida que contrahiu; e differe da *hypotheca* em que esta recahe sobre as cousas immoveis. Ora diz o Comp., que o senhor da cousa não pôde destruil-a, quando a tem empenhada ou hypothecada. E a razão d'esta excepção é porque 'neste caso já se offendiam direitos alheios, visto que o crêdor tem já algum direito sobre a cousa empenhada ou hypothecada. O 4.<sup>o</sup> direito, que se deriva do direito de *dispôr da substancia* da cousa, é — o direito de abandonar a cousa absolutamente.

Na verdade, se nós dissemos, que o direito é uma *cousa* permittida e não devida, que o sujeito do direito tem plena liberdade juridica, segue-se que o homem pôde ceder o direito, ou abandonal-o absolutamente, visto que é uma *cousa permittida*. 5.º vid. É a mesma razão que acabamos de mencionar, e de que já fallámos no numero 4.º do §. antecedente.

*Nota. 2.ª*

O Comp., como disse no §. que o proprietario pôde alienar todos ou alguns dos direitos do *dominio*, faz 'nesta nota as principaes divisões do dominio. *Como o senhor*, etc. vid. Temos um exemplo de dominio *limitado* 'num predio *serviente*; porque o dono do predio tendo de dar a servidão por elle tem o seu dominio limitado pela servidão. No resto da nota (*Resta observar*, etc.) repete o Comp. uma observação já feita na 1.ª nota ao §. 128: quer dizer — ainda que o *dominio* dividido não seja um complexo de direitos, ou o complexo das condições, como nós o definimos no §. 128, contudo, como cada um dos direitos parciaes do dominio contém a faculdade de o dono dispôr d'elle com exclusão dos outros, e este é o character do dominio, pôde chamar-se a cada um d'esses direitos um *dominio*. Sr. Ferrer. Curso, pag. 283—287. Sr. Seabra, pag. 295 nota. Ahrens, pag. 397—400.

§. 132.

Vamos agora tractar do 2.º objecto da secção, — *dos modos porque se extingue o dominio*. 'Neste §. occupa-se o Comp. do 1.º modo, por que se extingue o dominio, que é pela *morte* do senhor. *O dominio*, etc. vid. Com effeito, se o dominio consiste no poder que o homem tem d'usar das cousas com exclusão dos outros, tal faculdade não se pôde dar 'num morto. De mais, se o dominio é um direito ou uma relação juridica, e se esta presuppõe, como condição da sua applicação, a existencia das relações sociaes, de certo se não pôde dar 'num morto. E, finalmente, se é principio reconhecido em boa philosophia, que com a morte tudo acaba, é uma consequencia necessaria, que os direitos tambem acabam. O Comp. faz uma excepção no resto do

§—*excepto*, etc. Succede isto na *emphyteuse*, que é o contracto, pelo qual se promette conceder o dominio util d'um predio por certa pensão annua em reconhecimento do dominio directo. 'Neste aforamento fica o senhorio com o dominio *directo*, i. é, com o poder de dispôr do fóro que lhe hade pagar o *emphyteuta*, como bem lhe aprouver; e o foreiro com o dominio *util*, i. é, com o direito de tirar do predio todas as utilidades, que este lhe possa prestar, mediante o canon que paga ao senhorio. (vid. §. 193). Ora os dois contrahentes podem estabelecer no contracto da *emphyteuse* a clausula de que pela morte do foreiro se torne a reunir o dominio *util* ao *directo*, á qual união se dá o nome de—*consolidação*. Ora 'neste caso diz o Comp., que se faz uma excepção á regra—de que o dominio acaba pela morte; visto que o dominio *util*, com quanto acabe para o *emphyteuta* que morreu, não acaba absolutamente, porque volta para o senhorio directo pela morte do *emphyteuta* que é a condição resolutive.

#### Nota.

'Nesta nota tracta o Comp. uma questão muito controvertida entre os philosophos tanto antigos, como modernos—se as *successões testamentarias e ab intestato* tem o seu fundamento no direito natural. *Successão* é a continuação do direito, que tinha uma pessoa fallecida sobre a propriedade ou posse de certas cousas, na pessoa que a lei ou o testador designar. A *successão ab intestato* tem logar, quando alguém é chamado á herança do defuncto, não por escolha do testador, mas por disposição da lei: assim entre nós succedem-se reciprocamente *ab intestato* os ascendentes e descendentes legitimos. A *successão testamentaria* tem logar, quando alguém é chamado á successão por escolha do testador. Este póde declarar a sua vontade por um de trez modos: *testamento doação mortis causa*, ou *pacto successorio*. *Testamento* é o acto solemne, pelo qual alguém designa pela simples disposição da sua vontade o successor de todos ou de parte das seus bens para depois da sua morte. *Doação mortis causa* é o contracto pelo qual uma pessoa se obriga a deixar gratuitamente a outra todos ou parte dos

seus bens por sua morte. Assemelham-se o *testamento* e a *doação mortis causa*, em quanto que tanto 'num como no outro acto a transmissão da propriedade só tem lugar depois da morte do testador; distinguem-se porém em que o *testamento* é um acto unilateral, que o testador pôde revogar a seu bel-prazer, em quanto que a *doação* é um acto bilateral, que só pôde revogar-se pela união das vontades dos dois pactuantes—doador e doado. *Pacto successorio* é o contracto pelo qual um individuo vende a outro a herança d'uma pessoa viva, em que elle vendedor tinha direito de succeder pela morte d'esta. O *testamento* pois, a *doação mortis causa* e o *pacto successorio* distinguem-se dos actos *inter vivos* em que 'nestes passa o dominio em vida do pactuante que o transfere.

Postas estas idéas podemos entrar na questão. Diz o Comp., que nenhuma d'estas successões tem o seu fundamento no direito natural; e dá a seguinte razão—*porque não pôde descobrir-se razão que justifique o salto do dominio d'um homem depois da sua morte para certas e determinadas pessoas*. Com effeito se nós demonstrámos no §., que é verdadeira a regra *mors omnia solvit*—, que o morto não tem direitos, nem relações com os vivos, qual é a relação que liga o morto ao vivo para quem passa a herança, e que justifica esta passagem? Os escriptores que sustentam a opinião do Comp., accrescentam um 2.º argumento—que admittido o principio das successões, e sendo a vontade do testador uma lei que se hade cumprir á risca, teriamos o absurdo de os mortos governarem os vivos. Na ultima parte da nota (*Alguns, etc.*) aponta o Comp. uma das razões em que se fundam os adversarios d'esta doutrina, e refuta-a. Esta razão é d'Ahrens, o qual fundando as successões *ab intestato* no direito natural pretende justificar a sua opinião, recorrendo ao *condominio*, que elle suppõe existir entre os membros da mesma familia; porque, sendo a familia uma pessoa moral, e formando os seus bens um todo, onde cada um dos membros tem direito a uma parte, senão real, definida e certa, porque a partilha sómente se faz depois da morte do chefe da familia, ao menos ideal, a successão legitima não é mais do que a realisação d'este direito. Porém a este argumento responde



o Comp. que, se esta opinião fosse verdadeira, haveria a communhão de bens na familia; de modo, que só a communidade — familia, e não os chefes, poderia dispôr de seus bens, o que está em contradicção com os principios d'Ahrens. E nós accrescentâmos, que por este modo ficavam os herdeiros dos chefes das familias obrigados a pagar as dividas, mesmo além das forças da herança; porque se eram *condominos* nos direitos d'estes, deviam sê-lo tambem nas obrigações. Outros argumentos têm sido produzidos, a favor das successões *ab intestato*, que reduziremos a dois: — 1.º Dizem, que os pais são obrigados por direito natural a sustentar a prole que geraram; porque, se o pai deu ao filho o sangue e a vida, deve dar-lhe os meios para a sua subsistencia e educação, e não o deixar desarmado no meio da sociedade: e 'nestes meios contam-se as *successões*. Porém a este argumento ponderoso de Lerminier respondemos, que o direito natural reconhece a obrigação, que os pais têm de sustentar e educar seus filhos, mas não regula o modo como essa obrigação deve ser cumprida, porque isso é da competencia do direito positivo; estabelece o principio geral — que os pais têm obrigação de sustentar e educar seus filhos, mas não desce a considerações especiaes sobre a applicação prática d'este principio. 2.º Dizem, que as successões *ab intestato*, tendo o seu fundamento na vontade presumida do defuncto, são reconhecidas pelo direito natural; porque tendo o proprietario direito a dispôr de seus bens e não o fazendo por algum impedimento, nada mais justo do que adjudical-os áquelles, que naturalmente lhe deveriam ser mais caros. Porém a este argumento do Sr. Seabra respondemos: 1.º que esta presumpção pôde falhar, como elle mesmo confessa, porque algumas vezes se têm visto inimizades e odios cruentos entre paes e filhos; 2.º que não reconhecemos juridicamente ao individuo, como já demonstrâmos, a vontade expressa de dispôr de seus bens para depois da sua morte quanto mais a presumida.

Para justificar as successões testamentarias no campo do direito natural tambem se têm appresentado razões de grande pezo, que resumiremos nas seguintes: — 1.ª que a regra — *mors omnia solvit* — não é verdadeira, porque a

actividade do homem, qualquer que seja a esphera subordinada em que tenha vivido, estende-se por seus effectos além da morte; e, por consequencia, não ha razão para que a sociedade se opponha, em direito, á execução da vontade do testador. Porém a este argumento d'Ahrens respondemos, que se a lei civil tem reconhecido e garantido muitos actos do homem além da morte, para evitar os grandes inconvenientes, que poderiam resultar para a sociedade, se os actos da vida do homem terminassem seus effectos pela morte, é por uma razão de conveniencia que a lei tem reconhecido a transmigração da personalidade juridica: e nós procurámos o fundamento das successões, não no terreno das conveniencias, mas sim no campo do direito natural. 2.º Dizem, que se o homem pôde empregar as condições para o seu desinvolvimento em todas as suas relações, e para a satisfação de todas as necessidades intellectuaes, affectivas e physicas, com tanto que não offenda direitos de terceiros; e se o direito de testar se pôde considerar como condição necessaria para a satisfação das necessidades affectivas, v. g., do amor, da gratidão etc., é consequente, que o direito de testar tem o seu fundamento no direito natural. Quanto mais, que o homem tem a proseguir o fim moral de beneficiar os outros, para que o direito deve fornecer as condições; mas o homem muitas vezes não o pôde proseguir em vida pela escassez de seus recursos, que apenas bastaram á sua limitada subsistencia: logo o direito deve fornecer-lhe as condições para elle o conseguir além da vida. A estes argumentos do Sr. Seabra, d'Ahrens, e Thiers, respondemos, que não nos consta de fim algum, que o homem tenha a conseguir depois da morte. É certo, que o direito deve fornecer ao homem as condições *necessarias* para elle conseguir todos os seus fins racionaes. Mas quaes são os fins que o homem tem a proseguir depois de morto? 3.º Dizem, que, se a propriedade acaba pela morte dos donos, tornar-se-ha *nullius*, e deve pertencer ao primeiro occupante; e 'neste caso teremos em cada obito um elemento de guerra e discordia, e em torno de cada cadaver uma batalha entre os diversos concurrentes, que hão de querer prevenir o direito d'occupar a propriedade, que pertencêra ao defuncto. A este argumento

do Sr. Seabra e Belime respondemos, que a lei civil, para evitar tão funestas consequencias, reconhecêra as successões testamentarias e *ab intestato*; mas este reconhecimento funda-se nas conveniencias: e a nossa questão não é — se convirá o reconhecer estas successões, mas sim se apparece algum principio de direito natural, d'onde ellas se derivem. 4.<sup>a</sup> Finalmente dizem que a applicação, á faculdade de testar, do principio — que a morte extingue todos os direitos, é um sophisma, porque o homem não transfere o seu direito depois de morto, mas durante a sua vida, em quanto pôde ter vontade, e ter *direitos*. A este argumento do Sr. Seabra, Ahrens, e Thiers, respondemos, que, pendendo a existencia do acto d'uma condição suspensiva — a morte do testador, não pôde validar-se no momento em que a condição se realisa, porque a morte acaba com todos os direitos.

Parece-nos todavia, que esta questão não é do maior interesse prático; pois que estas successões têm sido adoptadas em todas as legislações dos povos antigos e modernos; e ainda até ao presente se não descobriram principios na sciencia philosophica do direito que provem a injustiça de taes disposições. Sr. Ferrer, Curso, pag. 438 — 442. Sr. Seabra, pag. 66 — 70, e 297 — 332. Ahrens, pag. 533 — 540. Belime vol. 2.<sup>o</sup> pag. 301 — 332, 359 — 362, 373 — 378, e 388 — 393. Thiers, pag. 54 — 66. Jouffroy, §. 89 — 90. Lerminier, *philosophie du droit*, pag. 89 — 99. Glinka, pag. 17 — 21.

### §. 133.

'Neste §. tracta o Comp. do 2.<sup>o</sup> modo, porque se extingue o dominio, que é — o *abandono*.

Vid. Com effeito, se o dominio é um complexo de direitos, e tem todos os characteres d'um verdadeiro direito; e se o direito é uma cousa permittida e não devida, de modo, que o sujeito pôde usar ou deixar d'usar d'elle, cedel-o ou abandonal-o, como bem lhe aprouver: segue-se, que o dono da propriedade pôde *abandonal-a*, mostrando expressa ou tacitamente, que a não quer ter no seu patrimonio. Jouffroy, §. 91.

## §. 134.

'Neste §. tracta o Comp. do 3.º modo por que se extingue o dominio, que vem a ser—o desaparecimento total dos *vestigios* da sua aquisição, i. é, quando não apparecem na cousa os signaes da occupação, que são o documento de que alguém já radicou 'nella o seu direito.

Vid. Se nós dissemos que, para o dominio ser duravel além da posse da cousa occupada, era mistér que esta fosse transformada, impondo-se-lhe signaes *permanentes*, que fossem os documentos de que o occupante tinba radicado 'nella o seu direito, sem o que os outros não poderiam ser obrigados a respeitá-lo, porque a propriedade é um direito *hypothetico*, que não se presume, mas precisa provar-se; e se estes signaes, que são os vestigios ou a prova da aquisição do dominio sobre a cousa occupada, desapareceram de modo, que o occupante ficou sem meios de provar o facto da occupação: é consequente, que perdeu o dominio com o desaparecimento d'esses signaes—porque *acabada a causa, cessa o effeito*. E o Comp. deduz a conclusão—*Assim que, se alguém a occupar, será d'ella verdadeiro senhor*. Com effeito se todo o homem tem um direito geral d'usar das cousas, que servem de condições para os seus fins, contanto que não offenda os direitos d'outrem, e se o desaparecimento dos vestigios da aquisição da cousa faz com que ella se torne *nullius*: é consequente, que qualquer pessoa a pôde occupar porque não leza os direitos d'outrem. Todavia a politica pôde fazer uma modificação a este principio geral, garantindo ao senhor da cousa a faculdade de provar por testemunhas, ou por outra especie de prova, o dominio sobre a cousa, quando tiverem desaparecido os vestigios da sua aquisição. Jouffroy, §. 92.

## §. 135.

'Neste §. tracta o Comp. do 4.º modo por que se extingue o dominio, ainda que este se comprehende no 3.º de que fallámos no §. antecedente.

Vid. Assim, se um Portuguez de volta para a Europa perdeu nos mares da India um diamante, que as es

depois arrojaram á praia, e foi encontrado por um Indio, fica o diamante pertencendo a este, porque preveniu em relação a outros, que o poderiam achar, o direito d'occupar. E a razão é porque o Indio não pôde saber quem é o dono, nem este quem o achou, e então tem logar a regra — *ad impossibilia nemo tenetur*. Jouffroy, §. 93.

### §. 136.

Neste §. tracta o Comp. do 5.º modo, por que acaba o dominio, que vem a ser — *a alienação por um contracto*.

Vid. Quando fallarmos dos contractos veremos que o dominio não acaba absolutamente, quando alienado por um contracto, porque passa para o outro pactuante, mas só com relação ao senhor d'elle. Ora é certo, que o senhor da coisa pôde transferir o dominio, alienando-o por um contracto, visto que o dominio tem todos os caracteres d'um direito; e é da natureza do direito o poder ser cedido e abandonado pelo sujeito, que goza d'ampla liberdade dentro da sua esphera juridica. E desde já prevenimos, ainda que o assento d'esta materia é a secção 4.ª, que os contractos não produzem direitos, servem apenas para os transferir.

### §. 137.

Neste §. tracta o Comp. a questão — se a *prescripção* se pôde considerar um modo juridico de adquirir o dominio. A proposição está no 1.º periodo do §. — *Entre os meios*, etc. Não nos importa saber a differença que havia em direito Romano entre prescripção e usucapião, bem como as differentes especies de prescripção. É a *posse* o verdadeiro titulo pelo qual se adquire por *prescripção* o dominio das cousas alheias, comtanto que essa *posse* seja: 1.º *juridica*, i. é, que o individuo possua a coisa como sua; por isso o Comp. diz — *por uma determinada posse*, porque nem toda e qualquer *posse* é causa d'adquisição do dominio pela *prescripção*, mas só a *juridica*: assim a *posse* do arrendatario não é um titulo idoneo para este adquirir o dominio da coisa arrendada pela *prescripção*, porque não possui a coisa como sua; 2.º *longa* i. é, que a *posse* seja de longo

tempo para induzir a prescripção de que o verdadeiro senhor da cousa abandonou o seu direito; 3.º de *bôa fé*, i. é, que o possuidor esteja na persuasão de que é o verdadeiro proprietario da cousa: Por exemplo, se Paulo comprou a José uma propriedade, que não era d'este, mas de Pedro, persuadido de que José era o verdadeiro dono d'ella, e a possuiu—pelo tempo marcado nas leis; ainda que o proprietario Pedro, passado este praso, queira reivindicar a propriedade com o fundamento de que José não podia vender o que não era seu, Paulo defende-se com a *prescripção* pela longa *posse* que tem; e pela *bôa fé* em que estava, de que José era o verdadeiro senhor da propriedade. O Comp. porém não reconhece a prescripção como meio de extinguir o dominio, e dá a razão no 2.º periodo do §.—*Porém a razão*, etc. E effectivamente no direito positivo marca-se um tempo fixo para a *prescripção*, v. g., nos moveis trez annos, e nos immoveis 10 entre presentes e 20 entre ausentes; porém o direito natural é uma sciencia *a priori*, que não marca quantidades,—e por isso com o mesmo fundamento com que se marcassem 3 annos para a *prescripção* se poderiam marcar 6 ou mais, e teriamos, em consequencia, a *prescripção* apoiada na arbitrariedade do homem, e não em principios immudaveis taes, quaes são os de direito natural. Na 2.ª parte do §. (—*Esta impossibilidade*, etc.) previne o Comp. uma objecção, que se lhe poderia apresentar,— que na *prescripção*, que os JCsos chamam *immemorial* por ser a posse tão longa, que excede a memoria dos homens, não militam as mesmas razões que na *prescripção* de tempo; porque os vestigios do antigo senhor desapareceram inteiramente, visto que não ha memoria d'elle de modo, que se não póde descobrir quem é o verdadeiro dono: e, por consequencia, que esta especie de *prescripção* é reconhecida pelo direito natural como um meio d'extinguir o dominio. Porém o Comp. responde, que 'neste caso não é preciso recorrer á prescripção; porque se desapareceram todos os signaes da cousa, que mostravam que ella pertencia a alguem de modo que não se sabe quem é o seu verdadeiro dono, ella cede como *nullius* ao primeiro occupante, pela regra — *non esse et non apparere est*

*in jure*; e temos a occupação como meio d'acquirir a coisa de cujo dono não ha memoria.

Nota 1.ª

Vid. Nesta nota examina o Comp. as razões que costumam ser produzidas a favor da prescripção; que são duas:—1.ª presumpção de que o senhora bandonou a coisa. Dizem a favor da prescripção aquelles, que a admittem como meio d'extinguir o dominio,—que o senhor que deixou por longo tempo a posse da coisa, e a não reclamou no praso que a lei marca, mostra que não tem interesse em que ella faça parte do seu patrimonio, e dá a entender que a abandonou. Porém o Comp. responde a este argumento,—que tal presumpção é *fallivel*. De feito não se póde dizer, que o senhor abandonou a coisa, só porque deixou de a possuir por muito tempo, visto que o senhor d'ella ou por ignorar quem fosse o então actual possuidor, ou por outra qualquer causa talvez a não podesse reclamar. Além de que o silencio da parte do dono da coisa não é prova sufficiente para elle ceder do seu direito; porque esta cedencia depende d'um acto positivo da sua vontade. 2.ª que é necessaria para segurança da propriedade. Dizem tambem, que a prescripção é um meio de garantir a propriedade, e que é mister reconhecer o dominio sobre uma coisa áquelle que a tem possuido por longo tempo, porque nem sempre é possível o ter presentes os titulos do dominio, que por qualquer circumstancia podem desaparecer, ou porque se queimaram ou perderam etc. Porém a este argumento responde o Comp., que esta razão não tem o seu fundamento no direito natural, mas sim na politica á qual importa estabelecer a certeza dos direitos e a segurança da propriedade. Além de que, se a prescripção é um meio para a segurança da propriedade; e se a sciencia dos meios mais aptos para tornar effectivos os direitos é a — politica: segue-se, que as razões em que se funda a prescripção são alheias ao direito natural. D'aqui conclue o Comp., que as razões, adduzidas a favor da prescripção, apenas servem para fundamentar uma lei positiva. E de feito, se as leis não devem ser apenas a traducção dos principios do direito, mas accomodar-se tambem ás con-

veniências públicas, provocadas pelas necessidades sociais, sem offensa dos principios do justo; e se as razões apontadas provam, que a prescripção é conveniente e necessaria para a melhor garantia da propriedade: é consequente, que aquellas duas razões servem para fundamentar uma lei positiva.

Nota 2.<sup>a</sup>

Vid. Nesta nota faz o Comp. uma observação com referencia á ultima parte do §., e vem a ser — que reconhecerá como meio de adquirir a propriedade, no campo do direito natural, a *prescripção immemorial*, posto que dissesse no texto do §. que admite a occupação como meio d'adquirir as cousas de cujo dono não ha memoria, quando se mostrar que a *prescripção immemorial* é um meio mais philosophico de adquirir essas cousas do que a *occupação*. Ora o systema d'adquirir pela *prescripção immemorial* ou pela *occupação*, segundo nos parece, não differe senão nas palavras, e é inteiramente o mesmo tanto em quanto aos actos que dão existencia ao direito, como em relação aos effeitos do dominio; porque na *occupação* exigem-se dois requisitos: 1.<sup>o</sup> a *apprehensão* da coisa *nullius*, de modo, que a possamos apropriar ás nossas necessidades e excluir d'ella os outros; 2.<sup>o</sup> *animo d'adquirir*, provado pelo assignalamento, i. é, pelos signaes permanentes que o occupante impõe na coisa, e que são um testemunho de que elle radicou 'nella o seu direito; e na *prescripção immemorial* dão-se tambem: 1.<sup>o</sup> a *apprehensão*, e por tão longo tempo que já se não sabe quem foi o antigo dono; 2.<sup>o</sup> o *animo d'adquirir*, provado não só pela bôa fé em que o possuidor está de que é o verdadeiro proprietario, mas tambem pelos muitos signaes que elle deve ter imposto na coisa no decurso d'uma tão longa posse, que são um resultado da sua justa actividade. O que ha de essencial tanto na *occupação*, como na *prescripção immemorial*, como meios de adquirir o dominio das cousas, é que estas não tenham ou não se saiba quem é o dono. Porém as prescripções de tempo não se podem admittir no direito natural, pelas razões que expozemos no §. Jouffroy, §. 94 — 95. Ahrens. pag. 400. Belime, vol. 2.<sup>o</sup> pag. 685 — 706. Glinka, pag. 27 — 30.



Vid. 'Neste §. faz o Comp. uma observação, que se demonstra pela doutrina do §. 48. Com effeito, se nós dissemos que as leis não deviam formular exclusiva e puramente os principios philosophicos do direito; porque precisavam de accomodar-se aos costumes e ás necessidades dos povos, para terem uma effectiva execução, e não serem inúteis aos usos da vida, é fóra de dúbida, que as leis podem deixar de formular e garantir alguns dos modos de extinguir o dominio, que acabâmos de examinar, ou mesmo modificá-los segúndo as conveniencias sociaes. Assim, o direito natural não reconhece as prescripções de tempo, e as leis civís podem estabelecê-las, tendo em vista a melhor garantia da propriedade e a certeza dos direitos, porque não offendem os principios immutaveis da philosophia do direito; o direito natural exige para prova do dominio que o senhor da cousa lhe tenha imposto signaes permanentes, como testemunho de que elle radicou 'nella o seu direito, e as leis civís podem dispensar esta prova e substituí-la, admittindo, que elle prove por testemunhas o facto da apprehensão e o animo d'adquirir, quando tiverem desapparecido os vestigios da occupação. Ahrens, pag. 397—400.

## SECÇÃO III.



### LESÕES DO DOMINIO E REPARAÇÃO D'ELLAS.

Vid. Este §. é uma transição das doutrinas antecedentes para as d'esta secção. A proposição do §. está nas ultimas palavras—*facil é o conhecer as lesões do dominio.*

Se a lesão é o acto pelo qual se invade o direito dos outros, ou a violação das obrigações jurídicas; e se nós vimos na secção antecedente quaes eram os differentes direitos, que se encerram no dominio, e por consequencia, as obrigações jurídicas correspondentes a esses direitos, porque direito e obrigação são cousas correlativas, de modo que se não concebe a existencia d'aquelle sem a existencia d'esta, e *vice versa*: segue-se, que o conhecimento das *lesões do dominio* é muito *facil*; porque ha lesão todas as vezes, que se deixar de respeitar os direitos dos outros, ou se violar alguma obrigação jurídica. Ainda assim, o Comp. tracta das lesões do dominio por duas razões: — 1.<sup>a</sup> para resolver algumas dúvidas que ha — se certos factos são ou não lesões: foi por esta mesma razão que o Comp. tractou, na secção 3.<sup>a</sup>, da parte 2.<sup>a</sup>, — das obrigações absolutas, ainda que já tinha tractado dos direitos absolutos; 2.<sup>a</sup> porque tendo de se occupar da materia da *reparação do damno*, que fórma um capitulo importante no quadro do direito natural; e sendo o *damno* um resultado da *lesão*: era mistér dar algumas explicações ácerca da *lesão*.

### §. 140.

'Neste §. appresenta o Comp. as razões que justificam a *reparação do damno*. Diz o Comp. — *Sendo, etc.*; i. é, nós dissemos, que nem todo o prejuizo é resultado da *lesão*, porque podemos causar detrimento aos outros, mesmo obrando dentro da nossa esphera jurídica, e que só se chama *damno* aquelle prejuizo, que é resultado da lesão; ora sendo a lesão prohibida pelo direito natural, por ser uma offensa dos direitos do dominio; e tendo nós mostrado que estes direitos são inviolaveis e sagrados: — *é razão que o lesante repare o damno*; *damno* este, que é injusto como a sua causa — a *lesão*. Esta é a proposição do §., e o Comp. appresenta mais trez razões para a demonstrar: — 1.<sup>a</sup> *porque a lesão, etc.* Com effeito, sendo as espheras jurídicas de cada homem limitadas pelas dos outros, todo aquelle que invadir a esphera da justa actividade do seu similbante commette uma lesão, porque vai contra os principios do direito, que constituiu essas espheras. E esta

*lesão continua até que o damno seja reparado*, porque a lesão é um facto, e os factos não se apagam: e por isso só uma *reparação* cabal poderá apagar a lembrança e os effeitos d'aquelle facto. 2.<sup>a</sup> *o sujeito do direito*, etc. A lesão pôde ser *presente*, i. é, começada mas não acabada, ou *futura*, i. é, que ainda não principiou, mas está imminente, ou *preterita*, i. é, já consumada; e nós tractámos 'nesta secção dos meios de apagar a lesão *preterita*. Ora se a todo o direito anda inherente a faculdade da coacção para obrigar o sujeito do direito ao cumprimento d'esta; e se o unico meio que o lesante tem para cumprir a obrigação juridica de apagar os effeitos da lesão é a *reparação do damno*: segue-se, que o sujeito do direito tem a faculdade de forçar o lesante a reparar o damno. 3.<sup>a</sup> *e finalmente*, etc. De feito, se o lesante não tivesse obrigação juridica de reparar o damno, de nada valeria a obrigação que cada um tem de respeitar os direitos dos outros; o *direito* seria *inutil*, isto que cada um poderia violar impunemente a esphera juridica dos outros, a *inviolabilidade* dos direitos seria uma ficção, ou uma illusão.

#### Nota.

Vid. O Comp. 'nesta nota previne uma objecção que poderia offerecer-se contra a doutrina da *reparação do damno*, e é a seguinte—A injustiça d'um individuo para com outro não auctorisa este a ser tambem injusto; e por isso, se o lesante praticou uma lesão invadindo a esphera juridica do lesado, não se segue, que este fique auctorisado a commetter igual lesão, entrando pela esphera juridica do lesante a pedir a *reparação do damno*; aliás tornar-se-ha verdadeiro lesante. O Comp. responde que o lesado, exigindo a *reparação do damno* e entrando pela propriedade do lesante, não offende os direitos d'este, que obrou como um dessorasado attentando contra os direitos do lesado, e por isso não pôde invocar as leis de razão; que, aliás seriam contradictorias, concedendo ao lesado o direito de exigir a *reparação do damno*, e impondo-lhe ao mesmo tempo a obrigação de respeitar a *propriedade* do lesante, pela qual deve ser reparado esse damno. E além d'isto o lesante,

pelo facto da lesão, obrigou a sua propriedade á reparação do damno; e portanto a parte da propriedade que fica sujeita á reparação do damno, póde dizer-se, que já pertence ao lesado: e por consequencia o lesado entrando pela propriedade do lesante obra dentro da sua esphera juridica. É mistér notar as palavras finaes da nota — *nem garantir-lhe a dignidade pessoal, que perdeu*. O Comp. não quer dizer que o lesante perdesse a sua dignidade pessoal inteiramente, mas sómente com relação ao facto injusto que praticou. Sr. Ferrer, Curso §. 137. Jouffroy, §§. 98 e 101.

### §. 141.

O Comp. ' neste §. faz a classificação do damno em *culposo* e *doloso*; assignalando as differenças da imputação de cada uma d'estas especies de damno no terreno do direito e da moral. No primeiro periodo (*o damno póde*, etc.) define o Comp. o que seja damno filho de *culpa*, e de *dolo*. Assim o damno, que o creado causou a seu amo, deixando as portas da casa d'este abertas de combinação com os ladrões para estes o roubarem, é filho de *dolo*; se porém as deixou abertas, por se esquecer de as fechar, e os ladrões se aproveitaram d'este descuido do creado para roubar o amo, o damno que aquelle causou é filho de *culpa*. Continua o Comp. — *As obrigações moraes são diversas em um e outro damno*. — Com effeito se a moral é toda *subjectiva*, porque attende á origem das acções, examinando se foram praticadas com boa ou má intenção; e se a moral mede a responsabilidade do individuo pelo maior ou menor grau de liberdade e intenção com que este praticou a acção: segue-se que ella ha de reputar mais aggravante o damno filho de *dolo*, do que o damno filho de *culpa*, porque tem maior responsabilidade o *doloso*, que teve a intenção de fazer o mal, e se deliberou a fazel-o, do que o *culposo* a quem é apenas imputavel a negligencia. Porém o direito, etc., continua o Comp. No campo do direito são as mesmas as obrigações no damno filho de *culpa*, e no filho de *dolo*; i. é, tanta responsabilidade e obrigação de reparar o damno tem o que causou a lesão por simples negligencia, como o que a causou de proposito

e premeditadamente, porque o direito é todo exterior; não entra na intenção de ninguém, nem attende á origem das acções; para apreciar a bondade ou maldade d'ellas, compara apenas o material da acção com a lei, e não lhe importa saber, se ella foi ou não praticada com boa intenção ou pureza de motivos. No resto do §. (*Não póde, etc.*) previne uma objecção que se poderia apresentar contra a reparação do damno filho de *culpa*; visto que o Comp. disse no §. antecedente que o lesante era obrigado a reparar o damno por obrar desarrazoadamente, e não se póde dizer que aquelle, que faltou ao cumprimento d'uma obrigação por mera negligencia ou ignorancia dos seus deveres, seja desarrazoado como aquelle que postergou a lei por vontade deliberada. Porém o Comp. responde a esta dúvida, fazendo distincção entre *dólo antecedente* e *subsequente*, e dizendo que é tão criminoso o que lesou por negligencia e não quiz reparar o damno por *dólo*, como aquelle que lesou dolosamente. Com effeito se o lesante culposo recusar reparar o damno, torna-se de culposo doloso; pois que, se não tem *dólo* antes da prática da acção, tem-no depois d'ella, sabendo, como deve saber pelas provas appresentadas pelo lesado, a existencia do damno. Jouffroy, §§. 97 e 102.

### §. 142.

Neste §. diz-nos o Comp. o que seja *reparação plena*. O Comp. estabelece no primeiro periodo do §. a proposição geral — que a reparação só é completa, quando o lesado fôr de tal modo resarcido, que lhe não importe soffrer outra lesão, se o damno d'ella lhe for assim reparado. O Comp. emprega as expressões — *que lhe pareça indifferente, etc.*; porque, effectivamente, só o lesado está nas circumstancias de poder apreciar a gravidade da lesão, e o valor exterior do damno, porque só elle está ao facto das suas circumstancias particulares, e da ordem e numero de necessidades que satisfazia com as condições que foram lesadas. E se acaso a reparação é feita á vontade d'elle, já não tem razão de queixa contra o lesante; e no tóro exterior tudo fica de novo conforme á lei da justiça,

porque a lesão se apagou. O Comp. no resto do §. (*Para isto*, etc.) diz quaes são as condições d'uma reparação plena, que vem a ser: o reparar o *damno immediato* da lesão, e o *mediato*, que são os *lucros cessantes*, os *damnos emergentes*, e as *deterioridades*. *Lucros cessantes* são os lucros que o senhor da cousa poderia perceber se tivesse a cousa em seu poder. *Damnos emergentes* são os detrimientos que o senhor soffreu em quanto esteve privado da cousa, por estar privado d'ella. *Deterioridades* são os estragos que o lesante causou na cousa do lesado. Por exemplo, roubaram a um negociante de Lisboa um navio que este tinha preparado para ir buscar uma carregação de ferro á Suecia. O resultado immediato da lesão foi a perda do navio, e por consequencia a primeira cousa que deve fazer-se é entregar o navio ao lesado, ou outro identico, ou o seu valor. O resultado mediato foram: os *lucros cessantes*, i. é, o que elle poderia ganhar, se não fosse o roubo do navio, importando a carregação de ferro para Portugal 'numa occasião, em que o preço d'esta mercadoria tinha alteado consideravelmente no nosso paiz; os *damnos emergentes*, i. é, os grandes prejuizos que soffreu, alugando por um preço muito subido outro navio para transportar o ferro, que já tinha comprado; e as *deterioridades*, i. é, os estragos que o lesante fez 'nalgumas peças do navio que precisaram concerto para continuarem a servir no seu destino. Ora só depois de reparados todos estes prejuizos é que a reparação será *plena*, porque só então o lesado poderá dizer que lhe não importa soffrer uma nova lesão, recebendo uma egual reparação. Jouffroy, §§. 103 e 105.

### §. 143.

'Neste §. tracta o Comp. dos differentes modos por que se pôde fazer a reparação. A *reparação do damno*, etc. A reparação do damno pôde fazer-se de dois modos, ou pela *restituição* ou pela *substituição*: e a *restituição* ainda pôde ser *identica* ou *substituida*. A *restituição identica* é a entrega da propria cousa, v. g., quando, no exemplo dado no §. antecedente, o ladrão entregasse ao negociante Portuguez o proprio navio que lhe houvesse roubado; e a

*substituída* é a entrega d'outra cousa analoga, v. g., quando, na mesma hypothese, o ladrão entregasse ao lesado, não o proprio navio que lhe havia roubado, mas um outro que o substituísse. A *satisfacção* é a entrega não da propria cousa tirada ao lesado ou d'outra analoga, mas de cousas diversas, comtudo equivalentes ás subtrahidas ao lesado, v. g., quando o ladrão, em lugar de entregar o navio roubado ou outro que o substituísse, pagou o preço d'elle. No resto do §. (*A restituição deve, etc.*) faz o Comp. algumas observações ácerca da preferencia que se deve dar a cada um d'estes modos de reparar o damno. Diz o Comp. que a *restituição deve ser preferida á satisfacção*; e dá a razão, — *porque as cousas equivalentes não são verdadeiramente taes, quando o lesado é forçado a recebê-las.* Com effeito se nós dissemos no §. antecedente, que só o lesado é o verdadeiro juiz do damno causado pela lesão, e que esta só é *plenamente* reparada quando elle entender que está inteiramente resarcido do damno, é fóra de dúvida que a reparação não é *plena*, quando elle é forçado a receber as cousas *equivalentes*, porque ainda que no juizo dos outros estas cousas sejam *equivalentes* não o são para o effeito de reparar o damno. É isto o que acontece nas cousas que têm valor d'estimação: assim ha certos objectos de pouço ou nenhum valor para os outros, mas que têm para o lesado um valor tão subido, que a sua perda não póde ser reparada se não pela entrega da propria cousa, v. g., um anel de cabellos, uma alfaia sem prestimo, uma pequena pedra, um retrato, etc., que muitas vezes suscitam a um individuo tão gratas recordações, que não cederia estes objectos a troco de bens alguns. No resto do §. (*Todas as vezes, etc.*) diz o Comp. que se deve preferir á *satisfacção* mesmo a *restituição substituída*: tanta é a importancia que o Comp. dá ao modo de fazer a *reparação pela restituição*?

Cumpra porém advertir que estas preferencias, fundadas na philosophia do direito, podem deixar de ser attendidas, quando o lesante e lesado entre si contractarem outra cousa, porque a vontade dos homens faz lei com relação aos seus interesses particulares. Sr. Ferrer, Curso, §. 386. Bruchner, §. 241—242.

Neste §. diz-nos o Comp. quaes são as diversas especies de *satisfacção*; que elle reduz a trez. 1.º *satisfacção pecuniaria*, etc. Diz o Comp., que a *satisfacção pecuniaria é compensação efficaz* para muitos damnos: assim, se um incendiario me queima a minha seara, e me paga a dinheiro o prejuizo, como a moeda é o padrão e equivalente de todos os valores, de modo que posso depois comprar com ella os objectos de que necessitar, *compensa* o damno. Porém diz o Comp. que — *nem sempre o lesante pôde pagar-o*: assim se o lesante fôr um proletario, não terá dinheiro para pagar o damno; e por isso nós vemos sancionada em quasi todos os codigos das nações civilizadas a pena de prisão para os sentenciados a pena pecuniaria, como meio de remirem esta. *Nem o lesado recebe-o*. Diz o Comp. que há certos damnos para que o dinheiro não é compensação efficaz. De feito, não ha dinheiro que pague o insulto feito a um homem honrado; pelo contrario se se offerecesse dinheiro a um homem de honra, depois de se ter ultrajado, fazia-se-lhe uma nova injuria. Não precisamos de largas demonstrações para provar esta proposição: appellamos para a consciencia individual dos homens de bem, e invocamos o testemunho das pessoas illustradas.

2.º *Satisfacção por attestação*, etc. O Comp. não falla aqui de qualquer *injuria* ou *calumnia*, porque nós já vimos no §. 93 que as injurias e calumnias não eram violações d'obrigações juridicas, exceptuando dois unicos casos: 1.º quando elles vão offender algum direito do injuriado ou calumniado; 2.º quando ellas consistem em factos; a que damos o nome de injurias — *reaes*. Ora o Comp. falla aqui apenas da 1.ª excepção. E diz que o unico meio de reparar o damno causado pela injuria ou calumnia é uma *attestação* que desfaza as impressões causadas por esses ditos falsos: assim se qualquer individuo imputar a outro falsamente um roubo, e o desconceituar para com o público, o unico meio que tem para reparar o damno causado pela calumnia, e o rehabilitar no conceito dos seus semelhantes, é — retractar-se, apresentando documentos que atestem que a calumnia era infundada. 3.º *Satisfacção substituida*.



assim se Pedro me pediu 10 moedas, e deu por fiador da divida a Paulo, e este me pagou em lugar de Pedro, diz-se que a *satisfacção* do damno, que Pedro me causou recusando-se ao pagamento das 10 moedas, é *substituida*, porque Paulo me pagou, não como lesante, mas como substituto de Pedro.

§. 145.

'Neste §. diz-nos o Comp. quaes as pessoas competentes para arbitrar a reparação do damno. É mister determinar a extensão e gravidade do damno para arbitrar a reparação a fim de que o lesado não receba mais nem menos do que perdeu pela lesão : porque, se receber de menos, o damno não fica totalmente resarcido, e, se receber de mais, locupleta-se com o alheio, e passa do estado de lesado ao de lesante, visto que recebe aquillo a que não tinha direito. Ora o Comp. diz no 1.º periodo do §. (*Só o lesado*, etc.) que só o lesado póde *estimar o damno*. Com effeito já vimos no §. 142, que o unico juiz das consequencias proximas e remotas da lesão, ou do valor dos prejuizos causados por ella é o lesado, porque só elle sabe as necessidades a que deixou de satisfazer em virtude do damno, e os interesses de que o privou o facto da lesão. E por isso é elle o unico competente para arbitrar a reparação. Todavia o Comp. no resto do §. (*No entretanto*, etc.) diz que não deve ser elle ; e dá a razão. O lesado é por certo o mais competente para este arbitramento. Porém como o homem é susceptivel de se deixar arrastar pelas paixões, e o lesado é o interessado 'nesse arbitramento, podia pedir mais do que o valor do damno, não sendo por isso razão que o lesante seja constrangido a sujeitar-se ao arbitramento feito por elle. E por isso o juiz d'esta pendencia deverá ser um 3.º imparcial ; mas para isto deve ouvir a *um e outro*, i. é, tanto a defesa do lesante, como a queixa do lesado, para formar um juizo seguro, e, avaliando devidamente o damno, arbitrar o valor da reparação.

§. 146.

'Neste §. diz-nos o Comp. quaes são os effeitos da re-

paração do damno. Diz o Comp. (*Feita, etc.*) que depois da reparação plena o lesado *acha-se reintegrado no estado anterior à lesão*. E com effeito já vimos no §. 142, que, logo que o lesante indemnissasse plenamente o lesado, a lesão deixava de existir, e o estado das cousas do lesado ficava, como se nunca tivesse havido lesão. A *lesão pois, etc.* Se a lesão e o damno são a causa do direito do lesado e da obrigação do lesante; e se a reparação extingue o damno; é consequente, que a reparação extingue o direito do lesado e a obrigação do lesante, apagando a lesão, porque fazendo cessar a causa, cessa o effeito. E diz o Comp. que — *conservam ambos as suas anteriores relações jurídicas*, i. é, subsistem apenas as relações em que estavam antes do facto da lesão.

### §. 147.

'Neste §. diz-nos o Comp., como conclusão dos principios antecedentemente expostos, algumas especies mais vulgares das *lesões do dominio*. 1.º *o furto, etc.* São necessários trez requisitos para se dar o furto = 1.º *subtracção de coisa alheia*, i. é, que se tire a coisa a seu dono, aliás não haveria invasão da esphera juridica d'outro, e, por isso, lesão do dominio. Alguns costumam accrescentar á definição a palavra — *movel* — visto que só os objectos moveis, e não os immoveis, são objecto do furto. Porém o Comp. com razão a omittiu, porque se deve julgar comprehendida no termo — *subtracção*; visto que só os objectos moveis é que podem subtrair-se ou tirar-se. 2.º *contra vontade do seu dono, ou sem elle saber*; porque, se elle o soubesse e consentisse, não havia lesão, pela regra — *volenti et consentienti nulla fit injuria*. 3.º *feita com animo de lucro proprio ou alheio*; i. é, para haver *furto* é mister que o ladrão tire a coisa a seu dono com o fim de receber lucro por via d'ella, ou alguma outra pessoa determinada, que não seja o senhor, porque sendo em beneficio d'este já não ha *furto*: assim não pratica o *furto* aquelle que tira a outro uma coisa, não para lucrar com ella, mas para a guardar e evitar que a furem ao senhor, ou se extravie. 2.º *a rapina, etc.* A *rapina* assemelha-se ao *furto* em que t

'num como 'noutro ha a *subtracção* da cousa alheia; differem porém em que no *furto* subtrahê-se a cousa ás escondidas de seu dono, e sem violencia, e na *rapina* tira-se a cousa por violencia ao senhor: assim os salteadores de estrada commettem a *rapina*. Já se vê que a *rapina* é uma lesão do dominio: porque se o *furto* é uma lesão, *a fortiori* podemos dizer que a *rapina* o é tambem. 3.º a *invasão*, etc. Differe das duas especies precedentes em que 'naquellas verifica-se a lesão nas cousas moveis, e 'nesta nas immoveis. Mas é egualmente uma lesão, porque ha uma invasão da esphera juridica dos outros. 4.º o *defraudamento*, etc. Este pôde ser de dois modos: por *palavras*, porque nós já vimos no §. 92 que a mentira era uma violação d'obrigação juridica, quando era condição expressa ou tacita d'um contracto, assim um individuo que me vende, como são, um cavallo atacado d'uma doença mortal, *defruda-me*; por *factos*, assim um individuo que muda os marcos do seu campo com prejuizo do visinho, que usa de pesos e medidas falsas, pratica um *defraudamento por factos*. 5.º etc. Já vimos no §. 141 que o damno ou fosse proveniente de dolo ou de negligencia devia ser reparado, visto que o direito não gradua as lesões pela intenção mas sim pelos effeitos exteriores, e por isso torna egualmente responsavel o que causou damno por dolo e o que o causou por negligencia. Sr. Ferrer, Curso §. 438.

### §. 148.

'Neste §. tracta o Comp. em poucas palavras duas questões importantes e muito agitadas, especialmente entre os antigos philosophos: 1.ª se o prejuizo causado pelas *pessoas destituidas do uso da razão* é um damno, e por consequencia, se o lesado tem direito á reparação; 2.ª se o prejuizo causado pelas *cousas externas* é um damno, e, portanto, se o dono d'estas é obrigado a reparal-o. Vamos á 2.ª questão. O Comp. entende aqui por *cousas externas*, não toda e qualquer cousa alheia ao lesado, mas aquellas *cousas externas* que pertencem a alguem; porque se forem *nullius*, a ninguem se pede a reparação. Diz o Comp. que *temos direito de pedir a reparação* do

damno causado pelas cousas *externas*; e dá a razão — porque as *cousas externas* estão tão ligadas á pessoa pelo direito, como as *internas* pela natureza. De feito, quando o damno é causado por cousas externas, pertencentes a alguém, v. g., por uma casa que desabou, ou por um animal que se soltou, o lesado tem direito de pedir a reparação ao dono d'essas cousas; porque assim como as cousas internas, ou as faculdades, estão identificadas com o homem, como elementos da sua natureza, e por isso qualquer homem é responsavel pelo damno causado pelo seu braço; do mesmo modo as cousas externas estão tão ligadas com elle pela necessidade que tem d'ellas para o exercicio d'aquellas faculdades, que bem se póde dizer que taes cousas estão, como que identificadas com o homem pelo direito, i. é, como condições indispensaveis do seu desinvolvimento: e por isso qualquer é obrigado a reparar o damno que um animal seu causa ao visinho.

Vamos á 2.<sup>a</sup> questão. Serão as pessoas *destituidas do uso de razão*, v. g., os infantes ou mentecaptos, obrigados a reparar o damno que causaram? O Comp. diz que sim, e apresenta a proposição e a razão nas palavras — *Demais, se contra qualquer lesão podemos usar da faculdade da coacção, a razão juridica permite o pedir a estas pessoas a reparação*. Com effeito a offensa dos direitos alheios, praticada por uma pessoa destituida do uso de razão, não deixa por isso de ser facto lesivo; porque esta pessoa, offendendo os direitos dos outros, de certo não obrou dentro da sua esphera juridica, e se não obrou dentro da sua esphera invadiu a dos outros, porque de esphera a esphera não ha espaço de permcio, e, por consequencia, fez uma lesão, porque esta é o acto pelo qual se invade a esphera juridica dos outros. Por outro lado o senhor do direito offendido tem sempre a faculdade da coacção contra o lesante, sejam quaes forem as circumstancias da pessoa que causou o damno, porque ao direito não importa saber se o lesante está ou não no uso da razão, o que lhe importa saber é se o direito d'alguem foi offendido, e reconhece-lhe logo a faculdade da coacção para exigir a reparação do damno e o resultado da lesão. O Comp. porém diz, que esta questão é solvida de differente maneira no campo da moral, nas pa

vras—*ainda que a razão moral ordene o contrario algumas vezes, isto é, quando não houve doto ou culpa.* Effectivamente a moral, que é toda subjectiva, e attende apenas á origem das acções, i. é, á bôa ou má intenção com que são praticadas, não pôde responsabilisar pelas suas acções as *personas destituidas do uso da razão*, e, portanto, do exercicio da liberdade; porque onde ha ignorancia não pôde haver intenção, nem, por consequencia, imputação moral. Mas o Comp. menciona um outro caso em que estas *personas* não são responsaveis, no campo da moral, pelo damno que causaram, que vem a ser, quando—*a cousa e o seu valor não existem*,—quer dizer: se a cousa, que a *persona* destituida do uso da razão tirou ao lesado, existe, o lesante é obrigado a restituil-a, porque o factô da lesão não faz perder o direito, que o lesado tem 'nella, pela regra—*res ubicumque est, sui domini est.* Se porém a *cousa* já não existe na mão do lesante, devemos distinguir: ou o lesante a trocou, e deve reparar o damno dando o valor que recebeu em troca da *cousa*, pela regra—de que ninguem se deve locupletar com a jactura alheia; ou a *cousa* pereceu sem que o lesante obtivesse valor algum em troca, e então não é responsavel pelo damno no campo da moral, porque não obrou livremente, antes a sua acção se reputa filha do acaso, e por isso cessa a imputação moral, pela regra—*casus nemo praestat.*

#### Nota.

Vid. 'Nesta nota faz o Comp. uma observação, que está em harmonia com as disposições legislativas de quasi todas as nações civilisadas: assim os *paes* são responsaveis pelas acções dos *filhos*, em quanto estes se conservam sob o patrio poder; os *tutores* respondem pelas acções dos *menores*, bem como os *curadores* pelas dos *interdictos*. Sr. Ferrer, Curso, §§. 388 e 440. Thiercelin, pag. 93 — 94. Belime vol. 2.º, pag. 403 — 406.

#### §. 149.

'Neste §. tracta o Comp. duas questões muito debati-

das entre os philosophos, segundo os principios estabelecidos. A 1.<sup>a</sup> está nas palavras — *se ao*, etc., até — *levarmos*. A 2.<sup>a</sup> está nas palavras — *ou faremos*, etc., até — *reivindicar-a*. O Comp. responde á 1.<sup>a</sup> *negativamente*, fundando-se em dois argumentos : 1.<sup>o</sup> (*Como aos direitos*, etc.) porque as obrigações juridicas são negativas, satisfazem-se por simples omissões, e o acto de procurar o dono da cousa ou de lha levar é um acto affirmativo ; 2.<sup>o</sup> (*e como sómente*, etc., até — *juridicas*) porque a lesão é um *acto positivo* pelo qual se invade a espera juridica dos outros, e o possuidor não entregando a cousa a seu dono, quando este a não reclama, não pratica um acto positivo, contém-se em simples omissões, por que se não vai levar a cousa a seu dono, tambem se não oppõe a que elle a venha buscar ; e portanto, não praticando lesão, não é obrigado á reparação. O Comp. porém entende que esta questão deve ter uma solução differente no campo da moral, como deixa ver das palavras finaes do §. — *posto que no primeiro caso tenhamos obrigações moraes*. Com effeito se veio ter ao nosso poder uma cousa alheia, a moral impõe-nos a obrigação de procurar quem é o seu dono, e de lha entregarmos, porque a moral é a sciencia dos deveres, e impõe-nos o preceito geral de praticar actos affirmativos ou de beneficencia para com os outros. Pelo que respeita á 2.<sup>a</sup> questão, o Comp. decide affirmativamente, porque se o senhor da cousa sabe que ella pára em nosso poder, e a pede, temos obrigação de restituir-lh'a : porquanto elle tem direito a dispôr da cousa, e por isso a lançar mão d'ella aonde quer que a cousa esteja. A lesão aqui não está no acto pelo qual a cousa veio ao nosso poder ; mas sim no facto ou factos positivos, pelos quaes depois embaraçámos o exercicio do direito do senhor.

#### Nota.

Vid. Nesta nota previne o Comp. uma objecção, que se poderia apresentar contra a doutrina da 2.<sup>a</sup> questão, dizendo-se, que se a lesão é um acto positivo pelo qual invadimos a esphera juridica dos outros, a *não-restituição* não se póde dizer lesão, visto que é um acto nega-

tivo. Porém o Comp. responde, que a não-restituição da nossa parte, com quanto pareça um acto negativo, todavia presuppõe o acto positivo de resistencia ao exercicio do direito do senhor. Assim a lesão na hypothese mencionada não está em não restituir a cousa, mas sim em a esconder, em a subtrahir á vista do senhor, etc. ; porque se não houvesse estes actos positivos, nada embaraçaria o senhor de a apprehender, a restituição seria inutil, o senhor não precisava de a pedir. Sr. Ferrer, Curso §. 439 — 440.

### §. 150.

O Comp. 'neste e no seguinte §. determina, em harmonia com os principios estabelecidos ácerca da reparação do damno, as obrigações do *possuidor de boa e má fé*, occupando-se 'neste §. do *possuidor de má fé*. *Possuidor de boa fé* é aquelle que possui uma cousa na persuasão de que não offende com isso os direitos d'outrem ; e *possuidor de má fé* é aquelle que possui uma cousa, sabendo que ella é alheia. Nem se diga, que a apreciação da *boa* ou *má fé* é materia extranha ao direito natural, com o fundamento de que versa sobre actos internos, porquanto a *boa* ou *má fé* póde determinar-se por actos exteriores, i. é, não só o possuidor póde provar no fôro externo a *boa fé* com que possui, mas' tambem o senhor da cousa póde provar a *má fé* do injusto possuidor. O Comp. estabelece no 1.º periodo do §. (Vid.) a proposição geral—de que o *possuidor de má fé deve prestar o damno*. De feito, quem apprehende uma cousa d'outro, viola a obrigação juridica, que consiste em *consentir a cada um o que é seu*; se viola uma obrigação juridica, faz uma lesão, e por consequencia é obrigado a reparar o damno. Diz o Comp. que se póde verificar a lesão por actos *affirmativos* ou *negativos*. Facil é de comprehender que o possuidor da cousa alheia possa lesar o dono d'esta por actos *affirmativos*: assim quem de má fé possui um predio, lesa o dono, porque pratica o acto positivo de dispôr do predio como seu, e de embaraçar o senhor de o possuir. Mas o que offerece dúvida é que se possa lesar por *actos negativos*, tendo nós dicto que as lesões se fazem sómente por actos positivos. Todavia o

Comp. resolve esta dúvida na nota 1.<sup>a</sup> (Vid.). Com effeito sendo o facto da *posse* injusto, e sendo os *actos negativos* um resultado d'aquelle facto, hãode participar da mesma natureza, e serem injustos como elle. Por exemplo, sendo o lesante obrigado a pagar ao lesado os *lucros cessantes* e *damnos emergentes*, i. é, os lucros que este auferiria da sua cousa se a desfructasse, e os prejuizos que soffret pela não desfructar, se deixar de os prestar, faz uma lesão por simples omissões ou *actos negativos*, pelos quaes offende a esphera da justa actividade dos outros, deixando de cumprir uma obrigação juridica. D'esta proposição gera deduz o Comp. (*É pois obrigado*) as obrigações que o possuidor de *má fé* tem a cumprir para se dar uma reparação tal, que apague todos os effeitos da lesão. 1.<sup>o</sup> Vid. O *possuidor de má fé* pôde lesar o dono da cousa, ou tirando-a do logar, onde este a tinha, ou, não a tirando, mas embaraçando que o senhor use e disponha d'ella; mas como em ambos os casos se dá a lesão porque ha invasão do *seu* d'outrem: é consequente que o lesante no 1.<sup>o</sup> caso deve repôr a cousa onde ella estava, fazendo para isso as despezas necessarias porque o senhor nada deve perder, e no 2.<sup>o</sup> consentir ao senhor o livre gozo e disposição d'ella. 2.<sup>o</sup> Vid. Com effeito é mister indemnizar o senhor da cousa se ella pereceu, aliás não se apagam todos os effeitos da lesão. Porém é necessario distinguir, ou a *cousa pereceu ou foi deteriorada pelo possuidor de má fé* ou *pelo acaso*: no 1.<sup>o</sup> caso o lesante deve reparar o damno, porque foi causa da lesão, d'onde resultou o damno. No 2.<sup>o</sup> caso ainda e mister distinguir, ou a *cousa pereceria igualmente se o lesante a não tirasse ou não*: no 1.<sup>o</sup> caso o *possuidor*, como se vê da nota 2.<sup>a</sup>, não é responsavel porque não teve culpa, o dono soffreria o mesmo prejuizo se a *cousa* não fosse tirada do seu logar; no 2.<sup>o</sup> caso responde, porque o facto de tirar a *cousa* deu causa á sua destruição ou deterioração. Por exemplo um individuo furtou a outro um cavallo, e levou-o para um sitio, onde cahiu um raio, que o matou: ainda que este damno é resultado do acaso o ladrão é responsavel por elle, porque concorreu para este prejuizo, levando o cavallo para aquelle logar. Mas não é responsavel, se poder provar que este mesmo sinistro po



dia succeder na cavalhariça do dono, v. g., se lá caíu um raio á mesma hora, que matou tambem os outros cavallo, etc. 3.º *Vid.* Paga tambem os *fructos*, que são os lucros cessantes do senhor, os quaes é mister restituir ou pagar para a reparação ser plena. O Comp. diz que o *possuidor de má fé* deve pagar não só os fructos percebidos, visto que estes, como accessorio, devem seguir o principal; mas tambem os *percipiendos*, porque o possuidor, sendo negligente em colher os fructos que, se presume, o dono colheria, e não os tendo para restituir, faz uma lesão por este acto negativo, cujo damno deve reparar.

### Nota 3.ª

'Nesta nota sómente ha a observar, que alguns escriptores accrescentam á definição de fructo as palavras — *deduzidas as despezas*. Porém o Comp. omitiu-as; porque a idéa, que ellas exprimem, está implicita na definição; visto que só podemos dizer — *util* — aquillo que fica livre das despezas.

### §. 151.

'Neste §. examina o Comp. se os actos do possuidor de boa fé se podem considerar lesões. O Comp. no 1.º periodo do §. desde as palavras—*as acções do possuidor*— até—*reparação*, estabelece uma proposição geral, que quer dizer—Os actos praticados pelo possuidor de boa fé, desde que entrou de posse da cousa, até que se apresentou o verdadeiro senhor a reivindicá-la, e provou o seu dominio, serão lesões dos direitos d'este, cujo damno aquelle tenha obrigação de reparar? O Comp. decide negativamente dando a razão nas palavras finaes do periodo—*porque*, etc. Esta é a grande differença entre o *possuidor de má fé*, e o de *boa fé*: aquelle sabia que a cousa era alheia, não tinha titulo algum que justificasse a posse da cousa; este pelo contrario ignorava se a cousa era alheia ou quem era o dono, e aproveitava-se da cousa, como *nullius*, pelo direito d'occupação. D'aqui deduz o Comp. a conclusão—*Portanto não tinha obrigação de se abster da cousa*: e a razão é porque na cousa não appareciam vestigios ou

signaes que provassem o dominio do senhor, e 'neste caso ella passava a ser *nullius*, pela regra — *non esse et non apparere idem est in jure*; e qualquer podia occupal-a. Em seguida enuncia o Comp. os diversos modos por que a cousa póde vir ao poder do *possuidor de boa fé*: 1.º *por culpa do senhor*, v. g., quando a abandonou, ou foi desleixado em usar da acção, que lhe competia, como proprietario, para a reivindicar, e obstar á posse d'outrem; 2.º *por acaso* v. g., quando a alluvião depositou no predio do possuidor um pedaço de madeira, e este ignora a quem pertence o dominio sobre a cousa; 3.º *por culpa de terceiro*, v. g., quando um individuo vendeu a cousa ao possuidor, depois de a ter furtado a seu dono, mas fingindo que ella é sua. E diz o Comp. que 'neste ultimo caso deve o senhor da cousa dirigir-se contra esse terceiro: e a razão é porque foi elle quem fez a lesão, e que deve responder pelas consequencias do facto injusto. É mister porém advertir que nós tractamos aqui do caso da *reparação*, e não da *reivindicação*; i. é, o dono, para *reivindicar* a cousa, não se dirige a 3.º mas ao possuidor d'ella onde quer que ella esteja, pela regra — *Res ubicumque est sui domini est*, e só se dirige ao 3.º lesante ou para pedir a *reparação* da cousa, quando ella não existe, ou para pedir a *reparação* dos lucros cessantes e damnos emergentes. O Comp. no 3.º periodo do §. tracta a hypothese de se apresentar por um lado o *possuidor de boa fé* com o seu titulo *opinativo*, mostrando que a cousa lhe pertence porque está persuadido que com isso não offende os direitos d'outrem, e por outro o senhor da cousa mostrando por um titulo real e verdadeiro que a cousa lhe pertence; e decide que deve prevalecer o titulo do senhor. E a razão é porque a presumpção cede á verdade, e portanto um titulo verdadeiro deve preferir a um putativo. Demais, se o unico titulo que tinha o possuidor de bôa fé para possuir a cousa era a presumpção de que ella não tinha dono, logo que este appareça, provando o seu dominio sobre ella, cessa a presumpção causa da posse; mas cessando a causa deve cessar o effeito, logo o direito do possuidor *de boa fé* acaba; e este passa a ser possuidor de má fé, não reconhecendo o direito do verdadeiro senhor, e fica, portanto,

sujeito á reparação do damno causado pela falta do cumprimento da obrigação juridica. No ultimo periodo do §. (*E pois, etc.*) aponta o Comp. as obrigações do possuidor de boa fé, que são uma conclusão dos principios estabelecidos no §. = 1.º *a restituir a coisa, se ella existe*. Se a coisa existe ou o seu valor, no caso de ter sido trocada, deve restituir-se ao verdadeiro dono: se porém o possuidor de boa fé a tiver consumido de qualquer maneira que seja, de modo que ella já não faça parte do seu patrimonio, não é obrigado a indemnisar o senhor, porque a consumiu 'num tempo em que tinha o dominio putativo, e por isso obrou com direito. *Se o senhor a reivindica. O possuidor de boa fé* sómente é obrigado a restituir a coisa ao dono, quando este se apresenta a reclamar-a; porque o possuidor, como vimos no §. 149, não tem obrigação juridica de procurar o dono nem de lh'a levar, sem que este o exija. *Se prova o seu dominio*; porque a *posse do possuidor de boa fé* funda-se 'numa presumpção, que em si é uma prova, e subsiste, em quanto não for destruida por outra mais forte; ora aquella presumpção só póde destruir-se com o verdadeiro titulo do dominio: logo o senhor da coisa, para obter a restituição d'ella, precisa de provar o seu *dominio*. 2.º *vid. restituir os fructos existentes*, porque são um accessorio da coisa que devem seguir o principal; e se o possuidor os não restituísse depois de saber que a coisa tinha dono, locupletava-se com a jactura alheia, fazia uma lesão, e era obrigado á reparação. Mas, segundo o Comp. observa na nota 2.ª, *o possuidor de boa fé* não tem obrigação de pagar os fructos consumidos e percipiendos, porque durante a *boa fé* tinha o dominio *putativo*, qualquer acção que praticasse na coisa ou por via d'ella era justa, e como não fazia lesão, não é obrigado á reparação.

### Nota 1.ª

Vid. Esta nota póde considerar-se, como uma especie de additamento áquella parte do §., em que o Comp. disse que eram trez os modos por que a coisa podia vir ás mãos do *possuidor de boa fé*: e aqui faz menção d'um 4.º modo que é — por *culpa do possuidor*, i. é, por elle não empre-

gar os meios para saber quem era o dono. Todavia parece-nos á vista do que dissemos no §. 149 que elle não tinha obrigação de averiguar quem era o dono para lh'a restituir, porque as obrigações juridicas cumprem-se por simples omissões. De mais o possuidor não praticou lesão, porque não embaraçou o senhor de a vir buscar, pois que este se não apresentou a reclamá-la.

### §. 152.

Neste §. occupa-se o Comp. da hypothese—se o possuidor que fez *bemfeitorias* na cousa tem direito a exigir o seu preço, quando o senhor a reivindica. Porém como o Comp. decide de diferente modo segundo a natureza das *bemfeitorias* torna-se preciso o examinar, antes de entrar na doutrina do §., as divisões que o Comp. faz de *bemfeitorias na*

#### Nota 1.ª

Vid. Assim o reparar os alicerces d'um edificio, que ameaça desabar, o concertar os telhados que não resguardam os habitantes nem o edificio da intemperie das estações, são—*despesas ou bemfeitorias necessarias*, i. é, indispensaveis para que o objecto continue a servir para o uso a que é destinado; enxugar um pantano, rotear um pedaço de terreno inculto, reduzindo-o ao estado de produzir objectos immediatamente necessarios á vida, ou melhorando-o para o tornar mais fructifero, são *despesas ou bemfeitorias uteis*; reduzir um pedaço de terra a jardim são *despesas ou bemfeitorias aprasiveis ou agradaveis*, porque na linguagem dos JCTos nem são necessarias, nem prestam utilidade ao predio.

Nas 1.ª linhas do §. estabelece o Comp. a proposição geral—*que o senhor da cousa, quando a reivindica (a), deve pagar as despesas necessarias e uteis*; e em seguida dá duas razões para a fundamentar. A 1.ª está nas palavras—*porque*—até—*é seu*. Com effeito nós dissemos que o lesado

(a) *Reivindicação* é a acção que compete ao senhor da cousa para a repetir de qualquer possuidor, que indevidamente a detenha.

tem apenas direito a exigir a reparação do damno causado pela lesão, e nada mais; aliás do estado de lesado passa ao de lesante, visto que tira a outro o que é seu, viola uma obrigação jurídica, e faz uma lesão. A 2.<sup>a</sup> está no 2.<sup>o</sup> periodo do §. (vid). Com effeito o senhor da cousa não tem razão de queixa, pagando as despesas necessarias e uteis, porque elle não faz mais do que comprar os augmentos que o predio teve na mão do possuidor, os quaes elle mesmo deveria fazer; pois que o senhor deve fazer todas as despesas necessarias para a conservação e maior utilidade do predio, e por isso se alguém as fez e elle as não pagou, aproveita-se dos effeitos da justa actividade d'outrem, e faz uma lesão. Na 2.<sup>a</sup> parte do §. tracta o Comp. dos direitos do possuidor com relação ás *bemfeitorias aprasiveis*, i. é, que apenas servem de ornato á cousa, ou são de mero luxo: e diz o Comp. no 3.<sup>o</sup> periodo do §. que ou o possuidor pôde tirar as *bemfeitorias* da cousa sem a deteriorar, v. g., os quadros com que se decoram as casas, ou não as pôde tirar sem causar detrimento na cousa, v. g., as pinturas feitas nas paredes. No 1.<sup>o</sup> caso o possuidor tem direito de as tirar, porque são suas, e entra a regra — *Res, ubicumque est, sui domini est*; no 2.<sup>o</sup> caso não, porque deteriorava a cousa, causava novos damnos ao lesado, sujeitos á reparação. O Comp. nas palavras, (*É verdade, etc.*) aponta a opinião d'alguns que tem sustentado que o possuidor de bôa fé tem direito a exigir do senhor a indemnisação das *bemfeitorias aprasiveis*, no caso d'estas se não poderem separar da cousa sem a deteriorar; visto que elle, quando as fez, tinha o dominio *putativo* da cousa, estava persuadido de que era o verdadeiro dono d'ella, e por isso soffre um damno, não sendo reembolçado d'essas *despezas*. O Comp. refuta esta opinião nas palavras — *porém não, etc.* Com effeito não ha razão para obrigar o dono da cousa a pagar as *bemfeitorias aprasiveis* ao possuidor, ainda que este fez *despezas*, porque seria favorecer mais a condição do possuidor, que tinha apenas o dominio *putativo*, do que a do senhor que tem o verdadeiro, obrigando este a comprar prazeres de que não poderia gozar attentas as suas circumstancias. Assim seria uma injustiça flagrante o obrigar um pobre que reivindicava o

seu predio a pagar ao possuidor as despesas que este tivesse feito reduzindo-o a jardim. Pelo contrario parece-nos, que, sendo o possuidor de má fé, devia pagar ao senhor as despesas que elle tivesse de fazer na cousa para ella tornar a servir nos usos a que elle a destinava. Além d'isto se nós justificámos a obrigação que o senhor tem de pagar as despesas necessarias e uteis da cousa, pela razão de que elle não fazia mais do que comprar os augmentos d'ella; e se os JCsos entendem que as *bemfeitorias aprasiaveis* não augmentam, em geral, o valor da cousa: é consequente que o senhor da cousa não é responsavel no fôro exterior pelo pagamento d'estas despesas (a).

### Nota 2.<sup>a</sup>

*Alviçaras* são a gratificação com que o dono da cousa perdida recompensa a quem a acha e lh'a entrega. Ora o senhor da cousa sómente é obrigado a dar *alviçaras*, tendo-as promettido; porque faz uma especie de contracto com a pessoa que achar a cousa, pelo qual se compromette a premial-a. Mas se acaso o dono da cousa as não tinha estipulado, não é obrigado a pagal-as; porque elle recebendo a cousa, recebe um objecto, que é privativamente seu, que não é resultado da justa actividade dos outros; e que elle por isso tem direito a receber sem pagar; excepto se o que a achou fez com isso algumas despesas, as quaes o senhor da cousa deve indemnisar.

(a) Parece-nos que o possuidor de boa fé, quando a cousa veio ao seu poder por culpa de 3.<sup>o</sup>, tem direito de dirigir-se contra este, para lhe pagar as *bemfeitorias aprasiaveis*. Por exemplo: Pedro, fingindo-se o verdadeiro proprietario d'um predio, vendeu-o a Paulo, e este comprando-o na persuasão de que o vendedor era o verdadeiro dono, fez 'nelle avultadas despesas todas de méro luxo, v. g. reduzindo-o todo a jardim, no que gastou 1:000\$000 réis. Apresenta-se depois o senhor do predio a reivindicar-o: terá o possuidor de perder a grande somma de capitaes que enterrou no predio? Temos para nós que todo o individuo deve responder pelo resultado das suas acções: e o vendedor de má fé, que foi a causa d'o possuidor fazer enormes despesas, deveria sujeitar-se aos effeitos do seu máo procedimento, resarcindo o damno que causou.

## §. 153.

'Neste §. tracta o Comp. a questão se existe o direito *innoxiae utilitatis*, cuja definição se encontra na nota 1.<sup>a</sup> (Vid). Assim sê diz que é um direito *innoxiae utilitatis*— a faculdade que qualquer tem de accender a sua véla ao lume d'outrem. Diz o Comp. — *Muitas distincções fazem os escriptores que defendeu o direito innoxiae utilitatis*. Os antigos escriptores de direito natural, seguindo o systema de tractar primeiro das obrigações, e derivando d'estas os direitos, em lugar de disputarem sobre a existência d'este direito, questionavam ácerca da existencia das obrigações *innoxiae utilitatis*, e dividiam-nas em *affirmativas* e *negativas*. Chamavam *affirmativas* as que se cumpriam por actos affirmativos, v. g. a obrigação que qualquer tem de dar a um necessitado os fructos, que tem em sua casa, e que estão a ponto de apodrecerem, quando d'ahi lhe não resulta prejuizo; e *negativas* as que se cumprem por simples omissões, que consistem em o senhor da cousa não embaraçar o que se serve d'ella, quando este o não prejudicar, v. g., deixar ao viandante, que passa, o refrescar-se á sombra da sua arvore. Disseram os antigos que ás obrigações *affirmativas* não correspondia um verdadeiro direito, porque aquelle que deixasse de as cumprir, continha-se em simplicis omissões, e por isso não commettia lesão, porque esta faz-se por acções positivas e não por actos negativos; e que ás *negativas* correspondia um verdadeiro direito, porque aquelle que não cumprisse a obrigação que tem de deixar que os outros usem da sua cousa, quando d'ahi lhe não resulta prejuizo, praticava um acto positivo com que embaraçava o direito que qualquer tem de aproveitar-se do alheio, quando não prejudica a seu dono; e commettia uma lesão. Em quanto a estes deveres *negativos* ainda os antigos faziam uma subdistincção, dizendo que aquelle que pretende aproveitar-se do que outro lhe é obrigado a prestar por um dever *innoxiae utilitatis* negativo, deve primeiro consultar o senhor para este lhe declarar se soffre ou não prejuizo; porque pôde muito bem acontecer, que aquillo, que nos parece *innoxiae utilitatis*, realmente o não seja, e cause algum detrimento ao seu d'outrem. E por isso diziam

que só depois de ouvirmos o senhor e nos certificarmos de que se lhe não causava prejuizo é que poderíamos obrigal-o a deixar-nos usar do nosso direito, se não consentisse na nossa pretensão.

O Comp., porém, não reconhece em caso algum o direito *innoxiae utilitatis*, e apresenta dois argumentos para justificar a sua opinião — 1.º *É porém*, etc. Com effeito se o direito d'usar é um dos direitos comprehendidos no dominio; se o senhor do dominio pôde dispor da cousa que faz objecto d'elle com exclusão de todos os outros: é consequente que o uso da cousa pertence *in totum* ao senhor, e que toda a pessoa, que se quizer aproveitar d'elle, invade a sua esphera juridica, e commette uma lesão. 2.º *Portanto nenhum*, etc. Effectivamente como só o dono da cousa é que conhece as suas necessidades, só elle pôde avaliar se soffre ou não prejuizo com o uso que um estranho faz das suas cousas. Porém o senhor da cousa não pôde ser obrigado a declarar se soffre ou não prejuizo, deixando usar outrem da sua cousa: já porque nós dissemos que ninguem é obrigado a responder a qualquer pergunta que se lhe faça, visto que o homem goza do direito d'independencia, em virtude do qual não pôde ser obrigado a actos positivos para com os outros, consistindo as suas obrigações em simples omissões; já porque o senhor da cousa pôde ter motivos particulares para não fazer tal declaração, e por isso constrangel-o a fazer uma tal confissão, era sujeital-o aos caprichos d'outrem, e tractal-o, não como ser racional, mas como um meio para os fins dos outros. No ultimo periodo do §. tira o Comp. a conclusão de que não existe um direito *innoxiae utilitatis*. Com effeito, se direito e obrigação são cousas de tal modo correlativas que a existencia d'um importa necessariamente a existencia da outra, e vice-versa, é consequente, que não tendo o senhor da cousa obrigação de ceder o uso d'ella a outrem quando d'ahi lhe não resulta prejuizo, tambem não assiste a este direito d'usar d'ella em tal caso.

*Nota 2.ª*

Vid. O Comp. 'nesta nota faz uma observação com



relação á doutrina do §., onde disse que é verdadeiro lesante o que usa d'uma cousa d'outrem contra vontade d'este, ainda que o senhor não soffra prejuizo algum com esse uso. Effectivamente uma tal conclusão é logica, porque é uma consequencia deduzida do principio estabelecido — que a characteristica do dominio consiste na faculdade que tem o senhor d'usar e dispor da cousa com *exclusão* dos outros, porém não se pôde admittir no estado social, porque não se descobre uma razão plausivel para que qualquer seja inhibido d'usar das cousas d'outrem, quando este não soffre prejuizo; antes achamos muito razoavel e social o principio — *quod alteri prodest et tibi non nocet, ad id obligatus es*. Por isso disse um profundo pensador. — *Cave a consequentiis!* Esta é a razão porque o Comp. diz que as leis civis não devem formular o rigor puro do principio enunciado no §., mas devem modificá-lo pela equidade. É mister porém notar as palavras finaes da nota — *encontrando estes objectos patentes na estrada*. Com effeito nos casos que o Comp. menciona se encontrarmos os objectos na estrada, e usar-mos d'elles, ha toda a certeza de que nenhum prejuizo causamos ao senhor, e por isso a lei pôde declarar estes actos licitos sem perigo de invadir o *sex* de cada um. Porém já não dizemos o mesmo, se para accender a nossa luz tivermos d'entrar pela casa do visinho, ou para beber da sua agua for mister atravessaro seu campo; porque, ainda que estes actos nos pareçam *innociae utilitatis*, comtudo circumstancias pôde haver, que nós desconheçamos, que lhes tirem esta natureza, e o visinho realmente receba algum prejuizo.

### Nota 3.ª

Vid. Nesta nota refuta o Comp. os principaes fundamentos que invocam os escriptores, que sustentam o direito *innociae utilitatis*, para o justificar, que reduz a trez — 1.º *Uns fundam-se na falta de damno*. Dizem alguns que usando qualquer d'uma cousa alheia sem prejuizo do dono, não lhe causa *damno*. Parece-nos todavia que fallariam uma linguagem mais rigorosa, dizendo que o individuo que usa d'uma cousa alheia sem prejudicar o dono, não

lhe causa — *detrimto*; porque tendo nós dicto que o direito *d'usar* é um resultado do dominio que consiste no poder *d'usar* e dispor da coisa com exclusão dos outros: é consequente que quem usasse da coisa, ainda que o uso não prejudicasse o senhor, offendia o dominio, faltava a uma obrigação juridica, fazia uma lesão, e portanto causava *damno*. 2.º *E já 'numa tacita excepção á convenção, pela qual o dominio fôra introduzido*. Aquelles que sustentam, que os homens fizeram uma *convenção* no berço da sociedade pela qual estabeleceram a propriedade, dizem que, tendo esta *convenção* por fim o assegurar a cada um a propriedade dos objectos de que ninguem pôde usar perfeitamente para os seus fins sem excluir os outros, se deve entender que ella não prohibiu a qualquer o usar da coisa alheia, quando d'ahi não resultasse prejuizo ao senhor. Porém nós que não admittimos a verdade nem a justiça da *convenção*, rejeitamos a *excepção* porque não reconhecemos a regra geral. 3.º *Outros confundem o direito com a moral*. Outros comprehenderam no direito tambem os officios da moral para com os outros, em virtude dos quaes somós obrigados aos actos de beneficencia para com os nossos semelhantes, e julgaram por isso que, tendo qualquer o direito a exigir o cumprimento d'estes officios, tinha o direito *innoxiae utilitatis*. Porém nós, como fizemos distincção entre o direito e a moral, e adjudicámos a esta os officios affirmativos para com os outros, não admitindo no campo do direito natural senão os deveres negativos para com os nossos semelhantes, não podemos reconhecer o direito *innoxiae utilitatis*; visto que a todo o direito ha de corresponder uma obrigação juridica, e a obrigação da parte dos outros de nos beneficiarem é moral e não juridica. Sr. Ferrer, Curso, §. 367, e 382—383

### § 154.

'Neste §. tracta o Comp. de saber se temos direito de tirar as cousas que são o objecto do dominio d'outrem para satisfazer as nossas *commodidades*, ou as d'outrem; a quem queiramos beneficiar. Diz o Comp. que a este respeito não ha questão, porque todos concordam em que o

senhor da cousa tem obrigação moral, mas não jurídica de nos conceder, podendo, o uso das suas cousas para as nossas *commodidades*. Tem obrigação *moral*, porque esta impõe-nos o preceito geral de amarmos os nossos semelhantes, e de lhes prestarmos todos os actos de beneficencia, que podermos; donde se vê que somos obrigados pela moral a prestar aos outros, podendo, o uso das nossas cousas, quando lhes seja util. Não temos porém obrigação *jurídica*, nem por consequencia existe nos outros o direito correlativo para exigir o cumprimento d'ella. E o Comp. dá trez razões para provar esta proposição; — 1.<sup>a</sup> *porque semelhante direito destruiria a inviolabilidade da propriedade*, visto que se tirava a cada um o que é seu, e nós já vimos que a propriedade é um direito *hypothetico* tão inviolavel e sagrado, como o direito absoluto d'usar das cousas externas, que é o seu fundamento; 2.<sup>a</sup> *e a liberdade exterior que o direito deve garantir*, por isso que o homem dentro da sua esphera jurídica tem liberdade jurídica, podendo não só obrar dentro d'ella ou deixar d'obrar como bem lhe aprouver, mas obstar a que os outros o embarquem de obrar dentro dos limites da sua esphera; e se se concedesse a qualquer o aproveitar-se do uso da cousa alheia, a liberdade que o senhor tem de obstar a que os outros o embarquem dentro da sua esphera, converter-se-hia em obrigação de os deixar invadir essa esphera. 3.<sup>a</sup> *Causaria continuadas desordens, e tornaria impossivel a coexistencia no estado social*; porque se qualquer tivesse o direito d'usar da cousa alheia para as suas *commodidades*, os outros teriam o mesmo direito d'usar das d'oste para as suas utilidades e prazeres, e por fim o interesse faria levantar continuadas lutas entre os homens para tirarem as cousas uns aos outros, e o resultado seria a anarchia e o caos no estado social. Sr. Ferrer, Curso, §. 391.

#### §. 155.

'Neste §. e no seguinte tracta o Comp. a questão se o *direito de necessidade* é um verdadeiro direito. Apresenta 'neste §. as razões d'aquelles que o defendem, e no seguinte emette a sua opinião. Os que o defendem exigem duas con-

dições para que se dê um tal direito — 1.º não estar nas mesmas circumstancias o dono da cousa, porque, se elle tiver a mesma necessidade, deve preferir o seu direito, visto que ao direito commum da conservação accresce em favor do proprietario o ter já radicado o seu direito sobre a cousa, e então entra a regra — *caeteris paribus melior est conditio possidentis*; 2.º haer a intenção de reparar o damno, porque se não houvesse tal intenção, o uso das cousas alheias seria um verdadeiro furto ou roubo.

Em seguida aponta o Comp. os argumentos que invocam em favor da sua opinião aquelles que sustentam o *direito de necessidade* com estas duas limitações. 1.ª etc. Esta razão não colhe no terreno do direito que é uma sciencia a *priori*, ideal, que tem principios supremos onde se funda e não se deriva das conveniencias da vida social: ao direito não importa que a acção seja ou não util, o que lhe importa é que ella seja justa, o só 'neste caso é garantida como uma acção de justiça. 2.ª etc. Esta razão tambem não colhe no campo do direito natural, porque se funda na *presumpção* de que o senhor da cousa quereria cumprir uma obrigação moral, quando as presumpções, só porque são presumpções, são falliveis e cedem á verdade; e o direito não deve assentar em bases falliveis, porque tem por fim dirigir e harmonisar as relações sociaes, e precisa de se apoiar 'num fundamento inalteravel para regular d'um modo permanente essas relações. 3.ª etc. Esta razão tambem não tem valor na sciencia do direito, porque á moral é que pertence o avaliar a intenção do agente na prática da acção, e ao direito só competem as acções exteriores, ou com character d'exterioridade. Demais as palavras d'estes philosophos são uma confissão tacita da má causa que advogam; porque, exigindo a reparação do damno, confessam que houve lesão, e onde ha lesão, ha invasão da esphera juridica dos outros. Jouffroy, §. 107.

§. 156.

O Comp., depois de ter refutado no §. antecedente as razões com que alguns procuram defender o *direito de necessidade*, expõe 'neste §. os argumentos com que se impugna

a existencia d'este pretendido direito. O Comp. principia nas primeiras linhas do §. (*Admittem — até — equalmente*) por encarar a questão no campo da moral. Com effeito se o homem tem obrigação moral de beneficiar os seus semelhantes á custa da sua propriedade, mesmo quando os outros se não encontram em necessidade urgente, por maioria de razão elle deve dar-nos a cousa ou o seu uso, quando nos achâmos na terrivel alternativa de perder a vida, ou de tirar a cousa alheia. A moral impõe ao **senhor** da cousa a obrigação de com ella beneficiar os outros, mesmo com sacrificio seu, se estes se encontram em necessidade extrema a qual não admite demora, nem reparação dos males que causa, não sendo satisfeita. O homem morto não resuscita. Nem devemos suppor que o nosso semelhante se negasse a dar-nos as cousas, de que depende a nossa existencia, porque isso era não ser homem, e encontrar todos os sentimentos da humanidade. Porém não se tracta de saber se esta acção é objecto d'uma obrigação moral, mas sim se é objecto d'uma obrigação juridica, e o Comp. estabelece a este respeito a proposição nas palavras do primeiro periodo — *porém — até — de necessidade*. O Comp. pelas expressões — *com razão* — mostra claramente que adhere á opinião d'estes philosophos, e apresenta em prova d'ella quatro argumentos. O primeiro é um argumento *ad hominem*, e está nas palavras — *A verdade, etc.* Com effeito, reconhecer que ha damno e obrigação de reparal-o, e ao mesmo tempo que ha direito de praticar o facto d'onde resultou o damno, é estabelecer direitos contradictorios; porque ou ha direito de praticar o facto e então não ha damno, que só resulta da acção injusta, praticada sem direito, ou não ha direito de o praticar e é uma lesão, que a lei juridica condemna. Por consequencia o quererem harmonizar duas cousas diametralmente oppostas prova de sobejo a injustiça da causa que defendem. O 2.º argumento é a *priori*, e está nas palavras — *Na verdade,* etc. A lesão suppõe direito offendido, e, qualquer que seja o pretexto ou motivo que se allegue para desculpar a offensa do direito alheio, não deixa de ser lesão. Nós vimos que o direito é semelhante a uma linha recta, porque é um meio que vai *directamente* ao conseguimento d'um

fim racional assim como uma linha recta vai *directamente* d'um ponto a outro; e por isso tudo o que for desviar d'esta linha recta é uma lesão. E estas lesões devem evitar-se sob pena de perigar a ordem social, que depende da segurança dos direitos de cada um; d'onde vem a sentença — *Fiat justitia, pereat, ne pereat mundus*. Os outros dois argumentos são *a posteriori*. O 3.º está nas palavras — *Demais*, etc. De feito, se os que defendem o *direito de necessidade* o limitam ao caso de o necessitado se não achar na necessidade extrema por *dólo* seu, pela regra de que ninguém deve tirar proveito do seu *dólo*, ou por *negligencia*, visto que a culpa do necessitado não pôde justificar um tal direito, é força confessarem que a sua opinião daria logar aos maiores abusos e dificuldades; porque era mister disputar perante os tribunaes de justiça se houve ou não *dólo* ou culpa, actos *internos* que escapam ao conhecimento dos tribunaes, porque *de internis solus Deus*; ou deixar a decisão da questão ao proprio individuo que allegasse o *direito de necessidade* porque era o mais competente para julgar da extrema necessidade e da sua intenção, o que equivalia a constituir-o juiz em causa propria. 4.º *Finalmente o senhor*, etc. Aquelles que admittem o *direito de necessidade* tambem o limitam ao caso de que o senhor da coisa não se ache na mesma necessidade extrema; porque 'neste caso deve decidir-se a favor do senhor da coisa, visto que além da necessidade urgente tem gravado 'nella o cunho da sua personalidade. Ora é difficil, quando não impossivel, 'o decidir no fôro exterior qual dos dois é o mais necessitado, visto que tanto na vida individual como na social as circumstancias se crusam e complicam de tal modo, que, não poucas vezes, só o proprio individuo é juiz das suas necessidades: e 'neste caso temos o mesmo inconveniente, que notámos no argumento precedente, que é ser o interessado juiz e parte na mesma causa.

#### Nota 1.ª

Vid. O Comp. 'nesta nota faz, com relação ao *direito de necessidade*, a mesma observação que fizera na nota 2.ª

ao §. 153 com relação ao direito *innociae utilitatis*. É uma conclusão necessaria dos principios da philosophia do direito, — que ninguém tem direito de tirar a coisa a seu dono mesmo para salvar a vida; porém esta conclusão é dura e cruel, porque a perda da vida não admite paralelo com a perda dos bens de fortuna. Por isso as leis devem modificar este rigor de direito pelos principios da moral, que impõe ao senhor da coisa a obrigação de a prestar ao seu semelhante que se encontra em necessidade extrema, e ter em consideração essa necessidade para *alliviar da pena*, com que a legislação penal fulmina os que tiram o seu a seu dono, ao que tirou a coisa levado pela extrema necessidade. E dizemos — *alliviar a pena*; — porque as leis, como expressão do direito, não podem reconhecer em caso algum a faculdade de tirar a cada um o que é seu, apenas podem *alliviar a pena*, v. g., dispensar a reparação criminal ao que em tal caso invadiu o seu d'outrem.

*Nota 2.<sup>a</sup>*

Vid. Este principio deduz-se de quanto se tem dicto, pela regra — de que quem não tem direito ao menos não o póde ter ao mais. Se nós dissemos, que não temos direito de tirar o pão ao nosso vizinho, mesmo que este não precise d'elle e nós estejamos em extrema necessidade, porque invadimos o seu d'outrem, por maioria de razão não temos o direito de lh'o tirar, quando este soffre a mesma necessidade porque lhe assiste mais uma razão para fazer pender a balança a seu favor. Sr. Ferrer, Curso, §§. 391—394.

## SECÇÃO IV.

### ACQUIZIÇÃO MEDIATA — CONTRACTOS EM GERAL.

O Comp. dividiu a *acquição* em *immediata* e *mediata*, comprehendendo 'naquella a occupação e accessão; e como já tractou d'aquellas doutrinas, e de mais alguns pontos indispensaveis para a intelligencia da materia dos contractos, vai agora fallar da *acquição mediata*. Nesta secção tracta o Comp. dos principios geraes e communs a toda e qualquer especie de contractos; e na seguinte occupa-se das regras particulares e especiaes a cada um d'elles.

#### §. 157.

'Neste §, prova o Comp., segundo se vê da proposição que estabelece no fim do §., que — *os pactos constituem a acquição mediata*. É mistér recordarmo-nos de que a *acquição mediata* é aquella pela qual adquirimos o dominio sobre as cousas d'outrem; e o Comp. mostra 'neste §. a necessidade dos contractos para se verificar esta acquição. No 1.º periodo do § (vid). recorda o Comp., para prova da proposição que se acha no final do §., um principio demonstrado na secção 1.ª, que é — a inviolabilidade da esphera juridica de cada homem. Com effeito temos dicto muitas vezes que o homem para conseguir o seu destino necessita d'uma infinidade de condições, que são ja as suas acções, já as dos outros; pois que o homem attenda a limitação da sua natureza e a complicação do seu destino com cedo desaparecia da superficie da terra, se a mão bemfeitora do seu semelhante lhe não prestasse o apoio e as condições necessarias para a satisfacção das suas neces-



sidades. Porém todos os homens têm a mesma dignidade, que resulta da identidade dos elementos da natureza humana, e que faz com que todos e cada um dos homens sejam livres e independentes, fins para si, e não meios para os fins dos outros: não podendo por isso ser obrigados a prestar condições algumas positivas aos seus semelhantes só pela vontade d'estes. D'este principio deduz o Comp. a conclusão que está nas palavras do 2.º periodo do §. (vid).—que não temos direito a forçar os outros a que nos *prestem* coisa alguma. A palavra *prestar* tem um sentido amplo, e abrange as idéas que se exprimem pelos vocabulos—*dar*, —*fazer*, —*omittir*, — e *permitter*; i. é, comprehende todos os actos positivos e negativos com que os outros podem concorrer para a satisfação das nossas necessidades, e que podem ser objecto do nosso direito: não esquecendo que os actos *negativos* também são elementos do direito, quando limitados por alguma circumstancia, assim o acto negativo a que se obrigou o dono d'um predio de me não embarçar a passagem por elle deu causa ao meu direito de servidão *itineris*. *Dar* é transferir para alguém o objecto do nosso direito, v. g., entregar-lhe um livro. *Fazer* é praticar uma acção em favor d'outrem, v. g., os serviços que o creado presta a seu amo. *Omittir* é deixar de *fazer*, em favor d'outrem, uma coisa que tinhamos direito a fazer, v. g., deixar o credor de pedir o cumprimento da obrigação ao devedor, na época em que ella era exigivel, em attenção ás circumstancias d'este. *Permitter* é deixar que alguém pratique uma acção, que não está dentro da sua, mas da nossa esphera juridica, v. g., consentir ao visinho o fazer uma construcção sobre a parede da nossa casa. Ora estando estes actos dentro da esphera juridica dos outros, e tendo nós obrigação juridica de respeitar a esphera da sua justa actividade, é claro que os não podemos forçar a *prestarem-nos* acto algum d'estes. Porém pela mesma razão de que nós não podemos forçar-os a praticar acto algum d'estes em nosso favor, por estarem dentro da sua esphera juridica, elles nol-os podem *prestar* por sua livre vontade, visto que o homem dentro da sua esphera tem liberdade juridica, pôde ceder, abandonar, ou dispôr como bem lhe aprouver de quaesquer direitos; mas a vontade, como

cousa interna, não pôde entrar no dominio do direito, senão quando manifestada por signaes externos; porém nos *pactos*, em virtude da *promessa* e da *acceitação*, que são os seus elementos constitutivos, declara-se expressamente a vontade que tem o senhor da cousa de transferir para outrem o seu direito: logo os *pactos* são o meio de adquirir os direitos sobre as acções e as cousas alheias, ou o meio por que se verifica a *acquisição mediata*.

É mistér advertir que o Comp. diz uma verdade, quando assevera que a *acceitação* pôde ser feita antes ou depois da *promessa*; porque na realidade assim acontece. Se o dono d'um prédio vem offerecer-me (*promessa*) a sua propriedade para eu lh'a comprar, e eu annuo (*acceitação*) ao offercimento, a *promessa* é feita antes da *acceitação*: se pelo contrario recorro ao dono do predio, pela necessidade ou conveniencia que tenho de que elle seja objecto do meu direito, declarando-lhe (*acceitação*) que lh'o compro se elle m'o quizer vender, e elle me disser que sim (*promessa*) a *acceitação* teve lugar antes da *promessa*.

#### Nota.

Vid. O Comp. 'nesta nota faz uma observação que era de necessidade fazer-se pela ascendencia que a legislação Romana tem adquirido no direito de todas as nações, sendo a base dos codigos dos povos cultos; e é — que recebe como synonymos os termos — *pacto*, *contracto* e *convenção* que se differençavam no direito Romano pela diversidade das solemnidades com que eram celebrados, e pela diversidade da sua força obrigatoria, (Waldek §§. 576, 584 e 587). E a razão é porque o direito natural não reconhece as inuteis e fastidiosas subtilezas do direito Romano, nem os seus principios supersticiosos em que se funda uma grande parte da sua legislação. Sr. Ferrer, Curso, §§. 44 — 449. Jouffroy, §. 108 — 112. Ahrens, pag. 461 — 464

#### §. 158.

'Neste §. explica o Comp. o modo, como pelos *pactos* se transfere o direito do promittente para o acceitante. O

*promittente*, etc. Alguns philosophos, para explicarem a transferencia do direito pelos pactos, disseram que o promittente abandonava absolutamente o seu direito, e o acceitante o adquiria pela occupação. Porém esta explicação não é satisfactoria, porque se o promittente abandonasse a coisa absolutamente, ella ficava *nullius*, e pertencendo por isso ao primeiro occupante, de modo que se entre a promessa e a apprehensão feita pelo acceitante alguém a occupasse, o acceitante ficava sem ella: e facil é de vêr que não é esta a intenção do promittente. Este cede a coisa, não a qualquer individuo, mas a certa e determinada pessoa com a condição de esta a aceitar. Se se não verifica a condição pelo facto da acceitação, não tem lugar a cedencia, que foi condicional, nem, por consequencia, o promittente perde o seu direito. Neste 1.º periodo encara o Comp. a questão pelo lado do promittente; e no 2.º (*A promessa*, etc.) pelo lado do acceitante. Se o promittente declara a essa pessoa que lhe cede o seu direito, esta tem a *possibilidade juridica de o adquirir*, i. é, pôde aceitar a promessa, porque com isso não lesa o promittente, que estava no seu direito de ceder ou conservar a coisa, e entra a regra—*volenti et consentienti non fit injuria*, i. é, não se faz lesão a quem quer e consente. D'aqui deduz o Comp. a conclusão (*Portanto* etc.—até—*um direito*,—que pela promessa e acceitação se transfere um direito; e como a promessa e acceitação são os dois elementos constitutivos do pacto: fica demonstrada a proposição do §.—que pelo pacto se transfere o direito d'uma pessoa para outra. Na ultima parte do §.—(*Porém os pactos*, etc.) prova o Comp. que os pactos não criam direitos. Com effeito, ainda que dos contractos pareçam dimanar direitos e obrigações para os pactuantes, creando entre elles novas relações juridicas em que anteriormente se não achavam, é certo que os pactos não são mais do que o instrumento da realisação do direito. O Comp. apresenta um argumento *a priori* a favor d'esta opinião, e que está nas palavras—*o pacto é*, etc. De feito se nós dissemos que o direito consiste nas condições de desinvolvimento physico e intellectual do homem, e tem o seu fundamento na natureza humana, que apparece inalteravel em toda a especie humana, é fóra de dúbida que o direito

ha de ter o mesmo character de immutabilidade, que tem a sua fonte, e que não está sujeito aos caprichos voluveis da vontade do homem, e muito menos aos erros da sua intelligencia. Póde a intelligencia enganar-se no estado do direito, e a vontade recusar-se a excutal-o, mas o direito fica immutavel: nada ha que o mude, porque nada póde mudar a natureza, que é a sua causa. Por consequencia as partes devem primeiro examinar individualmente e em commum o que é direito ou justo, e depois exprimir-o e determinál-o pela fórma do contracto; porque se este expressa, não o principio do direito, mas alguma outra cousa, não póde crear uma condição para o fim racional do homem ou da sociedade. Por exemplo se celebros um contracto com um individuo para este me ensinar o direito natural, este contracto não creou um direito, mas especialisou, applicou ou expressou o direito geral, que eu tenho á instrucção; e o contracto serve apenas para obrigar essa pessoa a dar-me a instrucção, que é um acto positivo que ella não póde ser obrigada a prestar-me sem o seu consentimento. Se pelo contrario eu celebrasse um contracto com outrem em que elle se compromettesse a matar um seu semelhante, não podia exigir o cumprimento do estipulado, porque se oppunha á obrigação absoluta que nós temos de respeitar o direito de personalidade dos nossos semelhantes. Ainda podemos reforçar a doutrina do Comp. com um argumento *a posteriori*.—Se o contracto fosse origem do direito, e titulo único, que justificasse aquillo, em que os pactuantes concordassem, seguir-se-hia logicamente, que todo o contracto seria justo e legitimo só pela vontade dos pactuantes, e teriamos convertido em direitos legitimos as maiores torpezas e injustiças. Os Jctos Romanos já tinham vislumbres d'esta idéa, porque, dizendo—*tal contracto é justo, tal outro é injusto* pre-sentiam a preexistencia d'um principio, que servia de padrão para apreciar a justiça ou injustiça do contracto. Porém esta idéa escapava-lhes com a rapidez do relampago, e bem depressa voltavam aos principios proverbiases—*o contracto faz lei entre os pactuantes;—do contracto nascem direitos e obrigações*. Ora parece, na realidade, á primeira vista que dos contractos *nascem* direitos e obrigações, visto que o homem por um contracto se sujeita

a obrigações que antes não tinha; assim o creado se compromette por um contracto a servir seu amo. Porém é mister reflectir e ter bem presente a idéa de que o contracto neste caso não fez mais do que applicar ou formular o direito que tinha o creado de trocar os seus serviços pela soldada para com ella satisfazer as suas necessidades. N'uma palavra ou o contracto se funda nos direitos absolutos, e é valido; ou encontra esses direitos, e é nullo: logo os pactos hão-de subordinar-se sempre aos direitos absolutos.

*Nota 1.ª*

Vid. Nesta nota explica o Comp. a differença entre a transferencia do direito e a transferencia material da coisa, objecto do direito; idéas estas, que os antigos confundiam. É mister tambem recordar a distincção que fizemos dos direitos em *formas*, que são inalienaveis como a forma do nosso pensamento, e *materiaes* que são alienaveis como os objectos ou a materia a que se referem. Ora nós quando dizemos que pelos contractos se transferem direitos, referimos-nos aos *materiaes*; mas nem por isso o direito deixa de ser um producto da razão: não lhe chamamos *material*, porque elle effectivamente o seja, pois que todo o direito é idêal, mas sim porque o objecto a que se applica é material. Ora se o direito é uma coisa *ideal* é claro que só a vontade é que pôde dispôr d'elle, e que conhecida esta pela promessa e accitação está transferido o direito. Os meios physicos não intervêm nesta transferencia, excepto como prova da vontade dos pactuantes, v. g., a escriptura pública, entre nós, e o titulo legal da compra de bens immoveis no valor de mais de 50:000 réis. Porém a coisa, objecto do direito, é que se não transfere, se não por um meio physico, assim se eu quizer transferir um livro para um meu condiscipulo hei de fazer-lhe a entrega material d'elle. É mister porém notar as palavras do Comp: quando diz — que a transferencia da coisa sem a transferencia do direito é *injusta*; porque effectivamente se eu transferir um livro que não seja meu, mas alheio, a transferencia é *injusta*, o que serve para corroborar a idéa de que o direito só se transfere por um acto da vontade

de seu dono, e não pela entrega da coisa, talia na hypothese dada aquelle para quem eu transferisse o livro alheio, devia adquirir o dominio sobre elle. Sr. Ferrer, Curso, §. 449. Ahrens, pag. 464—465. Darimon, pag. 89—92.

### §. 159.

Neste §. tracta o Comp. a seguinte questão — *qual é o fundamento da força obrigatoria dos contractos?* i. é, qual é a razão, por que os pactuantes são obrigados a cumprir fielmente o estipulado no contracto, sem poderem arrendender-se, ainda que se conheçam prejudicados? O Comp. confessa que esta questão é das mais embaraçadas do direito natural, e acêrca da qual os philosophos se tem dividido muito, e menciona nove opiniões differentes na

#### *Nota 1.ª*

Vid. 1.ª a *tradição*. Esta theoria é de Jouffroy, o qual sustenta que a força obrigatoria dos contractos não existe senão depois de ultimados, e que esta consummação só se verifica pela transferencia da coisa da mão do promittente para a do accitante. Porém nós havemos demonstrar na nota 3.ª ao §. 162, que não é pela tradição que os contractos se aperfeiçoam, mas que ficam perfectos e com toda a força obrigatoria logo desde o ajuste das partes contractantes. Além de que este systema é inadmissivel em quanto deriva os direitos e as obrigações, que resultam dos contractos, d'um acto puramente material; e nós vimos que o direito é do dominio do pensamento, dependendo, por isso, a sua transferencia d'um acto da vontade de seu dono. 2.ª A *obrigação dos contractos é innata*. — Esta theoria é de Rousseau, o qual diz no seu — *Emilio* — que a força obrigatoria dos contractos é *innata*, porque é uma d'essas idéas geraes gravadas no coração do homem, cuja causa elle não sabe explicar. Porém esta opinião não se póde admittir, porque lhe falta um principio em que se funde; visto que dá por provado o que precisa de provar-se. E de mais a nossa consciencia não nos revela a existencia d'uma tal obrigação. 3.ª *É uma verdade evident*

que não necessita de prova. Esta theoria é de Kant, o qual, desesperado de poder demonstrar a força obrigatoria dos contractos, fez d'ella um *postulado racional*; i. é uma especie de principio evidente, axiomático, que não precisa de ser justificado por alguma outra demonstração, dizendo — que a obrigação dos contractos é uma *verdade evidente*, que não necessita de prova, e que leva naturalmente os homens a cumprirem os seus contractos. Porém esta opinião labora no mesmo defeito da antecedente, em quanto dá por demonstrado o *quod erat demonstrandum*, pois que não apresenta uma só razão a seu favor. E tanto ella não é *evidente*, que ainda até hoje se não descobriram razões que a justifiquem. E ainda assim não sabemos que haja verdades tão *evidentes* nas sciencias moraes, que não necessitem de prova; porque a historia mostra que alguns principios têm sido adoptados por muitas gerações como grandes verdades, e que depois succumbem ao rigor da analyse e ao escalpello da logica. 4.º *O consenso do genero humano*. Alguns recorreram á hypothese d'unra convenção tacita pela qual os homens se obrigaram a ser fieis ás suas promessas. Porém esta opinião é inadmissivel: 1.º porque repousa sobre uma ficção, pois que nem a historia nos attesta tal convenção, nem era possível que todos os povos se reunissem para a celebrar; 2.º porque dado mesmo que ella tivesse existido as gerações presentes e futuras não seriam obrigadas a estar por ella, porque os contractos obrigam só as partes contractantes, e não terceiras pessoas; 3.º porque os argumentos d'auctoridade não têm pezo na sciencia philosophica do direito, que deriva de seus principios da natureza humana exclusivamente. 5.º *A moral*. Disseram outros que a força obrigatoria dos contractos não podia ser provada senão pela *moral*, que prescreve ao homem a obrigação de ser fiel ás suas promessas. Porém nós, que demarcámos as raias entre o direito e a moral, e tractámos d'aquelle como uma sciencia particular, não havemos ir procurar a uma sciencia alheia principios de demonstração extranhos á sciencia de que nos occupamos, e que tornariam falsas as suas consequencias: pôde provar-se pela *moral* a força obrigatoria dos contractos, mas não se pôde d'aqui concluir que ella esteja pro-

vada no direito, porque a moral e o direito são sciencias distinctas. 7.<sup>a</sup> *A necessidade da sociedade*. Outros recorrem ao interesse da sociedade. Porém nós já dissemos que o direito é uma sciencia *a priori*, que tem principios supremos; não se subordina aos interesses, nem d'ahi deriva seus principios, como o direito positivo as suas regras. Quanto mais que estes escriptores deslocam a questão em lugar de a resolverem. A questão não é saber, se convém á sociedade, mas sim se é justo, que a liberdade d'uma pessoa fique ligada por um contracto, quando depois conhece, que esse contracto, lhe é prejudicial. O interesse da sociedade compõe-se dos interesses particulares. 7.<sup>a</sup> *A expectação excitada pelo promittente*. Esta theoria é de Puffendorf o qual sustenta que a força obrigatoria dos contractos deriva da esperança, em que fica o accitante depois da promessa; de que esta se ha de realizar; porque se assim não acontecesse este soffreria um grande desgosto vendo illudida a sua expectativa. Porém esta opinião é inadmissivel porque a esperança ou desgosto são idéas vagas, que não podem servir de fundamento ao direito, que precisa de uma base solida e inabalavel. De mais esta *expectativa* é já uma consequencia da persuasão do que o contracto deve ser cumprido; d'outra forma a *expectativa* careceria de fundamento; ha pois neste systema uma verdadeira petição de principio. 8.<sup>a</sup> *A lei da veracidade entre os homens*. Esta theoria é de Fichte, o qual sustenta que a força obrigatoria dos contractos provém da *lei da veracidade*, i. é, da obrigação reciproca que os homens têm de fallar a verdade, e de serem sinceros no que dizem. Porém esta razão não pôde invocar-se em toda a sua extensão, porque nós já dissemos que o homem apenas tem direito a que lhe não digam mentiras, e não a que lhe digam verdades. Por consequencia d'este principio apenas se deduz que o homem não tem direito de faltar á verdade com prejuizo alheio mas não que elle não tenha o direito de se arrepender d' ter promettido. 9.<sup>a</sup> *A occupação da coisa absolutamente abandonada pelo promittente*. Julgam outros que a obrigação de cumprir os contractos tem a mesma natureza d'aquella pela qual os outros homens devem respeitar o direito que um tiver adquirido pela occupação sobre uma coisa



*nullius*, partindo do principio que a promessa é uma renuncia á cousa, e a acceitação uma occupação do direito vacante. Porém além d'um argumento peremptorio, que adduzimos contra esta opinião no principio do §. 158, podemos accrescentar que esta razão não abrange todos os contractos, mas só aquelles em que pôde ter logar a occupação: assim se **alguem me prometter** edificar uma casa, ou sachar o meu jardim, como hei de adquirir pela *occupação* um tal direito? Quanto mais que d'esta doutrina só pôde resultar, que **posso apoderar-me** do objecto, que abandonar, e que **por isso já não pertence** a ninguem: **mas não** que ficas obrigado a **fazer-me gosar** do que tendes abandonado. Além d'estas opiniões podemos accrescentar **mais duas**, que o Comp. não menciona. 10.<sup>a</sup> Dizem **outros**, como Martini, que todo o contracto contém a alienação d'uma particula da liberdade do promittente, que entra no dominio do acceitante. Porém a liberdade é uma **faculdade ideal** da natureza humana, que se não pôde alienar nem no todo nem em parte, o que realmente se alienam são certos actos, que se promettem cumprir **por meio da** liberdade. A liberdade é susceptivel de diferentes direcções, é verdade; **mas a questão está** em saber qual é o principio que pôde obrigar a liberdade a certa direcção, ou qual é a cadeia que prende o homem á promessa, **que** forma o laço do contracto, de modo que elle não pôde arrepender-se, nem mudar de vontade. 11.<sup>a</sup> Esta ultima opinião é de Bentham, o qual funda as obrigações dos contractos na **utilidade** do pactuante, seu principio favorito; porque, diz elle, se o pactuante não cumpre suas obrigações, perde a reputação e expõe-se a **ninguém** querer mais contractar com elle. Porém **segundo estes** principios será licito a qualquer pactuante o ser perfido, quando encontrar **mais utilidade** em faltar á fé promettida, do que em conservar a confiança dos outros; o que é visível absurdo. Demais á perfidia nem sempre se segue **a má** reputação.

O Comp. apresenta a sua opinião no corpo do §. e diz que a força obrigatoria dos contractos se justifica tanto no campo da moral, como no campo do direito, e dá as razões. *Na moral*, etc. Effectivamente a moral não pôde

deixar de garantir os contractos no tribunal da consciencia, porque ella toda desinteressada manda fazer o bem — porque é bem, e sem attenção a qualquer motivo sensual ou egoista; manda cumprir todos os deveres só porque são deveres, e por isso obriga o homem a cumprir os contractos para não faltar á sua palavra: é pois uma infracção da lei moral o deixar de cumprir o promettido por considerações d'interesse pessoal. *No direito*, etc. Se o homem não pôde viver solitario, attenta a limitação das suas forças e a multiplicidade das suas necessidades de modo que não pôde por si só conseguir os fins da sua existencia, precisando das acções *positivas* dos outros, como meios indispensaveis para se conservar e desenvolver; se elles apenas são obrigados a prestar-nos as *negativas*, as quaes não bastam para conseguirmos o nosso fim, porque o estado d'indifferença da parte dos outros apenas serve para não nos embaraçarem nas nossas acções e não para nos ajudarem na consecução dos fins; se as acções *positivas* são *precarias*, de modo que elles podem prestar-nos-as ou deixar de as prestar, como bem lhes aprouver, estando o homem na incerteza se as suas necessidades poderão ser satisfeitas; se esta incerteza só se converte em certeza em virtude dos contractos pelos quaes um homem se obriga a prestar a outro uma condição, a que antes do pacto só era obrigado pela sua consciencia — e se o direito deve fornecer as condições necessarias para o cumprimento dos fins racionais do homem; é consequente, que o direito deve sancionar a obrigação resultante dos contractos, e que a força obrigatoria dos pactos, como condição para os fins racionais do homem, tem seu fundamento no direito.

### Nota 3.<sup>a</sup>

Vid. Nesta nota faz o Comp. uma observação — as obrigações, filhas dos contractos, são *hypotheticas*. O effeito se nós dissemos que os direitos que se derivam da natureza humana e conjunctamente d'algum facto d'admissão são *hypotheticos*; se os contractos são factos d'admissão; e se direito e obrigação são cousas correlativas

consequente que as obrigações, que provêm dos contractos, são hypotheticas, i. é, dependem de certas circumstancias, e variam de homem para homem, ao contrario do que succede nas obrigações absolutas, que são as mesmas em todos os homens, porque eguaes são em todos os direitos absolutos. As obrigações hypotheticas tambem se podem considerar já como *affirmativas*, já como *negativas*, posto que as mesmas *affirmativas* se reduzam em ultima analyse a *negativas*, visto que a essencia de toda e qualquer obrigação se resume na necessidade de não embarçar o direito correlativo; quando as absolutas são todas de origem *negativa*, porque o homem, como independente e fim para si, não é obrigado a prestar contra sua vontade condições positivas aos outros. Sr. Ferrer, Curso §. 450. Sr. Seabra, pag. 204—209. Jouffroy, §§. 117—119. Ahrens, pag. 465—468. Belime, vol. 2.º pag. 423—429.

### §. 160.

Vid. Neste §. deduz o Comp. um corollario dos principios estabelecidos nos primeiros §§. d'esta secção, e vem a ser — que em todo o pacto são necessarios dois requisitos: 1.º *declaração da vontade*, e 2.º *possibilidade da prestação*. É necessario o 1.º, porque sendo o contracto a promessa aceita; e sendo a promessa a *declaração da vontade* do promittente, e a acceitação a *declaração da vontade* do acceitante: é consequente que sem *declaração da vontade* como prova do mutuo consentimento, não pôde haver contracto. É necessario o 2.º, porque ninguem é obrigado a cumprir aquillo que excede as suas forças: assim não se pôde suppór que prometta sériamente aquillo que prometter fazer parar a terra.

### Nota.

'Nesta nota faz o Comp. a differença entre acto *nullo* e *irrito*. Ambas estas cousas têm um ponto de contacto, que é não surtirem effeitos juridicos; mas differencam-se em que o acto *nullo* não produz effeito desde a sua origem, e o *irrito* é valido na sua origem, mas deixa de produzir o

seu effeito por alguma causa superveniente. É *nullo* o testamento em que falta alguma das solemnidades da lei, não tem effeito algum logo desde o seu principio; se porém lhe não faltam requisitos alguns, e 'nelle um pãe dispõe de seus bens a favor d'um terceiro por não ter filhos, e deixa um posthumo, o testamento é *irrito*, porque sendo valido no principio, deixou de o ser pela superveniencia do filho.

§. 161.

Vid. 'Neste §., que póde considerar-se uma especie de transição dos §§. antecedentes, ou antes o enunciado geral dos onze seguintes §§., faz o Comp. a enumeração dos differentes requisitos, que se comprehendem nos dois mencionados no §. antecedente, e tracta de cada um d'elles em particular nos §§. seguintes.

§. 162.

'Neste §. tracta o Comp. do primeiro requisito, que se deve dar em qualquer pacto, que é a — *declaração da vontade*. O Comp. nas palavras — *A declaração*, etc. estabelece a proposição *geral*, — que a declaração da vontade dos pactuantes importa o seu consentimento, e, que logo que esta declaração se faz, verificados *os outros requisitos*, (i. é, d'a vontade ser *razoavel*, *livre*, e *conforme*) o contracto reputa-se feito, e nenhum dos pactuantes se póde arrepender com o pretexto de que o que disse não era o que sentia internamente. E dá duas razões para provar esta proposição — 1.<sup>a</sup> (*porque não podendo*, etc.) porque não podendo nós devassar o interior da consciencia dos outros, sendo necessarias as suas declarações para conhecermos a sua vontade, temos direito a exigir d'elles que nos não enganem nos contractos, aliás fazem-nos lesão e causam damno pois que, se o homem não tem obrigação de responder ao que se lhe pergunta, nem de dizer a verdade, porque este acto é positivo e como tal do dominio da moral e não do direito, é comtudo obrigado a fallar verdade, quando responder, e a resposta for motivo determinante das acções d'outrem, como acontece nos pactos, e

por isso o Comp. diz — '*nesta materia. 2.ª e o direito, etc.* porque o direito é todo exterior, não se importa com a intenção; e por consequencia avalia e julga os actos da vontade, não pela intenção que os pactuantes possam ter, mas pelo que significam as suas palavras ou outros quaesquer meios de que se serviram para manifestal-a. A estas razões podemos accrescentar uma outra, e vem a ser a presumpção de que aquillo que se diz é o que se sente, D'aqui deduz o Comp. dois corollarios. — 1.º (*Portanto, etc.*) que a *declaração ou manifestação* da vontade, como signal do mutuo consenso, é o fundamento dos contractos: i. é, que os pactos estão perfeitos desde a declaração das vontades, e que desde logo principiam a sua força obrigatoria e os seus effeitos, independentemente da effectiva transferencia do objecto do contracto da mão do promittente para a do acceitante. 2.º (*a qual, etc.*) que a *tradição* não é o fundamento dos contractos como veremos na nota 3.ª

#### Nota 1.ª

'Nesta nota dá o Comp. as definições de manifestação *expressa e tacita*. A *manifestação, etc.* O Comp. quando diz que a manifestação *expressa* se faz pelas *palavras e escriptura*, falla apenas exemplificativamente sem excluir outros meios de manifestação, como são os gestos etc., e aponta para exemplo aquelles dois meios, por serem os mais geralmente usados. *Ou tacita, etc.*; por exemplo, se qualquer entrar 'numa barca e atravessar o rio sem ajustar com o barqueiro o preço do seu serviço, *tacitamente* se obriga a pagar o preço d'antemão estabelecido pelo barqueiro. *O silencio, etc.* Assim se alguém me perguntar se lhe vendo o meu livro; e eu me calar não se póde deduzir do meu silencio que consinto na venda, porque não manifestei a minha vontade nem *expressa* nem *tacitamente*; nem eu sou obrigado a responder: o silencio por si só é nada. Se pelo contrario eu entrego o livro a essa pessoa logo que ella me pede que lh'o venda, declarei *tacitamente*, i. é, pelo facto da entrega, a vontade de lh'o vender.

## Nota 2.º

Vid. Nesta nota dá o Comp. a definição de *tradição*. Os Jctos dividem a *tradição* em *verdadeira* e *fingida*. A *verdadeira* dá-se, quando se transfere a coisa móvel da mão d'um para a mão d'outro; ou quando se introduz a outrem na coisa immóvel. A *fingida* comprehende tres especies: 1.ª *symbolica*, quando em lugar da coisa se entrega algum signal, v. g., as chaves pela casa; *longa manu*, quando se mostra a coisa, *brevis manu*, quando verbalmente damos por entregue a coisa áquelle, que já a possui. Nos direitos, como são cousas incorporeas, só tem lugar a *quasi tradição*, que se verifica pelo uso, que d'elles faz o acceitante, e pela paciencia do promittente.

## Nota 3.º

O Comp. expõe e refuta a opinião d'alguns escriptores, á frente dos quaes se acha Jouffroy, que sustentam que a força obrigatoria dos contractos não provém da simples promessa e acceitação dos pactuantes, mas sim da *tradição* ou do facto de ter sido entregue o objecto do contracto. Diz o Comp. *Alguns*, etc. Jouffroy faz differença entre os contractos *unilateraes*, que são aquelles em que ha obrigações a cumprir só d'um lado, v. g., a doação em que só o promittente é obrigado a dar, e o acceitante acceita sem dar nada em troca; e *bilateraes*, que são aquelles em que ha obrigações a cumprir d'ambos os lados, v. g., a troca onde ambos dão e ambos recebem. E diz que nos *unilateraes* se opera a *tradição* pela *prestação* d'uma parte, i. é, logo que a parte obrigada *preste* o que prometteu, porque a *tradição*, neste caso, da parte do promittente reduz-se a dar ou fazer alguma coisa ao acceitante, omitir ou permittir alguma coisa a favor d'elle; e nos *bilateraes* pela sua *cabal execução*, i. é, logo que os contrahentes *executem* ou satisfaçam cabalmente aquillo que prometteram, porque só então é que a *tradição* está concluída. Segundo Jouffroy só depois da *tradição* é que os contractos são perfeitos: de modo que se o contracto é *unilateral*, e o promittente ainda não cumpriu a promessa, o

accitante apenas tem direito a que elle o indemnisse do prejuizo que d'ahi lhe resultou; e se o contracto é *bilateral*, aquelle dos pactuantes, que já cumpriu, sómente tem o direito a haver do outro, que não cumpriu, a reparação do damno que essa falta lhe tiver causado. Jouffroy, para provar os seus principios, serve-se dos seguintes argumentos. — 1.º que não se tem podido descobrir razão juridica pela qual se demonstre que pela simples manifestação das vontades o contracto fica perfeito e os pactuantes obrigados a cumprir as suas promessas, porque a promessa e a accitação não passam de palavras significativas da vontade, que não pôde impôr-se aos outros, se não for acompanhada de factos que a prendam, podendo, em tal caso, os pactuantes arrepender-se e dizer, que não tiveram intenção séria de contractar: o que não acontece com a tradição, que é já um facto consummado, prende d'uma vez a vontade do homem, é um caso ou uma sentença que passou em julgado, e por isso o unico signal indubitavel da vontade dos pactuantes. A este argumento responde o Comp. nas palavras. — *Porém, etc, até* — ao fim. Porém este argumento é um sophisma. Não dizemos que o accitante impõe pela sua vontade *arbitraria e despotica* leis e obrigações ao promittente; se assim fôra, certamente taes obrigações seriam nullas: mas sim que essas obrigações provêm da vontade espontanea d'ambos os pactuantes. De mais se os pactuantes podem arrepender-se ou dizer que não foi séria a sua vontade só pelo facto da manifestação, tambem podem dizer o mesmo depois da entrega da cousa, porque tambem então a vontade pôde mudar, pela regra — *voluntas hominis ambulatoria est usque ad mortem*: e portanto devemos julgar o contracto tão perfeito 'num caso como no outro. Além d'isto se a tradição é um facto consummado, tambem a declaração o é, porque o *dicto está dicto*, o homem depois de ter manifestado a sua vontade, não pôde fazer com que o facto da manifestação deixe de existir. Nem sabemos a razão por que a tradição da cousa seja um signal da vontade dos pactuantes superior a qualquer dos outros, de que ordinariamente se usa, v. g., as palavras, e a escriptura: antes nos parece que é inferior, e que está para as palavras e escriptura, como a declaração *tacita*

para a *expressa*. Mais se a *tradição* prende a vontade, como diz Jouffroy, é porque havia direito, e d'onde veio esse direito se não das vontades manifestadas e combinadas dos pactuantes? Antes pois da *tradição* já havia direito; foi a manifestação da vontade que o expressou. Ainda mais: Jouffroy admite os contractos *tacitos*, i. é, aquelles em que pelas circumstancias se póde conhecer a vontade dos pactuantes; ora 'neste caso não tem logar a *tradição*: logo, segundo a sua propria doutrina, a força obrigatoria dos contractos não deriva da *tradição*. 'Numa outra contradicção cahe Jouffroy, que está — em conceder a um dos pactuantes o direito de indemnisação, e ao mesmo tempo negar que o contracto produza effeitos antes da *tradição*, porque se tem direito á reparação é porque soffreu lesão e damno; mas a lesão é a offensa d'um direito: logo o contracto já era valido, e surtia seus effeitos, expressando direitos e obrigações independentemente da *tradição*, só pelo effeito da manifestação da vontade. E finalmente 'numa outra contradicção cahe Jouffroy, que está — em dar regras para a manifestação da vontade, porque se a força obrigatoria dos contractos não deriva d'esta escusadas são taes regras.

2.º Diz Jouffroy que só pela *tradição* é que a cousa fica unida á personalidade do accitante, e só desde este factó é que elle adquire um direito exclusivo sobre a cousa. Jouffroy, segundo parece, requer a effectiva posse corporal das cousas para constituir a propriedade. Porém nós já vimos que o dominio duravel e real póde existir com a simples posse mental, e além da detenção phísica.

3.º Diz Jouffroy que os Romanos nos primeiros tempos só conheceram os contractos *reaes*, i. é, que se consummam pela *tradição*, d'onde pretende inferir que até a historia mostra que a força obrigatoria dos contractos deriva da *tradição*. Porém em primeiro logar este argumento é deslocado, porque a historia não é fonte do direito natural. Em segundo logar Jouffroy adduz um argumento contraproducente, procurádo a realisação d'um principio 'numa epocha barbara, em que os Romanos, fazendo consistir a jurisprudencia em gestos e pantomimas, materialisavam o direito, e por isso, para maior certeza e segurança, exigiram para a



transferencia do dominio a *tradição*; porque se estudasse os tempos mais adiantados de Roma, em que o direito começou a florescer, veria reconhecidos os contractos *consensuaes*, como elle mesmo confessa, em que se dispensa a *tradição* real. E de mais se Jouffroy desejava confirmar a sua doutrina por exemplos historicos, devia-os procurar em epochas civilisadas, e examinar os Codigos das nações cultas, onde veria sancionado o principio de que os contractos têm força obrigatoria antes da entrega da cousa. É a disposição do art. 1383 do Codigo civil Francez, um dos melhores codigos do mundo. Sr. Ferrer, Curso, §. 451, e 463—466. Jouffroy, §§. 118—122. Ahrens, pag. 469—470.

§. 163.

'Neste §. continua o Comp. a occupar-se do primeiro requisito, que deve dar-se nos contractos, que é — a *declaração da vontade*. O Comp. nas primeiras linhas do §. (*É facil — até — manifestação*) estabelece uma proposição, deduzida da doutrina do §. antecedente, — que para a declaração da *vontade* produzir um fundamento solido para a validade dos contractos é necessario que a manifestação seja de tal modo clara, que não deixe dúvida alguma ácerca da vontade dos pactuantes. E d'aqui deriva os seguintes corollarios — 1.º etc. (Vid.) A razão é porque 'neste caso as palavras não exprimem o que realmente se sente, não ha séria *vontade* de pactuar: e por conseguinte não póde haver contracto. 2.º etc. (Vid.) Por exemplo se um individuo pergunta a outro se lhe quer comprar uma quinta, e este responde — *veremos, d'aqui a algum tempo fallaremos, etc.*; porque 'neste caso, como não ha decisão clara e firme, nem a vontade do pactuante está completamente deliberada, não póde haver contracto. 3.º etc. (Vid.) As expressões — *tractados e negociações* não têm aqui a mesma accepção, que em Direito das Gentes, onde se tomam pelas convenções entre as nações, mas significam as conversas preliminares ácerca do objecto e condições do contracto, sobre a conveniencia ou desconveniencia d'elle para os pactuantes, etc., a fim de que possam decidir-se á vista d'estes esclarecimentos. Estes *tractados*

têm logar quando um individuo, por exemplo, diz a outro que lhe vende a sua quinta, e este lhe pergunta *quanto quer por ella, as condições com que lh'a vende*, etc. isto é o ajuste, e por isso estas *negociações* se dizem *pacticias*, i. é, que versam sobre o ajuste: ora 'neste caso não ha contracto porque ainda os pactuantes não assentaram no que hão de fazer. 4.º etc. (Vid.) Tambem se não póde julgar que consentiu no contracto aquelle, cuja vontade se não declarou expressamente; mas apenas se presume, ou se induz de lhe ser conveniente o contracto ou de elle ter o dever moral de o fazer. E a razão é porque o homem, como ser racional e fim para si, goza de liberdade juridica dentro da sua esphera juridica; e por isso póde renunciar aos seus interesses, bem como deixar de cumprir os seus deveres moraes, os quacs póde desprezar no fóro do direito, pois que só é obrigado a cumpril-os no tribunal da consciencia. Assim, se um individuo fizer a outro uma doação é fallivel a presumpção de que este se ha de obligar a acceital-a; visto que ninguem póde ser obrigado a acceitar o que lhe convém.

#### §. 164.

'Neste §. tracta o Comp. d'um outro requisito dos contractos, que é — a *vontade razoavel*; i. é, uma vontade esclarecida pela *razão* e capaz de servir de fundamento aos contractos. Á primeira vista parece que a palavra — *razoavel* — é uma redundancia, porque a *razão* é uma qualidade privativa dos homens ou dos entes livres, e por conseguinte toda a vontade deve ser *razoavel*. Todavia vimos no §. 2, que, posto que a *razão* bem como as outras faculdades seja coëva com o homem, apparece nas primeiras edades com um character d'instincto, e desenvolve-se gradualmente ao passo que o desenvolvimento physico progride: ora póde acontecer que a *razão* ainda não esteja sufficientemente desenvolvida para conhecer o que melhor convém ao homem, ou que esteja impedido o exercicio d'esta função por qualquer causa superveniente. Em nenhum d'estes casos a *razão* se póde dizer sufficientemente esclarecida para que os pactuantes saibam o que

contractant, nem se pôde dizer què elles quizeram aquillo que queriam, se estivessem no perfeito uso da razão. É por isso que o Comp. diz no primeiro periodo do §. que as pessoas, que estiverem 'nestas circumstancias, não podem contractar. O Comp. na ultima parte do §. exemplifica aquellas pessoas que, por falta de *vontade razoavel*, não podem pactuar. 1.º etc. (Vid.) *Dementes* são aquelles que perderam o uso da razão; ora estes não sabem o que lhes convém e por isso não podem contractar. 2.º etc. (Vid.) Os *furiosos*, além de estarem privados do uso da razão, tem *acessos de furor*, durante os quaes estão possuidos de raiva e frenesi, e fazem desordens, no què se distinguem dos *dementes* que são socegados. Ora estes pela mesma razão não podem pactuar, porque não têm a vontade esclarecida pelo principio racional. O Comp. exceptua os intervallos *lucidos*, i. é, em que elles recuperam o uso da razão, porque então entra a regra — acabada a causa, cessa o effeito. 3.º etc. (Vid.) Quando a embriaguez é completa, a *faculdade da razão está entorpecida*, não pôde funcionar, nem esclarecer a vontade para esta servir de fundamento ao contracto. 4.º etc. (Vid.) Pela legislação de todos os povos, pelas nossas Ordenações, e até pela Novissima Reforma Judicial os *surdos-mudos* são quasi equiparados aos *dementes* pelas razões que o Comp. aponta. Porém com o desenvolvimento da civilização têm-se erigido escholâs, para os ensinar, nos paizes mais adiantados na carreira do *progresso*; d'onde se tem tirado grande resultado, porque alguns ensinados dão a conhecer a sua vontade, como qualquer pessoa no completo uso das suas faculdades. É por isso que o Sr. Seabra, no seu Projecto deCodigo Civil, art. 346, diz — Os *surdos-mudos analphabetos* ou que não tenham a *capacidade necessaria* para reger seus bens serão postos em tutela. 5.º etc. (Vid.) É a razão é porque os infantes ainda não têm a sua intelligencia e razão desenvolvida para esclarecer a vontade. Porém não compete á philosophia do direito o assignar a epocha d'esse completo desenvolvimento; porque o direito natural é uma sciencia *a priori*, que não marca quantidades. Incumbe á *politica*, attendendo ás circumstancias dos povos e especialmente ao clima, porque segundo este

é quente ou frio, aquelle desenvolvimento é mais ou menos rapido, o fixar o prazo em que se presume que os homens terão a capacidade bastante para reger-se e administrar seus bens. *Porém*, etc. Estas pessoas, ainda que privadas do uso da razão, gozam de direitos, assim como gozam d'aquella faculdade, e só lhes é inhibido o fazerem uso d'elles por não terem a habilidade bastante para o seu exercicio; comtudo o estado deve providenciar para que alguém os exerça em seu nome. Por esta razão os filhos são representados pelos paes, os menores pelos tutores, os interdictos pelos curadores, etc. Sr. Ferrer, Curso, §. 457. Jouffroy, §. 123—124.

§. 165.

'Neste §. occupa-se o Comp. d'um outro requisito, que deve dar-se nos contractos, que é a *vontade livre*. Parece egualmente redundante a palavra *livre*, porque a liberdade é uma qualidade de todos os seres racionaes. Porém nós tractámos de examinar se essa liberdade foi coactada, para se saber se houve inteira vontade de pactuar. *Alguns*, etc. A *vontade*, diziam elles, *ainda que coacta, não deixa de ser vontade*; e portanto o consentimento, por ser extorquido pela força ou medo, não vicia o contracto. Eis aqui como demonstravam o seu asserto. — A vontade é um acto por que resolvemos seguir ou evitar qualquer cousa: mas o que convém no pagamento de certa somma, que não deve, para salvar a vida, escolhe de dois males o menor: logo quer aquillo mesmo, que escolhe, pela regra—*qui mavult, vult*. Porém aqui ha um verdadeiro *sophisma*: o homem que se determina a assignar uma obrigação para evitar a morte, posto que escolha de dois males o menor, nem por isso tem a vontade de contrahir a obrigação, de transferir o seu direito. A unica vontade, que o move, é a de salvar a vida; e aqui confundem-se vontades evidentemente diversas. É 'nesta confusão que consiste o *sophisma*.

Quando nos contractos se tracta da vontade, só se pôde ter em vista a que tem relação com o mesmo acto; com a transferencia do direito, que se vai oppor. Nem pôde haver escolha onde não ha alternativa possivel.

O temor da morte imminente actua sobre o meu espirito, da mesma forma que a força bruta opéra sobre o meu corpo, privando-o da liberdade de mover-se: e por isso com razão se tem dicto, que só pôde querer o que pôde não querer, — *ejus est velle, cujus est nolle*. Assim pois, se apparece alguma vontade no contracto, imposto pela violencia, essa vontade não é seguramente a do violentado, mas a do violentador. E se é certo, como temos demonstrado, que a transferéncia d'um direito só pôde ser effectuada pela vontade d'aquelle, a quem esse direito pertence, fica evidente, que nenhum contracto extorquido pela força pôde ser considerado como valido. O Comp. porém faz distincção entre força leve e grave, dizendo que só esta e não aquella deve resilir o contracto.

*Temos para nós*, etc. Assim se os agiotas espalharem que o governo está desacreditado e que os seus papeis de crédito, como consequencia, estão depreciados no seu valor, e os comprarem em virtude d'este panico por um preço muito inferior ao nominal; nem por isso aquelles, que os venderam, podem allegar este pretexto para desfazer a venda. E o Comp. dá duas razões: 1.<sup>a</sup> porque a vontade do pactuante não foi violentada, se vendeu os papeis de crédito foi porque assim o quiz, transferiu-os com toda a liberdade; 2.<sup>a</sup> porque os contractos são de muito interesse para a sociedade, visto que são um meio frequente pelo qual se transfere o dominio e obtem uma cousa com certeza, e por isso o direito não deve consentir que sejam annullados por um simples *terror panico* ou *força leve*. E porém força confessar, que não ha um principio fixo e absoluto para graduar a violencia, porque aquillo que para uns é *força leve* para outros é *grave*; e por isso é mistér pezar bem todas as circumstancias que acompanham o facto da violencia para se conhecer se ellas tiraram ou não toda a liberdade ao paciente. *O medo grave*. Diz-se que o medo ou a violencia são *graves*, quando são capazes de aterrar um homem *razoavel*, i. é, que tem a razão sufficientemente desenvolvida para avaliar os males, que podem resultar das violencias ou ameaças, e por isso annulla o contracto, porque falta a sua *essencia*—o consentimento, pois que a força e não a sua vontade levou o

pactuante a contractar. *É porém razão*, etc. O Comp. estabelece o principio de que o medo *justo*, i. é, que não tem por fim lesar os outros, não annulla os contractos. E dá trez exemplos — 1.º quando o individuo se obriga pelo medo ou respeito para com seu pai, pois que seria contradicção revesti-lo do patrio poder, e annullar os seus effeitos; porquanto o pai, que deve velar pelos interesses de seus filhos, pôde obrigar-os pela sua auctoridade a certos actos, d'onde estes tirem proveito. Porém se elle abusar, e os obrigar á pratica de actos que lhes sejam prejudiciaes, já o medo não é *justo*, e por isso annulla o contracto. 2.º no caso do *dólo bom*. *Dólo* é a alteração intencional da verdade. Se esta alteração tem por fim o detrimento alheio diz-se *mão*, v. g., quando eu vendo a outrem uma caixa de estanho, como de prata, sabendo que o engano. Se essa alteração tem por fim a utilidade dos outros diz-se *bom*, v. g., quando eu faço acreditar a um doente que certo medicamento é doce, sendo elle amargo, tendo em vista as melhoras d'elle. Neste caso, diz o Comp., não se annulla o direito, porque o pactuante que foi enganado, foi-o por utilidade sua, e porque não estava nas circumstancias de comprehender os seus interesses, e por isso entra a regra — *de que a intelligencia deve tomar a tutela da ignorancia*.

3.º No caso de *justa coacção*. Quando nós empregamos a coacção para obrigar outrem a entrar 'num contracto, mas no exercicio do nosso direito, o contracto subsiste; porque se a coacção é *justa*, os seus effeitos hão de sel-o tambem. É por esta razão que as convenções *bellicas*, i. é, os tractados feitos no campo da batalha entre o vencedor e o vencido são validos, ainda que o vencido se sujeita ás condições do contracto, obrigado pela força do vencedor: porque 'neste caso o vencedor não faz mais do que obrigar o vencido á indemnisação do damno, que deu causa e foi resultado da guerra. Toda a exigencia da parte do vencedor que exceder estes limites é injusta, e reprovada pelo direito natural. Os Estoicos justificavam estas convenções pelo seu principio — *coacta voluntas semper est voluntas*, dizendo que o vencido mesmo no campo da batalha não estava inteiramente privado da sua liberdade.

## Nota. 2.ª

Vid. Nesta nota faz o Comp. a differença entre o medo e a violencia, ainda que os seus effeitos juridicos são os mesmos. Assim se um homem com uma pistola na mão força outro á pratica d'um acto, houve *violencia*. Se porém um individuo obriga outro á pratica d'um acto, ameaçando-o que, se elle o não praticar, o hade matar, houve *medo*. Sr. Ferrer, Curso, §. 461. Sr. Seabra, pag. 217 — 218, e 227 — 230. Jouffroy §§. 125 e 127.

## §. 166.

'Neste §. tracta o Comp. do ultimo requisito que se exige na *declaração* da vontade, que é — a *identidade das vontades*, i. é, o mutuo consentimento dos pactuantes. A proposição do §. está no primeiro periodo e vem a ser — que não ha contracto sem a união das vontades do promittente e do accitante. É necessaria a do accitante; (*Por quanto*, etc.) porque só este é que está em circumstancias de avaliar se a cousa realmente lhe convém. Os outros não podem ser juizes das nossas necessidades, porque as circumstancias do individuo não tão complicadas, que ás vezes nem elle proprio as conhece; e por isso pode receber prejuizo com o que os outros julgam fazer-lhe um beneficio. Demais, ainda que o contracto lhe convenha, pode ser que o não queira accitar, e ninguem o pode obrigar a isso, porque é pessoa juridica e fim para si, e então entra a regra — *invito non datur beneficium*. É necessaria a do promittente; (*A declaração da vontade*, etc.) porque é senhor das suas acções dentro da sua esphera juridica, e tem direito a exigir dos outros que o não embaracem dentro da esphera da sua justa actividade. Por isso o accitante não pode por um simples acto da sua vontade obrigar outrem a satisfazer ao seu desejo ou a combinar com sua vontade; aliás desconhecia a sua natureza d'ente racional, tractando-o como cousa, ou meio para os seus fins arbitrarios. No ultimo periodo do §. (*Por tanto*, etc.) deduz o Comp., como conclusão d'estas razões, a proposição enunciada no principio do §.

## §. 167.

Neste §. prova o Comp. que o *objecto* do contracto deve ser *certo e determinado*; e dá a razão nas primeiras linhas do §. — *Como o pacto*, etc. Este principio é uma consequencia da doutrina estabelecida no §. antecedente: não pôde haver consentimento, sem que o nosso espirito comprehenda e individualise o objecto, sobre que deve recair a decisão da nossa vontade. É mister pois que ou os pactuantes declarem e determinem o objecto do contracto, ou que elle seja definido pela natureza da cousa ou pelas circumstancias occurrentes; aliás poderá querer cada um sua cousa, não haverá identidade de vontades, e as obrigações e direitos do promittente e acceitante serão inexequíveis. Os JCtos fazem consistir a certeza do objecto na designação da *especie, da qualidade, e da quantidade; quid, quale, quantum*, Assim se eu me obrigo a entregar-vos o cão mais velho da minha matilha, o contracto é valido; mas se eu promettesse dar-vos um cão da matilha, sem declarar qual era, i. é, sem o individualisar; — ou trigo sem designar a quantidade; o contracto seria nullo porque não saberíamos, de que cão se tractava, nem de que quantidade de trigo, e circumstancias, de que depende o valor d'uma e outra cousa. Apesar d'isto alguns escriptores são d'opinião, que logo que haja promessa e acceitação, posto que não seja definido o objecto, tem o acceitante, não um direito material e objectivo sobre a cousa, porque ainda não está determinada, mas um direito pessoal para obrigar o promittente a designar a cousa. Assim na hypothese da nota 1.ª, o acceitante não tem direito a certa e determinada cabra, mas sim a faculdade de exigir do promittente que a designe e determine. Porém este systema faz depender em primeiro lugar a designação do objecto da vontade do promittente, que sujeita ao seu arbitrio o acceitante. podendo este ficar muito prejudicado se aquelle lhe determinasse o individuo mais inferior da especie designada, v. g., a cabra mais somenos do seu fato; e em 2.º lugar nas promessas geraes e indeterminadas poderia o promittente designar uma cousa de tão pequeno valor, que não merecesse a pena o coagil-o a cumprir a sua



obrigação: **assim se tivesse** promettido azeite ou trigo sem determinar, a quantidade, poderia designar uma gôta de azeite ou um grão de trigo. No resto do §.—A *pezard' isto*, etc. diz o Comp. que todavia não é inutil a simples promessa d'um objecto determinado sem a acceitação, porque fica o acceitante com a possibilidade juridica d'acceitar em quanto o promittente não revoga a declaração.

*Nota 2.<sup>a</sup>*

Vid. A promessa aos ausentes pôde fazer-se de dois modos, — por cartas ou procuradores. Quando se faz por cartas o promittente só tem direito de revogar a promessa antes de lhe chegar a resposta; porque depois da resposta já tem conhecimento de que o outro individuo acceitou, já ha promessa acceita, e por consequencia o contracto. Já assim não acontece se a promessa foi feita por procurador, i. é, se, em lugar de escrever, encarrego um procurador de **negociar com outrem**, porque depois que **este prometeu, e o outro acceitou**, o contracto fica consummado, já não posso revogar a promessa, ainda que não tenha conhecimento da acceitação. — Posso, é verdade, revogar a **procuração** antes de feita a **promessa**, mas depois d'esta feita sou obrigado a confirmar todos os actos praticados pelo procurador, e para que elle ia auctorizado, porque é uma pessoa que faz as minhas vezes, e então entra a regra — *quod quis per alium facit, per se ipsum facere videtur*.

*Nota 3.<sup>a</sup>*

'Nesta nota faz o Comp. uma observação:

Vid. Quer dizer — se um individuo fez a outro uma promessa, e este não lhe deu resposta dentro de certo praso, julga-se que não acceita. Mas que praso é esse? O Comp. não o diz; porque a **philosophia do direito** não marca prazos, que com o **mesmo fundamento** poderiam alongar-se ou restringir-se; **deixa** esse cuidado ao direito positivo que deve fixar esse **prazo**, attendendo ao que é ordinario entre os homens. E por isso limita-se a dizer

que o prazo deve ser — *razoavel*. Sr. Ferrer, *Curso*, §. 467. Sr. Seabra, pag. 234.

§. 168.

Neste §. e no seguinte examina o Comp. quaes os efeitos do *erro* sobre a conformidade das vontades. Porém neste §. diz-nos apenas os diferentes pontos de vista, debaixo dos quaes podemos encarar o *erro*, para no §. seguinte considerar os diversos efeitos d'estas diferentes especies de *erro*. A proposição do §. é — *que o erro pôde destruir a identidade da declaração das vontades*. Sendo *erro* um conhecimento falso, que se tem por verdadeiro, é claro que se toma uma cousa por outra, e por isso acceta-se o contrario do que se pensa; quando nós temos visto que para a existencia do pacto se requer a conformidade das vontades sobre um *objecto determinado*. Mas o Comp. diz — *pôde* — porque effectivamente, como veremos no §. seguinte, nem todo o erro destróe o contracto, mas só o *essencial*. No 2.º periodo (*o erro d'um*, etc.) aponta o Comp. as diferentes origens do *erro*, que podem ser: ou a *culpa* do que está em *erro*, por ser negligente em empregar os meios para conhecer as diversas circumstancias, que o podem levar ao conhecimento da verdade; ou o *acaso*, i. é, circumstancias, em que não interveio o promittente nem o accitante; ou *culpa* do outro pactuante, v. g., quando elle me vendeu uma cousa, que tinha comprado a quem não era verdadeiro dono, e não tinha empregado os meios necessarios para desfazer este engano; ou *culpa* d'um 3.º, v. g., quando uma adela me veio vender, como verdadeiro, um diamante falso, que lhe tinham dado na persuasão de que era bom, e sem terem empregado a diligencia devida para verificarem se era ou não legitimo. Se tanto o outro pactuante, como o 3.º deram causa ao erro de proposito, e sabendo que enganavam, não se pôde dizer que houve da parte d'elles *culpa*, mas sim *dólo* que é — a alteração da verdade com a mira de obter um fim injusto. No resto do §. (*o erro pôde*, etc.) faz o Comp. distincção entre *dólo essencial* e *accidental*;

distincção esta, que é muito importante pelos diferentes effeitos juridicos. É *essencial* quando recáe na essencia do objecto, v. g., declaro, que quero comprar pedras preciosas, e o vendedor dá-m'as falsas. É *accidental* quando recáe, ou sobre a causa exterior que move os pactuantes a contractar, v. g., se um homem compra um vestido por causa do seu casamento, e este se não verifica (advertindo que se esta causa entra como condição expressa ou tacita do contracto pertence ao erro *essencial*, v. g., compro dois cavallos com a declaração expressa de que sejam ensinados a puxar a sege; se o não são, o erro é *essencial*); ou sobre as *circumstancias accidentaes* do objecto, v. g., se compro uma bacia de prata, e depois acho que ella tem de menos uma oitava do que eu tinha ajustado.

### §. 169.

Neste §. prova o Comp. que o *erro essencial* annulla o contracto, e o *accidental* não. O Comp. apresenta ~~em~~ simplificada e clara esta materia, que é tractada com muita extensão pelos escriptores, que se têm occupado d'ella, e se acha com extraordinaria confusão especialmente nos antigos escriptores e commentadores ao direito Romano. É, porém, uma das materias mais importantes na applicação, e que, por isso, tem merecido especial attenção aos legisladores das nações cultas. É mister tambem notar que o Comp. não tracta do *dólo* em separado do *erro*, nem sequer faz menção d'elle, quando os outros escriptores costumam tractar, como cousas distinctas, em separado o *erro* e o *dólo*. E a razão é porque o *dólo* não pôde ser uma causa de nullidade nos contractos, se não como causa de um *erro*; pois que não existindo esse *erro* tambem não poderia haver *dólo*; por isso que o *dólo* desaparece no momento em que é conhecido o *erro*; e quem nesse caso consente, procede com inteira liberdade e conhecimento de causa, e nenhum direito tem para reclamar a obrigação, que assim contrahiu. O *dólo* é pois o *erro*, considerado numa das suas causas, no proposito e má fé de um dos contrahentes, ou de qualquer outra pessoa, e só pôde invo-

car-se, como prova de *erro*: logo que não haja *erro*, nada importa o *dólo*.

No primeiro periodo do §. (*o erro essencial, etc.*) estabelece o Comp. a proposição — que é nullo o contracto onde interveio o *erro essencial*. De facto, o *erro essencial*, como recáe no *principal* do objecto, é a causa unica e final do contracto, i. é, tal, que o pactuante não contractaria se não fosse esse *erro*. Isto posto, entendemos, que o *erro essencial* vicia a essencia do contracto; porque lhe subtrahе o consentimento do pactuante, que erradamente consentiu: o pactuante quiz o que não queria e por isso verdadeiramente não quiz, não consentiu, e nem houve verdadeiro contracto. Descoberto e provado o *erro essencial*, o contracto fica nullo. Note-se, porém, que o Comp., quando diz — *provado pelas declarações dos pactuantes*, — não quer dizer que o erro só se prove pelas declarações dos pactuantes, porque ha outros meios de o provar; mas sim que é necessario recorrer, sempre que seja possivel, ás declarações dos pactuantes, porque estas se devem ter como a expressão da sua verdadeira vontade. No 2.º periodo. (*Porém o erro, etc.*) estabelece a proposição — que o *erro accidental* não annulla o contracto. Effectivamente se o *erro* foi sómente accidental, como o pactuante, que 'nelle cahiu, sempre consentiria, mas só de modo diverso, existiu verdadeiro consentimento, e o contracto é valido; porque as partes combinaram no *principal* do objecto, e ainda que não combinaram no *accidental*, todavia este segue a sorte d'aquelle pela regra — de que *o accessorio segue o principal*. Ora como o *erro accidental* póde recair ou sobre a *causa exterior* que move os pactuantes a contractar, ou sobre as *circumstancias accidentaes*, o Comp. encara-o no periodo seguinte debaixo do primeiro ponto de vista, e, no periodo final do §., debaixo do 2.º *Com effeito, etc.* Quer dizer — ou o pactuante cahiu em *erro* sobre a *causa exterior* do contracto, por si, ou por culpa do outro pactuante. No primeiro caso o *erro* não destróe o contracto, porque o pactuante nem tinha obrigação nem podia saber, nem o mesmo, que cahiu em *erro*, lhe poderia dizer a causa que o movia ao celebrar o contra-

cto, porque poderia ter tantos fins em vista, que ainda se não tivesse pronunciado por algum, ou mesmo ter interesse em o calar. No segundo caso, i. é, se um pactuante dolosamente figurar ao outro que lhe podem resultar grandes lucros da compra d'uma cousa, e esta exaggeração fizer com que este compre maior quantidade, o contracto val; porque este pactuante foi livre na acceitação, e, até, talvez já estivesse convencido de que auferiria aquelles lucros, antes do outro lh'os exaggerar. Mas já o pacto não val, se o dono da cousa lhe attribuir qualidades que ella não tem, porque isso vai entender com o *essencial* do objecto. Também não val o pacto, quando houve *erro* sobre a causa que moveu o pactuante a contractar, e esta entrou como *condição expressa* ou *tacita* do contracto porque em tal caso, como o pacto depende da realisação d'uma *condição*, se esta se não verifica, o pacto não val. *Finalmente*, etc. Já dissemos que o *erro accidental* não annulla os contractos; porém o pactuante, que foi lesado em virtude do *erro*, deve ser resarcido pelo lesante, pela regra — *de que ninguem se deve locupletar com a jactura alieia*.

#### Nota 6.<sup>a</sup>

O Comp. 'nesta nota faz applicação da doutrina do §. sobre *erro essencial* e *accidental* ao caso de elle ser proveniente do dolo de um terceiro. *O erro*, etc. Se o *erro* é no *principal* do objecto não ha contracto, porque não ha identidade de vontades, visto que o pactuante não quiz o que queria. *Se porém*, etc. No caso porém de o *erro* ser *accidental* tem também logar a doutrina do §.; i. é, não se annulla o contracto, mas exige-se a indemnisação da parte em que o pactuante foi lesado pelo *erro*. Mas a quem se deve pedir a reparação: ao terceiro, ou ao pactuante que lucrou? i. é, compro um moio de trigo, e falta-me na medida um alqueire, não por culpa do pactuante que m'ó vendeu, mas por culpa d'um terceiro, a qual dos dois he de pedir a reparação? O Comp., em harmonia com os principios estabelecidos *acerca* do possuidor de boa e de má fé, faz distincção: ou o pactuante que m'ó vendeu e lucrou com elle, era possuidor de boa ou de má fé. No

primeiro caso devo dirigir-me contra o terceiro, o qual é obrigado a indemnizar-me pela regra — de que o auctor d'uma acção se deve sujeitar aos seus consecrarios, e não contra o pactuante, o qual se consumiu o alqueire de milho não é obrigado á reparação, porque o consumiu como possuidor de boa fé, e por isso com dominio opinativo. No segundo caso devo dirigir-me ao pactuante que me vendeu, que é obrigado a restituir-me o seu valor se já o tiver consumido, visto que consumiu uma cousa que sabia não era d'elle, tornando-se, por consequencia, responsavel pelos effeitos da lesão dos direitos alheios. Sr. Ferrer, Curso, §. 458 — 460. Sr. Seabra, pag. 213 — 216, e 225 — 227. Belime, vol. 2.º pag. 450 — 459. Jouffroy, §§. 126 e 130. Glinka, pag. 31 — 33.

§. 170.

Tinhamos visto que em todo o contracto deviam concorrer dois requisitos — *declaração da vontade*, e *possibilidade da prestação*. Tractámos do primeiro requisito, ou dos quatro que elle abrange implicitamente, e vamos agora fallar do segundo. Porém como a *possibilidade* é physica, juridica e moral, o Comp. tracta 'neste §. sómente da physica. Quando dizemos — *possibilidade da prestação*; queremos dizer, — que os actos positivos ou negativos, a que o promittente se obriga, sejam *possiveis*. O Comp. na primeira parte do §. faz a divisão da impossibilidade *physica* em *absoluta* e *relativa*; e diz que ella é *absoluta*, quando o acto é contrario ás leis *irresistiveis* da natureza, — que são as physicas dos corpos e as logicas do espirito. Em seguida (*Se a impossibilidade*, etc.) diz o Comp. que se a impossibilidade ~~for conhecida~~ dos pactuantes, não ha contracto; porque semelhantes promessas são mais proprias d'um homem, que graceja ou perdeu o juizo, do que d'um homem razoavel, e que tem a intenção séria de se obrigar. D'aqui vem a regra dos Jctos — *ad impossibilia nemo tenetur*. O Comp. continua, estabelecendo mais duas hypothses — 1.º que (*E se o promittente*, etc.) se o promittente engana o outro pactuante, dizendo-lhe que pôde praticar um acto, que realmente não pôde praticar, o contra-

cto é *nullo*, i. é, fica logo desde o principio destituido de força obrigatoria, e sem produzir effeitos juridicos, pela regra — *ad impossibilia nemo tenetur*. 2.ª Se o promittente (ou *se depois*, etc.), promette uma cousa que lhe era possível na occasião da promessa, e depois se priva de proposito ou por negligencia da possibilidade de a fazer, o contracto é *irrito*, porque, ainda que fosse válido no principio, deixou de surtir effeitos jurídicos pela impossibilidade que sobreveio, a que podemos chamar *impossibilidade subsequente*, que está sujeita, bem como a *antecedente*, á regra — *ad impossibilia nemo tenetur*. O Comp. conclue o §. (porém o *pactuante*, etc.) dizendo, que o *pactuante*, que assim for enganado e *lesado*, tem direito a pedir *reparação do damno*. É mister advertir que este direito não proveio do contracto, que, por isso que foi *nullo* ou *irrito*, não teve força obrigatoria, nem produziu direitos ou obrigações; mas sim da lesão que lhe fez o outro *pactuante*, ou mentindo-lhe 'num caso em que tinha obrigação de fallar verdade, ou praticando um facto que equivalia ao — não cumprimento da obrigação juridica. *Pelos modos, que já dissemos*, i. é, ou pela restituição, ou pela satisfação é que o lesante deve fazer a reparação do damno. Sr. Ferrer, Curso, §. 462. Jouffroy, §. 132. Ahrens, pag. 470—471. Belime, vol. 2.º pag. 460—464.

### §. 171.

'Neste §. tracta o Comp. da *possibilidade juridica da prestação*; e estabelece no primeiro periodo do §. a proposição — que esta possibilidade é necessaria para a validade do contracto; — e dá a razão nas palavras — *porque seria*, etc. Assim o direito manda respeitar a personalidade dos outros, prohibindo, por consequencia, o homicidio; ora se o direito, prohibindo o homicidio, legitimasse o contracto que eu celebrasse com Pedro, obrigando-me a matar Antonio, havia a contradicção de o direito prohibir uma acção e garantil-a ao mesmo tempo, ou, o que é mais, o absurdo de os contractos crearem direitos, e estes serem filhos da vontade e caprichos do homem: porque antes do contracto o acto era prohibido, depois do contracto é, não

so permittido, mas garantido. D'onde concluimos, que para a validade do contracto é mister que o acto, objecto do contracto, não seja prohibido pelo direito. Na segunda parte do §. (A *impossibilidade juridica* etc.) diz o Comp. que a *impossibilidade juridica* da prestação pôde referir-se ou ao *objecto* do contracto, ou ás *pessoas* que celebram o contracto; i. é, pôde acontecer que o contracto seja reprovado em direito, ou porque o acto, *objecto* do contracto, é prohibido pelo direito, ou porque as *pessoas*, que querem contractar, são inhibidas de contractar pelo direito. Têm logar a primeira hypothese; v. g., quando o objecto do contracto é— a alienação de direitos absolutos, porque nós já provámos no §. 86, que os direitos absolutos são inalienaveis, porque têm o seu fundamento na natureza humana, e não podendo o homem despir esta tambem não pôde trocar aquelles. Tem tambem logar a *impossibilidade juridica* com relação ao *objecto* do contracto, quando os actos, a que nos obrigamos, são contrarios ás obrigações juridicas; porque se elles são contrarios a essas obrigações, a sua pratica importa uma lesão, porque esta é a violação d'uma obrigação juridica, e quem lesa obra sem direito. O Comp. apresenta na nota dois exemplos de cousas que não podem ser objecto dos contractos: 1.º *a coisa alheia*, porque se uma das obrigações juridicas é *consentir a cada um o que é seu*, o tirar o seu a seu dono é violar esta obrigação juridica, e portanto fazer uma lesão; 2.º *as cousas, que por um contracto anterior pertencem a outro, ainda que não tenha havido a tradição*; porque nós já demonstrámos, na nota 3.ª ao §. 162, contra Joffroy que não é precisa a tradição para a transferencia do direito, porque este, como ideal e do dominio do perimento, transfere-se por um *simple* acto da vontade do dono, e só se exige alguma coisa de material, v. g. a escriptura, como prova d'esse consentimento: de modo que verificada a promessa e accettazione o direito que se transfere já pertence com tanta razão áquelle a quem se transfere, como depois da entrega da coisa material. O *impossibilidade juridica* tambem pôde dar-se com relação ás *pessoas*, quando ellas não têm os requisitos exigidos para poderem obrigar-se, como são: a *vontade razoa*



*vontade livre, etc.*; ou quando não têm que transferir, porque entra a regra, *ninguém transfere o que não tem, nem mais do que tem*. Sr. Ferrer, Curso, §. 463.

§. 172.

Neste §. tracta o Comp. da *possibilidade moral*; i. é; examina se é mister que o acto, *objecto* do contracto, seja permittido pela moral, para este ser válido. O Comp. no primeiro periodo do §. estabelece a proposição — que é accessoria, para a validade do contracto, a *possibilidade moral* da prestação; e invoca, como razões, dois pontos de contacto que existem entre o direito e a moral. O primeiro está em terem a mesma origem, que é — a *razão pratica* a qual procura conhecer a verdade dos principios, não para satisfazer simplesmente a curiosidade de saber, mas para elles servirem de norma ás acções do homem; mas como tanto os principios do direito como os da moral são regras para a vontade, com que ella deve conformar as suas acções: é claro que a *razão pratica* é origem commum do direito e da moral. E como a mesma causa não pôde produzir effeitos contradictorios, é consequente que o direito não pôde approvar o que a moral reprova, nem esta reprovar o que o direito manda; e, por consequencia para o direito garantir um acto, ou um contracto que tem esse acto por *objecto*, é mister que elle não seja expressa e absolutamente prohibido pela moral. O segundo ponto de contacto está em que tanto a moral como o direito se dirigem ao *bem* do homem, que consiste no desenvolvimento harmonico de todas as suas faculdades e das disposições da sua natureza. Seguem, é verdade, rota differente; porque o direito dirige-se ao *bem* do homem garantindo exteriormente as condições para o conseguinto do seu destino; e a moral impondo-lhe o preceito geral de empregar as condições subministradas pelo direito para a consecução do seu fim, não com vistas de interesse ou egoismo, mas só pelo amor do fim. i. é, com boa intenção e pureza de motivos. Mas não podem contrariar-se porque tendem ao mesmo ponto.

O Comp. porém faz distincção entre impossibilidade

moral absoluta, que tem logar, quando a promessa é tão manifestamente contraria a uma obrigação moral, que não admite excepção alguma, v. g., a promessa de se suicidar; e relativa, que é aquella que póde deixar de ser contraria a uma obrigação juridica dadas certas circumstancias; assim é contraria a uma obrigação moral a promessa de vender um livro, quando um parente meu, que está necessitado, precisa d'elle, e eu posso dispensar o producto da venda do livro; mas já a promessa não é contraria a uma obrigação moral, se apezar da necessidade do meu parente, eu preciso do preço do livro para me alimentar e á minha familia. O Comp. falla da impossibilidade moral absoluta nas palavras. — *Dada a primeira, etc.*, até — *do direito e da moral*. Assim se eu celebrar um contracto com um individuo em que me comprometta — *a suicidar-me* — posso cumprir a promessa — *suicidando-me*; porque com este facto não leso os direitos alheios, conservo-me dentro da minha esphera juridica; e qualquer, que quizesse forçar-me á omissão d'esta acção, atacava o meu direito d'independencia, desconhecia o meu character pessoal, pelo qual sou fim para mim e não tenho de dar contas a pessoa alguma pelas acções praticadas dentro da minha esphera juridica. Mas poderá o outro pactuante constranger-me ao cumprimento da promessa a que me obriguei de me suicidar? Não; aliás havia a contradicção de o direito legitimar e garantir um acto reprovado pela moral. Nem se diga que o direito no primeiro caso me garantia o *suicidar-me* apesar da prohibição expressa da moral; porque o direito não m'o garantia, *permittia-m'o* tacitamente; ou nem mesmo a expressão — *permitter* — é propria, fallando rigorosamente o direito não se importava que eu, por minha livre vontade, me suicidasse ou não, porque este acto cahia dentro da minha esphera juridica, onde o direito é extranho, cahia 'num campo onde o direito não tem intervenção alguma, porque elle só governa fóra da esphera juridica, e por consequencia não podia encontrar-se com a moral 'num campo onde lhe é vedada a entrada. Na 2.<sup>a</sup> parte do §. (*Dada porém a segunda, etc.*) diz o Comp. que a impossibilidade moral relativa não annulla o contracto; i. é, se um individuo

me vende um livro, poderá depois arrepender-se, dizendo, que falta á obrigação moral de o dar a um parente, que d'elle precisa? O Comp. decide negativamente; e dá duas razões, ambas a *posteriori*. A 1.<sup>a</sup> está nas palavras—*porque só o promittente etc.* até—*ser enganado*. Com effeito aquelle que vendeu o livro era o unico que estava nas circumstancias de saber se a venda do livro o inhibia de satisfazer a uma obrigação moral; e por consequencia se não avaliou bem as suas circumstancias *sibi imputet*, porque o comprador tinha direito a não ser enganado. Se quando fez a venda do livro já conhecia que faltava a esta obrigação moral, é responsavel perante a sua consciencia, mas não póde arrepender-se, porque elle tinha obrigação juridica de não faltar á verdade ao comprador, pois que esta entrava como *condição* do contracto. Por isso o comprador póde exigir a entrega do livro, posto que a razão moral lhe ordene o modificar o rigor do direito. A 2.<sup>a</sup> razão está nas palavras—*Finalmente, etc.*, até ao fim. Com effeito se acaso a falta de cumprimento d'uma obrigação juridica fôsse pretexto para annullar um contracto, este nunca faltaria, á vista dos exemplos, que o Comp. apresenta na nota 6.<sup>a</sup>; mas nós já demonstrámos que os contractos são um meio muito frequente e poderoso para o homem conseguir o seu destino, logo o direito não deve consentir que o dolo e a fraude sejam pretexto para faltar á santidade, que lhes é devida.

## SECÇÃO VI.

### SOCIEDADE EM GERAL.

#### §. 220.

'Neste §., que pôde considerar-se como uma razão d'ordem entre as doutrinas antecedentes e as d'esta secção, apresenta o Comp. o ponto de contacto e as diferenças entre os *contractos* e as *sociedades*. O ponto de contacto está — em que *tanto as sociedades, como os contractos, são factos da vida social*, i. é, só se dão na vida social; e a razão é porque nos *contractos* é necessaria pelo menos a reunião de duas pessoas para pactuarem, e nas *sociedades*, que se formam pelos pactos, é mister tambem pelo menos duas pessoas para se associarem; por tanto ambos estes factos presuppõem o contacto dos homens, e por isso com razão diz o Comp. que *tanto os contractos, como as sociedades, são factos da vida social*. Differem porém os *contractos* das *sociedades* em que o objecto dos *contractos* é *transitorio*, e o das *sociedades* *permanente*. O Comp., quando diz que o objecto dos *contractos* é *transitorio*, não quer dizer que não haja *contractos* de longa duração, porque a *emphyteuse*, por exemplo, de que elle tractou no §. 193, pôde ser perpetua, mas sim que as obrigações, provenientes dos *contractos*, se cumprem momentaneamente e d'um só jacto, assim no *contracto* da compra e venda, logo que o vendedor entrega a coisa e o comprador paga o preço, estão cumpridas as obrigações. Pelo contrario o objecto das *sociedades* é *permanente*, porque tem um fim commum para cujo conseguimento os socios devem trabalhar constantemente. Assim uma sociedade scientifica, na qual os socios, por seus esforços reunidos, procuram conseguir a instruc-

ção, só depois de longos trabalhos e aturados estudos é que poderá conseguir o seu fim. No ultimo periodo do §. (*Depois, etc.*) deduz o Comp., em conclusão, a proposição—que parece de *razão* o tractar do direito da sociedade depois dos contractos. Com effeito se os pactos precedem naturalmente as sociedades, porque estas só se formam pelos contractos; e se nós tractámos nas duas secções antecedentes da materia dos contractos: é logico tractar em seguida das sociedades. Sr. Ferrer, Curso, pag. 396. Ahrens, pag. 483. Bruchner, 363.

§. 221.

'Neste §. dá-nos o Comp. a definição de sociedade. Na 1.<sup>a</sup> parte do §. acha-se a definição de *sociedade*, que é — *a reunião d'um numero maior ou menor de pessoas; d'onde se vê que uma sociedade não pôde constar de menos de duas pessoas, mas tambem bastam duas pessoas para a formarem. Que livremente se obrigaram.* Com estas palavras mostra o Comp. que o fundamento das sociedades são os contractos, e que só podem entrar 'numa sociedade os que têm *vontade livre*, porque só estes podem celebrar um contracto. *A procurar por seus esforços reunidos um fim commum.* O Comp. não quer dizer com estas palavras, que os diversos membros da sociedade não possam ter fins particulares segundo as suas circumstancias e abstraindo do fim da sociedade, mas sim que em toda a sociedade ha de haver um fim geral em que todos concordam, a que todos se propõem, e para o qual encaminham seus esforços. Por consequencia requerem-se trez cousas para a existencia d'uma sociedade: 1.<sup>a</sup> uma reunião de pessoas; 2.<sup>a</sup> um fim commum; 3.<sup>a</sup> uma constante união de forças e trabalho para a consecução d'este fim. Na 2.<sup>a</sup> parte do §. (*A identidade, etc.*) diz o Comp. que a sociedade nas suas relações exteriores se considera como uma *pessoa* em razão da identidade do fim. Quer dizer—Os diferentes socios d'uma sociedade são pessoas distinctas uns em relação aos outros, e mesmo em relação aos individuos extranhos à sociedade, em todos os actos que não respeitarem ao fim social; mas pelo que respeita aos negocios que se referem

ao fim social, como todos os socios têm o mesmo interesse no conseguimento do fim *commum*, formam uma unidade em razão da identidade do fim da sociedade, têm, por assim dizer, uma só vontade, e são considerados, em relação aos extranhos, como uma só *pessoa*. Porém esta pessoa não é *physica*; pelo contrario a sociedade abrange tantas pessoas *physicas*, quantos são os seus membros; mas sim *moral*, i. é, é uma só pessoa em quanto aos direitos e obrigações em relação a terceiros, e *collectiva* porque abrange uma multidão de pessoas *physicas*.

*Nota.*

Vid. 'Nesta nota faz o Comp. uma observação, dizendo que o homem tem exclusivamente a faculdade da *associação*. Effectivamente a sociedade é um resultado da faculdade d'associação, e do conhecimento, confirmado pela experiência de todos os dias, de que o homem, para viver, e maiormente para viver e ser feliz, necessita do concurso constante dos seus semelhantes. O germen das sociedades encontra-se na tendencia instinctiva, que o homem tem para a mutua convivencia; porém o seu desenvolvimento e modificações são devidos ao progresso das luzes dos individuos e da cultura e civilisação dos povos. Á proporção que as luzes se dilatam, e a civilisação cresce, novas relações se descobrem, que estreitam os vinculos sociaes entre os homens, o espirito d'associação é mais forte, e a esphera das sociedades mais larga, as existentes se aperfeiçoam, as novas se formam com melhor direcção, e todas ellas apparecem com o sêllo da superioridade da intelligencia e da vontade mais livre. Porém esta qualidade, que se manifesta no homem d'um modo tão pronunciado, não é pertença d'algum outro ser da creação. Não existe nos *brutos*, apezar de occuparem o grau immediatamente inferior ao homem na escala da creação; porque estes se entram 'nalguma ligação, é momentanea e para satisfazer alguma necessidade, satisfeita a qual voltam ao estado de isolamento. Nem elles, como limitados á satisfacção das sensações, precisam para satisfazer as suas necessidades de con-

curso extranho. Sr. Ferrer, Curso, §. 662. Darimon, pag. 92. Jouffroy, §. 134. Ahrens, pag. 484—485.

§. 222.

'Neste §. consigna o Comp. a idéa de que o direito deve fornecer as condições para que o homem possa entregar-se a todas as sociedades. *Já vimos*, etc. Sendo muitos os fins a que o homem se pôde propôr—religiosos, moraes, scientificos etc.; e sendo a sociedade uma condição necessaria para o conseguimento d'estes fins: é consequente que ha de haver tantas especies de sociedade, como ha de fins principaes para o homem. Porém nenhuma d'estas sociedades abraça o homem todo inteiro, nem deve absorver toda a sua actividade. São varios os elementos que constituem a natureza humana, e que tendem á sua manifestação na vida social. O homem não tem só a realisar o principio do direito ou da religião, mas tambem o da moral, da industria, etc., e por isso não ha de ser membro só da sociedade religiosa ou politica, mas tambem da moral e industrial etc.; e o direito, que subministra todas as condições de desenvolvimento da vida do homem, deve garantir todas as condições para que elle consiga todos estes fins, e por isso se entregue ás diversas sociedades, que tendem ao conseguimento d'elles. É verdade que o homem, attenta a limitação das suas faculdades, a brevidade da sua existencia e a escassez dos seus recursos, precisa de se dedicar de preferencia a um ou outro fim, porque não pôde cultivar-os todos egualmente e com proveito. Todavia nem por isso que o homem cultiva d'uma maneira predominante um fim, se segue que abandone completamente os outros, e que deixe de entregar-se ás sociedades que os proseguem; antes a experiencia mostra que o homem, posto que se dedique especialmente a um fim, é membro das diversas sociedades que procuram o desenvolvimento dos diversos elementos da natureza humana. Ora é ao homem que compete a escolha d'estes fins: 1.º porque só elle conhece a sua vocação e por isso o fim a que pôde propôr-se em harmonia com a sua natureza, bem como os recursos com que conta para satisfazer ás necessidades do fim: 2.º porque é pessoa,

existe por causa de si mesmo, e, como tal, independente, e sem obrigação de se sujeitar aos fins que outrem lhe quizesse impor; ora o direito deve fornecer as condições para o conseguimento d'estes diversos fins; mas a primeira e mais essencial condição são as sociedades: logo o direito deve fornecer as condições, ou garantir ao homem a formação ou entrada para toda e qualquer sociedade, que prosiga um fim racional. Sr. Ferrer, Curso, §. 664.

§. 223.

'Neste §. mostra o Comp. que são necessarios dois contractos para a formação de qualquer sociedade, — *pacto d'união*, e de *constituição*. O Comp. diz qual é o objecto d'um e d'outro contracto, O Comp. observa que o pacto *d'união* não é ordinariamente revestido de fórmulas solennes, que obriguem expressamente os individuos que o celebram a cumprir as obrigações que resultam da convenção. Porém logo que os pactuantes se reúnem, discutem o seu programma, e concordam no fim commum, o pacto *d'união* existe de facto. Mas a sociedade não existe ainda só por este contracto; é mister um outro, a que chamamos — *pacto de constituição* o qual determina as condições geraes, debaixo das quaes todos os membros consentem em cooperar para o fim da sociedade; por quanto todos os pactuantes podem estar unanimes sobre o *fim*, sem estarem d'accôrdo ácerca dos meios, que se devem empregar para o conseguir. Ora, como cada um deve livremente consentir sobre os meios, com que ha de pela sua parte contribuir, uma sociedade não está *definitivamente constituida*, senão depois de se ter verificado o consentimento geral de todos os membros ácerca dos *meios d'acção*; e por isso ainda depois do pacto *d'união* é permittido a cada membro retirar-se da sociedade, se lhe não convém os meios propostos: logo para a formação d'uma sociedade não basta o pacto de *união*, mas é mister tambem o de *constituição*.

*Nota.*

Vid. As condições *geraes* são aquellas que têm de em-



pregar-se sempre, quaesquer que forem as circumstâncias da sociedade, taes são as clausulas em que se estipula— se a sociedade ha de ser administrada pela *maioria* dos socios ou por *administradores*, etc.; em contraposição ás *particulares*, que dependem das diversas circumstancias em que pôde encontrar-se a sociedade, devendo sujeitar-se á sua influencia, sendo comtudo modeladas e nunca oppostas ás condições geraes. Sr. Ferrer, Curso, §. 668. Ahrens, pag. 491. Bruchner, §. 364.

### §. 224.

'Neste §. prova o Comp. que é necessaria a *unanimidade* dos votos de todos os socios tanto no pacto união, como no de constituição; e dá a razão da proposição no 1.º periodo do §.—*Como não*, etc. Com effeito se nós não podemos tractar os outros como cousas, visto que são egualmente pessoas juridicas, que têm um fim proprio, é claro que não podemos obrigar-os a pertencer a uma sociedade e a trabalhar para um fim, em que não consentiram, porque isso seria o mesmo que sujeital-os á nossa vontade e escravisal-os. A obrigação de viver em sociedade é moral, e não juridica, pois que a sociedade é uma condição para o homem conseguir o seu fim, e o dever d'usar das condições é moral e não juridico. Por consequencia é mistér que todos sem excepção concordem, tanto no pacto de união, como no de constituição, para serem *unanimis*, porque só um que discorde já não ha *unanimidade*, e portanto não é obrigado a fazer parte da sociedade. Na ultima parte do §. (—*Porém*, etc.) falla o Comp. da administração da sociedade. Com effeito toda a sociedade precisa d'um governo ou d'uma administração, sem o que não pôde subsistir, nem conseguir o seu fim. Este governo, como o fim da sociedade é *um*, deve encaminhar para elle toda a acção, e imprimir na sociedade uma direcção uniforme. Seria para desejar que esta unidade de direcção fosse o resultado do concurso unanime de todos os membros, porém a experiencia mostra que este principio não pôde realisar-se 'numa sociedade; porque as vontades e as opiniões, apesar do seu accôrdo

sobre o fim geral, estão segundo o interesse particular predominante ou segundo o diverso modo de encarar as cousas, muitas vezes em total divergencia, quando se tracta de pôr em execução algum meio social, verificando-se a regra — *tot capita, quot sententiae*. Por isso é forçoso recorrer para a administração da sociedade a algum dos dois meios que o Comp. aponta, que vem a ser ou a *maioria* dos membros da sociedade, ou *administradores*, que podem ser ou membros da sociedade ou pessoas estranhas.

Póde a sociedade ser administrada pela *maioria* dos votos dos seus membros, porque se presume que a verdade, a razão e a justiça estão da parte da maioria; presumpção fundada na experiencia de que é mais facil enganar-se o numero menor do que o maior. É verdade que esta presumpção, só porque é presumpção, póde falhar, achando-se a razão da parte da minoria; porém isto é uma excepção, e nós devemos regular-nos pelo que ordinariamente acontece. A maioria divide-se em absoluta e relativa. É *absoluta*, quando metade e mais um do numero total combinam 'numa opinião, assim sendo 100 os socios a maioria *absoluta* são 51. É *relativa*, quando diferentes opiniões dividem os socios sem que alguma d'ellas seja abraçada por metade e mais um; assim se os socios são 24, dos quaes 7 seguem uma opinião, 8 outra, e 9 uma terceira, estes 9 são maioria *relativa*. Ora é necessario que no pacto de constituição se expresse por qual dos dois modos se hão-de decidir as questões d'uma sociedade administrada por maioria, i. é, se por maioria *absoluta*, se por maioria *relativa*, para que esta lacuna não dê logar a duvidas e embaraço o expediente. É igualmente necessario o determinar no pacto de constituição se a maioria se deve contar só com relação aos presentes, ou com relação aos ausentes. Por exemplo, são 100 os socios, e estão presentes 80, se a maioria se contar com relação aos presentes 41 são a maioria absoluta, se com relação aos ausentes 51 são a maioria absoluta. Em quasi todas as sociedades a maioria se costuma contar só com relação aos presentes, porque se presume que os ausentes, pelo facto de não comparecerem, tacitamente adherem á opinião da maioria dos membros presentes. Mas para isto é necessario que os membros

reunidos constituam pelo menos a maioria absoluta dos socios, aliás poderia a sociedade ser regulada pela minoria, dominando a maioria. Póde a sociedade ser governada por administradores, escolhidos por ella para gerirem os seus negocios; e o poder que estes exercem, provém-lhes da delegação, obrigando em seu nome a sociedade para com tereiros, bem como estes para com ella. Porém ou seja a maioria dos socios, ou administradores, que governem a sociedade, incumbe-lhes o prescrever os meios, em harmonia com as circumstancias, para pôr em execução as ~~clausulas~~ estipuladas no pacto de constituição. O governo da sociedade nunca póde alterar as condições geraes estabelecidas 'nesse pacto, cuja reforma é da exclusiva competencia de toda a sociedade, mas apenas fazer os regulamentos para a melhor execução d'esse pacto e em harmonia com elle.

*Nota.*

Vid. 'Nesta nota faz o Comp. uma observação. E diz que nas sociedades, que não têm numero *determinado* de socios, nem todos concorrem para a formação do pacto de constituição; e quando são admittidos novos membros, consentem 'nelle: assim um individuo, que hoje fôr admittido para socio da Academia Real das Sciencias de Lisboa não ajuda por certo a confeccionar os estatutos d'esta sociedade, que estão feitos e approvados desde a sua organização; apenas consente 'nelles pelo facto de entrar para aquella sociedade. Pelo contrario nas sociedades, em que o numero dos socios, ou das acções é fixado desde o principio, a constituição definitiva não deve ter lugar, senão pelo concurso e deliberação de todos aquelles, que, tendo manifestado a intenção de virem a ser membros da sociedade, tiverem concorrido 'nesta qualidade ao pacto precedente d'união. Muitas vezes na pratica não se segue este modo justo e racional de formação d'uma sociedade; mas 'nestes casos, em que uma minoria faz a lei para a maioria, os interesses do maior numero são d'ordinario mais ou menos prejudicados em proveito d'aquelles, que se têm repartido as funções da administração. Jouffroy, §§. 138 — 139, e 243 — 247.

## §. 225.

'Neste §. prova o Comp. que as leis das sociedades devem ter um character uniforme. No 1.º periodo falla das condições *geraes*. Com effeito se toda a sociedade tem um fim geral e unico a que se dirige, porque ainda que prosiga fins particulares, estes não são mais do que meios para o conseguimento do fim geral, e, como taes, a elle subordinados; e se estas condições prescriptas no pacto de constituição são meios para a sociedade conseguir o seu fim; se os meios para a consecução d'um fim devem ser uniformes, e formar um todo harmonico, sem o que estarão em opposição com esse fim: é consequente que deve haver o maior cuidado em imprimir um character de unidade nas condições estabelecidas no pacto de constituição. Porém nós já dissemos no §. antecedente, que, além d'estas condições *geraes*, ha as condições *particulares* dependentes da escolha da *administração* da sociedade em harmonia com as circumstancias em que esta se achar; ora como estas condições devem dirigir-se tão immediatamente ao fim da sociedade, como as *geraes*, porque são meios igualmente indispensaveis para o conseguimento do fim; por isso o Comp. propõe um alvitre no resto do §. (*Para que a direcção*, etc.) que serve para uniformisar estas condições. De feito, 'numa sociedade muito pequena pôde haver unidade nas condições particulares, ainda que a sociedade seja administrada por todos os socios, porque é facil a combinação entre poucos, e até mui provavel 'numa sociedade pequena, que se forma d'individuos escolhidos e accordados uns pelos outros. Porém esta harmonia de opiniões e vontades é impossivel 'numa sociedade numerosa, onde os differentes membros seguem diversas opiniões segundo os seus habitos, posição, educação, etc.; quanto mais que 'numa sociedade muito numerosa, v. g., uma nação, seria impossivel a reunião da maioria dos socios sem graves transtornos para a ordem pública, e compromettimentos para os interesses da sociedade. D'aqui vem a razão, porque os socios devem nomear administradores da sua confiança, e que dêem garantias de desempenhar devidamente o mandato, em quem deleguem os seus poderes de admi-

nistrar, sujeitando-se ás leis que a direcção estabelecer, porque só assim haverá um character d'unidade nas condições *particulares*. E quaes são os limites que encerram os poderes d'esta direcção? É o que o Comp. diz no fim do §. — *em tudo o que não*, etc. Com effeito estes delegados, longe de serem nomeados para deixarem de cumprir as leis, são escolhidos para as cumprirem, e por isso devem respeitar o pacto de constituição, que é superior aos seus poderes e cuja execução lhes incumbe, não podendo estabelecer regras algumas que lhe sejam contrarias. Um outro ponto a que os administradores devem sujeitar a sua vontade são — as exigencias do *fim social*; porque se elles foram escolhidos para empregarem todas as diligencias para o conseguimento d'este fim, e 'neste sentido se sujeitou á sua direcção a sociedade: segue-se que todos os actos contrarios a este fim sahem fóra dos limites da delegação e são injustos. Finalmente ou os actos da direcção são conformes ás leis fundamentaes da sociedade e ao fim social, ou não: no primeiro caso a sociedade deve sujeitar-se á direcção, porque esta nada mais faz do que o que aquella lhe encarregou; no segundo a sociedade tem direito de reagir, e oppôr-se a todos os actos da direcção, porque se oppõem ao mandato, e o mandatario não póde estender os seus poderes além dos limites traçados na procuração.

#### Nota 2.<sup>a</sup>

Vid. Ainda que seja costume o empregar os termos, de que o Comp. usa 'nesta nota, — *poder soberano, governo*, etc. só com relação á grande sociedade civil; podem igualmente applicar-se a outras sociedades mais pequenas, v. g. a uma sociedade commercial, a uma sociedade de beneficencia, etc. onde ha de haver indispensavelmente uma *direcção* ou *administração* a que podemos chamar — *governo*, e que exerça os poderes que lhe são conferidos pelos compromissos ou estatutos d'essas sociedades, á reunião dos quaes podemos chamar — *poder soberano*.

*Nota.*

Vid. 'Nesta nota faz o Comp. uma observação, e quer dizer — que os directores d'uma sociedade formam uma pessoa moral distincta d'essa sociedade, cujos negocios administram, que é outra pessoa moral: assim o governo Portuguez é uma pessoa moral á frente da sociedade — Nação Portugueza, a qual tem direito a exigir d'aquelle que lhe administre justiça, e este direito a exigir d'ella que lhe forneça os recursos necessarios para o desempenho da sua missão. Sr. Ferrer, Curso, §. 141. Jouffroy. §§. 135, 140—150, e 249—251.

## §. 226.

'Neste §. aponta o Comp. a divisão dos principaes poderes que constituem a soberania. É certo que o poder soberano é unico por sua origem e por seu fim; divide-se porém em relação aos diferentes modos da sua manifestação ou da sua applicação. A materia contida 'neste §. é mui vasta, enche volumosos tractados de celebres publicistas, dá margem ás mais ferteis questões, e forma o capitulo mais importante do direito politico, e por isso limitarnos-hemos á succincta explicação da doutrina do §.

O Comp. diz-nos quaes são as attribuições do poder *legislativo, administrativo e judicial. Pertence ao poder legislativo*, etc. As leis, feitas pelo *poder legislativo*, differem das leis fundamentaes estabelecidas no pacto de constituição; porque estas são as condições geraes, e independentes das circumstancias, a que o poder legislativo deve attender para averiguar quaes as condições que segundo ellas são mais convenientes á sociedade. Por exemplo o nosso poder legislativo, que se compõe dos trez braços, — Camara dos Deputados, Camara dos Pares, e sanção do Rei, póde fazer leis segundo as circumstancias e necessidades sociaes, mas estas leis são secundarias e subordinadas ás primarias, que são as disposições *puramente constitucionaes*, consignadas na nossa Carta Constitucional, as quaes só o poder constituinte, e não o legislativo, póde alterar. Estas leis tiram a sua força obrigatoria da delega-

ção, pois que os **socios** por este facto se obrigaram a obedecer ás determinações da direcção, que não offendessem as leis fundamentaes e se dirigissem ao fim social. Ao *poder administrativo*, etc. Não basta só fazer as leis; se estas forem letra morta, de certo não acodem como remedio ás necessidades sociaes para que são feitas: d'aqui veio a necessidade d'um poder que fizesse executar essas leis, a que chamamos — *poder executivo*. Este poder não pôde subtrair-se á observancia da lei, antes deve ser o primeiro a cumpril-a, nem fazel-a; apenas lhe incumbe designar e empregar os meios mais aptos para a fazer executar. *Finalmente*, etc. Podem occorrer litigios sobre a execução das leis, já entre os cidadãos, já entre estes e os governantes, e o poder encarregado de as decidir á vista da lei, feita pelo poder legislativo, é o — *poder judicial*. Alguns escriptores subdividem o poder executivo em *politico*, que estuda os meios mais aptos para a execução das leis e boa direcção dos negocios sociaes; e *administrativo* ou *executivo propriamente dito*, que dá realidade pratica, e põe em effectiva execução esses meios. Outros subdividem o *poder judicial* em *judicial propriamente dito* que decide as questões, que se levantam da luta entre os direitos privados, ou entre estes e os da sociedade; e *contencioso administrativo* que decide as questões que se levantam entre o interesse geral e os direitos privados: e existem em muitas nações tribunaes administrativos a quem compete o *contencioso administrativo*, para o fim de proteger a independencia do poder administrativo contra o antagonismo do poder judiciario, e contra os inconvenientes, que poderia arrastar algumas vezes uma intelligencia insufficiente das necessidades administrativas.

É certo que a unica divisão logica, que podemos fazer dos poderes, que constituem a soberania, é em *legislativo* que faz as leis, e *executivo*, que as executa, não sendo o *poder judicial* senão um ramo do *executivo*. Porém a importância das questões de direitos privados, e a necessidade de manter a independencia dos magistrados, que tivessem a seu cargo o decidil-as, para a boa administração da justiça, fez reconhecer este terceiro poder, que apparece consignado em todas as constituições dos povos

livres. Porém ainda que o poder *executivo* e o *judicial* tenham um ponto de contacto e uma relação d'affinidade, em serem os órgãos da applicação da lei; distiguem-se comtudo as suas funcções porque a applicação da lei é de duas especies. A applicação da lei póde ser provocada pelas discussões ou contestações entre os particulares sómente ou entre os particulares e as auctoridades do Estado, e 'neste caso pertence ao poder *judiciario*; ou a applicação da lei se faz sem esta provocação, naturalmente, a todos os casos, a todos os generos de relações para os quaes a lei tem sido promulgada, e 'neste caso é da competencia do poder *executivo*. Já se vê que a esphera d'acção d'estes dois poderes, posto que se dirijam ambos ao mesmo fim, — a applicação da lei, é differente. A do poder *judiciario* é a menos extensa, porque a sua acção não é senão eventual, manifestando-se nos casos de contestações sobre o direito ou sobre a applicação da lei; em quanto que a acção do poder *executivo* é incessante, é geral, fazendo-se sentir sempre em todos os dominios da ordem pública. O poder *executivo* é o juiz da bondade das medidas minuciosas que se devem tomar nas differentes circumstancias, e para os diversos generos da administração pública; pelo contrario o poder *judiciario* repousa em uma funcção *logica* que consiste na subsumção de casos particulares dados debaixo das premissas da lei.

Duas são as razões por que os poderes constitutivos da soberania se têm desmembrado, confiando-se o seu exercicio a differentes pessoas: 1.º a impossibilidade de que um só individuo, no estado presente do desenvolvimento e complicação dos negocios d'uma sociedade, tivesse a intelligencia, os conhecimentos e o tempo preciso para acudir ás necessidades sociaes; 2.º a facilidade, com que esse individuo, vendo-se revestido de todos os poderes soberanos sem tribunal perante quem responder ou outro poder que vigiasse e contrabalançasse a sua acção, poderia abusar da sua força para satisfazer as suas paixões ou promover os seus interesses á custa da sociedade. A estes poderes, etc. Os differentes poderes — *legislativo*, *executivo* e *judicial* poderiam, levados d'um dezejo natural de engrandecer o seu dominio e estender a sua acção, invadir a esphera uns dos outros, e era mister um terceiro impar-



cial, e superior, pela sua posição e conhecimentos, ás paixões e aos interesses, para os fazer entrar de novo na sua orbita, e fechar a porta aos seus abusos, sendo, por assim dizer, chave de toda a organização política. A este poder tem-se dado diversos nomes, mas na nossa Carta Constitucional chama-se — *poder moderador*; e compete ao rei. Assim quando ha opposição entre o nosso *ministerio* e alguns dos corpos legisladores, v. g., a *Camara dos Deputados*, o rei é o competente para conhecer qual dos dois poderes tem razão ou é apoiado pela opinião pública, e assim demittir o *ministerio*, ou dissolver a *Camara*, segundo fôr mais conveniente aos interesses do paiz. O primeiro publicista, que fez observar a necessidade do estabelecimento do *poder moderador*, foi Fichte; porém este poder segundo elle, não devia exercer uma acção positiva, mas simplesmente negativa ou prohibitiva. 'Nalgumas constituições, este poder não tem orgão especial; está reunido em parte ao poder *executivo*, que exerce a inspecção na maior parte dos ramos d'administração, em parte ao poder *legislativo*, que por muitas constituições tem sido investido do direito de fazer averiguações em relação a actos d'administração. Porém a logica politica pede que este poder tambem seja constituído socialmente, que as suas attribuições sejam bem fixadas, e que as suas relações com os outros poderes estejam estabelecidas em conformidade com os principios que regulam as suas funcções.

### §. 227.

'Neste §. prova o Comp. que a sociedade goza de direitos *absolutos* e *hypotheticos*. No primeiro período do §. (vid.) dá a razão da proposição. Se a sociedade é uma reunião de pessoas que se associam para conseguir um fim commum; se o todo ha de ter a mesma natureza das partes; segue-se que a sociedade ha de gozar dos mesmos direitos que competem aos socios. O homem não perde os seus direitos na sociedade; pelo contrario torna-os efficazes pela poderosa garantia do auxilio dos outros, e por isso o conjuncto dos membros da sociedade ou a sociedade ha de gozar dos direitos, que pertencem a cada um

dos socios, como partes distinctas. D'estes principios podemos deduzir a conclusão, que o Comp. apresenta no segundo periodo do § — (*Tem pois, etc.*) Com effeito se o homem goza de direitos *absolutos*, que resultam exclusivamente da natureza humana, como são o direito de personalidade, liberdade, etc. e direitos *hypotheticos* que se derivam da natureza humana, intervindo da parte do homem algum facto de aquisição; e se a sociedade tem os mesmos direitos, que competem a cada um dos seus membros: é consequente que a pessoa moral da sociedade goza de direitos *absolutos* e *hypotheticos*. Na segunda parte do §. (*E como, etc. até ao fim*) indica o Comp. o fundamento da divisão do direito da sociedade em *interno*, que regula as relações entre os socios governados e entre estes e os governantes; e *externo*, que regula as relações entre a sociedade e os individuos ou sociedades, que lhe são extranhos.

#### Nota.

'Nesta nota aponta o Comp. uma objecção que poderia offerecer-se contra a doutrina do § — quando diz que a sociedade goza de direitos *absolutos*; e responde-lhe. A objecção está no periodo (vid.) e é a seguinte — se as sociedades são obra da vontade dos homens, e um resultado do pacto d'união e de constituição; se os direitos em cuja existencia intervem algum facto são *hypotheticos*; e se os pactos são factos da vida social: segue-se que a sociedade goza sómente de direitos *hypotheticos*. Porém o Comp. responde á objecção no resto da nota. — *No entretanto, etc.* O fundamento da objecção está em considerar os direitos das sociedades, como filhos dos contractos que deram origem á sociedade. Porém esta base é falsa; porque, posto que a sociedade seja resultado d'um contracto, os direitos *absolutos* são resultado da natureza dos individuos que compõem essas sociedades, e que já existiam antes d'ellas, como existia a natureza em que elles se fundam. Os direitos *absolutos* são as condições geraes, para assim dizer, que legitimam o emprego das condições particulares para os diversos fins do homem; mas estes fins são coevos com a natureza humana: logo os direitos, que

lhes servem de condições primarias, hão de ser egualmente coevos com essa natureza. Nem os fins nem os direitos derivam da sociedade; pelo contrario esta forma-se para o effeito de melhor se conseguirem aquelles fins e garantir aquelles direitos. Sr. Ferrer, Curso, §. 692. Ahrens, pag. 495—497.

§. 228.

Vid. 'Neste §. diz-nos o Comp. qual é o objecto do direito *interno*. E diz o Comp. que elle abrange as condições que os socios devem empregar para o conseguimento do fim social, visto que o direito exprime sempre a idéa de *condição*. Ora o direito *interno* abrange tanto o *fundamental* como o *secundario*, visto que qualquer d'estas duas especies de direitos encerram condições que os socios devem realisar para conseguir o fim social. O direito *fundamental* é o que se acha expressado na constituição, tal é a disposição da nossa Carta Constitucional, que garante a entrada para os empregos publicos a todos os cidadãos, sem outra distincção que não sejam as virtudes e o talento. O direito *secundario* é estabelecido pelo poder legislativo em harmonia com o pacto de constituição, tal é, por exemplo, o direito estabelecido no nosso Codice Penal.

§. 229.

'Neste §. tracta o Comp. do direito *externo* da sociedade. No primeiro periodo (vid.) diz-nos em que consiste este direito. Com effeito se todo o homem tem direito a que os outros lhe prestem as condições, já *positivas* a que se obrigaram por um facto seu, já *negativas* pela obrigação geral de respeitar a personalidade alheia, para o conseguimento do seu fim; e se a sociedade é uma reunião de homens ou uma pessoa; é consequente que ella tem direito a exigir das pessoas estranhas que lhe prestem estas condições, ao qual direito chamâmos — *externo*. Assim, continua o Comp., i. é, por este mesmo principio a sociedade pôde exigir que os outras a não embaracem no exercicio dos seus direitos absolutos e hypotheticos; porque assim como o homem é independente da vontade dos

outros, também a sociedade pôde pretender que as pessoas extranhas cumpram a obrigação geral e negativa de a não embarçarem quer na sua *organisação* quer no seu regimen interior: já porque só a sociedade pôde saber o que lhe convém e escolher os meios mais aptos e a administração mais idonea para conseguir o seu fim social; já porque sendo independente, como as pessoas naturaes que a compõem, tem o direito de coacção contra qualquer extranho que queira entremetter-se nos seus negocios, porque este invade a sua esphera juridica, e lesa-a. Até aqui tem o Comp. fallado com relação aos direitos absolutos; no resto do §. (*Póde em fim*, etc.) refere-se aos hypotheticos, i. é, áquelles cujo titulo particular é um facto d'acquisição. Em fim a sociedade, como pessoa juridica, tem os mesmos direitos e as mesmas garantias para a sua execução, que qualquer homem.

## §. 230.

Vid. 'Neste §. apresenta o Comp. as definições de sociedades, — *simples*, e *compostas*. Sr. Ferrer, Curso, §. 674.

## §. 231.

Vid. 'Neste §. faz o Comp. a divisão da sociedade em — *igual* e *desequal*. A *igual* é aquella em que todos fazem as leis e todas as executam, e por isso não ha classes particulares de soberanos ou subditos: todos são soberanos quando as fazem, todos são subditos quando as executam. Sr. Ferrer, Curso, §. 675.

## §. 232.

'Neste §. enumera o Comp. os diversos modos por que *acabam* as sociedades: depois de ter tractado dos modos como ellas se organisam. Na primeira parte do §. — (*As sociedades temporarias*, etc.) expõe os modos porque acabam as *sociedades temporarias*, i. é, que não abrangem a personalidade inteira do individuo, mas se referem sómente a fins particulares. 1.º (vid.) E a razão é por que se realisa a condição resolutive, de cuja existencia dependia a disso-

lução da sociedade. 2.º (vid.): E a razão é porque seria absurdo o continuar uma sociedade sem *ter fim*; se a razão da organização da sociedade foi para obter um fim, obtido este cessa a causa, e por isso deve cessar o effeito. 3.º (vid.) Aqui entra a regra — *ad impossibilia nemo tenetur*. 4.º (vid.) E a razão é porque se as *perpetuas* acabam, com mais razão devem acabar as *temporarias*. Na 2.ª parte do §. (*Estas ordinariamente, etc.*) aponta trez modos pelos quaes podem acabar as sociedades perpetuas. O primeiro e segundo modo derivam-se da regra — *ad impossibilia nemo tenetur*. Em quanto ao terceiro tem lugar a regra — *de que as cousas juridicamente pelos mesmos modos que se fazem, por esses se desfazem*; ora se as sociedades se formaram pelo mutuo consenso, é concludente que pôdem dissolver-se por um outro mutuo consenso, a que chamaremos — *mutuo dissenso*.

#### Nota 1.ª

Vid. 'Nesta nota faz o Comp. uma excepção à doutrina estabelecida no §. quando disse que as sociedades *perpetuas* ordinariamente não acabam, mas podem acabar, como todas as cousas humanas, — dizendo que a Igreja de Jesu Christo nunca pôde acabar, o que se deduz, além d'outros textos das paginas sagradas, do cap. 28 de S. Matheus, v. 20. — *Et ecce ego vobiscum sum omnibus diebus, usque ad consummationem saeculi*.

#### Nota 2.ª

Vid. 'Nesta nota resolve o Comp. uma questão, muito agitada entre os escriptores, — se qualquer socio tem direito a retirar-se da sociedade quando quizer? O Comp. faz distincção entre sociedades *perpetuas* e *temporarias*; e diz que tanto d'umas como d'outras o socio pôde retirar-se quando quizer, visto que elle entrou para ellas persuadido de que poderia alli encontrar as condições para o conseguimento do seu fim, se as não encontra tem direito de se entregar a outra: e quer o quizesse obrigar a persistir na primeira, desconhece o seu character pessoal, considerando-o não como fim para si, mas como

meio para os fins dos outros e fazia-lhe uma lesão. Ha porém uma differença — que nas sociedades *temporarias*, que ordinariamente são pequenas, e onde a saída d'um socio poderia comprometter gravemente os interesses sociaes, elle deve indemnisar a sociedade de todos os damnos que causar a sua saída intempestiva; quando nas sociedades *perpetuas*, que são muito numerosas, v. g., uma nação, onde faz pouca falta a saída d'um individuo, pôde sair sem ser obrigado a esta indemnisação. Ainda assim as constituições, que permitem a emigração, accrescentam a clausula — *guardados os regulamentos policiaes, e salvo prejuizo de terceiro*. E parece-nos que um cidadão não pôde sair da sociedade quando esta precisa do seu auxilio e de que elle lhe compense as vantagens que d'ella recebeu; assim um individuo não tem direito a sair da sua patria, quando é mister pegar em armas para a defender do inimigo que a ameaça; porque se tem sido socio para os commodos, é razão que o seja tambem para os incommodos. Sr. Ferrer, Curso, §. 693. Ahrens, pag. 488 — 499.

## SECÇÃO VII.

### FAMILIA.

#### §. 233.

'Neste §., que pôde considerar-se uma razão d'ordem entre as doutrinas da secção precedente e as d'esta, dá o Comp. a razão por que se occupa exclusivamente da sociedade da familia, e não tracta das outras especies de sociedade. Esta razão encontra-se na primeira parte do § desde — *Depois*, etc. até — *propriamente dicto*. Com effeito, estabelecidos os principios philosophicos da sociedade em geral, que servem como de preliminares para a d

monstração das doutrinas ácerca das sociedades particulares, seguia-se tractar de cada uma d'estas em particular, considerando-as: não só com relação aos diversos *íns*, que podem prosequir as pessoas que entram nellas, e assim teríamos de tractar da sociedade religiosa, moral, industrial, etc.; mas também com relação ás diversas *pe-soas* que constituem essas sociedades, e assim deveríamos tractar da sociedade familiar, municipal, nacional, etc. Porém, ainda que todas estas sociedades pertençam ao direito natural, o Comp. occupa-se exclusivamente da sociedade da *familia*; e a razão é porque o Comp. seguiu um methodo *legal*, i. é, sancionado pelos Estatutos da Universidade, que adoptaram a divisão que os philosophos antigos faziam do direito em publico e particular; e como estes apenas abrangem no quadro do direito natural a sociedade da *familia*, fazendo pertencer todas as outras especies de sociedade ao direito público, tanto interno como externo: o Comp. também tracta somente da sociedade da *familia* conformando-se com a legislação Académica, que seguiu o plano d'aquelles philosophos. No resto do §. (*As principaes*, etc.) diz-nos o Comp. quaes são as relações juridicas, que temos a estudar na sociedade familiar, que vêm a ser: 1.º as relações entre o marido e a mulher; 2.º as relações entre os paes e os filhos. Alguns escriptores também comprehenderam na sociedade da familia as relações entre *amos* e *creados*, dizendo que estes estão tão ligados com a familia, que bem se pôde dizer que são partes integrantes da mesma familia. Todavia parece mais philosophico o explicar estas relações pelo contracto de *locação e conducção* (vid. §. 190), que é a convenção pela qual alguém se obriga a dar a outro o uso d'alguma coisa não-fungivel ou o goso do seu trabalho por certo tempo e por certo preço. Ora neste caso estão os criados que prestam aos amos os seus serviços por um preço certo a que se chama — *soldada*. As vezes também fazem parte da familia outras pessoas, além das que o Comp. menciona, como são parentes, amigos, etc. Porém estas relações hão de regular-se pelos principios, que determinam o contracto da *sociedade do negocio* (vid. §. 194), que é a convenção pela qual duas ou mais pes-

soas p̄dem em commum cousas ou obras com o fim de dividirem os lucros entre si.

### §. 234.

Vid. O Comp. tracta em primeiro logar das relações entre o marido e a mulher, até o §. 241; e 'nisto segue a ordem genealogica das idéas, pois que as relações entre marido e mulher precedem naturalmente as relações entre paes e filhos, porque a existencia d'estes presuppõe necessariamente a união d'aquelles. Ora, como o *matrimonio* é o contracto que dá origem immediatamente a estas relações entre marido e mulher, pois que as relações entre paes e filhos só provêm mediatamente d'esta convenção, por isso o Comp. dá 'neste §. a definição de *matrimonio*. Effectivamente o *matrimonio* é um contracto porque 'nelle ha a união das vontades dos dois conjuges, d'onde resultam direitos e obrigações para ambos; mas será o matrimonio um sacramento? Estas questão é extranha á sciencia philosophica do direito, e da competencia exclusiva do direito divino positivo e da sciencia theologica. Sr. Ferrer, Curso, §. 700.

### §. 235.

'Neste §. prova o Comp. que o *amor* é o fundamento do matrimonio. O Comp. faz algumas considerações no §., d'onde deduz, em conclusão, no periodo final, — que não póde ser outro senão o *amor* o fundamento do matrimonio. *O instincto*, etc. Com effeito Deus, creando o homem, não podia deixar de lhe dar um meio ou um instrumento, que o preservasse da sua destruição, e por isso implantou na sua natureza o *instincto da conservaçãõ*, em virtude do qual o homem não só procura haver as condições necessarias para a conservaçãõ da vida, mas repellir todos os ataques contra a sua existencia. Este instincto é esclarecido pela intelligencia, que, apreciando a dignidade do ser, que a possui, lhe inspira com mais força o amor da vida, e o horror da morte. Porém ainda, que o individuo podessê d'esta fórma prover á sua conservaçãõ, não podia



contudo obstar á aniquillação da especie, visto que pela sua morte ninguem restava que o representasse; mas entrara nos decretos da sabia providencia, que a especie se propagasse, como se vê das memorandas palavras — *Crescite et multiplicamini* e por isso Deus gravou na natureza do homem o *instincto da propagação*, que leva os diferentes sexos a unirem-se e a reproduzirem-se, e que é tão necessario para a conservação da especie, como o *sentimento da conservação* para a duração do individuo. Porém este sentimento da *propagação* não consiste simplesmente na satisfação das sensações physicas, como acontece entre os brutos; i. é, o homem não deve realizar este sentimento pela simples consideração de obter um praser, mas sim com o fim de cumprir o dever que a providencia lhe impõe de concorrer para a *propagação da especie*. Este sentimento, quando é combinado com os outros principios racionaes da natureza humana, *produz* o sentimento delicioso que nos attrahe para o sexo da nossa especie, identificando a nossa com a sua existencia; e só neste caso é que este sentimento se diz — *amor*. Quando o individuo se entrega á — *Venus vaga* —, e se une com o outro sexo sómente para satisfazer as paixões sensuaes, assemelha-se ao bruto; não pôde então haver uma união perfeita, e acaba com o individuo do outro sexo, nem realizar-se o preceito do evangelho — *erunt duo in carne una*. Portanto sómente o *amor* pôde ser o fundamento d'uma sociedade, que tem por fim a communhão de toda a vida physica e moral das duas pessoas de diferente sexo que a compõem. Outra cousa poderão determinar as leis positivas, que não podem destruir um sentimento gravado na natureza de todos homens. Jouffroy, §§. 494—495. Thiercelin, pag. 100—105. Darimon, pag. 407—414.

### §. 236.

Neste §. mostra o Comp. quaes são os fins do matrimonio, que vem a ser: 1.º a *procreação e educação* da prole; 2.º e principalmente uma communhão perpetua de toda a vida physica e moral. Na 1.ª parte do §. (*Por tanto*, etc.) prova o Comp. que a *procreação e educação* da prole

é um, mas não o principal, dos fins do matrimonio. A *procreação* dos filhos é por certo indispensavel para se satisfazer ás vistas da natureza, pois que o matrimonio é a realisação do sentimento da propagação; e por isso não pôde deixar de ser um dos fins do matrimonio. Quanto á *educação* da prole basta dizer; que sem a mão bemfazeja dos paes os filhos não poderiam conservar-se, nem desinvolver suas faculdades physicas e intellectuaes; não poderiam ser homens. A educação é-lhes tão necessaria, como a existencia: e por isso é sem dúvida tambem um dos fins do matrimonio. Porém a questão não é, se a *procreação* e a *educação* são fins do matrimonio; mas se são *unicos* ou os *principaes*? É o que havemos deduzir da doutrina da 2.<sup>a</sup> parte do §. (*O fim geral, etc.*), onde se mostra que o *fim principal* do matrimonio é a união completa da vida physica e moral. De feito, a natureza, creando os dois sexos, cada um com character e qualidades differentes, depositou 'nelles, por meio d'esta organização, o *desejo* reciproco de se unirem, para se completarem um pelo outro, para se constituirem d'esta arte uma personalidade humana perfeita, e para chegarem a ser por sua união a causa da propagação do genero humano. A diversidade de character na constituição physica e intellectual do homem e da mulher produz o *amor*, que vai sempre acompanhado d'um sentimento de vazio e de lacuna, que sómente a união pôde encher. Este desejo da união é o d'uma união não parcial, mas completa, que abraça todas as facas da natureza ou da personalidade sexual. O amor verdadeiro, e o só digno do homem, é aquelle, que ao mesmo tempo se estende ao espirito e ao corpo, o que abrange toda a individualidade humana. Um amor puramente physico, como o entendem aquelles que definem o matrimonio — a *cohabitação exclusiva e privativa* dos conjuges, convém ao bruto, mas não a um ser dotado d'intelligencia, capaz de sentimentos mais elevados, chamado a moralisar todos os seus actos pela intervenção de suas faculdades intellectuaes, e até a imprimir em seus actos physicos aquelle character de dignidade, que denota 'nelle a consciencia de sua natureza mais nobre.

Se tal é o *amor*, fundamento da união dos sexos no

genero humano, o matrimonio não pôde ter outro fim, senão o ser a expressão da consagração social d'esta afeição. O fim pois do matrimonio é estabelecer uma troca continua das afeições dos conjuges, e prover á satisfação de todas as afeições physicas e moraes: 'noutros termos o seu fim é estabelecer *uma communhão de toda a vida, moral e physica, entre duas pessoas de sexo differente.* O seu fim não pôde pois consistir, como tem querido muitos auctores, unicamente na procreação e educação dos filhos, pois que a procreação em todos os casos não é senão um fim parcial, e que se concebe mais justamente como *effeito natural*, do que como fim do amor dos dois sexos. Na verdade, se consistisse 'neste facto o fim do matrimonio, não poderiam as leis permittir que contrahissem matrimonio pessoas, que por sua mui avançada idade não podem procrear; porém o uso 'nesta parte tem estado mais d'accordo com a verdadeira vocação do matrimonio, do que essas theorias exclusivas. Sr. Ferrer, Curso §. 697. Ahrens; pag. 501. — 502, e 505.

### §. 237.

'Neste §. prova o Comp., que a familia é um centro de vida e actividade commum para todos os fins do homem.

A proposição do §. está na 1.<sup>a</sup> parte—*Por onde, etc.* Com effeito a sociedade matrimonial compõe-se de seres racionaes, que tem um fim proprio a que aspiram, e que conseguem mais facilmente com o mutuo adjutorio que se prestam. E por isso abriga em seu seio todos os fins particulares, que servem de condições para o fim geral. Assim a sociedade matrimonial é uma fonte interna para o desenvolvimento do espirito e sentimento *religioso*, que no centro da familia pôde ser mais bem cultivado. E tambem o matrimonio uma união para o aperfeiçoamento *moral*, i. é, para o cumprimento dos deveres os mais variados; porque é na familia principalmente que se praticam as mais importantes virtudes, que permittem aos conjuges o supportar em commum os encargos e as desgraças da vida, bem como o desfructar as vantagens que ella offerece. 'Numa palavra a familia é uma sociedade, que deve cultivar em seu seio

a religião, a moral, as sciencias, a instrucção, as artes, a industria e o direito; e por isso se pôde dizer o resumo vivo da grande sociedade humana, visto que é o foco intimo d'onde se reflecte tudo o que é humano.

D'aqui se vê que o *matrimonio* não pôde definir-se — a união de duas pessoas de sexo diverso para a moralidade do instincto natural do sexo, e das relações naturaes por elle estabelecidas; visto que a sociedade matrimonial, como acabámos de dizer, se dirige a todos os fins, religiosos, moraes, etc., e não a este ou áquelle exclusivamente. É este por certo um dos fins a que se dirige o *matrimonio*; mas não o unico, pois que o *matrimonio* é em sua natureza e em seu fim multiplice como a vida do homem, i. é, dirige-se a todos os fins que o homem pôde prosequir 'nesta vida. No resto do §. (*Não pertence, etc.*), define o *Comp.* o que seja *direito do matrimonio*. Com effeito, o *direito natural* encara o *matrimonio* apenas pelo lado *juridico*, e ás outras sciencias compete o estudal-o cada uma pelo seu lado; e por isso sómente tractaremos de examinar quaes as condições segundo as quaes se deve celebrar e regular este contracto, e que devem estar em harmonia com a natureza do *matrimonio*, porque o *direito* deve respeitá-la, e nada consagrar, que seja contrario aos principaes caracteres d'esta instituição. Ahrens pag. 502. — 503.

### §. 238.

O *Comp.*, como disse no §. antecedente que o *direito do matrimonio* abrange as condições necessarias para a formação, conservação e consequimento dos fins da sociedade matrimonial, tracta 'neste §. das condições necessarias para a formação do *matrimonio*, que reduz a quatro — 1.ª, etc. (vid.). De feito, se um dos fins do *matrimonio* é a procreação dos filhos, é mister que as pessoas, que o querem contrahir, estejam sufficientemente desenvolvidas na parte physica para que não corra perigo a sua saúde com a realisação das funcções conjugaes. 2.º, etc. (vid.). Com effeito é mister que as duas pessoas reunam as condições intellectuaes necessarias á união, para que a sua razão possa comprehender a importancia e os deveres da

sociedade matrimonial; pois que nós já vimos que o matrimonio é um contracto, e que para a validade do contracto é mister que os pactuantes tenham vontade razoavel. 3.º; etc. (vid.). Com effeito se a sociedade matrimonial se funda sobre o amor; e se o amor só pôde ser sentido pelas duas pessoas que querem unir-se: é consequente que só as duas pessoas podem declarar esta vontade. 4.º; etc. (vid.). O Comp. estabelecendo o principio de que o amor conjugal, fundamento do matrimonio, não pôde existir sem certa egualdade entre os conjuges, deduz a conclusão — de que não deve existir o matrimonio entre os ascendentes e os descendentes; e mostra que elle não deve existir entre os irmãos, por quanto as relações, que existem entre elles, produzem naturalmente um sentimento diverso do amor; i. é, o sentimento d'amizade, não d'uma amizade ordinaria, mas d'uma amizade fortificada pelos vinculos do sangue, e alimentada pelos cuidados eguaes, que tem recebido da mesma mão.

Além d'estas razões podemos invocar o testemunho da physiologia, a qual se declara contra taes uniões; porque, d'um lado, o matrimonio entre paes e filhos faria, para assim dizer, marchar a vida ás avessas, e voltar de novo á causa o primeiro effeito destinado a ser causa pela sua vez; e, d'outro lado, os matrimonios entre irmãos e irmãs são contrarios á lei geral da natureza, segundo a qual é mais vigoroso o fructo, quando as causas da producção se encontram em seres, que, ainda que pertençam á mesma especie, não tem uma origem identica. Sr. Ferrer, *Curso*, §§. 702; e 720 — 722. Ahrens, pag. 511. Jouffroy, §. 501 — 503.

#### §. 239.

O Comp., como tinha dito no §. 237 que o *direito do matrimonio* abrange as condições necessarias para a formação e conservação e consequimento dos fins da sociedade matrimonial, e já tractou no §. antecedente das condições necessarias para a formação, tracta neste das condições para a conservação e consequimento dos seus fins, as quaes reduz a seis = 1.ª etc. (vid). A *polygamia* é *simultanea* quando existe a sociedade conjugal entre muitas pessoas

ao mesmo tempo, v. g., se Pedro é casado ao mesmo tempo com Maria, Joaquina e Ambrosia; é *successiva* quando houve sociedade conjugal entre muitas pessoas; mas não ao mesmo tempo, v. g., se Pedro casou primeiro com Maria, por morte d'esta com Joaquina, etc. Com effeito a *polygamia simultanea* é incompativel com o amor, fundamento do matrimonio, porque este não admite divisão por diversas pessoas. A intimidade e a confiança entre os conjuges nasce da certeza que elles tem de que se dedicam exclusivamente um ao outro e possuem reciprocamente a totalidade das suas affeições. Costuma, além d'isto argumentar-se contra a *polyandria*: 1.º com a incerteza de pai, a qual destruiria os estimulós da paternidade, tão necessarios para a boa educação dos filhos; 2.º que a mulher só póde conceber d'um homem, e por isso não podem cohonestar-se os actos d'união com os outros. É reprovada tambem a *polygynesia* pela razão—de que a multiplicidade das mulheres importaria alteração na paz das familias, e tornaria mais difficil a procreação e educação dos filhos. 2.ª etc. (vid). *Adulterio* é a união d'algum dos conjuges com pessoa extranha. Com effeito a fidelidade conjugal é o primeiro dever dos conjuges, e este dever é tão rigoroso para o marido como para a mulher. O acto do matrimonio obriga igualmente os dois conjuges, e por isso todo o acto d'infidelidade, ou seja commettido pelo marido ou pela mulher, tem aos olhos da moral a mesma gravidade, e deveria ter as mesmas consequencias no campo do direito, porque offende uma das condições essenciaes do matrimonio—a troca constante das affeições pessoaes. Nem se diga que a infidelidade commettida pela mulher é de mais funestas consequencias, porque esta differença é toda material, e aqui devem prevalecer as razões moraes: a violação da fidelidade é tão reprehensivel no marido como na mulher, porque esta deve ser para ambos igualmente sagrada. De mais o adulterio offende por outro lado a lei moral, porque a restricção a uma só pessoa de todos os prazeres do amor sensual é que imprime nobreza no que esta paixão tem de abjecto e aviltante, e 'neste caso a cohabitação apresenta-se apenas como um meio de satisfazer os prazeres libidinosos, e não como a expressão d'um amor deli-

cado, que faz dos conjuges, para assim dizer, uma só individualidade. 3.<sup>a</sup> etc. (vid). Effectivamente o acto da *cohabitação* não é objecto d'uma obrigação juridica para nenhum dos conjuges, porque estes actos são regulados pela moral. De mais a razão deve intervir 'nestes actos para que elles não sejam realisados com prejuizo da saude dos conjuges ou da vida d'um filho proximo ao nascimento; porque o filho, no ventre da mãe, já tem um direito de vida, que as legislações dos povos civilizados tem reconhecido. Além de que a coacção empregada contra um conjuge para o obrigar á *cohabitação* tiraria a esta o caracter de nobreza que lhe imprime o amor moral, convertendo-o em mero instrumento para a satisfação de prazeres sensuaes. 4.<sup>a</sup> etc. (vid). De feito, a posição da mulher na sociedade familiar é igual á do homem; porque eguaes são os elementos constitutivos da sua natureza. Não é admissivel que a mulher seja moral e juridicamente desigual ao homem nem que esteja submettida áquillo, que se chama *poder marital*. Tem-se querido cohonestar este poder do marido por meio d'uma pretendida inferioridade intellectual da mulher; e até alguns physiologistas tem pretendido provar anatomicamente, que ella é inferior ao homem, devendo ser considerada como um homem d'um desinvolvimento physico incompleto. Porém a psychologia e uma phisiologia mais profunda se reúnem para demonstrar a falsidade d'esta doutrina, porque tem levado á evidencia, que a mulher tem as mesmas faculdades fundamentaes, que o homem. Montesquieu entende, que nos paizes quentes as mulheres são destinadas pela natureza para viverem na dependencia dos homens; porque o clima ardente as torna aptas para a sociedade conjugal aos oito, nove ou dez annos, a infancia é a idade do matrimonio, aos vinte annos são velhas. Este pensamento de Montesquieu é, em verdade, muito engenhoso; mas não nos parece conclusivo, porque os factos não são rigorosamente exactos. Nos climas quentes a vida é mais curta, e o aperfeiçoamento physico e intellectual mais rapido; porém o desinvolvimento do espirito ~~marcha egualmente~~ com o do corpo, de modo que a razão vem a ser contemporanea da belleza. De mais o desinvolvimento das faculdades physicas e intel-

lectnaes segue a mesma marcha precipitada nos homens. O desenvolvimento phisico e intellectual, em qualquer clima, é egual, e é egual para os dois sexos: por consequencia a differença está um vlr o estado de perfeição mais cedo ou mais tarde, segundo a diversidade dos climas. 5.ª etc. (vid.) Os antigos escriptores, mesmo aquellos que reconheciam a egualdade do marido e da mulher, sustentaram que, como pôde haver algumas vezes discrepancia d'opinões entre os conjuges ácerca do modo d'administrar a sociedade, é força deixar ao marido a superioridade indispensavel, para que se termine a questão sem difficuldades e a gerencia dos negocios sociaes possa progredir. Esta preferencia do marido funda-se na sua maior dexteridade e prudencia.

Ora não pôde negar-se, que na sociedade conjugal occorrem lances, em que são divergentes os juizbs do marido e da mulher, e em que uma perfeita e absoluta egualdade paralytaria o andamento da administração conjugal. Porém os philosophos Allemães, fazendo distincção entre negocios *domesticos*, que deixam á mulher, e negocios *exterieiros*, que assignam ao marido, cortam a difficuldôde d'um modo mais rasoavel, e mais conforme á natureza individual dos conjuges. Estes demonstram o seu asserto do seguinte modo. — O homem é naturalmente inclinado a dirigir seus pensamentos, e seus sentimentos, para as relações, que o unem com o mundo; em quanto a mulher concentra suas affecções na intimidade da vida; no homem ha um espirito mais geral, uma faculdade de concepção mais extensa; na mulher predomina o sentimento e a faculdade de comprehender as relações particulares e pessoais; e se o homem pela superioridade intellectual é mais sabio, a mulher por seu sentimento é essencialmente artista. D'esta differença segue-se; que o marido, por comprehender melhor o mundo exterior, representa a familia e as *relações exterieiros*; e que á mulher deve ser deixada particularmente a gerencia dos negocios *domesticos*.

Todavia como a administração exterior está intimamente ligada com a interior, e pôde dar-se a hypothese de não poderem conciliar-se as opiniões dos conjuges, será neste caso, excepcional, preferir o voto do mari-



como mais experiente. É verdade, que a experiência mostra, que muitas mulheres têm mais capacidade e habilidade para administrar os negócios da sociedade, mesmo os exteriores, do que os maridos; porém estes casos são excepções, e nós devemos regular-nos pelo que ordinariamente acontece.

6.º etc. (Vid.) A *communhão de bens*, que é o systema pelo qual os cônjuges têm em commum todos os seus bens, tanto aquelles com que entraram para o casal, como os adquiridos na constancia do matrimonio, de modo que nada pertence exclusivamente a algum d'elles, mas é tudo d'ambos, é adequada ao fim do matrimonio. Se elles tem uma communhão perfeita de vida physica e moral, é coherente que a tenham também nos bens. Porém esta communhão não é essencial ao matrimonio, e por isso são licitas a este respeito todas as convenções antenuciaes. Entre nós segue-se á risca este principio; porque se os cônjuges casam sem declaração alguma acerca de seus bens, entende-se que casam por *costume do reino*, ou *carta d'ametade*, i. é, que são *meeiros*, ou querem a *communhão de bens*. Mas são válidas todas as convenções matrimoniaes a este respeito. Sr. Ferrer, Curso, §§. 698, 701, e 706—710. Jouffroy, §§. 496—500, e 507. Ahrens pag. 512—518.

### §. 240.

Neste §. tracta o Comp. da duração do matrimonio, i. é, examina a questão, — se a sociedade matrimonial dura toda a vida dos cônjuges ou se é temporaria, e se pôde dissolver-se por causas supervenientes. No primeiro periodo (*O matrimonio*, etc.) estabelece o Comp. a proposição — que o matrimonio é uma sociedade *vitalicia*; e dá duas razões, a 1.ª é o fim do matrimonio, a 2.ª é o seu fundamento. Quanto á 1.ª Temos dito, que o fim do matrimonio é a *communhão completa da vida physica e moral dos cônjuges*, e esta *communhão e fuzão* não podia existir, se elles soubessem que as ~~suas relações~~ podiam acabar; pelo contrario, cada um, bem longe de fazer o outro participante dos seus commodos, tractaria somente de adquirir para si, e nada dar ao outro, para depois o gosar quando

se separasse. De mais se o matrimonio tem por fim o mutuo adjutorio dos conjugues; e se elles percisam d'este auxilio em quanto vivos: segue-se que o matrimonio é uma sociedade *vitalicia*. Quanto á 2.<sup>a</sup> Dissemos, que o *amor* é o fundamento do matrimonio; mas, quando duas pessoas, se amam verdadeiramente, não só se não lembram de que aquelle amor possa acabar, mas desejariam que elle durasse além da vida: o verdadeiro amor faz com que nos julgemos felizes sómente com a existencia e companhia da pessoa amada, e preferimos, até, a sua existencia á nossa; e por isso este amor não permittiria, que os esposos fizessem o contracto do matrimonio temporario. Nem se diga, que creados e educados os filhos acaba o matrimonio, porque acaba o seu fim, porquanto o fim da procreação é apenas um fim secundario do matrimonio, e como subsiste o principal, que é o mutuo adjutorio, deve continuar o matrimonio.

O Comp., porém, apesar de dizer, que o matrimonio é uma sociedade *vitalicia*, sustenta que ella se póde dissolver; ou pelo *mutuo dissenso dos conjugues*, ou pela *pretensão d'um*. O matrimonio dissolve-se pelo *mutuo dissenso dos conjugues*; porque nós consideramos o matrimonio, no campo do direito natural, como um méro contracto; ora se é da essencia dos contractos, que elles se formam pela identidade das vontades ou pelo mutuo consenso; e se é uma regra geral, que as cousas, juridicamente fallando, pelos mesmos modos porque se fazem, por esses se desfazem: é consequente que o matrimonio se póde dissolver pelo mutuo consenso, a que chamaremos — *mutuo dissenso*. Dissolve-se tambem o matrimonio pela *pretensão d'um*, que allega que o outro falta ás condições *necessarias* para a conservação do matrimonio; e a razão é, porque quando um dos pactuantes não quer satisfazer ás condições do contracto o outro póde arrepender-se. Ora os conjugues podem faltar a estas condições: — 1.<sup>o</sup> pelo *adulterio*, que obsta ao conseguimento do fim do matrimonio, porque acaba com a communhão completa que deve existir entre os conjugues, trazendo uma terceira pessoa a partilhar as suas affeições, substituindo a confiança, que deve existir entre os conjugues, a desconfiança, o ciúme e a desordem,

2.º *pela crueldade*, i. é, pelo mau tratamento, que um dos conjuges dá ao outro, porque 'neste caso também se não pôde conseguir o fim do matrimonio, visto que não ha harmonia entre os conjuges, porque *desappareceu o amor d'onde nascia a troca das affeições reciprocas e constantes*, e já não são — *duo in carne una*:—e por isso não ha communhão completa de toda a vida, no que consiste o principal fim do matrimonio. 3.º *por uma vida cheia de crimes*. Com effeito não se pôde suppor que o conjuge innocente consentisse em unir a sua sorte a um assassino ou a um ladrão. Se cada um deve partilhar das desgraças do outro, esta nobre communhão não se estende até á infamia; e por isso o conjuge, sobre o qual vão reflectir os crimes do outro por uma especie de solidariedade, pôde requerer o *divorcio*. O Comp. ainda apresenta um argumento *a posteriori* a favor do *divorcio* nas palavras — *E com effeito*, etc. De feito quando os conjuges estão inteiramente discordes nas idéas (*incompatibilidade intellectual*) e nos sentimentos (*moral*) não existe o amor, nem sequer pôde existir a amizade ordinaria; falta a base da sociedade matrimonial, e por isso é impossivel conseguir o fim.

D'estes principios deduz o Comp. no fim do §. (*Por tanto*, etc.) a conclusão — de que é licito o *divorcio* aos conjuges, se não tem filhos, e mesmo que os tenham, se providenciarem acêrca da sua educação, que para os paes é objecto d'uma obrigação moral e juridica, como veremos no §. seguinte. Mas o Comp. acrescenta — *e os conjugas ficam livres para poderem contrahir novos laços matrimoniaes*; d'onde se vê que o Comp. admite o *divorcio* completo, de modo que por elle cada um dos conjuges fica, como se o matrimonio nunca tivesse existido para elles.

### Nota 3.ª

Vid. 'Nesta nota combate o Comp. a doutrina d'aquelles philosophos, que, não admittendo o *divorcio* em toda a sua plenitude no caso de *incompatibilidade* dos conjuges, admittem apenas — *à separatio quoad thorum et habitacionem*, pela qual os conjuges se separam, deixando de cohabitar, mas conservando-se unidos pelos laços matrimo-

núcas; de modo que nenhum d'elles pôde casar, em quanto o outro for vivo. O Comp. impugna esta doutrina com varios argumentos. — 1.º porque o vinculo, que fica existindo entre os conjuges, depois da separação *quoad thorum*, é meramente ideal, porque não se consegue o fim do matrimonio, porquanto a separação exclue a communhão de vida, e por isso o matrimonio, neste caso, é uma palavra sem significação. 2.º porque esta separação é *injusta e immoral*; porque prohibindo o conjuge innocente de contrahir novos laços matrimoniaes, castiga-o por um crime que elle não commetteu, quando as penas, bém como os crimes, são meramente pessoases; além de que os conjuges durante esta separação quasi sempre deixam de ser fieis aos laços do matrimonio. 3.º porque obsta a *felicidade dos conjuges*, a qual elles poderiam achar num segundo matrimonio, já que a não encontraram no primeiro. 4.º porque obsta ao *interesse social*: em quanto que a sociedade lucra com o augmento da população, e esta separação é uma especie de celibato que a diminue. 5.º porque obsta ao *voto da natureza*; a qual gravou na natureza do homem o sentimento da propagação, por cuja realisação elle concorre para a reproducção da especie.

É mister, porém, advertir, que o Comp. é d'opinião; — *que a politica pôde modificar a liberdade do divorcio, segundo as circumstancias da nação*. De feito, nós temos dito que as leis não só devem ter *bondade absoluta*, conformando-se com os principios do justo, mas também *bondade relativa*, amoldando-se ás circumstancias dos povos; assim se a sociedade seguir uma religião; que considere o matrimonio, como um sacramento, e, portanto, como um laço indissolúvel, não pôde sancionar a liberdade plena do divorcio na sua legislação. Sr. Ferrer. Curso, §. 723. Ahrens, pag. 518 — 526. Belime, vol. 2.º pag. 120 — 135. Thiercelin, pag. 105 — 113.

#### §. 244.

Neste §. tracta o Comp. da *obrigação, que os paes tem, de educar os filhos*. Nós dissemos, que tinhamos a estudar na sociedade matrimonial duas ordens de relações juridicas: 1.ª entre marido e mulher; 2.ª entre paes e filhos.

Acabámos de tractar das primeiras, vamos occupar-nos das segundas até ao fim da secção. O Comp., no primeiro periodo do §. (*Na sociedade, etc.*), estabelece o principio geral — que com o nascimento dos filhos nascem novas relações na sociedade conjugal; e dá a explicação no periodo seguinte. (*Os filhos, etc.*) De feito os filhos nascem pessoas, porque tem os elementos constitutivos da natureza humana — sensibilidade, racionalidade, etc; se tem os elementos constitutivos hão de ter um fim correspondente á sua natureza e á geral da especie humana, e hão de por consequencia gozar dos direitos absolutos, como resultados d'essa natureza, e condições para a consecução do fim; porém a fraqueza do recém-nascido e do infante não lhes permitem o prover por si ás suas necessidades: e por isso todos os homens têm direito de os auxiliar na consecução do seu fim, visto que todo o homem tem direito de beneficiar os outros. Ora se este direito compete a qualquer homem só pelos laços da humanidade, com mais razão deve competir aos paes, que concorreram para a sua existencia e que estão ligados com elles não só pelos vinculos da humanidade, mas pelos do sangue. Porém a educação relativamente aos paes não é só objecto d'um direito, como acabámos de demonstrar, mas tambem d'uma obrigação moral e juridica, como o Comp diz no terceiro periodo do §. (*Porém a educação, etc.*) Que a educação dos filhos seja objecto d'uma obrigação moral facil é de comprehender, porque a moral manda ao homem beneficiar o seu semelhante, e ajuda-o no conseguimento do seu destino; preceito este que é mais rigoroso em relação aos pais, attentas as relações especialissimas, que os ligam aos filhos. É porém difficil, se não impossivel, o demonstrar, que a educação seja objecto d'uma obrigação juridica; pelo menos não pôde demonstrar-se pelo systema do Comp., que estabeleceu que as obrigações juridicas, provenientes da natureza, são negativas, e a obrigação de educar os filhos é essencialmente positiva.

Nem se julgue por isto desfavoravelmente do systema do Comp.; porque todas os systemas, só porque são systemas e obra do homem, são imperfeitos e incompletos. A questão é saber qual será o menos imperfeito para o

adoptarmos, pois que os systemas são necessarios para a coordenação das idéas e para o progresso dos conhecimentos; e por isso não devemos rejeitar o systema do Comp. só porque por elle se não pôde resolver uma hypothese; quanto mais que nenhum outro a resolve, como veremos pela analyse das principaes opiniões a este respeito, que o Comp. cita na nota.

Alguns derivam esta obrigação juridica dos *estímulos dos paes*, que os inclinam naturalmente á educação dos filhos. Porém esta theoria é inadmissivel, porque nós dissemos que o direito deriva exclusivamente da razão e não dos *estímulos*. Disseram outros que o *fim do matrimonio* era o fundamento d'esta obrigação; porque julgavam que o principal fim do matrimonio era a procreação e educação da prole. Porém nós já vimos, que isto é antes um *effeito* do que um *fim* do matrimonio, porque o principal fim da sociedade familiar está no mutuo auxilio, e na communhão completa da vida physica e moral. Puffendorf deriva esta obrigação do *pacto conjugal*, pelo qual, diz elle, os conjuges se obrigaram, ao menos tacitamente, á educação dos filhos. Porém, ainda mesmo que os conjuges celebrassem tal convenção pela qual se obrigassem a educar os filhos, como teriam estes o direito, correlativo a essa obrigação, em virtude d'um contracto em que não foram ouvidos, quando é regra geral de direito, — que os contractos só obrigam e aproveitam ás partes contractantes, mas não a terceiros? Outros finalmente derivam esta obrigação do *facto da geração*. Esta opinião é de Grocio e parece a mais rasoavel: porque se os paes concorreram para o nascimento dos filhos, parece, estarem obrigados por esse facto a concorrer para a sua educação. Porém esta theoria tambem não é satisfactoria, porque o *facto da geração* é um facto puramente material, que não pôde servir de fundamento á aquisição de direitos e obrigações. O Comp., porém, apesar de reconhecer a difficuldade de se descobrirem os verdadeiros fundamentos d'esta obrigação juridica, é d'opinião que este dever existe, e se derivá das estreitas relações que a natureza estabeleceu entre os paes e os filhos; obrigação esta, que é fortificada pelo amor, praser, e interesse dos paes. Quanto ao amor.

Com effeito o *amor* é o estímulo mais forte que leva os paes a educar seus filhos; porque a *experiencia* e a *historia* nos mostram que muitos paes se tem exposto, em virtude d'este amor, aos maiores sacrificios para a *defeza* e sustentação de seus filhos, sujeitando-se até a *perder* a vida por causa d'elles. Numa palavra, todas as razões, que se adduzirem para prova d'este amor, não fazem senão enfraquecer a *demonstração*; porque a *força* do amor paternal só o pae póde sentir, e ninguem explicar. Quanto ao *praser*. É inquestionavel que os paes supportam com o maior *praser* todos os trabalhos e sacrificios que se sujeitam por causa dos filhos: bastará observar que todos os factos, e todos os movimentos dos filhos inspíram o maior interesse aos paes; até as primeiras palavras, que os filhos pronunciam, são motivo de gosto para os paes, de modo que não é raro o ver estes a repetirem, com o maior *praser*, essas palavras encantadoras ás pessoas da sua intimidade. Quanto ao *interesse*. O proprio *interesse* dos paes os ha de levar a sujeitarem-se a todos os incommodos por causa dos filhos; porque os paes, na sua velhice, tornam-se, para assim dizer, *meninos*, são *perseguidos* pela idade, pelas doenças, e em geral por todos os incommodos do ultimo quartel da vida, e por isso precisam de educar os filhos com a bem fundada *esperança* de que estes lhes paguem na mesma moeda os serviços que receberam. É verdade, que o amor filial é ordinariamente inferior ao paternal, porém corroborado pela *idéa* da gratidão será causa d'o pae receber do filho os mesmos serviços e desvelos, que lhe liberalizou. Já se vê, que a opinião do Comp. está em harmonia não só com a *moral*, que manda beneficiar os outros, e por consequencia *prestar* o beneficio da educação a quem d'elle precisa, mas tambem com o *direito*, que, garantindo todas as condições necessarias para o homem poder conseguir o seu fim, deve subministrar ao individuo as condições da educação, que entram no numero das indispensaveis para o *consegui-*mento do fim racional do homem. No resto do §. (*O direito*, etc.) diz o Comp. que o *direito* de educação pertence de preferencia aos paes, e só na falta d'estes aos *extranhos*; e dá duas razões para provar esta asserção.

Nota 2.<sup>a</sup>

1.<sup>a</sup> (*O amor, etc.*) porque é natural, que a educação dos paes seja a mais proficua, porque se funda no amor nem os proprios parentes sentem o amor de paes, d'onde vem a regra — *nullus affectus qui vincat paternum*. 2.<sup>a</sup> (*além de que, etc.*) porque se nós dissemos, que todos os homens tem direito a prestar educação aos menores; e se é mister fazer escolha das pessoas, que a devem dar de preferencia, para prevenir as desordens, que poderiam levantar-se entre individuos, que quizessem disputar a preferencia da educação, é forçoso preferir os paes, visto que a respeito d'elles se dão razões especialissimas, como é o amor. No resto da nota (*Não queremos, etc.*) faz o Comp. uma observação. Quer dizer. — Alguns escriptores do seculo actual propozeram uma educação nacional, i. é, commum e geral, emprehendida pelo estado, e qual deveria tomar conta dos filhos de todas as familias em certa idade, e recolhel-os em estabelecimentos sob uma direcção uniforme. Esta idéa tem sido muito combatida, apresentando-se contra ella razões de grande peso. Porém o Comp. diz que estabelece apenas os principios geraes ácerca da obrigação e direito que os paes tem de dar, com preferencia a qualquer outra pessoa, a educação aos filhos; mas que não quer dizer com isto que o estado não possa educal-os, de preferencia aos paes, passada certa idade; porque essa questão é do dominio do direito público, e não do direito natural. Sr. Ferrer, Curso, §§. 725—726, e 728, Ahrens, pag. 526—533.

## §. 242.

Neste §. mostra o Comp. qual é o fundamento do *patrio poder*, que se póde definir — o direito, que tem os paes de dirigir as acções dos filhos, empregando para isso a força e os castigos indispensaveis, nas primeiras edades. Diz Belime, que este poder existe porque é necessario, e porque não póde deixar de existir. Effectivamente, tendo os paes obrigação de educar os filhos, é mister, para a cumprirem, que tenham direito a tudo o que para isso fôr



necessario, pela regra — *quem quer os fins, quer os meios*. Porém os paes não tem direito de estorvar as acções razoaveis de seus filhos, nem de os obrigar á pratica de acções perversas, e contrarias aos seus deveres. Porque desde o momento em que os filhos obram d'um modo racional, cessa a razão, porque os paes tem direito de determinar as acções d'elles. Portanto o pae deve apenas exercer sobre elles este poder; sem o qual não poderia guiar os filhos no caminho do bem, nem desvial-os do mal, o que o Comp. dá a entender bem claramente nas palavras — *debe estender-se a todos os actos, que forem necessarios para a educação*. D'aqui poderemos tirar com o Comp. (*Este poder, etc.*) a seguinte conclusão: se o poder parental não é propriedade nem meio de especulação para os paes, mas uma protecção toda em interesse dos filhos, é consequente que elle deve acabar, quando os filhos não precisarem d'essa protecção.

Mas qual será a idade, em que deva acabar este poder paternal? A experiencia mostra, que o desenvolvimento intellectual dos filhos marcha á proporção do desenvolvimento physico, até que chegam a ter as suas faculdades physicas e intellectuaes em estado de poderem por si dirigir-se. O que sendo assim, facil é de ver, que os cuidados dos paes devem ser maiores na primeira idade dos filhos, e que vão diminuindo á proporção que estes vão adquirindo maior habilidade nas faculdades physicas, e maior aperfeiçoamento nas intellectuaes. Debaixo d'este ponto de vista, sendo a auctoridade dos paes toda em beneficio dos filhos, póde dizer-se com o Comp., que ella diminue, por assim dizer, insensivelmente, até que de todo se extingue, quando os filhos tem perfeito uso de razão. Sr. Ferrer, Curso, §§. 727 e 729 — 731. Jouffroy, §§. 514—518, e 522. Belime, vol. 2.<sup>o</sup> pag. 135—144.

### §. 243.

Vid. Neste §. prova o Comp. — que os paes são os *defensores natos* dos filhos; i. é, são defensores d'elles por natureza, pelas relações especiaes que a natureza estabele-

com entre paes e filhos, e não em virtude da lei, ou por escolha da auctoridade. Ora a proposição d'este §. prova-se pelas idéas expostas no §. antecedente. — Nós dissemos, que os paes tinham obrigação de educar os filhos, mas esta educação não é completa, nem pôde ter lugar sem a protecção d'estas pessoas, que sujeitas aos ataques dos outros, se não tivessem quem as defendesse, bem depressa desapareceriam da superficie da terra, por consequencia a obrigação de *defender* os filhos está implicita e deduz-se do dever de os educar. No final do §. diz o Comp. — que *as injurias feitas aos filhos podem julgar-se feitas aos paes.* E a razão é porque os paes, como representam seus filhos, é que tem de vingar essas injurias. Jouffroy, §. 519.

#### §. 244.

Neste §. tracta o Comp. dos direitos do pae e da mãe no poder parental; e estabelece no primeiro periodo do §. a proposição — que esses direitos são eguaes. Com effeito, se nós dissemos, que o marido e a mulher são eguaes na sociedade matrimonial; se a existencia dos filhos é um effeito do matrimodio; e se as relações entre os paes e os filhos, as quaes fundamentam a obrigação que tem os paes de os educar, se dão egualmente tanto com relação ao pae, como com relação á mãe: é consequente que elles devem ter os mesmos direitos no *poder parental*. O Comp., porém, no resto do §. (*A educação, etc.*) diz que ás mães compete de preferencia a educação nas primeiras edades; e ao pae a do sexo masculino, quando este já tem certq desinvolvimento. É certo, que a educação é obrigação d'ambos os conjuges egualmente, porque em ambos se verifica o fundamento, que dá origem a esta obrigação. Porém, como a mãe tem umas maneiras affaveis e mais doces, e além d'isso está em mais contacto com os filhos do que o pae, que representa a familia no *exterior*, é a mais competente para dirigir a educação dos filhos tanto do sexo masculino, como do feminino, nas primeiras edades e a do sexo feminino mesmo na *idade mais avançada* em que ainda precisa da educação. Porém pelo que diz nes-

peito aos filhos do sexo masculino, logo que chegam a certa idade, é o pae mais competente para completar a sua educação, já porque tem mais experiencia das cousas d'esta vida, e por consequencia melhor os póde iniciar nos negocios d'este mundo, em que elles vão entrar, já porque em certa idade é mister a auctoridade dos paes para impor aos filhos certo respeito; pois que, passada certa idade, as mães pouca força exercem sobre seus filhos, e é principalmente 'naquella em que se faz mais necessario o conter nos seus justos limites as paixões de mancebos inexpertos.

*Nota.*

Vid. 'Nesta nota declara-se o Comp. contra uma pratica muito usada no nosso paiz entre as pessoas de certa jerarchia, e tambem nos paizes estrangeiros, que vem a ser o não ammamentarem as mães os filhos com o proprio leite. Com effeito esta pratica está em contradicção: 1.º com a *moral*, que manda beneficiar os outros, e com muito maior razão impõe este preceito ás mães, que estão ligadas aos filhos com relações especiaes v. g., o serem a reproducção d'ellas; 2.º com a *physiologia*, que ensina que o leite da mãe é o mais proprio para ammamentar o filho. Por consequencia embora as mães, que tem meios sufficientes para isso, tivessem amas para lhe cuidar dos filhos nos primeiros annos, deviam ammamental-os com o proprio leite e não com o da ama. Jouffroy, §. 520—521.

§. 245.

Vid. 'Neste §. faz o Comp. duas observações, dizendo, o que é *familia*, e apontando os principios, que regulam as suas relações. Sr. Ferrer, Curso, §. 777.

## PARTE IV.

### GARANTIAS DO DIREITO.

§. 246.

Vid. Neste §., que pôde considerar-se uma razão d'ordem, falla o Comp. das *garantias interiores do direito*. *Garantia* é o meio que compete ao sujeito do direito para obter o cumprimento da obrigação correlativa. Ora as *garantias interiores* são duas: 1.º a *consciencia juridica* do sujeito dos direitos, que lhe diz que elle é pessoa, fim para si, que goza de direitos, e que por consequencia os outros tem a obrigação de os respeitar; e esta voz interior, que lhe assegura a existencia e a validade d'esses direitos, leva-o a promover com mais efficacia e a exigir com mais força de convicção o cumprimento da obrigação juridica; 2.º a *consciencia moral* do sujeito da obrigação, que é uma voz interior que lhe está dizendo, que cumpra todos os seus deveres; e esta voz é um estimulo, e muito poderoso, para as almas bem formadas, que leva o sujeito da obrigação a cumpril-a para se salvar dos remorsos da consciencia, que o deveriam atormentar pela falta de cumprimento d'uma obrigação. Portanto a *consciencia*, quando diz ao homem que elle tem direitos e que pode exigir o cumprimento da obrigação correlativa, diz-se—*juridica*; quando diz ao ho-

mem que elle tem deveres a cumprir, e que os deve cumprir indistinctamente, i. é, tanto os moraes como os juridicos, só porque são deveres, diz-se *moral*. Bruchner. § 227 — 230.

§. 247.

'Neste §. diz-nos o Comp. quaes são os effeitos das duas garantias, de que fallámos no §. antecedente. E diz o Comp. que bastam estas duas garantias — a *juridica*, a que elle chama *immediata*, por existir directamente no sujeito do direito, e a *moral*, a que elle chama *mediata*, por não existir directamente no sujeito do direito, mas residir no sujeito da obrigação, para o sujeito do direito *por em exercicio*, i. é, para usar dos seus direitos segundo as prescripções, da razão practica, que é, como por vezes temos dito, a fonte do direito. E a razão, por que o homem com estas duas garantias póde já atrever-se a pôr em exercicio os seus direitos, é porque em virtude da garantia da consciencia *juridica* está certo de que tem o direito, porque a consciencia é um juiz severo e incorruptivel, e que por isso não póde mentir; e, pela garantia da consciencia *moral*, que manda a sujeito da obrigação cumprir o seu dever, presume que elle hade cumprir a sua obrigação, porque sempre se presume, que todo o homem, como ente moral, ha de querer cumprir o seu dever.

*Nota.*

Vid. 'Nesta nota faz o Comp. uma observação, dizendo que a garantia moral dos direitos foi causa de alguns derivarem os direitos das obrigações. Com effeito os antigos escriptores seguiram o systema de tractar primeiro das obrigações; e do conhecimento destas passavam para o dos direitos. Porém este methodo tinha o inconveniente de não marcar as raias entre o direito e a moral; porque, como aquelles philosophos tractavam das obrigações em geral sem fazerem distincção entre obrigações positivas e negativas, e derivavam de cada obrigação um direito, faziam corresponder direitos tambem ás obrigações moraes, e d'aqui a confusão entre as duas sciencias.

Demais, rigorosamente fallando, entre cousas, que sao de tal modo correlativas, que a existencia d'uma presuppõe a da outra, não pôde assignar-se preexistência de nenhuma d'ellas. No entretanto, querendo levar a metaphisica até subtilezas inuteis, poderia dizer-se, que os direitos precedem as obrigações, por isso que estas existem por causa d'aquelles; pelo menos o interesse da correlação é a favor do sujeito dos direitos. Além de que, o sujeito do direito pôde pela liberdade juridica uzar ou deixar d'uzar d'elle, dal-o por extincto, e acabar a obrigação correlativa: outro tanto não pôde porém fazer o sujeito da obrigação.

§. 248.

Neste §. prova o Comp. que as garantias interiores são insufficientes para o exercicio dos nossos direitos, porque a presumpção, que nós temos, de que os outros hão de cumprir as obrigações correlativas aos nossos direitos, é fallivel. E dá duas razões para mostrar que esta presumpção é fallivel—1.<sup>a</sup> porque (*porque a experiencia. etc.*) estamos vendo todos os dias, que os homens, dando ouvidos ás paixões e aos interesses, affrontando os dictames da recta razão, e não escutando a voz da sua consciencia, despresam o cumprimento dos seus deveres, e lesam os direitos dos outros. Ora podem lesar-se tanto os direitos absolutos, como os hypotheticos: aquelles lezam-se simplesmente por actos affirmativos, pelos quaes invadimos a esphera juridica dos outros, e obramos contra a obrigação geral e negativa de os não perturbar no exercicio do seu direito; estes lezam-se já por actos affirmativos, v. g., quando fazemos aquillo que em virtude d'um contracto deviamos omitir, ou negativos, quando não cumprimos o que por um contracto deviamos cumprir, 2.<sup>a</sup> pode acontecer, (*Tambem pôde, etc.*) que os outros em boa fé desconheçam o nosso direito, e deixem de cumprir a obrigação pelo facto de o ignorarem, e não dominados da paixão ou arrastados pelo interesse. É mister advertir, que o Comp. diz, que pôde acontecer, que os outros ignorem os nossos direitos hypotheticos, porque os absolutos, como

se fundam na natureza humana, não são desconhecidos a pessoa alguma, que tenha a sua razão desinvolvida: basta saber, que qualquer é homem, para saber, que elle tem os direitos *absolutos*. Já assim não acontece com os direitos *hypotheticos*, que se fundam immediatamente num facto, que pôde ser ignorado do sujeito da obrigação, v. g., empresto dez moedas a Pedro, de quem Paulo ficou herdeiro: pôde muito bem acontecer que Paulo ignore este contracto, e se recuse por isso de boa fé ao cumprimento da obrigação de pagar-me as dez moedas. D'aqui tira o Comp. a conclusão (*Nestes casos, etc.*) — que são necessarias para o exercicio dos nossos direitos as garantias *exteriores*, de que elle se occupa nos §§. seguintes.

### Nota.

Vid. Nesta nota observa o Comp., que as garantias exteriores, de que vai fallar, são apenas relativas aos *obstaculos*, que os outros pôdem offerecer ao exercicio do nosso direito, posto que estes *obstaculos* tambem possam provir da natureza das cousas, e das leis physicas, que as regem. E a razão é porque estas garantias têm por fim a execução do direito pelo emprego da coacção contra as lesões que nos fazem: ora o homem não tem direitos em relação á natureza, e, por consequente, não pôde empregar contra ella a coacção. De mais, como as cousas servem unicamente de condições para as pessoas conseguirem o seu fim, estas podem empregar os meios, que lhes aprouver, para vencer esses obstaculos. Bruchner §. 231.

### §. 249.

Vid. O Comp., antes de fallar das garantias exteriores, prova neste §. que ellas devem consistir em meios *aptos* e *necessarios* para o exercicio dos direitos. Com effeito, se as garantias tem por fim e fundamento o tornar effectivos os direitos, é consequente que hão de ser meios *aptos*, i. é, accomodados ao fim que se propõem, aliás seriam *obstaculos* e não *garantias*. É mister igualmente que estas

garantias se extendam unicamente aos meios *necessarios*, i. é, aos indispensaveis para o exercicio dos direitos. E assim não é permittido recorrer a meios *duros*, quando os *brandos* forem sufficientes, porque 'neste caso o fim não justifica os meios, visto que se pôde conseguir sem meios tão fortes. De mais a razão juridica manda que se dilate o mais que for possível a esphera da justa actividade dos homens, sem que perigüe a coexistencia no estado social, e como pelos meios *brandos* se dilata mais a esphera dos outros e com isso não periga a coexistencia social, é consequente que, quando estes bastarem, se devem dispensar os *duros*.

### §. 250.

'Neste §. tracta o Comp. das garantias *exterior*es. O Comp. estabelece no principio do §. a proposição, — que, quando alguém *nega a existencia do nosso direito hypothetico*, é mister convencel-o da justiça da nossa pretensão diante da auctoridade competente. De feito, nós já dissemos, que no estado social existia, e sempre deveu existir uma instituição, que administrasse a justiça, decidindo pacificamente as questões que se levantassem entre os cidadãos; e que se devia proscreever o principio de — *que cada um faça justiça pelas suas mãos*: não só porque o interesse é máo conselheiro, e podia levar o sujeito do direito a empregar a coacção muito além, do que fosse necessario para o cumprimento da obrigação correlativa; já porque a coacção empregada pelo sujeito do direito, que fazia de — *juiz e parte na mesma causa*, poderia desafiar a reacção da parte do sujeito da obrigação, e causar a desordem no estado social. Por isso um terceiro, a que chamamos — *auctoridade*, que se acha revestido da confiança da sociedade pelo facto de ser escolhido por ella, deve pronunciar sobre a justiça da pretensão do auctor.

Porém nós temos dito que os direitos *hypotheticos* se fundam immediatamente em factos; mas estes não se presumem; logo é mister apresentar as provas da existencia do facto. Por isso a Comp. diz — *produzindo as provas do nosso direito*. Quer dizer, — o auctor, que se apresenta



perante a auctoridade exigindo do sujeito da obrigação correlativa ao seu direito o cumprimento d'ella, deve allegar os fundamentos do seu direito pela regra — *que, quem affirmu, tem obrigação de provar, e porque, como diz o Comp. o réo não tem obrigação de accreditar as nossas simples asserções*: neste caso a nossa affirmativa valeria tanto como a sua negativa, e não havia meio de convencer a auctoridade da justiça da nossa causa; mas pelas *provas*, que são o fundamento do nosso direito, a auctoridade pôde fazer o seu juizo, e habilitar-se a decidir o litigio. É verdade que nós poderíamos dispensar estas *provas*, e recorrer aos meios da *força*; porém, como dissemos no §. antecedente que não se devem empregar os meios mais duros, sem se terem esgotado os meios brandos, torna-se necessario o seguir estes tramites. Em seguida. (*As provas, etc.*) menciona o Comp. as principaes especies de *provas*, que costumam produzir-se para fundamentar um direito. E são — 1.º *vistorias*, que tem lugar quando o juiz vai com peritos examinar se existem vestigios permanentes do direito que se allega; 2.º *instrumentos*, i. é, escripturas ou escriptos particulares, onde se referem os factos, que servem de fundamento ao nosso direito; 3.º *testemunhas*, que fazem fé ácerca do facto, porque as *provas* recahem directamente sobre o facto, e indirectamente sobre o direito, porque na existencia do facto se funda a existencia do direito; 4.º *juramento* da parte contraria, que tem lugar, quando o auctor para evitar despezas deixa a decisão ácerca da existencia do facto ao depoimento do réo, confirmado com juramento, i. é, invocando a divindade como testemunha da verdade, e vingadora da mentira; 5.º *presumpções*, que definiremos na nota 2.ª Conclue o §. — *Provada, etc.* Com effeito neste §. descreve o Comp. a ordem do processo. Quando alguém se apresenta perante os tribunaes de justiça a reclamar o cumprimento d'uma obrigação, diz-se *auctor*; e a pessoa, de quem elle exige o cumprimento d'essa obrigação, diz-se — *réo*. Ora o juiz deve ouvir as rasões do auctor, e as contestações do réo; e depois julgar qual dos dois tem razão, ao qual julgamento se dá o nome de — *sentença*. Agora diz o Comp.

que, se o vencido mesmo depois da sentença se recusa a cumprir a obrigação, então é mister recorrer ao uso da força, visto que todos os meios brandos estão esgotados. Mas quem deve empregar essa coacção a auctoridade ou o vencedor? A auctoridade; já porque—se se commettesse ao vencedor o emprego da força, elle levaria a vingança muito além do que devia, cego pela paixão, e desafiaria a reacção da parte do vencido com perigo para a coexistência social; já porque sendo o juiz quem julgou, e lavrou a sentença, a elle compete o fazel-a executar.

### Nota 2.<sup>a</sup>

Nesta nota dezinvolve o Comp. a doutrina da primeira parte do §. Nos dois primeiros periodos da nota, (*Os direitos, etc.*) diz o Comp., que os direitos absolutos não necessitam de prova, mas que os direitos hypotheticos podem necessitar d'ella. Effectivamente, nós quando examinamos a natureza dos direitos absolutos, e as características, que os distinguem dos hypotheticos, a primeira differença, que notámos entre uns e outros, foi que os absolutos não necessitam de prova, porque se fundam na natureza humana, v. g., para exigir dos outros o respeito pelo meu direito absoluto de liberdade, não preciso de adduzir prova alguma: nem testemunhas, nem instrumentos, etc., basta ser homem; pelo contrario os hypotheticos necessitam de prova, porque se fundam nos factos, e os factos não se presumem. Porém o Comp. não diz, que é necessaria a prova dos direitos hypotheticos, mas sim—que *pode ser necessaria*; porque nós já vimos, que é escusada a prova, quando o sujeito da obrigação juridica, attendendo á vez da sua consciencia moral, quer cumprir a obrigação independentemente das garantias exteriores, v. g., se o meu devedor confessa dever-me dez moedas, que lhe emprestei, e se promptifica a pagar-m'as pelo facto de as dever, escuso de apresentar perante a auctoridade o titulo, pelo qual elle me confessa esta divida. D'aqui tira o Comp. a conclusão no terceiro periodo do §. (*Por isso, etc.*): que a prova dos direitos só tem por objecto algum facto duvidoso:

É com effeito assim é; porque, como acabámos de dizer, quando os outros estão convencidos da existeneia do nosso direito, esousado é apresentar provas. Em harmonia com estes principios o Comp. define *prova* (*É pois prova, etc.*) — *um facto verdadeiro, ou que se suppõe verdadeiro*; porque se a prova serve para justificar a existencia do direito, é mister que seja verdadeira, aliás precisa ella de ser provada; v. g., tenho uma escriptura pública, pela qual provo que Pedro me deve dez moédas, se a escriptura não for verdadeira, mas falsa, não póde servir de *prova* do meu direito, e terei de recorrer a outro meio. Póde tambem a escriptura ser falsa, tendo-se combinado o pretendido sujeito do direito, as testemunhas e o official público que a fez, mas não haver meios de provar essa falsidade, e então serve de *prova*, não por ser verdadeira, mas por se *suppor* verdadeira. Acrescenta o Comp.; e *que serve de motivo de credibilidade sobre a existencia ou não existencia d'outro*. Com effeito, na hypothese dada, a escriptura servia para se accreditar que eu tinha feito o empréstimo das dez moédas a Pedro. Em seguida diz o Comp. que toda a prova comprehende (*Toda a prova, etc.*) indispensavelmente um *facto principal*, e outro *probatorio*. Ora na hypothese dada o *facto principal* é o empréstimo das dez moédas, que é o facto que eu tenho em vista provar para exigir de Pedro o pagamento d'ellas; e o *facto probatorio* é a escriptura pública pelo qual eu pretendo provar, que effectivamente fiz aquelle empréstimo a Pedro.

Em seguida (*Differe, etc.*) mostra o Comp. a differença entre *prova* e *presumpção*, definindo esta. A differença está em que a *prova* faz fé directamente e por si mesma; assim o foreiro, que apresenta uma escriptura de pagamento do fôro em todos os annos, faz accreditar directamente pelo facto da escriptura o pagamento das pensões; e a *presumpção* faz fé indirectamente, e por uma conclusão d'outra cousa diversa, assim se o foreiro, em logar de apresentar a escriptura do pagamento e de que nada deve ao senhorio, apresenta apenas recibo de ter pago as pensões dos ultimos trez annos do arrendamento, faz presumir que pagou as pensões anteriores, e por isso não faz fé

directa, mas indirectamente, porque o facto do pagamento da divida não se deduziu directamente do facto dos recibos, porque estes apenas mostravam, que o foreiro tinha satisfeito nos ultimos trez annos; mas concluiu-se do facto de ter pago as pensões dos trez ultimos annos para o facto de que deveria ter pago as de todos os annos. E a força d'esta *presumpção* deriva-se de ser natural e ordinario o pagar primeiro as pensões anteriores, do que as posteriores. Por isto com razão diz o Comp. no resto da nota, (*Aquelle, etc.*) que aquelles, que têm a seu favor a *presumpção*, não têm obrigação de produzir outras provas. E a razão é porque a *presumpção* é já uma especie de prova. Porém, como esta especie de prova é indirecta, é fallivel, e cede á verdade, manifestada directamente pelas provas em contrario: assim o foreiro, que apresenta os recibos das pensões dos trez ultimos annos, não tem obrigação de produzir outras provas para mostrar que pagou as de todos os annos anteriores, porque ha a *presumpção* de que effectivamente as pagou, visto apresentar quitação dos ultimos trez annos. Porém esta *presumpção* cede á verdade, logo que o senhorio prove por titulos de confissão de divida do foreiro, ou por algum outro meio de prova, que elle lhe deve as pensões dos annos anteriores.

### Nota 3.

Nesta nota define o Comp. o que são *Codigos de processo*; com effeito os *codigos de processo* são indispensaveis para o exercicio do direito, porque prescrevem as formalidades que se devem observar para reclamar perante os tribunaes de justiça o cumprimento das obrigações, por quanto os codigos de legislação trazem apenas as disposições juridicas. Assim a disposição legislativa, pela qual se estabelece entre nós, que o pae ou mãe possam emancipar os filhos varões aos vinte annos d'idade, e as fêmeas aos dezoito, pertence ao *Codigo civil*; e a disposição, que manda, que — a emancipação, feita pelo pae ou mãe, consistirá em uma simples declaração por elle assignada perante o juiz, e *escrupulosa preservação* respectivo, pertence

ao *Código de processo civil*. Os *Códigos de processo* também determinam a *jurisdição* do jury, i. é, o conteúdo e os limites das attribuições do magistrado judicial; as formas das *acções* (que são o meio de proseguir em juízo os nossos direitos) i. é, as diversas formalidades, que se devem preencher, intentando as acções, que, segundo têm mais ou menos formalidades, se dizem *ordinárias, summarias e summarissimas, e toda ordem dos processos*; i. é, os tramites que se devem seguir no andamento das causas; até *final execução*, i. é, prescrevem todas as formalidades, inclusive as que respeitam á execução da sentença. Sr. Ferrer, *Curso*, §§. 622 e 625. *Belime* vol. 2.º pag. 607—616, 632—635, 649—652, 655—657, 661—662, 669—672 e 675—683.

### §. 251.

Neste §. falla o *Comp.* d'outras *garantias exteriores*, e muito importantes para a realisação do direito, especialmente porque poupam ás partes os desgostos, incommodos e despesas a que se sujeitam para sustentar demandas. 1.º etc. Vid. *Tractados*, na materia sujeita, designam as *deliberações*, que as partes tomam amigavelmente, sobre o modo de terminar a dúvida. 3.º etc. Vid. *Decisão por sorte* é o contracto, em que os pactuantes ajustam decidir pela *sorte* algum negocio. Diz-se *sorte* — a cousa, de cuja determinação fortuita depende alguma decisão, ou tenha por fim a escolha de uma de duas cousas, ou a adjudicação de uma cousa a um dos que a pretendem, ou nas partilhas a assignação do quinhão, com que ha de ficar cada um dos socios, ou coherdeiros. Cumpre notar, que quasi todos os escriptores enumeram em ultimo lugar este meio de decidir naturalmente o litigio entre as partes; e com razão o fazem, porque a *sorte* é cega, e podem por ella consummar-se as maiores injustiças. 4.º etc. Vid. O *Comp.* define *transacção* — o contracto, pelo qual as partes terminam ou previnem uma demanda; porque comprehendem a lide existente, ou a que póde vir a existir sobre o direito duvidoso.

## Nota 2.ª

'Nesta nota faz o Comp. a differença entre *composição amigavel* e *transacção*. Quando uma parte cede á outra o seu direito duvidoso gratuitamente, ou porque lhe não mereça a pena sustentar a demanda, ou para se poupar aos incommodos que um litigio importa para os litigantes, tem logar a *composição amigavel*, que differe da doação e remissão em que o seu objecto é um direito duvidoso, e na doação e remissão o direito é certo. Ora quando se cedo d'esse direito á outra parte, pagando ella alguma cousa por essa cedencia, tem logar a *transacção*. Tanto a *composição amigavel* como a *transacção* são meios de decidir a demanda; porque devendo-se observar religiosamente os pactos, os litigantes são obrigados a estar pelo *convencionado*. Sr. Ferrer, Curso, §§. 630—633.

## §. 252.

'Neste §. justifica o Comp. uma excepção á regra geral — de que a faculdade da coacção deve ser exercida pela auctoridade, e não pelo sujeito do direito. O Comp. estabelece nas primeiras linhas do §. (*Quando, etc.*) a *proposição*, — que sendo o nosso direito claro e certo, ou ainda que seja duvidoso, se o adversario o reconhecer, mas por contumacia não quizer cumprir a obrigação juridica, e não tivermos tempo de recorrer á auctoridade, podemos nos mesmos empregar contra o sujeito da obrigação a faculdade da coacção. Por exemplo, somos atacados num sitio ermo por uma quadrilha de ladrões ou assassinos, sem nos ser possivel chamar o soccorro da auctoridade: *contra estes degenerados da humanidade: quid juris?* Podemos, nós usar da faculdade da força contra elles, visto que não podemos exercer pelo intermedio da auctoridade. E a razão disto dá-a o Comp. nas palavras — *porque todo o direito é acompanhado da faculdade da coacção, para o tornar effectivo contra qualquer lesão*. De feito, sendo a faculdade da coacção uma parte integrante de todo o direito; e, se quem a tem, a póde exercer pelo intermedio da auctori-

dade: parece razão, que o sujeito do direito use d'ella por si todas as vezes, que não tiver tempo de recorrer á auctoridade; aliás o sujeito do direito pôde perder o seu exercicio, *inclusive* ficar privado do direito; e dè mais o lesante viria a ficar com maior vantagem do que o lesado; e receberia, para assim dizer, premio d'um factio injusto, tendo direito a exigir da auctoridade o emprego da força physica contra a faculdade da coacção, de que usara o sujeito do direito. O Comp. no periodo seguinte (*Esta faculdade, etc.*) dá a razão da razão; i. é, como tinha dicto, que o sujeito do direito, quando não tivesse tempo para recorrer á auctoridade, podia por si usar da força contra o sujeito da obrigação, dando como razão d'este principio, — que a faculdade da coacção acompanha todo e qualquer direito, diz agora a razão, por que a faculdade da coacção acompanha todo o direito. Esta doutrina foi tractada no §. 19, onde se justificou a faculdade da coacção do seguinte modo. — Se todos os homens cedessem á propria convicção da justiça do direito, e escutassem a voz da sua consciencia moral, que lhes brada, que cumpram seus deveres, não seria mister dotar o direito d'esta garantia: mas, como infelizmente alguns ha, que, apezar d'aquella exigencia da sancção da consciencia, se abalançam a lesar os outros em seus direitos, é força recorrer á coacção physica para repellir as lesões do direito. Porém a faculdade da coacção não é distincta do direito; é uma qualidade éssencial do direito, que sem ella ficaria reduzido a uma chimera sem realidade ou applicação alguma. Pelo menos não pôde descobrir-se razão philosophica para separar a faculdade da coacção do direito: se tenho a faculdade da coacção, é porque tenho um direito a realisar, para cujo exercicio posso usar d'aquella garantia, porque a coacção por si não é um direito, a força não é medida do direito, mas determina-se pelo direito; e se tenho um direito heide ter a faculdade da coacção, porque na presença da lesão, o nosso direito só pôde exercer-se pela coacção physica. Portanto podemos considerar a faculdade juridica e a faculdade da coacção, como misticas, e constituindo ambas qualquer direito.

No resto do §. (Ora a lesão, etc.) que pôde considerar-se uma transição, da doutrina d'este §. para a dos trez seguintes, define a lesão *preterita*, *presente* e *futura*. O Comp. tem razão, quando diz que a *lesão fundamenta a faculdade da coacção*; porque effectivamente não podemos usar da força senão em presença da lesão; quando o nosso direito é respeitado, ou resarcido o damno sem ser mister o uso da força, ella não pôde empregar-se. A lesão é *preterita* quando o acto injusto já está consummado, e d'elle resultou o damno; mas, como o damno é resultado d'um facto que não pôde apagar-se, porque depois d'os factos existirem, não se pôde fazer com que elles não tenham existido, só indirectamente se podem destruir os effectos do facto injusto pela *reparação do damno*; e d'aqui vem o direito de *reparação contra a lesão preterita*. É *presente*, quando está principiada mas não acabada. É verdade, que pelo facto de se entrar na nossa esphera já ha lesão, e por isso podemos chamar-lhe *preterita*. Porém, como ainda não está concluido o facto com que se pretende obstar ao exercicio do nosso direito, chama-se-lhe *presente*; e o direito, que tem por fim pôr termo a esse facto, toma o nome de — direito de *defeza*. É *futura*, quando ainda não está começada, mas já temos dados provaveis de que vai começar; e neste caso o direito, que nos compete para a *prevenir-mos*, diz-se direito de *prevenção*.

#### Nota.

O Comp., como tinha dicto que a *faculdade da coacção devia, em regra, ser exercida pela auctoridade*, e, excepcionalmente, pelo sujeito do direito, faz a este respeito, nesta nota, a seguinte observação. — *Estes direitos, i. é, os direitos de prevenção, defeza, e reparação, de que fallamos no §., tem a mesma natureza, ou sejam exercidos pela auctoridade competente, ou pelo sujeito do direito. Com effecto os direitos não mudam, nem podiam mudar, porque tem um fundamento immutavel — a natureza humana; q que muda são as pessoas que os exercem. A auctoridade não faz mais do que exercer a faculdade da coacção em*



nome do sujeito do direito; o emprego da força pelo intermedio da auctoridade é o mesmo que se fosse feito pelo sujeito do direito; e apenas se delega esta função á auctoridade pelo perigo que havia de que não só o sujeito do direito, empregando por si a força, excedesse os limites do seu direito, mas também que o sujeito da obrigação reagisse, com prejuizo da ordem social, que o direito a todo o custo deve manter. Sr. Ferrer, Curso, §. 151—154. Bruchner, §. 233—237.

§. 253.

Neste §. tracta o Comp. do direito de *prevenção*; e estabelece no primeiro periodo (*O direito de prevenção*, etc.) a proposição, — que o direito de *prevenção* abrange os meios necessarios para desviar uma lesão imminente. Alguns escriptores declaram-se contra o direito de *prevenção*, dizendo que elle carece de fundamento, porque se apoia na lesão *imminente*, e a significação da palavra *imminente* é contradictoria com a idèa de *lesão*, porque esta só se verifica, quando ha um facto injusto; e *facto* quer dizer — coisa acontecida, e *imminente* — coisa que está para acontecer: e, portanto, concluem que a lesão não pôde applicar-se a males futuros. Todavia o Comp. prova, no periodo seguinte, com duas razões, que a lesão *imminente* é uma verdadeira lesão, e que, por isso, pôde servir de fundamento ao direito de *prevenção*. A primeira está nas palavras — *Na verdade*, etc. Não se pôde negar, que aquelle, que ameaça invadir-nos, nos aterra: assim se um individuo apparece na minha presença decidido a disparar sobre mim uma pistola, aterra-me e aterra a todo o homem contra o qual se dirige no mesmo fim; por que o amor da vida e o horror da morte é um sentimento gravado na natureza geral do homem; mas este terror, que nos incute a probabilidade d'um mal, embaraça o exercicio da nossa justa actividade, porque nos priva de obrar livremente dentro da nossa esphera; mas todo o obstaculo ao exercicio da nossa justa actividade se considera uma *lesão*: logo quem nos ameaça com um mal imminente

te, *lesa-nos*; e se ha lesão, já existe o fundamento do direito de *prevenção*. A segunda está nas palavras — *além de que*, etc. Com effeito o segundo motivo, que *justifica* o direito de *prevenção*, está em ser mais facil o desviar a lesão futura, do que a presente, pela regra *principiis obsta* etc. E mesmo pôde ser *impossivel* o desviar a lesão preterita: o homem morto não resuscita. O Comp. no terceiro periodo (*Os meios da prevenção*, etc.) divide em duas especies os meios, que se comprehendem no direito de *prevenção*, que são *innocentes* ou *offensivos*. Falla dos primeiros no periodo seguinte (*Quanto aos primeiros*, etc.), e diz que não ha dúvida alguma que esses se podem empregar, mesmo que não sejam necessarios; e dá a razão—*por que não invadimos a esphera jurídica dos outros*, visto que empregamos meios innocios.

Mas poderemos nós empregar tambem os meios *offensivos*, quando elles forem necessarios para conter o lesante dentro da sua esphera? O Comp. segue a *affirmativa* no penultimo periodo do §.—*Quanto aos segundos*, etc. É certo, que o homem tem um direito absoluto á sua conservação, e por isso tem direito de obstar a que um perigo se lhe approxime e augmente a ponto de não poder lutar contra elle; tem direito de correr adiante d'um inimigo, que medita ou prepara a sua ruina, para o impedir de a consummar: 'numa palavra tem direito de tomar todas as precauções, e de empregar todos os meios os *mais offensivos* para a conservação dos seus direitos. É porém força confessar, que peza sobre o homem, que exerce o direito de *prevenção*, uma grande responsabilidade em quanto ao modo de o exercer, visto que o exercicio d'este direito se funda, não 'num factio injusto consummado, mas no recio d'um perigo futuro, e apoia-se em indicios ou presumpções mais ou menos vagas: sendo necessario justificar aos olhos da sociedade o emprego d'estes meios *offensivos*, mostrando, que não bastaram, os meios *innocentes* para desviar a lesão. D'aqui tira o Comp. a conclusão no ultimo periodo do §. (*Portanto*, etc.)—que para justificar o exercicio do direito de *prevenção*, é mister provar duas cousas: 1.<sup>a</sup> que havia lesão imminente; 2.<sup>a</sup> que os *meios innocentes*

não eram bastantes para a desviar. Effectivamente, quando nós practicámos acções, pelas quaes tractámos os nossos semelhantes como inimigos, e entrámos, para assim dizer, dentro da sua esphera juridica, é mister provar que estavamos convencidos da necessidade d'empregar aquelles meios violentos, e motivar os nossos receios com os factos, que lhes deram logar. Na falta d'estas provas, os outros têm direito de nos pedir reparação de todos os actos de violencia, que elles tiverem experimentado da nossa parte. Isto mesmo é necessario para *prevenir* os abusos do direito de *prevenção*. Bruchner, §. 238 — 240.

### §. 254.

Vid. O Comp., depois de ter dito no §. antecedente quaes os actos, a que se estende o direito de *prevenção*, diz neste quaes os actos a que se estende o direito de *defeza*. E diz o Comp., que o lesado deve apenas empregar uma força igual á do lesante. E a razão é, porque o fundamento do direito de *defeza* é a lesão presente; e por isso; logo que as forças do lesante e lesado sejam eguaes, neutralizam-se; e cessa a lesão, e portanto o emprego do direito de *defeza* que se fundava na lesão, pela regra — *cessando a causa, deve cessar o effeito*.

Devemos, todavia, advertir, — que, ainda que esta regra seja muito simples, é, na pratica, difficil o medir a extensão dos meios que se podem oppôr ao ataque; e muito mais difficil para o juiz o decidir se a *defeza*, num caso particular, se conservou nos justos limites. Ahrens, pag. 352 — 357. Bruchner, §. 236 — 237. Belime, vol. 1.º pag. 216 — 219, e vol. 2.º pag. 16 — 17.

### §. 255.

Neste §. tracta o Comp. do direito de *reparação*; e no 1.º periodo do §. diz qual é o objecto do direito de reparação, que vem a ser — todos os meios necessarios para resarcir o damno causado pela lesão. De feito, se o direito é a sciencia da condicionalidade, ou dos meios aptos

para se conseguir um fim racional; e se o individuo, que tem o direito de *reparação*, tem direito a ser de tal modo resarcido do damno causado pela *lesão*, que lhe seja indifferente o receber uma nova *lesão* com egual *reparação*, é consequente que o direito de reparação deve subministrar ao sujeito todos os meios aptos, e que forem necessarios para conseguir o fim da reparação do damno. No 2.º periodo do §. (*Não obstante*, etc.) faz o Comp. uma observação, e vem a ser, — que nos é preciso o direito de reparação para apagar as lesões, porque as garantias interiores da consciencia juridica e moral, bem como as exteriores do direito de prevenção e defesa muitas vezes não são sufficientes. Assim nós vemos, e repetidas vezes, que a casa do cidadão é invadida e a sua propriedade roubada, posto que elle esteja seguro pela consciencia *juridica* de que a sua propriedade é só sua, e presuma, pela consciencia *moral* dos outros, que lhes manda cumprir os seus deveres, que elles hão de cumprir a obrigação juridica de consentir-lhe o que é seu; ainda que empregue mesmo as garantias exteriores, v. g., o direito de *prevenção*, mandando fechar as portas, e o direito de *defesa*, empregando a força contra o injusto aggressor, que pretende arrombar-lh'as. Nestas circumstancias só pelo direito da reparação se podem extinguir os effeitos da lesão. No resto do §. diz o Comp., que — *a lesão fundamenta o direito de coacção*; e a razão é porque nós já dissemos, que só em presença da lesão podemos empregar a coacção, pois que, se o nosso direito é respeitado, escusado é empregar a força. *Que subsiste, em quanto o damno, d'ella proveniente, não é plenamente reparado*. Com effeito, se o fundamento da coacção é a lesão; e em quanto dura a causa, dura o effeito: é consequente, que em quanto a lesão, ou o damno, d'ella proveniente; não fôr reparado, subsiste o direito de coacção.

#### Nota.

Vid. Nesta nota tira o Comp. dois corollarios da doutrina do §., que se tem já demonstrado mais de uma vez — 1.º que não temos direito de reparação contra quem

nos causa algum prejuizo, mas no exercicio do seu direito : assim não temos o direito de *reparação* contra o visinho que levanta as suas casas, e nos priva das vistas da nossa janella. E a razão é porque elle causa-nos prejuizo, mas não damno, e nós só temos direito á *reparação* do damno, porque só este é resultado da lesão. 2.º que não temos direito de *reparação* contra aquelle, que nos não beneficia, v. g., contra o rico que nos não dá uma esmola, quando estamos em indigencia, nem contra o que nos não desviou os males que podia, v. g., contra aquelle que nos não acudiu, quando outrem corria sobre nós com um punhal. E a razão é, porque as obrigações juridicas consistem em simples omissões, e por isso quem se contém em simples omissões não faz lesão, não causa damno, e portanto não é obrigado á *reparação*; ainda que falta a uma obrigação *moral*, porque esta manda ao homem que faça, aos seus semelhantes, todo o bem, e evite todo o mal, que poder. Bruchner, §. 241 — 243.

### §. 256.

'Neste §. diz o Comp. qual o modo de fazer a *reparação*, quando o damno é causado por muitas pessoas. O Comp. figura duas hypotheses. A 1.ª, de que elle se occupa nas primeiras linhas do §. (*Se muitas, etc.*), verifica-se, quando o damno é *divisivel*, i. é, quando as pessoas, que nos lesáram, nos fizeram diversas lesões, v. g., uma roubou-nos, outra incendiou-nos a seára, etc. 'Neste caso diz o Comp., que *podemos pedir a cada uma d'ellas a reparação do damno, que nos causou*. E a razão é porque cada um deve responder só pelos consecutarios de suas acções. A 2.ª, de que o Comp. se occupa no resto do §. (*Porém se as lesões, etc.*), tem logar quando o damno é *indivisivel*, i. é, quando a lesão é de tal maneira conjuncta, que o acto de qualquer dos co-réos seria sufficiente para a produzir na sua totalidade, v. g., se duas pessoas, cada uma por seu lado, lançaram o fogo á minha seára. 'Neste caso diz o Comp. que ellas ficam obrigadas *in solidum* á *reparação* do damno, i. é, se o valor do damno são 10 moedas, não

fica obrigada cada uma a pagar-me só 5; porém tenho direito a pedir a qualquer d'ellas ás 10 moedas por inteiro, ainda que aquella, que me pagar as 10 moedas, fica com o direito salvo de pedir á outra as 5 que lhe compete pagar para a *reparação* do damno. E a razão por que eu posso pedir a qualquer d'ellas o valor inteiro do damno, é porque a acção criminosa de cada uma só por si bastava para o produzir: assim na hypothese figurada, bastava que só uma lançasse o fogo á seára para esta se incendiar.

§. 257.

Neste §. tracta o Comp. a questão: — se a faculdade da coacção, de que goza o sujeito do direito, pôde estender-se até ao ponto de *matar* o injusto aggressor, quando por outros meios não podermos desviar ou reparar as lesões? O Comp. encara a questão no campo da moral e do direito. Quanto á moral, (*A moral manda*, etc.) facil é de ver, que não podemos *matar* o injusto aggressor, quando o mal que elle nos causa é menor: assim não podemos, pela moral, *matar* o ladrão que nos rouba, porque a moral manda preferir o bem maior ao menor, e o bem da vida é muito maior do que o das riquezas d'este mundo; nem admittre paralelo. Porém se o aggressor vem com intenção de nos matar, podemos matar-o primeiro, porque com isto não lhe causamos um mal maior do que elle nos queria fazer; pelo contrario elle tem menos direito á existencia, já em razão da sua perversidade, já por ter sido a causa primeira da sua propria morte.

Esta questão, porém (*porém segundo*, etc.), resolve-se de diferente maneira no campo do direito. O Comp. segue a opinião, — que nós temos direito a matar o aggressor; se tanto for necessario, para o exercicio dos nossos direitos, visto que o direito abrange e justifica todos os meios aptos e necesarios para a sua realisação: assim, na hypothese figurada, eu poderia *matar* o ladrão, que quizesse roubar-me o meu livro, se tanto fosse preciso para exercitar o meu direito. A razão é, porque o direito é uma sciencia *a priori*, que não attende ás consequencias dos actos para os legi-

timar, e por isso reconhece ao sūjeito do direito a faculdade de empregar todos os meios os mais offensivos, quando forem necessários para a realisação do direito, pela regra — *fat justitia, pereat, ne pereat mundus*. No campo do direito natural apenas se pergunta se ha direito, e no caso affirmativo a sciencia diz — *fat justitia* sem averiguar se da prática da justiça resulta a morte para alguém. Nem o lesante pôde com justiça queixar-se porque seria contradicção o offendêr as leis do direito, e invocar depois essas mesmas leis, como salva-guarda das consequencias da lesão, resultado d'essa offensa.

Apesar d'estas razões Ahrens sustenta, que nem a moral nem o direito em caso algum auctorisam a morte do nosso semelhante, justificando a sua asserção com varios argumentos — 1.º Diz Ahrens, que não temos direito a fazer mal, só porque outrem nol-o faz: Ora é vordade, que por o nosso semelhante violar a lei natural; para comnosco não temos o direito de a violar para com elle: o mal, que elle nos faz, não auctorisa, que nós lh'o façamos debaixo d'este ponto de vista. Porém quem viola a lei, é o aggressor injusto; e nós, collocados no estado de collisão, só fazemos a excepção. Não violamos a lei. Elle é injusto, nós não. Demais Ahrens, para ser coherente, devia dizer, que nós não podemos fazer mal algum ao nosso semelhante, por mais mal que elle nos cause, visto que sustenta, que o mal, que nos causa o aggressor, não auctorisa, que nós lh'o façamos; quando elle reconhece o direito de coacção causando males, excepto o da morte. 2.º Diz Ahrens, que, rejeitado o principio egoista do interesse, não se pôde achar razão para matarmos o nosso semelhante só para salvar a nossa vida: A este argumento respondemos, que não é por egoismo que, collocados entre a morte do aggressor injusto e a nossa, fazemos a excepção a nosso favor; mas porque a nossa condição é mais favoravel; sobre o aggressor injusto devem pesar todas as consequencias da sua aggressão. Além de que, se fossemos obrigados a optar pela conservação do aggressor, deixando-nos assassinar, o direito, em lugar de proteger a innocencia, ordenaria o sacrificio d'esta ao crime; em lugar de proteger as pessoas honestas, pro-

tegeria os scelerados. 3.º Diz Ahrens ultimamente, que em caso nenhum poderemos matar o nosso semelhante, porque ninguém perde o direito de personalidade por qualquer facto, visto que elle nasce da natureza, e a personalidade é sagrada. Porém este argumento d'Ahrens não tem o peso, que á primeira vista inculca; porque se a personalidade do aggressor é sagrada, tambem a nossa o é. As circumstancias são identicas. Por este lado pois não melhora a condição do injusto aggressor. Portanto só a necessidade é a medida da violencia no uso do direito de coacção. Os meios vão até onde chega a necessidade da defesa.

No resto do §. (*não podemos, etc.*) prova o Comp., que não é permittido usar da força para salvar a nossa vida á custa da do nosso semelhante: assim não posso, para salvar a vida, tirar a taboa ao meu semelhante, ao qual o naufragio collocou na mesma extrema necessidade, que a mim. E a razão d'isto é, porque o senhor da taboa tem sobre ella o domínio ou direito exclusivo, visto que preveniu o direito de occupar, e nós não admittimos a invasão do ser d'outrem, ainda que ella seja reclamada pela urgencia das circumstancias. De mais, se eu tenho amor á vida tambem o meu semelhante o tem, se eu tenho direito ao emprego dos meios necessarios para a conservação da minha existencia, tambem elle o tem; e por isso sendo eguaes os direitos, eu não posso sacrificar a minha a vida do meu semelhante, assim como elle não póde sacrificar a minha á sua.

#### Nota.

Esta nota é um desenvolvimento da doutrina do §., quando disse — que o direito garantiza todos os meios de violencia necessarios para a defesa. *Não se mede a justa força do lesado, diz o Comp., pela grandeza e qualidade do damno, mas pela injusta força do lesante.* Assim se um individuo está prompto a disparar sobre mim uma pistola, e eu o poder matar primeiro, devo fazel-o. Já se vê, que não medi a minha força pela grandeza do damno, porque quando eu o matei, ainda elle me não tinha causado damno algum; mas medi a minha força por aquella que



elle empregava contra mim. E como a força, que o lesante empregava contra mim, era de tal ordem, que se eu o não matasse, não podia exercitar o meu direito, e arriscava-me, até, a ser privado d'elle, por isso o matei primeiro. Mas qual é a razão, por que eu heide medir a minha força não pela grandeza do damno, mas pela força do lesante? É porque eu tenho direito a empregar todos os meios necessários para a defesa da minha esphera, e por isso a repellir as lesões que se me fazem: ora pôde ser necessaria grande força para evitar uma lesão de pouca importancia, v. g., se os salteadores d'estrada me accommettem para me roubar um cruzado novo, é pequeno o valor da lesão, mas terei de empregar muita força para a desviar, e pelo contrario bem pequena contra uma lesão de grande monta; v. g., se um homem de debeis forças pretende incendiar-me a seára, cujo damno podia ser de grandes valores, e não haver necessidade de muita força: por consequencia a bitola para medir a força da defesa deve ser a da aggressão. No resto da nota (*Finalmente*, etc.) observa o Comp., que a coacção, empregada pelo lesado, deve ser *aberta*, i. é, clara e patente aos olhos de todos, para ver se o lesado se excedeu no emprego da força contra o lesante, ou se empregou uma força igual á da lesão, sendo moderado e contendo-se nos limites da defesa, que é o que quer dizer — *moderamen inculpatae tutelae*. A razão disto é, porque nós dissemos no §. 253, que, quando o lesado empregasse meios offensivos, tinha de justificar perante os tribunaes de justiça a necessidade do emprego de taes meios, para não ser considerado lesante, e por isso deve usar da força com a maior publicidade para poder justificar com uma prova testemunhal incontroversa, que se limitou á justa coacção. Sr. Ferrer, Curso, §. 152. Belime, vol. 1.º pag. 216—224. Ahrens, pag. 353 — 357.

#### §. 258.

'Neste §. tracta o Comp. do *duello*. Na 1.ª parte do §. (*Como as garantias*, etc.) faz o Comp. uma observação com relação á nota do §. antecedente, e vem a ser — que

nem sempre é possível o conhecer se o lesado empregou uma força igual á do lesante, e que só se poderá decidir pelas *circumstancias*. E com effeito é sempre difficil o guardar a devida proporção entre a força do lesado e a do lesante, porque aquelle, ordinariamente, não conserva a presença d'espírito sufficiente para graduar essa força, nem tem a força de vontade bastante para resistir ao impeto da paixão, e, dado mesmo que se guarde essa devida proporção, é cousa difficilissima o apreciar-a. No resto do §. (*Póde porém, etc.*) reprova o Comp. o *duello*, como meio de vingar os ataques feitos á honra, ou as injurias. Alguns escriptores definiram o *duello*—o combate determinado entre duas pessoas, que ajustam de se baterem em certo lugar e tempo, e de certo modo, a fim de pôrem termo pela victoria a um litigio. Porém o Comp. não combate o *duello*, como meio de terminar os litigios, porque as provas judicarias pelo *duello* já ha muito tempo desapareceram da Europa culta. Impugna porém o *duello* no sentido em que outros o tomam, i. é, como remedio para vingar uma affronta, ou lavar uma injuria; porque para este fim desgraçadamente ainda subsiste esse legado, que nos deixaram os seculos de ignorancia e barbaridade de possos maiores. O argumento, que o Comp. apresenta, é—que nos *duellos*, em ultima analyse, a força é a fonte dos direitos. E de feito, admittido este meio barbaro de terminar os litigios ou vingar as injurias, o seu resultado seria, que aquelle, que fôsse dotado de grandes forças e agilidade, e além d'isso reunisse uma aptidão superior no jogo das armas, poderia com segurança insultar os outros, com a certeza de sustentar a afronta no singular combate, e d'est'arte ser *senhor* absoluto da vida, e da honra d'aquelles, que lhe fossem inferiores 'naquellas qualidades. Por outro lado, se o homicidio é um crime gravissimo, com que direito póde qualquer chamar outrem a um combate e mata-lo? Nem se diga, que sendo cada um *senhor* absoluto de si mesmo póde em virtude d'uma convenção sujeitar-se a ser morto por outro; porque a isto respondemos, que tal convenção é nulla, como contraria aos direitos absolutos, e por isso não póde expressar direitos

e obrigações: e por consequencia o que feriu ou matou o seu semelhante no *duello*, ainda com consentimento d'este, deve ser responsavel pelos effeitos da lesão ou para com o offendido, ou para com a sociedade.

*Nota.*

Vid. O Comp. nesta nota faz uma observação muito importante, e vem a ser — que as leis positivas devem acabar com os *duellos*. Com effeito, nós já dissemos, que aos olhos da razão esclarecida as injurias injuriam mais ao injuriante, do que ao injuriado; e por isso é costume entre os homens illustrados o castigar com o desprezo os insultos feitos á sua honra. Porém, ainda mesmo que as leis positivas estabeleçam (como devem estabelecer) uma penalidade para reprimir os ataques feitos á honra do individuo, não devem consentir ao offendido o exercicio do direito de reparação, mas commettel-o aos tribunaes, porque 'numa sociedade bem organizada deve proscreever-se a maxima, — *de que cada um póde fazer justiça por suas mãos*. Sr. Ferrer; Curso, §§. 655 e 656.

§. 259.

O Comp., accrescentando ás garantias exteriores a pena que se impõe ao delinquente em consequencia do delicto, apresenta 'neste §. o fundamento do direito de punir. *Como póde acontecer*, etc.; i. é, se o lesante pratica uma lesão *irreparavel* por sua natureza, v. g., uma bofetada 'num homem de honra; ou por falta de meios do lesante, v. g., se um individuo me roubou 10 moedas, e as gastou sem ter por onde m'as pague; ou se o lesado não tem força para verificar a reparação, defesa, ou prevenção, é de necessidade uma outra *garantia exterior*, que é,— a pena, para conter os homens nos limites da sua esphera juridica. Já se vê, que o Comp. funda o direito de punir na necessidade, porque não temos um principio em direito natural, d'onde se derive immediatamente o direito de punir; e é esta a razão por que o Comp. diz na nota que

são *gravissimas as difficuldades*, que o direito de punir tem na philosophia de direito. A opinião do Comp. é a mesma de Belime.

É, porém, força confessar, que os philosophos, publicistas e criminalistas se acham tão divididos acerca do fundamento do direito de punir, que é applicavel a esta materia a sentença — *tot capita, quot sententiae*. Assim uns, como Platão, fundam o direito de punir na emenda do criminoso; outros, como Rousseau e Beccaria, no *contracto social*; outros, como Romagnosi, na *intimidação*; outros, como Rossi, na *expição*; outros, como Bentham, no *interesse social*; outros, como Bruchner, na necessidade da *vingança*; outros, como Thiercelin, consideram-no, como uma consequencia e continuação da *defesa*, etc.

Apesar de que não se descobriu ainda um principio seguro, que fundamente este direito, pôde provar-se a sua necessidade, como acabámos de fazer; e mesmo mostrar-se que elle não *repugna absolutamente ao direito natural*, pela razão que o Comp. adduz no final do §. — *porque o lesante, obrando desarrazoadamente, não pôde reclamar o respeito á dignidade e inviolabilidade dos seres racionais. Com effeito,* o lesante violou a lei juridica, não subordinando as suas acções á lei, salvaguarda do direito de todos; praticou uma acção, que, erigida em maxima geral, acabaria com toda a ordem do direito. E assim o delinquente, que, pelo seu facto criminoso, se apresentou em opposição contra a lei, não pôde depois invocar essa mesma lei para o livrar das penas, que são uma consequencia da revolta do criminoso contra ella. Ahrens, pag. 343—352, Belime, vol. 1.º pag. 400—408. Jouffroy, §. 99—100. Bruchner, §. 244—275, e nota. Thiercelin, capp. 6.º e 7.º

### §. 260.

Vid. Neste §. mostra o Comp. a necessidade do estado, para exercer estas garantias exteriores em nome do sujeito do direito. Com effeito, só na sociedade civil podem tornar-se plenamente exequiveis os direitos, porque se concebermos, por um pouco, um estado extra-social, vere-

mos ahí dominando o imperio da força bruta, e os direitos tornarem-se effectivos na proporção d'esta força. Os infantes, os dementes, e os paralyticos nunca poderiam exercêr os seus direitos, e, sujeitos a continuadas lesões, com cedo desapareceriam da superficie da terra. Por isso é mister na sociedade civil uma instituição (a), que cuide da execução do direito e da administração da justiça. Esta instituição ou governo dispõe da força pública, resultado da reunião das forças individuaes, e deve empregal-a para protecção do lesado. A força do governo pôde-se dizer *invencível* com relação ás forças individuaes do lesante; e por esta poder-se-hão tornar effectivas as garantias dos direitos dos cidadãos. Porém o Comp. remata o §., dizendo — *ainda que ellas na verdade não sejam sempre totalmente efficazes*. De feito, apesar de todas as garantias de que temos fallado, muitas vezes o sujeito do direito não tem meio de desviar ou reparar as lesões: o que pôde acontecer, ou pelo segredo, com que o homem falta a seus deveres juridicos, sem haver provas da lesão diante dos tribunaes de justiça; ou porque o sujeito do direito não encontra justiça no fôro exterior, pois que os juizes, sendo homens, são sujeitos a erros e paixões, e suas sentenças podem ser, e muitas vezes infelizmente são, injustas.

#### Nota.

Vid. 'Nesta nota dá o Comp. a razão por que traçou apenas os principios fundamentaes das garantias do direito, e não tractou a materia com o desenvolvimento que ella comporta. A razão é, porque a materia das garantias pertence propriamente ao direito público interno, e ao direito das Gentes; mas como tanto o direito público interno,

(a) É mister possuirmo-nos bem da differença entre Estado e Nação, que os escriptores antigos, e grande parte dos modernos, tomam como synonymos. *Estado* é a instituição civil e politica que vela pela execução do direito e administração da justiça. *Nação* é o complexo d'individuos que se propõem conseguir o seu fim pelos seus exforços reunidos e combinados. A *Nação* comprehende não só a associação *politica*, chamada — *Estado*; mas tambem a *religiosa*, a *scientifica*, a *industrial*, etc. O *Estado* está para a *Nação*, como o meio para o fim.

como o direito das Gentes, não são mais do que a applicação dos principios do direito natural ás relações, que as nações devem observar, quer entre seus membros, quer d'umas para com as outras ; por isso o Comp. apresentou estes preliminares, que servem d'introducção ao direito politico e internacional.

FIM.

# INDICE

DAS

## MATERIAS CONTIDAS 'NESTE LIVRO.

	Pag.
<b>PARTE I.</b>	
SECÇÃO II. <i>Limites e divisões do direito natural...</i>	1
SECÇÃO III. <i>Utilidade e systemas do direito natural..</i>	23
<b>PARTE II.</b> DIREITO NATURAL ABSOLUTO . . . . .	29
SECÇÃO I. <i>Direitos absolutos do homem. . . . .</i>	ibid.
SECÇÃO II. <i>Natureza dos direitos absolutos . . . . .</i>	54
SECÇÃO III. <i>Obrigações absolutas . . . . .</i>	71
<b>PARTE III.</b> DIREITO NATURAL HYPOTHETICO. . . . .	87
SECÇÃO I. <i>Acquisição immediata . . . . .</i>	ibid.
SECÇÃO II. <i>Direitos e extincção do dominio . . . . .</i>	132
SECÇÃO III. <i>Lesões do dominio, e reparação d'ellas ..</i>	153
SECÇÃO IV. <i>Acquisição mediata, contractos em geral ..</i>	184
SECÇÃO VI. <i>Sociedade em geral. . . . .</i>	220
SECÇÃO VII. <i>Familia . . . . .</i>	238
<b>PARTE IV.</b> <i>Garantias do direito. . . . .</i>	261