COMMENTARIO

AO

CODIGO CIVIL PORTUGUEZ

PRECEDIDO DE UM PREFACIO

SOBRE A

RENOVAÇÃO JURIDICA

ABEL ANDRADE

COMMENTARIO

AO

CODIGO CIVIL PORTUGUEZ

(ARTT. 359.º E SEGG.)

Moldado nas prelecções do ex.mo sr. dr. Sanches da Gama,
lente da sexta cadeira da Faculdade de Direito na Universidade de Coimbra

PRECEDIDO

DE UM PREFACIO SOBRE A «RENOVAÇÃO JURIDICA»

TOMO I

CRITERIO JURIDICO

A) PRIMEIRA PARTE:
1) Anthropologia juridica
2) Evolucionismo juridico
3) A vida dos codigos
4) Criterio philosophico das codificações
5) As tres phases juridicas
6) Conceito do direito civil
7) Ordinamento dos codigos
8) Mosaico juridico

B) SEGUNDA PARTE:
1) Casamento civil
2) Divorcio
3) Impedimentos dirimentes
4) Investigação da paternidade illegitima
5) Os filhos incestuosos e adulterinos

(CODIGO CIVIL, ARTT. 359.º-443.º)

COIMBRA
LIVRARIA PORTUGUEZA E ESTRANGEIRA
DE
MANUEL D'ALMEIDA CABRAL—EDITOR
163, Rua de Ferreira Borges, 165

1895

Ao ex.mo sr. dr. Sanches da Gama, lente cathedratico da sexta cadeira da Faculdade de Direito.

INDICE

INTRODUCÇÃO — RENOVAÇÃO JURIDICA

A) Criterio Juridico ..... pag. v-xi

As duas escholas, tradicionalista e moderna; a selecção juridica; o direito civil na França, Hespanha, Portugal, Allemanha, Inglaterra e Italia; a tentativa de Theophilo Braga; critica; o *Avant-Projet* de Laurent; doutrina de Cogliolo.

Cap. i — **Anthropologia Juridica**..... pag. xi-xxxviii

Progressos da anthropologia; precedentes da anthropologia actual; a Sociedade de Anthropologia de Paris; paleontologia, linguistica, psychologia, esthetica, historia e sociologia; a immobilidade do direito no meio do progresso social; o direito, como sentimento (psychologia) e facto social (sociologia), é doutrina anthropologica. Eliminação apparente da philosophia do direito: critica (genuina funcção d'esta sciencia). A philosophia do direito e a sociologia; escholas (Wallaschek, Stein, Lucchini, Anzilloti, Vanni, Puglia, Fulci, Colajanni, Saint-Marc, Guelfi, Ardigò); critica. Genése da evolução divergente do direito e da anthropologia. A anthropologia e o direito civil; Garofalo, Abadane, o ii cong. anthropologico, Fioretti; critica. Doutrina de Tarde: a anthropologia juridica, *pendant* da anthropologia criminal, é insustentavel; exposição e critica da theoria anti-anthro-

pologica do direito civil; a escola italiana integradora das correntes franceza e allemã. Orientação da renovação anthropológica do direito civil: conhecimento da consciencia moral pela psychologia e paleontologia; transformação das normas de conducta moral em normas coercitivas, juridicas; funcção da philosophia do direito. Symptomas do organismo juridico (Bentham, Rossi, Ihering, Sumner Maine); estudos sobre o direito (Bon e Ardigò), direito materno (Bachofen), familia e consanguinidade (Lubbock, etc.), propriedade (Viollet, Laveleye, etc.), evolução social (Tylor, Spencer, etc.). Imperfeição d'estas tentativas. Conclusão: renovação anthropologica dos estudos juridicos.

Cap. II — **Evolucionismo Juridico**..... pag. XXXVIII-LXIII

Organismo juridico. Doutrina de Reich e Tarde. Exposição do anti-evolucionismo de Reich; direito constitucional e criminal romano: o direito civil romano; paradoxo de Reich; comparação do direito romano com o direito inglez e musulmano; causa do progresso do direito romano: crenças religiosas (Fustel de Coulanges), vocação historica (Ihering), classificação precoce das XII Tabuas (Maine), vigor do temperamento (Mommsen), instituição da Infamia (Reich); espirito conciliador da *Revue Générale du Droit:* critica. Doutrina de Tarde: substituição da evolução pela theoria da imitação; critica da evolução juridica: diversidade de ponto de partida e variedade quantitativa e qualitativa de fórmas evolutivas; demonstração de Tarde. Estudo critico das duas theorias. Critica do anti-evolucionismo de Reich; o orientalismo juridico; d'Aguanno; o *homo romanus* (heroe e jurisconsulto); a formula da evolução universal.

Cap. III — **A vida dos codigos**..... pag. LXIII-LXXXI

A codificação do direito; o symbolismo de Ferrero: lei do minimo esforço e inercia mental; o symbolismo juridico; suas consequencias: abolição dos codigos, eliminação das formulas classicas, os arbitros-juizes *ex aequo et bono,* abolição da magistratura. Critica de Ferrero; generalisação hypothetica do associanismo (Ferrero e Ribot); o art. 16.º do codigo civil criticado pelo sr. dr. Chaves; opinião de Enrico Cimbali; o espirito e a lettra da lei; as formulas classicas do direito. Os codigos crystallisam o direito (Vadalà-Papale); evolução dos codigos. Uma objecção: a immobilidade dos codigos; critica: evolução das relações dos institutos, sua organisação e mais instituições economicas. Corollario: a imperfeição axiomatica dos codigos

modernos; a apathia juridica: movimento italiano (Gabba, Cimbali, d'Aguanno, Chironi, etc.); o projecto montenegrino de Bogisié; defeitos nos codigos modernos; falsidade do principio fundamental; inorganismo das codificações e deficiencia da materia juridica.

Cap. IV — **Criterio philosophico das codificações** ..... pag. LXXXI-XCVI

Systema philosophico dos codigos; optimismo e pessimismo de Pacifici-Mazzoni; exposição e critica da argumentação de Mazzoni; orientação do professor Chironi. O individuo, a familia e o estado — o individualismo, o socialismo e o contracto social. Exposição do individualismo (Epicuro, Hobbes, Bentham, Mill, Spencer); argumentação individualista (*retour au type*, a escravidão universal e a degenerescencia da especie humana) e sua refutação (Laveleye). Exposição do contracto social (Languet, Altusio, Grocio, Locke e Rousseau); o organismo contractual de Fouillée; critica. Exposição e critica do socialismo. Conclusão.

Cap. V — **As tres phases juridicas** ..... pag. XCVI-CXIV

Organicidade juridica como corollario da organicidade social; I) *direito consuetudinario;* absorpção do elemento individual pelo elemento social; desenvolvimento da pequena industria; militarismo; origem historica da categoria economica — *pecunia;* actividade individual homogenea, simples e regular; o costume — unica garantia social; II) *codigo de direito privado individual;* apparição do direito escripto como consequencia da divergencia social; as necessidades individuaes e as novas normas legislativas; a funcção do magistrado como complemento do officio legislativo; integrações industriaes produzidas pela liberdade e propriedade; consequencias theoricas e praticas do reconhecimento dos direitos individuaes; principio fundamental dos codigos modernos: o individuo é o unico ser real da humanidade; III) *codigo de direito privado social;* a moderna vida industrial e as desegualdades sociaes que determina; importancia dos agentes naturaes, das forças da natureza; reducção de todas as forças productivas á actividade pessoal; a renovação juridica como consequencia da renovação economica; a funcção do capital; desenvolvimento da associação; as pessoas moraes.

Cap. VI — **Conceito do Direito Civil** ..... pag. CXIV-CXXIX

Conceito do direito civil segundo os romanos; critica de Gabba, Romagnosi e d'Aguanno; outra noção de Ulpiano; interpretação

moderna d'esta fórmula; reducção economica do direito civil (Heinecio, Pisanelli, Vadalà-Papale, Fioretti, Loria, Gabba, etc.); refutação d'esta theoria; phase critica e organica do problema; complemento da fórmula romana; o direito privado e o direito publico (Aristoteles, Filomusi-Guelfi, Kirkmann, Thon, Gabba, d'Aguanno); o sr. Visconde de Seabra e Teixeira de Freitas; o sr. dr. Guimarães Pedrosa; a verdadeira doutrina (?).

CAP. VII — **Ordinamento dos codigos**..... pag. CXXIX-CLVI

Importancia e difficuldade do assumpto; varios systemas: *a*) Systema das Institutas; critica de Leibnitz e Blondeau; *b*) Systema de Leibnitz; temperamento germanico; critica de Belime; *c*) Systema de Thibaut; critica; *d*) Systema de Müklenbrüch; critica; *e*) Systema do codigo de Napoleão; o systema francez e o das Institutas; opinião de Belime; critica; *f*) Systema de Savigny; critica; *g*) Systema do codigo Austriaco; apreciação de Vadalà-Papale; *h*) Systema do sr. Seabra; critica de Teixeira de Freitas; *i*) Systema de Vadalà-Papale; exposição; *j*) Systema de Chironi e d'Aguanno: exposição critica; *k*) Systema de Cimbali; sua importancia; exposição; *l*) Systema scientifico; o direito civil *simile* do direito privado; apreciação critica da distincção entre direito publico e privado; todo o direito é essencialmente publico; o direito garantia dos phenomenos e condições sociaes; classificação de Greef e sr. dr. Garcia; a desintegração do codigo civil. Conclusão.

CAP. VIII — **Mosaico Juridico**..... pag. CLVI-CLXXIV

Caracter geral do codigo civil portuguez; os tres periodos comteanos: theologico, metaphysico e positivo; critica da lei dos tres estados (Turgot, Kant, Condorcet, sr. dr. Garcia, Rego Feio, etc.); actual periodo de transição metaphysico-positiva; symptomas d'este periodo; methodo, psychologia, alma, faculdades, linguagem, liberdade, etc.; affirmação dos tres periodos no codigo civil portuguez; elementos theologicos: o juramento; argumentos de Bentham e Belime; critica; o juramento é um orgão atrophiado; elementos metaphysicos: direitos originarios, doutrina da boa e má fé, privilegios e hypothecas; elementos positivos. Conclusão.

B) Criterio Juridico..... pag. CLXXV-CLXXXII

Moderna concepção da familia; ethnographia, historia e prehistoria; organismos asexuaes e sexuaes; hermaphroditas inferiores e superiores;

a reproducção—excesso de nutrição; integração da cellula ovular feminina e cellula spermatica masculina; o amor, a sympathia, o altruismo producto do egoismo; ego-altruismo; promiscuidade, polygamia e polyandria; duração da sociedade conjugal; genése do direito conjugal; formação da familia: scissiparidade, gemmiparidade e germiparidade (partenogenése, ovipara, ovovivipara, vivipara); matriarchado e patriarchado.

CAP. I — **Casamento civil**..... pag. CLXXXII–CXCV

A polemica do casamento civil entre nós; a constitucionalidade do instituto civil; terreno em que se deve pôr a questão; os dois poderes, temporal e espiritual; o instituto do casamento civil; caracter contractual do casamento; Santo Thomaz d'Aquino; o casamento é um contracto especial; intervenção do estado; o estado regulador das condições matrimoniaes; objecções e critica respectiva. Corollarios.

CAP. II — **Divorcio**..... pag. CXCV–CCIV

Formação historica do divorcio; no Oriente: China, Japão, India, Persia, Chaldea, Thracia e Babylonia; Grecia; Judea; Roma; Inglaterra. Justificação do divorcio; Conclusão.

CAP. III — **Impedimentos Dirimentes**..... pag. CCIV–CCXVII

O artigo 1073.º do codigo civil; a hereditariedade como axioma biologico; distincção entre hereditariedade e herança; verificação da hereditariedade (Spencer, Haeckel): *a*) monstruosidades hereditarias; *b*) coloração e estructura da pelle; *c*) o *pathos* hereditario; *d*) a selecção dos bons exemplares; *e*) crença popular; *f*) as dynastias; *g*) hereditariedade funccional; *h*) estatistica; *i*) adversarios. Critica dos argumentos apresentados. Confirmação da hereditariedade pela analyse das diversas theorias. Conclusão.

CAP. IV — **Investigação da paternidade illegitima**... pag. CCXVII–CCXXIX

Codigo civil, artigo 130.º; o principio da investigação da paternidade illegitima; responsabilidade por perdas e damnos; criterio da investigação da paternidade illegitima; legislação comparada; codigo de Napoleão (art. 340.º); o Tribunal da Cassação; projectos de 1878 e 1883; o *Avant-Projet* de Laurent e a investigação da paternidade

illegitima; codigo italiano (art. 189.º); o codigo civil portuguez (art. 130.º); critica; a seducção com promessa de casamento; o concubinato *more uxorio*, etc.

CAP. V — **Os filhos incestuosos e adulterinos**..... pag. CCXXIX-CCXLII

Condição juridica dos filhos incestuosos e adulterinos, segundo o Direito Romano; influencia do Christianismo (*Decretaes, Menochio*); a lei franceza do anno 11; o Codigo de Napoleão (art. 335.º); o Codigo Italiano (art. 180.º); o Codigo Austriaco (§§ 155.º, 165.º, 166.º, 167.º, 754.º); o *Avant-Projet* de Laurent (artt. 331.º, 333.º, 336.º, 337.º, 790.º, 791.º, 792.º); codigo civil portuguez (artt. 122.º e seg.); criterios scientificos para a solução do problema; respeito pela familia; Dias Ferreira; o incesto e o adulterio perante a biologia; correcção das considerações biologicas; exposição da verdadeira doutrina; situação dos filhos sacrilegos.

COMMENTARIO

AO

CODIGO CIVIL PORTUGUEZ

(Artt. 359.º-443.º)

Pag.

PARTE II — Da acquisição dos direitos (systema do codigo portuguez)..... 1

TITULO I — Dos direitos originarios — artt. 359.º-368.º (critica do titulo)..... 5

TITULO II — Das cousas que podem ser objecto de apropriação, e suas differentes especies, em relação á natureza das mesmas cousas ou das pessoas a quem pertencem — artt. 369.º-382.º (divisão legal das cousas)..... 8

Pag.

DIVISÃO DAS COUSAS
1) corporeas e incorporeas..... 11
2) não susceptiveis e susceptiveis de apropriação — art. 370.º..... 12
3) fungiveis e não fungiveis..... 13
4) principaes e accessorias..... 15
5) de situação fixa e variavel..... 16
6) divisiveis e indivisiveis..... 17
7) moveis e immoveis — artt. 373.º-378.º.. 18
8) publicas, communs e particulares — artt. 379.º-382.º..... 19

Immobilidade dos predios rusticos e urbanos — art. 374.º, § unico..... 21

Immoveis por disposição da lei — art. 375.º, n.os 1.º-3.º, § un. (differença entre productos e fructos; partes componentes e integrantes; condições necessarias para a immobilisação das partes integrantes; doutrina de Dias Ferreira: critica; exegese da particula — *que* — no art. 375.º, n.º 1.º Condição juridica dos direitos inherentes aos immoveis e dos fundos consolidados, que se acharem immobilisados)..... 25

Objectos moveis por natureza — art. 376.º..... 41

Technologia do codigo civil — artt. 377.º-378.º (bens, cousas immobiliarias, immoveis, cousas ou bens immoveis, bens ou cousas mobiliarias, movel, cousa ou bens moveis, moveis de tal casa ou predio)..... 42

Divisão das cousas quanto ás pessoas a quem pertence a sua propriedade — artt. 379.º-382.º (cousas publicas, communs e particulares)... 48

TITULO III — Da occupação..... 72

CAPITULO I — Disposição geral — art. 383.º (noção de occupação)..... 73

CAPITULO II — Da occupação dos animaes..... 76

Secção I — Da caça — artt. 384.º-394.º..... 77

Logar onde se permitte caçar — artt. 384.º, 385.º, 386.º, 387.º..... 80

Modos de realisar a apprehensão do animal — artt. 388.º-389.º..... 87

Responsabilidade do caçador — art. 390.º..... 90

Condição juridica dos proprietarios ou possui-

Pag.

dores dos predios murados ou tapados — art. 391.° 91
Animaes prejudiciaes ás sementeiras — art. 392.° (critica da doutrina de Dias Ferreira) 92
Prohibição de destruir ninhos, ovos, etc. — art. 393.° 97
Complemento legislativo pelas leis e regulamentos administrativos — art. 394.° 99
Secção II — Da pesca — artt. 395.°-399.° 100
Legislação antiga e moderna sobre a epocha da pesca, modo de pescar e exercicio da pesca por portuguezes e hespanhoes nas costas maritimas de Portugal e rios limitrophes ..... *ib.*
Logar onde se póde exercer a pesca, pessoas que podem pescar, legislação respectiva, condição dos terrenos marginaes, pesca nas aguas particulares, complemento legislativo pelas leis e regulamentos administrativos — artt. 395.°-399.° 108
Secção III — Da occupação dos animaes bravios, que já tiveram dono — artt. 400.°-403.° 119
Secção IV — Da occupação dos animaes domesticos abandonados, perdidos ou extraviados — artt. 404.°-410.° 127
Capitulo III — Da occupação das cousas inanimadas 135
Secção I — Da occupação das cousas moveis abandonadas — artt. 411.°-412.° ..... *ib.*
Secção II — Da occupação das cousas moveis perdidas — artt. 413.°-421.° 137
O conselho de beneficencia pupillar do art. 419.°, § 4.° 141
Secção III — Da occupação de thesouros e cousas escondidas — artt. 422.°-427.° 145
Noção de thesouro 147
Condição juridica do thesouro e cousas escondidas 149
Fundamento philosophico da doutrina sobre thesouros 151
Historia da doutrina relativa a thesouros 152
Critica da theoria admittida pelo codigo 157
Uma innovação de Laurent, critica 159

Pag.

Exegese dos artt. 424.º-427.º..... 162
Secção IV — Da occupação das embarcações e de outros objectos naufragados — art. 428.º..... 171
Capitulo IV — Da occupação dos objectos e productos naturaes, communs ou não apropriados..... 174
Secção I — Disposição geral — artt. 429.º-430.º..... 175
Secção II — Das aguas (antigo direito relativo ás aguas).... 177
Sub-secção I — Das aguas publicas, e particularmente das aguas navegaveis e fluctuaveis; condição juridica das aguas publicas; Legislação respectiva — artt. 431.º-433.º..... 192
Sub-secção II — Das correntes d'agua não navegaveis, nem fluctuaveis — artt. 434.º-443.º..... 215
I. Condição das aguas sujeitas ás disposições dos artt. 434.º-443.º..... 218
II. Distincção entre corrente e nascente..... 219
III. Direito de usar d'estas aguas; sua natureza 221
IV. Systema do codigo em materia d'aguas... 224
V. Aguas remanescentes e escorredouras.... 228
VI. Condição juridica dos proprietarios de predios atravessados ou simplesmente banhados por corrente commum..... 230
VII. *Alveus derelictus;* situação do proprietario marginal..... 236
VIII. Servidão legal de aqueducto..... 237
IX. Caracter eventual ou accessorio do direito ás aguas..... 245
X. Destino das aguas communs..... 246
XI. Direitos adquiridos ao tempo da promulgação do codigo. Imprescriptibilidade do direito ás aguas..... 251
XII. Condição juridica dos vizinhos..... 279
XIII. Providencias hygienicas..... 289
VIX. Restricção do direito ás aguas..... 292
XV. Sancção penal..... 295

RENOVAÇÃO JURIDICA

SUMMARIO

A) As duas escholas, tradicionalista e moderna; a selecção juridica; o direito civil na França, Hespanha, Portugal, Allemanha, Inglaterra e Italia; a tentativa de Theophilo Braga; critica; o *Avant-Projet* de Laurent; doutrina de Cogliolo. — I. ANTROPOLOGIA JURIDICA. Progressos da anthropologia; precedentes da anthropologia actual; a Sociedade de Anthropologia de Paris; paleontologia, linguistica, psychologia, esthetica, historia e sociologia; a immobilidade do direito no meio do progresso social; o direito, como sentimento (psychologia) e facto social (sociologia), é doutrina anthropologica. Eliminação apparente da philosohia do direito: critica (genuina funcção d'esta sciencia). A philosophia do direito e a sociologia; escholas (Wallaschek, Stein, Lucchini, Anzilloti, Vanni, Puglia, Fulci, Colajanni, Saint-Marc, Guelfi, Ardigò); critica. Genése da evolução divergente do direito e da anthropologia. A anthropologia e o direito civil; Garofalo, Abadane, o II cong. anthropologico, Fioretti; critica. Doutrina de Tarde: a anthropologia juridica, *pendant* da anthropologia criminal, é insustentavel; exposição e critica da theoria anti-anthropologica do direito civil; a escola italiana integradora das correntes franceza e allemã. Orientação da renovação anthropologica do direito civil: conhecimento da consciencia moral pela psychologia e paleontologia; transformação das normas de conducta moral em normas coercitivas, juridicas; funcção da philosophia do direito. Symptomas do organismo juridico (Bentham, Rossi, Ihering, Sumner Maine); estudos sobre o direito (Bon e Ardigò), direito materno (Bachofen), familia e consanguinidade (Lubbock, etc.), propriedade (Viollet, Laveleye, etc.), evolução social (Tylor, Spencer, etc.). Imperfeição d'estas tentativas. Conclusão: renovação anthropologica

dos estudos juridicos. — II. EVOLUCIONISMO JURIDICO. Organismo juridico. Doutrina de Reich e Tarde. Exposição do anti-evolucionismo de Reich; direito constitucional e criminal romano: o direito civil romano; paradoxo de Reich; comparação do direito romano com o direito inglez e musulmano; causa do progresso do direito romano: crenças religiosas (Fustel de Coulanges), vocação historica (Ihering), classificação precoce das XII Tabuas (Maine), vigor do temperamento (Mommsen), instituição da Infamia (Reich); espirito conciliador da *Revue Générale du Droit:* critica. Doutrina de Tarde: substituição da evolução pela theoria da imitação; critica da evolução juridica: diversidade de ponto de partida e variedade quantitativa e qualitativa de fórmas evolutivas; demonstração de Tarde. Estudo critico das duas theorias. Critica do anti-evolucionismo de Reich; o orientalismo juridico; d'Aguanno; o *homo romanus* (heroe e jurisconsulto); a formula da evolução universal. — III. A VIDA DOS CODIGOS. A codificação do direito; o symbolismo de Ferrero: lei do minimo esforço e inercia mental; o symbolismo juridico; suas consequencias: abolição dos codigos, eliminação das formulas classicas, os arbitros-juizes *ex aequo et bono,* abolição da magistratura. Critica de Ferrero; generalisação hypothetica do associanismo (Ferrero e Ribot); o art. 16.º do codigo civil criticado pelo sr. dr. Chaves; opinião de Enrico Cimbali; o espirito e a lettra da lei; as formulas classicas do direito. Os codigos crystallisam o direito (Vadalà-Papale); evolução dos codigos. Uma objecção: a immobilidade dos codigos; critica: evolução das relações dos institutos, sua organisação e mais instituições economicas. Corollario: a imperfeição axiomatica dos codigos modernos; a apathia juridica; movimento italiano (Gabba, Cimbali, Aguanno, Chironi etc.); o projecto montenegrino de Bogisié; defeitos nos codigos modernos; falsidade do principio fundamental; inorganismo das codificações e deficiencia da materia juridica. — IV. CRITERIO PHILOSOPHICO DAS CODIFICAÇÕES. Systhema philosophico dos codigos; optimismo e pessimismo de Pacifici-Mazzoni; exposição e critica da argumentação de Mazzoni; orientação do professor Chironi. O individuo, a familia e o estado — o individualismo, o socialismo e o contracto social. Exposição do individualismo (Epicuro, Hobbes, Bentham, Mill, Spencer); argumentação individualista (*retour au type,* a escravidão universal e a degenerescencia da especie humana) e sua refutação (Laveleye). Exposição do contracto social (Languet, Altusio, Grocio, Locke e Rousseau); o organismo contractual de Fouillée; critica. Exposição e critica do socialismo. Conclusão. — V. AS TRES PHASES JURIDICAS. Organicidade juridica como corollario da organicidade social; 1) *direito consuetudinario;* absorpção do

elemento individual pelo elemento social; desenvolvimento da pequena industria; militarismo; origem historica da cathegoria economica—*pecunia;* actividade individual homogenea, simples e regular; o costume—unica garantia social; II) *codigo de direito privado individual;* apparição do direito escripto como consequencia da divergencia social; as necessidades individuaes e as novas normas legislativas; a funcção do magistrado como complemento do officio legislativo; integrações industriaes produzidas pela liberdade e propriedade; consequencias theoricas e praticas do reconhecimento dos direitos individuaes; principio fundamental dos codigos modernos: o individuo é o unico ser real da humanidade; III) *codigo de direito privado social;* a moderna vida industrial e as desegualdades sociaes que determina; importancia dos agentes naturaes, das forças da natureza; reducção de todas as forças productivas á actividade pessoal; a renovação juridica como consequencia da renovação economica; a funcção do capital; desenvolvimento da associação; as pessoas moraes.—VI. Conceito do Direito Civil. Conceito do direito civil segundo os romanos; critica de Gabba, Romagnosi e d'Aguanno; outra noção de Ulpiano; interpretação moderna d'esta formula; reducção economica do direito civil (Heinecio, Pisanelli, Vadalà-Papale, Fioretti, Loria, Gabba, etc.); refutação d'esta theoria; phase critica e organica do problema; complemento da formula romana; o direito privado e o direito publico (Aristoteles, Filomusi-Guelfi, Kirkmann, Thon, Gabba, d'Aguanno); o sr. Visconde de Seabra e Teixeira de Freitas; o sr. dr. Guimarães Pedrosa; a verdadeira doutrina (?)—VII. Ordinamento dos codigos. Importancia e difficuldade do assumpto; varios systemas: *a)* Systhema das Institutas; critica de Leibnitz e Blondeau; *b)* Systhema de Leibnitz; temperamento germanico; critica de Belime; *c)* Systhema de Thibaut; critica; *d)* Systhema de Müklenbrüch; critica; *e)* Systhema do codigo de Napoleão; o systhema francez e o das Institutas; opinião de Belime; critica; *f)* Systhema de Savigny; critica; *g)* Systhema do codigo Austriaco; apreciação de Vadalà-Papale; *h)* Systhema do sr. Seabra; critica de Teixeira de Freitas; *i)* Systhema de Vadalà-Papale; exposição; *j)* Systhema de Chironi e d'Aguanno: exposição critica; *k)* Systhema de Cimbali; sua importancia; exposição; *l)* Systhema scientifico; o direito civil *simile* do direito privado; apreciação critica da distincção entre direito publico e privado; todo o direito é essencialmente publico; o direito garantia dos phenomenos e condições sociaes; classificação de Greef e sr. dr. Garcia; a desintegração do codigo civil. Conclusão.—VIII. Mosaico Juridico. Caracter geral do codigo civil portuguez; os tres periodos comteanos: theologico, metaphysico e positivo; critica da lei dos tres estados

(Turgot, Kant, Condorcet, sr. dr. Garcia, Rego Feio, etc.); actual periodo de transição metaphisico-positiva; symptomas d'este periodo; methodo, psychologia, alma, faculdades, linguagem, liberdade, etc.; affirmação dos tres periodos no codigo civil portuguez; elementos theologicos: o juramento; argumentos de Bentham e Belime; critica; o juramento é um orgão atrophiado; elementos metaphysicos: direitos originarios, doutrina da boa e má fé, privilegios e hypothecas; elementos positivos. Conclusão.

B) Moderna concepção da familia; ethnographia, historia e prehistoria; organismos asexuaes e sexuaes; hermaphroditas inferiores e superiores; a reproducção — excesso de nutrição; integração da cellula ovular feminina e cellula spermatica masculina; o amor, a sympathia, o altruismo producto do egoismo; ego-altruismo; promiscuidade, polygamia e polyandria; duração da sociedade conjugal; genése do direito conjugal; formação da familia: scissiparidade, gemmiparidade e germiparidade (partenogenese, ovipara, ovovivipara, vivipara); matriarchado e patriarchado. — I. CASAMENTO CIVIL. A polemica do casamento civil entre nós; a constitucionalidade do instituto civil; terreno em que se deve pôr a questão; os dous poderes, temporal e espiritual; o instituto do casamento civil; caracter contractual do casamento; Santo Thomaz d'Aquino; o casamento é um contracto especial; intervenção do Estado; o Estado regulador das condições matrimoniaes; objecções e critica respectiva. Corollarios. — II. DIVORCIO. Formação historica do divorcio; no Oriente: China, Japão, India, Persia, Chaldea, Thracia e Babylonia; Grecia; Judea; Roma; Inglaterra. Justificação do divorcio; Conclusão. — III. IMPEDIMENTOS DIRIMENTES. O art. 1073.º do codigo civil; a hereditariedade como axioma biologico; distincção entre hereditariedade e herança; verificação da hereditariedade (Spencer, Haeckel): *a*) monstruosidades hereditarias; *b*) coloração e estructura da pelle; *c*) o *pathos* hereditario; *d*) a selecção dos bons exemplares; *e*) crença popular; *f*) as dynastias; *g*) hereditariedade funccional: *h*) estatistica; *i*) adversarios. Critica dos argumentos apresentados. Confirmação da hereditariedade pela analyse das diversas theorias. Conclusão. — IV. INVESTIGAÇÃO DA PATERNIDADE ILLEGITIMA. Codigo civil, art. 130.º; o principio da investigação da paternidade illegitima; responsabilidade por perdas e damnos; criterio da investigação da paternidade illegitima; legislação comparada; codigo de Napoleão (art. 340.º); o Tribunal da Cassação; projectos de 1878 e 1883; o *Avant-Projet* de Laurent e a investigação da paternidade illegitima; codigo italiano (art 189.º); o codigo civil portuguez (art. 130.º); critica; a seducção

com promessa de casamento; o concubinato *more uxorio*, etc.—V. Os FILHOS INCESTUOSOS E ADULTERINOS. Condição juridica dos filhos incestuosos e adulterinos, segundo o Direito Romano; influencia do Christianismo (*Decretaes, Menochio*); a lei franceza do anno 11; o Codigo de Napoleão (art. 335.º); o Codigo Italiano (art. 180.º); o Codigo Austriaco (§§ 155.º, 165.º, 166.º, 167.º, 754.º); o *Avant-Projet* de Laurent (artt. 331.º, 333.º, 336.º, 337.º, 790.º, 791.º, 792.º); codigo civil portuguez (artt. 122.º e seg.); criterios scientificos para a solução do problema; respeito pela familia; Dias Ferreira; o incesto e o adulterio perante a biologia; correcção das considerações biologicas; exposição da verdadeira doutrina; situação dos filhos sacrilegos.

A)

Não é uniforme a orientação do movimento juridico moderno; abrem-se de par em par duas cathedraes magestosas, respeitaveis ou pela sua vetustez ou pelo arrojado dos seus minaretes; encontram-se n'uma os manes venerandos de Coelho da Rocha, Lobão, Mello Freire; na outra é summo pontifice Herbert Spencer, acolytado pelos espiritos mais scintillantes dos nossos dias. O conservantismo immobilisador da velha cathedral é compensado pela solidez granitea dos seus alicerces: é o bloco informe açoutado pelo marulhar das vagas. Os pomos seductores da arvore do futuro possuem a inconstancia dos espiritos adolescentes, e vivem ás vezes a vida ephemera das rosas de Malherbe.

Que fazer?!

Depois de leve hesitação, resolvemos entrar abertamente no terreno novissimo do direito, invocando o auxilio das sciencias sociaes, tão avidamente cultivadas em nossos dias; o progresso da sciencia juridica é indefinido, oscillando sem descanço entre a força hereditaria, que lucta pela conservação d'um passado secular, caracterisado pelo predominio da casuistica analytica, e a accomodação das

velhas formulas individualistas ás complexas condições sociaes creadas pela industria sempre crescente, e pelos amplos horisontes rasgados nos dominios da especulação scientifica. A selecção juridica onde se deve encontrar uma concretisação, aproximadamente verdadeira, da justiça social, define-se como resultado d'estas duas forças.

Na França, como na Hespanha e em Portugal, os estudos de direito civil permanecem dominados pelo romanismo, sem se modificarem as formulas juridicas d'esse povo em harmonia com as novas condições sociaes. Na Allemanha o idealismo juridico prejudica a verdadeira comprehensão da realidade dos phenomenos. A Inglaterra, originalissima no direito como em todos os seus processos politicos e administrativos, rejeita com desdem as vantagens dos codigos. A Italia, todavia, fornece-nos, como nenhuma outra nação, um exemplar notavel da lucta travada entre o velho direito civil e o novo codigo privado-social.

Deve-se a um grupo de moços italianos a formação do notavel nucleo, cujo orgão intitulado *La Scienza del Diritto Privato* se incumbe de resolver as duvidas emergentes da renovação juridica, semeando ao mesmo tempo a semente da boa doutrina, que actualmente desperta de modo notavel a attenção dos eminentes legisladores europeus. O fim da campanha italiana é substituir os velhos codigos individualistas pelos codigos de direito-privado-social.

Seduziu-nos e dominou-nos naturalmente o movimento italiano, a ponto de nos obrigar a compulsar a interessante litteratura juridica d'esse povo. [1]

---

[1] Não nos soffre o espirito a indignação que sentimos, ao notar a deficiente litteratura juridica moderna de Italia na Bibliotheca da Universidade, ao mesmo tempo que, escandalosamente, chovem do estrangeiro quantos commentarios biblicos o fervor religioso inspirou e certos livros destituidos de valor positivo, como por exemplo: fragmentos das obras dos santos padres!

Entre nós, póde julgar-se completamente nova a implantação d'uma ordem de ideias como as constantes do movimento italiano. Convem dizer, a proposito, e em homenagem á verdade, que a tentativa de Theophilo Braga foi extraordinariamente infeliz.

Temos pelo merito intellectual de Theophilo Braga uma subida consideração; discordaremos, no entanto, da sua orientação germanista, e de muitos outros corollarios, que logicamente derivam d'essa orientação. Isto não enfraquece o valor de um homem, que se fez á custa do seu trabalho, vencendo inimigos e invejosos, que se lhe atravessaram no caminho. O trabalho é respeitavel em todas as suas fórmas.

Entretanto, sem fazermos côro com os zoilos de Theophilo Braga, julgamos de pequeno valor o alcance scientifico do *Espirito do Direito Civil Moderno,* publicado em 1870.

Façamos uma ligeira analyse d'esse trabalho, o unico que tentou renovar o espirito do direito civil portuguez descobrindo o espirito do direito civil moderno.

Deante de um thema, como o indicado no titulo da dissertação a que nos referimos, deveria ter começado o auctor por discutir a noção de direito civil, como já a esse tempo se fazia na Allemanha e em Italia, relacionando o conteúdo juridico com a sociologia; nas 39 paginas do trabalho de Theophilo Braga não apparece, todavia, a menor referencia a este problema, que seria a chave do systhema a seguir. Dada esta omissão, o illustre auctor nunca conseguiria desempenhar-se cabalmente da tarefa.

Necessitando limitar o direito subsidiario, procurando a causal da necessidade d'esse mesmo direito — o que era facillimo, lembrando a imperfeita previsão do legislador mais diligente, que nunca consegue formular todas as hypotheses — Theophilo Braga difficulta o problema, essencialmente simples, recorrendo á inadmissivel noção de

Hegel, para quem o direito era a manifestação finita da vontade infinita, e conclue dizendo que nenhuma legislação, como expressão da vontade social, póde ser completa. Ora, a verdade manda dizer que a noção de direito fornecida por Hegel nunca legitimaria semelhante conclusão, se ella não fosse axiomatica...

Ainda a proposito do direito subsidiario, considera a *lei* como uma manifestação exterior e limitada do principio do justo. Colloca, assim, no centro da sciencia juridica essa chimera que tem entretido a imaginação dos metaphysicos durante tantos annos. Em que consiste o principio do justo? Theophilo Braga não responde satisfactoriamente a esta pergunta.

É lamentavel o processo empregado pelo publicista afim de determinar o conteúdo do direito natural, como criterio metaphysico da consciencia do julgador. Na impossibilidade de acompanhar toda a demonstração, notamos as seguintes inexactidões: 1) O *estado* não póde ser considerado como synthese gigante, exclusivamente produzida pela realisação dos sentimentos do Verdadeiro, do Bello e do Justo; de facto, é indispensavel a integração d'outros elementos para a formação do *estado;* 2) não é verdade que cada um d'estes principios se tenha realisado isoladamente em determinadas regiões: o principio da Verdade na India, a intuição do Bello na Grecia, o culto da Justiça em Roma; a historia desmente essa asserção, que, a ser verdadeira, destruiria a anterior, pois que houve estados na India, Grecia e Roma, onde dominava só um d'esses principios, deixando portanto o estado de constituir uma synthese gigante dos tres principios, como havia dicto na mesma pagina; 3) o sentimento do verdadeiro é mais alguma cousa do que o principio da causalidade, origem das religiões; é intuitiva a falsidade da proposição contraria, como nebuloso o tom sombrio do principio da causalidade, referido por Theophilo Braga; 4) o criterio

metaphysico da consciencia do julgador, o principio do justo, diz Theophilo Braga, encontra-se na vontade, porque o sentimento do verdadeiro realisa-se n'um momento historico em que os phenomenos se explicam pela vontade divina, e o sentimento do bello desperta, precisamente, quando todas as vontades se harmonisam livres de qualquer coutracto ou accordo. Não comprehendemos os elementos essenciaes d'esta doutrina, destituida de fundamento; com semelhantes processos retira-se o direito do meio das condições sociaes, e encantonamo-nos no terreno da psychologia juridica, de alcance bastante limitado, quando invocada para este fim; 5) Theophilo Braga julga encontrar a confirmação da sua doutrina no mesmo codigo civil, que filia a diversa genese dos direitos na vontade (art. 4.º). Como teremos ensejo de dizer no decurso d'esta *Introducção,* a concepção psychologica da vontade é um mytho, e com a prévia analyse do art. 4.º chegaremos a conclusões contrarias, sendo certo, de resto, que a auctoridade do nosso codigo para confirmar uma theoria scientifica é limitadissima.

Censurando a emphyteuse, invoca o mesmo principio da *vontade;* a emphyteuse, no dizer de Theophilo Braga, é uma creação anti-social e incompativel com as proprias forças da vontade.

Como conclusão d'esta rapida e despretenciosa censura ao trabalho que analysamos, resalta o seguinte asserto: os elementos introduzidos em 1870 no espirito do direito civil em nada modificaram o caracter empirico d'esse mesmo direito; não era, em verdade, com idealidades de Hegel, que se renovaria o direito civil, mórmente n'uma epocha de positivismo como o seculo XIX.

Não se encontra em muito melhores condições o direito civil francez, como é facil verificar, consultando a *Philosophia do Direito Civil,* de Franck, e o *Avant-Projet,* redigido por Laurent para a Belgica.

Basta uma rapida leitura do livro de Franck para se ficar sabendo que a renovação juridica nada tem com trabalhos de semelhante ordem; admitte o livre-arbitrio quando a philosophia do seculo, *una voce*, proclama o determinismo; reconhece direitos absolutos, sendo certo que só existe o absoluto da relatividade; desliga a união matrimonial das suas origens biologicas, no momento em que a sciencia verifica que a necessidade sexual se transforma nos sentimentos de mais puro amor conjugal, etc., etc.

Que deveremos dizer da revisão do codigo de Napoleão elaborada por Laurent?

Apesar de modificações importantes, realisadas em muitas disposições do codigo de Napoleão, o codigo revisto por Laurent é identico, quanto ao conteúdo e distribuição organica das materias; as modificações introduzidas limitam-se a pontos de vista secundarios; salientaremos as innovações seguintes, que julgamos ser as mais importantes: *a*) as relativas á ausencia e condição juridica dos filhos naturaes; *b*) um titulo novo (XIII) concernente á publicidade do estado das pessoas (nacionalidade, domicilio, ausencia, matrimonio, divorcio, separação pessoal, etc.; *c*) a nova doutrina, na segunda parte do liv. I, sobre as corporações; *d*) theoria da superficie (tit. VI), etc., etc. [1]

Em summa: o direito civil não possue na França nem em Portugal o caracter organico que deveria ter.

No caminho trilhado encontramos muitos adversarios; synthetisal'os-hemos em Cogliolo. [2] N'um estudo interessante publicado em 1885, insurge-se Pietro Cogliolo contra a revolução juridica annunciada; os argumentos apresentados por esse auctor podem reduzir-se aos seguintes: *a*) domina a moda de philosophar em materia juridica com palavras

---

[1] Laurent, *Avant-Projet de Révision du code civil.*

[2] *Saggi sopra l'evoluzione del Diritto Privato*, Torino, 1885.

vazias de sentido; *b*) se ha leis communs ás sciencias naturaes e sociaes não devemos confundir a hypothese d'essa generalisação com uma verdade scientifica; *c*) a proposito das relações entre o direito e a sociologia muitos abusos é necessario cortar, como por exemplo: extremo credito que se dá aos costumes dos selvagens, etc., etc.

Não estamos dispostos a criticar, em especial, semelhante orientação; nas paginas seguintes encontra-se resposta condigna a tão infundadas asserções.

I

É notavel o progresso realisado em todos os ramos da actividade humana; as instituições e as ideias transformam-se fundamentalmente ao calor da evolução scientifica.

Na vanguarda do progresso caminham os estudos anthropologicos, que pelo caracter organico das suas syntheses imprimem nova orientação ao movimento espiritual do nosso seculo [1]

Sendo certo que a palavra *anthropologia* conta muitos annos de existencia, pois foi empregada por Aristoteles, Magnus Hundt (1501), Diderot, d'Alembert (1772), e Kant (1778), é incontestavel, comtudo, que só nos tempos modernos se constitue scientificamente, estudando o grupo humano, considerado no seu conjuncto, nos seus elementos e nas suas relações com a natureza. Nos seculos passados a anthropologia confundia-se com a philosophia transcendente; assim no seculo XVI equiparava-se á sciencia animica,

---

[1] Giuseppe d'Aguanno, *La Genesi e l'evoluzione del Diritto Civile*, Torino, 1890. Introduz. de Chironi, pagg. 1 e seg.; *La Scienza del Diritto Privato*, an. I, giugno, 1893, fasc. VI, art. *La riforma integrale della legislazione civile*, por d'Aguanno, pagg. 322 e seg.

descripção do corpo e da alma, sciencia das leis que presidem á união d'essas duas substancias; estes conceitos e outros congeneres persistiram, mais ou menos alterados, até nossos dias. [1]

As investigações anatomicas, zoologicas, physiologicas e histologicas prepararam no seculo XVII os materiaes mais importantes para a creação da anthropologia scientifica. No seculo XVIII naturalistas eminentes traçaram mais directamente os caracteres descriptivos do homem: Linneu, Buffon, Zimmerman, Blumenbach analysaram o homem nas suas relações com a serie zoologica; Spiegel, Daubenton, Camper tentaram ensaios craniometricos; Soemmering delineou a anatomia comparada das raças; White esboçou a anthropometria. [2]

Entretanto, preterindo a importancia das observações scientificas fornecidas pelos mais arrojados e afamados exploradores para o estudo comparado das raças, mencionando simplesmente as conclusões da anatomia e physiologia comparadas, e pondo em relevo a descoberta da cellula por Schleiden e Schwann [3] como condição essencial da histologia moderna, deveremos conferir a um grupo de homens generosos e animados pelo amor da sciencia a subida gloria de ter integrado n'uma synthese scientifica os materiaes dispersos, ou subordinados a um empirismo esterilisador, ou vaporisados nas abstracções subtis d'uma metaphysica perniciosa.

Em 1859 fundou Broca a *Sociedade de Anthropologia;* foram cooperadores de tão nobre pensamento Saint-Hilaire, Quatrefages, Beclard, Gratiolet, Dareste e Robin que me-

---

[1] Dr. Topinard, *Historia Natural, Anthropologia*, trad. hesp. Barcelona, 1891, pagg. 1 e seg.

[2] D'Aguanno, obr. loc. cit., pagg. 2 e seg.

[3] Haeckel, *Essais de Psychologie cellulaire,* trad. par Somy, Paris, 1880, pag. v.

recem o respeito de quantos se interessam pelo progresso scientifico.

Em 1876 foi creada a Eschola d'Anthropologia (*Association pour l'enseignement des sciences anthropologiques*); esta eschola desenvolveu-se progressivamente. Começou apenas por um quadro reduzidissimo, onde se encontravam cinco professores, de reputação consagrada nos centros scientificos; com cedo as exigencias do ensino impuseram uma remodelação; actualmente consta de nove cadeiras, regidas pelos titulares ou substitutos, e que correspondem aos diversos ramos do ensino anthropologico.

Em 1891 appareceu a *Revue mensuelle de l'École d'Anthropologie de Paris*, orgão official da associação, que nos parece destinada a exercer uma influencia decisiva nos dominios da anthropologia. [1]

Ao mesmo tempo que Broca imprimia semelhante impulso á anthropologia, observa-se um progresso rythmico nos diversos ramos da anthropologia. A palentologia e a linguistica, a psychologia e a esthetica, a historia e a sociologia ou se renovavam ou se constituiam scientificamente.

A palentologia descobre argumentos por completo ignorados para demonstrar a evolução universal, as origens naturalistas do homem; permitte-nos prever com uma quasi certeza o grande desenvolvimento da actividade humana no periodo quaternario, subsidiando notavelmente as theses juridicas.

A linguistica surprehende as emigrações dos povos pelos vestigios linguisticos, que, fachos providenciaes do passado, derramam luz que farte sobre os primeiros lineamentos do orientalismo. É certo que muitos symbolos juridicos são interpretados pela linguistica.

---

[1] D'Aguanno, obr. cit., ibidem; *Revue mensuelle de l'école d'Anthropologie de Paris*, 1891, Prem. an., 1, pag. 2.

A psychologia consegue demonstrar a intima correlação entre o systhema nervoso e os phenomenos psychicos; a differenciação absoluta, profunda e fundamental entre os phenomenos physiologicos e psychologicos, desapparece com a demonstração de que os primeiros são um modo de ser dos segundos e a psychologia uma physiopsychologia.

O conceito da historia é importantemente modificado; a velha subordinação dos phenomenos sociaes a certas theorias é vantajosamente substituida pela formação de leis emergentes da phenomenalidade organica das sociedades.

E que diremos da sociologia, formada por Augusto Comte? A concepção organica das sociedades anima todos os problemas, vivifica as soluções mais importantes e está destinada, sem duvida, a constituir uma formula generica em que se integram os mais variados factores da evolução.

Em menos palavras: todo o movimento scientifico atravessa um periodo de profunda renovação, sendo certo que as condições sociaes do mundo actual são essencialmente diversas das condições contemporaneas dos seculos extinctos.

O direito deverá permanecer extranho a todo este movimento? Continuará a sulcar, como *não encantada,* [1] as ondas ameaçadoras do oceano social, semeado de moribundos e cadaveres?! Constituirá, acaso, o direito uma excepção a todas as instituições, egualmente animadas de um extraordinario movimento evolutivo?!

Subjectivamente considerado, o direito é um facto psychologico, porque se manifesta nos phenomenos intimos do psychos como sentimento e ideia; objectivamente, porem, é um facto social, pois garante a vida da sociedade: — uma força util regulada (Romagnosi), a força especifica

---

[1] Enrico Cimbali, *La Nuova Fase del Diritto Civile nei rapporti economici e sociali*, Torino, 1839, pagg. 5 e seg.

da sociedade (Ardigò), uma das forças especificas da sociedade (Lucchini), que dirige as actividades para a consecução do seu fim individual e social; é uma garantia das variadas condições sociaes (sr. dr. Garcia), uma energia reguladora (d'Aguanno).

Não será difficil concluir, que o direito entra no ambito das doutrinas anthropologicas; subjectivamente o direito pertence á psychologia: objectivamente entra no dominio [illegible]gia; ora ambas ellas são doutrinas anthropolo- [illegible] direito, portanto, representa uma instituição relativa ás variadas phases, que a sociedade tem atravessado na sua longa vida de seculos.

Uma primeira objecção defronta quem sustenta semelhante doutrina. Dizem os sectarios do *direito absoluto* que, eliminado o *a priori,* não existindo senão o que é dominado pela observação e experiencia, desapparece tambem a philosophia do direito, e com esta a metaphysica e a philosophia juridica; das antigas instituições subsistem unicamente as sciencias que estudam o direito positivo e historico.

D'Aguanno critica com notavel verdade semelhante doutrina; assim:

a) A philosophia do direito, transformada n'um corpo scientifico de doutrinas. abandona as investigações aprioristicas, não se occupa do objecto das diversas sciencias juridicas, nem se limita a systhematisar as generalidades d'essas sciencias; demonstra, ao contrario, que todas as sciencias juridicas são aspectos diversos da mesma sciencia, unifica organicamente as conclusões d'essas sciencias, indica as causas das varias relações juridicas e a sua genese como relações sociaes, e surprehende a formação da ideia e do sentimento juridico. [1]

---

[1] Giuseppe Carle, *La vita del Diritto nei suoi rapporti colla vita sociale,* Torino, 1890, introd., pag. xxxix, circumscrevendo a funcção da philosophia do direito na moderna eschola, julga-a especialmente

b) O erro fundamental dos metaphysicos consiste precisamente, como observa Maudsley, em *interpretar o concreto pelo abstracto,* processo subjectivo, artificial e arbitrario. Deveremos sempre começar pelos factos mais simples e d'estes ascender aos mais complexos, praticando assim á risca o preceito spenceriano: partir da homogeneidade, indefinida e incoherente para a heterogeneidade definida e coherente. Seria, por certo, indiscutivel loucura iniciar o estudo da pathologia pelas doenças mais complexas do systhema nervoso.

Dos factos observados dia a dia deveremos caminhar para as grandes generalisações.

c) Alguns philosophos, interpretando aprioristamente a philosophia do direito, admittem um organismo humano, umas faculdades psychicas e sentimentos moraes, um conceito do direito, considerando todas estas entidades como cathegorias permanentes, irreductiveis, constantes atravez da modalidade do tempo e identicas na variedade dos homens, ou sejam normaes ou delinquentes; confundem assim, como diz Haeckel, as faculdades exclusivas do homem adulto e civilisado, do proprio philosopho recolhido por habito aos mais concentrados exercicios intellectuaes, com as dos mais infimos selvagens.

Muitos escriptores, ao discutirem as innovações sociologicas do direito civil, ou suppõem uma distancia extraordinaria entre a sociologia e a philosophia do direito, ou confundem, comtudo, estas duas sciencias, assignando-lhes o mesmo objecto. Convem apreciar estas duas opiniões extremas, comquanto a sua critica deva ser ligeira, a fim

---

destinada a estudar elementos *communs, constantes* e *universaes* da vida juridica, despresando o *variavel, transitorio* e *particular* d'essa mesma vida.

de obtermos a conclusão da diversidade objectiva d'estas duas sciencias, que, no entanto, se encontram intimamente relacionadas, exercendo mutua influencia.

Muitos allemães, tendo reconhecido a necessidade da sociologia para a exacta comprehensão do direito historico, admittem um direito ideal, desligado da sociologia, que constitue o objecto da philosophia do direito e é deduzido das fórmas do pensamento. Assim Wallaschek [1] julga que a principal funcção da philosophia do direito consiste em relacionar o systhema juridico com as cathegorias mentaes; do mesmo modo Stein [2] considera a natureza abstracta da personalidade humana como objecto exclusivo da philosophia juridica. Entre a sociologia e a philosophia do direito ha, pois, uma profunda separação.

Muitos e distinctos penalistas italianos consideram como absolutamente impossiveis as applicações da sociologia ao direito, concluindo d'ahi a enorme distancia que separa essas duas sciencias; a proposito podemos citar estas palavras de Lucchini: é elementar comprehender a razão porque a sociologia está para o direito, assim como a economia para a panificação; pretender que o direito faz parte da sociologia seria affirmar que a esculptura faz parte da mineralogia. O direito representa um producto da sociedade, mas n'um grau e fórma de evolução ulterior e especial, extranho ao estudo do mero organismo sociologico, do mesmo modo que a arte corresponde a uma evolução especial e ulterior da materia e do pensamento. O sociologo deve seguir com escrupuloso cuidado as expressões e modalidades dos institutos juridicos, mas isto não equivale a affirmar que o direito seja uma funcção social, a não ser que por funcção social se entenda um insti-

---

1 Wallaschek, *Studien zur Rechtsphilosophie*, pag. 107.

2 Stein, *Staatwissenschaft*, tomo II, pagg. 54-71.

tuto, que simplesmente interessa á sociedade; n'esta ultima hypothese semelhante terminologia seria apenas um pleonasmo. A propria obstetricia e veterinaria seriam funcções sociaes. [1]

Não é necessario muito dissertar para que nos convençamos da falsidade das doutrinas sustentadas por Wallaschek, Stein e Lucchini, refutadas com energia por Anzilotti e Vanni. [2] Como poderá a philosophia do direito estudar a natureza abstracta da personalidade humana, independentemente da sociologia, se essa personalidade se desenvolve no meio das respectivas condições sociaes? Como fazer o parallelo das relações entre a esculptura e a mineralogia com as que prendem a sociologia ao direito, se este representa a força especifica, ou uma das forças especificas da vida social, objecto da sociologia? Se o direito, como força especifica da vida social, contribue poderosamente para essa mesma vida, como é possivel admittir um direito independente da sociologia? Não se diga que o direito representa um producto social em grau e forma de evolução ulterior e especial, pois que se nos afigura impossivel a coexistencia sociologica sem a cooperação dos individuos e uma certa limitação de actividade, isto é, sem qualquer forma juridica.

Depois da refutação dos penalistas Puglia e Fulci elaborada por Colajanni, [3] poucos homens de vulto reproduzem semelhantes utopias.

Como reacção naturalissima contra esta primeira corrente, surge outra que pretende identificar a philosophia do direito com a sociologia. São apostolos de semelhante

---

[1] Lucchini, *I semplicisti del diritto penale*, pag. 17.

[2] Anzilotti, *La filosofia del diritto e la sociologia*, Firenze, 1892, pagg. 8, 187, 189; Vanni, *Il problema della filosofia del diritto*, pagg. 41-42.

[3] Colajanni, *La sociologia criminale*, tom. 1, pagg. 32-37.

doutrina Saint-Marc, Filomusi-Guelfi, Ardigò, etc. Ninguem se admire, diz Saint-Marc, [1] de que a philosophia do direito e a sociologia possuam o mesmo objecto; a sociologia é a biologia da sociedade, a philosophia do direito é a sciencia do seu principio de cohesão, do seu principio vital; ambas estas sciencias investigam as leis do desenvolvimento da vida social e, por isso, deverão encontrar-se necessariamente. Embora a sociologia e o direito não sejam identicos, é impossivel fazer sociologia sem crear direito, porque a verdadeira philosophia do direito é a sociologia.

Se o proprio Filomusi-Guelfi [2] diz que a sociologia é um termo novo com que deverá ser designada a philosophia do direito?!

Uma perfilhação completa de semelhante doutrina encontra-se em Ardigò, que identifica o direito com a funcção caracteristica da sociedade humana; a sociologia, diz elle, [3] tem por objecto a constituição da sociedade civil e a justiça, que é a sua funcção caracteristica.

Não é difficil comprehender as origens d'esta eschola; encontram-se na reacção contra o primeiro exaggero, que já refutamos, e na coincidencia dos phenomenos juridicos com os phenomenos sociaes. O direito, como observa Anzilloti, [4] regulando as condições de coexistencia das sociedades e apresentando-se tutor da actividade de todos os individuos, dispersos pelas diversas partes do organismo social, manifesta-se sob quasi todos os aspectos e em todos os momentos da actividade humana collectiva. É, pois, muito comprehensivel o equivoco.

---

[1] *Revue critique de legislation*, an. 1888, pag. 59 (art. *Droit et sociologie*, par Saint-Marc.)

[2] Filomusi-Guelfi, *La codificazione civile e le idee moderne che ad essa si riferiscono*, pagg. 25 e seg.

[3] *Opere filosofiche*, tomo. IV, pag. 12.

[4] Obr. cit.

Se é facil determinar as causaes d'esta orientação, não offerece mais difficuldades a refutação da eschola. A distincção, que medea entre a philosophia do direito e a sociologia, deduz-se da sua origem e objecto; a sociedade suppõe uma genése *a se*, em quanto a genése do direito presuppõe invariavelmente a sociedade; demais a sociologia, unificando e systhematisando os resultados geraes das sciencias sociaes, abrange os principios juridicos, de moral, de religião, de linguistica, etc., emquanto o direito se move n'uma esphera de acção muito mais restricta, comprehendendo n'essa esphera particularidades que não interessam á sociologia.

A sociologia e o direito, comquanto não sejam identicos, estão muito de perto relacionados; qualquer reforma juridica deverá basear-se n'uma remodelação sociologica. [1]

Não é assás difficil comprehender como, integrando-se o direito na anthropologia, estas duas sciencias se desenvolveram de modo tão divergente.

A anthropologia scientifica estudou o homem, tal como a observação e a experiencia o apresentam; emancipada de quaesquer concepções abstractas e metaphysicas, não desprezou os mais insignificantes elementos, que pudessem subsidiar o seu scopo. O direito, ao contrario, permaneceu coarctado dentro das suas velhas formulas e principios aprioristicos. [2] É, pois, indispensavel que o direito seja

---

[1] *La Scienza del Diritto Privato*, an. I, ottobre, 1893, fasc. X, pagg. 598 e seg. (art. de d'Aguanno: *La riforma integrale della legislazione civile.*)

[2] Tarde, n'um trabalho recente, descreve assim o quasi progresso *à rebours* do direito: «o direito, entre todos os dominios da vida social, é o unico onde em nossos dias a especulação philosophica menos se tem observado. Essa especulação observa-se na philologia, mythologia comparadas, politica, moral, esthetica e economia politica; os codigos, porem, intimidaram-na, e ella houve por bem abandonar

renovado em harmonia com as conclusões da anthropologia experimental; só assim conseguirá a posição, que lhe compete. [1]

Insurgem-se alguns auctores eminentes contra a subordinação anthropologica dos estudos de direito civil. Garofalo, [2] que tão enthusiastamente cultiva os problemas da anthropologia criminal, exprime-se d'este modo indeciso na primeira edição da sua *Criminologia:* o direito civil é completamente extranho ao physico e moral dos individuos; occupa-se apenas dos interesses particulares. A bondade ou maldade do credor não tem a minima influencia sobre a validade do seu credito.

Não ficou sem resposta a asserção de Garofalo, pois que um advogado illustre de Constantinopla, por nome Abadane, [3] procurou demonstrar que, amiudadas vezes, o physico e moral dos individuos exercem influencia decisiva sobre as suas relações, havendo muitas hypotheses em que a bondade ou maldade do credor se manifesta mais ou menos na vitalidade do seu credito.

Abadane cita bastantes casos em que o codigo civil se refere a circumstancias individuaes, que só podem ser de-

---

o codigo aos juristas e as minas aos mineiros. A especulação philosophica recuaria deante dos estudos especiaes exigidos pela exploração d'esse novo veio? Dar-se-ha qualquer incompatibilidade natural entre o espirito philosophico e o espirito juridico? Como quer que seja, o abandono do campo legislativo aos simples trabalhadores, denominados *commentadores,* teve resultados perniciosos, não só para a sciencia do direito, limitadissima, esteril, rotineira, mas até para as outras sciencias sociaes, suas co-irmãs». *Les transformations du droit,* par T. Tarde, Paris, 1893, introd., pagg. 1 e seg.

[1] D'Aguanno, obr. cit., pagg. 7 e seg.

[2] Garofalo, *Criminologie,* Torino, 1885, pag. 353.

[3] Abadane, *Le barreau français et la criminologie positive,* Lyon—Paris, 1888.

vidamente apreciadas por um psychologo ou anthropologo; assim: 1) nos casos de *divorcio* e *separação pessoal,* com origem no adulterio, sevicias ou injurias, não se póde confiar a simples testemunhas, desconhecedoras de questões psychologicas, a determinação do estado physiologico e psychologico dos esposos em relação aos factos allegados (cod. civ. port., art. 1204.° n.os 1, 2, 4); 2) as *acções de estado,* como impossibilidade physica e accidental de cohabitação, sonegamento da gravidez em caso de adulterio, reclamação de estado e investigação de paternidade, são outros tantos problemas insoluveis segundo a theoria de Garofalo; 3) em materia de *adopção* e *tutela* conferir-se-ha tutela legal a qualquer individuo sem previo exame psychologico? 4) e que diremos do direito de correcção concedido ao pae, independentemente de exame anthropologico? 5) a *remoção da tutela* por mau procedimento ou immoralidade notoria (cod. civ., art. 235.°, n.° 3); 6) a *revogação das doações* por ingratidão (cod. civ. art. 1482.°, n.° 2); etc., etc.

Abadane reconhece a necessidade dos estudos anthropologicos na permanencia dos actuaes codigos europeus, embora não advogue a conveniencia de se abrirem novos horisontes com o auxilio da anthropologia juridica.

No segundo congresso d'anthropologia criminal discutiu-se a questão XII assim formulada: *De l'anthropologie au point de vue de ses applications juridiques aux legislations et aux questions de droit civil.* Julgamos da maxima conveniencia transcrever a doutrina do relator Fioretti, com cujo criterio não podemos concordar incondicionalmente: o direito civil, que regula as relações entre os individuos, repousa sobre uma instituição inteiramente humana, sobre uma creação artificial, cuja premissa indispensavel é a egualdade dos homens, que deverá ser abstracta e convencional. Conclue-se, pois, que o direito civil constitue uma sciencia abstracta, que por isso mesmo tem muitas relações com as mathematicas, sem no entretanto se confundir com

ellas. Como applicar, pois, a anthropologia, uma sciencia natural, á legislação e ás questões de direito civil, que representam uma sciencia abstracta?... Se a anthropologia procura descobrir delicadamente as menores differenças physiologicas e psychologicas, que separam os individuos, nega do modo mais absoluto o proprio fundamento do direito civil.

No dia em que uma das partes pudesse efficazmente invocar em juizo para sua defesa os defeitos anthropologicos do seu adversario, formar-se-hia um cahos completo em todo o mundo social. Convém reflectir: nas mathematicas despresam-se geralmente pequenas differenças reaes, que ha nos instrumentos empregados; quando, porem, essas differenças são muito sensiveis é necessario tomal-as na devida consideração afim de se proceder ás rectificações indispensaveis. O mesmo succede no direito civil: despresam-se as pequenas differenças anthropologicas, que se consideram devidamente apenas difficultam a egualdade hominal; eis apurada a rasão porque ha maiores, menores, incapazes, homens normaes, mulheres etc., com direitos diversos e differentes obrigações. A lei encontra na sociedade individuos economicamente incompletos. Pois bem: esforcemo-nos por fazer desapparecer essas differenças reaes, medeante a creação d'instituições que devem completar o incapaz: a tutela, a curatela, o poder marital, etc. É este o unico aspecto que a anthropologia nos mostra nas suas relações com o direito civil. Pór outro lado, é certo que pode tambem exercer influencia indirecta sobre o direito civil, orientando os espiritos positivamente; assim é que a anthropologia pode eliminar as condições de inferioridade physica e psychica dos operarios, explorados pelos patrões. [1]

---

[1] *Actes du deuxième congrès international d'anthropologie criminelle*, Lyon, 1890, pagg. 113 e seg.

Não podemos admittir o criterio anthropologico de Fioretti pelas seguintes considerações:

a) Não conseguimos, embora depois do longo e reflectido exame, descobrir a causa do *simile* entre as mathematicas e o direito civil, como não encontramos a supposta antinomia entre as doutrinas anthropologicas e a solidez dos fundamentos do direito civil; ao contrario reconhecemos facilmente a intima relação que prende o direito e as doutrinas anthropologicas, pois que o direito representa uma actividade psychologica, harmonica com as necessidades organicas estudadas pela anthropologia.

b) Para Fioretti o legislador parte da egualdade anthropologica dos homens, salvo pequenas differenças, que convem despresar; os menores, os alienados e a mulher perturbam o equilibrio, que se restabelece medeante a tutela, curatela e o poder marital. Basta expôr esta doutrina para de prompto se descobrir o vicio da conclusão; ninguem admitte actualmente differenças anthropologicas consideraveis, importantes, entre o homem e a mulher; na organisação familiar a theoria do poder material obedece á necessidade de unificar as preponderantes relações familiares, mas não se admitte em nossos dias *ob sexus imbecillitatem*.

A egualdade estabelecida por lei em nada se parece com a pretendida egualdade anthropologica. Se theologos e metaphysicos fundamentam essa egualdade no conceito da natureza humana identica, visando de modo directo a abolição de privilegios estabelecidos em honra de certos individuos, familias, classes, etc., no entanto, os que se orientam por esse criterio admittem a existencia das desegualdades sociaes e nunca estiveram convencidos de que a egualdade perante a lei traduzisse qualquer egualdade organico-psychica dos individuos. E se theologos e metaphysicos, partindo de principios absolutos, não estabelecem correspondencia entre a egualdade perante a lei e a egual-

dade anthropologica, o anthropologo, analysando com diligencia a natureza humana, jamais poderá encontrar essa equivalencia. Sob o aspecto anthropologico a egualdade de direito presuppõe um minimo de caracteres humanos em todos os homens e um minimo de caracteres communs em todos os individuos socialmente organisados.

c) Entretanto a lei considera devidamente as desegualdades sociaes existentes, não subscrevendo privilegios odiosos e atavicos em beneficio dos anthropologicamente superiores, mas permittindo a todas as actividades sociaes a realização do seu fim em harmonia com as condições correlativas.

d) Julgamos muito sensata a doutrina de Camillo Cavagnari, [1] que, refutando a hypothese de Fioretti relativa á quasi identidade anthropologica, defende com certa timidez a necessidade de modificar as leis civis em harmonia com as profundas differenças, que de futuro se descubram entre os individuos. É, entretanto, opportuno accrescentar que as leis actuaes não desprezam em absoluto esse principio que Ahrens [2] desenvolve de modo notavel.

e) Não se realizará a esperança de Fioretti, porque a anthropologia não eliminará as condições de inferioridade physica e psychica dos operarios, mas demonstrará, ao contrario, no seculo XIX e nos seculos futuros, que a dissemelhança anthropologica entre patrões e operarios sómente existe no cerebro da burguezia.

Eis o que se nos offerece dizer a proposito da curiosa theoria de Fioretti. [3]

Tarde parece egualmente insurgir-se contra a hypothese

---

[1] Cavagnari, *Nuovi orizzonti del diritto civile in rapporto alle istituzioni pupillari*, pag. 13.

[2] Ahrens, *Cours de Droit Naturel*, Leipzig, 1868, tom. I e II.

[3] *La Scienza del Diritto Privato*, an. I, giugno, 1893, fasc. VI.

da profunda renovação do direito civil, modelada pelas conclusões anthropologicas; não é facil conhecer, diz elle, o alcance social e scientifico da introducção da anthropologia no direito civil; a integração anthropologica no direito criminal determina a superioridade das questões relativas ao *criminoso,* diminuindo sensivelmente a importancia da noção abstracta do *crime* e causas connexas: individualiza as questões. Mas, será possivel crear uma *anthropologia juridica,* que sirva de *pendant* á *anthropologia criminal* e que possua importancia tão indiscutivel? Pensar-se-ha em individualizar as disposições legaes, harmonizal-as com os diversos individuos, como os alfaiates amoldam um collete a determinado cliente? Pretender-se-ha, acaso, estabelecer uma maioridade ou capacidade civil para cada homem ou mulher, individualmente considerados? E o valor dos contractos será julgado após o previo exame anthropologico dos contrahentes? «*Ce serait assurément se moquer que de prêter ce sens puéril à la préoccupation naturaliste en fait de législation*».

Do homem é natural, continúa Tarde, o desejo de submetter-se a regras geraes, de apparencia architectonica; tal desejo manifesta-se porem com mais vehemencia nos dominios do direito penal do que na esphera do direito civil. São monumentos invariaveis as leis, cuja natureza, por erro indisculpavel alguns radicaes julgaram fluctuante, variavel com os diversos individuos — *vêtements* —; melhor ainda: as leis integram a invariabilidade dos monumentos e a *doublure* das diversas hypotheses occorrentes. As estatuetas de Tanagra revelam-nos a graça e o ar caracteristico, que as bellas mulheres de Thebas sabiam traduzir nas suas *toilettes,* uniformes na variedade dos seus ornatos. Muito semelhante a arte do legislador de povos civilisados; necessita de formular normas eguaes, symetricas, embora compativeis na sua intima estructura com uma plasticidade elastica susceptivel de comprehender as especialidades

individuaes. Semelhante desideratum, conseguil-o-ha o legislador á medida que harmonisar mais intimamente as suas normas juridicas com as correlativas necessidades naturaes, ao menos assim habitualmente consideradas. E, se admittirmos o direito natural, desligado por completo do antigo conceito stoico, consistirá sem duvida na maxima perfeição d'essa harmonia entre as necessidades naturaes e a legislação correspondente. Mas, embora taes necessidades sejam um producto mais ou menos complexo da cultura intellectual e dos accidentes historicos, não se pronuncia uma conclusão decisiva a semelhante respeito, após a simples cubagem de muitos craneos humanos de todos os tempos e de todas as raças, após a constituição definitiva da physiopsychologia. Para os jurisconsultos mais superiormente cotados é axiomatica a intima dependencia, que relaciona a doutrina das successões com o facto da hereditariedade; todavia essa dependencia não justifica as minuciosas dissertações sobre transmissão hereditaria de particularidades anatomicas nas diversas especies animaes, adduzidas como criterio da melhor orientação em regimens successorios.

Cada phrase de Tarde é uma *boutade* lancinante vibrada ao monumental trabalho de d'Aguanno, a que uma e outra vez nos referiremos; parece reflectir-se no espirito bilioso do critico francez a indignação patriotica, que devia ter beliscado a critica dura e cruel, embora justamente feita á obra de Laurent [1] por Enrico Cimbali.

Na propria essencia vai uma dissonancia fundamental entre a eschola italiana (Cimbali, d'Aguanno) e a franceza, mediocre, em geral representada pelos commentadores systhematicamente empiricos, destituidos de orientação

---

[1] Tarde, obr., log. cit.; d'Aguanno, obr. cit., *passim;* Enrico Cimbali, *La Nuova fase del diritto civile nei rapporti economici e sociali,* Introd., n.° 9, pagg. 11 e seg.

mental, embora aureolados de certa reputação conseguida á sombra de muita generosidade e de mais indifferença ainda pela cultura da jurisprudencia.

É indiscutivel o caracter empirico dos legistas francezes. Embora pertença á França a subida honra de presentear a raça latina com o modelo de um codigo, que, attento o momento historico da sua promulgação, reputamos notavel, pelo seu caracter apparentemente idealista e revolucionario em theoria, habilmente dosado com um espirito muito positivo e conservador na pratica, é incontestavel, todavia, que o cyclo legislativo condensado em torno do codigo de Napoleão, é, será difficil contestal-o, uma serie de empirismos mechanicamente combinados. Conhece-se a causal d'esta orientação, se assim é licito chamar-lhe; mas não a podemos ou devemos negar. Na Allemanha aconteceu o contrario: domina o elemento especulativo; como symptomas irrefutaveis de semelhante exaggero, ahi estão os codigos da Prussia e Austria: o codigo civil prussiano, cuja forma excessivamente didactica e disposições por demasia prolixas foram censuradas por Savigny; e o codigo austriaco, que se deixou influenciar por uma exclusiva systhematisação scientifica na distribuição organica das suas materias. [1]

Procurando resumir as differenças notaveis que caracterizam os temperamentos francez e germanico em materia legislativa, perorava d'este modo Cimbali aos seus discipulos da Universidade de Roma: ao espirito eminentemente empirico da França, em materia de legislação, contrapõe-se, como antithese, o espirito eminentemente especulativo da Allemanha. Se ha alguma coisa que censurar na Allemanha, não é como na França a ausencia absoluta de prin-

---

[1] *Lo studio del diritto civile negli stati moderni, Roma*, 1881, pagg. 16 e seg.

cipios dirigentes, mas o seu predominio excessivo; esse predominio não deixa conhecer a engrenagem da vida civil em toda a verdade das suas tintas, na precisão dos seus contornos e na regularidade dos seus movimentos. Na Allemanha e na França cai-se no arbitrario e no indeterminado, embora por causas diversas: o empirismo na França e o racionalismo na Allemanha; alem sacrificam-se os principios aos factos, na Allemanha desapparecem os factos deante dos principios; na França os legistas, sentindo-se absorvidos pela vida real, não têm tempo de pensar nas normas directivas correspondentes; na Allemanha, habituados a viver muito concentrados, os legistas convencem-se das elevadas necessidades da vida ideal, desprezando quasi por completo os factos sociaes; oppõe-se a pratica do direito á theoria do direito. [1]

A mór parte dos civilistas italianos pretende harmonizar as duas mencionadas correntes divergentes; o movimento juridico italiano, que durante muitos annos se limitava á simples applicação dos commentos francezes, sob a influição natural da Triplice Alliança começou de inclinar-se para a Allemanha, apesar de os criticos de Italia continuarem a affirmar que a sua missão é exclusivamente integradora do empirismo francez e idealismo germanico. Não nos atrevemos a censurar o eclectismo italiano, apesar de lermos com frequencia em muitos livros de sociologia e ouvirmos declamar, dia a dia, com *pose* de aphorismo irrefutavel: — o eclectismo é a ausencia de criterio. [2] Assim pensamos, porque, no actual momento embryonario da sciencia juridica, ninguem consegue coarctar nos moldes rachiticos, enfesados, de qualquer exclusivismo systhematico a serie indefinida de elementos aproveitaveis, animados

---

[1] Auct. e obr. cit., pagg. 18 e seg.

[2] A. Dubost, *Des conditions de gouvernement en France* (*Philosophie Positive*, tom. XIII, pagg. 116 e seg.; 243 e seg.; 359 e seg., etc.)

de um consideravel movimento de convergencia organica. Se todos os systemas symbolisam o exaggero inconsciente de uma verdade obscurecida,[1] a integração eclectica e organica dos diversos materiaes, regularmente depurados á luz de um criterio seguro, deve constituir uma orientação admissivel e sobretudo commoda no estado contemporaneo da sciencia do direito.

Admittimos por certo e acatamos fervorosamente os esforços conciliadores do movimento italiano, sem deixarmos de confessar que elle não parece limitar-se a tão sympathica funcção integradora; pelo menos a dynamica do racionalismo allemão no momento determinado pelo *statu quo* da actual sciencia italiana é superior á do empirismo francez.

Existe, pois, uma divergencia fundamental entre as duas correntes juridicas italiana e franceza, embora a orientação italiana não seja tão radical como a allemã.[2] Encontram-se as duas correntes symbolisadas em d'Aguanno e Tarde.

Encerrado este incidente relativo á natureza das duas escholas, italiana e franceza, preliminar indispensavel para a exacta comprehensão das doutrinas inconciliaveis de Tarde e d'Aguanno, vamos analysar os argumentos adduzidos pelo auctor das *Leis da Imitação,* que julgamos destituidos de solido fundamento.

A anthropologia juridica poderá revestir a importancia da anthropologia criminal? Eis a pergunta formulada, a que Tarde responde com a seguinte negativa: a anthropologia criminal preoccupa-se com o criminoso, desprezando

---

[1] Herbert Spencer, *Essais de morale, de science et d'esthétique*, II. *Essais de politique,* trad. par Burdeau, Paris, 1890, Pref. du trad., pag. IX.

[2] Encontramos a confirmação do que deixamos expendido em todas as sciencias cultivadas com explendido resultado pelos italianos; na sciencia como em politica estão germanisados.

o crime, emquanto a individualização das questões em direito civil deve reputar-se relativamente difficil, ou melhor impossivel.

Ha n'esta argumentação um defeito, que não é facil harmonizar com o espirito scintillante do notavel escriptor; a applicação da anthropologia é diversa consoante a diversidade dos campos em que se encontra, sem que por isso a sua importancia deixe de ser maior ou menor. A anthropologia criminal estuda principalmente o criminoso; demonstrada a irresponsabilidade do assassino, em logar de ser castigado na golilha d'uma guilhotina, ou na cella d'uma penitenciaria, é recolhido a um hospital ou sequestrado do convivio dos cidadãos, não por castigo de um crime, que não poderia deixar de commetter, mas como elemento therapeutico ou defesa da sociedade. Poderemos pensar n'uma funcção identica da anthropologia juridica, assim designada por Tarde? Seria desconhecer os capitulos em que se devide esta ultima especie anthropologica.

A funcção da anthropologica juridica, embora diversa da exercida pela anthropologia criminal, é de importancia indiscutivel; não se estabelece uma maioridade especial para cada cidadão, mas fixa-se um termo de maioridade, compativel com o natural desenvolvimento do homem e da mulher. Não deverá ser invocada a sciencia anthropologica quando é necessario determinar os varios estadios evolutivos do organismo physiopsychologico do homem ou mulher? N'uma hypothese d'esta ordem não será preponderante a funcção anthropologica?

Poderiamos adduzir a mesma argumentação a proposito da capacidade, egualmente invocada por Tarde.

A anthropologia juridica não terá intervenção alguma na celebração dos contractos, como parece inculcar o mesmo auctor? Não acharemos doutrina contraria, implicitamente admittida no nosso codigo? Se se demonstrar, por exemplo, que o contrahente, attentas certas investigações cra-

neometricas combinadas com outros elementos pathologicos, era um doente, em summa incapaz, não haverá pretexto de nullidade? Talvez que os artt. 643.º, 644.º, 687.º, etc. do codigo civil não sejam completamente extranhos a esta critica.

Tem razão Tarde: *ce serait... se moquer;* todavia subsiste ainda uma importantissima funcção a desempenhar pela anthropologia no vastissimo circulo que demarcamos.

Se as leis devem alliar prudentemente a uniformidade das suas disposições com a media das variedades individuaes, quem poderá melhor contribuir para a determinação d'essa media do que as sciencias anthropologicas? Basta recordar que, no mais completo quadro das sciencias anthropologicas, se integram a anthropologia prehistorica, anthropogenica, embryologica, ethnographica, linguistica, anatomica, biologica, histologica, geographica, physiologica e sociologica. [1]

A concepção do direito natural inventada por Tarde é, talvez, admissivel; não lhe discutimos a auctoridade scientifica de fixar o sentido philosophico de qualquer phrase. Entretanto, argumenta ainda, a determinação das necessidades naturaes, embora producto da cultura e mais accidentes historicos, nunca se poderá conseguir com simples ensaios craneometricos e physiopsychologicos.

O desejo de golpear d'Aguanno cegou Tarde; já se esquece de que discute a integração da anthropologia juridica no direito civil e nunca a absorpção d'este ultimo pela sciencia anthropologica. A consideração, a que nos referimos, seria admissivel, quando quizessemos resolver as questões de direito civil, com o simples auxilio do criterio anthropologico. Mas, é diverso o intento da eschola italiana,

---

1 Julgamos ser este o quadro da *École d'Anthropologie. Revue Mensuelle,* cit.

nomeadamente de d'Aguanno; desenterrar o criterio anthropologico do esquecimento a que parece votado por systhema, integral-o na serie dos factores da evolução social reconhecendo-lhe a consideração devida para o effeito da elaboração e interpretação do codigo, eis o lemma de tão sympathico movimento renovador.

À primeira vista parecerá exaggeradamente anthropologica a orientação do trabalho de d'Aguanno; quem fecha a *Genése e Evolução do Direito Civil* para abrir uns volumes de Troplong, Laurent ou Duranton sente calefrios. Mas, não se esqueça; a dynamica da reacção é egual á da acção; para destruir o predominio dos experimentalismos, dos *mosaicos* mais ou menos habilmente construidos, era indispensavel começar pelo extremo contrario; assim procede a eschola italiana. O proprio d'Aguanno justifica o seu procedimento; na verdade desenvolve, que farte, a feição anthropologica: *a*) porque a orientação anthropologica constitue a base fundamental do seu trabalho; *b*) sendo os estudos anthropologicos pouco cultivados entre os jurisconsultos, não bastariam simples referencias anthropologicas n'um livro destinado a ser consultado por juristas; *c*) ainda assim não foi extranha ao auctor a necessidade de conciliar a synthese com a clareza [1].

Não insistimos na discussão do criterio de Tarde, cujas bases foram apreciadas com justiça [2].

---

[1] D'Aguanno, obr. cit., pag. 21, nota.

[2] Depois de redigirmos este capitulo encontramos a resposta de d'Aguanno á critica de Tarde (*La Scienza del Diritto Privato*, an. 1, giugno, 1893, fasc. VI, pagg. 331 e seg.). As considerações de d'Aguanno approximam-se de tal modo do nosso juizo critico, que entendemos não dever alterar uma unica phrase do texto.

N'essa critica apenas se destaca um elemento novo: o verdadeiro limite da *individualização* em anthropologia criminal; em verdade, depois de realizados os maiores progressos da anthropologia criminal, advogados pelos criminalistas mais radicaes, continuará a haver leis, for-

Demonstrada a necessidade da renovação dos estudos do direito civil em harmonia com as conclusões anthropologicas, convem definir a directriz systhematica de semelhante renovação.

São hoje bem conhecidas as relações entre o direito e a moral; as prescripções moralizadoras, dirigidas á conservação e desenvolvimento do individuo e da sociedade, com o volver dos seculos revestiram uma forma coercitiva e transformaram-se, portanto, em regras juridicas, convindo por isso como estudo previo ensaiar *investigações psychologicas e paleontologicas sobre a consciencia moral;* aquellas demonstram o parallelismo evolutivo das faculdades psychicas e sentimentos affectivos; estas procuram surprehender a genése dos sentimentos moraes nos homens primitivos. O duplo aspecto, psychologico e social, d'essa consciencia deve estudar-se com o auxilio da psychologia scientifica, historia, sociologia e estatistica.

Como deveremos proceder a respeito do direito? Um estudo philosophico-scientifico do direito necessita de investigar a genése psycho-paleontologica e o desenvolvimento successivo das normas da conducta moral, que, manifestando-se como simples ideia e sentimento na consciencia dos povos, acabam por se impor coercitivamente para a conservação da sociedade; outrosim procurará demonstrar a correspondencia entre as normas legislativas, consciencia juridica e civilização do povo a que se refere. E, na realidade, se a incarnação da ideia do direito na nossa intelligencia fosse em todos os seculos uma e identica, se o direito positivo, as leis nunca variassem, a funcção da

---

mulas em que a individualidade é mais ou menos sacrificada ao principio das generalizações. A *individualização juridica* em anthropologia criminal consiste em se construirem as formulas juridicas após o diligente exame dos homens e não segundo os principios especulativos da velha eschola.

philosophia juridica limitar-se-hia a registar um facto psychologico e social; mas, as sciencias anthropologicas demonstram com força axiomatica que o homem, physico e moral, varia constantemente; as instituições sociaes, como as leis correlativas, experimentam modificações fundamentaes, em harmonia rhythmica com a diversidade de povos, temperamentos, etc. Portanto a philosophia juridica deve determinar as causas productoras de semelhantes variedades, descobrindo a evolução generica e especifica do direito[1].

Esta concepção juridica, adverte d'Aguanno, está em via de formação, como parecem demonstrar as ultimas tentativas; entretanto convem prestar culto á verdade e reconhecer que algumas vozes dispersas no meio da velha corrente lembravam a necessidade d'uma orientação nova.

Jeremias Bentham, lamentando não ter encontrado nos livros de direito o methodo, que admirava nos de historia natural e medicina, escrevia: não será possivel implantar a mesma ordem na legislação? O corpo politico não poderá ter a sua *physiologia, nosologia e materia medica?*[2]

Pellegrino Rossi, o eminente pensador da Italia moderna a quem os publicistas patricios admiram como homem superior ao seu seculo, comparava o direito a uma lingua que tinha numerosas e profundas semelhanças com as linguas falladas; synthetisa a expressão do estado social, a revelação das suas necessidades. Como as linguas falladas, o direito é variavel e progressivo, constituindo-se mediante o livre concurso de todos os elementos nacionaes[3].

Ihering, estudando as origens do direito, dizia: o direito emquanto creação real e objectiva, como se nos manifesta na forma e movimento da vida e commercio exterior, deve considerar-se um verdadeiro organismo. A historia começa

---

[1] D'Aguanno, obr. cit., pagg. 7 e seg.

[2] J. Bentham, *Traité de Législation*, pag. XXIII.

[3] Pellegrino Rossi, *Traité de Droit pénal*, IV, cap. III.

por germens infinitamente flexiveis; a formação do estado é precedida da existencia d'uma agremiação de individuos, cuja organização não merece precisamente o nome de estado, embora seja a origem do estado ulterior e do direito correlativo [1].

Sumner Maine considera as ideias rudimentares do direito semelhantes aos estratos primitivos da terra; como o geologo descobre n'esses estratos primitivos a origem dos terrenos ulteriores, o jurisconsulto divisa, ás vezes microscopicamente, nas ideias rudimentares do direito a potencialidade das formas juridicas ulteriores [2].

O caracter organico do direito está mais ou menos claramente estabelecido. Ha inclusivamente alguns capitulos importantes, informados pela evolução scientifica, verdadeira ou erroneamente interpretada. D'Aguanno cita os estudos de Gustavo Le Bon e Ardigò (direito em geral), Bachofen (direito materno), Lubbock, Mac-Lennan, Morgan, Giraud-Teulon e Letourneau (familia e consanguinidade), Viollet, Laveleye e Fustel de Coulanges (propriedade), Tylor, Spencer, Schäffle, Liliendelf e Greef (evolução social).

Os estudos d'estes auctores, porem, deixam muito a desejar; se não consideram o homem como uma entidade invariavel, no meio da variabilidade das condições sociaes, entretanto, em vez de mergulharem nos tempos prehistoricos, auxiliados pela paleontologia e mais sciencias anthropologicas, limitam-se a adivinhar as instituições contemporaneas do homem primitivo, mediante a observação dos povos selvagens actuaes. Em qualquer livro de evolução social é possivel encontrar a confirmação da censura esboçada.

Julgamos censuravel o methodo criticado, porque os selvagens actuaes não podem ministrar-nos um simile exacto

---

[1] Ihering, *Esprit du Droit Romain, dans les diverses phases de son développement*, trad. par Mearlenaere, liv. 1, pagg. 26–27 e 104.

[2] Sumner Maine, *L'Ancien droit*, trad. par Courcelle—Seneille, pag. 3.

das ideias e instituições do homem primitivo. Uns barbaros degeneraram completamente, e esses, é evidente, seria loucura invocal-os com semelhante fim. E será possivel encontrar selvagens, absolutamente extranhos a qualquer processo evolutivo? Não é este o logar mais proprio para a analyse d'esta proposição; quando discutirmos a doutrina de Tarde relativa á substituição da evolução pelas leis da imitação social, mais rigorosamente demonstraremos a impossibilidade de semelhante hypothese. Por agora bastará accentuar que o homem é naturalmente social; a attracção universal, a affinidade e a sociabilidade são principios que se applicam n'uma regularidade inalteravel; a sociabilidade, que approxima um numero limitado de concidadãos, relaciona as tribus, diminue as distancias internacionaes e transforma a humanidade em um organismo. Para o homem viver só necessitaria de ser um Deus ou um bruto. Analysemos uma tribu, totalmente isolada da influencia social, extranha aos elementos n'ella integrados. Dentro d'essa tribu ha naturalmente processo evolutivo em virtude das modificações telluricas, renovação das artes, progresso industrial, etc.

E deveremos conjecturar acerca da contextura social do homem primitivo pela observação dos selvagens contemporaneos, que, é facillimo demonstral-o, divergem sensivelmente d'esse mesmo homem primitivo? De modo nenhum. Já Spencer, referindo-se á theoria do patriarchado, defendida por Sumner Maine, põe em evidencia esta origem de erros inevitaveis; como anteriormente o proprio Sumner Maine rejeitava os depoimentos invocados por Mac-Lennan por identicas considerações [1].

---

[1] Herbert Spencer, *Principes de Sociologie*, tom. II, trad. por Cazelles e Gerschel, pagg. 317 e seg.; Sumner Maine, *Ancien Law, Village Communities, Early Institutions*; Mac-Lennan e Morgan, *Études d'histoire ancienne*.

Na impossibilidade de conhecermos as instituições primitivas pelo estudo dos selvagens actuaes, devemos, como deixamos indicado, reconstruir a genése da consciencia ethico-juridica e do direito nos dominios da prehistoria; com os elementos das diversas sciencias anthropologicas, animadas pelo espirito de observação actual, é possivel desenvolver o vastissimo campo da philosophia juridica.

As conclusões da paleontologia, integradas nos demais elementos fornecidos pelas outras sciencias anthropologicas e especialmente pela anatomia, physiologia comparada, psychologia, ethica scientifica, linguistica e sociologia, permittem-nos o conhecimento integral do homem primitivo, nos seus elementos physiopsychologicos, estatica e dynamicamente considerado.

II

Do que deixamos dicto parece concluir-se que o direito é um organismo; na sua constituição e dynamica correlativa applicar-se-hão as leis proprias de qualquer organismo? N'outros termos: a monumental lei da evolução realizar-se-ha tambem no systema de instituições juridicas?

Alguns auctores e professores de merito sustentaram doutrina contraria á que se deduz da concepção organica dos institutos juridicos. Entre muitos outros destacam-se Em. Reich, conferente na universidade de Oxford e Tarde no trabalho por nós anteriormente citado.

Os romanos, observa Reich [1], excederam todos os outros

---

[1] *Revue Générale du Droit, de la Législation et de la Jurisprudence en France et à l'étranger,* Paris, ed. Thorin, xv an., 2.me liv. (mars-avril 1891); art. *Les institutions greco-romaines au point de vue anti-évolutionniste.* par Em. Reich, pagg. 147-167.

povos, antigos e modernos, na sabia construcção dos problemas juridicos, isto é, dos problemas de direito privado. Os trabalhos dos juristas romanos sobre direito constitucional e criminal foram substituidos vantajosamente pelos estudos dos juristas modernos. Em compensação os seus escriptos sobre as questões de direito civil occupam um logar unico: consideram-se fonte inexgotavel de sciencia e modelo inimitavel de direito privado.

Qual seria a razão por que entre os povos civilizados do occidente só os romanos produziram um systema scientifico de direito privado?

Esta interrogação é tanto mais razoavel, quanto é certo que um estudo completo da vida romana levar-nos-hia a suppôr a possibilidade de organizarem o direito constitucional sem apenas esboçarem o direito civil. Na verdade a historia romana até Augusto caracteriza-se por estes dois factos predominantes: conquista do mundo visinho do Mediterraneo e luctas intestinas para acquisição dos direitos e privilegios constitucionaes, travada a principio entre patricios e plebeus e, por ultimo, no seio das classes oligarchicas e democraticas. Ora, as guerras dos romanos não podiam alimentar um direito privado scientifico e as luctas intestinas apurariam, na melhor das hypotheses, o direito constitucional; e deu-se precisamente o contrario, porque o progresso do direito civil em Roma é extraordinario, muito superior á mediocridade do seu direito constitucional. É certo tambem que as relações industriaes e commerciaes fomentam o direito civil e os romanos, á semelhança dos povos militares, desprezavam o commercio e deixavam-n'o aos escravos. A pratica do direito privado incommoda tanto, que necessitaria de ser razoavelmente retribuido quem se dedicasse a semelhante mister; e o jurisconsulto romano só começou a perceber honorarios nos ultimos tempos: os verdadeiros fundadores do direito romano eram *dilletanti*.

Apesar de tudo, os romanos, observa Reich, constituiram o direito civil, o que não conseguiram os gregos nem os hebreus. «Os romanos prestam-nos ainda hoje conhecimentos importantes; a sua sabedoria juridica é uma sabedoria viva, um factor vivo e permanente da nossa existencia. Marco Antistius Labeon, Capiton, Gaius, Papiniano, Paulo, Ulpiano convivem ainda hoje comnosco, promptos a auxiliar-nos em todas as difficuldades, capazes de nos dirigirem deante da conciliação da doutrina com a pratica. As obras dos sabios e pensadores gregos, embora denotem um vigor espiritual, incomparavelmente superior ao dos juristas romanos, já envelheceram. Poucas vezes nos servimos d'ellas e jamais as consideramos manuaes scientificos ou livros de referencia occorrente. E, entretanto, as obras dos juristas romanos continuam a ser o manual dos estudiosos em materia juridica na Europa e na America» [1].

Reich pretende caracterizar o direito romano d'este modo: o direito civil de Roma é o unico systema de direito privado, que não experimentou a influencia illegitima dos factores extranhos, religiosos, politicos ou moraes.

Emquanto o direito inglez se deixou influenciar pela estructura feudal (elemento politico) da sociedade regional, a ponto de Kenelm Digby lhe chamar «amontoado de costumes antigos, mesclado de innovações medievaes e modernas»; e o direito musulmano persiste subordinado ao criterio theologico até ao extremo de obrigar o juiz musulmano a seguir como auctoridades o Koran, Sunnat, Sahabat, Tabiin, Abou-Hanifah, Abou-Iousouf, Mohammed, etc., o direito romano, nas proprias instituições que as circumstancias historicas pareciam poder mesclar de elementos extranhos, permaneceu por absoluto independente. Eis a grande superioridade do direito romano.

---

[1] *Revue* cit., pag. 151.

O direito romano não se prende com nenhuma instituição propriamente romana; adapta-se ao contrario ás leis de qualquer nação.

Em summa: as instituições juridicas, de Roma até nossos dias, parecem constituir uma excepção ao principio do evolucionismo social.

Em seguida Reich procura determinar a causa productora d'este phenomeno: qual a razão porque o direito romano absorveu o progresso que deveria realizar a serie das instituições juridicas?

Fustel de Coulanges[1] encontra a genése do direito romano nas crenças religiosas professadas por gregos e romanos; mas, não satisfaz semelhante solução, porque o direito romano, completamente distincto do direito grego, assumiu a importancia extraordinaria, que todos reconhecem.

Ihering[2] attribue ás faculdades especiaes dos romanos, *vocação historica*, a cultura juridica excepcional de que foi objecto o conjuncto das suas instituições. Mas, Ihering nada adianta. Faz-nos lembrar o illustre professor de Gottingen a solução dos que explicam o pauperismo de Londres pelo demasiado numero de pobres, que pullulam na capital ingleza.

Sumner Maine[3] relaciona o progressivo adiantamento do direito romano com a precoce classificação da lei das XII Taboas, que se deve considerar a grande causa da continuidade com que o direito romano caminhou para a sua extraordinaria perfeição. Semelhante criterio não satisfaz, pois que os irlandezes, gaulezes ou germanos tiveram os seus codigos, sem todavia attingirem a perfeição romana.

---

[1] Fustel de Coulanges, *La Cité Antique*, liv. III, cap. XI.

[2] Ihering, obr. cit., pagg. 310 e 311.

[3] Sumner Maine, obr. cit.

Theodoro Mommsen[1], de Berlim, encontra no temperamento vigoroso dos romanos a determinante dos progressos do seu direito, esquecendo-se, entretanto, de que o direito criminal não progrediu como o direito civil.

Para Reich[2] a principal causa da formação do direito privado entre os romanos e da sua elevada perfeição é a instituição da *Infamia*. Dispensamo-nos, no momento presente, de expôr a funcção social da *Infamia*, que os diversos tratadistas e especialmente Savigny desenvolveram, observando, muito de passagem embora, que a questão fica deslocada, mas de modo nenhum resolvida.

Uma conclusão importante deduzimos de todas estas considerações, a que nos referimos por amor da symetria systematica: é que o direito romano, no conjuncto das instituições juridicas, constitue uma excepção ao principio da evolução social. Seja qual fôr a verdadeira causa da dynamica precoce do direito romano, a excepção anti-evolucionista persiste do mesmo modo.

A redacção da *Revue Générale du Droit, de la Legislation et de la Jurisprudence*, ao inserir nas suas columnas o artigo de Reich julga conveniente observar, que as ideias anti-evolucionistas do professor de Oxford não são completamente incompativeis com o evolucionismo moderado de certos espiritos modernos[3].

Não extranhamos a observação meticulosa da redacção, procurando equilibrar-se entre o evolucionismo moderno e as doutrinas intencionalmente proclamadas anti-evolucionistas; essa mesma tendencia manifesta Maurice Hanriou, professor da Faculdade de Direito de Tolosa, ao dissertar sobre as relações em que actualmente se encon-

---

[1] Theodoro Mommsen, *Histoire Romaine*, trad. por Querle.

[2] *Revue* cit., pagg. 161-167.

[3] Ibid., pag. 147, nota.

tram as faculdades de direito e a sociologia[1]. Entretanto, como assevera o proprio Reich e indica a epigraphe do artigo, as suas ideias são anti-evolucionistas.

Reservando-nos o direito de criticar o anti-evolucionismo de Reich no momento opportuno, iniciamos a analyse da importante theoria de Tarde[2], que procura substituir o evolucionismo juridico pela theoria da imitação.

Mais clara do que a anthropologia juridica parece a Tarde a ideia do evolucionismo juridico, que, entretanto, adverte esse auctor, deve ser convenientemente definida. Se se trata, por semelhante theoria, de substituir o estudo do direito romano pelo do direito azteco, peruviano, fuegiano, australiano, direito da edade de bronze, da pedra polida, de quaesquer direitos barbaros ou selvagens, para illuminar as origens da legislação, o assumpto apenas reclama uma facil dose de erudição servida por imaginação mediana. E esse estudo terá sempre o assentimento de um publico especial, desde que possua a forma banal da originalidade, que consiste em ser simultaneamente preguiçoso e atrevido, deductivo e engenhoso, proprio para lisongear com as suas hypotheses scientificas o espirito rutineiro e o gosto pelas novidades[3].

Os evolucionistas chegaram a acreditar n'estes dois axiomas: I) o estado social primitivo, supposto ponto de partida do progresso, é identico entre todos os selvagens passados ou presentes; II) todas as sociedades humanas passam, com uma celeridade desegual, pelas mesmas phases, com variações accidentaes e em geral despercebidas.

---

[1] *Revue* cit., 4.me liv. (juillet-août 1893), art. *Les Facultés de Droit et la Sociologie*, par Hanriou, pagg. 289-295.

[2] Tarde, obr. cit.

[3] Ibid., pag. 7.

Tarde pretende demonstrar o absurdo d'estes dous supostos axiomas.

Quanto ao I) axioma: *a*) é impossivel fechar os olhos á dissemelhança profunda que apresentam os selvagens actuaes, mesmo os mais atrazados na escala da civilização; as raizes verbaes, as *tournures* grammaticaes das suas linguas, os seus ritos, crenças, germens de governo despotico ou paternal, costumes pacificos ou bellicosos, dôces ou ferozes, honestos ou perversos, as suas melodias musicaes differem essencialmente. A propria dissemelhança dos selvagens, determinada pela sua maior ou menor ascensão no chronometro da selvageria, não constitue de per si o maior argumento em favor do primeiro axioma; do mesmo modo, affirma-se gratuitamente que as semelhanças frequentes entre os selvagens appareceram por espontaneidade, como se não fosse possivel, muito provavel até, a existencia de contactos entre os diversos aggregados sociaes, determinados pelas diversas correntes de civilização. Adverte Tarde que vulgarmente é desprezada a possibilidade do contacto para simplesmente se admittir a uniformidade da evolução [1]. *b*) Se por evolução se entende um encadeamento harmonico de phases e metamorphoses, fataes e regularmente repetidas como as dos insectos atravez de variedades accidentaes e insignificantes, não será absolutamente indispensavel a existencia de uma phase inicial identica? O transformismo, nascendo entre os naturalistas e não entre sociologos ou physicos, habituou-se a considerar, como unico typo possivel de desenvolvimento, a especie singular e singularmente rutineira de desenvolvimento apresentada pelos seres organizados. O transformismo persuadiu-se de que a evolução não significa somente producção de phases successivas, reguladas pelas leis da mechanica e da logica,

[1] Auct. e obr. cit., pag. 8.

mas ainda reproducção, em exemplares multiplos, de phases predeterminadas, analogas ás edades successivas de um individuo vegetal ou animal. Os sectarios d'esse transformismo exclusivo não se recordam de que a lei das edades, assim concebida segundo o modelo d'estes seres excepcionaes, poderia deixar de ser applicavel por completo aos systemas solares ou ás transformações das sociedades; o desenvolvimento de uma lingua, religião, corpo de direito, arte, embora consoante ao determinismo universal como o desenvolvimento de uma graminea ou quadrupede, poderia ser original e unico. A ideia-typo do desenvolvimento em vez de se encontrar expressa na vida, não se encontrará, talvez, na astronomia, linguistica e mythologia comparada? As leis da mechanica e da logica não dominam as da vegetação e da animalidade? *c*) O evolucionismo social geralmente exaggera o numero e importancia das semelhanças, que ferem os sentidos, sempre que procedemos á comparação de corpos de direito pertencentes a diversos aggregados sociaes; admittidas essas semelhanças caminha-se para o principio da evolução, sem se ensaiar previamente a imitação. É curioso, observa Tarde, ver espiritos, que se chamam positivistas, succumbir á seducção do maravilhoso por innumeras semelhanças, e preferir á explicação clara de uma parte d'essas semelhanças pelo contagio do exemplo uma explicação obscura pelo atavismo e hereditariedade[1], *d*) Por ultimo é impossivel demonstrar a universalidade primitiva, no novo como no velho mundo, da pena de talião e da vingança familiar, seguidas da composição pecuniaria (direito penal); como se não pode verificar a universalidade primitiva das ordalias e dos juizos de Deus, ás vezes sob formas quasi identicas (processo); a universalidade primitiva da communidade de territorio

[1] Auct. e obr. cit., pagg. 10 e seg.

(village) e mais tarde de familia, como regimen de bens, antes do apparecimento gradual do direito de propriedade particular; como regimen de pessoas a universalidade primitiva do matriarchado, seguida do patriarchado e, por ultimo, da escravidão da mulher até uma completa emancipação feminina; a successão chronologica dos contractos reaes e consensuaes até á uniforme systematização das obrigações juridicas.

Na impossibilidade de seguirmos fielmente todas as considerações de Tarde limitamo-nos a resumir a sua demonstração do axioma I) applicado ao direito penal.

A ideia do direito, cujo conteúdo varia em extremo, é formalmente identica em todos os paizes e em todas as raças, não pelo seu caracter innato, mas pela sua derivação necessaria de instinctos naturaes, hereditariamente legados ao homem pelos seus antepassados e refrangidos pelo meio social. A noção juridica é originariamente biologica; mas procedem erradamente os que consideram o instincto reflexo da defesa como genése juridica; o instincto da sympathia, condição primaria e indispensavel de qualquer aggregado social, deve considerar-se genuina determinante das instituições juridicas[1].

As observações de Tarde[2] levaram-no a concluir que a vingança não era o unico, nem o principal ponto de partida da evolução penal. A penalidade tem duas origens: uma, apparente, secundaria: é a vingança; a outra, essencial, invisivel: é a punição domestica, expressão de uma blasphemia moral e traducção de um remorso. Estas duas correntes encontram-se nos costumes e leis dos diversos povos.

Por este processo e percorrendo todos os diversos ramos

---

[1] Auct. e obr. cit., pagg. 14 e 15.

[2] Ibid., pagg. 15-23.

do direito[1] conclue Tarde que na evolução juridica falta a identidade do ponto de partida.

Quanto ao II) axioma de Tarde, a que nos referimos anteriormente, observa o mesmo publicista que é impossivel demonstrar a sua realidade social. Assim: *a*) a differenciação uniforme, resultante da lei spencereana (transição do homogeneo, indefinido e incoherente), embora se observe em muitos ramos da actividade social, não se encontra na evolução juridica. Por exemplo: o estudo comparado do direito francez e allemão patentêa-nos uma desegual differenciação, desegualdade determinada pela diversidade de dóses de direito romano e canonico em qualquer das duas evoluções divergentes; a Inglaterra e a França, embora se encontrassem no mesmo terreno durante o seculo XII, chegaram ás mais encontradas legislações; a organização aristocratica da Dinamarca e a democracia sueca sahiram do mesmo espirito communista dos primeiros tempos. Em todos estes exemplos não se encontra a uniformidade da differenciação juridica.

Os evolucionistas, continúa Tarde, respondem a esta objecção dizendo que a homogeneidade da differenciação seria facto indiscutivel, se a evolução actuasse, independentemente de extranhas influencias; mas esta hypothese é por inteiro inadmissivel[2]. *b*) Qualquer semelhança que existe no universo tem por causas productoras a ondulação para os phenomenos physicos, a hereditariedade para os phenomenos vivos, a imitação para os phenomenos sociaes propriamente dictos[3]. O que ha de continuo e necessario, submisso a leis scientificamente formulaveis, nos factos sociaes, é o caracter imitativo d'esses phenomenos.

---

[1] Auct. e obr. cit., pagg. 24 e seg.

[2] Ibid., pagg. 166-174.

[3] Tarde, *Les Lois de l'imitation*, Paris, 1890, cap. I, I, pagg. 1-14.

Imitação consciente ou inconsciente, intelligente ou inintelligente, isso é indifferente. Fallar, orar, trabalhar, guerrear, praticar qualquer acto social, é sempre repetir o que se apprendeu de alguem, que por sua vez seguira certo modelo, ás vezes d'uma antiguidade primitiva. De modo nenhum se deve affirmar, observa Tarde, que a imitação é toda a realidade social: não passa da expressão da sympathia preexistente. A principio, quando existe só a familia como grupo social, a imitação depende da hereditariedade e a transmissão dos exemplos é limitada ao circulo estreito dos parentes; ulteriormente a imitação emancipa-se da hereditariedade para obedecer simplesmente ás leis superiores da logica, como a ondulação ás leis da mechanica [1].

Em harmonia com estas considerações conclue o illustre publicista que muitos factos, anomalias apparentes dentro da lei da evolução, são consequencias incontestaveis da imitação.

Julgamos ter exposto muito em resumo a doutrina anti-evolucionista de Reich e Tarde; partindo de elementos completamente diversos, sem se encontrarem nas mesmas conclusões, são concordes ambos em negar ao direito o caracter evolucionista. Reich impressiona-se tanto em frente da symetria artistica do direito romano, que todo o movimento ulterior é nullo, comparado com a obra dos jurisconsultos classicos; o direito romano, diz elle, assume as proporções do harmonioso da arte. A propria movimentação profunda do direito nos tempos modernos não bastou para diminuir o enthusiasmo do illustre conferente da universidade de Oxford. Não são diversamente deduzidas, quanto ao nosso ponto de vista especial, as considerações

[1] Auct. e obr. cit., pagg. 174-176.

de Tarde; dominado pela theoria da imitação, que havia exposto na *Revue Philosophique* e synthetizado de modo luminoso nas *Lois de l'Imitation,* este critico, julgando extremamente apertados os moldes da theoria evolutiva, pretende descobrir na sua doutrina imitativa os horisontes rasgados, que necessariamente exige uma theoria social capaz de comprehender a variedade immensa dos phenomenos estudados pela sociologia. São duas tentativas arrojadas, que a respeitabilidade dos auctores respectivos e a importancia indiscutivel do assumpto nos convidam a analysar com o desenvolvimento admissivel em trabalhos d'esta ordem. Que saibamos, as theorias anti-evolucionistas de Reich e Tarde ainda não foram refutadas; talvez n'um futuro muito proximo d'Aguanno vingue o seu trabalho, inoffensivamente beliscado pelo espirito de Tarde[1]; entre nós auctor desconhecido iniciou uma analyse das *Transformações do Direito* n'uma revista juridica[2].

Vamos naturalmente iniciar a critica de Reich.

A importancia do direito romano constitue um axioma em sciencia juridica; contestal-a é desconhecel-o. Mas deveremos considerar o monumento romano como um obelisco levantado em meio do deserto sem precedentes historicos? Procederá correctamente Fustel de Coulanges, Ihering, Maine, Mommsen e Reich, procurando encontrar um criterio exclusivo para explicar a extraordinaria ascendencia do direito romano? Estaremos longe da verdade ao insurgirmo-nos contra os publicistas, que não procuram integrar o direito romano n'uma formula mais geral, considerando-o ao contrario producto phantastico de certos factores? Talvez que, apesar dos profundos estudos diri-

---

[1] Posteriormente tivemos conhecimento da resposta de d'Aguanno e Pietropaolo á theoria de Tarde (*La Scienza del Diritto,* an. I, feb.-marz., fasc. II-III, pagg. 143-152; nov., fasc. XI, pagg. 644-652).

[2] *O Mundo Legal e Judiciario,* VII an., n.° 5, pagg. 78-90.

gidos nos dominios do romanismo, ainda se não tenha pronunciado uma phrase decisiva sobre a genése do mesmo direito romano.

O orientalismo na linguistica como nas religiões e em muitos dos ramos da actividade humana é no nosso seculo um facto indiscutivel. Ou seguindo a marcha do sol no seu caminhar incessante de oriente para occidente (Michelet), ou por quaesquer outras causas, acha-se em via de demonstração difinitiva, que a civilisação occidental é um producto inconsciente do movimento intellectual operado no oriente. Acaso o direito representará uma excepção inexplicavel?

O sr. Alberto Pimentel[1], reproduzindo a doutrina de Cour de Gébelin[2], parece ter iniciado a demonstração orientalista de semelhante problema. Identicamente procedem os mais avançados cultores do orientalismo.

O mesmo d'Aguanno, estudando palcontologicamente as origens juridicas das principaes instituições modernas, encaminha o espirito no sentido de se integrar o movimento romano na formula geral da evolução social[3].

É de certo incontestavel que os progressos do direito civil desde os ultimos dias do imperio romano são importantissimos. Devemos insistir sobre este assumpto.

O *homo romanus* consta da integração do *heroe* e do *jurisconsulto;* o jurisconsulto é o homem imminente, a grande personalidade, que se eleva acima da vulgaridade e a domina; do mesmo modo que o mundo politico gravitava em torno de Augusto e Cesar, o *heroe,* o mundo juridico não se comprehendia sem o *jurisconsulto.* Era indispensavel conquistar o mundo pelas armas e dominal-o por meio de leis.

---

[1] Alberto Pimentel, *Jornada dos Seculos,* Lisboa.

[2] Estudos sobre o oriente, apud *Jornada dos Seculos.*

[3] D'Aguanno, obr. cit.

Convem mesmo observar que as conquistas do heroe cedem terreno á obra do jurisconsulto, muito mais duradoira do que as ephemeras victorias alcançadas pelas armas: vencidos pelo inimigo os romanos conseguiram impôr aos vencedores os principios da sua legislação.

O jurisconsulto, conservando inviolavelmente o *jus strictum quiritarium,* procurava emergir da diversidade de condições sociaes o *jus gentium.* Havia entrado em Roma a philosophia grega, que, em contacto com o genio positivo e assimilador dos romanos, abandona a fascinação dos seus lyrismos e as suas abstracções metaphysicas, para se converter em normas constantes, reguladoras da vida pratica — o *direito.*

Apostolo da equidade, diz Cimbali, e orgão vivo da consciencia popular, o jurisconsulto romano conseguiu desempenhar a sua missão, emquanto o povo de Roma teve força para se fazer respeitar por extranhos. Mas, á medida que se exturiam as forças dispendidas em tantas luctas infecundas e tantos trabalhos seculares, desapparecia a consciencia do proprio destino; Roma começava de perder a individualidade unica de que em tempo se poderia gloriar. Assim vai cahindo no horisonte a estrella do Imperio.

Com o desapparecimento da vida politica e militar de Roma declinou o movimento juridico. Apparece no momento opportuno Justiniano para reunir as maravilhosas conquistas dos jurisconsultos preteritos.

Immediatamente surge a invasão barbara, que substitue o direito da força em nome da cidade pelo direito da força em nome do individuo.

Como mais tarde veremos e peremptoriamente temos affirmado, o direito vai seguindo inalteravelmente a evolução das condições sociaes; ora, na meia edade predominava uma heterogeneidade de elementos, que se não tinham integrado na unidade de um organismo superior; não deveria, pois, subsistir unidade legislativa; e por certo

semelhante unidade era incompativel com a ausencia de um poder central fortemente constituido, dominador de cidadãos e estrangeiros, leigos e ecclesiasticos, barbaros e romanos. A antiga unidade foi substituida pelo dominio relativo do direito romano, barbaro e feudal, ecclesiastico e estatutario.

A proposito da incompleta e estreita concepção que Tarde admitte na formula da evolução, teremos ensejo de traçar em perspectiva muito distante a verdadeira doutrina da evolução e veremos como este desdobramento do direito symetrico se harmoniza com as desintegrações e evoluções divergentes.

Mas, encerremos este parenthese. Seguidamente ao dominio parcial do direito romano, barbaro e feudal, ecclesiastico e estatutario, encontra-se um phenomeno curioso, a integração ulterior. Entre os direitos vigentes havia o direito romano, capaz de alterar nos seus tecidos e subordinar aos seus principios qualquer das outras legislações contemporaneas; succedeu que o direito romano absorveu todos os outros; este dominio determina o *renascimento juridico*.

Surge novamente o typo do jurisconsulto romano, o cavalleiro da lei, que, não possuindo a força do jurisconsulto antigo e confiando simplesmente na potencia do proprio engenho e na efficacia da sua doutrina, se apresenta paladino da ordem e da liberdade, amigo do imperio e das communas, combatendo virilmente a tyrannia feudal e a preponderancia dos sacerdotes.

Dos elementos dispersos pela edade media formaram-se os estados modernos, cuja organização começou de differenciar-se em harmonia com a variedade das suas condições. No momento opportuno surgiram as primeiras codificações, argumentos incontroversos da unidade legislativa; appareceram assim os codigos prussiano, francez, austriaco, etc.

De conseguinte as modalidades evolutivas do direito,

desde a integração romana constituida pela convergencia de factores imperfeitamente conhecidos, até á desintegração operada na meia edade e ulterior convergencia sob a dynamica decisiva do direito romano, não parecem harmonizar-se completamente com os empirismos de Reich.

Mas, ha mais. A renovação anthropologica e portanto evolucionista nos dominios do direito não constituirá um progresso importante de modo a contrariar o anti-evolucionismo de Reich?[1]

Somos naturalmente levados a expôr a concepção evolutiva para elucidarmos ainda a refutação de Reich e começarmos de criticar a imitação de Tarde.

A sociedade é um organismo identico (Spencer), semelhante (Comte) ou analogo (Letourneau) aos organismos vivos; em virtude da lei da transição da homogeneidade indefinida e incoherente para a heterogeneidade definida e coherente, lei que se objectiva na cosmogonia, anorganologia e sociologia accentua-se constantemente a differenciação successiva e progressiva dos variados institutos sociaes. Em qualquer estado social, que analysemos detidamente, encontram-se ou integrações ou desintegrações correlativas.

Começando pelas sociedades primitivas em que o desenvolvimento rudimentar concentrava e assimilava as mais diversas funcções, localizando-as no orgão central da horda, a humanidade attinge um modulo elevado no caminho da evolução, com a especialização de funcções, organicamente distribuidas por orgãos correlativos. Da homogeneidade de funcções caminham as sociedades para uma heterogeneidade definida e coherente, mediante a actualisação inconsciente da lei da especialização determinada pela for-

---

[1] Enrico Cimbali, *Lo Studio del Diritto Civile*, cit., pagg. 8 e seg.

mação de centros biologicos e sociaes. O resultado immediato de semelhante lei é a formação de centros bio-sociaes, em que se representam de principio, espontaneamente integrados, os mais differenciados factores organicos. Este primeiro momento biologico corresponde ao *corsi* genetico de Vico, á primeira integração de Spencer e á evolução convergente, inconsciente e espontaneamente integrada de Comte; harmonizam-se d'este modo as theorias d'estas tres escholas.

Podemos representar este primeiro momento evolutivo pelo producto dos elementos *a. b. c. d=m;* deve observar-se que os centros bio-sociaes são successivamente *a, b, c, d;* abandonamos o seu estudo individual, que se poderia fazer estatica e dynamicamente para prendermos a nossa attenção ao momento social symbolizado pelo producto *a. b. c. d=m.*

Quando ha pouco referimos a especialização do todo homogeneo nos centros bio-sociaes *a, b, c, d,* implicitamente admittiamos um principio de dissolução e construcção organicas, uma força determinante em virtude da qual o todo homogeneo se desaggregava nos elementos *a, b, c, d* e estes elementos se integravam no producto *m;* é necessario observar-se que, anatomica e physiologicamente, não se pode conceber uma duplicidade dynamica determinante da evolução divergente especializada nos elementos referidos e da evolução convergente integrada no producto *m.*

Assim nos phenomenos sociaes encontramos esta notavel economia: a evolução divergente é proporcional á evolução convergente; a uma nova dissolução do todo homogeneo corresponde uma equivalente evolução no producto.

Se symbolizarmos o todo homogeneo por *m,* temos a seguinte equação *m=a. b. c. d* que representa, independentemente de qualquer modificação evolutiva, o producto de todos os factores que, integrados, constituem o estado social, o momento da evolução *m.*

Admittimos hypotheticamente a instantanea integração *m* e apenas descobrimos pela analyse os diversos factores integrados *a, b, c, d.*

Em virtude de circumstancias, que a sociologia determina com certa probabilidade, inicia-se a desintegração de *m* nos seus multiplices factores; certos factores, previamente integrados em *m*, apparecem após a nova desintegração, revestidos de maior energia, mais dynamicos, mais especializados; a sua maior dynamicidade depende mesmo das diversas especializações de funcções que se accentuam, harmonica e rhythmicamente, com a desintegração; desprezamos a multiplicidade de factores sociaes determinada pela lei da especialização e limitamo-nos a considerar depois da desintegração os mesmos factores revestidos de maior dynamicidade. Assim deveria proceder quem pretendesse ultimar um estudo completo sobre o assumpto[1].

Apenas exposta esta theoria da evolução salta ao espirito a ideia de integrar n'ella a doutrina anteriormente referida: o direito romano, produzido pela integração de factores algo desconhecidos, desintegra-se nos direitos barbaro e feudal, ecclesiastico e estatutario; mais tarde estes elementos desintegrados convergem novamente para consolidar o renascimento juridico pelo romanismo; e por ultimo affirma-se uma desintegração notavel sob a influencia da nova organização dos estados modernos. D'este modo o principio geral da evolução comprehende o direito romano, que se integra normalmente, como a queda de certo corpo entra na formula da gravitação universal.

E assim nos abeiramos da theoria de Tarde, intencional e abertamente anti-evolucionista, em que pese á illustrada redacção da *Revista Geral do Direito.*

---

[1] Encontra-se uma exposição completa d'esta nossa *theoria da evolução*, talvez algum tanto mechanica, na *Synthese Carteseana*, Coimbra, 1892, pagg. 83 e seg.

Como no logar competente advertimos, Tarde pretende substituir o principio evolutivo pela formula da imitação. Ora, não será possivel reduzir a tentativa de Tarde a um factor da evolução?

Insistamos ainda sobre a fórma por que se operam as integrações e desintegrações mencionadas, a transição do homogeneo, indefinido e incoherente para o heterogeneo, definido e coherente. Em qualquer momento social a evolução é inalteravelmente o producto inconsciente de duas forças organicas, a hereditariedade e a adaptação: aquella pugna pela conservação do passado tradicional, esta tenta accommodar-se aos novos moldes creados pelas necessidades urgentes de toda a ordem.

Não poderá comprehender-se a imitação juridica nos dominios da hereditariedade? É o proprio Tarde quem parece confessal-o. «Talvez se reconheça, adverte esse auctor[1], que o ente social é imitador por essencia e que a imitação desempenha nas sociedades um papel analogo ao da hereditariedade nos organismos ou da ondulação nos corpos brutos». No trabalho recentemente publicado, descrevendo a genése da imitação, diz: «a imitação começa de apparecer escravizada á hereditariedade».

E era escusado dizel-o para se ver facilmente que o factor social—*imitação* se integra naturalmente na hereditariedade, secundando ás vezes a adaptação.

Não é, pois, tão divergente do evolucionismo a *imitação* de Tarde como parece á primeira vista.

Examinemos, porém, os dois axiomas refutados por Tarde.

Naturalmente admitte-se a identidade do ponto de partida da evolução hominal; a não ser que subscrevamos os centros de Agassiz, somos levados a considerar o homem

---

[1] Tarde, *Les Lois de l'Imitation*. cap. 1, pag. 12.

desenvolvendo-se primitivamente no mesmo meio e, portanto, dentro da mesma serie de condições in-organicas.

É certo, adverte o critico anteriormente referido, que a mór parte dos sociologos admitte a hypothese de um estado archaico em que as diversas communidades humanas deviam ter habitos e costumes identicos ou pelo menos analogos. Esta semelhança original explicar-se-hia naturalmente se constatassemos que taes communidades viveram sob o mesmo clima, em um mesmo meio, submettidas ás mesmas condições de existencia. É evidente que n'este caso as mesmas causas produziriam o mesmo effeito; a sua organização teria, pois, sido mais ou menos uniforme.

Mas, não se conclua da hypothese possivel, postoque pouco provavel, da unidade mesologica para a negação do principio evolutivo; mesmo na doutrina de Agassiz haveria tantas evoluções parciaes quantos os centros admittidos, sendo sempre possivel comprehender essas evoluções parciaes n'uma formula mais geral da evolução.

Todavia é certo que as descobertas recentes confirmam as previsões da sociologia. Ainda ha pouco tempo E. Dupont, director do Museu de Historia Natural de Bruxellas, publicou um estudo intitulado: *O homem considerado como força geologica propria,* onde se expende a mesma serie de considerações.

Quando se encontram pela primeira vez ossadas humanas nos depositos quaternarios descobrem-se circumstancias que chamam a attenção; o grande numero de ossadas contrasta com a sua ausencia completa nos terrenos anteriores: a existencia de utensilios, armas e ornamentos prova uma civilização relativamente adeantada.

O homem apparece, pois, no nosso paiz bruscamente como um recemvindo, um emigrante e não como um aborigene. D'onde veiu? Provavelmente de paizes calidos onde até então permaneceu acantoado, como os grandes simios que não podem viver no nosso clima.

Segundo o mesmo Dupont foi o *uzo do jogo* que originou as primeiras communidades humanas; esta acquisição, diz elle, deu ao frugivoro uma força complementar das faculdades; por ella conseguiu transformar o seu regimen e espargir-se pelo globo, não estando já desde esse momento obrigado a alimentar-se segundo as necessidades do seu regimen natural e a limitar os seus habitos ás regiões que o satisfaziam.

É pois muito provavel, como adverte o citado critico do *Mundo Legal,* que as communidades primitivas, tendo os mesmos habitos de vida, a mesma dependencia de agentes naturaes, se pareçam tanto como as sociedades de formigas ou bandos de macacos, que pertencem a uma mesma especie.

Não é, portanto, impossivel demonstrar a veracidade do primeiro axioma criticado, embora não seja possivel obter-se uma certeza experimental, pois que nos estudos prehistoricos a sciencia progride conjecturalmente, como os naturalistas a respeito dos primeiros organismos, que appareceram á superficie do globo.

Postos estes principios não é difficil responder ás considerações de Tarde.

Ad *a*) Está actualmente demonstrado que os selvagens, nossos contemporaneos, não representam precisamente o estado rudimentar da humanidade sendo por absoluto impossivel o isolamento. Já Spencer apresentou este argumento contra Sumner Maine[1], argumento que de resto se apprehende facilmente. As dissemelhanças profundas, que ha entre os selvagens, demonstram unicamente a diversidade de meio em que se realisou a lei da transição do homogeneo para o heterogeneo. A proposito do segundo axioma desenvolveremos este ultimo asserto.

---

[1] Herbert Spencer, obr. cit., vol. II, pagg. 317 e seg.

Tarde parece insinuar que a nossa theoria é refutada pelo contacto entre os diversos povos; «se se admittir o contacto, adverte Tarde, attribuir-se-ha á imitação o que se pretende reduzir á evolução»; mas essa insinuação é infundada, porque explicamos a diversidade de civilização dos povos recorrendo á diversidade do meio que na sua accepção generica comprehende todos os contactos e influencias mutuas.

De resto, se ha arbitrio na reducção de todos os phenomenos d'esta ordem á evolução, muito mais arbitrio existe na generalização do principio imitativo, que, demonstral-o-hemos, é infundada.

Ad *b*) A evolução suppõe um encadeamento regular de phases e metamorphoses que partem de uma phase inicial identica. E a presente diversidade dos selvagens nada demonstra em contrario.

Mas, haverá considerações que nos devam levar a applicar á sociedade o *typo evolução organica* ou deveremos servir-nos da *evolução astronomica, linguistica* ou *mythologica?!* Não haverá certo arbitrio na escolha da evolução organica?! Eis a segunda difficuldade posta por Tarde.

Para respondermos directamente julgamos conveniente analysar a evolução sideral, biologica e social (*superorganica,* como diz Greef) com o fim de demonstrar a nossa these.

A lei da transição do homogeneo para o heterogeneo, da instabilidade do homogeneo, resulta da persistencia da força e desequilibrio continuo, que se produz no homogeneo pela sua desegual exposição ás forças incidentes. Como é possivel prever as forças incidentes sobre o homogeneo, tambem é provavel integrar n'uma formula as diversas phases da evolução; por isso os astronomos encontram nas suas formulas a directriz dos movimentos sideraes.

Os astronomos abandonaram por anti-scientifica a ideia do equilibrio estavel no universo e procuram calcular ap-

proximadamente os effeitos da irradiação do calor e da dispersão do movimento nos mundos formados; chegam a definir o limite da evolução e o inicio da dissolução. Lecoq e Salmaun provaram que todos os corpos celestes do systema solar têm identica origem e cada um d'elles desprendido da nebulosa primitiva começou de arrefecer de modo directamente proporcional ao seu poder emissivo e distancia do sol, mas inversamente proporcional ao seu volume. A lua, quarenta e nove vezes menor que a terra, arrefece quarenta e nove vezes mais depressa; cada um dos seus estados geologicos dura mais quarenta e nove annos do que os estados geologicos terraqueos.

Por estas e muitas outras considerações sobre o mesmo assumpto, admiravelmente deduzidas por Ardigò e Flammarion [1], vê-se que a evolução astronomica pode ser previamente determinada em harmonia com o conhecimento da persistencia da força sideral e energia das forças incidentes.

Como applical-a aos phenomenos sociaes cujos factores nunca podemos apreciar devidamente? O proprio Tarde reconhece a impossibilidade da prefixação correlativa.

Analysemos a evolução biologica.

Nos phenomenos biologicos não se dá a mesma regularidade embora seja possivel determinar de modo geral as grandes linhas do *bios;* todos os organismos, vegetaes e animaes, atravessam a infancia, adolescencia e decrepitude, isto é, evolvem-se até ao começo da sua dissolução.

Não é necessario insistir mais n'este argumento para vermos que a evolução biologica se coaduna admiravelmente com a evolução social.

A evolução social, diz d'Aguanno, só pode ser modelada

---

[1] Ardigò, *La Formazione naturale nel fatto del sistema solare*, Padova, 1884, pag. 164; Flammarion, *Dieu dans la Nature*, Paris, 1883.

pela evolução biologica, porque os seus elementos são corpos vivos.

Não ha, pois, arbitrariedade nos nossos processos[1].

Ad *c*) Objecta Tarde: os evolucionistas caminham para a evolução sem ensaiarem previamente a imitação, exaggerando de resto as semelhanças entre os corpos de direito dos varios povos.

Primeiramente: não exaggeramos semelhanças; explicamos as dissemelhanças pela diversidade das forças incidentes, que determinam a instabilidade do homogeneo.

Mais: não comprehendemos os argumentos invocados por Tarde para demonstrar que a imitação é preferivel á evolução. «Poderá Tarde contestar, argumenta d'Aguanno, que a hereditariedade e a adaptação são susceptiveis de determinar os phenomenos sociaes?!»

Por ultimo, como já observamos, a evolução comprehende as transformações imitativas de Tarde, embora não reconheçamos n'este argumento a força que lhe attribue Pietropaolo.

Ad *d*) Esse argumento, desenvolvido profusamente por Tarde, está prejudicado. Reconhecida a impossibilidade de possuirmos um conceito exacto do estado intellectual dos primeiros povos pelo estudo dos selvagens actuaes, ainda resta resolver uma infinidade de questões intimamente ligadas com o problema proposto. A transformação do anthropopitheco deu-se n'uma só região ou simultaneamente em muitas regiões do globo? Melhor: é verdadeiro o monogenismo ou o polygenismo?

Têm alguma razão de ser os centros de Agassiz?!

Problemas são estes que Tarde necessita de resolver

---

[1] *La Scienza del Diritto Privato*, an. I, febb.-marz., 1893, fasc. II-III; nov., fasc. XI; artt. de d'Aguanno e Pietropaolo (pagg. 148 e seg.; 644 e seg.).

antes de adduzir a argumentação das *Transformações do Direito*.

Vamos analysar o segundo axioma de Tarde. Antes de entrarmos directamente na sua critica é conveniente desenvolvermos um principio a que já nos referimos por vezes e de cuja nitida comprehensão resulta a diversidade quantitativa e qualitativa da evolução social e portanto juridica.

A homogeneidade é uma condição de equilibrio instavel; a instabilidade do homogeneo é evidentemente consequencia de as diversas partes de um aggregado homogeneo estarem expostas a forças differentes especifica e intensivamente. E nem se objecte que a homogeneidade perfeita não existe no mundo, porque o estado incipiente, seja ou não homogeneidade perfeita, nunca impede que se caminhe da menor para maior heterogeneidade.

Como Spencer demonstra [1], esta lei encontra-se realisada no mundo inorganico e organico.

Se fosse possivel imaginar-se um estado homogeneo que recebesse a incidencia das mesmas forças que actuavam sobre outro estado, com certeza a evolução accentuar-se-hia na mesma direcção, precisamente identica. Mas, como a variabilidade constitue a caracteristica essencial do mundo, não se realisa semelhante phenomeno, sendo portanto impossivel encontrar duas evoluções identicas.

Que importa, pois, que o direito francez e allemão se tenham differenciado diversamente? A diversa *dóse* de direito romano e canonico, como elemento divergente na diversidade evolutiva, representa forças incidentes de intensidade muito variada. Assim se explica o que succedeu ás legislações franceza e ingleza, etc.

E não se julgue que a symetria da evolução desapparece,

---

[1] Herbert Spencer, *Les Premiers Principes*, trad. por Cazelles, pagg. 429-461.

pois que nos seus lineamentos mais geraes persiste sempre a mesma.

Quanto á substituição da evolução pela imitação já apuramos elementos bastantes para ser regeitada semelhante theoria.

Concluindo: as instituições juridicas evolucionam-se como os institutos sociaes. E os codigos, crystallisações da ideia juridica, permanecerão immoveis?

III

Demonstrámos anteriormente a necessidade de reformar os estudos juridicos em harmonia com os progressos da anthropologia actual; seguidamente dissemos que o direito como qualquer outro organismo se encontrava subordinado ao principio da evolução. Nas nossas considerações pensavamos no direito como ideia, mais ou menos abstractamente, sem descermos parallelamente á analyse do direito escripto, codificado; n'este intuito redigimos o presente capitulo, que deve considerar-se a concretisação dos principios theoricos proclamados anteriormente.

Reconhece-se geralmente a necessidade ou pelo menos a utilidade indiscutivel de codificar o direito; Savigny foi vencido e assim deveria succeder em bem da sciencia. A natural evolução a que o direito está sujeito com a modificação das condições sociaes não é coarctada pelas formulas codificadas; ao contrario, se ha certa morosidade na codificação dos novos principios formados pelo progredir da sciencia, n'isso devemos reconhecer indiscutivel vantagem, pois é da maxima conveniencia que a sociedade não seja regida por leis ainda não amadurecidas e referendadas pelo assentimento dos homens competentes.

Muito de proposito nos referimos a este assumpto para

discutirmos uma doutrina ultimamente sustentada em Italia; n'essa doutrina ha elementos intimamente connexos com ideias expendidas nas paginas d'esta introducção; entendemos dever critical-a.

Guglhielmo Ferrero escreveu para a *Biblioteca Antropologico-Giuridica*[1] um livro intitulado *Simboli in rapporto alla storia e filosofia del diritto alla psicologia e alla sociologia*[2]. Como se deduz da simples inscripção transcripta, o auctor propõe-se demonstrar a extraordinaria importancia dos symbolos na historia, philosophia do direito, psychologia e sociologia. Inspirado e estimulado pela tentativa de Paolo Marzolo[3], o auctor Ferrero analysa a genuina indole do symbolo e descobre em todas as expressões symbolicas uma applicação da *lei do minimo esforço e inercia mental.*

A lei do minimo esforço domina todas as modalidades da actividade humana; a philologia e a historia da humanidade demonstram a verdade d'esta lei[4]; nos trabalhos intellectuaes não se encontra indicação diversa, pois que um limitadissimo numero das nossas ideias é producto da reflexão voluntaria e attenção concentrada, devendo considerar-se geralmente os trabalhos mentaes como resultado das associações, que lentamente se formam no cerebro sob a influencia das sensações que experimentamos. O dominio do inconsciente nos phenomenos mentaes é tão extenso e intenso quanto desconhecido. O marinheiro observa os horisontes e advinha a tempestade; o *sportsman* conhece o psychos do cavallo; entretanto, se nenhum d'elles estudou metereologia ou psychologia geral, ambos associaram elementos diversos; depois de certo horisonte deter-

---

[1] Serie II, vol. XIX.
[2] Fratelli Bocca, Torino, 1893, pagg. 1-133.
[3] Paolo Marzolo, *Saggio sui segni*, Pisa, 1866.
[4] Gulhielmo Ferrero, obr. cit., pagg. 1 e seg.

minado desencadea-se a borrasca; observando esse horisonte o marinheiro prognostica a tempestade, porque no seu psychos estão associadas estas duas ideias *certo horisonte* e *tempestade imminente,* embora não exista a consciencia de semelhante associação. Um processo identico se encontra em todos os raciocinios d'esta ordem.

Outra demonstração da lei do minimo esforço encontra-se nas origens sociologicas de todas as instituições sociaes; os institutos, que hoje garantem a vida social, são formados historicamente, não devendo considerar-se resultado deliberado e consciente d'uma actividade intelligente.

Nem nos admiremos da generalidade da lei do minimo esforço; o trabalho produz desintegrações de tecidos, dôres, a que ás vezes não é possivel resistir.

A lei da inercia mental é corollario da inercia da materia; como em physica se demonstra o repouso continuo de um corpo, que não seja dynamizado por qualquer movimento, e em chimica a impossibilidade dos phenomenos chimicos sem a intervenção da luz, calor, electricidade ou acção mechanica, assim os psychologos verificam a impossibilidade do cerebro produzir ideias, imagens, etc., sem o movimento sensacional. O cerebro é inerte como qualquer outro orgão; após a acção das sensações surge a *dynamogenia,* a excitação primordial que determina uma sensação psychica muito intensa, isto é, uma corrente de movimento molecular, que, actuando sobre o cerebro, lhe communica movimento e actividade.

A lei das associações mentaes, principio supremo da actividade psychica, pode reduzir-se ao mencionado principio da inercia. A imagem, ideia ou sentimento não duram sempre, mas cahem progressivamente no olvido, do mesmo modo que todos os estados de consciencia, como phenomenos naturaes, desapparecem com a sua energia inicial. Entretanto os estados de consciencia podem reviver, desempenhando a associação no associanismo uma funcção

semelhante á da luz, por exemplo, nas combinações chimicas.

Com a integração da lei do minimo esforço e inercia mental forma-se o symbolo, que se comprehende facilmente sob uma feição naturalista; longe de serem o resultado de investigações conscientes e premeditadas, os symbolos appareceram inconscientemente [1].

Determinada a natureza do symbolo, Ferrero analysa-lhe a physiopsychologia mediante o estudo dos symbolos provativos, descriptivos, de sobrevivencia e reducção, emotivos e mysticos (ideativos, emotivos e ideo-emotivos) [2]; immediatamente ao estudo do atavismo e pathologia do symbolo, desce ás suas applicações psychosociologicas n'um capitulo intitulado: *Il simbolismo nel diritto moderno* [3].

A maxima parte das ideias juridicas consagradas nos codigos modernos, quasi toda a Justiça deve considerar-se uma integração coordenada de symbolos; os diversos artigos de qualquer codigo são symbolos da Justiça. Comprehendemos que a rigorosa applicação d'um *artigo-symbolo* aos casos mais frequentes previstos pelo legislador, seja a genuina expressão da Justiça; mas, apparecendo uma hypothese imprevista e sendo o julgador obrigado a applicar um artigo, se o não considerar symbolo de Justiça, signal approximado e imperfeito da vontade do legislador, commetter-se-ha necessariamente uma injustiça.

Em harmonia com estes principios a Justiça e as instituições sociaes exigem:

a) a abolição immediata e completa dos codigos;

b) o abandono dos principios juridicos, que são generalizações perigosas e causas determinantes de substituições de symbolos *(arresti ideo-emotivi);*

---

[1] Auct. e obr. cit., pagg. 7-17.

[2] Ibid., pagg. 17-117.

[3] Ibid., pagg. 119-133.

c) creação de arbitros tirados de pessoas honestas e intelligentes, encarregados de julgar *ex aequo et bono*, baseados na auctoridade da sua consciencia;

d) abolição da magistratura.

Eis summariamente exposta a doutrina de Ferrero, que criticamos em breves palavras.

Na theoria symbolica de Ferrero ha muita verdade, que não deixaremos de evidenciar embora não concordemos com as suas ultimas conclusões; a lei do minimo esforço e inercia mental constitue um facto averiguado nos dominios da physiopsychologia; do mesmo modo a physiopsychologia do symbolo parece seguramente determinada. Entretanto não será eivada de incertezas e duvidas a conclusão de que todos os phenomenos physiopsychologicos são dominados pelo associanismo?

Ribot[1], n'um estudo notavel sobre a psychologia ingleza, confere egualmente á lei da associação uma importancia eminente. A lei mais geral, diz Ribot, que rege os phenomenos psychologicos é a lei da associação. Pelo seu caracter comprehensivo é semelhante á lei da attracção no mundo physico. A associação póde dar-se, ou entre factos da mesma natureza: associação das sensações, ideias e volições; ou entre factos de natureza diversa: associação dos sentimentos com ideias, das sensações com as volições, etc. Os factos principaes, que servem de base á associação, encontram-se na semelhança e contiguidade.

Apezar das auctoridades, que se inclinam ultimamente pela reducção de todos os phenomenos psychicos á associação, achamos demasiadamente exclusiva semelhante doutrina, a não ser que confundamos a simples

---

[1] Ribot, *La Psychologie Anglaise*, 3.ª ed., Paris, 1887, pag. 424.

relação entre a sensação e a ideia correlativa com o phenomeno da associação, que deve ter uma extensão mais restricta.

Mas, admitta-se ou não a doutrina da universalidade da associação, entretanto é certo que a conclusão a que Ferrero pretende chegar está sempre prejudicada. Em qualquer dos artigos do codigo civil encontra-se uma regra geral que abrange innumeras hypotheses, umas das quaes se adaptam perfeitamente á universalidade do principio ahi assignado, emquanto outras se integram n'esse mesmo principio doutrinario mediante certa elasticidade do artigo. Ferrero parece ter levantado a velha questão do espirito e da lettra da lei, sob uma fórma nova, symbolica e diremos mesmo cheia do interesse que despertam sempre as questões psychologicas. O codigo civil portuguez previu razoavelmente a duvida de Ferrero; o interprete não é obrigado a integrar em qualquer formula civilista as hypotheses mais divergentes, inclusivé as hypotheses imprevistas; se as questões sobre direitos e obrigações (art. 16.º) não poderem ser resolvidas, nem pelo texto da lei, nem pelo seu espirito, nem pelos casos analogos, prevenidos em outras leis, serão decididas pelos principios de direito natural, conforme as circumstancias do caso. A exegese do artigo 16.º elaborada pelo sr. dr. Chaves e Castro[1] mais confirma a nossa critica do symbolismo do Ferrero.

Não julgamos, pois, necessaria a suppressão dos codigos; não vemos, dizia em 1871 o sr. dr. Chaves e Castro criticando a eschola historica de Savigny, como possam emendar-se os defeitos do direito positivo por outros meios que não sejam os codigos. A codificação é o verdadeiro meio

---

[1] Sr. dr. Chaves e Castro, *Estudo sobre o Artigo* XVI *do Codigo Civil Portuguez*, Coimbra, 1871.

de alliar com os principios da razão o direito espontaneamente manifestado pelos uzos e costumes dos povos; determina o direito e obrigações de cada um, reduzindo tudo a regras geraes e fixas; e obsta aos abuzos e ao arbitrio dos tribunaes, regulando e simplificando suas funcções, proporcionando a todos o conhecimento do direito, e ministrando aos julgadores recursos para supprirem os casos omissos. A imperfeição dos codigos não prova contra a sua necessidade e utilidade, sendo que os actualmente existentes e que regem as nações civilisadas, se não attingem completamente o seu fim no estado presente da humanidade, têm pelo menos incontestaveis vantagens sobre o systema opposto, que opta por simples collecções de leis, não só deficientes, mas até destituidas de um principio superior e fundamental a que suas disposições se subordinam methodicamente.

Nenhum codigo é o termo da legislação de certo povo, antes deve ser reformado sempre que as necessidades sociaes o exijam.

Já se encontra resolvida a antiga questão, suscitada com tanto ardor no principio d'este seculo, relativa á conveniencia ou inconveniencia de regular as variadissimas relações da vida civil nos estados modernos por meio da legislação escripta ou não escripta, codigos ou costumes. E essa questão foi extremamente fecunda em corollarios importantes, porque se reconheceu a suprema utilidade dos codigos na sociedade moderna, onde, desapparecendo a espontaneidade primitiva, a intima dependencia das venerandas tradições dos antepassados, o profundo amor pelo espirito tradicional de parceria com certo terror sagrado diante de todas as innovações, que parecem symbolizar ultrage á religião dos nossos maiores e offensa á inviolavel auctoridade do estado, o sopro do livre exame, nas suas primeiras consequencias, quer tudo indagar, destruir, renovar tudo. Os codigos, imprimindo um cunho

certo e inalteravel á vontade do legislador, evitam as incertezas e injustiças.

N'estes termos resolve a questão o illustre professor da universidade de Roma, Cimbali[1].

A proposito poderia discutir-se a relação que deveria estabelecer-se entre o espirito e a lettra da lei, discussão que, tornada classica nos trabalhos de exegese biblica, atravessou para os arraiaes juridicos, encontrando na França antagonistas de primeira ordem, Merlin, que dava toda a força á lettra da lei, e Troplong, defensor incondicional do espirito da mesma lei.

Ambos exaggeraram, porque a lettra e o espirito da lei, duas cousas diversas, completam-se e constituem o verdadeiro organismo juridico.

Quanto ao abandono dos principios juridicos, crystallizados em certas formulas, não seremos nós quem deixe de censurar o abuso, que nos trabalhos forenses e deducções theoricas se commette diariamente, pretendendo resolver por uma formula demasiadamente archaica um conflicto determinado ás vezes por condições sociaes emergentes da civilização actual.

Mas é necessario desconhecer o espirito utilitario do presente meio social, a influencia nefasta da politica nos mais graves problemas da actualidade, a subordinação das ideias e dos sentimentos mais sagrados ao dinheiro, ao interesse sempre egoista, a inclinação sempre crescente do espirito humano para prevaricar, é necessario desconhecer tudo isso para advogar a administração e distribuição da justiça por arbitros, tirados de pessoas honestas e intelligentes. Esse mesmo principio, com attribuições muito restrictas, encontra-se applicado em certa instituição,

---

[1] Enrico Cimbali, *Lo Studio del Diritto Civile negli Stati Moderni*, Prolusione; 25 gennaio 1881, pagg. 15 e seg.

que no conceito de todos os publicistas pede uma reforma fundamental. Como já dissemos, é necessario que a norma legislativa se encontre muito acima das paixões populares e da contingencia da honestidade civica; o *sancta sanctorum* mais accommodado a semelhante mister são os codigos a que nos temos referido.

Os arbitros *ex aequo et bono* existiram n'uma epocha em que a consciencia era mais branca e, principalmente, n'uma epocha em que não havia legislação codificada.

Em conclusão: os codigos são necessarios mesmo depois da theoria symbolista de Ferrero.

Anteriormente demonstrámos a evolução do direito; ora, se os codigos são a concretização do direito, a vida das diversas legislações é incontestavel. A legislação, diz Vadalà-Papale, move-se como a vida, como a sciencia, como nós; reguladora do desenvolvimento das necessidades sociaes deve acompanhar-lhes o desenvolvimento. A historia do direito confirma a verdade absoluta de semelhante principio, que não é uma imagem de rhetorica, mas a expressão da realidade social; com certeza as legislações modernas differem das orientaes, gregas como da romana, não só quanto á sua organização e maior numero de institutos sociaes, mas tambem quanto ás relações juridicas, inspiradas por principios mais livres, mais puros e eguaes do que nos tempos passados.

O direito e a legislação, incarnação methodica e systematica de diversas relações juridicas, é a vida, que se manifesta na materia prima das relações juridicas, o desenvolvimento natural da actividade humana. Desenvolve-se o homem e as instituições; muitas cahem em desuzo; nascem outras. O legislador prudente elimina os orgãos que se arrastam, os orgãos atrophiados e accommoda os emergentes das novas condições sociaes ao meio em que têm de funccionar.

Admittindo-se, como dissemos, o evolucionismo juridico, implicitamente se subscreve a vida dos codigos; não se pode conceber o direito a não ser no seu momento dynamico, isto é, como desdobramento constante da vida dos povos. É inconcebivel um codigo immobilizado nos seus fundamentos, resistente ao progresso da sciencia e da vida, immutavel no meio do movimento universal.

Alguns auctores, talvez influenciados pelo estacionamento do direito civil, sustentam que os codigos civis devem permanecer immoveis nas suas disposições relativas á vida do individuo e da familia, emquanto não se alterarem as bases fundamentaes, que determinam essas mesmas relações individuaes e familiares. Outro tanto se não dá com os codigos commerciaes, porque os fundamentos das relações juridicas são constituidos por phenomenos economicos, que variam constantemente.

Antes de entrar directamente na analyse de semelhante doutrina uma observação previa. Os maiores adversarios da codificação do direito civil encontram-se na allegação d'este argumento: o direito transforma-se a todos os momentos e por isso não se deve codificar. Exaggeram um principio que não podemos deixar de admittir quando exposto em termos habeis; entretanto citamos esse desvario como symptoma da verdade da nossa proposição.

Não temos receio de admittir a objecção referida dentro de limites razoaveis; as instituições de direito civil permanecem ou devem permanecer immoveis, emquanto se não alterarem os principios fundamentaes; entretanto as relações d'essas instituições devem modificar-se harmonicamente com o progresso social, de modo a serem mais racionaes, humanas e livres do que tinham sido anteriormente. Assim é que, atravez das variações introduzidas pela evolução completa dos multiplices factores do progresso social, os institutos da propriedade e da familia têm permanecido sempre os mesmos, apezar das relações juridicas

resultantes do progresso acompanharem as *nuances* evolutivas.

O direito é a vida, diz Cimbali; e como na vida, *um motu-continuo,* se transmutam alternativamente o numero e quantidade dos elementos constitutivos e, consequentemente, o seu grau de integração e especificação, assim no organismo do direito devem reflectir-se taes mutações; por causa da evolução devem, pois, transformar-se não a quantidade e numero dos institutos juridicos, mas as suas relações mutuas, estructura e distribuição respectiva[1].

Demais a organização das diversas materias do codigo não se deve julgar immutavel em vista da evolução; essa organização vai seguindo os tramites do progresso social.

É tambem certo que as novas condições economicas determinam ás vezes o apparecimento de institutos desconhecidos nos tempos contemporaneos d'outros modulos da evolução scientifica. Nas paginas d'este trabalho referir-nos-hemos a alguns d'esses institutos sociaes.

D'este modo julgamos vingar a doutrina da evolução dos codigos, rhythmicamente com a natureza das instituições civis e da evolução. A mobilidade da vida é inherente ao progresso humano de qualquer ordem; uma força mysteriosa arrasta as ideias a realizar-se e organizar-se no conjuncto dos phenomenos sociaes, como se demonstra com o estudo da evolução historica. Quem sabe se, n'um futuro muito proximo, tantas ideias socialistas mal esboçadas, hoje deficientemente comprehendidas, constituirão criterios indiscutiveis á luz dos quaes se devem elaborar os codigos civis? O labor legislativo deve ser vivo em toda e qualquer nação; analysemos o melhor dos codigos no momento preciso da sua publicação, e enganarnos-hemos se o considerarmos um *codigo-typo,* uma perfeição ideal[2].

---

[1] Enrico Cimbali, *Lo Studio del Diritto* etc., obr. cit., pag. 27.

[2] Vadalà-Papale, *Il Codice Civile Italiano e la Scienza,* Napoli, 1881, pagg. 19 e seg.

Esta doutrina não tem sido bem comprehendida e menos praticada nos nossos dias; basta lançarmos uma rapida vista sobre os codigos modernos informados por principios obliterados, immoveis no meio do τὸ *fieri* universal. Desde o momento em que os codigos, incorporações do direito sempre variavel, estão sensivelmente immutaveis, é evidente que deve existir uma incongruencia entre a evolução do direito e a vida dos codigos.

E realmente assim é; todos os publicistas se referem á *inercia* e *esterilidade scientifica, anemia intellectual* e *falta de originalidade,* que, com rarissimas excepções, domina os trabalhos dos legisladores e commentadores europeus. O mesmo trabalho de Laurent [1] redigido a pedido do ministro da justiça, na Belgica, deixa muito a desejar; não queriamos que o conhecido commentador do Codigo de Napoleão reformasse profundamente o velho monumento dos jurisconsultos latinos mediante o criterio scientifico imperfeitamente demonstrado; entretanto não poucas ideias aproveitaveis, fermento incontestavel de progredimentos ulteriores, poderiam ser enxertadas na velha arvore, que — não protestem os naturalistas — rejuvenesceria á custa da seiva dos novos elementos. Laurent limitou-se todavia a introduzir pequeninas modificações, a que teremos ensejo de nos referir no decurso d'este trabalho, modificações que em parte são completamente destituidas de alcance scientifico [2].

Ha annos tem-se manifestado certa reacção contra a mencionada apathia juridica; o fôco d'onde irradia uma luz intensissima, que promette revolucionar a sciencia juridica, está nas universidades italianas, que parecem reclamar o direito de serem as primeiras no estudo da sciencia dos

---

[1] Laurent, *Avant-Projet de Révision* cit.

[2] Enrico Cimbali, *La Nuova Fase del Diritto Civile* etc., obr. cit., pagg. 11-14.

seus antepassados. Entre os revolucionarios da jurisprudencia não podemos deixar de mencionar Gabba, que a uma erudição pouco vulgar allia o decidido desejo de acompanhar o movimento scientifico, posto não tenha a abnegação de sacrificar as velhas doutrinas á sorte da obra de Boccacio; é digna de ler-se a prelecção feita na universidade de Pisa (1887–1888) sobre o conceito do direito civil e plano d'uma orientação systematica nos estudos juridicos[1]; Chironi, a orientação sociologica moderada a illuminar as mais transcendentes difficuldades do codigo italiano[2]; Vadalà-Papale, auctor d'um livro notavel onde se indicam as principaes reformas a introduzir nos codigos europeus[3]; Cimbali, talvez o primeiro espirito da Italia moderna, tão cedo roubado ao progresso da sciencia, que n'elle via a mais solida alavanca; não encontramos, entre os povos latinos, um espirito tão de molde a revolucionar os estudos de direito civil; possuindo uma notavel envergadura sociologica, conhecedor dos mais intimos segredos litterarios, seguramente orientado nas principaes questões de direito civil, Enrico Cimbali ataca de frente os velhos processos deruindo-os no meio da argumentação mais solida e ás vezes á sombra d'uma ironia finissima[4]; Giuseppe d'Aguanno, que resolve levantar á devida altura o elemento anthropologico n'um trabalho a que miudamente nos referimos[5]. E, como estes, muitos outros professores italianos acompanham o primeiro movimento juridico do mundo.

---

[1] C. F. Gabba, *Prolusione al Corso di Diritto Civile nella R. Università di Pisa*, Bologna, 1888.

[2] Chironi, *Sociologia e Diritto Civile*, Prolus. detta il 25 nov., 1885, Torino, 1886.

[3] Vadalà-Papale, obr. cit.

[4] Enrico Cimbali, *La Nuova Fase* etc., obr. cit.; *Prolusione* etc., obr. cit.

[5] D'Aguanno, *La Genesi e l'Evoluzione* etc., obr. cit.

E não decorrerão muitos annos sem que o fermento esplendido da revolta intellectual do professorado italiano comece de produzir os seus resultados; a critica de Tarde[1] está destinada a levantar o incendio provocado pela doutrina transalpina.

Sabemos que ainda não chegou o momento opportuno para uma profunda e organica revolução scientifica do direito civil; previamente é indispensavel estudar o phenomeno juridico civil como se estuda qualquer phenomeno da vida privada dos individuos; esta orientação essencialmente naturalista deixa muito a desejar sob o ponto de vista da sua realidade social; a physiologia do direito ainda não foi substituida pela physiologia da sociedade. Um codigo, como dizia Gabba, deve ser o espelho fiel da vida, isto é, das necessidades, habitos e tendencias do povo que por elle se tem de reger. Ora, semelhante espirito ainda não preside ás codificações e interpretações juridicas respectivas.

Procedem, entretanto, erradamente os que desprezam o criterio scientifico, como irrealizavel no momento presente, para se encantonarem dentro do commodo e estreito empirismo dos codigos consagrados. Como resposta a semelhantes criticos é da maxima conveniencia dizer duas palavras ácerca do tentame de Bogisié.

M. V. Bogisié, doutor em direito e philosophia, professor da universidade de Odessa e conselheiro d'estado no imperio da Russia, a convite do Imperador Nicolau, em cujo espirito encontraram echo as solicitações do Principe do Montenegro, redigiu um codigo, que foi promulgado a 25 de março de 1888 e que ainda hoje vigora no mencionado Principado; n'esse codigo encontram-se applicados principios anteriormente referidos. Os trabalhos do creador

---

[1] Tarde, obr. cit.

do *Landrecht* prussiano, o distincto jurisperito Svarez, e a critica judiciosa de Karl Dickel, *amtsrichter* em Berlim, relativa ao codigo montenegrino, são outros tantos incitamentos, que actuam sobre o nosso espirito para sustentarmos a possibilidade de existirem codigos informados pela orientação sociologica[1]. Mas fallemos mais de espaço do criterio de Bogisié.

Desde o Gymnasio de Ragusa-Vecchia sua terra natal e lyceu de Santa Catharina em Veneza, até ás universidades de Vienna, Munich, Berlim e Paris, Bogisié completou a sua educação scientifica cultivando o direito, philologia, philosophia, historia e ouvindo as sabias prelecções de Unger, Glaser, Arndts, von Stein (Vienna), Windscheid, Bluntschli, Doellinger (Munich), Gneist, Rudorff, Dirksen, Beseler, Bopp, Stahl, Lepsius, etc. (Berlim); em seguida percorreu algumas universidades na qualidade de professor de varios ramos do saber humano.

Assim preparado iniciou em 1873 os estudos necessarios para a codificação montenegrina pelo conhecimento dos costumes slavos; como observa Dickel, Bogisié partiu da ideia de que deveria existir a maxima harmonia entre os costumes nacionaes e o codigo que estava encarregado de redigir; julgou indispensavel evitar o dualismo no direito, facilitar a fusão entre os elementos novos e os antigos, de modo que houvesse entre elles uma communicação reciproca e incessante; no caso contrario escrever-se-hia uma legislação que não correspondia ás necessidades do povo.

---

[1] *Revue Général* cit.; Art. do dr. Karl Dickel, *Étude sur le Nouveau Code Civil du Monténegro avec des remarques sur la codification en général et sur le nouveau projet de Code Civil allemand*, XIV an., 2.ª fasc. (pagg. 227-243), 3.ª fasc. (pagg. 227-243), 4.ª fasc. (pagg. 331-346), 5.ª fasc. (pagg. 440-450), 6.ª fasc. (pagg. 526-534); XV an., 1.ª fasc. (pagg. 42-46).

Devem proceder d'este modo os legisladores em cujo espirito predomina o idealismo mais accentuado e o senso pratico mais seguro; assim comprehendeu o legislador montenegrino.

Em quasi todos os codigos modernos encontra-se uma harmonia surprehendente; a preoccupação dos antigos legisladores harmonizarem os codigos entre si e, portanto, com o supposto principio da justiça, encontra a devida sancção na antinomia, que ás vezes surge entre uma disposição civil e os costumes locaes, entre a lei escripta e o direito vivo. Attendendo a estes principios pensou Bogisié, como Svarez, que devia conferir-se importancia extraordinaria ás concepções populares do direito e que nunca se deveria preferir o direito estrangeiro ao direito nacional. É necessario introduzir o direito consuetudinario vigente no codigo civil, deixal-o desenvolver-se e completar assim o direito escripto.

Tambem é conveniente, observou Bogisié, subordinar as diversas legislações escriptas aos grandes principios, que constituem o direito dos povos modernos; d'este modo o legislador tem de ser conservador e progressivo, prestar culto á hereditariedade e adaptação na sua resultante — a selecção social.

Harmonizando-se com estes principios, acceitando alguns theoremas sociologicos, o intento de Bogisié mostra a possibilidade de uma reforma organica dos codigos existentes, embora as suas imperfeições demonstrem a inopportunidade de semelhante renovação juridica. A nós, cumpre-nos preparar o terreno.

Synthetizando as imperfeições que se encontram nos codigos modernos, poderemos sem perigo de sermos inexactos reduzil-as ás seguintes:

a) falsidade de principios fundamentaes;

b) sua constituição anti-methodica e inorganica;

c) deficiencia da materia juridica.

Começamos de accentuar a falsidade dos principios fundamentaes sobre que estão architectados os codigos modernos.

Os codigos civis vigentes, critica Cimbali[1], tratando quasi por exclusivo do individuo humano sob o ponto de vista atomico e abstracto, procuram simplesmente regular, nas suas multiplas fórmas, a variedade das relações individuaes; referem-se apenas á legislação privada *individualista*. Assim dominados tornam-se progressivamente menos accommodados ás condições dos tempos modernos, em que o centro de vida e acção, desprendendo-se cada vez mais da unidade individual, passa com estonteadora rapidez para a unidade social. Qualquer tentativa de revisão dos codigos modernos, que não se dirija principalmente a reorganizar e reconstruir inteiramente sobre novas bases e com novos criterios o conteúdo e estructura dos mesmos codigos, de modo a abraçar e disciplinar nos seus aspectos mais salientes qualquer phenomeno privado social como complemento necessario do phenomeno privado individual, conjecturar-se-ha sempre esteril e infecunda.

Vadalà-Papale[2] lamenta que os codigos, até ao presente, tenham considerado homens e instituições sob o aspecto individualista e solitario, apezar de uns e outras se desenvolverem no meio da vida social, em resultado da lucta de tantas forças e de innumeras relações que caracterizam as epochas correlativas. É necessario, conclue Papale, substituir o espirito individualista pelo espirito social.

Chironi[3], embora se mostre prudente em frente dos exaggeros individualista e socialista, nem por isso deixa de reconhecer a necessidade de animar os codigos pelo sopro socialista.

---

[1] Enrico Cimbali, *La Nuova Fase* etc., obr. cit., pagg. 11 e seg.

[2] Auct. e obr. cit., pagg. 26-42.

[3] Ibid.

Mais tarde insistiremos demoradamente sobre este assumpto; limitamo-nos presentemente a referir que, sendo o direito um ramo da sociologia destinado a garantir os diversos phenomenos sociaes, deveria revestir tambem um caracter socialista ou, mais moderadamente, um aspecto social.

Muito se tem discutido o ordinamento dos codigos civis, o seu methodo e systema, assumpto a que nos referiremos no decurso d'esta introducção em capitulo especial; é certo não se ter descoberto uma formula, que resista a todas as criticas, como evidente o caracter inorganico, anti-scientifico das diversas systematizações existentes. Não podemos deixar de reconhecer importante essa reforma dos codigos civis. Mais adeante explanaremos semelhante problema.

Em ultimo logar: o direito civil romano, conservado pela edade-media, inspirou o codigo de Napoleão (1800–1804), que os estados neo-latinos têm trilhado mais ou menos servilmente. No proprio momento da sua publicação havia certa divergencia entre os preceitos legislativos e as condições sociaes do povo francez; hoje, porém, que a renovação economica tem alterado todas as instituições, creando outras novas, impõe-se uma serie de reformas motivadas principalmente pelas theorias economicas.

É indispensavel, observa Cimbali, inserir na doutrina de um codigo civil todos os bens, que na actualidade constituem o inventario e patrimonio da sociedade moderna; as novas formas de propriedade immobiliaria: florestas, minas, correntes, telegraphos, vias-ferreas, operariado, fabricas, etc., como as immensas *nuances* da propriedade mobiliaria: instrumentos de lavoura, productos, mercadorias; os bens immateriaes, como qualidades e aptidões pessoaes, descobertas industriaes, productos artisticos e scientificos, etc., e outros tantos assumptos devem ser considerados pelo legislador prudente, não legislando abstra-

ctamente, mas considerando-as no meio da realidade social[1].

Pondo de parte outras considerações, que, embora sobre este mesmo assumpto, melhor cahirão n'outro capitulo do presente ensaio academico, vamos expôr os theoremas de Vadalà-Papale, que n'um futuro muito proximo terão uma realidade axiomatica:

1) Os codigos, até ao presente, consideraram os homens e as instituições no seu desenvolvimento individualista e solitario, embora uns e outras vivam uma vida social. Os codigos devem seguir as fluctuações da vida social.

2) Todas as relações sociaes devem ser legisladas para que a sua evolução se realize dentro de normas constantes e todos os entes sociaes se desenvolvam harmonicamente dentro do estado.

No capitulo immediato estudaremos uma questão naturalmente connexa com esta: qual o criterio fundamental da codificação em direito civil?

IV

Que systema philosophico deve presidir á elaboração dos codigos? Se na codificação da doutrina juridica devemos attender ao corpo scientifico dos preceitos juridicos, é intuitiva a necessidade de discutir o systema philosophico sobre que devem mover-se as mais importantes como as mais secundarias disposições legislativas.

Alguns auctores julgam impossivel subordinar a estru-

---

[1] Enrico Cimbali, obr. cit., pagg. 353-354; Gabba, obr. cit., pagg. 14 e 15; sr. dr. José Benevides, *Contractos Commerciaes*, Lisboa, 1892, pagg. VI e seg.

ctura de qualquer codigo civil a um systema scientifico; designadamente De Filippis e Pacifici-Mazzoni [1], que parece defender a perfeição absoluta do codigo italiano, inclinam-se por semelhante doutrina. Julgamos da maxima conveniencia resolver esta questão previa discutindo a argumentação de Mazzoni.

Os systemas legislativo e scientifico, argumentam esses auctores, differem fundamentalmente pela diversidade de natureza, funcção e scopo respectivo; assim:

a) A legislação é uma serie de preceitos, que regulam as relações juridicas; a sciencia juridica é o complexo ordenado de conhecimentos relativos ao direito. A sciencia explica a legislação pelas suas razões intrinsecas e expõe os preceitos mais como verdades do que como normas obrigatorias da vida nas relações juridicas. D'aqui surgem consequencias muito importantes: a fórma imperativa da lei é substituida pela expressão didactica do ensino; a sciencia occupa-se necessariamente de muitas coisas que o legislador prudente não deverá inserir n'um codigo.

b) O livro de sciencia não é simples e claro como deve ser um codigo, cuja perfeição é proporcional á maior ou menor comprehensão nitida e clara das suas doutrinas; ao inverso qualquer livro de sciencia visa, sobretudo, a ser estudado por uma classe selecta de individuos.

c) A coexistencia harmonica dos systemas legislativo e scientifico exige a realização de condições que difficilmente se coordenam, por ser difficillimo, quasi impossivel semelhante phenomeno; assim *a*) a lei deve conservar o caracter imperativo que lhe convem, abandonando por systema o formalismo didactico proprio dos livros de sciencia; *b*) nos

---

[1] Pacifici-Mazzoni, *Istituzioni di Diritto Civile Italiano*, 3.ª ed., Firenze, 1880, vol. I, introd., n.º III, pagg. XIII-XVII; Vadalà-Papale, obr. cit., pag. 38.

codigos devem lançar-se preceitos juridicos e eliminar-se por completo as generalidades, infructiferas e assaz perigosas; *c*) convem que as formulas juridicas, consideradas em separado ou no seu conjuncto, sejam simples, claras, intelligiveis, de facil applicação ás variadas e incessantes exigencias da pratica, evitando-se as formulas exaggeradamente abstractas, organizadas longe da complexidade phenomenal, e as por excessivo concretas, formadas pela integração de varios empirismos estereis. Estes exaggeros afastam-se do verdadeiro criterio juridico.

d) O systema legislativo não deve coarctar o desenvolvimento do direito, como sciencia e factor social. Um livro de sciencia poderá ser completo no momento da sua publicação: um codigo, ao contrario, nunca pode estar completo, porque as leis progridem constantemente.

É desoladora a impressão que desperta Pacifici-Mazzoni no meio do movimento juridico nobremente iniciado na sua patria; propõe-se defender o codigo civil italiano de todos os defeitos, que lhe assacam os criticos mais competentes e imparciaes. Mais uma vez se reconhece que todo o progresso emerge da lucta entre o conservantismo e a adaptação; Pacifici-Mazzoni é um orgão notavel do conservantismo.

A polemica relativa ao fundamento philosophico dos codigos necessita de ser bem posta; Pacifici-Mazzoni comprehendeu-a mal. A elaboração de um codigo pode orientar-se por criterio scientifico sem todavia adoptar uma exposição didactica, a de qualquer livro de sciencia. Não se trata de identificar um codigo com qualquer trabalho didactico: isso seria desconhecer a funcção diversa desempenhada por esses dois livros. Demonstrada theoricamente a verdade do individualismo, do contracto social ou do socialismo, deverão as diversas partes do codigo ser redigidas em harmonia com a theoria supposta verdadeira?

••

Semelhante orientação não quer dizer que se transformem os codigos em tratados de direito, mas que se inspirem na theoria philosophica vindicada nas escholas. A distincção fundamental entre a sciencia juridica e a legislação respectiva é sempre indiscutivel; o caracter obrigatorio das leis de modo nenhum se parece com o aspecto didactico da sciencia juridica, embora devam estar em perfeita correspondencia.

Alguns exemplos explicam lucidamente o nosso pensamento. Supponhamos que se demonstrava em theoria a necessidade do divorcio, a legitimidade do communismo e as consequencias beneficas da prescripção; um codigo, que se inspirasse nos dictames da sciencia, deveria consignar entre as suas disposições estes mesmos principios, embora não demonstrasse especulativamente qualquer d'aquellas theses.

A proposito: censuramos os legisladores que inserem, mesmo de passagem, algumas conclusões didacticas, discutiveis, diversamente resolvidas pelos varios auctores. Procedimento tal é esse, que acostuma o interprete bem intencionado á desprezar os restantes artigos do codigo como se *devem* desprezar certos enxertos scientificos, ás vezes muito infelizes, em quasi todos os codigos.

Com estas considerações pulverizam-se terminantemente as objecções suscitadas por Pacifici-Mazzoni.

Devemos dizer que a doutrina d'este capitulo, embora exposta e desenvolvida por muitos nomes consagrados, ainda não foi, que saibamos, especialmente applicada ao fim a que nos dirigimos. Chironi[1], n'uma prelecção feita perante a Universidade de Turin, indicou o criterio que preside á concepção philosophica, ora expendida; mas, fel-o

[1] Auct. e obr. cit.

tão confusamente, que o espirito ao ler a ultima pagina d'esse trabalho fica perplexo sobre a doutrina que deva attribuir ao laureado cathedratico. Ainda assim a inspiração d'este capitulo encontra-se na prelecção de Chironi.

Nas disposições de um codigo civil, por diversa que seja a concepção do direito, encontram-se estes elementos: individuo, familia e estado; a actividade juridica do homem origina-se no individuo, integra-se e completa-se na familia e desenvolve-se no estado; o individuo é germen e origem de todos os direitos do homem, a familia perpetúa a especie e no estado encontra o homem athmosphera consentanea ao seu desenvolvimento. A vida individual, familiar e civil ou politica são outras tantas espheras em que se evoluciona a actividade juridica[1].

A exaggerada comprehensão dos phenomenos sociaes determinou o apparecimento de certas escholas a que nos referiremos; uns, contemplando o mechanismo social de modo excessivamente empirico, viram na sociedade uma simples reunião de individuos entregues aos proprios instinctos, variamente combinados entre si: é o *individualismo*, assim denominado por assumir como ponto de partida a individualidade. Não poucos publicistas, fazendo excessivo uso da abstracção, concebem certo ideal da sociedade civil e politica, procurando subordinar ás exigencias d'esse ideal o fim dos individuos e mais classes sociaes: é o *socialismo* na sua latitude maxima; parte da noção do ente collectivo e social e da funcção que deve desempenhar. Alguns ainda, os sectarios da theoria do *contracto social*, consideram a sociedade civil e politica como consequencia do consenso dos homens, sendo admittido por todos que a familia, onde o individuo completa a sua actividade, é corollario d'um contracto[2].

---

[1] Carle, obr. cit.

[2] Ibid., pagg. 517 e seg.

Chironi, no estudo citado, refere-se ao individualismo, socialismo propriamente dito e socialismo empirico, desprezando a theoria contractual, ainda modernamente resuscitada por homens de primeira linha [1].

Escusado será insistir na influencia que estas doutrinas philosophicas poderão exercer sobre a elaboração de qualquer codigo; nas paginas seguintes ver-se-ha que as principaes modificações a introduzir nos codigos modernos são exigidas pelo predominio crescente da theoria sociologica. Como diz Chironi, a discussão não se restringe á esphera do direito civil, antes é o resultado da applicação d'uma lei mais geral sobre a evolução: melhor, sobre a lei da evolução formulada para o organismo social, cuja regularidade e normalidade se objectivam no direito; a lei do organismo social deve exercer absoluta influencia sobre a elaboração do direito positivo [2].

Entremos no estudo critico das diversas theorias.

O *Individualismo* é a theoria juridica e social, que considera a sociedade humana como resultado espontaneo da reunião dos individuos, que, combinando-se entre si sob a acção dos proprios instinctos e necessidades naturaes, originam as diversas fórmas de aggregação social. Na sociologia desempenha o individualismo funcção identica á do atomismo em sciencias naturaes; do mesmo modo que os atomos, impellidos por certa energia intima, se combinam de modo vario, produzindo a immensa variedade de coisas existentes e mutuamente coordenadas, *a natureza,* sem que alguma ideia preconcebida tenha presidido á infinita variedade das suas combinações; assim, segundo o individualismo, a sociedade humana seria o resultado da reci-

---

[1] Chironi, obr. cit., pagg. 4-6.

[2] Ibid., pag. 4.

proca accommodação dos individuos, que, especie de atomos sociaes, sob o estimulo das proprias necessidades, instinctos respectivos e influencias naturaes, se combinariam de diverso modo, originando os variadissimos organismos politicos [1].

A sociedade, observa Chironi [2], considerada como organismo, tem estructura e funcções analogas ás do corpo humano; é identica a lei que preside á evolução d'essas duas entidades organicas: transição de um estado de homogeneidade para outro de heterogeneidade, especialização, individualização, comprovada pela lei da divisão do trabalho. A individualização e integração correlativa encontra-se confirmada pela permuta de certos productos da actividade individual, que são consumidos pelos restantes homens, por outros productos que alimentam o individuo, naturalmente incapaz de produzir quanto consome. Com estas doutrinas somos levados a negar a existencia sociologica do estado, cujos direitos, constituidos á custa dos individuos, se admittem como mal necessario no presente estado transitorio.

A doutrina individualista foi sustentada por Epicuro, Hobbes, Bentham, Stuart Mill e Spencer; Epicuro accommodava o atomismo physico á sociedade civil e politica, definindo-a: conjuncto de individuos, que o instincto da utilidade propria levou a celebrar uma convenção obrigando-se a não se offenderem reciprocamente; segundo Hobbes os homens, atomos sociaes, estimulados pela necessidade da propria conservação e defesa, abandonaram o estado de natureza anterior ao estado civil, mediante certo contracto em que se obrigaram a não se lesarem mutuamente e a depositarem todos os seus direitos n'uma pessoa indi-

---

[1] Carle, obr. cit., pagg. 522 e seg.

[2] Auct. e obr. cit., pag. 4.

vidual ou collectiva, incumbida da conservação e defesa geral; Bentham[1] julga a sociedade civil e politica uma reunião de individuos, determinada pela força, e cujo intuito principal consiste em promover a felicidade commum; importante progresso experimentou o individualismo em Mill, cuja theoria integra no estado não só a garantia da segurança e propriedade, mas tambem a maxima liberdade dos cidadãos. O mais notavel representante do individualismo moderno é Herbert Spencer, que, n'um livro notavel *The man versus the State*, sustenta as ultimas consequencias de semelhante doutrina. Toda a argumentação do fundador do evolucionismo organico se limita a oppôr, como antidoto aos excessos do socialismo radical, as proposições individualistas. A intervenção do estado em todas as espheras da actividade humana, como querem os socialistas, promove um lamentavel *retour au type* (a resurreição do regimen militar em vez do industrial), determina a escravidão universal e accelera a degenerescencia da especie[2].

A historia da civilização demonstra que a humanidade atravessou dois periodos fundamentalmente distinctos, militarismo e industrialismo; no militarismo o homem desempenha as funcções respectivas, sob a pressão d'uma auctoridade, semelhantemente ao militar obrigado a cumprir as ordens do seu official; com o advento da revolução franceza consolida-se o regimen da livre concorrencia, patenteando-se a todos, sem distincção, os vastissimos horisontes da industria. Argumenta Spencer: a intervenção do estado promove uma evolução retrograda, approxima-nos do militarismo, quando vivemos em pleno industrialismo. O unico meio de remediar este retrocesso é a eliminação do estado,

---

[1] Carle, obr. cit. pagg. 523-526; Bentham, *Oeuvres* par Dumont, *Sophismes anarchiques*, art. 11.°, n.° 3.° (I, pag. 514).

[2] Herbert Spencer, *The man versus the State*, trad., Paris, 1888.

deixando aberto a todos o campo da lucta, que deve ser lealmente travada entre os homens, auxiliados pela robustez, talento e mais aptidões, unicas armas admittidas n'este *struggle for life*.

A existencia do estado, uma instituição muito complexa, traz comsigo innumeras despezas; o imposto com todas as suas tristissimas consequencias é inevitavel. Ora, adverte Spencer, sou escravo desde o momento em que me obrigam a ceder uma parte da minha actividade individual em favor do rei, presidente de republica, assemblea nacional, etc. A pilula existe sempre, embora diversamente condimentada. O individualismo, consagrando a independencia individual, completamente alheia a qualquer supposta protecção do estado, é o unico factor capaz de remediar a escravidão dos cidadãos dentro do regimen socialista.

A sociedade é sempre uma ampliação organica do individuo; não se encontram poucos similes entre a estructura e evolução do individuo e da sociedade; esta these assume um caracter axiomatico nos dominios da sociologia e assim deveria acontecer, porque a sociedade não passa da reunião organica de individuos. Na vida domestica os auxilios prestados pelo chefe de familia aos filhos ainda infantes são proporcionaes á sua incapacidade relativa; mais tarde, quando assumem desenvolvimento completo, entram na lucta pela vida auxiliados pelos dons e talentos naturaes; a protecção dispensada pelo estado aos incapazes trazia, como consequencia necessaria, o triumpho dos inferiores, dos mais imperfeitamente organizados; a sociedade, que deve constar de homens robustos e validos, converter-se-hia em breve trecho n'um asylo de invalidos. Eis mais outro corollario do socialismo, a degenerescencia da especie.

É esta a argumentação de Spencer, o primeiro cerebro da primeira linha de sabios; e, quando a argumentação de semelhante sabio não convence, a doutrina está naturalmente julgada.

A discussão do individualismo entra, incidentemente, no nosso exercicio academico; não nos referimos, portanto, á critica minuciosa feita por Laveleye [1], que se propõe analysar os variados argumentos referendados por Spencer, mas limitamo-nos a fazer umas ligeiras considerações, as bastantes, todavia, para despertar o assentimento dos criticos despreoccupados. O principio do *struggle for life* e a selecção, como seu corollario necessario, encontram-se realisados não em todo e qualquer meio, mas em meios certos e determinados e o meio social, no estado em que se encontram as nações mais adiantadas, é reconhecidamente incompativel com esses phenomenos. Nem sempre vencem os melhor organizados; as contingencias da fortuna, as consequencias do acaso, heranças, casamentos, etc., etc., eis outras tantas condições, que prohibem o *struggle for life* na vida das sociedades, o que não quer dizer que, accommodado esse principio á diversa natureza dos phenomenos sociaes, não seja capaz de uma realisação historica.

Um defeito geral enferma a argumentação de Spencer, que julga remediar os inconvenientes do socialismo intransigente e radical mediante o emprego do individualismo, quando é certo que a intervenção do estado, reprovada pelo individualismo, pode existir independentemente dos excessos centralistas do socialismo. A intervenção efficaz do estado é compativel com o regimen industrial contrariamente ao que affirmam os individualistas. Spencer delira quando considera no dominio da escravidão a vigencia do imposto, sendo incontestavel que o imposto existe nas sociedades bem organizadas do seculo XIX, como se encontra nos simples organismos estudados pela biologia. Como na biologia se denomina cooperação ou solidariedade a conver-

---

[1] E'm. de Laveleye, *Le Socialisme Contemporain*. 6.ª ed., 1891, pagg. 375-402.

gencia de todos os orgãos para a funcção vital do organismo, assim em sociologia existe a categoria historica chamada *imposto,* expressão da solidariedade mencionada [1].

A verdade social do anarchismo scientifico, como hoje se diz, a suppressão do estado exige uma perfeição incompativel com a natureza humana; por maior latitude que se confira ao principio da hereditariedade, nunca o homem conseguirá praticar instinctivamente muitos actos determinados pela coacção do poder central. Como razoavelmente adverte Chironi, a existencia do estado é contestada pela sociologia; admitte-se como mal necessario na presente situação transitoria que vamos atravessando; ou seja formado por direitos espoliados aos cidadãos ou se harmonize com a integridade juridica dos individuos, a formação do estado é determinada pela lei da concentração que explica a transição organica de aggregados menores para aggregados maiores; por ultimo, ainda quando o progresso das sociedades permittisse a eliminação do estado, a moral desempenharia uma funcção nobilissima dirigindo sem coacção os homens e as sociedades no meio de uma harmonia paradisiaca.

Concluindo: a demonstração do individualismo teria alguma importancia se não existisse uma situação intermedia capaz de remediar os excessos do socialismo e do individualismo, o que não é verdade como teremos occasião de demonstrar.

Chama-se theoria do *contracto social* a doutrina politica e social, que considera a sociedade resultado da convenção expressa e tacita da vontade de homens livres e eguaes,

---

[1] Herbert Spencer, *Principes de Sociologie* etc., cit., tom II, pagg. 105 e seg.; *Essais de Morale* etc., cit., *Essais de Politique* etc., cit., pagg. 171 e seg.

que determinam o *estado social,* renunciando á sua independencia natural [1].

Apparecem em Roma [2] os germens d'esta doutrina, que foi notavelmente defendida por Languet e Altusio [3]; tambem se encontram no mesmo terreno scientifico Hugo Grocio, Locke e Rousseau.

Dizia Grocio: o aggregado dos povos e a sua submissão a um poder soberano suppõe a vontade expressa ou tacita de obedecer ás leis estabelecidas pela maioria ou poder soberano. Embora appareça o esboço da theoria do contracto, ainda não se fala do estado de natureza anterior ao estado de sociedade, nem do contracto explicito mediante o qual se operasse a transição do estado de natureza para o de sociedade [4].

Na concepção de Locke a doutrina do contracto começa de systematizar-se; o estado de natureza anterior ao de sociedade não se pode dizer uma ideia completamente extranha á sua orientação, embora semelhante estado de natureza se apresente eminentemente pacifico; é um estado em que os homens são livres e eguaes e que abandonam para encontrarem mais efficaz garantia contra os proprios naturaes [5].

Deve-se a J. J. Rousseau a divulgação e sabia systema-

---

[1] J. J. Rousseau, *Contrat Social,* liv. I, capp. I e V.

[2] Cicero, *De Republica,* I, 25; Carle, *Le Origini del Diritto Romano,* Torino, 1888; *La Vita del Diritto nei suoi rapporti colla Vita Sociale,* cit., pagg. 537 e seg.; Guyau, *La Morale d'Épicure et ses rapports avec les Doctrines Contemporaines,* pagg. 147 e seg.

[3] Forti, *Istituzioni Civili,* I, pag. 468; Palma, *Corso di Diritto Costituzionale,* I, cap. II, 3, pag. 76.

[4] Hugo Grocio, *De jure belli ac pacis.* Prolog., § 15.

[5] Locke, *Two Treatises of government,* London, 1772, liv. II, cap. VII, § 87, pag. 243; A. Fouillée, *Histoire de la Philosophie,* pagg. 331-334; Paul Janet, *Histoire de la Philosophie Morale et Politique,* tom. II, pag. 310; Marion, *Locke et sa Philosophie,* Paris, 1878.

tização do contracto social. O estado de natureza, que precedeu a organização permanente, é descripto como edade d'ouro, que contrasta tristemente com o estado de sociedade, onde reina a desegualdade, determinada principalmente pela propriedade reconhecida por lei; o contracto exprime não tanto a origem de facto como a de direito. No campo da realidade a primeira sociedade natural deveria ser a familia, modelo inicial da sociedade politica; juridicamente, porém, nascendo os homens livres e eguaes, nunca poderiam ser constrangidos á vida social senão mediante o contracto; certamente o predominio da força pode determinar uma *turba multa* de escravos, mas nunca uma sociedade civil e politica.

Em quanto os homens se preoccuparam simplesmente com a subsistencia não surgia a necessidade de uma sociedade civil e politica, o que se impoz de modo inadiavel, apenas se manifestou a propriedade, pela cultura das terras, determinação de limites, etc.; n'essas circumstancias a organização social tornou-se necessaria como garantia efficaz e tutela indispensavel da propriedade.

Não julguemos, á semelhança de alguns criticos, que pela theoria de Rousseau os homens alienavam a sua liberdade nas mãos de uma pessoa individual ou collectiva, como sustentava Hobbes; ao contrario, a liberdade individual não é um simples direito mas um dever impreterivel, por considerações de qualquer ordem.

N'esta como em muitas outras passagens, Rousseau sophismava para sustentar os seus principios; embora os cidadãos não tivessem direito nem obrigação de alienar os seus direitos em favor d'uma pessoa individual ou collectiva, alienavam-nos em beneficio da communidade civil e politica, pois que a clausula principal de semelhante contracto seria a alienação total de cada contrahente, com todos os seus direitos, em beneficio de toda a communidade[1].

[1] Carle, obr. cit.

A doutrina de Rousseau tem sido condemnada pelos mais lidimos representantes do pensamento humano; na França, Comte, Littré, Taine e Renan; na Allemanha, Hegel, Strauss e o mais notavel jurisperito germanico, Bluntschli; na Inglaterra Mill, Spencer e Sumner Maine; eis outros tantos adversarios do contracto social[1].

Não nos podemos demorar na critica da obra de Rousseau e seus successores; a vida do homem desde os primeiros tempos foi incontroversamente social; affirma-o no momento presente a paleontologia, como anteriormente se deduzia de um estudo consciencioso da natureza humana e affirma-o de modo tão energico que julgamos ocioso insistir em semelhante refutação.

Modernamente A. Fouillée, obedecendo ao criterio conciliador, que tem ensaiado em quasi todos os seus trabalhos, pretende harmonizar a theoria do organismo social com a do contracto, apresentando o seu *organismo contractual*. A integração da consciencia contractual no organismo é perfeitamente compativel com as condições do contracto e do organismo; o que confere, diz esse auctor, a qualquer corpo o seu caracter organico, estructura e funcções, o que o transforma n'um ser vivo, capaz de sentimento e de movimento espontaneo, não deixa de produzir semelhante effeito pela addição de um novo attributo, a consciencia. Concebemos como o coração poderia funccionar, possuindo, entretanto, a consciencia dos impulsos cardiacos.

Tirante Carle, que parece approximar-se do organismo contractual, não conhecemos outros sectarios de semelhante conciliação; do mesmo modo que adulterou as noções de liberdade e determinismo para as conciliar, assim Fouillée viciou a concepção organica das sociedades e reduziu o

---

[1] A. Fouillée, *La Science Sociale Contemporaine*, Paris, 1885, Introd., pagg. IX–X.

contracto de Rousseau a uma simples consciencia funccional, tudo com o intuito de architectar uma theoria, uma pretendida conciliação, de que só ficou a phrase *organismo contractual.*

Abeiramo-nos por ultimo do socialismo; do mesmo modo que Reybaud em 1853 affirmava absolutamente que já não havia socialistas, assim não procede temerariamente quem affirmar em nossos dias o dominio absoluto do socialismo; sob a fórma de socialismo d'estado encontra-se nas cadeiras ministeriaes, como se assenta, com o nome de socialismo cathedratico, nas primeiras Universidades da Europa; assumindo uma fórma violenta empolga os operarios de Andaluzia e produz os movimentos tristissimos, que estão na memoria de todos; e com o nome de socialismo catholico anima as intenções fraternaes dos mais devotados pastores allemães. Somos justos quando apregoamos o dominio universal do socialismo. A mesma Inglaterra individualista não deixou de receber com certo enthusiasmo as medidas socialistas de Henry George (Progress and Poverty) e Wallace (Land of Nationalization), apezar de tudo quanto tem escripto Herbert Spencer.

E comprehendem-se bem as determinantes de semelhante dominio; como dizia o deputado Joerg no parlamento allemão, quando se discutia o projecto de lei apresentado pelo governo do imperio contra os socialistas: um movimento, quasi imperceptivel a principio, se espalhou com rapidez inaudita. Somente podemos comprehender o desenvolvimento prodigioso das doutrinas socialistas, considerando-as como consequencia das modificações profundas, que se introduziram nas condições economicas e sociaes da sociedade. A civilização moderna tem a sua sombra, o socialismo. E a sombra não desapparecerá emquanto não se transformar profundamente essa mesma civilização. O socialismo não é um flagello especial da Allemanha, onde possue todavia o seu quartal-general; é um mal universal.

Não nos propomos criticar no momento presente todas as considerações invocadas pelos socialistas; a necessidade de augmentar as attribuições do estado harmonicamente com a celeridade das funcções nacionaes, o progressivo augmento da renda em prejuizo do salario e do juro demonstrado com a formula $P = S + R + J$, os abusos dos capitalistas, cabalmente demonstrados, o augmento progressivo da miseria, todos esses argumentos têm ainda algum valor, porque se não ensaiou uma tentativa socialista [1].

A verdadeira doutrina encontra-se talvez na conciliação do individualismo com o socialismo; o exaggero individualista representa a importancia que se deve conferir aos elementos individuaes, emquanto o socialismo traduz a necessidade da existencia do estado pelo menos como elemento coordenador.

E nem se diga que a nossa doutrina é insustentavel, pois que no actual progresso scientifico são inadmissiveis os eclectismos de qualquer ordem. Se não nos fortalecessemos com a auctoridade de Chironi, bastaria lembrarmo-nos de que a generalidade das soluções representam integrações em que entram elementos integrados. Não admira, pois, que a verdadeira doutrina se encontre na harmonia do individualismo com o socialismo.

V

No capitulo anterior demonstrámos que na justa conciliação das doutrinas individualistas e socialistas se encon-

---

[1] H. George, obr. cit.; sr. dr. Guilherme Moreira, *O Lucro e a Questão Economica*, Coimbra, 1891, pagg. 31 e seg.

trava um criterio philosophico capaz de nos orientar seguramente na codificação dos preceitos referentes ás relações juridicas de ordem privada. A doutrina contractual, ou sob a fórma rude como foi apresentada pelo publicista Rousseau, ou mesclada com a concepção organica de Fouillée, é sempre inadmissivel.

Affirmámos anteriormente, que a sociedade era um organismo, atravessando modulos variadissimos, desde um estado de homogeneidade indefinida e incoherente até ao estado de heterogeneidade definida e coherente. Será possivel estabelecer, em serie, o predominio successivo dos dois elementos: individualismo e socialismo, a que nos referimos anteriormente, na systematização codificada do direito?[1]

Como é visivel, não nos preoccupamos com a theoria contractual, porque hoje se encontra abandonada, não possuindo, mesmo no ramo especial do direito de que nos occupamos, a importancia de que gosa em direito constitucional.

O desenvolvimento prodigioso, que assumiram estudos d'esta ordem na Italia e, principalmente, as notaveis investigações de Cimbali, que procuraremos reproduzir n'este capitulo, permittem-nos formular com verdade a successão do predominio d'estes diversos elementos.

São tres os periodos que atravessa o criterio fundamental das codificações; a esses tres periodos correspondem tambem monumentos juridicos diversos.

---

[1] Parece á primeira vista, que a materia dos capitulos IV e V é identica; meditando-se algum tempo reconhece-se, que, embora se admitta como criterio philosophico das codificações o individualismo ou o socialismo, o codigo privado póde ser individual ou social, conforme se tomarem ou não na devida consideração os progressos da industria moderna. Achamos confirmada a nossa doutrina por Vadalà-Papale (art. *Diritto Privato e Codice Privato Sociale*, na *Rev.* cit., fasc. 1, pag. 7).

I) A fórma primitiva de confusão e completa absorpção do elemento individual pelo social, symptomatisada na ordem economica pela ausencia completa de qualquer industria;

II) A fórma secundaria de distincção e completa emancipação do elemento individual do dominio exercido pelo elemento social; n'este periodo desenvolve-se a pequena industria;

III) A ultima fórma de reconciliação e reintegração do elemento individual no elemento social, coeva do prodigioso desenvolvimento da grande industria.

N'este capitulo propomo-nos estudar, embora muito syntheticamente, estes tres periodos.

I) Direito consuetudinario

E' muito hypothetico e unicamente conjectural tudo quanto se affirma a proposito do primitivo estado dos homens em sociedade. Parece, entretanto, assente, que os primeiros homens, constituindo pequenos agrupamentos e reconhecendo a impossibilidade de equilibrar as suas necessidades com as faculdades proprias, realizaram em grande escala o principio da cooperação. A actividade do aggregado vencia emprezas, superiores ás faculdades individuaes; por isso mesmo, em virtude da subordinação dos cooperadores á prosperidade do aggregado, a personalidade, em vez de autonoma, era dependente; a propriedade, em vez de privada e exclusiva, era commum e collectiva. As necessidades simples e uniformes provocavam tambem operações da mesma natureza.

Tirante as contendas frequentemente travadas entre as varias tribus, nada mais occupava a actividade dos homens primitivos alem da agricultura, caça, pesca, etc. A lucta constante emprehendida contra a natureza e contra os

outros homens determinou a organização militar [1], em que se accentuava o regimen obrigatorio, ao contrario do que succede no industrialismo, determinado pelo principio da livre concorrencia. As operações correlativas a este estado de coisas continuaram emquanto subsistiram as mesmas causas e ainda exerceram a sua influencia ulterior, quando a utilização dos animaes domesticos e a rude cultura extensiva do terreno minoraram a sorte dos homens.

As operações commerciaes reduziam-se á simples troca de umas coisas por outras; permutavam-se os objectos em harmonia com a satisfacção das necessidades dos permutantes, necessidades que precisavam inalteravelmente a noção do valor. O genero *pecus*, geralmente considerado e estimado por todos os homens, constituia padrão de valor; d'ahi vem, talvez, o substantivo latino *pecunia*.

Este periodo primitivo, atravessado por todos os povos que tiveram uma infancia na sua historia, é caracterizado pela homogeneidade, simplicidade, e regularidade maravilhosas nos actos e relações da vida civil, resultado e expressão simultanea da espontaneidade congenita, instincto imitativo e amor profundo consagrado á herança dos progenitores, como manifestação do terror sagrado, quasi offensa da religião dos deuses, que desperta qualquer tentativa de novidade no seio das instituições do passado. Durante semelhante momento historico, que comprehende muitos seculos, as normas reguladoras das relações sociaes irrompem espontaneas da consciencia do povo, ao mesmo tempo legislador e ministro.

---

[1] Enrico Cimbali, *La Nuova Fase del Diritto Civile* etc. cit., pagg. 16 e seg.; Herbert Spencer, *Principes de Sociologie* etc. cit., tom. II; Molinari, *L'Évolution economique du dix-neuvième siècle*, Paris, 1880, pagg. 174 e seg.

Os direitos e os deveres dos homens são quasi perfeitamente eguaes em numero e qualidade, tirante a situação especial, preeminente, dos chefes dos diversos aggregados; a egualdade de direitos e deveres só desapparece com a differenciação de funcções dentro dos aggregados. Como é de facil comprehensão, esses mesmos direitos e deveres são especialmente garantidos pelos costumes: *diuturni mores consensu utentium comprobati;* não ha leis escriptas [1].

II) Codigo de direito privado individual

No periodo anterior encontramos a personalidade individual absorvida pela unidade social, um aggregado de qualquer ordem; contemporaneo de tal absorpção, existe o direito consuetudinario.

Primitivamente eram frequentes os pequenos agrupamentos; mais tarde as necessidades da guerra e o amor da paz determinaram as associações de povos. A guerra torna-se menos frequente e, de cônseguinte, a liberdade individual começa de manifestar-se mais efficazmente; surge tambem a propriedade em semelhantes circumstancias; o desenvolvimento da propriedade particular, producto do trabalho individual, determina a cultura intensiva das terras e, mediatamente, origina as pequenas industrias.

O augmento progressivo da liberdade individual e, cumulativamente, da propriedade privada faz cessar gradualmente a uniformidade e regularidade originaria das necessidades, actos e relações sociaes e determina uma differenciação progressiva de todos os actos e funcções, occasionando uma crescente diversidade e irregularidade de necessidades, relações e funcções sociaes. A successiva especificação das

---

[1] H. Sumner Maine, *L'Ancien Droit* etc. cit.

necessidades e funcções, em resultado do augmento da liberdade e propriedade individual, enfraquece o dominio do direito consuetudinario, producto immediato e espontaneo da consciencia popular, e prepara o advento da *lei escripta*, trabalho reflexo e mediato do legislador, que, interpretando directamente as tendencias, necessidades e aspirações da consciencia popular, se apresenta como orgão supremo e moderador.

Basta attender a que as normas legislativas, nascidas e provocadas pelas necessidades sociaes, têm por fim a sua regulamentação, para nos convencermos de que devem revestir inalteravelmente um caracter especial, como especiaes são as variadas e variaveis condições sociaes; sendo certo, que as necessidades sociaes augmentam diariamente em harmonia com as conquistas da civilização, como é incontestavel, que todas as necessidades sociaes devem ser correlativamente reguladas por leis, é tambem indiscutivel o corollario que admitte a formação quotidiana de novas leis, expressão de necessidades novas. N'este movimento rhythmico das leis e necessidades, vencem-se obstaculos de primeira ordem pela opposição que os povos offerecem ao abandono do velho direito consuetudinario e á adopção de novos processos. Comprehende-se de modo facil a apparição crescente de novas normas, ás vezes contradictoriaes e, quasi sempre, inintelligiveis, como são de difficil comprehensão as relações sociaes a que se referem.

Na impossibilidade do legislador previdente regular inalteravelmente todas as relações sociaes, incumbe uma parte supplementar do officio legislativo ao magistrado, que, preoccupado apenas com a necessidade de descobrir as normas legislativas das ultimas necessidades sociaes, cria insensivelmente uma serie de novas providencias, que transformam pouco a pouco a legislação vigente. Esta funcção innovadora do magistrado, ostentando apparentemente o insaciavel desejo de conservar a tradição, foi notavelmente

exercida em Roma pelo pretor, na edade media pelos glossarios, na França pelos parlamentos, em Genova e no Piemonte pelo senado, em Napoles pelo sacro conselho real, nas provincias pontificias pela Rota, na Allemanha e Austria pelas camaras, côrtes e tribunaes de justiça; todos estes institutos, servindo-se de um importante poder descricionario na interpretação das leis, estatutos e costumes, ás vezes antinomicos, prepararam a formação dos codigos modernos.

Este periodo de desenvolvimento espontaneo, multiforme e incessante na vida do direito, desdobra-se sob a acção da liberdade e propriedade individual e proporciona o progresso da pequena industria, da propriedade particular e, portanto, do escambo e divisão do trabalho. Embora sejam extremamente complexas e fluctuantes as fórmas da pequena industria, é incontestavel que o trabalho manual constitue o principal agente da producção, e a força physica do homem e do animal representa o vehiculo commum dos productos; a moeda, o instrumento ordinario do escambo; os bens materiaes, a origem universal da riqueza, a emancipação progressiva do homem relativamente ao dominio do aggregado, a aspiração constante de todos. Relativamente a esta ultima aspiração, se o homem é um animal social, jámais se poderá libertar completamente da influencia da sociedade; entretanto, são coisas muito diversas a subordinação do cidadão ao dominio absoluto e por vezes despotico do aggregado ou a dependencia razoavel e moderada em que o homem se encontra dos elementos sociaes. Comprehende-se d'este modo como, na permanencia da convivencia social, os vinculos caracteristicos do primeiro periodo vão enfraquecendo pouco a pouco.

A experiencia das tentativas ensaiadas no desenvolvimento progressivo da actividade humana, emancipando o homem da escravidão da natureza e do seu semelhante, diminuiu a variabilidade das relações sociaes, que tornou

mais consistentes, estaveis e regulares. Além das conclusões, a que os homens tinham chegado após a experiencia de varias leis escriptas, a solução da autonomia pessoal, nas suas consequencias especulativas (a liberdade) e praticas (a propriedade), naturalmente accentuava a orientação das condições sociaes, no sentido de corroborar e promover a maxima expansão individual. Na sociologia, como na biologia, todos os movimentos são successivamente producto de acção e reacção, egual e contraria; a epocha de aniquilamento da liberdade individual no meio e em beneficio dos aggregados foi seguida d'uma comprehensão exaggerada e isolada do interesse individual. A esta diversa comprehensão das relações sociaes deveria corresponder uma differenciação do processo legislativo, no sentido de unificar a legislação em harmonia com a convergencia das condições sociaes. O periodo da codificação apparece, pois, quando se encerra o cyclo do movimento e producção espontanea, após o periodo das tentativas incertas e da expansão illimitada em todas as espheras juridicas.

O trabalho minucioso, de detalhes, de analyse, é coroado pela laboração fecunda e elevada da synthese, que integra as descobertas da analyse, moldando-as segundo um criterio de unidade e continuidade, que é possivel divisar atravez da variedade e descontinuidade dos phenomenos sociaes.

O reconhecimento dos direitos individuaes e obrigações correlativas, desconhecidas nas primeiras civilizações, começou de affirmar-se na velha Grecia depois do apparecimento do individualismo, revestindo em Roma, pela sua incarnação em monumentos legislativos, a importancia conferida aos principios philosophicos; uma exacta comprehensão da historia de Roma mostra-nos a lucta permanente entre as varias ordens, entre os povos vencidos e a cidade vencedora, lucta sempre orientada pela conquista da liberdade e propriedade individual em todas as suas manifestações. Com o terminar da força expansiva da con-

quistadora Roma coincide o termo do progresso legislativo, cabendo a Justiniano a honra suprema de transmittir aos vindouros o codigo de todas as normas legislativas formuladas em Roma, sob a influencia de um criterio pronunciadamente individualista. Eis o extraordinario valor da obra de Justiniano, que, depois de ter exercido universal dominio na meia edade, ainda inspirou, como já tivemos ensejo de evidenciar, o maior numero de prescripções dos codigos modernos.

Todos os legisladores modernos admittem o principio de que o individuo é o unico e verdadeiro ser real da humanidade, que encontra a sua natural integração na familia; por isso occupam-se apenas do mesmo individuo, como sujeito absoluto de direitos, e, subordinadamente, da familia, como centro legitimo e habitual em que se desdobram as relações variadas da sua actividade civil. Nos codigos respectivos consagra-se a devida importancia dos bens materiaes, como elementos vulgarmente constitutivos da propriedade, preferindo-se a propriedade immobiliaria á mobiliaria; permitte-se ao individuo usar e abusar sem limites da sua propriedade e actividade, reputando-o principio e fim de todas as complexas relações sociaes; as limitações, que se encontram, são estabelecidas a favor da familia e essas mesmas deixam muito a desejar. Relativamente aos contractos, poucos typos se regulam além dos que têm por objecto a transmissão ou o goso, com ou sem equivalencia, dos bens materiaes; este typo de contractos presuppõe ou requer o auxilio do trabalho manual e exige, como condição prévia, a transmissão monetaria.

III) Codigo do direito privado social

Chegados a este periodo da evolução da humanidade, que pretendemos bosquejar, tendo sempre no devido apreço

os acanhados horisontes de um trabalho d'esta ordem, necessitamos de reatar o fio das nossas considerações. A subordinação da autonomia individual á autonomia do aggregado determinou o vigor do direito consuetudinario; em seguida, vista a convergencia individualista, que provisoriamente approximou as variadas condições sociaes, surgiram as leis codificadas.

Propositadamente dissemos que a convergencia individualista do segundo periodo preparava a approximação das condições sociaes, *mas provisoriamente*. Ninguem duvida que, terminado o dominio absoluto da natureza e do homem ou grupo de homens, admittida e garantida nas leis a plena liberdade individual, nas mais diversas manifestações especulativas e praticas, todos os sujeitos de direitos e obrigações se encontraram dispostos por certa uniformidade; no vastissimo campo da industria todos podiam entrar em competencia, empregando os seus talentos, recursos e faculdades de toda a ordem. E' este o proprio symptoma fundamental da transição do militarismo para o industrialismo, respectivamente caracterizados pelo predominio do occipital e frontal (Gratiolet).

Ninguem julgue, entretanto, que a esta egualdade potencial, filha da egual garantia das liberdades individuaes, corresponde uma egualdade final e completa; não o permitte — contradicção apparente! — essa mesma egualdade. O triumpho do individualismo, nas multiplas espheras da actividade humana, suscitou no individuo, restituido á sua independencia natural, a necessidade imperiosa de tentar caminhos totalmente desconhecidos. Antes de terem desapparecido por completo as consequencias das desegualdades, contemporaneas do primeiro periodo, encontram-se novas causas de desegualdades sociaes, creadas pelo impulso irresistivel do interesse privado, estimulado e fecundado pelos progressos quotidianos das sciencias physicas, que

patenteam ao homem o valor e effeitos desconhecidos das forças e agentes naturaes.

Julgava-se que os principios sanccionados pelo imponente movimento de 1789 traziam comsigo uma apreciavel egualdade social e a experiencia dos nossos dias mostra-nos precisamente o contrario. Esta these, notavelmente sustentada por Henry George, é de uma verdade lancinante.

Como tivemos occasião de observar, os mais importantes factores da producção e circulação eram a força physica do homem e do animal, que no decurso dos annos foi substituida pela força mechanica dos agentes naturaes, aproveitada como instrumento poderosissimo de producção e circulação. Os que têm ao seu serviço as vantagens incalculaveis dos agentes naturaes alcançam visivel superioridade comparados com os que promovem a producção e circulação, auxiliados apenas pela limitadissima cooperação das forças proprias, ou, cumulativamente, das forças dos animaes. E, se o valor dos productos augmenta ou diminue, em harmonia com a energia consumida na producção e circulação correlativa, que vantagem incomprehensivel não alcança sobre o productor, que cultiva as industrias com o esforço do seu braço, o industrial, favorecido pela dynamica dos agentes naturaes, que centuplicam a energia individual! D'aqui a consequencia immediata de um abaixamento sensivel de valor nos productos, proporcionalmente á menor quantidade de trabalho necessario para os crear.

Esta mutação das condições sociaes, principalmente das condições economicas, devida á intervenção dos agentes naturaes, traz comsigo uma serie de transformações correspondentes, relativas á proporção em que intervêm os factores da producção, diminuindo successivamente o trabalho deante da generalização do capital, e concernentes á qualidade, quantidade e economia dos bens que se produzem, e até revoluciona radicalmente os processos pelos quaes a riqueza se diffunde. Mais directamente: a profunda

revolução succedida em todas as manifestações do mundo economico, graças á prodigiosa descoberta do vapor, electricidade e machinas, proporciona ao mesmo tempo egual revolução no mundo juridico.

Preterindo, de proposito, a polemica relativa aos agentes de producção, julgamos o homem principal agente de todos os phenomenos economicos; ao homem e, principalmente, ás suas forças intellectivas devemos ou, melhor, podemos reduzir todos os outros agentes economicos. Toda a modificação importante que, por qualquer motivo, se introduza nas condições sociaes e, nomeadamente, nas condições economicas, deve reflectir-se inalteravelmente na vida e relações do homem. De resto, não necessita de maior demonstração esta verdade, que ninguem contesta.

Succede, entretanto, que o vapor, a electricidade e as machinas, introduzidas na vida economica, modificaram as condições sociaes, como expendemos anteriormente; modificaram-se consequentemente todas as relações em que o homem entra como sujeito, as condições juridicas portanto. Convém frisar bem esta ultima consideração: as relações juridicas são garantias das condições sociaes e, por isso, das relações economicas; modificaram-se profundamente as condições e relações economicas, não podem permanecer immoveis as relações juridicas; os phenomenos economicos e juridicos são faces do mesmo phenomeno sociologico[1]. Por isso é que as legislações vigentes, pro-

[1] E' hoje principio assente entre os civilistas, que a renovação operada no terreno juridico é, principalmente, produzida pelas novas condições economicas do mundo contemporaneo; o mesmo phenomeno social, como diz o texto, é simultaneamente juridico e economico. Portanto, a reforma da sociedade deve partir das condições economicas e nunca das relações juridicas, a não ser que queiramos defender as normas juridicas por completo desligadas das condições sociaes. A este proposito convém citar um artigo de Achiles Loria, o primeiro econo-

ducto das necessidades de outros tempos em que dominava a pequena industria no terreno economico e o conceito da

---

mista italiano e um dos primeiros economistas europeus: *Socialismo Giuridico* (*La Scienza del Diritto* etc. cit., Firenze, 1893, fasc. IX, pagg. 519-527); a esse artigo responderam successivamente o insigne commercialista Vidari (Rev. cit., fasc. X, pagg. 577-582) e o conhecido civilista d'Aguanno (Ibid., fasc. XI, pagg. 641-643). Achiles Loria denomina *socialismo juridico* a eschola dos modernos jurisconsultos, que, limitando ou ampliando as suas exigencias, são unanimes em reconhecer a injustiça da presente organização social e procuram sujeitar o direito vigente a uma critica rigorosa, inspiral-o no criterio da politica social, na necessidade de melhorar a posição das classes trabalhadoras. Depois de indicar os antecedentes historicos de semelhante eschola (Fichte, Ogilvie, Proudhon, Mill, Toullier, Lassalle, etc.) descreve rapidamente o movimento juridico avançado. Em principio saúda esse movimento, que reformará os juristas, transformando em classe de homens prestantes essas individualidades a quem Voltaire denominou «conservadores dos mais barbaros costumes, defensores systematicos de todas as usurpações feudaes e capitalistas», e Championnère «cumplices complacentes da oppressão e da exploração do operario». Entretanto, ha ainda pontos de contacto entre os jurisconsultos antigos e modernos, embora o conceito da justiça ideal seja diversamente formado por uns e outros. Os jurisconsultos do *socialismo juridico*, como os da *justiça aristocratica* em contraposição á justiça democratica, admittem egualmente, que: *a*) as relações sociaes são na essencia determinadas pelo legislador, que por sua livre vontade cria as relações de propriedade; *b*) existe uma norma abstracta de justiça, em que os legisladores se devem inspirar para consolidar uma constituição harmonica da propriedade nacional; *c*) o fim do jurisconsulto é indicar ao estadista as formulas juridicas segundo as quaes será possivel produzir um estado juridico e economico, relativamente perfeito.

Do mesmo modo que no direito antigo, continúa Loria, o direito positivo derivava de um conceito abstracto e absoluto de justiça, maleavel conforme os caprichos do interessado, modernamente crê-se que as condições economicas derivam das relações juridicas, como se o direito não fosse uma emanação necessaria das relações economicas, impostas pelas condições historicas da população e do territorio. A grande reforma do edificio social, pois, deve começar *ab imis*, desde

individualidade nos phenomenos juridicos, são incapazes de abranger a complexidade das relações sociaes, especialmente das relações determinadas pela grande industria e actual predominio da sociabilidade.

Quem desconhece a funcção do capital nos tempos modernos? Como poderiamos desfructar as primeiras maravilhas do seculo sem essa alavanca prodigiosa, que abriu o Suez e tenta imprimir á vida da humanidade a celeridade das transmissões nervosas? Causa de prestigio para uns e de miseria para outros, o capital determina a associação de todos os homens, embora por considerações diversas. Os grandes capitalistas pretendem alargar o campo das explorações superiores aos seus capitaes individuaes: para isso recorrem á associação. Os parias da existencia, reconhecendo a impossibilidade de resistir individualmente á supremacia esmagadora do capital, con-

---

a modificação das condições economicas; os apostolos do *socialismo juridico* deslocaram a questão sem a resolverem.

O insigne commercialista Ercole Vidari não duvida admittir as linhas geraes do artigo de Loria, limitando as suas observações ao seguinte: *a*) a designação de *socialismo juridico* é impropria, pois que os reformadores do direito privado não podem prescindir do respeito pela liberdade individual, propriedade particular, organização familiar, etc., capitulos estes incompativeis com o socialismo, sob qualquer das suas *nuances; b*) já em 1877, no *Corso di Diritto Commerciale*, sustentou Vidari a intima dependencia em que os phenomenos juridicos se encontravam das condições economicas.

O civilista d'Aguanno repete a primeira observação e confirma ter sustentado nos seus estudos sobre phenomenalidade juridica a mesma orientação de Vidari e Loria.

Muito intencionalmente referimos as criticas de Loria, Vidari e d'Aguanno, para demonstrarmos, que todos são unisonos em relacionar intimamente phenomenos juridicos e phenomenos economicos; comprehendemos que Achiles Loria, um economista de primeira plana, desprese completamente a feição juridica do phenomeno social, embora uma parte importante da reforma social possa ser operada pela legislação.

vencem-se com cedo da necessidade da associação. D'este modo contemplamos a associação universal, determinada, entretanto, por estimulantes completamente diversos.

Eis a origem das varias associações, além da associação natural por excellencia, a familia; das diversas instituições juridicas, que têm por fim garantir condições, satisfazer necessidades e realizar emprezas, que superam a proporção das condições, necessidades e esforços meramente individuaes. Na sua composição entra o individuo ou como parte constitutiva da sua existencia ou como orgão vivo da sua vontade, não se confundindo jámais a existencia e a vontade do individuo e a das associações. Integração de capitaes ou de forças individuaes reunidas, ou d'estes dois elementos simultaneamente, estas associações e corpos juridicos ou pessoas moraes são seres verdadeiramente reaes e vivos, pois são reaes e vivos os seus elementos componentes, possuem uma vontade e consciencia proprias e representam a individualidade humana elevada ao estado de organização. Essas corporações e pessoas moraes devem considerar-se outros tantos sujeitos de direito privado. Chamamos á familia associação natural por excellencia e realmente a familia é producto e expressão legitima do principio da sociabilidade.

A individualidade physica do homem, ser physiologicamente completo, conservará sempre a sua dignidade de pessoa, apesar das necessidades, que tem de satisfazer, dos fins que necessita realizar; será sempre sujeito de direitos e obrigações. Sociologicamente falando, porém, o homem é um ser incompleto, pois não possue os meios necessarios para sahir victorioso da lucta pela vida; é indispensavel, portanto, que os outros seres, com a totalidade ou parte do seu patrimonio e das suas forças, se unam como simples atomos, moleculas elementares, que se combinam livremente com outros atomos e moleculas elementares da mesma especie, para determinarem a formação dos tecidos e orgãos

do corpo social; o corpo social desempenhará assim as funcções, que lhe dizem respeito [1]. D'este modo apparecem as diversas associações, egualmente sujeitos de direitos e obrigações, que, em vez de annullarem as actividades individuaes, as integram de modo a poderem manifestar-se mais efficazmente os phenomenos economico-juridicos da vida social privada no mundo moderno.

Realizando-se o principio associativo, augmentam e transformam-se as dynamicas individuaes e a par augmentam, transformam-se os bens sobre que incidem as multiplas actividades [2]; esses bens, se considerarmos as utilidades que proporcionam aos seus possuidores, denominam-se *bona (quod beant, id est, beatos faciunt);* se attendermos, porém, ao poder que conferem a esses mesmos possuidores, constituem *faculdades.* É notavel a correspondencia que se nota

---

[1] Enrico Cimbali, obr. cit., pagg. 30 e seg.; Schäffle, *Bau und Leben des socialen Körpers,* vol. I, pagg. 276 e seg.

[2] Poucos comprehendem a força prodigiosa da associação. Centuplicando as forças do individuo, elevando-as a uma potencia superior, consegue realizar prodigios, que constituem a maior gloria do genero humano. Os bancos de credito popular na França, Inglaterra e Escocia, a prodigiosa cidade de Mulhouse edificada á custa da associação operaria, a perfuração do isthmo do Suez e as notaveis cooperativas de producção e consumo, eis outros tantos argumentos demonstrativos da nossa these.

Se o incomprehensivel Proudhon, o inimitavel patriarcha da logica de ferro, anathematisa o principio associativo, como esteril e contrario á liberdade do trabalho, a organização economica do seculo XIX constitue um desmentido digno de registar-se. A associação, prendendo os individuos e multiplicando as suas forças, é quasi um instincto do homem livre,—é a grande epigraphe do problema posto a civilização moderna.

A associação vivifica—o isolamento mata!

E' necessaria uma rudimentarissima comprehensão da liberdade civica, tão menospresada pelos portuguezes, para não se ver, a plena luz, o vigoroso impulso social do principio associativo!

entre os sujeitos e os objectos de cuja combinação resultam os orgãos sociaes; essa correspondencia vai ao extremo de modificar a natureza e qualidade dos sujeitos em harmonia com a natureza e qualidade dos objectos; e, vice versa, as transformações operadas sobre a natureza e qualidade dos sujeitos modificam analogamente a natureza e qualidade dos objectos. Ora, os bens são destinados a desempenhar duas funcções: satisfazem as necessidades individuaes e servem de instrumento para a creação de novos bens; o que nos explica como o augmento das necessidades hominaes determina o augmento dos bens correspondentes. Mas, sendo incontestavel a formação de novas necessidades individuaes, determinadas pelo progresso da civilização, é egualmente indiscutivel o augmento dos bens e, portanto, a maior extensão do dominio sobre a natureza exercido pelo homem.

Ninguem discutirá certamente a revolução profunda introduzida pela grande industria no mundo economico; basta lançar uma vista retrospectiva sobre as situações economicas transactas e facilmente surge o parallelo em favor do mundo moderno; como por muitas vezes temos indicado, á revolução economica succede a revolução juridica; a economia politica procura determinar a producção, circulação e consumo dos bens creados pelas grandes industrias em harmonia com a lei do maior valor e minimo esforço o direito, como suprema lei reguladora, deve accommodar-se tambem á athmosphera das grandes industrias, garantindo-as e mantendo o equilibrio entre os diversos e variadissimos orgãos sociaes, de modo a promover a maxima vitalidade do organismo social. Como observa Ardigò[1], a economia politica fornece os elementos materiaes sobre

---

[1] Enrico Cimbali, obr. cit., pagg. 32 e seg.; Ardigò, *La Morale dei Positivisti*, Milano, 1879, pag. 550.

que deve actuar o mundo juridico; pertence na verdade ao direito manter a ordem e a justiça social; se a affinidade e a vida são respectivamente as forças especificas das substancias chimicas e organicas, o direito é a força especifica das sociedades.

Referindo-nos ás importantes consequencias da moderna vida industrial será conveniente descer ao terreno das especialidades, sem todavia abandonarmos a synthese, que melhor cabe ao feitio do nosso ensaio despretencioso. Na riqueza mobiliaria e immobiliaria, immaterial e industrial, industria locomotora, funcções juridico-sociaes da moeda, na expansão fiduciaria encontramos factores importantissimos da annunciada revolução economica. Os bens moveis, que primitivamente eram limitados e alheios á influencia industrial, são no presente fecundados pela industria; podemos sem exaggero dizer, que os bens moveis, roubados pelo homem ao seio da natureza, são em geral fecundados pela sua industria. A propriedade immobiliaria, nos seculos passados restricta ao solo cultivado e á casa de habitação, recebeu ultimamente importancia consideravel com a exploração mineira, fabril, ferroviaria, etc. Existe nos nossos dias a riqueza immaterial, expressa nas forças, aptidões e conhecimentos do homem; embora essas forças, aptidões e conhecimentos, abstractamente considerados, não possuam importancia consideravel, assumem-n'a de prompto, apenas se concretizam em qualquer producção util, no ensino, nas descobertas, educação, invenções na ordem intellectual, moral, politica, commercial e industrial.

A industria locomotora constitue talvez a primeira conquista do homem; o vapor e a electricidade — as primeiras potencias do mundo — crearam as linhas ferreas terrestres e as carreiras maritimas, as communicações telegraphicas, telephonicas e tantas outras, que não obrigam o homem a collocar a sua energia ao serviço das suas necessidades, limitando-se unicamente a dirigir as forças da natureza.

E que diremos da moeda, padrão de valor absolutamente necessario no actual estado de civilização? E o credito, a mais importante instituição social moderna?

Como uma e outra vez observamos, estes factores determinaram uma notavel revolução economica a que necessariamente deve corresponder uma renovação juridica; realmente, se as renovações economicas concernentes ao sujeito e objecto se correspondem, deve impôr-se uma renovação juridica, porque o direito deve considerar-se garantia de todas as condições economicas, seguindo-lhe portanto as modalidades. São, pois, necessarias normas determinadas, que comprehendam, ordenem e regulem as diversas fórmas de associações e corpos moraes, que apparecem como sujeitos capazes de direitos e obrigações.

Em summa: aos codigos do nosso tempo cumpre ter no devido apreço não só a formação das pessoas moraes, mas tambem a integração de interesses, completamente desconhecidos nos tempos preteritos.

VI

Nos capitulos anteriores estudamos a necessidade da renovação anthropologica e evolucionista dos estudos juridicos, verificamos a vida dos codigos como crystallizações do direito e, discutindo o verdadeiro criterio philosophico das codificações, analysamos as tres importantes phases dos codigos de direito privado; é momento opportuno para entrarmos em outra polemica connexa com a materia dos capitulos anteriores: qual o verdadeiro conceito do direito civil?

Como em todas as questões d'esta ordem, necessitamos de começar pelo direito romano, que nos apresenta noções muito aproveitaveis sobre o assumpto.

Os romanos desdobravam o direito privado em direito natural, das gentes e civil e definiam este ultimo: *quod neque in totum a naturali vel gentium recedit, nec per omnia ei servit: itaque cum aliquid addimus vel detrahimus juri communi, jus proprium, id est, civile efficimus*[1].

Muitos auctores criticam esta definição, que substituem por outra deduzida do mesmo direito romano; assim Gabba, Romagnosi e d'Aguanno não subscrevem incondicionalmente o texto de Ulpiano.

Gabba[2] considera nimiamente formal a mencionada definição, que de resto confunde o direito civil com o direito privado, o que se póde admittir desde o momento em que se considere como genero o direito privado e como especie o direito civil. Além d'isto, argumenta Gabba, não é possivel organizar uma verdadeira noção do direito civil com semelhante formula.

Romagnosi[3], reproduzindo esta definição, não comprehende como o direito civil em parte acrescenta ou subtrahe alguma coisa ao direito natural, porque, se consideramos o direito civil como póde ser, não só acrescenta ou subtrahe alguma coisa ao direito natural, mas altera-o profundamente; se, porém, o consideramos como deve ser, limitar-se-ha a realizar escrupulosamente o direito natural.

A critica de Romagnosi é talvez destituida de fundamento; os romanos consideravam o direito natural como um ideal absoluto, perfeito, que só poderia realizar-se n'uma sociedade tambem perfeita; nas sociedades actualmente existentes a realização do direito natural deve alterar ou modificar esse mesmo direito, porque essas sociedades são imperfeitas.

---

[1] L. 6, D. *de just. et jur.*

[2] Gabba, *Prolusione al Corso di Diritto Civile* etc. cit., pagg. 6 e seg.

[3] Romagnosi, *Assunto primo del Diritto Naturale*, § XXVII.

D'Aguanno[1] considera egualmente formal a noção discutida, por isso que não indica o verdadeiro conteúdo do direito civil.

Quanto á distincção entre direito das gentes e direito civil, illustrou-a o jurisconsulto Theophilo com o seguinte conceito de Gaio: *jus autem civile a jure gentium distinguitur: quod omnes populi qui legibus et moribus reguntur, partim suo proprio, partim communi omnium hominum jure utuntur: nam quod quisque populus ipse sibi jus constituit, id ipsius proprium civitatis est, vocaturque jus civile quasi jus proprium ipsius civitatis: quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes peraeque custoditur, vocaturque jus gentium, quasi quo jure omnes gentes utuntur*[2]. Semelhante distincção ainda hoje é admissivel, segundo os principios da philosophia juridica.

Entretanto não podemos deixar de considerar excessivamente formal a referida noção de Ulpiano.

Muitos auctores recorrem a outra formula do direito romano, attribuida ao mesmo Ulpiano, onde se encontra o conteúdo do direito civil mais explicitamente indicado. Ulpiano, comparando o direito publico com o direito privado, expressa-se assim: *Publicum jus est quod ad statum rei romanae spectat: privatum quod ad singulorum utilitatem: sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim*[3].

Embora se interprete de modo muito diverso conforme a orientação dos diversos auctores, é certo que esta formula póde admittir-se desde que se considere em termos habeis, isto é, em harmonia com as indicações da sociologia. Como

---

[1] *Rev.* cit., fasc. XI, pagg. 673 e seg.

[2] § 2.º, I. *de jur. nat., gent. et civ.*; L. 9, D. *de just. et jur.*

[3] L. 1, § 2.º, D. *de just. et jur.*

pretendemos demonstrar no capitulo anterior, o codigo civil, contemporaneo do nosso *fin de siècle,* deve ser inspirado no caracter essencialmente social de todas as instituições, isto é, deve integrar-se a serie de interesses individuaes no interesse social; *salus rei publicae suprema lex esto:* o unico codigo civil moderno é um codigo civil social. Deve, pois, interpretar-se a formula do direito romano pelas condições da sociedade moderna e nunca sujeitarmos essas condições contemporaneas ao supplicio de Procusto, amoldando-as ás formulas por vezes rachiticas do direito romano. Como observam quasi todos os auctores, o conceito-limite da influencia do direito romano no direito moderno, reduz-se á universalidade do principio, que eguala todos os homens perante a lei [1]. Nada mais.

Com estas indicações previas vamos discutir algumas interpretações da definição de Ulpiano.

Para muitos o direito privado, como o direito em geral, tem por objecto exclusivo a utilidade, que provém das relações economicas; d'este modo se deve interpretar a phrase de Ulpiano: *singulorum utilitatem.* Assim pensa Heineccio [2], Pisanelli [3], Vadalà-Papale [4], Fioretti [5], Loria [6], Gabba [7], etc.

---

[1] Cuq, *Les Institutions Juridiques des Romains,* pag. XXI e seg.; Ihering, obr. cit., tom. I, pag. 2; Vadalà-Papale, *Rev.* cit., fasc. I, pagg. 9 e seg.

[2] Heineccio, *Elementa Juris Civilis Romani,* liv. I, tit. I, § 9.°

[3] Pisanelli, *Proget. del I libro del Codice Civile.*

[4] Vadalà-Papale, *Necessità della Codificazione dell'Economia Politica* (*La Scuola Positiva,* an. I, pag. 164).

[5] Fioretti, *Rapports du deuxième congrès* etc. cit., pagg. 64 e seg.

[6] Loria, *Le Basi Economiche del Diritto* (*Giornale degli Economisti,* magg., 1893, pag. 350).

[7] Auct. e obr. cit., pagg. 7 e seg.

O direito privado, diz Heineccio, é o que se occupa do bem e vantagem dos particulares e tem por objecto o patrimonio dos cidadãos. A ideia fundamental do codigo civil, pondera Pisanelli quando apresenta ao Senado italiano, na sessão de 15 de julho de 1863, o projecto do primeiro livro do codigo nacional, é a de propriedade e todas as suas disposições se referem aos bens. O mesmo Vadalà-Papale, que ostensivamente rejeita o pensamento de Pisanelli, não dista muito d'elle; na realidade pertencem-lhe estas palavras: não acceito o pensamento de Pisanelli, pois estou convencido de que um codigo privado social deverá preoccupar-se com a funcção economica da familia em todas as suas phases, com o ordinamento da propriedade, orientado pelo moderno ambiente social.

O direito civil, orava Fioretti no segundo congresso de anthropologia criminal, é um conjuncto de normas obrigatorias, que regulam o escambo e o goso dos valores na sociedade humana. Tudo o que se refere ao direito civil deve possuir uma significação economica. Ha muitas questões pecuniarias, que não são de direito civil, mas não ha questões de direito civil, que não sejam ou não possam converter-se por suas consequencias em questões economicas. Todos os capitulos relativos ás pessoas, que os diversos codigos de direito civil ostentam ás primeiras paginas, são preliminares indispensaveis para resolução de certas questões pecuniarias. E' certo que algumas vezes os conjuges promovem o divorcio ou separação pessoal independentemente de interesses economicos; mas esta excepção incorpora-se facilmente na regra; basta reflectir em que o instituto do matrimonio é regulado pelo direito civil em virtude da necessidade de harmonizar as numerosas relações pecuniarias, que derivam de semelhante contracto.

Fioretti parte do principio de que o dinheiro é uma ideia abstracta e excessivamente complexa, de que sómente a

intelligencia do homem civilizado é capaz; portanto, o uso corrente do dinheiro presuppõe um progresso social, uma sociedade civilizada em que todos os cidadãos admittem esse padrão como meio de escambo, reconhecendo-lhe o mesmo valor.

Não pensa de modo diverso o notavel sociologo Loria, que, desenvolvendo os principios postos por Marx e ulteriormente De Greef, considera o direito, emquanto instituição coactiva, imperatoria, um producto necessario da economia capitalista.

Como resulta d'esta resumida synthese, a concepção exclusivamente economica do direito civil invadiu intellectos de vulto; merece ser discutida.

A empreza, que tentamos, póde realizar-se mediante o processo historico, analysando a dependencia em que se encontram os diversos phenomenos sociaes das condições economicas; ou mediante a analyse dos differentes codigos, afim de verificarmos se, porventura, semelhante reducção economica é susceptivel de se harmonizar com os lineamentos geraes dos codigos existentes. A combinação d'estes dois processos leva-nos a resultados seguros, que não obteriamos pelo emprego exclusivo de qualquer d'elles; na realidade o processo historico, sem o conhecimento dos codigos existentes, era uma observação incompleta, incapaz portanto de fundamentar argumentação irrefutavel; a analyse dos codigos, desacompanhada do processo historico, deixar-nos-hia incertos sobre a filiação e integração social dos varios codigos de direito civil.

Examinando imparcialmente a historia da humanidade, não descobrimos a determinante de todos os grandes movimentos sociaes, juridicos e politicos, etc., nas condições economicas; é certo que, influenciando-se todos os phenomenos sociaes, os grandes movimentos juridicos e politicos coincidem com phenomenos economicos. Assim, a abolição da escravidão e a sua substituição pela servidão da gleba,

mais tarde pelo regimen do salariado; a reforma operada por Luthero e seus sectarios; a revolução franceza de 1789 e tantos outros factos importantes foram acompanhados de consideraveis reformas economicas; mas não se conclua, que taes movimentos politicos tiveram origem exclusiva nas condições economicas; n'esse caso assistir-nos-hia o direito de perguntar se os movimentos economicos não poderiam ser determinados por fluctuações politicas.

E' certo que o factor economico possue uma importancia de primeira ordem; contestar isso equivaleria a desconhecer a historia; mas nunca se poderá explicar a serie complexa de movimentos sociaes lançando mão exclusivamente de semelhante factor. A nosso ver, a eschola implantada em Italia por Loria, que domina completamente o *Lucro e a Questão Economica* do sr. dr. Guilherme Moreira, nas suas linhas mais geraes, está longe do verdadeiro caminho; possue o defeito dos trabalhos sociaes realizados por economistas, mathematicos ou biologos; na realidade, não é raro encontrar economistas como Loria, mathematicos como Descartes e biologos como Spencer, que nas suas locubrações sociaes reduzam extraordinariamente a sociologia a uma applicação da economia, da mathematica ou biologia, em summa, dos estudos, que professam habitualmente.

Como veremos, o direito é uma garantia das condições da existencia social, devendo por isso mesmo acompanhar a modalidade d'essas varias condições; o phenomeno juridico depende, pois, de antecedentes politicos, economicos, administrativos e moralizadores, que não sómente dos phenomenos economicos.

Mas, encontrar-se-ha semelhante ideia, embora simplesmente esboçada, em algum dos codigos modernos? De modo nenhum.

Além das relações puramente economicas, resultantes do escambo e goso de valores, o direito privado, como se en-

contra expresso nos codigos e o comprehendem o maior numero de civilistas, abrange:

1) direitos de pessoa, como base de todos os direitos civis e sociaes, determinados principalmente por considerações anthropologicas ou moraes. N'esta categoria comprehendem-se as numerosas restricções ao exercicio dos direitos, dependentes da edade, sexo, etc.

2) direitos de familia, em grande parte dependentes de motivos anthropologicos e moraes; n'estes direitos o factor economico tem pequena importancia. Assim se devem considerar a affinidade, a consanguinidade, as condições necessarias para contrahir matrimonio; os impedimentos matrimoniaes, hypotheses de nullidade matrimonial, dever reciproco de cohabitação, fidelidade e assistencia, restricção no exercicio dos direitos economicos da mulher em beneficio da unidade da familia e harmonia domestica, obrigação dos progenitores educar e instruir a prole, etc., etc.

3) direitos de successão, como affirmação dos direitos de familia, independentemente das condições economicas.

Não mais é necessario insistir sobre o assumpto; a these de Loria e mais auctores é insustentavel; além dos interesses economicos, muitos outros entram n'um codigo de direito privado-social, pois nem só aquelles interesses podem reverter *ad singulorum utilitatem*.

Por ultimo é arbitrario dizer-se, que o instituto do matrimonio foi incorporado no corpo do direito civil para serem regulados os seus effeitos pecuniarios. O matrimonio é uma relação de utilidade privada dependente da vontade dos contrahentes; produz muitos outros effeitos, além dos economicos [1].

Muitos civilistas, dominados pela phrase romanista de

---

[1] D'Aguanno, *La Riforma integrale della Legislazione Civile* (*La Scienza* etc. cit. an. I, fasc. XI, pagg. 675 e seg.).

Ulpiano, excluem da noção de direito civil o elemento social, como se fosse possivel conceber a utilidade individual desprendida da utilidade social; o direito civil tem por objecto especial *utilitatem singulorum,* mas em perfeita harmonia com a utilidade social; se a definição fornecida pelo direito romano, a que nos referimos, não tem as mysticas virtudes que lhe encontram os romanophilos, não deve tambem ser desdenhosamente preterida, como parece julgar Teixeira de Freitas[1]; o jurisconsulto deve, sobretudo, interpretal-a em harmonia com o presente estado da sciencia.

Havendo conflicto entre o interesse individual e o interesse social, deve ceder aquelle ao bem estar do aggregado; se assim não fôra, o sacrificio da prosperidade do corpo social em beneficio da actividade individual reverteria depressa em detrimento do mesmo individuo.

Considerado assim o direito civil, altera-se a sua substancia e augmenta a extensão da sua materia; o direito civil substitue o caracter individualista das suas doutrinas pela orientação pronunciadamente social. Por outro lado ninguem contestará, que as relações, comprehendidas pelo codigo de direito privado social, são mais importantes do que as abrangidas pelos codigos individualistas.

E' corollario evidente d'esta doutrina, que os sujeitos do direito civil são multiplos: as individualidades physicas, associações, corpos collectivos constituidos com fim administrativo. A proposito das individualidades physicas não ha discussão possivel; todos admittem semelhante doutrina.

Como natural complemento da insufficiencia das pessoas physicas encontram-se as associações, caracterizadas por uma vontade collectiva e patrimonio egualmente collectivo,

---

[1] Teixeira de Freitas, *Nova Apostilla á censura do sr. Alberto de Moraes Carvalho.* Rio de Janeiro, 1859, pag. 13.

distinctos da vontade e patrimonio individuaes. Estas associações propõem-se fins variadissimos, scientificos, litterarios, artisticos, moraes, religiosos, economicos, politicos, soccorros mutuos; assumem fórmas diversas: sociedades agrarias, associações industriaes, cooperativas de producção, circulação e consumo, etc. Quando o estado confere personalidade a estas associações, devem considerar-se verdadeiros sujeitos do direito civil, comprehendidos na designação generica do direito romano *singuli*.

O proprio estado, em certas e determinadas condições, constitue um sujeito do direito civil, como adeante veremos.

Para preterirmos certas difficuldades é conveniente expôr o que geralmente se pensa a respeito das relações em que se encontram o direito privado (civil) e o direito publico; no capitulo immediato, a proposito do verdadeiro ordinamento dos codigos de direito civil, exporemos desassombradamente a nossa opinião, algo radical; é necessario entretanto, pelo menos utilissimo, conhecer o que se tem pensado sobre semelhante thema; a fluctuação de doutrinas demonstra incontestavelmente o terreno falso em que se tem collocado o problema.

Aristoteles[1], a proposito do conceito de Justiça, manifestou ideias, que nos conduzem á distincção entre direito publico e privado; considerando a justiça como uma proporção, definiu justiça distributiva a que resulta de uma proporção geometrica, — e justiça retributiva a que provém de uma proporção arithmetica; a justiça distributiva é essencialmente politica e abrange a distribuição das honras e demais bens na sociedade, segundo o merito relativo dos

---

[1] Aristoteles, *Ethici Nicomachei*, v, pagg. 4 e seg.; d'Aguanno, loc. cit., pagg. 688 e seg.

diversos cidadãos; a justiça retributiva é essencialmente civil e penal.

Esta distincção, admittida por Leibnitz, implicitamente comprehende a distincção entre direito publico e privado; entre outros inconvenientes considera o direito penal como pertença do interesse privado e que deveria graduar-se pelo damno produzido; de resto, nem o direito civil é sempre a expressão de uma proporção arithmetica, nem o direito publico se póde reduzir systematicamente a uma simples formula geometrica.

Filomusi-Guelfi [1] encontra um criterio distinctivo das diversas especies de direito na diversa situação topographica do individuo, como sujeito de direitos. Assim, conforme o individuo se encontra completamente isolado, ou constituindo familia, ou agrupando-se em sociedade, ou organizando-se em estado, ou em relações internacionaes, assim é sujeito de direitos individuaes, de familia, sociedade, estado e internacional.

Esta tentativa tem sido completamente desprezada por incongruente com o que se encontra estabelecido nos diversos codigos. Mais tarde veremos como Guelfi começou de pôr a questão n'um terreno relativamente acceitavel.

Kirkmann [2] sustenta que a distincção entre direito publico e privado deriva de o sujeito do direito ser o estado, administração publica e o cidadão (direito publico) ou o individuo (direito civil). Entretanto, como é facil de verificar, o proprio estado póde originar relações de direito privado.

Thon [3] julga as consequencias juridicas do direito capazes de differenciarem o direito publico e privado; pertencem,

---

[1] Filomusi-Guelfi, *Enciclopedia giuridica*, 3.ª ed., pagg. 56 e seg.; d'Aguanno, ibid.

[2] Kirkmann, *Grundbegriffe*, VI, D; d'Aguanno, obr. cit., pag. 689.

[3] Thon, *Rechtuorm.* pagg. 108-144; d'Aguanno, obr. cit., pag. 689.

assim, ao direito privado as normas a que compete uma acção privada, constituindo objecto do direito publico as normas, cuja violação é removida medeante uma acção publica exercida pelo estado. Mas, qual a razão porque a certas normas pertence acção publica, emquanto a outras cabe acção privada? Assim argumenta del Giudice[1] e d'Aguanno.[2]

Gabba[3] não poderia deixar de atacar a grande difficuldade com que se prendem quasi todos os auctores, considerando o direito publico como *jus necessarium* e o direito privado como *jus voluntarium*. Esta caracteristica não é fixa e invariavel, pois que ha direitos publicos destituidos de caracter necessario, por exemplo: o direito de votar; como ha direitos privados informados por caracter necessario, por exemplo: os que derivam de delictos ou quasi delictos.

D'Aguanno[4] encontra o criterio distinctivo do direito publico e privado na propria indole e scopo das relações juridicas, occupando-se o direito publico dos elementos sociaes reunidos em collectividade organica e o direito privado dos elementos sociaes, singularmente considerados. Se uma certa relação juridica se refere ao modo de ser ou de funccionar do organismo social, ou essa relação seja iniciada pela actividade do individuo, estado ou administração publica, estamos no terreno do direito publico: se por ventura essa relação se refere directamente a interesses individuaes ou os individuos a que pertencem esses interesses sejam individualidades physicas ou moraes ou administrações privadas, encontramo-nos no direito privado.

---

[1] Del Giudice, *Enciclopedia giuridica*, pagg. 48 e seg.
[2] Auct. e obr. cit., ibid.
[3] Auct. e obr. cit., pagg. 8-11.
[4] Auct., obr. e loc. cit., pagg. 690 e seg.

Não insistimos na critica d'esta e outras theorias; como mais desenvolvidamente diremos no capitulo immediato, sendo o direito uma garantia social é essencialmente publico, o que não quer dizer que pretiramos a velha distincção formal para modificarmos assim fundamentalmente o que se encontra mais ou menos admittido por todos os auctores.

Entretanto ser-nos-hia impossivel deixar de referir o conceito admittido por Teixeira de Freitas, sr. visconde de Seabra e o constante do nosso codigo civil (art. 3.º).

O direito civil, dizia o sr. visconde de Seabra [1], é o complexo das regras ou disposições legaes, que determinam e regem as relações privadas dos cidadãos entre si. O sr. Teixeira de Freitas [2] censura esta definição: I) porque se confunde direito civil com direito privado, a especie com o genero; II) porque comprehende no direito civil, propriamente dito, o direito criminal, que faz parte do direito privado.

Á censura I) responde o sr. visconde de Seabra [3], que as palavras *direito civil* são empregadas vulgarmente em dois sentidos: no sentido lato, que comprehende todo o direito da cidade, ou no sentido restricto, que comprehende sómente as relações privadas, o direito civil propriamente dito. Ora, continúa o sr. visconde de Seabra, tomamos na nossa definição as palavras *direito civil* no sentido restricto. Á censura II) responde, que o direito criminal é com-

---

[1] Visconde de Seabra, *Apostilla á censura do sr. Alberto de Moraes Carvalho sobre a primeira parte do Projecto do Codigo Civil*, Coimbra, 1858.

[2] Auct. e obr. cit., pagg. 12 e seg.

[3] Visconde de Seabra, *Novissima Apostilla*, Coimbra, 1859, pagg. 9 e seg.

prehendido pelo direito civil no sentido lato, desapparecendo por isso a causa da censura.

O sr. dr. Guimarães Pedrosa [1] tambem se approxima, embora accidentalmente, do nosso problema. «As multiplices, variadas e complexas relações juridicas que, derivadas da vida social, se dão no seio da humanidade, *diz esse auctor,* podem scindir-se em dois grupos: umas, tendo por elemento principal, por sujeito activo, o poder publico; outras, o individuo por principio determinante e activo; isto é, sendo-lhes o poder social ou o poder individual o elemento caracteristico. D'este modo formam o primeiro grupo as relações juridicas do estado, ou, antes, poder social, com os proprios cidadãos que representa, com cidadãos de outro estado e com outros estados egualmente considerados no seu aspecto publico; pertencendo ao segundo grupo as relações juridicas dos individuos entre si como simples particulares, sejam do mesmo ou differentes centros politicos, do mesmo estado ou de diversos.

Na sciencia universal do direito, aos dois ramos geraes, que têm por fim regular estas relações diversas, se tem dado as denominações genericas de *direito publico* e de *direito privado,* conforme são seu objecto relações juridicas do primeiro ou do segundo grupo.

O direito privado, que tem por objecto caracteristico os interesses immediatamente individuaes, póde egualmente dividir-se em externo e interno: este comprehende o direito civil e o seu ramo importante, o direito commercial, relativos aos cidadãos de um mesmo estado ou centro juridico».

Como se deduz claramente, o illustre professor da nossa Universidade, embora estabeleça bases muito discutiveis

---

[1] Sr. dr. Guimarães Pedrosa, *Introducção ao Estudo do Direito Privado Internacional,* Coimbra, 1878, pagg. 2 e seg.

para uma theoria-limite do direito civil, não se pronuncia terminantemente sobre o assumpto.

No capitulo seguinte, a proposito do ordinamento dos codigos trataremos de estabelecer nitidamente a ideia de direito; por agora basta-nos precisar a noção de direito civil, que julgamos transitoriamente admissivel, embora tenhamos de restringir o seu valor em harmonia com os dizeres do capitulo seguinte.

A designação *jus civile* é actualmente impropria; significava uma das divisões do direito privado, constituindo o direito proprio dos cidadãos; era a antithese do *jus gentium*, o direito privado proprio dos peregrinos. A partir dos seculos XV e XVI começou de chamar-se direito civil ao ramo de direito, que se occupava das leis do estado em opposição ao direito canonico e ecclesiastico. Mais tarde, no seculo XVII, considerou-se o direito civil como identico ao direito privado, accepção em que ainda hoje se toma o direito civil portuguez.

O direito civil, no sentido lato, é o complexo de normas respeitantes á capacidade civil dos cidadãos e dos aggregados sociaes e aos modos porque adquirem, conservam e transmittem os bens.

A capacidade civil significa o conjuncto de condições necessarias para o exercicio da actividade humana na funcção economica, administrativa e moralizadora, contrapondo-se á capacidade politica, que é o conjuncto de direitos relativos á funcção politica ou de coordenação dos differentes aggregados sociaes. Assim, o direito civil, considerado genericamente, comprehende não só as normas respeitantes aos individuos, mas tambem as que regulam os aggregados economicos relativamente á capacidade de adquirir, conservar e transmittir a propriedade.

Considerado no sentido restricto, o direito civil abrange todas as normas juridicas de direito privado, menos as que

respeitam ás relações entre productores e consumidores, não só para effectuarem, mas para facilitarem a circulação da riqueza, relações que são reguladas pelo direito commercial.

As principaes instituições juridicas, que actualmente entram no dominio do direito civil dos individuos e aggregados sociaes (pessoas moraes e sociedades), são as seguintes: constituição e organização da familia (matrimonio, patrio poder, tutela, regimens matrimoniaes), acquisição de direitos pela occupação, posse, prescripção, trabalho, contractos, gestão de negocios e successão; funcção d'esses meios (propriedade); offensa de direitos e sua reparação (responsabilidade civil).

D'este modo julgamos apresentar uma noção *provisoria* de direito civil, que, se não é perfeita, não será tambem a mais defeituosa. Com muita razão Bentham comparou a noção de direito civil a um *fogo-fatuo!*

No capitulo seguinte completaremos esta noção com ideias, que julgamos destinadas a substituir as velhas e antiquadas noções do direito.

VII

Demonstramos anteriormente que se afastam do verdadeiro caminho os que tentam informar as instituições juridicas com principios exclusivamente individualistas ou socialistas; o verdadeiro criterio encontra-se na conciliação d'essas duas doutrinas, erroneas por exclusivas. Naturalmente somos levados a perscrutar a distribuição systematica das prescripções juridicas n'um codigo; um monumento escripto d'esta ordem deve constituir um verdadeiro organismo, onde ha secções organicamente distribuidas. Não

basta redigir um codigo de leis, pondera Belime [1], é necessario dispol-as por ordem racional e methodica.

Obedecendo a esta mesma necessidade foram systematizados a lei das XII taboas, os edictos dos pretores e o edicto perpetuo, etc., etc. [2].

Difficil empreza esta em que trepidam os espiritos mais eminentes.

Muitos jurisconsultos da eschola italiana julgam insoluvel a difficuldade, porque não se encontram ainda completamente formados os orgãos mais importantes d'esse organismo; não são outros os motivos, que levam Cimbali [3] a ponderar simplesmente os elementos destinados a entrar como parte integrante do mencionado organismo.

Tomando na consideração merecida esta ultima indicação, procuraremos descobrir qual dos systemas seguidos tem menor numero de inconvenientes; não nos deixaremos orientar por theorias completamente destituidas de fundamento, nem nos esterilisaremos n'um empirismo facil, mas destituido de importantes consequencias.

I) Systema das Institutas. Durante muito tempo, sob a vigencia do direito romano, dominou a triplice divisão do direito em pessoas, coisas e acções; *omne autem jus quo utimur, vel ad personas pertinet, vel ad res, vel ad actiones* [4]. Não entramos, nem isso é necessario, na exegese do termo

---

[1] Belime, *Philosophie du Droit ou Cours d'introduction a la Science du Droit,* Paris, 1844, tom. I, cap. XVI, pag. 526 e seg.

[2] Voigt, *Geschichte ecc. der* XII *Tafeln,* 1883, tom. I, pag. 51, § 7.° (Stöffliche Ordnung der XII Taf); *Das Aelius und Sabinus System;* Leist, *Rechtssystem;* Pietro Cogliolo, *Saggi sopra l'Evoluzione del Diritto Privato* cit., pag. 85 e seg.

[3] Cimbali, *La Nuova Fase* etc. cit., part. III, pag. 351.

[4] l. *de jur. pers.,* in princ.

actio, sendo preferivel a interpretação de Belime á de Connano; segundo Belime, a palavra *actio* significa a acção do processo romano e na opinião de Connano deveria verter-se por facto ou acontecimento gerador de um direito[1]. Na hypothese da doutrina das Institutas, constante da citada passagem de Gaio aproveitada por Justiniano, todo o direito se referiria: *a*) á distincção das pessoas; *b*) á distincção das coisas, comprehendendo os modos de adquirir a propriedade; *c*) ás relações em que qualquer homem se póde encontrar com outras pessoas, em virtude de convenção ou delicto, isto é, ás obrigações.

O systema das Institutas foi universalmente seguido na edade media, não pensando os glossadores em criticar ou alterar o ordinamento romano, que antes commentavam cuidadosamente. O repto foi lançado pelos adversarios de Cujacio, principalmente por Donello; do mesmo modo que Donello (1527-1591), Connano (1508-1551), Vulteio (1600) e Domat (1625-1695) modificaram o systema das Institutas[2].

A partir do seculo XVII, o methodo romano tem sido fortemente impugnado pelos mais importantes philosophos e jurisconsultos; Leibnitz[3] iniciou o ataque energico, embora não fosse decisivo, contra o methodo de Justiniano. Assim, argumentava Leibnitz:

a) A jurisprudencia comprehende direitos, que necessariamente pertencem a uma pessoa; esses direitos presuppõem um objecto sobre que incidem; em qualquer direito encontram-se dois elementos, sujeito e objecto. Sendo tão intima a relação juridica entre o sujeito (pessoa), que exerce o direito e o objecto (coisa) sobre que recahe a actividade

---

[1] Belime, obr. cit., pag. 527.

[2] Ratien, *Die ordner des Röm. Rechts* (Zeitschrift sur Rechtsgeschichte, tom. VIII, pag. 277, (an. 1869); P. Cogliolo, obr. cit., pag. 86 e seg.

[3] Leibnitz, *Nova methodus discendae docendaeque jurisprudentiae;* Cogiolo, ibid.

pessoal, como admittir a logica de um systema em que se separa fundamental e organicamente o estudo das pessoas e coisas?

Devemos considerar os direitos em si mesmos e separal-os pelas suas differenças intrinsecas.

b) Blondeau, decano da faculdade de direito de Paris, chega a julgar absurda a triangulação das Institutas; classificar assim a materia juridica corresponderia a dividir a botanica em tres capitulos: jardineiros, solo e arbustos[1].

Em summa: o methodo seguido pelas Institutas começou de ser rejeitado por quasi todos os jurisconsultos modernos.

Pietro Cogliolo affirma que, embora Leibnitz tentasse preterir o methodo das Institutas, substituindo o chamado *methodo legal* pelo *methodo systematico,* a triangulação romana permaneceu até ao seculo XVIII; o proprio Leibnitz tenta substituir o methodo classico por uma distribuição mais harmonica com as mathematicas do que com as doutrinas juridicas[2].

Não julgamos muito exactas as considerações de Cogliolo, que pretende diminuir a importancia da revolução operada por Leibnitz; sem admittirmos o ordinamento de Leibnitz reconhecemos n'elle o primeiro demolidor do methodo das Institutas.

II) Systema de Leibnitz. O temperamento germanico desde sempre se preoccupou muito com a topographia de qualquer estudo; não lhe poderia escapar a classificação e distribuição methodica dos institutos juridicos. Obedecendo a semelhante corrente, traçou Leibnitz o supremo principio, que

---

[1] *Thémis,* tom. III, pag. 246, cit. por Belime, obr. cit., pag. 528. Cogliolo, obr. cit., pag. 86.

deve servir de norma á exposição, didactica ou legislativa, do direito civil; a consideração, disse Leibnitz, que só póde servir de base a uma classificação juridica é a da differença, que se observa entre os direitos e obrigações. Não são as pessoas e as coisas, que se devem distinguir, mas as suas obrigações e direitos correlativos[1]. Orientados por esse principio deveremos distinguir cinco especies juridicas, originariamente differenciadas pela diversidade de causas determinantes:

Direitos derivados da { natureza, convenção, posse, successão, delicto.

E' inadmissivel semelhante orientação, como demonstra Belime, pelas seguintes considerações: *a*) não haveria logar para a prova por escripto ou testemunhal; *b*) as servidões seriam tratadas em logares diversos conforme derivassem da natureza, contracto ou testamento[2].

III) **Systema de Thibaut**[3]. Este jurisperito divide o corpo juridico em duas partes: geral e especial; n'aquella comprehendem-se leis, direitos propriamente ditos, parentesco, distincção de coisas, etc.; na parte especial inclue: 1) direito de governar (direito financial e policial, comprehendendo

---

[1] Leibnitz, obr. cit.; Belime, obr. cit., pag. 529; A. Teixeira de Freitas, *Nova Apostilla á censura do sr. A. de M. de Carvalho sobre o Projecto do Codigo Civil Portuguez* cit., pag. 24 e seg.

[2] Belime, obr. cit., pag. 529.

[3] Thibaut, *System des Pandekten Rechts*, Iena, 1828.

este ultimo o poder paterno e a tutela); 2) direitos reaes; 3) direitos pessoaes (contractos principaes e accessorios).

A proposito do patrio poder trata do matrimonio, adopção, legitimação, que são elementos do direito policial[1].

Esta classificação de Thibaut tem o grave inconveniente de ser excessivamente didactica para poder ser adoptada por qualquer legislador. Por isso não insistimos na sua critica.

IV) Systema de Müklenbruch[2]. Admittindo a divisão das Institutas, distingue entretanto duas partes fundamentaes, como anteriormente havia procedido Thibaut; a parte geral comprehende o direito, direito subjectivo, modos de adquirir, conservar e perder os direitos, acções, excepções, provas, caso julgado, concurso de credores, etc.; a parte especial abrange os tres capitulos: *personae, res, obligationes.*

O arbitrio na distribuição das materias e o aspecto excessivamente didactico d'este plano, muito visinho do expendido por Thibaut, obrigam-n'os a collocal-o de parte, sem mais considerações.

V) Systema do codigo de Napoleão. Approxima-se muito do direito romano o codigo de Napoleão, ao menos quanto ao seu systema na distribuição das materias; são tres as partes fundamentaes: *des personnes* (liv. I), *des biens et des différentes modifications de la propriété* (liv. II), *des différentes manières dont on acquiert la propriété* (liv. III). Como é de facil verificação, os livros II e III correspondem ao tratado das coisas *(res)* entre os romanos; o tratado das acções

---

[1] Belime, obr. cit., pag. 530 e seg.; Thibaut, obr. cit.

[2] Müklenbruch, *Doctrina Pandectarum*, Halle, 1830.

desapparece do codigo civil e integra-se no codigo do processo.

Apezar de tudo quanto se tem escripto em contrario, ainda ha criticos que defendem o systema francez. Comparando o systema francez com as tentativas germanicas, diz Belime, a que conclusões chegaram, depois de tantas tentativas, esses professores distinctos pela sciencia e força de reflexão? Produziram uma quantidade consideravel de planos dissemelhantes, uma anarchia de methodos, no meio dos quaes o espirito vacilla sobre o caminho a seguir. No maior numero de casos não se sabe facilmente onde encontrar qualquer instituto juridico, se na parte geral ou especial. Julgo, observa Belime, necessario ou, pelo menos, assás util um conjuncto methodico; mas julgo que o principal merito de uma classificação é facilitar o encontro de qualquer doutrina que se procure. Nada de confusão, significações dubias e titulos enganadores. Sob este ponto de vista é incontestavelmente superior aos processos novos (refere-se aos allemães) a velha triologia da Instituta; considero-a melhor, pois todos se encontram familiarisados com ella, o que é uma vantagem apreciavel. O velho modelo é bom, porque apresenta ao espirito repartições bem caracterizadas onde todos sabem o que se encontra. Em summa: não deixamos de admittir, que se possa imaginar alguma coisa mais philosophica do que a classificação de Justiniano; mas, se as machinas cujo fabrico se julga perfeito, são complicadas a ponto de os proprios mestres as não perceberem facilmente...[1]!

N'esta critica passageira de Belime, especialmente dirigida aos processos allemães, encontra-se bastante verdade; geralmente o sabio allemão preoccupa-se mais com dis-

---

[1] Auct. e obr. cit., pag. 532 e seg.

tincções microscopicas no terreno especulativo do que o impressionam abysmos fundamentaes cavados no campo experimental. Mas, no meio d'essas considerações ha uma affirmação, que julgamos dever criticar. A simplicidade e clareza dos codigos apparece immediatamente desde que as suas doutrinas se encontrem dispostas segundo um methodo verdadeiro e por isso logicamente deduzido, especulativa e praticamente. A especie de scepticismo em que se lança Belime é improprio de um espirito illustrado e principalmente d'um espirito contemporaneo dos importantes progressos juridicos realisados em nossos dias. No meio da apparente esterilidade das tentativas germanicas encontra-se a polemica travada em volta do consagrado methodo romano, que só poderia baquear após combate tão tenazmente travado.

Por ultimo veremos, dentro ainda dos limites d'este capitulo, o que devemos pensar a respeito do merito absoluto da divisão do codigo de Napoleão.

VI) Systema de Savigny[1]. Desapprovando completamente o plano adoptado pelo codigo de Napoleão, manifestou o seu modo de pensar, a proposito do direito romano actual. Na parte geral estuda as relações de direito *(Rechtsverhaeltuisse)*, considerando os direitos em si mesmos, no seu modo de acquisição e extincção, bem como nas suas relações com os sujeitos respectivôs; na parte especial occupa-se successivamente do: *a*) direito das coisas, *b*) direito das obrigações, *c*) direitos de familia, *d*) direito de successão.

As ligeiras considerações, que fizemos aos precedentes systemas germanicos, a censura que lhes dirige Belime ao

---

[1] Savigny, *Système du Droit Romain actuel*, Berlim, 1840-1841.

elogiar o methodo do codigo de Napoleão dispensam-nos de insistir sobre este ponto.

VII) Systema do codigo austriaco. A systematização d'este codigo foi influenciada pela velha doutrina do direito natural; partindo de um racionalismo subjectivo movia-se á volta do individuo, como ponto central, considerando o direito, não como systema que regula as relações da vida, mas como garantia indiscutivel da liberdade dos individuos (Unger).

Embora a disposição das doutrinas seja mais racional do que no codigo francez, é sempre pouco exacta a repartição em tres grupos: *direitos das pessoas, direitos sobre as coisas, disposições communs.*

Além de que não é logico separar o tratado das pessoas do das coisas, a extensão de taes secções é insufficiente. Na primeira parte, que se occupa dos *direitos das pessoas,* não se comprehendem os institutos juridicos, que se referem á familia, mas sómente o complexo dos direitos privados, que respeitam a cada individuo, considerado em si mesmo ou como membro da familia. Na segunda parte, *direitos sobre as coisas,* não entra o complexo de instituições juridicas, que se prendem ao patrimonio, comprehendendo todavia o complexo dos direitos patrimoniaes em sentido subjectivo, isto é, os direitos reaes e creditorios. As disposições communs abrangem quatro capitulos: 1) garantia dos direitos e obrigações; 2) transformação dos direitos e obrigações; 3) modos por que se extinguem direitos e obrigações; 4) prescripção e usucapião, isto é, processo, porque se adquirem direitos medeante o usucapião e se extinguem pela prescripção.

O methodo do codigo austriaco foi criticado pelos mesmos escriptores allemães, que, ao commental-o, commettiam as mesmas imprudencias, que lhe censuravam.

Como judiciosamente adverte Vadalà-Papale, semelhante

disposição de materias contraria a verdade, a realidade e a natureza das coisas: não póde certamente admittir-se que os direitos individuaes, que se encontram em certas relações juridicas, sirvam de fundamento a todo o edificio juridico; como não é concebivel, que todas as normas do codigo sejam destinadas simplesmente a precisar direitos individuaes, a determinar o seu modo de acquisição, manutenção e extincção (Unger). E' urgente e necessario começar de estudar no codigo civil a parte objectiva em que se move o homem, em que se incarna atravéz do movimento social, em que se organiza no evolutir continuo das sociedades.

Mas, não julguemos completamente improficua a tentativa austriaca; reconheceu-se a possibilidade de objectivar os principios philosophicos n'um codigo e, naturalmente, poz-se em parallelo o empirismo grosseiro do povo francez com a tonalidade exclusivamente especulativa da Allemanha; e, como veremos, na justa ponderação d'essas tendencias encontra-se um caminho seguro a trilhar [1]. Com razão critica Cimbali: o codigo austriaco, na disposição das materias de que se compõe, está distribuido scientificamente; tendo-se em consideração o tempo em que appareceu, constitue um importante monumento legislativo [2].

VIII) Systema do sr. visconde de Seabra. Devemos referir o methodo d'este ornamento nacional, não só porque elle se encontra no codigo civil portuguez, mas ainda porque constitue uma indiscutivel originalidade.

O sr. visconde de Seabra, respondendo ás censuras do

---

[1] Vadalà-Papale, obr. cit., pagg. 39-41.

[2] Enrico Cimbali, *Lo Studio del Diritto Civile negli stati moderni* cit., pag. 16.

sr. Moraes de Carvalho[1], affirma que todos os methodos seguidos pelos legisladores anteriores não podem ser adoptados; que os maiores esforços da intelligencia humana jámais poderão resolver definitivamente o problema; que a sua maxima aspiração era fazer alguma coisa menos defeituosa do que se havia realizado ao seu tempo.

Assim orientado resolve emancipar-se de quaesquer preconceitos, fechar os livros e consultar a propria natureza das coisas; d'esse modo procura encontrar um plano inteiramente novo, logico, simples, natural e completo. Vejamos como.

O fim do legislador é expor o direito civil na sua ordem mais simples e natural, ordem que deve ser fundada na mesma natureza do direito. Por outro lado, o conceito de direito civil, apresentado pelos jurisconsultos e confirmado pelo artigo 3.º do codigo civil portuguez, é: «o complexo de regras ou disposições legaes, que determinam e regem as relações privadas dos cidadãos entre si». Devemos, pois, estudar os elementos juridicos essenciaes n'estas relações e examinar qual d'elles póde constituir o criterio, que nos guie na systematização do codigo.

Nas relações acima referidas encontramos tres elementos: *a*) sujeito do direito (credor); *b*) sujeito da obrigação (devedor); *c*) objecto do direito e obrigação. Vamos examinar sobre qual dos elementos podemos architectar a systematização do codigo.

O objecto dos direitos não póde basear o systema, ou esse objecto sejam *coisas* ou *serviços;* aquellas seria impossivel resumil-as, classifical-as e comprehendel-as todas na massa existente e possivel; os serviços, pela sua propria natureza variavel e indefinida, encontram-se nas mesmas

---

[1] Sr. visconde de Seabra, *Apostilla á censura do sr. Alberto de Moraes Carvalho sobre a primeira parte do Projecto do Codigo Civil* cit.

condições. Quanto ás *coisas* e *serviços,* rarissimas vezes apparecem como elementos do direito, e o direito, n'essa hypothese, não seria o que deve ser, quando assente sobre principios certos e invariaveis.

Que pensar ácerca do sujeito da obrigação? De modo nenhum; a obrigação é um elemento secundario, uma ideia relativa, que presuppõe necessariamente a existencia de um direito. Embora se diga que todo o direito tem uma obrigação correlativa, geral ou particular, é certo que o direito póde nascer, effectuar-se, subsistir e perecer independentemente da obrigação, o que não acontece em relação á obrigação. O direito exprime um principio absoluto e independente.

O sujeito do direito: eis o ponto de vista adoptado pelo sr. visconde de Seabra na formação e realização do seu plano. Mas, como no sujeito do direito ha necessariamente duas ideias predominantes e distinctas: o poder ou seja a autonomia, a faculdade immanente, e a acção ou a faculdade pratica, cumpria definir a primeira antes de tratar da segunda; ou, por outras palavras, era necessario começar pelo principio, definir primeiro a capacidade do ente juridico, em que se resume a sua existencia ideal, antes de entrar no exame da vida que lhe é propria, no reconhecimento dos meios porque póde adquirir os elementos externos necessarios á sua existencia e de como os póde fruir, conservar e defender.

Assim, todo o direito, no sentido determinador ou regulador, necessariamente devia referir-se a quatro pontos capitaes, que devem servir como de pontos de triangulação no levantamento da nossa carta juridica: 1) natureza do ente juridico—capacidade; 2) seus meios de vida—acquisição; 3) fruição d'esses meios—propriedade; 4) conservação—violação e defeza dos direitos. N'outras tantas partes se encontra dividido o codigo civil portuguez.

Eis summariamente exposto o ordinamento do sr. Seabra.

Teixeira de Freitas[1], n'uma nova apostilla, criticou asperamente o systema do sr. visconde de Seabra; para nos furtarmos ao trabalho de reproduzir textualmente a argumentação de Teixeira de Freitas ou compendiarmos o que se encontra disperso em bastantes paginas, aproveitamos a synthese luminosa e completa elaborada pelo sr. dr. Laranjo[2].

O systema do codigo, argumentava Teixeira de Freitas, podia certamente fundar-se no objecto do direito, que são *coisas* e *serviços;* a divisão primaria estava pois á flôr da terra n'esta dualidade, *direitos reaes, jura in re,* e *direitos pessoaes,* que se dividiam depois em direitos pessoaes de relações de familia, *jura potestatis,* e em direitos pessoaes das relações civis, direitos pessoaes sobre as coisas, *jura in rem;* todavia o auctor do projecto, considerando em separado as coisas e os serviços, dizendo d'umas que lhe não podiam servir de fundamento, porque seria impossivel classifical-as e comprehendel-as todas na sua massa existente e possivel; dizendo d'outros que lhe não podiam servir de fundamento pela sua natureza variavel e indefinida, concluia que as coisas e os serviços não podiam ser a base da divisão do codigo.

Mas, eram falsas ao mesmo tempo a conclusão e as premissas, concluia o jurisconsulto brazileiro. Era claro que as coisas, por si só, não podiam servir de fundamento ao codigo, nem tambem os serviços por si só; mas, de o não poder ser cada uma d'estas coisas de per si não se seguia que o não podessem ser ambas; concluir de uma para outra impossibilidade era commetter o sophisma de at-

---

[1] Teixeira de Freitas, *Nova Apostilla á censura do sr. A. de M. Carvalho sobre o Projecto do Codigo Civil Portuguez* cit.

[2] Sr. dr. Laranjo, *A organização dos estudos na faculdade de direito. Livros adoptados e expositores mais seguidos,* artigo publicado no *Instituto,* vol. XLI, 3.ª serie, n.º 3, pagg. 176-178.

tribuir ao todo o que só era verdade de cada uma das partes. O objecto do direito eram *coisas* e *serviços;* não se demonstrava, pois, coisa alguma, quando se demonstrava, que não se podia constituir um codigo com um só d'esses elementos.

Tambem não era exacto, dizia Teixeira de Freitas, que as coisas e os serviços se não podessem classificar; todos os codigos e o proprio projecto faziam das coisas as divisões necessarias para o direito e do mesmo modo faziam tambem a divisão das estipulações ou contractos; sem taes classificações, cuja possibilidade se negava e cuja existencia se via, seria mesmo impossivel qualquer codigo e o proprio ensino do direito.

Abandonado tão mal o objecto do direito, a apostilla passava para o sujeito activo e passivo do mesmo direito, rejeitando-se este e acceitando-se aquelle para fundamento do systema do codigo. Mas, essa rejeição e adopção são contradictorias entre si, porque não ha direito sem obrigação, e porque, tratando-se de direitos adquiridos, era inutil a investigação especulativa da precedencia originaria do direito á obrigação ou da obrigação ao direito.

No schema do sr. visconde de Seabra não ha classificação alguma; o sujeito activo do direito, a vontade humana é identica e por isso mesmo indivisivel; e, se as linhas divisorias do plano não separam direitos diversos entre si, mas sempre os mesmos direitos, ou antes todos os direitos em massa, em relação á sua possibilidade e ás suas apparencias, o codigo, que realizar esse plano, não conterá em cada uma das suas partes disposições legislativas concernentes a direitos diversos, porém determinações repetidas sobre todos os direitos, sempre sobre os mesmos direitos, postoque em phases diversas. Uma applicação rigorosa d'essas linhas crearia certamente um corpo de leis completamente novo, mas monstruoso.

Não nos pronunciamos n'este momento sobre o valor da

argumentação do sr. visconde de Seabra e Teixeira de Freitas; opportunamente manifestaremos o nosso modo de pensar, quando expozermos a verdadeira concepção juridica.

IX) Systema de Vadalà-Papale. A sciencia, affirma Vadalà-Papale [1], estudando o homem no seu desenvolvimento particular, privado, encontra-o integrado em tres series de relações: relações com o estado em que se desenvolve, relações com a familia que elle constitue, relações com o patrimonio de que póde dispor. Hesita sobre qual das tres series de relações deve preferir como principal, observando, entretanto, que a mór parte das escholas subscreve como mais importante a relação patrimonial; o que, pondera Papale, assim deveria ser, se o individuo não nascesse no estado e sob a tutela do estado. Por isso, julga preferivel a serie de relações, que prendem o cidadão ao estado desde o nascimento até á morte; em segundo logar vêm naturalmente as relações patrimoniaes, porque acompanham o individuo em todos os seus estados; por ultimo devem attender-se as relações com a familia. Um codigo deverá naturalmente constar de tres partes: I) relações do individuo com o estado; II) relações do individuo com o patrimonio; III) relações do individuo com a familia.

Como processo a seguir na realização de semelhante plano, Vadalà-Papale suggere as seguintes precauções: 1) deverá comprehender o codigo a parte objectiva de todas as relações juridicas; 2) convém promover a eliminação do dominio do espirito individualista na esphera juridica e substituil-o pelo espirito social.

---

[1] Vadalà-Papale, *Il Codice Civil Italiano e la Scienza*, Napoli, 1881, pag. 41 e seg.

X) Systema de Chironi e d'Aguanno. Giuseppe d'Aguanno, n'um trabalho notavel a que por vezes nos havemos referido[1], e Chironi na introducção a esse mesmo trabalho, approximando-se talvez do processo de Savigny, reconhecem a existencia de quatro institutos, outras tantas partes d'um codigo civil: *familia*, *propriedade*, *successões* e *obrigações*.

Certamente as relações privadas entre os individuos referem-se ao instituto da familia, que se constitue naturalmente entre os animaes, pois deriva d'uma necessidade physiologica, acompanhada de um sentimento, que determina muitos outros, creando relações variadissimas em harmonia com a evolução social. Essas relações são naturalmente reguladas pelo direito.

O instituto da propriedade, um dos que determina maior numero de relações juridicas, deriva da imperiosa necessidade de os homens satisfazerem ás exigencias do seu organismo; tem, pois, origem biologica, embora a psychologia não lhe seja completamente extranha.

Apparentemente a instituição das successões prende-se tão intimamente com a familia e propriedade, que não possue uma differenciação propria. Mas, embora intimos os liames que relacionam as successões com a familia e propriedade, o regimen das successões é anterior á constituição da familia e deriva da hereditariedade bio-psychologica; deve ser regulado este regimen tendo sempre em consideração o desenvolvimento da familia, o incremento da propriedade, a evolução social finalmente.

Não é razoavel considerar as obrigações como simples modificações da propriedade; constituem ao contrario um instituto especial.

Como disposições preliminares a estas quatro partes do

---

1 D'Aguanno, *La Genesi e l'Evoluzione del Diritto Civile* etc. cit., pag. 20 e seg.; passim.

codigo civil, convém tratar do *subjectum juris*, isto é, das pessoas a quem os direitos estão inherentes, comprehendendo-se n'esta categoria todos os entes, que têem autonomia.

XI) Systema de Cimbali. O jurisperito, extraordinariamente intelligente, a quem devemos muitas inspirações decisivas n'este nosso modestissimo trabalho, procura resolver o problema d'este capitulo, relativamente a um codigo de direito privado social [1], como deve ser qualquer codigo civil em

---

[1] Nem todos os auctores são unanimes em reconhecer ao codigo de direito privado social a mesma latitude; na Italia moderna discute-se com enthusiasmo este problema, cuja solução exercerá uma influencia decisiva na elaboração dos codigos futuros. Uns auctores, como Pisanelli (*Trattato della competenza*), Precerutti (*Uno sguardo ai lavori legislativi d'Italia e di altri paesi*, prelecção pronunciada em dezembro de 1869 na Universidade de Turim e publicada no *Archivio giuridico*, tom. IV, fasc. 5.º), Cimbali (*La Nuova Fase* cit., part. III, cap. unico, n.º 243, pag. 357), Vivante (*Archivio giuridico*, tom. XXXIX, fasc. 5.º e 6.º; *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, tom. XIII, fasc. 3.º; *Ancora per un codice unico delle obbligazioni*, extrahido da *Rivista* cit.), Luiz Silvela (*Informe que sobre el proyeto de código y tribunales de comercio presentam al Claustro de la facultad de derecho de la Universidad de Madrid los ponentes nombrados por el mismo*, Madrid, 1882, pag. 22) e Bolaffio (*Per un codice unico delle obbligazioni*, prelecção pronunciada em janeiro de 1889 na Universidade de Parma, pagg. 10 e seg.) inclinam-se pela fusão das obrigações civis e commerciaes n'um mesmo codigo de direito privado social; outros auctores, como Goldschmidt (*Handbuch des Handelsrecht, Einleitung*, § 3.º), Cohn (*Drei Rechswissenschaftliche Vorträge*, 1888), Sacerdoti (*Sulla existenza autonoma del diritto commerciale*, Padua, 1885; *Contro un codice unico delle obbligazioni*, Padua, 1890), Manara (*Contro un codice unico delle obbligazioni*, Torino, 1893), Vidari (*Corso di diritto commerciale*, 1893, tom. I, pagg. 713 e seg.), sr. dr. Guilherme Moreira (*Actos de commercio*, Coimbra, 1889, pagg. 18 e seg.) e Mendes Martins (*Progressos do direito mercantil e sua influencia na legislação portugueza*, fasc. 1, pag. 19) admittem a velha

nossos dias [1]. Não podemos deixar de analysar a doutrina do notavel reformador.

Não será possivel classificar devidamente a materia ju-

---

distincção entre obrigações civis e commerciaes, incorporando o direito correlativo em monumentos juridicos diversos. N'este mesmo terreno se encontra De Greef e o sr. dr. Garcia (obr. cit.).

Preterindo detalhes de argumentação, que não se coadunam com os moldes estreitos d'uma nota, limitamo-nos a subscrever as conclusões de Mendes Martins:

«Se todo o progresso astronomico, geologico, organico, ethnologico, social, economico e artistico se reduz, como proficientemente o demonstrou Herbert Spencer, a uma simples transmutação do homogeneo em heterogeneo, e se esta lei se nos depara não só na evolução dos organismos sociaes, segundo o pretendia Krause, mas na evolução universal, bem como na de todos os productos abstractos ou concretos, reaes ou ideaes, do pensamento e actividade humanos, é erroneo suppôr com E. Cimbali uma futura embryogenia juridica, uma futura assimilação do direito commercial pelo civil.

«O direito mercantil abrange actualmente em suas normas os actos d'outras industrias, auxiliadoras da circulação das riquezas. Ora, este estado de *these*, usando da terminologia philosophica krausista, é essencialmente transitorio, pois os poderosos agentes modificadores da condicionalidade economica das industrias exigem correlativamente uma progressiva mutação da sua condicionalidade juridica. E assim, o dynamismo de cada industria requer, além d'um certo numero de condições communs ás demais, como a celeridade, a boa fé e o credito que, a despeito das affirmações de G. Endemann, Boistel e outros, não são peculiares das relações mercantis, algumas especiaes consoante o meio em que se desenvolve e o papel que desempenha no apparelho economico das sociedades. As leis e regulamentos especiaes já existentes, embora com um caracter pronunciadamente administrativo, parecem indicar que a evolução se realisará no sentido da garantia e regulamentação autonomas das industrias de producção e transformação.

«Posto isto, é scientificamente provavel a futura desintegração do direito commercial, constituindo-se este por seu turno com o caracter de um direito especialissimo, de modo a coincidir a sua concepção juridica com a economica». (Obr. cit., pag. 19 e seg.).

[1] *La Nuova* etc. cit., pag. 351 e seg.

ridica a que nos referimos, sem considerarmos systematicamente os elementos constitutivos do codigo de direito privado social, sob o aspecto estatico e dynamico; estaticamente, consideram-se taes elementos em si mesmos, reservando para a parte dynamica a sua movimentação. Sob o primeiro aspecto são dois os elementos constitutivos do codigo de direito privado social: *pessoas* e *coisas, sujeitos* e *objectos;* semelhantemente são dois os elementos integrantes da vida em geral: *materia* e *força*. Dynamicamente estudam-se as relações em que se encontram os sujeitos e objectos.

D'este modo são tres as partes fundamentaes de um codigo de direito privado social: *pessoas, coisas* e *relações juridicas*.

Quanto ao sujeito de direitos é indispensavel reconhecer a dignidade de pessoa ou sujeito de direitos não sómente aos individuos physicos, mas ainda ás pessoas juridicas, corpos moraes, sociedades e associações, qualquer que seja a sua fórma, entidade e scopo, havendo a maxima prudencia em estabelecer legalmente as condições por que se adquire, conserva e perde a capacidade de sujeito juridico.

Na segunda parte convém referir a immensa quantidade de bens, que constituem o inventario e patrimonio da sociedade moderna. Não nos devemos esquecer do que precedentemente dissemos ácerca do codigo de direito privado social [1].

A terceira parte é constituida pela integração das relações existentes entre os sujeitos e objectos, devendo conter normas seguras, que comprehendam e governem sabiamente todas as relações de ordem privada na sociedade moderna.

---

[1] Vid. pagg. CIV-CXIV.

Ainda não criticamos Cimbali; aguardamos o momento opportuno.

XII) Systema scientifico. Necessitamos de expôr certas considerações, que provocam a verdadeira solução do problema.

Quasi todos os auctores, inclusivé Cimbali, voltam constantemente á velha distincção entre direito publico e privado, circumscrevendo a este ultimo a area do direito civil. No decurso d'esta introducção temo-nos referido technicamente a semelhante doutrina, unica e exclusivamente por não possuirmos a auctoridade necessaria para orientarmos este assumpto do modo que julgamos preferivel; n'este momento, em que temos por fim expôr a nossa opinião, desassombradamente, sem ambages, e para resolver scientificamente o ordinamento dos codigos, lançamos para a margem essas preoccupações.

A distincção entre direito publico e privado, contemporanea dos romanos, tem permanecido refractaria a todos os modulos da evolução, coarctando as tentativas scientificas e constituindo um dogma juridico.

E, entretanto, nada mais destituido de fundamento.

Os apologistas da distincção mencionada encontram capitulos de distincção entre estes dois ramos do direito na *origem, objecto, elemento predominante* e *deveres correlativos*. O direito publico origina-se no estado, refere-se ao estado, tem como elemento predominante o estado e determina deveres publicos, isto é, deveres que os cidadãos são obrigados a cumprir. O direito privado filia-se no cidadão, diz principalmente respeito ao cidadão, que é tambem o seu elemento predominante e occasiona deveres particulares.

«Os direitos publicos são tambem deveres publicos: quem póde actuar deve actuar. O principe tem o direito e o dever de governar; o juiz é obrigado a julgar. Contraria-

mente, o particular aproveita-se ou não do direito individual, consoante lhe apraz [1].

Julgamos inadmissivel semelhante distincção, por insufficiente, antinomica e exclusiva.

Em que ramo devemos incluir o direito das communhões religiosas, que não pertencem estrictamente ao direito publico, nem ao direito particular?

No direito commercial, industrial, etc., ha materia, que pertence, ora ao direito publico, ora ao particular. O direito do fisco, que parece comprehender-se na area do direito publico, entra no direito privadô, porque o estado considera-se como particular, relativamente ás coisas, cuja propriedade exclusiva possue. Os direitos politicos dos cidadãos (direito de petição, liberdade de imprensa, etc.) são dominio do direito publico, porque o individuo entra, n'estes direitos, em relação directa com o estado. Como observa o mencionado publicista, os limites d'estes dois ramos parecem confundir-se.

Comprehendemos que a mór parte dos civilistas e philosophos citados perfilhem essa distincção como expediente transitorio, n'um momento em que a concepção juridica atravessa uma remodelação profunda; assiste-nos, entretanto, o direito de negar caracter scientifico ás suas conclusões.

Todo o direito representa uma garantia dos cidadãos em qualquer das manifestações da sua actividade; ora, como essa garantia tem effectividade real e positiva com a intervenção do estado, todo o direito é essencialmente publico. Necessitamos de insistir na concepção do direito-garantia.

Todos os phenomenos juridicos são phenomenos sociaes e, como representam garantias sociaes, acompanham as dif-

---

[1] Bluntschli, *Le Droit public général*, Paris, 1885, pag. 2.

ferenciações correlativas; o processo a seguir, pois, afim de encontrar as differenciações juridicas, é determinar previamente as differenciações de phenomenos sociaes, isto é, proceder á classificação interna da sociologia.

Não poucos auctores se têm referido á classificação interna da sociologia; poucos têem apresentado trabalhos apreciaveis; haja vista o exemplo de Ferraris [1]. De todas as tentativas com razão destacamos a de Greef e sr. dr. Garcia.

A classificação das sciencias sociaes, diz Greef [2], deve basear-se nas relações communs ou differenciadas e graduar-se segundo a complexidade crescente e caracteres progressivamente especialisados d'essas relações. Todos os phenomenos relativos á vida organica podem reduzir-se á ordem physiologica propriamente dita ou á ordem psychica. Pois que a intelligencia se manifesta n'um certo ponto da vida organica, a distincção entre os phenomenos physiologicos e psychologicos basea-se na classificação natural dos seres e os raciocinios, que partem d'essa classificação realista, são egualmente raciocinios naturalistas.

Applicando este criterio, encontramos entre os phenomenos sociaes:

Phenomenos { economicos
familiares
scientificos
moraes
artisticos
juridicos
politicos.

Estes diversos grupos de phenomenos são funcções de

---

[1] Ferraris, *Saggi di Scienza dell'Amministrazione e di Economia Politica*, Torino, 1879, pag. 12 e seg.

[2] De Greef, *Introduction à la Sociologie*, Paris, 1836.

orgãos correlativos; assim se devem considerar muitas instituições economicas, familiares, etc.

Combinando esses diversos elementos e tendo na devida consideração as relações internacionaes; não esquecendo que a funcção juridica terminará por integrar-se em todos os outros grupos de phenomenos, organisa Greef as seguintes differenciações juridicas:

α) *Direito economico.*

1) direito commercial
2) direito industrial
3) direito agricola e fundiario.

β) *Direito familiar ou genesico.*

1) matrimonio e divorcio
2) paternidade e filiação.

γ) *Direito mixto. Successão.*

δ) *Direito artistico.*

ε) *Direito scientifico ou philosophico.*

ζ) *Direito moralisador e penal.*

η) *Direito administrativo e publico interno.*

τ) *Direito internacional privado.*

ι) *Direito publico externo.*

O sr. dr. Garcia, lente da Universidade, tentou resolver o assumpto. Vejamos o seu modo de pensar [1].

---

[1] Sr. dr. Garcia, *Apontamentos de algumas prelecções*, Coimbra, 1893, pag. 28 e seg.

A sociologia estuda as condições de existencia das sociedades humanas; da noção organica da sociedade, que constitue um dogma para todos os espiritos cultos do nosso tempo, é facil deduzir a existencia de condições sociaes, assim distribuidas: condições de formação, constituição e renovação, vitalidade, persistencia e conservação, aperfeiçoamento e garantia.

A estes cinco grupos de condições correspondem outros tantos phenomenos, que pela sua generalização determinam leis correlativas; á integração d'essas leis assignamos respectivamente as seguintes denominações: politica, economia, administração, moral e direito.

Embora seja designada pelo seu auctor uma tentativa provisoria, a classificação mencionada tem resistido, ou, pelo menos, é capaz de resistir á dialectica mais acerada. E tanto nos basta, não existindo sobretudo trabalhos definitivos sobre o assumpto.

Não devemos levar o principio da generalidade decrescente e complexidade crescente até ao extremo de isolarmos completamente os diversos grupos de phenomenos sociaes; se a sociedade é um organismo, ha uma coordenação geral de todos os orgãos, concepção esta terminantemente contraria ao pretendido isolamento; nos phenomenos sociaes as diversas condições combinam-se, entrecruzam-se, completam-se; n'uma palavra, integram-se. Na realidade não vivem os phenomenos de formação sem as condições de vitalidade; não se determinam os phenomenos de vitalidade sem as condições de formação, etc. Na propria serie de phenomenos inorganicos e organicos, que não estava sujeita á contingencia dos phenomenos sociaes, eminentemente complexos, a applicação do principio da generalidade decrescente está sujeita a algumas contestações; pelo menos a critica de Spencer á graduação da arithmetica, algebra, analyse transcendente, astronomia, physica, etc., obrigou Littré, o discipulo amado, a certas explicações, que em

linguagem vulgar se conhecem pelo nome de transacções. E isto não desmerece o trabalho de Comte; demonstrou mais uma vez que nem todos os phenomenos são mathematicos e explicou alguns pontos escuros da serie Comteana.

Havendo, portanto, o maximo cuidado na applicação do criterio organico ás relações dos phenomenos sociaes, volatilisam-se facilmente todas as difficuldades emergentes. Aonde existirem condições de formação, ahi se estende o dominio da politica e assim successivamente

Em certo sentido póde chamar-se a esta serie *objectiva*, em contraposição á de Greef, essencialmente *subjectiva*. Bem sabemos que uma serie verdadeira reside na harmonia dos dois elementos: subjectivo e objectivo, o ideal e o real. Mas, definamos os termos, porque a ideia expressa por aquelles adjectivos é diversa.

Em biologia estuda-se o elemento anatomico, o tecido e o orgão; no tecido ha elementos anatomicos, como no orgão ha tecidos. Sob este ponto de vista, o elemento anatomico é mais geral do que o orgão ou tecido, pois entra como elemento integrante no orgão e no tecido, emquanto este ultimo se integra no orgão. Assim, a serie: *elemento anatomico, tecido e orgão* obedece ao principio da generalidade decrescente; a esta serie chama Littré uma serie subjectiva.

Por outro lado, no mesmo exemplo, o orgão é o elemento mais geral; comprehende o tecido e o elemento anatomico; immediatamente apparece o tecido, menos geral do que o orgão, mais geral do que o elemento anatomico. Assim, a serie: *elemento anatomico, tecido* e *orgão* obedece ao principio da generalidade crescente; a esta serie chamou Littré uma serie objectiva [1].

---

[1] Auguste Comte, *Cours de Philosophie Positive*, 3.me ed., Paris, tom. 1, 2.me leç., pag. 46 e seg.; Herbert Spencer, *The genesis of science*; Greef, obr. e loc. cit.; sr. dr. Garcia, *Programma da quarta cadeira*, Coimbra, 1885; *Apontamentos* cit.; E. Littré, *A. Comte et la Philosophie*

Ora, visto que a classificação de Greef considera mais geral a economia, como sciencia cujos phenomenos se integram em todas as outras sciencias, chamamos-lhe classificação *subjectiva;* e, porque a serie do sr. dr. Garcia considera mais geral a politica, visto abranger todas as outras sciencias sociaes, pois não se comprehendem quaesquer condições sociaes sem as condições de formação, chamamos-lhe serie *objectiva.*

Assim explicados os termos, a doutrina parece admissivel.

Postos estes principios incontestaveis, concluimos:

a) A série sociologica do sr. dr. Garcia é predominantemente *objectiva-subjectiva;* a de Greef é *subjectiva,* quando muito *subjectiva-objectiva.* No estado de transição em que se encontram as sciencias sociaes não é possivel seguir um criterio exclusivo.

b) De Greef pretende sustentar, que os phenomenos sociaes, constantes da sua historica hierarchia social, obedeceram á ordem demarcada pela correlativa topographia taxonomica. Será possivel essa demonstração?! Não appareceriam no mesmo momento historico todos esses phenomenos?!

c) Não será, porventura, imprudencia reconhecida sustentar, que os phenomenos artisticos appareceram primeiro do que os religiosos, moralizadores e juridicos, considerando-se, sobretudo, os phenomenos religiosos como fórma inferior dos phenomenos intellectuaes?!

d) E que diremos da extraordinaria preponderancia conferida aos phenomenos economicos? E' certo que muitos auctores classicos, e em especial Littré, reconhecem im-

---

Positive, 3.me ed., Paris, 1877, cap. VI, pag. 277 e seg.; Stuart Mill, *Auguste Comte et le Positivisme,* trad. par Clémençeau, Paris, 1885, pag. 41.

portantissimo predominio ao phenomeno economico da nutrição social; entretanto, é necessario estabelecer differença entre semelhante predominio e a reducção da sociologia a uma funcção do factor economico. Não se julgue, porém, nova a these de Greef; encontramol-a na evolução economica enunciada por Karl Marx como synthese da philosophia historica, no systema de Gumplowicz, nas doutrinas economicas de De Johannis, Puviani, Rabbeno, e, de modo especial, nos trabalhos de Loria. Apezar dos precedentes d'esta doutrina, não a podemos admittir por varias razões: 1) nunca um phenomeno social nos apparece destacado dos seus factores; ao contrario, deve considerar-se como integração e synthese de outros factores; 2) além de que o phenomeno não persiste indifferente deante dos seus factores, actua sobre elles, modificando-os de novo; 3) o predominio exclusivo do factor economico é um excesso inadmissivel.

Sabemos que muitos espiritos illustrados se insurgem contra a série do sr. dr. Garcia; não encontramos, porém, fundamento á sua argumentação [1].

Como já tivemos occasião de indicar, o direito desempenha uma funcção de garantia, funcção esta que se vai integrando em todos os outros grupos de phenomenos, possuindo em alguns d'elles instituições adequadas. Devemos dizer que a funcção de garantia exercida pelo direito é hoje admittida por quasi todos os philosophos e jurisconsultos, isolada ou simultaneamente com outras.

D'este modo possuimos um direito politico, economico, administrativo e moralizador, sendo facil adivinhar, em harmonia com este criterio, a sorte do nosso codigo civil, que se fragmentaria em outros tantos codigos quantos os ramos do direito: codigo de direito politico, codigo de di-

---

[1] Abel Andrade, *Critica Financial*, Coimbra, 1895, pagg. 28-30.

reito economico, codigo de direito administrativo, codigo de direito moralizador[1].

Mas, será possivel no actual momento historico adoptar este criterio, cortando cerce com todo o existente, revolucionando completamente os processos geralmente seguidos? Impossivel.

Qual dos systemas previamente indicados escolher?

No campo restrictissimo em que collocamos o problema julgamos superior a todos os ordinamentos o defendido por Chironi e d'Aguanno; além de conferir a importancia devida ás obrigações, não se afasta por completo dos velhos processos secularmente consagrados, o que tambem é de extraordinaria vantagem.

Não perfilhamos as censuras de Teixeira de Freitas, embora o ordinamento do sr. visconde de Seabra seja algo metaphysico.

Mas repetimos: o ordinamento scientifico resulta naturalmente d'uma classificação sociologica; já foi indicado anteriormente.

VIII

Assim orientados não podemos deixar de reconhecer, que a elaboração do codigo civil portuguez não obedeceu a um criterio scientifico, a uma eschola philosophica exclusiva; ao contrario apparecêm-nos manifestações de todos os criterios, symptomas de todas as escholas.

Do que deixamos dito parecerá poder-se concluir, que

---

[1] Abel Andrade, *Administração e Direito Administrativo*, Porto, 1893, pag. 26 e seg.; *Critica Financial*, cit.

os codigos, mais ou menos indirectamente criticados n'esta introducção, obedecem ao criterio individualista, quando se devem considerar, quanto á sua orientação, uma miscellanea, mais ou menos felizmente combinada. Vadalá-Papale chama-lhes *mosaico*. O codigo civil portuguez é um *mosaico*.

Entretanto, apezar de ao tempo da publicação do codigo civil portuguez ainda não estarem vulgarisadas as doutrinas socialistas e individualistas, surgindo o predominio individualista, como eschola, do confronto feito entre as duas mencionadas theorias, succedeu, que a diversidade de elementos integrantes do codigo se uniformisou pelo aspecto individualista.

Na evolução da humanidade encontra A. Comte tres periodos bem definidos, que se devem considerar como criterio segurissimo da nossa orientação mental: *theologico, metaphysico* e *positivo*[1].

A lei dos tres estados, entrevista por Turgot[2], Kant[3] e Condorcet[4], ou interpretada como criterio de orientação mental (sr. dr. Garcia[5]), ou como pretende o sr. Feio[6],

---

[1] Sobre a verdade e interpretação da *lei comteana* vid. *Auguste Comte, Cours de Philosophie Positive*, tom. I, pagg. 11-15; Teixeira Bastos, *Principios de Philosophia Positiva*, tom. I, liv. I, cap. I, pag. 2; *Revue des deux mondes*, liv. du 15 août, 1880, pagg. 856-892 (art. de Vacherot); *La Philosophie Positive*, mars-abril, 1881, pag. 211 e seg.; *Estudo sociologico para a setima cadeira da faculdade de direito*, Coimbra, 1880, pag. XIII.

[2] Turgot, *Histoire des progrès de l'esprit humain*, pag. 294, cit. por Littré, *Auguste Comte et la Philosophie Positive*, Paris 1877, pag. 37 e seg.

[3] Kant, *Idée d'une histoire universelle au point de vue de l'humanité* cit. por Littré, ibid., pag. 51 e seg.

[4] Condorcet, *Esquisse d'un tableau historique des progrès de l'esprit humain* cit. por Littré, ibid.

[5] Sr. dr. Garcia, *Estudo sociologico* cit., ibid.

[6] Ibid., pag. 90 e seg.

tem uma importante somma de verdade, apezar da critica feita por Vacherot[1] e das reflexões, subordinadas a um criterio muito exclusivista, muito official, desenvolvidas pelo sr. dr. Hora[2], lente da faculdade de Theologia. Indiscutivelmente, ao elemento theologico, como factor preponderante da evolução intellectual, succedeu o dominio do elemento metaphysico, que tende a ser substituido pela positividade dos factos[3].

As duvidas de Vacherot são respondiveis: demonstrou-o Ritti[4]; mas, se um espirito superior descobrisse elementos importantes que, no preciso momento historico, se não pudessem integrar na formula comteana, não nos desviariamos subito da *espinha dorsal do positivismo*[5], onde se encontram verdades de incalculavel alcance scientifico. A evolução inorganica ainda não está completamente demonstrada, apezar dos esforços de Tyndall; o insuspeito Haeckel[6] affirma, com uma hombridade que muito o honra, a impossibilidade actual de experimentar a autogonia, que muitos erradamente descobrem na plasmagonia; e, entretanto, nenhum homem de sciencia repudia a evolução.

O elemento theologico já dominou; contribuiu, como factor poderosissimo, para a formação da synthese catholico-feudal, cuja desintegração começa com o declinar do seculo XII, embora se manifeste historicamente no principio do seculo XIV; a esta desintegração succederá, certamente,

---

[1] *Revue des deux mondes,* liv. cit., art. cit.

[2] Sr. dr. Hora, *Critica Hodierni Positivismi Analysis,* Conimbricae, 1879, pag. 51 e seg.

[3] A. Comte, *Cours de Philosophie Positive* cit., tom. I, pagg. 11-15.

[4] Ritti, *La Philosophie Positive,* mars-avril, 1881, pag. 211 e seg.

[5] A phrase pertence a Stuart Mill., *Auguste Comte et le Positivisme* cit.

[6] Haeckel, *Histoire de la Creation Naturelle,* trad. par Letourneau, Paris, 1884, 13.me léçon, pag. 252.

uma situação caracterisada pela integração dos elementos: industria, esthetica e philosophia [1].

E' indispensavel, que certas ideias, incrustadas no geral dos homens, como fosseis em meio de rochedos seculares, vão desapparecendo em presença das conquistas da sciencia. Uma renovação, profunda e vivificante, se opera em nossos dias; e essa renovação traduz mathematicamente o baquear do antigo regimen intellectual, caracterisado pelo predominio dos elementos theologico e metaphysico.

O methodo, sobre que os escholasticos dissertaram com enthusiasmo inaudito, desceu das regiões metaphysicas do *a priori* e objectivou-se, concretisou-se na esphera dos factos; o methodo é essencialmente inductivo, devendo considerar-se o deductivo como uma applicação das formulas inductivas [2]. As ideias innatas existem; mas são formadas pela hereditariedade, que fixa as normas inductivas nas cellulas dos antepassados [3]. «Observar para prever; prever para advinhar».

A psychologia antiga transforma-se desde os seus mais profundos alicerces; a substituição do nome, proposta por Littré e Maudsley, não significa simples prurido de technologia, mas traduz uma rigorosa diversidade de doutrina. Actualmente a psychologia não se deve considerar elemento integrante da philosophia, cujo conceito se reduz a uma

---

[1] A. Comte, obr. cit., tom. VI, 56.me leçon; Theophilo Braga, *Historia da Universidade de Coimbra*, Lisboa, 1892, tom. I, introd., pagg. 4 e seg., 32 e seg.; Abel Andrade, *Synthese Carteseana*, Coimbra, 1892, pag. 92 e seg.

[2] Littré, *Auguste Comte et la Philosophie Positive* cit., pagg. 517 e segg. A reproducção dos argumentos de Desdouits (*La métaphysique et ses rapports avec les autres sciences*, Paris, 1880) pelo sr. dr. J. M. Rodrigues (*De materiae creatione ex nihilo*, Conimbricae, 1888) em nada invalida a doutrina contida no texto, como é facil de verificar.

[3] Maudsley, *Physiologie de l'Esprit*, trad. par Herzen, cap. V, pag. 315 e seg.

systematização geral dos conhecimentos humanos, determinada pela integração das leis descobertas no dominio das diversas sciencias; a psychologia limita-se a prestar ao dominio da philosophia as leis descobertas pelos diversos homens de sciencia[1]. Esta nova concepção formulada por Augusto Comte e hodiernamente consignada por Paulhan[2] promette revolucionar completamente os velhos moldes scientificos. A psychologia antiga, a mesma psychologia do seculo passado era principalmente estudada com o methodo psychologico; actualmente, a natureza especifica dos phenomenos psychologicos, equiparados aos psycho-physiologicos, exige nova orientação; as experimentações cerebraes são modernamente praticadas por Spencer, Maudsley, Bain e tantos outros.

A maior questão dos tempos antigos encontrava-se consignada n'estes termos: *an anima sit?* E á volta d'este thema bordavam-se controversias bysantinas, capazes de entreter o cerebro da humanidade durante seculos. O nominalismo e realismo, harmonizados pelo conceitualismo; o animismo e vitalismo, integrados nas forças physico-chimicas de Carbonelle, são vestigios visiveis de todas essas luctas. Ao terminar do seculo XIX ninguem se deve preoccupar com a existencia da alma; observam-se os phenomenos e isso basta para que se estudem scientificamente os elementos da psycho-physiologia. No terreno da psychologia actual a existencia ou não existencia da alma é uma questão ociosa.

Semelhantemente as faculdades, longe de se considerarem forças independentes da alma ou simples instrumentos de que ella se serve para realisar os seus phenomenos, devem identificar-se com condições previas, que determinam o

---

[1] Sr. dr. Garcia, *Apontamentos de algumas prelecções*, cap. II, pag. 40.

[2] Paulhan, *Physiologie de l'Esprit*, Paris, pag. 5 e seg.

natural apparecimento de certa phenomenalidade; posta a impressão nervosa, segue-se a recepção cellular e a dynamização do elemento material em elemento espiritual, em *ideia*. A propria vontade é actualmente definida: representação preponderante, quasi exclusiva, de certo acto, acompanhada de uma tendencia preponderante para realizar esse mesmo acto. D'este modo a liberdade, com o seu livre-arbitrismo, cedeu terreno ao determinismo vitalista.

Modernamente affirma-se a psychophysiologia; em vez de constituir uma sciencia autonoma e independente, formada com os pretendidos phenomenos psychologicos, integram-se estes ultimos na serie geral dos phenomenos physiologicos. Não nos propomos demonstrar semelhante these; nem o permitte o caracter d'este trabalho; entretanto não deixaremos de referir um symptoma indiscutivel da doutrina exposta.

A linguagem, como manifestação organica de um phenomeno psychico, está naturalmente dependente da actividade mental, variavel com a estructura do cerebro, nutrição, etc., do mesmo modo que a funcção do figado acompanha as variantes do parenchyma hepatico e nutrição respectiva.

As cellulas nervosas, cerebraes, são centros de actividade mental: representam o pensamento estatico, do mesmo modo que o pensamento symbolisa a cellula dynamica. As vibrações de Unzer, as acções excito-motoras (Maudsley), o arco reflexo (Laborde) e tantos outros phenomenos physiologicos, pathologicos e descobertas anatomicas confirmam esta doutrina, embora seja impossivel explicar a metamorphose das substancias assimiladas nos phenomenos mentaes, que a velha philosophia denominou psychicos e a moderna physiologia cerebral, auxiliada pelo methodo experimental, chama psychophysiologicos.

O distincto professor da *University College*, de Londres, synthetisa assim as conclusões da physiologia cerebral: os

hemispherios devem considerar-se dois grandes ganglios, situados superiormente aos centros sensorios e motores; com estes communicam pelas fibras do senso intimo (Reil) os mesmos hemispherios; elaboram as impressões sensorias em ideias ou concepções, abstrahindo o essencial do contingente e incarnando-o na ideia; *idealisam,* portanto, as impressões sensorias, que devem considerar-se desenvolvimento epigenetico da natureza[1].

A localisação das varias funcções da vida mental nas differentes circumvoluções cerebraes, depois do desastre da eschola phrenologica em frente da anatomia e trabalhos de Huschke, Schroeder van der Holk, Comte, Fodd. Wilks, Broca, Hughlings-Jachson, parece constituir a verdadeira doutrina, se restringirmos as nossas observações á linguagem: assim o demonstram Dax, Broca, Charcot, etc.

As observações de Zaborowski sobre a autopsia dos aphasicos confirmam a nossa doutrina.

O que se affirma indiscutivelmente da linguagem estende-se tambem, com mais ou menos certeza, a outros phenomenos psychophysiologicos.

A liberdade psychologica ainda resistirá ao successivo predominio do determinismo?

Não nos propomos estudar n'este logar o problema: limitamo-nos a registar as conclusões admittidas pelos ultimos progressos da sciencia. Os motivos fornecidos pela

---

[1] Maudsley, obr. cit., passim; Haeckel, *Les preuves du transformisme, réponse à Virchow,* trad. par Soury, Paris, 1882, pagg. 63-78; Littré, *La science au point de vue philosophique,* Paris, 1884, pagg. 305-330; *La philosophie positive.* mars-avril, 1860; *Revue mensuelle de l'école d'anthropologie,* Paris, 1891, an. 1.er, II, fev., 1891 *(Les fonctions intellectuelles et instinctives,* par Laborde, pagg. 33-45); Letourneau, *L'évolution de la morale,* Paris, 1887, pag. 26 e seg.; Louis Büchner, *Force et matière,* trad. par Regnard, 6.me ed., Paris, 1884, pag. 278 e seg.; Paulhan, *Physiologie de l'esprit,* cit., cap. I.

intelligencia, isto é, pelas cellulas ou centros receptores da impressão nervosa, transmittida pelo nervo respectivo e transformada em ideia, determinam os actos humanos; a nossa consciencia não nos adverte d'outra coisa: um homem que actuasse sem determinação de motivos seria um louco. Achamos ridiculo o procedimento do inquilino, que saltasse d'um terceiro andar em vez de se aproveitar das escadas, que o conduzem á porta da rua? Do mesmo modo operaria o individuo, que procedesse contrariamente aos seus motivos.

Todos os argumentos dos livre-arbitristas não passam de sophismas: a penalidade demonstra o determinismo, porque a pena modifica o caracter do criminoso, em que actuam sòmente os maus motivos e constitue um novo motivo para os restantes cidadãos. A distincção entre a possibilidade do homem obrar contra os motivos, — que nunca se realisa —, e a realidade da relação intima entre as suppostas volições e os estimulantes intellectuaes necessarios, que nunca deixa de existir no homem normal, essa distincção não tem um fundamento positivo e, portanto, deve regeitar-se. Mas, se quizermos aproveitar o argumento, devemos concluir: o homem póde ser livre, mas até ao momento presente tem sido constantemente determinado por motivos, isto é, o determinismo é um facto indiscutivel. Em conclusão: a vontade, como a concebem os livre-arbitristas, não existe; se denominarmos as faculdades (sensibilidade e entendimento) grupo de phenomenos necessarios para o apparecimento de um phenomeno determinado (Paulhan), a vontade não passará da representação preponderante, quasi exclusiva, d'um acto, acompanhada de certa tendencia preponderante para executar esse mesmo acto (Spencer), como anteriormente dissemos.

«O homem, diz Maudsley, teve sempre uma grande difficuldade em conceber ideias exactas ácerca das suas re-

lações com o mundo exterior. Na sua infancia, no estado selvagem, sente-se tão pequeno deante da immensidade da natureza que, subjugado pelo espectaculo do seu curso austero e inexoravel, prostra-se n'uma reverencia humilhante. Aqui, sob seus pés tremulos, ergue-se a natureza e sepultam-n'o as ruinas da sua habitação; mais além as aguas transbordadas engolem, com inaudita indifferença, a sua propriedade e a sua vida. Consciente da sua impotencia individual, entrega-se ao terror, adora as causas dos seus males, divinisa as forças da natureza.

Entretanto o habito pacifica a consternação e o espirito de observação substitue o de veneração; o homem, prostrado, levanta-se e perscruta a causa dos phenomenos» [1].

Comprehende-se, que farte, a constituição e a dynamisação da corrente theologica e metaphysica nos tempos contemporaneos de factos, a que de leve nos referimos e que nos abstemos de descrever minuciosamente. Como crystallização, indiscutivelmente superior, d'essa ordem de ideias, formou-se e constituiu-se a egreja, subordinada a um processo de metamorphose disciplinar e dogmatica, em que peze aos sectarios da immutabilidade dogmatica, metamorphose demonstrada pelos factos culminantes da sua historia.

Sublata causa tollitur effectus: transformadas as origens divinisadas em genéses perfeitamente naturalistas; reduzido o homem a um modulo da evolução inorganica; evidenciada a *invenção* de Deus, como fórmula commoda para resolver as grandes incognitas do pensamento; convertida a alma dos metaphysicos n'uma dynamica da materia; derruido o velho e magestoso edificio da metaphysica, só se comprehende a existencia da egreja como um producto da hereditariedade. Quem não conhece a importancia da he-

---

[1] Auct. e obr. cit., pag. 1 e seg.

reditariedade, como factor da selecção social, para hesitar deante do nosso asserto?[1]

Mas, ao lado da hereditariedade affirma-se a adaptação social, formada pela integração das condições necessarias á existencia d'uma nova ordem de phenomenos, produzidos pelos melhoramentos de toda a ordem. E ninguem duvidará de que aos espiritos coevos do fim do seculo XIX pertence a missão de accelerar a dynamica da adaptação.

Encontramo-nos, pois, na transição do periodo metaphysico para o positivo. Ninguem o contestará. Os symptomas referidos são axiomas incontestaveis entre os homens de sciencia.

Apezar d'isto, porém, é possivel distinguir no nosso codigo elementos caracteristicos dos tres periodos referidos: o que demonstra a nossa asserção anterior, relativamente aos elementos differenciaes dos tres periodos comteanos. Muitos orgãos de direito civil estão atrophiados pelo desuso, necessitando outros de ser fundamentalmente reformados.

Vamos proceder a este estudo, de modo muito rapido, como exigem os limites d'uma introducção.

I) **Elementos theologicos.** Na impossibilidade de nos demorarmos muito n'esta analyse, destacamos o instituto do juramento, que desempenha uma funcção importante no codigo civil.

Se a moral nunca póde ser garantia do direito, antes é garantida pelo direito, como opina Greef e o sr. dr. Garcia, o juramento, importante instituição moralisadora, nunca poderá servir de garantia a qualquer acto juridico.

---

[1] Ulteriormente vindicaremos analyticamente a importancia da hereditariedade; esse capitulo constitue, em certo sentido, uma confirmação das phrases escriptas no texto.

Entretanto não somos apologistas das theorias idealisadas sem o minimo fundamento real; procuraremos descer da simples especulação para o terreno da realidade.

As testemunhas deverão prestar juramento? Eis a grande questão, que se suscita no terreno da positividade e a que responderemos em termos habeis.

Jeremias Bentham, o grande fundador da moral utilitaria, elaborou um estudo sobre *Organisação Judiciaria,* que mais tarde o notavel Dumont editou nas *Théories des preuves judiciaires.* No intuito de ser util á moral e á humanidade, como se expressa S. Raffalovich, sustentou que o juramento nunca se deveria admittir.

Belime[1], attendendo á merecida reputação de Bentham, tentou refutar-lhe a argumentação. Analysemos essa polemica onde se encontram expostas as objecções e respostas apresentadas de parte a parte.

O valor do juramento, argumenta Bentham, repousa sobre a crença religiosa do depoente, que o juiz não póde apreciar; admittil-o, pois, é tornar a credibilidade dependente d'um elemento desconhecido. N'outros termos: no juramento existe a fórmula objectiva material e concreta, que recebe toda a sua força da crença de quem jura: a mesma fórmula tem uma efficacia diametralmente opposta, conforme é pronunciada por um crente fervoroso ou por um incredulo systematico. Ora, o julgador simplesmente póde conhecer a parte objectiva do juramento; que valor se poderá ligar a essa instituição, que se encontra garantida pelo *desconhecido?* Se os legisladores separaram a moral do direito por causa da diversidade de garantias, como admittir a prova d'um contracto ou de qualquer acto por intermedio do juramento? Se entre nós o sr. vis-

---

[1] Belime, *La philosophie du droit,* liv. VI, § 3.º, pagg. 655-657.

conde de Seabra retirou da noção de posse o elemento intencional, que o antigo direito julgava essencial á posse, como comprehender essa notavel antinomia em que se rasga uma das paginas mais importantes do nosso codigo, a pagina onde se encontra o artigo 474.º, onde se affirma um principio moderno, perfeitamente compativel com as condições sociaes do nosso seculo?

Não podemos deixar de reconhecer, que esta argumentação é esmagadora; entretanto Belime ousa responder-lhe nos termos seguintes.

Tambem ha muita difficuldade, diz Belime, em verificar a probidade da testemunha, que é um elemento sobre que repousa, ainda mais directamente, a fé que merece; e, entretanto, admitte-se.

Este raciocinio de Belime está longe de arrastar o nosso assentimento. Como demonstrar a identidade do juramento e da probidade da testemunha? O juramento, em regra, não se discute; outro tanto não succede com a probidade da testemunha. Esta differença fundamental pulverisa a primeira resposta de Belime. Ninguem duvida que, pela observação e experiencia, é possivel ajuizar da probidade testemunhal.

Demais o juramento deferido resolve immediatamente o pleito; dar-se-ha o mesmo com a probidade testemunhal? De modo nenhum.

Continúa entretanto Belime: em todos os casos o juramento é uma nova garantia de sinceridade, ao menos pelo receio que inspiraria a critica dos outros homens sobre o perjurio.

Esta affirmativa de Belime é simplesmente desgraçada e attribuimol-a mais á impossibilidade de defender semelhante these do que á incompetencia d'um nome tão justamente consagrado. Belime concorda em que o juramento sempre merece consideração por actuar sobre o espirito de quem depõe, obrigando-o a dizer a verdade, sob pena da

sociedade desfechar sobre elle censuras amargas pelo seu perjurio.

Mas, n'esse caso o juramento deveria ter mais ou menos importancia, sem jámais decidir um pleito! Estender-se-hia a um numero limitadissimo de casos, mas não constituiria uma regra geral! Abrangeria certos e determinados individuos prudentes e previdentes, mas não deveria ser consignado no texto d'um codigo, porque se rege uma nação inteira.

O medo do perjurio, diz Belime, obriga o depoente a dizer a verdade!

Como se não houvesse acontecimentos innumeros, succedidos no remanso da noite em que a testemunha não tem receio de ser desmentida! Dizemos mais: são rarissimas as hypotheses em que o juramento de Belime seria procedente.

E como é que o juiz estaria habilitado para julgar, se a hypothese que se desenrolava deante d'elle era a prevista por Belime?! Impossivel!

Em conclusão: a concessão do auctor criticado, approximando-se algum tanto da doutrina de Bentham, está longe de ser verdadeira.

Mas, admittamos que a sociedade descobriu um perjuro; *quid inde?*

Nos seculos que vão correndo, em que o materialismo dissolvente invade as regiões outr'ora fecundadas por um espiritualismo fertilisador, a sociedade recebe de sorriso nos labios o perjuro, sobretudo quando se trata de prescripção.

Pulverisada a resposta de Belime ao primeiro argumento de Bentham, continuemos a ouvir o patriarcha do utilitarismo.

Pothier, que foi magistrado durante cincoenta annos, attesta ter visto deferir o juramento muitas vezes, mas não o ter visto recusar senão uma ou duas. A experiencia dos

homens e das coisas diz-nos que o numero de recusas d'esse juramento seria muito mais elevado, se a justiça dominasse sempre e em todas as espheras sociaes. Ora, uma instituição, que se presta a tantos abusos, melhor é dissolvel-a do que conserval-a, como escandalo officialmente consagrado.

Contra esta doutrina insurge-se Belime sustentando, que, ao menos durante essas poucas vezes em que foi recusado, serviu o juramento deferido para evitar injustiças.

E' bem pouco, diremos nós! E é preciso notar que essas duas injustiças evitadas determinaram centenas de injustiças legalisadas.

O resultado benefico, que flue d'essa minima justiça, é supplantado pela enormidade de injustiças diariamente succedidas.

Entretanto não é a força dos numeros, fria e desapaixonada, que nos colloca ao lado de Bentham; atravéz dos numeros divisamos uma instituição que, pelos attractivos que proporciona, concorre poderosamente para o rebaixamento da consciencia individual e, portanto, para a degradação da consciencia nacional. Hoje commette-se um perjurio no juramento deferido, porque o protesto da consciencia é suffocado pela voz do interesse; entretanto ainda existia a reacção da consciencia. Esta lucta, em que a consciencia fica sempre vencida, repete-se. No fim d'algum tempo o perjurio será tão habitual, como antes era o juramento conscienciosamente formulado.

E deveremos admittir uma instituição, que se presta a estes abusos e que engrossa dia a dia a corrente de desmoralisação, que tudo invade?

Ainda nos encontramos ao lado de Bentham, tanto mais que o proprio Belime reconhece no juramento deferido a facilidade de se transformar em perjurio pelo interesse proprio.

Continúa Bentham: o juramento é um motivo, que im-

pelle a testemunha a continuar a ser perjura; desde esse momento impõe-se a obrigação de continuar a mentir, sob pena de se condemnar por si mesma. Ora, se anteriormente demonstramos a possibilidade da testemunha falsear o juramento, facil se torna verificar como frequentemente se impõe a obrigação de continuar a mentir.

Mas, n'essa hypothese, responde Belime, é necessario comparar o numero de vezes que a testemunha insiste na mentira por causa do juramento com o numero de vezes em que diz a verdade por virtude do juramento. Só assim será possivel demonstrar a vantagem ou desvantagem do juramento.

A resposta de Belime não nos satisfaz; esse calculo é difficillimo, quasi impossivel; e a prova, que dá margem a semelhante contingencia, é muito precaria.

Não concordamos com o argumento apresentado por Bentham, deduzido da existencia de certas religiões, que prohibem o juramento; como observa Belime e como já dissemos anteriormente, essas religiões sempre possuem uma ou outra fórmula capaz de substituir o juramento seguido pelos catholicos.

Em virtude das considerações anteriormente expostas, a theoria que repudia o juramento, como contrario aos bons principios, não é completamente destituida de fundamento positivo.

Concluindo: o juramento é uma instituição de caracter pronunciadamente theologico, cuja existencia no corpo de doutrinas do codigo civil se explica apenas por effeito da hereditariedade; é uma *survivance,* um orgão atrophiado pelo desuso, que deve ser eliminado.

II) Elementos metaphysicos. São muitos os elementos metaphysicos, que se encontram no codigo civil portuguez; referir-nos-hemos principalmente á theoria dos direitos

originarios (art. 359.° e seg.), e dos privilegios e hypothecas legaes (artt. 878.°–887.°; 905.° e seg.).

α) *Direitos originarios.* Durante muito tempo a personalidade humana jazia esmagada sob a pressão do absolutismo; a onda redemptora de 1789, porém, definiu os direitos do homem e do cidadão. Como em todas as reacções contra uma situação anormal, exaggerou-se o alcance das conquistas revolucionarias e definiram-se os direitos absolutos. O codigo civil presta culto á doutrina dos direitos absolutos.

Basta attender á divergencia extraordinaria dos auctores na classificação dos direitos absolutos para duvidarmos do caracter absoluto d'esses direitos. Assim, Vicente Ferrer Netto Paiva[1] considera direitos absolutos: os de liberdade, associação e independencia; Dias Ferreira[2] refere os de liberdade e apropriação; Rodrigues de Brito[3] os de dignidade, liberdade, veracidade, boa reputação, propriedade e associação; Franck[4] os de inviolabilidade, liberdade individual, propriedade, liberdade de consciencia e liberdade intellectual; sr. dr. Callixto[5] os de existencia, liberdade e apropriação.

Depois do apparecimento da eschola positiva começou de negar-se a existencia dos direitos absolutos; apezar da deducção philosophica, com que naturalmente sympathisamos, elaborada por Franck[6], quasi todos os espiritos

---

[1] *Elementos de direito natural,* Coimbra, 1857, vol. I, part. II, seçç. I, §§ 65.°–79.°

[2] *Noções fundamentaes de philosophia do direito,* Coimbra, 1846, liç. XVI, pag. 324.

[3] *Philosophia do direito,* Coimbra, 1871, part. II, § 273.° e seg.

[4] *Dictionaire des sciences philosophiques,* Paris, 1875; *Philosophie du droit civil,* Paris, 1886, cap. II, pag. 9 e seg.

[5] *Programma da primeira cadeira — Philosophia do direito,* part. II e VIII.

[6] *Philosophie du droit civil,* Paris, 1886, pagg. 9-22,

modernos são unanimes em rejeitar semelhante doutrina; o direito, qualquer que elle seja, representa sempre uma garantia de certas condições sociaes e por isso patentea uma condição egualmente necessaria para a realização de certos fins.

De resto só existe no mundo o absoluto da relatividade; tudo é relativo.

ß) *Doutrina dos privilegios e hypothecas legaes.* Todos os privilegios consignados no nosso codigo, ou sejam privilegios propriamente ditos ou hypothecas legaes devem ser banidos, como *survivances* d'um regimen accentuadamente metaphysico. Quasi todos os auctores modernos, Acollas[1], Laurent[2], Ridder[3] e Cimbali[4] se insurgem contra essa excepção injustificavel. Eis a sua argumentação com que não podemos deixar de concordar.

Os privilegios ou são determinados por lei ou subentendem-n'os as partes relativamente a certos creditos; em qualquer das hypotheses o resultado é o mesmo: é o *a priori*, o arbitrario legal, que organiza a constituição dos varios grupos de creditos; é o legislador, que decide como entende, desapparecendo a iniciativa individual, que se curva deante da lei.

E' certo tambem que o privilegio geral traz a ideia do direito real geral, que versa sobre uma coisa indeterminada; ora, não se comprehende um direito real, de objecto indeterminado. De resto, é preceito economico, que qualquer direito deve estar sufficientemente preciso e determinado.

Por isso é que nos tempos modernos se tem feito uma

---

[1] Acollas, *Cours élémentaire de droit*, Paris, 1869, tom. 1, pagg. 642-645.

[2] Laurent, *Avant-Projet* cit., tom. v e vi, pag. 152 e seg.

[3] Ridder, cit. por Laurent (obr. cit.).

[4] Auct. e obr. cit.

guerra mortal á doutrina dos privilegios e hypothecas legaes, a ponto de as ultimas leis anglo-americanas conservarem apenas dois d'esses privilegios: o privilegio do fisco relativamente á divida resultante das contribuições do anno anterior e o privilegio dos creados de servir para pagamento das suas soldadas. E na realidade assim deve ser, porque os credores merecem ser pagos não em virtude da qualidade dos seus creditos, mas em virtude da convenção celebrada entre elles e os devedores.

O celebre professor de economia politica, o illustre Ridder, consultado sobre a admissibilidade ou inadmissibilidade dos privilegios, pronunciou-se *à outrance* contra esta excepção em direito, pelos seguintes motivos: *a*) não ha publicidade para os privilegios e, não tendo conhecimento d'elles os interessados, augmenta a difficuldade de levantar emprestimos; *b*) rarcam consequentemente os credores ordinarios; *c*) o credor privilegiado, seguro no cumprimento da obrigação contrahida pelo devedor, não o incommoda e o devedor descuida-se, aggravando dia a dia a sua situação financeira; *d*) a lei nunca deve impôr privilegios, o que não impede que os cidadãos garantam os seus contractos com os denominados *privilegios contractuaes,* tão elogiados por Laurent.

Em summa: os privilegios e hypothecas legaes devem ser riscados do nosso codigo.

III) Elementos positivos. Não nos entregamos ao trabalho minucioso de salientar os elementos positivos dispersos pelo nosso codigo. Em compensação deveriamos insistir ainda nos elementos, que accusam uma falsa interpretação da positividade social.

Muitos institutos de direito civil, com feição positiva, deveriam ser reformados em harmonia com as novas condições.

Indicamos com Cimbali[1] os institutos, que deveriam ser renovados harmonicamente com as condições modernas: posse, provas, locação, mutuo, commodato, deposito, penhor, regimen hypothecario e prescripção.

Em summa: na elaboração do codigo civil não se attendeu exclusivamente a nenhuma eschola; o codigo civil portuguez é um mosaico.

---

[1] Obr. cit., pag. 347 e seg.

B)

Depois d'um estacionamento lamentavel nos estudos de direito familiar começa de introduzir-se um novo elemento relativo á constituição da familia; d'esse modo muitos problemas ventilados pelos civilistas recebem prompta e immediata solução.

Durante muitos annos convenceram-se os pensadores de que a familia havia atravessado immutavel o tempo e o espaço, de maneira que, em vez do seu estado actual representar o producto da evolução social, deveria considerar-se uma crystallização independente das condições sociaes. Em nossos dias a sciencia demonstra precisamente o contrario, lançando mão dos processos ethnographico, historico e prehistorico; a organização da familia atravessou innumeras *nuances,* desde o seu mais primitivo e rudimentar esboço até á sua formação actual.

A ethnographia surprehende antitheses profundas entre a organização da familia nas nações europêas, slavos meridionaes, India, Africa central, indigenas da America, Polinesia, continente australiano. A historia desdobra deante de nós a successão multiforme dos povos, de organização familiar não só diversa mas opposta: a familia romana baseada na agnação, a familia oriental dominada pelo pantheismo, etc. A prehistoria não deixa de confirmar o que acabamos de expôr [1].

---

[1] E. Veron, *La Morale,* Paris, 1884, part. IV, cap. I; *Revue mensuelle de l'école d'antropologie,* Paris, 1892, pag. 65 e seg. (art. de Lefèvre); d'Aguanno, obr. cit., pag. 231 e seg.

Se, auxiliados pela psychologia, passamos do estudo organico-juridico da familia á analyse do desenvolvimento dos affectos, chegamos ás mesmas conclusões.

A satisfacção da necessidade genesiaca, transformada e modificada de mil modos, orá sob a fórma dura e bruta, como praticam os mais imperfeitos seres da série zoologica, ora na fórma romantica e artistica idealisada por Michelet, eis o motor principal das diversas organizações familiares.

Não se julgue que todos os organismos são dotados de sexos; ao contrario os sexos apparecem no estado adeantado de desenvolvimento dos organismos; as cellulas organicas e muitos organismos pluri-cellulares são assexuaes; immediatamente encontram-se os hermaphroditas inferiores, cujos individuos possuem, singularmente, os diversos germens necessarios á reproducção, reunindo-se esses germens em epochas determinadas para originar o novo organismo: nos hermaphroditas superiores os diversos orgãos sexuaes são formados e constituidos em pequenas cavidades, oppondo-se a separação d'esses orgãos á sua união no mesmo individuo; realiza-se, pois, a satisfacção da necessidade genesiaca pela copula de dois individuos, conjugando-se os orgãos correlativos. Como adverte Milne Edwards, do hermaphroditismo superior aos organismos sexuados não dista senão um passo, pois que a atrophia de certos orgãos determina o desenvolvimento exclusivo d'outros. A separação dos sexos, observa Épinas, representa um simples progresso da lei da divisão do trabalho.

Mas, que entender por necessidade genesiaca? A necessidade genesiaca é universalmente considerada como expressão da nutrição e crescimento, pois que a reproducção é um excesso de crescimento no individuo, que se manifesta nos organismos inferiores pela segmentação do individuo e nos organismos dotados de sexos, não pela for-

mação d'um individuo como parte destacada do corpo gerador, mas pela formação de cellulas particulares, diversas com a diversidade dos dois sexos, que originam o novo organismo. «O obscuro mysterio da geração sexual, observa Haeckel, encontra-se esclarecido do modo mais simples, e o maravilhoso problema do amor, essa alma do mundo, resolve-se do modo mais correcto. Devemos preterir todos os notaveis apparelhos sexuaes, que se desenvolveram progressivamente nos animaes e vegetaes superiores, sob a influencia da selecção sexual e natural. Tudo se comprehenderá. Originariamente ha duas especies de cellulas: cellulas ovulares femininas e cellulas spermaticas masculinas, que se encontram não em orgãos especiaes, mas isoladamente disseminadas em certos tecidos: as cellulas ovulares pelas cellulas epitheliaes do intestino e as spermaticas pelas cellulas epidermicas da pelle; assim acontece com as gastreades, esponjas e muitos hydroïdes, etc. O *processus* da união sexual limita-se á reunião d'essas duas especies de cellulas, destacadas do organismo polycellular, formando d'este modo um novo organismo, a plastida. A tendencia interna, que é determinada pela affinidade chimica das duas cellulas, reune-as necessariamente. A nova cellula é filha da cellula ovular-mãe e da cellula spermatica-pae: consiste na reunião d'esses dois corpos» [1].

Posteriormente Haeckel demonstra o processo genesiaco na serie zoologica.

E' quasi ocioso, em presença d'estes principios, perguntar se as uniões sexuaes são casuaes ou determinadas, sendo certo que ellas se realisam em determinadas epochas do anno, relacionam-se com certos estados physiologicos e são dominadas pelas condições estheticas. Nas relações

---

[1] Haeckel, *Essais de psychologie cellulaire*, trad. par Soury, Paris, 1880, pag. 58 e seg.

sexuaes encontra-se notavelmente desenvolvido o sentimento da sympathia, que, sem nos demorarmos com a critica de muitas theorias, parece modelar-se pelo typo esthetico formado anteriormente.

A satisfacção da necessidade sexual nos animaes, dotados do poder psychico de representação, determina uma recordação mais ou menos viva dos prazeres experimentados em semelhante momento, recordação que torna mais agradavel a satisfacção da necessidade e faz conceber a possibilidade de a tornar permanente; eis a origem da transformação dos prazeres temporarios em perpetuos, em sentimentos altruistas, ou, melhor, ego-altruistas. Na realidade, todas as dedicações e sacrificios soffridos pelo organismo masculino para sustentar o feminino, soffrer-lhe os caprichos, etc., sendo apparentemente o producto de sentimentos altruistas, constituem na realidade meios indirectos de melhor satisfazer o nosso requintado e naturalissimo egoismo; queremos sempre, em todas as ordens de phenomenos, conservar o objecto da nossa estima, porque isso nos confere e proporciona, ou, pelo menos, proporciona prazer.

Reduzido ás suas proporções organicas o phenomeno da união sexual, determinemos-lhe as condições.

Parece averiguado, apezar das considerações de Letourneau e Darwin, que a principio dominou a promiscuidade, seguindo-se a polygamia, polyandria e monogamia.

A promiscuidade explica-se pela brutalidade do homem, inferioridade physica da mulher e ausencia do conceito de familia.

A apropriação resulta da previsão das vantagens, que ao homem podem advir da domesticação e escravidão de grande numero de mulheres e filhos. A polygamia existe unicamente nos lugares em que o numero das mulheres excede o dos homens e a desigualdade das fortunas permitte a uns adquirir e sustentar muitas mulheres, em-

quanto outros se abstêm completamente. A polyandria suppõe a hypothese contraria. A monogamia exige condições particulares: certa egualdade no numero dos homens e das mulheres, condições sociaes e fortuna dos habitantes do mesmo paiz.

A maior ou menor duração da união conjugal depende do desenvolvimento diverso do poder affectivo, cuja intensidade maxima coincide com a maxima permanencia d'essa mesma união; d'este modo as condições, que favorecem a dynamisação do poder affectivo, concorrem egualmente para a duração da sociedade conjugal.

E' pois incontestavel, que a sociedade conjugal nasce d'uma necessidade biologica, que se transforma em sentimento. D'Aguanno descobre a formação do direito correlativo a este sentimento, no momento em que um conjuge reconhece a necessidade de respeitar a actividade do seu semelhante, para que lhe respeitem a propria. «O direito correspondente ao sentimento conjugal nasce com a introducção do sentimento do justo nos dominios da humanidade, isto é, com o respeito mutuo da actividade individual, coherentemente com as condições de existencia e beneplacito dos melhor organizados; esse sentimento do justo produz no individuo a pretensão de poder actuar nos limites da sua actividade, com o respeito de todos os seus semelhantes. O direito á associação conjugal manifesta-se pela constituição das uniões entre os sexos, de caracter mais ou menos permanente; cada individuo é obrigado a respeitar a mulher do seu semelhante para que lhe respeitem a sua. A partir d'este principio, o direito matrimonial entra no caminho da evolução, que se accentua com o reconhecimento cada vez mais amplo das relações estabelecidas entre os conjuges e entre os progenitores e seus descendentes».

Podemos agora abeirarmo-nos da formação da familia.

A reproducção do individuo para a conservação da

especie, biologicamente, não passa d'um excesso de crescimento; melhor nos convencemos d'este principio analysando as diversas especies de reproducção: *scissiparidade, gemmiparidade* e *germiparidade (partenogenése, ovipara, ovovivipara* e *vivipara).*

Quando n'uma cellula vegetal ou animal, em virtude da formação de novas moleculas organicas, a força de cohesão não é bastante para reunir as moleculas do protoplasma, dá-se o phenomeno da scissiparidade, isto é, a cellula desdobra-se em duas identicas. Esta fórma de reproducção encontra-se nos organismos *unicellulares.*

A *gemmiparidade* consiste na fórma de reproducção por *gommos*, isto é, pequenas proeminencias, que apparecem no organismo gerador; esses *gommos*, desenvolvendo-se, assumem a fórma do organismo gerador e, apenas podem viver *a se,* destacam-se do individuo originario.

Pela *germiparidade* desenvolvem-se no interior do organismo certos *germens,* que não passam d'uma reunião mais ou menos complexa de cellulas organicas, que, seguidamente, por meio de acrescentamento e differenciação das partes, reproduzem o typo d'onde derivaram. E' exclusiva dos animaes superiores esta fórma de reproducção.

Ha diversas fórmas de *germiparidade;* a mais perfeita encontra-se na *vivipara,* a que está sujeita a conservação da especie humana.

O facto da geração determina certos aggregados especiaes de individuos e o desenvolvimento de sentimentos altruistas; na serie zoologica encontramos perfeitamente definidos os antecedentes da sociedade familiar e dos mais elevados sentimentos altruistas, que constituem apanagio da vida familiar. Dos molluscos aos vertebrados inferiores e d'estes até ao homem desenvolve-se gradualmente a vida da familia.

Não se encontra entre os molluscos inferiores o nucleo da vida familiar, porque os ovulos destinados á propagação

da especie são completamente abandonados; os vertebrados inferiores preoccupam-se pouco com a vida do conjuncto; ao contrario, os molluscos superiores, insectos e vertebrados superiores, tornam-se notaveis pelo importante desenvolvimento do sentimento da maternidade.

Não nos deve surprehender o apparentemente mysterioso sentimento da maternidade nos animaes inferiores ao homem; como a biologia ensina, a funcção de reproducção é uma especialisação da funcção de nutrição; o novo ente gerado é uma parte do ente gerador, que elle nutre como a si mesmo; d'este modo a predilecção votada ao novo ser é um acto sympathico, altruista, produzido pela conversão do egoismo.

Assim se comprehende a transformação do elementarissimo sentimento da maternidade, por essencial egoista, no mais elevado dos sentimentos, que vai até á maior das abnegações.

Nos animaes inferiores o sentimento da maternidade não dura muito tempo, ao contrario do que acontece com os animaes superiores e nomeadamente com o homem.

Comprehendem-se facilmente as successivas constituições familiares: o *matriarchato* e o *patriarchato,* a familia materna e paterna.

A convivencia dos filhos com a mãe, diz o citado civilista italiano, especialmente destinada aos cuidados da nutrição e assistencia, constitue a fórma elementarissima da familia, vulgarmente chamada sociedade domestica materna. A constituição da familia é simultaneamente causa e effeito do desenvolvimento dos sentimentos sympathicos, podendo-se affirmar, que a superior organisação da familia é proporcional ao desenvolvimento das faculdades intellectuaes e affectivas, que encontram notavel encarnação na mulher, que sabe ser mãe.

Como já dissemos, a fórma integral da familia apparece com a permanencia da união sexual, compartilhando ambos

os conjuges dos cuidados da prole, mas pertencendo ao individuo masculino, o mais forte, a direcção familiar.

A intervenção do individuo masculino na familia é um facto, embora haja muita divergencia na determinação das causas, que produziram semelhante innovação; uns attribuem-n'a ao desenvolvimento do poder affectivo entre os conjuges produzido pelas necessidades da convivencia; outros ao conhecimento, que o individuo teve das importantes vantagens, que lhe advinham da sociedade formada pela mãe, prole, etc., etc.

Assim se organiza a familia materna e paterna.

Expostos estes principios, que informarão todas as nossas considerações ulteriores, entramos na doutrina propria da segunda parte d'esta introducção.

I

Ainda não se extinguiram completamente os echos ruidosos da polemica suscitada entre nós, a proposito da inserção no codigo civil de certas disposições attinentes a secularisar o sacramento do matrimonio, como então diziam os paladinos da Carta e os defensores do Catholicismo. N'essa polemica terçaram armas espiritos de eleição, como Herculano[1], o visconde de Seabra[2] e D. Antonio da Costa[3], que certamente resgatam o certamen dos profundos golpes

---

[1] A. Herculano, *Estudos sobre o casamento civil*, Coimbra, 1866, 1.ª, 2.ª e 3.ª serie.

[2] Sr. visconde de Seabra, *Duas palavras sobre o casamento*, Lisboa, 1866.

[3] D. Antonio da Costa, *O casamento civil. Resposta ao sr. A. Herculano*, Lisboa, 1865; *O casamento civil perante a carta constitucional. Segunda resposta ao sr. A. Herculano*, 1866.

vibrados pelas *observações* do Marquez de Lavradio [1], *brado catholico* de certo anonymo [2], *algumas palavras* do academico Girão [3] e mais escriptos d'este teor.

N'essas publicações a questão é estudada sob um aspecto muito restricto, como o permittiam as circumstancias contemporaneas. O casamento civil é anti-constitucional? O Christianismo harmonisa-se com essa instituição? O povo portuguez está preparado para receber semelhante innovação? Eis os problemas systematicamente discutidos pelos diversos contendores [4].

Quando, nos trabalhos preparatorios do codigo italiano, se iniciou a mesma discussão no senado, camara e commissão legislativa, o assumpto foi estudado mais scientificamente; identica observação se póde fazer a proposito do codigo de Napoleão. Comprehende-se, de resto, a diversidade de orientação, que presidiu á polemica do ca-

---

[1] Marquez de Lavradio, *Algumas observações sobre o casamento civil*, Lisboa, 1865.

[2] Anonymo, *Brado catholico contra o casamento civil*, Porto, 1865.

[3] Girão, *Algumas palavras sobre o casamento civil*, Coimbra, 1866.

Além das publicações anteriormente mencionadas, viram a luz da publicidade outros escriptos: *Contra a carta do sr. Duque de Saldanha sobre o casamento civil*, por João Bonança; *Carta de Patritius ao sr. Arcebispo Primaz*—I; *O casamento civil e seus adversarios*, por A. N. S. Carneiro; *O casamento civil reprovado pela Carta Constitucional*, por V. da C. Alves Ribeiro; *O casamento civil. Collecção das cartas do sr. V. Ferrer; Considerações sobre o projecto da casamento civil*, por A. Braga; *Representação ao Arcebispo da Bahia*, etc.

[4] Marquez de Lavradio, obr. cit., pag. 3 e seg.; *Brado catholico*, pag. 15 e seg.; A. Herculano, *Primeira serie*, pag. 11 e seg.; *Segunda serie*, pag. 51 e seg.; *Terceira serie, passim*; sr. visconde de Seabra, obr. cit., pag. 6 e seg.; pag. 30 e seg.; D. A. da Costa, *Resposta de 1865*, pag. 5 e seg.; *Resposta de 1866 (passim)*, etc., etc., etc.

No meio de todo o movimento intellectual, houve um escripto que, muito de relance, tocou o nó vital do problema, scientificamente considerado. (João Bonança, obr. cit., pag. 10 e seg.).

samento civil; os orthodoxos nacionaes, explorando um argumento apparentemente serio — a constitucionalidade do instituto — convidavam os seus adversarios para o mesmo terreno e abandonavam a discussão propriamente scientifica do problema; na França e Italia, livres do circulo constitucional, os polemistas cultivaram os elementos scientificos da questão.

Julgamos, por isso, que na interessante bibliographia sobre o *casamento civil* a questão não foi posta no terreno devidamente scientifico, por onde se deveria ter começado, embora ulteriormente fosse indispensavel abordar a constitucionalidade do instituto.

A familia, como phenomeno natural, determina-se pela união dos sexos; já o mostramos anteriormente; como instituição juridica deriva do matrimonio, a união sanccionada por lei. Assim concebida, a familia e o matrimonio são institutos eminentemente civis; em presença do estado o individuo é um simples cidadão [1].

Eis-nos em frente do grande problema, que determina a discussão travada entre orthodoxos e heterodoxos: o matrimonio foi exaltado á dignidade de sacramento da nova lei; á egreja pertence, portanto, intervir na organização d'esse sacramento, que é simultaneamente um contracto [2].

Pelas considerações expostas anteriormente, a proposito do capitulo VIII, não é difficil concluir que o casamento religioso é proprio do periodo theologico; abstemo-nos de insistir em principios anteriormente desenvolvidos e que confirmam o nosso asserto. Em principio, portanto, regeitamos completamente o instituto do casamento catholico,

---

[1] D'Aguanno, obr. cit., cap. IV, pag. 248 e seg.

[2] Marquez de Lavradio, ibid., pag. 3 e seg., *Brado catholico*, pag. 13 e seg.; sr. visconde de Seabra, obr. cit., pag. 9 e seg., etc.

e, portanto, a subscripção de semelhante doutrina pelo codigo civil portuguez.

Muito de proposito insistimos[1] na affirmação d'estes principios, revolucionarios é certo, mas elementos consideraveis de um progresso e ordem social, que não deve vir longe.

Firmados estes principios scientificos, é conveniente concretisar as nossas observações, modifical-as harmonicamente com as condições em que presentemente se encontra a sociedade. A egreja catholica romana existe e, aproveitando-se da decadencia financeira e politica dos estados europeus, dirigida habilmente por um espirito illustrado e contemporisador, representa um poder respeitavel e acatado por quasi todas as potencias do seculo vigente. Admittida semelhante situação, como deverá proceder o legislador?

Se a discussão philosophica, a que nos referimos precedentemente, é importante, pois que as ideias devem orientar os movimentos sociaes, a resposta a esta ultima pergunta não é de menor ponderação, attendendo-se a que os codigos regulam relações sociaes determinadas pela realidade dos factos.

Ou se admitta a *theocracia,* ou o *cesarismo,* ou o *regimen concordatario,* ou ainda o *systema da egreja livre no estado livre,* será difficil deixar de reconhecer, no presente momento historico, a distincção entre as duas espheras d'acção: ecclesiastica e civil[2].

A confusão do elemento juridico e religioso é propria das sociedades primitivas; com a transformação das crenças religiosas e desenvolvimento da liberdade começou de appre-

---

[1] Vid. pag. CLVI e seg.

[2] *I due matrimoni civile e religioso nell'odierno diritto italiano* (let. di Gabba all' avv. Mosca) Pisa, 1876, pagg. 110-156.

hender-se a verdadeira funcção do direito, distincto da religião [1].

Esta distincção entre o poder espiritual e temporal, argumentava um polemista de 1865 [2], propria da natureza das coisas, tem uma razão de ser. Ensinando as ideias fundamentaes da verdade e da moral, a religião apresenta principios, que podem e devem ser observados pelos povos de todos os logares e de todos os tempos. Não se dá, porém, o mesmo na sociedade humana, onde a ordem de interesses e de coisas, por tantos e tão variados motivos, é diversa.

Na ordem civil deve superintender o estado, sómente o estado; pertence-lhe, portanto, providenciar sobre o casamento. E não se diga, que o casamento não é um instituto eminentemente civil; todos concordam, continúa o mesmo polemista [3], em que o casamento, tendo por fim propagar a raça humana, é o facto que mais interessa á sociedade: é, portanto, esta, que deve ter a maior sollicitude na conservação de si mesma, quem o deve legalizar.

Com razão Vadalà-Papale [4], Enrico Cimbali [5], d'Aguanno [6] e quasi todos os publicistas independentes celebram semelhante instituição como uma das mais brilhantes conquistas do nosso seculo.

Conquista preciosa da civilização moderna e reivindicação solemne do poder laical contra o centralizador poder da egreja, assim se apresenta o instituto do matrimonio civil. Esta instituição representa a consequencia e a expressão d'um principio importante, assim enunciado pelos publi-

---

[1] D'Aguanno, obr. cit., pag. 249.
[2] J. Bonança, obr. cit., pag. 10 e seg.
[3] Auct., obr. e loc. cit., pag. 12 e seg.
[4] Auct. e obr. cit., pag. 51 e seg.
[5] Enrico Cimbali, *La Nuova Fase* cit., part. II, cap. III, n.º 61 e seg.
[6] Auct. e obr. cit.

cistas: ao estado, como orgão supremo e unico da soberania nacional, pertence por natureza o elevado officio de governar e dirigir, nas suas variadas manifestações, a actividade externa dos individuos. Ora, entre as manifestações importantes da actividade individual surge o matrimonio civil, que, embora seja um contracto *sui generis*, é sempre um contracto.

A' intelligencia perspicaz e engenhosa do Aquinatense não escapou a distincção entre os elementos civil e religioso do matrimonio: *matrimonium, in quantum est officium naturae, statuitur lege naturae; in quantum est sacramentum, statuitur jure divino; in quantum est officium communitatis statuitur jure civili* [1]; como, porém, sómente ao *estado* pertence regular a actividade individual nas suas manifestações exteriores, a elle compete por exclusivo regular officialmente o contracto do matrimonio.

A distincção metaphysica de Santo Thomaz foi reproduzida entre nós por todos os catholicos e defensores da carta, a proposito da discussão do projecto do sr. visconde de Seabra [2]. Se não admittimos, pelas razões expostas, a distincção, fundamentalmente theologica, tambem não reduzimos o casamento ás limitadas proporções d'um contracto, como outro qualquer.

Subscrevemos o pensamento de d'Aguanno: o matrimonio não é um simples contracto, como outro qualquer, pois que origina relações juridicas permanentes, que não só interessam aos individuos contrahentes, mas á sociedade inteira; não é possivel sujeital-o ás regras communs dos contractos. Pelo matrimonio nascem vinculos affectivos entre os que se unem, vinculos de caracter ethnico, pois

---

[1] S. Thomas, *Summa contra gentiles.*

[2] Marquez de Lavradio, obr. e loc. cit.; *Duas palavras sobre o casamento pelo redactor do codigo civil*, pag. 7 e seg. etc.; Enrico Cimbali, obr. e loc. cit., pag. 79.

dirigem-se ao melhoramento do individuo, ao bem estar social. O matrimonio determina a prole e, com esta, relações intimas entre os progenitores e os descendentes, relações bem diversas das provenientes dos restantes contractos, pois não podem scindir-se pela vontade das partes, nem prescrever pelo decurso dos seculos. A communidade de sangue entre o progenitor e os descendentes é um facto biologico, subtrahido ao arbitro individual.

Na realidade, a familia, tendo por fim tambem a educação dos homens para a vida social, sendo na bella phrase de Cicero *principium urbis et quasi seminarium reipublicae*[1], deve constituir-se de modo a não prejudicar os fins da vida em sociedade; convém, pois, que o estado cerque de providencias um acto tão importante, d'onde depende a prosperidade ou o retrocesso da civilização.

Para que se consiga esse desideratum, o legislador considerará o matrimonio como um instituto eminentemente civil: em frente do estado o individuo é um cidadão.

Qualquer individuo é livre de liberdade de pensamento e consciencia, relativamente ás crenças que deseje professar, desde o momento em que não offenda as leis civis; mas o estado não deve revestir funcções sacerdotaes para violentar, talvez, a liberdade em qualquer das suas manifestações. É, por isso, que a doutrina do casamento civil parece ter entrado definitivamente na consciencia universal, principalmente depois que as condições da sua existencia e as normas reguladoras do seu organismo, relativamente aos effeitos derivados, são estrictamente determinadas pela lei civil[2].

---

[1] Cicero, *De officiis*, liv. I, cap. XVIII.

[2] Portalis, *Exposé des motifs;* vid. Locré, *Legislation civile, commerciale et criminelle de la France*, Paris, 1827, tom. II, n.os 4 e segg.; Pisanelli, *Relazione sul primo libro del progetto di cod. civile*, § 4.º, pag. 6 e seg.

Deve começar a lei por estabelecer as condições necessarias para contrahir o matrimonio; essas condições harmonizar-se-hão com a maxima invariabilidade e permanencia contractual, sem desprezar os preceitos da hygiene e os principios da moral; ao estado convém egualmente que a nova geração seja robusta e moral.

Assim é que, prohibido o matrimonio entre os que ainda não attingiram certo desenvolvimento (art. 1073.º, n.º 4.º), deveria ser tambem prohibido entre os affectados de graves molestias hereditarias, a tuberculose, a syphilis e outros especimens pathologicos, que geram uma prole debil e enferma, causa de decadencia organica da nossa raça, extremamente desorada[1].

Com muita razão é prohibido o casamento entre pessoas ligadas pelo vinculo do parentesco (art. 1073.º, n.ºs 1.º-3.º); a sciencia demonstra a infelicidade das uniões entre consanguineos, manifestada claramente nos filhos debeis, torturados por toda a especie de enfermidades congenitas: cegueira, surdo-mutismo, cretinismo, loucura, etc.

De resto, estas uniões prohibem-se para não se estabelecerem, com grave desdouro da familia, entre pesssoas ligadas previamente por outros laços affectivos.

Prohibem-se tambem os matrimonios entre pessoas, uma das quaes tenha attentado contra a vida do marido da sua consorte (art. 1058.º, n.º 4.º), porque em certos casos seria incitamento a novos crimes.

Finalmente a lei permitte o casamento aos menores, em certas e determinadas condições, para circumdar do devido respeito o contracto matrimonial (artt. 1058.º, n.º 1.º e 1060.º) etc., etc.

---

[1] N'um capitulo ulterior desenvolveremos este pensamento, a fim de propormos uma modificação importante ao artigo 1073.º do codigo civil.

Deverá o matrimonio celebrar-se com a maxima publicidade (artt. 1075.º, 1076.º, 1077.º, 1078.º e 1081.º), não só pela importancia intrinseca de semelhante contracto, mas tambem para que os interessados possam declarar os impedimentos legaes, que acaso conheçam (art. 1077.º).

Abstemo-nos de enumerar mais condições; as expressas patenteam bem que só o estado póde desempenhar semelhantes attribuições.

Em summa: o matrimonio deve ser contrahido civilmente; em seguida os contrahentes sanctifical-o-hão, como melhor entenderem, em harmonia com os ritos das religiões que professarem [1].

Contra esta doutrina insurgem-se as tradições de um passado secular, o sentimento offendido da consciencia humana, acostumada a contemplar no matrimonio um instituto collocado sob a protecção official do céo, consagrado pelo verbo, tanto mais solemne quanto incomprehensivel, do sacerdote, cercado de uma aureola de religiosidade e de mysterio.

Dentro dos limites d'esta introducção encontram-se elementos para pulverisar essa objecção formulada quotidianamente; entretanto, attenta a importancia da doutrina que sustentamos, julgamos conveniente insistir na vindicação de uma theoria, que julgamos fundamental sob o ponto de vista da sociologia.

Enrico Cimbali [2], o illustre professor da universidade de Roma, analysa com uma proficiencia indiscutivel as duvidas emergentes, criticando-as de tal modo, que não nos poupamos o prazer de synthetisar as suas judiciosas considerações.

---

[1] D'Aguanno, ibid., pag. 249; Cimbali, obr. cit., pag. 81 e seg.; Gabba, obr. cit., pag. 157 e seg.

[2] Auct. e obr. cit., pagg. 81-93.

a) E' notavel como as sociedades, familiar e politica, atravessaram identico periodo de theologismo: ambas foram julgadas de origem divina: *omnis potestas a Deo; per me reges regnant. Hoc nunc os ex ossibus meis, et caro de carne mea: ... Quamobrem relinquet homo patrem suum et matrem, et adhaerebit uxori suae: et erunt duo in carne una*[1]. E comprehendem-se de resto os motivos, que determinaram semelhantes concepções; o unico freio, capaz de conter n'uma epocha primitiva os naturaes desregramentos do homem no convivio social, é a ideia de um Deus justiceiro encarregado de premiar as boas conductas e castigar as transgressões da lei. Estudando-se imparcialmente esta organização social e familiar, indiscutivelmente inferior ao regimen da força moral, nem por isso a deixaremos de elogiar pelas vantagens que offerece, comparando-se sobretudo com o dominio absoluto da força bruta, como elemento organizador das mencionadas sociedades.

b) Em virtude da evolução, o principio espontaneo da liberdade, que substitue o principio rispido da auctoridade, determina as novas sociedades politicas, ao mesmo tempo que transforma a sociedade familiar. A vida familiar e social acaba por depender unicamente da vontade dos contrahentes, isto é, da celebração de um contracto.

E não hesitemos deante do contracto applicado á organização familiar e politica; além do *contracto social* de Rousseau, erigindo o arbitrio do homem em factor organico d'essas duas sociedades, existe a synthese genial dos dois elementos: *organismo* e *contracto*, integrada por Alfred Fouillée na fórmula *organismo contractual*. A liberdade contractual, como diz Cimbali, tem uma importancia relativa; a sua vontade determina-se livremente, isto é,

---

[1] Gen. II, 23-24.

conscientemente, segundo as necessidades naturaes, que actuam por espontaneidade, não possuindo entretanto a faculdade de as modificar substancialmente.

c) Estabelecido que a liberdade é a manifestação consciente da necessidade, é certo que os contrahentes celebram ou não o matrimonio, conforme a dynamica dos motivos. Se é indiscutivel a liberdade da resolução, não succede assim com as condições e deveres do matrimonio; individualmente considerado póde ser contrahido ou não; socialmente, porém, attendendo aos fins que o determinam — a reproducção individual — obedece a inadiaveis preceitos de necessidade social.

d) O matrimonio desempenha tambem uma funcção social, do mesmo modo que satisfaz certas exigencias individuaes: a ideia de convenção não prejudica o caracter funccional, como a ideia de liberdade se concilia com a de necessidade; estes termos, que ha alguns seculos se consideravam inimigos irreconciliaveis, conceitos antinomicos, são integrados pelos ultimos progressos da civilização; o homem social opera com espontaneidade consciente, do mesmo modo que o individuo separado do convivio social.

e) Já anteriormente sustentamos que o matrimonio era um contracto *sui generis,* attentas algumas propriedades que o acompanham essencialmente. Para muitos esta doutrina é insustentavel, pois carrearia a reducção naturalista do sacramento social por excellencia e alteraria o caracter ethnico do mesmo instituto. O proprio Pisanelli[1] sentia certa repugnancia em acreditar no caracter contractual do matrimonio.

Semelhante repugnancia comprehende-se, de resto; o matrimonio foi durante muitos annos um instituto divino, emquanto a fórma contractual parecia eternamente desti-

---

[1] Pisanelli, *Relazione sul primo libro del progetto di codice civile* cit.

nada a garantir simples relações de interesse patrimonial. E, entretanto, se a verdadeira natureza do matrimonio parece estar scientificamente demonstrada, a identidade de elementos no contracto matrimonial e mais contractos não affronta o caracter ethnico do instituto matrimonial.

f) A acção da lei sobre os contractos é dupla: 1) tutela da liberdade, 2) limitação da mesma faculdade. A tutela effectiva-se pela determinação e garantia das condições necessarias ao desenvolvimento do consentimento das partes, prohibindo a intervenção de qualquer elemento perturbador d'esse mesmo consentimento, e pela imposição da obrigação ás partes contrahentes, de observarem escrupulosamente todas as consequencias derivadas do contracto, que deve constituir lei entre as proprias partes. Como se vê, a tutelar intervenção da lei é apenas extrinseca, porque se refere exclusivamente ás condições e execução do contracto.

A intervenção da lei, como limitação da liberdade, extende-se á determinação do conteúdo do proprio contracto; como é facil de reconhecer, semelhante funcção legal comprehende sómente os contractos, que involvem relações de ordem geral; em nome dos interesses sociaes apparece a intervenção da lei, definindo o conteúdo do contracto.

Esta dupla intervenção se descobre nos contractos patrimoniaes, pessoaes e sociaes. Contracto patrimonial é o que tem por objecto o mundo externo, a natureza, os agentes naturaes, entidades inanimadas destituidas da dignidade pessoal, mas susceptiveis de se transformar em *bens*.

N'estes contractos intervém geralmente a lei, definindo, em harmonia com a natureza das coisas contractadas, as condições contractuaes, e assegurando o normal cumprimento das clausulas do contracto. Tambem desempenha importante funcção juridica, limitando mais ou menos directamente o objecto do contracto, conforme se relaciona

mais ou menos immediatamente com o interesse geral. São frequentes no nosso codigo as disposições relativas ás condições dos contractos, ás suas formalidades (artt. 1250.º, 1320.º, 1321.º, etc.) e perfeito cumprimento das obrigações contrahidas.

Em conclusão: o contracto civil, chamado matrimonio, deve inserir-se no codigo despido d'outros quaesquer elementos.

Do que deixamos dito anteriormente, resalta subito uma conclusão: no codigo civil não deve apparecer a menor influencia do elemento religioso; o matrimonio é um instituto civil, que deve ser habilmente regulado pela lei civil; votamos, portanto, a eliminação dos artigos 1057.º, 1069.º, 1070.º e 1071.º, a substituição da epigraphe da secção II por uma fórmula mais simples e harmonica com o criterio demonstrado e finalmente a remodelação d'este capitulo do codigo afim de não se apresentar um apontoado de incoherencias lamentaveis.

Comprehende-se bem a determinante d'estas incoherencias. No projecto primitivo o sr. visconde de Seabra (proj. primit., art. 1113.º), influenciado pela exegese corrente do artigo 6.º da Carta Constitucional, integrava na noção de matrimonio os dois elementos: ecclesiastico e civil; é claro que todo o restante capitulo se encontrava harmonicamente redigido com este criterio mixto, de conciliação. A commissão revisora (proj. da com., de 1863, art. 1086.º) conservou a definição do projecto primitivo; porém, no seu projecto de 1864, apparece outra orientação, eliminando-se do conceito de casamento o elemento religioso.

Semelhante fluctuação de ideias no seio da commissão determinou a apresentação ao parlamento de um systema contrario ao do projecto primitivo e ao da commissão revisora de 1863. A secularisação do casamento não agradou aos catholicos, que sahiram a campo, organizando-se a

campanha a que nos referimos anteriormente. A tal ponto subiu a irritação que o governo julgou mais prudente ceder apparentemente algum terreno aos catholicos, mandando inserir o artigo 1057.º

De proposito dissemos *apparentemente,* porque a prohibição imposta ao official do registo civil de interrogar previamente os nubentes ácerca da sua religião (art. 1081.º) permitte aos catholicos casar civilmente contra a disposição expressa no artigo 1057.º, cujo alcance doutrinario é habilmente illudido.

II

Um passo però obliga l'altro, disse Vadalà-Papale[1] ao fazer a transição do casamento civil para o divorcio. Commentando a phrase do publicista italiano, diremos tambem que o casamento civil reclama a remodelação do artigo 1056.º, em harmonia com o instituto do divorcio.

A bibliographia do divorcio é importante; desde que Alfred Naquet, deputado da extrema esquerda, apresentou em 1876, na tribuna da camara franceza, as suas ideias divorcistas, até aos nossos dias, appareceram innumeras publicações, sustentando a indissolubilidade do vinculo matrimonial ou a sua dissolubilidade, realisadas certas condicções mais ou menos anormaes.

Como adiante verificaremos, o actual estado da sciencia exige o instituto do divorcio; entretanto, para não sermos acoimados de excessivamente theoricos, julgamos importante demonstrar a formação historica de tão notavel instituto.

---

[1] Auct. e obr. cit., pag. 52.

N'este processo somos precedidos por Emilien Combier[1] e Ternovéano[2], que nos auxiliarão n'esta digressão historica.

Principiamos pelo oriente, porque estamos convencidos da verdade do orientalismo: do oriente veio a grande civilisação; os argumentos levianos de Jacolliot não prejudicam o valor da these elaborada com os trabalhos de Burnouf, Max-Müller, Renan, Havet, etc.

Na China existia o divorcio, que podia ser requerido pelos seguintes fundamentos: *a*) impossibilidade de conviver com o avô e avó; *b*) esterilidade; *c*) conducta ou palavras licenciosas; *d*) enfermidades repellentes da mulher; *e*) calumnias levantadas pela mulher contra o marido; *f*) intemperança de linguagem; *g*) roubo ao marido[3].

O divorcio tambem existe no Japão; em 1872 foram encarregados dois professores da faculdade de Paris, Bousquet e Boissonnade, de redigir um projecto de codigo para o Japão; esse projecto, que saibamos, não chegou a apparecer, e, se appareceu, não foi convertido em lei: referir-nos-hemos, portanto, ao que se encontra consagrado pelos costumes.

O divorcio existe no Japão; mas, consegue-se difficilmente, sobretudo havendo filhos, que ficam sob a protecção do marido; a mulher volta á sua familia natural e póde casar novamente. A experiencia mostra, que as segundas nupcias são rarissimas. E' isto o que se nos offerece dizer a respeito da organisação da familia no Japão, que, devemos confessal-o, é imperfeitamente conhecida[4].

---

[1] Emilien Combier, *Du divorce*, Thèse pour le doctorat, Paris, 1880.

[2] Ternovéano, *De la dissolution du mariage en droit romain*, Paris, 1881.

[3] Gützlaff, *Histoire de l'empire chinois;* Unger, *Die Ehe in ihrer welthistorischen entwicklung;* F. Davis, *The chinese*, Londres, 1836.

[4] *Revue des Deux-Mondes*, juillet, 1875, art. de Bousquet sobre *Les moeurs et le droit au Japon.*

O codigo de direito privado indiano encontra-se no VII e VIII livro das leis de Manu; no livro IX enumeram-se as seguintes causas de divorcio: *a*) violencia ou fraude no matrimonio; *b*) molestia incuravel; *c*) aborto voluntario; *d*) sacrilegio; *e*) ausencia demorada do marido no extrangeiro. Além d'estas causas de divorcio, encontra-se: *f*) o adulterio; e *g*) a esterilidade.

A historia refere o nome de um rei indiano, que tentou supprimir o divorcio; a sua intenção, porém, produziu tão insignificantes resultados sociaes, que apenas se conhece pelo monumento erigido em honra de Agra [1].

Não se pensava de modo completamente diverso na Persia, onde o divorcio se obtinha nas tres hypotheses seguintes: *a*) se a mulher provasse que o marido respectivo não a podia sustentar; *b*) se elle tentasse satisfazer ou satisfizesse, a despeito da sua recusa formal, sensualidades depravadas; *c*) se affirmasse debaixo de juramento a impotencia marital [2].

Na Chaldea, Thracia e Babylonia apparece o divorcio, mais ou menos limitado ao marido: isto é, só o marido tinha o direito de repudiar a mulher. O mesmo diremos de Carthago e do Egypto [3].

Havia tambem o divorcio na Grecia: em Athenas era de facil realização, quando exigido pelo homem. Na cidade de Sparta sómente o adulterio podia determinar o divorcio [4].

Na Judêa a lei Moysaica permittia o divorcio, devendo este preceito considerar-se como lei policial; d'outro modo não se comprehende o Deut. (XXIII, 1-4), o capitulo XIX de S. Matheus, algumas passagens de S. Jeronymo [5], S. João

---

[1] *Leis de Manu*, III, 175; IX, 77, 83, etc.

[2] *Zend-Avesta*, III, 230; René Perrin et Edouard Gautier, *La Perse*.

[3] E. Combier, obr. cit., pag. 16 e seg.

[4] Ibid., pagg. 17-19.

[5] Sobre o cap. V de S. Matheus.

Chrysostomo[1], propheta Malachias[2], umas alineas do Talmud[3], etc. Havia, como é incontestavel, duas escholas de interpretação das causas do divorcio: Hillel reputava causa do divorcio o menor desgosto, que a mulher causasse ao marido: *aliqua foeditas;* Schamaï só considerava causa de divorcio um delicto determinado: *propter aliquam foeditatem.* Interpretavam, em conclusão, de modo diverso a phrase *aliqua foeditas.* Depois da dispersão dos judeus era dificil realizar-se o divorcio; a redacção do libello de repudio só podia ser feita em lingua chaldaica, na presença de sabios rabbinos, duas testemunhas e dez pessoas pelo menos[4].

O divorcio em Roma variou bastante com as successivas phases da nação; distinguiremos tres periodos perfeitamente differenciados: I) Romulo a Augusto; II) Augusto a Constantino; III) Constantino a Justiniano[5].

No primeiro periodo, que vae de Romulo a Augusto, já existia o divorcio; attesta-o Plutarco, que enumera as seguintes causas: *a*) attitude da mulher contraria ao marido; *b*) falsificação de chaves; *c*) preparação de veneno; *d*) adulterio; *e*) embriaguez[6]. Costuma citar-se Dyonisio de Halicarnasso para contradictar a opinião de Plutarco, quando é certo que os dois historiadores se harmonizam sem grave difficuldade[7].

No segundo periodo tambem dominou o divorcio, que se podia realizar pelos fundamentos mencionados, a proposito do primeiro periodo, mais os seguintes: *f*) captiveiro

---

[1] Homilia XII.

[2] Propheta Malachiae, II, 15.

[3] *Agada,* cap. do *Sanhedrin,* fol. 22 (v. franceza).

[4] José Salvador, *Histoire des institutions de Moyse et du peuple hébreu,* Paris, 1862, tom. II, cap. IV, pagg. 166-171.

[5] E. Combier, obr. cit., pagg. 29-36.

[6] Ibid.

[7] Ibid.

no campo inimigo; *g*) ausencia do marido; *h*) impotencia do marido; *i*) loucura de qualquer dos conjuges[1].

No terceiro periodo ha estadios diversos, como é facil verificar; Constantino, pela Constituição do anno 331, reconhecia estas causas do divorcio: *a*) a mulher repudiava o marido culpado de homicidio, violação de sepultura ou magia; *b*) o marido enviava a mulher adultera, dada a mexericos ou a maleficios[2]. No anno 337 permittiu Constantino o divorcio á mulher do soldado, que tivesse desapparecido, sem dar noticia de si nos ultimos quatro annos[3]. Os imperadores Honorio e Theodosio, incarnando a revolta dos espiritos contra as restricções divorcistas impostas por Constantino, reconheceram a partir de 421 tres especies de divorcio: *a*) divorcio sem causa legitima; *b*) divorcio *ob mores*; *c*) divorcio *ob crimen grave*[4]. Theodosio, o Moço, embora tivesse inserido no seu codigo em 438 a Constituição dos dois imperadores, abrogou-a no anno seguinte, restaurando as antigas leis, que facilitavam o divorcio[5]. Por ultimo os imperadores Theodosio e Valentiniano III voltaram ao direito de Constantino e designaram as causas de divorcio; a mulher tem direito a divorciar-se do marido pelos fundamentos seguintes: *a*) adulterio; *b*) homicidio; *c*) envenenamento; *d*) conspiração contra o estado; *e*) falsidade; *f*) violação de tumulos; *g*) roubo de objectos sagrados nas egrejas; *h*) roubo; *i*) deposito de roubo; *j*) subtracção de gado; *k*) venda de homem livre; *l*) admissão na casa conjugal de mulheres de vida reprehensivel; *m*) attentado contra a sua vida por meio de ferro, veneno ou qualquer outro meio; *n*) ultrages indignos de

---

[1] E. Combier, pagg. 50-80; L.L. 1, 6. D. *de divortiis.*

[2] Cod. Theodos., L. 1, *de repudiis;* E. Combier, ibid.; pag. 81 e seg.

[3] C. *de repudiis,* L. 7; E. Combier, ibid., ibid.

[4] Cod. Theodos., L. 2, *de repudiis.*

[5] Selden, *De uxore hebraica,* liv. III, cap. XXVIII.

um ingenuo. O marido póde repudiar a mulher invocando estes pretextos: *a*) adulterio; *b*) homicidio; *c*) envenenamento; *d*) conspiração contra o estado; *e*) venda de pessoa livre; *f*) violação de tumulos; *g*) roubo de objectos de egreja; *h*) deposito de roubo; *i*) attentado contra a sua vida; *j*) falsidade; *k*) o facto de se assentar á mesa com extranhos; *l*) noite passada fóra de casa sem motivo justificado; *m*) assistencia aos jogos sem permissão do marido; *n*) tentativa contra o marido [1].

Justiniano acceitou em principio a doutrina de Theodosio e Valentiniano III, accrescentando ás mencionadas causas do divorcio intentado pela mulher: *o*) impotencia do marido em certas circumstancias; *p*) vergastada na mulher; mais tarde tambem conferiu ao marido o direito de dissolver o matrimonio: *o*) banho da mulher em companhia de extranhos: *cum viris libidinis causa; p*) aborto da mulher por industria propria ou alheia; *q*) expresso desejo da mulher repudiar o marido e escolher outro esposo: *alium maritum sibi conata fuerit* [2].

Influenciado pelo Christianismo, Justiniano restringiu as causas do divorcio, limitando-as ás seguintes hypotheses: *a*) conspiração contra o estado; *b*) adulterio; *c*) attentado contra a vida do marido; *d*) jantar com extranhos, *nollente viro; e*) abandono do domicilio conjugal sem licença prévia; *f*) frequencia de espectaculos sem permissão do marido ou contra sua vontade.

Concluindo: em todas as epochas da existencia de Roma dominou o divorcio. Nos ultimos dias da vida do imperio romano, as successivas columnas de barbaros, que o norte dispersou pelas regiões do sul, transformaram de *fond en comble* a existencia do povo-rei. Entre os barbaros dominaria o divorcio?

---

[1] Constit. 449, *de repudiis*, L. 8, liv. v, tit. xvii.

[2] Nov. 22, cap. xviii.

Os gaulezes admittiam o divorcio, de que todavia não abusaram; os germanos, inclinando-se nos seus primordios pelo principio da indissolubilidade, modificaram a sua pratica ao contacto da civilisação romana; entre os burgonhoes, o adulterio, a violação das sepulturas e a magia determinavam o divorcio; os lombardos restringiam as hypotheses do divorcio ao adulterio; os godos regiam-se por um edicto de Theodorico, que subscrevia a Constituição de Constantino; não procederam de modo diverso os wisigodos, pois que, em virtude das leis de Eurico I, a mulher podia ser repudiada pelo adulterio; entre os francos praticava-se o divorcio com a maxima facilidade, independentemente de qualquer condição ou formalidade.

Que diremos? Achava-se tão generalisada a pratica do divorcio, que aos primeiros alvôres do imperio christão na Gallia, após a conversão de Clovis, a egreja julgou prudente contemporisar: divorciaram-se Theodeberto (535), Chilperico (564), Gontran (565), Cariberto (565), Dagoberto I (629), Pepin (768), Carlos Magno. Só em 774 Pepin, o Breve, reconheceu e proclamou o principio da indissolubilidade[1].

Decerto ninguem contestará que a experiencia, relativamente ao tempo e paizes percorridos, é divorcista; analysemos, embora muito rapidamente, a experiencia das diversas nações, subordinando este estudo ao criterio ethnographico.

A raça anglo-saxonia é divorcista; a Inglaterra e os Estados-Unidos da America do Norte confirmam a nossa doutrina.

Apezar da opinião em contrario de Alfred Naquet[2], já existia o divorcio na Inglaterra antes do *divorce act* de

---

[1] E. Combier, obr. cit., pag. 107 e seg.

[2] Alfred Naquet, *Le divorce*, 2.ª ed., Paris, cap. x, § 4.º, pag. 225.

1857; na realidade, em seguida ao rompimento de Henrique VIII, uma commissão foi incumbida de rever as leis ecclesiasticas; um capitulo d'essa revisão intitula-se *reformatio legum ecclesiasticarum* e regula o divorcio, reconhecendo duas especies de separação: divorcio *a vinculo* e *malicions desertion*. O processo celeberrimo do marquez de Northampton (1548) e as constituições ecclesiasticas de 1597 confirmam a nossa doutrina e corrigem a affirmação inexacta de Naquet. Entretanto, deve-se ao *divorce act* de 1857 uma reforma notavel da doutrina legal sobre divorcio. O marido póde fundamentar o divorcio no adulterio da mulher, que por sua vez tem o direito de invocar o incesto, bigamia, rapto, sodomia, adulterio em determinadas condições, etc.[1].

Nos Estados-Unidos da America do Norte tambem existe o divorcio; as causas do divorcio variam de estado para estado e a sua organisação não é a mesma em toda a federação; por isso abstemo-nos de synthetisar o que se encontra disperso pelos auctores, que se occupam d'esta materia[2].

A raça germanica pratica o divorcio com mais ou menos latitude; a Allemanha, Hollanda, Suissa, Austria e Hungria são outros tantos argumentos a favor da nossa opinião.

Não procede de modo diverso a raça scandinava (Dinamarca, Suecia, Noruega), slava (Russia), slava meridional e oriental (Montenegro, etc.).

. . . . . .

Mas, é escusado completar semelhante esboço; decididamente a historia favorece a nossa these.

---

[1] E. Combier, obr. cit., pagg. 300-309; Alfred Naquet, obr. cit., pagg. 222-225; Glasson, *Le mariage civil et le divorce dans les différents pays de l'Europe*, pag. 95; *Stéphen's commentaries*, tom. II, pag. 280.

[2] Auct. e obr. cit.

Como já tivemos ensejo de dizer, o matrimonio é um organismo, que deve existir emquanto possuir as correlativas condições de vida. A indissolubilidade matrimonial impõe-se, attenta a indole da familia e a funcção social desempenhada por instituto tão importante. Se assim não fôsse, as duas moleculas, homem e mulher, não se integrariam convenientemente, n'um orgão normal destinado á conservação da especie humana.

Póde, entretanto, acontecer, que uma das unidades moleculares ou mesmo as duas unidades moleculares se apresentem incapazes de desempenhar a funcção conveniente; d'esse modo a sua união forçada incommodaria os esposos, a prole e a propria sociedade. Além da morte, portanto, devem admittir-se certas causas de dissolução matrimonial.

Deve existir, porém, a maxima prudencia em demarcar os termos d'essa dissolução; o matrimonio, como dissemos, é um contracto *sui generis*, de immediato interesse social; não póde ser dissolvido, porém, arbitrariamente, a mutuo contento dos conjuges, porque a sociedade, directamente interessada, não o permitte; não se concebe a diminuição arbitraria d'um orgão no organismo animal e o matrimonio exerce uma funcção social. Mas, ha hypotheses determinadas pelo delicto, infidelidade, vicios profundos e incuraveis, aversão completa e invencivel, producto de causas graves e permanentes, que impossibilitam o orgão-matrimonio de desempenhar a sua funcção; n'essa hypothese convém amputar o orgão; essa operação, que o divorcio realisa, impõe-se como acto elevado da mais escrupulosa moralidade social.

Antes de mais nada convém estabelecer dois principios, que devem informar a legislação divorcista: *a*) entre as causas de divorcio não se deve mencionar o mutuo consentimento e a incompatibilidade de caracter dos dois esposos; *b*) não se deve permittir ao conjuge culpado o

direito de requerer o divorcio: seria muitas vezes premiar o crime.

Em virtude d'estas considerações julgamos necessario introduzir no codigo civil portuguez o instituto do divorcio.

III

Propomo-nos demonstrar a necessidade de remodelar o artigo 1073.º do codigo civil portuguez em harmonia com os progressos da sciencia, introduzindo na serie dos impedimentos dirimentes a nullidade do casamento, contrahido por nubentes affectados de certas molestias hereditarias, que a medicina ainda não conseguiu debellar completamente, a tuberculose e tantas outras.

Para que a nossa modificação não pareça inutil prurido de coarctar nos moldes modernos, ás vezes inconsistentes, a theoria dos impedimentos dirimentes, necessitamos de demonstrar a funcção da hereditariedade; seguidamente ultimaremos este estudo vindicando semelhante innovação e propondo um additamento ao artigo 1073.º

Todos os biologos e sociologos admittem a hereditariedade, discutindo apenas a sua extensão e intensidade; não ha um unico publicista em nossos dias, que deixe de prestar o seu assentimento á força da hereditariedade; entretanto, poucos escriptores são coherentes até ao ponto de acceitar incondicionalmente quantos corollarios contém essa fórmula.

Propondo-nos evidenciar a força da hereditariedade, collocar-nos-hemos indifferentemente no terreno da biologia ou da sociologia; ou se considere a sociologia uma sciencia distincta da biologia, que estuda phenomenos completamente differenciados, ou um simples appendice, um com-

plemento da biologia, ninguem contestará a intima semelhança dos phenomenos bio-sociaes[1]. Esta solução prévia será confirmada mais uma vez ao surprehendermos a hereditariedade no terreno bio-social.

Frequentemente confunde-se hereditariedade com herança, e, entretanto, separam estas duas noções os elementos melhor especialisados: hereditariedade é a força de transmissão, a faculdade que têm os organismos de transmittir por via de reproducção as qualidades respectivas aos seus descendentes; herança é o exercicio real d'essa faculdade, a transmissão effectiva. Incontestavelmente, occupamo-nos da hereditariedade; defendendo a innovação mencionada em virtude da herança dos descendentes, implicitamente admittimos a hereditariedade.

Herbert Spencer[2] e Häeckel[3] demonstram a mesma these, empregando aquelle argumentos biologicos e Häeckel considerações sociaes, de indiscutivel alcance; como se trata de phenomenos observados e observaveis esforçar-nos-hemos por escolher os factos mais incisivos, que se encontram dispersos pelos diversos auctores.

a) Entre as monstruosidades hereditarias, diz Häeckel, o augmento ou diminuição dos dedos merece particular importancia. Encontram-se familias, cujos individuos offerecem seis dedos em cada mão, durante muitas gerações; é notavel o exemplar Gratio Kelleia, que transmittiu a sua

---

[1] Além dos trabalhos de Augusto Comte, Herbert Spencer, Häeckel, Littré e tantos outros, que consumiram a vida a observar as relações entre a biologia e a sociologia, devemos citar um interessante estudo de Antonio Pinto de Mesquita sobre este assumpto: *Caracteres que separam, logica e doutrinalmente, os phenomenos sociaes dos phenomenos biologicos*, artigo inserto no *Estudo sociologico*, Coimbra, 1880, pag. 26 e seg.

[2] Herbert Spencer, *Principes* cit.

[3] Häeckel, *Histoire* cit., trad. par Letourneau, Paris, 1884, 13.me leçon, pag. 128 e seg.

disformidade a muitos dos seus descendentes. Struthers apresenta innumeros exemplos, alguns dos quaes são egualmente referidos por Spencer.

Embora mais raramente, individuos ha que, no decurso d'algumas gerações, possuem sete ou quatro dedos; é notavel, na historia da hereditariedade, uma familia hespanhola, cuja disformidade era attestada por quatorze individuos.

A sciencia explica o termo da herança pelo cruzamento de exemplares disformes com individuos normaes; d'este modo, essa apparente refutação da homogenese converte-se em argumento valido da hereditariedade.

β) A estructura e coloração da pelle estão sob o dominio da hereditariedade; a cutis delicada, a côr dos olhos, a estatura e muitas outras qualidades transmittem-se de geração a geração. Ninguem desconhece os individuos *porco-espinhos* da familia Lambert, que viveu em Londres no seculo passado. Eduardo Lambert (1717) distinguia-se por uma monstruosa conformação da pelle, mui semelhante á do porco-espinho; os seus filhos e netos herdaram-lhe a monstruosidade, que sómente attingiu os do sexo masculino.

γ) Não são poucos os estados pathologicos hereditariamente transmittidos: certas molestias dos orgãos respiratorios, escrofulas e affecções do systema nervoso attingem frequentemente uma serie de descendentes; o argumento é ás vezes incisivo, quando a tuberculose se desenvolve por circumstancias extraordinarias n'um individuo, pertencente a familia sadia; subsequentemente observa-se, que todos os descendentes do tuberculoso são tuberculosos ou pelo menos candidatos a tuberculosos: o *virus* fez a sua marcha de carnificina através das gerações, zombando das resistencias oppostas pela medicina.

A hereditariedade de certas molestias, diz Spencer, como a gotta, a phthisica, a ichthyose, a lepra, a pyteriasis, os

tumores sebaceos, a plica polaca, dipsomania, somnambulismo, catalepsia, epilepsia, asthma, apoplexia, elephantiasis são factos incontestaveis por terem sido observados frequentemente.

δ) Por isso mesmo que está scientificamente estabelecido o intimo liame, que prende os inorganicos aos organicos (archigonia: autogonia e plasmagonia) e integra n'estes ultimos o homem, medeante o pithecos mais anthropoide e o anthropos mais pithecoide, devem considerar-se argumentos da nossa these os factos hereditarios que referirmos, seja qual fôr o campo onde se desenvolvam.

Ninguem desconhece a importante industria, largamente desenvolvida no estrangeiro, que se circumscreve a facilitar a reproducção dos bons exemplares de cavallos, touros, cães, etc.; é precisamente sobre a hereditariedade, que se fundamentam as quantias fabulosas, offerecidas aos possuidores dos cavallos vencedores nas grandes corridas de Londres; a compensação encontram-n'a os industriaes na superior cotação dos descendentes d'um bom vencedor. O dinheiro offerecido pelo *Misleader*, o bello animal de *hurdle race*, visava principalmente a ser compensado pela venda dos descendentes.

Spencer avoluma este argumento com as seguintes considerações: entre as inducções, verificadas a ponto de se considerarem verdades exactas, nenhuma deve merecer mais a nossa consideração do que a que constitue objecto de importantes transacções commerciaes; quando presenciamos milhares de homens, empregados n'uma industria, cuja prosperidade depende principal e unicamente da applicação de certo principio scientifico, quando essas sociedades se perpetuam através de muitos annos, no meio de proventos invejaveis, não devemos ter duvida alguma em acreditar na realidade d'esse principio scientifico.

ε) Ha certas phrases populares, que se encontram em todas as nações e a que correspondem ideias cheias de ver-

dade; as expressões: *saude hereditaria, sciencia infusa, nobreza hereditaria, filho de peixe sabe nadar* demonstram á evidencia a persuasão inconsciente de que a constituição do espirito póde ser transmittida pelos ascendentes aos descendentes; a divisão das castas indianas não repousará na verdade do principio em questão? o aphorismo da nobreza ingleza: *um lord faz-se em sete gerações e uma lady em cinco* confirma o nosso presupposto.

ζ) As casas reinantes offereccm um argumento vivo a favor d'este principio; a instituição da nobreza e da monarchia hereditarias baseia-se no principio da transmissão hereditaria das qualidades psychicas; transmittem-se e fortificam-se, na serie das gerações, as virtudes e os vicios, conjecturando Häeckel, depois dos trabalhos de Esquirol, que a percentagem das molestias mentaes entre os individuos pertencentes a familias reaes é muito superior á percentagem do resto da humanidade[1].

η) É ainda digna de notar-se a transmissão de particularidades organicas resultantes de particularidades funccionaes. Embora esta especie de transmissão hereditaria seja difficil de verificar-se experimentalmente, todos os biologos a admittem.

τ) As estatisticas, elaboradas com intuito criminalista, são a mais brilhante confirmação da nossa these; averigua-se inalteravelmente, que os ascendentes dos exemplares recolhidos em casas de correcção são moralmente incompletos.

Do interessante trabalho de Colajanni[2] escolhemos alguns numeros.

Em Mettray (casa de correcção) havia em 1843 trinta e quatro rapazes, cujos ascendentes estavam presos.

---

[1] Auct. e obr. cit.

[2] Dr. Nap. Colajanni, *La sociologia criminale*, Catania, 1889, tom. II, pagg. 121-188.

Na Italia, entre os ascendentes de setecentos e noventa e sete exemplares recolhidos nas casas de correcção ou de educação obrigatoria, havia trinta e seis casos de loucura, dezenove de nevrose, trinta e tres de suicidio, cento e quarenta e oito de prostituição, cento e sessenta e quatro de immoralidade, cento e treze de alcoolismo e treze de delicto.

Thompson entre cento e dezenove condemnados encontrou cincoenta, cujos ascendentes eram criminosos.

Como estes poderiamos citar muitos outros exemplos.

1) Rarissimos, como logo veremos, são os que combatem ou diminuem a importancia do factor hereditario; na hereditariedade psychologica creram os Vedas, o Zend-Avesta, o codigo de Manu, os hebreus, os egypcios, os chinezes e os gregos.

Muitas maximas de Salomão, a transfusão hereditaria do peccado original, algumas theorias de Lycurgo, Platão e Aristoteles não corroborarão a nossa doutrina?

Modernamente, os que negam a vida hereditaria dos caracteres individuaes (Helvecio, Weichard, Bonnet, etc.) admittem a hereditariedade dos typicos, como reconhecem a hereditariedade physica os impugnadores da transmissão das qualidades moraes (eschola de Montpellier, Virey, Lordat, Frankenheim, etc.). Quetelet, Robinet e Lamark, Galton e De Candolle, Lucas e Morel, Häeckel, Bouchut, Bollinger, Wirchow e Leidesforff, Lazarus e Hartmann, Lange, Helmholz e Wundt, Büchner, Schüle e Maudsley— eis apostolos auctorisados do principio que defendemos.

Em summa, todo o movimento da anthropologia criminal repousa sobre o principio hereditario, diversamente applicado.

Não se julgue, porém, que a corrente predominante do principio hereditario se confunde com a unanimidade, difficil de obter-se em questões d'esta ordem. Ha tambem individuos que contestam o principio demonstrado.

Em geral, os theologos orthodoxos, admittindo a trans-

fusão da macula originaria, desde Adão até aos nossos dias, insurgem-se contra a invariabilidade das leis hereditarias; são incoherentes; entretanto o espectro do determinismo e a necessidade de defender a doutrina do livre arbitrio a tanto obriga.

Locke, comparando o espirito a uma *taboa rasa,* e Buckle, na concepção especialissima das *leis da historia,* obrigam o espirito critico a uma duvida prudente.

N'esta mesma corrente Siciliani substitue a expressão *leis hereditarias* por *tendencias hereditarias;* Ribot restringe a transmissão hereditaria aos caracteres individuaes; Roth parece hesitar; Weismann, Hertwig, Hölliker, notaveis biologos, não admittem a hereditariedade dos caracteres adquiridos.

Apreciemos alguns argumentos dos opposicionistas [1].

α) Se existisse a hereditariedade das molestias adquiridas, com cedo o numero dos homens sadios reduzir-se-hia ao *minimum.*

Argumentar assim é desconhecer a complexidade do problema; ao lado da hereditariedade existe a adaptação, constituida por factores de diversa ordem; a resultante da dynamica d'estas duas potencias reside invariavelmente na selecção natural. Ha casos, porém, em que a hereditariedade não póde ser corrigida por condições de ordem alguma; para esta hypothese muito especial se dirigem as nossas observações.

β) Os defensores da nossa these apresentam, como argumento demonstrativo, a epilepsia provocada n'um exemplar por Brown-Sequard e transmittida aos seus descendentes. Ora, os impugnadores da hereditariedade attribuem os phenomenos epilepticos dos descendentes mencionados ao seu temperamento excessivamente nervoso.

---

[1] Auct. e obr. cit., pagg. 143-149.

Entretanto é facil reconhecer a distincção fundamental entre phenomenos de excitabilidade nervosa e phenomenos epilepticos.

γ) Ziegler considera a transmissão psychica resultado d'uma certa debilidade, d'uma nevrose preexistente; d'este modo as primeiras qualidades psychicas são o resultado de uma nevrose, d'uma predisposição herdada para as molestias nervosas.

Esta difficuldade confirma a nossa doutrina; o proprio Ziegler admitte a nevrose hereditaria, embora queira negar a transmissão das qualidades psychicas.

δ) Mas, argumenta Waitz, não são raros os genios de primeira grandeza, oriundos das infimas classes sociaes, emquanto muitos descendentes de individualidades eminentes nas sciencias e artes não conseguem atravessar os limites d'uma insignificante mediocridade.

Não contestamos o facto invocado; não podemos, porém, deduzir d'ahi a argumentação exposta. Muitas vezes um engenho eminente atravessa obscuro algumas gerações, porque as condições sociaes lhe não permittiram o desenvolvimento condigno.

Como applicação d'estes principios é notavel o romance-série de Zola, sobre os Rongon-Macquart, destinado a demonstrar a influencia da hereditariedade, especialmente nos descendentes dos alcoolicos; ahi nos apparece a divina Lalia, modelo de virtudes, embora filha de Brisard.

Entre as causas, que podem modificar a hereditariedade, mencionamos: *o estado dos ascendentes, as condições psycho-physicas em que se encontram no momento da procreação, contraste na qualidade dos dois germens sexuaes, que concorrem para a geração dos descendentes, acção do ambiente e da educação, especialmente, sobre os gerados*[1].

---

[1] Marselli, *L'uomo secondo la theoria dell'evoluzione*, pagg. 83 e segg.; Colajanni, obr. cit., desenvolve os phenomenos mencionados no texto.

ε) Ha, é certo, phenomenos de *heterogenese,* que contradizem, ao menos apparentemente, o principio da hereditariedade, a que se refere a homogenese; todavia, na homogenese como na heterogenese, manifesta-se semelhante principio; na heterogenese as fórmas constituem um cyclo, que póde ser expresso pela série ABBA..., ou ABAB..., e é facil comprehender n'esse cyclo a força da hereditariedade.

Para definitivamente ultimarmos o nosso estudo, convém conhecer algumas das muitas theorias, que tentam explicar o phenomeno da hereditariedade; em todas ellas apparece como elemento commum a admissão da nossa doutrina.

Procederemos a esta exposição o mais rapidamente possivel.

α) *Preformação dos germens.* (Cuvier). O germen contém em miniatura os rudimentos de todos os orgãos do futuro individuo; é o germen um *homunculus* microscopico.

β) *Epigenése.* O embryão desenvolve-se ao mesmo tempo que se formam novos elementos, que se reunem e modificam, afim de se transformarem e fixarem como orgãos do novo individuo.

γ) *Pangenése.* (Darwin[1]). As cellulas ou unidades elementares dos corpos, propagando-se por divisão espontanea ou germinação, conservam a mesma natureza e transformam-se finalmente em substancias e diversos tecidos do corpo. Entretanto, parallelamente, as unidades elementares emittem granulos, que se disseminam por todo o systema do corpo; esses mesmos granulos, quando recebem uma nutrição sufficiente, multiplicam-se por divisão espontanea e desenvolvem-se ulteriormente em unidades elementares semelhantes ás do progenitor.

---

[1] Ch. Darwin, *La variation des animaux et des plantes sous l'action de la domestication,* tom. II, pag. 369; Häeckel, *Essais de psychologie cellulaire,* trad. par Soury, Paris, 1880, pag. 9 e seg.

δ) *Polarigenése.* (Spencer). Reconhecendo a impossibilidade de explicar satisfactoriamente semelhante phenomeno, limita-se á simplificação do problema, reduzindo-o á categoria dos problemas hypotheticamente resolvidos. Polaridade é a força que determina a aggregação das unidades organicas sob uma fórma especialissima; a polaridade das diverssas unidades organicas, em virtude da sua estructura especial, impelle-as a assumir uma fórma determinada. As cellulas spermaticas e germinativas devem considerar-se vehiculos de pequenos grupos de unidades psychologicas.

ε) *Perigenése.* (Häeckel[1]). O distincto professor da Universidade de Iena consegue talvez explicar o phenomeno da hereditariedade; na sua theoria genetica o principio que vimos defendendo encontra uma confirmação plena.

Os organismos existem pelo processo da archigonia (autogonia e plasmagonia) e tocogonia; na nossa hypothese, convém-nos principalmente a analyse dos seres originados pela tocogonia *(generatio parentalis).* Os organismos mais simples, se organismos deveremos dizer, são as moneras aquaticas, isto é, pequenos corpusculos vivos, constituidos por uma materia sem estructura, simples, homogenea; parecem uma massa mucilaginosa, mobil e amorpha, constituida por uma substancia carbonada albuminoide. A sua reproducção é tão simples como a nutrição; realisa-se por um processo de monogonia, a scissiparidade: quando uma monera adquiriu certa grossura pela absorpção de materia albuminoide extranha, tende a dividir-se em duas partes, pela formação d'um annel circular mais consistente, que acaba por separar-se completamente. Chegados a este momento temos duas moneras; a reproducção, n'estes termos, é um *excesso de crescimento do organismo, que excede o seu volume normal.*

---

[1] Häeckel, *Hist.* cit., pag. 157 e seg.

Este processo de reproducção por monogonia, assexual (scissiparidade), é mais frequente do que vulgarmente se julga; todas as cellulas se reproduzem d'esse modo e as cellulas constituem a massa da maior parte dos organismos, inclusivè o proprio homem.

Os organismos polycellulares são originariamente unicellulares; transformam-se em polycellulares medeante a divisão das cellulas primitivas, isto é, medeante a segmentação; quando ha o verdadeiro organismo unicellular (as amibas) a reproducção effectua-se por segmentação, por divisão, e não por scissiparidade.

Convém observar que as cellulas captivas, as componentes dos organismos superiores, reproduzem-se como as cellulas, que vivem independentemente.

Não insistimos no desenvolvimento e complemento d'estes principios, que Häeckel expõe n'uma linguagem transparente e precisa; levar-nos-hia muito longe. Entretanto sempre notaremos a persistencia do principio da hereditariedade em todas estas fórmas de geração.

ζ) *Continuidade do plasma germinativo* (Weismann), *dynamogenese* (Huxley) e *isotropia ovular* (Hertwig): eis outras tantas theorias aventadas sobre o assumpto.

Qualquer que seja a theoria admittida, o facto por nós referido permanece sempre com mais ou menos força; a hereditariedade affirma-se energicamente através das gerações; dizia uma verdade scientifica M.me de Girardin, quando descrevia Robert de la Fresnaye n'estes termos: *il commença une action à la mode de son père... mauvais sujet... et puis il la terminait à la façon de sa mère.*

Ha certas molestias, que a sciencia ainda não conseguiu debellar por completo; a impossibilidade de combater efficazmente os estragos da tuberculose é universalmente reconhecida; a convocação d'este congresso deve considerar-se symptoma eloquente da lucta em que se encontram empenhados os primeiros cerebros do nosso seculo.

Deverá permittir-se o casamento de individuos tuberculosos, emquanto permanecer o presente *statu quo* scientifico?

Desde o momento em que a tuberculose se manifesta no grau de incurabilidade, deve considerar-se impedimento dirimente do matrimonio. N'isto vae a virilidade da especie, o interesse dos nubentes e a felicidade da prole [1].

Todos os publicistas lamentam o rachitismo da raça latina; a propagação do *virus* pelas familias tuberculosas concorrerá poderosamente para o seu anniquilamento.

É menos cruel a prohibição de constituir familia imposta ao tuberculoso, do que a série de episodios lancinantes des-

---

[1] Em harmonia com estas indicações poder-se-hão considerar impedimentos dirimentes a *loucura* (especialmente quando provém dos ascendentes), *syphilis, epilepsia, hysteria, doença dos tics, doença de Friedreich, doença de Thomsen*, e *atrophias musculares de origem myopathica*, em certas condições?

Ao encerrarmos este estudo recebemos a seguinte resposta a uma pergunta formulada sobre o assumpto:

α) Ha um grande numero de molestias, em que se discute a transmissão hereditaria, apezar de se encontrarem frequentemente na prole dos progenitores, que as soffrem. Uns affirmam a transmissão, outros não a admittem e explicam a frequencia da molestia nos filhos por estes estarem sujeitos á acção das mesmas causas morbidas que os paes. Taes são: rheumatismo, gotta, molestias cardiacas, arterio-esclorose, calculos vesicaes, renaes, etc., etc., etc.

β) Em outro grupo de molestias, embora a hereditariedade, similar ou differente, seja geralmente admittida, não é possivel em grande numero de casos prevêr se a prole as soffrerá. São as seguintes: lepra, tuberculose, algumas molestias nervosas (ataxia locomotora, paralysia infantil, paralysia geral progressiva, doença de Parkinson, etc.), carcinomas, diabetes, etc., etc.

γ) Finalmente, nas seguintes, a transmissão, similar ou differente, é quasi constante e admittida pela generalidade dos auctores; loucuras (sobretudo quando nos ascendentes se encontra a molestia), syphilis, epilepsia, hysteria, doença dos tics, doença de Friedreich, doença de Thomsen e atrophias musculares de origem myopathica.

dobrados no seio d'uma familia tuberculosa. Não raro as alegrias do noivado se misturam com as lagrimas do sepulchro, os gemidos da orphandade.

Dir-se-ha: a prohibição não é efficaz; o tuberculoso constituirá familia illegitima...

Não contestamos a força d'esta observação, que fere por egual todos os outros impedimentos dirimentes.[1] Entre-

---

[1] No Congresso Nacional de Tuberculose, celebrado em Coimbra, em 1895, apresentámos as seguintes conclusões:

1.ª) É necessario chamar a attenção dos legisladores sobre as consequencias gravissimas da familia constituida pelos tuberculosos.

2.ª) A virilidade da especie, o interesse dos nubentes e a felicidade da prole são gravemente affectadas pelas familias tuberculosas.

3.ª) A tuberculose, apenas verificada a certeza da sua incurabilidade, deve considerar-se impedimento dirimente do matrimonio.

4.ª) Descoberta a cura da tuberculose, devem cessar as mencionadas leis de repressão.

5.ª) Um certificado medico, em certas condições, constituirá garantia efficaz d'esta disposição legal.

N'esse mesmo congresso se inclinaram por esta doutrina os medicos Silva Telles e Espina y Capo. Eis as palavras d'este ultimo congressista:

«La última cuestión, señores, que he de someter á vuestra consideración, pues el tiempo apremia, es la del matrimonio, que si bien por la índole social del asunto he de tratar con más extensión en la profilaxia colectiva, no es posible terminar este tema sin afirmar que la tuberculosis puede transmitirse por la vida en común del matrimonio, ya admitamos una transmisión directa por las relaciones sexuales, ya, como creen algunos, se transmita la tuberculosis por la respiración, merced á que el bacilo de Koch de la expectoración del cónyuge tuberculoso es aspirado de una manera directa por el sano.

De una ó de otra manera, es lo cierto que debe evitarse el matrimonio entre tuberculosos, porque ya se herede la aptitud ó la enfermedad, se engendran séres nacidos para la desdicha, y casi prohibir el matrimonio entre sano y tuberculoso, porque además de la influencia sobre la prole, es una de las maneras más eficientes y seguras de la propagación de la tuberculosis.

Para terminar, he aquí mis conclusiones:

.....

18. Debe evitarse á todo trance el matrimonio entre tuberculosos,

tanto julgamos uma necessidade social diminuir por todos os processos razoaveis a propagação das familias tuberculosas.

IV

Julgamos conveniente demonstrar a necessidade de se modificar o artigo 130.º do codigo civil em harmonia com as indicações fornecidas pela sciencia.

---

por ellos y por la prole, y el matrimonio entre sano y tuberculoso, siendo preferible, en último término, que se efectue entre tuberculosos». (*Profilaxia individual de la tuberculosis,* comunicación leída por D. Antonio Espina y Capo, médico del hospital provincial de Madrid, en el Congreso Nacional de la Tuberculosis, reunido en Coimbra, Marzo, 1895, pagg. 16-21).

«Los matrimonios entre individuos tuberculosos encierran grandes peligros para todos. Estos, lo mismo que los de la miseria, suelen ser muy fecundos. Por tanto, hay necesidad de inculcar en nuestras costumbres el peligro de los matrimonios entre tuberculosos, para después llevar á las leyes los medios de evitar estos verdaderos crímenes.

Respecto de la herencia, no se puede afirmar rotundamente si hay enfermedades hereditarias ó no. En lo íntimo de mi conciencia tal vez lo niegue, pero lo que sí afirmo rotundamente es que se heredan las predisposiciones y aptitudes para contraer ciertas enfermedades. Yo no sé, ni lo he de analizar ahora, si la tuberculosis se adquiere por la herencia, pero es lo cierto que, si el tuberculoso puede engendrar hijos no tuberculosos, como los padres son débiles y cada uno engendra su semejante, el hijo saldrá siendo terreno muy abonado para el desarrollo de la enfermedad; y como además respira el aire mezclado á veces con el esputo de los padres, se le besa y se le mima, creyendo que de este modo se le quiere más, he aquí la razón de por qué con más facilidad que en otros se arraiga la tuberculosis». (*Profilaxia de la tuberculosis en las grandes poblaciones,* comunicación leída por D. Antonio Espina y Capo, medico del hospital provincial de Madrid, en el Congreso Nacional de la Tuberculosis, reunido en Coimbra, marzo, 1895, pag. 21 e seg.).

Não é difficil justificar a investigação da paternidade illegitima em certas e determinadas circumstancias.

Em geral, o causador do prejuizo de terceiro é responsavel pelas consequencias d'esse prejuizo; este principio, consignado em muitos artigos do codigo civil portuguez, auctorisa-nos a concluir que o pae illegitimo deve responder pelas consequencias da sua prevaricação; ora, o unico meio de tornar effectiva essa responsabilidade consiste em permittir a investigação da paternidade illegitima[1].

Se não póde haver duvida sobre a verdade d'este principio, não acontece o mesmo com a sua graduação, em que devemos empregar o mais delicado criterio, a fim de não permittirmos abusos, exaggerando os casos de investigação ou negarmos a legitima pratica de um direito, apertando extraordinariamente os termos do artigo respectivo.

Não deixamos de concordar em que rarissimas vezes é possivel estabelecer a relação natural entre o pretenso pae legitimo e o filho correlativo, como seria causa de innumeros abusos facultar incondicionalmente o exercicio de semelhante direito, o que permittiria a muitos exploradores incommodar escandalosamente cidadãos respeitaveis, espalhando o ciume e a intriga no seio de familias honestas. Entretanto o legislador deve contentar-se com a certeza relativa; d'esse modo, nem a difficuldade de estabelecer a relação natural, nem a possibilidade de abusar determinam a eliminação do principio referido.

Como dissemos, a interpretação do criterio de demarcação d'este principio geral constitue a verdadeira difficuldade a resolver.

Ora os criterios logicamente possiveis são os seguintes:

α) O pae declara expressamente a paternidade illegitima;

---

[1] Cimbali, obr. cit., pag. 115; *La scienza del diritto privato*, an. 1, feb-marz., pag. 160 e seg.; Vadalà-Papale, obr. cit., pag. 78 e seg.

β) As circumstancias, em geral, certas condições demonstram essa mesma paternidade.

A diversidade, que se encontra entre os codigos, resulta da diversa interpretação d'estes dois criterios. Assim, o codigo de Napoleão (art. 340.º) admitte a investigação da paternidade illegitima no caso de rapto, coincidindo a epocha do rapto com a concepção.

Apezar de ainda hoje vigorar a disposição do artigo 340.º, ha na França uma corrente contraria a doutrina tão antiliberal, a ponto de a jurisprudencia e certos membros do parlamento protestarem medeante as suas decisões e os seus projectos de lei. Os arestos do tribunal de Cassação, de 24 de março de 1845, 27 de julho de 1862, 26 de julho de 1864 e 15 de janeiro de 1873 estabeleceram doutrina contraria ao artigo 340.º, invocando os jurisconsultos o artigo 1142.º, que obriga a resarcir os damnos causados aquelle que não cumpriu a obrigação de fazer ou não fazer.

Os projectos de lei, baseados no sentimento de protesto contra os termos do artigo 340.º, fôram apresentados em 16 de fevereiro de 1873 e 26 de maio de 1883.

O primeiro projecto de lei relativo á investigação da paternidade, apresentado ao senado francez a 16 de fevereiro de 1878, foi assignado pelos senadores Béranger, De Belcastel, Foucher, De Careil e Schoelcher; constava de quatro artigos, cuja doutrina summariámos. A investigação da paternidade illegitima é permittida no caso de α) rapto, violação ou seducção, sempre que a epocha d'estes factos coincida com a concepção; β) no caso de posse de estado nas condições previstas pelo artigo 321.º do codigo civil (art. 1.º); a acção de investigação de paternidede illegitima sómente póde ser intentada pelo pretenso filho ou em seu nome; prescreve no fim de seis mezes a contar desde a maioridade; essa mesma acção só póde ser intentada durante a menoridade do pretenso filho, após o voto favoravel

do conselho de familia e designação de um tutor *ad hoc*, incumbido de o representar (art. 2.º).

O segundo projecto de lei, apresentado á camara franceza a 26 de maio de 1883 pelo deputado Rivet, consta de oito artigos. Admitte a investigação illegitima da paternidade desde que se fundamente em provas escriptas, factos conhecidos ou testemunhas sufficientes (art. 1.º); se o pae, conhecido como tal, recusa desposar a mãe, esta fica constituida no direito de reclamar perdas e damnos (art. 2.º); a mulher de mais de vinte e cinco annos não será admittida contra um menor de menos de dezoito annos (art. 6.º); as reivindicações de paternidade, consideradas calumniosas e de má fé, serão preseguidas e punidas, como diffamação (art. 7.º).

Apezar dos nomes importantes, que subscreviam estes dois projectos, venceu sempre a doutrina do codigo de Napoleão.

É notavel egualmente a modificação introduzida por Laurent no *Avant-Projet*, a que tantas vezes nos havemos referido. A investigação da paternidade illegitima é excepcionalmente admittida: 1) no caso de rapto ou violação, coincidindo a epocha d'estes factos com a concepção; 2) no caso de promessa de casamento ou de seducção, sendo possivel encontrar começo de prova por escripto, relativa á promessa e á seducção, ou quando as presumpções, resultantes de factos conhecidos, são sufficientes para determinar a admissão da prova testemunhal (art. 319.º).

Como se reconhece, o codigo de Napoleão sancciona uma injustiça, que tem provocado as justas censuras da jurisprudencia franceza, de parte consideravel do parlamento e senado da mesma nação e de commentadores celebres, como Laurent.

O codigo italiano (art. 189.º), embora não se desligasse muito da influencia do codigo de Napoleão, introduziu um elemento de progresso n'esta materia: admitte a investi-

gação da paternidade illegitima nos casos de rapto e estupro violento, correspondendo a epocha d'estes factos á concepção. Como é intuitivo, a sua disposição é mais liberal do que a constante do artigo 340.º do codigo francez.

Ainda assim, mais prudentemente se guiaria o legislador italiano ouvindo as tradicções juridicas da sua patria do que recebendo a suggestão franceza. Por isso os jurisconsultos mais eminentes da Italia protestam contra os termos restrictos do codigo italiano.

No meio de toda esta multiplicidade de disposições assignala notavel progresso o codigo civil portuguez, permittindo investigação de paternidade illegitima nos casos seguintes: 1) existindo escripto do pae em que expressamente declare a sua paternidade; 2) achando-se o filho em posse de estado, nos termos do artigo 115.º; 3) no caso de estupro violento ou rapto, coincidindo a epocha do nascimento, nos termos indicados no artigo 101.º, com a epocha do facto criminoso.

Mas, não haverá modificação importante a introduzir-se na doutrina do codigo portuguez? Vejamos.

Antes de criticarmos directamente os termos do artigo 130.º do nosso codigo, convém explicar a razão porque, sendo justissimo o preceito consignado nos artigos dos codigos, que permittem a investigação da paternidade illegitima, como dimanação d'um principio justissimo a que já nos referimos, alguns legisladores restringiram extraordinariamente as hypotheses d'essa investigação, havendo tambem publicistas, que se insurgem contra semelhante doutrina. Na realidade, não era sem razão que o relator Vigliani dizia no senado italiano: a prohibição da investigação da paternidade illegitima é um principio de direito commum dos povos civilisados, principio fundamentado no repouso da familia, na tutela da reputação dos cidadãos contra ataques imprudentes e moral publica. Na

França, Hollanda, Polonia, Neufchatel, Russia, e tantas outras nações, semelhante investigação é excessivamente limitada.

No antigo regimen francez, a honestidade das familias mais respeitaveis estava constantemente ameaçada por certas investigações de paternidade illegitima em que representavam papeis indignos mulheres de reputação dubia e aventureiros indignos da mais insignificante consideração.

Estes factos determinaram a seguinte jurisprudencia: *creditur virgini dicenti se ab aliquo cognitam, et ex eo pregnantem esse: meretrici non item. Quamquam constet habitasse meretricem cum eo a quo se dicit cognitam, locus esse potest condemnationi fiduciariae, et, ut aiunt, provisionali pendente lite*[1]». O artigo 340.° do codigo civil francez não tem outra explicação.

Entrando immediatamente no assumpto em questão, julgamos necessario extender a investigação da paternidade illegitima aos dois seguintes casos:

4) no caso de seducção, desde que a seduzida seja menor, inexperiente, honesta e o seductor haja empregado ardis, artificios ou tenha abusado da sua auctoridade ou superioridade incontestavel, coincidindo o facto da seducção com a epocha da geração;

5) no caso de concubinato, *more uxorio*.

§ *unico*. A investigação da paternidade illegitima é permittida desde que pelas circumstancias seja possivel provar a paternidade, havendo começo de prova por escripto.

O n.° 1.° do artigo 130.° deveria ser alterado pela simples suppressão da palavra *expressamente;* a redacção ficaria concebida n'estes termos: *existindo escripto do pae d'onde constasse inequivocamente a sua paternidade.*

---

[1] Pothier, *Traité du mariage*, part. v, cap. II, § 3.°

Justifiquemos as modificações propostas.

Não ha seducção quando a mulher, embora menor e honesta, mas capaz de comprehender a gravidade da prevaricação e das suas consequencias, cede após uma resistencia maior ou menor ás blandicias adrede empregadas pelo seductor. O verdadeiro conceito da seducção, na presente hypothese, encontra-se quando o homem, abusando da sua auctoridade e superioridade sobre uma donzella inexperiente e honesta, emprega uma serie de artificios e ardis para a subordinar aos seus desejos, constituindo esses artificios e ardis a causa determinante da desgraça da victima.

Precisamente n'esta hypothese, será justo e humano que as consequencias do procedimento criminoso, causado principalmente pelo seductor, impendam exclusivamente sobre a desgraçada, que se verá na dura necessidade de alimentar o onus da sua culpa? Não representará uma crueldade deixar perfeitamente á vontade o seductor, que inserirá na lista das suas conquistas mais uma victoria, emquanto a donzella honesta e inexperiente carpe as imprevistas consequencias do seu delicto? Tal estado de coisas é insustentavel; a mulher é mais do que uma simples coisa!

É da maxima conveniencia a verdadeira determinação do conceito da seducção para evitar abusos, que frequentemente perturbam o remanso do lar domestico; em nossos dias é frequente certas mulheres perdidas dominarem mancebos inexperientes a ponto de os seduzir, apresentando-se ellas victimas d'um crime, que não existe. Em Paris e Londres, em geral nas grandes capitaes europeias, é frequentissima esta especie de *escroquerie,* que enreda innumeros forasteiros. Ora, desde o momento em que se admitta um criterio seguro, capaz de evitar semelhantes abusos, ninguem deve tergiversar em consignar no codigo um principio, cuja existencia social exigem todas as considerações anteriormente apresentadas. Para semelhante fim

convém que a donzella seduzida seja menor, inexperiente e honesta, havendo empregado o seductor ardis, artificios ou tendo abusado da sua auctoridade ou superioridade.

Admittindo-se estas limitações impostas pela nitida comprehensão do problema, não ha motivo para receiar importantes e frequentes abusos, como ha a certeza de não ficar impune a aleivosia praticada pelo seductor.

Muitas objecções se dirigem a enfraquecer a doutrina que acabamos de sustentar; devemos critical-as para não inspirar a menor duvida a justiça da modificação proposta.

Muitos auctores sustentam que a mulher, embora menor, honesta e inexperiente, nunca é violentada á prevaricação pelo seductor, ainda que este empregue os mais intelligentes ardis para a convencer; a donzella prevarica, porque assim o quer; ora, *quod quis ex culpa sua damnum sentit, non intelligitur damnum sentire.* Só a mulher deve soffrer as consequencias do delicto, que voluntariamente commetteu.

Não encontramos força probativa em semelhante argumentação, pois que, na hypothese precisa da nossa proposta, o seductor exerceu influencia decisiva sobre a victima, devendo indemnizar a seduzida das perdas e damnos e compartilhar, preporcionalmente á sua responsabilidade, nos encargos necessarios para a creação e educação dos filhos, fructo innocente do mutuo amor criminoso.

Não poucos apologistas incondicionaes da inviolabilidade do lar domestico, mesmo em prejuizo dos mais respeitaveis deveres de humanidade, sustentam a summa conveniencia da prohibição da investigação da paternidade illegitima, na hypothese da seducção, fundados em que semelhante expediente constitue um estimulo poderosissimo da prostituição; desde que a donzella, embora menor e inexperiente, se convencer da probabilidade de estabelecer legalmente o liame natural com o seductor, mediante a investigação da

paternidade, não opporá a resistencia que de certo offereceria se contasse impreterivelmente com o isolamento e a série de responsabilidades resultantes da necessidade da alimentação e educação do fructo criminoso; desde que é possivel dividir e repartir essas responsabilidades, o pudor desapparecerá em presença da satisfação d'um prazer momentaneo. A prohibição da investigação da paternidade illegitima é uma garantia de moralidade civica. A doutrina contraria é porta aberta a todos os procedimentos culposos.

Não deixa de possuir certo fundamento a doutrina mencionada n'esta objecção, que, entretanto, não tem a pretendida força probativa. Antes de mais nada, salvem-se os principios: *périssent les colonies plutôt qu'un principe;* o causador das responsabilidades da seduzida deve responder por ellas; e o unico meio de effectivar essas responsabilidades consiste em permittir a investigação da paternidade illegitima.

Demais, se a doutrina da investigação referida é um motivo forte, capaz de incitar as donzellas á pratica criminosa, a these contraria estimula os homens, desligados por completo de responsabilidades, a assestar desenfreadamente todos os seus planos e machinações contra a honra inerte da victima. Devemos comparar as duas hypotheses para lhe examinarmos os corollarios e assim variarmos de conclusão. Qual das duas doutrinas mais favorecerá a desgraça da mulher? Qual das duas entidades perpetrará mais escandalos? O homem, por mais inintelligente e pouco acostumado a conquistas d'esta ordem, desenvolve uma actividade e perspicacia, que, comparadas com uma certa indifferença da mulher ou mesmo predisposição favoravel, em virtude da investigação da paternidade illegitima, excedem d'um modo extraordinario as blandicias femininas. E de resto a sociedade, essa jámais perdoará á prostituida a vergonha do seu delicto, vendo-se

muitas vezes obrigada a abandonar os filhos e a entregar-se á prostituição.

Em summa: na hypothese da investigação da paternidade illegitima a mulher não facilita a prostituição da sua honra, como se diz na objecção. Ao ouvido de todas as Margaridas sôam sempre as verdadeiras palavras de Valentim:

> Dentro em bem pouco tempo toda a gente honrada
> ha-de fugir de ti, rameira indigna,
> como se foge de um cadaver pôdre.
> Se alguem te encarar fito, ha-de transir-te.
> Não pões mais oiros. Já não vais na Egreja
> para a capella mór; nem com romeiras
> de rendas finas florear nas danças.
> Has-de-te encafuar n'uma possilga,
> refugio de pedintes e aleijados.
> Talvez que Deus ao cabo te perdoe,
> mas o mundo é que nunca[1].

Os que sustentam a doutrina contraria continuam a apresentar outros argumentos.

Coulet e Vaunois[2] sustentam, que a presumpção da paternidade, baseada sobre a seducção, é susceptivel de abranger, segundo as circumstancias, um espaço de tempo mais ou menos longo; d'esse modo o juiz, obrigado a julgar uma causa d'esta ordem, achar-se-hia muito embaraçado ao emittir o seu juizo sobre os artificios da seducção, sendo bastante difficil relacionar o facto da seducção com a epocha da concepção.

A esta argucia já responderam d'Aguanno e Victor Yseux: que muitos outros factos de direito civil, aliás de importancia extraordinaria, são resolvidos simplesmente por presumpções. Certamente o facto da paternidade é um

---

[1] Fausto, trad. de Castilho, pag. 321.

[2] Coulet et Vaunois, *Étude sur la recherche de la paternité*, Paris. 1880, part. III, pag. 37 e seg; Cimbali, obr. cit., pagg. 112 e seg.

phenomeno physiologico, que não se póde demonstrar directa e mathematicamente; mas, ha muitos outros factos, mysteriosos e graves como a paternidade, que a justiça social crê realisados, embora sejam provados medeante inducções e considerações moraes, capazes de convencerem uma consciencia honesta, illuminada por uma razão imparcial. Não se procede de modo diverso com os grandes crimes, nem repousa sobre doutrina contraria o principio consignado no aphorismo: *pater is est quem nuptiae demonstrant.*

Se assim se procede em todas as questões, para que abrir uma excepção injustificavel para o problema presente?

A doutrina, que temos defendido n'este capitulo, realisa-se de modo especialissimo no caso da seducção com promessa de matrimonio.

É frequentissimo, principalmente nos importantes centros industriaes, este processo de seducção com promessa de casamento. A principio, a transformação da indifferença da mulhèr no mais devotado amor realisa-se ao calor dos mais apurados sentimentos de altruismo e dedicação; chega o momento em que o noivo — assim lhe podemos chamar — está em vesperas de entoar á sua Elsa a phrase do *Lohengrin:*

..... Che soli siamo
La prima volta è questa, o mio tesor!...

A familia não emprega a vigilancia, que jámais deveria descuidar; o galan, intencionalmente ou em obediencia ao calor febril da sua paixão, lembra-se de pedir á sua eleita uma prova do seu amor; ella cede, ou porque não tem força para resistir ou porque d'esse modo julga sellar incontestavelmente a união matrimonial. E quantos rejeitam as responsabilidades d'este passo?!

Não! A sociedade deve soccorrer a mulher que n'um

crime d'esta ordem só teve a gravissima culpa de amar muito e com muita sinceridade! Nada mais.

Dissemos nós que deveria permittir-se a investigação da paternidade illegitima no caso de concubinato *more uxorio*.

Em muitas hypotheses vivem homens e mulheres na mesma casa, constituindo um *ménage* exemplar, que seria honestissimo, se o não impedisse o vicio de origem, que preside á pequena sociedade domestica. O homem preoccupa-se especialmente com a vida e desenvolvimento do seu *ménage* intimo, ostentando a sua companheira uma honestidade, capaz de envergonhar as liberdades modernas de certas familias legalmente constituidas. É da maxima conveniencia que os filhos d'estas uniões, *more uxorio*, possam investigar a sua paternidade illegitima.

Muitos argumentos, com que demonstramos a these relativa á seducção, comprovam esta ultima doutrina.

Á primeira vista parece achar-se prejudicada pelo n.º 2.º do artigo 130.º, que permitte investigar a paternidade illegitima ao filho que estiver em posse de estado, isto é, que fôr reputado e tratado como tal, tanto pelos paes, como pela sua familia e mais publico (art. 115.º). Entretanto a hypothese do concubinato, *more uxorio*, simplifica extraordinariamente essa investigação.

Como se deduz do que havemos affirmado anteriormente, o principio fundamental n'esta materia consiste em averiguar o facto da paternidade illegitima, havendo pelo menos um começo de prova, como dispõe o *Avant-Projet* de Laurent (art. 319.º); por isso julgamos que os termos do artigo 130.º devem ser mais exemplificativos do que taxativos. Apparece consignada esta doutrina no § unico, que propomos.

Nos termos do n.º 1.º do artigo 130.º é necessario que

o pae declare expressamente, em escripto, o facto da paternidade, sem que todavia esse escripto necessite de ser authentico ou assignado, como se demonstra: *a*) pela redacção do artigo e numero respectivo; *b*) pelo seu confronto com o artigo 133.º n.º 2.º; *c*) e pelas actas da commissão revisora (sessão de 27 de outubro de 1864, rejeição da proposta Ferreira Lima).

Bastará que de escripto attribuido ao pae se deduza a paternidade illegitima. Não insistimos na demonstração de semelhante these, que resulta do que havemos expendido anteriormente.

Eis as considerações que se nos offerece expender a proposito da investigação da paternidade illegitima consignada no artigo 130.º do codigo civil portuguez.

V

É tristissima a situação em que se encontram os filhos incestuosos e adulterinos, nos codigos de quasi todas as nações europêas; o respeito pela familia, uma instituição poderosa e merecedora das mais serias attenções, conseguiu anniquilar, como adeante veremos, o cuidado, que devem despertar certas leis naturaes.

Vem de longe a condição juridica dos filhos incestuosos e adulterinos: basta consultar levemente alguns preceitos do direito romano: *omnis qui ex complexibus, aut nefariis, aut incestis aut damnatis processerit, iste neque naturalis nominatur, neque alendus est a parentibus, neque habebit quoddam ad praesentem legem participium* [1].

---

[1] Nov. LXXXIX, cap. 15.

Eram horripilantes as penas, que acompanhavam o adulterio e o incesto; anteriormente a Constantino, o adulterio era punido com o desterro, em virtude da lei Julia *de adulteriis;* posteriormente a este imperador, semelhante crime era castigado com a pena capital e confiscação parcial dos bens do adultero [1]. Entretanto, na presente hypothese, cumpre-nos insistir simplesmente na condição juridica dos filhos incestuosos e adulterinos, como resulta da citada passagem das Novellas.

Deve-se ainda á influencia benefica do Christianismo, que em tantas instituições sociaes firmou a sua missão civilisadora, a modificação de tanto rigorismo, conseguindo a justiça social que os progenitores dos filhos incestuosos e adulterinos fossem obrigados a sustental-os, a alimental-os. Assim consignam as *Decretaes* este principio salutar: *hodie jure pontificio, quod et in foro Caesareo observatur, sancitum est spurios a patre ali debere* [2].

Não é diversa a doutrina de Menochio, que no seu livro *De presumptione* diz assim: *lex civilis quae summo plerumque jure nititur, natos ex illicitis nuptiis eo est adeo prosecuta, ut praeter quam quod illis paternam successionem interdixerit, nec dignos etiam putarit (contra naturalem omnium animantium instinctum), qui a patre alerentur aut qui erga patrem eamdem pietatem possent exercere... Contra haec tamen hodie stat pontificium jus, quod ab omnibus creditur plurimum illegitimis filiis favere, eisque alimenta saltem a parentibus concedere.*

Com estas normas foi vivendo a sociedade até ao apparecimento de prescripções, que não é necessario referir, pois accusam o mesmo principio fundamental. Anterior-

---

[1] L. 2 e seg., D. *ad Leg. Jul. de adult.*; L. 9. C. *ad Leg. de adult.*.

[2] Decret., *De eo qui ducit*, cap. 5.º e 6.º

mente ao codigo de Napoleão, é notavel na França a lei revolucionaria de 4 de junho de 1793 (11 de brumario do anno II) a cujas disposições não podemos deixar de alludir.

Os filhos actualmente existentes, nascidos fóra do matrimonio, eram admittidos á successão de seus paes, abertas desde 14 de julho de 1789; os direitos de successibilidade dos filhos illegitimos eram eguaes aos dos outros filhos (art. 1.º); relativamente aos filhos nascidos fóra do matrimonio, cujos paes ainda existissem ao tempo da promulgação do codigo civil, o seu estado e direitos eram em todos os pontos regulados pelas disposições do mesmo codigo (art. 10.º); tambem eram exceptuados os filhos, cujos paes, ao tempo do seu nascimento, estavam respectivamente ligados pelo vinculo matrimonial. Ser-lhes-hia concedido sómente, a titulo de alimentos, a terça parte da porção a que teriam direito se tivessem nascido durante o matrimonio (art. 13.º).

Esta lei de 12 do brumario do anno II foi abolida, como offensiva da não-retroactividade das leis, pelo diploma de 13 do vendemiario do anno IV (art. 13.º)[1].

O codigo de Napoleão (art. 335.º) determina, que o reconhecimento de que falla o artigo 334.º não póde ter logar a proposito dos filhos nascidos d'um commercio incestuoso ou adulterino.

O codigo italiano approxima-se muito do citado artigo 335.º do codigo francez, dispondo no artigo 180.º, que não podem ser reconhecidos 1) os filhos nascidos de pessoas, uma das quaes estivesse, ao tempo da concepção, vinculada matrimonialmente com outro conjuge; 2) os filhos nascidos de pessoas entre as quaes não podia dar-se o vinculo matrimonial por causa de parentesco ou de affinidade

---

[1] Dalloz, *Répertoire de jurisprudence*, vbo. *Paternité et filiation*, n.os 419 e 421.

em linha recta *in infinitum,* ou por causa de parentesco em linha collateral até segundo grau.

É interessante a doutrina do codigo austriaco para que a omittamos n'esta ligeira resenha historica.

O codigo austriaco elimina a distincção entre filhos simplesmente naturaes e filhos naturaes adulterinos e incestuosos — *nati ex damnato coitu vel nefariis nuptiis*—, empregando indistinctamente, sem qualquer especificação, as palavras *illegitim, illegitimität.* Apezar d'isto, porém, colloca os filhos illegitimos n'um estado de inferioridade relativamente aos demais filhos legitimos, o que se explica pela superioridade da familia legitimamente organisada pelo matrimonio. Os filhos illegitimos, diz expressamente o § 155.º do citado codigo, não gosam dos mesmos direitos que usufruem os filhos legitimos, encarregando-se o legislador de especificar no § 165.º os direitos de que estão privados os filhos illegitimos; isto é, os filhos illegitimos não gosam geralmente dos direitos de familia e de consanguinidade, não podendo conseguir o nome de familia do pae, a sua nobreza, armas gentilicas, ou outras quaesquer prerogativas, assumindo todavia o nome de familia da mãe (§ 165.º). D'este modo o codigo austriaco consigna abertamente a disposição do direito romano: *ejus qui justum patrem non habet, prima origo a matre, eoque die, quo ex ea editus est, numerari debet. Lex naturae est haec, ut qui nascitur sive legitimo matrimonio matrem sequatur*[1].

Quanto aos direitos que o codigo civil geral austriaco confere aos filhos illegitimos, relativamente aos paes, dispõe o § 166.º, que têm o direito de exigir dos progenitores alimentos, educação e collocação proporcionada aos seus haveres. Por outro lado os direitos dos progenitores sobre

---

[1] L. 1, D. *ad municipal.*

os filhos illegitimos estendem-se a tudo o que se prende com a educação, não estando esses filhos illegitimos propriamente sujeitos ao patrio poder de quem os gerou, mas assistidos e representados por um tutor. O pae é principalmente obrigado a sustentar a prole illegitima; quando, porém, lhe escasseiem os meios essa obrigação é devolvida á mãe (§ 167.º).

Não podemos deixar de elogiar muitas disposições do notavel codigo austriaco; adoptando principios uteis consignados no direito romano, d'elle se afastou quando era necessario, concedendo, por exemplo, ao progenitor a obrigação de alimentar a prole illegitima, contrariamente ao direito romano, que fazia impender semelhante obrigação sómente sobre a mãe e seus ascendentes. Por isso mesmo que o codigo austriaco nos parece um codigo notavel, informado nos bons principios da logica juridica, extranhamos que, obrigando o pae a prestar, durante a sua vida, alimentos, educação e collocação á prole illegitima, não confira a essa mesma prole o direito de succeder *ab intestato* ao pae. E na realidade assim dispõe o § 754.º: «em quanto á mãe, os filhos illegitimos têm o mesmo direito, que compete aos filhos legitimos na successão *ab intestato* no patrimonio, que póde livremente transmittir-se aos herdeiros; não compete, porém, a esses filhos illegitimos o direito de succeder *ab intestato* na herança do pae, nem dos consanguineos paternos, etc.

Comprehendemos que esta ultima disposição do codigo austriaco se inspira na doutrina do direito romano, mas incoherentemente; ao menos o direito romano foi coherente, negando aos filhos illegitimos qualquer acção contra o pae, ou com o fim de obter alimentos durante a vida ou a quota parte na successão depois da morte. O codigo austriaco, insurgindo-se contra a primeira parte d'aquella disposição generica, subscreve incoherentemente a segunda, intima e essencialmente relacionada.

Abeiremo-nos das disposições do *Avant-Projet* de Laurent.

O illustrado auctor do projecto começa por equiparar a condição juridica dos filhos incestuosos e adulterinos á dos filhos naturaes; em ambas as hypotheses admitte o reconhecimento dos progenitores, subscrevendo tambem a investigação da maternidade e paternidade nas mesmas condições requeridas para os filhos naturaes. Admitte apenas uma unica limitação; no reconhecimento, voluntario ou forçado, dos filhos incestuosos e adulterinos é prohibido mencionar o vinculo incestuoso e adulterino, de que os filhos provêm. São frisantes sob este ponto de vista os artigos 331.º, 333.º, 336.º, 337.º, 790.º, 791.º, 792.º do mesmo *Avant-Projet*[1].

Com estes preliminares devemos entrar na exposição e critica da doutrina do nosso codigo relativamente a este assumpto.

---

[1] Para comprehendermos o espirito avançado do *Avant-Projet* julgamos conveniente transcrever os artigos mencionados no texto.

Art. 331.º La maternité de l'enfant est prouvée par l'acte de naissance où la mère est indiquée; mais il est défendu, sous peine de nullité, à l'officier de recevoir et de constater les déclarations, dont on pourrait induire que l'enfant est né d'un commerce adultérin ou incestueux.

Art. 333.º Il peut-être reconnu conformement à l'art. 310.º; mais il est défendu, sous peine de nullité, de faire dans l'acte de reconnaissance une mention quelconque, d'où l'on pourrait induire que l'enfant est né d'un commerce adultérin ou incestueux.

Art. 336.º L'enfant prendra le nom de celui de ses père et mère, à l'égard duquel sa filiation est constaté. Si sa filiation est constatée à l'égard de son père et de sa mère, il prendra le nom de celui de ses parents dont l'indication pourra cacher son origine.

Art. 337.º Les dispositions des articles 326.º et 328.º à 330.º relatives aux droits des enfants naturels, sont applicables aux enfants adultérins et incestueux.

Art. 790.º Les enfants naturels dont la filiation est légalement établie, ont les mêmes droits que les enfants légitimes dans la succession de leurs père et mère et des parents de leurs père et mère. Les descendents légitimes ou naturels de l'enfant jouissent les mêmes droits.

Podem ser perfilhados (art. 122.º) todos os filhos illegitimos, excepto os adulterinos e os incestuosos; filhos adulterinos (§ 1.º) são os havidos por qualquer pessoa, casada ao tempo da concepção, de outra que não seja o seu consorte; filhos incestuosos (§ 2.º), para o effeito do artigo 122.º, são os filhos de parentes por consanguinidade ou affinidade em qualquer grau da linha recta; e os filhos de parentes por consanguinidade até ao segundo grau inclusivè da linha transversal (§ 2.º, n.ºs 1.º e 2.º do art. 122.º).

O projecto primitivo dispunha, no artigo 121.º, que podiam ser perfilhados todos os filhos susceptiveis de ser legitimados por subsequente matrimonio, e, como não podiam ser legitimados por subsequente matrimonio, segundo a doutrina d'esse mesmo projecto, os filhos adulterinos, incestuosos e sacrilegos, tambem não podiam ser legitimadas essas mesmas tres classes de filhos. Deve notar-se que, segundo a doutrina do projecto, chamavam-se filhos incestuosos os filhos de parentes por consanguinidade ou affinidade em qualquer grau da linha recta e os filhos de parentes por consanguinidade até ao terceiro grau inclusivè da linha transversal.

A commissão revisora, consignando no codigo disposições mais favoraveis aos filhos, não incluiu na excepção os filhos sacrilegos e considerou como incestuosos na linha transversal sómente os filhos havidos de irmãos.

Vamos examinar os fundamentos da doutrina consignada no nosso e em muitos outros codigos, vedando o ingresso no sanctuario da familia aos filhos incestuosos e adulterinos.

A causa juridica, que nos explica o desprezo a que são votados filhos incestuosos e adulterinos, encontra-se na organização exemplar da familia e moralidade publica, considerando-se os vinculos incestuosos e adulterinos diametralmente contrarios á organização da familia e á mo-

ralidade publica; d'esse modo, a legalisação da existencia d'esses argumentos-vivos do incesto e do adulterio muito concorreria para desmoralisar a familia e a sociedade.

O commentador Dias Ferreira[1] invoca esta ordem de ideias ao justificar o nosso codigo; com razão, diz esse jurisconsulto, se prohibe a perfilhação dos filhos incestuosos e adulterinos, porque o reconhecimento dos filhos havidos de tão repugnante cohabitação causaria grande escandalo; e parece preferivel a condição de filho de paes incognitos á de ser reconhecido publicamente como filho de adulterio ou de incesto.

Nada mais repugnante do que permittir-se ao irmão o reconhecimento do filho que teve da irmã, ao pae o reconhecimento do filho, que teve da filha e ao homem solteiro ou casado o reconhecimento do filho havido de mulher, que na epocha da concepção estava ligada a outro pelos laços do matrimonio.

E, na realidade, parecem ter sido estas as considerações a que obedeceu a commissão revisora, não admittindo a perfilhação dos incestuosos e adulterinos, quer se realise voluntariamente pelo reconhecimento dos paes, quer judicialmente pela investigação da paternidade ou maternidade illegitima (art. 132.º). Convence-nos d'isso o facto de se admittir a perfilhação voluntaria de qualquer dos paes separadamente, ainda que se trate de filhos incestuosos e adulterinos, bastando para essa perfilhação que o perfilhante seja habil para contrahir matrimonio nos primeiros cento e vinte dias dos tresentos, que precederam o nascimento do filho (art. 125.º). N'este caso, como ao perfilhante não é permittido revelar no documento da perfilhação o nome da pessoa de quem houve o filho reconhecido, nem indicar qualquer circumstancia por onde essa pessoa venha a re-

---

[1] Auct. e obr. cit., tom. I, pag. 155.

conhecer-se (art. 124.º), não se fica sabendo a verdadeira origem do perfilhado e, portanto, não ha escandalo social.

Mas, deveremos admittir esta ordem de ideias?!

Houve um crime monstruoso de que são fructo innocente os filhos incestuosos e adulterinos; deverá recahir a penalidade d'esse delicto sobre a cabeça dos filhos, permanecendo os paes completamente illesos?! Que extranha theoria a do aphorismo: *patres nostri peccaverunt, et nos peccata eorum portamus!*

Devido á injustiça d'este principio, a condição juridica dos filhos incestuosos e adulterinos tem-se modificado progressivamente desde o direito romano até aos nossos dias; certamente os filhos incestuosos e adulterinos são, biologicamente, filhos como os legitimos e nenhuma nota de infamia os deve ferir, porque não lhes é imputavel o facto de nascerem de uma união illicita.

Sem deixar de reconhecer a verdade d'aquelle principio biologico, convém simultaneamente attender á organização da familia, á vida da sociedade, que não sómente aos justos requisitos da individualidade.

Para bem proceder necessitamos de harmonisar os dois criterios fundamentaes: respeito pela vida do individuo e integridade social; desde que um ente apparece no mundo, por mais repugnante que seja o facto, que lhe determinou o nascimento, a sociedade, dominada pelo fanatismo da honestidade, jámais deverá fazer incidir as furias da sua indignação sobre o infeliz nascido, que nada teve com o procedimento criminoso dos seus progenitores; contrariamente a isso, a lei deve obrigar os seus progenitores a assegurar-lhe a vitalidade e educação social, porque, já o dizia Loysel[1], *qui fait l'enfant doit le nourrir*. Por outro lado, não deve tambem esquecer-se o respeito á familia e

---

[1] *Instituions Coutumières*, tom. 1, lib. 1, tit. 1, § 41.º

honestidade social, sendo um attentado repugnante e de consequencias funestissimas o equiparar-se a condição juridica dos filhos legitimos, illegitimos e espurios.

O individuo que nasceu, por isso mesmo que nasceu, tem o supremo direito de viver; e os seus progenitores, por haverem procreado esse individuo, têm restricta obrigação de o alimentar, dispensando-lhe toda a protecção compativel com as suas circumstancias. E nem se argumente com o facto da procreação vir acompanhada d'um delicto, sendo o progenitor um criminoso; n'esse caso junta-se á sancção penal a sancção civil, prevenindo assim a repetição dos incestos e adulterios pela comminação das pesadas responsabilidades, que acompanham a educação da prole. Mas, pondere-se bem, a comminação da pena deve abranger simplesmente o auctor do reato, deixando illesa a victima innocente. Comprehende-se ainda a hereditariedade da pena, quando haja previamente incidido sobre o progenitor, mas o que difficilmente se percebe é como se castigue o filho innocente, á custa da irresponsabilidade do progenitor!

Julgamos indiscutivel o direito á vida, que possuem os individuos nascidos, o que não exclue a necessidade de limitar esse direito em harmonia com as exigencias sociaes.

Se a sociedade é um organismo, em que ha orgãos especialmente incumbidos de realisar certas e determinadas funcções, é da maxima necessidade que essas mesmas funcções sejam desempenhadas por orgãos correlativos; desde que os orgãos não desempenhassem todas as funcções, que lhe pertenciam, ou tentassem absorver outras funcções dar-se-hia a anarchia, o cahos. Ora, a funcção reproductiva e educativa da especie pertence unicamente á familia, constituida como actualmente se encontra sob a fórma monogamica, indissoluvel e de modo a manter o equilibrio no movimento da população e na proporção dos sexos, a estabilidade do vinculo e a completa educação da prole. A

constituição da familia, como se encontra actualmente, longe de ser um facto indifferente á sociedade, exerce sobre ella uma influencia decisiva. Compete, pois, ao estado evitar as condições, que perturbam a regular organização da familia, como as uniões transitorias, etc., e, sobretudo, os crimes que ferem intimamente o instituto familiar, os incestos e adulterios.

Convém harmonisar estes dois direitos egualmente necessarios, mas incompativeis, quando não se considerem em termos habeis: o direito da individualidade á vida e o direito do estado determinar o desenvolvimento do instituto familiar; estes dois direitos devem integrar-se n'uma fórmula unica, que representa uma relação juridica equitativa, pois que o individuo se desenvolve na sociedade. Ora, essa fórmula obter-se-ha naturalmente, determinando que os filhos nascidos fóra do matrimonio consigam sempre o nome, alimentos e educação dos genitores, sem todavia fazerem parte da familia, nem gosarem do beneficio do patrio poder, como os outros filhos legitimos. N'esta mesma ordem de ideias, que vamos advogando, devem os filhos incestuosos e adulterinos herdar em concurso com os outros filhos legitimos.

Em summa: a condição juridica dos filhos illegitimos deve ser egual para todos, sem attendermos á indole mais ou menos illegitima da união, que lhes determina a existencia; entretanto, nunca se deve pensar em egualar a sorte dos filhos illegitimos á dos legitimos, porque a existencia legal da familia legitima constitue uma garantia da ordem social a que os legisladores devem votar a maior consideração.

Devemos dizer, entretanto, que os redactores do codigo de Napoleão, inspirador de todos os codigos modernos, foram extremamente dominados pelo respeito da familia [1].

---

[1] Portalis, *Exposé général du système du code civil* (Locré, tom. I,

Os principios apresentados auctorisam-nos a concluir, que se deve admittir a perfilhação dos filhos incestuosos e adulterinos, harmonicamente com as indicações anteriores. Assim se deveriam alterar os artigos 122.º, 125.º, 135.º e 136.º

E nem se diga, que d'este modo se legalisa o escandalo, permittindo-se a perfilhação d'esses verdadeiros monstros da sociedade, porque o escandalo existe previamente e com conhecimento de quasi todos os escandalisados ulteriormente. Portanto o legislador, sem deixar de confirmar um facto mais ou menos conhecido, providenciaria a respeito da subsistencia dos filhos do incesto ou adulterio.

A argumentação exposta extende-se tambem á condição juridica dos filhos clericaes; n'esta hypothese o respeito devido á familia é substituido pela consideração dispensada ao caracter sagrado d'um voto de castidade, que ainda existe, apezar dos ensinamentos da biologia.

A proposito d'esta ultima hypothese póde perguntar-se: — por ventura os filhos sacrilegos, segundo o nosso codigo, serão perfilhaveis? Não faltam jurisconsultos, que sustentam a affirmativa ou a negativa.

Não insistimos sobre o assumpto, que só indirectamente prende com a essencia d'este trabalho.

Os que sustentam que os filhos sacrilegos não podem ser perfilhados baseiam-se no artigo 125.º; segundo esse artigo, para que a perfilhação seja feita por qualquer dos paes, é necessario que o perfilhante seja habil para contrahir matrimonio nos primeiros cento e vinte dias dos tresentos que precederam o nascimento do filho. Ora, o individuo,

---

pag. 193); Cambacères, cit. por Dalloz, *Répert.* cit., verb. *Paternité*, n.º 418.

que tenha ordens maiores ou que esteja ligado por voto solemne, não póde contrahir matrimonio, catholico ou civil, como se deprehende dos artigos 1057.º, 1058.º, n.º 5.º, 1072.º, 1076.º e 1078.º Assim, o artigo 1057.º estabelece o casamento religioso para os que professarem a religião catholica e o casamento civil para os que não a professarem; e no artigo 1058.º, entre os impedimentos communs a ambas as especies de conjuges, acha-se mencionado o impedimento da ordem e o voto solemne reconhecido por lei. Para que, portanto, possa contrahir-se o casamento civil é necessario que se não verifique esse impedimento, devendo o official do registo civil oppôr-se á sua celebração desde que tenha conhecimento d'elle (art. 1078.º) [1].

Os que sustentam a doutrina de que são perfilhaveis os filhos sacrilegos baseiam-se nas seguintes considerações: *a*) no artigo 122.º não se acha mencionada a excepção relativa a elles e, como as excepções são de interpretação restricta, não é licito generalisar aos filhos sacrilegos uma disposição que o legislador sómente applicou aos adulterinos e incestuosos; *b*) os artigos 123.º e seguintes não contêm excepções ao principio consignado no artigo 122.º, mas preceitos reguladores da execução d'este artigo; *c*) não é exacto que os individuos, que tenham ordens sagradas ou que se achem ligados por voto solemne reconhecido pela lei, não possam contrahir casamento civil, porquanto: α) o artigo 1058.º não trata dos impedimentos dirimentes do casamento, isto é, de impedimentos de que derive a sua nullidade, mas sómente de impedimentos impedientes, que têm como sancção as penas comminadas pelo legislador (art. 1060.º–1064.º) e não a nullidade do casamento, como claramente dispõe o artigo 1059.º Ora,

[1] *Revista de Legislação e de Jurisprudencia*, an. I, pag. 88, 186, 437–442. 633; an. III, pag. 145, 707–751; an. IV, pag. 105; an. IX, pag. 171; *Direito*, an. II, pag. 257.

o impedimento da ordem é impediente para o casamento civil, mas não dirimente, achando-se consignados os preceitos relativos a estes impedimentos no artigo 1073.º, e entre elles não é mencionado o da ordem e voto solemne; β) o artigo 1081.º preceitua que não haja inquerito algum por parte do official civil ácerca da religião dos contrahentes e, portanto, podem celebrar casamento civil, tanto os catholicos como os não catholicos e aquelles, quer se achem ou não ligados por voto solemne e pela ordem; γ) finalmente o casamento civil só póde ser annullado pelos tribunaes civis (art. 1089.º) e nunca por motivo da religião dos contrahentes (art. 1090.º). A jurisprudencia têm-se, de resto, inclinado para esta opinião, como se vê dos Accordãos do Supremo Tribunal de Justiça de 20 de agosto de 1875, e da Relação do Porto de 28 de outubro de 1881, de 5 de outubro de 1883, de 20 de julho de 1886, etc.[1].

Inclinamo-nos por esta ultima doutrina.

---

[1] *Revista dos Tribunaes*, an. I, pag. 132; an. V, pag. 136; *Direito*, an. XVIII, pag. 159; Dias Ferreira, *Commentario* cit., tom. I, pag. 168; V, pag. 262-264; Julio de Vilhena, *Problemas de direito moderno*, I. *Perfilhação dos filhos sacrilegos*, pag. 51 e seg.; *Gazeta da Associação dos Advogados de Lisboa*, an. II, pag. 449, 545, 567.

COMMENTARIO

AO

CODIGO CIVIL PORTUGUEZ

(Artt. 359.º-443.º)

N'este commentario adoptamos a orientação seguida pelo ex.mo sr. dr. Sanches da Gama, lente da Faculdade de Direito, da Universidade. A proposito de cada artigo, pareceu-nos conveniente indicar os logares parallelos nos mais importantes codigos extrangeiros.

Iniciamos o nosso estudo na segunda parte do codigo civil. É tambem este o ponto de partida das prelecções do ex.mo lente cathedratico.

Publicamos o tomo I d'um commentario a alguns artigos do codigo civil portuguez. Com este trabalho julgamos prestar um subsidio valioso aos estudantes da Faculdade de Direito, que encontrarão synthetisadas n'este livro as mais importantes notas exegeticas dispersas pelos varios commentadores nacionaes e extrangeiros. Moldámos esta exegese na orientação seguida pelo dignissimo lente da sexta cadeira, sr. dr. Sanches da Gama.

Parece-nos tambem que o conhecimento d'este commentario não será por completo indifferente aos que profissionalmente interpretam e applicam a lei civil.

O commentario é precedido d'uma introducção sobre a *Renovação Juridica*, destinada a vulgarisar a profunda revolução, que na Italia e Allemanha saccode *ab imis* as mais importantes instituições juridicas. A renovação juridica no terreno civilista transforma-se com mais celeridade do que na esphera penalista; e, todavia, emquanto

as conclusões avançadas da Anthropologia Criminal vão sendo conhecidas do nosso mundo juridico, as modernas theses civilistas são patrimonio exclusivo de poucas individualidades, que por dever profissional ou curiosidade louvavel assistem ao grande movimento juridico extrangeiro.

Sob este ponto de vista o nosso trabalho de vulgarisação corresponde a uma instante necessidade scientifica.

Seriamos injustos se não agradecessemos ao ex.^{mo} sr. dr. Sanches da Gama o cuidado prestado na revisão das provas typographicas.

Apparecerá ainda, antes de outubro, a conclusão d'este trabalho exegetico.

COMMENTARIO

AO

CODIGO CIVIL PORTUGUEZ

PARTE II

Da acquisição dos direitos

Começamos o estudo das materias que constituem o objecto da sexta cadeira da faculdade de direito.

A proposito, é conveniente conhecer a relação d'esta segunda parte do Codigo Civil com o plano geral do mesmo Codigo, e, simultaneamente, determinar o systema a que obedecem as suas disposições.

O sr. visconde de Seabra [1] insurge-se contra o systema seguido anteriormente, não só pelas Institutas, o monumento classico do Direito Romano, mas tambem pelos escriptores a que Coelho da Rocha chamou dogmaticos [2].

As Institutas encontravam-se divididas em tres partes: *jura*

---

[1] *Apostilla á censura do sr. Alberto de Moraes Carvalho sobre a primeira parte do Projecto do Codigo Civil*, por Antonio Luiz de Seabra. Coimbra, Imprensa da Universidade, 1858; pag. 10-12.

[2] Coelho da Rocha, *Instituições de Direito Civil Portuguez*, sexta edição, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1886; prefacção, pag. XXI-XXII.

personarum, jura rerum, actiones[1]. Esta triologia dominou a corrente dos tratadistas ulteriores; entre nós acostaram-se a ella, com pequenas modificações, Paschoal José de Mello e Coelho da Rocha; este ultimo, á semelhança de Mackeldey, distingue duas partes importantes: na parte *geral* apresenta algumas noções sobre obrigações e actos juridicos, e na parte *especial* tracta das pessoas (direitos pessoaes), cousas (direitos reaes) e actos juridicos (contractos, acções e obrigações)[2].

Entendeu o sr. visconde de Seabra que a modificação introduzida por Coelho da Rocha não alterava sensivelmente o plano das Institutas, embora a terceira parte da divisão admittida por aquelle civilista fosse mais lata do que a respectiva nas Institutas. Nesta opinião resolve emancipar-se de quaesquer preconceitos, fechar os livros e consultar a propria natureza das cousas; d'este modo seria possivel encontrar um plano completamente novo, logico, simples, natural e completo. Vejamos como[3]:

— O fim do legislador é expôr o direito civil na sua ordem mais simples e natural, ordem que deve ser fundada na mesma natureza do direito. Por outro lado, o conceito do direito civil, apresentado pelos jurisconsultos e confirmado pelo art. 3.º do Cod.

---

[1] Inst., *de jure pers.*, in princ.

[2] Na prefacção explica o seu methodo Coelho da Rocha, nos termos seguintes: «agradou-nos, porém, e fizemos por imitar o modelo d'um plano que encontramos na mui acreditada obra *Manuel de Droit Romain* de Mackeldey, professor da Universidade de Bonn; começando por uma introducção, onde se contêm as noções geraes e historicas sobre as leis e fontes do direito, a qual corresponde aos titulos do Digesto *de justitia et jure* e *de legibus*. Depois na parte geral collocamos o que podemos chamar technologia da sciencia, isto é, as definições communs e principios mais geraes de que continuadamente tem de se fazer uso e applicação na parte especial. Nesta, finalmente, distribuimos as doutrinas em tres livros com attenção aos tres elementos do direito, pessoas, cousas e actos juridicos. Nesta distribuição nada se póde notar que não seja mui trivial, senão a divisão — actos juridicos, que algum tanto differe da *de obligationibus et actionibus* da Instituta.» Coelho da Rocha, obr. cit., pref., pag. XXII.

[3] *Apostilla* cit. pag. 10-12.

Civ., é o seguinte: complexo de regras ou disposições legaes que determinam e regem as relações privadas dos cidadãos entre si. Devemos, pois, estudar os elementos juridicos essenciaes nestas relações e examinar qual d'elles póde constituir o criterio que nos ha de guiar na systematisação do Codigo.

Nas relações acima referidas encontramos tres elementos essenciaes: *a*) sujeito do direito (o credor), *b*) sujeito da obrigação (o devedor), *c*) objecto do direito e da obrigação. Vamos examinar sobre qual dos elementos podemos basear o systema do Codigo.

O objecto do direito poderá servir de base ao systema? Não, certamente, ou se considere esse objecto como cousas ou serviços; não as cousas, porque seria impossivel reunil-as, classifical-as e comprehendel-as todas na massa existente e possivel; não os serviços, pela sua propria natureza variavel e indefinida; não as cousas e serviços, porque só accidentalmente apparecem como elemento do direito, — e o direito não seria o que é, se não assentasse sobre principios certos e invariaveis.

O sujeito da obrigação poderá servir de criterio á systematisação do Codigo? De modo nenhum; a obrigação é um elemento secundario, uma ideia relativa, que presuppõe necessariamente a existencia d'um direito. Embora se diga que todo o direito tem uma obrigação correlativa, geral ou particular, é certo que o direito póde nascer, effectuar-se, subsistir e perecer independentemente da obrigação, o que não acontece em relação á obrigação. O direito exprime um principio absoluto e independente.

Que dizer do sujeito do direito? Foi este o ponto de vista adoptado pelo sr. visconde de Seabra na formação do plano. Entretanto, como no sujeito do direito ha necessariamente duas ideias predominantes e distinctas, — o poder, ou seja a autonomia, a faculdade immanente — e a acção, ou a faculdade prática, cumpria definir a primeira, antes de tratar da segunda. Por outras palavras, era necessario definir primeiro a capacidade do ente juridico, em que se resume a sua existencia ideal, antes de entrar no exame da vida que lhe é propria, isto é, no reconhecimento dos meios por que póde adquirir os elementos

externos necessarios á sua existencia, e de como os póde fruir, conservar e defender. Achamos, pois, continúa o sr. visconde de Seabra, que todo o direito (no sentido determinador ou regulador) necessariamente devia referir-se a quatro pontos capitaes, que podiam servir de pontos de triangulação no levantamento da nossa carta juridica, a saber:

1.° Natureza do ente juridico (capacidade)
2.° Seus meios de vida (acquisição)
3.° Fruição d'esses direitos (propriedade)
4.° Conservação (violação, defeza dos direitos)[1].

Em harmonia com este plano divide-se o Codigo Civil em quatro partes: na primeira comprehende a capacidade civil, isto é, a natureza do ente juridico, faculdades que possue e direitos de que póde gozar, segundo o seu estado de presente, ausente, menor, interdicto, ou maior, no pleno uso dos seus direitos; na segunda (tres livros) abrange a acquisição dos direitos nas suas variadas fórmas, ou antes a acquisição dos meios de existencia pela realisação dos direitos absolutos; na terceira determina o modo de fruição dos direitos, segundo a propriedade é perfeita ou imperfeita; na quarta (dois livros) refere os modos de conservar os direitos, determinando as condições de violação e os meios de reparação.

*

A acquisição, uma em si, é variavel e complexa em seus resultados e diversa no seu modo de realisação. O Codigo Civil (art. 4.°) admitte essa variabilidade, pois reconhece que, além

---

[1] É curiosa a evolução dos systemas relativos á classificação das disposições juridicas, em materia civil. Belime (*Philosophie du Droit ou Cours d'Introduction à la science du Droit*, 4.ª ed., Paris, 1881, tom. I, cap. XVI, pag. 517-526); Teixeira de Freitas (*Nova Apostilla á censura do sr. Alberto de Moraes de Carvalho*, Rio de Janeiro, 1859); Vadalà-Papale, Chironi, d'Aguanno, Cimbali, etc.

dos direitos que derivam da propria natureza (n.º 1.º), outros podem ser adquiridos por facto e vontade propria, independentemente de cooperação d'outrem (n.º 2.º), ou por facto e vontade propria e de outrem conjunctamente (n.º 3.º), ou por mero facto e vontade d'outrem (n.º 4.º), ou por mera disposição da lei (n.º 5.º).

TITULO I

Dos direitos originarios

Como acabamos de vêr, o Codigo Civil reconhece a existencia dos chamados direitos originarios (art. 4.º, n.º 1.º); iniciando a doutrina da segunda parte — *Da acquisição dos direitos*, apparece o tit. 1.º subordinado á epigraphe — *Dos direitos originarios*.

Julgamos que o procedimento do legislador nem se harmonisa com o plano do Codigo nem possue uma defeza rasoavel, pelas seguintes considerações:

a) Tratando-se da acquisição de direitos não é logico o reconhecimento dos direitos originarios, porque não são adquiridos; estes direitos são congenitos, nascem com o homem; o seu titulo reside na propria personalidade. Demais esses direitos são anteriores a todos os homens, de modo que a sua origem e formação não dependem da lei. Para que mencional-os, pois, num codigo?

b) Esses direitos escapam a uma classificação methodica; os escriptores divergem quando os querem classificar[1]. Para que

---

[1] Vae uma divergencia extraordinaria entre os auctores, que tentam classificar os direitos naturaes ou absolutos. Vicente Ferrer Netto Paiva (*Elementos de Direito Natural*, Coimbra, 1857, vol. I, parte II, secç. I, §§ 65-79) considera direitos absolutos: os de liberdade, associação, e independencia; Dias Ferreira (*Noções Fundamentaes de Philosophia do Direito*, Coimbra, 1864, liç. XVI, pag. 324) refere os de liberdade e appropriação; Rodrigues de Brito (*Philosophia do Direito*, Coimbra, 1871, parte II, § 273 e seg.) os de dignidade, liberdade, veracidade, boa reputação, propriedade

introduzir doutrina tão variavel num codigo, que deve ser invariavel e permanecer superior a quaesquer discussões doutrinarias? Com razão votou Alexandre Herculano a suppressão d'esta materia na sessão de 26 de novembro de 1860[1]. Posteriormente o commentador sr. Dias Ferreira seguiu a mesma esteira, dizendo que a natureza dos direitos originarios se revolta contra a sua subordinação a uma classificação do Codigo. Se alguma das disposições d'este tit. 1.º se encontrasse numa constituição politica ou num codigo penal, ainda assim só seria legitimada se a sua inserção coincidisse com uma epocha em que os direitos naturaes do homem não fossem devidamente reconhecidos e respeitados em toda a parte[2].

O sr. visconde de Seabra tentou firmar a sua doutrina com as seguintes considerações, que parallelamente criticaremos:

a) Alguns codigos, como o da Austria (art. 16.º), dispõem identicamente[3].

---

e associação; Franck (*Dictionnaire des sciences philosophiques*, Paris, 1875; *Philosophie du droit civil*, Paris, 1886, cap. II, pag. 9 e seg.) os de inviolabilidade, liberdade individual, propriedade, liberdade de consciencia e liberdade intellectual; sr. dr. Callixto (*Programma da primeira cadeira—Philosophia do Direito*, parte segunda, VIII) os de existencia, liberdade e appropriação.

Modernamente, as escholas mais avançadas, reconhecendo que o direito symbolisa sempre uma condição indispensavel para a realisação de certo fim, não admittem o abysmo que os auctores classicos cavavam entre os direitos absolutos e os hypotheticos; todos os direitos são egualmente absolutos e necessarios, tendo-se em vista a condição por elles representada.

[1] «O sr. Seabra apresentou, e depois de alguma controversia foi approvada por todos, á excepção do sr. Herculano, que declarou votava pela sua suppressão, o titulo em discussão (relativo aos direitos originarios).» *Actas das sessões da commissão revisora do Projecto do Codigo Civil Portuguez*, Lisboa, 1869, pag. 66.

[2] Dias Ferreira, *Codigo Civil Portuguez Annotado*, Lisboa, 1870, tom. I, pag. 361.

[3] Codigo da Austria, art. 16: *Tout homme a des droits innés, qui doivent le faire considerer comme une personne. L'esclavage et le servage, ainsi que l'exercice d'un pouvoir, qui s'y rapporte, sont abolis.* Mr. Anthoine de Saint-

Entretanto, esse mesmo codigo, no artigo citado, limita-se a reconhecer a existencia dos direitos naturaes, sem os classificar; sendo, comtudo, certo que muitos outros codigos, e entre elles o codigo de Napoleão, modelo dos codigos modernos, nada dispõem.

Este argumento é reversivo.

b) Argumentava ainda o sr. visconde de Seabra: «A inserção do tit. 1.º é necessaria para se obedecer ao plano indicado no art. 4.º, n.º 1.º, e art. 5.º» [1].

Nada prova tambem este argumento: é uma *petitio principii;* elimine-se o art. 4.º, embora se conserve o art. 5.º; ambos estes artigos dependem da discussão travada.

c) Mas, continúa o mesmo auctor: «O codigo estatue entre os direitos absolutos o direito de defeza, garantia de todos os outros direitos quando lesados» [2]. Supprimir, portanto, o tit. 1.º corresponde a eliminar uma garantia importante, se não a principal de todos os direitos, — a garantia da defeza (art. 359.º, n.º 5.º), isto é, a faculdade de obstar á violação dos direitos naturaes e adquiridos (art. 367.º). A importancia d'este direito resulta das disposições dos artt. 2361.º e 2367.º, cujas disposições difficilmente se comprehendem após a eliminação do titulo discutido.

Não podemos deixar de reconhecer a força d'esta ultima consideração; entretanto, sem grave prejuizo, poderia supprimir-se este titulo como pertença do direito natural.

Joseph, *Concordance entre les codes civils étrangers*, Paris, 1856, vol. I, pag. 3.

[1] Obr. cit. ibidem.

[2] Ibidem.

TITULO II

Das cousas que pódem ser objecto de apropriação, e suas differentes especies, em relação á natureza das mesmas cousas ou das pessoas a quem pertencem.

Á simples inspecção d'esta epigraphe e seus artigos, parece trahir-se o plano anteriormente indicado; em vez de expôr a acquisição dos direitos, o legislador refere a noção e divisão de cousas, voltando á triologia de Justiniano.

Esta contradição, porém, não tem razão de ser; effectivamente o codigo não poderia legislar sobre direitos ás cousas, sem previamente apresentar a noção e classificação das mesmas cousas.

Convem tambem advertir que a divisão das cousas, constante da inscripção do titulo 2.º, não é completa; nos artt. 369-382.º apparecem outras divisões, que não só as expressamente mencionadas na referida epigraphe, isto é, em relação á natureza das mesmas cousas ou das pessoas a quem pertencem; a analyse do titulo 2.º mostra que o legislador considerou as cousas:

1.º emquanto á sua natureza (371.º, 372.º)

2.º emquanto á sua natureza combinada com a acção do homem (374.º)

3.º emquanto á disposição da lei (371.º, 375.º, 376.º in-fin.)

4.º emquanto ás pessoas a quem o seu uso póde pertencer (379.º).

> Art. 369.º Cousa diz-se em direito tudo aquillo que carece de personalidade.

Neste artigo encontra-se a definição de «cousa», exactamente egual á das Institutas [1]. Tem sido criticada como negativa;

---

[1] § 1.º, I. *de rerum divisione,* in princ.

mas, todas as que existem, possuem mais ou menos esse defeito[1]. Embora não seja logicamente verdadeira, é certo que por ella póde formar-se um conceito approximado da verdadeira noção de «cousa»: no meio dos seres existentes encontra-se o homem dotado de racionabilidade, liberdade e finalidade; tudo o que existe, á excepção do homem, é «cousa», no sentido lato.

No sentido mais restricto, a palavra «cousa» indica só aquillo, que póde prestar ao homem uma utilidade exclusiva e constituir objecto do direito de propriedade[2].

Em conclusão: «cousa», no sentido lato,—como genero—é tudo o que existe á excepção do homem; no sentido restricto, —como especie—é tudo o que póde ser objecto da apropriação particular.

Os auctores francezes e italianos, entre elles Demolombe[3] e Pacifici-Mazzoni[4], fixam esta diversidade de extensão com termos differentes: *cousas* (sentido lato), *bens* (cousas no sentido restricto)[5].

> Art. 370.º Podem ser objecto de apropriação todas as cousas que não estão fóra do commercio.
>
> Art. 371.º As cousas podem estar fóra do commercio por sua natureza ou por disposição da lei.

---

[1] Bruschy, *Manual do Direito Civil Portuguez*, Lisboa, 1869, vol. II. liv. II, parte I, cap. I, secç. II, § 205.

[2] «Na linguagem commum, o termo *cousa* designa todo o objecto corporeo, que existe fóra do homem, seja ou não susceptivel de constituir materia de um direito. Porém, na linguagem juridica, só se considera *cousa* o que pode ser objecto de direito. Á noção juridica de cousa competem dois elementos: 1) objecto exterior, que póde ser cousa corporea ou facto do homem; 2) possibilidade de constituir objecto juridico.» Pacifici-Mazzoni, *Istituzioni di Diritto Civile Italiano*, 3.ª ed., Firenze, 1881, vol. II, lib. II, tit. III, n.º 120; Coelho da Rocha, obr. cit., § 76; Bruschy, obr. cit., § 205.

[3] *Cours de Code Napoléon I: Traité de la distinction des biens*, 3.ª ed., Paris, 1866, tom. I, cap. I, n.ºs 8-13.

[4] Obr. cit. ibidem, n.º 120.

[5] Ibidem.

Art. 372.º Estão fóra do commercio, por sua natureza, aquellas que não podem ser possuidas por algum individuo exclusivamente; e, por disposição da lei, aquellas que a mesma lei declara irreduziveis a propriedade particular.

Art. 373.º As cousas são immoveis ou moveis.

Art. 374.º São immoveis ou naturalmente ou mediante a acção do homem...

Art. 375.º São immoveis por disposição da lei...

Art. 376.º São moveis por natureza... e por disposição da lei...

Art. 379.º As cousas, em relação ás pessoas, a quem a sua propriedade pertence, ou que d'ellas se podem livremente aproveitar, dizem-se publicas, communs e particulares.

Art. 380.º São publicas as cousas naturaes ou artificiaes, apropriadas ou produzidas pelo estado e corporações publicas e mantidas debaixo da sua administração, das quaes é licito a todos, individual ou collectivamente, utilisar-se com as restricções impostas pela lei, ou pelos regulamentos administrativos.

Art. 381.º São communs as cousas naturaes ou artificiaes, não individualmente apropriadas, das quaes só é permittido tirar proveito, guardados os regulamentos administrativos, aos individuos comprehendidos em certa circumscripção administrativa, ou que fazem parte de certa corporação publica.

Art. 382.º São particulares as cousas, cuja propriedade pertence a pessoas singulares ou collectivas, e de que ninguem póde tirar proveito, senão essas pessoas ou outras com seu consentimento.

Para procedermos methodicamente, necessitamos de completar a divisão das cousas indicada pelo codigo; algumas constam explicitamente, outras deduzem-se, com rigor logico, de varios artigos.

DIVISÃO DAS COUSAS

1.º { corporeas / incorporeas

2.º { susceptiveis de apropriação / não susceptiveis de apropriação

3.º { fungiveis / não fungiveis

4.º { principaes / accessorias

5.º { de situação fixa / de situação variavel

6.º { divisiveis / indivisiveis

7.º { moveis / immoveis

8.º { publicas / communs / particulares

*

1.º { *corporeas* / *incorporeas*

Coelho da Rocha, Demolombe, e quasi todos os auctores admittem esta mesma divisão; as cousas consideradas em si mesmas, diz Coelho da Rocha[1], ou são corporeas ou incorporeas:

---

[1] Obr. cit., § 77. Laurent, *Avant-Projet de Révision du Code Civil*, tom. III, liv. II, pag. 2, insurge-se contra esta divisão legal.

aquellas são as que existem physicamente e se percebem pelos sentidos, como um animal, uma casa; mas, como admittimos em jurisprudencia pessoas moraes, o mesmo praticamos a respeito das cousas, suppondo objecto de direito sêres incorporeos ou moraes, que não existem senão por ficção, como as servidões, os direitos, e as acções.

A doutrina de Coelho da Rocha ainda hoje vigora; á cathegoria das incorporeas pertencem todos os direitos, e, como estes não são por sua natureza moveis ou immoveis, fungiveis ou não fungiveis, o codigo seguiu o principio do direito romano, considerando os direitos moveis ou immoveis, fungiveis ou não fungiveis, conforme o objecto a que estão inherentes fôr movel ou immovel, fungivel ou não fungivel (375.º n.º 2.º, 376.º in-fin.).

O direito romano synthetisava esta doutrina no aphorismo juridico: *qui tendit ad mobile est mobilis; qui tendit ad immobile est immobilis.*

Em resumo: as cousas corporeas são as que têm uma existencia material, palpavel e visivel — *quae tangi possunt;* incorporeas as que não possuem uma existencia exterior e que só podem ser percebidas pela intelligencia — *quae tangi non possunt*[1].

2.º { *não susceptiveis de apropriação*
{ *susceptiveis de apropriação*

Cousas susceptiveis de apropriação dizem-se assim as que estão dentro do commercio (370.º); não susceptiveis de apropriação as que estão fóra do commercio. As cousas podem estar fóra do commercio, por natureza ou por disposição da lei estão fóra do commercio por natureza as que, naturalmente, não podem ser possuidas por algum individuo exclusivamente, como os dons gratuitos, o mar, etc.; — por disposição da lei as que a mesma

[1] L. 1.º, § 1.º, D. *de divisione rerum.*

lei declara irreduziveis a propriedade particular, por ex.: o terreno destinado a uma ponte, etc. (371.º, 372.º).

Devemos observar que a distincção entre cousas situadas fóra e dentro do commercio, por natureza, não é absoluta; na verdade, qualquer industrial póde apropriar-se de certa quantidade de agua do mar, introduzindo na circulação commercial uma cousa que se diria fóra do commercio, por natureza. Essa distincção é, porém, sempre verdadeira, se tomarmos o objecto na sua totalidade.

As que estão fóra do commercio por disposição da lei, ou são destinadas ao uso de todos, como as estradas, ou representam uma utilidade geral, sem qualquer têr, todavia, direito de usar d'ellas, como, por ex.: os edificios publicos. Esta ultima distincção é admittida por muitos jurisconsultos.

3.º { *fungiveis*
não fungiveis

Cousas fungiveis são as que se consomem com o primeiro uso, ou, como diz Coelho da Rocha, aquellas das quaes se não póde usar, sem se consumirem, ou ao menos, sem lhes alterar a natureza: taes são *ordinariamente* as que constam de numero, peso e medida, por ex.: o vinho, o trigo[1]. Não fungiveis são as que se não consomem com o primeiro uso a que são destinadas, ou, como define o citado auctor, aquellas de que se póde usar sem se consumirem, como os animaes, os predios[2].

Embora esta divisão, que fundamentava a distincção entre os contractos de mutuo e commodato (1507.º), seja admittida por muitos codigos modernos, é certo que os civilistas mais importantes localisam a distincção entre cousas fungiveis e não fungiveis na possibilidade de serem substituidas por outras, possibilidade que é determinada pela intenção dos pactuantes.

---

[1] Obr. cit., § 81.

[2] Ibidem.

Demolombe[1], orientado por estes principios, considera fungiveis as cousas que pódem ser, identica e exactamente, substituidas por outras: *quarum una alterius vice fungitur;* não fungiveis, as que se consideram em si mesmas, no seu corpo, na sua individualidade, e que não podem, por isso, ser substituidas por outras. Tem-se dito, pondera o commentador do Codigo de Napoleão, que cousas fungiveis são as que se consomem com o primeiro uso; entretanto, essa asserção é o resultado d'uma confusão inexacta. Certamente as cousas, que se consomem com o primeiro uso, são naturalmente susceptiveis de ser substituidas por outras; porisso se consideram fungiveis, isto é, a parte que as recebe póde libertar-se da obrigação, restituindo outras da mesma especie e qualidade. Mas, não se conclua, precipitadamente, que só as cousas que se consomem com o primeiro uso são fungiveis; pois algumas ha que se não consomem com tal uso e são, todavia, fungiveis, emquanto que outras, capazes de serem consumidas com o primeiro uso, podem apresentar-se não fungiveis.

Coelho da Rocha[2] viu esta mesma doutrina; depois de apresentar a noção tradicional, que acima referimos, adverte, em nota, que semelhante distincção não é tão exacta que possa servir de base a todas as conclusões juridicas; pois, muitas vezes, coisas que se consomem pelo uso, são reputadas nas leis, ou nas convenções ou testamentos, como não fungiveis e vice-versa. O essencial da distincção consiste antes em ser uma cousa considerada para o fim de que se tracta, ou como *determinada e individual* (*in specie* na phrase do Direito Romano) e, portanto, insubstituivel por outra; ou como *a mesma em especie* (*in genere*), e, nesse caso, substituivel por outra da mesma quantidade e qualidade.

Para esclarecimento da doutrina respigamos nos dois auctores citados alguns exemplos.

O dinheiro é fungivel, se é emprestado para se gastar; e não

---

[1] Obr. cit, cap. I, secç. II, n.os 42-46.

[2] Obr. cit., § 81, nota.

fungivel, quando o seja com a obrigação de serem restituidas as mesmas moedas.

O vinho é fungivel; mas, se o testador legar o vinho que está em certo tonel, equivale a não fungivel, porque o herdeiro deve dar aquelle individualmente: vice-versa, se o testador deixar indeterminadamente um cavallo, uma casa, o herdeiro satisfaz, entregando uma qualquer do mesmo genero; e assim vem a applicar-se a uma cousa não fungivel os effeitos das fungiveis [1].

Um livreiro, não tendo no seu estabelecimento exemplares de certa obra para satisfazer um freguez, mandou-os pedir emprestados a um seu collega, compromettendo-se a restituir-lhe egual numero de exemplares da mesma obra e edição. Nesta hypothese, os livros, que se não consomem naturalmente com o primeiro uso e que, porisso, na vigencia da antiga doutrina, deveriam pertencer ás cousas não fungiveis, são todavia cousas fungiveis.

Um jogador pede para marcar ao jogo algumas moedas com a obrigação de as restituir, as proprias e não outras. Assim as moedas, cousas fungiveis pela antiga distincção, são entretanto fungiveis [2].

D'este modo comprehende-se, de sobejo, a divisão das cousas fungiveis e não fungiveis [3], divisão que foi acceita pelas Ordenações (liv. IV, tit. 53.º) e Codigo Civil (1506.º, 1507.º, 1510.º, 1633.º, 1636.º, 1637.º, 2209.º) [4].

$$4.^{\circ} \begin{cases} principaes \\ accessorias \end{cases}$$

Principaes são as cousas que têm uma existencia propria e

---

[1] Coelho da Rocha, ibidem.

[2] Demolombe, loc. cit., n.º 46.

[3] Pacifici-Mazzoni (obr. cit., n.º 121, pag. 189-191) admitte esta doutrina, que lucidamente desenvolve. Bruschy, obr. cit., § 209.º; Laurent, *Principes de Droit Civil Français*, Paris-Bruxelles, 1876, vol. XVIII, n.º 390, pag. 411.

[4] Ord., liv. IV, tit. 53, § 1.º

independente, ou, como diz Coelho da Rocha, as que existem por si e para si. Não principaes ou accessorias, tambem designadas *pertenças*, são aquellas cuja existencia depende da principal, ou, como explica o mesmo auctor, são aquellas que estão exteriormente unidas á principal, ou seja pela natureza, como a alluvião, o feto, os fructos; ou pela vontade do homem, com o fim de as fazer servir ao uso perpetuo da principal, como os animaes e ferramentas de lavoura, a respeito dos predios rusticos [1].

A respeito das relações entre o principal e accessorio domina a regra expressa no aphorismo romano: *accessorium sequitur principale*, ou mais exactamente, *accessio cedat principali* [2]. Esta regra, fecunda de importantes corollarios, e que se encontra frequentemente applicada nos artigos do codigo, desdobra-se nestas duas proposições:

1.ª o accessorio assume a natureza especial do principal;

2.ª o accessorio pertence ao dono do principal (401.º, 2290.º, 2291.º, 2292.º, 2304.º, 2306.º, 2345.º) [3].

5.º { *de situação fixa*
{ *de situação variavel*

Cousas de situação fixa são as que têm uma localisação determinada, como as immoveis; as que não possuem semelhante localisação denominam-se cousas de situação variavel. Na primeira cathegoria comprehendem-se os immoveis corporeos, e todos os direitos que a elles se referem. Na realidade, os direitos, embora sejam incorporeos, — *nullo loco continentur* — não se concebem completamente desligados dos objectos a que se referem,

---

[1] Coelho da Rocha, obr. cit., § 82.º; Demolombe, obr. e loc. cit., n.os 53-54.

[2] L. 19, § 13, D. *de auro, argento, mundo*, etc.

[3] Bruschy, obr. cit., § 211; Pacifici-Mazzoni, obr. cit., n.º 121, pag. 193.

onde se *determinam*, como diz Pothier[1]; porisso seguem a condição do objecto correlativo.

Os moveis corporeos e os direitos respectivos não têm situação fixa; basta attender-se a que são susceptiveis de ser transportados d'um para outro logar.

D'estas considerações deduzem os auctores[2], que as cousas de situação fixa são regidas pelo costume do logar em que se encontram, ao passo que as outras são reguladas pela lei do domicilio da pessoa a que pertencem — *mobilia sequuntur personam*.

Estes principios encontram-se applicados no codigo civil (art. 24.º) e codigo do processo civil (artt. 16.º, 21.º, § 3.º).

6.º { *divisiveis* / *indivisiveis*

Divisiveis são as cousas que podem repartir-se em partes reaes e distinctas por varios individuos, sem se lhes alterar o valor. Indivisiveis as que não podem repartir-se, ou porque a sua natureza se oppõe a semelhante partição, ou pela diminuição do valor proprio (art. 2145.º).

A divisibilidade ou indivisibilidade de qualquer objecto resulta da propria natureza ou da convenção: assim, um Raphael é indivisivel por natureza; um predio, comprado por varios individuos, sob a condição de não ser dividido, é indivisivel por convenção; o diamante Gran-Mogol é indivisivel, porque o seu valor diminuiria sensivelmente.

Esta doutrina é indispensavel para a comprehensão dos artt. 1443.º, 1444.º, 1566.º e § un., 2145.º e 2183.º[3].

---

[1] Pothier, *Oeuvres de Pothier*, Bruxelles, 1830, tom. IV; *Traité de la communauté*, part. I, cap. II, § 2.º, n.os 66 e seg., pag. 41 e seg.

[2] Demolombe, obr. e loc. cit., n.º 58.

[3] Ibid., ibid., n.os 55-61.

7.º { *moveis* { *propr. dictos* { *por natureza*
semoventes { *por disposição da lei*
immoveis { *absolutamente* { *por natureza*
relativamente { *pela acção do homem*
{ *por disposição da lei*

Esta divisão (artt. 373.º–378.º) era conhecida dos nossos antigos jurisconsultos [1].

Moveis são as cousas que podem transportar-se de um logar para outro; quer por si mesmas, como os animaes, a que por isso se dá o nome de semoventes; quer por meio de força extranha, como os seres inanimados.

Moveis, por natureza, são as cousas moveis, por virtude da sua propria organização; moveis, por disposição da lei, são as que a lei declara moveis (art. 376.º).

Moveis, propriamente dictas, denominam-se assim as que necessitam de esforço extranho para se moverem; semoventes as que se movem por si mesmas.

Immoveis são as cousas que não podem transportar-se d'um logar para outro, sem alteração da sua natureza — *immobiles sunt quae, extra corruptionem, de loco in locum moveri nequeunt;* as immoveis podem sel-o por natureza, se essa impossibilidade resulta da mesma natureza, como um predio rustico; pela acção do homem, se resulta da actividade humana, como as partes constitutivas d'um predio, pedra, argamassa, taboado, etc. (art. 374.º); por disposição da lei, se é a lei quem as declara immoveis (art. 375.º).

É immovel absolutamente o solo; relativamente, um predio urbano, porque, embora seja immovel na sua totalidade, é movel nos seus materiaes [2].

---

[1] Pereira e Sousa, *Primeiras Linhas sobre o Processo Civil*, Lisboa, tom. III, not. 790 ao § CCCXCIX; Coelho da Rocha, obr. cit., §§ 78.º–80.º

[2] Demolombe, obr. cit., n.os 95 e seg.; Laurent, obr. cit., tom. V, n.os 406 e seg.

Esta divisão é de grande importancia, especialmente para o effeito da prescripção; é a base da differença entre alguns contractos e dos direitos do marido sobre os bens do casal. Assim:

1) A prescripção, conforme versa sobre moveis ou immoveis, varia: *a*) quanto ao praso, que oscilla entre cinco e trinta annos para os immoveis (artt. 524.º–531.º), e entre tres e dez annos (art. 532.º) para os moveis; *b*) quanto á publicidade, que é exigida na prescripção immobiliaria, (artt. 517.º–531.º), sendo dispensada na prescripção dos moveis (art. 532.º); *c*) quanto ao titulo, que, presumindo-se na prescripção dos moveis (art. 532.º § un.), deve ser provado na prescripção immobiliaria (artt. 518.º, 519.º).

2) O penhor e a hypotheca são egualmente garantias de uma divida (artt. 835.º, 888.º); entretanto o penhor versa sobre cousas moveis (art. 856.º) e a hypotheca sobre immoveis (art. 889.º).

No arrendamento e no aluguer ha a concessão da fruição de uma cousa, mediante certa retribuição (art. 1595.º); todavia o arrendamento recae sobre immoveis e o aluguer sobre moveis (art. 1596.º).

3) O marido póde dispôr livremente, sem consentimento da mulher, dos bens do casal, desde que os não alheie por contracto gratuito, ficando sómente responsavel pelo seu valor, que será levado em conta na sua meação, quando se prove que os alheou sem beneficio para o casal (art. 1118.º); entretanto só póde alhear os bens immobiliarios mediante previo consentimento da mulher (art. 1119.º).

8.º { *publicas*, *communs*, *particulares*

Em relação ás pessoas a quem a propriedade das cousas póde pertencer, estas são publicas, communs e particulares.

Cousas publicas são aquellas de que todos, individual ou collectivamente, se podem utilisar sem que a sua propriedade pertença exclusivamente a ninguem (art. 386.º). Communs são aquellas

cuja propriedade não pertence a ninguem em particular, mas cujo uso é de todos os habitantes d'uma certa circumscripção territorial (art. 381.º). Particulares, aquellas que constituem o patrimonio dos cidadãos, que pertencem a uma determinada pessoa individual ou collectiva, sem que outro possa d'ellas tirar proveito, independentemente de auctorização prévia (art. 382.º).

As cousas publicas distinguem-se das communs, emquanto: *a*) o uso d'aquellas pertence a todo e qualquer individuo, embora a sua propriedade não pertença exclusivamente a ninguem, e o uso d'estas pertence, em geral, aos habitantes de determinada circumscripção territorial (municipio, parochia, etc.); *b*) as publicas estão sob a gerencia directa do governo, as communs são fiscalizadas pelas diversas corporações administrativas (camara municipal, junta de parochia, etc.), embora umas e outras sejam reguladas pelo direito administrativo.

As cousas particulares tambem se distinguem das publicas e communs; porque: *a*) estas duas ultimas categorias de cousas não entram no quadro do direito civil, onde se encontram as particulares; *b*) as publicas e communs estão fóra do commercio, não pódem ser objecto de apropriação (artt. 370.º e seg.), e as particulares, não estando fóra do commercio, podem ser livremente apropriadas.

É bastante diversa a doutrina do direito romano[1], do nosso direito antigo[2] e mesmo a dos mais importantes codigos mo-

---

[1] No direito romano ligava-se ás cousas communs o sentido de — *cousas não occupadas e sem dono*. Convém observar, diz Wodon (*Le droit des eaux et des cours d'eau*, Bruxelles, 1874, liv. I, tit. I, n.º 1.) que em direito romano denominavam-se cousas communs, ou *res nullius*, as cousas de natureza particular abandonadas á apropriação do primeiro occupante.

[2] Coelho da Rocha (obr. cit., §§ 86.º-89.º) divide os bens (cousas em sentido restricto), quanto á pessoa que os possue, em — *nacionaes* (§ 86.º), os que pertencem ao estado ou nação; — *municipaes* (§ 87.º), os bens cuja propriedade pertence aos povos d'um concelho ou municipio; — *de estabelecimentos publicos* (§ 88.º), os bens de egrejas, mosteiros, hospitaes, etc., geral-

dernos [1] sobre este assumpto; como observa o sr. dr. Assis Teixeira [2] a classe das cousas communs não é expressamente admittida nas outras legislações, e foi introduzida no nosso codigo, em virtude dos trabalhos de Alexandre Herculano.

> Art. 374.º São immoveis, ou naturalmente ou mediante a acção do homem, os predios rusticos e urbanos.
>
> § unico. Por predio rustico entende-se o solo ou terreno, e por predio urbano qualquer edificio incorporado no solo [3].

Comprehende-se facilmente que os predios rusticos e todos os seus elementos constitutivos são immoveis por natureza; não podem de fórma alguma ser transportados de um para outro logar [4]. Os predios urbanos são immoveis por connexão, em virtude do principio: *accessorium sequitur principale* [5]; esta especie de immobilização constituia um principio geral em direito romano: *omne quod solo inaedificatur, solo cedit* [6]. Certamente, os materiaes de que se fórma o predio urbano, incorporados no solo, perdem no momento da incorporação a individualidade propria; não se altera simplesmente a sua substancia, juridica-

---

mente privilegiados; — *dos particulares* (§ 89.º), os que constituem objecto principal do direito civil.

[1] Na legislação franceza ha as cousas das communas, que em nada se parecem com as cousas communs do codigo civil portuguez.

[2] *Aguas*, Coimbra, 1876, cap. I, n.º 10, pag. 59; n.º 11, pag. 59 e seg.; n.º 13, pag. 67.

[3] Codigo de Napoleão, artt. 517.º, 518.º; — Avant-Projet, artt. 557.º, 558.º; — Codigo Italiano, artt. 407.º, 408.º; — Codigo Hespanhol, art. 334.º; — Codigo das Duas Sicilias, artt. 440.º-442.º; — Codigo Austriaco, artt. 293.º, 294.º, 297.º; — Codigo Parmense, artt. 371.º-373.º; — Codigo da Sardenha, artt. 398.º-400.º; — Codigo Estense, artt. 405.º-407.º; — Codigo do Cantão Ticino, artt. 169.º e 170.º

[4] Demolombe, loc. cit., n.ºs 97 e 98; Pacifici-Mazzoni, loc. cit., n.º 122; Laurent, loc. cit., n.º 406.

[5] L. 19, § 13.º, D. *de auro, argento, mundo*, etc.

[6] § 29.º, I., tit. I, *de rerum divisione*.

mente extingue-se: *extinctae res*[1], dizia Justiniano; não existem já como materiaes distinctos do solo com que se confundiram. O solo pelo seu poder de attracção e assimilação absorveu os na sua substancia, transformando-os em partes integrantes[2].

D'esta doutrina deduzem os commentadores e entre elles Demolombe[3] corollarios importantes perfeitamente harmonicos com a nossa legislação civil:

1.º Os materiaes empregados na construcção de um edificio, todas as construcções, qualquer que seja a sua materia, fórma e destino, são immoveis por connexão;

2.º O edificio construido fica sendo immovel por connexão; pouco importa, pois, que um proprietario *a*) edifique em terreno proprio com materiaes alheios, *b*) ou um terceiro em terreno alheio com materiaes proprios. Nestas duas hypotheses devem observar-se as prescripções relativas á accessão immobiliaria (artt. 2304.º–2308.º), isto é, *a*) o que construiu em terreno proprio com materiaes pertencentes a outrem, adquirirá os dictos materiaes pagando o valor d'elles, além das perdas e damnos (art. 2304.º); *b*) o que construiu em terreno alheio, com materiaes proprios, ficará diversamente obrigado, consoante 1) possuir o terreno alheio em proprio nome, com boa fé e justo titulo, 2) ou de má fé. Na 1) hypothese, *a*) se o valor da construcção der ao predio maior valor do que possuia anteriormente, o verdadeiro dono só haverá o valor que o predio tinha, antes das dictas obras, ou ao tempo da evicção, conforme preferir (art. 2306.º § 1.º); *b*) se o valor dado fôr egual, haverá licitação entre o antigo dono e o auctor da construcção, nos termos do art. 2801.º (art. 2306.º

---

[1] «Si [tamen] alienam purpuram vestimento suo quis intexuerit: licet preciosior sit purpura, tamen accessionis vice cedit vestimento: et qui dominus fuit purpurae, adversus eum, qui subripuit, habet furto actionem et conditionem...; nam *extinctae res*...» § 26.º, I., tit. 1, *de rerum divisione*

[2] Demolombe, ibid., n.º 102; Pacifici-Mazzoni, ibid., n.º 122; Laurent, ibid., n.º 408.

[3] Ibid., ibid., n.º 103.

§ 2.º); *c*) se o valor dado fôr menor, a construcção ficará pertencendo ao dono do terreno, com a obrigação de indemnisar o auctor das obras do valor que tiverem ao tempo da evicção (art. 2306.º § 3.º). Na 2) hypothese, o dono do terreno poderá exigir que as obras sejam desfeitas e o terreno restituido ao seu primitivo estado, á custa do auctor d'ellas; porém, se o dono do terreno preferir ficar com as obras, poderá fazel-o, pagando ao auctor d'ellas o valor que tiverem nesse tempo, ou o dos materiaes e trabalho empregado nellas, como preferir (art. 2307.º).

3.º *Sublata causa tollitur effectus*: se a immobilização resulta da incorporação de certos moveis no solo, deve desapparecer com a separação dos mesmos moveis. Por isso, desde que o edificio é demolido, os materiaes desaggregados são considerados moveis. Isto é muito importante, como se deduz do seguinte exemplo: construe-se um predio com materiaes d'outro previamente demolido; o proprietario morre, e no seu testamento dispõe dos moveis a favor de Antonio e dos immoveis em beneficio de José [1].

Comprehende-se assim o alcance d'este corollario.

4.º Nem sempre os materiaes, depois de desaggregados, ficam na cathegoria dos moveis; se o proprietario os retira provisoriamente, disposto a empregal-os de novo, permanecem immoveis; por ex.: a demolição d'uma consideravel zona de parede para abrir algumas portas. Os materiaes, provisoriamente desligados do predio urbano, que devem ser repostos em seguida ao levantamento dos pilares, não sahem da categoria dos immoveis.

Já assim dispunha o direito romano: *ea, quae ex aedificio detracta sunt, ut reponantur, aedificii sunt...* [2].

No nosso direito antigo discutiu-se com afan as caracteristicas differenciaes do predio rustico e urbano [3]. Appareceram varios

---

[1] Auct. cit., ibid., n.º 105.

[2] L. 17, § 10.º, D. *de act. empt. et vend.*

[3] Coelho da Rocha, obr. cit., § 79.º

criterios para distinguir os predios rusticos dos urbanos: *a*) uns attendiam á sua *situação* e chamavam-lhes *urbanos* ou *rusticos*, conforme estavam na cidade ou no campo; *b*) outros attendiam ao *destino;* urbanos, diz Coelho da Rocha, são os edificios destinados para a habitação, ou ainda para recreio, como os jardins; rusticos, todos os outros, ainda mesmo os edificios, se são destinados para a cultura, como os celleiros, os moinhos, etc.

Ambos estes criterios eram imperfeitos. O codigo, definindo os termos controversos, terminou a questão antiga fazendo surgir ainda assim algumas duvidas.

Segundo o codigo civil predio rustico é o solo ou terreno; predio urbano, qualquer edificio incorporado no solo.

Vejamos como a applicação d'esta doutrina ainda suscita duvidas:

Um individuo fallece deixando em seu testamento a Antonio os predios rusticos e a Adelino os predios urbanos; apparece, porém, na herança uma casa com jardim; como fazer a divisão? Deverá ser a casa para Adelino e o jardim para Antonio? De modo algum; attendendo a que o accessorio segue o principal, a que a casa tem maior valor do que o jardim, a herança pertence a Adelino, como herdeiro do predio urbano, por hypothese o principal.

Convém observar que se reputam immoveis por natureza e mediante á acção do homem, os edificios de estufa ou granel, e bem assim os moinhos de agua, de vento e suas pretenças, porque estão fixados, *incorporados* no solo, e a lei não distingue entre edificio para habitação, e edificio para outro fim [1].

> Art. 375.º São immoveis por disposição da lei:
>
> 1.º Os productos e partes integrantes dos predios rusticos e as partes integrantes dos predios urbanos, que não podem ser separadas sem prejuizo do serviço util

---

1 *Direito*, an. XVII, n.º 1, pag. 15; *Boletim dos Tribunaes*, an. VII, n.º 265, pag. 40; Accordãos do *Supremo Tribunal de Justiça*, de 18 de agosto de 1891, e da *Relação do Porto*, de 25 de julho de 1882.

que devem prestar, salvo sendo distrahidas pelo proprio dono do predio;

2.º Os direitos inherentes aos immoveis mencionados no artigo precedente;

3.º Os fundos consolidados, que se acharem immobilizados perpetua ou temporariamente.

§ unico. O disposto n'este artigo não exclue as immobilizações decretadas por lei especial para certos e determinados fins [1].

N.º 1.º — A proposito d'este numero do art. 375.º ventilam-se questões importantes a que nos referiremos separadamente. Convém começar pela noção de *productos* e *fructos*.

I) *Productos*, no sentido juridico, são as utilidades directa ou indirectamente tiradas de uma cousa, independentemente da alteração da sua substancia; são productos a hulha, pedra, metal, etc. *Fructos* são as utilidades especiaes, que se tiram da coisa, sem alteração da sua substancia, e portanto susceptiveis de se renovarem annualmente. Os productos e fructos estão n'uma relação de genero para especie [2].

É certo que os productos e fructos emquanto ligados á coisa que os origina são immoveis; a sua connexão com a coisa immovel immobilisa-os pelo principio: *accessorium sequitur principale;* além de que a lei os declara immoveis: *fructus pendentes pars fundi videntur* [3].

Mas, desde que os productos dos predios rusticos estão desaggregados das coisas respectivas, continuarão a ser immoveis?

---

[1] Cod. de Napol., artt. 519.º, 520.º, 522.º-524.º, 526.º; — A.-Proj., artt. 560.º, 564.º, 565.º, 567.º; — Cod. Ital., artt. 409.º, 411.º-415.º; — Cod. Hesp., art 334.º; — Cod. das D. Sicil., artt. 443.º, 445.º-449.º; — Cod. Austr., artt. 293.º-298.º; — Cod. Parm., artt. 374.º, 376.º 377.º, 381.º; — Cod. da Sard., artt. 400.º, 401.º, 403.º-406.º; — Cod. Estens., artt. 408.º, 410.º-414.º; — Cod. do Cant. Ticino, artt. 170.º, 171.º, 173.º

[2] Demolombe, obr. e loc. cit., n.ºs 129 e seg.; Laurent, loc. cit., n.ºs 419 e seg.

[3] L. 44, D. *de rei vindicatione.*

Esta questão tem sido discutida pelos commentadores francezes, a proposito do codigo de Napoleão (art. 520.º) [1].

Se attendermos ligeiramente á redacção do artigo e seu numero, julgaremos que o elemento grammatical defende a maxima generalidade, abrangendo as duas hypotheses, pelo principio *ubi lex non distinguit*... Rejeitamos, porém, essa solução contraria ao espirito da lei, e a outros logares parallelos:

a) A causa da immobilização dos productos aggregados é a sua incorporação no solo, mediante a sua união á coisa immovel; mas, pela desaggregação, desappareceu semelhante incorporação; logo, deve tambem desapparecer esse effeito — a immobilização dos productos: *sublata causa*...

b) O art. 495.º do codigo civil confirma esta doutrina. O possuidor de boa fé faz seus os fructos naturaes e industriaes colhidos, desaggregados: não seguem, portanto, a condição da coisa que os produziu, como seguiriam, se fôssem da mesma natureza; ao contrario, a coisa passa para o proprietario e os productos desaggregados para o possuidor. Não succederia assim se os fructos estivessem pendentes, isto é, aggregados; n'esse caso pertenceria a coisa ao proprietario e dividir-se-hiam os fructos em partes, que reverteriam em beneficio do proprietario e do possuidor; nos termos do artigo, porém, attende-se á immobilização dos fructos ainda aggregados e ao trabalho do possuidor de boa fé (art. 495.º).

c) O art. 520.º do codigo francez confirma esta mesma doutrina [2].

Podemos, pois, concluir que são immoveis os productos emquanto aggregados á coisa que os produziu [3]. Não se consideram

---

[1] Demolombe, loc. cit., n.os 108 e seg.; Laurent, loc. cit., n.os 419 e seg.

[2] Art. 520.º — Les récoltes pendantes par les racines, et les fruits des arbres non encore recueillis, sont pareillement immeubles. — Dès que les grains sont coupés et les fruits détachés, quoique non enlévés, ils sont meubles. — Si une partie seulement de la récolte est coupée, cette partie seule est meuble. Demolombe, loc. cit., ibid.; Laurent, loc. cit., ibid.

[3] Demolombe, ibid.; Laurent, ibid.

immoveis por disposição da lei as rendas ou productos dos predios urbanos, porque têm apenas ligação juridica com os predios a que respeitam [1].

II) Para que se comprehenda o final do artigo necessitamos de definir *partes componentes* e *partes integrantes*. *Partes componentes* é tudo que constitue a essencia ou substancia de um predio; aquillo sem o que certo predio não se póde normalmente conceber, ou existir; são partes componentes d'um predio rustico as substancias que o constituem, a silica, a argila, etc., e de um predio urbano tudo quanto é necessario para a sua formação, tecto, portas, janellas, etc. *Partes integrantes* são todas aquellas coisas, que, não sendo necessarias para a existencia de um predio, todavia d'elle fazem parte, por vontade do proprietario, que lh'as junta para d'ahi auferir maior numero de utilidades; são partes integrantes os moveis e todos os outros accessorios postos ao serviço do principal, com certa permanencia e para melhor satisfazer ao fim respectivo, como bois, instrumentos de lavoura, mezas, etc. [2].

Contra esta doutrina insurge-se o sr. Dias Ferreira: «são partes integrantes dos predios urbanos, diz esse auctor, todas as que

---

[1] Considera-se movel o *córte* das arvores e a tirada da cortiça em periodos regulares, porque se assemelham á colheita dos fructos, e bem assim a extração de pedras da pedreira, porque se alienam separadamente do immovel, com a differença de que neste caso póde oppôr-se o credor hypothecario se com isso ficarem diminuidas as suas seguranças, porque se lhe distrahe parte do immovel, e n'aquelles não, por se tractar de fructos. Carecem, porém, de registo estes contractos quando tiverem a natureza de venda, ou mesmo de arrendamento nos casos dos artt. 949.º § 2.º n.º 6.º e 1622.º, como se tem julgado com relação á cortiça. *Revista de Legislação e Jurisprudencia*, an. VI, n.º 281, pag. 332; *Boletim dos Tribunaes*, an. VII, n.º 278, pag. 245; Accordãos da *Relação de Lisboa*, de 10 de fevereiro de 1872 e do *Supremo Tribunal de Justiça*, de 26 de janeiro de 1892; Dias Ferreira, obr. cit., *segunda edição*, pag. 265.

[2] Demolombe, obr. cit., n.ºs 279 e seg.: *praecip.* 284 e seg.; Laurent, obr. cit., n.ºs 433 e seg.

não podem ser separadas, sem prejuizo do serviço util que devem prestar, como portas, janellas, etc. [1]».

Não podemos concordar com esta ennumeração das partes integrantes, pelas razões subsequentes:

a) As portas e as janellas d'uma casa são partes componentes ou constitutivas, e não partes integrantes; no actual estado da civilisação não se concebe uma casa sem portas e janellas;

b) Na hypothese sustentada pelo commentador citado, haveria dois artigos, 374.º e 375.º, legislando sobre o mesmo assumpto: sobre os predios rusticos; o art. 374.º refere-se aos predios rusticos de modo directo e o art. 375.º a elles se referiria tambem, embora indirectamente.

Continúa o mesmo auctor: «os instrumentos de lavoura, os animaes destinados á exploração, as sementes fornecidas ao arrendatario, os animaes domesticos que o fundo cria, e todos os utensilios destinados á cultura, mal podem considerar-se como partes integrantes dos predios no sentido do n.º 1.º [2]». Argumenta com a impossibilidade de registar os instrumentos de lavoura etc. (art. 951.º), devendo portanto comprehender-se no n.º 1.º do art. 375.º, interpretado pelos artt. 890.º n.º 1.º e 951.º, simplesmente os predios, excluindo-se os instrumentos de lavoura etc.; «pelo n.º 1.º do art. 890.º do codigo civil, diz o auctor citado, os bens de que tracta o n.º 1.º do art. 375.º podem ser objecto de hypotheca: ora a hypotheca só produz effeitos juridicos e é causa de preferencia depois de registada (art. 951.º, Reg. de 28 de abril de 1870, art. 87.º); e, como no registo predial só podem ser lançados os predios, resulta que o n.º 1.º do art. 375.º só abrange os predios e, portanto, d'elle estão excluidos os instrumentos de lavoura, animaes domesticos, etc. [3]».

Não julgamos admissivel semelhante argumentação:

a) Registado o objecto principal, *ipso facto*, registam-se os ac-

---

[1] Dias Ferreira, obr. cit., pag. 375; *segunda edição*, pag. 265.

[2] Ibid., obr. cit., ibid., pag. 376.

[3] Ibid., obr. cit., pag. 377; *segunda edição*, pag. 266.

cessorios, que seguem o principal; emprega-se mesmo a phrase, *o predio com suas pertenças,* designação que não indica sómente que sejam comprehendidas na hypotheca os seus elementos componentes, mas tambem os accessorios.

b) O nosso direito antigo confirma a mesma interpretação. Coelho da Rocha exprime-se d'este modo: «Podem ser hypothecados todos os bens immoveis, ainda que sejam por dependencia ou destino [1]». Uma das conclusões que tira d'este principio é a seguinte: «... *3.ª as pertenças e accessorios acrescem á hypotheca etc.* [2]» Na nota ao § 634.º continúa: «*os moveis accessorios reputados immoveis por destino sómente são subjeitos a hypotheca emquanto reunidos ao immovel*».

D'este modo o elemento historico favorece a nossa interpretação.

c) O regulamento do registo predial de 4 de agosto de 1864, especificando (artt. 118.º e 119.º) os objectos que deveriam ser considerados accessorios do predio, para serem comprehendidos na hypotheca principal, diz (art. 118.º): «são comprehendidos na hypotheca: 1) os objectos collocados por modo permanente ou seja para ornamento ou commodidade, seja para serviço d'alguma industria, ainda que essa collocação seja posterior á constituição da hypotheca».

Comparando o que se encontra disposto n'este regulamento com a apreciação, que d'elle faz, relativamente aos regulamentos de 14 de maio de 1868 e de 28 de abril de 1870, o mesmo commentador, veremos qual a força da sua argumentação. «Este regulamento de 4 de agosto de 1864, critica Dias Ferreira, embora depois substituido pelo de 14 de maio de 1868 e hoje pelo de 28 de abril de 1870, porque *estes não são mais do que novas edições d'aquelle, elaboradas sobre as mesmas bases e subordinadas ao mesmo pensamento...*» Mas, esse regulamento de 1870 não

---

[1] Coelho da Rocha, obr. cit., § 634.º

[2] Ibid., ibid.

passa d'uma nova edição do de 1864, cujo art. 118.º demonstra a nossa doutrina?

Como se poderá sustentar a opinião do sr. Dias Ferreira, apparentemente baseada no regulamento de 1870?

d) Como confessa o proprio Dias Ferreira [1], a analyse das sessões da commissão revisora *(sessões 28 novembro* e *7 dezembro 1860)* parece confirmar a nossa solução: «Verdade seja, confessa o auctor, que o exame das actas da commissão revisora deixa-nos alguma duvida sobre este ponto. Em sessão de 28 de novembro de 1860 o sr. Marreca, apresentando uma substituição ao art. 394.º do projecto primitivo, que hoje se acha convertido no art. 375.º do Codigo, declara immobiliarios: 4.º os animaes, instrumentos aratorios, utensilios, etc., e todos os objectos, que podendo deixar de ser permanentes no predio ou na mina, são comtudo indispensaveis para o serviço actual e cultura do mesmo predio ou mina; 5.º as sementes dadas aos rendeiros ou colonos parciarios; 6.º as machinas, instrumentos, utensilios e materias primas, necessarias á laboração de qualquer fabrica publica ou officina fabril publica».

Na mesma sessão apresentou o sr. Silva Ferrão uma substituição em que dizia o seguinte: 5.º as mobiliarias accessorias, ou instrumentos de exploração, se o contrario não fôr declarado expressamente por lei, contracto ou disposição da ultima vontade.

Em sessão de 7 de dezembro, estando presentes os auctores das propostas referidas, foi approvada a redacção que hoje se lê no art. 375.º, dizendo a respectiva acta sobre este ponto apenas o seguinte: — Depois d'alguma discussão foi approvada a substituição, votando o sr. Marreca contra, na parte em que considera immoveis todos os direitos inherentes á propriedade, e declarando que na sua opinião só considerava taes os direitos de cuja realização resultasse acquisição de bens immoveis

O sr. Silva Ferrão não fez declaração alguma, e o sr. Marreca,

---

[1] Obr. cit., ibid., pag. 376, *segunda edição*, pag. 265.

assim como declarou o seu voto contra a redacção do n.º 2.º do artigo, teria feito o mesmo contra a redacção do n.º 1.º, se a sua ideia não fôra attendida»[1].

Portanto foi attendida a ideia do sr. Marreca, isto é, o n.º 1.º comprehende os instrumentos de lavoura, os animaes destinados á exploração etc., sob o termo — *partes integrantes*[2].

e) O proprio Dias Ferreira se encarrega de admittir a nossa doutrina ao commentar o art. 891.º; «a hypotheca do predio, escreve elle, comprehende todas as accessões naturaes e dependencias que n'elle existirem ao tempo em que tenha de tornar-se effectiva a obrigação hypothecaria»[3]. Ora é precisamente a doutrina de que a hypotheca abrange não só o predio, mas todas as suas dependencias, o que temos sustentado.

III) A immobilização das partes integrantes, nos termos do n.º 1.º do art. 375.º, exige a realização de certas condições, estudadas pelos commentadores francezes[4]; synthetisamol-as nas seguintes proposições:

a) Só o proprietario possue o direito de immobilizar as partes integrantes; intimamente relacionado com o predio, pois o seu direito é perpetuo, tem a faculdade de prender intimamente ao mesmo predio os objectos ahi collocados. De resto, não se concebe facilmente que possua outro individuo, além do proprietario, o desejo e a faculdade de immobilizar os objectos depositados no predio, pois que o verdadeiro proprietario apenas entre na posse

---

[1] *Actas* cit., pagg. 68, 69, 77.

[2] O commentador na *segunda edição*, pag. 265, insiste em identica doutrina; n'um e n'outro logar termina por desprezar este importantissimo argumento deduzido dos trabalhos preliminares do Codigo; «*a lei é o que está escripto no codigo*», conclue o commentador, que se esqueceu certamente de que os artigos do codigo se interpretam principalmente pelas actas da commissão revisora, apesar de ter sustentado semelhante doutrina na *Introducção* ao seu commentario (obr. cit., pag. xv, *segunda edição*, pag. xvii).

[3] Obr. cit., tom. II, pag. 999.

[4] Demolombe, obr. cit., n.ºs 202 e seg; Laurent, obr. cit., n.ºs 433 e seg.

do predio respectivo, terá o direito de inutilizar as tentativas do supposto immobilizador preterito [1].

b) Semelhante immobilização deve ter um caracter permanente; a perpetuidade da immobilização deduz-se de diversos factos, que demonstrem inequivocamente a intenção do proprietario, como trabalhos de pedra e cal, simples incrustações de marmore, porphyro e medalhas, etc., de modo que seja impossivel a separação das partes integrantes, sem prejuizo sensivel do predio ou d'essas mesmas partes.

São importantes os corollarios de semelhante doutrina. Certo arrendatario transportou para dentro de predio arrendado varios instrumentos de lavoura, animaes domesticos, etc., necessarios *temporariamente* para a cultura respectiva; se a immobilização d'esses objectos não exigisse a perpetuidade mencionada, ao fim do arrendamento o proprietario apossar-se-hia do predio e de todos esses instrumentos de lavoura, como partes integrantes do mesmo predio [2].

c) A immobilização das partes integrantes exige que ellas sejam utilizadas no mesmo predio, e não em outro qualquer. Se um proprietario introduziu n'um predio rustico alguns animaes domesticos, cujos serviços aproveitam simultaneamente a outros predios, não se consideram, porisso mesmo, immobilizadas taes partes integrantes.

d) A necessidade, ou utilidade, em vez do mero luxo, é que determina a immobilização correlativa. Não se julgam immobilizadas as partes integrantes luxuosamente collocadas em qualquer predio.

e) As partes integrantes immobilizadas não podem ser separadas do predio sem prejuizo do serviço util, que devem prestar, salvo sendo distrahidas pelo proprio dono. Assim, os objectos constitutivos d'uma fabrica, a bomba de tirar agua do poço, são

---

[1] Laurent, obr. cit., n.os 437-440.

[2] Ibid., ibid., n.os 440-442.

partes integrantes immobilizadas, pois não podem ser distrahidas sem prejuizo do serviço util que devem prestar [1].

IV) O commentador Dias Ferreira censura a ultima parte do n.º 1.º d'este artigo. «Não percebemos, diz esse auctor [2], como uma arvore ou uma porta arrancada por um terceiro continúa a ser immovel e arrancada pelo proprietario fica desde logo movel» [3].

Antes de refutarmos a censura *supra* necessitamos de fazer uma distincção, que nos auxiliará na critica do illustre commentador. A cousa, parte integrante do immovel, naturalmente considerada, tão movel fica depois de arrancada por um terceiro como pelo proprio dono; affirmar o contrario seria sustentar um absurdo e razão teriam os reparos do sr. Dias Ferreira. Entretanto o que a lei diz é muito differente.

O Codigo, reconhecendo que ha coisas naturalmente moveis, mas que, por circumstancias especiaes, careciam de mais garantias do que as estabelecidas na lei para aquella especie de cousas, inventou a ficção juridica denominada *immobilização*. Os limites d'esta immobilização devem ser, por conseguinte, fixados pelos interesses que a lei procurou acautelar; ora, na hypothese pre-

---

[1] «Os objectos constitutivos d'uma fabrica, posto que moveis por natureza, quando se acham separados e sem aquelle destino determinado, assumem todos o caracter de immoveis por disposição da lei, isto é, ficticiamente, por extensão, desde que se tornam parte integrante da fabrica e não podem ser separados sem prejuizo do serviço util, que os mesmos objectos devem prestar; convertem-se em bens immobilizados» *Revista de Legislação e Jurisprudencia*, an. XIX, n.º 937, pagg. 3-6. «São parte integrante da fabrica, como os edificios e a parte rural destinada á laboração, as machinas, utensilios e quaesquer objectos indispensaveis ao seu fim, que por isso não podem ser licitados em separado» *Gazeta da Relação de Lisboa*, an. IV, n.º 75, pag. 594; Accordão da *Relação de Lisboa*, de 9 de janeiro de 1890. «A bomba de tirar agua do poço, existente em uma propriedade rustica, é parte integrante d'essa propriedade» *Rev.* cit., an. XV, n.º 733, pagg. 70-71.

[2] Obr. cit., ibid., pag. 376.

[3] A ultima clausula do n.º 1.º do art. 375.º foi introduzida sob redacção do sr. Seabra pela commissão revisora. *Projecto de 1859*, art. 394.º; *Actas* cit., sessão de 7 de dezembro de 1860, pag. 76.

sente, qual o intuito do legislador? Evidentemente auxiliar o proprietario, impedindo pela immobilização de certos objectos moveis, partes integrantes, que o proprietario fôsse d'elles privado por algum credor descaroavel, que, lançando mão do arresto mobiliario, meio rapido e facil na sua fórma, lhe vendesse ou o despojasse dos meios indispensaveis á exploração da propriedade. Porém, com a disposição do n.º 1.º d'este artigo o proprietario escusa de receiar taes inconvenientes, porque sómente poderá ser privado dos objectos necessarios á exploração da propriedade, quando fôr forçado a abrir mão da mesma propriedade.

Justificada assim a necessidade da immobilização, é conveniente acrescentar que nenhuma razão assiste ao commentador criticado, quando extranha que a lei conceda ao proprietario o direito exclusivo de inutilizar a immobilização garantida por lei. Semelhante direito é uma consequencia do direito de propriedade e do scopo que presidiu á organização da lei. Seria realmente inintelligivel que a lei restringisse o direito de propriedade, a ponto de prohibir a livre disposição do accessorio, das partes integrantes previamente immobilizadas; o direito de propriedade subsiste sempre integro sobre o principal e accessorios.

E nem se diga que, tendo o proprietario o direito de distrahir os objectos moveis, immobilizados por disposição da lei, desapparecerá, por exemplo, a garantia de uma divida a cujo pagamento estivesse hypothecado o predio com todas as suas pertenças. É certo que muitas vezes as pertenças d'uma fabrica, os diversos apparelhos fabris, machinas, etc., representam um valor muito superior ao do predio continente; não o negamos. Entretanto o legislador tambem attendeu aos interesses do credor, harmonizando-os com os do proprietario. Sempre que, por facto do devedor, diminuirem as seguranças estipuladas no contracto a favor do credor, torna-se exigivel o cumprimento da obrigação, embora não tenha expirado o prazo contractual (art. 741.º). Do mesmo modo o credor póde pedir o inteiro pagamento da divida, como se estivera vencida, quando por qualquer motivo a hypotheca se tornar insufficiente para a segurança da obrigação contrahida

(art. 901.º). Assim, o legislador garante respectivamente os direitos do proprietario e do credor [1].

V) A particula *que* da oração incidente, que se encontra no n.º 1.º do art. 375.º, refere-se a *productos e partes integrantes* ou sómente a *partes integrantes* dos predios rusticos e urbanos? Inclinamo-nos por esta ultima opinião em virtude das seguintes considerações:

a) Desde que a particula referida se relacionasse com *productos* e *partes integrantes*, o adjectivo participio *separadas* deveria concordar com o genero mais nobre, isto é, com *productos*.

b) Alexandre Herculano, um dos redactores do codigo, não se afastou de semelhante regra grammatical, que manda concordar o participio com o substantivo mais nobre; no art. 807.º apparece, por exemplo, *accessorios* a concordar com *direitos* e *obrigações*.

c) O elemento logico confirma a interpretação fundada no elemento grammatical e no estudo comparado de varios artigos do codigo. Se a particula *que* tambem se refere a *productos*, algumas vezes acontecerá que esses productos podem ser separados dos fundos correlativos em prejuizo do serviço util que devem prestar emquanto estão aggregados. Ora, de contrario, ninguem contestará que esses productos (fructos, etc.) começam de prestar utilidades com a sua desaggregação [2].

---

[1] Na *segunda edição*, pag. 265, o commentador inclina-se para diverso parecer do consignado na primeira edição (pag. 376); começa de perceber a razão porque são partes integrantes dos predios urbanos todas as que não podem ser separadas sem prejuizo do serviço util que devem prestar, salvo sendo distrahidas pelo proprio dono do predio.

Assim succede, porque, diz o commentador, «*na tirada pelo proprietario se denuncia a intenção de lhes dar outro destino*».

Sendo verdadeira a doutrina do commentador, ainda d'esta vez não atinou com a verdadeira justificação da lei, que se encontra sufficientemente exposta no nosso texto. Demais, a *tirada pelo não proprietario* póde denunciar egualmente a intenção de lhe dar outro destino. Dias Ferreira, obr. cit., pag. 376; *segunda edição*, pag. 265.

[2] Dias Ferreira, *segunda edição*, pag. 265.

N.º 2.º — Considerados naturalmente os direitos não são moveis ou immoveis, porque não possuem uma existencia material, são meras abstracções mentaes, que apenas subsistem na intelligencia do individuo; a propria noção do direito é por si mesma incompativel com a noção de espaço, elemento essencial da mobilidade ou immobilidade.

Entretanto a natureza das cousas sobre que os direitos incidem determina a mobilidade ou immobilidade juridica [1]. Não era diversa a doutrina constante do antigo aphorisma juridico: *actio quae tendit ad mobile, mobilis est; actio quae tendit ad immobile, est immobilis* [2].

Encontrava-se esta mesma doutrina no direito romano, que dividia as cousas em corporeas e incorporeas, comprehendendo estas ultimas os direitos e obrigações. As incorporeas eram moveis ou immoveis consoante o objecto correlativo possuia uma ou outra natureza [3]. Nesta mesma orientação se filia o nosso direito antigo, como se deduz das Ordenações e mais civilistas classicos [4].

Disposição identica nos apparece no codigo de Napoleão (art. 526.º): *sont immeubles par l'objet auquel ils s'appliquent; l'usufruit des choses immobilières; les servitudes ou services fonciers; les actions qui tendent à revendiquer un immeuble* (ibid.). Como

---

[1] Pothier, *Oeuvres de Pothier*, Bruxelles, 1830, tom. IV; *Traité de la communauté*, part. I, cap. II, n.º 69, pag. 41 e 42; Demolombe, obr. cit., ibid., n.os 329 e seg.; Laurent, obr. cit., n.os 483 e seg.; *Avant-Projet*, tom. III, pag. 15-16; Pacifici-Mazzoni, obr. cit., tom. II, liv. II, tit. III, n.º 129; Coelho da Rocha, obr. cit., § 80.º; Dias Ferreira, obr. cit., tom. I, pag. 377.

[2] «Como as cousas ou bens incorporeos, os direitos e acções não têm existencia physica, contam-se entre as cousas *moveis* ou *immoveis*, conforme a natureza do objecto, sobre que versam». Coelho da Rocha, obr. cit., § 80.º

[3] §§ 2. e 3., I, *de reb. corp. et incorp.*; L. 49, D. *de V. S.*; P. Waldeck, *Institutiones Juris Civilis Heineccianae*, ed. 10.ª, Conimbricae, M DCCC XCII, § 219.º

[4] Ord., liv. III, tit. XLVII pr.; Pereira e Sousa, *Primeiras Linhas sobre o Processo Civil*, not. 790 ao § CCCXCIX, pagg. 31 e 32; L. 20 de junho de 1774, §§ 17.º, 28.º, 29.º; Coelho da Rocha, obr. cit., ibid.

se vê, a doutrina é a mesma: podendo até affirmar-se que o citado artigo do codigo de Napoleão é fonte directa do n.º 2.º do art. 375.º; os direitos são immoveis por disposição da lei (art. 375.º n.º 2.º) todas as vezes que os objectos onde elles se concretizam são egualmente immoveis (cod. de Napoleão, art. 526.º). Portanto a disposição do nosso codigo, denominando *immoveis por disposição da lei* os direitos inherentes aos immoveis mencionados no art. 374.º, corresponde á do codigo de Napoleão chamando *immoveis pelo objecto a que se applicam* o usufructo das cousas immobiliarias, as servidões, etc.

Como interpretar a extensão do termo *direitos* empregado no n.º 2.º do art. 375.º?

O dominio, considerado de modo geral, comprehende os seguintes direitos:

a) *jus utendi, direito de uso,* que consiste na faculdade concedida a alguma ou algumas pessoas de servir-se de certa cousa alheia, tão sómente emquanto o exigirem as suas necessidades (art. 2254.º);

b) *jus fruendi, direito de fruição,* que abrange o direito de perceber todos os fructos naturaes, industriaes ou civis da cousa propria; o direito de accessão e o direito de accesso (artt. 2287.º 495.º § 3.º, 2289.º, 2309.º);

c) *jus abutendi, direito de dispôr,* direito de dar ás cousas um destino definitivo e nunca o pretenso *direito de abusar* (art. 2357.º);

d) *jus vindicandi, direito de reivindicar,* direito de rehaver o objecto das mãos de terceiro, que o possua injustamente (art. 2356.º);

e) *jus servitutis, servidões,* isto é, encargos impostos sobre qualquer predio em proveito ou serviço d'outro predio pertencente a dono differente (art. 2267.º), podendo comprometter-se o proprietario ao consentimento de certos actos, que vão modificar o direito de propriedade (art. 2286.º)[1].

---

[1] Demolombe, obr. cit., tom. IX, n.ºs 542 e seg., pagg. 458 e seg.; Laurent, obr. cit., tom. VI, n.ºs 100 e seg., pagg. 133 e seg.; Pacifici-Mazzoni, obr.

Todos estes direitos podem estar reunidos no mesmo individuo e constituem a *propriedade perfeita* (art. 2187.º); ou em individuos differentes, o que determina a *propriedade imperfeita* (ibid.).

Como observámos, a doutrina do codigo de Napoleão sobre este assumpto (art. 528.º) não differe da do nosso codigo.

Os direitos segundo o objecto a que se referem são distribuidos e classificados pelo codigo francez do modo seguinte:

Sont immeubles par l'objet auquel ils s'appliquent:	*l'usufruit des choses immobilières....*	*jus utendi abutendi*
	les servitudes ou services fonciers....	*servidões* (corollario do jus abutendi)
	les actions qui tendent à revendiquer un immeuble.....	*jus vindicandi*[1]

Não offerece, portanto, alguma difficuldade a determinação da latitude da palavra *direitos* empregada no n.º 2.º do art. 375.º[2].

N.º 3.º — A doutrina d'este numero deve-se á iniciativa do sr. José Julio, posteriormente acceita pelo sr. Seabra e approvada

---

cit., tom. III, § 70.º, not. 1, pag. 100; Dr. D. Manuel de Bofarull, *Código Civil Español*, 3.ª ed., Madrid, 1889, pag. 125-23, not. 2; Coelho da Rocha, obr. cit., § 403.º

[1] Essas acções, a que nos referimos, integram-se no dominio pelo aphorisma romanista: *qui habet actionem ad rem recuperandam, ipsam rem habere videtur.* As acções são mobiliarias ou immobiliarias consoante a natureza movel ou immovel do objecto, que pretendem reivindicar.

[2] Deve, entretanto, observar-se que o art. 890.º n.º 1.º não interpreta d'este modo o n.º 2.º do art. 375.º especificando escusadamente nos n.ºs 2.º e 3.º, entre os bens susceptiveis de hypotheca, o usufructo e o dominio directo e util na emphytheuse, pois que isto já se achava dicto em o n.º 1.º do mesmo artigo, pela referencia aos bens *immoveis*, que abrangem o dominio util e pela referencia ao n.º 2.º do art. 375.º, que abrange o usufructo e o dominio directo na emphyteuse.

pela commissão revisora [1], embora se tivesse reconhecido que estava comprehendida na generalidade do § unico. Convém precisar os termos n'elle empregados.

A divida da nação póde ser fluctuante ou consolidada; *divida fluctuante* é a somma do capital pedido pelo governo por virtude de auctorização especial concedida em regra na lei annual de receita, para *representar* dentro do respectivo anno economico rendimentos computados no orçamento e que se espera cobrar: deve representar uma antecipação de rendimentos; é a divida da nação cujo pagamento tem prazos certos e determinados; *divida consolidada* ou *fundada* é a representada pelo capital pedido sob condição de ser pago *sómente* o juro e não o capital; é d'esta condição que deriva o nome de consolidada; para pagamento dos juros estão consignados certos rendimentos que não podem ter outra applicação, e d'esta circumstancia lhe provém a denominação de divida fundada. Mais simples: divida consolidada é aquella em que os credores só têm direito de exigir, em prazos certos, os juros ou dividendos, não sendo o credito exigivel, nem a termo, nem á vontade do credor.

A origem dos *fundos* ou *titulos consolidados,* isto é, dos titulos relativos á divida consolidada, encontra-se nas precarias circumstancias dos governos, que, no intuito de equilibrar as receitas com as despezas, celebram frequentemente com os particulares um contracto parecido com o contracto de *renda* (art. 1644.º); por esse contracto os particulares confiam os seus capitaes ao governo, que se obriga ao pagamento dos juros ou dividendos estipulados, em prasos fixos, addiando-se a amortização da divida indefinidamente, para quando as condições fazendarias a permittam. O processo de equilibrar as receitas e despezas mediante

---

[1] Dias Ferreira, obr. cit., pag. 377; *Actas* cit., pagg. 69 (§ 3.º da proposta do sr. José Julio correspondente ao n.º 3.º do art. 375.º), 76 (§ 3.º do art. .... da nova redacção do tit. III, proposta pelo sr. Seabra), 77 (approvação da proposta do sr. Seabra pela commissão revisora).

a divida consolidada desempenha uma funcção preponderante na vida das sociedades modernas.

Os titulos da nossa divida consolidada são *certificados, inscripções de assentamento* e *inscripções de coupons,* para a divida interna; e *bonds,* para a divida externa [1].

Nas disposições do n.º 3.º do art. 375.º não se comprehendem as acções dos bancos, companhias e quaesquer outras associações [2].

Os fundos consolidados, porém, reputam-se immoveis por disposição da lei, apenas quando immobilizados perpetua ou temporariamente; um exemplo da immobilização perpetua encontra-se nos fundos ou passaes dos parochos, entidades perpetuas, averbados em seus nomes; da immobilização temporaria fornecem-nos typo definido os bens dos menores e o dote constituidos por fundos publicos, pois que semelhante immobilização desapparece com o advento de maioridade e dissolução do matrimonio.

O principio geral da revogação da lei anterior por outra posterior, salva a não-retroactividade das leis, dispensava a doutrina do § unico.

---

[1] Pereira Jardim, *Principios de Finanças,* 5.ª ed., Coimbra, 1894, n.os 325, 332–335; Ricca Salerno, *Scienza delle Finanze,* 2.ª ed., Firenze, 1890, liv. II, cap. III, pagg. 242 e seg.

[2] «Tendo a commissão revisora substituido nos trabalhos da ultima revisão pela palavra *fundos* a palavra *capitaes,* que se lia nas edições de 1863 e 1864, de certo excluiu do n.º 3.º do art. 375.º as acções de bancos, companhias e de quaesquer outras associações; e mais se confirma esta opinião, tendo em vista o art. 35.º do Projecto de 1865, correspondente ao art. 35.º do codigo, que era redigido nos seguintes termos: as associações ou corporações perpetuas não podem porém adquirir por titulo oneroso bens immobiliarios excepto sendo fundos consolidados, e os que adquirirem por titulo gratuito, não sendo d'esta especie, serão convertidos n'ella ou em acções de companhias dentro d'um anno, sob pena de os perderem em beneficio da fazenda nacional.

«As modificações que soffreu a redacção do artigo na commissão de legislação da camara dos deputados não invalidam o argumento, que queremos deduzir da differença que alli se fazia entre *fundos consolidados* e *acções de companhias,* para mostrarmos que o codigo em o n.º 3.º do art. 375.º só comprehende os papeis de credito do governo». Dias Ferreira, obr. cit., pag. 378.

O codigo do processo, n.º 3.º do art. 730.º, considera mobiliarios os fundos publicos, acções ou obrigações; e o Officio da Directoria Geral dos Proprios Nacionaes de 12 de setembro de 1871 declara bens immoveis as inscripções só quando estiverem nos casos do n.º 3.º do art. 375.º [1]. Pelo direito anterior era corrente na pratica, com fundamento no Alvará de 13 de março 1797, que as inscripções deviam ser consideradas bens immoveis para os effeitos legaes.

> Art. 376.º São moveis por natureza todos os objectos materiaes não comprehendidos nos dous artigos precedentes, e por disposição da lei todos os direitos não comprehendidos em o n.º 2.º do artigo anterior [2].

Já dissemos anteriormente que as cousas se dividiam em moveis e immoveis; procuramos distinguil-as com nitidez e dissemos que as moveis podiam sel-o por natureza ou por disposição da lei.

principio em que assenta o art. 376.º é o mesmo a que já nos referimos; na impossibilidade de classificarmos os direitos independentemente dos seus objectos, conferimos áquelles a natureza d'estes ultimos. Este principio deve completar-se com a consideração de que nunca se attende á intenção do proprietario, nem ao estado preterito do objecto correlativo na classificação dos direitos; deve preoccupar-nos apenas o seu estado actual.

Exemplificando: um individuo vendeu a outro os materiaes d'um predio que ameaça ruina; o direito que o comprador possue a esses materiaes é immovel emquanto o predio não fôr demolido; com a demolição transforma-se em movel semelhante direito.

---

[1] *Direito*, an. III, n.º 41, pag. 652; Dias Ferreira, obr. cit., *segunda edição*, pag. 267.

[2] Cod. de Napol., artt. 527.º-529.º, 531.º, 532.º; — A.-Proj., artt. 568.º-572.º; — Cod. Ital., artt. 416.º-420.º; — Cod. Hesp., artt. 335.º-337.º; — Cod. das D. Sicil., artt. 450.º-452.º, 456.º, 457.º; — Cod. Austr., 293.º, 298.º, 299.º; — Cod. Parm., artt. 382.º-387.º; — Cod. da Sard., artt. 408.º-412.º; — Cod. Estens., artt. 417.º-421.º; — Cod. do Cant. Ticino, artt. 162.º-164.º

A ultima parte do artigo, referente á natureza dos direitos não comprehendidos no n.º 2.º do art. 375.º, reveste uma fórma negativa que poderia talvez substituir-se com vantagem por esta outra: *todos os direitos inherentes aos moveis.* Este *modus dicendi* é, porém, equivalente, pois que, sendo as cousas moveis ou immoveis, todos os direitos, não respeitantes ás primeiras, referem-se sem contestação ás segundas [1].

> Art. 377.º Quando na lei civil ou nos actos e contractos se uzar da expressão — bens ou cousas immobiliarias —, sem outra qualificação, comprehender-se-ão nella tanto os que são immoveis por natureza ou mediante a acção do homem, como os que o são por disposição da lei. Quando se uzar simplesmente da expressão — immoveis, cousas ou bens immoveis — esta expressão significará só os que o são por naturaza, ou mediante a acção do homem.
>
> § unico. Da mesma sorte a expressão — bens ou cousas mobiliarias — abrangerá, tanto os moveis por natureza, como os que o são por disposição da lei, e pelas palavras — movel, cousas ou bens moveis — entender-se-ão só os objectos materiaes, que por natureza são moveis.
>
> Art. 378.º Todas as vezes que nos actos e contractos se uzar da expressão — moveis de tal casa ou predio — comprehender-se-á nella só o que se chama mobilia, utensilios ou alfaias, salvo se outra fôr conhecidamente a intenção das partes [2].

N'estes artigos procura o legislador fixar o sentido de certas

---

[1] Demolombe, obr. cit., ibid., n.os 388-440; Laurent, obr. cit., n.os 497-513; — *Avant-Projet,* ibid., pag. 17-19; Pacifici-Mazzoni, obr. cit., n.os 128-130; Dias Ferreira, obr. cit., pagg. 378, 379.

[2] Cod. de Napol., artt. 533.º-536.º; — Cod. Ital., artt. 421.º-424.º; — Cod. Hesp., artt. 346.º, 347.º; — Cod. das D. Sicil., artt. 458.º-461.º; — Cod. Austr., artt. 6.º, 655.º, 674.º, 679.º, 680.º; — Cod. Parm., artt. 388.º-392.º; — Cod. da Sard., artt. 413.º-417.º; — Cod. Estens., artt. 422.º-426.º; — Cod. do Cant. Ticino, artt. 165.º, 167.º

O *Avant-Projet* omitte esta doutrina (loc. cit., tom. III, pag. 19; *Principes de Droit Civil,* tom. V, pag. 633, n.os 514-524).

expressões empregadas na lei civil, actos e contractos, taes como «*bens ou cousas immobiliarias — immoveis, cousas ou bens immoveis — bens ou cousas mobiliarias — movel, cousa ou bens moveis — moveis de tal casa ou predio*».

Bens ou cousas immobiliarias: comprehendem os immoveis por natureza, ou mediante a acção do homem, ou por disposição da lei. *Immoveis, cousas ou bens immoveis:* abrangem sómente os immoveis por natureza ou mediante a acção do homem. *Bens ou cousas mobiliarias:* estende-se aos moveis por natureza ou por disposição da lei. *Moveis, cousa ou bens moveis:* limita-se a designar os moveis por natureza. *Moveis de tal casa ou predio:* esta expressão comprehende o que se chama mobilia, utensilios ou alfaias, a não ser que reconhecidamente seja outra a intenção das partes.

A palavra *mobiliario* tem uma significação mais ampla do que a palavra *movel,* como a idéa significada pelo termo *movel* é mais lata do que a traduzida pelas expressões *moveis de tal casa ou predio.* Se o testador em seu testamento deixar a Pedro os bens mobiliarios, Pedro tem a haver não só os moveis corporeos, mas todos os incorporeos, isto é, todos os direitos e acções. Se lhe deixar os moveis, Pedro herdará além da mobilia o dinheiro de contado, joias preciosas, livros, n'uma palavra todos os objectos materiaes, que forem susceptiveis de ser transportados d'um para outro logar, ou por si ou por força extranha. Se lhe deixar os moveis de tal casa ou predio, a disposição não comprehende senão os moveis destinados ao uso e ornamento da casa, como leitos, cadeiras, espelhos, relogios, mezas, porcellanas e outros objectos d'esta natureza. Nas palavras *moveis de tal casa* comprehende-se unicamente, como dizia o Projecto Primitivo no artigo correspondente (art. 397.º), o que se chama mobilia ou trastes, excluindo as dividas activas, o dinheiro, livros, medalhas, instrumentos de artes ou officios, animaes, armas, generos de consumo, estatuas, roupas, etc. [1].

---

1 Dias Ferreira, obr. cit., pag. 380.

Não podemos deixar de accentuar uma differença que se nota na redacção dos artt. 377.º e 378.º; a technologia fixada pelo art. 377.º póde encontrar-se na *lei civil ou nos actos e contractos,* ao passo que o art. 378.º allude simplesmente a uma locução empregada nos *actos* e *contractos.* Basta, porém, attender á phrase do art. 378.º «*moveis de tal casa ou predio*» para nos convencermos de que semelhante locução é incompativel com a generalidade da lei, podendo divisar-se apenas nos actos e contractos.

Embora se encontrem preceitos similares no nosso codigo e no de Napoleão, é certo que os artt. 533.º–536.º d'este codigo apenas se referem aos moveis e mobiliarios, ao passo que os artigos correlativos no nosso codigo abrangem simultaneamente moveis, mobiliarios, immoveis e immobiliarios.

A incerteza que dominava sob a vigencia do direito antigo na interpretação dos diversos termos empregados nas leis, contractos e testamentos determinou muitos legisladores a fixar legalmente a technologia juridica. E, na verdade, no antigo direito francez [1], como no velho direito nacional [2], encontram-se exemplos numerosissimos d'esta incerteza na exegese d'alguns termos empregados nos documentos solemnes. O proprio Coelho da Rocha procurou uniformizar a exegese juridica, formulando algumas regras deduzidas da doutrina do codigo francez e de Mello Freire [3].

O facto, comtudo, de certos legistadores e innumeros jurisconsultos sustentarem a conveniencia da suppressão d'estes artigos,

---

[1] Treilhard, *Exposé des motifs,* n.º 15 (apud Locré, *Legislation civile, commerciale et criminelle de la France,* Paris, 1827, tom. VIII, pagg. 17 e seg.); Taullier, *Théorie raisonnée du code civil,* Paris, 2.ª ed., tom. II, pagg. 175 e seg.; Demolombe, obr. cit., ibid., n.º 441; Laurent, obr. cit., ibid., n.º 514; *Avant-Projet,* loc. cit., pagg. 19 e seg.

[2] Lobão, *Tratado das casas,* §§ 360.º e seg.; Mello Freire, *Institutiones Juris Civilis Lusitani,* liv. III, tit. VII, § 10.º; Coelho da Rocha, obr. cit. nota ao § 78.º

[3] Segundo a linguagem commum e analogamente ao codigo francez Coelho da Rocha formulava quatro regras de exegese juridica. Coelho da Rocha, obr. cit., nota ao § 78.º

de caracter didactico, convida-nos a examinar a polemica suscitada, afim de concluirmos a necessidade, utilidade ou inconveniencia da conservação de semelhantes artigos no nosso codigo [1].

Julgamos inadmissivel o systhema de interpretar aprioristicamente e legalmente quaesquer termos empregados pelas partes em certos actos solemnes, pelas seguintes considerações:

1) Já diziam os romanos: *omnis definitio in jure periculosa est* [2]; mas esta sentença é d'uma verdade esmagadora quando a lei procura fixar *a priori* a accepção grammatical d'um termo, organizando assim uma especie de vocabulario official, um diccionario legal. Semelhante trabalho é de realização impossivel, pois que o legislador jamais poderá prever todas as circumstancias de futuro emergentes á volta de qualquer hypothese, circumstancias que modificam na essencia o sentido da phrase, previamente definido pelo legistador [3].

Nem se argumente com o celebre aphorisma do sr. Seabra: é preferivel uma definição deficiente a nenhuma definição [4]. Isso é verdade quando se impõe a necessidade d'uma definição, o que não acontece na nossa hypothese, em que, além de perigosa, é inutil.

2) Insistindo na inutilidade de semelhantes definições diremos que os artt. 377.º e 378.º pertencem ao numero dos *permissivos* ou *interpretativos*, não possuindo, portanto, a natureza de *imperativos* ou *prohibitivos*.

Acima da vontade presumida, deduzida dos termos empregados pelo legislador ou pelas partes, merece todo o credito a prova certa d'uma intenção contraria ou diversa, apprehendida por quaesquer outros argumentos. Na interpretação de qualquer ar-

---

[1] Duranton, *Cours de Droit Français suivant le code civil*, Bruxelles, 1841, tom. II, n.os 917-922, pagg. 294 e seg.; Demolombe, ibid.; Laurent, ibid.; *Avant-Projet*, loc. cit., pag. 19; Pacifici-Mazzoni, obr. cit., n.º 130.

[2] L. 202, D. *de regulis juris*.

[3] Demolombe, ob. cit., n.º 441.

[4] Sr. Seabra, *Apostilla* cit., pag. 40.

tigo, acto ou contracto, convém attender principalmente á intenção do legislador ou das partes, de preferencia ao elemento grammatical [1]. Ora, semelhante principio não necessitava de ser expressamente mencionado no codigo.

O que deixamos dicto é confirmado pelos artt. 684.°, 377.° § un. e 378.° A validade dos contractos depende do conhecimento da intenção ou vontade dos contratantes sobre o objecto principal (art. 684.°); quando, por exemplo, de qualquer circumstancia se deprehender que a intenção do legislador ou a vontade das partes foi dar ás palavras a que se refere o art.° 377.° significação diversa da officialmente assignada, despreza-se a exegese legal e admitte-se a verdadeira intenção manifestada por quaesquer argumentos; isto se deduz das palavras *sem outra qualificação* (art. 377.°). O § unico do mesmo artigo obedece ao mesmo pensamento, que é egualmente terminante na ultima proposição do art. 378.°

3) O proprio redactor do codigo portuguez desprezou frequentes vezes a technologia previamente fixada. Tirante muitos outros artigos, limitamo-nos a citar os artt. 551.° n.° 3.° e 1571. Quando o redactor escreveu o n.° 3.° do art. 551.° empregou a expressão *bens immoveis* no sentido de *bens immobiliarios* (art. 377.°), porque, comparando o citado artigo com o art. 1119.°, reconhece-se de prompto que os bens immoveis do artigo 551.°, a respeito dos quaes não póde começar nem correr a prescripção, são os immobiliarios (art. 1119.°), que não podem ser alheados ou obrigados sem commum accordo.

Tambem a palavra *immoveis* do art. 745.° não corresponde á significação que lhe dá o art. 377.°, como se vê claramente do confronto d'aquelle primeiro artigo com o art. 1571.°

A inconsciente incoherencia do legislador constitue mais uma confirmação da doutrina expendida.

---

[1] Demolombe, obr. cit., n.° 442; Laurent, obr. cit., n.° 515; Dias Ferreira, obr. cit., pag. 381.

4) Marcadé [1], commentando os artigos correspondentes do codigo de Napoleão, pronuncia-se pela necessidade de eliminar taes artigos doutrinarios. Na verdade, não só taes normas de interpretação são inuteis, mas ha hypotheses em que nos devemos cautelosamente afastar d'ellas, sob pena de ponderosos prejuizos. Assim, um cidadão resolve abandonar Paris para viver na provincia; no intuito de evitar as despezas de transporte, contracta com um estufador a venda da sua mobilia; no contracto de venda, porém, emprega inexperientemente a phrase *bens mobiliarios* do seguinte modo *vendo os meus bens mobiliarios a F.* Como ignora que a lei fixa a estas palavras um sentido differente do que geralmente se lhes attribue, ver-se-ha á força privado de todas as suas rendas, capitaes garantidos por meio de hypotheca, acções de bancos e companhias, desde o momento em que nenhuma outra circumstancia podesse esclarecer o pensamento constante no contracto de venda.

Inclinamo-nos, portanto, pela suppressão dos dois artigos; na interpretação do pensamento do legislador ou das partes, attender-se-ha inalteravelmente ao elemento grammatical e logico fornecido pelas phrases empregadas; mas, nem a isso se limitam exclusivamente os instrumentos de investigação do interprete, que póde recorrer a muitos outros expedientes, nem semelhante doutrina necessitava de vir especialmente mencionada n'um codigo. Pelas palavras *sem outra qualificação* entendemos que a exegese do pensamento do legislador ou das partes deve basear-se no uzo commumente admittido, no conjuncto e comparação das diversas circumstancias que o acto reveste; se d'este conjuncto de meios não fluir o conhecimento da intenção, applica-se a exegese legal, consoante os termos dos artigos que analysamos. Assim, apparecendo um testamento redigido n'estes termos: deixo a F. os meus bens immobiliarios e a A. os meus moveis, a saber, as

---

[1] Marcadé, *Explication théorique et pratique du code Napoléon*, 5.ª ed., Paris, 1855, tom. II, n.os 390–393; Demolombe, obr. cit., ibid.

acções da companhia X, é claro que a significação da palavra *moveis* possue extensão superior á demarcada pelo § un. do art. 377.º Da mesma fórma, se um testamento fôr redigido n'estes termos: deixo a F. os meus immobiliarios e a A. os meus titulos de divida publica consolidada que estão immobilizados, os productos e partes integrantes de todos os meus predios, é evidente que a palavra *immobiliarios* possue uma significação muito mais restricta do que a assignada por lei.

Art. 379.º As cousas, em relação ás pessoas a quem a sua propriedade pertence, ou que d'ellas se podem livremente aproveitar, dizem-se publicas, communs e particulares.

Art. 380.º São publicas as cousas naturaes ou artificiaes apropriadas ou produzidas pelo estado e corporações publicas e mantidas debaixo da sua administração, das quaes é licito a todos individual ou collectivamente utilizar-se com as restricções impostas pela lei ou pelos regulamentos administrativos. Pertencem a esta categeria:

1.º As estradas, pontes e viaductos construidos e mantidos a expensas publicas, municipaes ou parochiaes;

2.º As aguas salgadas das costas, enseadas, bahias, fozes, rias e esteiros, e o leito d'ellas;

3.º Os lagos e lagoas, e os canaes e correntes de agua doce navegaveis ou fluctuaveis, com os seus respectivos leitos ou alveos, e as fontes publicas.

§ 1.º Entende-se por corrente navegavel a que, durante o decurso inteiro do anno, é accommodada á navegação, com fins commerciaes, de barcos de qualquer fórma, construcção e dimensão; e por corrente fluctuavel aquella por onde estiver effectivamente em costume, no acto da promulgação d'este codigo, fazer derivar objectos fluctuantes, durante o decurso do anno inteiro, com fins commerciaes, ou a que de futuro for declarada tal pela auctoridade competente.

§ 2.º Quando todo o rio não for navegavel ou fluctuavel, mas só parte d'elle, a esta parte unicamente pertencera a correspondente qualificação.

§ 3.º Entende-se por leito ou alveo a porção de superficie que a corrente cobre sem trasbordar para o sol natural e ordinariamente enxuto.

§ 4.º As faces ou rampas e os capellos dos comoros, vallados, tapadas, muros de terra ou de pedra e cimento, erguidos artificialmente sobre a superficie natural do solo marginal, não pertencem ao leito ou alveo da corrente, nem estão no dominio publico, se á data da promulgação do codigo civil não houverem entrado n'esse dominio por modo legal.

Art. 381.º São communs as cousas naturaes ou artificiaes, não individualmente apropriadas, das quaes só é permittido tirar proveito, guardados os regulamentos administrativos, aos individuos comprehendidos em certa circumscripção administrativa, ou que fazem parte de certa corporação publica. Pertencem a esta categoria:

1.º Os terrenos baldios municipaes e parochiaes;

2.º As correntes de agua não navegaveis nem fluctuaveis que, atravessando terrenos municipaes ou parochiaes, ou predios particulares, vão lançar-se no mar em alguma corrente navegavel ou fluctuavel, os lagos ou lagôas sitos em terrenos municipaes ou parochiaes, e os reservatorios, fontes ou poços construidos á custa dos concelhos ou parochias.

§ 1.º A corrente navegavel, que durante cinco annos consecutivos não servir á navegação, passará á categoria de corrente fluctuavel.

§ 2.º A corrente fluctuavel, que durante cinco annos consecutivos não servir á fluctuação, ficará incluida na categoria das correntes de uzo commum.

§ 3.º O leito ou alveo da torrente ou corrente de uzo commum, que atravessa um predio particular, ou n'elle se ajuncta ou nasce, fórma parte integrante do dito predio.

§ 4.º A propriedade do leito ou alveo de qualquer torrente ou corrente de uzo commum, que passa entre dous ou mais predios, é attribuida aos mesmos predios com as limitações e servidões expressas n'este codigo.

§ 5.º A cada predio pertence por virtude da lei o tracto do leito ou alveo comprehendido entre a linha marginal e a linha média do dito leito ou alveo, terminando superior e inferiormente, em relação ao curso da corrente, por duas linhas cahindo perpendiculares da extremidade da linha marginal do predio sobre a linha média.

§ 6.º Os tractos dos leitos ou alveos das torrentes ou correntes de uzo commum, attribuidos aos predios mar-

ginaes, ficam sujeitos a todas as servidões, que os regulamentos de policia geral hajam de impor-lhes, para a conservação, desobstrucção e limpeza dos mesmos leitos ou alveos.

§ 7.º Aos lagos naturaes de agua doce, circumdados de predios particulares, ou de predios particulares e terrenos incultos publicos, municipaes ou parochiaes, são applicaveis as disposições de todos os §§ antecendentes, que forem compativeis com a natureza das suas aguas não correntias.

Art. 382.º São particulares as cousas, cuja propriedade pertence a pessoas singulares ou collectivas, e de que ninguem póde tirar proveito, senão essas pessoas ou outras com seu consentimento.

§ unico. O estado, os municipios e as parochias, considerados como pessoas moraes, são capazes de propriedade particular[1].

---

[1] Cod. de Napol., artt. 537.º, 543.º; — A.-Proj., artt. 573.º, 580.º; — Cod. Ital., artt. 425.º-435.º; — Cod. Hesp., artt. 338.º-345.º; — Cod. das D. Sicil., artt. 439.º, 462.º, 463.º, 465.º-467.º; — Cod. Austr., artt. 353.º, 354.º, 362.º, 364.º-367.º, 378.º, 397.º, 404.º, 405.º, 422.º, 850.º; — Cod. Parm., artt. 403.º, 408.º, 501.º, 535.º, 570.º, 576.º; — Cod. da Sard., 439.º-444.º, 449.º, 458.º, 561.º, 562.º; — Cod. Estens., artt. 437.º, 438.º, 528.º, 634.º, 640.º; — Cod. do Cant. Ticino, artt. 178.º, 180.º, 238.º, 253.º, 264.º, 640.º

Dec. n.º 8 de 1 de dezembro de 1892:

Art. 1.º São publicas:

1.º As aguas salgadas das costas, enseadas, bahias, portos artificiaes, docas, fozes, rias, esteiros e seus respectivos leitos, caes e praias até onde alcançar o collo da maxima preamar de aguas vivas;

2.º Os lagos, lagôas, canaes, vallas e correntes de agua navegaveis e fluctuaveis, com seus respectivos leitos e margens, e as fontes publicas.

§ 1.º Entende-se por corrente navegavel a que é ou vier a ser accommodada á navegação, com fins commerciaes, de barcos de qualquer fórma, construcção ou dimensões; e por corrente fluctuavel aquella por onde se faz derivar objectos fluctuantes, com fins commerciaes, ou a que de futuro fôr declarada tal pela auctoridade competente.

§ 2.º Quando o rio não fôr todo navegavel ou fluctuavel, mas só parte d'elle, a esta parte unicamente pertencerá a competente classificação.

Art. 2.º São communs os canaes, vallas e correntes de agua não navegaveis nem fluctuaveis, que, atravessando terrenos publicos municipaes ou

Encontra-se n'estes artigos a divisão das cousas, quanto ás pessoas a quem pertence a sua propriedade. Podem ser, como

---

parochiaes, ou predios particulares, vão lançar-se no mar ou em alguma outra corrente de agua publica ou commum; os lagos, lagôas ou pantanos sitos em terrenos municipaes ou parochiaes, ou circumdados por differentes predios particulares, ou por terrenos incultos publicos, municipaes ou parochiaes; e os reservatorios, fontes e poços construidos á custa dos concelhos ou parochias.

Art. 3.º São particulares as aguas que nascem n'um predio particular e por elle correm, emquanto não ultrapassam os limites do mesmo predio; ou que, ultrapassando esses limites e correndo por predios particulares, são consumidas antes de se lançarem em alguma outra corrente publica ou commum. Se, porém, se lançarem em alguma outra corrente publica ou commum, deixarão de ser particulares apenas passem os limites do predio onde nascem.

§ unico. São tambem particulares os lagos ou lagôas situados em um só predio particular, e por elle exclusivamente cercados, quando não sejam alimentados por alguma corrente de uzo publico ou commum.

Art. 4.º Nos lagos, lagôas, rios, vallas, esteiros e mais correntes de agua, a margem, incluindo os comoros, motas, vallados e diques, consistirá em uma faxa de terreno adjacente, junto á linha de agua, que se conserva ordinariamente enxuta, e é destinada aos serviços hydraulicos, de policia, ou accessorios da navegação e fluctuação.

1.º Nos navegaveis e fluctuaveis as margens terão geralmente de 3 a 30 metros, e excepcionalmente até 50 metros de largura a contar da linha que limita o leito ou alveo, conforme a importancia e necessidade da via fluctuavel ou navegavel;

2.º Nos não navegaveis nem fluctuaveis ou de uzo commum, as margens terão de 1 a 3 metros de largura, a contar da linha que limita o alveo ou leito, tendo em consideração a sua importancia e uzos que têm, ou de que forem susceptiveis.

§ 1.º Nas lagôas e correntes de aguas de menos consideração poderão até ser supprimidas as margens, attendendo ao seu uzo, antigos costumes e regimentos; não podendo porém n'este caso, os respectivos proprietarios oppôr-se ou impedir a que pelo seu terreno junto á corrente de agua em solo enxuto passem os agentes administrativos ou das direcções hydraulicas, em execução do serviço publico a seu cargo.

§ 2.º A superficie do terreno constitutivo de qualquer margem deverá conservar-se sempre livre e desembaraçada, não podendo ser cultivada pelo proprietario do terreno. Junto dos lagos, lagôas, canaes, esteiros e correntes

dissemos anteriormente [1], publicas, communs ou particulares [2]; *publicas*, as cousas naturaes ou artificiaes, apropriadas ou produzidas pelo estado e corporações publicas e mantidas debaixo da sua administração, das quaes é licito a todos individual ou collectivamente utilizar-se, com as restricções impostas pela lei ou pelos regulamentos administrativos [3]; *communs*, as cousas naturaes ou artificiaes, não individualmente apropriadas, das quaes só é permittido tirar proveito, guardados os regulamentos administrativos, aos individuos comprehendidos em certa circumscripção administrativa, ou que fazem parte de certa corporação publica; *particulares*, as cousas, cuja propriedade pertence a pessoas singulares ou collectivas e de que ninguem póde tirar proveito, senão essas pessoas ou outras com seu consentimento [4].

---

de agua navegaveis ou fluctuaveis, o terreno das margens pertencerá ao estado.

§ 3.º Os proprietarios legaes dos terrenos junto dos lagos, lagôas, vallas, canaes, esteiros e correntes de agua, serão previamente indemnisados, nos termos das leis da expropriação por utilidade publica, pela expropriação ou servidões impostas pelas disposições d'este artigo e seus paragraphos.

(*Collecção Official de Legislação Portugueza*, anno de 1892, Lisboa, Imprensa Nacional, 1893, pag. 977; *Diario do Governo*, n.º 276, de 5 de dezembro de 1892, pag. 2772).

[1] Vid. pagg. 19 e seg.

[2] Semelhante doutrina não vinha no Projecto Primitivo; em seguida ao art. 397.º, correspondente ao art. 378.º do codigo vigente, inseria-se o art. 398.º, correspondente ao art. 383.º, onde se definia a occupação. Com muita plausibilidade a commissão revisora introduziu esta triplice divisão, pois que o direito ao uzo das cousas varia segundo ellas são publicas, communs, ou particulares. *Codigo Civil Portuguez, Projecto redigido por Antonio Luiz de Seabra*, Coimbra, 1858, artt. 397.º e 398.º; *Actas* cit., sessão de 10 de dezembro de 1860, pagg. 80 e seg.; Dias Ferreira, obr. cit., pag. 381.

[3] Encontra-se um substancioso estudo relativo á *propriedade nacional e seus accessorios* no *Estudo sobre a legislação das aguas*, por M. E. Garcia. Coimbra, 1862, cap. III, pagg. 177-195. O sr. dr. Assis especializa uma refutação do communismo demonstrando a propriedade das aguas. Obr. cit. n.º 1, pagg. 24-29.

[4] Demolombe, obr. cit., n.ºs 453 e seg.; Laurent, obr. cit., tom. VI, n.ºs 1-70

As publicas são naturaes ou artificiaes; *naturaes,* as cousas apropriadas pelo estado ou corporações publicas e mantidas debaixo da sua administração afim de regular o seu uzo, como aguas salgadas das costas, enseadas, bahias, etc. (n.os 2.° e 3.° do art. 380.°); *artificiaes* as cousas produzidas pelo estado e corporações publicas e mantidas debaixo da sua administração com identico intuito, como estradas, pontes, etc. (n.° 1.° do art. 380.°).

As cousas publicas podem ser *destinadas ao uzo de todos e de cada um em particular,* como as estradas, ou *a uma utilidade geral sem que os individuos possam entrar no seu uzo,* como os edificios publicos destinados ao organismo de certas corporações, as escholas, etc.

Convém observar que as cousas publicas, naturaes ou artificiaes, incapazes de serem reduzidas á propriedade particular, não se encontram integralmente mencionadas nos n.os 1.°–3.° do art. 380.°; sendo certo que semelhante enumeração na hypothese contraria seria visivelmente incompleta, omittindo-se, por exemplo, as praças, fortificações de guerra e edificios destinados á instrucção; basta interpretar devidamente a locução: *pertencem a esta categoria* (art. 380.° in fin.); as cousas expressas nos n.os 1.°–3.° *pertencem* ás cousas publicas, sem todavia constituirem a totalidade d'essa mesma categoria de cousas.

Como demonstramos no logar competente [1], as cousas publicas distinguem-se das communs como estas duas categorias se differençam das particulares. Convêm entretanto salientar a differença entre cousas publicas (art. 380.°) e cousas ou bens do estado (art. 382.° e § un.). A propriedade das cousas particulares póde pertencer a pessoas singulares, *individuos,* ou collectivas, *pessoas moraes.* O estado, o municipio e a parochia, considerados como pessoas moraes, são susceptiveis de propriedade particular; as cousas possuidas pelo estado nos termos do art. 380.° são *bens publicos;* as possuidas pelo estado como pessoa moral na hypothese do art. 382.° constituem *bens do estado.*

---

[1] Vid. pag. 20.

O estado possue bens exactamente nas mesmas condições juridicas que os particulares, que tem e administra pelo mesmo titulo e do mesmo modo, que se chamam *bens do estado* e que todos os dias vemos annunciados á venda, como fóros em posse da fazenda, cujo unico destino é dar rendimento para as despezas geraes — e bens de que só o estado como corpo moral póde uzar, sendo vedado o seu uzo aos cidadãos individualmente considerados [1].

Entre as cousas publicas encontram-se: 1) as estradas, pontes e viaductos construidos e mantidos a expensas publicas, municipaes ou parochiaes; 2) as aguas salgadas das costas, enseadas, bahias, portos artificiaes, docas, fozes, rias, esteiros e o leito d'ellas, caes e praias até onde alcançar o collo da maxima preamar d'agua viva; 3) os lagos, lagôas, canaes, vallas e correntes d'agua navegaveis ou fluctuaveis com os seus respectivos leitos e margens e as fontes publicas (art. 380.°, n.os 1.°–3.°; Decreto n.° 8 de 1 de dezembro de 1892, art. 1.°, n.os 1.°, 2.°, §§ 1.°, 2.°) [2].

---

[1] Dias Ferreira, obr. cit., pag. 381. O art. 380.° não se refere aos bens do estado, que constituem propriedade particular (patrimoniaes em que a fazenda succede na falta de herdeiros legaes do auctor da herança), nem aos bens da fazenda destinados a serviços determinados (fortalezas de guerra, edificios para repartições publicas), mas sómente ás cousas do uzo geral de que ninguem póde ser excluido. Não perdem a natureza de particulares os bens pelo facto de serem regidos por lei especial, como os antigos bens proprios da corôa, reguengueiros, fiscaes ou de fazenda, ainda actualmente sujeitos á Lei de 22 de junho de 1846 e como o apanagio do successor á corôa, que ainda hoje é regulado pela carta patente de 27 de outubro de 1645 e pela Lei de 19 de maio de 1863, art. 13.°. Dias Ferreira, *segunda edição*, pag. 271.

[2] O Decreto n.° 8 de 1 de dezembro de 1892 reformou algumas disposições relativas á jurisprudencia hydraulica; no relatorio respectivo queixa-se o ministro da incongruente confusão n'esta materia legislativa.

As disposições do codigo civil sobre a jurisprudencia hydraulica, diz elle, estão confusamente redigidas, o que faz com que pareçam se contradigam, dando logar a tantas interpretações quantos são os julgadores, com manifesto prejuizo da justiça e sobretudo da agricultura e da industria, não se

Desde muito tempo consideram-se cousas publicas as estradas, qualquer que seja a sua classificação, reaes, districtaes, municipaes ou vicinaes (art. 380.°, n.° 1.°) [1]. É essencial, porém, para

---

tendo aproveitado do estudo da legislação tão completa sobre as aguas, já estabelecida na Italia e em alguns outros paizes. É bem sabido e conhecido o estado de abandono em que têm permanecido os serviços hydraulicos; cada um faz o que lhe apraz, e a maior parte das vezes os prejudicados não fazem valer os seus direitos, não só pela incerteza dos resultados do pleito, como pela despeza com que não podem, e talvez na maioria dos casos pela differença de posição social entre os contendores. Bastantes disposições legislativas ha publicadas, com as quaes os nossos governos têm querido levantar o estado de abatimento em que aquelles serviços têm jazido; pouco, porém, têm conseguido, umas vezes por serem taes providencias relativas exclusivamente a certos cursos de agua, outras vezes pelo pouco cuidado das auctoridades a quem foi commettido o seu cumprimento, e principalmente pela resistencia dos interessados a perder os seus antigos privilegios e o anterior estado de cousas. *(Relatorio do Dec. de 1 de dezembro de 1892,* cap. VIII, pag. 872 da *Collecção Official de Legislação Portugueza).*

Os n.os 2.° e 3.° do art. 380.° encontram-se substituidos pelo art. 1.° e seus numeros do mencionado decreto; são publicas: 1) as aguas salgadas das costas, enseadas, bahias, portos artificiaes, docas, fozes, rias, esteiros e seus respectivos leitos, caes e praias até onde alcançar o collo da maxima preamar de aguas vivas; 2) os lagos, lagôas, canaes, vallas e correntes de agua dôce navegaveis e fluctuaveis, com seus respectivos leitos e margens, e as fontes publicas (Dec. cit., art. 1.°, n.os 1.°, 2.°). Apezar do commentador Dias Ferreira *(segunda edição,* pag. 272) affirmar que não houve alteração no fundo, o Decreto de 1892 inclue nas cousas publicas os portos artificiaes, docas, caes, praias, vallas, margens das correntes navegaveis e fluctuaveis a que se não referia o art. 380.° Um dos argumentos adduzidos no texto para demonstrar o caracter exemplificativo da enumeração no art. 380.° não tem importancia para a interpretação do Decreto; em vez de *pertencem* lê-se: *são publicas.* Entretanto julgamos egualmente exemplificativa semelhante doutrina, porque a solução contraria excluiria pelo menos as cousas mencionadas no n.° 1.° do art. 380.°, notando-se que a lettra do Decreto não se oppõe á nossa doutrina.

[1] Na impossibilidade de fazermos uma demonstração minuciosa d'esta asserção, contentamo-nos com uma ligeira resenha. Nas *Ordenações do Reino* (liv. II, tit. XXVI, § 8.°) diz-se: «pertencem aos direitos reaes as estradas e ruas publicas antigamente uzadas. E, postoque o uzo das estradas seja egual-

que as estradas sejam declaradas publicas, municipaes ou parochiaes, que fôssem construidas á custa das respectivas corporações, e por ellas sustentadas as despezas de exploração. Dos caminhos construidos e mantidos a expensas dos particulares, salva a fiscalização do governo pelo seu direito policial, não podem aproveitar-se quaesquer outras pessoas além do dono, sem licença d'este. Mas, os construidos e sustentados á custa do municipio ou da parochia são tão publicos, no sentido de ser licito a todos utilizar-se d'elles, como o são os construidos e sustentados á custa do estado. Os caminhos de ferro que o governo administra por si, ou por intermedio d'alguma companhia, devem considerar-se

---

mente commum a toda a gente e ainda a todos os animaes, sempre a propriedade d'ellas fica no patrimonio real.» O *Decreto de 13 de agosto de 1832* dispõe no art. 2.º: «os bens da nação, tomada collectivamente, são os bens do uzo geral e commum dos habitantes, como... estradas geraes e pontes n'ellas construidas... Os bens da nação, adquiridos por titulos de successão e execução fiscal e não destinados ao uzo geral e commum, serão regulados pelas leis da fazenda e formarão parte do thesouro publico disponivel: a nenhuma d'estas especies de bens é applicavel a jurisprudencia dos bens chamados da corôa; a natureza d'estes bens fica extincta, bem como todas as leis relativas a elles, e á successão d'elles.» A *Lei de 15 de julho de 1862* classificou as estradas ordinarias do continente do reino em reaes ou de primeira ordem, districtaes ou de segunda ordem e municipaes ou de terceira ordem (art. 1.º); dividiu as estradas reaes (art. 2.º); determinou as districtaes (art. 3.º) e definiu as de terceira ordem. O *Decreto de 6 de junho de 1864* dividiu as estradas municipaes (art. 1.º). O *Decreto de 31 de dezembro de 1864* determinou que nenhum caminho de ferro podia ser construido, nem explorado, quer directamente por conta do estado, quer por contracto com algum individuo particular, sociedade ou companhia, sem que lei no primeiro caso auctorize o governo e no segundo approve e auctorize o contracto. O *Codigo Administrativo de 1886* reconhece na junta de parochia o direito de deliberar definitivamente sobre construcção, reparação e conservação dos caminhos vicinaes do uzo exclusivo da parochia, e que não estiverem classificados como estradas municipaes (art. 191.º, n.º 8.º). Do mesmo modo reputa obrigatorias as despezas da parochia feitas com a construcção, reparação, conservação e limpeza dos caminhos vicinaes (art. 202.º, § 1.º, n.º 15.º). Finalmente o *Decreto n.º 9 de 1 de dezembro de 1892* não contraria o disposto no art. 380.º

tambem bens publicos para o effeito do uzo publico. Além das estradas publicas, municipaes ou parochiaes, ha as districtaes, que podem julgar-se comprehendidas no n.º 1.º do art. 380.º, porque tambem são construidas e mantidas a expensas do municipio. O subsidio que o estado presta á construcção das estradas districtaes e municipaes não lhes tira o caracter de serem construidas e mantidas á custa dos districtos e das parochias [1].

Á categoria das cousas publicas pertencem tambem certas aguas, como aguas salgadas das costas, etc. (art. 380.º, n.º 2.º; Dec. cit., art. 1.º, n.º 1.º), e aguas de lagos e lagôas (art. 380.º, n.º 3.º,; Dec. cit., art. 1.º, n.º 2.º). Tambem é visivel a distincção implicitamente admittida entre aguas salgadas e aguas dôces (n.os 2.º e 3.º do art. 380.º e n.os 1.º e 2.º do art. 1.º do cit. Dec.).

Nas aguas publicas como nas de logradouro commum não póde haver posse que justifique prescripção, nem tem logar a indemnização pela privação do uzo de servidão em praia banhada pela maré [2].

No § 1.º do art. 380.º e nos §§ 1.º e 2.º do art. 1.º do mencionado Decreto de 1892 encontra-se a noção legal de correntes navegaveis e fluctuaveis. Pela doutrina do codigo, os requisitos indispensaveis para uma corrente se considerar navegavel eram os seguintes: *a*) ser accommodada á navegação; *b*) possuir semelhante aptidão durante o decurso inteiro do anno; *c*) fim com-

---

[1] Dias Ferreira, obr. cit., ibid.

[2] *Gazeta da Relação de Lisboa*, an. IV, n.º 52, pag. 409; *Boletim dos Tribunaes*, an. VI, n.º 232, pag. 213; Accordãos da *Relação de Lisboa* de 13 de novembro de 1889, e do *Supremo Tribunal de Justiça* de 22 de dezembro de 1890.

As margens do Tejo respectivas deixaram de ser propriedade das camaras municipaes de Lisboa, Belem e Olivaes, para serem consideradas propriedade do estado. *Revista de Legislação e Jurisprudencia*, an. XIV, n.º 700, pag. 382; *Direito*, an. XIV, n.º 12, pag. 183; *Diario do Governo* de 1880, n.º 236; Accordãos do *Supremo Tribunal de Justiça* de 30 de julho de 1880; *Portarias* de 24 de maio e de 26 de julho de 1881.

mercial da navegação (art. 380.°, § 1.°)[1]. Não bastava que a corrente fôsse destinada á navegação; deveria conservar essa aptidão durante o decurso do anno inteiro; de modo que, se certa corrente fôsse accommodada á navegação durante dez mezes, não poderia entretanto considerar-se navegavel.

O commentador Dias Ferreira censurou semelhante exigencia do codigo; pela definição, pondera o auctor mencionado, navegavel em todo o seu percurso sómente teriamos o Tejo, porque os outros nossos rios mais importantes, como o Mondego, Lima e Douro, perdem a qualidade de navegaveis e até a de fluctuaveis durante certo tempo do anno e especialmente em estio muito sêcco. Seria talvez mais razoavel e mais logico declarar navegaveis, para os effeitos do direito civil, as correntes que o fôssem durante a maior parte do anno[2].

O sr. dr. Assis Teixeira censurou egualmente a disposição do § 1.° do art. 380.°; não elogiou o segundo requisito relativo á navigabilidade da corrente durante o anno inteiro, que restringe demasiadamente a area das correntes publicas. Poucas são aquellas que entre nós satisfazem a esta rigorosa condição: algumas estarão em um percurso limitadissimo comprehendidas n'esta categoria; mas será isso em mui curta extensão. Sendo assim, poderiam os proprietarios marginaes, nos mezes em que o rio fôsse accommodado á navegação, prejudicar este serviço publico construindo açudes ou presas e desviando as aguas para beneficio da agricultura ou da industria? Não faltará quem o sustente á sombra da disposição da lei. O codigo auctoriza esta interpretação; mas estamos bem seguros de que difficilmente serão ouvidas as reclamações dos proprietarios, visto que a administração, uzando do seu poder descricionario, interviria sem duvida para resolver os conflictos, que se levantassem entre os interesses geraes da

---

[1] Sr. dr. Assis, obr. cit. O ultimo requisito relativo ao fim commercial da navegação foi introduzido pela commissão revisora em sessão de 18 de março de 1861. *Actas* cit., pag. 133.

[2] Dias Ferreira, obr. cit., pag. 383.

navegação e os da agricultura ou industria (art. 431.º § 2.º). Melhor fôra na verdade, concluia o sr. dr. Assis Teixeira, que a lei por menos exigente se tornasse mais racional e exequivel [1].

Não acompanhamos esta critica feita á doutrina do § 1.º do art. 380.º; quando se critica uma qualquer disposição legal convém attender não sómente ao rigor dos principios juridicos, que devem informar a legislação codificada, mas tambem ás circumstancias de toda a ordem em que se encontra o povo para que é elaborada semelhante disposição legislativa; ora, se attendermos á importancia da agricultura no nosso paiz, que deveria absorver todos os demais cuidados, não achamos exaggerado o rigor do codigo, exigindo o prazo de anno completo. No intuito de defender tenazmente os interesses da agricultura, o legislador collocava ao seu serviço quasi todos os cursos d'agua nacionaes, pois apenas considerava publicos os que fôssem navegaveis durante o decurso do anno completo. É de facil intuição que a agricultura não podia auferir das correntes publicas todas as utilidades incompativeis com as exigencias da navegação e fluctuação. O commentador Dias Ferreira presentiu esta ideia, mas não a aproveitou convenientemente; «o pensamento do legislador, diz elle, caracterisando as correntes navegaveis ou fluctuaveis pela circumstancia de servirem á navegação ou fluctuação e tirando-lhe esta qualidade,

[1] Obr. cit., pagg. 68 e 69. No Relatorio do Decreto de 1 de dezembro de 1892 sustenta-se a mesma doutrina: «esta definição (de correntes navegaveis e fluctuaveis) presta-se á interpretação de que, para uma corrente ser considerada navegavel, deve a navegação ter logar durante o anno inteiro. Querendo, pois, adoptar aquella interpretação rigorosamente litteral, difficilmente se encontraria no nosso paiz um rio que pudesse considerar-se navegavel ou fluctuavel, e tal certamente não podia ser a intenção do legislador. Com effeito ha epochas em que, ou pela estiagem e pouca quantidade de agua, ou pelas grandes cheias e velocidade da corrente, não póde ter logar a navegação; e d'esse facto não póde concluir-se que o rio não seja navegavel, ou que teria de ficar, durante a epocha em que não é possivel a navegação, sujeito á legislação sobre as correntes não navegaveis.» (*Relat.* cit., obr. cit., pag. 873).

logo que deixem de possuir aquelle destino, foi não privar os donos dos predios adjacentes da occupação das aguas nos termos dos artt. 434.º e seg., logo que não eram aproveitadas para a navegação». D'este principio verdadeiro não deduziu o commentador todos os corollarios possiveis.

De resto não julgamos muito moralizadora a doutrina, que arvora em legislador omnipotente a administração, substituindo a supposta deficiencia do codigo pela arbitrariedade administrativa.

Apezar d'estas consideracões o Decreto de 1892 attendeu ás ponderações anteriores e definiu corrente navegavel a que é ou vier a ser accommodada á navegação, com fins commerciaes, de barcos de qualquer fórma, construcção ou dimensões (Dec. cit., art. 1.º, § 1.º). Ha uma differença fundamental entre a noção do art. 380.º § 1.º e a do Decreto de 1892, embora o commentador affirme a identidade fundamental das duas doutrinas; a navigabilidade annual deixou de constituir elemento substancial da corrente navegavel.

As correntes fluctuaveis encontram-se egualmente definidas nos artt. 380.º § 1.º do codigo civil e 1.º § 1.º do Decreto de 1892; os elementos das correntes fluctuaveis eram os seguintes: *a*) deve estar em costume antes de 22 de março de 1868, promulgação do codigo civil, fazer derivar por ellas os objectos fluctuantes; *b*) essa derivação deve ser feita durante o decurso do anno inteiro; *c*) destinada a fins commerciaes (cod. civ., art. 380.º § 1.º). Identica censura recebia d'alguns esta doutrina, que o referido Decreto substituiu por est'outra: corrente fluctuavel é aquella por onde se faz derivar objectos fluctuantes, com fins commerciaes, ou a que de futuro fôr declarada tal pela auctoridade competente (Dec. cit.).

Tanto as correntes navegaveis como as fluctuaveis não podiam deixar de pertencer ao dominio nacional; verdadeiras vias de communicação de caracter geral, facilitam as relações civis e commerciaes, umas no transporte de pessoas e mercadorias, e outras, que não podem com o pezo dos barcos, no transporte de madeiras e objectos de egual natureza.

Quando o rio não fôr navegavel ou fluctuavel, mas só parte d'elle, a esta parte unicamente pertencerá a competente classificação (art. 380.°, § 2.°; Dec. cit. de 1892, art. 1.°, § 2.°).

Desde a publicação do codigo civil fazia sentir-se a necessidade d'uma classificação das correntes nacionaes [1]; ultimamente o Decreto de 1 de dezembro de 1892 mandou proceder aos trabalhos necessarios para determinar a natureza das correntes no paiz, mantendo a classificação de que gozavam na data da sua publicação os differentes lagos, lagôas, vallas, canaes, esteiros e correntes d'agua emquanto não estivesse feita ou approvada a nova classificação definitiva (Dec. cit., art. 9.°, § 2.°; Dec. de 19 de dezembro de 1892, art. 7.°) [2].

---

[1] «Na maneira de fazer e decretar as classificações das correntes d'agua deve procurar-se resalvar todos os direitos dos proprietarios que com ellas confrontam, ou dos interessados e do publico, e para isso o governo recorrerá a todos os modos de publicidade, para que de futuro ninguem possa com direito julgar-se prejudicado. Estas classificações devem ser revistas e novamente decretadas de cinco em cinco annos, que tal é o periodo prescripto no art. 380.° para a alteração da natureza das correntes d'agua. A pratica tem mostrado que a iniciativa destes trabalhos, deixada ás auctoridades administrativas e aos proprietarios, não tem dado resultado; toda a conveniencia aconselha que as classificações sejam feitas pelos engenheiros do estado, cujos conhecimentos, actividade e independencia dão a maior garantia da boa execução, embora depois se acceitem todas as observações prévias.» (*Relat.* cit., obr. cit., pag. 874). O engenheiro José Maria de Mello e Mattos publicou uma serie de artigos sobre hydraulica agricola nas suas relações com o direito civil. *Instituto,* voll. XXXVIII, pagg. 502-511; XXXIX, pagg. 226-231, 384-396; (Artigo *Algumas observações acerca dos §§ 3.° e 4.° do art. 380.° e outros artigos do codigo civil portuguez*).

[2] Como preliminares da renovação da jurisprudencia hydraulica devem citar-se a *Lei de 1 de julho de 1867, Decreto de 26 de dezembro de 1867* e *Lei de 6 de março de 1884* (*Relat.* cit., obr. cit., pag. 872 e seg.).

Decreto n.° 8 de 1 de dezembro de 1892:

Art. 7.° Pelas direcções das circumscripções proceder-se-ha em seguida á publicação d'esta lei, em cada uma das bacias hydrographicas, á sua classificação e demarcação, designando-se separadamente:

1.° Quaes os lagos, lagôas, vallas, canaes, esteiros e correntes de agua,

Pelos principios universalmente reconhecidos em direito internacional reputavam-se parte integrante do territorio d'uma nação

---

ou parte d'elles que devem ser considerados navegaveis ou fluctuaveis, e como tal publicos nos termos da legislação civil e d'este decreto;

2.º Qual a largura que deverão ter as fachas de terreno destinadas a constituir as margens d'essas correntes, esteiros, canaes, vallas, lagos ou lagôas.

Art. 8.º Logo que esteja concluida a demarcação e classificação de qualquer bacia hydrographica ou secção em que tenha sido dividida, serão os interessados chamados a examinar a referida classificação e a apresentar as suas reclamações pelo modo e nos prazos indicados no regulamento que faz parte d'este decreto.

§ unico. Findo o prazo marcado no paragrapho antecedente, tenha ou não havido reclamação, todo o processo subirá ao governo pelo ministerio das obras publicas, commercio e industria, com a devida informação do engenheiro director da respectiva circumscripção hydraulica.

Art. 9.º O governo pelo ministerio das obras publicas, commercio e industria, ouvido o conselho superior de obras publicas e minas, e apreciando as reclamações apresentadas, determinará qual a definitiva classificação e demarcação que se deve adoptar. Esta resolução assim como a demarcação e classificação approvadas serão publicadas no *Diario do Governo*.

§ 1.º Os lagos, lagôas, vallas, canaes, esteiros e correntes de agua, ou a parte d'elles que não fôr classificada navegavel ou fluctuavel, serão considerados communs ou particulares, conforme n'elles se verificarem as condições dos artigos 2.º ou 3.º

§ 2.º Emquanto não estiver feita, ou approvada, nos termos d'este decreto, a nova classificação definitiva, os differentes lagos, lagôas, vallas, canaes, esteiros e correntes de agua terão a classificação de que gosavam na data da publicação d'este decreto.

Art. 10.º Concluida e approvada a classificação de que trata o artigo 7.º, ou mesmo independente d'aquella classificação e demarcação; quando o governo o ordenar, por motivos de interesse ou beneficio publico; a pedido da maioria dos interessados; ou quando os directores das circumscripções hydraulicas o julgarem conveniente, estes procederão ao estudo, classificação e demarcação da parte das bacias hydrographicas que seja necessario estudar e conhecer para o fim que se tiver em vista, sob os seguintes pontos:

1.º Quaes as vertentes dos lagos, lagôas, vallas, canaes, esteiros ou correntes de agua, quer publicos, quer communs, que para a conservação dos

as aguas do mar adjacentes ás costas na distancia d'um tiro de canhão (art. 380.°, n.° 2.°; Alv. de 4 de maio de 1805), pois que

---

terrenos, ou para melhor regimen das aguas devam ser arborisados simplesmente enrelvados, ou cultivados em sucalcos;

2.° Qual o perimetro que limita o terreno adjacente ás correntes de agua, vallas, canaes, esteiros, pantanos ou lagôas, não navegaveis nem fluctuaveis, cuja conservação e regimen possa interessar os proprietarios confinantes, quer para aproveitamento e esgoto das aguas, quer para a sua colmatagem, quer para a irrigação, executando-se as respectivas obras e occorrendo-se ao seu pagamento nos termos do regulamento que faz parte d'este decreto;

3.° Qual a largura que deverão ter as margens da corrente, valla, canal, esteiro, pantano, lago ou lagôa;

4.° Quaesquer outras designações e esclarecimentos concernentes á boa applicação d'este decreto e regulamento que d'elle faz parte.

§ 1.° Estas classificações e demarcações parciaes servirão de base para se estudarem e projectarem as obras de melhoramento ou conservação que se devem executar, e os terrenos por ellas comprehendidos formarão as zonas das bacias hydrographicas respectivas.

§ 2.° As classificações parciaes a que se refere este artigo serão feitas segundo a fórma e o processo indicado nos artigos 7.°, 8.° e 9.° e segundo o regulamento que faz parte d'este decreto.

Art. 11.° A classificação e demarcação definitivas mandadas adoptar pelo governo, depois de publicadas no *Diario do Governo*, e os trabalhos ou obras que d'ellas resultarem nos termos d'este decreto, e do regulamento que d'elle faz parte, não podem ser embargados, qualquer que seja a razão ou fundamento; ou a sua execução interrompida por sentença ou despacho do poder judicial, accordão ou deliberação dos tribunaes administrativos. Fica, porém, salvo aos interessados o direito á previa indemnização que lhes fôr devida na conformidade das leis de expropriação por utilidade publica.

Art. 12.° O governo, pelo ministerio das obras publicas, commercio e industria, ordenará de cinco em cinco annos a revisão da demarcação e classificação de que trata o artigo 7.°, ou mesmo, antes de findar aquelle prazo, poderá ordenar aquelle serviço quando o julgar conveniente, ou sob proposta dos directores das circumscripções hydraulicas, procedendo-se a essa revisão pelo modo prescripto.

§ 1.° Tres annos depois de feita ou revista qualquer classificação e demarcação, podem quaesquer interessados promover igualmente nova revisão total ou parcial, requerendo-a ao director da respectiva circumscripção hydraulica.

§ 2.° A revisão de qualquer demarcação ou classificação requerida pelo

até ahi podia a nação fazer respeitar a sua soberania; pela legislação vigente reputam-se parte integrante do territorio da nação as aguas do mar adjacentes ás costas até dez kilometros ou duas leguas, ou antes até onde a nação poder fazer respeitar a sua soberania.

Leito ou alveo (§ 3.º) é a porção de superficie, que a corrente cobre, sem trasbordar para o solo naturalmente enxuto.

O leito das aguas salgadas é tambem do dominio publico; este leito abrange toda a superficie que chegam a cobrir as mais altas marés ordinarias (art. 380.º, n.º 2.º). Não se estende, porém, o dominio publico ás superficies dos terrenos particulares, que a agua do mar possa cobrir artificialmente, ou que sejam por ella invadidas mediante qualquer accidente natural. O leito não comprehende egualmente as corôas de areia e mais terrenos descobertos durante a mór parte do tempo. As aguas nem sempre occupam o mesmo espaço; ora invadem as margens, ora se concentram n'uma pequena parte do alveo. Era necessario que a lei dissesse quando a parte occupada pelas aguas se denominava leito ou alveo, afim de se interpretar razoavelmente o n.º 2.º do art. 380.º

Como deveremos entender as margens dos lagos, lagôas, rias, esteiros e mais correntes d'agua dôce navegaveis e fluctuaveis a

---

interessados começará por um inquerito sobre a necessidade e extensão que seja conveniente dar á mesma revisão, devendo proceder-se a esse inquerito administrativamente. Todo o processo informado pelo director da respectiva circumscripção hydraulica será pelo mesmo remettido ao governo, que pelo ministerio das obras publicas, commercio e industria, ordenará se deve ou não proceder-se á revisão, e em que extensão.

Ordenada a revisão será esta levada a effeito segundo a fórma e termos já estabelecidos nos artigos anteriores; devendo dar-se começo aos trabalhos dentro de trinta dias, depois de approvada a revisão requerida.

Vid. *Regulamento* d'este Decreto no *Decreto de 19 de dezembro de 18*[illegible] artt. 1.º-27.º (*Collecção Official de Legislação Portugueza*, anno de 18[illegible] Lisboa, Imprensa Nacional, 1893, pagg. 1191 e seg.; *Diario do Governo* c[illegible] pag. 2773).

que se refere o art. 1.º do Decreto de 1892? Semelhantes margens, incluindo os comoros, mottas, vallados e diques, consistirão em uma faxa de terreno adjacente, junto á linha d'agua, que se conserva ordinariamente enxuta, e é destinada aos serviços hydraulicos da policia ou accessorios da navegação e fluctuação (Dec. cit., art. 4.º); nas vias navegaveis ou fluctuaveis as margens terão geralmente de 3 a 30 metros, e excepcionalmente até 50 metros de largura, a contar da linha que limita o leito ou alveo, conforme a importancia e necessidades da via fluctuavel ou navegavel (n.º 1.º); porém, nas lagôas e correntes d'agua de menor consideração, poderão até ser supprimidas as margens, attendendo ao seu uso, antigos costumes e regimentos, não podendo n'este caso os respectivos proprietarios impedir ou oppôr-se a que, pelo seu terreno junto á corrente d'agua, ou solo enxuto, passem os agentes administrativos ou das direcções hydraulicas, em execução do serviço publico a seu cargo (§ 1.º) [1].

Convém observar que a superficie de terreno constitutivo de qualquer margem deverá conservar-se sempre livre e desembaraçada, não podendo ser cultivada pelo proprietario do terreno, pertencendo de resto ao estado o terreno marginal junto dos lagos, lagôas, canaes, esteiros e correntes d'agua navegaveis ou fluctuaveis (§ 2.º). N'um recto espirito de equidade, os proprietarios legaes dos terrenos junto dos lagos, lagôas, vallas, canaes, esteiros e correntes d'agua, serão posteriormente indemnizados, nos termos das leis de expropriação por utilidade publica, pela expropriação ou servidão imposta pelas disposições do art. 4.º (Dec. cit.) e seus §§ (§ 3.º).

Ja no direito anterior era geralmente recebido o principio de que ao estado e não aos proprietarios confinantes pertenciam as margens dos rios navegaveis e fluctuaveis.

É de facil interpretação o § 4.º Nas correntes não navegaveis nem fluctuaveis formam se mouchões e aterros e não ilhas; no

---

[1] Vid. *Relatorio* do cit. *Decreto de 1892*, na obr. cit., pag. 873.

mar e correntes navegaveis e fluctuaveis podem surgir ilhas ou mouchões e nunca aterros.

Entretanto o § un. do art. 2294.º admitte aterros nas correntes navegaveis e fluctuaveis. *Aterros* consistem na accumulação de materias sêccas em terreno alagado, até que o tornam de todo sêcco. *Mouchões* são o resultado de aterros successivos, produzidos pela corrente, que vão alteando pouco e pouco até ficarem inteiramente livres de serem cobertos d'agua no estado ordinario. As ilhas são formadas por erupção vulcanica ou pela divisão do rio em dois braços, costeando o campo contiguo e transformando-o em ilha ou por a corrente deixar em sêcco um cabeço ou pelo incremento extraordinario do mouchão. *Comoros* são amontoados de terra erguidos artificialmente sobre a superficie natural do solo marginal, que podem estar cobertos de erva, arvores ou arbustos. *Capello* é a cobertura ou capa de terra superior, com o seu accessorio de vegetação [1].

Á categoria das cousas communs pertenciam pelo art. 381.º do codigo: 1) os terrenos baldios, municipaes e parochiaes; 2) as correntes d'agua não navegaveis nem fluctuaveis que, atravessando terrenos municipaes ou parochiaes, vão lançar-se no mar em alguma corrente navegavel ou fluctuavel, os lagos ou lagôas sitos em terrenos municipaes ou parochiaes, e os reservatorios, fontes ou poços construidos á custa dos concelhos ou parochias.

A doutrina d'este artigo era diversamente interpretada, como se deduz do commentario elaborado por Dias Ferreira e das observações do sr. dr. Assis Teixeira [2]. Dever-se-hiam considerar cousas communs as correntes que atravessavam terrenos publicos, as que se dirigiam directamente ao mar?

A interpretação mais geralmente admittida inclinava-se pela solução que julgava exemplificativa a enumeração do art. 381.º [3];

---

[1] Dias Ferreira, obr. cit., pagg. 386 e seg.

[2] Ibid., ibid., pag. 388; Assis Teixeira, obr. cit., pag. 78 e seg.

[3] «A redacção do art. 381.º, n.º 2.º, parece um pouco confusa, visto que

todavia a redacção do artigo inspirava alguma hesitação, que desappareceu com o art. 2.º do Decreto de 1892; além das mencionadas no n.º 1.º do art. 381.º, são cousas communs os canaes, vallas e correntes d'agua não navegaveis, nem fluctuaveis [1], que, atravessando terrenos publicos, municipaes, parochiaes ou predios particulares, vão lançar-se no mar ou em alguma outra corrente d'agua publica ou commum; os lagos, lagôas ou pantanos sitos em terrenos municipaes ou parochiaes; e os reservatorios, fontes e poços construidos á custa dos concelhos ou parochias

Assim ficam resolvidas aquellas duvidas.

Os pastos, mattos, lenhas e outras quaesquer substancias vegetaes, creadas em terrenos municipaes ou parochiaes, pertencem só aos moradores do respectivo concelho ou parochia, e o goso ou communhão n'essas pastagens, quer os predios sejam dos municipios, quer das parochias, quer do estado, é inteiramente regulado pelas leis administrativas (cod. civ., artt. 473.º e 2263.º; Dec. de 6 de agosto de 1892, art. 15.º).

A lei de desamortização de 28 de agosto de 1869 (art. 11.º, § un.) permitte a divisão dos baldios pelos vizinhos, independentemente de praça, depois de marcado devidamente o terreno e a quantia de fôro, se a maioria d'elles assim o requerer. Não dispunha diversamente o Alvará de 27 de novembro de 1804 [2].

---

por ella ficariam fóra da categoria das aguas communs todas as que se lançassem directamente no mar ou em outras correntes não navegaveis, nem fluctuaveis, o que parece contrario a todos os principios e até ás disposições posteriores do mesmo codigo, quando trata das aguas não navegaveis nem fluctuaveis, nas quaes não faz distincção alguma» (*Relat.* cit., obr. cit., pag. 873).

[1] É accentuadissima a tendencia da moderna orientação juridica no sentido de integrar no dominio publico as mesmas correntes não navegaveis nem fluctuaveis. Codigo Italiano (de 1865), art. 427.º; Codigo da Sardenha, art. 420.º; Tommaso Traina, *Le servitú legali sulle acque,* Palermo, 1873, pag. 45; Garcia Goyena, *Concordancias, Motivos y Commentarios del Código Civil Español,* Madrid, 1852, artt. 386.º e 488.º Vid. sr. dr. Assis, obr. cit., n.os 8 e seg., pagg. 49 e seg.

[2] Corrêa Telles, *Digesto Portuguez,* Coimbra, 1835, artt. 1182.º-1194.º,

Como dissemos anteriormente, o Decreto de 1892 eliminou as duvidas emergentes da redacção do n.º 2.º do art. 381.º As correntes não navegaveis nem fluctuaveis são communs, quer atravessem terrenos publicos, municipaes ou parochiaes, quer se dirijam immediatamente ao mar; a natureza das correntes communs consiste principalmente em atravessar outros terrenos além d'aquelle onde nascem e nunca em dirigir-se ao mar por intermedio d'alguma corrente navegavel ou fluctuavel ou atravessar sómente terrenos municipaes e parochiaes, como poderia deduzir-se da interpretação litteral do art. 381.º e seus numeros.

As margens das correntes não navegaveis nem fluctuaveis ou de uso commum têm de 1 a 3 metros de largura, a contar da linha que limita o alveo ou leito, tendo em consideração a sua importancia e usos que tem ou de que forem susceptiveis (Dec. cit., art. 4.º n.º 2.º). O direito ás margens das correntes communs regula-se pelo art. 4.º, n.º 2.º, §§ 1.º–3.º, a que nos referimos anteriormente [1].

A corrente navegavel, que durante cinco annos consecutivos não servir á navegação, passa á categoria de fluctuavel; esta ultima transformar-se-ha em corrente de uso commum, se durante cinco annos consecutivos não servir á fluctuação (§§ 1.º e 2.º).

O leito ou alveo da corrente de uso commum, que atravessa um predio particular, ou n'elle se ajunta ou nasce, fórma parte integrante do mesmo predio (§ 3.º); a propriedade do leito ou alveo de qualquer corrente de uso commum, que passa entre dous ou mais predios é attribuida aos mesmos predios com as limitações e servidões expressas no codigo (§ 4.º); a propriedade do leito ou alveo pertence aos proprietarios marginaes, que podem apenas aproveitar-se do uso das aguas, naturalmente incapazes de serem apropriadas exclusivamente. Por isso, os possuidores das duas margens podiam dentro do seu predio, ou os d'uma e

---

not. *d*) ao art. 1182.º; Coelho da Rocha, obr. cit., § 471; Dias Ferreira, *segunda edição*, pag. 274.

[1] Vid. pagg. 51–52.

d'outra de commum accordo, dar ás aguas a direcção que quizessem, não incommodando os predios superiores com o refluxo correspondente a essa alteração, nem alterando o ponto de sahida (artt. 434.°, 442.°). Actualmente, pelos Decretos de 1 e 19 de dezembro de 1892, não é licito aos proprietarios fazer obras, nem no alveo nem nas margens das correntes, qualquer que seja a natureza d'estas, sem auctorização do ministerio das obras publicas pela circumscripção hydraulica (Dec. de 1 de dezembro de 1892, artt. 13.° e seg.; Dec. de 19 de dezembro de 1892, artt. 28.° e seg.).

Cada predio possue, por virtude da lei, o tracto do alveo, comprehendido entre a linha marginal e a linha media do dicto leito, terminando superior e inferiormente, em relação ao curso da corrente, por duas linhas e cahindo perpendiculares da extremidade da linha marginal do predio sobre a linha media (§ 5.°); como observa o commentador, a linha divisoria das correntes d'agua é a linha media da superficie equidistante de ambas as margens, e não a linha marcada pelo fio da corrente, que póde encostar-se mais a uma do que a outra das margens, com flagrante desegualdade para os proprietarios marginaes [1].

Connexa com a doutrina em questão é a do art. 2293.°, especialmente destinado a resolver a hypothese da propriedade do leito abandonado. Uma corrente desvia-se naturalmente do leito normal e invade novos predios; a quem deve pertencer a propriedade do antigo leito?

Varias soluções têm sido defendidas pelos jurisperitos; é possivel distinguir quatro orientações bem differenciadas.

O sr. dr. Garcia [2] intende que nem o leito abandonado deve ficar pertencendo aos proprietarios marginaes, nem ser dado a titulo de indemnização ao proprietario das terras invadidas pela corrente; mas sim continuar a fazer parte do dominio nacional,

---

[1] Dias Ferreira, *segunda edição*, pag. 276.

[2] Obr. cit., cap. VI, pagg. 225 e seg.

tendo o governo restricta obrigação de indemnizar o proprietario dos terrenos, onde as aguas abriram um novo leito, podendo tirar o montante da indemnização immediatamente do thesouro publico, ou do producto da venda do leito abandonado, feito o prévio exame, ou deixando decorrer o tempo necessario para poder com segurança acreditar-se que a corrente não retomará o seu antigo leito. O *quantum* d'essa indemnização deverá ser avaliado segundo as circumstancias do caso corrente, não perdendo de vista que a invasão das aguas n'um predio particular póde, em alguns casos, ser vantajosa ao proprietario ou dono d'esse predio.

Esta doutrina, se limita o alcance social do acaso e as tentativas capciosas de mudar leitos de certas correntes, altera fundamentalmente o organismo da legislação hydraulica admittida pelo nosso codigo.

Laurent [1], considerando os inconvenientes da legislação romana e jurisprudencia franceza, procurou encontrar uma solução media; a propriedade do leito abandonado pertence aos proprietarios marginaes, que se obrigam a indemnizar os proprietarios prejudicados com a nova direcção da corrente; essa indemnização é cotada pelo valor do prejuizo, que os predios respectivos soffreram (*Avant-Projet,* art. 607.º).

Como é facil verificar, esta solução não é completamente diversa de quaesquer das anteriormente seguidas; combina os principios da accessão e indemnização.

O direito romano admittia a propriedade do *alveus derelictus* como pertença do proprietario marginal em virtude da accessão [2]. Á equidade defendida por Wodon e tantos outros auctores preferia o direito romano o rigorismo inflexivel dos principios juridicos; bem o sentia Gaio na phrase: ***vix est ut id obtineat;*** com

---

[1] *Principes de Droit* cit., vol. VI, n.º 306, pag. 391; *Avant-Projet* cit., tom. III liv. II, pag. 72, art. 607.º

[2] L. 7, § 5.º; L. 30, § 1.º, D. *de adq. rer. dom.;* L. 1, § 7.º, D. *de flumin.;* § 23.º, I. *de rer. divis.;* sr. dr. Assis, obr. cit., pag. 74; Wodon, obr. cit., liv. I tit. I, n.º 17, pagg. 56 e seg.

alguma violencia é que se consegue executar o preceito do direito romano [1].

O codigo italiano (art. 461.º) não se afasta da jurisprudencia romana [2]. Muito razoavel seria esta doutrina se não merecesse alguma consideração o prejuizo soffrido pelos novos proprietarios marginaes.

A jurisprudencia franceza presta inteira homenagem á indemnização devida aos proprietarios dos terrenos para onde derivou a corrente; Pufendorff, Grocio, Dumoulin, Vinnio e Pothier, tentando conciliar o direito estricto com a equidade, prepararam os antecedentes historicos do art. 563.º do codigo de Napoleão [3].

O codigo civil portuguez (art. 2293.º) estabelece que os donos dos predios invadidos adquirirão direito ao terreno, que occupava o alveo antigo, cada um em proporção do terreno perdido pela variação da corrente. Como se deduz da redacção e espirito do artigo, a corrente deve mudar de direcção naturalmente e sem acção do homem [4].

Não offerece difficuldades a interpretação dos §§ 6.º e 7.º combinados com o disposto no mencionado Decreto de 1892.

A proposito da divisão das cousas em publicas communs e particulares referimos ligeiramente a natureza das particulares [5]; o citado Decreto de 1892 procurou especializar as aguas parti-

---

[1] Maynz, *Cours de Droit Romain*, Bruxelles-Paris, 1870, § 187.º

[2] *Codigo Italiano*, art. 461.º «Se un fiume o torrente si forma un nuovo letto, abbandonando l'antico, questo spetta ai proprietari confinanti alle due rive». Vincenzo Cattaneo e Borda, *Il Codice Civile Italiano Annotato*, Torino, 1865, tom. I, pag. 348; Wodon, ibid.

[3] *Codigo de Napoleão*, art. 563.º «Les proprietaires des fonds nouvellement occupés prennent, à titre d'indemnité, l'ancien lit abandonné, chacun dans la proportion du terrain qui lui a été enlevé.» Wodon, obr. cit., ibid.; Demolombe, obr. cit., tom. X, n.ºs 162-171 *bis*; Laurent, obr. cit., ibid.

[4] *Revista de Legislação e Jurisprudencia*, an. VII, n.º 332, pagg. 307 e 309; sr. dr. Assis, obr. cit., pagg. 75 e seg.

[5] Vid. pag. 20.

culares. Antecipando doutrina mais largamente desenvolvida na exegese dos artt. 444.º e seg., referimos a innovação do art. 3.º do Decreto de 1892; são particulares as aguas que nascem n'um predio particular e por elle correm, emquanto não ultrapassam os limites do mesmo predio; ou que, ultrapassando esses limites e correndo por predios particulares, são consumidas antes de se lançarem em alguma outra corrente, publica ou commum.

Se, porém, se lançarem em alguma outra corrente publica ou commum, deixarão de ser particulares apenas passem os limites do predio onde nascem (art. 3.º do cit. Dec.). São egualmente particulares os lagos ou lagôas situados em um só predio particular e por elle exclusivamente cercados, quando não sejam alimentados por alguma corrente de uso publico ou commum (§ un.).

Como dissemos no logar opportuno, o estado, municipio e parochia, considerados como pessoas moraes, são capazes de propriedade particular; a matta de Leiria por exemplo fornece-nos um modelo da propriedade particular do estado, uma pessoa moral. Na mesma categoria se acha a herança jacente nos termos do art. 2006.º; na falta de todos os herdeiros testamentarios ou legitimos (art. 1969.º) succede o estado. O regimen das cousas particulares integra-se no direito civil, pois que podem ser possuidas pelos particulares, estado, municipio, parochia, quaesquer estabelecimentos publicos ou pessoas moraes (art. 516.º).

TITULO III

Da occupação

A parte II do codigo versa sobre a acquisição dos direitos, que, embora uma em si, é diversa nos seus processos de realização; na verdade os direitos adquirem-se por facto e vontade propria, independentemente da cooperação d'outrem (art. 4.º, n.º 2.º), ou por facto e vontade propria e d'outrem conjunctamente (n.º 3.º), ou por mero facto e vontade d'outrem (n.º 4.º), ou por simples

disposição da lei (n.º 5.º) [1]. A acquisição dos direitos por facto e vontade propria, independentemente da cooperação d'outrem (n.º 2.º), realiza-se pela *occupação* (tit. III, artt. 383.º–473.º), *posse* (tit. IV, artt. 474.º–566.º), *trabalho* (tit. V, artt. 567.º–640.º). *Da occupação* — designa-se o tit. III.

CAPITULO I

Disposição geral

Art. 383.º É licito a qualquer apropriar-se, pela occupação, dos animaes e outras cousas, que nunca tiveram dono, ou que foram abandonadas ou perdidas, salvas as declarações e restricções conteúdas nos capitulos seguintes [2].

Na legislação romana [3] e patria, como em todos os povos civilizados, reconhecem-se dous modos de adquirir: um, natural, originario; o outro, derivado [4]. A occupação é um modo natural

---

[1] Vid. pagg. 4 e 5.

[2] Cod. de Napol., artt. 711.º, 712.º; — A.-Proj., art. 736.º (tom. III, pag 215, not. 1); — Cod. Ital., art. 711.º; — Cod. Hesp., art. 610.º; — Cod. das D. Sicil., art. 632.º; — Cod. Austr., art. 381.º; — Cod. Parm., artt. 562.º; — Cod. da Sard., art. 682.º; — Cod. Estens., art. 626.º; — Cod. do Cant. Ticino, art. 290.º

Muitas legislações não tratam especialmente da occupação, limitando-se a reconhecer a propriedade do estado sobre as cousas *nullius*. O codigo dos Paizes-Baixos menciona apenas a occupação sob o nome de *toeeigening*. *Avant-Projet*, ibid.; Dias Ferreira, obr. cit., pag. 392.

[3] Embora nos textos de direito romano não se encontre a terminologia *processos originarios* e *processos derivados* semelhante distincção é de alcance consideravel nas proprias instituições juridicas de Roma. Mainz, obr. cit., § 95.º

[4] Mello Freire, obr. cit., liv. III, tit. III, § 1.º; Corrêa Telles, obr. cit., tom. III, liv. III, artt. 1.º, 80.º; Coelho da Rocha, obr. cit., tom. II, nota ao § 409.º; Demolombe, obr. cit., tom. II, n.ºs 129 e seg.; Laurent, obr. cit., tom. VIII, n.ºs 435–439; Belime, obr. cit., tom. II, liv. II, cap. I, §§ 1.º e seg.; Pacifici-Mazzoni, obr. cit., tom. III, n.º 117, pagg. 183 e seg.; Chironi, *Istituzioni di Diritto Civile Italiano*, Torino, 1888, tom. I, § 129.º, pagg. 207 e

e originario de adquirir, em opposição aos modos derivados; adquirem-se natural e originariamente as cousas que não pertencem a ninguem pelo principio *quod enim nullius est id ratione naturali occupanti conceditur* [1]; por um processo derivado adquirem-se as cousas que tem dono, passando d'uma para outra pessoa a propriedade já estabelecida; na acquisição originaria não se encontra a alienação correlativa como succede na acquisição derivada. A acquisição originaria constituiu um processo antiquissimo e de uso frequente nos povos mais proximos das velhas civilizações [2].

Occupação, diz Coelho da Rocha [3], é o acto pelo qual alguem se apropria das cousas que ou não têm dono, ou cuja apropriação é permittida a qualquer por serem pertenças de bens nacionaes ou municipaes. Não divergia sensivelmente a noção de Mello Freire, que referia a occupação, como processo originario, ás cousas *nullius*, entretanto susceptiveis de ser apropriadas [4]. Corrêa Telles, sem apresentar uma definição doutrinaria, limitou-se a referir o objecto da occupação: «sómente podem ser adquiridas por occupação as cousas, que nunca tiveram dono; e as que seu dono lançou fóra, ou abandonou, com animo de as não querer mais ter por suas [5]».

O nosso codigo completa o pensamento de Corrêa Telles; a occupação póde versar sobre animaes e outras cousas que nunca tiveram dono, ou que fôram abandonadas ou perdidas, salvas as declarações e restricções mencionadas na lei (art. 383.º). Nos artigos subsequentes desenvolve-se este pensamento fundamental;

---

seg.; Proudhon, *Qu'est-ce que la propriété?* Paris, 1849, cap. II, *praec.* § 2.º *De l'occupation, comme fondement de la propriété,* pagg. 39–55.

[1] § 12.º I. *de rer. divis. et adq. ear. dom.;* Mainz, obr. cit., §§ 182.º–185.º, 95.º; Belime, obr. cit., ibid.

[2] Dias Ferreira, obr. cit., pag. 391; J. A. Rogron, *Code Civil Expliqué,* 20.ª ed., Paris, 1885, tom. I, pagg. 560 e seg.

[3] Obr. cit., § 410.º

[4] Mello Freire, obr. cit., ibid., § 2.º

[5] Corrêa Telles, obr. cit., ibid, art. 2.º

é licita a apropriação de animaes bravios que nunca tiveram dono (art. 384.º), ou que havendo-o tido voltaram á liberdade natural tornando-se *nullius* (art. 400.º); é egualmente licita a apropriação dos animaes domesticos, abandonados, perdidos ou extraviados (artt. 404.º e 405.º); cousas inanimadas, moveis abandonadas (art. 411.º), ou perdidas (art. 413.º); thesouros e cousas escondidas (artt. 422.º e 423.º); embarcações e outros objectos naufragados (art. 428.º) e de mais objectos e productos naturaes, communs ou não apropriados (artt. 429.º e seg.).

Da minuciosa analyse d'esta definição legal resultam os dous elementos essenciaes da occupação: *a*) o objecto correlativo que deve ser cousa *nullius*, não fazendo parte da propriedade de pessoa alguma, *b*) necessita de ser apprehendido pelo occupante [1].

A legitimidade da occupação demonstra-se com facilidade; basta attender ás innumeras necessidades organicas e psychologicas, que o homem consegue satisfazer de prompto com o auxilio d'este meio de adquirir. Necessitando de realizar a sua natureza o homem encontra muitas condições de vida individual e social nos dominios da *communidade negativa do genero humano*. A occupação é, pois, de direito natural, porque é a primeira manifestação e o primeiro titulo da propriedade, e todas as razões de interesse social a recommendam, porque, se não pudesse ser allegada como meio de defesa contra as pretensões de terceiro, a sociedade ver-se-hia continuamente perturbada por incessantes contendas, que estabeleceriam o dominio do mais forte [2].

Ao contrario do que acontecia no direito romano, não se exige a intenção expressa de possuir a cousa como propria; de certo a intenção, com pronunciado caracter psychologico, presume-se da simples apprehensão do objecto. A eliminação do elemento intencional marca um progresso notavel na differenciação historica da moral e do direito.

---

[1] Pacifici-Mazzoni, ibid, n.º 118, pagg. 184–186; Chironi, obr. cit., § 135.º, pagg. 217 e seg.

[2] Dias Ferreira, obr. cit., pag. 892; Belime, ibid.; Proudhon, ibid.

A occupação recae sobre as cousas mencionadas nos artt. 384.º–473.º; podemos agrupal-as no seguinte schema:

As cousas quanto á occupação:

- *Animadas* (cap. II, artt. 384.º–410.º):
  - *a*) Animaes bravios que nunca tiveram dono (artt. 384,º–399.º).
  - *b*) Animaes bravios que, tendo adquirido certos habitos de domesticidade pela occupação, recuperaram a liberdade natural (artt. 400.º–403.º).
  - *c*) Animaes domesticos, abandonados, perdidos ou extraviados (artt. 404.º–410.º).
- *Inanimadas* (cap. III, artt. 411.º–428.º).
- *Communs ou não apropriadas* (cap. IV, artt. 429.º–473.º).

CAPITULO II

Da occupação dos animaes

Os antecedentes historicos da doutrina fundamental d'este capitulo encontram-se no direito romano, que veio influenciando todas as legislações ulteriores; os animaes encontravam-se agrupados em tres classes: a) *animalia fera;* b) *mansuefactae bestiae:* c) *animalia mansueta* [1]; a que correspondem os *animaes que nunca*

---

[1] Esta divisão é classica nos dominios do direito romano: a) *animalia fera* (§§ 12.º e 13.º, I. *de rer. divis. et adq. ear. dom.;* L. 3, §§ 1.º e 14.º; L. 5, § 1.º; L. 55, D. *de adq. rer. dom.*); b) *mansuefactae bestiae* (§ 15.º, I. *de rer. divis. et adq. ear. dom.;* L.L. 4, 5, § 55.º, D. *de adq. rer. dom.*); c) *animalia mansueta* (§ 16.º I. *de rer. divis. et adq. ear. dom.;* L.L. 44, 5, § 6.º, D. *de adq. rer. dom.*). Maynz, obr. cit., tom. I, § 170.º, not. 13; § 172.º, not. 7;

tiveram dono (secç. I e II), *os animaes que já tiveram dono, mas voltaram á liberdade natural* (secç. III), e os *animaes domesticos, abandonados, perdidos ou extraviados* (secç. IV).

SECÇÃO I

Da caça [1]

As disposições constantes dos artt. 384.º–394.º, inspiradas na mais efficaz garantia da organização social, têm por fim proteger

---

§ 184.º, not. 3; Waldeck, obr. cit., § 249.º; Laurent, obr. cit., ibid., n.ºs 440 e seg.; Pacifici-Mazzoni, obr. cit., n.º 119, pagg. 186 e seg.; Chironi, obr. cit., § 135.º

[1] Como legislação subsidiaria e complementar das disposições d'esta secç. I (artt. 384.º–394.º), julgamos conveniente referir os textos seguintes:

a) §§ 14.º e 15.º, I. *de rerum divisione.*

b) L.L. 4 e 5, § 5.º, D. *de adquirendo rerum dominio.*

c) *Lei de 1 de julho de 1776:*

Art. 1.º Ordeno que toda a pessoa que entrar em terreno d'outrem contra a vontade dos seus respectivos donos, possa por elles ser presa, sem precederem licenças ou dos mesmos donos ou dos propostos, nos mesmos actos de invasões, em que fôrem achados, convocando para isso os vizinhos mais chegados, ou as pessoas que presenciarem as mesmas invasões.

Art. 3.º Mando que no termo de Lisboa e provincia da Extremadura em nenhum tempo do anno possa caçar pessoa alguma, que não tenha aquelle grau de nobreza civil, que distingue a ordem dos cidadãos dos gremios da plebe; e que todas as pessoas d'ella, que se acharem com armas, armadilhas, laços, ou quaesquer outros instrumentos de caça, dos que se acham declarados nas *Ordenações,* liv. V, tit. LXXX, § 15.º e titt. LXXXVII e LXXXVIII, sejam presas nas cadeias publicas debaixo de chave por tempo de tres mezes, e degradados para a Calseta por tempo de tres annos pela primeira vez, e pela segunda serão condemnados em seis mezes de cadeia e em seis annos de degredo para o reino de Angola, não tendo commettido outro crime, por que lhes deva ser imposta maior pena.

(*Collecção de Legislação Portugueza desde a ultima compilação das Ordenações,* redigida pelo desembargador Antonio Delgado da Silva, legislação de 1775–1790, Lisboa, 1828, pagg. 95–97).

d) *Codigo Penal:*

Art. 254.º Aquelle que caçar nos mezes em que pelas posturas municipaes

as especies (artt. 384.°, n.os 1.°–3.°, 393.°, 394.°), garantir o direito de propriedade (artt. 385.°–389.°, 390.°), e regular o modo

---

ou pelos regulamentos da administração publica fôr prohibido o exercicio da caça, ou que nos mezes que não fôrem defesos caçar por modo prohibido pelas mesmas posturas ou regulamentos, será punido com a prisão de 3 a 30 dias e multa correspondente.

§ unico. Será punido com as mesmas penas, mas só a requerimento do possuidor, aquelle que entrar para caçar em terras muradas ou valladas sem consentimento do mesmo possuidor.

e) *Codigo Administrativo:*

Art. 131.° A receita do concelho é ordinaria ou extraordinaria.

§ 1.° Constituem receita ordinaria:

9.° O producto das multas impostas, durante o tempo em que é vedado o exercicio da caça, aos que a venderem, comprarem, conduzirem ou transportarem...

§ 4.° A caça, durante o tempo a que se refere o n.° 9.° do § 1.°, será apprehendida nas ruas, estradas, caes, estações, mercados, lojas de viveres, casas de comida, hospedarias ou outros logares publicos onde fôr encontrada, exposta á venda ou destinada a consumo, e será entregue aos asylos e casas de beneficencia, havendo-os no concelho, e, não os havendo, será vendida constituindo o seu producto receita municipal.

f) *Portaria de 9 de abril de 1888.*

Tendo em vista a mais efficaz execução, não só do disposto no § 4.° do art. 131.° do codigo administrativo, como das leis e regulamentos que prohibem o exercicio da caça nas epochas n'elles fixadas, determina que os directores de caminhos de ferro explorados por conta do estado expeçam as convenientes ordens aos respectivos chefes de estação, seus subordinados, para apprehenderem a caça que concorra ás respectivas estações durante o tempo em que é defesa, dando-lhes as devidas instrucções para a execução do disposto no referido § 4.° do art. 131.° do citado codigo administrativo.

(*Legislação Complementar do Codigo Civil Portuguez contendo as leis, decretos, resoluções e portarias que completam, interpretam, modificam e revogam as suas disposições,* coordenada pelo lente cathedratico da 6.ª cadeira da faculdade de direito na Universidade de Coimbra, Coimbra, 1891, pag. 272 *Diario do Governo,* n.° 81, de 10 de abril de 1888).

Não encerramos esta nota sem duas observações: 1) é certo que a importancia do direito romano, como subsidio do direito nacional, diminuiu consideravelmente após a publicação da *Lei de 18 de agosto de 1769,* cha-

de apropriação (artt. 388.º–391.º). Isto melhor se verificará á medida que analysarmos os artigos da secção respectiva.

Na materia legislativa sobre caça é necessario attender ás pessoas que podem caçar, logares onde se póde caçar e animaes que podem ser objecto de caça [1].

---

mada *da boa razão*. Essa lei fez restituir ás leis patrias a dignidade e consideração, que até ahi lhe tinham negado, uns pela superstitiosa veneração, que professavam ao direito romano e canonico, outros pela commodidade de recorrer ás opiniões e arestos. Segundo as disposições d'esta lei o direito romano continuou a ser subsidiario; mas unicamente no que fôsse conforme com o direito natural, com o espirito das leis patrias, e com o governo e circumstancias da nação. A publicação do *Codigo Civil Portuguez* em 1867, infligiu com o art. 16.º golpe decisivo na diminuta preponderancia d'esse mesmo direito romano; os casos omissos serão decididos pelos casos analogos prevenidos em outras leis e principios do direito natural, conforme as circumstancias especiaes. Entretanto as instituições juridicas de Roma constituem o fundo da mór parte dos congeneres institutos modernos, que, desligados dos seus precedentes historicos, não serão sufficientemente comprehendidos. 2) A *Portaria de 9 de abril de 1888* não possue um alcance tão generico como parece. Nos termos do art. 391.º o proprietario ou possuidor de certos predios murados ou tapados, de fórma que os animaes não possam sahir e entrar livremente, póde dar-lhes caça por qualquer modo e em qualquer tempo. Portanto, na execução do codigo administrativo (art. 131.º, n.º 9.º, § 4.º) e da *Portaria* citada, deve attender-se ao art. 391.º do codigo civil; se o portador ou vendedor da caça demonstrar que se encontra ao abrigo do art. 391.º do codigo civil, isto é, que a sua caça foi morta em predio proprio murado ou tapado (art. 391.º), não se applicam as disposições do codigo administrativo e portaria; considera-se a caça como parte integrante d'esse predio. Coelho da Rocha, *Ensaio sobre a Historia do Governo e da Legislação em Portugal*, 6.ª ed., Coimbra, 1887, § 254.º, pagg. 192 e seg.; Mello Freire, *Historiae Juris Civilis Lusitani Liber Singularis*, Conimbricae, 1853, cap. XI, § 107.º; sr. dr. Chaves e Castro, *Estudo sobre o Artigo 16.º do Codigo Civil Portuguez*, Coimbra, 1871, pagg. 14 e segg.; Theophilo Braga, *Espirito do Direito Civil Moderno*, 1970, pag. 7.

[1] Dias Ferreira, obr. cit., pag. 393; *segunda edição*, pag. 278. Trabalhos notaveis relativos ao logar e pessoas que podem caçar têm sido publicados principalmente em França; limitamo-nos a citar Jullemier, *Traité des Locations de Chasse*, 3.ª ed., Paris 1887; Charles Boulen, *Le Droit de Chasse et la Propriété du Gibier en France depuis l'origine de la monarchie jusq'a nos*

Art. 384.° É licito a todos, sem distincção de pessoas, dar caça aos animaes bravios, conformando-se com os regulamentos administrativos, que determinam o modo e tempo da caça:

1.° Nos terrenos proprios, cultivados e não cultivados;

2.° Nos terrenos publicos ou concelhios, não cultivados nem murados, ou não exceptuados administrativamente;

3.° Nos terrenos particulares, não cultivados nem murados.

§ unico. A disposição do n.° 1.° comprehende tanto o proprietario, como aquelles que d'elle houverem licença [1].

Da simples leitura d'este artigo e seus numeros resulta a seguinte doutrina: *a*) é permittido a todos, sem distincção de qualidade alguma, exercer a arte venatoria; consideram-se os animaes bravios como pertenças da propriedade e, porisso, é licito a todos caçar, salvo em tempo defeso ou realizando-se alguma das condições mencionadas nos n.os 2.° e 3.°; *b*) esta regra geral é limitada pelas restricções contidas no art. 384.°, numeros respectivos

---

jours, Paris, 1887; *Revue Générale du Droit et de la Jurisprudence en France et à l'Etranger*, Paris, an. XII, 1888, pagg. 370-371, 478-479.

[1] Cod. de Napol., art. 715.°; — A.-Proj., art. 737.°; — Cod. Ital., art. 712.°; — Cod. Hesp., art. 611.°; — Cod. das D. Sicil., art. 635.°; — Cod. Austr., artt. 382.°, 383.°; — Cod. Parm., artt. 563.°, 564.°; — Cod. da Sard., art. 683.°; — Cod. Estens., art. 628.°

A quasi totalidade dos codigos estrangeiros não pretende resolver as innumeras difficuldades relativas á caça, de occorrencia diaria; limitam-se a reconhecer a faculdade de caçar, deixando para os regulamentos a sua legislação especial (Cod. de Napol., art. 715.°; Demolombe, obr. cit., tom. XIII, n.° 22; Laurent, obr. cit., tom. VIII, n.° 439.°; *Avant-Projet*, tom. III, pag. 217; Codigo Italiano, art. 712.°; Borda, obr. cit., tom. II, pag. 533, n.° 3; Pacifici-Mazzoni, obr. cit., tom. III, § 119.°, pag. 187; Chironi, obr. cit., tom. I, § 135.°, pagg. 217, 218). Assim, na França são notaveis as Leis de 3 de maio de 1844 e 28 de julho de 1882; na Hespanha o Real Decreto de 27 de fevereiro de 1880 e o Regulamento de 29 de janeiro de 1885; na Belgica as Leis de 26 de fevereiro de 1846, 29 de março de 1875 e 28 de fevereiro de 1882 (*Avant-Projet*, loc. cit., pag. 217; *Código Civil Español* cit., pag. 192 not. 2. *Loi du 28 juillet 1882*, par Servais, Bruxelles, Bruylant — Christophe et C.ie; *Revue Générale* cit., an. VI, 1883, pagg. 193 e seg.).

e artigos seguintes. Na verdade todos os portuguezes e extrangeiros podem caçar desde que se conformem com os regulamentos administrativos, que determinam o modo e o tempo da caça (art. 384.º). Como dissemos, convém attender simultaneamente aos n.os 2.º e 3.º d'este artigo e mais artigos subsequentes.

Aos regulamentos administrativos e ás posturas municipaes compete determinar as epochas da prohibição da caça em geral, ou só de certa e determinada caça, os preceitos para evitar o prejuizo da creação e o exterminio dos animaes, e o modo da caça no caso de concorrerem ao mesmo sitio diversos caçadores, porque o codigo fixa apenas os direitos do caçador sobre o animal perseguido, e dos donos dos predios onde se persegue a caça, segundo o estado d'esses terrenos, e bem assim as condições de uso de armas de caça por motivo de segurança publica, e as multas pelas violações dos mesmos regulamentos e das provisões contidas na presente secção (art. 394.º) [1].

Podem ser objecto de caça os *animaes bravios* (art. 384.º), assim denominados por opposição a animaes domesticos, que, ou não sahem da habitação, ou vêm n'ella pernoitar, embora saiam, como os pombos, as gallinhas, etc. [2].

É de facil comprehensão a doutrina do n.º 1.º; o proprietario póde caçar dentro do proprio terreno, cultivado e não cultivado; e se o terreno proprio fôr murado ou tapado, nos termos do art. 391.º, nem mesmo se encontra sob o dominio dos regulamentos administrativos, como veremos. De facto o proprietario,

---

[1] Dias Ferreira, obr. cit., pag. 392; *segunda edição*, ibid.; *Revista de Direito Administrativo*, Porto, tom. VII, 1884, pag. 142; Accordão do *Conselho de Districto do Porto* de 12 de março de 1884 (recurso n.º 200). Ás camaras municipaes assiste o direito de fazer posturas para a policia da caça (Cit. *Revista*, loc. cit., pag. 158, n.º 265; *Ordenações*, liv. V, tit. 88.º, pr. §§ 1.º e seg.)

[2] § 15.º I. *de rer. divis.;* L. L. 4 e 5, § 5.º, D. *de adq. rer. dom.;* Demolombe, obr. cit., tom. XIII, n.º 24; Laurent, obr. cit., tom. VIII, n.º 440; Rogron, obr. cit., tom. I, pag. 607; Mello Freire, obr. cit., § 4.º; Corrêa Telles, obr. cit., artt. 4.º-6.º; Coelho da Rocha. obr. cit., § 411.º

em virtude do *jus abutendi* póde inutilizar, com os entretenimentos venatorios, quaesquer novidades agricultadas, sem o poder social ter direito de intervir; sendo certo que a caça, nas condições do art. 391.°, não prejudica os proprietarios ou possuidores dos terrenos limitrophes.

É egualmente licito caçar nos terrenos publicos, concelhios ou parochiaes, não cultivados nem murados, ou não exceptuados administrativamente (n.° 2.°)[1]. O respeito pela propriedade e a ordem social prohibem a caça nos terrenos alheios, publicos, concelhios ou parochiaes, murados ou cultivados: convém observar que não entram n'este n.° 2.°, mas no n.° 3.°, os terrenos dos estabelecimentos de instrucção e de beneficencia e das escholas que não fôrem do estado, os terrenos das misericordias, confrarias, etc., que se reputam particulares.

O Decreto de 19 de dezembro de 1892 prohibiu a caça de qualquer especie e por qualquer fórma, salvo como providencia de policia florestal, nas mattas e terrenos arborizados a cargo das circumscripções hydraulicas (art. 308.°).

A prohibição, implicita no n.° 2.°, comprehenderá a caça nos terrenos vedados por sebes ou vallados, signaes demonstrativos da intenção do dono e direito de propriedade correlativo? Será permittido caçar nos terrenos publicos, municipaes ou parochiaes, vedados por sebes ou vallados? Na solução negativa de semelhante duvida, applicar-se-ha a disposição do art. 254.° do codigo penal e multa correspondente (cod. adm., art. 131.°)?

Quem examinar ligeiramente os n.os 2.° e 3.° do artigo em discussão poderá julgar que tambem é licito caçar nos terrenos mencionados, mesmo quando se encontrarem vedados por sebes ou vallados; poisque a restricção litteral apenas se limita aos terrenos publicos, municipaes e parochiaes, cultivados ou vallados. Não é esta, porém, a verdadeira doutrina pelas seguintes razões: 1) o codigo penal (art. 254.°, § un.), punindo com a mesma pena

---

[1] Mello Freire, obr. cit., nota ao § 4.°; Corrêa Telles, obr. cit., art. 9.°; Coelho da Rocha, obr. cit., § 411.°, n.° 3; Lei de 1 de julho de 1776, art. 1.°

de tres a trinta dias e multa correspondente o individuo que entrar para caçar em terras *muradas* ou *valladas*, equipara a prohibição de caçar em terrenos murados ou vallados; é provavel, portanto, que para todos os effeitos se identifiquem as disposições relativas á prohibição de caçar em terrenos murados ou vallados; 2) se o caçador não póde seguir o animal ferido em que já imprimiu o cunho da sua actividade, desde que elle se tenha recolhido em predio *vallado*, *murado* ou *tapado com sebes*, sem prévia licença do dono (art. 389.°), *a fortiori* não póde entrar n'esses mesmos predios, vallados, murados ou tapados com sebes, para caçar. A palavra *murados* do n.° 2.° deve ser interpretada pelo art. 389.°; comprehende tambem os predios vallados ou tapados com sebes; 3) o proprietario manifesta egualmente o seu direito de propriedade e a intenção de o fazer respeitar mandando construir muros, sebes ou vallados e a lei procura unicamente fazer respeitar o direito de propriedade, quando elle se manifeste por symptomas inequivocos.

Attendendo, porém, ao caracter restrictivo das leis penaes, que não se podem applicar por analogia ou latitude (cod. penal, art. 18.°), não incorre na pena de tres a trinta dias e multa correspondente (cit. cod., art. 254.°, § un.), o caçador que entrar, sem prévia licença do possuidor, em terreno vedado por sebes, porque a interpretação restrictiva da lei penal comprehende apenas os terrenos murados ou vallados (cit. cod., art. cit.). O mesmo não diremos das multas municipaes constantes das posturas respectivas, que impendem por egual sobre o caçador que entrar em terrenos murados, vallados ou vedados com sebes.

Art. 385.° Nos terrenos cultivados, abertos, ou sejam publicos, concelhios ou particulares, estando semeados de cereaes, ou tendo qualquer outra sementeira ou plantação annual, só será licito caçar depois de effectuada a colheita.

Art. 386.° Nos terrenos que se acharem de vinhago ou de outras plantas fructiferas, vivazes, de pequeno porte, só será licito caçar no tempo que mediar desde a colheita dos fructos até ao tempo em que as plantas comecem a

abrolhar. As camaras municipaes assignarão os limites do periodo, em que annualmente a liberdade da caça deve cessar.

Art. 387.° Nos terrenos abertos, plantados de oliveiras ou de outras arvores fructiferas de grande porte, poder-se-á caçar em todo o tempo, excepto n'aquelle que medeia entre o começo da maturação dos fructos e a sua colheita [1].

N'estes artigos attende-se principalmente ao logar onde se exerce a arte venatoria; protegem taes disposições o direito de propriedade e devem considerar-se limites expressos das restrições (n.os 2.° e 3.°) á disposição generica do art. 384.° A prohibição da entrada do caçador em terrenos cultivados, independentemente da licença do possuidor, não é absoluta; nos terrenos cultivados, abertos, ou sejam publicos, concelhios ou particulares, estando semeados de cereaes, ou tendo qualquer outra sementeira ou plantação annual, póde o caçador entrar, depois da colheita (art. 385.°); egualmente póde entrar, desde a colheita dos fructos até ao tempo em que as plantas comecem a abrolhar, nos terrenos que se acharem de vinhago ou d'outras plantas fructiferas, vivazes, de pequeno porte (art. 386.°); por ultimo, nos terrenos abertos, plantados de oliveiras ou de outras arvores fructiferas de grande porte é permittido caçar em todo o tempo, excepto no periodo que vai desde o começo da maturação dos fructos até á sua colheita (art. 387.°).

Convém attender a que as disposições dos artt. 385.°–387.° estão sujeitas á lei administrativa; e isto é importante, porque, se o mez da colheita na hypothese do art. 385.° coincidir com o tempo defêso, não é licito caçar, apezar do disposto no mencionado artigo. O tempo e as epochas proprias para a caça nos terrenos abertos estão sujeitos ás regras prescriptas nos presentes artigos, e aos regulamentos, que devem ser formulados em har-

[1] A doutrina dos restantes artigos d'esta secção é geralmente confiada pelos legisladores extrangeiros aos regulamentos administrativos.

monia com as circumstancias especiaes da localidade e com os usos das terras.

Como é visivel, a diversidade de periodos em que se permitte a faculdade de caçar, determinada pelas condições variadas dos terrenos respectivos, visa á garantia da propriedade com todos os seus fructos e ao reconhecimento do direito, que assiste ao caçador, de converter em utilidades reaes a arte venatoria compativel com a propriedade integra dos seus concidadãos.

Nos terrenos plantados de arvores fructiferas de pequeno porte, como videiras, etc., não é licito caçar senão desde a colheita dos fructos até que as plantas comecem a abrolhar, para evitar prejuizo no desenvolvimento dos fructos com o transito dos caçadores e dos cães, e nos plantados d'arvores de grande porte, como cerejeiras, figueiras, etc., que não são prejudicados no desenvolvimento dos fructos pelo transito, só é prohibida a caça desde o começo da maturação dos fructos até á colheita, para evitar que o caçador se aproveite tanto dos que estão nas arvores, como dos que cahem no chão.

Nem no projecto primitivo, nem nas edições da commissão revisora de 1863 e 1864 vinha consignada a excepção do art. 387.°; mas a commissão revisora, em sessão de 2 de novembro de 1864, approvou o artigo, *resalvando a ideia de se vedar a caça, quando o azeite está maduro,* e em harmonia com essa resolução apparece assim redigido o artigo na edição de 1865 [1].

Os regulamentos administrativos não devem contrariar a doutrina constante dos artigos respectivos no codigo civil; é, por exemplo, merecedor de censura o *Regulamento da caça para o districto de Coimbra,* approvado pela Junta Geral (sessão de 28 de abril de 1892) e confirmado pelo Ministerio do Reino (officio de 10 de maio de 1892), por ter contrariado o art. 387.° do codigo com a disposição expressa do art. 9.° «Nos terrenos abertos,

---

1 Dias Ferreira, obr. cit., pagg. 395–396; *segunda edição,* pagg. 280–281; *Actas* cit., pag. 524 (sessão de 2 novembro de 1864, a proposito do art. 394.°).

plantados d'arvores fructiferas de grande porte com regularidade de pomar, poder-se-ha caçar, em todo o tempo, excepto n'aquelle que medeia entre o começo da maturação dos fructos e a sua colheita (*Reg.* cit., art. 9.º)»; ora, o art. 387.º permitte caçar nos terrenos abertos, plantados de oliveiras ou de outras arvores fructiferas de grande porte, tenham ou não a regularidade de pomar. Portanto, o regulamento mencionado feriu a doutrina do art. 387.º, sem se limitar a regulal-a, como exige a natureza do regulamento.

Ainda a proposito d'estes artigos costumam os jurisconsultos antigos e modernos averiguar a quem pertence a caça morta por um caçador em terrenos defêsos á arte venatoria; ao proprietario d'esses terrenos? ao caçador?

Cujacio [1] sustentava que a propriedade d'esses animaes pertencia ao proprietario; mas, a solução contraria é mais geralmente admittida e entrevê-se nas Institutas [2]; escuda-se nas auctoridades de Vinnio [3], Pothier [4], Demolombe [5], e tantos outros jurisperitos [6].

Na verdade, em presença da nossa legislação administrativa, a caça morta em semelhante hypothese poderá pertencer ás casas de beneficencia, camaras municipaes (cod. adm., art. 131.º), ao caçador ou ao proprietario. O codigo administrativo, estipulando a penalidade imposta aos que caçarem em *tempo defêso*, determina que a caça seja apprehendida e entregue a casas de beneficencia ou, depois de vendida, constitua receita municipal (art. 131.º). Mas, nada tem com a nossa hypothese, relativa á caça em *terreno*

---

[1] Jacobi Cujacii, *Opera Omnia*, Lugduni, MDCVI, tom. I, § XII, pag. 63.

[2] «Feræ igitur bestiae, et volucres... et [omnia] animalia, quae... coelo et terra nascuntur: simulatque ab aliquo capta fuerint, jure gentium statim illius esse incipiunt...» § 12.º I. *de rer. divis. et adq. ear. domin.*

[3] Arnoldi Vinnii J. C. *In quatuor libros Institutionum Imperialium Commentarius*, Venetiis, MDCCXXXVI, lib. II, tit. I, ad § 12.º, com. n.º 3, pag. 165.

[4] Pothier, obr. cit., tom. V, *Traité des personnes et des choses*, part. I, cap. I, art. 2.º, § 1.º, n.º 24.º, pag. 216.

[5] Demolombe, obr. cit., tom. XIII, n.º 23.

[6] Duranton, obr. cit., tom. II, n.º 1090, pagg. 324 e seg.; Laurent, obr. cit., tom. VIII, n.ºs 443 e 444, pagg. 529 e seg.

defêso, a disposição do codigo administrativo sobre a caça em *tempo defêso* (cit. art.) [1]. Semelhante caça deve pertencer ao proprietario ou ao caçador. Entretanto, se attendermos a que a prohibição feita pelo proprietario de caçar no seu terreno e a que as proprias condições de apropriação n'este caso especialissimo não alteram a natureza do animal bravio, *res nullius*, como já dizia o antigo aphorismo de Vinnio: *prohibitio ista conditionem animalis mutare non potest* [2], não tergiversamos em concluir que a caça morta pertence ao caçador respectivo, que se limitará a indemnizar o proprietario dos prejuizos causados e ao pagamento da multa correspondente.

> Art. 388.º O caçador apropria-se do animal pelo facto da apprehensão, mas adquire direito no animal que ferir, emquanto fôr em seu seguimento, salvo o disposto no artigo seguinte.
>
> § unico. Considera-se apprehendido o animal que é morto pelo caçador, emquanto dura o acto venatorio, ou que é retido nas suas artes de caça.
>
> Art. 389.º Se o animal ferido se recolher em predio vallado, murado ou tapado com sebes, não poderá o caçador seguil-o dentro do dito predio sem licença do dono. Mas, se o animal ahi cahir morto, poderá o caçador exigir que o dono do predio ou quem o representar, estando presente, lh'o entregue ou lhe permitta que o vá buscar, mas sem nenhum sequito.

A apprehensão a que se refere o artigo 388.º realiza-se de dous modos: por morte do animal durante o acto venatorio e pela sua retenção nas redes do caçador (§ un. do art. 388.º). Embora seja necessaria a apprehensão para o caçador se apropriar do animal, basta o simples ferimento para lhe conferir direito ao animal ferido, emquanto fôr em sua perseguição. Ninguem se

---

[1] Demolombe argumenta do mesmo modo a proposito da Lei de 3 de maio de 1844 (art. 11.º, n.º 2.º). Obr. cit., n.º 23.

[2] Obr. cit., ibid.

póde intrometter na caçada durante o acto persecutorio, pois que prejudicaria o direito de occupação prevenido pelo ferimento e perseguição subsequente. Porém, o animal ferido abandonado pertencerá a qualquer primeiro occupante; presume-se abandonado pelo caçador que deixou de o perseguir a fim de completar a occupação. Só morrendo depois de acabado o acto venatorio, diz o sr. Dias Ferreira [1], pertence o animal ferido ao primeiro occupante, e não ao caçador que, pelo facto de ter abandonado a caça antes de matar o animal que ferira, renunciou ao direito de o occupar, ou antes não chegou a adquiril-o definitivamente, por não ter concluido o acto da perseguição, salvo tendo o animal cahido em rede armada pelo caçador, que lhe pertence n'este caso pelo direito de occupação, manifestado no facto da armação da rede.

Se o caçador, intromettendo-se n'uma caçada, matar o animal ferido e perseguido por outro, pertencerá entretanto a caça ao primeiro caçador, pois que, embora não se houvesse ainda realizado a apprehensão, o simples ferimento e perseguição representam um principio de occupação, um cunho da personalidade adquirente do caçador [2].

Não se exerce incondicionalmente o direito de perseguir o animal ferido; ás vezes é contrariado pelo direito de propriedade. Se o animal ferido se recolher em predio vallado, murado ou tapado com sebes [3], não poderá o caçador seguil-o dentro do dito

---

[1] Dias Ferreira, *segunda edição,* pagg. 281 e seg.

[2] «Aquelle que feriu animal bravo ou ave, não póde ser impedido por outro de o perseguir; e, emquanto vai em seu seguimento, qualquer outro que o apprehenda lh'o deve entregar». Corrêa Telles, *Digesto* cit., art. 6.º

[3] O projecto primitivo estabelecia, para o caso de ser simplesmente vallado ou tapado com sebes o predio, ainda que cultivado, que, se o animal ahi se recolhesse ou cahisse morto, podia o caçador penetrar no predio, mas sem nenhum outro sequito, para haver ou expulsar o animal, comtanto que, estando presente o dono do predio, ou algum seu representante, lhe declarasse préviamente a sua intenção. Porém, a commissão revisora equiparou para este effeito o predio vallado ou tapado com sebes, ao predio murado

predio sem licença do dono; mas, se o animal ahi cahir morto, poderá o caçador exigir, que o dono do predio ou quem o representar, estando presente, lh'o entregue, ou lhe permitta que o vá buscar, mas sem nenhum sequito (art. 389.°).

Mereceu ao legislador maior consideração o direito do proprietario realizado em toda a sua plenitude, do que o simples inicio da occupação como preliminar da propriedade. Porisso, prohibiu a entrada n'esses predios particulares vallados, murados ou tapados com sebes, para caçar (art. 384.°, n.° 3.°) ou perseguir o animal ferido (art. 389.°), sem prévio consentimento do dono. O que invadir a propriedade particular caçando ou perseguindo o animal ferido, sem consentimento prévio, incorre na responsabilidade por perdas e damnos (art. 390.°) e na pena de tres a trinta dias de prisão e multa correspondente (cod. pen., art. 254.°, § un.), salvas as disposições dos regulamentos.

Realiza-se a occupação com a morte do animal; porisso assiste ao caçador o direito de exigir que o dono do predio ou quem o representar, caseiro, feitor, etc., estando presente, lh'o entregue, ou lhe permitta que o vá buscar, mas sem nenhum sequito. N'estes termos harmonizam-se dous direitos que a lei civil devia reconhecer e garantir: o direito do caçador e o do proprietario. Qualquer doutrina contraria offenderia direitos adquiridos ou permittiria a locupletação em prejuizo alheio. Na hypothese do dono presente se recusar a entregar o animal que cahiu morto no predio, ou a permittir ao caçador a entrada no terreno para o ir buscar, é responsavel pelo valor do animal [1].

Applicar-se-ha a doutrina do art. 389.° á hypothese do caçador que persegue o animal ainda não ferido? Será necessaria a prévia licença do dono para o caçador, que persegue o animal não ferido, entrar em terreno particular nas condições do art. 389.°? Certamente, pois que o ferimento a que o codigo se refere representa

---

Projecto cit. de 1859, art. 404.°; Dias Ferreira, obr. cit., pag. 397; *Actas* cit., sessão de 28 de novembro de 1860, pag. 70.

[1] Dias Ferreira, *segunda edição*, pag. 282.

um inicio de occupação mais definido do que a simples perseguição. Se o caçador não póde entrar em terrenos particulares a perseguir animal ferido, sem consentimento prévio (art. 389.º), *a fortiori* necessita d'esse mesmo consentimento quando persegue animal não-ferido.

> Art. 390.º Em todo o caso o caçador é responsavel pelo damno que causar, o qual será pago em dobro, sendo o facto praticado na ausencia do proprietario ou de quem o representar.
>
> § 1.º Sendo mais d'um caçador, serão todos solidariamente responsaveis pelos ditos damnos.
>
> § 2.º O facto da entrada dos cães de caça no predio tapado, independentemente da vontade do caçador, em seguimento de animal que haja penetrado no dito predio, só produz a obrigação de mera reparação dos damnos que causarem.
>
> § 3.º A acção para a reparação do damno prescreve por trinta dias, contados desde aquelle em que o mesmo damno foi commettido.

O caçador é sempre responsavel pelas perdas e damnos que determinar nos terrenos invadidos a que se referem os artt. 388.º e 389.º, ainda mesmo nas condições em que é permittida a caça após a licença prévia. Os prejuizos, causados por incendios ou por qualquer outro motivo, serão pagos no dobro se o dono ou seu representante entrar nos terrenos particulares durante a ausencia do proprietario ou de quem o representar; de certo, se o proprietario estivesse presente poderia exercer o direito de defesa repelindo a força pela força; como compensação duplica-se o valor da indemnização legal (art. 390.º).

Os caçadores são solidariamente responsaveis pelos prejuizos causados, isto é, o dono do predio ou seu representante póde exigir de todos os caçadores ou de qualquer d'elles em particular a totalidade dos prejuizos causados (§ 1.º) [1]; porque muitas vezes

---

[1] Antecipando doutrina que será opportunamente expendida, estabelecemos a distincção fundamental entre as obrigações solidarias e parciae

é quasi impossivel descriminar a responsabilidade individual n'esta ordem de prejuizos. Segundo a doutrina das obrigações solidarias, o caçador obrigado póde recorrer, após o pagamento da divida, contra os co-reus pela sua quota parte (art. 754.°).

A entrada dos cães no predio tapado influidos em perseguição do animal, que o caçador nem sempre póde evitar, apenas o responsabiliza pela reparação civil, responsabilidade que não se aggrava pelo facto de entrarem no predio instigados pelo caçador; porque não prescreve o codigo outra pena para este caso [1]. O caçador não está, pois, sujeito ás multas das posturas, nem á responsabilidade criminal, mas simplesmente á civil; repara os prejuizos causados, mas não se submette a quaesquer penas consideradas como a reparação do damno causado á sociedade na ordem moral (§ 2.° do art. 390.°; 2364.°).

Estas regras não são applicaveis á caça de animaes perigosos, lobos, etc.

A lei marca trinta dias para a prescripção da acção de reparação, já para não sujeitar durante muito tempo o caçador á acção de damno, já para evitar a demora nas liquidações, comquanto praso tão curto impossibilite muitas vezes o proprietario, sobretudo quando ausente, de colligir os elementos precisos, ácerca da natureza e valor do damno e das pessoas que o causaram e presencearam [2]. Os trinta dias d'esta prescripção especial contam-se de dia a dia e não de momento a momento (§ 3.° do art. 390.°; 560.°).

Art. 391.° O proprietario ou possuidor de predios murados ou tapados, de fórma que os animaes não possam

---

do seguinte modo: nas solidarias cada individuo é responsavel pela totalidade da divida, ao passo que semelhante responsabilidade nas parciaes incide apenas sobre a quota parte respectiva. J. M. Barbosa de Magalhães *Das obrigações solidarias em Direito Civil Portuguez*, Coimbra, 1882, pagg. 1 e seg.

[1] Dias Ferreira, *segunda edição*, pag. 282,

[2] Ibid., ibid.

sahir e entrar livremente, póde dar-lhes caça por qualquer modo e em qualquer tempo.

Embora seja licito a todos os individuos, sem distincção de pessoas, dar caça aos animaes bravios conformando-se com os regulamentos administrativos que determinam o *modo* e o *tempo* da caça (art. 384.°), todavia o proprietario ou possuidor de predios murados ou tapados, de fórma que os animaes não possam sahir e entrar livremente, póde dar-lhes caça, *por qualquer modo* e *em qualquer tempo* (art. 391.°). O art. 391.° representa uma excepção ao preceito do art. 384.°: e assim deveria ser, pois que os animaes bravios, existentes dentro de predios murados ou tapados nas condições do art. 391.°, consideram-se pertenças dos mesmos predios, não causando de resto a caça d'elles o minimo prejuizo de terceiro.

Deve attender-se a este art. 391.° na applicação da Portaria de 9 de abril de 1888 e codigo administrativo (art. 131.°, n.° 9.°, § 4.°); se o portador ou vendedor de caça demonstrar que se encontra ao abrigo do art. 391.° do codigo civil, isto é, que a sua caça foi morta em predio proprio, murado ou tapado (art. 391.°), não se applicam as disposições do codigo administrativo e Portaria mencionada; considera-se a caça como parte integrante do mesmo predio [1].

Não acontece o mesmo com a exposição á venda d'esses animaes caçados; a elles não se refere o art. 391.° e a Portaria de 1888, porque o maior numero de vezes seria impossivel fazer e verificar a verdade da demonstração a que allude o art. 391.°

Art. 392.° É permittido aos proprietarios e cultivadores destruir em qualquer tempo, nas suas terras, os animaes bravios, que se tornarem prejudiciaes ás suas sementeiras ou plantações.

§ unico. Egual faculdade têm os proprietarios e culti-

[1] Vid. pag. 79, nota.

vadores, com relação ás aves domesticas, no tempo em que nos campos houver terras semeadas, ou cereaes, ou outros fructos pendentes em que possam causar prejuizo.

Em qualquer tempo é permittido aos proprietarios e cultivadores destruir nas suas terras os animaes bravios, que se tornarem prejudiciaes ás suas sementeiras ou plantações (art. 392.°). A faculdade de caçar, reconhecida no art. 384.°, está subordinada aos regulamentos administrativos que determinam o modo e o tempo da caça; emquanto essa mesma faculdade, na hypothese do art. 392.°, se exerce em todo o tempo, independentemente de quaesquer regulamentos administrativos. A protecção dispensada á agricultura é a razão justificativa do art. 392.°, que amplia o direito de destruir os animaes damninhos prejudiciaes ás sementeiras. Como nota o commentador, o art. 392.°, permittindo a destruição dos animaes bravios nas terras onde elles se tornam prejudiciaes, não é uma repetição do disposto no art. 384.°, porque o direito de caça dos animaes bravios, reconhecido n'este artigo, é subordinado aos regulamentos administrativos, nos termos do art. 394.°, e o art. 392.° permitte a destruição dos animaes bravios em qualquer tempo e sem sujeição a regulamentos alguns [1].

Os mesmos proprietarios e cultivadores possuem a faculdade de destruir as aves domesticas no tempo em que nos campos houver terras semeadas, ou cereaes, ou outros fructos pendentes em que possam causar prejuizo (§ un. do art. 392.°). Embora a faculdade de caçar se refira aos animaes bravios (art. 384.°), o proprietario e o cultivador, como medida policial e no exercicio do seu direito de defesa, podem matar as aves domesticas, como gallinhas, pombos etc., que encontrarem nas suas terras, quando n'ellas se tiver feito a sementeira, ou houver cereaes ou quaesquer fructos, como uvas etc. (art. 392.°). O codigo implicitamente prohibe matar quaesquer outros animaes domesticos, que não sejam aves, como cães, etc. A lei não quiz permittir ao proprietario o

[1] Dias Ferreira, obr. cit., pag. 394.

fazer justiça por suas mãos com relação a animaes de maior consideração e valor. A destruição d'essas aves póde fazer-se em qualquer tempo e de qualquer modo sem sujeição tambem aos regulamentos administrativos, porque semelhante destruição não se regula pelo direito da caça, mas sim pelo direito de defesa da propriedade [1].

Se o proprietario e cultivador podem destruir as aves domesticas no tempo em que nos campos houver terras semeadas, ou cereaes, ou outros fructos pendentes em que possam causar prejuizo (§ un. do art. 392.º), por identidade de razão assiste-lhes o mesmo direito relativamente aos fructos, que possam ser prejudicados por taes aves domesticas [2].

A disposição do art. 392.º, § un., harmoniza-se facilmente com os artt. 481.º e 478.º do codigo penal; o § un. do art. 392.º, diz o commentador Dias Ferreira, nem é prejudicado pelo art. 481.º do codigo penal, que não permittia aos proprietarios ou cultivadores destruir as aves domesticas alheias, que lhes prejudicassem as searas ou sementeiras, porque as penas não abrangem os factos praticados com auctorização legal (cod. penal, art. 44.º, n.º 4.º), nem prejudica o art. 478.º do mesmo codigo, que pune o emprego de substancias venenosas para matar os animaes bravios e as aves domesticas, porque a commissão revisora de certo em homenagem áquelle preceito eliminou as palavras *por qualquer modo*, que no projecto estavam em seguida á palavra *destruir* [3], e porque o emprego de substancias venenosas é punido, não em

---

[1] Dias Ferreira, obr. cit., pag. 394.

[2] O § un. do art. 392.º foi introduzido pela commissão revisora. Acabou com a duvida que á face do codigo penal se suscitava sobre se os proprietarios ou cultivadores podiam destruir as aves domesticas alheias, que lhe prejudicavam as sementeiras ou as searas. *Projecto* cit. de 1859, art. 408.º; codigo civil, art. 392.º e § un.; *Actas* cit., sessão de 28 de novembro de 1860, pag. 70; Dias Ferreira, obr. cit., pag. 394; *segunda edição*, pag. 279.

[3] *Projecto* cit. de 1859, art. 408.º; *Actas* cit., sessão de 28 de novembro de 1860, pag. 70.

attenção aos direitos sobre os animaes, e sim em consideração pela segurança das pessoas, comquanto já se julgasse que o emprego das substancias venenosas só é prohibido e punido fóra das propriedades do agente [1].

E as aves (§ un. do art. 392.º) depois de mortas poderão ser reclamadas pelos donos, ou pertencem ao possuidor do predio, que as matou? O commentador Dias Ferreira, reconhecendo que esta hypothese não se póde integrar na doutrina do art. 383.º relativo á occupação dos animaes que nunca tiveram dono ou que fôram abandonados ou perdidos, inclina-se entretanto pelo direito do possuidor do predio ás aves mortas. As razões justificativas, adduzidas pelo auctor, são as seguintes: 1) o art. 392.º, subordinado á inscripção geral do cap. II *da occupação dos animaes*, regula um modo especial de occupação, que só póde pertencer ao proprietario; 2) o § un. do art. 392.º concede aos proprietarios e cultivadores, relativamente ás aves domesticas, faculdade *identica* á do art. 392.º, que lhes permitte occupar animaes bravios; 3) o art. 392.º e § un. reconhece n'essas mesmas entidades o direito de destruir animaes bravios e aves domesticas, o que equivale a negar qualquer direito do dono sobre as aves mortas; 4) é certo que o art. 383.º, legitimando apenas a occupação dos animaes ou cousas que nunca tiveram dono ou fôram abandonadas ou perdidas, prohibe implicitamente este modo de adquirir quando verse sobre aves domesticas que nem fôram abandonadas, nem perdidas; mas, não se deve esquecer que a disposição geral do art. 383.º deve interpretar-se de harmonia com a restricção: *salvas as declarações e restricções contidas nos capitulos seguintes;* uma d'ellas encontra-se no § un. do art. 392.º

Não concordamos com a solução do sr. Dias Ferreira. Se o art. 392.º está subordinado á epigraphe do cap. II *da occupação dos animaes*, domiña-o tambem a noção geral de occupação (art. 383.º), que só póde versar sobre cousas *nullius;* e as aves do-

[1] Dias Ferreira, *segunda edição*, pag. 279.

mesticas não se encontram n'esta hypothese, pois, por se acharem em terreno alheio, não perdem a sua natureza de cousas *alicujus*. A doutrina criticada apenas é admissivel quando essas aves tiverem sido abandonadas ou perdidas, devendo cumprir-se as formalidades constantes dos artt. 404.º e segg.

É certo que no art. 392.º e seu § equipara-se a faculdade de os proprietarios e cultivadores destruirem ou animaes bravios ou as aves domesticas prejudiciaes ás suas sementeiras. Mas, convém attender á natureza dos animaes bravios e aves domesticas para comprehendermos e resolvermos a difficuldade pendente. Os animaes bravios, apprehendidos n'essas condições pelo proprietario ou cultivador, pertencem-lhe como cousas *nullius;* não succede o mesmo com as aves, que não perderam a natureza de *res alicujus*.

Que importa a lei reconhecer ao proprietario o direito de destruir as aves domesticas prejudiciaes ás sementeiras? Assim deveria ser; o direito de defesa vae ao extremo de destruir as aves domesticas, se essa destruição fôr necessaria para impedir por completo o seu maleficio. Mas, a quem pertencem as aves depois de destruidas, mortas? É uma questão diversa, embora intimamente connexa, logica e chronologicamente posterior.

Nem se argumente a serio com a clausula final do art. 383.º: *salvas as declarações e restricções conteúdas nos capitulos seguintes*. Na verdade os dous elementos essenciaes da occupação ahi mencionados, abandono ou perda das cousas occupadas, podem ser restringidos, mas nunca ampliados, como pretende Dias Ferreira; *salvas as restricções,* diz o final do art. 383.º Ora, a mencionada interpretação do art. 392.º involveria uma extensão, uma ampliação da doutrina exposta no art. 383.º [1].

---

[1] «É permittido ao dono da seara matar as pombas, que n'ella acha a fazer perda; mas nem o dono d'ellas perde o dominio com a morte d'ellas nem deixa de ser obrigado a indemnizar a perda que fizeram». Corrêa Telles *Digesto* cit. art. 13.º «Ainda que o dono da seara possa impunemente matar as pombas ou gallinhas, que n'ella acha fazendo perda, uma vez que não

A propria moral condemna semelhante occupação na presença do direito indiscutivel do dono das aves domesticas; a doutrina do commentador tende a legitimar uma extorsão violenta [1].

Como a seu tempo veremos, a exegese do art. 403.º resolve a questão por completo, confirmando a nossa doutrina [2].

> Art. 393.º É absolutamente defêso destruir nos predios alheios os ninhos, ovos, ou ninhadas de aves de qualquer especie.

A prohibição absoluta de destruir nos predios alheios ninhos, ovos ou ninhadas d'aves de qualquer especie é determinada pela necessidade de proteger e conservar as especies animaes, evitando abusos frequentes (art. 393.º). Além de que semelhante prohibição é corollario necessario do art. 2170.º O direito de propriedade é apenas limitado pela natureza das cousas, vontade do proprietario e disposição expressa da lei; e, não sendo reconhecido por qualquer artigo do codigo o direito de destruir ninhos, ovos ou ninhadas de aves de qualquer especie em predios alheios, a plenitude do direito de propriedade, que abrange tambem as partes integrantes, ninhos, etc. existentes no predio respectivo, exige uma prescripção generica semelhante á do art. 393.º, sob pena de se admittirem mais limites do direito de propriedade além dos consignados no codigo, pois que a vontade do proprietario e natureza das cousas corroboram ainda a doutrina mencionada.

A contrario sensu a lei permitte ao proprietario destruir ninhos, ovos ou ninhadas d'aves que encontre nas suas terras, qualquer

---

empregue cevadoiros, nem outro artificio, *comtudo o senhor da ave não perde o dominio d'ella* e fica sempre sujeito ao pagamento da perda.» Coelho da Rocha, obr. cit., § 411.º, n.º 6.º

[1] Dias Ferreira, obr. cit., pag. 394; *segunda edição*, pag. 279. Os argumentos do commentador referidos no texto constam da primeira edição; apenas o argumento 3) subsiste na *segunda edição* como elemento decisivo.

[2] Vid. pagg. 126 e 127.

que seja a especie de aves, gallinhas, patos, perus, etc., porque esses ninhos são considerados pertenças dos predios e pela inexequibilidade da prescripção contraria.

Será egualmente defêso destruir nos terrenos publicos e concelhios (municipaes e parochiaes), ou sómente nos particulares, os ninhos, ovos ou ninhadas de aves? Julgamos que os *predios alheios* (art. 393.º) comprehendem tambem os publicos e communs; a letra da lei considera defêso destruir ninhos, ovos, etc., em predios alheios, que pertençam a alguem exclusivamente; portanto, permitte destruir apenas ao proprietario nos terrenos que lhe pertençam exclusivamente; ora, os terrenos publicos e concelhios, municipaes ou parochiaes, não pertencem exclusivamente a ninguem. Ninguem póde, pois, destruir ninhos, ovos, etc., em terrenos publicos e communs.

Convém recordar a distincção entre a propriedade e uso dos predios publicos e communs; o seu uso pertence a muitos emquanto ninguem possue exclusivamente a propriedade respectiva. Na questão pendente deve attender-se á propriedade, pois que ninhos, ovos e ninhadadas de aves são pertenças da propriedade.

A este proposito convém notar o citado *Regulamento da caça para o districto de Coimbra* [1] que dispõe assim no art. 14.º: — «É absolutamente defêso destruir nos predios alheios e nos seus proprios que não estejam nas condições dos do art. 5.º, os ninhos de perdizes, codornizes, lebres e luras de coelhos; e bem assim prejudicar de qualquer modo as ninhadas d'estas especies de caça». O art. 5.º diz: «O proprietario ou possuidor de predios inteiramente murados ou tapados, de fórma que os animaes não possam sahir e entrar livremente, póde dar-lhes caça por qualquer modo e em qualquer tempo, não ficando porisso sujeito aos preceitos dos artigos anteriores». Os artt. 14.º e 15.º do Regulamento correspondem respectivamente aos artt. 393.º e 391.º do codigo civil. No Regulamento ha uma innovação; do art. 393.º deduz-se

---

[1] Vid. pag. 82.

a contrario sensu que os proprietarios podem destruir ovos, ninhos, etc. nos seus predios, quer estejam ou não nas condições do art. 391.°; o Regulamento (art. 14.°) permitte ao proprietario destruir esses ninhos nos predios respectivos, que se encontrarem nas condições do art. 5.° (cod. civ., art. 391.°), isto é, inteiramente murados ou tapados, de fórma que os animaes não possam sahir ou entrar livremente.

Censuramos o procedimento da Junta Geral pelas considerações seguintes: 1) taes ninhos são pertenças da propriedade que o Regulamento não podia ferir; 2) a doutrina do art. 393.°, restringida pelo art. 14.° do Regulamento, é um corollario do direito de defesa mencionado no art. 392.°; 3) o citado art. 2170.° protesta contra a restricção, que não é determinada pela natureza do objecto, vontade do proprietario ou quesquer artigos do codigo civil, superior ao Regulamento; 4) demais a doutrina do Regulamento é vexatoria para o proprietario e inexequivel; é ominoso o proprietario não ser senhor das pertenças do seu predio. O mesmo proprietario não deixaria de impedir as diligencias do fiscal da lei, prohibindo a violação do seu direito de propriedade, garantido pelo art. 2170.° Concluindo: o Regulamento exorbitou.

> Art. 394.° As leis e regulamentos administrativos, além dos municipaes, designarão o tempo em que a caça ou certa caça deve ser prohibida absolutamente, ou por certos modos, bem como as multas que devem ser impostas, quer por contravenção ás ditas leis e regulamentos, quer por violação dos direitos declarados n'este titulo.

No intuito de mais efficazmente proteger as especies animaes e fructos, que variam consideravelmente de logar para logar, muito avisadamento deixou o legislador ás leis e regulamentos administrativos o cuidado de designar o tempo em que a caça ou certa caça deve ser prohibida absolutamente, ou por certos modos, bem como as multas que devem ser impostas, quer por contravenção ás ditas leis e regulamentos, quer por violação dos direitos declarados n'este titulo.

••

Como observamos anteriormente, os codigos extrangeiros limitam-se a reconhecer o direito da caça.

SECÇÃO II

Da pesca [1]

As disposições consignadas n'esta secção II (artt. 395.º–399.º) visam principalmente á conservação das especies, garantia do

[1] Para comprehendermos algumas disposições d'esta secção julgamos conveniente referir a legislação antiga e moderna sobre o mesmo assumpto.

A legislação antiga mais importante reduz-se aos seguintes diplomas:

1) *Ordenações do Reino,* liv. v, tit. LXXXVIII, § 6.º «E defendemos, que pessoa alguma não pesque em rios, nem em lagôas de agua dôce com rede, covãos, nassas, tezões, nem por outro algum modo, nos mezes de março, abril e maio; sómente poder-se-ha pescar á canna com anzol. E entender-se-ha agua dôce nos rios, onde não houver maré, e nos em que a houver, onde ella não chegar. Nem se poderá outrosim pescar nos ditos rios e lagôas, ainda que seja fóra dos ditos tres mezes, com redes de malha mais estreita da que fôr limitada pela camara, nem com rede varredoura, lençoes, trasmalhos, nem galritos dobrados, postoque sejam feitos pela bitola das camaras, nem pessoa alguma os tenha em sua casa, nem fóra d'ella. E mandamos que os officiaes do concelho ordenem em camara a largura da malha de que devem ser as ditas redes para que, quando pescarem fóra dos ditos tres mezes da creação, não possam tomar peixe miudo; do que se fará assento nos livros da camara, e pela bitola, que assim ordenarem, que na camara estará, se farão as ditas redes». § 7.º «E pessoa alguma não lance nos rios e lagôas, em qualquer tempo do anno (postoque seja fóra dos ditos tres mezes da creação) trovisco, barbasco, coca, cal, nem outro algum material, com que se o peixe mata».

2) *Decreto de 2 de setembro de 1775.* Contra a liberdade natural e utilidade publica, que resulta da extensão e augmento das pescarias, tinha-se introduzido na villa de Setubal o intoleravel abuso de reduzir as mesmas pescarias ao concelho d'ella sómente, prohibindo-se que as lanchas de pesca fôssem vender peixe fóra da villa: privilegiando-se algumas com lucros

direito de propriedade e regulamentação do modo da pesca. São estes os principios informantes dos diversos artigos.

---

e reprovados fins d'aquella geral prohibição, pretextada com o regimento da tabella e com outras disposições notoriamente obrepticias e subrepticias e contrarias á liberdade natural e ao bem commum. O Decreto de 2 de setembro de 1775 ordena a prompta execução da Resolução de 7 de agosto do mesmo anno, pela qual se permittia aos pescadores de Setubal exportar peixe para quaesquer terras, sem limitação ou restricção alguma. Outrosim prohibe aos magistrados, sob pena de suspensão e prisão por seis mezes, tomar conhecimento de qualquer allegação baseada no costume contrario, que retarde ou faça questionavel a execução do citado Decreto.

(*Collecção da Legislação Portugueza desde a ultima compilação das Ordenações; Legislação de 1775-1790,* Lisboa, 1828, pagg. 60-61).

3) *Decreto de 6 de novembro de 1830.* Não subsistindo as razões, que fizeram suspender temporariamente a liberdade de pescar e convindo ao bem geral promover por todos os meios justos este ramo de industria tão util á subsistencia dos povos e necessario ao commercio e navegação, a Regencia ordenou:

Art. 1.º Ficam de hoje em diante abolidos todos os direitos, contribuições, dizimas, gabellas ou imposições, debaixo de qualquer nome, titulo ou pretexto, com que até agora se cobravam, ou exigiam do peixe pescado em barcos ou navios portuguezes, por companhias ou tripulações portuguezas.

Indemniza as pessoas e corporações a quem pertenciam essas contribuições (art. 2.º) e os funccionarios empregados na sua cobrança (artt. 2.º-4.º); extingue tambem o dizimo ecclesiastico do peixe do mar e outros impostos consagrados pelo costume (artt. 5.º-7.º); admitte o livre transporte do peixe nos dominios portuguezes (artt. 8.º e 9.º); regula o contrabando do peixe e organiza a matricula das companhas dos barcos de pescaria (artt. 10.º-18.º); revoga os privilegios (artt. 19.º-21.º).

Art. 24.º As disposições d'este Decreto são applicaveis sómente aos portos, bahias, angras, enseadas e costas do mar, e aos rios na parte sómente aonde chega a agua do mar nas marés vivas do anno.

(*Collecção de Decretos e Regulamentos publicados durante o governo da regencia do reino estabelecida na Terceira,* 2.ª ed., Lisboa, 1836; 1.ª serie, pagg. 56-60).

Muito mais importante é a legislação complementar relativa á doutrina d'esta secção; podemos distribuil-a por tres classes conforme se refere á

Como é de facil observação, o codigo trata apenas da pesca fluvial, ou quando muito costeira, porque se refere sómente ás

---

epocha da pesca, modo de pescar e exercicio da pesca por portuguezes e hespanhoes nas costas maritimas de Portugal e rios limitrophes. Procuraremos synthetisal-a nos seus lineamentos fundamentaes.

I) **Epocha da pesca.**

1) *Decreto de 21 de março de 1872.* Considerando, que o art. 1.º do Decreto de 15 de dezembro de 1868 restringe demasiadamente a epocha em que é livre a pesca das ostras sem vantagem apreciavel para a melhor conservação das ostreiras naturaes e com inconvenientes graves para o respectivo commercio e industria; considerando que a experiencia de largos annos consignada na legislação dos paizes cultos da Europa, e designadamente nos regulamentos de pesca da Inglaterra, França e Hespanha, têm reconhecido como sufficiente protecção ás ostreiras a prohibição da pesca e apanha de ostras durante quatro mezes do anno, maio, junho, julho e agosto; attendendo ao que ácerca d'este assumpto me representaram os concessionarios de ostreiras no Tejo, pedindo que o mez de abril seja incluido no praso em que é livre a colheita das ostras; e attendendo ao parecer da junta consultiva de saude publica; fica revogada a disposição do art. 1.º do Decreto de 15 de dezembro de 1868, na parte em que comprehende o mez de abril no periodo de prohibição para a pesca e apanha das ostras, e reduzido o mencionado periodo a quatro mezes contados de 1 de de maio a 1 de setembro em cada anno.

(*Legislação Complementar* cit., pagg. 148 e 149; *Diario do Governo*, n. 72, de 2 de abril de 1872).

2) *Decreto de 16 de novembro de 1872.*

Art. 1.º São abolidos os impostos que se cobram na provincia de Angola debaixo da denominação de «dizimos dos concelhos, passagens dos rios - dizimos do pescado».

Art. 2.º Desde o dia da publicação d'este Decreto no *Boletim Official* d governo da provincia cessará toda a cobrança dos impostos abolidos, n só em relação ao lançamento do actual exercicio, como dos anteriores, f cando salva a indemnização devida aos arrematantes pelos impostos arr matados.

Art. 3.º É inteiramente livre o exercicio da pesca em todos os rios lagôas da provincia, sem que aos proprietarios dos terrenos confinantes se licito por qualquer fórma impedir a servidão das margens.

Art. 4.º É auctorizada a junta de fazenda publica a fixar a indemniza

aguas publicas e communs e n'estas classes não estão comprehendidas as pescarias no alto mar. O projecto era muito mais

---

de que trata o art. 2.º e a fazer a despeza necessaria para que seja gratuita a passagem dos rios.

Art. 5.º É creado o imposto de 1 por cento *ad valorem* nos generos e mercadorias, que se importem e exportem nas alfandegas de Loanda, Benguella e Mossamedes.

(*Legislação Complementar* cit., pagg. 149 e seg.; *Diario do Governo*, n.º 265, de 22 de novembro de 1872).

3) *Portaria de 9 de agosto de 1882.* Tendo alguns navios extrangeiros vindo á costa de Portugal nos annos proximamente findos carregar lagosta comprada aos pescadores d'este litoral, o que naturalmente chamou a attenção das auctoridades maritimas para o desenvolvimento recente d'esta especie de pescaria, que ainda ha pouco era de somenos importancia, e para o modo nocivo do seu exercicio; e convindo acautelar os abusos que a cubiça insciente dos pescadores commette na pesca d'este crustaceo, procurando colhel-o em todo o tempo e em todo o estado de fecundação, para avolumar os depositos de exportação, com prejuizo manifesto da sua reproducção: ha Sua Majestade El-Rei por bem ordenar, tendo ouvido a commissão de pescarias, que a pesca da lagosta seja prohibida nos mezes de dezembro e janeiro, havidos como temporada do mais activo desovamento do crustaceo.

(*Legislação Complementar* cit., pag. 229; *Diario do Governo*, n.º 180, de 12 de agosto de 1882).

4) *Decreto de 20 de abril de 1893*, artt. 43.º-47.º. Referirnos-hemos mais de espaço á doutrina d'este diploma. (*Diario do Governo* cit., n.º 92, de 25 de abril de 1893, pagg. 1024 e seg.).

II) **Modo de pescar.**

1) *Decreto de 10 de julho de 1884.* Sendo manifestos os inconvenientes que resultam para o exercicio legal da pesca do emprego da dynamite e outras materias explosivas, que a experiencia tem mostrado destruirem aquella industria matando o peixe; e convindo, não só que tal facto fique claramente estabelecido, considerando assim o uso de taes materias como comprehendido na prohibição do art. 255.º do codigo penal, mas tambem que essa prohibição seja extensiva ao emprego de taes materias no exercicio da pesca, que tem logar nos portos e costas banhadas pelo mar territorial, locaes que se não comprehendem na disposição litteral do citado artigo, do que resulta ficarem impunes factos que, pelo menos, têm egual importancia relativamente áquella industria; convindo, outrosim, desde já

acautelado nas suas prescripções, sendo para lamentar que, ao ser convertido em lei, soffresse tão grande mutilação.

---

obviar a alguns obstaculos, que se podem pôr ao exercicio legal da mesma; e competindo ao governo regular este assumpto nos termos do art. 398.º do codigo civil, e art. 489.º do codigo penal — foi approvado o *Regulamento de 10 de julho de 1884*, que dispõe assim:

Art. 1.º É prohibido o emprego de dynamite ou de quaesquer materias explosivas na industria da pesca, e que têm como resultado o matar o peixe.

Art. 2.º Será punido com a pena de prisão de tres até trinta dias, e multa correspondente, nos termos do n.º 3.º do art. 255.º do codigo penal, o que lançar ou fizer uso, nas lagôas ou rios navegaveis em qualquer tempo do anno, de dynamite, ou de quaesquer outras materias explosivas, com que se o peixe mata.

Art. 3.º Será punido com a pena de prisão até um mez e multa até vinte mil réis o que lançar ou fizer uso nos portos, e costas banhadas pelo mar territorial, em qualquer tempo do anno, de trovisco, coca, cal, dynamite ou de quaesquer materias, sejam ou não explosivas, mas com que se o peixe entorpece ou mata.

Art. 4.º Será punido com a pena de prisão até um mez e multa até vinte mil réis o que empregar dynamite ou materias explosivas proximo ás redes ou armações de pesca com o fim de afugentar o peixe; pozer obstaculos dentro ou proximo ás ditas redes ou armações; tirar estas dos logares que lh e fôrem competentemente marcados ou que por qualquer fórma impedir a passagem do peixe, ou causar embaraço ao exercicio da referida industria.

Art. 5.º A competente auctoridade maritima, por si ou seus delegados, levantará os autos respectivos, quando se der qualquer das infracções previstas nos artigos antecedentes, e os enviará ás justiças ordinarias com o rol de testemunhas, a fim de ali se proceder correcionalmente contra os infractores.

Art. 6.º As penas estabelecidas nos precedentes artigos não obstam a qualquer procedimento judicial, que porventura possa ter logar pelos damnos resultantes das referidas infracções.

(*Legislação Complementar* cit., pagg. 230 e seg.; *Diario do Governo*, n.º 162, de 21 de julho de 1884).

2) *Portaria de 4 de abril de 1886.* Esta Portaria regula a execução das leis de 26 de maio de 1862 (art. 5.º) e 10 de abril de 1877 sobre a pesca nacional da baleia (*Legislação Complementar* cit., pagg. 246, 247, 447-449; *Diario do Governo*, n.º 84, de 15 de abril de 1886; *Diario de Lisboa*, n.º 124, de 3 de junho de 1862; *Diario do Governo*, n.º 85, de 17 de abril de 1877).

3) *Portaria de 12 de outubro de 1889.* Attendendo ao que foi representado

Deve attender-se a que a pesca não se applica sómente aos animaes semoventes, que nadam nas aguas dos rios ou do mar;

---

pelo compromisso maritimo de Olhão, e tendo em vista o estipulado no accordo celebrado entre Portugal e Hespanha em 20 de setembro de 1888, determina que seja prohibida a pesca por barcos a vapor com redes de arrastar na zona de 6 milhas de distancia da terra em toda a costa do Algarve.

(*Legislação Complementar* cit., pag. 283; *Diario do Governo*, n.º 232, de 14 de outubro de 1889).

4) *Decreto de 30 de junho de 1891.* Attendendo ao estado anormal em que se acha o exercicio da pesca maritima, o qual, por falta de preceitos regulamentares que sirvam de norma á exploração e fiscalisação de um tão importante ramo de serviço publico, tem dado logar a serios conflictos entre a classe piscatoria; attendendo á urgente necessidade de adoptar providencias, que ponham cobro ás repetidas desintelligencias que se dão entre os nacionaes que exercem a industria da pesca e que por diversas vezes têm ameaçado alterar a ordem publica, e de estabelecer regras certas e definidas pelas quaes se possa exercer uma proficua e rigorosa fiscalização no exercicio d'esta industria, ampliando ao mesmo tempo a competencia das auctoridades maritimas, a quem incumbe superintender n'este importante serviço, a fim de que estes funccionarios possam julgar por si os prejuizos resultantes da maioria das infracções e contendas que frequentemente se dão entre os pescadores, o que só muito restrictamente lhes era permittido pelo regulamento de 1 de agosto de 1884; convindo que as regras que se estabeleçam não tenham caracter definitivo, mas antes possam ser modificadas segundo a pratica aconselhar; o Decreto de 30 de junho de 1891 estatuiu o seguinte:

Art. 1.º É prohibida a pesca nas aguas publicas maritimas de Portugal, com apparelhos de rede de arrastar pelo fundo a reboque de uma ou mais embarcações movidas por qualquer motor.

Art. 2.º Não é permittida a matricula de embarcações, que se destinem á pesca maritima do alto com apparelhos de rede de arrastar pelo fundo a reboque, além das actualmente existentes nos departamentos maritimos do continente.

§ unico. Esta concessão não poderá estender-se além do periodo de dez annos.

Art. 3.º É prohibida a transferencia de matricula d'estas embarcações de uma para outra capitania.

Art. 4.º É prohibida a substituição das embarcações a que se refere o

é tambem applicavel aos adherentes aos rochedos, moluscos, polypos, e ás plantas maritimas; assim, as ostras, algas e sargaço

---

art. 2.º d'este regulamento, quer por novas construcções, quer por outras que se empreguem em outro serviço.

Art. 5.º Aos contraventores do disposto nos artt. 1.º, 2.º, 3.º e 4.º d'este regulamento, serão apprehendidas as embarcações, os apparelhos e a pescaria, havendo-a.

§ 1.º As embarcações e a pescaria serão vendidas em hasta publica, e o producto applicado, em partes eguaes, para o estado e para os apprehensores.

§ 2.º Os apparelhos serão inutilizados.

Art. 6.º Quando a bordo de qualquer embarcação, que não esteja incluida nas disposições do art. 2.º, fôr encontrado um ou mais apparelhos de rede de arrastar pelo fundo a reboque, ou quando se provar que essa embarcação d'elle tenha feito uso, ser-lhe-ha retirada a matricula e a licença pelo tempo de seis mezes.

§ 1.º Quando a embarcação, a que se refere este artigo, não fôr de pesca, pagará de multa duzentos mil réis.

§ 2.º Pela primeira reincidencia serão as penas applicadas em dobro, no triplo pela segunda e assim successivamente.

§ 3.º Em ambos os casos serão apprehendidos a pescaria e os apparelhos, e inutilizados estes.

Determina o processo a seguir quando haja queixa fundamentada perante a auctoridade maritima contra as embarcações a que se refere o art. 2.º, por avaria causada em apparelhos de pesca ou por outros delictos puniveis (artt. 7.º-13.º); previne a reincidencia (art. 14.º); prohibe ás embarcações nacionaes receber no mar, por baldeação, pescaria de embarcações extrangeiras (art. 15.º) e pune os contraventores d'esta disposição (art. 16.º); prescreve os distinctivos das embarcações nacionaes de pesca com rede de arrastar pelo fundo a reboque (art. 17.º), punindo os contraventores d'esta disposição (art. 19.º); impõe aos navios do estado, estações semaphoricas e postos fiscaes a obrigação de registar a hora e posição das embarcações que encontrarem com os distinctivos do art. 17.º (art. 18.º); regula a policia da pesca (art. 21.º), define as attribuições dos funccionarios respectivos (artt. 22.º-31.º) e pune a denuncia calumniosa (art. 31.º).

(*Legislação Complementar* cit., pagg. 451-457; *Diario do Governo*, n.º 17[illegible] de 4 de agosto de 1891).

5) *Decreto de 20 de abril de 1893*, artt. 64.º, 78.º, 32.º e 33.º Referir-nos hemos mais de espaço á doutrina d'este diploma, que remodelou profun[illegible]

são producto da pesca. *Mutatis mutandis* applicam-se á pesca as regras e disposições referentes á caça.

---

mente alguns serviços aquicolas (*Diario do Governo*, n.º 92, de 25 de abril de 1893, pagg. 1024 e seg.).

III) Exercicio da pesca por portuguezes e hespanhoes nas costas maritimas de Portugal e rios limitrophes.

1) *Portaria de 6 de agosto de 1878.* Tendo a industria da pesca nas costas de Portugal e Hespanha, e nos seus rios limitrophes, sido exercido durante largos annos com effectiva reciprocidade entre os dois paizes, e em harmonia com os respectivos regulamentos, usos e costumes locaes; tendo essa reciprocidade sido ultimamente suspensa com o unico fim de pôr cobro aos conflictos occorridos nas pescarias do Algarve, sem que, todavia, os governos de Portugal e Hespanha por fórma alguma tivessem em vista coarctar definitivamente a livre pratica d'uma industria, que tanto affecta os interesses de ambas as nações; sendo graves os prejuizos que d'aquella supensão resultaram para a classe dos pescadores, como se evidencia das representações que têm subido ao conhecimento do governo; havendo cessado completamente as perturbações que motivaram aquella medida, aliás meramente provisoria; existindo sobre este assumpto de si tão importante, perfeito accordo entre o governo portuguez e o de Hespanha, por virtude do estudo a que procederam commissarios dos dois paizes e do convenio provisorio por elles assignado, que será devidamente apresentado á sancção legislativa; por tudo isto, e convindo facultar desde já a continuação d'aquella industria, mediante a absoluta reciprocidade egualmente reconhecida pelo governo hespanhol, esta Portaria regula o exercicio da pesca entre portuguezes e hespanhoes, nas costas maritimas de Portugal e nos seus rios limitrophes. (*Legislação Complementar* cit., pagg. 181-185; *Diario do Governo*, n.º 180, de 13 de agosto de 1878; Conde de Valenças, *Arbitragem Internacional*, Lisboa, 1893, cap. IV, § 2.º pagg. 55-60).

2) *Portaria de 17 de fevereiro de 1880.* Fixa o limite em que se póde exercer a pesca nas zonas maritimas de Faro e Tavira (*Legislação Complementar* cit., pagg. 216 e seg; *Diario do Governo*, n.º 168, de 28 de julho de 1880).

3) *Convenio de 2 de outubro de 1885 entre Portugal e Hespanha.* Regula o exercicio da industria da pesca entre os dois estados (*Legislação Complementar* cit., pagg. 233-241; *Diario do Governo*, n.º 229, de 12 de outubro de 1885).

4) *Decreto de 14 de dezembro de 1885.* Este decreto approva o regula-

Art. 395.º É permittido a todos, sem distincção de pessoas, pescar nas aguas publicas e communs, salvas as restricções postas pelos regulamentos administrativos [1].

Nas aguas publicas e communs todos podem pescar; salvas as restricções impostas pelos regulamentos administrativos, o direito

---

mento da mesma data para o exercicio da industria da pesca nas aguas jurisdiccionaes maritimas de Portugal (*Legislação Complementar* cit., pagg. 242-245; *Diario do Governo*, n.º 296, de 31 de dezembro de 1885).

5) *Decreto de 25 de setembro de 1883.* Este decreto approva o *modus vivendi* entre Portugal e Hespanha sobre o regimen da pesca, emquanto durassem as negociações para a celebração do tratado do commercio, convenio de pesca e regulamento de transito. O *modus vivendi* consta das notas trocadas entre os dous governos a 15 e 20 de setembro de 1888 (*Legislação Complementar* cit., pagg. 274-276; *Diario do Governo*, n.º 222, de 28 de setembro de 1888).

A sancção da doutrina do codigo civil e legislação complementar encontra-se no codigo penal.

Codigo Penal:

Art. 255.º Será punido com as mesmas penas (prisão de tres a trinta dias e multa correspondente):

1.º O que pescar nos mezes defêsos pelas posturas municipaes ou regulamentos de administração;

2.º O que pescar com rede varredoura, ou de malha mais estreita que a que fôr limitada pela camara municipal, ou pescar por qualquer outro modo prohibido pelas mesmas posturas ou regulamentos;

3.º O que lançar nos rios ou lagôas, em qualquer tempo do anno, trovisco, barbasco, coca, cal, ou outro algum material, com que se o peixe mata.

[1] *Decreto de 20 de abril de 1893*, artt. 64.º, 43.º, 32.º-34.º, 47.º-60.º, 35.º-41.º; — Cod. de Napol., art. 715.º; — A.-Proj., art. 737.º; — Cod. Ital., art. 712.º; — Cod. Hesp., art. 611.º; — Cod. das D. Sicil., art. 635.º; — Cod. Austr., artt. 382.º, 383.º; — Cod. Parm., artt. 563.º, 564.º; — Cod. da Sard., art. 683.º; — Cod. Estens., art. 628.º

Como succede a respeito da caça, a quasi totalidade dos codigos extrangeiros não pretende resolver as innumeras difficuldades relativas á pesca, de occorrencia diaria; limitam-se a reconhecer o direito da pesca deixando para os regulamentos a sua legislação especial (cod. de Napol., art. 715.º; Demolombe, obr. cit., tom. XIII, n.º 22; Laurent, obr. cit., tom. VIII, n.º 439; *Avant-Projet*, tom. III, pag. 217; Cod. Ital., art. 712.º; Borda, obr. cit.,

de pescar n'essas aguas pertence a todos os individuos, nacionaes e extrangeiros, da mesma ou diversa circumscripção territorial [1].

Para comprehendermos a doutrina d'este artigo é conveniente antecipar a noção d'aguas publicas, communs e particulares. Aguas publicas são as apropriadas pelo estado e corporações publicas e mantidas debaixo da sua administração, das quaes é licito a todos individual ou collectivamente utilizar-se com as restricções impostas pela lei ou pelos regulamentos administrativos (art. 380.°, n.os 2.° e 3.°; Dec. n.° 8 de 1 de dezembro de 1892, art. 1.°; cod. civ., artt. 431.°–433.°). Aguas communs são as não individualmente apropriadas, das quaes só é permittido tirar proveito, guardados os regulamentos administrativos, aos individuos comprehendidos em certa circumscripção administrativa ou que fazem parte de certa corporação publica (art. 381.°, n.° 2.°; Dec. cit., art. 2.°).

Aguas particulares são aquellas cuja propriedade pertence a pessoas singulares ou collectivas, e de que ninguem póde tirar proveito senão essas pessoas, ou outras com seu consentimento (art. 392.°); são particulares as aguas que nascem em predio particular e por elle correm, emquanto não ultrapassam os limites do mesmo predio, ou que, ultrapassando esses limites e correndo por predios particulares, são consumidas antes de se lançarem em corrente publica ou commum, e os lagos ou lagôas situados em um só predio particular e por elle exclusivamente cercados quando não sejam alimentados por alguma corrente de uso publico ou commum, os lagos e lagôas existentes em terrenos particulares, e as correntes navegaveis e fluctuaveis feitas e mantidas a expensas dos particulares ou para esgoto dos seus terrenos emquanto atravessam os seus predios (art. 382.°; Dec. cit., art. 3.°).

Para o effeito da pesca, porém, são consideradas aguas parti-

---

tom. II, pag. 533, n.° 3; Pacifici-Mazzoni, obr. cit., tom. III, § 119.°, pag. 187; Chironi, obr. cit., tom. I, § 135.°, pagg. 217 e 218.

[1] Mello Freire, obr. cit., liv. III, tit. III, § 4.°; Corrêa Telles, obr. cit., art. 15.°; Coelho da Rocha, obr. cit., § 412.°

culares os canaes de irrigação, albufeiras, estabelecimentos de piscicultura ou piscifactura, viveiros, parques e quaesquer presas ou correntes artificiaes d'aguas, que fôrem possuidas pelo estado, por alguma empreza ou companhia, ou gremio de proprietarios, organizado nos termos do Decreto de 30 de setembro de 1892 ou por particulares (Dec. de 20 de abril de 1893, art. 63.º).

Pela doutrina do artigo pertence a todos, sem distincção de pessoas, o direito de pescar nas aguas publicas como nas communs; é para notar a utilidade publica das aguas communs: ha cousas que apesar da sua natureza commum prestam utilidade publica.

Como advertimos para o effeito da caça, pertence aos regulamentos administrativos e posturas municipaes determinar as epochas da prohibição da pesca em geral, ou só de certa e determinada pesca, os preceitos para evitar o prejuizo da creação e o exterminio dos peixes e o modo da pesca no caso de concorrerem ao mesmo sitio diversos pescadores, porque o codigo fixa apenas o direito de pescar e os direitos dos donos dos predios onde se faz a pescaria, segundo o estado d'esses terrenos [1].

Do confronto entre os artt. 395.º e 397.º resulta que nas aguas publicas e communs todos podem pescar harmonizando-se com os regulamentos administrativos; nas aguas particulares semelhante direito pertence exclusivamente aos donos dos predios que em certas circumstancias o podem exercer independentemente dos regulamentos administrativos (artt, 395.º, 397.º, 399.º).

A proposito da caça consigna o codigo disposição semelhante no art. 384.º

Pela vigente legislação regulamentar é permittido a todos, sem distincção de pessoas e independentemente de licença, a pesca nas aguas publicas interiores do paiz, com a linha fluctuante de mão, excepto nas epochas defêsas (Dec. de 20 de abril de 1893,

---

[1] Dias Ferreira, obr. cit., pag. 392; *segunda edição*, ibid. As camaras municipaes assiste o direito de fazer posturas para a policia da pesca nas aguas concelhias e particulares do art. 398.º (*Rev. de Dir. Adm.*, tom. VII, pag. 159, n.º 266; *Ordenações*, liv. V, tit. LXXXVIII, §§ 6.º-10.º).

art. 64.°), isto é, de 20 de outubro a 31 de janeiro a pesca dos salmões, de 1 de novembro a 15 de fevereiro a pesca das trutas (Dec. cit., artt. 64.°, 43.°, n.os 1.° e 2.°). Considera-se pesca com linha fluctuante de mão a que se effectuar com linha de um ou muitos anzoes amarrada a uma haste qualquer (cit. Dec. art. 64.°, § un., n.° 1.°). É permittido pescar com a linha fluctuante, quer da margem, quer embarcado, comtanto que a linha ou a haste que ella amarre, esteja sempre na mão (cit. Dec., art. 64.°, § un., n.° 2.°); tambem é permittido pescar no fundo, a meia agua, ou á superficie, pondo na linha qualquer pezo, comtanto que o fluctuador suspenda a chumbada, não impedindo que a linha vá á deriva com a corrente (cit. § un., n.° 3.°).

Desde 1 de março a 30 de junho é prohibida a pesca de todas as especies de peixes, á excepção do salmão, truta, savel, lampreia e todos os outros peixes, que vivem alternadamente nas aguas dôces e salgadas (cit. Dec., art. 43.°). Esta prohibição applica-se a todos os meios e systemas de pesca (art. 43.°, § 2.°) [1].

É egualmente prohibida a pesca nos rios, rias, esteiros, canaes, vallas e lagôas, desde o pôr até ao nascer do sol (art. 47.°) [2].

---

[1] A mesma doutrina fundamental encontrava-se no nosso direito antigo. Mello Freire, ibid.; Corrêa Telles, obr. cit., art. 19.°

[2] *Decreto de 20 de abril de 1893.*

Art.° 44.° O governo poderá annualmente, por proposta da commissão central permanente de piscicultura, decretar, pela secretaria de estado dos negocios das obras publicas, commercio e industria, a prohibição excepcional da pesca de todas as especies, durante qualquer das epochas indicadas no artigo antecedente, quando esta prohibição fôr necessaria para o desenvolvimento da especie que se pretende desenvolver.

Art. 45.° Os directores das circumscripções hydraulicas farão affixar editaes nas portas das egrejas parochiaes das freguezias ribeirinhas quinze dias antes de começar a prohibição da pesca, lembrando as datas do começo e do fim d'estes periodos.

Art. 46.° Durante os periodos de prohibição da pesca, a que se referem os artt. 43.° e 44.° d'este regulamento, são prohibidos o transporte e commercio das especies designadas ou comprehendidas nos referidos artigos.

§ unico. Exceptuam-se das disposições d'este artigo os peixes, que pro-

Com o fim de proteger a fauna respectiva, é prohibido collocar, através dos rios, rias, vallas, canaes e esteiros, estacadas, ra-

---

vierem do extrangeiro ou de reservatorios, viveiros, parques e estabelecimentos aquicolas nacionaes, provada que seja esta proveniencia.

Art. 47.º É prohibida a pesca nos rios, rias, esteiros, canaes, vallas e lagôas, desde o pôr até ao nascer do sol.

§ 1.º A pesca da enguia e da lampreia póde ser auctorizada durante a noite pelos directores das circumscripções hydraulicas, observadas as instrucções especiaes que o governo decretar para esta pesca.

§ 2.º A permanencia dentro d'agua das redes e apparelhos de pesca, com as dimensões regulamentares, é permittida tanto de dia como de noite, com tanto que sejam lançados ou levantados desde o nascer até ao pôr do sol.

Art. 48.º É prohibida a pesca, commercio e transporte de peixes de dimensões inferiores ás determinadas nos numeros seguintes d'este artigo:

1.º As lampreias e enguias, 25 centimetros de comprimento;

2.º Todas as especies de peixes conhecidas pelos nomes regulares de trutas, carpas, barbos, bogas, escalos, bordallos, ruivacas ou pardelhas, pampos, lingueirões, tainhas, alvores, limentos, negretes ou negrões, garrantos, ilhalvos, bicudos, saltões, corveos, picões, mugens, solhas, saveis e savelhas ou sabogas, 12 centimetros de comprimento;

3.º As corvinas, salmões e solhos-rei (esturjões), 30 centimetros de comprimento.

§ 1.º O comprimento dos peixes, designados nos n.os 1.º, 2.º e 3.º d'este artigo, será medido desde o olho até á raiz da barbatana caudal.

§ 2.º Os peixes pescados de dimensões inferiores ás determinadas n'este artigo, serão immediatamente deitados vivos para dentro d'agua.

§ 3.º As dimensões definitivas das especies designadas nos n.os 1.º, 2.º e 3.º e outras, serão fixadas pelo governo á medida que a commissão de piscicultura as fôr estudando e propondo.

Art. 49.º Exceptuam-se das disposições do artigo antecedente e seus paragraphos:

1.º Os peixes que são apanhados para deitar em viveiros de engorda d'estas especies, mediante prévia auctorização dos directores das circumscripções hydraulicas e seus agentes;

2.º Os peixes apanhados com a linha de mão fluctuante de pesca;

3.º Os peixes que fôrem destinados para estudos zoologicos, estando o pescador munido d'uma auctorização especial para este fim;

4.º As especies que em instrucções especiaes fôrem permittidas para iscas dos apparelhos de pesca.

Art. 50.º As malhas das redes e os intervallos das nassas de verga, canna

magens, redes ou quaesquer apparelhos ou obstaculos continuos, moveis ou fixos, que possam impedir por completo a derivação

---

ou arame, e outros apparelhos semelhantes, empregados para a pesca nas aguas interiores do paiz, terão as dimensões seguintes:

1.º Para os salmões, corvinas, solhos-rei (esturjões) e saveis, 40 millimetros pelo menos;

2.º Para as especies maiores exceptuando as do n.º 1.º d'este artigo, 27 millimetros pelo menos;

3.º Para as especies menores, taes como: bogardos, morcas, piardas, linguеirões, bulideiras e outras, 10 millimetros pelo menos.

§ 1.º As dimensões designadas nos n.ºs 1.º, 2.º e 3.º d'este artigo, serão tomadas no lado da malha, depois da rede bem molhada, tolerando-se na medição uma differença para menos que não exceda um decimo da determinada nos referidos numeros.

§ 2.º As dimensões determinadas n'este artigo serão fixadas definitivamente pelo governo segundo as indicações da commissão de piscicultura.

Art. 51.º As redes fixas, fluctuantes e derivantes, não poderão exceder em comprimento dois terços da largura dos rios, rias, esteiros, canaes ou vallas em que fôrem lançadas, deixando sempre ficar livre um terço d'aquella largura, na qual se comprehenda o *thalweg*.

§ unico. Quando fôrem lançadas simultaneamente muitas redes, apoiadas sobre a mesma margem, ou em margens oppostas, deverão intervallar-se a uma distancia nunca inferior ao triplo do comprimento de cada rede.

Art. 52.º Quando se empregarem as redes fixas, deverão ser suspensas pelo meio, em cada semana, durante trinta e oito horas, desde o sabbado ás cinco horas da tarde até segunda feira ás sete horas da manhã, em uma extensão equivalente á decima parte do seu comprimento, deixando entre o fundo e a tralha inferior um espaço livre com 50 centimetros, pelo menos, de altura.

Art. 53.º São prohibidas para a pesca, nas aguas interiores do paiz, todas as redes de arrastar pelo fundo.

§ unico. Exceptuam-se, do disposto n'este artigo, a chumbeira ou tarrafa de mão, e a côa, manobradas por um homem.

Art. 54.º São prohibidos para a pesca, nas aguas interiores do paiz, os grandes apparelhos fixos do fundo, conhecidos pelo nome de *botirões fixos* e *armadilhas de tapa-esteiros*.

Art. 55.º É prohibido amarrar redes, nassas, cestos ou outros apparelhos de pesca aos diques, barragens, descarregadores, aqueductos ou portas de agua.

Art. 56.º É prohibido estabelecer dentro d'agua redes ou apparelhos de

e circulação das especies (art. 32.°, n.° 4.°); é egualmente prohibido construir pesqueiras fixas de cantarias, alvenaria, pedras soltas ou de madeira, nas margens ou leitos dos rios, rias, esteiros e lagôas (art. 32.°, n.° 5.°). É expressamente prohibido empregar na pesca substancias explosivas, como arremessar pedras ou corpos pezados, entulhos, lixo e animaes mortos, para dentro das aguas dos rios, rias, esteiros, canaes e lagôas (artt. 33.° e 34.°) [1].

---

grandes dimensões destinados a encaminhar os peixes para espaços d'onde elles não possam mais sahir, ou que os forcem a passar por um canal, esteiro ou valla onde estejam installadas armadilhas.

Art. 57.° É prohibido pescar nas zonas aquaticas, nas quaes o nivel da agua tenha artificialmente sido baixado por motivo de obras ou limpeza.

Art. 58.° É prohibido pescar, em qualquer epocha do anno, nas zonas aquaticas designadas e assignaladas pelas circumscripções hydraulicas para abrigos, desovadeiras e viveiros de reproducção.

Art. 59.° É prohibido pescar com qualquer apparelho, exceptuando a linha de mão fluctuante, dentro das eclusas, descarregadores, aqueductos, comportas ou escadas para os peixes, assim como a uma distancia inferior a 30 metros para o montante ou para jusante d'estas obras.

Art. 60.° Os directores das circumscripções hydraulicas, depois da consulta favoravel da commissão central permanente de piscicultura, poderão permittir a pesca extraordinaria de determinadas especies nocivas á propagação de outras de maior valor.

(*Diario do Governo*, n.° 92, de 25 de abril de 1893, pagg. 1024 e seg.).

[1] *Decreto* citado.

Art. 35.° O estabelecimento de motores hydraulicos nas confluencias dos rios, rias, canaes e esteiros, e nos sitios onde da approximação das margens resulte estreitamento sensivel do curso das aguas só será permittido quando do funccionamento d'esses motores não resulte prejuizo para a circulação das especies.

Art. 36.° É prohibida a extracção de areias, lôdos ou materiaes do leito das aguas sem prévia auctorisação dos directores das circumscripções hydraulicas, a qual sómente será concedida quando d'isso não resulte prejuizo para a conservação dos domicilios, desovadeiras ou comedouros da fauna aquatica.

Art. 37.° É prohibida a navegação nos rios, rias, esteiros e lagôas, nas zonas por onde não haja necessidade de passarem as embarcações e que

Art. 396.º Ninguem póde devassar os terrenos marginaes para o exercicio do seu direito de pesca, senão nos casos em que ahi é permittida a caça, nos termos declarados nos artt. 384.º, 385.º, 386.º e 387.º [1].

No intuito de proteger o direito de propriedade dos proprietarios marginaes, limita este artigo o direito de pescar consignado no artigo anterior; só é permittido devassar os terrenos marginaes para exercer o direito de pesca nos casos em que n'elles é permittida a caça, como preceituam os artt. 384.º–387.º

De conseguinte, todos podem devassar os terrenos publicos ou concelhios para o exercicio da pesca, quando esses terrenos não

---

estejam destinadas para viveiros naturaes, desovadeiras artificiaes ou abrigos das especies.

§ unico. As circumscripções hydraulicas deverão balisar estas zonas segundo as convenções adoptadas pela commissão central permanente de piscicultura.

Art. 38.º É expressamente prohibido o lançar nos rios, rias, esteiros, canaes e lagôas substancias nocivas á vida dos seres que habitam n'estas aguas.

§ unico. Os projectos de esgoto das povoações, fabricas e minas, quando os esgotos tenham de ser despejados em rios, rias, canaes e esteiros, serão submettidos ao exame da commissão central permanente de piscicultura, a fim de conhecer se dos liquidos ou substancias lançadas nas aguas póde resultar inconveniente para a fauna ou flora aquatica.

Art. 40.º É prohibido dragar ou revolver o leito dos rios ou canaes, por meio de varas ou quaesquer instrumentos de exploração que possam alteral-o, prejudicando as suas condições de abrigo e conservação.

§ unico. Exceptuam-se as zonas destinadas a fundeadouro ou varadouro das embarcações fluviaes, e os canaes ou carreiras de navegação interior adoptados para as communicações por via fluvial.

Art. 41.º É prohibida a apanha de plantas aquaticas, nos rios, rias, esteiros, canaes e lagôas, fóra das epochas destinadas para tal fim.

(*Diario* cit., ibid.).

[1] Cod. de Napol., art. 715.º; — A.-Proj., art. 737.º; — Cod. Ital., art. 712.º; — Cod. Hesp., art. 611.º; — Cod. das D. Sicil., art. 635.º; — Cod. Austr., artt. 382.º, 383.º; — Cod. Parm., artt. 563.º, 564.º; — Cod. da Sard., art. 683.º; — Cod. Estens., art. 628.º

sejam cultivados nem murados, nem exceptuados administrativamente (art. 384.º, n.º 2.º); tratando-se de terrenos particulares, não cultivados nem murados, subsiste o mesmo direito (art. 384.º, n.º 3.º). Só é permittido devassar com o mesmo fim os terrenos cultivados, abertos, ou sejam publicos, concelhios ou particulares, e semeados de cereaes ou tendo qualquer outra sementeira ou plantação annual, depois de effectuada a colheita (art. 385.º).

Os terrenos, que se acharem de vinhago ou de outras plantas fructiferas, vivazes, de pequeno porte, só será licito devassal-os, com intuito identico, no periodo que medear desde a colheita dos fructos até ao tempo em que as plantas comecem a abrolhar (art. 386.º). Os terrenos abertos, plantados de oliveiras ou d'outras arvores fructiferas de grande porte podem ser devassados em todo o tempo, excepto n'aquelle que medeia entre o começo da maturação dos fructos e a sua colheita (art. 387.º).

O Decreto de 16 de novembro de 1872 consigna uma excepção á doutrina d'este art. 396.º, pois que declara inteiramente livre o exercicio da pesca em todos os rios e lagôas da provincia de Angola, sem que aos proprietarios dos terrenos confinantes seja licito por qualquer fórma impedir a servidão das margens (Dec. cit., art. 3.º).

N'estes termos, consideramos revogado n'esta provincia o disposto no art. 396.º, como acontece a muitas outras disposições do codigo civil, que não se applicam em algumas das nossas provincias ultramarinas, regidas n'esses casos por lei especial. A analyse do decreto fundamenta a opinião de que os proprietarios marginaes não podem exigir indemnização pelos prejuizos causados durante o exercicio da pesca, porque, estabelecendo ta indemnização para os arrematantes dos dizimos dos concelhos passagens dos rios e dizimos do pescado, nada dispõe sobre o resarcimento dos prejuizos causados aos proprietarios marginae (Dec. cit., artt. 3.º, 4.º, 2.º e 1.º). Nos artt. 2.º e 4.º resalva indemnisação devida aos arrematantes pelos impostos arrematados, extinctos pelo art. 1.º do citado Decreto, esquecendo po completo os proprietarios marginaes.

> Art. 397.º O direito de pesca nas aguas particulares pertence exclusivamente aos donos dos predios onde taes aguas estão ou correm [1].

Como dissemos a proposito do art. 395.º, o direito da pesca nas aguas particulares pertence exclusivamente aos donos dos predios, onde taes aguas estão ou correm. Para o effeito da pesca, as aguas particulares, definidas pelo Decreto de 20 de abril de 1893 (art. 63.º), são as seguintes: canaes de irrigação, albufeiras, estabelecimentos de piscicultura ou piscifactura, viveiros, parques e quaesquer presas ou correntes artificiaes d'aguas, que fôrem possuidas pelo estado, por alguma empresa ou companhia, ou gremio de proprietarios, organizado nos termos do Decreto de 30 de setembro de 1892, ou por particulares.

Sómente a estas aguas particulares deve circumscrever-se o direito de pescar dos proprietarios respectivos (cod. civ., art. 397.º; cit. Dec., art. 63.º). Entretanto, esse direito de pescar está sujeito aos regulamentos administrativos (art. 398.º), a não ser que se realize a hypothese do art. 399.º, isto é, a pescaria exerce-se independentemente d'esses regulamentos nos tanques e viveiros particulares, cujo peixe não possa ter entrada e sahida livre. Introduzindo modificações accidentaes á doutrina do codigo, não dispõe diversamente o citado Decreto; a pesca, diz o § un. do art. 62.º, nas lagôas, tanques, viveiros e parques particulares,

---

[1] *Decreto de 20 de abril de 1893.*

Art. 63.º Serão consideradas aguas particulares, para o effeito do exercicio da pesca, os canaes de irrigação, albufeiras, estabelecimentos de piscicultura ou piscifactura, viveiros, parques e quaesquer presas ou correntes artificiaes d'aguas, que fôrem possuidas pelo estado, por alguma empreza ou companhia, ou gremio de proprietarios, organizado nos termos do decreto de 30 de setembro de 1892, ou por particulares, observadas as disposições d'este regulamento.

(*Diario* cit., ibid.).

«Faz furto aquelle, que apanha os peixes dos tanques, ou viveiros, onde sou dono os tem seguros, e os póde colher quando quizer». Corrêa Telles, ibid., art. 16.º

cujo peixe não possa ter entrada e sahida livre, pertence exclusivamente aos proprietarios de taes lagôas, tanques, viveiros e parques e não é sujeita ás disposições do presente regulamento, observadas as prescripções dos n.os 3.º e 10.º do art. 26.º do mesmo regulamento.

> Art. 398.º A pescaria, em quanto ao modo, tempo e multas correccionaes, será regulada administrativamente no que respeita ás aguas publicas, e, relativamente ás aguas concelhias ou particulares, pelas camaras municipaes.
>
> Art. 399.º A pescaria nos tanques e viveiros particulares, cujo peixe não possa ter entrada e sahida livre, não é sujeita aos regulamentos administrativos ou municipaes [1].

O modo, tempo e multas correccionaes da pescaria é regulado administrativamente no que respeita ás aguas publicas; e, relativamente ás aguas concelhias ou particulares, pelas camaras municipaes (art. 398.º).

Assim deveria acontecer, porque os regulamentos administra-

---

[1] *Decreto de 20 de abril de 1893.*

§ unico (do art. 62.º). A pesca nas lagôas, tanques, viveiros e parques particulares, cujo peixe não possa ter entrada e sahida livre, pertence exclusivamente aos proprietarios de taes lagôas, tanques, viveiros e parques, e não é sujeita ás disposições do presente regulamento, observadas as prescripções dos n.os 3.º e 11.º do art. 26.º do mesmo regulamento.

Art. 26.º Ao inspector dos serviços de exploração das aguas interiores do paiz incumbe:

3.º Superintender sobre todos os estabelecimentos de aquicultura, engorda e estabulação das especies uteis da fauna aquatica, montados por conta do estado nas differentes regiões do paiz, e visitar aquelles que pertençam a emprezas, companhias ou particulares, e que destinem o producto a venda;

10.º Fiscalizar o rigoroso cumprimento das condições em que tenham sido feitas concessões ou contractos entre o governo e companhias, emprezas ou particulares para a exploração piscicola das aguas interiores do paiz ou para a colheita dos vegetaes d'estas aguas.

(*Diario* cit., ibid.).

tivos e posturas municipaes, restringindo o exercicio do direito da pesca nas aguas publicas e communs a certo tempo e processos determinados, não conseguiriam o seu fim, se não abrangessem tambem a pesca nas aguas particulares, em communicação proxima ou remota com aguas publicas ou communs. A coca, espalhada nas correntes particulares e seguindo naturalmente a derivação das aguas, vae matar os peixes das aguas publicas e communs. Não existe, todavia, essa sujeição aos regulamentos administrativos, se as aguas particulares não permittirem a entrada e sahida livre dos peixes (art. 399.º); comprehende-se o fundamento d'esta diversa disposição; garante-se o pleno direito de propriedade do proprietario e o legislador realiza o seu fim: protege as especies nas aguas publicas e communs. Como dissemos anteriormente, o Decreto de 20 de abril de 1893 alterou accidentalmente o art. 399.º do codigo civil.

A proposito da caça estabelece o legislador no art. 391.º uma excepção ao art. 384.º, muito semelhante á consignada n'este art. 399.º relativamente ao art. 398.º sobre a pesca.

A policia da pesca, tanto nos rios, rias, canaes, esteiros, vallas e lagôas navegaveis ou fluctuaveis, a montante da linha que limita a jurisdicção das auctoridades maritimas, como nas aguas não navegaveis, nem fluctuaveis, será exercida na conformidade da doutrina do § 2.º do art. 23.º do Decreto n.º 8 com força de lei, de 1 de dezembro de 1892, e do art. 395.º do codigo civil, pelas direcções das circumscripções hydraulicas e seus agentes, segundo as disposições do regulamento de 19 de dezembro de 1892, sobre serviços hydraulicos, observadas as prescripções do presente regulamento (Dec. cit., art. 62.º).

SECÇÃO III

Da occupação dos animaes bravios, que já tiveram dono

Ao definirmos a area da occupação das cousas animadas dissemos que podia versar sobre animaes bravios, que nunca tiveram

dono (artt. 384.º–399.º), animaes bravios que, tendo adquirido certos habitos de domesticidade pela occupação, recuperaram a liberdade natural (artt. 400.º–403.º) e animaes domesticos, abandonados, perdidos ou extraviados (artt. 404.º–410.º) [1]. Analysamos a occupação dos animaes bravios, que nunca tiveram dono, mediante a caça e a pesca; naturalmente entramos no estudo da occupação dos animaes bravios, que já tiveram dono (artt. 400.º–403.º).

> Art. 400.º É licito a qualquer apropriar-se dos animaes bravios que, tendo tido dono, voltaram á natural liberdade, sem prejuizo do disposto nos artt. 384.º e segg., e das restricções e declarações exaradas na presente secção [2].

Como procedeu relativamente á caça e á pesca, o legislador começa por estabelecer o principio geral da occupação dos animaes bravios que, tendo tido dono, voltaram á liberdade natural; essa occupação póde ser exercida por qualquer individuo. A propriedade dos animaes selvagens mediante a posse, observa Demolombe [3], desapparece immediatamente á não existencia da mesma posse, isto é, sempre que os animaes, por uma especie de *jus post liminii*, reconquistaram, fugindo, a sua liberdade natural e entraram na communidade negativa do genero humano; não acontece o mesmo com as cousas inanimadas e certos animaes, cuja propriedade persiste a mesma apezar da sua fuga [4].

---

[1] Vid. pag. 76

[2] Cod. Ital., art. 713.º; — Cod. Hesp., art. 612.º; — Cod. Austr., art. 384.º; — Cod. da Sard., art. 684.º

[3] Obr. cit., tom. XIII, n.º 26; Duranton, obr. cit., tom. II, n.º 1088.

[4] «Os romanos eram logicos nas consequencias, que deduziam dos principios estabelecidos; mas, nem sempre estabeleciam principios verdadeiros. Assim, admittindo que o *jus naturae* comprehendia todos os animaes *quod natura omnia animalia docuit*, não podiam fugir a conceder-lhes os direitos *naturaes*, embora lhes negassem os civis. Ora, sendo a liberdade de direito natural, não podiam negal-a aos brutos. E, por uma ultima conclusão, se davam força ao direito de occupar os animaes até matal-os, tambem davam aos animaes o direito de recuperar a liberdade perdida, com o que acabava

A faculdade geral, expressa no art. 400.º, é limitada pelos artt. 384.º e segg. e mais disposições d'esta secção; os animaes bravios, que já tiveram dono, consideram-se cousas *nullius* e comprehendem-se na generalidade do art. 384.º

> Art. 401.º Os animaes bravios habituados a certa guarida, ordenada por industria do homem, que se passarem para outra guarida de diverso dono, ficarão pertencendo a este, se não poderem individualmente ser reconhecidos; pois, no caso contrario, póde o antigo dono recuperal-os com tanto que o faça sem prejuizo do outro.
>
> § unico. Provando-se, porém, que os animaes fôram attrahidos por fraude e artificio do dono da guarida a que se hajam acolhido, será este obrigado a entregar ao antigo dono os ditos animaes, ou pagar-lhe em dobro o valor

---

a occupação do antigo dono e tornavam-se susceptiveis d'uma nova occupação. E assim queriam justificar esta doutrina pelo principio do *post liminii;* porisso, sendo a caça uma conquista sobre o estado natural das cousas, esta especie de direito de conquista desapparecia logo que todas estas cousas voltavam ao estado primitivo. Esta razão é pouco satisfatoria, porque é fundada em uma ficção e um direito muito contestavel, qual o da conquista, e oppõe-se á natureza do *jus in re*, que é ser perpetuo e seguir a cousa — *res ubicumque est, sui domini est.*

«Grocio (*De Jure Belli et Pacis*, liv. II, cap. VIII, § 3.º) admitte essas conclusões, mas por outros fundamentos. Os animaes bravios, *ferae*, são essencialmente indomitos, e, porisso, só pelo emprego constante dos nossos esforços é que podemos conserval-os sujeitos, e só emquanto os dominamos; e a propria natureza do dominio, que é por essencia exclusivo, não permitte que elle se dê nos animaes bravios, que fogem ao dono, porque este não póde excluir os outros homens da apprehensão, nem tão pouco verificar a identidade do animal fugido. Os romanos eram mais subtis do que rigorosos n'estas razões, e, sobretudo, d'uma revoltante deshumanidade, dando aos animaes bravios o direito de recobrar a sua natural liberdade fugindo, e negando ao escravo esse direito; pois esse, fugindo, não recuperava a liberdade, mas commettia um furto a seu dono. Concediam-lhe a racionalidade para commetter um crime, e negavam-lh'a para recobrar o seu livre uso: era inferior ao pombo, ao urso ou a qualquer outra alimaria». Bruschy, *Manual do Direito Civil Portuguez* cit., vol. II, liv. II, part. I, cap. III, secç. II, § 219.º)

d'elles, se não poder restituil-os; isto sem prejuizo das penas correccionaes que possam ser applicadas [1].

Este artigo resolve a hypothese em que os animaes bravios, embora não hajam perdido os seus habitos de domesticidade, abandonam a guarida, ordenada por industria do homem, para se recolherem n'outra guarida de diverso dono. Esses animaes ficarão pertencendo ao dono da nova guarida, se não poderem individualmente ser reconhecidos; pois, no caso contrario, póde o antigo dono recuperal-os, comtanto que o faça sem prejuizo do outro.

A disposição especial d'este artigo é uma consequencia dos principios geraes estipulados nos artt. 2290.°, 2299.° e segg., que se harmonizam por completo com a doutrina do art. 401.° A regra de que o accessorio segue o principal, e o principio da accessão applica-se em toda a sua latitude; mas, o codigo exige que semelhante accessão se realize legalmente; não basta que os animaes abandonem a antiga guarida e se recolham a outra para ficarem pertencendo ao dono d'esta; a lei exige: *a*) que essa juncção, determinada pela mudança de guarida, se faça casualmente (art. 2290.°); provando-se que os animaes fôram attrahidos, por fraude e artificio do dono de guarida a que se hajam acolhido, será este obrigado a entregar ao antigo dono os ditos animaes, ou a pagar-lhe em dobro o valor d'elles, se não poder restituil-os; isto sem prejuizo das penas correccionaes que possam ser applicadas (§ un. do art. 401.°) [2]; *b*) os animaes devem con-

---

[1] Cod. de Napol., art. 564.°; — A.-Proj., art. 608.°; — Cod. Ital., art. 462.°; — Cod. Hesp., art. 613.°; — Cod. das D. Sicil., art. 489.°; — Cod. Parm., art. 594.°; — Cod. da Sard., art. 474.°; — Cod. Estens., art. 660.°

[2] Além da restituição do animal attrahido por fraude e artificio, o dono da guarida, que empregou taes processos, incorre na pena de furto, que deixa de ser correccional para passar a prisão maior cellular de dous a oito annos, ou, em alternativa, degredo temporario com multa até um anno em ambos os casos, quando o valor exceder a cem mil réis (cod. pen., art. 421.°).

fundir-se inteiramente com os da nova guarida, de modo que não seja possivel distinguil-os, pois no caso contrario póde o antigo dono rehavel-os, não causando prejuizo ao dono da nova guarida, como aconteceria, por exemplo, se os animaes fôssem reclamados na epocha da creação (artt. 401.º e 2299.º). A esta clausula se refere a ultima phrase do art. 401.º

A disposição do nosso codigo é preferivel á dos codigos italiano (art. 462.º), hespanhol (art. 613.º) e francez (art. 564.º) adoptado por Coelho da Rocha [1], que se inclinou tambem pelas nossas tradições juridicas [2]. Os pombos, coelhos ou peixes, que fugirem para o pombal, coelheira ou viveiro alheio, pertenceriam ao dono d'este, comtanto que não usasse de artificio para os attrahir; assim dizia Coelho da Rocha, traduzindo o art. 564.º do referido codigo. Anteriormente opinava Corrêa Telles, que as pombas e outros animaes mansuefactos, que andavam na sua liberdade, pertenciam ao dono do pombal, emquanto não perdessem o costume de voltar; se desertassem, passavam para o dominio do dono do outro pombal, onde se afizeram [3]. Como é facil verificar, a doutrina do nosso codigo, permittindo ao primitivo dono dos animaes bravios a sua recuperação, se podessem ser individualmente reconhecidos na nova guarida, é preferivel á do direito antigo nacional e codigo francez, que não legitimam semelhante faculdade. A doutrina contraria resulta de se considerarem esses animaes accessorio da guarida do novo possuidor, se este os não tiver attrahido por meios artificiosos [4].

> Art. 402.º É licito a qualquer occupar os enxames, que primeiro encontrar:
>
> 1.º Não sendo perseguidos pelo dono da colmeia, de que houverem enxameiado;
>
> 2.º Não se achando pousados em predio do dono da

---

1 Obr. cit., § 411.º, n.º 5.º

2 Corrêa Telles, obr. cit., art. 12.º

3 Ibid.

4 Rogron, obr. cit., pag. 456.

mesma colmeia, ou em qualquer edificio, ou dentro de predio em que não seja permittido caçar.

§ unico. Mas, se o enxame fôr perseguido pelo dono da colmeia, será o proprietario do predio obrigado a permittir-lhe que o recolha ou a pagar-lhe o valor d'elle [1].

Estabelece este artigo o principio geral de que os enxames podem ser occupados pelo primeiro que os encontre. As abelhas não podem ser amansadas, nem reduzidas á domesticidade, nem chegam jámais a reconhecer o dono; mas podem ser occupadas pela sua entrada no cortiço, de que ficam sendo accessorio. Pertence ao dono da colmeia a prole que costuma sahir toda junta do cortiço, onde foi gerada, a *enxamear* ou a buscar local onde se abrigue; e assim póde perseguir o enxame e obrigar o proprietario do predio onde pousar, quer rustico, quer urbano, a permittir-lhe que o recolha, ou a pagar-lhe o seu valor (art. 420.°, § un.), como o caçador póde obrigar o dono do predio, onde cahir o animal morto, a entregar-lh'o, ou a permittir-lhe ir buscal-o (art. 389.°), porque, além de lhe pertencer o enxame como accessorio, preveniu o direito de occupar, no acto da perseguição, em que não póde ser perturbado por terceiro, como não o póde ser o caçador, que vae em seguimento do animal ferido (art. 388.°) [2].

Após a sahida do cortiço, os enxames são *res nullius*, pertencem ao primeiro occupante; semelhante presumpção sómente póde ser illidida pela perseguição do dono da colmeia (art. 402.°, n.° 1.°).

Não se permitte a apropriação do enxame pousado em predio do dono da colmeia, d'onde houver sahido, embora a caça ahi

---

[1] Cod. Ital., art. 713.°; — Cod. Hesp., art. 612.°; — Cod. Austr., art. 384.°; Cod. da Sard., art. 684.°

[2] Dias Ferreira, *segunda edição*, pag. 286; Bruschy, obr. cit., ibid., pagg. 51 e seg.; Corrêa Telles, obr. cit., artt. 10.° e 11.°; Coelho da Rocha, obr. cit., § 411.°, n.° 7.

seja permittida (n.º 2.º), estabelecendo-se, portanto, uma restricção ao direito geral de caçar, que redunda em beneficio do primeiro dono. Assim dispõe a lei, porque, costumando as colmeias estar em terreno onde a caça é permittida, poderia qualquer esconder-se de atalaia e apoderar-se do enxame, apenas começasse de *enxamear*, privando assim o proprietario do seu legitimo direito.

Não se permitte egualmente a apropriação do enxame, pousado dentro d'um predio em que não seja permittido caçar (n.º 2.º); é um corollario do direito de propriedade. Pousando o enxame em edificio ou dentro de predio em que não seja permittido caçar, só o dono do edificio ou do predio o póde occupar, salvo sendo perseguido pelo dono da colmeia.

Encontram-se disposições analogas nos codigos italiano e hespanhol [1].

> Art. 403.º Os animaes ferozes e maleficos, que se evadirem da clausura, em que seu dono os tiver, poderão ser destruidos ou occupados livremente por qualquer pessoa que os encontre.

As razões que levaram o legislador a proteger o direito de propriedade, augmentam de valor quando periga a segurança individual. Porisso, a lei permitte a qualquer pessoa, que encontre animaes ferozes e maleficos, evadidos da clausura em que seu dono os tinha, destruil-os e occupal-os livremente. A lei, que havia concedido aos proprietarios e cultivadores destruir em qualquer tempo, nas suas terras, os animaes bravios que se tornassem prejudiciaes ás suas sementeiras e plantações (art. 392.º), não podia deixar de conceder egual direito, quando, em vez das sementeiras, corresse perigo a propria vida do homem. E de facto permitte a qualquer destruir taes animaes ferozes e maleficos por qualquer modo e em qualquer tempo, sempre que os encontre, livremente (art. 403.º).

---

[1] Cod. Ital., art. 713.º; Pacifici-Mazzoni, obr. cit., tom. III, n.º 119; Chironi, obr. cit., tom. I, § 135.º, pagg. 217 e seg.; Borda, obr. cit., tom. II, pagg. 533 e seg.; Cod. Hesp., art. 612.º; Bofarull, *Código* cit., pag. 191.

Semelhante disposição é imposta pela segurança publica, que não póde permanecer em risco tão perigoso; representa um castigo da negligencia de quem deixou fugir esses animaes e constitue estimulo poderoso para de futuro serem melhor guardados.

Deve, porém, observar-se que a disposição d'este artigo sómente se applica quando os animaes evadidos da clausura podem fazer mal; se andarem açaimados ou em condições de não causar maleficio, cessa completamente a disposição do artigo.

Não abandonamos a exegese d'este artigo sem nos referirmos á doutrina do art. 392.°, anteriormente explicada [1]. Como dissemos no logar competente, o commentador Dias Ferreira sustenta que as aves domesticas, a que se refere o § un. do art. 392.°, pertencem egualmente aos proprietarios e cultivadores, que as destruirem nos campos respectivos, semeados de cereaes ou outros fructos pendentes em que possam causar prejuizo. Demonstramos que a diversa natureza dos animaes bravios e das aves domesticas, a propria noção de destruição e o art. 383.° se oppunham a semelhante doutrina; e promettemos resolver o pleito em ultima instancia na interpretação do art. 403.°

Os animaes ferozes ou maleficos do art. 403.° podem ser destruidos ou occupados livremente por qualquer pessoa que os encontre; isto é, o codigo não inclue na noção de destruição a ideia de occupação, como aliás pretende o commentador; na hypothese contraria empregaria apenas a palavra *destruidos* e nunca a redundancia *destruidos ou occupados*. Portanto, se no § un. do art. 392.° confere aos proprietarios e cultivadores o direito de destruir as aves domesticas, *a pari* não lhes reconhece o pretenso direito de occupação.

E nem se argumente com a negligencia do legislador; se o codigo não distinguisse entre *destruir* e *occupar*, bastaria no art. 403.° a palavra *destruidos*, porque a natureza d'esses animaes ferozes e maleficos, *res nullius*, conferia ao destruidor o direito

---

[1] Vid. pag. 97.

de occupação; ao contrario, essa distincção dever-se-hia estabelecer explicitamente no § un. do art. 392.°, porque taes aves domesticas não são *res nullius*.

O codigo, pois, não comprehende na noção de destruição a ideia de occupação; no § un. do art. 392.° confere-se ao proprietario o direito de destruir as aves domesticas, emquanto o art. 403.° menciona o direito de destruir e occupar os animaes ferozes e maleficos.

O projecto primitivo encerrava esta secção com o art. 425.°, que dizia assim: «o direito que tem qualquer de estabelecer em sua fazenda viveiros e guaridas para animaes bravios, será regulado pelas camaras municipaes, excepto se os ditos animaes não poderem communicar com os predios dos proprietarios ou possuidores circumvizinhos, pois n'esse caso não ficam sujeitos aos regulamentos administrativos». A commissão revisora eliminou este artigo, como pertencente á legislação administrativa [1].

SECÇÃO IV

Da occupação dos animaes domesticos abandonados, perdidos ou extraviados

N'esta secção encontra-se a ultima classe das cousas animadas, que podem ser occupadas; refere-se á occupação dos animaes domesticos abandonados, perdidos ou extraviados; como veremos subsequentemente (artt. 404.°, 405.° e segg.), ha uma differença capital entre a occupação dos animaes abandonados e perdidos, pois que na hypothese do abandono é amplissimo o direito de occupar (art. 404.°), vista a certeza de haver renunciado o dono aos seus direitos sobre a cousa; na hypothese da perda, porém, é necessario observar as condições impostas nos artt. 405.° e segg., para apurar se o dono repudiou o dominio da cousa.

---

[1] *Actas* cit., pagg. 74, 525, 573.

Sem nos referirmos á questão suscitada entre proculeianos e sabinianos, a proposito do principio intrinseco que determina a occupação do animal abandonado — a doação feita a pessoa incerta ou a renuncia dos direitos do dono, não podemos deixar de reconhecer a extrema difficuldade, que existe em caracterizar as cousas abandonadas ou perdidas. Alguns jurisconsultos admittem, como criterio differencial, o valor do animal e o estado em que se encontra, no momento da occupação; se o animal é de valor insignificante ou incapaz de prestar qualquer utilidade, reputar-se-ha abandonado; na hypothese contraria presume-se perdido.

Nãs assentimos a semelhante orientação; como observa Byn-ckersoeck, a não ser n'uma sociedade semi-barbara, por mais arruinado que esteja um animal, sempre presta muitas utilidades; e muitas vezes, por capricho ou esbanjamento, abandonam-se animaes de valor consideravel, como se conservam tenazmente outros de valor insignificante. O mais seguro e razoavel será considerar o animal como perdido sempre que o dono não declarar expressamente que o abandonou, não praticando actos d'onde se deduza razoavelmente tal intenção. Comquanto o art. 421.º se refira ás cousas inanimadas, convém applical-o tambem á occupação dos animaes; quando se não souber ao certo se o animal é perdido ou abandonado, presumir-se-ha perdido (art. 421.º), porque a occupação dos animaes abandonados não exige as formalidades que requer, como veremos, a occupação dos perdidos ou extraviados.

Quanto ás palavras *perdidos* e *extraviados*, o codigo tomou-as como synonimas, embora não o sejam; na realidade, *animaes perdidos* são aquelles de quem se ignora o dono; dizem-se *extraviados* os que se separaram do logar proprio; em ambos os casos o dono tem o animo de os conservar *(animus habendi)* [1]. Nesta secção (art. 404.º) encontra-se a phrase — *deitados á margem*, que se applica principalmente ao gado maior lançado fóra das pastagens.

---

[1] Bruschy, obr. cit., pag. 52 e seg.; Dias Ferreira, *segunda ediçã* pag. 287.

Art. 404.º Os animaes domesticos, que fôrem lançados á margem ou abandonados por seu dono, poderão ser occupados livremente pelo primeiro que os encontrar [1].

Os animaes domesticos, abandonados ou lançados á margem por seu dono, são *res nullius*, podendo ser occupados livremente pelo primeiro que os encontrar.

Art. 405.º Os animaes perdidos ou extraviados só podem ser occupados nos termos seguintes.

Art. 406.º Se aquelle que encontrar qualquer animal perdido ou extraviado souber cujo é, deverá restituil-o ou fazer saber a seu dono como é achado, dentro de tres dias, ao mais tardar, sendo o dito dono domiciliado ou residente no mesmo concelho da achada.

Art. 407.º Se o dono não fôr domiciliado ou residente no mesmo concelho, e o achador não poder satisfazer ao disposto no artigo antecedente, fará saber á auctoridade administrativa da freguezia, no dito praso de tres dias, como o animal é achado, a fim de que o participe a seu dono.

Art. 408.º Se aquelle que encontrar qualquer animal perdido ou extraviado não souber cujo é, deverá sem demora apresental-o á auctoridade administrativa da parochia onde fôr encontrado.

§ 1.º A auctoridade administrativa mandará tomar nota da qualidade, signaes, estado e valor apparente do animal, e do logar onde foi achado, e o fará depositar em poder da pessoa que o encontrar ou de outrem, se aquella se escusar.

§ 2.º Sendo volatil o animal encontrado, fal-o-ha a dita auctoridade apregoar no primeiro domingo consecutivo, á porta da egreja parochial, ao entrar da missa conventual; e, se dentro de quinze dias não lhe apparecer dono, ficará o animal pertencendo á pessoa que o houver encontrado.

§ 3.º Sendo o animal achado ovelha, cabra, porco ou

---

[1] Cod. de Napol., artt. 713.º, 714.º, 716.º; — A.-Proj., artt. 736.º, 739.º; — Cod. Ital., art. 711.º; — Cod. Hesp., artt. 610.º; — Cod. Austr., art. 381.º; — Cod. Parm., art. 562.º; — Cod. da Sard., art. 682.º; — Cod. Estens., art. 626.º; — Cod. do Cant. Ticino, art. 290.º

qualquer outro quadrupede das especies miudas, ou ainda sendo de outras, se o valor d'elle não exceder a seis mil réis, observar-se-ha o disposto no § antecedente, com a differença de que o praso assignado será de trinta dias, e se repetirão os pregões de oito em oito dias.

§ 4.° Se o animal achado fôr de gado grosso ou quadrupede de grande especie, cujo valor exceda a seis mil réis, observar-se-ha egualmente o disposto nos §§ 1.° e 2.°, com as seguintes modificações:

1.ª Além dos pregões, fará o achador inserir a noticia da achada do animal na gazeta da respectiva relação;

2.ª O animal achado só ficará pertencendo ao occupante passados tres mezes.

§ 5.° Os prasos assignados contar-se-hão desde o dia dos primeiros pregões.

§ 6.° As diligencias prescriptas serão sempre gratuitas, excepto os pregões, que serão pagos pelo proprietario ou pelo achador, se aquelle se não apresentar em tempo util.

§ 7.° Se a pessoa, em cujo poder o animal fôr depositado, não tiver meios para o sustentar, ou se elle estiver em risco de padecer deterioração, poderá requerer que elle seja arrematado e depositado o producto.

§ 8.° N'este caso será applicado á quantia em deposito o que fica disposto nos §§ antecedentes [1].

N'estes artigos encontram-se certas normas [2] a seguir na occupação de animaes perdidos ou extraviados, com o fim manifesto

---

[1] Cod. de Napol., art. 717.°; — A.-Proj., art. 739.°; — Cod. Ital., artt. 715.°-718.°; — Cod. Hesp., artt. 615.°, 616.°; — Cod. das D. Sicil., art. 637.°; — Cod. Austr., artt. 389.°, 391.°, 392.°; — Cod. Parm., artt. 567.°, 568.°, 569.°; — Cod. da Sard., artt. 686.°-689.°; — Cod. Estens., artt. 631.°-633.°; — Cod. do Cant. Ticino, art. 293.°

[2] Nos artt. 407.° e 408.° encontram-se normas, que mais propriamente caberiam no codigo do processo ou em regulamento especial, talvez porque a nossa legislação anterior continha apenas a Portaria de 29 de maio de 1845, aliás sem força legal, que dava ao inventor o dominio da cousa achada depois de annunciar o achado por meio de editaes, pregões e annuncios nos periodicos. O mesmo dizemos dos artt. 415.°, 416.° e 419.° (cousas moveis perdidas) e 423.° (thesouros). Coelho da Rocha, obr. cit., § 416.°; Dias Ferreira, *segunda edição*, pag. 289.

de descobrir o dono, quando é desconhecido, ou averiguar se renuncia ao seu direito. As normas variam consoante o achador conhece ou não o dono do animal perdido; a sua residencia, a especie e valor do animal achado influem egualmente nas diligencias a cumprir.

Em materia de occupação de animaes perdidos podem dar-se tres hypotheses: 1) o achador sabe cujo é o animal; (artt. 406.º, 407.º); 2) não possue semelhante conhecimento (art. 408.º); 3) após a participação do achador, o dono não vem reclamar o animal achado.

Estudemol-as separadamente.

1) Aquelle que encontrar qualquer animal perdido ou extraviado, sabendo cujo é, deve restituil-o ou fazer saber a seu dono como é achado, dentro de tres dias, ao mais tardar, sendo o dito dono domiciliado ou residente no mesmo concelho da achada (art. 406.º). Se o dono não fôr domiciliado ou residente no mesmo concelho, e o achador não poder satisfazer ao disposto no artigo antecedente, fará saber á auctoridade administrativa da freguezia no dito praso de tres dias, a fim de que o participe a seu dono (art. 407.º)

Contrariando talvez a interpretação litteral do art. 406.º, parece-nos sensata a doutrina de Bruschy; póde o dono morar no concelho onde foi achado o animal e, todavia, o achador não conseguir avisal-o, sem grande prejuizo; ora, como o dono póde abandonar o animal achado em indemnização dos gastos feitos (art. 409.º), seria possivel o prejuizo do achador. Em tal caso parece-nos que o achador tem cumprido os preceitos da lei, avisando a auctoridade parochial.

2) Aquelle que encontrar qualquer animal perdido ou extraviado, não sabendo cujo é, deverá sem demora apresental-o á auctoridade administrativa da parochia onde fôr encontrado (art. 408.º). A auctoridade administrativa mandará tomar nota da qualidade, signaes, estado e valor apparente do animal, e do logar onde foi achado, e o fará depositar em poder da pessoa que o encontrar, ou de outrem, se aquella se escusar (§ 1.º).

..

Se o animal encontrado fôr volatil, fal-o-ha a dita auctoridade apregoar no primeiro domingo consecutivo, á porta da egreja parochial, ao entrar da missa conventual; e, se dentro de quinze dias não lhe apparecer dono, ficará o animal pertencendo á pessoa que o houver encontrado (§ 2.º). Sendo o animal achado ovelha, cabra, porco ou qualquer outro quadrupede das especies miudas, ou ainda sendo d'outras, se o valor d'elle não exceder a seis mil réis, fal-o-ha a dita auctoridade apregoar no primeiro domingo consecutivo, á porta da egreja parochial, ao entrar da missa conventual; e, se dentro de trinta dias, repetindo-se os pregões de oito em oito dias, não lhe apparecer dono, ficará o animal pertencendo á pessoa que o houver encontrado (§§ 1.º e 2.º).

Se o animal achado fôr de gado grosso, ou quadrupede de grande especie, cujo valor exceda a seis mil réis, fal-o-ha a dita auctoridade apregoar no primeiro domingo consecutivo, á porta da egreja parochial, ao entrar da missa conventual, e o achador fará inserir a noticia da achada do animal na gazeta da respectiva relação (§§ 4.º, n.º 1.º; 2.º); e, se dentro de tres mezes, contados desde o dia dos primeiros pregões (§ 4.º, n.ºs 2.º e 3.º), não lhe apparecer dono, ficará o animal pertencendo á pessoa que o houver encontrado (§ 5.º).

Todas estas diligencias são gratuitas, excepto os pregões, que são pagos pelo proprietario ou achador, se aquelle se não apresentar em tempo util (§ 6.º).

Se a pessoa, em cujo poder o animal fôr depositado, não tiver meios para o sustentar, ou se elle estiver em risco de padecer deterioração, póde requerer que seja arrematado e depositado o producto (§ 7.º), a respeito do qual se cumprirão as formalidades mencionadas ácerca do animal perdido (§ 8.º).

Não seria preferivel abandonar as diversas classes de animaes volatil, ovelha, cabra, etc. e adoptar apenas o criterio do valor d animal perdido? Como observa Bruschy: um pavão, fugido d'um jardim zoologico, póde valer muito mais do que os tres mil réis e até estar fóra do valor commercial. Não seria vantajosament substituida a publicação da noticia na gazeta da relação por ur

annuncio em periodico ou periodicos da localidade? Não seria bom estimulo de moralidade retribuir razoavelmente as diligencias do achador? [1]

3) O achador conhece o dono do animal e faz-lhe a competente participação; mas, elle não reclama. Que fazer? Que tempo é necessario decorrer para o achador se reputar dono do animal achado?

Esta hypothese não se encontra expressamente resolvida; mas, por analogia do disposto no art. 408.°, deve o achador reputar-se dono do animal achado, decorridos os prasos marcados nos §§ respectivos.

Desde que o dono tem conhecimento da achada do animal, que não vem reclamar, presume-se que o abandonou, podendo o achador apropriar-se d'elle (art. 404.°). Esta mesma doutrina justifica a occupação nas hypotheses mencionadas no art. 408.°

> Art. 409.° O dono do animal perdido ou extraviado será obrigado a pagar as despezas feitas com o animal, salvo o que fica disposto no artigo precedente, se não preferir abandonal-o.
>
> Art. 410.° O achador, que não cumprir com as obrigações que lhe são impostas, será obrigado, além da responsabilidade civil e penal, a restituir o animal ou o seu valor ao dono, a todo o tempo em que este appareça, sem indemnização alguma das despezas que haja feito com o dito animal [2].

Se o dono do animal perdido ou extraviado é obrigado a pagar as despezas feitas com o animal, tambem póde abandonal-o ao achador, como indemnização d'essas despezas (art. 409.°).

O achador, que não cumprir as diligencias impostas pelos ar-

---

[1] Bruschy, obr. cit., pag. 52 e seg.

[2] Cod. de Napol., art. 717.°; — A.-Proj., art. 739.°; — Cod. Ital., artt. 717.°, 718.°; — Cod. Hesp., art. 615.°; — Cod. Austr., artt. 391.°, 392.°; — Cod. Parm., artt. 568.°, 569.°; — Cod. da Sard., artt. 688.°-690.°; — Cod. Estens., artt. 632.°, 633.°; — Cod. do Cant. Ticino, art. 293.°

tigos anteriores, incorre na responsabilidade civil e penal (art. 2364.º), é obrigado a restituir o animal ou o seu valor [1] ao dono, a todo o tempo em que este appareça, sem indemnização alguma das despezas, que haja feito com o dito animal (art. 410.º).

Demolombe [2], discutindo o crime em que incorre o achador, que, encontrando um animal perdido, não cumprir as formalidades legaes, afasta-se da corrente dos jurisconsultos, que equiparam essa negligencia culposa ao crime de furto. Eis a sua argumentação.

O codigo penal francez define *furto* a subtracção fraudulenta, que alguem faz, d'uma cousa pertencente a outro (art. 379.º); a noção de furto involve, pois, a ideia de desviar uma cousa do logar onde tinha sido collocada pelo proprietario, ou por alguem em seu nome. A definição de furto, portanto, não se póde applicar ao inventor d'uma cousa perdida, que decerto não tinha sido collocada pelo proprietario no logar onde foi achada e que, pelo facto da perda, se encontrava separada do possuidor respectivo.

Não se póde negar que, sob o ponto de vista da apreciação moral, ha notavel differença entre os dous factos; muitos homens honestos julgam-se absolvidos em sua consciencia de não se terem importado com o dono do animal encontrado; não acontece o mesmo com o crime de furto.

Por isso, muitos criminalistas, censurando o procedimento do inventor que pretende apoderar-se illegalmente do animal perdido, não consideram esse facto criminoso como um furto.

No nosso antigo codigo penal de 1852 (art. 423.º) considerava-se o procedimento de semelhante inventor como um furto; porém, as razões a que nos referimos fôram attendidas pelos nossos legisladores, pois que a nova reforma penal, o codigo de 1886, dispõe no art. 423.º o seguinte: «aquelles, que, tendo achado algum objecto pertencente a outrem, deixarem fraudulentamente de

---

[1] Esta apreciação do valor dos animaes é feita, não pelo achador nem pela auctoridade administrativa, mas por peritos nomeados por esta.

[2] Demolombe, obr. cit., tom. XIII, n.º 74.

entregar a seu dono ou de praticar as diligencias que a lei prescreve, quando se ignora o dono da cousa achada, serão condemnados ás penas de furto, mas attenuadas».

A solução equitativa na reforma penal satisfaz os mais exigentes.

Como se deduz terminantemente do art. 410.º, a prescripção do art. 532.º não póde ser invocada pelo achador incriminado [1].

CAPITULO III

Da occupação das cousas inanimadas

Como dissemos no logar competente, a occupação versa sobre cousas animadas, objectos e productos naturaes, communs ou não apropriados; cumpre-nos analysar o capitulo III, que se refere á occupação das cousas inanimadas.

As disposições legaes relativas ás cousas inanimadas differem consideravelmente das que regulam a occupação das cousas animadas; e assim deveria acontecer, porque a natureza e condições destas duas especies de cousas divergem por completo; as cousas animadas, segundo o codigo, são todas semoventes e, porisso, o local da achada póde ser mui diverso d'aquelle em que foi perdida; não succede isto com as cousas inanimadas. O deposito das inanimadas, em regra, não impõe despezas, ao contrario do que acontece com as inanimadas. Por ultimo, as animadas podem perecer naturalmente; as inanimadas exigem esforço extranho.

SECÇÃO I

Da occupação das cousas moveis abandonadas

A occupação das cousas inanimadas comprehende, por analogia com os artt. 404.º e 405.º, as cousas moveis abandonadas, per-

---

[1] Bruschy, obr. cit., pag. 56 e seg.

didas, os thesouros e cousas escondidas, embarcações e outros objectos naufragados. Das cousas moveis abandonadas occupa-se a secção I.

> Art. 411.º As cousas moveis abandonadas podem ser livremente occupadas por qualquer pessoa, que primeiro as encontre.
>
> Art. 412.º Na occupação ou na entrega das cousas moveis, abandonadas em estações de transporte ou viação, ou em alfandegas, ou em quaesquer outras casas fiscaes, observar-se-ha o que estiver determinado nos respectivos regulamentos de caminhos de ferro, correios, malas-postas, alfandegas e outros [1].

O codigo determina que as cousas moveis abandonadas podem ser livremente occupadas por qualquer pessoa, que primeiro as encontre (art. 411.º). Na verdade, o abandono da cousa mostra claramente a intenção do possuidor abrir mão d'ella: é uma cousa *nullius* e, portanto, *primi capientis*. Se, porém, a cousa não fôr abandonada, *res alicujus*, não póde entrar nos dominios da occupação, cujo objecto é necessariamente *res nullius*.

Ha tambem casos em que as cousas perdidas podem ser occupadas (artt. 413.º–420.º). Como dissemos, na duvida sobre se a cousa achada é perdida ou abandonada, presume-se perdida (art. 421.º).

No occupação ou entrega das cousas moveis, abandonadas em estações de transporte, viação, alfandegas, ou quaesquer outras casas fiscaes, observar-se-ha o que estiver determinado nos respectivos regulamentos de caminhos de ferro, correios, malas-postas, alfandegas e outros (art. 412.º). Esta doutrina substituiu com vantagem a dos artt. 434.º–437.º do projecto primitivo,

---

[1] Cod. de Napol., artt. 713.º, 714.º, 716.º; — A.-Proj., artt. 736.º, 739.º; — Cod. Ital., art. 711.º; — Cod. Hesp., art. 610.º; — Cod. Austr., art. 381.º; — Cod. Parm., art. 562.º; — Cod. da Sard., art. 682.º; — Cod. Estens., art. 626.º — Cod. do Cant. Ticino, art. 290.º

sobre a entrega das cousas moveis abandonadas nas estações de transporte e nas casas fiscaes, doutrina que a commissão revisora eliminou [1].

SECÇÃO II

Da occupação das cousas moveis perdidas

Seguindo sempre a disposição das materias do codigo, cumpre-nos estudar a occupação das cousas moveis perdidas (artt. 413.º–421.º). Convém notar que em Lisboa todo o expediente ácerca da achada das cousas moveis ou valores perdidos, como da descoberta de thesouros e cousas escondidas (artt. 422.º–427.º), é da competencia dos administradores dos bairros (Dec. de 29 de agosto de 1893, art. 47.º).

> Art. 413.º As cousas moveis perdidas podem ser occupadas nos casos e termos declarados nos artigos seguintes.
>
> Art. 414.º Quem achar cousa perdida, sabendo cuja é, conformar-se-ha com o que fica disposto nos artt. 406.º e 407.º
>
> Art. 415.º Quem achar cousa perdida, não sabendo cuja é, deve, no praso de tres dias, dar d'isso conhecimento á auctoridade administrativa da parochia, onde a cousa fôr achada, declarando a natureza do objecto, o seu valor approximadamente, e o dia e o logar onde a achou, para que a dita auctoridade mande affixar nas portas da egreja parochial a noticia do facto.
>
> § unico. Haverá em poder da referida auctoridade um caderno numerado, rubricado e encerrado, no qual se copiem as sobreditas noticias, declarando-se o dia em que fôram affixadas, e pondo-lhes a auctoridade o seu visto e assignatura.
>
> Art. 416.º Se o valor da cousa exceder a tres mil réis, enviará a auctoridade administrativa parochial, ao mesmo tempo em que se affixar a noticia mencionada no artigo precedente, uma copia á gazeta da relação do respectivo districto, para ser publicada.

---

[1] *Actas* cit., pag. 74.

Art. 417.° As diligencias mencionadas nos dous artigos precedentes serão expedidas official e gratuitamente.

Art. 418.° O dono da cousa pagará todas as despezas que o achador tiver feito com a sua conservação, se não preferir abandonal-a.

Art. 419.° O achador fará sua a cousa achada, nos termos seguintes:

§ 1.° Se a cousa não exceder o valor de tres mil réis, não lhe apparecendo dono dentro de quarenta e cinco dias, contados desde a data da affixação da noticia.

§ 2.° Se a cousa exceder o valor de tres mil réis até seis mil réis, não lhe apparecendo dono dentro de tres mezes, contados desde a data da publicação na gazeta da respectiva relação.

§ 3.° Se a cousa exceder o valor de seis mil réis até doze mil réis, não lhe apparecendo dono dentro de meio anno, contado desde a mesma data.

§ 4.° Se a cousa exceder o valor de doze mil réis, só poderá ficar pertencendo ao achador passado um anno, contado desde a mesma data, mas com reserva do valor da terça parte, deduzidas todas as despezas, que será applicado para o conselho de beneficencia pupillar da comarca onde a cousa fôr achada, ou da magistratura que o substituir [1].

As cousas moveis perdidas podem ser occupadas nos termos da lei (artt. 413 e segg.).

Quem achar uma cousa movel perdida, sabendo cuja é, deve restituil-a ou fazer saber a seu dono como é achada, dentro de tres dias, ao mais tardar, sendo o dito dono domiciliado ou residente no mesmo concelho da achada (artt. 414.°, 406.°); se o dono não fôr domiciliado ou residente no mesmo concelho, e o achador não poder satisfazer ao disposto no art. 406.°, fará saber

---

[1] Cod. de Napol., art. 717.°; — A.-Proj., art. 739.°; — Cod. Ital., artt. 715.-717.°; — Cod. Hesp., artt. 615.°, 616.°; — Cod. das D. Sicil., art. 637.°; — Cod. Austr., artt. 389.°, 391.°, 392.°; — Cod. Parm., artt. 567.°-569.°; — Cod. da Sard., artt. 686.°-689.°; — Cod. Estens., artt. 631.°-633.°; — Cod. do Cant. Ticino, art. 293.°

a noticia do achado á auctoridade administrativa da freguezia, no dito praso de tres dias, a fim d'esta a participar ao seu dono (artt. 414.º, 407.º).

O que achar uma cousa perdida, não sabendo cuja é, deve, no praso de tres dias, dar d'isso conhecimento á auctoridade administrativa da parochia, onde a cousa fôr achada, declarando a natureza do objecto, o seu valor approximadamente, o dia e o logar onde a achou, para que a dita auctoridade mande affixar nas portas da egreja parochial a noticia do facto (art. 415.º); todas estas declarações serão lançadas n'um caderno numerado, rubricado e encerrado, existente em poder da referida auctoridade administrativa; declarar-se-ha n'esse mesmo caderno o dia da affixação das noticias mencionadas, sendo tudo visado e assignado pela mesma auctoridade (§ un. do art. 415.º).

Se o valor da cousa exceder a tres mil réis, enviará a auctoridade administrativa parochial, ao mesmo tempo em que se affixar a noticia referida, uma cópia á gazeta da relação do respectivo districto para ser publicada (art. 416.º). Todas as diligencias, mencionadas nos artt. 415.º e 416.º, serão expedidas official e gratuitamente (art. 117.º). O dono da cousa, como a proposito dos animaes domesticos abandonados, perdidos ou extraviados dispõe o artigo 409.º, pagará todas as despezas que o achador da cousa tiver feito com a sua conservação se não preferir abandonal-a (art. 418.º).

O achador fará sua a cousa achada, nos termos seguintes: 1) se a cousa não exceder o valor de tres mil réis, não apparecendo dono dentro de quarenta e cinco dias, contados desde a data da affixação da noticia (§ 1.º); 2) se a cousa exceder o valor de tres mil réis até seis mil réis, não apparecendo dono dentro de tres mezes, contados desde a data da publicação na gazeta da respectiva relação (§ 2.º); 3) se a cousa exceder o valor de seis mil réis até doze mil réis, não apparecendo dono dentro de meio anno contado desde a mesma data (§ 3.º); 4) se a cousa exceder o valor de doze mil réis só poderá ficar pertencendo ao achador passado um anno, contado desde a mesma data, mas com reserva

do valor da terça parte, deduzidas todas as despezas, que será applicado para o conselho de beneficencia pupillar da comarca, onde a cousa fôr achada ou da magistratura, que o substituir (§ 4.º).

Não fechamos a exposição do processo a seguir pelo achador, sem referirmos certas duvidas emergentes da exegese d'estes artigos.

1) A cousa perdida poderá ser depositada na mão do achador? Se o legislador determinou (art. 408.º, § 1.º) que a auctoridade depositasse na mão do achador ou d'outrem o animal perdido, nada disse com referencia ás cousas moveis perdidas. Analogicamente, porém, deve entender-se que a auctoridade depositará a cousa perdida, achada, na mão do achador, ou na mão de outrem, se o achador não poder ser o seu depositario, por exemplo: se houver perigo de roubo ou deterioração.

2) O caderno numerado, rubricado e encerrado, que a auctoridade administrativa deve possuir e a que se refere o § un. do art. 415.º, será o mesmo que o § 1.º do art. 408.º suppõe existir? Inclinamo-nos pela negativa; o § un. do art. 415.º affirma terminantemente a existencia d'um caderno numerado, rubricado, etc., o que não acontece no § 1.º do art. 415.º Não se descobre, entretanto, a causa determinante de semelhante dualidade.

3) De modo geral, as obrigações do achador de cousas moveis perdidas reduzem-se a participar ao dono ou á auctoridade administrativa o que achou e a ser depositario do objecto achado, se não se excusar. As obrigações da auctoridade administrativa são: inscrever no caderno respectivo o logar onde o objecto foi achado, natureza, etc., mandar affixar nas portas da egreja parochial a noticia do achado, e enviar noticia do facto, em certas hypotheses á gazeta da relação.

4) É de notar que o codigo, quanto aos animaes achados, não obriga o achador, que os faz seus, a dar qualquer parte do seu valor; contrariamente determina, com relação ás cousas inanimadas cujo valor exceda a doze mil réis; e isto é muito razoavel, pois convinha considerar devidamente os gastos e incommodos que o achador tem com as cousas animadas.

O conselho de beneficencia pupillar, a que deve ser entregue a terça parte da cousa movel perdida, que foi achada, origina uma questão importante. No momento presente da nossa legislação, o preceito do § 4.º do art. 419.º terá uma effectividade real? Sem contestarmos a utilidade de semelhante doutrina, limitamo-nos a discutir se a terça parte do valor da cousa achada é de facto entregue ao conselho de beneficencia pupillar, ou á magistratura que o substituir.

Para encaminharmos a solução d'esta duvida, convém proceder methodicamente expondo certos elementos, que constituem outras tantas questões prévias.

Ainda não existem os conselhos de beneficencia pupillar; ora, como o art. 4.º da carta de lei de 1 de julho de 1867 diz que todas as disposições do codigo civil, cuja execução depender absolutamente da existencia de repartições publicas ou d'outras instituições, que ainda não estiverem creadas, só obrigarão desde que taes instituições funccionarem, a disposição do § 4.º do art. 419.º, na parte que se refere á reserva do valor da terça parte para o conselho de beneficencia pupillar, não obriga, pois que semelhante conselho não existe, ainda não foi creado.

E não se diga que, para o effeito d'esta disposição, o conselho de beneficencia pupillar é substituido por alguma magistratura existente; contra essa evasiva insurge-se o art. 285.º; logo que os expostos ou abandonados perfaçam sete annos de edade, diz o art. 285.º, serão postos á disposição do conselho de beneficencia pupillar ou de qualquer outra magistratura, a quem a lei administrativa incumbir d'esse mister. Pois, apezar d'isso, semelhante disposição não tem effectividade alguma; a lei administrativa ainda não determinou a magistratura, que se deve incumbir d'esse mister. Reiteramos, pois, a conclusão supra: a mencionada disposição do § 4.º não possue actualmente effectividade alguma.

Quem lêr pouco attentamente o art. 969.º do codigo de processo civil julgará substituido o conselho de beneficencia pupillar, em Lisboa pela Casa Pia e nas outras terras por algum asylo de infancia desvalida ou misericordia; «as multas que, segundo

o codigo civil, diz o art. 969.°, devem ser applicadas para estabelecimentos de beneficencia pupillar, reverterão em Lisboa para a Casa Pia, nas outras terras para algum asylo de infancia desvalida, e, onde o não houver, para a misericordia, emquanto não se acharem creados os estabelecimentos de beneficencia, a que o mesmo codigo se refere». Parece, portanto que a palavra *magistratura* do § 4.° do art. 419.° deve interpretar-se pelo art. 969.° do codigo de processo civil; emquanto não existirem os institutos de beneficencia, a terça parte do valor do objecto achado entra nos cofres da Casa Pia, ou d'algum asylo de infancia desvalida, ou misericordia. E, n'essa hypothese, parece cumprir-se o preceito do § 4.° do art. 419.°

Mas, como dissemos, é necessario lêr pouco attentamente o art. 969.° do codigo do processo civil e o § 4.° do art. 419.° para admittirmos semelhante doutrina. A applicação, que segundo o art. 969.° do codigo do processo civil deve ser dada ás multas que o codigo civil em diversos artigos manda entregar aos estabelecimentos de beneficencia pupillar das comarcas, não abrange decerto a hypothese do § 4.° do art. 419.° A reserva da terça parte do valor liquido dos objectos achados, que este § manda deduzir a favor do conselho de beneficencia pupillar da comarca, não se póde considerar como multa; deve julgar-se ao abrigo de qualquer responsabilidade civil ou penal o inventor que cumprir integralmente as diligencias ordenadas pelos artt. 406.°, 408.°, 415.°, 416.°, e 419.° do codigo civil [1].

Na opinião d'alguns jurisconsultos, as Juntas Geraes, extinctas pelo Decreto de 6 de agosto de 1892 (art. 1.°) e as camaras municipaes, que exercem attribuições de beneficencia pupillar, representam a magistratura a que se refere o § 4.° do art. 419.°; actualmente essa magistratura seria constituida apenas pelas camaras municipaes para quem passaram certas attribuições de

---

[1] *Legislação Complementar* cit., pag. 171, nota; Codigo do processo civil, artt. 964.° e 969.°; Novissima reforma judiciaria, artt. 295.° e 672.°

beneficencia pupillar, commettidas pelo codigo administrativo ás juntas geraes (cod. adm., de 1886, art. 54.º, n.º 4.º; Dec. de 6 de agosto de 1892, art. 13.º, n.º 2.º); a ellas deveria ser entregue a terça parte do valor liquido da cousa movel achada.

Semelhante conjectura, porém, é absolutamente inadmissivel desde que se conheça a Portaria de 14 de setembro de 1875, expedida por Antonio Rodrigues Sampaio, a proposito do officio em que o secretario geral, servindo de governador civil de Lisboa, consultava o governo sobre a applicação, que deveria dar-se á terça parte do valor d'uns objectos de ouro excedentes a doze mil réis, achados por Venancio Espinheira, que reclamava a entrega d'elles por completo, visto não ter apparecido o dono, após o cumprimento das diligencias legaes. Parecia ao governador civil, que a terça parte do valor dos objectos deveria ser entregue no cofre da junta geral, que tinha a seu cargo o serviço dos expostos, julgando-se o conselho de beneficencia pupillar substituivel por esses institutos districtaes. Na duvida, consultava o ministro.

A Portaria citada diz que, não se achando organizado o conselho de beneficencia pupillar, nem designada a magistratura que o ha de substituir, não podia ser executado n'esta parte o codigo civil; menciona mesmo a carta de lei de 1 de julho de 1867 (art. 4.º) a que já nos referimos. Não póde admittir-se, prosegue a Portaria, que as juntas geraes se considerem a magistratura do § 4.º do art. 419.º, pelas seguintes considerações: 1) o auctor e collaboradores do codigo, a quem não era desconhecida a existencia das juntas geraes e o serviço que lhes estava commettido com relação aos expostos, não poderiam indicar as juntas geraes com a designação de *magistratura*, que lhes não quadra, se tivessem em vista substituir por ellas o conselho de beneficencia pupillar; 2) do art. 288.º do codigo vê-se claramente que a magistratura, que houver de substituir aquelle conselho ha de ser a que fôr designada pela lei administrativa, o que ainda não está feito; 3) o art. 419.º, § 4.º, mostra claramente que o conselho de beneficencia pupillar ha de ser organizado por comarcas, e a mesma organização ha de ter forçosamente a magistratura, que o substi-

tuir; as juntas geraes, porém, são corporações districtaes e não comarcãs. Em presença d'estas razões, a Portaria manda entregar os objectos ao achador, sem deducção alguma, uma vez que se tenham satisfeito as prescripções do art. 419.º do codigo civil [1].

Como corollario do que deixamos dito concluimos: o art. 969.º do codigo do processo não se applica á exegese do § 4.º do art. 419.º do codigo civil; as juntas geraes e camaras municipaes não substituem o conselho de beneficencia pupillar; emquanto não fôr instituido o conselho de beneficencia pupillar, pertence ao achador a totalidade do objecto achado [2].

> Art. 420.º Os que acharem quaesquer objectos perdidos, e não cumprirem com as diligencias de que são encarregados, ficarão obrigados a restituir ao respectivo dono a cousa achada ou o seu valor, sem que se lhes abone qualquer despeza, e sujeitos, além d'isso, á responsabilidade civil e penal.
>
> Art. 421.º Quando se não souber ao certo se a cousa é perdida ou abandonada, presumir-se-ha perdida [3].

Encontra-se o disposto no art. 420.º intimamente relacionado com a doutrina do art. 418.º; o dono da cousa pagará todas as despezas, que o achador tiver feito com a sua conservação, se não preferir abandonal-a (art. 418.º), desde o momento em que este tenha cumprido as diligencias legaes; na hypothese contraria, não só perde as despezas feitas, como está sujeito á responsabilidade civil e penal, e á entrega da cousa achada ao respectivo dono (art. 420.º).

A disposição dos artt. 420.º, 410.º, 418.º e 409.º é respectivamente identica. A proposito do art. 410.º citamos o art. 2364.º do codigo civil; a penalidade consta do art. 423.º do codigo penal.

---

[1] *Legislação Complementar* cit., pag. 171 e seg.

[2] Dias Ferreira, *segunda edição*, pag. 291.

[3] Cod. Ital., art. 718.º; — Cod. Hesp., art. 615.º; — Cod. Austr., art. 391. Cod. da Sard., 690.º

considera-se a omissão culposa do art. 420.º como furto punido com penas attenuadas [1].

A commissão revisora, eliminando do art. 420.º as palavras *a todo o tempo,* que se liam no artigo correspondente do projecto primitivo (art. 445.º), em seguida ao verbo *restituir,* emquanto as conservou no art. 410.º, correspondente ao art. 432.º do projecto primitivo, nem porisso permitte ao achador adquirir por prescripção a cousa inanimada, perdida; oppõe-se o art. 533.º É imprescriptivel a cousa inanimada em favor do achador, que deixar de empregar diligencias para saber quem é o dono, e que pela sua má fé é equiparado ao que obteve a cousa por crime ou delicto (art. 533.º).

Havendo duvidas sobre se a cousa achada é perdida ou abandonada, presume-se perdida (art. 421.º); é mais uma garantia do direito de propriedade.

SECÇÃO III

Da occupação de thesouros e cousas escondidas

O codigo formúla preceitos especiaes para a occupação dos thesouros e cousas escondidas, que podem pertencer á categoria das cousas moveis abandonadas ou perdidas; assim procedeu o legislador em attenção ao consideravel valor, que póde encerrar o thesouro ou cousa escondida, e para liquidar os direitos do senhor da propriedade e os do achador [2]. Na legislação de todos os povos se encontram preceitos especiaes sobre thesouros.

> Art. 422.º Quem encontrar enterrado ou escondido algum deposito de ouro, prata ou quaesquer outros objectos de algum valor, cujo dono seja conhecido, observará o que fica disposto nos artt. 406.º e 407.º

---

[1] Vid. pag. 134 e 135.

[2] Dias Ferreira, *segunda edição,* pag. 295; Bruschy, obr. cit., pag. 61 e seg.

Art. 423.º Se o que achar o sobredito deposito não souber cujo é, e não se conhecer evidentemente que o dito deposito tem mais de trinta annos de antiguidade, fará annunciar o achado na gazeta da relação do respectivo districto, e, se o dono da cousa não apparecer dentro de dous annos, ficará esta sendo propriedade do achador, no todo ou em parte, conforme o que vae declarado no artigo seguinte.

§ unico. Afóra a obrigação estabelecida neste artigo, terá tambem o achador a de participar á auctoridade administrativa da parochia o achado, dentro do praso de tres dias contados desde que elle aconteceu. A auctoridade administrativa, a quem o facto fôr noticiado, fará immediatamente constar aquelle achado por via de editaes e de annuncios em algum periodico, para que qualquer pessoa, que a elle tiver direito, venha recebel-o dentro de dous annos, sob pena de o perder, na fórma do presente artigo.

Art. 424.º Se o dono da cousa fôr desconhecido, e do proprio deposito se evidenciar que foi feito mais de trinta annos antes, ficará pertencendo inteiramente ao dono do predio, onde a cousa foi enterrada ou escondida, se elle pessoalmente a achar; e, achando-a outra pessoa, pertencerão dous terços ao dono do predio, e um terço ao achador.

§ unico. Se o predio, onde o deposito se achou, fôr emphyteutico ou sub-emphyteutico, o emphyteuta ou sub-emphyteuta serão equiparados aos proprietarios com pleno dominio para os effeitos d'este artigo.

Art. 425.º A ninguem é permittido procurar thesouros em predio particular alheio, sem permissão do seu dono: o contraventor perderá, em proveito do proprietario, tudo o que achar, e responderá por perdas e damnos.

Art. 426.º A ninguem é permittido procurar thesouros em predios municipaes ou do estado, por maneira tal que os possa deteriorar, sem licença da municipalidade ou da repartição publica respectiva, debaixo da comminação do artigo precedente.

Art. 427.º Aquelle que se apropriar de thesouro ou cousa escondida, em prejuizo dos direitos de terceiro, declarados nos artigos precedentes, perderá a parte que aliás lhe pertenceria, a qual será applicada em proveito dos estabele-

cimentos de beneficencia pupillar da comarca, onde o thesouro tiver sido achado [1].

Convém averiguar a noção de *thesouro;* assim comprehenderemos melhor as disposições d'esta secção.

No direito romano encontramos esta formula: *thesaurus est vetus quaedam depositio pecuniae, cujus non exstat memoria, ut jam dominum non habeat: sic enim fit ejus qui invenerit, quod non alterius sit. Alioquin, si quis aliquid vel lucri causa, vel metus, vel custodiae, condiderit sub terra, non est thesaurus; cujus etiam furtum fit* [2]. A palavra *pecuniae* deve traduzir-se por qualquer valor e não restrictamente por dinheiro, como vertem alguns jurisperitos, esquecendo a latitude d'aquelle termo entre os jurisconsultos romanos [3]. Não diverge muito a definição de Coelho da Rocha: — deposito antigo de dinheiro ou de outras preciosidades enterradas, ou occultas, cujo dono se não póde averiguar [4]. N'esta ordem de

---

[1] Cod. de Napol., art. 716.°; — A.-Proj., art. 738.°; — Cod. Ital., art. 714.°; — Cod. Hesp., artt. 614.°, 351.°, 352.°; — Cod. das D. Sicil., art. 636.°; — Cod. Austr., artt. 398.°, 399.°, 395.°; — Cod. Parm., artt. 565.°, 566.°; — Cod. da Sard., art. 685.°; — Cod. Estens., artt. 629.°, 630.°; — Cod. do Cant. Ticino, art. 292.°

[2] L. 31, § 1.° D. *de adq. rer. dom.*

[3] *Revista de Legislação e de Jurisprudencia,* an. v, n.° 232, pag. 378; Bruschy, obr. cit., pag. 62; Duranton, obr. cit., tom. II, n.° 1122, pag. 337 e seg.; Demolombe, obr. cit., tom. XIII, n.° 35; *Revue de Législation,* de Wolowski, 1852, tom. II, pag. 44 (art. de Thomas Latour, *de l'invention des trésors*); Bruschy, *Annotações a Waldeck,* Coimbra, 1845.

[4] Coelho da Rocha, obr. cit., § 416.° Não divergem, na substancia, as noções de thesouro apresentadas por Corrêa Telles, obr. cit., art. 32.° e seg.; Codigo de Napoleão, art. 716.°; Delvincourt, *Cours de Code Civile,* tom. II, pag. 2; *notas,* pag. 5; Duranton, obr. cit., tom. II, n.° 1119, pag. 337; Demolombe, obr. cit., n.° 32; Laurent, obr. cit., tom. VIII, n.° 453 e seg.; *Avant-Projet,* art. 738.° (tom. III, pag. 218); Codigo Italiano, art. 714.°; Borda, obr. cit., tom. II, pag. 534 e seg.; Pacifici-Mazzoni, obr. cit., tom. III, liv. III, tit. III, cap. V, sez. II, n.° 121; Chironi, obr. cit., tom. I, § 135.°, n.° 2.°; Codigo Hespanhol, art. 352.°; *Código Civil Español,* por Bofarull, pag. 125[21].

ideias se encontra a definição legal do nosso codigo; thesouro é qualquer deposito de ouro, prata ou quaesquer outros objectos d'algum valor (art. 422.º), cujo dono é desconhecido (artt. 423.º, 424.º).

Para comprehendermos bem o conceito legal de thesouro, necessitamos de indicar as suas notas differenciaes.

a) O objecto constitutivo do thesouro não deve ser ordinariamente visivel, antes de descoberto pelo achador; não póde encontrar-se á superficie do solo. Suppõe-se perdida, observa Delvincourt, uma cousa encontrada á superficie da terra [1]. Mas, será necessario que o objecto do thesouro esteja enterrado? Uma cousa escondida n'um movel, n'uma secretária, poderá considerar-se thesouro? Muitos jurisconsultos francezes levantam esta polemica, inclinando-se a jurisprudencia e a corrente dos commentadores pela affirmativa. Ás hesitações de Laurent [2] responde a argumentação de Demolombe, Duranton e Pacifici-Mazzoni [3]. É certo, que os jurisconsultos romanos se referiam sempre á hypothese d'uma cousa encontrada *in fundo, in solo* [4], como o proprio Pothier suppõe, que o thesouro está depositado *no seio da terra, no campo* ou *n'uma casa* [5]; parecem mesmo terminantes as palavras do codigo de Napoleão. Entretanto, semelhantes expressões são por demasiado restrictas e referem-se ao que acontece mais normalmente — *quod plerumque fit;* o proprio Pothier comprehende, na ultima phrase *dans une maison,* o deposito em cousa movel. A palavra *caché,* empregada no art. 716.º do codigo de Napoleão, confirma a doutrina de Demolombe.

Concluindo: o thesouro póde estar enterrado ou occulto em qualquer movel; qualquer cousa preciosa, deposito de ouro, prata,

---

[1] Delvincourt, obr. e loc. cit., ibid.

[2] Laurent, obr. cit., n.º 453.

[3] Demolombe, obr. e loc. cit., n.º 34; Duranton, obr. cit., n.º 1124; Pacifici-Mazzoni, obr. cit., n.º 121.

[4] § 39.º, I. *de rer. divis.;* L. 31, § 1.º, D. *de adq. rer. dom.*

[5] Pothier, *Oeuvres de Pothier,* tom. v, pag. 225, § 2.º

etc., que estiver escondido dentro de mobilia ou no interior da parede d'um predio, de modo que se não veja, constitue thesouro.

b) A cousa, constitutiva do thesouro, deve possuir um valor apreciavel; os romanos diziam *depositio pecuniae*, isto é, deposito de quaesquer valores patrimoniaes.

c) Não deve confundir-se o thesouro com as partes integrantes ou componentes do predio; o thesouro constitue uma individualidade caracteristica, não se confundindo com o movel ou immovel onde se encontra; uma mina de ouro não constitue thesouro, pois é parte constitutiva do solo, não possue a individualidade referida [1].

O commentador Dias Ferreira [2] sustentou, que o codigo tomava como synonimas para o effeito da secç. III ou pelo menos applicava as mesmas regras ao thesouro e ás cousas escondidas; a mesma doutrina é perfilhada por Bruschy [3] e advogado Avelino Guimarães [4]. Não podemos, porém, concordar com semelhante interpretação; o estudo comparado dos artt. 423.º, 424.º e 422.º demonstra-nos claramente a differença legal, que existe entre thesouros e cousas escondidas. Conhece-se o dono nas cousas escondidas (art. 422.º), ao contrario do que succede com os thesouros (artt. 423.º e 424.º); é uma differença sensivel.

O commentador Dias Ferreira, duvidando, talvez, da differença entre thesouros e cousas escondidas, acrescentou: «o codigo pelo menos applica as mesmas regras aos thesouros e cousas escondidas». Não podemos acceitar esta concessão do commentador; as normas relativas á achada dos thesouros e cousas escondidas são substancialmente diversas; o processo a seguir pelo achador das cousas escondidas encontra-se nos artt. 406.º e 407.º (art. 422.º); a achada dos thesouros regula-se nos artt. 423.º e 424.º

Quem encontrar um thesouro deve attender ás disposições dos artt. 423.º e 424.º; se não souber que esse deposito tem mais

---

1 Demolombe, obr. cit., n.º 36.

2 Dias Ferreira, obr. cit., pag. 412.

3 Bruschy, obr. cit., pag. 61 e seg.

4 *Revista de Legislação e de Jurisprudencia*, an. V, n.º 232, pag. 378.

de trinta annos [1] de antiguidade, fará annunciar o achado na gazeta da relação do respectivo districto, participando egualmente á auctoridade administrativa da parochia, dentro do praso de tres dias contados desde que elle aconteceu. A auctoridade administrativa, a quem o facto fôr noticiado, fará immediatamente constar aquelle achado por via de editaes e de annuncios em algum periodico, para que qualquer pessoa, que a elle tiver direito, venha recebel-o dentro de dous annos, sob pena de o perder. Se o dono da cousa não apparecer dentro d'esse praso, ficará sendo propriedade do achador no todo ou em parte, nos termos do art. 424.º

Ao contrario, o achador das cousas escondidas necessita de seguir os tramites indicados nos artt. 406.º e 407.º Aquelle que encontrar qualquer deposito d'ouro, prata ou quaesquer outros objectos escondidos, sabendo cujo são, deve restituil-os ou fazer saber a seu dono como são achados, dentro de tres dias, ao mais tardar, sendo o dito dono domiciliado ou residente no mesmo concelho da achada (art. 406.º). Se o dono não fôr domiciliado ou residente no mesmo concelho, e o achador não poder satisfazer ao disposto no art. 406.º, fará saber á auctoridade administrativa da freguezia, no dito praso de tres dias, como esse deposito e mais objectos são achados, a fim de o participar ao seu dono (art. 407.º).

Errou, pois, o commentador, quando attribuiu ao legislador a applicação das mesmas regras aos thesouros e cousas escondidas.

---

[1] Esta dilação é muito longa, e deve trazer necessariamente comsigo. quando a cousa valha a pena, mil demandas. Se os factos provam que ainda não morreu homem rico, embora exposto e impotente, que não venham logo a juizo dez paes, vinte mães e cem filhos, sem fallar nos tios e primos; e que não será a respeito do thesouro, que necessariamente tem de ser conhecido dos especuladores para darem os signaes certos? Por isso prefeririamos, e muito, a disposição do direito romano e francez, que não marcavam prasos, sendo apenas essencial que a achada houvesse sido fortuita e completamente casual». Bruschy, obr. cit., pag. 63. Vid. Demolombe, obr. cit., n.º 41; Laurent, obr. cit., n.º 457; Duranton, obr. cit., n.º 1122; Pacific. Mazzoni, obr. cit., n.º 121, pag. 190; Chironi, obr. cit., § 135.º, n.º 2.º

Na segunda edição reconheceu a força das considerações anteriores, pois diz textualmente: «é da essencia de thesouro estarem escondidos os objectos, e ignorar-se quem é o dono [1].

No art. 424.º occupa-se o codigo da divisão do thesouro entre o dono do predio e o achador; attendendo á diversidade de orientação, seguida pelos jurisconsultos de todas as nações, expomos syntheticamente a evolução d'esta doutrina; melhor comprehenderemos e criticaremos o preceito do art. 424.º

A variedade de pareceres, relativos á divisão do thesouro, resulta do predominio conferido a qualquer d'estes criterios: *jus occupationis, jus accessionis, jus successionis* [2]. Alguns, equiparando o thesouro achado a qualquer *res nullius*, permittem ao proprietario adquiril-o por direito de occupação (art. 383.º); outros invocam o principio da accessão (artt. 2289.º e seg.). Ha ainda quem, reconhecendo a inconveniencia de applicar indistinctamente á acquisição dos thesouros o principio *quod nullius est occupanti conceditur*, invoque o *jus successionis* [3]. Analysaremos a seu tempo

---

[1] Dias Ferreira, *segunda edição*, pag. 295.

[2] O commentador Dias Ferreira (obr. cit., pag. 412; *segunda edição*, pag. 295) diz, que, se fôsse evidente que o deposito tinha mais de trinta annos, julgava-se perdido o direito a elle para o dono, por effeito da prescripção. Não podemos concordar com semelhante doutrina; a prescripção encontra-se definida no art. 505.º: é a acquisição d'uma cousa um d'um direito pelo facto da posse, ou a extincção d'uma obrigação pela não exigencia do seu cumprimento, durante um determinado espaço de tempo; na primeira hypothese chama-se prescripção positiva, na segunda prescripção negativa (art. 505.º). É facil concluir que o thesouro não póde pertencer ao proprietario ou ao achador, em virtude da prescripção positiva ou negativa; o achador não possue o thesouro, como se exigiria na prescripção positiva; nem o proprietario do predio, nem o achador se encontram ligados por qualquer obrigação ao dono do thesouro, obrigação que venha a caducar pela não exigencia do seu cumprimento. Não é necessario recorrer á prescripção; não havendo apparecido dono depois do praso legal, e de se terem cumprido as formalidades prescriptas, surge a presumpção de abandono do thesouro, que se considera *res nullius*.

[3] § 12.º I. *de rer. divis. et adq. ear. dom.*

todos estes criterios; vamos examinar desde já a objectivação historica d'essas diversas orientações.

Em Roma é possivel caracterizar seis periodos, desde Nero até ao imperador Leão, em que a divisão do thesouro era feita diversamente. No 1) *periodo*, desde Nero a Adriano, o thesouro pertencia ao fisco na sua totalidade [1]. No 2) *periodo*, desde Adriano

---

[1] Deve-se a uma imprudencia de Nero o conhecimento da divisão dos thesouros ao tempo d'este imperador; como consequencia da auctoridade suprema, que revestia os imperadores, o thesouro pertencia na integra ao fisco. Tacito (*C. Cornelii Taciti opera quae exstant*, Antuerpiae, M.DC.VII, liv. XVI, C–D, pag. 291) e Suetonio (*Caii Suetonii Tranquilli opera et in illa commentarius Samuelis Pitisci*, trajecti ad Rhenum, tom. II [Nero Claudius Caesar], cap. XXXI, n.os 14–21, pag. 237) narram um facto d'onde naturalmente se deduz a nossa doutrina. A vaidade de Nero permittiu que a fortuna o ludibriasse, pois que um visionario *(mente turbida)* de Carthago, chamado Cesellio Basso, contemplando em sonhos thesouros valiosissimos, obteve do imperador uma audiencia particular, durante a qual o certificou da sua descoberta, certamente determinada pelos deuses. Esses thesouros eram constituidos por muitas galerias *(lateres quippe praegraves jacere)* e columnatas de ouro macisso, que provavelmente ahi teriam sido sepultadas por Dido, acto contínuo á fundação de Carthago. Semelhante noticia excitou Roma inteira: o imperador expediu galeras e prisioneiros a fim de transportarem para Roma o thesouro mysterioso. Por ultimo, averiguou-se que este achador não era mais do que um lunatico importuno. A titulo de curiosidade transcrevemos as duas narrativas.

«Illusit dehinc Neroni fortuna per vanitatem ipsius, et promissa Cesellii Bassi, qui origine Poenus, mente turbida, nocturnae quietis imaginem ad spem haud dubiam retraxit. Vectusque Romam, Principis aditum emercatus, expromit repertum in agro suo specum altitudine immensa, quo magna vis auri contineretur, non in formam pecuniae, sed rudi et antiquo pondere. Lateres quippe praegraves jacere, astantibus parte alia columnis, quae per tantum aevi occulta, augendis praesentibus bonis. Ceterùm ut conjectura demonstrat, Didonem Fenissam Tyro profugam, condita Carthagine, illas opes abdidisse, ne novus populus nimia pecunia lasciviret: aut reges Numidarum et aliàs infensi, cupidine auri ad bellum accenderentur. Igitur Nero non auctoris, non ipsius negotii fide satis spectata, nec missis visoribus per quos nosceret, an vera assererentur, auget ultro rumorem; mittitque qui velut partam praedam adveherent. Dantur triremes et dilectum navigiun juvandae festinationi, nec aliud per illos dies populus credulitate prodenti-

a Antonino Vero, distinguiam-se cinco hypotheses: α) ou o achador encontrou o thesouro em predio proprio, e pertencia-lhe por com-

---

diversâ famâ tulerat. Ac fortè quinquennale ludicrum secundo lustro celebrabatur: oratorisbusque praecipua materia in laudem Principis assumta est. Non enim tantùm solitas fruges, nec metallis confusum aurum gigni, sed nova ubertate provenire terras, et obvias opes deferre deos, quaeque alia summâ facundiâ, nec minore adulatione servilia fingebant, securi de facilitate credentis. Gliscebat interim luxuria spe inani, consumebanturque veteres opes, quasi oblatis quas multos per annos prodigeret. Quin et inde jam largiebatur. Et divitiarum expectatio, inter caussas paupertatis publicae erat. Nam Bassus effosso agro suo, latisque circum arvis, dum hunc vel illum locum promissi specus adseverat, sequunturque non modò milites, sed populus agrestium efficiendo operi assumtus, tandem positâ vecordiâ, non falsa ante somnia sua, seque tunc primùm elusum admirans, pudorem et metum morte voluntariâ effugit. Quidam vinctum ac mox dimissum tradidere, ademtis bonis in locum regiae gazae» (Tac., obr. e loc. cit.). «Ad hunc impendiorum furorem super fiduciam imperii, etiam spe quadam repentina immensarum et reconditarum opum impulsus est: ex indicio equitis Romani pro comperto pollicentis, thesauros antiquissimae gazae, quos Dido regina fugiens Tyro secum extullisset, esse in Africa vastissimis specubus abditos, ac posse erui parvula molientium opera» (Suet.).

Encontramo-nos em frente d'um thesouro, satisfazendo a todos os requisitos legaes:

α) Constitue um conjuncto de objectos preciosos, de valor apreciavel: *specum altitudine immensa, quo magna vis auri contineretur, non in formam pecuniae, sed rudi et antiquo pondere* (Tac., ibid.); ou *thesauros antiquissimae gazae* (Suet., ibid.).

β) O achado reveste uma individualidade caracteristica, distincta do predio onde se encontra: *repertum in agro suo specum... Didonem... illas opes abdidisse* (Tac., ibid.).

γ) O inventor indica claramente o esconderijo onde se encontram as suppostas riquezas: *Bassus... effosso agro suo, latisque circum arvis* (Tac., ibid.).

δ) Não se conhece o dono dos objectos escondidos, embora a conjectura se lembre de os attribuir a Dido, rainha de Carthago: *ut conjectura demonstrat, Didonem Fenissam Tyro profugam, condita Carthagine, illas opes abdidisse* (Tac., ibid.); ou *quos* [thesauros] *Dido regina fugiens Tyro secum extulisset* (Suet., ibid.).

Em presença d'um achado d'esta ordem, Nero reclama-o na sua totalidade sem retribuir o achador ou o proprietario do predio; isto se póde

pleto — *quis in loco suo* [*thesauros*] *invenerit, ei concessit, qui* [*eos*] *invenerit;* β) ou descobriu casualmente o thesouro em terreno sagrado ou religioso e revertia, do mesmo modo, em proveito exclusivo do achador — *idemque statuit, siquis in sacro aut religioso loco fortuito casu invenerit;* γ) ou o encontrou casualmente em terreno de outrem, sem haver empregado diligencias prévias com semelhante intuito, e dividia-se em duas partes: uma para o achador e outra para o proprietario do predio, onde o thesouro se encontrava escondido — *siquis in alieno loco non data ad hoc opera, sed fortuito invenerit: dimidium domino et dimidium inventori;* δ) ou o thesouro foi encontrado em territorio de Cesar e dividia-se egualmente entre o achador e Cesar — *siquis in Caesaris loco invenerit, dimidium inventoris et dimidium esse Caesaris statuit;* ε) ou a descoberta incidiu sobre um terreno publico ou fiscal e revertia egualmente o thesouro em proveito do achador e do thesouro publico ou do fisco — *siquis in fiscali loco, vel publico* [*vel civitatis*] *invenerit, dimidium ipsius esse* [*debeat*] *et dimidium fisci vel civitatis* [1]. No 3) *periodo,* desde Antonino Vero e Pio até Cons-

---

deduzir dos esforços immediatos empregados pelo imperador, sendo frisante, de resto, o silencio dos mencionados auctores. Embora o thesouro não se encontrasse, nem, porisso, a conclusão enferma de rigor logico; as festas e sumptuosidades, que se seguiram á simples noticia do supposto achador Basso, demonstram que o thesouro constituia uma receita do fisco.

Em conclusão: com Fregier, Maynz (*Cours de droit romain* cit., tom. 1, pag. 591), e Schrader (Ad § 39.°, I. *de rer. divis.*, 2, 1) devemos admittir que ao tempo de Nero os thesouros pertenciam ao fisco.

[1] «Thesauros, quos quis in loco suo invenerit, divus Hadrianus, naturalem aequitatem sequutus, ei concessit, qui [eos] invenerit. Idemque statuit, siquis in sacro, aut religioso loco fortuito casu invenerit. At siquis in alieno loco, non data ad hoc opera, sed fortuito invenerit: dimidium domino soli concessit, et dimidium inventori. Et convenienter, si quis in Caesaris loco invenerit, dimidium inventoris et dimidium esse Caesaris statuit. Cui conveniens est, [ut] si quis in fiscali loco, vel publico, [vel civitatis] invenerit. dimidium ipsius esse [debeat,] et dimidium fisci vel civitatis». § 39.° I. *de rer. divis. et adq. ear. dom.*

O historiador Aelio Spartiano, citado por Ortolan (*Explication Historiqu-*

tantino, o achador do thesouro em terreno fiscal, publico, religioso ou de Cesar, era obrigado a entregar metade do deposito ao fisco —*dimidia pars ex his fisco vindicaretur* [1]. No 4) *periodo*, de Constantino até Graciano, dividia-se o thesouro encontrado pelo achador, que voluntariamente o entregasse ao fisco, em duas partes eguaes: uma para o achador, outra para o fisco [2]. No 5) *periodo*, desde Graciano, Valentiniano e Theodosio até Leão, repartia-se o thesouro em quatro partes, uma das quaes pertencia ao proprietario e as restantes ao achador [3]. No 6) *periodo*, desde Leão até aos

---

des Institutes, tom. II, pag. 302) analysa assim as disposições citadas: De thesauris ita cavit ut siquis in suo reperisset, ipse potiretur; siquis in alieno, dimidium domino daret; cum fisco aequaliter partiretur (*In Hadriano*, pag. 9).

[1] «Si in locis fiscalibus, vel publicis religiosisve, aut in monumentis thesauri reperti fuerint: Divi Fratres constituerunt, ut dimidia pars ex his fisco vindicaretur: item si in Caesaris possessione repertus fuerit, dimidiam aeque partem fisco vindicari.... Deferre autem se nemo cogitur, quod thesaurum invenerit, nisi ex eo thesauro pars fisco debeatur. [Qui autem] cum in loco fisci thesaurum invenerit et partem ad fiscum pertinentem suppresserit, totum cum altero tanto cogitur solvere». L. 3.º, §§ 10.º e 11.º D. *de jure fisci*.

[2] «Quicunque thesaurum invenerit et ad fiscum sponte detulerit: medietatem consequatur inventi, alterum tantum fisci rationibus tradat: ita tamen ut citra inquietudinem questionis omnis fiscalis calumnia conquiescat, haberi enim fidem fas est his, qui spõte obluterint, quod invenerint. Siquis autem inventas opes offerre noluerit, et aliqua ratione proditus fuerit: a supradicta venia debebit excludi» Cod. Theod., liv. X, tit. XVIII, constit. I, *ad Rationales*.

[3] «Quisquis thesauros et condita ab ignotis dominis tempore vetustiore, monilia quolibet casu reppererit: suae vindicet potestati, neque calumniae formidinem fiscali, aut privato nomine ullis deferentibus pertimescat. Non metalli qualitas, non repperti modus sub aliquo periculum quaestionis incurrat. In hac tamen naturali aequitate animadvertimus quoddam temperamentum adhibendum, ut si qui in solo proprio hujusmodi contigerit: integro id jure praesumat, qui in alieno in quartam reppertorum partem eum, qui loci dominus fuerit, admittat. Ne tamen per hanc licentiam quisquam aut aliena effodiat, aut in locis non sui juris per faniam suspecta rimetur» Cod. Theod., liv. X, tit. XVIII, const. I, *ad popul. urb. Constant*,

ultimos dias do imperio, restaurou-se a doutrina de Adriano, excluindo-se do beneficio o achador, que empregasse sortilegios na descoberta do thesouro [1].

Na edade média os thesouros pertenciam pelo direito estabelecido ao imperante, ao *dominus glebae*. Pothier [2], reproduzindo o antigo direito francez, dividia o thesouro em tres partes: uma para o senhorio da terra, outra para o proprietario, a restante para o achador. Não erramos attribuindo ao antigo direito francez a doutrina de Pothier.

Na nossa legislação antiga encontram-se reflexos das orientações romanistas. Mello Freire [3], referindo o direito vigente, diz que os thesouros pertenciam ao rei; cita em confirmação da sua doutrina as *Ordenações do Reino* (liv. II, titt. XXVI, §§ 16.º, 17.º; XXVIII, XXXIV). Segundo Corrêa Telles [4], pertencia ao achador no todo, se o achou na sua propriedade ou em logar publico; e se foi achado em propriedade d'outro, metade pertencia ao achador e o restante ao dono da propriedade. Diverge algum tanto a doutrina de Coelho da Rocha [5]; o thesouro pertencia ao achador, na sua totalidade, se foi achado em terreno proprio, ou a metade, se foi

---

[1] «Quod si forte vel arando vel alias terram alienam colendo, vel quocumque casu, non studio perscrutandi, in alienis locis thesaurum invenerit: id quod repertum fuerit, dimidia retenta, altera dimidia data, cum locorum domino partiatur. Ita enim evenit, ut unusquisque suis fruatur, & non inhiet alienis. Jubebat autem illa, ut, qui in defossum thesaurum incidisset, si prædium, in quo inventus esset, ad Principem pertineret, alioquive publicum esset, illum ex æquo cum fisco partiretur: si vero locus, unde thesaurus in lucem prodiisset, neque ad Principem pertineret, neque publicus, sed alterius cujuspiam esset, is æqualibus partibus inter inventorem prædiique dominum divideretur: denique, si inventoris prædium esset, ipsi res inventa universa cederet?» L. I, J. C. *de thesauris*.

[2] Pothier, *Oeuvres* cit., loc. cit.

[3] Mello Freire, *Institutiones Juris Civilis Lusitani* cit., liv. III, tit. III, § 6.º e nota.

[4] Corrêa Telles, obr. cit., art. 32.º

[5] Coelho da Rocha, obr. cit., § 416.º

achado em terreno alheio ou publico; a outra metade competia ao dono do terreno ou ao estado.

Tambem nos codigos modernos não existe a desejada uniformidade. Os codigos de Napoleão (art. 716.°), italiano (art. 714.°) e hespanhol (art. 351.°) repartem egualmente o thesouro pelo proprietario do terreno e achador respectivo. O nosso codigo civil dispõe, que, se o dono da cousa fôr desconhecido, e do proprio deposito se evidenciar que foi feito mais de trinta annos antes, ficará pertencendo ao dono do predio, onde a cousa foi enterrada ou escondida, se elle pessoalmente a achar; e, achando-a outra pessoa, pertencerão dous terços ao dono do predio, e um terço ao achador (art. 424.°).

Na hypothese do thesouro ser encontrado pelo achador em terreno de outrem, quem deverá ser mais favorecido, o proprietario ou o achador?

Os defensores da doutrina do codigo, que favorece evidentemente a situação do proprietario, em detrimento do achador, costumam apresentar varios argumentos, que analysaremos rapidamente.

a) Importante beneficio presta á sociedade o predio, que guardou, ás vezes, um thesouro precioso, durante tantos annos; é razoavel, pois, que o legislador considere devidamente semelhante beneficio, retribuindo com justiça o proprietario do predio, a quem se deve a conservação do thesouro.

Mas, este argumento é reversivo; a entrarmos em considerações metaphysicas d'essa ordem, devemos censurar o proprietario, possuidor d'um predio, que durante tantos annos furtou á circulação das riquezas valores apreciaveis. Mas, abstracções d'esta ordem nada demonstram; o acaso jámais poderá constituir criterio juridico digno da consideração d'um legislador.

Deveria ao contrario ser mais favorecido o achador, que prestou o relevante serviço de trazer á luz publica uma riqueza desconhecida [7].

---

[7] Dias Ferreira, obr. cit., pag. 412.

b) O thesouro pertence, na sua quasi totalidade, ao proprietario por direito de accessão; o meio mais efficaz de objectivar esse modo de occupação encontra-se no beneficio consignado no art. 424.º [1].

Erram os que assim argumentam, pois esquecem uma nota essencial da accessão; na accessão o accessorio deve confundir-se com o principal, o que se oppõe á individualidade caracteristica do thesouro (artt. 401.º, 2289.º). Uma confirmação do que acabamos de dizer encontra-se no art. 2292.º; se a corrente arrancar quaesquer plantas, levar qualquer objecto, ou porção conhecida de terreno, e arrojar essas cousas sobre os predios alheios, conservará o dono d'ellas o seu direito, e poderá exigir que lhe sejam entregues, comtanto que o faça dentro em tres mezes, se antes não fôr intimado para fazer a remoção no praso, que judicialmente lhe fôr assignado (art. 2292.º); para que exista a occupação por accessão é indispensavel que se realize a hypothese do art. 2291.º, isto é, que haja união, incorporação dos objectos arrancados nos predios confinantes.

c) Presume-se que o thesouro haja sido escondido por algum antepassado do possuidor actual; recompensa-se aquella presumpção com o beneficio referido.

Mas, quem não reconhece a fraqueza de semelhante argumentação? O antepassado do possuidor actual poderia esconder o deposito em terreno proprio ou alheio; sendo certo ainda que muitas vezes os antigos possuidores do predio, onde foi achado o deposito, não são os antepassados do possuidor actual.

Não nos insurgimos por completo contra semelhante presumpção; entretanto, convém harmonizal-a com os direitos do achador; nem defendemos a propriedade exclusiva do achador, considerando o thesouro *res nullius;* nem reconhecemos o *jus successionis* do proprietario, com desprezo completo do achador [2].

---

[1] Dias Ferreira, obr. cit., pag. 412.

[2] Demolombe, obr. cit., n.ºs 42 e 43; Laurent, obr. cit., n.º 447; Duranton, obr. cit., n.º 1120; Pacifici-Mazzoni, obr. cit., n.ºs 121 (pag. 189 e seg.), 78 (pag. 110, not. 2); Chironi, obr. cit., § 135.º, n.º 2.

A propria tentativa de Laurent, baseada em qualquer d'estes dous exclusivismos, é insustentavel [1]. Se por um lado é preferivel

[1] Laurent introduz uma reforma fundamental na theoria dos thesouros e, consequentemente, altera as disposições incoherentes de muitos codigos modernos; á lucida comprehensão do professor da universidade de Gand repugna a noção juridica do thesouro, como effeito da accessão para o proprietario, e corollario da occupação para o achador; assim orientado, propõe-se incluir os beneficios do thesouro na esphera da successão; formúla d'este modo o art. 738.º do *Avant-Projet*: «*Le trésor appartient à celui qui le trouve. Lorsqu'il est trouvé dans le fonds d'autrui, il appartient au propriétaire, si, de mémoire d'homme, le fonds a été occupé par la même famille. Le trésor est toute chose cachée ou enfouie, sur laquelle personne ne peut justifier sa propriété, et qui est découverte par le pur effet du hasard* (tom. III, liv. III, pag. 218 e seg.).

Os velhos processos da divisão do thesouro ficam fundamentalmente reformados com esta theoria, que representa um incontestavel progresso; só em virtude do direito de propriedade é que o proprietario do predio, onde o achador descobriu o thesouro, recebe a totalidade do achado, demonstrando que, segundo o depoimento dos homens competentes, a propriedade referida se conservou sempre sob o dominio dos seus antepassados; estabelece-se a presumpção da propriedade permanente e, portanto, a presumpção da propriedade do thesouro.

O proprietario tem incontestaveis direitos á totalidade do thesouro, porque algum dos seus antepassados o occultou; essa presumpção elimina a secção dos thesouros d'entre a *occupação* ou *accessão* e reduz-l'a a um capitulo especial da successão legitima.

O direito da occupação em beneficio do achador subsiste apenas, quando o proprietario não conseguir demonstrar a permanencia legal do dominio do predio nos seus antepassados. Assim, manifesta-se completo ou o direito do proprietario pela successão, ou do achador pela occupação, produzindo este ultimo os seus effeitos, subsequentemente á defecção do primeiro; na realidade, versando a occupação sobre cousas *nullius*, é incompativel com a presumpção da propriedade do thesouro, que a lei reconhece; se o thesouro, por uma successão especialissima, pertence ao proprietario do fundo, de nada vale a occupação do achador. É esta precisamente a hypothese de Laurent. A carencia de fundamento juridico, a contradicção organica do systema vulgarmente seguido, mais corrobora a nova theoria.

No systema antigo, que mandava dividir o thesouro em duas partes eguaes, uma para o proprietario e outra para o achador, admittia-se implicitamente um contracto alcatorio entre o direito do achador e o direito

á theoria classica, pois exclue o direito do proprietario, quando se demonstrar que a posse do predio não esteve entre os seus

---

possivel do proprietario; dizemos *possivel,* muito intencionalmente. O proprietario, como tal, não possue direito ao thesouro, pois que este não póde considerar-se accessorio do fundo; mas, talvez o predio tenha sido anteriormente occupado pelos seus antepassados, pela familia do possuidor actual; talvez um d'esses antepassados depositasse esse mesmo thesouro, que de justiça pertence ao proprietario actual. Com esta probabilidade a lei confere metade do thesouro ao possuidor actual.

Para fundamento d'um direito, commenta Laurent, é muito fragil semelhante presumpção; é possivel basear uma presumpção de propriedade na simples possibilidade? Supponhamos que se demonstra evidentemente a arbitrariedade da supposta presumpção do proprietario: o predio mudou de proprietario; na epocha provavel do deposito não era habitado pela familia do proprietario actual, etc. Apezar de tudo, o proprietario continúa a receber do mesmo modo metade do thesouro, sem possuir o direito de occupação, pois não é achador; nem o de propriedade do thesouro, porque não é herdeiro do depositante. Esta garantia do proprietario reverte no prejuizo manifesto do achador a quem a lei priva injustamente da metade d'uma dadiva, que a fortuna lhe concedeu. Só uma lei iniqua póde cohonestar semelhante desegualdade.

Não podemos deixar de criticar a solução engenhosa, excogitada pelo distincto commentador do codigo de Napoleão e consagrada no *Avant-Projet;* a originalidade da theoria convida-nos. Laurent cita a decisão do tribunal de Bruxellas (5 de abril de 1823), vendo n'ella um precedente historico da sua theoria. Essa decisão representaria, quando não fôsse uma ignorancia da doutrina estabelecida, uma opinião individual, destituida de fundamento scientifico e, por isso, geralmente ignorada. O tribunal de Bruxellas julgou que certo proprietario tinha direito ao thesouro, depois de demonstrar que, desde a epocha do deposito, o predio havia sido inalteravelmente habitado pela sua familia.

Modernamente os jurisconsultos mais eminentes protestam contra as theorias inventadas adrede para defender os artigos secularmente consagrados sobre a achada de thesouros; ou, abertamente, sustentando theorias, que involvem a rejeição completa da legalidade criticada ou em phrases, propositadamente dispersas, quasi todos os civilistas impugnam a tradicção constituida, admittida pelo codigo civil portuguez.

Émille Acollas lamenta que ainda não chegasse o tempo em que se extinguissem por completo os *dona fortunae,* os *beneficia Dei,* ensinando-se a

antepassados, tem mais inconvenientes do que ella, por conferir ao proprietario todo o thesouro, em prejuizo do direito do achador,

---

todos os homens, que a sciencia do direito repudiava qualquer propriedade, que não assentasse no esforço proprio, como unica base legitima. «*Mais il serait temps, pour la science du droit, d'en finir avec les* dona fortunae *et les* beneficia Dei *et d'apprendre à tout l'homme que la propriété n'a d'autre base légitime que l'effort propre*» (Émile Acollas, *Manuel de Droit Civil*, tom. II, pag. 20).

Esta doutrina, embora nos conduza a consequencias inadmissiveis, representa uma reacção exaggerada contra as theorias consagradas officialmente. Laurent, obedecendo ao mesmo principio, substitue os principios romanistas pela theoria, que vamos analyzar.

Não nos devemos deixar suggestionar desmedidamente pela novidade das soluções, que nem sempre traduzem a verdade philosophica; prestando culto aos esforços de Laurent, não podemos deixar de confessar, que a sua theoria está longe de satisfazer aos requisitos exigidos pelo mesmo civilista na construcção de qualquer doutrina organica sobre thesouros.

A antinomia, consequencia necessaria de toda a doutrina artificial, mechanista, anti-organica, constitue um defeito fundamental da solução expendida. O direito do proprietario flue da successão legitima, emquanto a garantia do achador resulta da occupação d'uma cousa *nullius:* o mesmo objecto precioso, o mesmo deposito constitutivo do thesouro, pelo destino da fortuna beneficiará o proprietario ou o achador, pois nada mais facil do que desapparecer a memoria dos homens competentes e, subsequentemente, a successão legitima do proprietario; e a lei civil jámais deve constituir o acaso da sorte em criterio fixo e inalteravel de direitos, que collidem. Não attribuamos á theoria de Laurent outra significação, que não seja arvorar o acaso da fortuna em criterio juridico.

Convém observar que a legislação civil não deve limitar-se á crystallização dos principios absolutos da justiça, desprezando as condições variaveis em que se movem as sociedades humanas; o ideal dos legisladores modernos reside na justiça social, na equidade juridica. Ora, Laurent despreza completamente a equidade para se acostar a uma pretendida justiça suprema, quando estipula a não-retribuição do achador, sempre que o proprietario demonstrar a permanencia do predio, onde appareceu o thesouro, na familia dos seus antepassados.

Suprema contradicção! Arvora a fortuna em criterio juridico, quando reconhece a occupação do achador, prejudicado o principio da successão;

baseado na simples possibilidade. Deante d'um direito possivel, como é o do proprietario, desapparece o direito certo e incontestavel do achador.

Se o thesouro fôr achado em terreno de outrem, observa Laurent [1], dividir-se-ha em duas partes, uma das quaes pertence ao

---

n'esse caso a felicidade do achador é prodigamente reconhecida pelo legislador; por outro lado, despreza a sorte do achador, quando o proprietario vingar a demonstração legal!

Assim, o beneficio prestado pelo achador ao proprietario, os trabalhos empregados na achada do thesouro, a conducta primorosa do achador participando o occorrido ao proprietario em vez de occultar os objectos preciosos encontrados, o feracissimo exemplo de honestidade civica e estimulo competente não merecem a minima disposição no *Avant-Projet* de Laurent!

A theoria criticada é antinomica, rigorista e anti-social; verifiquemos em seguida a sua inconsequencia.

A classica divisão do thesouro em partes eguaes, recompensando o proprietario e o achador, merece critica desfavoravel de Laurent, porque a simples possibilidade não deve servir de base á presumpção d'um direito; ora, o direito do proprietario era constituido pela possibilidade dos seus antepassados terem feito o deposito descoberto. Entretanto a solução de Laurent não evita semelhante censura.

Demonstrando-se que o predio esteve sempre em poder da familia do actual proprietario, este tem direito a receber o thesouro completo. Mas, quem garante a Laurent que o depositante do thesouro é sempre o proprietario do predio?! Os intuitos do depositante, em regra, não fundamentarão a doutrina contraria?! Como demonstrar, de resto, com uma precisão mathematica, que o thesouro foi escondido em certa epocha?!

Em vista d'estas considerações, concluimos que a doutrina de Laurent repousa tambem sobre uma simples possibilidade; e, se por um lado é preferivel á theoria classica, pois exclue o direito do proprietario, quando se demonstrar que a posse do predio não esteve entre os seus antepassados tem mais inconvenientes do que ella, por conferir ao proprietario todo o thesouro, em prejuizo do direito do achador, baseado na simples possibilidade. Deante d'um direito possivel, como é o do proprietario, desapparece o direito certo e incontestavel do achador. Sob este ponto de vista julgamos preferivel a divisão do thesouro entre o proprietario e o achador; em principio reconhece-se a impossibilidade de seguir uma linha de conducta certa e inflexivel, e obedece-se aos preceitos da equidade juridica.

[1] Laurent, obr. cit., n.º 447.

achador e a outra ao proprietario do fundo. Qual a razão porque a lei não dá a totalidade do thesouro ao achador, desde que se trata da acquisição da propriedade por direito de occupação? Só o achador póde invocar o direito de occupação e, invocando-o, pertence-lhe a totalidade do deposito. Na verdade existe uma differença importante entre o thesouro e quaesquer outras cousas, que constituam objecto de occupação; estas não pertencem a ninguem, são *res nullius;* o thesouro pertence, em ultima analyse, ao individuo que o occultou; se se apontar o verdadeiro proprietario, em termos legaes, ser-lhe-ha restituido o thesouro. Com mais exactidão: apenas existe thesouro quando ninguem se apresentá a reclamal-o em termos legaes.

Mas, não se póde concluir a não-existencia do proprietario, desde que ninguem compareceu a justificar a sua propriedade nos termos da lei: existe sempre um dono desconhecido. Ora, o legislador respeita os direitos d'esse dono desconhecido e suppõe que o depositante do thesouro é um antepassado do proprietario actual; por isso lhe confere metade do valor depositado (cod. de Napol., art. 716.º). Pacifici-Mazzoni explica a meação do proprietario pelo *jus soli,* que confere ao proprietario direito sobre o que se encontra dentro do solo, que lhe pertence [1].

---

[1] «Não sendo a achada do thesouro effeito se não de mera casualidade, observa Bruschy, é claro que não é por direito estricto, que se deve partilhar o achado, mas pelos principios da equidade. O proprietario tem por si o principio do dominio e, portanto, o direito de fazer seu tudo o que constitue parte do seu predio; mas o caso está em que seja parte do seu predio o thesouro. O achador tem por si o ser o facto por elle praticado o que fez descobrir o deposito; mas sendo esse facto mera casualidade, aliás não é thesouro o que se acha, falta-lhe o animo de adquirir; e em todas as especies de occupação o animo é essencial para conjunctamente com a apprehensão se dar o dominio. Portanto é necessario deduzir os direitos do proprietario e achador de outros principios. Ao achador não é por direito, mas por calculo utilitario, que as leis lhe attribuem uma parte do achado; porque querem assim estimular a diligencia e cuidado dos trabalhadores e operarios, e evitar que o saberem que não têm parte no achado não seja incitamento para o guardarem todo para si e o occultarem». Bruschy, obr. cit., pag. 63.

D'este modo julgamos exaggeradamente favorecido no nosso codigo o proprietario, em detrimento do achador; substituir-se-hia com vantagem a doutrina do art. 424.º pela disposição do art. 395.º do projecto de Goyena [1], que mandava dividir, á semelhança de Graciano, Valentiniano e Theodosio, o thesouro achado em quatro partes eguaes: uma para o proprietario e as tres restantes para o achador.

Quando não se seguisse este extremo radicalmente opposto, seria ainda preferivel ao *statu quo* do nosso codigo o disposto nos codigos de Napoleão (art. 716.º), italiano (art. 714.º) e hespanhol (art. 351.º), dividindo-se o thesouro em duas partes eguaes, para o proprietario e achador. Era tambem a doutrina de Adriano, Antonino Vero, Pio, Constantino e Leão; as nossas tradições juridicas não se afastavam de semelhante processo.

Concluindo: insustentavel por completo é a doutrina do nosso codigo sobre a divisão dos thesouros achados em terreno alheio; o rigorismo juridico não deve collocar o achador na contingencia de ser honesto, sem premio, com premio insignificante, ou interesseiro, repudiando a lei; os estimulos são necessarios.

Para o effeito da divisão do thesouro quem se considera achador? É de importancia prática a solução d'esta difficuldade.

Suppunhamos que um individuo suspeita achar-se escondido um thesouro em certo predio, que lhe pertence. As investigações deverão ser pessoalmente feitas por elle, ou poderá empregar, com este intuito, certo numero de operarios, que não terão jus á quota parte do deposito encontrado?

Seria, em verdade, deshumano obrigar o dono do predio, não acostumado a trabalhos d'esta ordem, a investigar pessoalmente o thesouro, de cuja existencia suspeita. Se o proprietario declarar aos operarios o fim das suas indagações, o thesouro pertencer-lhe-ha na totalidade, não havendo logar a hypothese do art. 424.º

---

[1] Garcia Goyena, *Concordancias, Motivos y Commentarios del Código Civil Español* cit., art. 395.º

Esta mesma doutrina é confirmada pelo art. 449.º § 1.º do projecto primitivo; «se o deposito fôr encontrado em predio proprio do achadôr, ou seja por elle pessoalmente, ou por operarios que trabalharem por sua conta, ficará pertencendo na totalidade ao dito achador, que retribuirá os operarios como bem lhe parecer (proj. prim., art. 449.º, § 1.º)». Dispunha-se, pois, no projecto primitivo, que o thesouro pertenceria na totalidade ao proprietario, ainda quando fôsse encontrado pelos seus operarios. A commissão revisora, porém, votou uma importante modificação á doutrina do projecto; na sessão de 5 de dezembro de 1860 «votou-se que qualquer pessoa, incluindo o trabalhador, que por acaso achar o deposito, tenha um terço» [1]. Ora, na hypothese apresentada, os operarios não encontraram por acaso o thesouro, sabiam préviamente do fim a que visavam as suas investigações — a descoberta do thesouro. O thesouro pertencerá, pois, na totalidade ao proprietario, embora haja sido descoberto pelos operarios, préviamente advertidos pelo proprietario. Os operarios, sabendo que se procura um thesouro, abdicam dos seus direitos de achadores; ha uma quasi-renuncia [2].

Os commentadores francezes discutem ainda quem possue os direitos de achador; o individuo que primeiro descobriu o thesouro, o que em primeiro logar o apprehendeu physicamente? Inclina-se a maioria pela primeira hypothese. Considera-se achador o que em primeiro logar descobriu o deposito; como observa Demante, a lei procura consagrar o beneficio prestado á riqueza social pelo achador, independentemente do *jus occupationis* [3]. Portanto, parece razoavel que se divida a quota parte do valor do thesouro, pertencente ao achador, por todos os operarios que trabalham na mesma obra, n'um regimen de quasi-sociedade [4].

---

[1] *Actas* cit., pag. 75.

[2] Demolombe, obr. cit., n.º 50; Laurent, obr. cit., n.º 450; Pacifici-Mazzoni, obr. cit., n.º 121, pag. 191; Dias Ferreira, obr. cit., pag. 412.

[3] Demolombe, ibid.

[4] Ibid., n.º 55.

Quem se considera proprietario para os effeitos do art. 424.°? É facil verificar a importancia prática d'esta questão.

Da leitura do art. 424.° e § resulta que para a divisão do thesouro se deve attender á natureza do direito de propriedade a que se referem os artt. 2187.°–2189.°; a propriedade perfeita, que consiste na fruição de todos os direitos, contidos no direito de propriedade, comprehende os direitos de usar, fruir, dispôr e reivindicar; a propriedade imperfeita consiste na fruição de parte d'esses direitos; são manifestações da propriedade imperfeita: a emphytheuse, censo, quinhão, usufructo, uso, habitação, compascuo e servidões (artt. 2187.°–2189.°); todos os direitos, comprehendidos no direito de propriedade, podem estar reunidos no mesmo individuo, ou em individuos differentes; assim se constitue a propriedade perfeita ou imperfeita.

Em geral, para o effeito da divisão do thesouro, considera-se proprietario o possuidor da propriedade perfeita (artt. 424.°, 2187.°); o emphyteuta e sub-emphyteuta, embora possuidores de propriedade imperfeita (artt. 2189.°, 1653.°, 1701.° e seg.), são equiparados aos proprietarios com pleno dominio para os effeitos do art. 424.°

O projecto primitivo (art. 449.°, § 5.°) repartia o quinhão, pertencente ao dono do predio, entre o senhorio directo e o util, nos predios emphyteuticos e sub-emphyteuticos. Porém, o codigo dá por inteiro o quinhão do dono ao senhorio util, que é o verdadeiro proprietario do predio, onde o thesouro fôr encontrado, pois que o senhorio directo não tem direito se não ao fôro e mais direitos dominicaes, taxativamente marcados nas leis.

E assim deveria ser, porque as relações do emphyteuta e sub-emphyteuta com os predios respectivos são mais intimas do que as que prendem o senhorio directo aos predios onerados com o fôro.

O foreiro tem direito a usufruir o predio e a dispôr d'elle como cousa sua, salvas as restricções expressas na lei (art. 1673.° póde hypothecar o predio e oneral-o com quaesquer encargos ou servidões sem consentimento do senhorio directo, comtanto que

a hypotheca ou o onus não abranja a parte do valor do predio, que corresponde ao fôro e mais um quinto (art. 1677.º); póde doar e trocar livremente o predio e vendel-o nos termos da lei (artt. 1677.º e 1678.º).

Em summa: os direitos do foreiro sobre os predios aforados são mais importantes do que os direitos do senhorio directo. Devem, pois, equiparar-se os seus direitos aos do proprietario perfeito.

Mas, não podemos comprehender na excepção ao art. 424.º todas as manifestações da propriedade imperfeita; o § unico do art. 424.º é taxativo, menciona apenas a emphyteuse e sub-emphyteuse. Basta, de resto, por exemplo meditar nos artt. 2207.º e 2216.º para não applicarmos ao usufructuario a mesma doutrina do § unico. O usufructuario póde gosar pessoalmente da cousa, emprestal-a, arrendal-a ou alugal-a e até alienar o seu usufructo; mas os contractos que fizer não produzirão effeito, se não emquanto o usufructo durar (art. 2207.º); se o usufructuario descobrir no predio usufruido algum thesouro, observar-se-hão as disposições d'este codigo ácerca dos que acham thesouro em terreno alheio (art. 2216.º).

O usufructuario e o arrendatario, observa Dias Ferreira, em vista da lettra do codigo e das alterações, que a commissão revisora introduziu no projecto primitivo, não têm direito a parte alguma no thesouro, se não fôrem achadores. Com razão é excluido d'este beneficio mesmo o usufructuario, que só tem direito aos fructos, porque o thesouro não se considera fructo do predio. Se o usufructuario fôr descobridor tem um terço como outro qualquer. Verdade seja que das notas ao referido art. 440.º do projecto da commissão revisora de 1863, consta que a commissão votara que o usufructuario e o arrendatario tivessem a metade, quando fôssem achadores. Porém, na edição de 1864, não se consignou semelhante ideia, antes os artt. 430.º e 431.º apparecem com a mesma redacção, que têm os artt. 423.º e 424.º do codigo, e o art. 2216.º, aliás escusado em presença dos artt. 423.º e 424.º, determina muito positivamente, que o thesouro

descoberto pelo usufructuario no predio usufruido está sujeito ás mesmas regras, como se fôsse descoberto em terreno alheio [1].

Equiparar-se-ha ao proprietario, para o effeito da divisão do thesouro, o possuidor de boa-fé do predio, onde foi achado um thesouro?

A seu tempo estabeleceremos a noção de posse de boa-fé (art. 476.º); n'este momento basta recordar a fórmula de Coelho da Rocha: posse de boa-fé é aquella, que procede de titulo, cujos vicios não são conhecidos do possuidor (art. 476.º) [2].

Se um possuidor de boa-fé encontrar um thesouro no seu terreno, a qualidade de possuidor de boa-fé conferir-lhe-ha o direito de ser considerado proprietario, para os effeitos da divisão do thesouro? Inclinamo-nos pela negativa; o possuidor de boa-fé faz seus os fructos naturaes e industriaes, que a cousa produziu e que fôram colhidos até ao dia em que cessou a boa-fé (art. 495.º); mas o thesouro, como temos dito, não se considera fructo do predio. Portanto, se o possuidor de boa-fé encontrar um thesouro no predio respectivo, pertence-lhe a terça parte como simples achador; o restante será conferido ao proprietario, nos termos da lei [3].

---

[1] Dias Ferreira, obr. cit., pag. 412 e seg.; *segunda edição*, pag. 296; Demolombe, obr. cit., n.º 47; Laurent, obr. cit., n.º 448 e seg.; Pacifici-Mazzoni, obr. cit., n.º 121, pagg. 190–191; Chironi, obr. cit., § 135.º

[2] Coelho da Rocha, obr. cit., § 437.º

[3] «Já se tem confundido o processo da entrega da herança jacente com o processo da entrega do thesouro, quando aquelle é judicial e este antes de tudo administrativo, e quando no rigor de direito *não existe herança sem auctor conhecido, e sem comprehender certa universalidade de direitos*, embora não sejam conhecidos os herdeiros (art. 1737.º) e no thesouro ignora-se o dono e comprehende-se porção restricta de bens. Além d'isso, á auctoridade administrativa, a quem fôr noticiada a existencia do thesouro ou deposito escondido d'ouro, prata ou quaesquer objectos de valor, só compete fazer constar o facto por annuncios e editaes, para qualquer pessoa com direito ao deposito achado o vir receber dentro em dois annos (Accordão do *Supremo Tribunal de Justiça*, de 7 de maio de 1872; *Diario do Governo* n.º 129, an. de 1872; *Revista de Legislação e de Jurisprudencia*, an. VI, n.º 290

Se no momento da achada do thesouro apparecer um individuo, que, pelas referencias ao objecto achado ou a certas indicações encontradas no deposito, como pergaminhos, medalhas, etc., mostre claramente ser o dono do thesouro, este deverá entregar-se-lhe, porque o deposito apenas é thesouro quando se ignore, cujo é (art. 423.º).

O art. 425.º protege o direito de propriedade, á semelhança do que se encontra disposto nos artt. 384.º, n.os 2.º e 3.º, 385.º–387.º, 389.º–390.º, 390.º–392.º e 396.º Embora as disposições constantes d'esses artigos sejam inspiradas pelo mesmo intuito, as restricções impostas nos artt. 384.º, n.os 2.º e 3.º, 385.º–387.º, 389.º–390.º, 390.º–392.º e 396.º mandam attender ao estado e disposição do terreno, emquanto o art. 425.º prohibe expressamente procurar thesouros em predio particular alheio, sejam quaes fôrem as disposições e o estado do predio. Certamente, qualquer individuo póde procurar thesouros em predio alheio, obtendo prévia auctorização do dono respectivo, a quem entregará dois terços do objecto achado; mas, quem empregar quaesquer diligencias n'esse sentido, sem a mencionada auctorização, fica constituido na obrigação de entregar todo o achado ao proprietario, respondendo a demais por perdas e damnos (art. 425.º). Se, porém, a achada fôr casual, havendo o achador entrado no predio para qualquer outro fim, não se applicam as disposições do art 425.º

---

pag. 480) e correr com todas as diligencias até á entrega do thesouro, não havendo contestação. Levantada, porém, questão, ou sobre a data do thesouro, ou sobre a parte do achador, ou sobre a legitimidade do requerente, ou sobre qualquer outro assumpto contencioso, é ao poder judicial que pertence a resolução das duvidas, visto não a deferir o codigo expressamente á auctoridade administrativa. Da sentença que julgar jacente ou devoluto á fazenda nacional o thesouro cabe recurso de appellação em ambos os effeitos, porque a questão não é de deposito, e sim de direito de propriedade (Accordão da *Relação de Lisboa*, de 3 de novembro de 1871; *Revista de Legislação e de Jurisprudencia*, an. v, n.º 209, pag. 15)». Dias Ferreira, *segunda edição*, pag. 296.

Supponhamos que um individuo entra em predio alheio, com o fim de arrancar uma arvore, ou um marco de divisão, e encontra um thesouro, quando procedia a semelhante trabalho; evidentemente o achador fica sujeito á responsabilidade civil e criminal (art. 2364.º), sendo a criminal fixada pelo art. 445.º do codigo penal: «qualquer pessoa que, sem auctoridade da justiça, ou sem consentimento das partes a que pertencer, arrancar marco posto em alguma propriedade por demarcação ou de qualquer modo o supprimir ou alterar, será condemnado a prisão d'um mez a um anno e multa correccional correspondente». Entretanto a divisão do thesouro achado molda-se pelas disposições do art. 424.º; foi encontrado casualmente.

Para melhor intelligencia da doutrina, convém observar o seguinte: 1) a disposição do art. 425.º comprehende tambem o arrendatario e usufructuario; se qualquer d'estes possuidores procurar thesouro no predio arrendado ou usufruido, sem licença do dono, perderá o terço e ficará sujeito á responsabilidade por perdas e damnos, salvo se a achada fôr casual; o que determina a applicação do art. 425.º; 2) a expressão *predio particular alheio* abrange tambem os que pertencem a juntas de parochia, visto estas corporações poderem considerar-se como particulares, relativamente aos direitos susceptiveis de dominio privado (art. 516.º); 3) não julgamos comprehendido na generalidade do art. 425.º o possuidor de boa-fé, que, suspeitando da existencia d'um thesouro em predio proprio, o encontre após as diligencias convenientes; o possuidor de boa-fé realiza todas as diligencias, convencido de que é o legitimo dono, não tendo a quem pedir a permissão exigida pelo art. 425.º; semelhante pedido equivaleria a confessar-se abertamente possuidor de má-fé. Entretanto, depois de apparecer o verdadeiro dono, tem obrigação de restituir os dous terços da lei ao verdadeiro proprietario.

Egualmente não é permittido a ninguem procurar thesouros em predios municipaes ou do estado, por maneira tal que os possa deteriorar, sem licença da municipalidade ou da repartição publica respectiva, debaixo da comminação do art. 425.º (art. 426.º). A

especialidade d'esta disposição resulta da diversa natureza das cousas particulares, communs ou do estado, visto que a propriedade d'estas ultimas pertence a todos os individuos d'um municipio ou d'uma nação.

Aquelle que se apropriar de thesouro ou cousa escondida, em prejuizo dos direitos de terceiro, declarados nos artt. 422.º e seg., perderá a parte que aliás lhe pertenceria, a qual será applicada em proveito dos estabelecimentos de beneficencia pupillar da comarca, onde o thesouro tiver sido achado (art. 427.º).

É certo que estes estabelecimentos de beneficencia pupillar, como demonstramos [1], ainda não fôram creados, applicando-se todavia o disposto no art. 969.º do codigo do processo civil; na hypothese do art. 419.º, § 4.º o achador cumpriu todas as formalidades estatuidas por lei; no art. 427.º trata-se d'uma multa imposta ao achador por não haver cumprido as formalidades legaes; tem logar a hypothese prevista no art. 969.º do codigo do processo civil, isto é, entra a terça parte, relativa ao achador, nos cofres da Casa Pia de Lisboa, asylos de infancia desvalida ou misericordias, nos outros logares do reino (artt. 419.º, § 4.º, 427.º; cod. do proc., art. 969.º).

SECÇÃO IV

Da occupação das embarcações e de outros objectos naufragados

O naufragio, ou perda de todo ou parte do corpo e carga d'uma embarcação, navegando no alto mar, póde realizar-se por varios modos: *alijamento,* isto é, quando a guarnição d'uma embarcação, para salvar pessoas e parte da carga, a lança ao mar, no todo ou em parte, para alijeirar a embarcação; *encalhamento na costa,* resultante de *haver dado á costa,* por vontade e deliberação tomada, effeito de descuido ou força maior; *entrada no porto,* que não era

---

[1] Vid. pagg. 141–144.

o do seu destino, com agua aberta; *submersão completa* no alto mar, sendo os objectos naufragados arrojados á costa. Na legislação costumeira dos povos antigos, os objectos naufragados consideravam-se *res nullius;* aos rhodios coube a honra de haverem estabelecido o principio de que os bens dos naufragos pertenciam a seus donos. Nos primeiros tempos de Roma vigorou o barbaro costume de se declararem pertencentes ao fisco estas reliquias da desgraça; mas os romanos adoptaram promptamente as leis rhodias e no *Digesto* ha mesmo um titulo com esta denominação.

Em França, até á Ordenança de Luiz XIV, havia a mesma jurisprudencia barbara, mas desde então os codigos modernos consideraram acto de pirataria esta apropriação [1].

> Art. 428.º Tudo o que diz respeito a embarcações naufragadas, á sua carga, ou a quaesquer fazendas ou objectos de dominio particular, que o mar arroje ás praias, ou que se apprehenderem no alto mar, será regulado pelas disposições do codigo commercial e das leis administrativas.

Não é regulado pelo codigo civil, mas pelas leis administrativas e commerciaes, o que diz respeito a embarcações naufragadas, á sua carga, ou a quaesquer fazendas, ou objectos do dominio particular, que o mar arroje ás praias, ou se apprehendam no alto mar (art. 428.º); pois não se reputam hoje, como nos termos primitivos, presa do primeiro occupante os bens dos naufragos.

Segundo o velho codigo commercial (artt. 1584.º e 1609.º) os objectos provenientes do naufragio deviam ser arrecadados pelas auctoridades respectivas, annunciados nos jornaes, vendidos em leilão, e, depois de deduzidas as despezas, depositado o preço por conta do dono, se este não apparecesse a reclamal-o.

Pelo novo codigo commercial (artt. 676.º–680.º) tambem a ninguem é licito apropriar-se pela occupação de embarcações naufragadas, ou seus fragmentos, da sua carga ou de quaesquer

---

[1] Bruschy, obr. cit., pag. 65 e seg.

fazendas ou objectos do dominio particular, que o mar arrojar ás praias ou se apprehenderem no alto mar.

O que salvar navio ou fazendas naufragadas e não fizer immediatamente entrega ao dono ou a quem o representar, sendo-lhe pedida com caução bastante ás despezas de salvação, perderá todo o direito a qualquer salario de assistencia ou salvação, e responderá pelos damnos causados pela retenção, sem prejuizo da acção criminal, se houver logar.

O que salvar ou arrecadar navio ou fazendas no mar ou nas costas na ausencia do dono ou de seu representante, não sendo este conhecido, transportará e entregará immediatamente á auctoridade fiscal do logar mais proximo da salvação os objectos salvos, sob pena de perder o direito que tiver a qualquer salario de assistencia ou salvação, e de responder por perdas e damnos, sem prejuizo da acção criminal, se a esta houver logar.

A salvação dos navios encalhados, em perigo ou naufragados, assim como das fazendas arrojadas á costa, quer o capitão esteja presente, quer ausente, é sujeita á fiscalização da auctoridade competente.

Á auctoridade que presidir ao salvamento incumbe:

1.° Inventariar os objectos salvos, provendo á sua arrecadação;

2.° Ordenar, não havendo reclamação, a venda publica das fazendas sujeitas a perda immediata, ou cuja conservação e guarda fôr evidentemente prejudicial aos interesses do proprietario;

3.° Annunciar dentro dos oito dias seguintes á salvação, em um dos periodicos da localidade ou da mais proxima que houver, todas as circumstancias do sinistro, com designação das marcas e numeros das fazendas, e convidar os interessados a fazer as suas reclamações;

4.° Dar superiormente conta do evento e das providencias tomadas;

5.° Praticar tudo mais que os regulamentos especiaes prescreverem.

Apresentando-se o dono ou o seu legitimo representante a reclamar, ser-lhe-hão entregues, provado o seu direito, os objectos

salvos ou o seu producto, pago o salario devido e mais despezas, ou prestada caução idonea.

Havendo duvida sobre o direito do reclamante, opposição de terceiros, ou contestação sobre a salvação, serão as partes remettidas para juizo.

Não apparecendo reclamantes depois dos annuncios mencionados, serão vendidos em almoeda os objectos salvos, e consignado o seu producto, deduzidas as despezas de salvação, na caixa geral dos depositos [1].

CAPITULO IV

Da occupação dos objectos e productos naturaes, communs ou não apropriados

Cumprindo fielmente o plano do codigo, anteriormente esboçado [2], cumpre-nos commentar o cap. IV (artt. 429.º–473.º), que versa sobre a occupação dos objectos e productos naturaes, communs ou não apropriados: estudamos já a occupação das cousas animadas e inanimadas.

Este capitulo da occupação acha-se naturalmente dividido em quatro secções: I) substancias animaes de qualquer natureza, creadas nas aguas publicas ou nas communs e productos naturaes que não fôrem propriedade exclusiva d'outrem (artt. 429.º–430.º); II) aguas (artt. 431.º–464.º); III) mineraes (artt. 465.º–467.º); IV) substancias vegetaes, aquaticas ou terrestres (artt. 468.º–473.º).

SECÇÃO I

Disposição geral

A doutrina d'esta secção encontrava-se contida n'um só artigo (art. 454.º) do projecto primitivo, correspondente ao 430.º do

---

[1] Dias Ferreira, *segunda edição*, pag. 292 e seg.; *Codigo do processo commercial* de 24 de janeiro de 1895, artt. 170.º–171.º

[2] Vid. pag. 76.

codigo actual; n'esse artigo declarava-se o direito, que a todos assiste de occupar todos os objectos ou productos naturaes, que não fôssem do dominio d'outros; esse direito era regulado por diversos artigos do codigo. Inseriu-se anteriormente ao art. 430.º o art. 429.º, que vamos analysar.

> Art. 429.º A occupação de substancias animaes de qualquer natureza, creadas nas aguas publicas ou nas communs, que vierem arroladas ás margens ou ás praias, regular-se-ha pelo que, nos artt. 468.º e 469.º, vae determinado ácerca das substancias vegetaes aquaticas.
>
> Art. 430.º É licito a todos occupar quaesquer objectos ou productos naturaes, que não fôrem propriedade exclusiva de outrem, salvas as declarações e restricções inseridas no presente codigo [1].

Combinando os artt. 429.º, 468.º e 469.º é facil concluir que as substancias animaes, arroladas ás praias das aguas publicas, podem ser occupadas por qualquer pessoa emquanto estiverem nas proprias margens, qualquer que seja a parochia ou concelho onde resida (art. 468.º), não se permittindo exclusivo algum para os habitantes d'uma ou d'outra localidade, mediante regulamentos, que hoje são da competencia das repartições hydraulicas (Dec. de 1 e 19 de dezembro de 1892) e não das camaras municipaes, ainda que as aguas sejam communs; as que fôrem arroladas ás margens das aguas communs sómente podem ser occupadas pelos vizinhos do respectivo municipio ou parochia, salvo com permissão da camara municipal ou havendo antigo uso e costume em contrario (art. 469.º).

Mas, se o art. 429.º manda applicar ás substancias animaes, que vierem arrolar ás margens ou ás praias, as disposições dos artt. 468.º e 469.º, deveremos applicar esses mesmos artigos ás substancias animaes, que se encontrarem no seio das aguas?

---

[1] Cod. de Napol., art. 717.º; — A.-Proj., art. 740.º; — Cod. Ital., art. 719.º; — Cod. Hesp., art. 617.º; — Cod. das D. Sicil., art. 637.º; — Cod. Austr., art. 388.º; — Cod. da Sard., art. 691.º

O commentador Dias Ferreira inclina-se pela affirmativa; as regras sobre a occupação de substancias vegetaes, creadas nas aguas publicas ou communs, são egualmente applicaveis ás substancias animaes, não só ás que vierem ás margens, como diz o art. 429.°, mas tambem e por identidade de razão ás que se acharem no seio das aguas [1].

Não concordamos com o illustre jurisconsulto pelas seguintes razões: *a*) o elemento grammatical não o permitte; se o legislador quizesse referir-se ás substancias animaes, que se encontram no seio das aguas, não dizia apenas *que vierem arroladas ás margens ou ás praias* (art. 429.°); *b*) os artt. 395.°–399.°, sobre a pesca, regulam a occupação das substancias animaes contidas no seio das aguas; não é conveniente admittir que varios artigos em secções diversas legislem sobre o mesmo assumpto; *c*) a doutrina de Dias Ferreira involve uma contradicção flagrante; no art. 395.° permitte-se a todos pescar nas aguas publicas; entretanto, semelhante preceito seria contrariado pelos artt. 429.°, 468.° e 469.°, que, na opinião de Dias Ferreira, permittiriam a occupação das substancias animaes contidas nas aguas communs, a pesca, apenas aos municipes ou parochianos respectivos. O art. 429.°, portanto, refere-se apenas ás substancias animaes fóra das aguas, onde fôram creadas e não ás contidas no seio das mesmas aguas.

Sempre que ás margens d'uma corrente publica ou commum, que atravessa predios particulares, fôrem arroladas substancias animaes, devem applicar-se invariavelmente as regras do art. 429.°? O art. 429.° não distingue a natureza do predio, onde são arroladas as substancias; poderia, pois, julgar-se que abrangiam esta hypothese as normas do art. 429.°, o que todavia é contrariado pelas seguintes razões: *a*) o art. 470.° confere ao dono do predio particular as substancias vegetaes, que fôrem arroladas pelas aguas sobre o seu predio; devemos applicar esta doutrina á hypothese

[1] Dias Ferreira, obr. cit., pag. 386.

das substancias animaes; *b*) confrontando os artt. 468.°, 469.° e 470.°, vê-se que o codigo distingue entre *margem ou praia* e *predio particular;* sendo as substancias arroladas ás margens ou praias, ficam pertencendo á pessoa que primeiro as encontrar, se as aguas fôrem publicas (art. 468.°); se as aguas fôrem communs, ficam pertencendo aos habitantes da respectiva circumscripção territorial (art. 469.°); nenhuma disposição semelhante se encontra no codigo, relativamente ás substancias arroladas aos predios particulares; taes substancias ficarão pertencendo aos donos dos respectivos predios; *c*) os artt. 2290.° e 2291.° são decisivos: o art. 2290.° formúla o principio da accessão natural; pertence aos donos dos predios confinantes com os rios, ribeiros ou quaesquer correntes d'agua, tudo o que, por acção das aguas, se lhes unir, ou n'elles fôr depositado (art. 2291.°). Ora, as substancias animaes do art. 429.° accrescem natural ou casualmente aos predios particulares; pertencem, pois, ao dono respectivo.

O preceito consignado no art. 430.° harmoniza-se inteiramente com os artt. 366.° e 383.° Os objectos e productos naturaes, a que se refere o art. 430.°, acham-se comprehendidos pela disposição generica do art. 381.° [1].

SECÇÃO II

Das aguas [2]

A agua, considerada physicamente e como elemento da natureza, é insusceptivel de apropriação exclusiva. Sob este ponto de vista,

---

[1] Vid. pagg. 73-75.

[2] Para bem comprehendermos os artigos da secção II, julgamos de toda a conveniencia expôr syntheticamente a doutrina sobre aguas, que vigorou em Portugal até á promulgação do codigo. Attendendo a que em jurisprudencia, como em todos os outros ramos das sciencias sociaes, não ha *saltus*, mas, ao contrario, os diversos systemas se filiam n'uma serie contínua, baseando-se as reformas legislativas na relação de desconveniencia, que se manifesta entre as disposições preteritas e o meio social que são chamadas

está franqueada ao livre goso, ao uso commum de todos, sem que possa converter-se nunca no dominio exclusivo d'alguem:

---

a reger; admittindo que a evolução das condições sociaes, embora constante, é sempre contínua e nimiamente indolente e que toda a reforma legislativa deve traduzir duas efflorescencias juridicas diversas, mas contínuas, não podemos deixar de proceder a este estudo.

Demais, não raras vezes teremos de recorrer ao nosso direiro antigo para interpretar devidamente alguns artigos d'esta secção.

Para procedermos methodicamente, divideremos este estudo em quatro periodos perfeitamente definidos:

1) Desde o principio da monarchia até 1804;
2) Vigencia do Alvará de 27 de novembro de 1804 até 1832;
3) De 1832 até ao projecto do sr. visconde de Seabra;
4) Doutrina dos projectos da commissão revisora.

Vamos tentar referir muito summariamente os tramites da evolução, expressos nos periodos mencionados.

1) Desde a fundação da monarchia até 1804.

Nas *Ordenações do Reino* (liv. II, tit. XXVI, § 8.º) encontra-se a doutrina dominante n'este primeiro periodo: pertencem aos direitos reaes «as stradas e ruas publicas, antigamente usadas, e os rios navegaveis e os de que se fazem os navegaveis, se são caudaes, que corram em todo o tempo. E, posto que o uso das stradas e ruas publicas e dos rios seja egualmente commum a toda a gente e ainda a todos os animaes, sempre a propriedade d'ellas fica no patrimonio real».

Antes de mais nada convém observar que a *Ordenação* perfilhou de preferencia a doutrina do direito feudal; os romanos, tornando publico o uso dos rios navegaveis destinados á navegação e pesca, e dos não navegaveis destinados á extracção das suas aguas e outros usos, reconheceram a propriedade commum ao povo romano; d'este modo os rios publicos não constituiam objecto d'um direito real. O feudalismo adulterou ou modificou, n'este como em muitos outros assumptos, o direito romano: no liv. II dos *Feudos*, tit. LVI (sob a *rubrica: quae sint regalia*) comprehendem-se entre os direitos reaes: *viae publicae, flumina navigabilia et ex quibus fiunt navigabilia, portus, ripatica*, etc. Esta doutrina do direito feudal foi recebida com enthusiasmo por Frederico II e pelas cidades confederadas da Lombardia, como se póde

está, em linguagem usual, na communidade negativa do genero humano. N'este sentido diziam as Institutas e o Digesto: *naturali*

---

ver da concordia celebrada entre essas duas partes; mais tarde foi tambem consignada no codigo da Sardenha, da Prussia, etc.

Demonstrada a origem feudal e anti-romana do § 8.º da citada *Ordenação*, convém interpretar devidamente esse texto importante.

Da simples leitura se conclue, que são pertenças do poder real os rios navegaveis e os de que se fazem os navegaveis; portanto, os demais rios publicos, que não são navegaveis, nem concorrem para constituir um navegavel, nem fôram comprehendidos na *Ordenação*, nem o tinham sido pelo direito feudal. Parece que o direito relativo a estas correntes, constituindo uma omissão da *Ordenação*, deveria subordinar-se ás disposições do direito romano, emquanto se conformasse com a razão e a equidade, como preceituava a lei de 18 de agosto de 1769.

Completando, em harmonia com este criterio, a doutrina vigente durante o primeiro periodo, poderemos talvez resumil-a do seguinte modo:

a) as corrente navegaveis e as de que se fazem as navegaveis são patrimonio regio;

b) as correntes não navegaveis e que, embora publicas, não concorrem para a navigabilidade d'outras, são pertenças do geral da povoação, cidade ou reino em que se encontram;

c) as correntes privadas são dos respectivos donos.

Antes de mais nada devemos esclarecer uma duvida entrevista por Lobão (*Tractado Practico e Compendiario das Aguas*, § 10.º, pag. 6 e seg.), duvida relativa a uma antinomia nos termos e conceito do § 8.º da *Ordenação*. A *Ordenação* começa por declarar pertenças do poder real *os rios navegaveis e os de que se fazem os navegaveis, se são caudaes, que corram em todo o tempo;* no fim d'este § apresenta esta singular doutrina: *e, postoque o uso dos rios seja egualmente commum a todos os animaes, sempre a propriedade d'elles fica no patrimonio real.*

Quem ler despreoccupadamente estas phrases, naturalmente conclue que a *Ordenação* quer e ordena a seguinte doutrina: todas as correntes navegaveis e não navegaveis têm um uso commum a todos os habitantes, que d'ellas se quizerem servir; a propriedade de todas essas correntes pertence ao poder real. E ninguem deixará de extranhar muito tal doutrina, sem fundamento racional e não possuindo o minimo antecedente historico; o mesmo direito feudal que originou o § 8.º não levava tão longe o poder real conferindo-lhe a propriedade das correntes navegaveis e não navegaveis; por outro lado a communidade nunca se estendeu até ás mesmas correntes, que

jure communia sunt omnium haec: aer, aqua profluens et mare. Se, porém, considerarmos a agua na sua parcialidade maior ou

---

constituem indiscutivelmente o patrimonio regio. Dissemos ha pouco que esta doutrina, filha da interpretação litteral do § 8.º da *Ordenação*, causava séria extranheza, pois que ella não obedece a um criterio inflexivel que tenha por fim centralizar no poder real o direito ás aguas, ou descentralizar para o povo as antigas garantias e prerogativas regias...

Lobão, que entrevê a difficuldade, fornece os meios indispensaveis para a resolver; esta antinomia, diz esse auctor, póde salvar-se, suppondo-se que o legislador na ultima clausula só fez commum o uso dos rios não navegaveis e considerou real a propriedade d'elles: e quanto aos navegaveis reservou para si o pleno arbitrio.

Nem adoptamos como elixir salvador, nem regeitamos como inutilidade, a doutrina de Lobão, que, partindo do principio da harmonia forçosa e indiscutivel da lei, estatuiu ás palavras a significação compativel com o conjuncto da disposição legal. Entretanto a conciliação de Lobão é acceitavel.

O sr. visconde de Seabra (*A Propriedade.* Coimbra, 1850, tit. II, cap. I, pag. 159 e seg.) estudou este texto legislativo com uma superficialidade pouco vulgar em espiritos tão altamente superiores. A principio suppõe que o § 8.º se refere indistinctamente a todas as correntes para em seguida formular esta pergunta: a quem ficaram pertencendo os rios não navegaveis?

O sr. dr. Assis Teixeira, transcrevendo o texto da *Ordenação* e da obra do sr. Seabra, não criticou tão lamentavel incoherencia.

Para que as nossas observações não se julguem seperficialmente deduzidas, convém expôr por completo o pensamento do sr. Seabra.

A *Ordenação*, reconhecendo que o uso das aguas dos rios navegaveis e de que se fazem os navegaveis pertence a todos indistinctamente, declara, todavia, que a sua propriedade ficava no patrimonio real. Esta disposição foi copiada litteralmente do codigo Manuelino, para onde tinha passado da mesma fórma do codigo Affonsino e para este da declaração dos direitos reaes formulados por D. Duarte. Semelhante distincção entre o uso da propriedade d'um objecto, cuja utilidade e importancia consiste toda no uso, foi uma subtileza do dr. Ruy Fernandes, que redigiu aquella declaração e que se persuadiu que assim conciliava a doutrina das leis imperiaes com as tendencias feudaes da monarchia. Mas, a quem ficaram pertencendo os rios não navegaveis? O doutor calou-se, porque bem sabia que levantaria contra si os clamores dos senhorios, menos indulgentes do que o proprio monarcha; e n'esta parte apartou-se da disposição geral do direito romano, que não distingue os rios navegaveis dos não navegaveis, considerando-os

menor, abandonando a generalidade esteril do vastissimo campo da natureza e approximando-nos do ponto de vista juridico, de-

---

todos como cousas publicas. Entretanto os nossos jurisconsultos, preoccupados d'esta doutrina e não ousando arrostar abertamente a auctoridade real, soccorreram-se a outra subtileza, sustentando que, por via de regra, as doações dos senhorios não podiam comprehender as aguas correntes, salvo se fôssem expressas. Em todo o caso, o direito reconhecido ao uso das aguas dos rios navegaveis foi annullado pelo direito da propriedade real, que se fez sentir nas imposições e alcavalas, a que aquelle uso foi sujeito; e nos rios não navegaveis, pelo titulo de propriedade particular, que os senhorios invocavam, allegando com as suas doações expressas, ou procurando obter de novo a liberalidade sempre condescendente dos nossos monarchas.

O sr. Seabra explica com superior competencia a origem da distincção entre o uso e a propriedade das correntes, cuja vantagem se limita exclusivamente ao uso. Na segunda parte do texto claramente explica o silencio da *Ordenação* sobre a propriedade das correntes não navegaveis; mas não se comprehende como anteriormente, ao menos implicitamente, admitte que o § 8.º se refere no principio a todas as correntes navegaveis e ás de que se fazem as navegaveis. Procedendo assim deveria resolver a antinomia do texto, que se critica, e nunca passar d'um modo tão superficial por uma duvida importante, já frisada por Lobão.

Mas, não basta expôr mui summariamente a doutrina legal; convém observar como os commentadores interpretavam a lei e como se executavam as suas disposições; só assim se comprehende satisfatoriamente a feição caracteristica do direito ás aguas, dominante n'este periodo.

Lobão cita documentos, que mostram claramente o poder real a dominar sobre as varias correntes a que se refere a *Ordenação;* assim: *a*) o antigo ducado de Aveiro comprehendia nas suas doações os rios caudaes e aguas respectivas; *b*) era privativo da corôa o rio de Lucella e o direito de exigir fóros das aguas, que d'elle se extrahiam para moendas; *c*) algumas doações reaes feitas a certos donatarios demonstram que eram reaes os rios do Termo de Leiria, de fórma que, por isso, de todas as moendas e lagares e uso d'essas aguas se pagavam fóros á corôa; *d*) muitos foraes declaram as aguas dos rios proprias da corôa e seus donatarios; *e*) como adverte Alves Ferreira (*Tractatus de novorum operum aedificationibus, eorumque nuntiationibus,* Portucale, M.DCC.L. Tom. II, liv. IV, disc. 14, pag. 12, n.º 3), os interpretes não raro consideravam destinadas á navegação correntes, que, embora fôssem naturalmente aptas para semelhante fim, comtudo nunca

vemos reputal-a susceptivel de apropriação exclusiva. Das aguas n'este ultimo sentido occupa-se a secção II.

---

tinham sido destinadas a esse mister: *sive quoties ex natura sua navigatione aptum est, etiamsi re ipsa, et actu nunquam navigatum fuisset.*

Assim procediam os interpretes, porque em seu entender a palavra *navegavel* significava não tanto o acto como a simples possibilidade da navegação.

É facil de conjecturar como esta doutrina alargava a esphera dos direitos reaes.

f) Diz Liz Teixeira (*Curso de direito civil portuguez*, Coimbra, 1848, tom. II, tit. I, § 8.º, pag. 22), que os interpretes confundiam as correntes, que concorriam immediata ou mediatamente para a navigabilidade das navegaveis, com as que simplesmente se lançavam nas correntes navegaveis, independentemente do seu concurso para a navigabilidade: *doctrina procedit non solun in flumine navigabili, sed etiam in eo, quod excurrit in flumen navigabile.*

Julgamos exprimir a verdade, dizendo que o direito ás aguas n'este primeiro periodo era principalmente real: rarissimas eram as correntes que estavam fóra da alçada da prerogativa regia.

2) Vigencia do Alvará de 27 de novembro de 1804 até 1832.

Na historia do direito, na historia d'uma instituição juridica, como de todas as instituições sociaes, encontram-se as transformações successivas das relações de caracter organico subordinadas sempre aos principios da evolução; a pretendida excepção do direito romano ou é discutivel ou confirma a universalidade da regra, moralmente considerada.

Na serie evolutiva, a reacção succede sempre á acção, com uma intensidade egual ou maior; muitas vezes a velocidade adquirida dynamiza mais a instituição symbolisada pela reacção.

Anteriormente observamos a interpretação exaggeradissima da passagem da Ordenação, em proveito do poder real: quasi todas as correntes navegaveis ou fluctuaveis, como as não navegaveis ou não fluctuaveis pertenciam ao poder real; assim se deduz das affirmativas de Alves Ferreira e Liz Teixeira.

Então, como hoje, havia adversarios do estado de cousas existentes; se eram muitos os reinicolas, tambem não faltavam interpretes, adversarios das taes prerogativas regias. Estes ultimos, deante da extensão conferida ao poder real, começaram de se insurgir contra o systema geralmente em voga, resuscitando os principios do direito romano; n'este intuito fôram mais longe do que os mesmos jurisconsultos romanos.

Entre os romanos o uso commum dos rios publicos estava subordinado a

A secção II comprehende cinco sub-secções, relativas ás aguas *publicas* (sub-secç. I, artt. 431.º–433.º), *communs* (sub-secç. II,

---

certas providencias, para que ninguem fizesse operações, que prejudicassem a livre navegação dos navegaveis ou alterasse o costumado curso das aguas.

Esta interferencia dos romanos no uso das correntes publicas tinha por fim garantir a utilidade publica e obstar ás emprezas particulares prejudiciaes ao bem publico e nunca representava a existencia d'um direito real ou do imperador. Por isto era indispensavel sempre uma licença para as manobras nos rios navegaveis ou extracção das aguas respectivas; semelhante licença não era indispensavel para extrahir aguas das correntes não navegaveis e sómente o imperador ou o senado obstavam aos excessos de liberdade em prejuizo de terceiro.

Os adversarios da excessiva extensão do poder real começaram de oppôr á exegese dos reinicolas a classica doutrina do direito romano; acceitando o principio da classificação dos rios entre as cousas publicas, negaram ao mesmo tempo os legitimos consectarios d'essa doutrina, ensinando que tanto o aproveitamento das aguas, como a construcção de obras eram permittidas sem prévia licença regia, não só nos rios *não navegaveis*, como tambem nos *navegaveis*, principalmente quando fôsse claro e notorio não haver prejuizo publico.

Lobão, noticiando esta ordem de cousas, quando a velha corrente reinicola estava prestes a ser sacrificada á nova orientação, exprime-se assim: porém, apezar d'isto (refere-se á *Ordenação*, liv. II, tit. XXVI, § 8.º) estamos vendo que, sendo alguns rios d'este reino navegaveis até certas situações, como o Mondego, Vouga, etc., nas partes superiores á navegação é livre a toda a gente, sem regia auctoridade, fazer clusas, açudes, caneiros que, atravessando os seus alveos, extrahem as aguas para as terras adjacentes em que se sorvem e consomem. Estamos vendo que a maior parte dos rios pequenos, aliás publicos, se vão unir e juntar aos navegaveis, augmentando-lhes as aguas e facilitando-lhes mais a navegação e comtudo n'estes rios geralmente se fazem açudes e prezas, derivando-se d'elles as aguas para as terras vizinhas, em que se consomem e isto sem regia auctoridade. Notamos no *Regimento dos novos direitos* e do *tribunal palatino* que nem sombras ha de se impetrarem graças para a extracção das aguas dos rios navegaveis nas partes em que o não são, nem dos rios que formam navegaveis e outros.

São muito raras as doações que dos rios e aguas respectivas fizeram os primeiros reis e que estão em observancia (Auct. obr. cit., § 22.º, pag. 14 e seg).

Em seguida Lobão tenta explicar este phenomeno, que se filia nos con-

artt. 434.º–443.º), fontes e nascentes, *particulares* (sub-secç. III, artt. 444.º–452.º), aguas *pluviaes* (sub-secç. IV, artt. 453.º–455.º),

---

siderandos que ha pouco indicamos. Deve suppôr-se, continúa Lobão, ou que a *Ordenação* citada está abrogada pelo contrario uso universal e pela connivencia dos reis, ou que os vassallos prescreveram contra a corôa esta liberdade antiga, que o direito feudal innovou, por não ser um direito immanente e imprescriptivel (Ibid., § 23.º, pag. 15).

Não insistimos sobre a verdadeira causa d'esta reacção; já expendemos, que farte, o nosso modo de pensar.

Dominava a reacção liberal, mais ou menos democratica, quando o Alvará de 27 de novembro de 1804 legalizou o que se accentuava nas tendencias, pratica e extincção das antigas doações regias.

Este Alvará determinava no § 11.º: «em qualquer das provincias do reino, aonde ou alguma povoação em commum ou algum proprietario em particular emprehender o tirar d'algum rio, ribeira, paul ou nascente d'agua algum canal ou levada para regar as suas terras, ou para as esgotar sendo inundadas, requererá a qualquer dos ministros da vara branca do termo ou da comarca, para que lhe demarque e assigne o logar e sitio mais commodo por onde ella póde ser construida, ouvindo o parecer de louvados ou de pessoas intelligentes» (Sr. dr. Assis Teixeira, *Aguas*, pag. 369). Houve quem chamasse amontoado de disparates sobre a agricultura a este Alvará; o sr. dr. Manuel Emygdio Garcia (*Estudo sobre a legislação das aguas*, pag. 155) protesta contra esta asserção pelas seguintes considerações: *a*) embora os principios agricolas fôssem algo menospresados, ninguem deveria extranhar a ignorancia da agricultura scientifica no anno de 1804: exigir n'esse tempo os conhecimentos agricolas de Astier de Villate seria rematada loucura; *b*) os pessimistas, adversarios do Alvará em questão, devem lembrar-se de que a propriedade ainda hoje está longe da organisação determinada pela orientação scientifica; *c*) as restricções á propriedade constantes do Alvará eram universalmente adoptadas; a irrigação illimitada e incondicional constituia a maxima aspiração dos legisladores; *d*) a propria Inglaterra, patria da propriedade, possuia o discutido beneficio da servidão de aqueducto.

Como claramente indica esse Alvará, o estabelecimento da servidão de aqueducto não dependia da regia auctoridade, ao contrario do que succedia em todas as nações dominadas pelo feudalismo.

Antes de mais nada devemos fazer notar que foi Portugal a segunda nação que poz em pratica a servidão de aqueducto; appareceu na Italia em 1216, na França em 1845, na Hespanha em 1849; o nosso Pêgas trans-

canaes, aqueductos particulares, etc. (sub-secç. v, artt. 456.º-464.º).

---

creve um aresto, pelo qual se mostra que desde 1671 esta servidão estava introduzida no fôro.

A interpretação restrictiva dos direitos reaes, constante do Alvará referido, foi festivamente recebida pelos proprietarios marginaes, que não se contentaram com a simples doutrina do Alvará; fôram mais longe, fortes com a orientação affirmada pelo documento legal criticado. Postoque os poderes publicos se tenham opposto sempre tenazmente ás ultimas consequencias, embora abusivas, da corrente legalisada pelo Alvará, os abusos subsistiram sempre. As auctoridades administrativas têm sido constantemente incumbidas de mandar demolir e arrazar as pesqueiras, nasceiros e açudes, construidos nas margens e leitos dos rios navegaveis em prejuizo do serviço publico; muitos documentos do que deixamos dito se encontram na «*Legislação e disposições regulamentares sobre rios, vallas, açudes, nasceiros, pesqueiras, pantanos e barcas de passagem*» coordenadas por Correia Fino. Entre muitos, podemos citar os seguintes diplomas: Alvará de 16 de dezembro de 1773; Portarias de 7 de dezembro de 1841; de 20 de setembro de 1842; de 30 de julho, de 18 e 19 de dezembro de 1844; de 14 de outubro de 1847; de 5 de julho de 1848; de 21 de agosto de 1850; de 6 de agosto de 1852; de 30 de julho de 1853; de 5 de janeiro de 1855; de 12 e 27 de outubro de 1874; Circular de 30 de maio de 1857; Officio de 30 de julho de 1867 (sr. dr. Assis, obr. cit., pag. 40).

A origem remota d'esses abusos encontra-se na reacção por nós referida, e talvez na incerteza e ambiguidade, em que, por tanto tempo, sobre este ponto esteve envolvida a legislação patria.

3) De 1832 até ao projecto do sr. visconde de Seabra.

Em 1820 começaram a impôr-se as ideias rasgadamente liberaes, que tudo invadiram e informaram, introduzindo modificações importantissimas na vida politica como nas instituições civis; sobretudo o direito publico de Portugal assentou em novas bases.

Houve jurisconsultos timidos, que tergiversaram na defeza rasgada da nova doutrina; entretanto os Decretos de 13 de agosto de 1832 e de 31 de dezembro de 1864 reformaram a materia das aguas de modo assás louvavel.

Eis algumas disposições importantes do Decreto de 13 de agosto de 1832:

Os direitos e prerogativas da corôa estão definidos na carta constitucional da monarchia, e a *Ordenação* do liv. II, tit. XXVI, *Dos direitos reaes*, foi

O codigo civil, fiel á classificação tripartida que reconhece nas cousas susceptiveis de apropriação e dominio (art. 379.º), applica

---

revogada pela carta; e é declarada revogada por este Decreto (art. 1.º). Os bens da nação, tomada collectivamente, são os bens de uso geral e commum dos habitantes, como portos, canaes, *rios navegaveis*, estradas geraes e pontes n'ellas construidas, caes e edificios destinados para a residencia do rei ou para as sessões das camaras, secretarias, tribunaes, aquartelamentos, estaleiros, arsenaes e outros semelhantes. Os bens da nação, adquiridos por titulo de successão e execução fiscal e não destinados ao uso geral e commum, serão regulados pelas leis da fazenda e formarão parte do thesouro publico disponivel: a nenhuma d'estas especies de bens é applicavel a jurisprudencia dos bens chamados *da corôa;* a natureza d'estes bens fica extincta, como todas as leis relativas a elles e a successão d'elles (art. 2.º).

Este Decreto, referendado por Mousinho da Silveira, pulverisou a pretendida conquista do direito feudal, acabou com o patrimonio da corôa e aos bens que o constituiam assignou a natureza de bens do dominio publico nacional.

Entre os bens publicos encontram-se os rios navegaveis; portanto cessou a extensão da natureza egualmente conferida aos rios navegaveis e áquelles de que se fazem os navegaveis: bens publicos são unica e exclusivamente os rios navegaveis.

Mais tarde o Decreto de 31 de dezembro de 1864, reproduzindo e traduzindo bem as ideias da revolução franceza, alterou a disposição anterior, do seguinte modo:

Egualmente são do dominio publico, imprescriptivel, os portos do mar e praias, os *rios navegaveis e fluctuaveis* com as suas margens, os canaes e vallas, portos artificiaes e docas existentes ou que de futuro se construam (art. 2.º). Ao governo, pelo ministerio das obras publicas, commercio e industria, compete, nos termos da lei de 15 de julho de 1862, lei de 6 de junho de 1864, nos d'este Decreto e demais legislação patria.... prover ao melhoramento e policia dos portos do mar, rios navegaveis e fluctuaveis, á construcção, conservação e policia dos portos artificiaes e docas (art. 3.º. n.º 4.º).

N'este estado se encontrava a legislação patria, quando o sr. visconde de Seabra se dedicou aos importantissimos trabalhos de codificação, a que nos vamos referir.

4) Doutrina dos projectos da commissão revisora.

Antes de nos referirmos propriamente a este estudo, convém reflectir um

este systema ao regimen das aguas não *accidentaes*, occupando-se primeiramente das *publicas*, reguladas nos artt. 431.°–433.°, se-

---

instante sobre a directriz da evolução; a principio quasi todas as aguas eram constitutivas do patrimonio regio, mais tarde uma secção importante d'estas aguas converteu-se em aguas publicas; a restricção do Decreto de 13 de agosto de 1832 foi ferida pelo art. 2.° do Decreto de 31 de dezembro de 1864. Assim, a evolução tende a estabelecer a natureza publica d'uma parte importantissima das aguas pela *Ordenação* attribuidas ao patrimonio real. O sr. visconde de Seabra, na redacção do seu projecto, não desconheceu o sentido da evolução.

O projecto do sr. Seabra referia-se á materia das aguas navegaveis na secç. II (da pesca), artt. 411.°–420; secç. VI (das substancias vegetaes, aquaticas ou terrestres), artt. 554.°–561.°; art. 2469.° (direito ao alveo abandonado); artt. 2470.° e 2471.° (direito de accessão); artt. 455.°–458.° (direito ao aproveitamento das aguas). Referia-se ás correntes não navegaveis na sub-secç. II (das correntes de aguas não navegaveis) artt. 459.°–467.°; das aguas privadas tratavam os artt. 468.°–478.°, sub-secç. III (das fontes e nascentes).

Vamos muito summariamente referir o systema seguido pelo sr. Seabra no seu projecto.

No art. 411.° § un. começa por definir aguas publicas: são as dos rios, rias, canaes, lagôas ou de quaesquer correntes navegaveis, quaesquer nascentes, depositos ou correntes d'aguas de uso commum (n.os 1.° e 2.°).

Immediatamente apressa-se o redactor do projecto a consignar o principio da natureza publica de grande parte das correntes; é permittido a todos, sem distincção de pessoas, pescar nos mares e aguas publicas, conformando-se com os respectivos regulamentos administrativos e salvas as restricções consignadas no presente codigo (art. 411.°).

Nos artt. 413.°, 417.° e ainda em outros logares, consigna-se o principio que garante os competentes direitos dos proprietarios marginaes e nos artt. 412.°, 413.°, 415.° e 419.° affirma-se a intervenção da auctoridade administrativa com o fim de melhor harmonisar a effectividade dos direitos de todos e concorrer para a utilidade geral; no art. 414.° emprega-se a sorte como meio de decidir o conflicto de certos direitos.

No art. 554.° dizia-se que as substancias vegetaes de qualquer natureza, produzidas nos mares, rios, rias ou quaesquer aguas publicas ou se achem as ditas substancias no seio das aguas ou venham a ser arroladas ás margens, ou praias, poderão ser livremente occupadas por qualquer pessoa, que d'ellas queira aproveitar-se. No art. 555.° estabelece-se identico principio

guidamente das *communs*, cujas disposições estão expressas nos artt. 424.º–443.º, terminando por apresentar nos artt. 434.º–452.º

---

relativamente ás substancias vegetaes produzidas nos rios, ribeiros ou em quaesquer aguas municipaes, em favor dos vizinhos do respectivo municipio. Tambem se assegura o direito dos proprietarios dos predios particulares ás substancias vegetaes, que fôrem arroladas pelas respectivas aguas aos predios correlativos (art. 556.º).

Se a corrente mudar o seu curso, os donos dos predios invadidos adquirem direito ao terreno, que occupava o alveo antigo, cada um em proporção do terreno inundado (art. 2469.º).

As ilhas, que se formarem nos mares adjacentes ao territorio portuguez ou nos rios navegaveis, pertencem ao estado e só podem ser adquiridas pelos particulares por legitima concessão, ou por prescripção de vinte annos (art. 2470.º).

As ilhas e aterros, que se formarem nos rios não navegaveis, pertencem aos proprietarios marginaes, de cujo lado se formarem, tirando uma linha divisoria pelo meio do alveo do rio (art. 2471.º).

O direito ao aproveitamento das aguas navegaveis achava-se tambem regulado no projecto (artt. 455.º–458.º), de maneira semelhante ao que se encontra no codigo (artt. 431.º–433.º). Relativamente ás correntes não navegaveis, nem fluctuaveis, dispunha o projecto no art. 459.º e seg.

Os trabalhos da commissão revisora fôram cuidadosamente estudados pelo sr. dr. Assis Teixeira (*Aguas* cit., pagg. 57-66); limitamo-nos a transcrever as suas conclusões.

«A commissão revisora do projecto do sr. visconde de Seabra discutiu largamente esta materia da classificação e dominio das aguas, assentando conclusões muito differentes, conforme a epocha em que fôram votadas. A principio, por occasião do exame das disposições do projecto relativas á pesca, inclinou-se a commissão a um determinado systema, que mais tarde abandonou, quando discutiu a materia relativa á occupação das aguas. Acompanharemos os trabalhos da commissão. Na sessão de 10 de dezembro de 1860 (*Actas* cit., pag. 80 e seg.) o sr. visconde de Seabra apresentou a nova redacção da secção relativa á pesca em conformidade com as ideias vencidas, e pelo exame d'ella se vê que fôra adoptada a seguinte doutrina. São consideradas *aguas publicas:* 1.º as dos rios, rias, canaes, lagôas ou de quaesquer correntes navegaveis; 2.º quaesquer nascentes, depositos ou correntes d'agua não navegaveis, mas que fôrem destinadas ao uso commum ou não fôrem do dominio particular (art. 411.º). São de *dominio privado:* 1.º as aguas que nascem em terrenos particulares e emquanto por elles

as providencias concernentes ás particulares. Como observa o sr. dr. Assis Teixeira, a jurisprudencia conhece pela denominação

---

decorrerem; 2.º as aguas que procedem d'outros predios e atravessam terrenos particulares, não sendo as ditas aguas capazes de comportar no seu curso ordinario alguma especie de barcos de transporte (§ un. do art. 411.º). É permittido a todos, sem distincção de pessoas, pescar nas aguas publicas. O direito de pesca nas aguas particulares, mencionadas no art. 411.º § un., n.º 1.º, pertence exclusivamente ao dono do predio. O direito de pesca nas aguas particulares, mencionadas no art. 411.º § un., n.º 2.º, pertence exclusivamente aos proprietarios dos predios adjacentes; e, se os terrenos marginaes pertencerem a diversos donos, exercerá cada um d'elles o seu direito de pesca até ao meio do correspondente tracto d'agua, se outra cousa não accordarem. É para notar que na sessão de 30 de novembro de 1860 (*Actas* cit., pag. 72) se tinha formalmente consignado a ideia de que existem *aguas, cuja natureza é publica, mas cujo uso é concedido a particulares* (Tenção de 11 de novembro de 1873 do sr. Mexia Salema, relativa ao Accordão de 25 de novembro do mesmo anno, publicada na *Rev. de Legisl. e de Jurispr.*, an. v, n.º 366, pag. 29). Na sessão de 12 dezembro (*Actas* cit., pag. 82) o sr. Alexandre Herculano apresentou um projecto de substituição á secção *Das aguas*, resolvendo-se então que ficasse adiada a discussão da materia de aguas e pesca até que estivesse distribuida a substituição proposta.

«Na sessão de 18 de março de 1861 (*Actas* cit., pag. 132) começou na commissão revisora a discussão da materia *Das aguas*, tomando-se por base a proposta do sr. Herculano. As bases d'esta proposta, no que importa ao dominio e classificação das aguas, eram as seguintes: são do *uso publico*, além das aguas salgadas das costas, enseadas, bahias, fozes, rias e esteiros, as correntes d'agua dôce navegaveis e fluctuaveis, sendo do dominio publico os respectivos leitos ou alveos (artt. 1.º, 3.º, 4.º e 5.º); são do *uso commum* todas as aguas pluviaes e nativas, que não constituem effectivamente uma corrente navegavel e fluctuavel, comprehendendo os affluentes das correntes navegaveis e fluctuaveis, quando n'elles se não dão as circumstancias que caracterisam a corrente navegavel ou a fluctuavel (artt. 6.º e 17.º). O leito ou alveo de qualquer torrente ou corrente de uso commum, que passa entre dois ou mais predios, é attribuido aos mesmos predios, e pertence a cada predio o tracto do leito ou alveo comprehendido entre a linha marginal e a linha média do *thalweg* do dito leito ou alveo, terminando superior e inferiormente, em relação ao curso da corrente, por duas linhas cahindo perpendiculares da extremidade da linha marginal do predio sobre a linha média do *thalweg* (artt. 11.º e 12.º). O leito ou alveo da torrente ou corrente de uso

de *accidentaes* as aguas publicas, que se acham reguladas nos artt. 453.º–455.º do codigo civil.

---

commum que atravessa um predio particular, ou n'elle se ajunta ou nasce, fórma parte integrante do dito predio; e as aguas n'elle correntes *podem ser derivadas em parte,* comtantoque pelo refluxo das ditas aguas d'ahi não resulte prejuizo aos predios que ficam superiormente situados, e que inferiormente se não altere o ponto de sahida de todas as aguas remanescentes do uso do mesmo predio (artt. 8.º e 9.º). A proposta prevenia, em seguida, a hypothese das torrentes ou correntes de uso commum passarem por entre dois ou mais predios, resolvendo a distribuição das aguas pelo modo que adiante teremos occasião de vêr. Quanto ás aguas, que nós chamamos de *dominio particular,* continha a proposta as seguintes providencias: O dono de qualquer predio rustico ou urbano póde dispôr livremente *para uso do seu predio* das aguas pluviaes e nativas, que por qualquer modo *penetrem na superficie do dito predio ou n'elle brotem* (art. 7.º). O uso das aguas nativas, que brotarem *espontaneamente* á superficie de qualquer predio, não poderá transferir-se no todo ou em parte por via de contracto (art. 25.º). As aguas nativas *espontaneas,* que pela configuração do solo *naturalmente* correrem d'um predio para outro, não poderão ser *artificialmente* derivadas para terceiro predio sem annuencia do dono do segundo (art. 26.º). O uso das aguas procedidas de nascentes abertas *artificialmente* póde alhear-se e adquirir-se por toda a especie de contracto oneroso e gratuito (art. 27.º). D'esta breve exposição resulta o pensamento geral da proposta do sr. Herculano, a qual, no tocante a esta ultima especie d'aguas, foi completamente rejeitada pela commissão revisora (*Actas* cit., pagg. 140, 142, 168, 176, 178–180, 428–430, 466, 525 e 575).

«Em sessão de 20 de março de 1861 (*Actas* cit., pag. 140) resolveu a commissão que n'um artigo se definisse o que é *uso publico,* e em outro o que é *uso commum.* Em virtude d'esta resolução apresentou o sr. Herculano, em sessão de 27 de novembro (*Actas* cit., pag. 176), as seguintes definições, que fôram approvadas: «são de *uso publico* as cousas naturaes ou artificiaes apropriadas ou produzidas pelo estado e mantidas debaixo da sua administração, das quaes é licito a todos, individual ou collectivamente, utilisar-se, com as restricções impostas pela lei ou pelos regulamentos administrativos; são de *uso commum* as cousas naturaes uteis e não apropriadas, de que a todos e a cada um é licito tirar proveito, guardados os regulamentos policiaes». A propriedade das aguas nascidas espontaneamente em predios particulares é que no seio da commissão teve a mais viva e interessante discussão. A proposta do sr. Herculano formalmente negava esse direito de

Referir-nos-hemos em primeiro logar ás aguas publicas de que se occupa a sub-secção I.

---

propriedade, porque não só concedia unicamente ao dono do predio a livre disposição de taes aguas para uso exclusivo do seu predio, mas prohibia expressamente a transmissão d'esse uso, no todo ou em parte, por via de contracto (artt. 7.º e 25.º). Apoiavam este systema os srs. Antonio Gil, Vicente Ferrer e Oliveira Marreca (*Actas* cit., pag. 179). Outros membros da commissão claramente reconheciam o direito absoluto de propriedade sobre as aguas nativas em predios particulares, e, como consequencia, admittiam a livre disposição d'essas aguas. Taes eram os srs. Ferreira Lima e Silva Ferrão (*Actas* cit., pagg. 140 e 179). A maioria, porém, da commissão votára primeiramente, em sessão de 25 de março de 1861 (*Actas* cit., pagg. 142 e 143), um systema differente de ambos, approvando a doutrina do sr. Herculano assim modificada: «O dono de qualquer predio rustico ou urbano póde dispôr livremente para *uso seu ou do seu predio* das aguas pluviaes e nativas que por qualquer modo *cheguem á superficie* do dito predio ou n'elle brotem *natural ou artificialmente*». Posteriormente, em sessão de 27 de novembro (*Actas* cit., pag. 176), propoz o sr. Martens Ferrão que não fôsse garantida a propriedade das aguas nativas, mas que fôsse garantido o seu uso e a faculdade de dispôr d'elle. E a este voto vemos, na sessão de 2 de dezembro (*Actas* cit., pag. 178), associada a maioria da commissão, vencendo-se então a seguinte doutrina, que passou para o codigo civil: «O dono do predio em que houver alguma fonte ou nascente d'agua póde *servir-se d'ella e dispôr do seu uso livremente*, salvo o direito que algum terceiro tenha adquirido por titulo justo». Esta doutrina influiu notavelmente na votação de importantes modificações ulteriores, que a commissão julgou necessario introduzir em algumas decisões já tomadas. É assim que, em sessão de 25 de janeiro de 1864 (*Actas* cit., pag. 429), entrando novamente em discussão a proposta alterada do sr. Herculano para se completar o estudo d'esta materia (*Actas* cit., pag. 428), se resolveu que ficassem determinadas as *correntes de uso commum* pelo modo seguinte: «As correntes não navegaveis nem fluctuaveis, que não constituem propriedade particular, são de uso commum». Esta resolução, que não foi depois alterada, esclarece muito o espirito do interprete na intelligencia do art. 381.º n.º 2.º do actual codigo civil. Em sessão de 27 de janeiro de 1864 (*Actas* cit., pagg. 431 *in fin.* e 432) a commissão encarregou os srs. visconde de Seabra e José Julio de fazerem uma recomposição d'esta materia — *Das aguas*, tendo em vista o projecto e o que foi approvado da proposta do sr. Herculano, para sobre esse trabalho assentar o estudo da commissão. Em sessão de 1 de abril do mesmo anno (*Actas* cit.,

SUB-SECÇÃO I

Das aguas publicas, e particularmente das aguas navegaveis e fluctuaveis

Tratando das diversas categorias d'aguas em cada uma das quatro primeiras sub-secções d'esta secção, deu o codigo o primeiro logar, pela sua grandissima utilidade e porque ninguem é do uso d'ellas excluido, ás correntes d'agua navegaveis e fluctuaveis, que são destinadas a servir antes de tudo os interesses da navegação e da fluctuação, e depois as necessidades agricolas e industriaes, como regas de terrenos e movimento de estabelecimentos fabris [1].

Como dissemos a proposito dos artt. 379.º–382.º [2], á categoria das cousas publicas pertencem tambem certas aguas, como aguas salgadas das costas, etc. (art. 380.º, n.º 2.º; Dec. n.º 8 de 1 de dezembro de 1892, art. 1.º, n.º 1.º) e aguas de lagos e lagôas (art. 380.º, n.º 3.º; Dec. cit., art. 1.º, n.º 2.º). Tambem é visivel a distincção, implicitamente admittida, entre aguas publicas sal-

---

pag. 466) o sr. José Julio, apresentando o trabalho que tinha sido encarregado de organisar, conjunctamente com o sr. visconde de Seabra, disse que este seu collega havia declarado que tudo o que respeita á classificação d'aguas o reservava para um desenvolvimento maior que pretendia dar ao art. 391.º (correspondente ao art. 379.º do cod. civ.), e que por isso o trabalho de coordenação que haviam feito se limitou aos outros artigos da proposta do sr. Herculano e aos artt. 450.º–455.º do projecto do codigo (correspondentes aos artt. 434.º–440 do actual cod. civ.). É por este motivo que, tendo a commissão até agora examinado a materia da classificação das aguas conjunctamente com a materia da occupação das mesmas, todavia no actual codigo civil apparecem as disposições relativas a cada uma d'estas materias em titulos separados e differentes.

§ 1.º I. *de rer. divis.;* L. II, D. *de divis. rer. et qualit.;* Championnière, *De la propriété des eaux courantes, du droit des riverains, et de la valeur actuelle des concessions féodales,* Paris, 1846, cap. III, n.º 27, pag. 46; Wodon, *Le droit des eaux* cit., tom. I, n.º 20, pag. 66; Laurent, obr. cit., tom. VII, *praecipuè* sr. dr. Assis, obr. cit., cap. I, n.º 1, pag. 23 e seg.

[1] Dias Ferreira, *segunda edição,* pagg. 299, 301–302.

[2] Vid. pag. 57 e seg.

gadas e aguas publicas dôces (n.os 2.º e 3.º do art. 380.º e n.os 1.º e 2.º do art. 1.º do cit. Dec.).

O codigo, commenta Dias Ferreira [1], declarando publicas as correntes d'agua dôce navegaveis ou fluctuaveis com os respectivos leitos (art. 380.º, n.os 2.º e 3.º), destruiu o systema da lei de 29 de maio de 1843, que garantia ás municipalidades o exclusivo das barcas de passagem nos termos do art. 1.º, a fixação das tarifas, a designação do local e os regulamentos do serviço, e apenas permittia aos particulares passar em barcos proprios as suas familias e os seus gados, resalvando as barcas possuidas por particulares, que as tivessem havido por legitimo titulo oneroso, ou por qualquer outro, que legitimamente constituisse propriedade particular. Hoje a todos é licito estabelecer barcas nas correntes navegaveis e fluctuaveis, não só para passagem dos gados e pessoas de familia, mas para todo e qualquer serviço de utilidade ou de recreio, porque d'aquellas aguas todos podem aproveitar-se, conformando-se com os regulamentos administrativos. O codigo introduziu um systema incompativel com o da referida lei, diante do qual hão de cahir até os contractos feitos e as decisões proferidas na vigencia da lei anterior, qualquer que fôsse o tempo de posse, e ainda que os barcos fôssem municipaes ou do estado. É verdade que já se julgou que as disposições da lei nova não quebram os contractos entre as camaras municipaes e os particulares celebrados nos termos da referida lei [2]. Porém desde que não são susceptiveis de apropriação as aguas, e que das aguas navegaveis e fluctuaveis todos podem aproveitar-se com a condição unica de se conformarem com os regulamentos administrativos a fim de se conciliarem os interesses da navegação e da fluctuação com os da agricultura e da industria, não se comprehende como hão de ser mantidos os contractos re-

---

[1] Dias Ferreira, *segunda edição*, pagg. 301-302.

[2] Accordão do *Supremo Tribunal de Justiça* de 17 de abril de 1891; *Boletim dos Tribunaes*, an. VI, n.º 246, pag. 436.

conhecidos na vigencia da lei anterior, e como o concessionario, privado do exclusivo dos rendimentos de passagem, ha de pagar os encargos da concessão. O codigo, em materia d'aguas, apenas nos casos dos artt. 380.º § 4.º e 438.º respeitou os direitos adquiridos com relação ao passado.

> Art. 431.º É permittido a todos usar de quaesquer aguas publicas, conformando-se com os regulamentos administrativos.
>
> § 1.º Se as ditas aguas fôrem navegaveis ou fluctuaveis, este uso deve ser exercido sem prejuizo dos interesses da navegação ou fluctuação.
>
> § 2.º Os conflictos, que se levantarem entre os interesses geraes da navegação, ou da fluctuação, e os interesses da agricultura ou da industria, serão resolvidos administrativamente.
>
> Art. 432.º Se o uso, que se pretender fazer das aguas publicas, navegaveis ou fluctuaveis, depender de obra ou construcção permanente, não poderá esta ser feita sem prévia licença da auctoridade administrativa competente.
>
> Art. 433.º Quando, para se tornar effectivo o direito de occupação, fôr necessario fazer obras permanentes, se o uso d'estas vier a ser depois abandonado por mais de cinco annos, prescreverá tal direito em beneficio de quem fizer obras analogas, incompativeis com aquellas [1].

É permittido a todos usar de quaesquer aguas publicas, conformando-se com os regulamentos administrativos (art. 431.º). Se as mencionadas aguas fôrem navegaveis ou fluctuaveis, semelhante uso deve ser exercido sem prejuizo dos interesses da navegação ou fluctuação (§ 1.º do art. 431.º).

Comparando o art. 431.º com o seu § 1.º vê-se que a occupação das aguas publicas é diversamente regulada, conforme são salgadas

---

[1] Cod. de Napol., artt. 538.º, 540.º; — A.-Proj., art. 576.º; — Cod. Ital., art. 427.º; — Cod. Hesp., artt. 339.º, 343.º, 344.º, 407.º, 409.º-411.º; — Cod. das D. Sicil., art. 463.º-465.º; — Cod. Austr., artt. 287.º, 385.º; — Cod. Parm., art. 397.º; — Cod. da Sard., art. 410.º-424.º; — Cod. Estens., artt. 430.º, 630.º

ou correntes d'agua dôce navegaveis ou fluctuaveis, applicando-se á primeira hypothese a generalidade do art. 431.° e á segunda a especialidade do § 1.° d'esse mesmo artigo, que manda accomodar o uso das aguas dôces navegaveis ou fluctuaveis aos interesses da navegação e fluctuação.

D'esta doutrina podem deduzir-se os seguintes corollarios:

1) O codigo procura principalmente restringir o direito de apropriação de certas aguas publicas, a fim de não serem prejudicados os interesses commerciaes resultantes da navegação e fluctuação; a doutrina contrária sacrificaria o maior ao menor interesse, o interesse geral ao particular;

2) O uso das aguas publicas dôces, navegaveis ou fluctuaveis, é transitorio, condicional, e modelado pelos interesses geraes; ao estado compete formular as leis e os regulamentos necessarios para harmonizar o uso particular d'essas aguas com as exigencias do interesse geral; a concessão continúa sempre subordinada ao interesse geral, por cuja defeza pugna constantemente o estado; consequentemente todas as concessões feitas aos proprietarios são revogaveis [1];

3) Os proprietarios dos predios marginaes não podem intentar acção possessoria contra o estado, quando prohibe o uso de certas aguas publicas; na verdade as acções possessorias podem apenas ser intentadas por quem possuir por titulo certo e incondicional; e o uso das aguas publicas é condicional, revogavel pelo estado, consoante a exigencia dos interesses geraes;

4) Este uso das aguas publicas, por mais diuturno que seja, não fundamenta a prescripção; nos termos do art. 474.°, § 1.°, os actos facultativos ou de mera tolerancia não constituem posse; ora o exercicio do direito mencionado é uma tolerancia do estado, que termina apenas seja cassada a licença respectiva.

Deduz-se esta mesma doutrina do art. 431.°, § 1.°; se as aguas publicas fôrem navegaveis ou fluctuaveis, o seu uso deve ser

---

[1] Laurent, obr. cit., tom. VII, n.° 255, pag. 309.

exercido sem prejuizo dos interesses da navegação ou fluctuação; logo, o direito exercido sobre essas aguas termina com o simples prejuizo dos interesses da navegação ou fluctuação; a posse do direito a estas aguas não fundamenta, pois, a prescripção [1];

5) Os proprietarios dos predios marginaes não podem lamentar-se por serem perturbados na pretendida posse, quando o estado manda proceder a certas obras nas correntes navegaveis ou fluctuaveis por utilidade geral: é o seu direito e o seu dever. Deve mesmo dizer-se que, determinando prejuizo aos proprietarios dos predios marginaes, não lesa o seu direito; como dissemos, o uso d'estas aguas é condicional [2].

---

[1] É esta a doutrina geralmente admittida. Dionisotti (*Delle servitú delle acque secondo il codice civile Italiano,* Torino, 1873, n.º 37, pag. 28) exprime-se d'este modo: as aguas publicas, não podendo constituir objecto de propriedade particular, não podem adquirir-se por prescripção, nem portanto dar logar ás acções possessorias. Mas, cessando o destino publico, os actos dos particulares começam a valer, como se fôssem exercidos sobre quaesquer outros bens susceptiveis de posse.

O accordão do *Supremo Tribunal de Justiça,* de 20 de fevereiro de 1866 (*Diario* n.º 64) admitte a mesma doutrina, attendendo a que os rios navegaveis e fluctuaveis pertencem ao dominio publico, cujos direitos são imprescriptiveis, e não podem constituir propriedade particular de pessoa ou corporação alguma; attendendo a que nos rios navegaveis não póde adquirir-se posse por qualquer tempo que seja, nem essa é manutenivel por ser cousa publica, como já era prohibido pelo Alvará de 26 de novembro de 1774, etc.

As aguas publicas, irreduziveis como são a propriedade particular, e destinadas ao goso e fruição de todos, não podem ser objecto de servidão, nem de qualquer outro direito individual, que não seja legitimamente concedido (sr. dr. Assis, obr. cit., pag. 29).

No interesse da navegação e da fluctuação, a todo o tempo podem ser destruidos, sem indemnização, á custa do proprietario, os açudes ou outras construcções, quer nas aguas interiores do paiz, quer nas costas do mar, quando se tornarem prejudiciaes, porque em aguas publicas com prejuizo da navegação ou fluctuação não ha prescripção (Dias Ferreira, obr. cit. *segunda edição,* pag. 299).

[2] Laurent, obr. cit., ibid.

Os conflictos, que se levantarem entre os interesses geraes da navegação ou da fluctuação, e os interesses da agricultura ou da industria, serão resolvidos administrativamente (§ 2.º do art. 431.º). As questões entre os interesses agrarios ou industriaes, e os interesses da navegação ou fluctuação, ou por ser prejudicada com o aproveitamento das aguas a passagem dos barcos e dos objectos fluctuantes, ou por outro qualquer motivo, como representam litigios entre interesses geraes e interesses particulares, são da competencia da administração graciosa, e hoje resolvidas pelas circumscripções hydraulicas, a quem pertencem todas as attribuições que as leis administrativas conferiam aos agentes da administração em materia d'aguas (Dec. n.º 8 de 1 de dezembro de 1892, art. 45.º) [1].

Por isso sem licença do director da circumscripção hydraulica é prohibido transportar madeiras soltas nos lagos, rios, canaes, vallas, esteiros e mais correntes d'agua navegaveis ou fluctuaveis, e occupar, no transporte por fluctuação de madeiras soltas ou em jangadas, completamente toda a largura da via navegavel ou fluctuavel de fórma a impedir a passagem de embarcações ou d'outros corpos fluctuantes (regul. de 19 de dezembro de 1892, artt. 353.º–354.º) [2].

---

[1] *Decreto n.º 8 de 1 de dezembro de 1892.*

Art. 45.º Os directores das circumscripções hydraulicas têm por attribuições:

1.º As que pelo codigo administrativo competem aos diversos agentes da administração para os effeitos do melhoramento, conservação e policia dos lagos, lagôas, vallas, canaes, esteiros, rios e mais correntes d'agua de uso publico ou commum, suas margens, alveos ou leitos, na conformidade dos preceitos dos artt. 380.º e 381.º, e mais disposições do codigo civil, d'este decreto e do regulamento respectivo.

(*Collecção official* cit., pag. 983).

[2] *Regulamento de 19 de dezembro de 1892.*

Art. 353.º É prohibido, nos lagos, rios, canaes, vallas, esteiros e mais correntes d'agua navegaveis ou fluctuaveis, transportar madeiras soltas, sem licença dos engenheiros directores das circumscripções hydraulicas,

Se o uso, que se pretende fazer das aguas publicas, navegaveis ou fluctuaveis, depender de obra ou construcção permanente, não poderá esta ser feita sem prévia licença da auctoridade administrativa competente (art. 432.º). Convém attender á regulamentação do art. 432.º pelo Decreto de 1 de dezembro de 1892 e regulamento de 19 do mesmo mez e anno [1].

---

sob pena do pagamento da multa de tres mil réis a nove mil réis, além da indemnização dos damnos causados.

§ 1.º As licenças a que se refere este artigo não serão concedidas, sem que o pretendente declare no requerimento que se responsabiliza por sua pessoa e bens, pelo pagamento integral dos damnos ou prejuizos que causar ao leito, margens e obras existentes, tanto publicas como particulares. Este requerimento ficará archivado na secretaria da direcção por onde se solicite aquella licença.

§ 2.º A multa designada n'este artigo será applicada aos que não cumprirem as condições, com que a licença foi concedida.

Art. 354.º É prohibido, no transporte por fluctuação de madeiras soltas ou em jangadas, occupar completamente toda a largura da via navegavel ou fluctuavel, de fórma a impedir a passagem de embarcações ou outros corpos fluctuantes, sob pena do pagamento da multa de cinco mil réis.

(*Collecção* cit., pagg. 1222 e 1223).

[1] *Decreto de 1 de dezembro de 1892.*

Art. 22.º Todas as pessoas em geral, e especialmente os proprietarios marginaes dos pantanos, lagos, lagôas, esteiros, vallas, canaes, rios ou quaesquer correntes d'agua, navegaveis ou fluctuaveis, ou de uso commum, são obrigados, na conformidade das disposições do codigo civil, nos artt. 380.º, 381.º, 441.º e 442.º e respectivos paragraphos, a cumprir os preceitos d'este decreto e do regulamento que d'elle faz parte, sobre a regularização, conservação, desobstrucção e limpeza das respectivas margens, alveos ou leitos.

§ unico. Todas as obras que fôrem feitas com prejuizo da conservação, regularização e regimen dos rios, lagos, lagôas, pantanos e mais correntes d'agua ou com prejuizo de terceiros; as que fôrem feitas sem licença, quando esta deva ser perdida, ou que o fôrem por modo differente das condições com que aquella licença foi concedida, serão desmanchadas por conta e á custa dos contraventores, aos quaes pelas direcções das circumscripções hydraulicas será feita a intimação legal para a demolição, marcando-se-lhe um prazo para a sua execução. Se findo esse prazo a intimação não fôr

Ainda se respeita aos donos dos predios e terrenos separados do leito das aguas, tanto navegaveis ou fluctuaveis, como não na-

---

cumprida e as obras desfeitas, serão essas obras mandadas desmanchar pelos directores das circumscripções hydraulicas, sem mais intimação nem processo, e as despezas feitas com taes demolições serão cobradas dos contraventores pelo processo de cobrança das dividas á fazenda nacional.

Art. 23.º Fica tambem sujeito ás prescripções d'esta lei e do regulamento que d'ella faz parte, sem prejuizo dos direitos garantidos pelo codigo civil e na conformidade dos artt. 380.º e 381.º do mesmo codigo:

§ 1.º O uso e aproveitamento das aguas dos lagos, lagôas, esteiros, vallas, canaes, rios ou correntes, quer navegaveis ou fluctuaveis, quer de uso commum, para a navegação ou fluctuação, para a irrigação ou para fins agricolas ou industriaes.

§ 2.º O uso da caça e da pesca n'aquellas aguas, nos seus alveos ou leitos, e nos terrenos inundados das bacias hydraulicas, e a conservação e melhoramentos dos campos, caminhos, mattas e terrenos arborizados que n'elles existam.

Art. 27.º É o governo auctorizado, pelo ministerio das obras publicas, commercio e industria sob informação dos engenheiros directores das circumscripções hydraulicas, e ouvido o conselho superior de obras publicas e minas, a permittir que os proprietarios marginaes de pantanos, lagos, lagôas, esteiros, rios e seus affluentes, canaes e vallas, de que trata o n.º 1.º do art. 7.º e que assim o requererem, construam em frente dos mesmos predios os tapumes necessarios para a conservação d'elles, ou outras obras para o desenvolvimento da agricultura, apropriando-se dos terrenos ou areiaes que em frente dos mesmos predios tenham de ser conquistados ás mencionadas aguas pelas obras projectadas para o seu melhoramento, uma vez que se conformem e cumpram os planos superiormente approvados, e que executem as obras sob a fiscalização e segundo as instrucções da direcção da respectiva circumscripção hydraulica, e que deixem para margem a faxa de terreno que fôr demarcada, em vista do n.º 5.º do mesmo art. 6.º

§ unico. A falta de cumprimento das condições acima designadas importa a annullação da concessão, tomando o estado novamente posse dos terrenos e das obras feitas sem mais formalidades, e sem que os interessados possam oppôr-se nem exigir indemnização alguma.

Art. 41.º Ás secções do serviço externo compete, debaixo das ordens do director da respectiva circumscripção hydraulica, na conformidade das leis respectivas:

§ 1.º A execução dos estudos, projectos e obras para a construcção, me-

vegaveis nem fluctuaveis, pelas margens demarcadas na conformidade do Decreto de 1 de dezembro de 1892 e do regulamento

---

lhoramento e conservação dos portos, estuarios e rios navegaveis e fluctuaveis, com a sua administração;

2.º A execução dos estudos, projectos e obras de construcção, melhoramento e conservação dos canaes de navegação maritima e fluvial, com a sua administração;

3.º O serviço de exploração dos portos de mar, rios navegaveis e fluctuaveis, e canaes maritimos e interiores; e a organização das tarifas de transporte e dos direitos a perceber;

4.º A execução dos estudos, projectos e obras, e quaesquer trabalhos destinados a melhorar o regimen dos lagos, lagôas, canaes, vallas, esteiros e correntes d'agua interiores; a proteger os campos marginaes; ao dessecamento dos pantanos, e ás irrigações;

5.º A policia e conservação dos cursos d'agua tanto navegaveis e fluctuaveis, como de uso commum, das suas margens, alveos ou leitos, e das obras n'elles executadas, ou nos campos marginaes inundaveis;

6.º A informação sobre todas as pretensões e processos de licenças, e as diligencias necessarias para o esclarecimento d'estes e d'outros assumptos do serviço a cargo da circumscripção hydraulica respectiva;

7.º Todos os mais serviços que pelo director fôrem ordenados.

(*Collecção* cit., pagg. 980-983).

Regulamento de 19 de dezembro de 1892.

Art. 206.º Os donos dos predios e terrenos que fôrem separados do leito das aguas, tanto navegaveis ou fluctuaveis, como não navegaveis nem fluctuaveis, pelas margens marcadas na conformidade dos artt. 1.º e 8.º d'este regulamento, e do art. 4.º do decreto n.º 8, de 1 dezembro de 1892, e que anteriormente a essa demarcação tinham direito ao uso das aguas referidas, continuarão a poder usar d'essas aguas em beneficio d'aquelles predios, não podendo, porém, executar obras novas, nem alterar a quantidade d'agua a empregar, sem nova concessão.

Art. 207.º O individuo, associação, empreza ou corporação que pretender derivar aguas dos lagos, lagôas, esteiros, vallas, canaes e mais correntes d'agua navegaveis ou fluctuaveis, e utilizal-as, com fim de interesse particular ou collectivo, para a irrigação, força motriz, abastecimento, ou qualquer outro fim, não o poderá fazer sem que obtenha a licença pelo ministerio das obras publicas, commercio e industria, precedendo informação do director da respectiva circumscripção hydraulica, e consulta do conselho superior de obras publicas e minas.

§ 1.º O requerimento para a concessão será acompanhado da planta, em

de 19 do mesmo mez e anno, o direito que anteriormente a essa demarcação tinham ao uso das aguas; mas já se lhes não per-

---

triplicado, da parte do curso d'agua a montante e jusante do ponto onde deva fazer-se a derivação, e das mais plantas, perfis, desenhos e esclarecimentos necessarios para se poder avaliar todas as circumstancias da pretensão.

§ 2.º Sobre esse requerimento será mandado pelo ministerio das obras publicas, commercio e industria, perante o governador civil do districto ou districtos onde tiver de existir a derivação, ou perante o respectivo administrador do concelho, se fôr só um concelho o percorrido pela derivação, abrir um inquerito publico por tempo nunca inferior a vinte dias, chamando todos os interessados a examinar a pretensão e a enviar durante o referido prazo, por escripto, ao funccionario que presidir ao inquerito, as reclamações que tiverem por conveniente, as quaes serão appensas ao processo.

§ 3.º Todo este processo será enviado ao ministerio das obras publicas, commercio e industria, que, nos termos d'este artigo, resolverá como fôr de justiça.

§ 4.º As plantas e desenhos deverão conter a designação do districto, concelho, freguezia e logar onde se tem de fazer a derivação, e ser datadas e assignadas pelo pretendente e devidamente selladas em um dos exemplares.

Art. 208.º Será permittido, com auctorização do ministro das obras publicas, commercio e industria, tendo precedido informação do director da respectiva circumscripção hydraulica, o aproveitamento, para fins industriaes ou de irrigação, das aguas ou quédas produzidas por obras executadas pelo estado nos leitos ou margens dos cursos d'agua navegaveis ou fluctuaveis, pagando os que usarem das aguas ou quédas a quantia correspondente ao beneficio que receberem, calculada amigavelmente, ou por peritos em vistoria administrativa. Um dos peritos será nomeado pelos interessados, outro pelo administrador do concelho onde estiver situada a obra, e o terceiro, de desempate, pelo director da circumscripção hydraulica, lavrando-se d'esta vistoria o respectivo auto.

§ 1.º Ao concessionario pertencerá a conservação e manobra das adufas e portas de descarga, e o pagamento da parte das despezas de conservação da obra, na quota correspondente ao interesse que tiver, sendo, porém, as reparações sempre feitas pelo estado.

§ 2.º Estas concessões serão sempre temporarias e poderão revogar-se, quando o interesse da navegação ou fluctuação assim o exigir, ou o governo o entender por conveniente.

§ 3.º Não é devida indemnização alguma ao concessionario, quando pelos

mitte executar obras novas, nem empregar maior quantidade d'agua sem nova concessão (cit. regul., art. 206.º).

---

serviços da navegação ou fluctuação, ou por caso de força maior, aquelle ficar privado da concessão, ou não podér empregar a quantidade d'agua que lhe foi concedida.

Art. 209.º Em todas as concessões para a utilização d'aguas dos lagos, lagôas, rios, canaes, vallas, esteiros e mais correntes d'agua navegaveis ou fluctuaveis, será claramente designada a natureza d'essa utilização e o volume das aguas concedido; e, sendo ellas destinadas á irrigação, qual a área e situação do terreno que tem de ser regado.

§ unico. Se, em licenças ou concessões anteriores a este regulamento, a quantidade d'agua não tiver sido fixada, entender-se-ha que foi concedida a necessaria para o fim declarado, e que a sobeja ficou disponivel.

Art. 210.º As concessões para a utilização das aguas, de que tratam os artt. 205.º, 207.º e 209.º, conterão a declaração expressa de que são feitas sem prejuizo dos direitos de terceiro, e dos direitos particulares legitimamente adquiridos; e sempre assim se entenderá, ainda que taes concessões não contenham essa declaração.

Art. 211.º As concessões serão sempre por prazo limitado, e a sua duração, que variará segundo as circumstancias, será sempre expressamente declarada, assim como o destino que terão as obras e aguas, depois de findo o prazo da concessão.

Art. 212.º As aguas destinadas a um fim não poderão ser applicadas a outro diverso sem novo requerimento e processo, como se se tratasse de nova concessão, sob pena do pagamento da multa de dois mil réis a cincoenta mil reis.

§ unico. Repetindo-se a transgressão da obrigação a que se refere este artigo, será cassada a licença por tempo d'um anno.

Art. 216.º Nos lagos e cursos d'agua navegaveis ou fluctuaveis, os respectivos proprietarios marginaes poderão extrahir e empregar por meio de bombas, ou de qualquer outro apparelho de motor animal ou mechanico, a agua necessaria para a irrigação e uso dos seus predios, com licença concedida pelo director da respectiva circumscripção hydraulica, quando a collocação d'aquelles apparelhos não dependa de execução de obra que altere o *statu quo* das margens ou leito.

§ 1.º Se, porém, para a elevação da agua, houver de recorrer-se á construcção de obras que modifiquem a margem ou leito, será preciso licença do governo pela fórma indicada n'este regulamento.

§ 2.º Na falta das licenças a que se refere este artigo e o paragrapho

Nas licenças para obras nas costas e nos portos de mar, nos leitos ou margens das lagôas, lagos, esteiros, vallas, canaes, rios

---

anterior, o contraventor incorrerá na multa de dois mil réis a vinte mil réis, e das designadas nos artt. 264.º, 279.º e 280.º

Art. 217.º Em todos os lagos, lagôas, rios, vallas, canaes e mais correntes d'agua navegaveis ou fluctuaveis, o local para a maceração dos linhos e outras plantas textis será, a pedido dos interessados, marcado e fiscalizado pelos mestres, guardas, ou outros agentes da circumscripção hydraulica, de sorte que não cause prejuizo á navegação ou fluctuação, nem ao regimen e curso das aguas, nem á salubridade publica.

§ 1.º Serão escolhidos, sempre que fôr possivel, para aquelle fim, os logares onde as aguas apresentem remanso, e o leito tenha maior largura, preferindo-se a execução de pequenas derivações, sempre que isso seja exequivel.

§ 2.º Tirados aquelles objectos, depois de macerados, do local onde estiverem depositados, serão pelos donos d'elles cheias todas as cavidades, e arrancados e removidos todos os ramos, estacas e quaesquer outros objectos, que provisoriamente tenham sido collocados para evitar a dispersão dos linhos ou plantas immergidas.

§ 3.º Os que transgredirem as disposições d'este artigo e seus paragraphos serão condemnados ao pagamento da multa de mil réis a cinco mil réis, e mais penalidades mencionadas, e pela fórma prescripta nos artt. 279.º e 280.º

Art. 220.º A installação de machinas fluctuantes, accionadas pela propria corrente nos cursos d'agua navegaveis ou fluctuaveis, quer essas machinas operem directamente, quer transmittam o movimento a apparelhos fixos em terra, só póde ser feita com licença do governo, pelo ministerio das obras publicas, commercio e industria, precedendo informação do director da respectiva circumscripção hydraulica e consulta do conselho superior de obras publicas e minas, sob pena dos contraventores pagarem a multa de cinco mil réis a cincoenta mil réis, e ficarem sujeitos ás outras penalidades descriptas nos artt. 264.º, 279.º e 280.º

§ 1.º O requerimento para a licença, além dos documentos indicados nos §§ 1.º e 4.º do art. 207.º, deverá ser instruido com outros que provem:

1.º Serem os pretendentes donos dos predios em que as atracações devem effectuar-se, ou terem licença do respectivo dono;

2.º Não oppôr a installação obstaculos á navegação ou fluctuação.

§ 2.º Os pretendentes responsabilizar-se-hão por um termo, com fiador idoneo, pelo pagamento das indemnizações que a installação causar aos

e mais correntes d'agua navegaveis ou fluctuaveis, quer em beneficio da agricultura, quer em beneficio da industria, ha de con-

---

proprietarios de ambas as margens, e aos donos dos estabelecimentos industriaes que haja a jusante.

§ 3.º Antes de conceder a licença, o governo mandará ouvir sobre a pretensão os donos dos estabelecimentos industriaes, que lhe fiquem immediamente a jusante.

§ 4.º Quando o concessionario não houver satisfeito os prejuizos a que se refere o § 2.º d'este artigo ou a installação causar obstaculo á navegação ou fluctuação a licença deverá ser cassada, sem direito a indemnização alguma.

Art. 229.º Nas aguas e correntes, não navegaveis nem fluctuaveis, a maceração dos linhos e mais plantas textis será feita nos logares onde não cause prejuizo ao regimen e curso das aguas, aos predios vizinhos, e á salubridade publica.

§ unico. Na execução d'esse serviço serão seguidas as disposições mencionadas nos §§ 1.º e 2.º do art. 217.º, e os transgressores ficam sujeitos ás penas prescriptas no § 3.º do mesmo artigo.

Art. 232.º É applicavel ás aguas das correntes, não navegaveis nem fluctuaveis, a doutrina do art. 212.º e seu paragrapho.

Art. 261.º Não é permittido egualmente, sem licença:

1.º As plantações ou execução de quaesquer obras, quer permanentes, quer temporarias, nas margens, leitos ou alveos das lagôas, rios, vallas, canaes e mais correntes d'agua navegaveis ou fluctuaveis, ou nos seus comoros, motas, vallados, diques, e nos campos marginaes inundados habitualmente pelas aguas, quer ordinarias, quer de cheias; e as plantações e edificações para áquem da linha que nos terrenos junto aos leitos limita o dominio do estado.

Art. 262.º Todas as licenças para obras nas margens e leitos dos rios, lagos, lagôas, vallas ou quaesquer outras correntes d'agua, ou para uso das aguas respectivas, serão sempre concedidas com a declaração expressa de que o são sem prejuizo dos direitos de terceiro, a quem fica portanto livre a faculdade de interpôr judicialmente as acções competentes para fazer valer os seus direitos.

§ unico. Nos diplomas das licenças serão claramente prescriptas as condições especiaes com que fôrem concedidas, assim como o prazo durante o qual vigoram, e aquelle em que as obras devem ficar concluidas. Este ultimo prazo poderá ser prorogado, por motivos attendiveis.

Art. 263.º Todas as licenças para quaesquer obras nas costas e nos portos

signar-se expressamente a condição de se inutilizarem ou modificarem sem indemnização, quando assim o reclamar qualquer

---

de mar, nos leitos ou margens das lagôas, lagos, esteiros, vallas, canaes, rios e mais correntes d'agua navegaveis ou fluctuaveis, serão sempre concedidas com a expressa condição de que, se para o beneficio ou melhoramento publico, ou da navegação e fluctuação, fôr necessario desfazer, inutilizar ou modificar as obras a que se refere a concessão, o respectivo concessionario não terá direito a indemnização alguma.

Art. 267.º As licenças aos particulares, ou como taes considerados, para a execução de obras permanentes nas costas do mar, bahias, enseadas e interior dos portos, e nos alveos ou leitos dos lagos, lagôas, rios, vallas e mais correntes d'agua navegaveis ou fluctuaveis, ou nas suas margens, comoros, motas, vallados, diques e campos marginaes inundados habitualmente pelas aguas, quer ordinarias, quer cheias, serão sómente concedidas pelo governo, pelo ministerio das obras publicas, commercio e industria, precedendo informação do director da circumscripção hydraulica respectiva.

§ 1.º Os requerimentos para a concessão de taes licenças serão acompanhados da planta parcellar, em triplicado, em escala nunca menor de 1 para 1:000, do local onde se pretende executar a obra, com todos os detalhes convenientes; e dos alçados, perfis e córtes necessarios para fazer conhecer e apreciar a referida obra. Estas plantas deverão comprehender uma parte do curso d'agua a montante e jusante do local da obra, para se fazer ideia do effeito da construcção; e deverão conter tambem a designação do districto, concelho, freguezia e logar a que a obra pertence; sendo datadas e assignadas pelo requerente, e selladas devidamente em um dos exemplares. Um d'estes exemplares ficará no archivo da direcção da circumscripção hydraulica junto ao processo, e os dois outros, um dos quaes sellado, acompanhárão a remessa do requerimento para o ministerio.

§ 2.º As pretensões para as obras a que se refere o art. 260.º, serão sempre informadas pelo chefe do departamento maritimo onde fôr situada a localidade a que se refere a pretensão, em conformidade com o § 1.º do art. 6.º do Decreto de 1 de dezembro de 1887.

Art. 268.º As licenças para obras provisorias ou temporarias, para applicação das aguas, como força motriz, á irrigação ou á industria, tanto nos cursos d'agua navegaveis ou fluctuaveis, como nos não navegaveis nem fluctuaveis, serão dadas pelos directores das circumscripções hydraulicas, com informação do respectivo chefe de secção, mas nunca por mais d'um anno.

§ unico. No processo para a concessão de taes licenças será dispensada

beneficio ou melhoramento publico, ou da navegação e fluctuação; o prazo de duração e o da conclusão das obras, que poderá ser

---

a planta a que se refere o § 1.º do artigo anterior, quando se tratar de obras de pequena importancia e o director a julgar indispensavel.

Art. 269.º Serão tambem concedidas pelos directores das circumscripções hydraulicas, dando immediatamente conhecimento ao ministerio das obras publicas, commercio e industria, as licenças para as obras urgentes destinadas á defeza contra a acção corrosiva das aguas, ou contra as inundações, taes como muros, pedrados, enrocamentos, estacarias com fachina, etc., nas lagôas, rios, vallas, canaes, esteiros e mais cursos d'agua navegaveis ou fluctuaveis.

Art. 282.º É absolutamente prohibido, sem prévia licença, lançar pedras, terras e quaesquer outros objectos, fazer excavações e extrahir pedras ou terras das margens e dos leitos ou alveos dos lagos, lagôas, vallas, rios, e correntes navegaveis ou fluctuaveis, ou não navegaveis nem fluctuaveis.

§ 1.º Os que transgredirem as disposições d'este artigo incorrem na multa de dous mil réis a vinte mil réis, e serão intimados pelos agentes das circumscripções hydraulicas para procederem, em prazo determinado, á extracção e remoção das pedras, terras e objectos lançados, e ao enchimento das excavações feitas.

§ 2.º Se não fôr cumprida a intimação pelo modo e no prazo marcados, serão as pedras, terras e materiaes extrahidos, e as excavações cheias pelos agentes das circumscripções hydraulicas, procedendo-se de modo analogo ao descripto no art. 280.º e seus paragraphos.

Art. 284.º Nos lagos, lagôas, rios, canaes, vallas e mais correntes d'agua navegaveis ou fluctuaveis, os proprietarios ou rendeiros dos predios confinantes são obrigados a cortar e aparar as arvores e plantas existentes nos seus predios, que embaracem ou prejudiquem o regimen e curso das aguas, e a navegação ou fluctuação; e a remover os obstaculos que tenham origem nos mesmos predios e sejam nocivos áquelle fim, dentro do prazo e pelo modo que lhes fôr intimado pelos agentes das circumscripções hydraulicas.

§ unico. Os que não cumprirem a intimação, incorrem na multa de dous mil réis a vinte mil réis. Os obstaculos serão removidos, e as arvores e plantas cortadas pelos agentes das circumscripções hydraulicas, á custa dos donos ou rendeiros dos referidos predios, procedendo-se de modo identico ao prescripto no art. 280.º e seus paragraphos.

Art. 285.º Quando o obstaculo não tiver origem nos predios marginaes, e fôr devido a accidente ou á acção natural das aguas ou correntes navegaveis ou fluctuaveis, se tiver dono, será este obrigado a fazer a remoção ou

prorogado; a natureza de utilização e o respectivo volume, e a área do terreno, quando destinadas á irrigação, reputando-se fixada na necessaria a concedida anteriormente quando nos respectivos diplomas não tiver sido marcada a quantidade (regul. de 19 de dezembro de 1892, artt. 207.°, 209.°–212.°, 263.° e 267.°); e, quer sejam navegaveis ou fluctuaveis, quer de uso commum as aguas, ha de declarar-se no titulo de licença a resalva dos direitos de terceiro, que sempre se entende mesmo na falta de declaração, ficando livre a cada um a faculdade de instaurar judicialmente as acções competentes para fazer valer os seus direitos, bem como o destino das obras e das aguas depois de findo o praso da concessão, pois as destinadas a um fim não poderão ser applicadas a outro sem novo requerimento e processo (cit. regul., artt. 232.°, 262.°).

Compete ao governo conceder estas licenças, bem como auctorizar nas correntes navegaveis ou fluctuaveis o aproveitamento, para fins industriaes ou de irrigação, das aguas ou quedas produzidas por obras executadas pelo estado nos leitos ou margens, mediante o preço correspondente ao beneficio (regul. de 19 de dezembro de 1892, art. 208.°); a installação de machinas fluctuantes (cit. regul., art. 220.°); as plantações ou quaesquer obras, quer permanentes, quer temporarias, nas margens, leitos ou alveos, ou nos seus comoros, motas, vallados, diques, e nos campos marginaes inundados habitualmente pelas aguas, quer ordinarias, quer de cheias (cit. regul., art. 261.°, n.° 1.°), e bem assim a construcção, em frente dos mesmos predios, dos tapumes necessarios

---

destruição do obstaculo nos termos do artigo anterior e seu paragrapho; se não tiver dono conhecido, será removido ou destruido pelos agentes e á custa das circumscripções hydraulicas, pertencendo ás mesmas circumscripções qualquer producto proveniente do referido obstaculo.

§ unico. No caso em que não seja conhecido o dono do obstaculo, a intimação a que se refere o artigo anterior será feita por editaes e pelo prazo de quinze dias, exceptuando o caso da remoção ser urgente.

(*Collecção* cit., pagg. 1209-1217).

para a conservação d'elles, ou d'outras obras para o desenvolvimento da agricultura, e a apropriação dos terrenos ou areaes, que em frente dos mesmos predios tenham de ser conquistados pelas obras projectadas para o seu melhoramento (Dec. de 1 de dezembro de 1892, art. 27.º).

São porém da competencia dos directores das circumscripções hydraulicas (regul. de 19 de dezembro de 1892, artt. 268.º, 269.º) as licenças, quando respeitarem a obras urgentes para defeza contra a acção corrosiva das aguas, ou contra as inundações, taes como muros, pedrados, enrocamentos, estacarias com fachina, etc., nas lagôas, rios, vallas, canaes, esteiros e mais cursos d'agua navegaveis ou fluctuaveis, ou para obras provisorias ou temporarias, para applicação das aguas, como força motriz, á irrigação ou á industria, tanto nos cursos d'agua navegaveis ou fluctuaveis, como nos não navegaveis nem fluctuaveis.

Pertence tambem ás circumscripções hydraulicas a fiscalização das obras, e a designação do local nas aguas navegaveis ou fluctuaveis e nas de uso commum para a maceração dos linhos e d'outras plantas textis (regul. de 19 de dezembro de 1892, artt. 217.º, 229.º); bem como a policia e conservação dos cursos d'agua, tanto navegaveis e fluctuaveis, como de uso commum, das suas margens, alveos ou leitos, e das obras n'elles executadas ou nos campos marginaes inundaveis, com as attribuições que o codigo administrativo dá aos diversos agentes da administração, e com as technicas que respeitam a projectos e execução de obras, e as licenças para obras provisorias (Dec. de 1 de dezembro de 1892, artt. 41.º, 45.º).

Precisa é tambem a licença da circumscripção hydraulica para lançar pedras, terras e quaesquer outros objectos, fazer excavações e extrahir pedras ou terras das margens e dos leitos ou alveos dos lagos, lagôas, vallas, rios, e correntes navegaveis ou fluctuaveis, ou de uso commum (cit. regul., art. 282.º).

Para extrahir dos lagos e correntes navegaveis ou fluctuaveis e empregar por meio de bombas ou de qualquer outro apparelho de motor animal ou mechanico a agua necessaria para a irrigação

e uso dos predios é precisa licença do governo ou do director da respectiva circumscripção hydraulica, conforme a obra para a collocação d'aquelles apparelhos alterar ou não o *statu quo* das margens ou do leito (cit. regul. de 19 de dezembro de 1892, art. 216.º).

Nos lagos, lagôas, rios, canaes, vallas e mais correntes d'agua navegaveis ou fluctuaveis, são os proprietarios ou rendeiros dos predios confinantes obrigados a cortar e aparar as arvores e plantas existentes nos seus predios, que embaracem ou prejudiquem o regimen e curso das aguas, e a navegação ou fluctuação, e a remover os obstaculos que tenham origem nos mesmos predios (cit. regul. de dezembro de 1892, art. 284.º); e, quando o obstaculo não tiver origem nos predios marginaes, sendo devido a accidente ou á acção natural das aguas, se tiver dono, será este obrigado a removel-o ou destruil-o, e, se não tiver dono conhecido, será removido ou destruido á custa das circumscripções hydraulicas (cit. regul., art. 285.º).

As obras nas margens dos pantanos, lagos, lagôas, esteiros, vallas, canaes, rios ou quaesquer correntes d'agua navegaveis ou fluctuaveis, ou de uso commum, como o aproveitamento das aguas para a navegação ou fluctuação, ou para fins agricolas ou industriaes, com prejuizo da conservação, regularização e regimen das correntes, ou com prejuizo de terceiros, ou sem licença quando esta é necessaria, ou fóra das condições da licença, serão desmanchadas por conta e á custa dos contraventores (Dec. de 1 de dezembro de 1892, artt. 22.º, 23.º) [1].

A doutrina do Decreto e regulamento mencionados não é completamente nova; nos seus traços fundamentaes encontrava-se nos seguintes diplomas: Decreto de 26 de dezembro de 1867, portarias de 4 de junho de 1868 e 26 de novembro de 1869, regulamento de 2 de outubro de 1886 [2].

---

[1] Dias Ferreira, obr. cit., *segunda edição*, pagg. 299-301.

[2] *Decreto de 26 de dezembro de 1867.*

Art. 10.º Os donos ou possuidores dos predios atravessados ou banhados por quaesquer aguas correntes são obrigados a abster-se de factos que em-

Quando, para se tornar effectivo o direito de occupação, fôr necessario fazer obras permanentes, se o uso d'estas vier a ser

---

baracem o livre curso das ditas aguas e a remover os obstaculos a este livre curso, quando tiverem origem nos seus predios, de fórma que d'esses factos e obstaculos não resulte prejuizo a seus vizinhos, quer pela estagnação e refluxo das aguas, quer pelo seu retardamento e perda, a não ser n'estes dois ultimos casos por causa da sua licita applicação.

Art. 12.º Nos comoros, motas e margens dos rios e vallas é prohibido aos particulares fazer obras ou plantações, cavar ou lavrar, e de qualquer modo embaraçar as servidões publicas.

Art. 13.º É egualmente prohibido plantar arvores ou arbustos, lançar fachina, pedras ou outros quaesquer objectos, cravar estacas ou fazer obra de qualquer natureza nos leitos dos rios e vallas.

§ unico. Exceptuam-se as obras indispensaveis para a irrigação e enxugo dos predios confinantes, as quaes, quando d'ellas não resulte prejuizo, devem ser auctorizadas pelo governo nos rios e vallas navegaveis, e pelo engenheiro director nos outros rios e vallas.

Art. 14.º O mesmo engenheiro mandará immediatamente desmanchar, sem intimação nem processo, tudo quanto em contravenção dos artt. 12.º e 13.º se tiver feito, e os transgressores pagarão as despezas d'este trabalho, e mais a multa de dois mil réis a vinte mil réis.

(*Collecção Official de Legislação Portugueza*, Lisboa, 1868, anno de 1867 pag. 177).

Segundo este Decreto *a*) não podia qualquer pessoa fazer obras ou plantações de qualquer especie nos comoros, motas, margens, etc., sem licença prévia da auctoridade competente (artt. 12.º, 13.º); *b*) a auctoridade respectiva podia negar ou conceder permissão, conforme julgasse as obras indispensaveis para a irrigação e enxugo dos predios confinantes e isentas de qualquer prejuizo (§ un. do art. 13.º); *c*) quando se verificasse prejuizo, o engenheiro director mandava demolir immediatamente, sem intimação nem processo, as obras feitas (art. 14.º); *d*) o constructor não tinha direito a ser indemnizado do seu prejuizo; ao contrario pagava as despezas do trabalho e multa respectiva (art. 14.º).

Portaria de 4 de junho de 1868. Esta portaria refere-se ao Decreto de 26 de dezembro de 1867. Versa sobre licenças para a derivação das aguas do Mondego; essas licenças deveriam ser concedidas ou negadas, sem que o funccionario respectivo se preoccupasse com o fim das aguas derivadas.

Foi presente o officio, datado de 23 de maio ultimo, no qual o engenheiro chefe da 1.ª direcção hydraulica expõe varias duvidas, e faz diversas considerações relativamente á concessão de licenças para a derivação d'aguas

depois abandonado por mais de cinco annos, prescreverá tal direito em beneficio de quem fizer obras analogas, incompativeis com

---

com destino á irrigação de arrozaes nos campos do Mondego. Conformando-se com o parecer do ajudante do procurador geral da corôa junto ao ministerio das obras publicas, commercio e industria, manda pelo dito ministerio declarar ao referido engenheiro, que dependendo a extincção dos arrozaes do processo ordenado nas providencias annexas á carta de lei de 1 de julho de 1867, nem o governo, nem os seus agentes podem directa ou indirectamente extinguil-os senão pelos meios, nos prasos e segundo as formalidades prescriptas nas indicadas providencias; cumprindo por isso que o sobredito engenheiro faça cumprir o Decreto com força de lei de 26 de dezembro d'aquelle anno, concedendo ou negando as licenças, como entender que é justo e util, sem se preoccupar da applicação, que póde ter a agua derivada (*Legislação Complementar* cit., pag. 25).

Portaria de 26 de novembro de 1869. Constando que os proprietarios de varios açudes e pesqueiras, abusivamente construidas no rio Tejo, nos concelhos de Castello Branco, Idanha a Nova e Villa Velha do Rodam, ainda os não demoliram, apezar das intimações administrativas que lhes fôram feitas em virtude das ordens expedidas por esta repartição em 30 de julho de 1867 e 29 de maio de 1868: ordena que o chefe da 8.ª divisão de obras publicas faça, sem demora, destruir, por conta dos respectivos proprietarios, quaesquer açudes, pesqueiras, barragens, ou outras semelhantes obras que existam no mencionado rio, a montante de Villa Velha, em territorio portuguez, sem licença d'este ministerio, e que por qualquer fórma embaracem ou prejudiquem a navegação ou o regimen d'aquelle rio; devendo requisitar do governador civil do districto de Castello Branco todo o auxilio de que carecer para prompta e immediata execução do que lhe é determinado pela presente portaria; na intelligencia de que para semelhante fim se expedem n'esta data as precisas ordens ao sobredito magistrado (*Legislação Complementar* cit., pag. 78).

D'esta portaria e mais documentos anteriores resulta que o individuo que quizesse construir quaesquer obras, nas condições referidas, necessitava de prévia licença, que devia ser prestada pelo governo (ministerio das obras publicas ou do reino) ou engenheiro director, conforme essas obras se fizessem nas aguas publicas ou communs (Dec. de 26 de dezembro de 1867, art. 14.º; port. de 26 de novembro de 1869).

Regulamento de 2 de outubro de 1886.

Art. 141.º Nos comoros, motas e margens dos rios, vallas, [esteiros ou canaes, nos seus leitos ou alveos], é prohibido aos particulares, [sob pena de dous mil réis a vinte mil réis de multa], fazer obras ou plantações, cavar,

aquellas (art. 433.º). Presume-se ter abandonado por completo o uso das obras feitas quem durante tanto tempo se não utiliza d'ellas.

---

lavrar e por qualquer modo embaraçar as servidões publicas [sem que preceda a competente licença].

§ 1.º Estas licenças para os rios ou correntes d'agua navegaveis e fluctuaveis, quando se trate de obras permanentes, sómente poderão ser concedidas pelo governo.

§ 2.º As licenças para obras provisorias, ou seja para irrigação ou para applicação industrial das aguas como força motriz, tanto nas correntes d'agua navegaveis, e fluctuaveis, como nas não navegaveis nem fluctuaveis, serão dadas pelos engenheiros directores das respectivas circumscripções hydraulicas; mas nunca por mais d'um anno.

§ 3.º A licença para obras permanentes nas correntes d'agua, não navegaveis nem fluctuaveis, será concedida pelos engenheiros directores quando d'ellas não resulte prejuizo de terceiro, ou quando o fim da respectiva obra não seja contrario aos regulamentos administrativos.

Art. 189.º As aguas, aproveitadas por meio de obras auctorizadas para determinado fim, não poderão sem nova licença ter outro destino, sob pena de dois mil réis a vinte mil réis de multa.

§ 1.º Repetindo-se a transgressão a que se refere este artigo será cassada a licença por espaço d'um anno.

§ 2.º Aquelle, a quem fôr concedida a construcção de obras para a derivação d'aguas de qualquer corrente para a irrigação, e que as applicar á rega de arrozaes, cuja cultura não esteja legalmente auctorizada, pagará multa de dez mil réis a vinte mil réis, e ser-lhe-ha immediatamente cassada a licença, e inutilizadas as obras que tenha feito.

(*Collecção Official de Legislação Portugueza*, Lisboa, 1887, anno de 1886, pagg. 731–734).

O art. 141.º, excepto as palavras incluidas nas chaves indicadas, é a fiel reproducção do art. 12.º do Decreto de 26 dezembro de 1867.

A doutrina dos §§ do art. 141.º é muito importante; a licença para obras permanentes só podia ser concedida pelo governo; a estas obras se refere o art. 432.º do codigo civil; para as obras provisorias era competente o engenheiro director; taes obras nunca deveriam durar mais d'um anno.

A Portaria de 4 de junho de 1868 obrigava o engenheiro director a conceder ou negar licença, como entendesse justo e util, sem se preoccupar com a applicação que podia ter a agua derivada; o Decreto de 26 de dezembro de 1867 deixava em silencio a doutrina contraria, sendo licito conjecturar-se que a Portaria de 1868 traduziu o espirito do Decreto de 1863. Porém, o regulamento de 2 de outubro de 1886 apresenta, como resultado do Decreto

A commissão revisora substituiu a palavra *semelhantes*, que vinha no artigo correspondente (proj. prim., art. 458.°), pela palavra *analogas*, que se encontra no art. 433.°

A proposito da ultima parte do art. 433.° commenta Dias Ferreira: a substituição foi para peior, no entretanto, nem um nem outro vocabulo exprime fielmente o pensamento do legislador. O codigo quer dizer que, se alguem fizer obras permanentes para se aproveitar das aguas publicas e depois deixar de servir-se d'essas obras durante cinco annos, póde qualquer outra pessoa fazer obras para o *mesmo fim*, incompativeis com as anteriores, sem que o dono d'estas possa allegar o seu direito de prioridade na occupação, que perdeu pelo não uso durante cinco annos em proveito de quem queira fazer trabalhos para se utilizar das mesmas aguas. A ninguem se permitte a occupação das aguas publicas senão para usar d'ellas. Desde que as não aproveita, prescreve o seu direito em favor d'outro membro da sociedade que queira aproveital-as. A unica cousa que legitima a occupação das aguas publicas é a necessidade de usar d'elles; desde que deixa de ser effectivo o aproveitamento das aguas, cessou a razão da occupação [1].

Até aqui concordamos perfeitameute com o illustre jurisconsulto; mas, continúa elle: «o que o codigo dispõe com relação ao abandono das obras, deve applicar-se por analogia ao caso de se terem demolido as obras e não serem reconstruidas» [2]. N'este

---

de 1867 e Portaria de 1868, a seguinte doutrina: o proprietario não é obrigado a declarar o fim, a applicação das aguas que intenta derivar (Port. de 1868); mas, quando obtenha licença para certas obras auctorizadas e com determinado fim, taes obras não podem ter destino diverso, sob pena da multa indicada; salvo quando o novo destino fôr precedido de nova licença prévia (Regul. cit., art. 189.°). O § 1.° do art. 189.° consigna uma disposição nova; o principio geral do art. 189.° é applicado no § 2.°; em virtude da gravidade da trangressão, o *minimum* da multa eleva-se de dois mil réis a dez mil réis, permanecendo invariavel o mesmo *maximum*.

[1] Dias Ferreira, obr. cit., pag. 415.

[2] Obr. cit., ibid.

periodo Dias Ferreira sustenta que a prescripção posterior á demolição das obras só se effectiva cinco annos depois da sua demolição, nos termos analogos do art. 433.º

Rejeitamos a opinião do illustre commentador pelas seguintes razões: *a*) A demolição completa de certas obras, que não fôrem reconstruidas, é prova manifesta de que o individuo abandonou o direito de occupação realizado com essas obras. Portanto, não é necessario o espaço de cinco annos para a prescripção d'esse direito em beneficio de quem fizer obras analogas incompativeis com as primeiras. Muito bem diz Coelho da Rocha: o direito do occupante dura emquanto existem vestigios d'algum valor do açude ou fabrica, sem provas de que elle o tenha abandonado [1]. *b*) Se a construcção das obras foi um elemento necessario e sufficiente para manifestar e tornar effectivo o direito de occupação, é certo que, desapparecendo essa construcção, cessa a occupação e o direito correlativo. *c*) Muito bem argumenta Lobão, dizendo: se a obra feita no rio publico pelo direito de preoccupação inteiramente se arruinar, perde-se este direito, e fica sendo *primi occupantis:* mas para isto é necessario o simultaneo concurso de dois requisitos: 1) *quod aedificium funditus sit destructum,* de maneira que se possa dizer que a agua recuperou a sua *antiga natureza;* 2) que o dono da obra a desampare e que esta fique *pro derelicto,* isto é, se deixou passar um estio sem a refazer [2]. Em seguida continúa: «mas, se ninguem n'este intervallo occupou aquelle logar, sempre e a todo o tempo o primeiro occupante póde refazer a obra; e como por uma nova *preoccupação:* e quando não possa refazer a obra no primeiro estio e tema que outro preoccupe aquelle sitio, deve declarar e *protestar que a quer continuar* e cercal-a com estacas, ou outros signaes distinctivos» [3]. *d*) A mesma lettra do artigo protesta energicamente contra a analogia estabelecida por Dias Ferreira: uma cousa é o abandono do uso,

---

[1] Coelho da Rocha, obr. cit., § 413.º

[2] Lobão, *Tractado Pratico e Compendiario das Aguas,* § 33.º, pag. 21.

[3] Auct. e obr. cit., § 34.º, pag. 21.

segundo a letra do artigo, outra a destruição do predio que effectiva o direito de occupação; não se referindo á destruição, legisla, entretanto, para o abandono do uso o art. 433.º *e*) Diz o art. 433.º: prescreverá tal direito em beneficio de quem fizer obras analogas incompativeis com aquellas; trata-se, portanto, da incompatibilidade de duas obras que existem; ora a analogia do commentador Dias Ferreira suppõe uma hypothese em que existe só um edificio pois que do outro destruido nada resta. O codigo, portanto, exclue a analogia do sr. Dias Ferreira [1].

SUB-SECÇÃO II

Das correntes d'agua não navegaveis nem fluctuaveis

Anteriormente [2] examinamos a natureza das aguas communs; da sua condição juridica trata esta sub-secção.

> Art. 434.º Os donos ou possuidores de predios, que são atravessados por quaesquer aguas correntes, não navegaveis nem fluctuaveis, têm o direito de usar d'ellas em proveito dos mesmos predios, comtanto que do refluxo das ditas aguas não resulte prejuizo aos predios que ficam superiormente situados, e que inferiormente se não altere o ponto de sahida das aguas remanescentes.
>
> § unico. Entende-se por ponto de sahida aquelle onde uma das margens do alveo deixa primeiramente de pertencer ao predio.
>
> Art. 435.º O dono do predio, atravessado pela corrente, tem o direito de alterar ou mudar o leito ou alveo d'ella, sob as mesmas condições estabelecidas no artigo antecedente para o uso das aguas.
>
> Art. 436.º Quando as correntes passarem por entre dous ou mais predios, o uso das aguas será regulado pelo modo seguinte:
>
> § 1.º Se a agua fôr sobeja, cada um dos donos ou pos-

[1] Vid. Lobão, ibid.; Coelho da Rocha, obr. cit., tom. II, § 413.º; Dias Ferreira, obr. cit., pag. 415.

[2] Vid. pag. 66 e seg.

suidores dos predios adjacentes á corrente, d'um e d'outro lado, poderá usar da porção d'ella que lhe convier.

§ 2.º Se a agua não fôr sobeja, cada um dos donos ou possuidores dos predios fronteiros terá o direito de usar d'uma parte das aguas, proporcional á extensão e precisões do seu predio.

§ 3.º Cada um dos donos ou possuidores dos predios, de que trata o § antecedente, poderá derivar a porção d'agua que lhe couber em qualquer ponto da sua linha marginal, sem que o outro, com o pretexto de a derivar superiormente, haja de prival-o d'essa porção, no todo ou em parte.

§ 4.º Á sahida das aguas remanescentes, se as houver, é applicavel o que fica disposto no art. 434.º

Art. 437.º Os donos ou possuidores dos predios adjacentes ou atravessados pelas correntes, quando ajuntarem aos ditos predios outros, que não tivessem o mesmo direito, não poderão empregar n'estes as sobreditas aguas em prejuizo do direito que sobre ellas tiverem os seus vizinhos.

Art. 438.º O que fica disposto nos artigos precedentes não prejudicará os direitos adquiridos ao tempo da promulgação d'este codigo, sobre certas e determinadas aguas por lei, uso e costume, concessão expressa, sentença ou prescripção.

§ unico. A prescripção, porém, só será attendida para os effeitos d'este artigo, quando recáia sobre opposição não seguida, ou sobre a construcção de obras no predio superior, de que possa inferir-se abandono do primitivo direito.

Art. 439.º O direito, porém, que têm os proprietarios ao uso das aguas, que atravessam ou banham os seus predios, será de futuro imprescriptivel, e só poderá ser alienado por escriptura ou auto publico.

Art. 440.º Os proprietarios marginaes de quaesquer correntes d'agua não podem impedir os seus vizinhos de aproveitar a necessaria, para os seus gastos domesticos, comtanto que sejam indemnizados do prejuizo, que padecerem com o transito pelos seus predios.

§ 1.º Esta servidão só se dará, verificando-se que os ditos vizinhos não podem haver agua d'outra parte, sem grande incommodo ou difficuldade.

§ 2.º As questões, que a este respeito se levantarem, excepto no tocante a indemnizações, serão resolvidas administrativamente.

§ 3.º O direito do uso d'aguas, a que este artigo se refere, não prescreve, mas cessa logo que, pela construcção d'alguma fonte publica, as pessoas a quem elle é concedido, possam haver sem grande difficuldade ou incommodo a agua de que carecerem.

Art. 441.º Os que têm direito a servir-se de quaesquer aguas correntes não podem alterar ou corromper as que não consomem, de fórma que as tornem insalubres, inuteis ou prejudiciaes áquelles que egualmente têm direito ao seu uso.

Art. 442.º Os donos ou possuidores dos predios, atravessados ou banhados por quaesquer aguas correntes, são obrigados a abster-se de factos, que embaracem o livre curso das ditas aguas, e a remover os obstaculos a este livre curso quando tiverem origem nos seus predios, de fórma que d'esses factos e obstaculos não resulte prejuizo a seus vizinhos, quer pela estagnação e refluxo das aguas, quer pelo seu retardamento e perda, a não ser, n'estes dous ultimos casos, por causa da sua licita applicação.

§ unico. Quando o obstaculo ao livre curso das aguas não tiver origem em certo predio marginal ou em facto do dono d'elle, o modo da sua remoção será regulado pela legislação administrativa.

Art. 443.º Faltando os proprietarios, com prejuizo de terceiro, ás obrigações, que lhes são impostas nos dous artigos precedentes, os trabalhos tanto de salubridade como de conservação serão executados á sua custa, e elles responderão tambem por perdas e damnos, além das multas, que lhes fôrem comminadas nas posturas municipaes [1].

A exegese d'estes artigos suggere muitas questões de impor-

---

[1] Cod. de Napol., artt. 640.º, 642.º, 644.º, 645.º; — A.-Proj., artt. 663.º-665.º; — Cod. Ital., artt. 537.º-539.º, 543.º-545; — Cod. Hesp., artt. 407.º, 409.º-411.º; — Cod. das D. Sicil., artt. 566.º, 567.º; — Cod. Parm., artt. 499.º, 500.º; — Cod. da Sard., artt. 552.º-554.º, 558.º-560.º; — Cod. Estens., artt. 519.º-521.º, 525.º-527.º; — Cod. do Cant. Ticino, artt. 227.º, 229.º, 231.º

tancia prática; no intuito de esclarecermos as difficuldades emergentes trataremos successivamente dos pontos seguintes:

I. *Condição das aguas sujeitas ás disposições dos artt. 434.º–443.º*
II. *Distincção entre nascente e corrente.*
III. *Direito de usar d'estas aguas; sua natureza.*
IV. *Systema do codigo em materia d'aguas.*
V. *Aguas remanescentes e escorredouras.*
VI. *Condição juridica dos proprietarios de predios atravessados ou simplesmente banhados por corrente commum.*
VII. Alveus derelictus; *situação do proprietario marginal.*
VIII. *Servidão legal de aqueducto.*
IX. *Caracter eventual ou accessorio do direito ás aguas.*
X. *Destino das aguas communs.*
XI. *Direitos adquiridos ao tempo da promulgação do codigo. Imprescriptibilidade do direito ás aguas.*
XII. *Condição juridica dos vizinhos.*
XIII. *Providencias hygienicas.*
XIV. *Restricção do direito ás aguas.*
XV. *Sancção penal.*

I. *Condição das aguas sujeitas ás disposições dos artt. 434.º–443.º*

O art. 434.º começa por estabelecer o direito dos donos ou possuidores dos predios, atravessados por quaesquer aguas correntes não navegaveis, nem fluctuaveis, a usar d'ellas em certas condições.

Convém distinguir duas hypotheses: ou o predio é atravessado pelas aguas communs (artt. 434.º, 435.º, 437.º, etc.), ou simplesmente banhado (artt. 436.º, 437.º, etc.); n'este ultimo caso póde a agua ser sobeja (art. 436.º, § 1.º), ou não sobeja (art. 436.º, § 2.º). Todas estas hypotheses são diversamente reguladas, como se deduz da leitura dos artigos respectivos.

Quando os predios são atravessados pelas aguas communs, o proprietario tem direito a usar d'ellas nas seguintes condições:

α) Sómente podem ser usadas em proveito dos mesmos predios; nem póde transferir-se a agua para predios alheios, ou quaesquer outros não marginaes, pertencentes ao mesmo proprietario.

β) Do refluxo das aguas produzido pelo seu uso, não deve resultar prejuizo aos predios superiores; não póde alterar-se inferiormente o ponto de sahida; assim, o proprietario póde mudar o leito do rio ou qualquer agua commum dentro dos limites do seu predio, desde que não offenda os predios superiores ou inferiores; o art. 435.° é um corollario da ultima parte do art. 434.°

γ) Este direito póde versar apenas sobre aguas communs, correntes não navegaveis, nem fluctuaveis, que devem satisfazer aos seguintes requisitos: 1) Taes correntes não são navegaveis ou fluctuaveis; das navegaveis e fluctuaveis trata a sub-secção I (artt. 431.°–433.°) e das particulares occupar-nos-hemos na sub-secção III (art. 444.° e segg). 2) Essas correntes devem atravessar predios particulares (artt. 434.°, 435.°, 437.° e seg., subordinados ao art. 434.°). 3) As aguas são correntes (art. 434.°). Prova-se d'este modo que o art. 434.° não se applica ás outras aguas communs, como lagos, lagôas e quaesquer aguas communs não correntes.

A sub-secção II refere-se, pois, ás aguas correntes; como distinguil-as das nascentes?

II. *Distincção entre corrente e nascente.*

É necessario estabelecer com precisão as notas caracteristicas das correntes e nascentes [1]; as nascentes são reguladas pelo art. 444.° e segg., as correntes encontram-se sob o dominio do art. 434.° e segg. Com este estudo prévio podemos averiguar juridicamente o ponto onde a nascente deixa de ser regulada pelas disposições do art. 444.° e segg., para, convertendo-se em

[1] Sr. dr. Assis Teixeira, obr. cit., pag. 87 e seg.

corrente, ficar sujeita ás provisões contidas na sub-secção immediatamente anterior.

A maioria dos commentadores e civilistas admittem a mencionada doutrina. Lobão [1], Dionisotti [2], Areitio [3], Laurent [4], Demolombe [5] são outras tantas auctoridades em favor da mencionada distincção. Não se encontra, porém, a mesma uniformidade quanto ao modo de formular semelhante doutrina. Examinemos a theoria do sr. dr. Assis Teixeira.

O proprietario do predio, d'onde surge a corrente, diz esse auctor [6], póde usar d'ella e dispôr do seu uso livremente, emquanto essa agua não transpozer os limites dos predios vizinhos. Desde que entra n'estes, o direito de uso dos respectivos proprietarios só acha limitação no direito egual dos proprietarios inferiores, nos termos expostos. E, portanto, a nascente converte-se em corrente, desde que abandona o predio em que tem origem para seguir o curso, que a natureza e situação dos logares lhe determina e impõe.

Não admittimos o criterio do *abandono do predio* para separar as nascentes das correntes; podem as nascentes abandonar o predio respectivo sem se transformarem em correntes, como demonstram as seguintes considerações:

a) O proprietario do predio, onde houver alguma fonte ou nascente, tem direito absoluto sobre as aguas correlativas (art. 444.º e segg.): póde, portanto, guial-as, conduzil-as para fóra do seu predio, sem que a nascente se transforme em corrente. As aguas da nascente abandonam o predio, sem perder a sua natureza juridica.

---

1 Obr. cit., § 66.º, pag. 40.

2 Obr. cit., n.º 1, pag. 10.

3 D. Toribio de Areitio, *Ensayo sobre la legislacion de aguas*, Madrid, 1858, pag. 165.

4 Obr. cit., tom. VII, n.º 192, pagg. 227-229.

5 Obr. cit., tom. XI, n.º 41, pag. 46 e seg.

6 Sr. dr. Assis, obr. cit., ibid.

β) Não se deduz outra doutrina dos artt. 444.º e 456.º; o dono do predio, onde surgiu a nascente, póde servir-se d'ella livremente (art. 444.º), encanando-a subterraneamente ou a descoberto, em proveito da agricultura ou da industria (art. 456.º).

γ) A propria sentença do juiz de direito de Castro Daire (7 de janeiro de 1873), citada pelo mesmo auctor, não contraria a nossa critica; decidiu esse magistrado, que ás aguas nascentes de predios particulares não é applicavel a disposição do art. 444.º do codigo civil, desde que se transformem em correntes, entrando em um ribeiro de uso commum: então já não pertencem em propriedade ao dono do predio onde nascem, sendo permittido o seu uso aos proprietarios marginaes do ribeiro [1].

As aguas de nascente, que entram em ribeiro de uso commum, são abandonadas pelo dono do predio onde nascem.

Parece-nos, pois, que as nascentes se transformam em correntes, quando abondonadas pelo proprietario do predio respectivo.

III. *Direito de usar d'estas aguas; sua natureza.*

Dos diversos artigos d'esta sub-secção é possivel induzir algumas notas caracteristicas do direito, que possuem os proprietarios dos predios atravessados ou banhados por correntes não navegaveis, nem fluctuaveis, a utilizar-se das aguas respectivas. Procedamos ligeiramente a semelhante estudo.

α) Os donos ou possuidores de predios, que são atravessados por quaesquer aguas correntes, não navegaveis nem fluctuaveis, têm o direito de usar d'ellas, mas sómente em proveito dos predios respectivos (art. 434.º) [2].

---

[1] *Revista de Legislação e de Jurisprudencia*, an. VI, n.º 281, pag. 332; sr. dr. Assis, obr. cit., pag. 92 e seg.

[2] Não podem os donos dos predios confinantes empregar, com prejuizo dos outros proprietarios marginaes, as aguas em novos terrenos, mas têm direito a maior porção d'agua, se augmentarem as precisões do seu predio com a mudança ou augmento da cultura pelo arroteamento e exploração de ter-

β) No exercicio d'esse direito, são obrigados a evitar que do refluxo d'essas aguas resulte prejuizo aos predios superiormente

---

renos, que estavam incultos e desaproveitados, porque o arroteamento ou o augmento da cultura não é acquisição de novo predio nem equivale ao augmento de predios.

O uso das aguas não navegaveis, nem fluctuaveis, é hoje tambem regulado pelos Decretos de 1 e de 19 de dezembro de 1892, sem prejuizo dos direitos reconhecidos no presente codigo, e as obras feitas pelos proprietarios dos respectivos predios confinantes sujeitas á fiscalização hydraulica (cit. Dec. de 19 de dezembro de 1892, artt. 221.º, 277.º).

As obras no leito ou margens das lagôas, lagos, rios, vallas, canaes e mais correntes d'agua, não navegaveis, nem fluctuaveis, destinadas ao aproveitamento das aguas para irrigação ou para beneficio dos predios, na conformidade dos artt. 434.º, 435.º e 463.º, ou para a conservação de suas margens e resguardo dos predios, hão de ser requeridas, por intermedio do mestre ou guarda mais proximo, á direcção da respectiva circumscripção hydraulica, com a declaração das obras a fazer, do fim d'ellas, e da disposição que se pretende dar-lhes, e o requerimento logo enviado ao respectivo engenheiro chefe da secção, que é o competente para as permittir (regul. de 19 de dezembro de 1892, art. 271.º).

Os donos dos predios marginaes ou inferiores a barrancos, torrentes ou enxurros de caudal descontinuo, carecem tambem de licença da direcção hydraulica para construir barragens de terra, pedra, ou açudes moveis ou automoveis para utilização d'essas aguas, em ponto em que o leito e margens sejam do dominio publico ou commum (cit. regul. de 19 de dezembro de 1892, art. 227.º).

Tambem não são permittidas sem licença plantações, ou quaesquer obras, quer permanentes, quer temporarias, nas margens, alveos ou leitos das lagôas, ribeiros, lagos, pantanos e mais correntes d'agua não navegaveis, nem fluctuaveis, para uso industrial das aguas, ou sejam feitas por quem não é proprietario de predios confinantes com o curso d'aguas, ou por proprietarios de predios confinantes, mas em localidades differentes d'aquella onde se pretendem construir as obras (cit. regul. de 19 de dezembro de 1892, art. 261.º, n.º 3.º).

Tambem só com licença dos directores das circumscripções hydraulicas é permittido o transporte de lenhas ou madeiras soltas nos rios e correntes não navegaveis, nem fluctuaveis (regul. de 19 de dezembro de 1892, art. 355.º); e têm os donos de moinho, azenha ou de fabrica de qualquer natureza, direito á competente indemnização quando, por motivo de fluctuação

collocados e que inferiormente se altere o ponto de sahida das aguas remanescentes (art. 434.º).

γ) Cada um dos donos ou possuidores dos predios, banhados pelas aguas communs, poderá derivar apenas a porção d'agua,

---

de madeiras ou lenhas nos rios e correntes d'agua não navegaveis, nem fluctuaveis, haja de parar o trabalho d'estes estabelecimentos (cit. regul., artt. 358.º, 359.º).

Os estudos, obras e trabalhos para o melhoramento, conservação ou aproveitamento das bacias hydrographicas, nas aguas de uso commum, serão pagos pelos proprietarios marginaes ou interessados, na proporção do terreno ou do grau de beneficio que receberem, concorrendo o governo com a parte correspondente ao beneficio hygienico, ou a qualquer outro de interesse geral (Dec. de 1 de dezembro de 1892, art. 15.º; 19 do mesmo mez e anno, artt. 28.º, 33.º e 39.º).

Não serão, em caso algum, concedidas licenças para obras permanentes ou temporarias quando d'ellas resulte prejuizo a terceiro, ou ao regimen da corrente, ou ao curso e escoamento das aguas, ou o fim das respectivas obras seja contrario ás providencias administrativas (cit. reg. de 19 de dezembro de 1892, art. 270.º).

Os trabalhos para o melhoramento do regimen das aguas, correntes e suas margens, ou de navegação, agricultura e hygiene nos termos dos regulamentos, não podem em caso algum ser embargados, nem a sua execução interrompida por sentença ou despacho do poder judicial, accordão ou deliberação dos tribunaes administrativos (cit. regul. de 19 de dezembro de 1892, art. 123.º)

Mas, contra as obras feitas por particulares, d'onde resulte prejuizo aos vizinhos, como alteração do ponto de sahida das remanescentes, póde o interessado recorrer ao embargo de obra nova (Accordão da *Relação de Lisboa* de 22 de fevereiro de 1873; *Rev. de Leg. e de Jur.*, an. VII, n.º 347, pag. 551), e mesmo a outra acção possessoria, não obstante o disposto no art. 490.º, porque é em nome do direito ao uso das aguas, e não em nome do direito de servidão, que elle se apropria das remanescentes (Accordão da *Relação do Porto* de 10 de março de 1891; *Rev. dos Trib.*, an. X, n.º 227, pag. 167).

Para haver a importancia de prejuizos, como de damnos resultantes de resfriamento do terreno superior em virtude de tapume feito no rio pelo dono do predio inferior, não é meio competente a acção possessoria (Accordão da *Relação do Porto* de 23 de janeiro de 1874; *Direito*, an. VI, n.º 13, pag. 207). Dias Ferrira, obr. cit., *segunda edição*, pag. 306 e seg.

que lhe couber, em qualquer ponto da sua linha marginal (art. 436.°, § 3.°).

δ) Os proprietarios marginaes de quaesquer correntes d'agua não podem impedir os seus vizinhos de aproveitar a necessaria, para os seus gastos domesticos (art. 440.°).

ε) Os que têm direito a servir-se de quaesquer aguas correntes não podem alterar ou corromper as que não consomem, de fórma que as tornem insalubres, inuteis ou prejudiciaes áquelles, que egualmente têm direito ao seu uso (art. 441.°).

ζ) Os donos ou possuidores dos predios, atravessados ou banhados por quaesquer aguas correntes, são obrigados a abster-se de factos, que embaracem o livre curso das ditas aguas, e a remover os obstaculos a este livre curso quando tiverem origem nos seus predios, de fórma que d'esses factos e obstaculos não resulte prejuizo a seus vizinhos, quer pela estagnação e refluxo das aguas, quer pelo seu retardamento e perda, a não ser, n'estes dous ultimos casos, por causa da sua licita applicação (art. 442.°).

η) Se a agua não fôr sobeja, cada um dos donos ou possuidores dos predios fronteiros terá apenas o direito de usar d'uma parte das aguas, proporcional á extensão e precisões do seu predio (art. 436.°, § 2.°).

Como corollario do que deixamos dito, devemos considerar limitado, relativo, o direito ao uso das aguas.

IV. *Systema do codigo em materia d'aguas.*

Reflectindo sobre os artt. 434.° e 436.° convencemo-nos de que o legislador adoptou o systema da *contiguidade* combinado com o da *preoccupação*.

O systema da contiguidade, exarado no codigo de Napoleão (artt. 644.°, 645.°) e em tantos outros codigos modernos [1], foi

[1] Cod. Ital., artt. 543.°, 544.°; — Cod. das D. Sicil., artt. 566.°, 567.°; — Cod. do Cant. Ticino, art. 227.°; — Cod. do Cant. de Vaud., artt. 430.°, 431.°; — Cod. da Bolivia, art. 519.°; — Cod. da Hollanda, artt. 676.°, 677.°; — C

adoptado pelo nosso direito antigo [1]. Segundo este systema, os unicos predios que podem aproveitar-se das aguas correntes de uso commum, são os predios marginaes, isto é, os predios adjacentes e contiguos ás mesmas correntes, ou sejam atravessados, ou simplesmente banhados por ellas [2]. Os defensores d'este systema apresentam as seguintes considerações: *a*) se os proprietarios marginaes são os primeiros a ser prejudicados com as enchentes das correntes, é justo que, por compensação, primeiro usufruam os beneficios, que resultam da sua applicação [3]; *b*) o aproveitamento das aguas marginaes é natural e facil, emquanto os proprietarios não marginaes necessitam de impôr servidões aos predios marginaes para semelhante fim [4]; *c*) as aguas marginaes consideram-se pertencentes, por direito de accessão, aos proprietarios dos predios confinantes; fôram abandonadas e são, portanto, *primi capientis;* os predios superiormente collocados servem-se das aguas de que necessitam e abandonam as restantes, que se reputam *res nullius.*

O sr. dr. Assis Teixeira rejeita o systema da contiguidade; «as razões expostas, critica esse auctor, parecem insufficientes a todos aquelles que seriamente trataram da organização legal das correntes d'agua, não só pela pouca exactidão que encerra, como

---

das Ilhas Jonias, artt. 526.º, 527.º; — Cod. da Lousiana, art. 657.º; — Cod. do Cant. Valais, art. 483.º; — Cod. do Cant. de Neuchatel, art. 494.º; sr. dr. Assis Teixeira, obr. cit., pag. 105.

[1] Dias Ferreira, não desconhecendo as affirmações de Lobão (obr. cit., § 19.º e segg.), sustenta que na legislação antiga se encontrava a *contiguidade* combinada com a *preoccupação.* O assento da materia era o Alvará de 27 de novembro de 1804 e a Resolução Regia de 17 de agosto de 1775 (Auct. cit., *segunda edição,* ibid., pag. 303).

[2] Sr. dr. Assis Teixeira, obr. cit., pag. 105.

[3] Demolombe, obr. cit., n.º 138, pag. 165; Laurent, obr. cit., n.º 272, pag. 327; Garnier, *Régime des eaux ou des rivières navigables, flotables ou non, et de tous les autres cours d'eau,* n.º 180, pag. 163; Dias Ferreira, obr. cit., pag. 390; *segunda edição,* pag. 303 e segg.; sr. dr. Assis Teixeira, obr. cit. pag. 106.

[4] Auctt. citt., ibid.

tambem pelas consequencias singulares a que irremediavelmente conduz o systema, que as toma por base [1]. Os predios lateraes da corrente raras vezes medirão a mesma extensão, e conseguintemente as aguas apenas excepcionalmente estarão divididas e distribuidas com a necessaria egualdade. O que, porém, a todos se afigura gravemente iniquo é que, emquanto o proprietario lateral, unicamente separado da corrente por uma pequena lingua de terra, ou por um caminho estreito, não tem direito a empregar as aguas proximas para a irrigação do seu predio, o proprietario fronteiro, ao contrario, cujo predio se extende largamente ao longo da planicie, poderá servir-se d'essas aguas, e empregal-as na irrigação de toda a sua extensa propriedade. Isto é, na verdade, sobremaneira duro e altamente iniquo. Se o legislador pretendeu fugir ás difficuldades, que sempre se reputaram inherentes ao problema da distribuição equitativa das aguas communs, dando preferencia áquelle systema pela sua natural simplicidade e obvia applicação pratica, facil lhe seria encontrar outro systema indubitavelmente mais vantajoso, mais equitativo, e por egual simples e realizavel. Era conceder o direito de irrigação, de cada lado da corrente, a uma certa zona previamente determinada, sem querer investigar se o terreno comprehendido n'essa zona pertencia ao mesmo ou a differentes proprietarios» [2].

Repudiamos, porém, o systema das zonas, proposto em substituição da doutrina do codigo, pelas seguintes razões.

α) O systema das zonas determina innumeras servidões, que habitualmente irritam notavel odioso entre os povos; não raro, o proprietario de certo predio, comprehendido na zona legal, seria obrigado, para realizar o seu direito, a impôr servidões a alguns predios intermedios. E é da maior conveniencia evitar, o mais

---

[1] A. Dumont, *De l'organisation légale des cours d'eau sous le triple point de vue de l'endiguement, de l'irrigation et du dessèchement*, etc., Paris, 1845, n.° 292, pag. 489.

[2] Obr. cit., pagg. 107-108.

possivel, quaesquer servidões, odiosas como todas as restrições impostas ao direito de propriedade.

β) As zonas mencionadas determinavam uma distribuição mais geral, mas menos proveitosa; tal processo carrearia muitas vezes despezas importantes, que certamente não seriam compensadas.

Mas, em que consiste o systema da preoccupação? Do que deixamos exposto deduz-se a noção dos systemas da contiguidade e distribuição por zonas.

A proposito do systema da preoccupação ouçamos um praxista. «É certo, diz Lobão, que pela preoccupação se póde obter o direito de extrahir agua do rio publico; diz-se tel-as preoccupado aquelle que primeiro designou o logar para ella, que preparou os materiaes para ella, que d'alguma maneira lhe deu principio, que declarou e protestou judicialmente fazel-a, ou ainda extra-judicialmente por alguma convenção ou ajuste. Para preferir a outro, basta que o tenha principiado primeiro por alguns dos ditos modos ou semelhantes, ainda que outro primeiro a conclua. O direito de preoccupação extende-se a tudo aquillo, que vem em necessaria consequencia, e sem o que ficaria inutil o mesmo direito. E d'aqui vem que, se alguem preoccupou toda a agua d'um rio, e toda ella é necessaria para obras, ou rega dos predios, o seu direito se extende a toda ella, aindaque a posse fôsse tão sómente em parte; assim como a fazer no rio as obras necessarias... Mas se dois occorreram ao mesmo tempo a preoccupar as aguas no rio publico, e não consta qual foi o primeiro: qual deva preferir variam os doutores. É certo, porém, que este direito da preoccupação só tem logar quando a agua preoccupada apenas é sufficiente ao preoccupante; porque sobejando, ou chegando tambem para outros, cessa no preoccupante o direito de impedir o seu uso emquanto lhe não é prejudicial. Em todos os casos o proprietario das aguas tem n'ellas a sua intenção fundada não só para a primeira preferencia, mas tem o livre arbitrio de derivar, como e quando quizer, no seu predio as suas aguas, aindaque pela derivação d'ellas prive aos donos dos predios inferiores do commodo, que lá d'ellas lhe resultava. Esta preferencia do pro-

prietario das aguas não póde cohibir-se pelos donos dos predios inferiores, aindaque por mil annos as aguas corressem para os predios inferiores [1]».

Synthetisando esta doutrina, definimos systema da preoccupação: aquelle em que os predios mais proximos da origem têm preferencia no direito de occupação das aguas.

O nosso codigo segue o systema da contiguidade combinado com o da preoccupação. Basta analysar o art. 434.°, que garante aos proprietarios marginaes *(contiguidade)* o direito de se utilizarem das aguas em proveito dos mesmos predios sem prejudicar os predios superiores. É certo que, se o proprietario superior consumir no seu predio a totalidade das aguas, encontra-se na sua orbita juridica *(preoccupação)* [artt. 434.°, 436.°, § 4.°].

Concluindo: contra o pensar de Dias Ferreira e sr. dr. Assis Teixeira [2], encontra-se no codigo um syncretismo prudente dos dous systemas, contiguidade e preoccupação.

O direito dos proprietarios marginaes ao uso das aguas é, pois, como adeante veremos [3], um direito successivo, eventual (Dionisotti, Traina, Demolombe) e não um direito egual e simultaneo (Mazzoni, Laurent, Alexandre de Seabra): os proprietarios devem limitar-se a aproveitar as aguas remanescentes, que lhes fôrem transmittidas dos predios immediatamente superiores [4].

V. *Aguas remanescentes e escorredouras.*

Haverá uma distincção fundamental entre aguas remanescentes

---

[1] Lobão, obr. cit., §§ 26.°-28.°, 69.°-70.°, etc.

[2] Dias Ferreira, obr. cit., *segunda edição*, pag. 303; sr. dr. Assis Teixeira, obr. cit., pag. 109.

[3] Vid. pag. 245 e seg.

[4] Dionisotti, obr. cit., n.° 215. pagg. 135-137; Traina, *Le servitú legali sulle acque* cit., pag. 128 *in fin.* e 129; Demolombe, obr. cit., n.° 166, pag. 199; sr. dr. Assis Teixeira, obr. cit., pag. 153, not. (1); Mazzoni, obr. cit. tom. III, n.° 208 e seg., pag. 376 e seg.; Laurent, obr. cit., n.° 278, pagg. 333-334; Alexandre de Seabra, *Direito*, an. II, n.° 21, pag. 321 e seg.

e escollaticias ou escorreduras? É muito importante a resolução d'este quesito. O principal interesse d'esta questão, diz o sr. dr. Assis Teixeira, consiste em decidir se nas remanescentes estão comprehendidas as escorreduras, as quaes, infiltrando-se pelos meatos da terra, são transmittidas aos outros predios vizinhos, e, portanto, desviadas da corrente, ou se, pelo contrario, é necessario reconhecer alguma differença entre umas e outras, sujeitando as primeiras ás condições dos artt. 434.º, § un. e 436.º, § 4.º, e não applicando ás escorreduras as mesmas rigorosas condições.

Os donos ou possuidores de predios, atravessados por quaesquer aguas correntes não navegaveis, nem fluctuaveis, têm o direito de usar d'ellas em proveito dos mesmos predios, comtantoque do refluxo das ditas aguas não resulte prejuizo aos predios superiores, e que inferiormente se não altere o ponto de sahida das aguas remanescentes (art. 434.º). Esta ultima clausula comprehenderá tambem as escollaticias? O possuidor marginal poderá exercer o seu direito sob a condição de não alterar o ponto de sahida, mesmo com as escorreduras? Os corollarios juridicos d'este problema são, pois, muito importantes.

Parece-nos que o codigo estabelece uma distincção completa entre aguas remanescentes e escorreduras, obrigando o utente das remanescentes a restituil-as ao seu curso ordinario, sem lhes alterar o ponto de sahida, mas não impondo a mesma obrigação relativamente ás escorreduras. Entremos na apreciação dos argumentos.

a) *Escorrer,* diz Moraes, é correr a agua em que alguma cousa estava embebida, ou o liquido que se vae separando d'algum corpo; e *remanescer* é ficar, sobrar, sobejar. As escorreduras são as aguas usualmente chamadas *escollaticias,* termo este que, embora não ande na technologia juridica, é usado pelos auctores e diversamente interpretado; a ellas se refere o art. 461.º As remanescentes, ao contrario, são as aguas, que, desviadas da corrente para irrigação dos predios, superabundam d'essa mesma irrigação, sendo de novo restituidas á corrente.

Com certeza os redactores do codigo distinguiram as ideias expressas por estes dous termos [1].

β) Esta mesma doutrina se encontrava no nosso direito antigo. «Quanto, porém, ás aguas, de que aqui trato, diz Lobão, aguas que não são pluviaes, e em que cessa a servidão constituida pela natureza, e que por isso o predio inferior deve soffrer, a respeito d'estas é o predio inferior livre pela natureza mesma, e não é obrigado a receber as que adquiridas ao predio superior, ou n'elle extrahidas, ou se immittem para o inferior, quando superfluas, ou para elle transcendem escollaticiamente» [2].

γ) Os inconvenientes, que proviriam de se adoptar a opinião contraria, seriam graves e perigosos para a agricultura, e conseguintemente oppostos á intenção presumida do legislador. Se ao utente das aguas corresse a obrigação de restituir ao curso ordinario tanto as escorreduras como as remanescentes, não seria admittida na maior parte dos casos a irrigação dos predios marginaes das correntes, pela impossibilidade absoluta de realizarem aquella restituição; e seriam inteiramente banidas as beneficas vantagens das correntes na sua applicação ás regas de inverno ou limas, visto como n'estas regas a absorpção das aguas é tão consideravel, que produz necessariamente importantes escorreduras [3].

VI. *Condição juridica dos proprietarios de predios atravessados ou simplesmente banhados por corrente commum.*

A condição juridica dos predios atravessados ou banhados por correntes d'agua não navegaveis, nem fluctuaveis, encontra-se

---

[1] *Direito*, an. VII, n.º 30, pag. 468 e seg.; Lobão, obr. cit., § 159.º, not. 6, pag. 92 e seg.; Bruschy, obr. cit., tom. II, § 231.º, pag. 710 e seg.; sr. dr. Assis Teixeira, ibid., pagg. 169–170.

[2] Lobão, obr. cit., § 159.º, pag. 92.

[3] Sr. dr. Assis Teixeira, obr. cit., pag. 171; *Revista de Legislação e Jurisprudencia*, an. V, n.º 226, pag. 279; an. VI, n.º 279, pag. 297; Demolombe, obr. cit., n.º 33, pag. 38 e seg.; Mazzoni, obr. cit., n.º 210, pag. 37; *praecipuè* sr. dr. Assis Teixeira, obr. cit., pagg. 169–172.

definida pelos artt. 434.º–436.º do codigo civil; difficilmente se comprehende a doutrina d'esta sub-secção sem a prévia analyse dos mencionados artigos.

α) Os artt. 434.º e 435.º regulam o uso e aproveitamento das aguas de quaesquer correntes não navegaveis, nem fluctuaveis, pelos proprietarios dos predios por ellas atravessados; semelhante uso e aproveitamento é apenas limitado pelos direitos dos predios superiores e inferiores, não sendo permittido prejudicar com o refluxo das aguas os predios superiormente situados, nem alterar inferiormente o ponto de sahida das aguas remanescentes (artt. 434.º, 435.º). O art. 436.º regula esse uso e aproveitamento em relação aos predios, que são banhados pelas correntes, prevenindo a hypothese das correntes passarem por entre dous ou mais predios. N'este ultimo caso, o uso das aguas é restringido pelos direitos dos predios superiores, inferiores e fronteiros.

β) O dono do predio, atravessado pelas correntes mencionadas, tem o direito de alterar ou mudar os leitos respectivos, comtanto que do refluxo proveniente d'essa mudança, ou d'outra qualquer circumstancia, não resulte prejuizo aos predios, que estão superiormente situados, nem se altere o ponto de sahida das aguas remanescentes (artt. 435.º, 434.º). Na verdade, o proprietario tem a propriedade exclusiva do leito das aguas referidas. Não acontece o mesmo com o proprietario do predio banhado, pois que não possue a propriedade exclusiva do leito e semelhante faculdade lesaria indiscutivelmente direitos adquiridos.

γ) Os trabalhos preparatorios do nosso codigo confirmam decisivamente a dupla situação juridica dos predios a que se referem os artt. 434.º–436.º [1].

Como applicação d'esta doutrina resulta que, se o dono do

---

[1] Cod. de Napol., art. 644.º; Cod. Ital., art. 543.º; Traina, obr. cit., pag. 133 e seg.; Demolombe, obr. cit., n.º 155, pag. 184; Laurent, obr. cit., n.º 285 pag. 340; Dias Ferreira, obr. cit., pag 416; Bruschy, obr. cit., tom. II, § 231.º, pagg. 70, 73; Mazzoni, obr. cit., n.º 208 e seg., pag. 376 e seg.; *praecipuè* sr. dr. Assis Teixeira, obr. cit., pagg. 109–112.

predio, atravessado por corrente não navegavel, nem fluctuavel, prejudicar, com a mudança do leito mesmo dentro do seu predio, os predios superiores e inferiores, é obrigado a repôr as cousas no antigo estado ou a indemnizar os proprietarios dos predios prejudicados. É terminante a disposição do art. 435.º

No intuito de melhor comprehendermos esta sub-secção discutiremos algumas hypotheses.

O proprietario marginal adquire novos predios não marginaes, que estão juntos ao predio marginal, de modo que não existe a menor solução de continuidade entre o predio marginal e os novos predios adquiridos não marginaes. Poderá o proprietario marginal derivar para os novos predios não marginaes as aguas da respectiva corrente não navegavel, nem fluctuavel? Melhor: certo individuo possue um predio marginal, contiguo a outro predio não marginal, pertencente ao proprietario A; A não tem direito a irrigar o seu predio não marginal, com as aguas da corrente não navegavel, nem fluctuavel; acontece o contrario com a situação juridica do proprietario marginal. Se, porém, o proprietario marginal adquirir o predio de A, terá direito ás aguas necessarias para a irrigação do predio adquirido, embora não marginal, mas incorporado no predio marginal?

Eis a hypothese do art. 437.º; os donos ou possuidores dos predios adjacentes ou atravessados pelas correntes, quando ajuntarem aos ditos predios outros, que não tiverem o mesmo direito, não poderão empregar n'estes as sobreditas aguas em prejuizo do direito, que sobre ellas tiverem os seus vizinhos (art. 437.º). Este preceito juridico é um symptoma do systema da contiguidade. Não se concede o uso das aguas da corrente não navegavel, nem fluctuavel, em beneficio da nova acquisição, quando essa concessão redunde em prejuizo dos outros vizinhos marginaes; o proprietario, porém, poderá empregar as aguas da corrente no predio novamente adquirido, quando isso não reverta em prejuizo do direito, que sobre ellas possuam os respectivos vizinhos. Quando as aguas sejam em tal abundancia que, satisfeitas as necessidades

dos predios marginaes, ainda sobejem algumas, póde o proprietario aproveital-as.

Fundamentam esta doutrina as seguintes considerações: 1) Semelhante concessão legal não contraria o systema da contiguidade, porque, reunidos os dous predios no dominio do proprietario, podem reputar-se constituindo um unico predio marginal; 2) é mais justo permittir a um predio, embora não marginal, o aproveitamento das aguas mencionadas, do que deixal-as perder, como aconteceria na hypothese sujeita, se não fôsse a disposição expressa do art. 437.°

Concluindo: supponhamos, que a juncção se deu relativamente a um predio atravessado por corrente não navegavel, nem fluctuavel; se as aguas, que cortam o predio, são sobejas (§ 1.° do art. 436.°), o proprietario póde irrigar o novo predio adjacente; se não são sobejas (§ 2.° do cit. art.) não póde realizar semelhante irrigação, porque acima de tudo está o direito adquirido pelos vizinhos. Do mesmo modo se resolve a hypothese das correntes banharem quaesquer predios [1].

Outra hypothese: o proprietario do predio marginal, banhado ou atravessado por uma corrente não navegavel, nem fluctuavel, possue outro predio não marginal, mas separado do marginal por predios intermediarios alheios ou qualquer solução de continuidade. Ninguem discute o direito que possue o proprietario do

---

[1] Laurent, obr. cit., n.° 280, pag. 335; n.° 299, pag. 355; Demolombe, obr. cit., n.° 150, pag. 174 e seg.; Garnier, obr. cit., n.° 180, pag. 163 e segg.; Dumont, obr. cit., n.° 143, pag. 228 e seg.; Dionisotti, obr. cit., n.° 213, pag. 133 e seg.; Cattaneo e Borda, obr. cit., *com. ao art. 543.°*, n.° 15, pag. 416; *Contra:* Laurent, obr. cit., n.° 379, pag. 445; Demolombe, obr. cit., n.os 150 *in fin.*, 151, pag. 177 e seg.; n.os 210 e 211, pag. 249 e seg.; Acollas, obr. cit., tom. I, pag. 674; Mazzoni, obr. cit., n.° 218, pag. 400 e seg.; Traina, Delvincourt, Zachariae, etc.; *Revista de Legislação e de Jurisprudencia*, an. VI, n.° 279, pag. 296; VII, n.° 349, pag. 581; VIII, n.° 383, pag. 292; *Dircito*, an. III, n.° 4, pag. 53; Dias Ferreira, obr. cit., pag. 390; *praecipuè* sr. dr. Assis Teixeira, obr. cit., pag. 116 e seg.

predio marginal a utilizar as aguas da corrente no serviço da irrigação do predio marginal sob certas condições; mas, poderá conduzir as aguas da corrente atravez dos predios intermedios para irrigar o predio, que não é marginal?

Esta hypothese resolve-se pelos artt. 434.° e 436.°, a que já nos referimos.

Inclinamo-nos pela solução negativa, que se funda nos seguintes argumentos:

α) A lei, quando attribue a qualquer proprietario de predio marginal o direito ás aguas de certa corrente, desconhece os proprietarios e só attende aos predios; não estabelece um privilegio pessoal, consigna um beneficio real; não é aos proprietarios que a natureza concede o beneficio das aguas, mas aos mesmos predios; não a todos, mas unicamente aos que são banhados ou atravessados pela corrente. Que importa, pois, que um predio mais afastado pertença ao mesmo proprietario marginal? Influirá esta circumstancia accidental e constantemente mutavel nas relações que existem pela força da natureza entre esse predio e a corrente? De modo nenhum.

β) O proprietario reune duas qualidades distinctas: a de proprietario marginal e de proprietario não marginal; como proprietario marginal aproveita as aguas da corrente em beneficio do predio contiguo á mesma corrente; como proprietario não marginal não tem nenhum direito ás aguas da corrente para as transmittir ao predio, que não é banhado, nem atravessado pela corrente. Tudo isto se harmoniza perfeitamente com o systema da contiguidade, a que nos referimos.

γ) São terminantes as disposições do codigo; o art. 434.° diz: *em proveito dos predios atravessados;* o art. 436.°: *em proveito dos predios banhados,* etc.

δ) O art. 456.° não tem applicação; esse artigo permitte a qualquer a adjudicação forçada de aqueducto atravez de predios rusticos alheios, mas permitte-a para conduzir as aguas a que tenha direito; ora, esse direito ás aguas negamol-o com toda a razão aos predios, que não forem contiguos á corrente.

Convém accrescentar, que é nullo o contracto celebrado entre o proprietario d'um predio marginal, e o dono d'outro predio não marginal, que tenha por objecto a cessão das aguas remanescentes, provenientes da irrigação do predio marginal, á custa de corrente não navegavel, nem fluctuavel [1].

Um predio foi fraccionado e repartido por varios donos; como deve regular-se o uso das aguas da corrente não navegavel, nem fluctuavel, que banhava o predio antes de fraccionado?

Podem realizar-se duas hypotheses: 1) a divisão do predio foi feita de modo que cada parcella ficou perpendicular á corrente; n'este caso ha tantos predios, quantas as parcellas fraccionadas, banhadas pela mencionada corrente; como proprietarios de predios marginaes, os donos das parcellas fraccionadas têm direito ás aguas da corrente em questão; 2) a divisão foi feita de maneira que as differentes parcellas fraccionadas ficaram parallelas á corrente e, portanto, separadas. Esta hypothese origina algumas duvidas.

Attendendo ao rigor dos principios, sómente o dono da fracção marginal póde continuar a utilizar-se das aguas correntes (art. 434.º). De resto, se as fracções não marginaes continuassem a servir-se das aguas correntes, recahiria uma servidão sobre as parcellas marginaes, contra a disposição expressa do art. 2170.º Entretanto o sr. dr. Assis Teixeira e outros auctores apresentam algumas razões de equidade para sustentar doutrina diversa. Eil-as:

α) É uma exaggeração de principios affirmar que esta doutrina é contraria á lei pelo facto d'ella não attribuir o direito ao uso das aguas senão ao predio marginal: uma cousa é attribuir *a novo* a um predio não marginal o direito ás aguas; outra cousa

---

[1] Laurent, obr. cit., n.º 272, pag. 327; n.º 379, pag. 444; Demolombe, obr. cit., n.º 139, pag. 165; Dionisotti, obr. cit., n.º 200, pag. 124; Cattaneo e Borda, obr. cit., pag. 414, etc., etc.; Vid. *praecipuè* sr. dr. Assis Teixeira, pag. 113 e seg.

é conservar esse direito a uma parcella do predio marginal, ao qual a agua pertencia *in totum*, e do qual a parcella se não separou senão sob essa condição.

β) Aos outros proprietarios marginaes pouco deve importar que o predio, a que são devidas as aguas, pertença a um dono ou a muitos, fique indiviso ou seja dividido, desde que a sua situação se não torna peior.

γ) A doutrina contraria, em grande numero de casos, serviria de obstaculo á divisão da propriedade, que as leis modernas tanto facilitam e favorecem.

Convém, entretanto, observar que a divisão dos predios deve fazer-se de modo que as parcellas respectivas fiquem contiguas á corrente [1].

Aonde devem ser derivadas as aguas de que nos vimos occupando? As aguas devem ser derivadas em qualquer ponto da linha marginal do predio respectivo (artt. 434.º 436.º, § 3.º).

VII. Alveus derelictus; *situação do proprietario marginal.*

Já anteriormente nos referimos a esta hypothese, expondo e criticando a doutrina de varios auctores [2]. A corrente não navegavel, nem fluctuavel, póde mudar de direcção, abrindo novo leito por terras differentes, mais ou menos distantes das que anteriormente atravessava. Os proprietarios marginaes do leito abandonado poderão continuar a usar das aguas e requerer adjudicação da servidão de aqueducto atravez dos predios intermedios? Respondemos negativamente, pelas seguintes considerações: α) a doutrina contraria oppôr-se-hia ao systema da contiguidade, perfilhado

---

[1] Demolombe, obr. cit., n.os 153, 154, pag. 180 e seg.; Pardessus, obr. cit. n.º 106, pag. 158; Acollas, obr. cit., tom. I, pag. 674 e seg.; Mazzoni, obr cit., n.º 218, pag. 400 e seg.; Laurent, obr. cit., n.º 275, pag. 390; Dionisotti, obr. cit., n.º 212, pag. 133; Traina, obr. cit., pag. 130; Borda, obr cit., pag. 416; *praecipuè* sr. dr. Assis Teixeira, obr. cit., pagg. 225–229.

[2] Vid. pagg. 68–71.

pelo nosso codigo em materia d'aguas; *b*) os antigos proprietarios marginaes perdem semelhante qualidade na hypothese do *alveus derelictus;* nada podem reclamar baseados na sua qualidade de proprietarios marginaes; a natureza, que lhes havia proporcionado o uso das aguas communs, retirou-lhe semelhante fruição, de maneira que seria necessaria uma disposição formal, expressa, para os manter no uso, que perderam com a qualidade de proprietarios marginaes; *c*) como demonstramos no logar competente, o uso das aguas communs concedido aos proprietarios marginaes, considera-se uma compensação dos prejuizos causados pelas frequentes inundações de taes correntes; o *alveus derelictus*, porém, tornando impossiveis taes inundações destroe o fundamento d'aquelle uso, que começa de conceder-se aos novos proprietarios marginaes. O legislador, animado por um razoavel espirito de equidade, divide o leito abandonado pelos novos proprietarios marginaes (art. 2293.º), primeira compensação do terreno inutilizado; subsequentemente reconhece-lhes o uso das aguas communs (art. 434.º) [1].

VIII. *Servidão legal de aqueducto.*

Todos os jurisconsultos se referem a uma hypothese intimamente relacionada com a doutrina d'esta sub-secção. Aonde devem ser derivadas as aguas das correntes não navegaveis, nem fluctuaveis, usufruidas pelos donos dos predios marginaes? Semelhantes aguas, já o dissemos, devem ser derivadas em qualquer ponto da linha marginal do predio respectivo (artt. 434.º, 436.º, § 3.º).

---

[1] Demolombe, obr. cit., n.º 139, pag. 165; Laurent, obr. cit., n.º 273, pag. 328; Mazzoni, obr. cit., n.º 208, pag. 376 e seg.; Zachariae, Massé et Vergé, *Le droit civil français,* annoté et rétabli par Massé et Vergé, Paris, 1855, tom. II, § 319.º, not. 1, pag. 164; Decamps, *Manuel des propriétaires riverains,* Paris-Toulouse, cap. III, secç. II, pag. 42 e seg.; *Revista de Legislação e de Jurisprudencia,* an. VIII, n.º 390, pag. 405; Lobão, obr. cit., §§ 270.º-272.º; sr. dr. Garcia, obr. cit., pag. 225 e seg.; Garnier, obr. cit., n.º 13, pag. 13, etc., etc.; *praecipuè* sr. dr. Assis Teixeira, obr. cit., pag. 115.

Supponhamos, porém, que o proprietario marginal não póde, em razão da grande altura das ribanceiras ou por qualquer outro motivo resultante da situação natural dos logares, aproveitar-se das aguas communs, em qualquer ponto da linha marginal do predio correlativo; assistir-lhe-ha o direito de derivar as aguas n'um ponto superior, estabelecendo a servidão legal de aqueducto sobre os predios intermedios?

Antes de nos abeirarmos da solução, convém frisar a pouca actualidade d'esta hypothese; a mechanica tem inventado bombas hydraulicas de preço relativamente modico, que permittem fazer irrigações em predios superiores com aguas de nivel muito inferior; de resto a servidão de aqueducto exige importantes despezas a que o nosso pequeno proprietario rural difficilmente póde resistir. Entretanto a hypothese é possivel.

Muitos auctores (Demolombe, Laurent, Dionisotti, Dias Ferreira e Bruschy) inclinam-se pela negativa [1]; sustentam que o dono do predio marginal não póde derivar, acima da linha marginal, quaesquer aguas communs, embora para a irrigação do seu predio; consequentemente não póde impôr a mencionada servidão de aqueducto.

Outros auctores seguem uma opinião diametralmente opposta. Parieu, Daviel, Mazzoni e entre nós o sr. dr. Assis Teixeira [2].

É nosso parecer, diz este ultimo auctor [3], que o proprietario, no caso figurado, póde estabelecer sobre o predio superior a servidão legal de aqueducto, e até que é esta a unica hypothese em

---

[1] Demolombe, obr. cit., n.º 213, pag. 253 e seg.; Laurent, obr. cit., n.º 380, pag. 417; Dionisotti, obr. cit., n.º 210, pag. 132; Dias Ferreira, obr. cit., tom. I, pag. 417 *in fin.; segunda edição*, pag. 305; Bruschy, obr. cit., tom. II, § 231.º, pagg. 74 *in fin.*, 75. Vid. sr. dr. Assis Teixeira, obr. cit., pag. 135.

[2] Esquirou de Parieu, *Revue de législation*, an. 1845, tom. III, pagg. 27-32; *Commentaire de la loi 29 avril 1845*, n.º 13, pag. 30; Pacifici-Mazzoni, obr. cit., n.º 218, pag. 401 e seg.; sr. dr. Assis Teixeira, obr. cit., pag. 135 e segg.

[3] Sr. dr. Assis Teixeira, obr. cit., pag. 136.

que o direito ás aguas communs dá logar a requerer-se, nos termos do art. 456.º, essa adjudicação forçada de aqueducto.

Preterindo a discussão da hypothese em harmonia com os codigos francez (art. 644.º) e italiano (art. 543.º), limitar-nos-hemos a analysar os argumentos do sr. dr. Assis Teixeira, de cuja opinião, antecipamos já o nosso juizo, discordamos por completo [1].

Depois d'algumas considerações preliminares, começa o referido auctor por apresentar os motivos do seu juizo; a cada um d'elles opporemos as reflexões criticas convenientes.

a) «Dizer que o proprietario não tem o direito de dispôr das aguas no ponto em que pretende derival-as, e concluir d'ahi que não póde estabelecer sobre o predio superior a servidão de aqueducto, é allegar um principio falso e indemonstravel, e d'esse principio deduzir uma consequencia mais falsa e extravagante. É dar á lei uma interpretação judaica. Que importa que o proprietario faça a derivação das aguas mais acima ou mais abaixo? O que importa é que as aguas não sejam aproveitadas senão pelos predios marginaes: é a unica condição essencial, e que não póde ser de nenhum modo preterida. A lei concede aos proprietarios marginaes um direito, mas não regula o modo de exercer esse direito. É verdade que o proprietario não deriva as aguas no ponto em que é marginal; mas tambem é certo que não é n'esse ponto que elle se utiliza d'ellas, e só as aproveita em beneficio do predio que é marginal; e que importa o logar onde se effectuam os trabalhos para essa derivação [2]» ?

Não reconhecemos n'este argumento a demonstração da these que se discute.

Applicando a phrase do sr. dr. Assis Teixeira, podemos dizer do principio invocado: é um principio falso e indemonstravel, d'onde se deduz uma consequencia ainda mais falsa e extravagante. Na verdade a lei concede aos proprietarios marginaes o

---

[1] Sr. dr. Assis Teixeira, obr. cit., pag. 145 e seg.

[2] Ibid., ibid., pag. 142 e seg.

uso das aguas communs, chegando mesmo a regular o modo de exercer semelhante uso; não se limita, pois, a conceder essa faculdade.

Não é difficil indicar algumas condições expressas por esta subsecção: as aguas devem ser aproveitadas em beneficio dos predios marginaes (art. 434.º); devem ser derivadas na linha marginal (art. 436.º, § 3.º); devem ser aproveitadas de modo que do seu refluxo não resulte prejuizo aos predios superiores e inferiormente se não altere o ponto de sahida das remanescentes (art. 434.º); o aproveitamento das aguas deve ser feito de modo que não impeça a agua necessaria para os gastos domesticos dos vizinhos (art. 440.º); os que se aproveitam das aguas não podem alterar ou corromper as que não consomem, tornando-as insalubres, inuteis ou prejudiciaes (art. 441.º); devem egualmente abster-se de factos, que embaracem o seu livre curso, sendo obrigados a remover os obstaculos, que possam surtir prejuizo para os seus vizinhos (art. 442.º).

Na presença d'estes artigos, como será possivel demonstrar que o legislador não regulamenta o modo de exercer o direito ao uso das aguas communs? O proprio auctor, fazendo semelhante affirmativa, contradiz-se com o que se encontra n'outra pagina da sua obra: «o codigo é expresso — são palavras textuaes [1] —; os donos ou possuidores de predios, que são atravessados por quaesquer aguas correntes não navegaveis, nem fluctuaveis, têm o direito de usar d'ellas *em proveito dos mesmos predios*».

E nem se diga que a lei é excessivamente rigorosa, collocando o dono marginal na collisão de desembolsar quantias importantes na acquisição de machinas hydraulicas para irrigação ou inhibir-se de aproveitar em beneficio do seu predio e da agricultura um elemento de riqueza. O legislador não podia impôr um onus tão gravoso, como a servidão de aqueducto, aos proprietarios superiores, com o fim manifesto de favorecer o proprietario inferi-

---

1 Sr. dr. Assis Teixeira, obr. cit., pag. 118.

Demais, se o dono marginal não se utilisa das aguas em virtude da elevação do seu predio acima do nivel da corrente, tambem as inundações não o incommodarão normalmente, dispensando-se até certo ponto a compensação proveniente do beneficio das aguas. Eis as conclusões a que nos levam os principios da equidade.

β) Continúa o sr. dr. Assis Teixeira: se o proprietario inferior tem direito ás aguas, sem duvida tem egualmente direito a encanal-as através dos predios superiores em proveito da agricultura, construindo as obras que sejam necessarias para essa conducção (art. 456.º) e exigindo dos donos dos predios servientes a passagem indispensavel para a inspecção do aqueducto, e para n'elle se fazerem os necessarios concertos (art. 458.º). O direito que assiste ao proprietario superior é o de exigir prévia indemnização dos prejuizos, tanto dos que do estabelecimento do aqueducto resultam actualmente para o predio, como dos que de futuro vierem a resultar da infiltração, ou erupção das aguas, ou da deterioração das obras feitas para a conducção d'estas aguas (art. 456.º, § unico). Taes são os direitos e taes as obrigações correlativas. Tem ou não tem o proprietario marginal inferior direito ás aguas? Se tem, não se lhe venha negar o unico meio de realizar esse direito, qual é a adjudicação forçada do aqueducto sobre o predio superior, construindo-se as obras indispensaveis para a derivação das aguas. Quem quer o fim, quer os meios (art. 12.º) [1].

Não assentimos tambem a estas considerações.

Já dissemos anteriormente, que o proprietario marginal não póde derivar aguas communs n'um ponto situado fóra da linha marginal (art. 436.º, § 3.º); mas, a servidão de aqueducto (art. 456.º), através de predios rusticos alheios, é apenas permittida quando canaliza aguas a que se tem direito; ora, como ás aguas derivadas n'um ponto fóra da linha marginal não tem direito o dono do predio marginal inferior, não se póde admittir a invocada servidão de aqueducto.

---

[1] Sr. dr. Assis Teixeira, obr. cit., pagg. 143-144.

Admittiriamos de bom grado o argumento exposto, se o dono do predio inferior tivesse direito ás aguas canalisadas. É esse direito que contestamos.

Esta mesma consideração foi invocada n'outra conjunctura pelo auctor criticado. Discutindo a hypothese do proprietario marginal possuir outros predios não contiguos á corrente e poder aproveitar as aguas d'esta corrente para a irrigação d'esses predios, conduzindo-as através dos predios intermediarios alheios, exprime-se n'estes termos: «não póde portanto aproveital-as [as aguas da corrente não navegavel, nem fluctuavel] para esse predio [não marginal pertencente ao mesmo dono, mas separado do marginal por predios intermedios, d'outros possuidores] e muito menos cedel-as a outro proprietario que venha aproveital-as desviando-as da corrente. O codigo é expresso: os donos ou possuidores de predios, que são atravessados por quaesquer aguas correntes, não navegaveis, nem fluctuaveis, têm o direito de usar d'ellas em proveito dos mesmos predios. E a invocação do art. 456.º do codigo civil seria inutil e impertinente. Esse artigo, é certo, permitte a qualquer a adjudicação forçada de aqueducto através de predios rusticos alheios, mas permitte-a para conduzir as aguas a que tenha direito. Ora, esse direito as aguas é que nós fundadamente negamos aos predios que não fôrem contiguos á corrente» [1].

O argumento é o mesmo: é o mesmo legislador quem prohibe ao proprietario marginal a derivação das aguas para predios não marginaes e derival-as n'um ponto situado fóra da linha margin... (artt. 434.º, 436.º § 3.º).

A doutrina do sr. dr. Assis Teixeira offende tambem o ar... 2170.º do codigo civil, que determina os limites do direito ... propriedade, especialisados no cap. v, tit. iv. part. iii do mes... codigo; principalmente o art. 2271.º reconhece apenas as se... vidões constituidas por facto de homem, natureza das cousas ... disposição da lei; e nos artt. 2272.º–2281.º (servidões constitu... por facto de homem), 2282.º–2286.º (servidões constituidas p...

[1] Sr. dr. Assis Teixeira, obr. cit., pagg. 116–119.

natureza da cousa ou por lei) não encontramos a pretendida servidão a que se refere o auctor criticado. Apparece-nos, ao contrario, o art. 2286.º a dizer que todas as servidões, denominadas de interesse publico ou de interesse particular, são verdadeiras restricções do direito de propriedade, e, como taes, reguladas no logar competente; ora não encontramos n'esse logar a indicação necessaria.

γ) Ouçamos mais a seguinte argumentação. «Os trabalhos preparatorios do codigo civil, diz o sr. dr. Assis Teixeira [1], desde o projecto inicial do sr. visconde de Seabra até ao ultimo projecto da commissão revisora, tambem correm terminantemente em nosso reforço. No projecto primitivo o sr. visconde de Seabra concedia aos proprietarios marginaes o direito de dispôr das aguas da corrente em seu proveito, *desde que entrarem no seu predio* [2]. Na proposta do sr. Alexandre Herculano a mesma doutrina estava ainda conservada, embora mais confusamente: os predios marginaes fronteiros, quando a agua não fôsse sobeja, tinham direito a metade do volume da *agua transeunte* [3]. E, finalmente, na ultima proposta da commissão revisora, que é a recomposição das doutrinas vencidas até á sessão de 1 de abril de 1864 [4], os proprietarios tinham egualmente direito a usar das aguas da corrente em proveito dos predios marginaes, *logo que n'elles entrarem*. Ora, esta restricção dos differentes projectos, que introduziu claramente entre nós a doutrina dos escriptores a que nos temos referido, foi eliminada e supprimida na ultima revisão geral do codigo, o que nos auctorisa a concluir que essa doutrina foi rejeitada aberta e deliberadamente pela commissão revisora» [5].

Ainda não são os trabalhos preparatorios do codigo civil, que

---

[1] Obr. cit., pagg. 144–145.

[2] *Projecto* cit., art. 459.º

[3] *Proposta* cit., art. 10.º, § 1.º

[4] *Actas* cit., pag. 466.

[5] *Revista de Legislação e de Jurisprudencia*, an. VII, n.º 340, pag. 436; sr. dr. Assis Teixeira, obr. cit., pag. 145.

sustentam a interpretação do illustre lente da Universidade. Para bem procedermos, é conveniente conhecer os textos do projecto-Seabra e proposta-Herculano, que corroboram mais uma vez a nossa doutrina.

«Os donos ou possuidores dos predios, que são atravessados por quaesquer aguas correntes, não navegaveis, têm direito a dispôr d'ellas em seu proveito, desde que entrarem no seu predio, comtantoque as não desviem, ao sahir, do seu leito e direcção costumada; excepto se o consentirem os vizinhos, que com isso podem ser prejudicados» (Proj.-Seabra, art. 459.º).

«Quando as torrentes e correntes de uso commum passarem por entre dois ou mais predios, o uso das aguas será regulado do seguinte modo: se os limites ou extremos dos dois primeiros predios pelo lado superior do curso das aguas fôrem fronteiros, cada um dos donos dos ditos predios poderá desviar para o seu terreno a porção da corrente que lhe convier, quando fôr sobeja, não traspassando aliás nenhuma quantidade d'ella para outro predio. Se não fôr sobeja, cada um d'elles terá direito a metade do volume da agua transeunte. As posturas e regulamentos municipaes proverão ao modo de verificar e assegurar a egual partilha das aguas entre os dois vizinhos, que aliás poderão dispensar a intervenção da auctoridade municipal quando n'isso concordarem» (Proj.-Herculano, art. 10.º § 1.º).

Não ha, pois, sensivel differença entre os artt. 434.º do codigo civil, 459.º do projecto-Seabra e 10.º, § 1.º da proposta-Herculano. Da primeira parte do art. 434.º deduz-se, que os donos ou possuidores de predios atravessados por quaesquer aguas correntes não navegaveis, nem fluctuaveis têm direito de usar d'ellas apenas em proveito dos mesmos predios; esse direito basea-se no facto de as aguas atravessarem os predios respectivos; portanto a expressão *desde que entrarem no seu predio* (proj.-Seabra, art. 459.º) é pleonastica; encontra-se comprehendida na primeira parte do artigo referido: as aguas não podem atravessar um predio sem entrar n'elle. O art. 436.º e § 3.º confirmam ainda a nossa doutrina.

IX) *Caracter eventual ou accessorio do direito ás aguas.*

Referimo-nos anteriormente muito de passagem a esta questão [1]; como devemos regular o exercicio do direito de cada proprietario confinante? Esse direito será *successivo* e *eventual* ou *egual* e *simultaneo*? O proprietario superior terá o direito de usar das aguas de preferencia ao inferior, de modo que este deva contentar-se unicamente com as aguas sobejas? Ou, pelo contrario, esse direito será egual e simultaneo entre todos os proprietarios, isto é, a agua deverá ser repartida entre todos os confinantes, limitando os inferiores o direito dos superiores [2]?

Dividem-se os pareceres. Pacifici-Mazzoni, Laurent e Daviel inclinam-se pelo direito egual e simultaneo; o nosso codigo, Traina, Dionisotti e Demolombe consideram esse direito eventual e successivo [3]. O nosso codigo admitte, na verdade, o direito eventual e successivo, pelas seguintes razões:

α) O art. 434.º concede aos donos ou possuidores dos predios marginaes, que são atravessados por quaesquer aguas correntes não navegaveis, nem fluctuaveis, o direito de usar d'ellas em proveito dos mesmos predios, impondo-lhes apenas duas restricções: não prejudicar com o refluxo das aguas os predios superiores, e não alterar o ponto de sahida das aguas remanescentes, que têm de ser restituidas á corrente. Portanto, os proprietarios inferiores têm sómente direito ás aguas remanescentes, isto é, ás que sobejarem dos predios superiores depois de satisfeitas as necessidades respectivas. É um direito eventual e successivo.

β) No art. 436.º, § 4.º encontram-se estas palavras: *á sahida das aguas remanescentes, se as houver...* Portanto, o legislador

---

[1] Vid. pag. 228.

[2] Sr. dr. Assis Teixeira, obr. cit., pagg. 145, 146.

[3] Pacifici-Mazzoni, obr. cit., n.º 208 e seg., pag. 376 e seg.; Laurent, obr. cit., n.º 278, pagg. 333 *in fin.*, 334; Daviel, obr. cit., n.º 584, pag. 136 e seg.; Traina, obr. cit., pagg. 128 *in fin.*, 129; Dionisotti, obr. cit., n.º 215; pagg. 135–137; Demolombe, obr. cit., n.º 166, pag. 202.

admitte a possibilidade de não haver aguas remanescentes; isto é, todas as aguas da corrente fôram empregadas nos predios superiores, ficando privados d'ellas os outros predios inferiores. O codigo, pois, admitte o systema da distribuição successiva e eventual.

γ) O direito successivo e eventual ao uso das aguas é um corollario necessario dos systemas da contiguidade e preoccupação, seguidos pelo nosso codigo em materia d'aguas.

δ) O direito egual e simultaneo offereceria innumeros inconvenientes e tornaria illusorios todos os beneficios agricolas, que o legislador pretendeu prestar. Concedendo-se egual direito a todos os proprietarios marginaes superiores e inferiores, todos se aproveitariam d'elle na estiagem em que as aguas não chegam para todos; a totalidade das aguas subdividir-se-hia ao extremo de não prestar utilidades sensiveis a nenhum proprietario marginal.

ε) É muito equitativo o direito eventual e successivo, porque são os proprietarios superiores os primeiros a soffrer importantes prejuizos com as grandes inundações.

ζ) Os trabalhos preparatorios do codigo civil tiram todas as duvidas; o pensamento da commissão foi manter este systema do direito eventual e successivo, que transparece claramente na proposta-Herculano e apparece no codigo civil, embora confusamente redigido [1].

X) *Destino das aguas communs.*

A que especie de usos podem os proprietarios marginaes destinar as aguas das correntes não navegaveis, nem fluctuaveis? Poderão indifferentemente aproveital-as para fins agricolas ou industriaes [2]?

---

[1] Sr. dr. Assis Teixeira, obr. cit., pagg. 158–161.

[2] «As palavras do § 2.º do art. 436.º «*proporcional á extensão e preço do seu predio*» excluem o dono do predio fronteiro de partilha na agua e

Respondemos affirmativamente pelas seguintes considerações: a) O art. 434.°, dizendo, que o proprietario marginal tem direito

---

sobeja para fins industriaes, pois comquanto o legislador na especie do art. 456.° proteja egualmente a industria, e tambem aos usos industriaes se refiram os Decretos de 1 e de 19 de dezembro de 1892 em varios artigos, na hypothese do § 2.° do art. 436.°, isto é, quando a agua não é sobeja, não póde ser attendida a industria com prejuizo das necessidades dos predios, vista a redacção do paragrapho.

«Ainda hoje é da competencia do poder judicial a questão sobre divisão d'agua não sobeja.

«O Decreto de 1 de dezembro de 1892 (art. 5.°), só auctorizava o governo a permittir nas correntes de uso commum o emprego do *excedente* da agua para usos geraes, industriaes, agricolas e de irrigação, depois de satisfeitos os direitos dos proprietarios marginaes, provando-se por inquerito a utilidade da derivação, e o não prejuizo para os legitimos direitos dos proprietarios confinantes, como o Regulamento de 19 de dezembro de 1892 (art. 226.°) só permittia aos donos de predios não confinantes com estas correntes derivar as aguas para a irrigação d'esses predios ou terrenos, com a condição de não prejudicarem os direitos legitimos dos predios confinantes.

Mas, tendo aquelle Decreto consignado no art. 23.° a seguinte provisão: «Fica tambem sujeito ás prescripções d'esta lei *e do regulamento que d'ella faz parte,* sem prejuizo dos direitos garantidos pelo codigo civil, e na conformidade dos artt. 380.° e 381.° do mesmo codigo, o uso e aproveitamento das aguas dos lagos, lagôas, esteiros, vallas, canaes, rios ou correntes, quer navegaveis ou fluctuaveis, quer de uso commum, para a navegação ou fluctuação, para a irrigação ou para fins agricolas ou industriaes», o Regulamento de 19 de janeiro de 1892, prevalecendo-se d'esta disposição, que antecipadamente fazia do regulamento parte da lei, deu nos artt. 221.°-223.° competencia ás circumscripções hydraulicas para dividirem as aguas não navegaveis, nem fluctuaveis entre os predios confinantes, tendo em conta na distribuição a superficie, necessidades, e natureza de cultura dos predios conforme o art. 436.°, bem como quaesquer aguas com destino á irrigação, provenientes de derivações, nascentes, ou levadas pelos predios que áquellas aguas tivessem direito.

«No desempenho d'este serviço a circumscripção hydraulica tem de fazer o cadastro dos predios, a divisão da agua e o regulamento para a execução que será intimado, depois de homologado pelo director, aos interessados, ficando tudo consignado n'um termo que ha de ser assignado pelo chefe da secção e pelo mestre de vallas e todos os interessados.

«São porém insustentaveis semelhantes disposições, já como attentatorias

a usar das aguas communs em proveito dos predios respectivos, não distingue entre beneficios agricolas e industriaes: *ubi lex non distinguit...*

ß) Diz o art. 436.º, § 1.º, que o proprietario em questão póde usar da porção d'agua que lhe convier; ora, esta conveniencia deriva egualmente de fins agricolas e industriaes.

---

dos principios que commettem ás justiças ordinarias, e não aos agentes do governo, e agentes muito subalternos, o conhecimento das questões relativas a direitos privados, já porque não ha director de circumscripção hydraulica, chefe de secção e mestre de vallas em todas as localidades, e muito menos nas terras sertanejas, onde mais frequentes são as questões d'aguas.

«Felizmente que no citado art. 221.º, § 3.º ficou reconhecido aos interessados o direito de intentar acção ordinaria perante os tribunaes judiciaes para fazerem valer os seus direitos, desde que no termo declarem que se não conformam com a distribuição feita, e que assim é licito ao interessado recorrer desde logo á justiça, allegando a falta dos funccionarios hydraulicos, a que o Regulamento se refere, no territorio do juizo, e recusando-se em todo o caso a estar por qualquer distribuição que a circumscripção hydraulica haja de fazer.

«N'estes termos poderá desde logo recorrer á acção especial prescripta no art. 566.º do codigo de processo, postoque o regulamento remetta os interessados para a acção ordinaria, porque elle toma a acção ordinaria pela acção de direito commum.

«Além d'isso os Decretos de 1 e de 19 de dezembro de 1892, na parte em que excedem as faculdades do poder executivo, não obrigam o poder judicial, emquanto não fôrem confirmados pelo poder legislativo.

«Esta acção especial de divisão d'aguas é só applicavel á divisão de aguas não sobejas entre os predios fronteiros, e não á divisão de quaesquer outras aguas, quer aproveitadas por uso e costume, ou por outro qualquer titulo, quer particulares, pertencentes a diversos comproprietarios.

«Na divisão d'aguas fóra da hypothese do art. 536.º do codigo de processo só é competente o processo ordinario.

«Tambem hão de ser observados os termos do Regulamento de 19 de dezembro de 1892 (art. 224.º), na divisão das aguas de uso commum em virtude de combinação feita pelos proprietarios de predios confinantes para a derivação da agua em frente do predio superior para a irrigação de todos os predios (cit. Regul. de 19 de dezembro de 1892)». Dias Ferreira, obr. cit. *segunda edição*, pag. 308 e seg.

γ) No § 2.º do mesmo art. 436.º permitte-se ao dono marginal usar d'uma parte das aguas proporcionalmente á extensão e precisões do seu predio; taes precisões derivam de fins agricolas e industriaes.

δ) O direito dos proprietarios marginaes é um favor; pelo aphorisma juridico *favorabilia amplianda, odiosa restringenda*, devemos extendel-o aos fins agricolas e industriaes.

ε) O elemento historico conduz-nos ás mesmas conclusões. «As aguas dos rios e ribeiras publicas não navegaveis, diz Coelho da Rocha [1], podem occupar-se para as regas ou para motores de moinhos ou d'outras machinas». Coelho da Rocha cita a proposito o Alvará de 27 de novembro de 1804, § 11.º e o praxista Lobão [2], que se inclinou ao mesmo parecer. Se o codigo de Napoleão (art. 644.º) limitou o uso das aguas á irrigação dos predios, a maioria dos commentadores, considerando exemplificativas as expressões do art. 644.º, ensina, que as correntes não navegaveis, nem fluctuaveis podiam applicar-se aos usos domesticos ou industriaes. Hannequim foi o unico commentador, que interpretou restrictamente aquelle artigo do codigo francez.

O moderno codigo italiano expressamente declara, que os proprietarios marginaes podem fazer uso das aguas correntes *per la irrigazione dei suoi fondi ó per l'esercizio delle sue industrie* (cod. ital., art. 543.º).

Os donos ou proprietarios dos predios marginaes podem, pois, utilizar as aguas respectivas para fins agricolas ou industriaes.

ζ) A expressão generica *predios* comprehende os predios rusticos e urbanos (artt. 434.º, e § un. do 374.º); se o legislador tentasse referir-se apenas aos fins agricolas, empregaria a phrase *predios rusticos*. Subsiste, pois, a nossa doutrina [3].

---

[1] Coelho da Rocha, obr. cit., tom. II, § 413.º

[2] Lobão, obr. cit., § 24.º

[3] *Revista de Legislação e de Jurisprudencia*, an. IX, n.º 418, pag. 24 e seg.; Demolombe, obr. cit., n.º 156, pag. 188; Laurent, obr. cit., n.º 283, pag. 338; sr. dr. Garcia, obr. cit., pagg. 51, 211 e seg.; D. Toribio de Areitio, obr.

O commentador Dias Ferreira [1] apenas discorda em parte da nossa doutrina, embora o sr. dr. Assis Teixeira [2] lhe attribua uma opinião contraria. «O dono do predio atravessado pela corrente, diz o commentador, tem um direito absoluto ao uso das aguas e ao leito, podendo usar d'elles á sua vontade e alterar e mudar o leito (artt. 434.°, 435.°), sem que tenha a dar partilha n'essas aguas a vizinho algum, e apenas com duas restricções, que tendem a salvaguardar os direitos de terceiro... A disposição do art. 436.° nas palavras *proporcional á extensão e precisões do seu predio* prova, que o dono do predio fronteiro não póde derivar a agua, com prejuizo dos direitos de outrem, para fins industriaes, mas sim unicamente para fins agricolas» [3]. Persistem as mesmas ideias na segunda edição do seu commentario [4].

O argumento do commentador basea-se na phrase *proporcional á extensão e precisões do seu predio* (§ 2.° do art. 436.°); ora, referindo-se o art. 436.° ás duas hypotheses mencionadas nos §§ 1.° (aguas sobejas) e 2.° (aguas não sobejas), a argumentação transcripta, determinada pelo texto do § 2.°, apenas conclue para a hypothese das aguas não sobejas.

O commentador Dias Ferreira professa, portanto, uma opinião diversa, mas não contraria á nossa e do sr. dr. Assis Teixeira; o proprietario ou dono do predio atravessado, ou banhado pela corrente não navegavel, nem fluctuavel, havendo aguas sobejas, póde applicar as aguas respectivas a fins agricolas ou industriaes; outro tanto não acontece, desde que a agua não seja sobeja; n'esta ultima hypothese, o dono do predio fronteiro não póde

---

cit., pagg. 45 e seg., 62 e seg., 72 e seg.; G. Goyena, obr. cit., tom. I, pagg. 427 *in fin.*, 428; Daviel, obr. cit., n.° 585, pag. 137 e seg.; *praecipuè* sr. dr. Assis Teixeira, obr. cit., pag. 161 e seg.

[1] Dias Ferreira, obr. cit., pag. 416.

[2] Sr. dr. Assis Teixeira, obr. cit., pag. 163, not. 1.

[3] Dias Ferreira, obr. cit., pagg. 416 e seg.

[4] Dias Ferreira, obr. cit., *segunda edição*, pag. 246. (Vid. *retrò* pag. 24[illegible] not. 2).

derivar a agua, com prejuizo dos direitos de outrem, para fins industriaes, mas sim unicamente para applicações agricolas.

XI. *Direitos adquiridos ao tempo da promulgação do codigo. Imprescriptibilidade do direito ás aguas.*

São importantes as disposições transitorias em materia d'aguas de uso commum; o codigo, estabelecendo novas providencias, procurou todavia garantir a effectividade dos direitos adquiridos ao tempo da sua promulgação; assim o exigia a principio da não-retroactividade consignado no art. 8.º do mesmo codigo [1].

---

[1] O sr. dr. Paiva e Pitta (*Questões transitorias do direito civil portuguez*, Coimbra, 1870, pagg. 139-140) julga tão conforme com o art. 8.º a disposição do art. 438.º, que reputa desnecessario o preceito d'este ultimo artigo. Eis a sua argumentação: «A disposição transitoria do art. 438.º do codigo civil é conforme com a doutrina do art. 8.º do mesmo codigo, e como tal desnecessaria, visto que, segundo o principio consignado n'este artigo sobre a materia da não-retroactividade, não podia dar-se outra resolução ao problema do art. 438.º Qualquer que fôsse o titulo por que alguem, antes da promulgação do codigo, houvesse adquirido direito sobre certas e determinadas aguas, ou fôsse em virtude da lei, por uso e costume, concessão expressa ou prescripção, nunca este direito podia ser prejudicado pelas disposições innovativas do codigo civil, porque, sendo em qualquer dos casos o direito definido e certo, não podia ser extorquido pela nova lei sem retroactividade, condemnada tanto pelos principios geraes, que regulam a materia, como pelo systema do auctor do codigo. Parece, porém, que exigindo o codigo no § unico a este artigo, para que a prescripção seja attendida, que recaia sobre opposição não seguida, ou construcção de obras no predio superior, d'onde possa inferir-se abandono do primitivo direito, restringiu os effeitos da prescripção segundo a lei antiga, e que portanto dera effeito retroactivo á lei. Mas não é assim, porque a opposição não seguida, e a construcção de obras no predio superior, que o codigo exige como condições para a prescripção das aguas, já eram tambem requeridas pela legislação portugueza anterior (Resolução Regia de 17 de agosto de 1775) e pelos nossos praxistas (Lobão, obr. cit., § 75.º, pag. 44; Meirelles, *Reportorio Juridico*, verb. *Aguas*). A construcção de obras, d'onde se infira o abandono do direito primitivo, é claramente exigida pela Resolução mencionada, e a opposição não seguida não é outra cousa se não a *sciencia* e

As disposições transitorias encontram-se consignadas nos artt. 438.º e 439.º

«O que se encontra disposto nos artigos anteriores (artt. 434.º–438.º) não prejudica os direitos adquiridos ao tempo da promulgação do codigo, sobre certas e determinadas aguas, por lei, uso e costume, concessão expressa, sentença ou prescripção (art. 438.º). A prescripção, porém, só será attendida para os effeitos do art. 438.º, quando recáia sobre opposição não seguida, ou sobre a construcção de obras no predio superior, de que possa inferir-se abandono do primitivo direito (§ un. do art. 438.º). O direito, porém, que têm os proprietarios ao uso das aguas, que atravessam ou banham os seus predios, será de futuro imprescriptivel e só poderá ser alienado por escriptura ou auto publico (art. 439.º)».

Assim: o dono d'um predio, de ribanceira muito alta, construiu certas obras destinadas á irrigação com as aguas da corrente de uso commum; o codigo respeita o direito adquirido mediante essas obras, desde que na acquisição do direito se hajam cumprido os preceitos da legislação antiga.

Antes da promulgação do codigo civil o proprietario marginal alienou aguas de uso commum; a lei nova respeita semelhante alienação, desde que se tenham observado as prescripções do direito antigo, que divergiam das consignadas no codigo civil.

O proprietario marginal encaminhou certas aguas da corrente commum para um predio não marginal; se esse costume prescreveu, harmonicamente com os termos do direito antigo e do § un. do art. 438.º, a lei nova reconhece-o.

---

paciencia do dono do predio serviente, que Lobão (ibid., § 138.º, pag. 81) enumera entre os requisitos necessarios para a prescripção das aguas. Sendo, pois, estas duas condições exigidas já pelo direito anterior ao codigo, para que a prescripção de que se trata surtisse o seu effeito juridico, o § un. do art. 438.º do mesmo codigo, prescrevendo-as tambem nas prescripções anteriores, não offendeu os direitos existentes ao tempo da sua promulgação e, portanto, respeita o principio da não-retroactividade» (Obr. cit., pagg. 139–140).

Iniciemos o exame dos diversos titulos reconhecidos pelo legislador como legitimos para constituirem a base do direito ás aguas das correntes communs adquirido ao tempo da sua promulgação: A) *lei*, B) *uso e costume*, C) *concessão expressa*, D) *sentença*, E) *prescripção*.

A) *Lei*. O codigo resalva (art. 438.º) os direitos adquiridos ao tempo da sua promulgação, sobre certas e determinadas aguas, por lei. O art. 438.º é, pois, uma excepção ao art. 5.º da lei de 1 de julho de 1867, que revogou toda a legislação anterior, que recahisse nas materias abrangidas pelo codigo civil; os direitos legitimamente adquiridos por lei no dia 22 de março de 1868 são respeitados pelo codigo.

Esta providencia, observa o sr. dr. Assis Teixeira [1], responde em nosso conceito ás impreteriveis exigencias da justiça e afigura-se-nos de todo o ponto consentanea com os mais sãos principios juridicos, desde que o direito publico nacional e, de accôrdo com elle, a doutrina e jurisprudencia civil assentam como base da legislação o principio da não-retroactividade da lei (Carta Constitucional, art. 145.º, § 2.º; cod. civ., art. 8.º).

Temos um exemplo frisante do que deixamos dito no Alvará de 27 de novembro de 1804, que (artt. 11.º, 13.º) [2] permitte a

---

[1] Ibid., pagg. 234-235.

[2] *Alvará de 27 de novembro de 1804.*

Art. 11.º Em qualquer das provincias do reino, aonde ou alguma povoação em commum, ou algum proprietario em particular emprehender o tirar de algum rio, ribeira, paul ou nascente d'agua algum *canal* ou *levada* para regar as suas terras, ou para as esgotar sendo inundadas, requererá a qualquer dos ministros da vara branca do termo ou comarca, para que lhe demarque e assigne o logar e sitio mais commodo por onde ella póde ser construida, ouvindo o parecer de louvados ou de pessoas intelligentes: o qual do que accordarem mandará formalisar um processo verbal, e por elle lhe dará ou negará a licença para a construcção, citando-se por editos as partes interessadas; e do que julgar se poderá recorrer á Meza do Desembargo do Paço. Não poderão estas obras ser embaraçadas pelos proprietarios dos terrenos por onde ellas passarem: mas serão obrigados a deixarem

alguma povoação ou proprietario em particular o tirar d'algum rio, ribeira, etc., algum canal ou levada para regar as suas terras. Embora os artt. 434.º e 436.º restrinjam aos proprietarios marginaes o exercicio d'esse direito, o legislador garante (art. 438.º) o direito adquirido nos termos amplos dos artt. 11.º e 13.º do referido Alvará. E assim deveria ser.

Imagine-se a extraordinaria perturbação que traria, mormente aos proprietarios do norte do paiz, a doutrina dos artt. 434.º e 436.º, ferindo direitos adquiridos e immemoriaes, alterando o valor da propriedade, inutilando engenhos dispendiosos. A historia patria regista acontecimentos funestos promovidos pelas providencias legislativas, que alteram fundamente a organisação da propriedade.

Antes da promulgação do codigo civil a nossa legislação em materia d'aguas constava de *leis geraes* e *especiaes;* sem procurarmos ser completo formamos os seguintes schemas:

Leis geraes... { Alvará de 27 de novembro de 1804, §§ 11.º-13.º
Resolução de 17 de agosto de 1775.
Direito commum e subsidiario.

---

construir o aqueducto, e passar a agua, pagando-se-lhes o prejuizo por arbitrio de louvados.

Art. 13.º Os referidos aqueductos não ficarão constituindo servidão; mas, a todo o tempo que qualquer das propriedades venha a murar-se ou vallar-se, sómente serão obrigados seus donos a deixarem passar a agua e concertar o aquedueto; sem serem obrigados á serventia de dar caminho ou passagem pela propriedade. Assim como a todo o tempo poderá o proprietario do terreno requerer a mudança de aqueducto, se ella não prejudicar á passagem da agua, e fôr conveniente ao predio, fazendo a mudança á sua custa. E aquelle proprietario que pretender regar de novo as suas terras depois de já se achar construido o aqueducto, será admittido a ter parte na divisão da agua, pagando a sua quarta parte da despeza aos mais interessados que o fizeram construir; e quando esses se não possam individuar, a depositará no cofre do concelho. E quando fôr necessario haver divisão judicial da agua, n'esta se seguirá o arbitrio de louvados intelligentes.»

(Sr. dr. Assis Teixeira, *Aguas*, pagg. 369-370).

Leis especiaes	Decreto de 3 de julho de 1758	sobre as aguas do rio Barcarena [1].
	Provisões de 7 e 8 de maio de 1493 Carta Regia de 19 de janeiro de 1562 Alvará de 18 de agosto de 1563 Provisão de 5 de março de 1770 Carta Regia de 17 de junho de 1800 Carta Regia de 14 de maio de 1804, art. 2.° Aviso de 22 de março de 1811 Lei de 12 de novembro de 1841, art. 3.°	sobre as aguas da ilha da Madeira [2].

A palavra *lei* do art. 438.° abrangerá apenas as leis especiaes, ou, simultaneamente, as leis geraes e especiaes? Encontramos duas soluções diversas; a *Revista de Legislação e de Jurisprudencia* [3] declara-se pela interpretação restrictiva da referida palavra e sustenta, coherentemente com tal doutrina, que o art. 438.° apenas respeita os direitos adquiridos, antes da promulgação do codigo, por lei especial, sobre certas e determinadas aguas. Outra é a solução admittida pelo sr. dr. Assis Teixeira [4], que nos parece fundamentar devidamente o seu asserto.

A *Revista*, depois de ter mostrado que póde a alguem parecer que o art. 438.° se refere na palavra *lei* ao Alvará de 27 de novembro de 1804, expõe do seguinte modo os fundamentos que a decidiram a seguir opinião differente. «Seguimos opinião contraria, porquanto o citado art. 438.° do codigo resalva os direitos adquiridos ao tempo da sua promulgação, sobre *certas* e *determinadas* aguas por *lei*, uso e costume, concessão expressa, sentença

---

[1] *Gazeta dos Tribunaes*, an. IV, n.° 472, pag. 1911 e seg.; sr. dr. Assis Teixeira, obr. cit., pag. 235 e seg.

[2] *Direito*, an. VII, n.° 30, pag. 468 e seg.

[3] *Revista de Legislação e de Jurisprudencia*, an. VII, n.° 340, pag. 435.

[4] Sr. dr. Assis Teixeira, obr. cit., pag. 237 e seg.

ou prescripção; e a lei a que este artigo se refere é, não a lei geral que existia sobre aguas, que não dava direito a ninguem sobre *certas* e *determinadas aguas,* mas sim qualquer lei *especial* que ao tempo d'aquella promulgação tivesse applicado certas e determinadas aguas a um fim especial. Assim, por exemplo, sobre as aguas do rio Alviella não poderá hoje nenhum dono de predio marginal adquirir direito, nos termos dos artt. 434.°, 436.° e 439.° do codigo, porque estas aguas já tinham sido concedidas por *lei* á empreza do abastecimento das aguas de Lisboa, vistoque foi approvado pela lei de 2 de julho de 1868 o contracto celebrado entre o governo e a dita empreza, e pela condição 3.ª deve esta empreza conduzir a Lisboa toda a agua, que o Alviella poder fornecer na estiagem, e pela condição 10.ª o governo concede e garante á empreza a posse, administração e usufruição das aguas que ella desviar e introduzir nos seus encanamentos conforme o dito contracto; e, portanto, é um caso em que ha direitos sobre *certas* e *determinadas* aguas, os quaes o art. 438.° do codigo civil manda respeitar».

O sr. dr. Assis Teixeira discorda d'esta doutrina [1]; podemos reduzir d'este modo a sua argumentação:

α) O codigo não manda respeitar os direitos adquiridos, ao tempo da sua promulgação, *por lei sobre certas e determinadas aguas:* manda, sim, respeitar os direitos sobre certas e determinadas aguas adquiridas por lei ao tempo da sua promulgação. É este o pensamento claro que resulta da redacção do art. 438.°: para dar-lhe outra intelligencia seria necessario imaginar uma transposição de palavras pouco verosimil, e inteiramente desusada no estylo das leis.

β) Como dissemos anteriormente, o art. 438.° é um desenvolvimento do art. 8.°, em que se estabelece o principio da não-retroactividade; tratando-se, pois, d'um direito adquirido, pouco importa que o tenha sido por lei geral ou especial, a lei retroage

[1] Obr. cit., pag. 239 e seg.

sempre que se offenda esse direito. Portanto o art. 438.º manda respeitar os direitos adquiridos ao tempo da promulgação do codigo, sobre certas e determinadas aguas, por lei geral ou especial.

γ) Onde a lei não distingue não deve distinguir o interprete, a não ser que razões especialissimas e de força indiscutivel auctorisem semelhante distincção; ora o art. 438.º emprega a palavra *lei* na sua maior generalidade, sem a minima restricção, e todos os argumentos, que se podem excogitar, são contra semelhante doutrina.

δ) «O proprio art. 438.º, pondera o sr. dr. Assis Teixeira [1], fornece de bom grado um argumento valioso e decisivo em prol da nossa opinião. Manda elle respeitar os direitos adquiridos por *sentença* ao tempo da promulgação do codigo, exprimindo assim a homenagem constantemente reconhecida aos inviolaveis effeitos do caso julgado. Conseguintemente, o proprietario que, por encontrar resistencias e embaraços por parte dos donos dos predios que as aguas houvessem de mais commodamente atravessar, recorresse, antes da vigencia do codigo, aos tribunaes ordinarios nos termos do Alvará de 1804, teria indubitavelmente obtido a seu favor *sentença,* que lhe demarcaria o logar onde deveria ser construido o aqueducto para a levada, e com ella o direito a usar de certa porção das aguas do rio ou ribeira, por meio da divisão judicial com prévio arbitrio de louvados intelligentes (Alv. cit., de 1804, §§ XI–XIII *in fin.*); e esta sentença será ainda hoje religiosamente observada e mantida, porque assim o preceitua expressamente o art. 438.º do codigo civil. Supponhamos, porém, que o mesmo proprietario não teve necessidade de recorrer no dominio do direito antigo aos meios judiciaes, ou porque não se lhe oppoz resistencia por parte dos interessados, ou porque não medeava entre o seu predio e o rio ou ribeira nenhum terreno pertencente a outrem, ou porque em concerto amigavel se accordou extrajudicialmente com os outros proprietarios; cons-

[1] Auct. e obr. cit., pag. 242 e seg.

truiu a levada e regou as suas propriedades ou moveu os seus artefactos. Deverá agora decidir-se que este direito, incontroverso e claro, que ninguem ousou contestar por ser manifestamente baseado na lei, direito legitimamente adquirido sobre certas e determinadas aguas á sombra da legislação vigente, está em mais precaria condição e é mais insubsistente e infundado do que o outro direito, que foi vivamente impugnado e controvertido, que precisou de ser allegado e provado perante o respectivo tribunal até ser emfim reconhecido por sentença? Não terão por ventura um e outro a mesma base fundamental, que é a lei vigente ao tempo em que se realisaram? Não será aquella sentença baseada, como este direito incontrovertido, na lei geral que favorecia os agricultores e industriaes preoccupantes? Temos por inconcussa a resposta affirmativa» [1].

c) A doutrina contraria determinaria energicos protestos, ao menos nos povos do norte do paiz. Bem procedeu a commissão de legislação civil da camara electiva inserindo antes de *uso* e *costume* a palavra *lei* [2].

Concluindo: a palavra *lei* do art. 438.º comprehende as leis geraes e especiaes; o codigo manda respeitar os direitos, adquiridos ao tempo da sua promulgação, sobre certas e determinadas aguas, por lei geral ou especial [3].

B) *Uso e costume.* Qual a genuina accepção d'estas palavras? Vae uma confusão lamentavel na linguagem dos diversos jurisconsultos; uns confundem uso e costume com a noção de lei; outros identificam-n'o com a posse antiga ou prescripção; outros ainda approximam-n'o do direito consuetudinario geral, talvez recordados da lei de 18 de agosto de 1769 [4].

---

[1] Sr. dr. Assis Teixeira, obr. cit., pag. 242 e seg.

[2] Auct. cit., pag. 243 e seg.

[3] Ibid.; *Direito*, an. II, n.º 21, pag. 321 e seg.; Goyena, obr. cit., tom. pag. 433 e seg.

[4] Na *Revista de Legislação e de Jurisprudencia*, an. V, n.º 229, pag. 3. e seg.; VII, n.os 327, pag. 239 e seg.; 338, pag. 408 e seg.; no *Direit*.

«O uso e costume não são a lei; o costume é um producto natural e expontaneo da necessidade a que socialmente corresponde; a lei é o seu producto, por assim dizer, estudado e expressamente convencionado; a lei é mais determinada e precisa na sua expressão, o costume mais variavel, mais incerto e duvidoso. A lei é mais coerciva, mais moralisadora e instructiva; o costume mais infringido e nimiamente sujeito ao abuso» [1].

«O uso e costume não são a prescripção. Uma unica condição os reune — é a do tempo, que para ambos se requer; mas, no uso e costume os precedentes, que fazem suppôr a convenção tacita, são dotados de força collectiva, emquanto na prescripção se baseam exclusivamente no poder individual. N'aquelle, a repetição uniforme de actos, praticados não por um só individuo, mas pela collectividade, fórma a existencia material da convenção tacita e imprime ao uso e costume o caracter de certeza geral» [2].

Poderá equiparar-se o uso e costume ao direito consuetudinario geral? A phrase em questão póde ter duas interpretações completamente diversas: será o uso e costume nas condições da Ordenação (liv. III, tit. LXIV) e da Lei de 18 de agosto de 1769 (§ 14.º) ou o direito consuetudinario local? Estes dous usos têm caracteristicas completamente diversas: o direito consuetudinario geral, que na antiga jurisprudencia constituia fonte abundantissima de legislação [3], deve ser conforme á boa razão, não contrario á lei escripta, exceder o tempo de cem annos (Ord. cit.; Lei de

---

an. II, n.os 21, pag. 321 e seg.; 31, pag. 486 e seg.; III, n.º 4, pag. 53 e seg.; V, n.º 21, pag. 325 e seg.; VI, n.º 43, pag. 676 e seg; VIII, n.º 2, pag. 19; no *Commentario* de Dias Ferreira (tom. I, pag. 418) encontra-se confirmado o nosso texto. Vid. *praecipuè* sr. dr. Assis Teixeira, obr. cit., pag. 246 e seg.

[1] Adolphe Roussel, *Encyclopédie du droit*, Bruxelles-Paris, 1872, § 10.º, pag. 20; *praecipuè* sr. dr. Assis Teixeira, obr. cit., pag. 247.

[2] *Revista de Legislação e de Jurisprudencia*, an. II, n.º 91, pag. 670 e seg.; III, n.º 156, pag. 831; VII, n.º 327, pag. 225; VIII, n.º 384, pag. 308 e seg.; IX, n.º 429, pag. 196 e seg.; Roussel, obr. cit., § 12 º, pag. 23; *praecipuè* sr. dr. Assis Teixeira, obr. cit., pag. 247 e seg.

[3] Coelho da Rocha, obr. cit., § 39.º, pag. 21.

1769 cit.); o direito consuetudinario local exige repetição e uniformidade de actos, permanencia e duração d'esses actos e collectividade de pessoas. Se as caracteristicas são diversas, não se parecem muito os effeitos juridicos, como é facil averiguar.

É hoje opinião corrente, que a referida expressão comprehende apenas o direito consuetudinario local, o chamado uso e costume das terras. O proprio Dias Ferreira abandonou a opinião contraria lançada na primeira edição do seu *Commentario* [1]. O sr. dr. Assis Teixeira estabelece e fundamenta a verdadeira doutrina.

Não é difficil justificar a doutrina commumente recebida.

α) Já demonstramos, que a expressão *lei* comprehende as leis geraes e especiaes; o direito consuetudinario geral, expresso pelos termos *estylos da côrte* e *costumes d'estes reinos* (Lei cit. de 1769), não estará comprehendido nas leis geraes? Não custará a comprehender, a justificar esta redundancia inutil do legislador, que se teria entretido a especializar o que estava genericamente indicado [3]?

β) Se consultarmos os logares parallelos, encontramos uma convincente demonstração da these esboçada; o legislador, ao referir as expressões *uso* e *costume*, tinha inalteravelmente em espirito o direito consuetudinario local. Para que abrir uma excepção n'esta disposição transitoria? E os logares parallelos são muitos; por exemplo, 380.°, § 1.°, 469.°, 473.°, 684.°, 1270.°, n.° 2.°, 1302.°, 1305.°, 1313.°, 1373.°, 1374.°, 1390.°, n.° 2.°, 1406.°, 1409.°, § un., 1413.°, 1419.°, 1428.°, 1551.°, 1608.°, n.° 1.°, 1618.°, 1623.° e § un., 1624.°, 1628.°, 1629.°, 2096.°, § un., 2273.°, § un., 2347.° e 2351.° [3].

γ) Não resulta diversa doutrina da comparação do art. 438.° com o correspondente art. 462.° do projecto primitivo, que dizia assim: «O disposto nos artt. 459.°, 460.° e 461.° (cod. civ., art.

---

[1] Dias Ferreira, obr. cit., pag. 418; *segunda edição*, pag. 310 e seg.

[2] Sr. dr. Assis Teixeira, obr. cit., pagg. 252 e 250.

[3] Auct. cit., ibid., pag. 252; Dias Ferreira, obr. cit., *segunda edição*, pag. 310 e seg.

435.º–437.º) entender-se-ha sem prejuizo dos direitos de terceiro, adquiridos por effeito de *antigo uso e costume da terra*, por concessão expressa dos proprietarios marginaes, ou por prescripção de mais de vinte annos, etc.». Tambem não se deduz o contrario da proposta-Herculano [1], cujo artigo, parallelo ao 438.º, se exprimia n'estes termos: «Se a legislação do codigo civil, em relação a aguas, se achar no acto da sua promulgação *limitada* ácerca de certas e determinadas aguas *por direito consuetudinario*, posse antiga, contracto ou sentença, essa limitação será mantida nos termos em que existe, se os interessados não preferirem concordemente submetter-se ao regimen do direito commum [2]».

«A proposta da commissão revisora, observa o sr. dr. Assis Teixeira [3], foi organisada sobre o projecto do sr. visconde de Seabra e a parte approvada da proposta-Herculano; essa proposta, que vingou a final, afastando-se da expressão *direito consuetudinario* empregada por Herculano, mandou simplesmente respeitar os direitos adquiridos, ao tempo da publicação do codigo, por uso e costume. Aqui sobresahem visivelmente os pontos de analogia que existem entre esta e a primitiva redacção, que apagava todas as duvidas».

O codigo refere-se, portanto, ao direito consuetudinario local. Exemplos d'esse costume encontram-se nos heréos da ilha da Madeira, que elegem um *juiz* ou *administrador de levada* encarregado de prover aos concertos e reparos necessarios, distribuir as aguas, com o direito de poder aproveital-as em seu beneficio vinte e quatro horas em cada gyro [4]. Certa freguezia ou povoação costumava regar os predios de cada vizinho com aguas de certa corrente, tocando a sineta d'uma capella, em dia determinado

---

Dias Ferreira, obr. cit., pag. 311; sr. dr. Assis Teixeira, obr. cit., pag. 252 e seg.

[2] *Actas* cit.

[3] Obr. cit., pag. 253.

[4] *Direito*, an. VII, n.º 31, pag. 468 e seg.; sr. dr. Assis Teixeira, obr. cit., pag. 251.

pelo regedor, a fim de se juntar o povo para ir limpar os regos e desobstruir o leito da mesma corrente [1].

O direito adquirido, sobre certas e determidas aguas, por estes usos e costumes locaes, manda-o respeitar o legislador [2].

C) *Concessão expressa.* Como deve comprehender-se este titulo acquisitivo? De modo generico podemos dizer, que esta concessão póde ser feita por 1) *auctorisação* ou *doação regia;* 2) *permissão de donatarios da coróa;* 3) *licença administrativa;* 4) ainda havia, ao tempo da publicação do codigo civil, algumas correntes communs, aproveitadas pelos proprietarios contiguos e adjacentes sem dependencia dos titulos 1)–3): essas correntes eram utilizadas pelos proprietarios marginaes; 5) auctorisação dos proprietarios marginaes. Não se encontram longe d'esta synthese exegetica o sr. dr. Assis Teixeira e o commentador Dias Ferreira. «Concessão expressa, diz o sr. dr. Assis [3], é qualquer acto formal capaz de transferir o uso das aguas, e provindo d'aquelles, que a ellas tivessem legitimo direito». «Na concessão expressa, diz o commentador [4], comprehende-se não só a auctorisação dos proprietarios marginaes, que o projecto primitivo especialmente designava, mas tambem as provisões do antigo regimen, que por ventura dispozessem de certas e determinadas aguas, e que não estejam revogadas». Justifiquemos esta doutrina.

Anteriormente tivemos ensejo de verificar o caracter publi...

---

[1] *Revista de Legislação e de Jurisprudencia,* an. VIII, n.º 384, pag. 3... seg.

[2] Laurent, obr. cit., n.os 345, 350, pagg. 411 e 417; Demolombe, obr. n.º 194, pag. 234; Daviel, obr. cit., tom. II, n.º 576, pag. 117; Mazzoni, cit., n.º 208 e seg., pag. 375 e seg.; *Revista de Legislação e de Jurisprude...* an. III, n.º 156, pag. 831; VII, n.os 238, pag. 411; 349, pag. 581; 327, pag. VIII, n.º 384, pag. 310; IX, n.º 429, pag. 197; *Direito,* an. II, n.os 21, pag. 31, pag. 487; III, n.º 4, pag. 54; V, n.º 21, pag. 326; VI, n.º 43, pag. 67... n.º 30, pag. 469; VIII, n.º 2, pag. 19; *praecipuè* sr. dr. Assis Teixeira, obr... pag. 253, not. (2).

[3] Obr. cit., pag. 257 e seg.

[4] Dias Ferreira, *segunda edição,* pag. 311.

das correntes [1]; dominava o principio do direito romano *flumina pene omnia publica sunt*, interpretado pelo livro II dos *Feudos* (tit. LVI, *quae sint regalia*). O patrimonio da corôa, originariamente, e, como derivado d'este, o dominio dos senhores e donatarios comprehendiam a propriedade de quasi todas as correntes. A *Ordenação* (liv. II, tit. XXVI, § 8.º) confirma o que deixamos expendido. Na concessão, auctorisação ou doação regia e permissão dos donatarios da corôa residia uma abundantissima fonte de acquisição do direito ao uso das aguas communs.

Antes do triumpho das ideias liberaes proclamadas pelos revolucionarios de 1820, já o Alvará de 27 de novembro de 1804 havia interpretado restrictamente os direitos reaes; e de prompto nos convencemos da importancia do movimento democratico, se soubermos que esse Alvará representa uma reação contra as pretensões anti-reinicolas referidas por Lobão. Ainda assim esse diploma legislativo é muito menos reinicola do que a *Ordenação*, mormente interpretada por Alves Ferreira e Liz Teixeira. Veio o movimento de 1820; enxertou-se no poder administrativo a classica prerogativa regia de auctorizar a derivação das correntes. Originou-se um novo titulo de acquisição do direito ás aguas: *as licenças administrativas*. Não critiquemos a formação d'este novo titulo de acquisição, fascinados pela symetrica divisão dos poderes, argumentando assim: ao poder administrativo não compete conferir ao concessionario nenhum direito novo; a esse tempo encontravam-se ainda os poderes do estado enfeixados nos preconceitos utopicos com que se haviam evolucinado no cerebro dos metaphysicos revolucionarios. Apezar de tudo a historia patria regista as *licenças administrativas*, no sentido anteriormente indicado [2].

Como tambem advertimos, já antes do codigo civil havia certas correntes, hoje communs, que se encontravam aproveitadas pelos

---

[1] Vid. pag. 177 e seg., not. 2.

[2] Sr. dr. Assis Teixeira, obr. cit., pag. 254 e seg.; Laurent, obr. cit., n.º 295 pag. 351 e seg.; Demolombe, obr. cit., n.ºs 192, 193, pag. 232 e seg.

proprietarios contiguos e adjacentes, sem dependencia de auctorisação ou doação regias, permissão de donatarios, ou licença administrativa. Consideravam-se certas correntes particulares, e a sua propriedade commum aos proprietarios marginaes [1].

Chegamos ás mesmas conclusões, se analysarmos os trabalhos preparatorios do codigo civil [2].

Como se deve interpretar a *concessão expressa?*

Não é concessão expressa a que resulta apenas do contracto ou da disposição da ultima vontade (§ un. do art. 2264.º), pois que, além dos proprietarios marginaes, é necessario considerar a corôa, seus donatarios e as licenças administrativas; concessão expressa diz-se a que resultar do titulo em termos formaes e claros. Como adverte o sr. dr. Assis Teixeira [3], «não bastam presumpções vagas ou argumentos debeis derivados de clausulas genericas dos titulos antigos. Já na antiga jurisprudencia patria era principio recebido, que nenhum senhorio de terras ou donatario da corôa podia arrogar-se o dominio privativo das aguas dos rios publicos sem especial e expressa doação que os comprehendesse. É n'estes precisos termos que o codigo civil respeita e mantem os direitos adquiridos ao tempo da sua promulgação.

---

[1] Sr. dr. Assis Teixeira, obr. cit., pag. 257.

[2] «O projecto primitivo do sr. visconde de Seabra mandava observar os direitos de terceiro adquiridos por *concessão expressa dos proprietarios marginaes,* excluindo d'este modo a coucessão da corôa, dos donatarios e da administração (art. 472.º). O sr. Alexandre Herculano mantinha na sua proposta a limitação ao disposto no codigo, que existisse sobre certas e determinadas aguas por *contracto,* alargando assim mais consideravelmente esphera das concessões manuteniveis (art. 31.º). Foi a commissão revisora que, tendo em vista a acanhada restricção d'aquelles termos, declarou firmemente que o disposto no codigo se deveria intender sem prejuizo dos direitos adquiridos ao tempo da sua promulgação, sobre certas e determinadas aguas, por *concessão expressa,* sem excluir nenhum d'aquelles que poderia ter ortorgado essas concessões». Sr. dr. Assis Teixeira, obr. cit., pag. 2[illegible] e seg.

[3] Obr. cit., pag. 260 e seg.

Póde acontecer que o titulo original da concessão já não exista: n'esse caso é mister recorrer a outros documentos authenticos nos quaes a concessão esteja expressamente reconhecida, e provenha de quem tivesse o direito de fazel-a. As concessões tacitas, longe de serem assimilhadas ás expressas, e de produzirem o mesmo effeito, são pelo contrario inteiramente reprovadas pelo art. 438.º Se o titulo constitutivo do direito estabelece a quantidade, tempo e mais condições do uso da agua, cumpre attendel-o em rigor para determinar a extensão do uso, sem o limitar pela consideração das necessidades do terreno irrigavel».

D) *Sentença.* O codigo civil, sem embargo das innovadoras disposições que encerra em materia d'aguas, manda comtudo observar os direitos adquiridos ao tempo da sua promulgação.

«Se, por um lado, desde que vigora a nova legislação, não póde a antiga lei continuar a produzir os seu effeitos, é, por outro lado, certo que a nova ordem de cousas não deve razoavelmente ser invocada para destruir os direitos já adquiridos na fé e ao abrigo das leis precedentes. Repousam sobre esta base os interesses e a confiança dos direitos individuaes, e pôl-os em duvida seria anniquilar pela raiz os principios de ordem e propriedade. A luz d'esta verdade, fundamental na theoria juridica da applicação e effeitos das leis, redobra de intensidade e brilha em transparente evidencia, se nos referirmos exclusivamente aos direitos adquiridos, que estão firmados por um legitimo julgamento. *Res judicatae si sub praetextu... instaurentur, nullus erit litium finis.*

«A sentença, tornando certos os direitos até então controvertidos e duvidosos, é tida por verdade irretractavel, faz direito entre as partes, e é considerada a sua lei commum. Não ha titulo que mais formal e definitivamente fixe e incorpore os direitos na pessoa juridica do que o caso julgado: até ahi o direito controverdido poderia ser mera espectativa, como fundado unicamente em esperanças concebidas pelo interessado; mas desde então converte-se em direito certo e definitivamente adquirido, que a lei sem retroagir não poderá desconhecer e prejudicar. O codigo civil no art. 438.º mais uma vez obedeceu á logica d'estes prin-

cipios, consagrando os legitimos effeitos da sentença, embora baseada na legislação anterior.

«Sustentar os direitos que se acham escudados ao abrigo d'este titulo é, de certo modo, fazer que a lei sobreviva a si mesma, e dar vitalidade nova a velhos documentos perdidos ou extraviados. Respeitam-se como inviolaveis os direitos assim adquiridos á sombra de leis abrogadas: e, na falta dos primitivos titulos da concessão, é a sentença, que os reconheceu, levantada á mesma altura, e considerada com razão o seu melhor interprete.

«É mistér advertir que uma profunda differença separa os julgamentos baseados no moderno direito do codigo civil das sentenças que fôram concebidas e lançadas sob o dominio do antigo direito.

«A estas sentenças anda inherente o caracter de irrevogabilidade, que imprime o maximo grau de força aos effeitos da cousa julgada: consideram-se rigorosamente a pura expressão da verdade, e são por isso irretractaveis. Entram na regra commum que formúla os effeitos geraes do caso julgado, porque a legislação antiga, uma vez reconhecido o direito ás aguas da corrente a favor de certo predio, mantinha-o perpetuamente a titulo de servidão, através de todas as modificações do terreno, e sem embargo das novas acquisições ou do superveniente fraccionamento do predio irrigado.

«É muito outro o direito novo do codigo civil.

«Aquelle irrevogavel caracter do caso julgado não se applica ás sentenças proferidas sob o influxo d'esta legislação: se os factos que motivaram a primeira sentença vêm a alterar-se, se o predio vem a experimentar novas necessidades creadas pela sua nova posição ou acquisições, póde uma sentença ulterior modificar a meira, e sujeitar a corrente a uma nova divisão, em virtude da qual será adjudicada aos predios maior ou menor quantidade de agua, consoante as respectivas necessidades e precisões. Não é isto destruir a verdade da primeira decisão; mas é que novas circumstancias crearam novos direitos, e tornaram assim indispensavel uma nova decisão judiciaria. Falta aqui uma das tres identidades requeridas no caso julgado, que é da *causa de pe-*

(cod. civ., art. 2503.°, n.° 2.°), e por isso nada se oppõe a que seja a pendencia novamente examinada e decidida. Não é a agua das correntes devida hoje aos predios a titulo de servidão, mas antes como accessão natural e simples attributo dos predios marginaes contiguos, aos quaes aproveita na razão proporcional da extensão e precisões de cada um.

«A sentença a que se refere o codigo no art. 438.° pertence á primeira d'estas duas classes: não é a proferida na vigencia do codigo civil; é, sim, a que ao tempo da sua promulgação já havia produzido seus effeitos reconhecendo definitivamente a favor de certo proprietario o direito irrevogavel a determinadas aguas» [1].

E) *Prescripção.* O legislador mandou respeitar os direitos sobre certas e determinadas aguas, adquiridos por prescripção ao tempo da promulgação do codigo civil, isto é, no dia 22 de março de 1868. Não basta, pois, que a prescripção tenha começado a correr no tempo anterior á promulgação do codigo, é necessario que tenham decorrido os prasos estipulados pela antiga legislação; na hypothese contraria offender-se-hia o art. 439.°, que declara de futuro imprescriptivel o direito ás aguas, sendo certo tambem que não se dá a prescripção, quando o direito começado a decorrer se declarou imprescriptivel (art. 565.°).

A prescripção do art. 438.° conta-se em harmonia com a legislação antiga [2] e está qualificada no § 1.° do mesmo artigo: tal

---

[1] Sr. dr. Assis Teixeira, obr. cit., pagg. 263-267; Coelho da Rocha, obr. cit., § 8.°. *nota,* pag. 4; Dionisotti, obr. cit., n.° 590, pag. 353; Laurent, obr. cit., n.° 353, pag. 419 e seg.; Demolombe, obr. cit., n.° 198, pag. 236; *Gazeta dos Tribunaes,* n.° 968.

[2] É tambem esta a regra geral do art. 564.° do codigo. Pela antiga legislação as servidões *contínuas* e *apparentes* prescreviam por dez annos entre presentes e vinte entre ausentes, ou, na falta de titulo, por trinta annos; e as *descontínuas* e todas as *não apparentes* exigiam uma prescripção immemorial, excepto, segundo alguns, quando com a posse concorria a boa fé e justo titulo havido d'um terceiro, porque então seria bastante a prescripção de dez ou vinte annos. Nas servidões contínuas, mas cujo uso é descontínuo ou interpolado, eram sempre necessarios vinte annos, sem diffe-

prescripção deve I) ter recahido em opposição não seguida, ou II) em construcção de obras no predio superior, de que possa inferir-se abandono do primitivo direito (§ un. do art. 438.º). O codigo respeita o direito ás aguas adquirido por prescripção assim qualificada.

I) *Opposição não seguida.* O codigo, reconhecendo o principio, consignado no art. 510.º e § un., de que a contradicção ou opposição ao exercicio d'uma faculdade ou direito facultativo converte em prescriptivel o que não era por sua natureza [1], a contar d'essa opposição e da acquiescencia a ella, exarou no § un. do art. 438.º a doutrina de que a acquisição do direito ás aguas, anterior á sua promulgação, podia effectivar-se por meio de simples uso d'essas aguas pelo tempo requerido para se completar a prescripção, contada desde um acto formal de opposição por parte d'um dos proprietarios, á qual acquiesceu o dono do predio serviente.

---

rença entre presentes e ausentes; e, embora a servidão se exercitasse de annos em annos, de mezes em mezes, de semanas em semanas, dias, horas, etc., nem por isso se duplicavam, triplicavam ou quadruplicavam os tempos. (Lobão, obr. cit., §§ 124.º-126.º, pag. 72 e seg.; 130.º e not., pag. 75 e seg.; 146.º-151.º, pag. 85 e seg.; 282.º e 283.º pag. 159 e seg.; Borges Carneiro, *Direito Civil de Portugal,* tom. IV, liv. II, tit. XII, § 81.º n.ºs 11.º-16.º e not., pag. 266 e seg.; Coelho da Rocha, obr. cit., not., pag. 470 e seg.; *Rev. de Legisl. e de Jurisp.,* ann. IV, n.º 188, pag. 507 e seg.; V, n.º 233, pag. 395 e seg.; VI, n.º 286, pag. 404 e seg.; VII, n.º 351, pag. 597 e seg.; VIII, n.º 378, pag. 216 e seg.; *Direito,* an. IV, n.º 16, pag. 252 e seg.; *Gaz. dos Trib.,* n.ºs 1493 e segg.). Desde o meiado do presente seculo principiou a ser alterada pelo *Supremo Tribunal de Justiça* esta jurisprudencia, acceitando-se em regra a prescripção de trinta annos para as acções reaes, á excepção da acção hypothecaria, para a qual dispunha especificadamente a *Ordenação,* liv. IV, tit. III. Funda-se esta jurisprudencia na generalidade da *Ordenação* (liv. IV, tit. LXXIX), no favor que o sagrado direito de propriedade deve merecer ao legislador, e na inexacta applicação que os sectarios do systema anterior faziam do direito romano. *Jornal de Jurisprudencia,* an. II. n.º 26, pag. 403; Accordãos do *Supremo Tribunal de Justiça* de 12 de dezembro de 1851, e de 24 de julho de 1855).

Vid. sr. dr. Assis Teixeira, obr. cit., pag. 268 e seg.

[1] Sr. dr. Assis Teixeira, obr. cit., pag. 274 e seg.

A continuação da posse, mantida depois d'um acto não equivoco e formal de opposição por parte d'outro proprietario, deixa com razão presumir um consentimento tacito da parte de quem póde uma vez significar a opposição, e abandonal-a em seguida [1]. Até á pratica d'esse acto, não equivoco e formal, os actos praticados não satisfariam á virtude da posse aptá a prescrever; mas, desde que o proprietario se podia oppôr ao exercicio d'esses actos, desde que não era licito presumir a tolerancia em quem abertamente se declarou contrario, desde esse momento a continuidade dos actos operou *ipso jure* a conversão da posse de mera tolerancia em verdadeira posse habil para gerar a prescripção [2].

II) *Construcção de obras.* Convém desde já observar, que a disjunctiva *ou* mostra claramente, que qualquer das duas condições mencionadas no § un. do art. 438.º é bastante para qualificar a prescripção nos termos da lei.

«As obras construidas pelo dono do predio inferior importam uma contradicção material opposta ao exercicio das faculdades do proprietario superior, sufficientemente caracteristica para fazer suppôr da parte do primeiro a intenção manifesta de impedir o exercicio da faculdade que pertencia ao segundo, e da parte d'este a acquiscencia áquella intenção pelo obstinado silencio e inacção

---

[1] A prescripção das cousas declaradas imprescriptiveis sómente se póde dar havendo inversão de titulo (art. 510.º); diz-se titulo invertido o que é substituido por outro capaz de transferir a posse ou o dominio (§ un. do art. 510.º); a opposição feita pelo possuidor ao direito d'aquelle, em cujo nome possuia, e não repellida por este, inverte o titulo (art. 510.º). No caso presente, aquelle que pretende usar exclusivamente das aguas, necessita de manifestar a sua vontade por meio de actos, que deixem os co-proprietarios marginaes na obrigação de manterem o seu direito, se não o quizerem renunciar.

[2] Sr. dr. Assis Teixeira, obr. cit., pag. 276; Demolombe, obr. cit., n.º 82, pag. 100; Laurent, obr. cit., n.º 309 e seg., pag. 369; Dionisotti, obr. cit., n.º 172, pag. 137; *Revista de Legislação e de Jurisprudencia*, an. VII, n.º 347, pag. 55; VIII, n.º 388, pag. 374; *Direito*, an. IV, n.º 41, pag. 646; VII, n.º 8, pag. 118; *Gazeta dos Tribunaes*, n.ºs 1874 e 1942.

impassivel em que, depois d'um semelhante attentado contra a sua liberdade predial, permaneceu em frente do proprietario innovador. N'este presupposto, as obras construidas, por implicarem manifesta opposição ao direito do proprietario superior, depois de passado o tempo requerido para se completar a prescripção constituem, por assim dizer, o titulo material e o testemunho vivo do direito incontroverso do proprietario inferior. E taes presumpções, julgadas procedentes aos olhos do legislador, fôram d'este modo convertidas em texto de legislação [1].

«A que requisitos devem satisfazer as obras construidas para d'ellas se poder inferir o abandono do primitivo direito [2]? O codigo civil é mudo; mas em compensação é fertil em uteis ensinamentos a doutrina dos escriptores comprovada pela constante praxe do fôro. As obras construidas no predio superior devem reunir as seguintes condições: *a*) ser *visiveis* ou *apparentes; b*) ser *estaveis* ou *permanentes; c*) ser *idoneas* ou aptas para o uso a que são destinadas, e ter effectivamente *servido* para esse uso; *d*) ser *construidas pelo proprietario inferior; e*) *estar concluidas* desde que tem logar a contagem para a prescripção; *f*) *impedir o uso* do proprietario superior. Faltando alguma d'estas condições, as obras não podem, como veremos, servir de base á prescripção das aguas.

«*a*) Em primeiro logar, devem ser *visiveis,* porque a publicidade é um dos requisitos indispensavelmente exigido na posse prescriptivel; aliás, a posse não seria exercitada de modo que podesse ser conhecida pelos interessados (artt. 517.° e 523.°). Não são, porém, estas obras limitadas ás construcções de alvenaria: quaesquer outras obras que possam facilmente cahir sob a acção dos sentidos satisfazem a esta condição. Um açude de madeira, de terra ou simplesmente de relva; um aqueducto ou

---

[1] Demolombe, obr. cit., n.° 178, pag. 216; *Gazeta dos Tribunaes,* n.° 3333.

[2] Permittimo-nos a liberdade de transcrever os periodos das *Aguas,* relativos aos requisitos a que devem satisfazer as obras construidas do § un. do art. 438.

rego permanente que sirva para a direcção da agua; uma preza de qualquer manufactura, podem indistinctamente satisfazer. Não é tambem indispensavel que as obras sejam visiveis em toda a sua extensão: um aqueducto subterraneo, um canal fabricado de tubos cobertos superficialmente com terra, e outras obras semelhantes, devem considerar-se visiveis, desde que possam ser conhecidos em alguma das suas partes por signaes exteriores de existencia, como aberturas, oculos e outros, cuja apparencia o proprietario superior esteja ao alcance de conhecer. Mas não deveria ser tido n'esta conta um cano inteiramente subterraneo, embora communicasse com a agua no predio superior.

«*b*) As obras devem, além d'isso, ser *permanentes*. A razão é obvia: é que a posse deve ser continua (artt. 517.º e 522.º), e, se as obras fossem moveis, de sorte que estivessem sujeitas a ser alternadamente collocadas e retiradas, interromper-se-hia a posse, sempre que desapparessem do logar em que uma vez fôram estabelecidas. Devem, pois, estar incorporadas no predio, por ser d'este unico modo que podem excluir a ideia de tolerancia. Obras provisorias taes como açudes construidos com ramos de arvores, ou outros objectos moveis, não podem satisfazer. Um rêgo feito no predio superior, e destinado a derivar a agua, é um signal tão equivoco de estabilidade, quanto é difficil reconhecer se foi aberto no interesse do vizinho, ou unicamente para dar escoante ás aguas sobejas e escollaticias do predio superior. A simples expurgação do rêgo ou aqueducto, como facto intermittente e fugitivo, muito menos póde ser considerada obra permanente, e capaz de fazer presumir do vizinho uma posse continua e não interrompida, apta para conduzir á prescripção.

«*c*) As obras devem tambem ser *idoneas*, isto é, ser constituidas por trabalhos especiaes e significativos, destinados á derivação das aguas e a facilitar-lhes o curso, de fórma que manifestem claramente da parte do vizinho inferior a intenção de usar d'ellas a titulo de proprietario; porque, não sendo assim, a posse seria equivoca. E devem, além d'isso, *ter servido para o uso* a que fôram destinadas, a fim de afastarem para longe toda a duvida ácerca

da prova do seu destino; é só desde este momento que podem ser adduzidas como base de posse apta a prescrever, porque desde então não é já licito duvidar do fim a que mirava o proprietario, quando as construiu; e emquanto, de facto, se não operou o exercicio do direito de servidão, não póde conceituar-se de pacifica a posse do prescribente (artt. 517.º e 521.º). Não deverão ser assim classificadas as obras que, com quanto construidas pelo proprietario inferior, tiveram por objecto reparar damnos futuros ou prevenir prejuizos experimentados, nem aquellas que simplesmente se dirigiram a evitar ou diminuir os inconvenientes que ao predio proviriam da impetuosidade e força das aguas. A simples expurgação, a construcção d'uma ponte para atravessar a corrente, as reparações das ribanceiras ou do aqueducto, e, em geral, todas as obras que são destinadas a impedir a estagnação das aguas, e não a dirigil-as ao predio inferior em seu exclusivo interesse, são impotentes para fazer adquirir um direito, porque antes manifestam a intenção de evitar os inconvenientes inseparaveis da passagem das aguas, do que a de firmar a posse e fruição d'ellas d'um modo permanente e incontestavel.

«*d*) A esta condição é mistér accrescentar outra, que com ella tem immediata e intima connexão: é a de serem as obras *construidas pelo dono do predio inferior*. Como para adquirir pela prescripção é indispensavel possuir em nome proprio ou *animo domini*, este animo não póde evidentemente resultar senão d'um facto proprio d'aquelle que pretende prescrever: só os trabalhos effectuados pelo proprietario inferior se reputam feitos em seu beneficio, e manifestam da sua parte a intenção de adquirir direito ás aguas. Obras ordenadas pelo proprietario superior no seu proprio predio, ainda que d'ellas resultasse proveito e interesse para o vizinho inferior, de nenhum modo produziriam este effeito: poderá, sim, derivar-se d'esta especie de trabalhos uma servidão passiva contra o predio inferior, mas nunca provirá d'ahi uma servidão activa em seu proveito.

«Quaesquer obras realisadas no predio superior presumem-se feitas pelo proprietario d'esse predio, e mal se concebe com

d'ellas possa resultar a attribuição d'um direito qualquer a favor de pessoas extranhas. É, pois, de primeira necessidade elidir por um modo legitimo e razoavel esta presumpção juridica, que reveste a maior importancia como integral conservadora que é do pleno direito de propriedade. Exigir na pratica uma prova rigorosa de terem sido realisadas pelo proprietario inferior as obras do predio superior, muitas vezes terminadas em epocha tão afastada, que não existe já memoria d'esse facto, importaria sempre difficuldades graves e até, geralmente, absoluta impossibilidade. A propria natureza das obras se encarregará de comprovar a sua proveniencia originaria. Se fôrem estabelecidas para interesse exclusivo do proprietario inferior, esta circumstancia indica sufficientemente que fôram effectuadas por esse proprietario: *is fecit cui prodest*. Se, porém, aproveitam a ambos, e não intervêm indicios irrecusaveis ou outras circumstancias tão ponderosas e concludentes, que excluam toda a duvida, então deve favorecer-se a liberdade do predio superior, e pronunciar-se com firmeza a favor d'este proprietario a manutenção do seu amplo direito de propriedade com todos os attributos accessorios, que lhe andam naturalmente inherentes.

«*e*) Outro requisito a que devem satisfazer as obras construidas no predio superior, a fim de poderem induzir prescripção nos termos do § un. do art. 438.°, é o de estarem *terminadas* e *completas*: só desde então, e não desde o começo dos trabalhos, é que principia a correr o tempo necessario para se completar a prescripção da lei. Até ahi o proprietario inferior não tinha tomado completamente posse da servidão que pretende adquirir, e o proprietario superior não podia vêr nas obras começadas senão um simples projecto, ao qual tinha sempre a liberdade de se oppôr: desde o fim das obras, seguido do uso effectivo a que eram destinadas, é que este proprietario ficou sufficientemente interpellado. Dir-se-hão acabadas e completas, para este effeito, as obras que o estiverem sob o respeito da posse das aguas, e não unicamente as que estiverem terminadas sob o ponto de vista das regras da arte: é, pois, indifferente aos olhos da lei a falta de certos acces-

sorios requeridos pela sciencia architectonica, e julgados a este respeito indispensaveis para a obra se dizer acabada.

«*f*) As obras devem, finalmente, *impedir o uso* do proprietario superior, isto é, deixal-o na impossibidade physica de exercer os direitos que a lei lhe attribue. A razão é simples. O direito ás aguas correntes é facultativo, quer dizer, o proprietario póde exercital-o de facto, ou, pelo contrario, permanecer na inacção e não o exercitar, sem que por isso se extinga o direito, ou se presuma renunciado. Para este direito se reputar perdido é necessario que se lhe opponha uma contradicção formal, e de tal natureza, que a faculdade se ache invertida para assumir o caracter de servidão: se as obras não impedem o proprietario superior de usar das aguas, e servem apenas para facilitar ao vizinho inferior o seu uso, este proprietario poderá servir-se d'ellas por tempo immemorial, *per mille annos,* sem que tão longo uso impeça o outro proprietario de exercer o direito que a natureza e a lei lhe conferem. Não ha, pois, contradicção ao direito do proprietario superior, nem conseguintemente prescripção. Mas, inversamente, não poderá oppôr-se contradicção mais energica do que a que tem por effeito pôr o proprietario na impossibilidade de usar do seu direito. É assim que, apropriando-se das aguas d'uma corrente o dono do predio inferior, mediante um açude e levada que as dirija para o seu predio, não á passagem, mas em um ponto de derivação superior, nenhum dos proprietarios intermedios poderá servir-se das aguas assim desviadas, e deverão por isso, a querer manter o seu direito, repellir sem detença esta usurpação terminante e decisiva. Taes obras tornam impossivel para os predios intermediarios o exercicio das regas, e desde a sua existencia póde começar a correr o praso necessario para o complemento da prescripção. Portanto, repetimos, só as obras construidas no predio superior que reunirem cumulativamente todos os requisitos enumerados servirão de base e ponto de partida para se realizar a prescripção do direito ás aguas» [1].

---

[1] Demolombe, n.os 74, 75, 77, 78, 177; Laurent, n.os 198, 199, 200–202,

É muito importante a doutrina consignada no art. 439.º; o direito, que têm os proprietarios ao uso das aguas, que atravessam ou banham os seus predios, é de futuro imprescriptivel, podendo, entretanto, ser alienado por escriptura ou auto publico (art. 439.º). Embora o art. 506.º declare prescriptiveis todas as cousas, *direitos* e *obrigações*, que estão em commercio, a natureza especial do direito ao uso das aguas communs impõe a imprescriptibilidade d'esse direito, susceptivel, entretanto, de ser alienado. N'este ponto harmonisam-se por completo a ultima parte do artt. 506.º e 439.º do codigo civil.

Com muita prudencia procedeu o nosso legislador. O caracter facultativo do direito ao uso das aguas determina, que os actos possessorios praticados no exercicio d'essa faculdade juridica não constituam base sufficiente para fundamentar a prescripção (artt. 505.º, § 1.º do art. 474.º, 439.º). E nem se pretenda estabelecer a doutrina contraria. Admittindo-se a prescripção do direito ao uso das aguas communs, como no dominio do nosso direito antigo e d'algumas legislações extrangeiras, o proprietario marginal ver-se-hia muitas vezes obrigado a regar desnecessariamente os seus predios marginaes ou a inutilizar pela prescripção negativa semelhante direito. E d'este modo converter-se-hia em onus notavel esse direito, que todos consideram indemnização equitativa dos prejuizos causados pela contiguidade da corrente commum.

A fruicção, ainda exclusiva, das aguas correntes por parte d'um dos proprietarios confinantes, por mais longa que a supponhamos, não faz cessar, em prejuizo dos outros, os direitos de uso d'essas aguas conferidos pelos artt. 434.º e seg. do codigo civil, nem póde servir de base a nenhuma acção possessoria ou petitoria, em-

---

308, 309; *Gazeta dos Tribunaes*, n.os 3304, 3333; *Revista de Legislação e de Jurisprudencia*, an. II, n.os 79, 86, 104; III, n.os 117, 153; IV, n.os 182, 183; V, n.º 226; VI, n.os 276, 277, 279, 286; VII, n.os 324, 327, 328, 338, 340, 351; VIII, n.os 373, 378, 384, 388, 395; *Direito*, an. II, n.os 21, 38; V, n.º 21; VII, n.º 34; VIII, n.º 16. Vid. *praecipuè* sr. dr. Assis Teixeira, obr. cit., pagg. 281-293.

quanto não intervier o formal consentimento dos interessados manifestado por escriptura ou auto publico [1].

«Este consentimento deve emanar do proprietario confinante ao qual se oppõe, ou do seu antecessor a quem actualmente representa, porque é certo que não poderia validamente oppôr-se-lhe um acto que tivesse sido extranho, como seria a convenção havida entre os proprietarios inferiores que tivessem dividido e partilhado entre si o uso das aguas. Celebrada a convenção fica, porém, obrigatoria para todos os successores d'aquelle que a outorgou. O titulo deve estabelecer a alienação do uso das aguas d'um modo expresso; e, para evitar questões e prevenir duvidas, convém, quanto fôr possivel e necessario, que determine claramente o uso a que são destinadas, a quantidade, qualidade, direcção que deve dar-se-lhes, o tempo e modo de medil-as, e, emfim, todas as condições essenciaes para se conseguir o fim proposto, tanto para garantia do vendedor como do comprador. A alienação tacita é que difficilmente póde conceber-se; quando o proprietario marginal d'uma corrente, vendendo o seu predio a um terceiro, lhe designa por limite a corrente que o banha, não deve suppor-se excluida de venda a faculdade de usar das aguas limitrophes, nem reconhecido por isso o dominio absoluto do proprietario fronteiro. A lei exige um titulo claro e formal, e não uma simples presumpção ou convenção tacita. Estas convenções celebradas entre os proprietarios marginaes não podem de nenhum modo produzir effeitos que vão, directa ou indirectamente, prejudicar o interesse publico, e a auctoridade administrativa terá sempre o direito de ordenar quaesquer medidas, ainda que diametralmente opposta às contidas n'aquellas convenções. Assim, podem os proprietarios marginaes convir na construcção e estabelecimento d'uma fabrica determinar o volume d'agua destinado a agital-a, e obrigar-se um e outros a não usar da agua restante senão de certo modo; podem

[1] Sr. dr. Assis Teixeira, obr. cit., pag. 300; Demolombe, obr. cit., n.º 1 pag. 214 e seg.; Zarachiae, obr. cit., § 319.º, not. 11, pag. 165; *praeci* Sr. dr. Assis Teixeira, obr. cit., ibid.

até, concordar unanimemente na collocação d'um açude, estabelecido em tal ponto, construido com taes dimensões, e destinado a conservar as aguas n'uma determinada altura. Nenhuma d'estas convenções é prohibida pelas leis; mas, desde que se verifique que ellas contrariam o interesse geral, ou sempre que a sua execução dependa de especial auctorisação da auctoridade administrativa, os tribunaes, limitada como é a sua missão a interpretar os titulos e a determinar os factos, direitos e obrigações que d'elles resultam, devem recusar-se a garantir as construcções convencionadas, ou enviar as partes perante a auctoridade administrativa para obterem a necessaria auctorisação. Os proprietarios marginaes a quem a lei reconhece o direito ao uso das aguas não podem alienal-o indistinctamente em favor de todos e quaesquer proprietarios: unicamente podem ceder o seu direito em beneficio d'outros predios marginaes. O codigo não concede o direito ás aguas das correntes senão áquelles cujos predios são banhados ou atravessados por essas correntes; é o proprietario que está exposto aos prejuizos occasionados pelas aguas o que deve exclusivamente aproveitar as vantagens que ellas proporcionam. Em vão se allegará que póde qualquer renunciar os direitos que a lei lhe confere (cod. civ., art. 816.º): quando um direito anda inherente á qualidade de proprietario marginal, esse direito não póde ser transferido para quem não possue essa qualidade juridica; e a convenção, por omnipotente que seja, não poderá nunca alterar por si mesma o que a natureza estabeleceu d'um modo irrecusavel. Depois da promulgação do codigo civil, o unico *titulo justo* que a lei reconhece para a attribuição do direito ás aguas das correntes é, além do attributo natural da contiguidade, a escriptura ou auto publico. Esta disposição do artigo é de immenso alcance juridico, como facilmente se deprehende da applicação que d'esta providencia faz o codigo ás aguas das fontes e nascentes (art. 444.º, § un.). Portanto, seja qual fôr o valor do predio marginal, desde o momento em que o seu dono queira alienar separadamente a agua a cujo uso tem direito, não poderá essa alienação effectuar-se, a não ser por meio d'uma escriptura

ou auto publico, como preceitua expressamente o art. 439.º do codigo civil; e n'este ponto reside principalmente a revolução profunda que ao direito existente veio trazer a moderna legislação do codigo, alterando radicalmente o antigo estado da propriedade das aguas, e inaugurando uma nova epocha no regimen economico e juridico d'este importante elemento da agricultura e da industria» [1].

Uma contradicção apparente. O direito dos proprietarios marginaes ao uso das aguas, que atravessam ou banham os seus predios, póde ser alienado por escriptura ou auto publico (art. 439.º). Como, pois, admittir-se a doutrina dos artt. 434.º e 436.º, que restringem o direito dos proprietarios marginaes a usar das aguas communs ao beneficio dos predios atravessados ou banhados pelas aguas respectivas? Como conciliar os artt. 439.º, 434.º e 436.º?

Julgamos encontrar essa harmonia na seguinte formula: os artt. 434.º e 436.º procuram garantir o direito dos proprietarios marginaes; e garantem-n'o, quando se observem as prescripções contidas na lei civil; o art. 439.º affirma a alienabilidade d'essas mesmas aguas, comtantoque não sejam offendidos os proprietarios marginaes, vizinhos e fronteiros.

Para bem comprehendermos esta conciliação convém distinguir varias hypotheses:

1) Supponhamos qualquer predio atravessado por uma corrente commum; o proprietario do predio tem direito a servir-se d'essas aguas em proveito dos respectivos predios marginaes. Procedendo assim, usa do seu direito; tinha obrigação de restituir as aguas á corrente, quando houvesse remanescentes; mas, desde que as consome no seu predio, desapparece semelhante obrigação. N'estes termos o proprietario marginal póde celebrar um contracto com o seu vizinho inferior, cedendo as aguas que lhe pertenciam, mas que não quer utilisar. Não ha offensa de

[1] Vid. auctt. citt. pelo sr. dr. Assis Teixeira, obr. cit., pagg. 300-30[illegible]

direito d'outros proprietarios marginaes, pois que, se o proprietario do predio atravessado, em logar de ceder as aguas, as restituir á corrente, egualmente assiste ao outro vizinho o direito de as utilisar; d'este modo favorece-se o direito do vizinho inferior, respeita-se o art. 434.°, porque não ha offensa dos direitos de terceiro e torna-se viavel o art. 439.°

2) Admittamos que o predio era banhado; o proprietario não poderia ceder as aguas correlativas ao proprietario do predio inferior, sem haver entrado em accordo prévio com os proprietarios fronteiros (art. 436.°); desde o momento em que todos os marginaes, fronteiros e vizinhos, entrem em accôrdo prévio, a alienação é permittida.

3) Imagine-se ainda, que o proprietario não consome todas as aguas no predio, havendo, portanto, remanescentes, que vão beneficiar predios inferiores; poderá o proprietario desviar parte das aguas do seu predio para um determinado predio inferior?

Respondemos negativamente. As aguas remanescentes devem ser restituidas á corrente commum, pois que o proprietario sómente póde aproveitar-se das aguas de que necessita; as restantes pertencem á corrente, necessitando, para a sua alienação, de entrar em contracto com os proprietarios lesados.

4) O proprietario d'um predio não consome todas as aguas, e quer ceder parte d'ellas a um predio inferior, necessitando de, para esta cedencia, impôr servidões ao predio intermedio.

Será legal esta alienação? De modo nenhum; pois que prejudicaria o predio intermedio, desviando aguas que lhe pertenciam; e, impondo-lhe uma servidão onerosa e injustificavel, offende tambem os artt. 436.°, § 1.° e 456.°

Precisa, portanto, entrar em accôrdo prévio com o proprietario, que ficaria lesado com essa alienação.

XII. *Condição juridica dos vizinhos.*

O art. 440.° estabelece o principio de que os proprietarios marginaes de quaesquer correntes d'agua não podem impedir os

seus vizinhos de aproveitar a necessaria para os seus gastos domesticos, comtantoque sejam indemnizados dos prejuizos, que padecerem com o transito pelos seus predios.

Como observa o sr. dr. Assis Teixeira [1], a faculdade de aproveitar a agua das correntes communs para as necessidades pessoaes de cada um é o legitimo corollario do destino primitivo e natural das aguas: recusar o uso das correntes á satisfacção d'essa necessidade imperiosa do homem, a sua alimentação, equivaleria nada menos do que a revoltar o sentimento natural de humanidade, que reside no coração de todos. Applicam-se aqui os principios da lei natural admiravelmente deduzidos pelo orador romano: tudo o que póde conceder-se a outrem sem detrimento nosso, concedemol-o até a um desconhecido; é dever commum a todos os homens deixar beber na agua corrente, deixar acender o fogo com o nosso fogo, dar lealmente conselho a quem nol-o pede, cousas uteis para os que as dão [2].

Os vizinhos, cuja condição juridica se encontra definida no art. 440.°, poderão realizar o seu direito aproveitando as aguas correntes e nascentes, ou apenas as correntes?

Anteriormente firmamos a distincção entre corrente e nascente; as nascentes transformam-se em correntes, quando abandonadas pelo proprietario do predio respectivo [3]. Julgamos, entretanto, que o art. 440.°, na sua maior generalidade, comprehende as aguas das correntes e nascentes. Os termos do art. 440.° confirmam a nossa opinião; a palavra *correntes* usualmente abrange tambem as correntes; se a technologia juridica protesta contra esta confusão, o uso manifesta-se não raro em sentido contrario.

As considerações philosophicas anteriormente expendidas fundamentam egualmente a condição juridica dos vizinhos em presença das correntes communs e das nascentes.

O art. 447.° resolve a questão em ultima instancia; o propri-

---

[1] Obr. cit., pag. 311 e seg.

[2] Cicero, *De officiis* cit., ibid.

[3] Vid. pag. 219 e seg.

tario de qualquer *nascente* não poderá mudar o seu curso costumado, se d'ella se abastecerem os habitantes de qualquer povoação ou casal.

Em que condições subsiste este direito dos vizinhos?

Os vizinhos têm direito a aproveitar as aguas necessarias das correntes communs, que atravessam ou banham predios de proprietarios marginaes, nas seguintes condições:

α) devem destinar as aguas referidas estrictamente aos gastos domesticos (art. 440.°);

β) esse direito só póde ser reclamado pelos vizinhos (art. 440.°);

γ) os vizinhos devem indemnizar os proprietarios marginaes do prejuizo que soffrem com o transito pelos seus predios (art. 440.°);

δ) devem demonstrar que não podem haver agua de outra parte, sem grave incommodo ou difficuldade (art. 440.°, § 1.°).

α) «Na expressão *gastos domesticos* estão comprehendidas todas as necessidades ordinarias e reaes da vida physica, para cuja satisfacção é indispensavel a agua. Tirar a agua da corrente com qualquer especie de vazilha, beber na propria corrente, lavar roupa no seu leito, conduzir ahi os animaes domesticos, taes são os usos naturaes ou necessidades ordinarias comprehendidas n'aquella expressão. Desde que as aguas sejam destinadas *ad lavandum, et ad potandum, aquanda pecora,* ou, como se exprimem os jurisconsultos francezes, *au puisage, au lavage et à l'abreuvage,* não podem com razão dizer-se falseadas ou excedidas as faculdades reconhecidas pelo legislador, em attenção ao uso pessoal do homem indispensavel á sua existencia. Pelo contrario, invocar o art. 440.° do codigo para ampliar aquelle uso até abranger, em beneficio dos vizinhos não marginaes, a applicação da agua ás necessidades da agricultura, á irrigação de predios, por exemplo; ou até legitimar o emprego da força motriz da corrente para usos industriaes como a agitação d'um moinho destinado á provisão dos vizinhos, ou o estabelecimento d'uma fabrica da qual se forneçam os mesmos vizinhos, seria desviar a significação obvia e natural dos termos empregados, deturpar a intenção da lei e destruir pelos fundamentos o systema adoptado pelo legislador».

β) Que deve intender-se por *vizinhos?* «São todos os individuos, diz o sr. dr. Assis Teixeira [1], comprehendidos na circumscripção administrativa, banhada ou atravessada pela corrente em questão» (artt. 381.°, 469.°, 473.°).

Se a necessidade imperiosa [2] é o fundamento do direito ao uso das aguas para gastos domesticos, não é justificavel a doutrina do sr. dr. Assis Teixeira, quando pretende restringir este direito aos *vizinhos* comprehendidos na *circumscripção administrativa banhada pelas correntes*. Nada importa que os *vizinhos* da corrente pertençam a circumscripção diversa. Allegadas e provadas as circumstancias que justificam a cedencia, e, surgindo essa *necessidade imperiosa*, é forçoso que seja satisfeita.

γ) Os vizinhos devem indemnizar os proprietarios marginaes do prejuizo que soffrem com o transito pelo seu predio. «Os vizinhos da corrente podem ter accesso a ella por caminhos publicos ou através de terrenos incultos de logradouro publico, e n'este caso estarão alliviados de contribuir com qualquer indemnização para tornar effectivo o direito, que a lei lhes garante; mas, na falta d'esta communicação, podem ver-se obrigados a constituir sobre os predios intermediarios a servidão de transito, exigindo caminho ou passagem através d'esses predios para obterem a a necessaria communicação com as aguas da corrente. Verificada esta hypothese, terá logar a indemnização do prejuizo que os proprietarios marginaes houverem de soffrer com o transito pelos predios atravessados. Essa indemnização deve ser *justa,* isto é, proporcionada ao prejuizo que resultar para os proprietarios do encargo d'esta servidão, que lhes veda o direito de tapagem; e *prévia,* isto é, satisfeita antes de consummada a expropriação e exercitado o direito. Parece fóra de duvida que a indemnização deve pesar exclusivamente sobre os habitantes que aproveitam a agua e utilizam o transito, e não deve todo o municipio ser one-

---

[1] Auct. e obr. cit.

[2] Vid. pag. 280, *supra.*

rado com uma despeza, que redunda particularmente em beneficio d'alguns poucos contribuintes.

As questões, que a este respeito se levantarem, excepto no tocante a indemnizações, serão resolvidas administrativamente (§ 2.º do art. 440.º). Da avaliação do prejuizo que soffre o proprietario marginal com a servidão de transito, e da liquidação da indemnização conhece o poder judicial; porque a questão das indemnizações é por direito moderno, como foi sempre por direito antigo, da competencia das justiças ordinarias, visto ser questão de direitos privados [1].

δ) Os vizinhos devem demonstrar que não podem haver agua d'outra parte sem grave incommodo ou difficuldade. «A servidão de transito estabelecida pelo codigo em favor dos vizinhos das correntes, para o abastecimento domestico das aguas, tem por condição de existencia, justificação e limite a necessidade; e, portanto, a especial situação das pessoas e dos logares determinará, segundo as diversas circumstancias, os casos em que a competente auctoridade administrativa deverá impôr e decretar esta servidão. Os proprietarios marginaes é que podem contestar a existencia d'essa necessidade, sustentando contra os vizinhos da corrente que, sem grande incommodo ou difficuldade, elles podem abastecer-se d'outras aguas para os usos ordinarios da vida (art. 440.º, § 1.º). Se as aguas publicas, em virtude da maior distancia a que estão situadas, não podem offerecer aos vizinhos a mesma commodidade que lhes proporciona uma corrente mais proxima; se o mau estado da fonte municipal difficilmente se presta ao aproveitamento das aguas para todos ou para alguns dos usos ordinarios da vida physica, sendo menos difficil o uso das aguas da corrente commum, nem por isso aquella maior commodidade ou esta menor difficuldade, não sendo muito consideraveis, podem justificar a constituição d'uma servidão d'esta natureza» [2].

---

[1] Dias Ferreira, obr. cit., *segunda edição*, pag. 313.

[2] Sr. dr. Assis Teixeira, obr. cit., pag. 320 e seg.

Da impossibilidade de haver d'outra parte a agua para usos domesticos sem grande incommodo ou difficuldade julga a administração, hoje representada na circumscripção hydraulica, visto o art. 45.º do Decreto de 1 de dezembro de 1892, que transferiu para os directores das circumscripções hydraulicas as attribuições sobre aguas, que a legislação admnistrativa conferia aos agentes da administração. Mas, para cessar a servidão com o fundamento na possibilidade de obterem os vizinhos d'outra parte, sem grande incommodo ou difficuldade, a agua para seus gastos, ha de recorrer-se ás justiças ordinarias e observar-se o disposto no art. 551.º e seg. do codigo do processo, que não fôram revogados por nenhum dos artigos dos Decretos de 1 e 19 de dezembro de 1892.

O direito ao uso das aguas a que se refere o art. 440.º não prescreve. Na realidade o caracter facultativo d'este direito determina a sua imprescriptibilidade. Como já dissemos anteriormente, o vizinho usa ou não das aguas conforme a sua necessidade; se assim não fôra, converter-se-hia este beneficio em onus censuravel, obrigando o vizinho a utilizar-se d'aguas de que não necessitava, ou a abrir mão do seu direito. Os actos relativos ao uso das aguas são facultativos ou de mera tolerancia, não constituem posse, que conduza á prescripção (artt. 505.º, 474.º, § 1.º).

O sr. dr. Assis Teixeira concorda com esta doutrina; «este direito, diz elle [1], como direito facultativo é imprescriptivel; nem se perde pelo não uso, nem se extingue pelo facto de, uma vez reconhecido, deixar de ser exercitado pelos respectivos interessados».

N'essa mesma pagina, porém, encontra-se doutrina insustentavel; diz o citado auctor: «convém distinguir cuidadosamente o direito de usar das aguas e a servidão de transito, constituida para tornar effectivo este direito. Imprescriptivel — só é o direito ao uso, como é expresso no § 3.º do art. 440.º do codigo civil: a servidão

[1] Auct. e obr. cit., pag. 323 e seg.

de transito, essa prescreve segundo as regras geraes do nosso direito (art. 2279.º, n.º 2.º)» [1].

Como se deduz do periodo transcripto, o sr. dr. Assis Teixeira distingue o direito de usar das aguas e a servidão de transito; o direito de uso é imprescriptivel (art. 440.º, § 3.º): a servidão de transito prescreve (art. 2279.º, n.º 2.º).

Não podemos concordar com semelhante doutrina pelas seguintes considerações:

α) N'esta como em todas as questões convém distinguir cuidadosamente o principal (direito de usar das aguas) do accessorio (servidão de transito); se o accessorio segue o principal, *accessorium sequitur principale*, a servidão de transito é imprescriptivel, como o direito de usar das aguas.

β) Toda a lei, que reconhece um direito, legitima os meios indispensaveis para o seu exercicio (art. 12.º); se, pois, a lei reconhece a imprescriptibilidade do direito dos vizinhos ao uso das aguas, não póde tambem deixar de considerar como imprescriptivel a servidão de transito, indispensavel para o uso d'aquelle direito.

γ) Se a servidão de transito fôsse prescriptivel, o vizinho encontrar-se-hia na collisão de perder o seu direito ou aproveitar aguas de que não necessitava. D'este modo o beneficio da servidão de transito converter-se-hia em notavel incommodo para o vizinho.

δ) A obrigação de prestar passagem para um predio encravado póde cessar, a requerimento do proprietario do predio serviente, cessando a necessidade da servidão, ou, se o dono do predio dominante por qualquer modo tiver possibilidade de communicação, egualmente cómmoda, com a via publica por terreno seu, comtantoque o desonerado restitua a indemnização recebida (art. 2313.º); n'esta hypothese especial a servidão não cessa sem que

---

[1] Auct. e obr. cit., pag. 323; vid. art. 2313.º; *Revista de Legislação e de Jurisprudencia*, an. VII, n.º 338, pag. 402.

o desonerado restitua a indemnização correlativa; a falta d'esta restituição deve considerar-se como elemento d'onde se deduz necessariamente o reconhecimento do direito da pessoa a quem a prescripção póde prejudicar (art. 552.°, n.° 4.°). N'estes termos a prescripção, quando existisse, interromper-se-hia, inutilisando-se todo o tempo decorrido anteriormente (art. 559.°). Applicando a hypothese do § 3.° do art. 440.° a esta doutrina, concluimos que a servidão de transito póde cessar após a restituição da indemnização por parte do dono do predio onerado, mas não prescreve.

O sr. dr. Assis Teixeira tenta demonstrar que a servidão de transito póde ser adquirida por prescripção, independentemente do pagamento da respectiva indemnização, como se póde extinguir pelo não uso, apezar de não se restituir a indemnização. «A prescripção da servidão de transito póde, conforme as circumstancias, revestir a fórma acquisitiva ou a extinctiva; acquisitiva, quando os vizinhos utentes da agua exercitam a posse, atravessando os predios intermediarios pelo tempo exigido para se completar a prescripção, achando-se d'este modo exonerados do pagamento da respectiva indemnização; extinctiva, quando os vizinhos, depois de concedida a passagem e indemnizado o proprietario dos prejuizos causados, deixam de exercitar o seu direito, extinguindo-se a servidão pelo não uso durante o tempo requerido pela lei (artt. 517.° e seg., 535.° e seg., e 2279.°, n.° 2.°)[1].

Não podemos acceitar esta doutrina pelas razões seguintes:

α) As servidões são continuas ou descontinuas, apparentes ou não-apparentes; *continuas* aquellas cujo uso é ou póde ser incessante, independentemente de facto do homem; *descontinuas* as que dependem de facto do homem; *apparentes* as que se revelam por obras ou signaes exteriores; *não-apparentes* as que não apresentam indicio algum exterior (art. 2270.°, §§ 1.°–4.°). A servidão

[1] Sr. dr. Assis Teixeira, obr. cit., pag. 323 e seg. Vid. art. 2273.° e § un. *Revista de Legislação e de Jurisprudencia*, an. VII, n.os 337, pag. 439; 351, pag. 597; VIII, n.os 373, pag. 138; 278, pag. 216; *Direito*, an. VII, n.° 34, pag. 530.

de transito é uma servidão descontínua; tem sido considerada como a que melhor apresenta os caracteres da descontinuidade: da mesma fórma que a de aqueducto é o exemplo classico das servidões contínuas [1]. Ora o uso das servidões descontinuas não

---

[1] «A servidão de *passagem* tem sido considerada como a que melhor apresenta os caracteres da *descontinuidade;* da mesma fórma que a de *aqueducto* é o exemplo classico das servidões *continuas.* No entretanto, assim como se levantaram duvidas em relação a certas modalidades da ultima, tambem se tem já discutido se a servidão de passagem, qualquer que seja a sua *fórma,* é sempre *descontínua.*

«Tanto em França, como em Italia, contra a letra expressa dos respectivos codigos, já se decidiu que a servidão de passagem é *contínua,* quando se manifesta por signaes apparentes, como uma porta cuja chave se encontre em poder do proprietario dominante, um caminho, etc.

«Mas aqui ha manisfesta confusão entre o exercicio da servidão, e a sua fórma. A existencia d'um caminho sempre aberto não impede que seja indispensavel o *facto do homem* para que a servidão se exerça, e que o seu exercicio termine precisamente quando aquelle facto cessa, visto que esse exercicio é constituido pelo facto de passar, e passar é attribuição do homem. Logo, mesmo n'aquelle caso, a servidão não pode deixar de ser considerada *descontínua.*

«Mas a servidão constituida, não para passagem do homem, mas para a de animaes, será contínua ou descontínua?

«A questão póde ser decomposta em duas, que convém analysar separadamente.

«1) A passagem dos animaes póde ser inteiramente desacompanhada de facto do homem. Racionalmente podemos admittir que um cavallo, ou um rebanho, convenientemente adestrados, se dirijam d'um para outro predio de seus donos, através de predios alheios, voltando novamente ao primeiro, sem que o homem intervenha para os guiar ou dirigir. Temos, assim, uma servidão que se exerce *independentemente de facto do homem,* e que, portanto, parece dever ser considerada *contínua.*

«Tal não foi, porém, o pensamento do legislador, que de tal hypothese decerto não curou; e nem mesmo á face da lei aquella doutrina póde sustentar-se. Com effeito a servidão de passar é *principalmente* concedida ao homem; passar sómente elle, passar com animaes, ou fazer que estes passem por si sós, são modalidades differentes do mesmo direito. A passagem do homem, que é a servidão principal, não póde deixar de considerar-se *des-*

constitue posse (art. 490.º) e sem posse não ha prescripção (art. 505.º).

β) A posse para o effeito da prescripção deve ser titulada, de boa fé, pacifica, *continua* e publica (art. 517.º, n.ºs 1.º–5.º); posse continua é a que não tem sido interrompida pelo reconhecimento expresso, quer seja de palavra, quer por escripto, do direito da pessoa a quem a prescripção póde prejudicar, ou por factos de que se deduza necessariamente tal reconhecimento (artt. 522.º e 552.º, n.º 4.º). Ora os vizinhos não exercem semelhante posse.

γ) É terminante a disposição do art. 2273.º, que declara imprescriptivel a servidão de transito como servidão descontinua.

O direito antigo contraria tambem a doutrina por nós criticada: «as servidões continuas e apparentes podem provar-se pela prescripção acquisitiva de dez annos entre presentes e vinte entre ausentes, ou, na falta de titulo, pela de trinta annos. Porém, as descontínuas e todas as não-apparentes, como não dão absolutamente signaes de posse ou mui equivocos, só poderão provar-se por uma posse immemorial» [1].

O § un. do art. 2273.º não deve ser invocado, pois que tratamos de servidões constituidas por facto de homem depois da promulgação do codigo civil.

O direito ao uso das aguas por parte dos vizinhos cessa logo

---

contínua; a dos animaes, accessoria d'aquella, segue a sua natureza, e é, portanto, tambem *descontínua.*

«Mas a hypothese figurada existe sómente nos dominios do possivel, e difficilmente a encontraremos como embaraço real.

«2) Bem frequente é, porém, a existencia de servidões constituidas para a passagem de homens e animaes conjunctamente. Taes são as servidões de *pé e carro,* ou sómente *de carro,* as de passar a cavallo, etc.

«A *descontinuidade* d'estas servidões é geralmente, se não unanimente, reconhecida pelos escriptores e pelos tribunaes. As razões que acabamos de expôr colhem n'esta hypothese por maioria de razão». Teixeira d'Abreu, *Das servidões,* Coimbra, 1895, tom. 1, pagg. 205-207.

[1] Coelho da Rocha, obr. cit.

que, pela construcção d'alguma fonte publica, as pessoas a quem elle é concedido, possam haver sem grande difficuldade ou incommodo a agua de que carecerem (§ 3.º do art. 440.º). Como a justificação d'este direito assenta na impreterivel necessidade dos vizinhos, construindo-se alguma fonte publica a pequena distancia das pessoas que se abastecem da corrente, desde esse momento desapparece a necessidade invocada e cessa portanto o direito correspondente. Os interessados podem entrar abolir o transito ou passagem, embora legitimamente constituido, por meio da acção de cessação de servidão [1].

XIII. *Providencias hygienicas.*

Os que têm direito a servir-se de quaesquer aguas correntes não podem alterar ou corromper as que não consomem, de fórma que as tornem insalubres, inuteis ou prejudiciaes áquelles que egualmente têm direito ao seu uso (art. 441.º).

A restricção do art. 441.º refere-se aos donos dos predios marginaes (artt. 434.º e 436.º) e aos vizinhos (artt. 440.º e 441.º); abrange as aguas publicas, communs e particulares, como se deduz do estudo comparativo dos artt. 431.º, 441.º e 447.º

«A providencia do art. 441.º é determinada por altas considerações de rigorosa justiça e merecida equidadade. Se o proprietario utente, sob o falso pretexto de usar da agua á sua vontade, podesse transmittir aos vizinhos alteradas e corrompidas as aguas remanescentes do seu uso, impossibilitando-os de por seu turno as empregarem nos usos domesticos, agricolas ou industriaes a que pretendessem destinal-as, a lei destruiria pela base os beneficios importantes que por outro lado se propozerem introduzir, sobrecarregaria com enorme gravame a servidão constituida pela natureza dos logares, e legitimaria em proveito ex-

[1] Sr. dr. Assis Teixeira, obr. cit., pag. 323; Codigo do processo civil, artt. 551.º-554.º; *Revista de Legislação e de Jurisprudencia*, an. VII, n.º 338, pag. 402; n.º 328, pag. 241.

clusivo d'um só o confisco d'aquillo cuja fruicção em rigor deve pertencer a todos. Isto no judicioso conceito d'um jurisconsulto notavel equivaleria a sanccionar um privilegio, que não póde assentar em nenhuma base legal. Portanto, o utente deve transmittir aos vizinhos inferiores as aguas, ou na sua pureza primitiva, o que nem sempre será possivel depois de as ter empregado em alguns usos aliás legitimos, ou ao menos sem as corromper com materias fetidas e immundas, sem as alterar com acidos prejudiciaes á vegetação, com substancias venenosas ou corrosivas que prejudiquem a propagação e creação do peixe, ou tornem a agua impura e nociva á saude, e sem as viciar com residuos insalubres ou que deixem as aguas improprias para os usos dos outros proprietarios» [1].

Na realidade, se os utentes superiores podessem inutilizar as aguas a ponto de não prestarem beneficio aos predios inferiores, o direito dos proprietarios marginaes, que por natureza é um direito commum, converter-se-hia em privilegio exclusivo de certos e determinados proprietarios marginaes ou vizinhos.

«Os rigorosos principios que, em these, se podem vêr estabelecidos na disposição do codigo que vimos examinando e discutindo, devem todavia na pratica receber equitativa applicação, quando os tribunaes fôrem chamados a decidir sobre os limites em que deve mover-se a acção dos proprietarios marginaes no uso das aguas correntes. É isso, diz um sabio commentador do codigo de Napoleão, uma questão de facto, cuja apreciação está subordinada á importancia da corrente, aos habitos e usos das terras, ás posses de longa data, e a todas as outras circumstancias (Cod. pen., artt. 252.°, 255.°, 480.°, 484.° e 485.°; cod. civ., artt. 395.°, 398.°, 471.°).

«Os residuos da lavagem para usos domesticos dos vizinhos, que podem ser, n'uma corrente insignificante, sensivelmente prejudiciaes aos utentes inferiores, serão pelo contrario, em um

---

[1] Sr. dr. Assis Teixeira, obr. cit., pag. 325 e seg.

ribeiro abundante e rapido, facilmente movidos, dissolvidos e neutralisados. E o que dizemos dos residuos da lavagem póde semelhantemente applicar-se a quaesquer outras materias que as necessidades industriaes obriguem a transmittir á corrente..

«Nas regiões onde as industrias fabris estão mais desenvolvidas e espalhadas, as margens das correntes acham-se constantemente semeadas de numerosas fabricas e outros estabelecimentos que deixam as aguas impregnadas de elementos extranhos, e tão diversos, que é por vezes curioso caminhar ao lado da corrente para vêl-a ir successivamente mudando de côr, apresentando variados matizes, e revestindo fórmas verdadeiramente pitorescas. O illustre Daviel cita muito apropriadamente as textuaes palavras d'um antigo viajante francez que, referindo-se á ribeira de Robec, em Rouen, assignala este facto curioso e digno de attenção: aucune fois jaune, autre fois rouge, verte, bleue, violée et autres couleurs, selon qu'un grand nombre de teinturiers qui sont dessus la diversifient, par intervalles, en faisant leurs manoeuvres.

«N'estas regiões, as aguas são exclusivamente consagradas á industria; os proprietarios utentes estão, de tempos immemoriaes, acostumados a não as destinar a outros usos; todos os possuidores vivem tranquillamente na fé e á sombra d'este proveitoso estado de cousas; e ninguem ousaria, sob o pretexto da pureza das aguas, pedir a suppressão de todos os estabelecimentos industriaes que ellas alimentam e agitam.

«Os tribunaes devem n'estas questões conciliar os interesses oppostos, e ponderar que, se attendiveis vantagens da industria ou agricultura sobrepujam sensivelmente alguns damnos pouco importantes dos particulares, a resolução do pleito deve subordinar de preferencia aos interesses geraes da industria e agricultura as insignificantes pretensões d'alguns, prescrevendo em todo o caso as cautelas indispensaveis para evitar a acção prejudicial das materias transmittidas.

«Quando, porém, importantes direitos estão em flagrante opposição, nenhum deve ser absorvido nem annullado pelo outro, mas devem antes modificar-se reciprocamente. Se d'outro modo não

poder effectuar-se a conciliação, a agua será dividida e partilhada, sendo uma parte destinada para os usos dos proprietarios superiores, os quaes farão absorver as remanescentes no interior dos seus predios, ou despejal-as-hão só em determinadas horas do dia ou da noite, e a outra parte reservada para os proprietarios inferiores, aos quaes será transmittida na sua pureza natural e primitiva.

D'este modo o rigor dos principios será vantajosamente substituido pela doce moderação da justiça equitativa» [1].

XIV. *Restricção do direito ás aguas.*

Os donos ou possuidores dos predios, atravessados ou banhados por quaesquer aguas correntes, são obrigados a abster-se de factos, que embaracem o livre curso das ditas aguas, e a remover os obstaculos a este livre curso qua do tiverem origem nos seus predios, de fórma que d'esses factos e obstaculos não resulte prejuizo a seus vizinhos, quer pela estagnação e refluxo das aguas, quer pelo seu retardamento e perda, a não ser, n'estes dous ultimos casos, por causa da sua licita applicação (art. 442.º). Quando o obstaculo ao livre curso das aguas não tiver origem em certo predio marginal ou em facto do dono d'elle, o modo da sua remoção será regulado pela legislação administrativa (§ un. do art. 442.º).

---

[1] «As remanescentes das aguas empregadas nos usos agricolas ou industriaes, que tiverem de voltar á corrente principal, na conformidade das disposições do art. 434.º, não poderão ser inquinadas de substancias nocivas á agricultura, á hygiene ou á creação e vida do peixe, salvo o caso em que o governo, attendendo á excepcional importancia d'uma industria, conceda licença, com as restricções que julgar convenientes, para as aguas inquinadas seguirem o seu esgoto natural, ficando sempre a cargo dos industriaes indemnizar o estado, corporações ou particulares que por esta concessão fôrem lesados (Dec. de 1 de dezembro de 1892, art. 6.º; Regul. de 19 do mesmo mez e anno, artt. 219.º e 228.º)».

A commissão revisora substituiu, commenta Dias Ferreira [1], as palavras: *a conservar livre e desembaraçado o curso das ditas aguas, cada um nas suas testadas* (proj. primit., art. 466.º) por estoutras: *a abster-se de factos, que embaracem o livre curso das ditas aguas, e a remover os obstaculos a este livre curso, quando tiverem origem nos seus predios*, porque as obrigações meramente naturaes não podem ter caracter positivo, ficando assim os possuidores dos predios banhados pelas correntes apenas sujeitos á obrigação de *se absterem* de alterar ou corromper as aguas, que não consomem e praticar factos, que vão embaraçar o livre curso das aguas, como lançar arvores e terra no leito da corrente.

Convém fazer uma distincção importante: *a*) se o obstaculo provém de predio conhecido, ao dono d'esse predio pertence fazer a remoção respectiva (artt. 442.º, 443.º); *b*) se não é possivel determinar a origem do obstaculo, ou se, determinando-se, se averiguar que o obstaculo não provém de predio marginal, ou de facto do dono d'elle, compete á auctoridade administrativa ordenar a mencionada remoção. A factos positivos sómente são obrigados quando o impedimento ao livre curso das aguas tiver origem nos seus predios, como consequencia do dever imposto ao proprietario de remover do seu predio todos os obstaculos que vão prejudicar direitos de terceiro.

São ainda os proprietarios marginaes dos lagos, lagôas, rios, canaes, vallas, esteiros e mais correntes d'agua não navegaveis, nem fluctuaveis, obrigados a cumprir os preceitos do Decreto n.º 8 de 1 de dezembro de 1892 (artt. 22.º, 23.º) e do respectivo Regulamento de 19 de dezembro do mesmo anno (art. 205.º) sobre a regularisação, desobstrucção e limpeza das respectivas margens, alveos e leitos [2].

---

[1] Dias Ferreira, obr. cit., *segunda edição*, pag. 314.

[2] «Os proprietarios dos terrenos confinantes com as lagôas, lagos, rios, canaes, vallas e mais correntes d'agua, quer navegaveis ou fluctuaveis, quer não navegaveis nem fluctuaveis, têm obrigação de defender as suas propriedades de modo que nem a força do vento, nem a das aguas, possa destacar

A lei, prescrevendo estas cautellas, não quer de nenhum modo restringir aos proprietarios o uso do importante direito que lhes reconhece na effectiva occupação das aguas: circumscriptos á sua licita applicação, e não ultrapassando os limites do exercicio legitimo do direito, os proprietarios podem mover-se no largo ambito que lhes é traçado pelo codigo, sem que os vizinhos encontrem fundamento attendivel para formularem as suas queixas e limitarem o direito dos outros utentes; mas, desde que o prejuizo d'aquelles é evidentemente um resultado dos abusos commettidos por estes, cessa desde esse momento a consagração dos actos praticados estabelecida na lei, e tanto os factos commettidos como quaesquer obstaculos oppostos, quando d'elles resulte quer a estagnação ou refluxo, quer o retardamento ou perda das aguas, são immediatamente imputados ao proprietario que lhes deu causa. A expurgação da corrente é desde então para elle um encargo natural, essencialmente unido ao direito de usar das aguas. O nosso codigo estabelece aqui uma distincção importante, que veio entre nós dissipar as duvidas levantadas pela doutrina e jurisprudencia extrangeiras, aonde levaram a divisão mais profunda, sendo que ainda modernamente preoccupam lá fóra o espirito de jurisconsultos que têm direito á nossa veneração. Essa distincção

---

porções de terreno ou de arvoredo, que vão impedir a navegação ou prejudicar o regimen e curso das aguas, ou causar prejuizos a terceiros (Regul. de 19 de dezembro de 1892, art. 276.º).

«Tambem em conformidade dos artt. 442.º e 443.º nas correntes não navegaveis nem fluctuaveis são obrigados os proprietarios ou rendeiros dos predios confinantes e aparar as arvores e plantas existentes nos seus predios, e a remover os objectos que causem prejuizo ao regimen da corrente, embaraço ao curso das aguas, ou prejuizo de terceiro, que não fôr proveniente de legitima applicação das aguas; e, se o obstaculo ao curso das aguas e ao regimen do rio, não tiver origem no predio, mas fôr devido a accidente ou acção do proprio curso da agua, será removido pelos proprietarios ou rendeiros de todos os predios prejudicados, e, não havendo prejuizo de terceiro, pelos proprietarios ou rendeiros dos predios fronteiros ao ponto onde tal obstaculo existir (cit. Regul. de 19 de dezembro de 1892, artt. 286.º e 287.º)». Dias Ferreira, obr. cit., *segunda edição*, pag. 315.

consiste em unicamente imputar ao proprietario marginal os obstaculos ao livre curso das aguas, que tiverem origem nos seus predios, assim como os factos por elle praticados dos quaes resulte qualquer embaraço ao mesmo livre curso, não o obrigando fóra d'estes casos a expurgar a corrente nem a proceder a quaesquer outros trabalhos de conservação ou salubridade; porque a remoção dos obstaculos que tenham origem diversa é regulada pela legislação administrativa, e a ella compete determinar os casos em que deve ter logar, indicar as fontes da receita com que ha de fazer face á respectiva despeza, e prevenir quaesquer duvidas que a este respeito possam surgir entre os interessados.

«Vê-se, pois, que as obrigações impostas no art. 442.º do codigo aos proprietarios marginaes se reduzem a soffrer, *pati, in non faciendo,* e não consistem em fazer, *in faciendo,* senão quando os obstaculos nascem de factos pelos quaes é responsavel o proprietario, ou são originados nos proprios predios. Já Coepolla com toda razão ensinava: non facere sed pati, quia tunc inferior vicinus non tenetur mundare, seu purgare locum, aggerem munire, ne aquae discurrant ad fundum suum, sed tenetur solum pati ut superior hoc facere possit».

XV. *Sancção penal.*

Faltando os proprietarios, com prejuizo de terceiro, ás obrigações, que lhes são impostas nos artt. 441.º e 442.º, os trabalhos tanto de salubridade como de conservação serão executados á sua custa, e elles responderão tambem por perdas e damnos, além das multas, que lhes fôrem comminadas nas posturas municipaes (art. 443.º).

Como resulta do art. 443.º, o prejuizo de terceiro, proveniente do não-cumprimento das obrigações impostas nos mencionados artt. 441.º e 442.º, determina o pagamento das despezas necessarias para fazer voltar a corrente ao seu antigo estado, a indemnização de perdas e damnos, a satisfação das multas impostas pelas posturas municipaes e a responsabilidade criminal.

Os que alteraram ou corromperam as aguas que não consumiram tornando-as insalubres, inuteis ou prejudiciaes aos que egualmente têm direito ao seu uso (art. 441.º); os que praticam factos que embaraçaram o livre curso das aguas communs (art. 442.º) são obrigados a executar á sua custa os trabalhos de salubridade e conservação (artt. 443.º, 713.º). Todas as obras que fôrem feitas com prejuizo da conservação, regularisação e regimen dos rios, lagos, lagôas, pantanos e mais correntes d'agua ou com prejuizo de terceiros serão desmanchadas por conta e á custa dos contraventores, aos quaes pelas direções das circumscripções hydraulicas será feita a intimação legal para a demolição, marcando-lhes um prazo para a execução. Se findo esse prazo a intimação não fôr cumprida e as obras desfeitas, serão essas obras mandadas desmanchar pelos directores das circumscripções hydraulicas, sem mais intimação nem processo, e as despezas feitas com taes demolições serão cobradas dos contraventores pelo processo de cobrança das dividas á fazenda nacional (Dec. n.º 8 de 1 de dezembro de 1892, § un. do art. 22.º) [1].

O proprietario marginal é obrigado a indemnizar a terceira pessoa das perdas e damnos causados (cod. civ., art. 443.º; Doc. n.º 8 de 1 dezembro de 1892, art. 24.º) pelo seu procedimento; persiste a mesma obrigação a respeito das multas impostas pelas posturas municipaes (cod. adm. de 1895, artt. 49.º, n.º 4.º; 51.º, n.º 9.º; 57.º, § 2.º; 60.º, n.º 21.º).

A responsabilidade criminal (cod. civ., art. 443.º; Dec. cit., art. 24.º) é fixada pelo art. 251.º, § 2.º do codigo penal. É punido com a pena de dous mezes a dous annos, e multa correspondente, sem prejuizo da pena maior, se houver logar, o que lançar em fonte, cisterna, rio, ribeiro ou lago, cuja agua serve a bebida, qualquer cousa que torne a agua impura ou nociva á saude (cod. pen, art. 252.º, § 2.º, n.º 1.º).

---

[1] Vid. *Codigo do processo civil*, artt. 901.º-903.º

FIM DO TOM. I