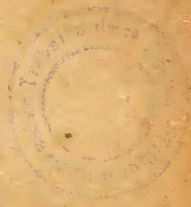


BEVILAQUA, C.

Theoria geral do direito civil

1929



THEORIA GERAL DO DIREITO CIVIL



GG

CLÓVIS BEVILAQUA

Teoria do Direito Civil
1940

THEORIA GERAL

DO

DIREITO CIVIL

2.^a EDIÇÃO

ALTAIR F. DE SOUZA

LIVRARIA FRANCISCO ALVES

166, RUA DO OUVIDOR, 166 — RIO DE JANEIRO

S. PAULO

BELLO HORIZONTE

49-A, Rua Libero Badaró

Rua da Bahia, 1052

1929

18 150620
28 00231

T	4962
R	342.1
T	B571cd

*In der Entfaltung von freien, fuhren-
den Einzelpersoenlichkeiten beruht die
Kraft und das Aufsteigen des nationa-
len Lebens, beruht die Entwicklung der
Kultur.*

.....
*Das Privatrecht der Gegenwart ist die
notwendige Voraussetzung fuer die Kul-
tur der Gegenwart*

Rudolph SOHM.



PREFACIO

A primeira edição deste livro appareceu em 1908. São decorridos vinte annos. Alteração consideravel soffreu o nosso direito civil com a publicação do Codigo respectivo em 1916, que no anno seguinte entrou a vigorar, substituindo a antiga legislação. Era necessario pôr o livro em harmonia com o direito novo. E, ainda que o Codigo Civil não se tenha desprendido das fontes creadoras do direito anterior, realizou innovações consideraveis, como ainda ha pouco fazia notar o eminente professor KARL HEIN-SHEIMER, no Prologo da traducção allemã desse nosso corpo de leis (*). Dahi o crescido numero de alterações feitas na exposição da theoria geral do direito civil.

As idéas essenciaes, a doutrina, porém, se mantiveram inalteradas, porque reflectem as bases, em que repousa a organização juridica da sociedade, segundo a elaborou a civilização do Occidente.

Rio de Janeiro, 1 de Agosto de 1928.

CLOVIS BEVILAQUA

(*) *Brasilien Codigo Civil*, 1928, Vorwort.



INTRODUCCÃO

I

Direito objectivo e subjectivo

1. Não cabe, certamente, ao direito civil, simples ramo da arvore juridica, fornecer o conceito geral do direito. Sómente a philosophia juridica é que o pôde extrahir, como synthese final, do conjunto dos factos, que constituem as disciplinas particulares e a sciencia geral do direito.

Por disciplinas particulares do direito, entendem-se os diversos ramos do saber juridico, distribuidos segundo os varios aspectos, que o phenomeno do direito apresenta na vida social: direito publico, direito privado e as respectivas subdivisões.

Por sciencia geral do direito, pretendo significar, com **Hermann Post** (1), a *exposição systematizada de todos os phenomenos da vida juridica da humanidade e a determinação de suas causas*. E, como a vida juridica, por um lado, se manifesta sob a fórmula de leis e usos juridicos, e, por outro lado, é operação da consciencia individual, a sciencia geral do direito é, ao mesmo tempo, sociologica e psychologica. A feição sociologica é

(1) *Allgemeine Rechtswissenschaft*, 1891, § 1º.

constituída pela historia e pela legislação comparada ou, antes, pela legislação comparada operando no campo do passado e no presente.

A feição psychica tem sido ainda muito pouco explorada de modo systematico. Uma ou outra indagação, a que não falta profundeza, tem sido feita, mas sem vista de conjuncto. Todavia é certo que os estudos de Kohler, na Allemanha, e de V. Miceli, na Italia (2), mostram que, da orientação psychologica dos estudos juridicos, devemos esperar a elucidação de muitos problemas e a remodelação de muitos conceitos. Nas obras de Jhering ha, nesse sentido, algumas observações verdadeiramente preciosas (3).

Operando sobre essas bases, a philosophia do direito, que *nos dá uma vista de conjuncto sobre as varias manifestações do phenomeno juridico, estuda as condições de seu apparecimento e evolução, e determina as relações existentes entre elle e a vida humana em sociedade*, (4) firma o conceito do direito.

Havia, outr'ora, no limiar dos cursos juridicos do paiz, uma cadeira de philosophia do direito, que o decreto n. 16.782 A, de 13 de Janeiro de 1925, art. 57, muito

(2) Vejam-se de MICELI: *Il diritto quale fenomeno di creanza collettiva*, na *Rivista Italiana di Sociologia*, 1905, pags. 501-522; *Le fonte del diritto dal punto di vista psicosociale*, Palermo, 1905. Merece egualmente ser mencionada a obra de BENUCCI, *Orientazione psicologica dell'etica e della filosofia del diritto*.

No direito penal é que a contribuição da psychologia tem sido consideravel. E' preciso fazel-a penetrar em todo o dominio do direito, para que o possamos ver em sua integridade.

Veja-se o meu escripto — *Elementos psychicos da evolução da propriedade*, na *Revista do Inst. da Ordem dos Advogados Brasileiros*, tomo XVI, pg. 5-11.

(3) Especialmente em *Zweck im Recht*, erster Bande, e *Besitzwille*; porém um pouco por toda a generalidade de seus admiraveis estudos.

(4) *Criminologia e direito*, Bahia, 1896, p. 130.

acertadamente, transferiu para o ultimo anno. Juvenal Lamartine suggerira, na Camará dos Deputados (4ª), substituir aquelle ensino inicial pelo da encyclopedia juridica, afim de terem os estudantes noções geraes da sciencia, em cujas particularidades iam penetrar. Mas o citado decreto preferiu iniciar a aprendizagem do direito pelo estudo da organização politica do Brasil, juntamente com o exame da fonte principal do direito privado moderno, e com o direito civil patrio, em sua parte geral e na especial referente á familia. Mais conforme ao desenvolvimento logico das idéas é a seriação proposta por Joaquim Pimenta, que faz preceder o estudo da economia politica ao do direito civil (*Sociologia e direito*, Recife, 1928).

2. Não é preciso discutir agora as differentes definições dadas ao direito por philosophos e juristas (5).

(4ª) Em projecto apresentado, em 1906, sobre a reorganisação do estudo do direito.

(5) Consultem-se sobre a noção do direito, entre outros: SYLVIO ROMÉRO, *Ensaio de philosophia do direito*, 1895, com um appendice de GUMERSINDO BESSA: *Que é direito*; TOBIAS BARRETO, *Estudos de direito*, Vol. VII das *Obras completas*; LAURINDO LEÃO, *Estudos de philosophia do direito*, Recife, 1904; FARIAS BRITO, *A verdade como regra das acções*, Belém, 1905; ALMACHIO DINIZ, *Mecanicismo do direito*, Bahia 1906; JOSÉ MENDES, *Ensaio de philosophia do direito*, S. Paulo, 1905; AGUILERA, *L'idée du droit en Allemagne*, Paris, 1893; G. CARLE, *La vita del diritto*, Torino, 1890; E. PICARD, *Le droit pur*, Bruxelles, 1899; VALVERDE, *Genesis del derecho*, Valadolid, 1901; COGLIOLO, *Filosofia del diritto privato*, Firenze, 1891; KOHLER, *Einfuehrung in die Rechtswissenschaft*, Leipzig, 1902; KORKOUNOV, *Théorie générale du droit*, Paris, 1903; R. STAMMLER, *Wesen des Rechts und Rechtswissenschaft*, Berlin, 1906; WOOLSEY, *Political science*, I, p. 1-137; WINDSCHEID, *Pandette*, §§ 37 e 37ª e, em particular, as notas 3 do auctor ao primeiro dos citados §§, e b dos seus traductores italianos, FADDA e BENSA; JHERING, *Espiritu del derecho romano*, IV, n. 70, e *Der Zweck im Recht*, I, 2ª ed., 1884, Leipzig; SCHIATARELLA, *Pre-supposti del diritto scientifico*, 2ª, ed., Palermo, 1885; SPENCER, *La justice*, trad. Castelot, Paris, 1893; GENY, *Sciençc e technique, en droit privé positive*; GIORGIO DEL VECCHIO, *Il con-*



Seria ocioso. Como resultado de indagações anteriores, estabelecamos que, sociologicamente, *o direito é uma regra social obrigatoria*, quer sob a fórmula de lei, quer sob a de costume. E' desse ponto de vista que **Jhering** o define: «complexo das condições existenciaes da sociedade, coactivamente asseguradas pelo poder publico» (6). Olhando-o por esse mesmo aspecto, disse **Stammler** que o direito não é mais do que «o modo pelo qual os homens realizam, em commum, a sua lucta pela existencia» (7).

O direito, regra social obrigatoria, é o que se costuma chamar *direito objectivo*, expressão das necessidades dos grupos sociaes, sob a fórmula de preceitos coactivos. Esta regulamentação dos interesses humanos, segundo a idéa de justiça dominante no momento, constitue, quando considerada em seu conjunto, uma systematização das energias sociaes, que os juristas allemaes, com muita propriedade, denominam *ordem juridica* (8), o que importa dizer: justa proporção dos inte-

chetto del diritto, Bologna, 1912; *Il concetto della natura e il principio del diritto*, Torino, 1908; QUEIROZ LIMA, *Sociologia juridica*, Rio de Janeiro, 1922; ADOLPHO PINTO, *Ensaio de sociologia do direito*, Rio de Janeiro, 1926; PONTES DE MIRANDA, *Systema de sciencia positiva do direito*, Rio de Janeiro, 1922; DEMOGUE, *Notions fondamentales du droit privé*, Paris, 1911; C. O. BUNGE, *Le droit c'est la force*, trad. de Desplanque, Paris, s. d.; DARMSTAEDTER, *Recht und Rechtsordnung*, Berlin, 1925; PEDRO LESSA, *Philosophia do direito*, Rio de Janeiro, 1912; ALVES LIMA, *Psychologia do direito*, Fortaleza-Ceará, 1909; E. BERNHEIMER, *Probleme der Rechts philosophie*, Berlin, 1927; *Duguit, Droit constitutionnel*, I, 2.^{me} éd., ns. 1 a 13.

(6) *Zweck im Recht*, I, p. 511.

(7) *Wesen des Rechts*, na *Systematische Rechtswissenschaft*, Berlin, 1906, p. XXXVIII.

(8) *Ordem juridica*, define KOHLER, «é a regulamentação historicamente estabelecida, das relações humanas em frente aos bens e aos deveres da vida» (*Lehrbuch des buergerlichen Rechts*, I, § 2). Outra definição equivalente do mesmo auctor encontra-se na *Einführung in die Rechtswissenschaft*, § 1. Veja-se mais DARMSTAEDTER, *Recht und Rechtsordnung*, II.

resses collidentes, ou antes, *organização da vida em commum, pela proporcionada satisfação das necessidades e pela orientação cultural dos impulsos.*

Psychologicamente, o direito é ideia, sentimento e poder de acção. Como idéa e sentimento, estuda-o particularmente a philosophia do direito. Como poder de acção será aqui considerado.

É o direito subjectivo que **Dernburg** define *uma faculdade concedida pela ordem juridica* ⁽⁹⁾ ou a parte dos bens da existencia, que cabe a uma pessoa na sociedade humana ⁽¹⁰⁾.

Neste sentido é que **Jhering** considera o direito *um interesse protegido pela lei* ⁽¹¹⁾.

II

Lei e suas especies

3. Lei, como se viu, é o direito objectivamente considerado. Consequentemente é *uma regra social obri-gatoria*. A celebre definição de **Montesquieu**, «relação necessaria que deriva da natureza das coisas» ⁽¹²⁾ não se applica ao objecto que teve em vista.

Dentre as normas sociaes, que dirigem o procedimento dos homens, a lei se distingue por ser uma *ordem geral (commune praeceptum), emanando de auctori-*

(9) *Pandette*, trad. CICALA, Torino, 1906, Parte geral, § 19 *in fine*. KOHLER tambem diz: a relação entre o individuo e um determinado circulo de bens da vida é o que se chama direito subjectivo (*Op. cit.*, § 44).

(10) *Pand. cit.* Parte geral, § 39).

(11) *Espiritu del derecho romano* IV, n. 70, pag. 365.

(12) *Esprit des lois*, liv. I, cap. 3. Vejam-se a respeito: ROUSSET, *Science nouvelle des lois*, I, nota 1 á pag. 210; PLANIOL, *Traité de droit civil*, I, 136; e o meu livro *Juristas philosophos*, p. 52-54.

dade reconhecida, e imposta, coactivamente, á obediencia de todos.

Com estes caracteres, a lei, umas vezes, impõe-se como preceito rigoroso, submittendo ao seu imperio a vontade dos particulares; outras vezes, estabelece, apenas, as normas, que têm de vigorar na ausencia de declaração da vontade dos interessados. No primeiro caso, temos leis de *ordem publica*, leis rigorosamente obrigatorias, leis coactivas; no sentido, as leis são *suppletivas* ou *permissivas* ⁽¹³⁾.

As leis da primeira classe actuam ora prohibindo ora ordenando, dahi a sua divisão em *prohibitivas* e *imperativas* ⁽¹⁴⁾. Diz Rousset ⁽¹⁵⁾ que aquellas, as prohibitivas, se dirigem aos cidadãos em geral, e estas, as imperativas, aos funcionarios. Se bem que, normalmente, assim seja, é certo, entretanto, que póde o legislador prohibir certos actos aos funcionarios e ordenar certos outros aos cidadãos. Como quer que seja, não offerece importancia pratica a distincção das leis em prohibitivas e imperativas.

As leis suppletivas apenas funcionam, quando a vontade individual deixa de manifestar-se; seu campo de acção é o reservado á autonomia da vontade dos particulares.

As de ordem publica, umas vezes, referem-se ás bases economicas ou politicas da vida social, como as de organização da propriedade, e as constitucionaes; outras vezes, são protectoras do individuo no gremio social, como as de capacidade; outras, sancionam os di-

⁽¹³⁾ SAVIGNY, *Droit romain*, I, § 16; DERNBURG, *Pand.*, I, §§ 31 e 32; ENDEMANN, *Einfuehrung in das Studium des buergerlichen Gesetzbuch*, I, § 8; LAURENT, *Cours élémentaire*, I, ns. 15-18.

⁽¹⁴⁾ D. 1, 3 fr. 7: *Legis virtus haec est: IMPERARE, VETARE, permittere, punire* (Modestino).

⁽¹⁵⁾ *Science nouvelle des lois*, I, ns. 42 a 49.

reitos, quer do individuo, quer da sociedade, como as penaes e as processuaes; ainda outras, têm o caracter de policia juridica, sempre que repellem as offensas aos bons costumes; por fim uma classe existe, que assume a feição de ordem publica, em razão de se derivar, necessariamente, da essencia de um instituto juridico estabelecido, como a que impõe o dever de convivencia dos conjuges, que é consequencia immediata do casamento, segundo o comprehende a cultura moral em nossos dias (16).

Podemos definir leis de ordem publica *as que, em um Estado, estabelecem os principios, cuja manutenção se considera indispensavel á organização da vida social, segundo os preceitos do direito* (17). Cumpre, entretanto, distinguir a ordem publica interna da internacional, porque leis ha, como as de estado e capacidade, que, sendo de ordem publica interna, são todavia pessoaes, extraterritoriaes, por não serem de ordem publica internacional (18)

4. As leis, quanto ao seu objecto, podem soffrer as mesmas divisões estabelecidas, em geral, para o direito. E, assim, serão: *constitucionaes, administrativas, penaes, civis, commerciaes.*

5. São *substantivas, materiaes, theoreticas* ou *adjectivas, formaes, processuaes*, segundo a sua natureza. Pela Constituição brasileira, art. 34, n. 22, compete, privativamente, ao Congresso Nacional estabelecer as leis substantivas em materia civil, commercial e criminal, assim como as processuaes referentes á justiça federal

(16) DERNBURG, *Pand.*, § 31, quanto á ultima asserção.

(17) Vejam-se: o meu *Direito internacional privado*, § 16; LAURENT, *Principes*, I, ns. 48-52; *Cours élémentaire*, I, n. 17; PLANIOL, *Traité*, ns. 272-273; ROUSSET, *Science nouvelle*, II, p. 177; CHIRONI, *Istituzioni*, I, § 19; AUBRY, em *Clunet*, 1902, p. 235; MARTINHO GARCEZ, *Nullidades*, p. 14-17; DESPAGNET, *Droit int. privé*, n. 107.

(18) Meu *Direito internacional privado*, § 16.

e ao Districto Federal. As processuaes referentes á justiça local dos Estados são da competencia destes.

6. Quanto á extensão territorial da auctoridade de que procedem, as leis se distinguem, no Brasil, em *federaes*, *estaduaes* e *municipaes*. As primeiras, quando substantivas, applicam-se em todo o paiz, e, quando adjectivas, ao processo federal; as segundas e as terceiras limitam-se ás divisões, a que correspondem.

7. As leis, nos paizes constitucionalmente organizados, são resoluções do poder legislativo, com a sancção do executivo (Const., arts. 36 e 37). Umas vezes, apresentam-se com a designação geral de *leis* propriamente ditas, outras, tomam o nome de *decretos*. As primeiras, segundo esclarece o dec. n. 3.191, de 7 de Janeiro de 1899, são *as resoluções do Congresso nacional, que contêm normas geraes, disposições de natureza organica, ou têm por fim crear direito novo*. As segundas *consagram medidas de character administrativo ou politico, de interesse individual ou transitorio* (arts. 39 e 40).

O poder executivo tambem expede *decretos, instruções e regulamentos* para a fiel execução das leis.

É faculdade que expressamente lhe confere, entre nós, a Constituição federal, art. 48, n. 1. Assim, ha decretos legislativos e decretos executivos.

Estes actos do poder executivo devem desenvolver-se dentro do circulo traçado pelo pensamento expresso na lei.

Nossa legislação do tempo da monarchia superabundava numa forma legislativa irregular, por meio da qual o poder executivo, frequentemente, invadia a esphera do legislativo e a do judiciario. Refiro-me aos *avisos*, entre os quaes alguns se destacam, verdadeiramente luminosos pela doutrina, que expõem, mas que, em geral, constituíam vegetação perniciosa por invasora e, não raro, desorientadora.

Com a Republica, as attribuições dos poderes constitucionaes se delimitaram melhor, e o poder executivo, afinal, deixou de ser o consultor dos diversos órgãos da autoridade publica. Apenas, por meio de *avisos*, *ordens* ou *circulares*, recommenda certas providencias aos funcionarios administrativos, se não é o caso de expedir regulamentos e instrucções (19).

8. A Constituição é a lei basica da organização politica. Nos governos presidenciaes, essa preeminencia da Constituição tem um caracter mais imperioso. Por isso, o poder judiciario é chamado a velar por sua inviolabilidade, decretando a inefficacia dos actos do legislativo ou do executivo, que infringirem os seus preceitos (20).

Nos regimens federativos, como o nosso, a supremacia cabe, necessariamente, ás leis federaes sobre as estaduaes (21).

É certo que ellas devem gyrar em espheras independentes, e, consequentemente, desde que a lei federal exorbitar e invadir o campo reservado á legislação dos Estados, seus dispositivos são inconstitucionaes e, por isso mesmo, annullaveis por sentença judiciaria. Mas, quando as necessidades logicas ou viciaes de um instituto exigem que a lei federal lhe firme a base e a orientação geral, a lei estadual deve submitter-se e ceder-lhe o passo. A Constituição federal deu, no art. 72, varios

(19) O dec. 3.191 de 7 de Jan. de 1899 prohibe os *avisos ministeriaes* interpretativos de lei ou regulamento, cuja execução estiver exclusivamente a cargo do poder judiciario (art. 49).

(20) JOÃO BARBALHO, *Constituição*, commentario aos arts. 59 e 60; SORIANO DE SOUZA, *Direito publico e constitucional*, p. 363 e segs.; RUY BARBOSA, *Actos inconstitucionaes do congresso e do executivo*, *passim*; AMARO CAVALCANTI, *Regimen federativo*, p. 228-248.

(21) AMARO CAVALCANTI, *Regimen federativo*, p. 191 e segs.

exemplos dessa prorrogação de competencia legislativa federal, estabelecendo a gratuidade do casamento civil (n. 4); presuppondo certos actos e incidentes do processo, como o flagrante delicto, a formação da culpa, a fiança, a nota de culpa entregue em 24 horas ao preso e assignada por autoridade competente, com os nomes do accusador e das testemunhas (22).

Além disso, das sentenças finaes dos juizes estaduais ha, no civil, o recurso extraordinario, quando ellas fôrem contrarias á Constituição federal ou a leis federaes, segundo o art. 60, § 1º, da Constituição reformada.

No crime, ha o recurso da revisão em beneficio dos condemnados (art. 81).

Finalmente, as leis e actos dos governos dos Estados podem ser annullados por tribunaes federaes, desde que se mostrem contrarios á Constituição ou a leis federaes (Const., art. 60, § 1, letra b).

9. No direito internacional privado as leis são *personas* ou *extraterritoriaes*, de *ordem publica* internacional ou *territoriaes*, segundo se referem á protecção dos direitos do individuo ou á garantia dos interesses da sociedade politicamente organizada.

III

Efficacia da lei no tempo

10. A lei elaborada pelo poder legislativo, sanccionada e promulgada pelo executivo, sómente depois de regularmente publicada é que se torna *obrigatoria*.

No Brasil, a obrigatoriedade das leis, quando não fixem outro prazo, começará, no Districto Federal, tres

(22) Veja-se o meu opusculo *Unidade do direito processual*, p. 17-18.

dias depois de oficialmente, publicadas, quinze dias no Estado do Rio de Janeiro, trinta dias nos Estados marítimos, e no de Minas Geraes, cem dias nos outros, comprehendidas as circumscripções não constituidas em Estado. E' o que estatue o art. 2 da Introduccção do Código Civil, que veio substituir o dec. n. 572, de 12 de Julho de 1890. Nos paizes estrangeiros, accrescenta o parographo unico do artigo citado, a obrigatoriedade começará quatro mezes depois de oficialmente publicadas na Capital Federal.

11. Expirando o prazo determinado para a sua publicação, a lei impõe-se, obrigatoriamente, á obediencia de todos, de modo que ninguem póde fugir ás suas determinações sob pretexto de desconhecê-la ⁽²³⁾.

Não se trata, neste caso, de uma presumpção, que contrariaria, manifestamente, a verdade, de que todos *conhecem* a lei. Até os profissionaes, muitas vezes, a ignoram, especialmente em paizes, como, outr'ora, o Brasil, que não a tem codificada, onde muitas vezes disposições geraes e permanentes se escondem nas subdivisões infinitas das leis annuaes, de onde são arrancadas, com surpresa dos que lhe sentem os rigores. A lei é uma regra social imposta aos individuos. E' á vontade dos particulares que o legislador fala e não á sua intelligencia; e, se se dirige a esta, é para alcançar a vontade. A lei exprime a necessidade, socialmente sentida, de que determinadas accções se realizem, de certo modo. Essa norma de agir é imposta aos individuos, desde o

(23) Código Civil, art. 5, da Introduccção; D. 22, 6 fr. 9 (*regula est, juris ignorantiam cuique nocere*); Cod. 1, 18, l. 12; Código Civil d'Austria, art. 2; portuguez, art. 9; hespanhol, art. 2; montenegrino, art. 772; chileno, art. 8; argentino, art. 20; da Luisiana, art. 7; uruguayo, art. 2; mexicano, art. 22.

Este principio de direito universal é repellido pela lei de organização judiciaria do cantão de S. Gall, de 31 de Maio de 1900, art. 97. (*Annuaire de législation étrangère*, vol. 30, pagina 398).

momento em que o poder social a declara obrigatória e o individuo pratica o acto, a que ella se refere.

Sem duvida, as leis devem ser conhecidas, para que melhor sajam observadas. *Leges sacratissimae, quae constringunt hominum vitas*, diz o Cod. 1, 14, l. 9. *intelligi ab omnibus debet, ut universi, praescripto earum manifestius cognito, vel inhibita declinent, vel permissa sectentur*. Regra de acção, a lei deve ser conhecida para que seja um movel da vontade. Mas, entre a conveniencia de ser conhecida a lei e a presumpção de que ella é conhecida, a differença é grande.

12. As leis, desde o momento em que se tornam obrigatorias, põem-se em conflicto com as que, anteriormente, regulavam a materia, de que ellas se occupam, regulando-a por outro modo. E' o conflicto das leis no tempo, que se resolve pelo principio da não retroactividade e pelas regras do direito intertemporal.

O principio da não retroactividade das normas legislativas, que tem sido um dos pontos mais obscurecidos pela discussão juridica (24), affirma, simplesmente, não que a lei se referirá, exclusivamente, aos actos futuros, o que equivaleria apenas a mostrar o accôrdo existente entre a logica e a legislação (25), mas que as consequencias dos actos realizados no dominio da lei anterior não

(24) Vejam-se SAVIGNY, *Traité de droit romain*, numeros 385-386; MERLIN, *Répertoire, vb, effet retroactif*; HUG, *Commentaire du code civil*, I, ns. 88-92; ROUSSET, *Science nouvelle des lois*, I, ns. 24 e segs.; PLANIOL, *Traité*, ns. 229-234; GABRA, *Teoria della retroattività della leggi*; CHIRONI, *Istituzioni di diritto civile*, I, §§ 16 e 17; WINDSCHEID, *Pandette*, trad. Fadda e Benza, I, § 32; DERNBURG, *Pandette*, trad. Cicala, §§ 43-44; LAURENT, *Principes*, I, n. 141 e seg.; KOHLER, *Lehrbuch des buergerlichen Rechts*, I, §§ 19-23; RIBAS, *Direito civil*, 2ª ed., I, p. 226 e segs.; ARTHUR ORLANDO, *Philocritica*, 1ª ed., cap. V: *Physiophilia processual*; PORCHAT, *Da retroatividade das leis*.

(25) ARTHUR ORLANDO cita um crescido numero de normas legislativas, que, no direito portuguez e, especialmente, no

deve ser attrahidas para o imperio da lei nova, excepto se estiverem em opposição manifesta aos principios e regras estabelecidas pela nova ordem juridica.

Os preceitos do direito intertemporal ou transitorio são regras estabelecidas pelo legislador ou creadas pela sciencia, para conciliar a applicação da nova lei com as consequencias da lei anterior.

São dois aspectos do mesmo problema.

13. O principio da não retroactividade é, antes de tudo, um preceito de politica juridica. O direito existente deve ser respeitado tanto quanto a sua persistencia não sirva de embaraço aos fins culturaes da sociedade, que a nova lei pretende satisfazer. Como pondera **Kohler** ⁽²⁶⁾: «toda a nossa cultura exige uma certa firmeza de relações, sem o que seriamos lançados nos braços da dissolução; todo o nosso impulso, para estabelecer a ordem juridica e nella viver, repousa na consideração de que as nossas creações juridicas têm de perdurar.»

Por isso foi bem inspirado o legislador brasileiro, inscrevendo o principio da não retroactividade na Constituição Federal ⁽²⁷⁾. Toda lei ordinaria, seja da União seja dos Estados, tem de obedecer a esse preceito, sob pena de ser declarada nulla pelo poder judiciario. Em outros paizes, a não retroactividade é apenas uma regra de hermeneutica. Guia o juiz na applicação da lei, mas não obriga o legislador, que póde, intencionalmente, prescrever que desapareça o direito garantido pela lei anterior e submitter, ás determinações da lei nova,

governo do Marquez de Pombal, reguláram factos anteriormente consummados (*Philocritica*, p. 193-194).

⁽²⁶⁾ *Lehrbuch*, I, § 20.

⁽²⁷⁾ Art. 11. «É vedado aos Estados, como á União: . . . § 3. Prescrever leis retroactivas.» A Constituição de 1824 dizia: a disposição da lei não terá effeito retroactivo (art. 179, § 3).

consequencias de actos realizados no dominio da lei anterior.

14. Firmado, constitucionalmente, o principio da não retroactividade, é preciso fixal-o de modo mais preciso. Foi o que fez o Codigo Civil brasileiro, art. 3 da Introducção, declarando: — *A lei não prejudicará, em caso algum, direitos adquiridos, actos juridicos perfeitos e a coisa julgada.* Assim, quando a Constituição declara que nenhuma lei terá aspectoretroactivo, ordena aos legisladores ordinarios que respeitem os *direitos adquiridos*, não perturbem os *actos já perfeitos* e acabados, e deixem que a *coisa julgada* produza os seus naturaes effeitos.

Consideram-se direitos adquiridos, declara o Codigo Civil, no lugar citado, § 1.º, *assim os direitos que o seu titular, ou alguém, por elle, possa exercer, como aquelles cujo começo de exercicio tenha termo prefixo ou condição preestabelecida inalteravel a arbitrio de outrem.*

Reputa-se acto juridico perfeito, continúa a definir a Introducção, art. 3, § 2, *o já consummado, segundo a lei vigente ao tempo, em que se effectuou.*

E chama-se coisa julgada, ou caso julgado, a decisão judicial, de que já não caiba recurso.

Estas definições são sufficientemente claras e precisam o que se deve entender pela retroactividade das leis. Em rigor, tudo se reduz ao respeito assegurado aos direitos adquiridos; mas, como, no acto juridico e na coisa julgada, apresentam-se momentos distinctos, aspectos particulares do direito adquirido, foi de vantagem, para esclarecimento da doutrina, que se destacassem esses casos particulares e delles se dêsse a justa noção.

Os escriptores, oppondo a idéa de *direito adquirido* á de *espectativa de direito*, como fizeram Blondeau e Demolombe, ou de interesse, como propuzeram Laurent

e **Theophilo Huc**, ou de *faculdade*, como quer **Gabba**, que estudou particularmente esta materia, nenhuma luz trouxeram á questão, antes concorreram para obscurecê-la.

O que se deve dizer é que o direito adquirido, de que aqui se trata, é o direito incorporado ao patrimonio do individuo; e que o principio da não retroactividade é um principio de protecção individual.

15. De accôrdo com essas idéas, podem ser estabelecidas as seguintes regras, que auxiliarão a resolver as difficuldades, que, por ventura, offereçam os casos concretos:

a) Os direitos realizados ou apenas dependentes de um prazo para que se possam exercer, não podem ser prejudicados por uma lei, que lhes altere as condições de existencia.

b) O direito subordinado a uma condição não alteravel a arbitrio de terceiro, merece o mesmo respeito que o já effectuado.

c) Os direitos adquiridos, que as leis devem respeitar, são vantagens individuaes, ainda que ligadas ao exercicio de funções publicas. Assim, o empregado vitalicio não pôde ser privado de seus vencimentos por ter havido alteração, ou ainda extincção, do seu logar.

d) As leis relativas ao estado e á capacidade pessoaes, desde que se tornam obrigatorias, applicam-se aos que se acham nas condições, a que ellas se referem (28).

(28) As leis relativas ao estado e á capacidade das pessoas são de ordem publica, e, por essa razão, o direito anterior lhes cede o passo, desde que ellas começam a imperar; deante dellas curva-se o principio da persistencia do direito existente (**LAURENT**, *Principes*, I, ns. 164 e 173; **CHIRONI**, *Istituzioni*, § 16; **HUC**, *Commentaire*, I, n. 93).

Este principio, ás vezes, é apresentado sob uma fórmula mais geral, porém menos verdadeira: — Não ha direitos irre-

e) As leis que extinguem uma instituição, applicam-se tambem, desde logo, sem attenuações (29).

f) As condições de validade, as fórmulas dos actos e os meios de prova dos actos juridicos devem ser apreciados de accôrdo com a lei em vigor, no tempo em que elles se realizaram.

g) As leis politicas, as de jurisdicção, de competencia e processo regulam todos os actos que são do seu dominio, ainda que iniciados sob o imperio da lei anterior. Por outras palavras: estabelecem uma ordem juridica, que será inflexivel, se o legislador, por meio de disposições transitorias, não lhes attenuar os effeitos (30).

h) Attenuações semelhantes apparecem ordinariamente, nas leis penaes, quando decretam penas mais brandas do que a anterior ou innocentam actos considerados, até então, passíveis de pena (31).

IV

Efficacia da lei no espaço

16. As leis são feitas para regular as acções e proteger os interesses dos individuos dentro de cada Estado, porque são emanações de soberanias, que se acham em contacto com outras. Mas essa funcção com-

vogavelmente adquiridos contra as leis de ordem publica (DUGUERGIER, na *Revue de législation*, 1845; *Codigo Civil argentino*, art. 5; CARLOS DE CARVALHO, *Direito Civil Brasileiro*, art. 25.

(29) São tambem leis de ordem publica, ás quaes se applicam as considerações da nota antecedente.

(30) Veja-se em PORCHAT, *Da retroactividade*, n. 59, o principio de irretroactividade em relação ás leis de direito publico.

(31) *Codigo penal*, art. 3º: o facto anterior será regido pela lei nova: a) se não fôr considerado passível de pena; b) se fôr punido com pena menos rigorosa.

num da lei, dada a existencia das relações consideraveis dos individuos pertencentes a nações diversas, adquire uma extensão maior. Por outros termos, a existencia da sociedade internacional dos individuos exige que as leis tenham, em certas circumstancias, uma função internacional, para regular as relações, que no seio della se travam.

Esta materia é estudada por uma sciencia hoje muito brilhante, o *direito internacional privado* (32), porém não é possivel deixar de indicar aqui as suas noções mais geraes, na parte em que os diversos systemas juridicos nacionaes se acham em face uns dos outros, para regular uma relação de direito.

Pondo de lado discussões, que ficariam melhor nos tractados especiaes, podem os principios essenciaes desta materia ser compendiados da fórmula seguinte:

1.º A lei terá efficacia extraterritorial, sempre que tiver por fim principal a protecção dos individuos. É o que se chama *lei pessoal*.

2.º A lei terá efficacia, exclusivamente dentro do territorio do Estado, que a decretou, se foi creada no intuito particular de garantir a organização social. É a *lei territorial*.

3.º São leis pessoas as que se referem ao estado e á capacidade das pessoas, ás relações de familia e á transmissão dos bens *mortis causa*.

(32) Veja-se o meu *Direito internacional privado*, Bahia, 1906. Sem ter em vista apresentar uma bibliographia, destaco, da vasta literatura deste ramo do direito: SAVIGNY, *Droit romain*, VIII, §§ 345-382; FIORE, *Droit international privé*, trad. Ch. Antoine; PILLET, *Principes de droit international privé*; BAR, *Internationales Privat und Strafrecht*; VAREILLES-SOMMIÈRES, *Synthèse du droit international privé*; DESPAGNET, *Précis de droit international privé*; ASSER et REVIER, *Éléments de droit international privé*; A. de BUSTAMANTE, *Codigo de derecho internacional privado*.

4.º São leis territoriaes as que se referem á organização da propriedade, as politicas, as penaes, as processuaes.

5.º A applicação extraterritorial das leis é impedida, quando importa offensa á ordem publica ou aos bons costumes do Estado, onde a sua acção se faz sentir.

6.º Os direitos legitimamente adquiridos em um paiz devem ser respeitados nos cutros.

7.º A autonomia da vontade deve ter, nas relações internacionaes, o valor que lhe é assegurado no dominio nacional.

8.º A fôrma dos actos juridicos é determinada pela lei do logar, onde elles se realizam, se a lei pessoal do agente se não oppõe, e se o agente, podendo fazel-o, não preferiu outra.

17. A lei penal tambem se mostra efficaz ultra-territorialmente, quer quando, por meio da extradicação, vae apanhar o delinquente no paiz estrangeiro, onde elle se foi asylar, quer quando estabelece penas contra actos praticados no estrangeiro (33).

V

Fontes subsidiarias do direito: a) O costume

18. A fonte immediata do direito é a lei. Esta, porém, por mais que se alarguem as suas generalizações, por mais que se espiritalize, jámais poderá comprehender a infinita variedade dos phenomenos sociaes, que emergem da elaboração constante da vida e vêm pedir garantias ao direito. Desta insufficiencia da lei para dar expressão juridica a todas as necessidades sociaes,

(33) Codigo Penal, art. 5: E' tambem applicavel a lei penal ao nacional ou estrangeiro, que regressar ao Brazil, espontaneamente ou por extradicação, tendo commettido fóra do paiz os crimès previstos nos capitulos I e II do titulo I, livro II, capitulos I e II do titulo IV.

que a reclamam, para traduzir o matiz da vida organizada em sociedade, resulta, em primeiro lugar, que é forçoso manter, a seu lado, as fontes subsidiarias do direito, que o revelem quando ella fôr omissa, e, em segundo lugar, que é indispensavel applicar á lei os processos logicos da analogia e da interpretação, para que os seus dispositivos adquiram a necessaria extensão e flexibilidade.

19. A Ord. 3, 64, determinava que, em falta de leis regulando a materia, se resolvessem os conflictos juridicos pelos estylos da Côrte ou costumes. Por estylos da Côrte entendiam-se, especialmente, os da Casa da Supplicação (34), os quaes, quando concretizados em *assentos*, tinham força de lei. Tendo desaparecido esta fórmula da producção juridica (35), a primeira fonte subsidiaria do direito patrio é o *costume*.

Costume juridico, ou direito consuetudinario, é a observancia constante de uma norma juridica não baseada em lei escripta.

Destacam-se no costume dois elementos: o *externo*, que é o uso, a *observancia constante*, e o *interno* que é a *opinio necessitatis*, a convicção de que a norma estabelecida funciona como lei, pela necessidade, que ha, de regularizar o caso, a que ella se refere, pelo modo nella estabelecido.

(34) Lei de 19 de Agosto de 1769, § 14; BORGES CARNEIRO, *Direito civil*, I, § 14; CANDIDO MENDES, *Codigo philippino*, nota 4 ao liv. III, tit. 64; pr.; CANDIDO DE OLIVEIRA, *Legislação comparada*, I, p. 125.

(35) O Supremo Tribunal da organização judiciaria monarchica, não existindo mais a Casa da Supplicação, tinha competencia para tomar *assentos* destinados a firmar a intelligencia das leis civis, commerciaes e criminaes, quando occorressem duvidas na execução dellas (dées. de 23 de Out. de 1875 e 10 de Março de 1876). O Supremo Tribunal Federal não tem essa attribuição.

Esta fórma jurídica tem provocado estudos demorados e aprofundados de jurisconsultos notabilísimos, porém, infelizmente, nem sempre com os resultados, que eram de esperar, talvez porque idéas preconcebidas os desviassem do alvo ⁽³⁶⁾.

20. Os jurisconsultos romanos achavam que, na essência, esta fonte do direito se constituia, como a lei, pela aprovação do povo. Ha um fragmento de **Juliano** (D. 1, 3, fr. 32 § 1) que é muito expressivo: *Inveterata consuetudo pro lege non immerito custoditur, et hoc est jus quod dicitur moribus constitutum. Nam cum ipsae leges nulla alia ex causa nos teneant, quam quod iudicio populi receptae sunt; merito et ea quae sine ullo scripto populus probavit tenebunt omnes* ⁽³⁷⁾.

Este consentimento do povo, ainda que tacito, em rigor não se dá na formação do costume, como doutrinavam os jurisconsultos romanos. As *responsa prudentium* (pareceres de jurisconsultos), os *edicta magistratum* e a *auctoritas rerum perpetuo similiter iudicatarum* faziam parte do direito consuetudinário, e

⁽³⁶⁾ Sobre a theoria do costume jurídico, leiam-se: HERMANN POST, *Grundlagen des Rechts*, § 6; SUMNER MAINE, *Ancien droit*, trad. Courcelle Seneuil, part. gen.; COGLIOLO, *Saggi sopra l'evoluzione del diritto privato*, cap. IV; KOHLER, *Lehrbuch des burg. Rechts*, I, §§ 32-35; LAMBERT, *La fonction du droit civil comparé*, I, p. 103-804; PUCHTA, *Das Gewohnheitsrecht*; SAVIGNY, *Droit romain*, I, §§ 7-30; WINDSCHEID, *Pandectas*, §§ 15 e 16; DERNBURG, *Pandectas*, I, §§ 26-28; BONFANTE, *Diritto romano*, § 7; ARRIGO CAVAGLIERI, *La consuetudine giuridica internazionale*; RIBAS, *Direito civil*, 2ª ed., I, p. 130-162; CANDIDO DE OLIVEIRA, *Legislação comparada*, p. 123-137. Opulenta bibliographia indica LAMBERT, *op. cit.*, p. 119-121, nota 1. BENTO DE FARIA, nota 14 ao § 6 dos *Elementos de direito romano de MACKELDEY*, apresenta igualmente copiosa bibliographia.

⁽³⁷⁾ Veja-se ainda D. 1, 3 fr. 35, e *Ulpiani fragmenta*, I, § 4: *mores sunt tacitus consensus populi, longa consuetudine inveteratus*.

não se dirá que nessas tres modalidades jurídicas interviesse o elemento popular. Si se entender por *tacitus consensus populi* a conformidade da norma consuetudinaria com o estado geral da consciencia do povo, de modo que o costume se não estabeleceria, se contrariasse as crenças e a opinião dominantes, se não estivesse de harmonia, por um lado, com a concepção da vida aceita pela maioria, e, por outro, com a convicção de que a solução achada era a mais conveniente, a doutrina romana exprime uma verdade. Mas o pensamento dos grandes jurisconsultos não era, positivamente, este. Elles queriam que o fundamento do direito fosse a *vontade do povo*, quer se manifestasse expressamente no voto pelo qual as leis eram approvadas, quer tacitamente, pela instituição do costume.

Puchta, Savigny e muitos outros (38) sustentam que o uso é simples meio de provar a existencia do direito costumeiro, que a força obrigatoria d'elle está na convicção de que a norma usada é direito e mais que o costume é a revelação espontanea immediata da consciencia juridica do povo. E' conhecida a comparação que occorreu a Savigny entre a espontaneidade da formação da lingua e a da formação do costume; mas, como demonstrou Jhering, o grande jurista observou mal os factos; a evolução, nos dois casos, faz-se por modo differente e o momento da lucta, na affirmação do direito, ficou lucidamente estabelecido, depois das eloquentes razões expostas.

Geny (39), achando um tanto mystica a idéa de *consciencia collectiva*, como base fundamental e força

(38) WINDSCHEID, por exemplo, THOEL, STOBBE, DAHN, BRIE, BONFANTE.

(39) Veja-se, em particular, *Méthode d'interprétation et sources*, ns. 109 e segs. da 2ª ed., vol. I. A critica da theoria da consciencia collectiva, como creadora do costume, foi feita especialmente por ZITELMANN.

creadora do direito, propõe que se veja, na própria natureza das coisas, a auctoridade do costume como fonte do direito objectivo. Evidentemente esta explicação é tão vaga e tão insufficiente quanto a da escola historica (40).

21. Mais exacto e mais comprehensivel é dizer que o fundamento da força obrigatoria do costume está na conformidade reconhecida entre elle e as necessidades sociaes que regula.

As duas fórmãs principaes do direito, o costume e a lei, têm a mesma origem social; são solicitadas pela necessidade de normalizar as relações da vida em sociedade. Enquanto o desenvolvimento do Estado não cria um órgão para a funcção especial de revelar o direito (o poder legislativo), este vae se constituindo pela acção de órgãos differentes, cujos productos (actos, ordens, sentenças), consolidando-se e organizando-se, formam o costume juridico. Quando a divisão do trabalho no organismo social já tem determinado a especialização do órgão destinado a decretar as leis, estas não exprimem a vontade arbitraria dos legisladores, traduzem o estado social, segundo elle se reflecte na consciencia do legislador ou, nos Estados democraticos, segundo o retrata a opinião dominante. Mas, ainda neste periodo, desde que a lei não reflecte o estado social, por não ter acompanhado as suas modificações, não comprehende a totalidade do direito. Para attender ás relações juridicas, que se formam fóra do quadro do direito escripto, é forçoso que outros órgãos funcionem como reveladores do direito, e

(40) Para a exposição e a critica das diversas theorias sobre o costume, vejam-se, particularmente, além do bello estudo de GENY, na obra citada: LAMBERT, *La fonction du droit civil comparé*, p. 118 e segs., e A. CAVAGLIERI, *La consuetudine giuridica internazionale*, ps. 29-36.

assim, ao lado das leis dispersas ou codificadas, des- envolve-se o costume juridico.

Este modo de comprehender o direito consuetudi- nario não estabelece differença entre o costume juri- dico interno e o internacional, pois vê, em ambos, for- mações juridicas extra-legaes, realizadas por differen- tes órgãos e impondo-se ao respeito de todos, porque correspondem á necessidade sentida de normalizar re- lações da vida social e porque reflectem a concepção do direito e o sentimento de justiça dominantes.

22. Kohler diz «o direito costumeiro é uma expres- são da consciencia do povo e, por isso mesmo, uma formação social espontanea» (41). Sem duvida, o cos- tume é expressão da consciencia collectiva, como tam- bem o é o direito escripto; mas não nos devemos illu- dir com essa espontaneidade com que se constitue o direito extra-legal. Ordinariamente o costume se fór- ma de um modo reflectido, pela jurisprudencia dos tribunaes (*auctoritas rerum similiter judicatarum*) e pela opinião dos escriptores (*responsa prudentium, opinio docturum*).

A acção das sentenças na formação dos costumes foi posta em evidencia pelos estudos de historia com- parativa do direito (42), que são tambem da predile- cção de Kohler. E é elle mesmo que nos aponta a juris- prudencia dos tribunaes (*Gerichtsgebrauch*) como a fonte principal do costume (43). Certamente parece

(41) *Lehrbuch des b. Rechts*, I, § 32, IV.

(42) SUMNER MAINE, *Ancien droit*, trad. Courcelle Se- neuil, p. 2; HERMANN POST, *Grundlagen des Rechts*, p. 48; COGLIOLO, *Saggi sopra l'evoluzione del diritto*, cap. IV; E. LAMBERT, *op. cit.* p. 208 e segs. Veja-se tambem o meu livro *Criminologia e direito*, no capitulo intitulado — *Fórmula da evolução juridica*.

(43) *Op. cit.*, § 33.

adoptar o pensamento de Bartolo quando affirma: *actus judiciales inducunt consuetudinem, non quia iudicium sit causa consuetudinis, sed quia ex illis actibus facilliter comprehenditur tacitus consensus populi*; porquanto fala em senso juridico instinctivo do juiz, como Sumner Maine falou de inspiração; mas o douto jurisconsulto não pretende significar que o sentimento juridico (*Rechtsgefühl*) seja uma faculdade innata no homem, pois isso contrariaria os ensinamentos mais seguros da psychologia e a sua propria doutrina.

A pratica judiciaria tem por ponto de partida uma sentença, que teve a ventura de provocar imitações. Para proferir o seu julgamento, o magistrado, deante de uma lei deficiente, ou de um preceito legal, que o desenvolvimento da cultura tornou antiquado, absurdo ou injusto, procurou, no acervo de idéas e sentimentos que a educação e o commercio da vida depositaram no seu espirito, os elementos para formular a regra juridica exigida pelo caso sujeito á sua apreciação. Umaz vezes ser-lhe-ão auxilio bastante os preceitos da hermeneutica; outras vezes terá de remontar aos principios geraes do direito, e até ao patrimonio mental e emocional dominante no momento historico e no grupo social, a que pertence. Proferida a sentença, calou no animo dos interessados, provocou applausos dos contemporaneos, porque correspondia á idéa e ao sentimento de justiça das pessôas esclarecidas ou tambem do povo, e, assim lançou o germen de um direito novo, que se affirmará pela reproducção de outras sentenças, que seguirão a trilha aberta por força da imitação e por preguiça mental, mas, principalmente, porque sentirão os juizes, que as proferirem, ser a decisão, que firmou precedente, a expressão do direito latente, funcionando como órgão legislativo o juiz, que o revelou. Assim se estabelece o costume, e a regularidade com

que é observado mostra que, como a lei, elle é a manifestação da mesma força, que organiza a sociedade e a dirige aos seus destinos.

Outra fonte do direito costumeiro é a doutrina dos escriptores; e é de modo semelhante que ella o produz. Entre nós, esta fonte é abundante, porque é, antes, nos compendios e tratados que se procura a regra juridica, do que nas leis diffusas, que se têm vindo accumulando, por seculos, em vasta collecção de difficil consulta. O escriptor apresenta uma interpretação da lei ou uma solução para um caso não previsto na lei, e vê o seu pensamento, acceito pelos contemporaneos, fixar-se na doutrina, que irá inspirar os julgamentos dos tribunaes.

Sem duvida a doutrina e a jurisprudencia podem seguir falsa rota, e ou não transpõem o periodo de fluctuação, que é proprio do inicio de ambas, ou conseguem firmar principios, que mais tarde se reconhecem falsos, e, nisto ainda, o direito legal e o extra-legal se parecem, porque tambem a lei consagra, muitas vezes, determinações, que contrariam o desenvolvimento natural da vida collectiva em alguma de suas manifestações.

Encontram ainda os costumes um elemento formador na pratica dos interessados. Para Geny é a fonte unica ⁽⁴⁴⁾. Não tem razão no que affirma, como tornou evidente a critica exhaustiva de Lambert, mas é contestavel que não póde ser outra a origem de muitos costumes juridicos. A communhão de bens entre conjuges, em algumas regiões de Portugal, estabeleceu-se como um uso geral, de modo que, mais tarde, quando o legislador deu fórma legal ao instituto, se referiu ao *costume do reino*. Ora, parece claro que tal costume

⁽⁴⁴⁾ *Op. cit.*, n. 119.

se não podia ter constituido nem pela pratica judicaria, nem pela doutrina dos escriptores, e que antes resultou de uma transformação lenta de outros regimens segundo as applicações, que delles iam fazendo os interessados.

23. A Ord. 3, 64, reconhecia a força do direito consuetudinario, mandando observal-o, quando fosse *longamente usado e tal que por direito se devesse guardar*. A lei de 18 de Agosto de 1769, desenvolvendo e esclarecendo este ponto da legislação patria, determinou quaes os caracteres que deve ter o costume juridico, para ser guardado como direito ⁽⁴⁵⁾: a) *conformidade com a bôa razão, que deve constituir o espirito das leis*; b) *não ser contrario a lei alguma*; c) *ter mais de cem annos*.

Pelo segundo dos citados requisitos só se reconhece o costume *interpretativo* e o *suppletivo* da lei, não o *abrogatorio*. Todavia é bem certo que, nas relações de direito, prevalecem a justiça, a razão e a conveniencia sobre quaesquer outras considerações. Tendo por si estes predicamentos, o costume erigiu-se, muitas vezes, em direito, apesar da lei escripta, que deixava, então, de ser a expressão verdadeira da harmonia entre as necessidades do individuo e as da sociedade, que era órgão morto, sem função na vida social.

Assim é que, segundo, judiciosamente, observa RIBAS, «o alvará de 30 de Outubro de 1793, posterior á citada lei da bôa razão, confirmou o costume introdu-

(45) § 14. Vejam-se a respeito: CORREIA TELLES, *Comentario critico á lei da bôa razão*, no *Auxiliar juridico de CANDIDO MENDES*, p. 476-478; RIBAS, *Curso de direito civil*, I, 2^a ed., pag. 139-145; CANDIDO DE OLIVEIRA, *Legislação comparada*, p. 123 e segs.; PAULA BAPTISTA, *Hermeneutica juridica*, §§ 49-55.

zido no Brasil, em opposição á Ord. 3, 59, de valerem como escriptura publica os escriptos e assignados particulares, e de se provarem, por testemunha, quaesquer contractos, sem distincção de pessoas e de quantias, á excepção dos que forem celebrados nas cidades, villas ou arraiaes, onde houver tabelliães, ou em distancia tal que se possa, commodamente, ir a elles e voltar no mesmo dia, se a quantia exceder a dois mil cruzados em bens de raiz ou a tres mil em moveis» (46).

Um outro exemplo poderia, até certo ponto, ser fornecido pela instituição do seguro de vida entre nós, contra a disposição formal do Codigo do Commercio, art. 685, n. 2 (47). E o *alvará* de 4 de Julho de 1789 reconheceu que o desuso podia revogar a lei.

O terceiro requisito estabelecido pela lei da boa razão é de averiguação difficil. Como se ha de determinar o momento inicial do costume? É até contrario á noção delle a indicação desse momento, porque o costume começa a existir, quando o acto se tem muitas vezes reproduzido. Melhor seria ter o legislador, attendendo aos contornos fugidios da idéa de costume, mantido o *longamente usado* do codigo philippino, ex-

(46) *Curso*, I, 2ª ed., pag. 141, nota 22. Quanto á acção abrogatoria do costume, é tambem este o parecer de BEUDANT, com quem se não mostra em desaccôrdo PLANIOL, *Traité de droit civil*, I, n. 211.

(47) « E' prohibido o seguro:... 2º Sobre a vida de alguma pessoa livre». Por algum tempo, os seguros de vida ficaram sem regulamentação legal de especie alguma, entre nós; não obstante eram actos juridicos reconhecidos, que iam alcançando a consagração das sentenças juridicas. Afinal a lei lhes veio dar o seu reconhecimento, embora a principio ainda os não regulasse de modo integral (dec. n. 294 de 5 de Set. de 1895, lei de 26 de Dez. de 1900, art. 2, n. X, dec. n. 4.270 de 10 de Dez. de 1901, dec. n. 5.072 de 12 de Dez. de 1903). Hoje essa materia tem seguro assento legal no Codigo Civil, artigos 1.471 e segs.

pressão que traduz bem a *longa consuetudo*, e os *diurni mores* do direito romano.

24. O direito commercial brasileiro tambem, expressamente, reconhece a existencia do costume juridico, ao qual allude o Codigo nos arts. 130, 131, n. 4, 234, 673, n. 3. O reg. 737, art. 2, declara que os usos commerciaes são fontes subsidiarias da lei commercial, preferindo á lei civil nas questões sociaes e nos casos expressos no codigo. E o reg. 738, de 25 de Nov. de 1850, arts. 25 e 26, estabelece os requisitos que devem revestir as praticas do commercio, para que tenham de ser observadas: a) serem conformes aos sãos principios da bôa fé e maximas commerciaes e geralmente praticados entre os commerciantes do lugar, onde se acharem estabelecidos; b) não serem contrarias a alguma disposição do Codigo Commercial ou lei depois d'elle publicada; c) ter mais de 50 annos.

Compete ás Junctas commerciaes tomar assento sobre as praticas e usos commerciaes do seu districto (dec. n. 596, de 19 de Julho de 1890, art. 12, § 6).

25. Nos paizes de codificação, prevaleceu, por algum tempo, a crença de que a lei, alcançando, pela systematização, a sua fórmula definitiva, se constituia em fonte exclusiva do direito civil, não restando, assim, espaço para desenvolver-se o costume. Na França e na Italia, prevaleceu essa opinião, apesar de que nos respectivos codigos se encontram allusões a costumes, mas essas referencias, dizem, incorporam o costume á lei, e a força que elle adquire é justamente a que o legislador lhe insufflou (48).

(48) BLONDEAU sur l'autorité de la loi, apud GENY, *Méthode d'interprétation et sources*, I, n. 10; LAURENT, *Cours élémentaire*, Préface; Codigo Civil italiano, art. 5 das disposições preliminares; CHIRONI, *Istituzioni*, I, § 9.

Contra esse modo de pensar insurgiu-se Geny, e tão claras razões exhibiu em favor do seu parecer que uma corrente já se estabeleceu na doutrina, modificando o absolutismo da opinião contraria ⁽⁴⁹⁾.

Em outros paizes, a codificação mostra-se tambem hostile aos costumes. Assim é que o Codigo Civil d'Austria, art. 10, não admite senão os costumes aos quaes a lei se refira, expressamente, disposição que fôra aceita, igualmente, pelo primeiro projecto de Codigo Civil allemão, art. 2, mas que não se encontra no codigo em vigor. Em Portugal, o Codigo Civil, art. 9, declara que o desuso não serve de escusa a quem desobedecer á lei; o Codigo Civil hespanhol, art. 5, consagra o mesmo principio; o uruguayo, art. 9, acrescenta, quanto ao costume, o que estatuirá o d'Austria (la costumbre no constituye derecho sino en los casos en que la ley se remite à ella); o mexicano, arts. 8 e 9, reproduz o disposto no hespanhol contra o desuso e o costume contrario á lei; o argentino, art. 17, tambem não reconhece o costume, sinão quando a lei a elle se refere.

Em favor dessa tendencia das legislações modernas hostis ao costume, póde allegar-se que ella é uma consequencia da necessidade de clareza e segurança, que faz preferir a fórma escripta da lei á meramente consuetudinaria. Mas forçoso é reconhecer que essa prevenção dos legisladores não tem impedido, nem impedirá que o costume se constitua interpretando a lei e preenchemo as suas lacunas. O que parece mais grave é que, ao lado da legislação codificada, se mantenha o costume derogatorio da lei; mas, apesar de todos os protestos dos codigos, Geny o admite, com a unica

⁽⁴⁹⁾ *Méthode d'interprétation et sources*, I, ns. 109-110, 123-129.

limitação de não prevalecer contra as leis, que consagram as bases essenciaes da civilização, as chamadas leis de ordem publica, nem tambem contra as leis suppletivas (50). No direito francez, que é silencioso quanto á funcção do costume, será admissivel essa opinião, porém, quando o legislador declara formalmente que as leis sómente por outras podem ser revogadas, ella fere de frente uma regra de direito positivo.

26. Os projectos de Codigo Civil brasileiro fizerem todos, excepto o *Esboço* de Teixeira de Freitas, que se não occupa da materia, declaração de que a lei sómente se revogaria por outra (51), referindo-se, porém, alguns delles á funcção suppletiva do costume.

Eximiram-se de estabelecer quaesquer requisitos para que o costume tivesse força de lei, no que proce-

(50) *Op. cit.*, n. 128.

(51) FELICIO DOS SANTOS, *Projecto*, art. 4: A lei só pôde ser revogada por outra lei... Art. 5: Não se considera revogada a lei com o seu desuso, com o uso em contrario ou por ter cessado a sua razão de ser. NABUCO, *Projecto*, titulo preliminar, art. 5: A lei só pôde ser revogada por outra lei, não sendo, por consequencia, admissivel contra ella: § 1.º Nem a allegação do desuso; § 2.º Nem a supposição de ter cessado a sua razão. Art. 6: Todavia consideram-se tacitamente derogadas as disposições da lei anterior, absolutamente incompativeis com as disposições da nova lei. COELHO RODRIGUES, artigo 9 da lei preliminar: Uma lei só pôde ser derogada ou revogada por outra, mas a jurisprudencia assentada e a praxe fôrense podem supprir as suas lacunas na conformidade dos artigos 36-38. — No meu *Projecto*, art. 8 da lei de introduccção, reproduzi este dispositivo. O *Projecto revisto*, art. 8 do titulo preliminar, manteve apenas a sua primeira parte: Uma lei só pôde ser derogada ou revogada por outra. O *Projecto* approvado pela Camara dos deputados, em Abril de 1902, acceitou esta ultima fórmula, que passou para o Codigo Civil, Introduccção, art. 4. Entretanto, nos arts. 1.192, II, 1.210, 1.215, 1.218 e outros, do Codigo Civil, admite-se o costume suppletivo em materia de locação de coisa e de serviço. Tambem a elles alludem os arts. 588, § 2 (sobre tapumes), 1.210 e 1.215. V. FERREIRA COELHO, *Codigo Civil*, II, ns. 844 e 845.

deram acertadamente, porque, para caracterizar o direito consuetudinario, basta o seu conceito, e este é fornecido pela doutrina.

Assim, a doutrina consagrada nesses projectos, e no Codigo Civil, é que o costume, com a sua esphera naturalmente limitada, é uma fonte productora do direito em todas as phases do desenvolvimento deste, quer para completal-o, quer para corrigil-o, dando-lhe interpretação mais conforme ás necessidades sociaes; porém, sua efficacia não póde ser tal que possa revogar ou abrogar uma lei regularmente elaborada e publicada pelos poderes competentes. O legislador poderá, sem duvida, estabelecer disposições perturbadoras da evolução social, repellidas pelos órgãos da consciencia nacional; mas, ou a revolta da opinião se fará, de modo violento, e a lei se não applicará, ou se manifestará, pacificamente, e o legislador tomará a iniciativa da reforma. No estado actual de nossa cultura, com o funcionamento regular dos poderes politicos, que servem de órgão á soberania, dados o contacto directo entre o povo e os seus representantes, e a influencia sobre estes da opinião publica, não se faz necessario dar ao costume a acção revogatoria da lei escrita, e seria inconveniente que se lh'a desse, porque desapareceriam, do apparelho juridico, a supremacia da lei e a certeza das prescrições leaes, characteristics das legislações mais perfectas, vantagens inapreciaveis para o regular funcionamento da vida social.

Todavia, se o legislador fôr imprevidente em desenvolver a legislação nacional de harmonia com as transformações economicas, intellectuaes e moraes operadas no paiz, casos excepçionaes haverá em que,

apesar da declaração peremptoria da inefficacia abrogatoria do costume, este prevaleça *contra legem*, porque a desidia ou a incapacidade do poder legislativo determinou um regresso parcial da sociedade á época, em que o costume exercia, em sua plenitude, a função de revelar o direito, e porque as forças vivas da nação se divorciam, nesse caso, das normas estabelecidas na lei escripta.

VI

Fontes subsidiarias do direito hoje estancadas: b) O direito romano e o das nações modernas.

27. Depois dos costumes, seguia-se, na ordem das fontes subsidiarias do direito civil patrio, o direito canonico. Secularizado, porém, o direito patrio, em todas as suas divisões e nos seus fundamentos (52), desappareceu essa fonte, passando o direito canonico a ter apenas interesse historico. O seu influxo sobre a evolução do direito patrio foi consideravel, como em todo o occidente, e a sua preponderancia sobre a lei escripta, em materias, que envolviam peccado, foi tal que o legislador teve de tomar providencias para restabelecer o prestigio da lei. Nos ultimos tempos, apenas o direito matrimonial lhe estava entregue, e desse ultimo reducto foi, afinal, desalojado pela reforma operada na vida constitucional do Brasil. Todavia a historia do direito tem, no *jus canonicum*, um extenso objecto de estudo, porque nelle estão as origens de institutos vi-

(52) *Constituição federal*, art. 72, §§ 3-6, 28 e 29.

gentes ou de transformações de institutos romanos acolhidos pelas legislações modernas.

28. Outra fonte subsidiaria do direito civil patrio, segundo a Ord. 3, 64, era o direito romano, que, para ser applicavel á solução das pendencias juridicas, devia mostrar-se conforme á *bôa razão* ⁽⁵³⁾. A lei de 18 de Agosto de 1769, § 9, explicando o que se haveria de entender pela *bôa razão* juridica, declarou que os preceitos do direito romano deviam ser afastados: 1º quando se fundassem em superstição ou costumes particulares do povo romano; 2º nas materias politicas, economicas, mercantis e maritimas, por serem mais valiosas as regras a respeito estabelecidas pelas nações christãs. E estabeleceu, como principio geral decisivo, que os mesmos preceitos do direito romano tinham sómente valor, no direito civil patrio, pelas regras de moral e equidade, que contivessem.

As exclusões eram perfeitamente claras e mereciam applausos; mas subsistia a fluctuação do pensamento, quanto á applicabilidade da lei romana nos casos excluidos. Por isso a lei de 28 de Agosto de 1772 (*Estatutos da Universidade de Coimbra*) offereceu o elemento de elucidação na regra seguinte: — *São conformes á bôa razão as leis romanas acceitas pelo uso moderno.*

Esta indicação, se teve a vantagem de obrigar o jurista portuguez, ou brasileiro, a estudar o direito estrangeiro, pelo qual tinha de aferir a *bôa razão* das leis romanas, abrindo, assim, como já o fizera a lei citada de 1769, uma larga porta ás correntes juridicas, dando

(53) *As quaes leis, imperiaes, estatue a Ord. 3, 64, in-fine, mandamos sómente guardar pela bôa razão, em que são fundadas.*

franqueza e elasticidade ás instituições do direito nacional, impoz aos applicadores do direito um duro labor ⁽⁵⁴⁾ e deu ensanchas ás incertezas da doutrina.

29. Assim, o direito das nações modernas, ou quando preferiu ao direito romano, nas materias politicas, economicas, mercantis e maritimas, ou quando o corroborava, era suppletivo do direito civil patrio. Além disso, a legislação de minas tinha por subsidio, especialmente indicado, o direito allemão ⁽⁵⁵⁾. Ainda hoje, o direito processual da União tem as suas lacunas preenchidas pelos *estatutos dos povos cultos e especialmente os que regem as relações juridicas na Republica dos Estados Unidos da America do Norte, os casos de common law e equity* ⁽⁵⁶⁾.

29 a. Com a systematização do direito civil, porém, no Codigo em vigor, desde 1 de Janeiro de 1917, o direito legal não tem fontes subsidiarias. O Codigo Civil é um organismo, um corpo de leis, em que se agglutinam as normas referentes ao direito privado commum. Desprendeu-se da legislação, de cuja evolução representa phase nova, e, para supprir as suas deficiencias, estabelece os recursos da interpretação, da analogia, e dos principios geraes do direito (Introdução, arts. 4 a 7). O direito romano e as legislações dos povos cultos são sempre, e cada vez mais, estudados para esclarecimento da lei patria, mas não para lhe supprir as lacunas, de modo directo, como acontecia antes da codificação, por força do que dispunha o Codigo Philip-

⁽⁵⁴⁾ Veja-se o que diz CORREIA TELLES, commentando a lei da *bóá razão* no *Auxiliar Juridico*, p. 459, 2ª col.

⁽⁵⁵⁾ Alvará de 30 de Janeiro de 1802, tit. 1º, § 3. Sobre a legislação referente ás minas, consulte-se o livro de CALOGERAS, *As minas do Brazil e sua legislação*, 3 vols. Veja-se, adiante, o § 46.

⁽⁵⁶⁾ Dec. n. 848 de 1890, art. 387, 2ª parte.

pino. Têm, hoje, valor doutrinário, semelhante aos dos grandes mestres. Elucidam as questões, robustecem as intelligencias na pesquisa do justo, e assimilados constituem, com os principios da sciencia, elementos, que entram na formação da consciencia jurídica.

VII

Analogia. Principios geraes do direito

30. A applicação da lei aos casos occorrentes é uma delicada operação de *logica juridica*. Se a lei é omissa, o applicador procura descobrir o pensamento juridico pelo processo da analogia ^(56a), que tanto se póde applicar ao direito escripto quanto ao consuetudinario.

A função suppletiva da analogia, para ampliar a comprehensão do direito, é reconhecida no direito romano, onde se deparam indicações como a de **Juliano**:

Non possunt omnes articuli singillatim aut legibus, aut senatus-consultis comprehendi; sed cum in aliqua causa sententia eorum manifesta est, is qui jurisdictioni praeest ad similia procedere atque ita jus dicere (D. 1, 3 fr. 12). **Ulpiano** ensina tambem: *nam, ut Pedius ait, quoties lege aliquid unum vel alterum introductum est, bona occasio est coetera quae tendunt ad eandem utilitatem vel certe jurisdictione suppleri* (D. 1, 3, fr. 13).

O Codigo Civil d'Austria, art. 7, estatue: «Quando um caso não se póde decidir pelas palavras nem pelo sentido natural da lei, recorrer-se-á aos casos *semelhantes*, precisamente, decididos pela lei, e ás razões

(56a) Cod. Civil, Introd., art. 7.

de outras leis analogas ⁽⁵⁷⁾. Por esse mesmo caminho seguiram o Codigo Civil italiano e muitos outros ⁽⁵⁸⁾.

As nossas *Ordenações* tambem não deixaram no esquecimento o auxilio poderoso da analogia. No livro 3, tit. 69, pr., estatuiam: *porque não podem todos os casos ser declarados em lei, procederão os julgadores de semelhante a semelhante*. E no tit. 81, § 2, do mesmo livro accrescenta: e isto que *dito he em estes casos aqui especificados haverá logar em quaesquer outros semelhantes em que a razão pareça ser equal* ⁽⁵⁹⁾.

31. Distinguem-se duas especies de analogia: a *legal* e a *juridica*. A primeira consiste na applicação da lei a casos por ella não regulados, mas nos quaes ha identidade de razão ou semelhança de motivo ⁽⁶⁰⁾. *Ubi eadem causa ibi jus statuendum; Ubi eadem est legis ratio eadem debet esse legis dispositio*.

A analogia juridica colhe de um complexo juridico os principios, que o dominam, e applica-os a um caso onde ha semelhança de motivo. É o mesmo pro-

⁽⁵⁷⁾ Laest sich ein Rechtsfall weder aus den Worten, noch aus dem natuerlich Sinne eines Gesetzes entscheiden, so muss auf aehnliche, in Gesetzen, bestimmt entschiedene Faelle, und auf die Gruende anderer damit verwandten Gesetze Ruecksicht genommen werden.

⁽⁵⁸⁾ Cod. Civil italiano, art. 3, 2ª parte das disposições preliminares; argentino, art. 16; mexicano, art. 20; peruano, art. 9, portuguez, art. 16; uruguayo, art. 16; lei colombiana, n. 153, de 1887, art. 8; Codigo geral dos bens para o principado de Montenegro, art. 781.

⁽⁵⁹⁾ Vejam-se ainda as Ords. 3, 25, § 5 *in-fine* e 3, 69 pr.; NOGUEIRA COELHO, *Principios*, publicados por T. DE FREITAS, *Regras de direito*, p. 267.

⁽⁶⁰⁾ WINDSCHEID, *Pand.*, §§ 22 e 23; DERNBURG, *Pand.*, § 38; PAULA BAPTISTA, *Hermeneutica*, § 41; CHIRONI, *Istituzioni di diritto civile*, § 11; GENY, *Méthode d'interprétation et sources*, ns. 107-108; FERREIRA COELHO, *Codigo Civil*, I, n. 868.

cesso logico operando sobre campo mais vasto e sobre mais variados elementos.

Em qualquer dos casos, porém, a intelligencia do jurista procura revelar o direito latente, não, esforçando-se por descobrir uma pretendida vontade do legislador, mas, como bellamente disse Paula Baptista, «na harmonia organica do direito positivo com o scientifico».

É tambem este o pensamento de Kohler, quando affirma que a analogia «consiste, principalmente, em extrahir, de uma norma juridica, o principio e, depois, desse principio tirar novas consequencias e formar principios novos» (61).

A intelligencia do interprete, afeiçoada pela educação juridica, mostrar-lhe-á, nos casos mais simples, como a lei, racionalmente, comprehende hypotheses não especificadas em suas palavras (*analogia legal*), e, em casos mais complicados, como a hypothese examinada se prende por vinculos logicos a algum dos complexos systematicos de phenomenos que o direito expressamente regula (*analogia juridica*). A deficiencia se mostra, por exemplo, na applicação, no funcionamento de um direito real; os principios reguladores do direito de propriedade apresentam-se espontaneamente para preencher a lacuna. E' o direito latente que se revela no momento opportuno; mas, para saber descobri-lo, é indispensavel o senso juridico, que é tanto mais seguro quanto melhor o intellecto sabe reflectir as idéas, e o sensorio se acha afinado pelos sentimentos, que formam as bases da cultura do grupo social e do momento historico.

32. Se o processo analogico deixa subsistir as falhas da legislação, se nem a lei nem o costume provi-

(61) *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, I, § 42, V.



denciam para a hypothese, que se apresenta ao applicador da lei, cumpre recorrer aos *principios geraes do direito*, (61^a), com os quaes o jurista penetra em um campo mais dilatado, procura apanhar as correntes directoras do pensamento juridico e canalizal-as para onde a necessidade social mostra a insufficiencia do direito positivo. É, então, que o direito melhor se lhe deve afigurar como a *ars boni et aequi*.

Suppôr que, em qualquer desses momentos, o juiz deve procurar a vontade do legislador, é de todo injustificavel, pois que elle vem, illuminado pela doutrina e estimulado pelas necessidades da vida, justamente fazer o que o legislador não soube ou não poude querer.

Vê-se que extensão infinita e que incommensuravel profundidade adquire assim o direito, e exaggeradas, então, nos parecem as arguições daquelles que se revoltam contra a inflexibilidade da lei, que não lhe permite pôr-se em harmonia com as novas necessidades sociaes.

33. Algumas legislações extranhas indicam, expressamente, esse recurso aos principios geraes do direito, quando a analogia é inoperante (62). O Codigo Civil *austriaco* (63) e o *portuguez* (64) falam de principios de *direito natural*, e o *montenegrino* (65) prefere apontar, ao juiz, a fonte da *equidade*.

(61^a) Cod. Civil, Introd. art. 7.

(62) Codigo Civil *italiano*, art. 3, 2^a parte, das disposições preliminares; *argentino*, art. 16; *uruguayo*, art. 16; *me-xicano*, art. 20; *peruano*, art. 9; lei *colombiana* n. 153, de 1887, art. 8.

(63) Art. 7, 2^a parte.

(64) Art. 16.

(65) Art. 781.



As expressões: *principios geraes do direito*, *direito natural*, *espírito da lei* ⁽⁶⁶⁾, no sentido, em que, neste caso, as empregam, e *equidade*, pretendem significar a mesma cousa. Trata-se de indicar, como fontes suppletivas do direito positivo, as regras mais geraes que constituem o fundamento mesmo da sciencia e da arte do direito; não sómente os principios, que dominam o direito nacional ⁽⁶⁷⁾, como ainda o conjuncto dos preceitos essenciaes, que servem de expressão ao phenomeno juridico.

34. Nos projectos de Codigo Civil brasileiro, tambem se encontram providencias semelhantes.

Felicio dos Santos, no art. 53 do seu Projecto, diz: «Quando uma questão não puder ser decidida pela letra, motivos ou espirito da lei, ou por disposições em vigor no Brasil, que regulam casos analogos, deve o juiz recorrer aos *principios geraes do direito natural*, até haver providencia legislativa.»

Nabuco dissera: «Quando uma questão não puder ser decidida pela letra, motivos e espirito da lei, ou por disposições relativas aos casos analogos, devem os juizes recorrer aos *principios geraes do direito*, até haver providencia legislativa (art. 82).

No Projecto do Dr. Coelho Rodrigues, a idéa toma a seguinte modalidade: «Aos casos omissos applicam-se as disposições reguladoras dos casos analogos e, na falta destas, os principios que se deduzem do espirito

(66) Cod. Civil, Introd. n. 7. PORTALIS ponderára que o legislador estabelece as maximas geraes do direito e que compete aos magistrados, *penetrando o espirito geral das leis*, dirigir-lhes a applicação. Antes d'elle, a lei de 18 de Agosto de 1769, § 14, declarára que a *bôa razão* constituia o *espirito das leis*, bôa razão, que, no § 9, explicára consistir nos principios geraes da ethica, nas regras universaes do direito das gentes.

(67) COGLIOLO, *Filosofia del diritto*, p. 137; FADDA e BENSA, notas ás *Pandectas* de WINDSCHEID, I, p. 124 e segs.

da lei» (art. 38 da lei preliminar). Este dispositivo foi adoptado, sem alteração, pelo *Projecto primitivo*, artigo 13 da lei de introdução. O *Projecto* da Camara (artigo 7 da lei preliminar) manteve-o, substituindo as ultimas palavras por estas outras: *principios geraes do direito*; modificação esta que viera do *Projecto revisto*, por indicação do Dr. Lacerda de Almeida (68).

VIII

Interpretação das leis (69)

35. Interpretar a lei é revelar o pensamento, que anima as suas palavras. Se é o proprio legislador quem declara esse pensamento, a interpretação se diz autentica e se realiza por meio de outra lei. Se são os juizes ou quaesquer outras pessoas, que se propõem a descobrir os intuitos da lei, a interpretação se diz doutrinal.

(68) *Actas* dos trabalhos da commissão revisora do *Projecto* do *Codigo Civil* brasileiro elaborado por Clovis Bevilacqua, Rio, 1901, pag. 9.

(69) PAULA BAPTISTA, *Hermeneutica juridica*; DOMAT, *Theoria da interpretação das leis*, traducção acompanhada de notas, por CORREIA TELLES; THIBAUT, *Théorie de l'interprétation des lois*, trad. de C. de SANDT et MAILHER de CHASSAT; BERRIAT-DE-SAINT-PRIX, *Manuel de logique judiciaire*; SAVIGNY, *Droit romain*, I, §§ 32-41; GENY, *Méthode d'interprétation et sources*; KOHLER, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, I, §§ 38-41. Nos diversos tratados de direito civil, ha sempre um capitulo sobre as regras geraes da hermeneutica. Entre nós, a obra acima citada de PAULA BAPTISTA é um modelo de synthese dos principios mais geralmente aceitos sobre a materia, ao tempo em que escreveu o douto professor. Deve citar-se tambem RIBAS, *Curso de direito civil*, I, p. 283-298 da segunda edição. E mais: EDUARDO ESPINOLA, *Systema de direito civil*, I, p. 149 e segs.; PAULO DE LACERDA, *Manual do Codigo Civil*, I, ns. 236-293; CARLOS MAXIMILIANO, *Hermeneutica e applica-*

Para penetrar o pensamento da lei e fazel-a regular, de accôrdo com os fins da civilisação, os phenomenos sociaes, a que deve presidir, pôde o interprete recorrer aos elementos puramente verbaes (*interpretação grammatical*) ou ao raciocinio, á analyse, á comparação, a todos os meios que fornecem a sciencia juridica, a exacta comprehensão do direito na mecanica social, a historia da formação da lei e a evolução do direito (*interpretação logica*). Sobretudo deve attender a que o direito é um organismo destinado a manter em equilibrio as forças da sociedade e, portanto, tem principios geraes, a que os outros se subordinam (as permanencias juridicas, os preceitos constitucio-naes), e todas as suas regras devem ser entre si harmonicas (*interpretação systematica*).

36. Deante da palavra da lei, acreditou-se, por muito tempo, que o primeiro dever do interprete era descobrir a vontade do legislador, com a qual ainda se preoccupa o illustre Geny (70), mais talvez do que de-
vera.

Esta concepção influe sobre o modo de realizar a interpretação. Esforçando-se por descobrir o intuito do legislador, é natural que o interprete não tente ultrapassar as raias da exegese. Isso mesmo já deve parecer uma audacia a codificadores, que, por terem sido

ção do direito, Porto-Alegre, 1925; FRANCISCO DEgni, *L'interpretazione della legge*, Napoli, 1909; DARMSTAEDTER, *Recht und Rechtsordnung*, Berlin, 1925; PONTES DE MIRANDA, *Systema de sciencia positiva do direito*, I, ns. 459-478; H. ROGGE, *Metho-dologische Vorstudien zu einer Kritik des Rechts*, 1911.

(70) *Méthode* cit., n. 98: Or, la loi n'est pas autre chose qu'une volonté émanant d'un homme ou d'un groupe d'hommes et condensée en une formule... Certes, je n'entends pas dire par là que l'interprète du droit doive écarter ces éléments de son horizon; mais j'affirme qu'ici il ne peut et ne doit s'en servir que pour éclairer le diagnostic de la volonté du législateur.

instrumentos adequados da evolução social, imaginavam ter submettido as energias culturaes á direcção de sua vontade.

Nos primeiros tempos do direito romano, a interpretação era puramente literal, porque, como diz **Jhering** (71) «o apego á palavra é um desses phenomenos que, no direito como em outros ramos do saber, caracteriza a falta de madureza e de desenvolvimento intellectual.» *In principio erat verbum*. Na época da florescencia do direito, predomina a interpretação logica (72). *Scire leges non hoc est verba earum tenere, sed vim ac potestatem* (D. 1, 3, fr. 17). E, libertando-se do jugo da palavra, a jurisprudencia vae organizando, em um todo systemático, as regras do direito.

37. Phenomeno semelhante reproduz-se na França, com a promulgação do Codigo Civil. No primeiro momento, apparecem os chamados *interpretes do Codigo Civil*, que se alongam em commentarios aos dispositivos da lei, na qual se comprazem de reconhecer a mais aprimorada sabedoria, ou clara na letra ou transparecendo no espirito.

Toullier, **Duvergier**, **Duranton**, **Troplong** ainda se deixam influenciar pela doutrina, que florescia antes da codificação; mas **Blondeau** ergue o estandarte da auctoridade absoluta e exclusiva da lei, e nessas idéas commungam: **Laurent**, fazendo appello aos *principios*, **Aubry et Rau**, ainda que desprezando a ordem do Codigo e systematizando, scientificamente, o direito civil, **Baudry-Lacantinerie**, **Vigié**, e até **Huc**, e **Beudant**.

Laurent, proclamando a superioridade dos *principios*, acha que estes se encontram, precisamente, no Codigo. «Os codigos nada deixam ao arbitrio do inter-

(71) *Espiritu del derecho romano*, III, p. 147.

(72) **DERNBURG**, *Pandette*, trad. Cicala, I, § 34.

prete; este não tem por missão fazer o direito, que já está feito. Não ha mais incertezas; o direito está escripto em textos authenticos» (73).

E com que rigor elle vibra golpes contra **Merlin**, por ser muito aferrado á tradição; contra **Troplong**, cujos erros reclamariam volumes, se fossem catalogados, porque **Troplong**, desprezando *l'écorce des mots*, se punha á procura das *grandes verdades da moral*; contra **Demolombe**, que sacrifica os principios aos factos; contra **Marcadé**, que não respeita, sufficientemente, o Codigo, nem a tradição, nem os auctores!

Mas, evidentemente, era preciso dar ao direito maior elasticidade, para que elle não fosse um entrave á evolução social, que, afinal, depois de alguma resistencia, passaria por cima da lei assás rigida, desorganizando a função normal das fontes juridicas dos tempos modernos. Percebeu-o, intelligentemente, um dos mais illustres mestres da Faculdade de Paris, **Bufnoir**. Comprehendendo que o direito offerece uma extensão maior do que a dos textos, e que não é a logica o unico instrumento de que se deve servir o interprete, ensina que «a sciencia do direito deve dobrar-se ás exigencias da vida real, e a solução que preconisa é a mais em harmonia com as necessidades e as tendencias da sociedade, no meio da qual desenvolve as suas doutrinas» (74). Esta orientação é seguida por **Saleilles**, que desenvolve o ponto de vista de **Bufnoir**; por **Geny**, que dá um passo adeante e quer estabelecer o prestigio da livre indagação scientifica, «inspirando-se nos resultados fornecidos por todas as disciplinas, que, analysando o mundo social, revelam, na sua estructura in-

(73) *Cours élémentaire de droit civil*, I, p. 9.

(74) **GUILLOUARD**, *Introduction* ao livro posthumo de **Bufnoir**, *Propriété et contrat*, pag. XVIII.

tima e nas suas exigencias profundas, o que se póde chamar a *natureza positiva das coisas*» (75); por Lambert, o profundo e erudito escriptor do *Droit civil comparé*, e por muitos outros (76).

Esta feição nova da doutrina em França e as audacias crescentes da jurisprudencia, mostram, de um lado, que as idéas sobre interpretação já não satisfazem mais hoje as exigencias do momento; que a lei não é a fonte unica do direito; e que a vida social reage incessantemente sobre o direito.

38. Na Allemanha, esta mesma corrente de idéas já vinha, desde muito, fazendo o seu caminho. Expondo os principios da interpretação romana, dizia Jhering: «Longe de constituir uma censura, honra á jurisprudencia antiga ter procurado adaptar a lei ás necessidades da vida e ás exigencias da época, em lugar de ater-se ao texto com uma submissão cega» (77). Certamente não pretendia, com essas palavras, dar ao juiz um poder maior do que lhe attribue a sua função politica, mas deixa ver o seu pensamento de que o interprete deve adaptar a lei, na esphera de sua acção legitima, ás necessidades da época.

Dernburg diz que «a tarefa da interpretação é tirar as consequencias dos principios fixados na lei, ainda

(75) *Notion du droit positif à la fin du XIX siècle*, apud ALEXANDRE ALVARES, *Nouvelle conception des études juridiques*, p. 103-104, e *Méthode d'interprétation*, Paris, 1899, p. 457-472; vol. II, p. 74 e segs. da 2ª ed., ns. 155-176.

(76) Sobre a marcha das idéas juridicas na França, a este respeito, vejã-se: LAMBERT, *Fonction du droit civil comparé*, I vol. (1903), pag. 16-58; GENY, *op. cit.*, ns. 8-10 e 37-50; RAOUL DE LA GRASSERIE, *Évolution du droit*, pag. 33 e segs.; SALEILLES, *Préface* ao livro citado de GENY, e *Revue internationale de l'enseignement*, 1890, p. 482 e segs. (tomo XIX); ALEXANDRE ALVARES, *op. cit.*, pag. 82 e segs.; ROL, *L'évolution du divorce*, pag. 9-62.

(77) *Espiritu del derecho romano*, III, p. 172.

que não se tivessem apresentado á mente do legislador, quando decretou a lei» (78).

Kohler mostra-se mais radical e, afastando a preocupação da intenção do legislador, vê na lei uma autonomia funcçional que exige, do interprete, um preparo mental extenso e solido, para bem determiná-la. Vale a pena resupir as suas idéas.

«Interpretar, diz elle, é procurar o sentido e a significação, não do que alguém disse, mas do que foi dito.» E' um erro suppôr que o pensamento é escravo da vontade. A expressão, que o traduz, nem sempre o expõe em toda a sua extensão e profundez. Deve-se attender a que, em nosso pensar, existe uma parte sociologica ao lado da individual. O que pensamos não é sómente trabalho nosso, é alguma cousa de infinito, por ser o producto da ideação de seculos e millennios, offerecendo uma tal connexão de idéas que o proprio pensador não percebe. Não se tem attendido, convenientemente, á significação sociologica da lei, e ainda se suppõe que, para a formação da lei, apenas actua a vontade do legislador, quando se sabe que não é o individuo, mas sim o grupo social, que faz a historia (79).

Mas as leis não se devem interpretar de accôrdo com o pensamento e a vontade do legislador, e sim sociologicamente como *produções do grupo social de que o legislador se fez órgão* (80).

(78) *Pandecten*, § 35, *in fine*: Die Interpretation hat die Aufgabe die Folgesetze aus den in Gesetz niedergelegten Gedanken zu ziehen, auch wenn sie der Gesetzgeber selbst beim Erlass des Gesetzes nicht durchdacht haben sollte.

(79) *Lehrbuch*, *cit.*, I, § 38, p. 123.

(80) *Lehrbuch*, *cit.*, I, p. 124. Muito interessantes são as observações de DARMSTAEDTER a respeito da vontade do legislador, que, abstrahindo de subtilezas metaphysicas, se deve comprehender como uma finalidade social creando a lei.

Estas idéas não são, na essencia, divergentes das da escola franceza actual de Geny e Saleilles, harmonizam-se com o principio, que affirma ser a lei mais sabida do que o legislador, e com a doutrina prégada sobre a nova orientação da hermeneutica por Alexandre Alvares, para quem o papel do interprete consiste em *auxiliar abertamente a evolução dos institutos, no sentido para o qual os orientam os phenomenos sociaes, pondo em harmonia com ella os novos casos que se apresentam* ⁽⁸¹⁾. Kohler, porém, é mais preciso e, depois de mostrar que a necessidade da interpretação vem do facto de que são as palavras, que revelam o pensamento da lei, e de que esse pensamento sómente em parte se apresenta á consciencia do legislador, affirma, esclarecendo a primeira noção, que nos déra de interpretação: *interpretar é escolher, dentre as muitas significações que a palavra offerecer, a justa e conveniente* ⁽⁸²⁾.

Assim, embora a intenção da lei seja um ponto importante para o interprete, o essencial é escolher, dentre os pensamentos possiveis da lei, o sentido mais racional, mais salutar e de effeito mais benefico. Por isso mesmo, a lei admite mais de uma interpretação no decurso do tempo. Suppôr que ha sómente uma interpretação exacta, desde que a lei é publicada até aos seus ultimos instantes, é desconhecer o fim da lei, que não é um objecto de conhecimento, mas «um instrumento para se alcançarem os fins humanos, para fomentar a cultura, conter os elementos anti-sociaes e desenvolver as energias da nação» ⁽⁸³⁾. Em conclusão, na interpretação da lei, deve attender-se, antes de

⁽⁸¹⁾ *Une nouvelle conception des études juridiques*, p. 171.

⁽⁸²⁾ *Op. cit.*, p. 125.

⁽⁸³⁾ *Op. cit.*, p. 127.

tudo, ao que é razoavel, depois ás consequencias systematicas e, por fim, ao desenvolvimento historico da civilização.

39. Para uma tal interpretação, os trabalhos preparatorios e a discussão parlamentar são destituídos de valor ⁽⁸⁴⁾.

Neste ponto muitos mestres da hermeneutica hodierna estão de accôrdo. Não que cheguem ao ponto de opinar, com o insigne Kohler, que seria prudente não se publicarem esses trabalhos preparatorios, como, por exemplo, os *Motivos* do Codigo Civil allemão; mas todos reconhecem que a critica do notavel jurista fere bem o alvo, em muitos pontos, sobre os quaes se exerce.

Kohler entende que os trabalhos preparatorios e a discussão parlamentar não têm a importancia, que se lhes tem dado, servem apenas para indicar as condições historicas do povo e os impulsos, que determinaram a criação da lei, como remedio para attender ás necessidades do momento.

Mas esse mesmo esclarecimento é util ao interprete, como fazem notar Fadda e Bensa ⁽⁸⁵⁾. E Geny acrescenta: «os trabalhos preparatorios de uma lei não devem ser acolhidos como illustração auctorisada do texto e para sua interpretação intrinseca, senão quando as idéas nelles hauridas tenham sido expressas sem contradicção notavel, em condições que permittam attribuil-as á vontade collectiva, que engendra a lei, e comtanto que o texto desta não repugne a este complemento de explicação» ⁽⁸⁶⁾. Em dadas circumstancias e para elucidacão de certas ambiguidades, póde ser util, ao interprete, a consulta dos trabalhos preparato-

(84) *Op. cit.*, p. 128-129.

(85) Nota ás *Pand.* de WINDSCHEID, I, p. 118-122.

(86) *Méthode d'interprétation*, p. 256-257, da 1ª ed. e 295, vol. I, da 2ª.

rios; mas, a opinião hoje mais auctorizada é que lhe é preciso ser muito cauteloso ao invocar esse elemento illustrativo dos intuitos da lei, porque, em paga da luz escassa, que lhe possa fornecer, ameaça conduzi-lo, facilmente, a erros deploraveis.

40. Do que acaba de ser dito, vê-se que a sciencia do direito sente hoje imperiosa necessidade de largueza e flexibilidade, deante da marcha accelerada e da expansão da cultura, e, como a lei é morosa em suas transformações, vae pedir á interpretação ou, melhor, á jurisprudencia e á doutrina, um instrumento de adaptação constante do direito á vida real.

As leis, como já ensinava *Portalis*, devem apenas estabelecer as *maximas geraes, os principios fecundos em consequencias*, para que o applicador, deante das exigencias dos factos, possa deduzir, dessas generalidades, os preceitos particulares, que se accomodem ás circumstancias.

Redigidas assim, as leis não se verão, facil e frequentemente, contrariadas pela evolução social, sobretudo se o interprete comprehender que, depois de publicadas, ellas se desprenderam da vontade do legislador, que lhes fôra energia creadora, e passaram a ser um dos elementos da vida social, sobre a qual reagem, mas da qual recebem constante influxo.

Assim o interprete, esclarecendo, illuminando, alargando o pensamento da lei, torna-se um factor da evolução juridica. E' certo que a sua acção é limitada pelo proprio edicto da lei, e se este se recusa a acceitar as modificações sociaes, o interprete nada mais tem que fazer, senão esperar que o legislador retome a sua empreza atrazada, e, emquanto esse momento não chega, pedir á razão juridica lhe revele a norma a seguir. Para que a sua decisão traduza, de facto, o direito immanente ás relações sociaes, é necessario que

o interprete seja dotado de um criterio seguro, de um senso juridico apurado e de um largo preparo intellectual, não sómente nas disciplinas propriamente juridicas, mas ainda em todas as sciencias que se occupam com o homem e com a sociedade, desde a psychologia até a historia, a economia e a sociologia.

A lei escripta e ainda a codificação, se restringem, não fazem desaparecer as outras fontes naturaes do direito. Se este tem na lei a sua fórma principal, continuará sempre a revelar-se, nas absolutas deficiencias della e do costume, pela jurisprudencia e pela doutrina, ás quaes compete extrahir da lei todas as suas consequencias possiveis, e quando, apesar dos seus esforços, a lei se mostra incapaz de dirigir o movimento social, completal-a, descobrindo o direito, que está no equilibrio dos phenomenos sociaes, porém, ainda não delles claramente desprendido.

«As injunções ainda que formaes do legislador não poderão deter a onda crescente da vida juridica, diz muito bem Lambert ⁽⁸⁷⁾; — Quando essas injunções chocam, muito violentamente, o sentimento de equidade ou as exigencias da utilidade geral, são condemnadas a se tornar rapidamente letra morta ou a se deformar.» E o interprete, muitas vezes, saberá, modificando o pensamento, que ditou essas injunções, abrir um sulco por onde a lei deslize conciliando as opiniões.

41. As regras de interpretação, que nos ministram as fontes romanas e os bons auctores ⁽⁸⁸⁾, conservam, sem duvida, incontestavel utilidade, como condensa-

(87) *Droit civil comparé*, I, p. 40.

(88) Vejam-se: DOMAT, *Theoria da interpretação das leis*, traducção e annotação de CORREIA TELLES; PAULA BAPTISTA, *Hermeneutica juridica*; MAILHER DE CHASSAT, *Traité d'interprétation des lois*; BROCHER, *Étude sur les principes généraux d'interprétation des lois* e os outros auctores citados á nota 68.

ções da experiencia, mas o que é hoje essencial ao interprete é aprender, como argutamente observa o egregio Alexandre Alvares, ⁽⁸⁹⁾ «a descobrir o sentido em que se desenvolve a instituição.» Este emerito jurista, distinguindo os institutos em quatro classes, segundo se mantiveram inalterados após a publicação da lei, se modificaram parcialmente, se transformaram inteiramente ou appareceram depois da publicação da lei, estabelece recommendações e conselhos ao interprete, que merecem ser recordados e se conformam com as idéas precedentemente expostas neste capitulo.

1.º Quanto aos institutos inalterados, deve o interprete applicar as regras juridicas taes quaes o legislador as ditou, e seguir o processo tradicional da interpretação, mas, respeitando o texto legal, deve dar-lhe o sentido mais conforme ás exigencias actuaes.

2.º Quanto aos institutos parcialmente modificados, a interpretação deve seguir a *nova tendencia* que nelles se manifesta e que se revela, claramente, nos factos ⁽⁹⁰⁾.

⁽⁸⁹⁾ *Une nouvelle conception des études juridiques*, p. 172.

⁽⁹⁰⁾ Seja-me permittido tirar de minhas recordações pessoais, um caso de applicação desta regra, aliás em direito criminal, onde a liberdade do interprete é muito restricta a bem da segurança dos direitos.

O Codigo Criminal de 1830, art. 60, mandava commutar em açoites as penas de prisão, em que incorressem os escravos. Em 1875, a Relação do Rio de Janeiro, accordão de 6 de Julho, declarou que *a pena de prisão simples imposta a uma escrava que, por causa do sexo, não deve soffrer a de galés, não é para ser commutada em açoites*. Em 1885, no Recife, o dr. José Manoel de Freitas, proseguindo nessa ordem de idéas, considerou revogado, pelo espirito da lei de 28 de Setembro de 1871 e pela nova ordem de coisas, o art. 60 do Codigo criminal de 1830, e a sua sentença, se mereceu os reparos de alguns chefes conservadores, conquistou os applausos dos espiritos de eleição e da generalidade dos brasileiros, que não toleravam mais espectáculo tão barbaro.

3.º Se o instituto se transformou inteiramente, as relações jurídicas devem ser interpretadas segundo a sua feição actual.

4.º Se o instituto foi creado após o apparecimento de uma determinada lei ou de um código, não deve ser explicado á luz de uma ou de outro, mas sim á luz dos principios contemporaneos (91).

Por esta fórmula, a applicação da lei seguirá a marcha dos phenomenos sociaes, receberá, continuamente, vida e inspiração do meio ambiente, e poderá produzir a maior somma possivel de energia jurídica.

IX

Cessação da efficacia da lei

42. As leis perdem a sua efficacia por varias causas. Em primeiro lugar, cumpre lembrar a *revogação*, que pôde ser *expressa*, quando o legislador declara que a lei deixa de ser applicavel, ou *tacita*, quando entre as disposições da lei anterior e as da posterior existe incompatibilidade. *Lex posterior derogat priori*.

A revogação pôde ser *geral*, quando abrange a totalidade dos dispositivos, e toma o nome particular de *abrogação*; ou *parcial*, quando apenas annulla algumas determinações da lei, e então, se diz que ha *derogação* (92).

(91) *Une nouvelle conception des études juridiques*, p. 172-175.

(92) D. 50, 16 fr. 102; *Ulpiani frag.* 1, 3; LIS TEIXEIRA, *Direito civil*, I, pag. 39-40; RIBAS, *Direito civil*, I, p. 244-245, da 2ª ed.; ESCHBACH, *Introduction gén. à l'étude du droit*, §§ 31 e 129; HUC, *Commentaire*, I, n. 47; CHIRONI, *Istituzioni*, § 20; DERNBURG, *Pandette*, I, § 30; CANDIDO MENDES, *Auxiliar jurídico*, p. 509, n. 3.

Seria vantajoso que a nova lei indicasse especificadamente o que fica abolido na lei anterior. Evitar-se-iam, por esse modo, muitas obscuridades. Como, porém, é difficil determinar, em todas as hypotheses, a extensão da força contraria da nova lei, costumam os legisladores fazer apenas a declaração ociosa: *ficam revogadas as disposições em contrario*.

As leis anteriores, na parte em que não são, expressa ou tacitamente, abolidas, mantêm-se em vigor pelo principio da *continuidade* da sua efficacia, combinando-se, assim, nesta harmonia unificadora, o direito antigo e o moderno. *Sed et posteriores, leges ad priores pertinent, nisi contrariae sint*, estatue o D. 1, 3, fr. 28.

43. Muitas vezes as leis trazem em si o principio de seu desaparecimento do mundo juridico, determinando que cessarão de ter efficacia numa determinada época. As leis annuas, que regulam a receita e as despesas da Republica, em cada exercicio financeiro, são exemplo desta especie. Estas leis annuas, por isso que fixam os impostos, que os cidadãos têm de pagar num certo lapsó de tempo, e traçam os limites da despesa publica, materia de grande ponderação, onde é preciso, em primeiro logar, que a lei vá, *pari passu*, acompanhando o desenvolvimento da capacidade economica do povo, e, em segundo, que não se dê margem ao arbitrio da auctoridade, são inalteraveis no decurso do anno em que têm de vigorar. Entre nós isso se deprehe claramente do que determina o art. 34, n. 1, da Constituição, que manda orçar a receita e fixar a despesa federal *annualmente*.

Outras leis são destinadas a attender a uma circumstancia anormal, a um estado transitorio da sociedade, e desaparecem com as condições, que as fize-

ram nascer, ou porque assim o ordene o legislador, ou porque fique a lei sem objecto.

44. Convém indagar se a lei perde a sua efficacia por ter desaparecido a sua razão de ser, por outras palavras, se é verdadeiro o principio que costuma ser exposto na seguinte phrase: *ratione legis omnino cessante cessat lex ipsa*.

Os codigos e os escriptores modernos, geralmente, declaram que não, sendo esta circumstancia apenas um motivo para abolir-se a lei.

A lição de Ribas é favoravel ao principio citado. «Nem sempre o legislador se apressa, diz elle, em acompanhar as phases da sociedade, e em revogar as leis, que repugnam ao seu novo estado. Tornando-se assim impraticaveis, essas leis caducam de per si» (93). Mas se se quer dizer que cessa a razão da lei, quando desaparece o seu objecto, como se se decretaram providencias a respeito de uma guerra e esta já terminou, temos uma das hypotheses previstas no numero anterior. Se é pelo desuso que se vem a verificar que cessou a razão de ser da lei, voltamos á questão de saber se o desuso revoga a lei, assumpto que já foi anteriormente considerado (94). Se existe antinomia entre a antiga lei e os preceitos da nova legislação, o caso é de revogação tacita. Assim não ha como destacar este caso especial da cessação da obrigatoriedade da lei pelo desaparecimento de seu motivo.

45. E' principio geralmente acceito que a lei especial posterior não revoga a geral anterior; nem a geral posterior revoga a especial anterior, se a ella não se refere explicita ou implicitamente para revogal-a. Esta regra fôra consignada no primitivo Projecto de Codigo

(93) *Curso* citado, I, p. 142.

(94) Vejam-se os ns. 23 e 26 desta *Introducção*.

Civil brasileiro ⁽⁹⁵⁾, porém, desapareceu no da Camara. Como, entretanto, consigna uma excepção no principio geral da revogação tacita pela incompatibilidade das disposições, não era licito afastal-a e oCodigo o consigna (Introducção, art. 4, 2ª parte) ⁽⁹⁶⁾.

X

Analyse do direito subjectivo ⁽⁹⁷⁾

46. *O direito subjectivamente considerado é um poder de acção assegurado pela ordem juridica.*

Anatomicamente elle comprehende um *sujeito*, um *objecto* e a *relação* que os liga. Propriamente nesta relação é que está o direito, mas ella presuppõe os dois termos que se vinculam por sua interposição.

Não ha direito sem sujeito. Quando parece que elle se dispensa, como no caso do nascituro cujos inte-

⁽⁹⁵⁾ *Lei de introducção*, art. 9.

⁽⁹⁶⁾ *Exceptio firmat regulam in casis non exceptis. Exceptio strictissimi juris.* TEIXEIRA DE FREITAS, *Regras de direito*, p. 151; SAVIGNY, *Direito romano*, § 37, n. 3; MERLIN, *Répertoire*, vb. *lois*; HUC, *Commentaire*, I, n. 47; PLANIOL, *Traité*, I, n. 204; ESCHBACH, *Introduction à l'étude du droit*, § 211. Vejam-se, comtudo, as observações de RIBAS, *Direito civil*, I, p. 247. Se entre a lei geral posterior e a especial anterior ha contradicção directa e manifesta, resolve-se o conflicto pela revogação da lei anterior.

⁽⁹⁷⁾ Sobre o assumpto deste §, vejam-se: SAVIGNY, *Droit romain*, I, §§ 52-60; E. PICARD, *Le droit pur*, XXXIII-L; *Les constances du droit*, Paris, 1921, III partie; RAOUL DE LA GRASSERIE, *Principes sociologiques du droit civil*, pag. 17-85; KOHLER, *Lehrbuch*, § 44-47; *Trabalhos da Commissão especial da Camara dos deputados* (Projecto do codigo civil), III, p. 10-11; SANCHEZ ROMAN, *Derecho civil*, I, p. 40-45; RIBAS, *Curso de direito civil brasileiro*, tit. IV; GERBER, *system des deutschen Privatrechts* § 33; KORKOUNOV, *Théorie générale du droit*, §§ 28 e segs.; PAULO DE LACERDA, *Manual do Codigo Civil*, I, ns. 4 e segs..

resses se resalvam, na realidade assim não é, porque o sujeito é elemento logico da idéa de direito. A conclusão natural é attribuir personalidade juridica ao nascituro. Para fugir a esta conclusão, que nada tem de chocante, que corresponde, exactamente, á realidade dos factos, recorreram alguns autores a essa concepção abstrusa de direito sem sujeito (98).

Tambem não ha direito sem objecto. Construir o direito autoral, por exemplo, como sem objecto, por consistir simplesmente em um *poder*, é não attender bem á doutrina do objecto, pois esse poder é o bem attribuido ao portador do direito numa determinada esphera da vida, sob a protecção da ordem juridica.

A esses tres elementos essenciaes, Picard accrescenta o da *protecção-coacção*, que é a tutela juridica immanente a todo o direito. Quer isto dizer que todo direito é provido de uma *acção*, que é, por assim dizer, o seu tegumento protector, a força que delle se desprende quando o violam ou ameaçam.

47. Jhering, decompondo o direito, sob um outro ponto de vista, descobre nelle dois elementos, um *substancial*, «que reside no fim pratico do direito e consiste no *interesse*; outro, *formal*, que é um meio de se alcançar esse fim, e consiste na *protecção*, na *acção* da justiça (99). O interesse não é puramente economico;

(98) Pronunciam-se pela possibilidade de um direito sem sujeito: WINDSCHEID, *Pandectas*, § 4; KOEPPEN, SCHIRMER e outros. Sustentam a opinião contraria: JHERING; KOHLER, *Lehrbuch*, § 45; *Einfuehrung*, § 3, 16; PICARD, *Droit pur*, XXXVIII.

Vejam-se a extensa nota u de FADDA E BENSA ao § 49 de WINDSCHEID e o § 18, V, deste livro.

(99) *Espiritu del derecho romano*, IV, § 70. RAOUL DE LA GRASSERIE, *Principes sociologiques du droit civil*, cap. V, destaca, como elementos constitutivos dos direitos, o *sujeito*, o *objecto*, e a *causa*, que corresponde ao facto juridico de SAVIGNY.

compreende também: a personalidade, a liberdade, a honra, os laços de família.

Nesta analyse foi posto de lado o sujeito, por ser alguma coisa exterior ao direito. A relação, que equivale ao proprio direito, e o objecto, que o recebe, re-unem-se, consubstanciam-se para tomar a feição de interesse.

48. Ainda considerando o direito por outro aspecto, podemos decompol-o nas faculdades ou modalidades de poder, que elle cria para o sujeito. Assim a propriedade comprehende a posse e as faculdades de usar, gozar, dispôr.

XI

Do sujeito do direito

49. Sujeito do direito é o ser, a que a ordem juridica assegura o poder de agir contido no direito. Ordinariamente, esse poder é um gozo, uma vantagem do sujeito, mas ha direitos, que existem em favor de outrem.

Os sujeitos dos direitos são as *pessoas* naturaes e juridicas ⁽¹⁰⁰⁾. Todavia é certo que as idéas de pessoa e sujeito de direito não têm a mesma extensão. A idéa de pessoa offerece dois aspectos, o *activo* e o *passivo*. O sujeito do direito é a pessoa em sua posição activa.

(100) PICARD, *Le droit pur*, XL, acha possivel tratar-se, na sociedade humana, o animal desprovido de razão, como sujeito do direito, porque elle é objecto de medidas de benevolencia e protecção. Pela mesma razão, as arvores poderiam aspirar ao mesmo beneficio. O absurdo é manifesto. V. também *Les constances du droit*, Paris, 1921, p. 50. Em honra ao grande juriconsulto, belga, deve reconhecer-se que elle não é muito affirmativo, neste particular.

A abstracção, que nos faz, na vida juridica, destacar o portador do direito, discriminando-o da relação e do objecto, foi levada ao exaggero por aquelles que viram no titulo ao portador um sujeito do direito, independente da pessoa a quem elle pertença ou em cuja posse se ache, assim como por aquelles que pretenderam erigir o predio em sujeito activo da servidão.

XII

Do objecto do direito

50. O objecto do direito é o *bem* ou vantagem, sobre que o sujeito exerce o poder conferido pela ordem juridica. Podem ser objecto do direito:

1.º Modos de ser da propria pessoa na vida social (a existencia, a liberdade, a honra, etc.);

2.º As acções humanas;

3.º As coisas corporeas ou incorporeas, entre estas ultimas incluindo-se os productos da intelligencia ⁽¹⁰¹⁾.

XIII

Da relação de direito

51. Relação de direito é o laço, que, sob a garantia da ordem juridica, submete o objecto ao sujeito. Os romanos designaram-na pelo nome de *jus* ⁽¹⁰²⁾, como nós a denominamos direito. Não ha utilidade em dis-

(101) Para KORKOUNOV (*Théorie générale du droit*, § 30) ha quatro categorias de objectos do direito: 1º as forças pessoas do sujeito; 2º as forças da natureza; 3º as forças de outrem; 4º as forças da sociedade.

(102) D. 1,1, fr. 12: *Non nunquam jus etiam pro necessitudine dicimus, veluti est mihi jus cognationis vel adfinitatis.*

tinguir entre os dois termos, como faz Kohler (103), para quem a relação de direito contém um elemento creador de novos direitos. Assim, no seu modo de entender, a propriedade é um direito, mas não se a deve chamar relação de direito, porque os multiplices effeitos, que ella produz, não são mais attingidos pela ordem juridica. O emprestimo a juros, porém, é uma relação de direito, porque de si produz direito aos juros.

A relação de direito sómente se póde estabelecer entre pessoas, ensinam muitos dos mais notaveis civilistas (104); porém, melhor traduzem a verdade dos factos os que distinguem duas categorias de relações, umas actuando sobre objectos naturaes, e outras ligando pessoas entre si (105), as quaes podem denominar-se *direitos de dominação* e *direitos que impõem deveres directos* ás outras pessoas.

Foi naturalmente tendo em vista esta differença fundamental entre as relações de direito, que Teixeira de

(103) LEHRBUCH, § 47.

(104) WINDSCHEID, *Pandectas*, § 38, diz: «não se deve entender que a ordem juridica imponha uma sujeição á cousa sobre a qual concede um direito real», «todos os direitos se estabelecem entre pessoas e não entre pessoa e cousa». No mesmo sentido se manifestam BRUNS e SCHLOSSMANN. Entre nós, JOSÉ DE ALENCAR dissera: «o direito assenta sobre uma relação e esta exige, necessariamente, a dualidade humana» (*Propriedade*, p. 31).

(105) KOHLER, *Einfuehrung in die Rechtswissenschaft*, §§ 5 e 9; *Lehrbuch des b. Rechts*, § 46; DERNBURG, *Pandectas*, § 22; ROTH, *System*, § 22; CHIRONI, *Istituzioni*, § 22; ENDEMANN, *Einfuehrung*, II, § 3; TEIXEIRA DE FREITAS, *Consolidação das leis civis*, introd. pag. LXX-LXXX.

Suppôr que todo direito se firma entre pessoas se não se pretende apenas dizer que os direitos sómente na sociedade podem existir, que são todos elles, em ultima analyse, a expressão do valor social do individuo, é forçar os factos a se accommodarem a theorias preestabelecidas, porquanto o poder assegurado pela ordem juridica não attinge simplesmente a acções humanas, concentra-se tambem em coisas da natureza.

Freitas propoz distribuir toda a materia do direito civil em duas grandes classes: os direitos reaes e os pessoas (106). Effectivamente o direito é uma expansão da personalidade, e essa expansão, que presuppõe sempre a ordem juridica, ora se realiza pela apropriação de cousas da natureza, ora pelo relevo de algum de seus modos de ser ou qualidades, ora, finalmente, pela restricção imposta á actividade juridica de outrem.

XIV

Classificação dos direitos

52. As classificações no direito, como em todos os outros ramos do conhecimento, são operações logicas impostas pela necessidade de ordem, que experimenta o espirito humano, e contribuem, poderosamente, para a clareza das idéas. No direito, ellas são numerosas segundo a base em que se apoiam, e diversificam de accôrdo com as idéas do classificador (107).

Para termos, num relancear de vista, o quadro geral do direito subjectivo, é licito classificá-lo, tomando por base o objecto (108), pelo modo seguinte:

(106) Podemos não acceitar a classificação proposta por TEIXEIRA DE FREITAS, mas é incontestavel que ella tomou por base uma distincção, que têm as suas raizes nos proprios fundamentos do direito. Ainda recentemente reconhecia KOHLER (*Lehrbuch*, § 46) um dualismo nas relações de direito, e dizia que esse dualismo atravessa todo o direito, devendo-se attribuir muitos erros da doutrina ao seu desconhecimento.

(107) Vejam-se em *Les constances du droit*, IV partie, as diversas classificações de E. PICARD; *Le droit pur*, LI; e o livro de RAOUL DE LA GRASSERIE, *Classification scientifique du droit*.

(108) Veja-se o n. 50 desta *Introdução*. Consulte-se JHERING, *Der Zweck im Recht*, I, p. 66 da ed. de 1884.

Objecto (bem ou interesse sob a protecção da ordem jurídica)

Modos de ser das pessoas	Na ordem internacional.	Direitos fundamentaes dos Estados, Direitos do individuo á protecção dos poderes de seu patz Direitos dos representantes dos Estados, Condição civil dos estrangeiros	Direitos das pessoas (<i>jura personarum</i>).
	Na ordem politica.	Direito de eleger e ser eleito para funcções politicas.	
	Na ordem politico-civil.	Direito de ser nomeado para funcções publicas não politicas.	
	Na ordem civil.	Direito á vida. Direito de liberdade. Direito de ser respeitado na sua honra e dignidade. Direito autoral (feição pessoal)	
	Consistindo em relações de poder ou autoridade.	Poder marital. Patrio poder. Poder tutelar.	Direitos familiaes.
Acções humanas	Determinadas por outras situações e necessidades da vida de familia, ordinariamente com reciprocidade.	Direitos oriundos do parentesco, das relações entre conjuges, etc.	
	Consistindo em determinadas categorias.	Direitos oriundos da locação de serviço, do contracto de sociedade, do mandato. Direitos oriundos de outros contractos e actos unilateraes.	Direitos obrigatoriaes ou de credito
	Consistindo em actos isolados	Propriedade. Posse. Direitos reaes <i>in re aliena</i> Quasi posse. Direitos intel-lectuaes.	Direitos patrimoniaes. Os quaes, considerados no momento da sua transmissão <i>mor-tis causa</i> , são direitos <i>hereditarios</i> .
Coisas	Corporeas.	Na sua totalidade. Nas suas utilidades. Direito autoral (feição real). .. Patentes de invenção. Marcas de industria e de commercio. Direito ao nome commercial.	Direitos reaes ou sobre coisas

53. Desta classificação se excluem as situações jurídicas. Não devemos confundil-as com os direitos, pois são antes condições, presuppostos de sua existencia. Kohler define-as «relações do sujeito juridico para com os bens da vida, que têm influencia sobre a criação e o desenvolvimento do direito subjectivo» (109). *A nacionalidade, o parentesco, a afinidade, a filiação legitima ou natural*, são situações jurídicas. A capacidade é a situação juridica geral da pessoa; os poderes de representação constituem a situação juridica do representante, e, assim, noutros muitos casos, quer no direito material, quer no processo, podem ser postas em relevo posições jurídicas (110).

Tambem não foram consideradas as faculdades, porque, segundo já foi anteriormente observado, não constituem direitos, mas sim modos, pelos quaes o direito se manifesta, em dadas circumstancias.

54. Finalmente não foi incluído o direito ao nome civil, porque, apesar de especialmente destacado pelo Codigo Civil allemão, art. 12, não apresenta os caracteres de um verdadeiro direito. A melhor doutrina parece-me ser a de Jhering, que não descobre, no nome civil, uma base para a protecção juridica. Seria absurdo, diz o grande jurisconsulto, que o portador de um nome pudesse impedir que outro o tomasse para si (111). Todos os dias nascem pessoas que têm de ser designadas por um nome, ou uma combinação de no-

(109) *Lehrbuch*, § 47.

(110) No citado livro de KOHLER, §§ 49, 112, 121-123 se indicam diferentes situações jurídicas. Vejam-se os §§ 7 e 8 deste livro.

(111) *Actio injuriarum*, traduit et annoté par O. de Meulenaere, Paris, 1888, p. 162. GERBER, *System des deutschen Privatrechts*, § 34, nota 1, tambem não reconhece o direito ao nome, porque o nome não é um bem de ordem privada.

mes, e não ha razão sufficiente para que se lhes imponha a obrigação de creal-os sempre novos. E isto tanto se diz dos nomes individuaes quanto dos patronimicos.

Com este modo de pensar se conforma **Planiol**, ensinando que o nome *é a fórma obrigatoria da designação das pessoas* e que, se elle se transmite, não é porque seja uma propriedade, mas sómente porque a lei quer tornar notoria a filiação ⁽¹¹²⁾.

Mas, se o filho de um Souza, como acontece entre nós, póde ser inscripto com o sobrenome de Mello ⁽¹¹³⁾, a argumentação perde o seu valor. As familias têm o natural desejo de assegurar a sua continuidade no futuro, e, por isso, transmitem-se, de paes a filhos, os sobrenomes e, ás vezes, os nomes individuaes. Mas ninguem se julga autorizado a excluir qualquer pessoa do uso de um nome, que se sabe ter sido usado, anteriormente, por outras, cuja escolha depende, em grande parte, do arbitrio, que significa, muitas vezes, uma homenagem, ou a designação de um paraceto.

A' mulher condemnada em acção de desquite é interdito o uso do nome de familia do marido ⁽¹¹⁴⁾; mas isso não quer dizer que este lhe retira um bem que pelo casamento lhe havia communicado. Trata-se de, por esse modo, declarar a cessação da sociedade conjugal e, consequentemente, os direitos e deveres correspondentes; a posição social, o credito e o respeito alcançados pelo casamento desapparecem, e a mulher sabe, desde que se desquita, que deve contar sómente com a consideração grangeada pelos seus actos; se continúa a usar do nome, que indica uma *situação*

⁽¹¹²⁾ *Traité élémentaire de droit civil*, I, n. 380.

⁽¹¹³⁾ CARLOS DE CARVALHO, *Direito civil*, parte complementar; registro civil dos nascimentos, casamentos e obitos, art. 30. Confira-se com o art. 57 do Codigo Civil francez.

⁽¹¹⁴⁾ Codigo Civil, art. 324, Penal, art. 379, § unico.

juridica não correspondente á realidade, procede dolosamente, quer pretenda illudir os outros, quer tente injuriar o homem, de que se acha judicialmente separada. O Codigo Penal bem capitula entre as contrações este uso de nome supposto.

Podem estar em jogo interesses de outra ordem, e em favor delles intervem a tutela *juridica*. **Jhering** figura o caso de uma cantarina obscura, que toma o nome de uma cantora celebre. Não engana sómente o publico, compromette a *reputação* desta ultima. E a questão, neste caso, não é do *nome*, e sim da *reputação* de quem licitamente o usa. Um cavalheiro de industria inscreve-se no registro dos viajantes com o nome de um homem celebre, e desaparece depois. E' um embuste, que póde prejudicar a bôa fama deste ultimo, e deve haver uma protecção civil contra semelhantes abusos ⁽¹¹⁵⁾, mas não importa isso no reconhecimento de um verdadeiro direito ao nome civil. Se o cavalheiro de industria tivesse o mesmo nome que o homem celebre, e tirasse proveito licito dessa circumstancia, poderia dizer-se que elle offendera o direito ao nome do seu homonymo? Evidentemente não. No entanto houvera abuso que poderia ser punido segundo as circumstancias. Usar de artificios para surprehender a bôa fé de outrem é acto criminoso como tambem o é usar de falsa qualidade, falsos titulos para persuadir a existencia de empresas, bens, credito, influencia ou supposto poder, e, por esses meios, induzir alguém a entrar em negocios, locupletando-se com a *jactura* alheia ⁽¹¹⁶⁾.

55. No direito allemão, porém, por força do artigo 12 do Codigo Civil, é um direito absoluto da pessoa,

(115) *Actio injuriarum*, p. 163.

(116) Codigo penal, art. 338, ns. 5 e 8.

consistindo em um dos modos de ser desta e protegido contra qualquer offensa (117). Na França, a doutrina e a jurisprudencia é que organizaram a theoria do nome e lhe deram o character de direito, pensando alguns que se trata de uma propriedade *sui generis*, e outros opinando que o direito ao nome é um direito pessoal absoluto, como o de liberdade (118).

O Codigo Civil suiso, arts. 29 e 30, tambem se occupa com a protecção do nome, sob essa feição de direito pessoal absoluto. Mas, se se entende, como alguns explicam, que o *nome* é a manifestação da personalidade, a sua designação, a sua individuação, não vejo como destacal-o da propria personalidade, para consideral-o um direito. A personalidade não é *um* direito, é o complexo dos direitos attribuidos á pessoa, considerados em conjuncto, constituindo uma unidade, mas antes em potencialidade do que em actividade. Assim, não havendo um direito de personalidade, não haverá um direito ao nome civil.

56. O nome commercial já não é, simplesmente, a designação da pessoa; tem outros caracteres e envolve interesses, principalmente de ordem economica, a elle

(117) ENDEMANN, *Einfuehrung*, I, § 41; DERNBURG, *Pandette*, § 22. Estes auctores nos mostram, aliás, como a sciencia e a praxe haviam já desenvolvido o pensamento, que o Codigo Civil exarou em seu art. 12.

(118) Veja-se a exposição de PLANIOL, *Traité*, I, ns. 357-399, onde, com precisão, segurança e clareza, se destaca a evolução das idéas, em França, a respeito desta materia. Vejam-se igualmente: CARVALHO DE MENDONÇA, *Do nome commercial*, na *Revista do Instituto da Ordem dos Advogados*, Rio de Janeiro, 1906, Julho a Setembro, n. 17; as notas de MEULENAERE ao livro de JHERING, *Actio injuriarum*, p. 168-170; e a bibliographia indicada no Codigo Civil commentado, 3ª ed., p. 194-195. Adde: PLANIOL et RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, ns. 96-136, onde a materia é largamente exposta e onde se encontra extensa bibliographia a respeito.

intimamente vinculados. E' a firma ou razão commercial do negociante e sociedades mercantis, é a denominação das sociedades anonymas, são os disticos dos estabelecimentos (119).

Entre alguns commercialistas, vae prevalecendo a opinião de que o nome commercial, apesar de alienavel e exclusivo, não constitue uma propriedade, porque, segundo observa **Carvalho de Mendonça**, não tem valor patrimonial e, assim:

a) não figura no activo do balanço da casa commercial;

b) não é susceptivel de penhora em execução commercial;

c) não entra na fallencia, nem os syndicos da massa podem delle dispôr;

d) não póde constituir quota social;

e) não é objecto de reivindicação (120).

E' um direito pessoal absoluto.

Jhering, ao contrario, vê ahi uma relação de propriedade sobre coisa incorporea, e com elle concorda **Pipia** (121). Esta doutrina está de accôrdo com a linguagem de nossas leis que falam de *propriedade* da firma (122),

(119) Entre nós, este assumpto foi objecto de duas excellentes monographias, uma de **SOLIDONIO LEITE**, *Do nome commercial e suas garantias*, e outra de **CARVALHO DE MENDONÇA**, a que me referi na nota precedente. Além disso, foi tambem estudado proficientemente por **BENTO DE FARIA** no livro *Marcas de fabricas e de commercio e nome commercial*.

(120) *Revista* citada, n. 19; **SOLIDONIO** é do mesmo parecer, e **BENTO DE FARIA**, embora não se pronuncie abertamente, parece inclinar-se para o mesmo lado.

(121) **JHERING**, *Actio injuriarum*, p. 161; **PIPIA**, *Diritto industriale*, p. 200. Veja-se tambem o estudo de **METHODIO MARRANHÃO**, *Nome profissional*, na *Revista da Faculdade de Direito do Recife*, vol. XXXIII, p. 249 a 282.

(122) «A *propriedade* da firma é imprescriptivel» (decreto n. 916, de 24 de Out. de 1890).

propriedade das marcas de fabricas (123). E, se considerarmos que não se trata de dominio, mas sim de um direito sobre coisa incorporea, reconheceremos que esse modo de dizer se apoia na grande auctoridade do egregio romanista. Por outro lado, notando-se que o Codigo Commercial brasileiro, art. 306, e o decreto n. 916, de 24 de Outubro de 1890, art. 8, paragrapho unico, admittem o emprestimo do nome, forçoso é admittir que o destacam da pessoa e lhe dão attributos de coisa, que não póde deixar de ser incorporea. Mas, se esses dispositivos não aberram dos principios, revelam uma funcção do nome commercial, embaraçosa para a theoria, que o toma como direito pessoal absoluto.

Digamos, pois, que esse direito entra na categoria dos direitos intellectuaes.

(123) «A lei assegurará tambem a *propriedade* das marcas de fabricas». (Const. Fed., art. 72, § 27).

THEORIA GERAL DO DIREITO CIVIL

TITULO PRELIMINAR DO DIREITO CIVIL EM GERAL

§ 1

Noção de direito civil

I. O direito póde ser considerado como lei, como poder garantido pela ordem jurídica, como sciencia e como arte. E esses varios sentidos da palavra reflectem-se nas diversas divisões ou agrupamentos, em que se distribue a materia jurídica.

Assim, para definir-se o direito civil, cumpre encaral-o sob as diversas relações acima apontadas.

II. Direito civil, no sentido objectivo, é o *complexo de normas jurídicas relativas ás pessoas, na sua constituição geral e commum, nas suas relações reciprocas de familia e em face dos bens considerados em seu valor de uso*. No direito civil podem destacar-se diversos agrupamentos de normas: o *direito da familia*, o

das coisas, o *das obrigações* e o *das successões* (1), precedidos e dominados pelas normas de character mais geral, referentes ás pessoas e ás coisas como concepções juridicas, e aos factos que determinam a formação dos direitos na ordem civil, ou, finalmente, que se applicam a mais de um dos agrupamentos especiaes.

O direito civil é um ramo do direito privado; é, antes, o direito *privado commun*. Por direito privado entende-se o que *organiza o conjuncto das relações, que constituem a vida social do homem considerado como individuo*. Desse tronco, destacou-se o *direito commercial*, para regular as relações especiaes, que se originam da função economica do *commercio*, o qual, por seu turno, começa a desprender de si as normas particulares, que vão constituir o *direito industrial*. Até onde irá esse phenomeno de desenvolvimento crescente da materia juridica e formação de novos grupos autonomos, é difficil dizer, mas sente-se que a energia não está esgotada.

O *direito internacional privado* é tambem um ramo do direito privado, mas destacou-se, antes, por projecção, sendo o direito privado da sociedade internacional, do que por separação.

III. Em sentido subjectivo, *direito civil*, oppõe-se a direito politico, e corresponde a direito individual. Significa *o poder de acção que a ordem juridica assegura á generalidade dos individuos*. Ordinariamente, porém, não se emprega a expressão direito civil, por parecer menos extensa do que a locução direito individual. Para designar os direitos civis, é mais usual consideral-os em suas categorias diferentes, e, assim,

(1) No meu livro *Em defeza do projecto de Codigo Civil brasileiro*, pag. 47-54, está justificada a classificação das materias do direito civil, na ordem aqui indicada.

falamos de um direito real, de um direito pessoal, de um direito hereditario, dos direitos do marido, da mulher, do filho, do pae, do tutor.

IV. O estudo do direito civil póde ser feito scientificamente, sempre que se tiver em vista determinar e expôr, systematicamente, os phenomenos juridicos comprehendidos no circulo do direito civil. A historia do direito, a legislação comparada, a sociologia, a psychologia experimental e a philosophia, quer geral, quer juridica, serão os mais poderosos auxiliares dessa exposição.

Póde ser doutrinario ou theorico, mas sem transpôr as raias do elementar ou commum. E póde, finalmente, ser feito com intuitos praticos, tendó em attenção, exclusivamete, a applicação do direito positivo aos casos occorrentes. Neste ultimo caso, o direito civil é uma arte, como a medicina, por exemplo, em uma de suas especialidades.

§ 2

Objecto da parte geral

A *parte geral* do direito civil, nos codigos e nos tratados, é destinada a expôr: 1º os principios sobre o sujeito e o objecto do direito, isto é, sobre as pessoas naturaes e juridicas e sobre as coisas; 2º a theoria dos factos juridicos, que são elementos propulsivos do direito; 3º as materias de applicação geral a todas as categorias de relações juridicas ou á maioria dellas, como a prescripção; 4º tudo quanto não encontra espaço apropriado na parte especial.

A *parte especial* considera as relações de direito e os institutos juridicos, que são complexos de normas

sobre ellas (1), apresentando-as em suas feições peculiares e agrupando-as em classes: direito da *familia*, das *coisas*, das *obrigações*, das *successões*.

Alguns escriptores, como **Sohm** (2), incluem a protecção possessoria na parte geral, porque a consideram um phenomeno juridico de natureza particular. Desde, porém, que a comprehendamos como um estado de facto correspondente ao direito de propriedade, o seu posto é na parte especial, ao lado dos direitos reaes (3).

(1) A *propriedade* é uma relação de direito; as regras de direito referentes á propriedade articulam-se entre si, formam um todo, que é o instituto da propriedade. O *casamento* é um acto juridico, do qual se originam relações diversas entre conjuges; o complexo das regras juridicas sobre o casamento e as relações que immediatamente delle procedem, é o instituto do casamento. O mesmo podemos dizer do *patrio poder*, da *tutela*, do *divorcio*. Por outros termos, institutos juridicos são as normas juridicas reguladoras das instituições sociaes, como diz DERNBURG (*Pandette*, § 40).

(2) Na *Systematische Rechtswissenschaft*, I, p. 32-34.

(3) A maioria dos escriptores de direito civil assim a têm comprehendido. Citem-se: WINDSCHEID, *Pandectas*; DERNBURG, *Pandectas*; ROTH, *System*; GERBER, *System*. Veja-se tambem EDMUNDO LINS, *Ensaio sobre a posse*, na *Revista forense*, vol. VII e segs.

O Codigo Civil allemão egualmente colloca a materia da posse como annexa á propriedade.

Livro I

DAS PESSÔAS

CAPITULO I

DA PERSONALIDADE

§ 3

Idéa de personalidade

Assim como os diversos estados de consciencia e de subconsciencia (sensações, percepções, appetites, recordações, etc.), ligados entre si e unificados num encadeiamento de successão e coexistencia, constituem o *eu* identico a si mesmo, apesar da instabilidade dos phenomenos, tambem o *conjuncto dos direitos actuaes ou meramente possiveis, e das faculdades juridicas attribuidas a um ser*, constitue a personalidade (1).

(1) Os psychologos espiritualistas consideravam a *personalidade* o conjuncto dos caracteres pelos quaes a pessoa se distingue das coisas, e taes eram: a *individualidade*, a *consciencia* e a *liberdade*. Individualidade é a propriedade que tem o ser de manter-se identico a si mesmo através do tempo, tendo uma certa espontaneidade. A psychologia experimental combate essa concepção. CONDILLAC e STUART MILL não viam no *eu* mais do que uma collecção ou uma successão de estados

Pessoa é o ser a que se attribuem direitos e obrigações. Personalidade é a aptidão, reconhecida pela ordem juridica a alguem para exercer direitos e contrahir obrigações. Na ordem politica, toma, ordinariamente, a feição de *cidadania*, que é a aptidão para exercer direitos politicos, e é *soberania*, quando attribuida ao Estado, que, aliás, tem egualmente uma personalidade civil e outra internacional, ou antes, a sua personalidade é uma figura de tres faces: a politica (interna), a civil e a internacional.

da consciencia; TAINE chamou-o *polypeiro de sensações e imagens*, e LE DANTEC declara essencialmente vã e falsa a idéa de individualidade.

Ha certamente exagero nas conclusões deste ultimo. A unidade do organismo reflecte-se naturalmente sobre a unidade do *eu*. E, se o organismo é um composto de appparelhos, tecidos e cellulas, esses elementos acham-se ligados entre si e dominados pelo systema nervoso em sua dupla distribuição, o *ganglionar* e o *cerebro-espinhal*. Depois a memoria e a consciencia são dous factores de unificação de valor incontestavel. Finalmente as emoções e as idéas não sómente se associam, como produzem modificações e reacções reciprocas, das quaes resulta, forçosamente, uma differenciação no *eu*. Vejam-se sobre esta materia: SPENCER, *Principes de psychologie*, e SERGI, *Elem. di psicologia*.

Seja, porém, como fôr, a idéa de personalidade é indispensavel ao direito, porque o direito se concebe como uma organização da vida em que, sob a egide tutelar de um poder mais forte, se expandem as faculdades dos individuos e dos agrupamentos humanos, e essas faculdades asseguradas pela ordem juridica são irradiações de um fóco — a personalidade.

Dispensa o direito dois elementos da antiga psychologia, a consciencia e a liberdade, mas não pôde abrir mão da individualidade; não que a conceba como VICTOR COUSIN ou JOUFFROY, mas comprehendendo-a como uma associação de elementos varios, persistindo no tempo, apesar das modificações soffridas por esses mesmos elementos.

Sobre a personalidade juridica, vejam-se o excellentes estudo de SCHIATARELLA, nos *Persupposti del diritto scientifico*, pags. 143-179, que nol-a apresenta como uma *colonia de direitos*; D'AGUANO, *La genesi e l'evoluzione del diritto civile*, p. 141 e segs.; VALVERDE, *Instituciones civiles*, p. 69 e segs.

A personalidade jurídica tem por base a personalidade psychica, sómente no sentido de que, sem esta ultima, não se poderia o homem ter elevado até á concepção da primeira. Mas o conceito juridico e o psychologico não se confundem. Certamente o individuo vê na sua personalidade jurídica a projecção de sua personalidade psychica ou, antes, um outro campo em que ella se affirma, dilatando-se e adquirindo novas qualidades. Todavia, na personalidade jurídica, intervem um elemento, a ordem jurídica, do qual ella depende essencialmente, do qual recebe a existencia, a fórma, a extensão e a força activa. Assim a personalidade jurídica é mais do que um processo superior da actividade psychica; é uma criação social, exigida pela necessidade de pôr em movimento o *apparelho* juridico, e que, portanto, é modelada pela ordem jurídica.

Dahi vem que alguns systemas juridicos não reconhecem a personalidade civil de certos homens (escravos e estrangeiros, por exemplo, nas sociedades antigas); ou a uns concedem maior somma de direitos do que a outros (differenças entre patricios e plebeus, distincções de castas, ou entre sectarios de certas religiões, etc.), ou fazem extinguir a personalidade civil, quando ainda perdura a psychica (morte civil). A essas restricções oppõe-se a dilatação da idéa de personalidade ás corporações e aos bens em determinadas condições.

§ 4

Da capacidade

Cumpre distinguir a personalidade da *capacidade*, que é a extensão dada aos poderes de acção contidos na personalidade, ou, como diz Teixeira de Freitas, «o modo de ser geral das pessoas.»

Podemos definir capacidade a *aptidão de alguém para exercer por si os actos da vida civil*. E' o que muitos civilistas (1) denominam *capacidade de facto*, diversa da *capacidade de direito*, que seria a aptidão para adquirir direitos e exercel-os por si ou por outrem.

Na doutrina franceza, ha uma distincção semelhante entre o *gozo* e o *exercicio* dos direitos. Gozo de um direito é a aptidão legal de uma pessoa para se utilizar das vantagens reconhecidas ou sancionadas pela lei. Exercicio de um direito é realização effectiva do gozo. Gozar de um direito é ser titular delle, exercel-o é extrahir delle as vantagens que possa fornecer (2).

(1) TEIXEIRA DE FREITAS, *Esboço*, arts. 21 e 22; SANCHES ROMAN, *Derecho civil español*, II, p. 116-118.

Os escriptores allemães falam de uma capacidade de direito (*Rechtsfaehigkeit*) como differente da faculdade de agir (*Geschaeftsfaehigkeit*): ENDEMANN, *Einfuehrung*, I, §§ 21 e 24; DERNBURG, *Pandette*, § 49; ROTH, *System des deutschen Privatrechts*, § 60. Esta distincção reproduz-se no Codigo Civil em vigor, arts. 1 e 104. Diz o primeiro: Die Rechtsfaehigkeit des Menschen beginnt mit der Vollendung der Geburt. Estabelece o segundo que incapazes de agir (*geschaeftsunfaehig*) são: o menor de sete annos; quem se acha em estado de perturbação do espirito, que exclue a livre determinação; e o interdicto por enfermidade mental.

Mas a capacidade de direito confunde-se com a propria personalidade. Por isso, nas minhas *Lições de legislação comparada*, puz de lado esse dualismo da capacidade, parecer que vejo confirmado por KOHLER, *Lehrbuch*, § 100, quando, após definir *personalidade* como a *aptidão para ser sujeito de direitos e de obrigações*, acrescenta: sob este ponto de vista *personalidade* tambem se denomina *faculdade de direito*: *nennt man die Persoenlichkeit auch Rechtsfaehigkeit*. Aliás era esse o sentir de TEIXEIRA DE FREITAS, *Esboço*, observação ao art. 22.

(2) HUC, *Commentaire*, I, n. 219; LAURENT, *Principes*, I, n. 319; Cours, I, n. 56; PLANIOL, *Traité*, I, n. 416. Entre os italianos, tambem se encontram estas mesmas idéas, com a mesma tendencia a modificarem-se.

Assim a idéa de gozo corresponde á de capacidade de direito; e a de exercicio não corresponde á de capacidade de facto, mas a presuppõe. Esta antithese vaee sendo posta de lado pela doutrina, que prefere estabelecer a gradação da actividade juridica, indo da capacidade para o exercicio. A capacidade é a extensão concedida aos poderes de acção, em que consiste a personalidade; o *exercicio* é um momento ulterior, em que a personalidade realiza, segundo a medida da capacidade, os poderes que a ordem juridica lhe assegura (3). E como na *capacidade* ha medida para a aquisição de direitos, estabelecimento de obrigações, modificação e extincção de uns e outras, no exercicio se devem reflectir esses diversos modos da actividade juridica. E' certo que o exercicio do direito é contrario á idéa de obrigação ou encargo, mas quem contráe uma obrigação exerce uma faculdade e torna possivel o exercicio de direitos de outrem.

CAPITULO II

DAS PESSÔAS NATURAES

§ 5

Noção de pessoa natural

Pessoa natural é o homem considerado como sujeito de direito e de obrigações.

As idéas de homem e de pessoa natural não coincidem em toda a sua extensão, por isso que pessoa na-

(3) *Em defeza do projecto de Codigo Civil*, p. 425-429.

tural é o homem numa determinada attitude na sociedade civil. A sociedade é o meio onde vive o homem; nesse meio, elle desenvolve a sua actividade em direcções diversas, protegido sempre pela ordem juridica e, portanto, podendo agir como pessoa; mas o homem póde ser encarado sob varias relações extranhas ou indifferentes ao direito.

Não obstante, é certo que, perante o direito privado moderno, tendo desaparecido a instituição da escravidão, todo ser humano é pessoa.

Teixeira de Freitas propoz que, em vez da locução pessoas naturaes, se usasse, para designar o homem, da expressão pessoa de *existencia visivel*, e o Codigo Civil argentino, arts. 31 e 32, acceitou a innovação. A denominação pessoas naturaes, diz o egregio civilista (1) dá a entender que não são naturaes as outras pessoas, no emtanto essas outras pessoas são igualmente naturaes, porque são idéas personificadas, e a idéa, producto do espirito, é tão natural quanto o mesmo espirito, e este por sua vez tão natural quanto o corpo. A expressão pessoa physica desnatura o homem, continúa Teixeira de Freitas, pois não é sómente o corpo, não é sómente o animal que constitue o ente juridico e sim o composto de alma e corpo. A de *pessoas individuais* é impropria, porque ha pessoas de existencia ideal que não são collectivas.

Parece-me, todavia, que a expressão pessoa natural é bem expressiva, porquanto mostra, em primeiro lugar, o individuo movendo-se na vida juridica, tal como a natureza o creou, ao passo que as outras pessoas já são combinações ulteriores, formações sociaes. abstracções, e, em segundo lugar, allude á organização

(1) *Esboço*, observações ao art. 17.

juridica moderna, em que o individuo se destaca, nas relações de ordem privada, como elemento activo da vida social.

§ 6

Inicio da personalidade natural

I. A personalidade civil do ser humano começa com a concepção, declarava o Projecto do Codigo Civil brasileiro elaborado em 1899, sob a condição, acrescentava, de nascer com vida.

Esta doutrina apoia-se em razões valiosas, e tem por si autoridades egregias.

As razões são as seguintes: a) Desde a concepção o ser humano é protegido pelo direito. A provocação ao aborto é punida (1). Quando, entre nós, havia a pena de morte, não era applicada á mulher em estado de gravidez. Nesse estado não era sequer submittida a julgamento (2). O direito penal mostra, assim, considerações pelo feto, isto é, por um ser humano ainda não desprendido das entranhas maternas. Porque não faria o mesmo o direito civil? Não podia deixar de attender ao ser humano nessa phase da existencia, e a sua solitudine apparece em duas circumstancias principaes, como passo a expôr.

b) «A gravidez autoriza a posse em nome do ventre e a nomeação de um curador especial, sempre que competir á pessoa por nascer algum direito», dizia

(1) Codigo Penal, arts. 300-302.

(2) Codigo Criminal de 1830, art. 43: — «Na mulher pre-nhe não se executará a pena de morte, nem mesmo ella será julgada, em caso de a merecer, sinão quarenta dias depois do parto.»

Carlos de Carvalho ⁽³⁾, reproduzindo, em phrase moderna, o antigo preceito das *Ordenações*. O Codigo Civil occupa-se da especie, no art. 462, regulando-a, segundo os principios, que o orientam. A curadoria do nascituro é instituto conhecido em muitos outros systemas legislativos ⁽⁴⁾. Não se trata de uma particularidade do direito patrio.

c) A pessoa por nascer considera-se já ter nascido, quando se trata de seus commodos, proclama o preceito romano acceto pelas legislações modernas ⁽⁵⁾.

Neste caso, allega-se, ha, simplesmente, uma expectativa de personalidade ⁽⁶⁾. Mas, de duas uma: ou a personalidade já existe e não se trata de expectativa, ou é apenas possível, e, aos direitos reservados para o nascituro, falta um sujeito. Alguns civilistas não recuaram deante desta conclusão, e, não querendo attribuir personalidade ao ser humano ainda na phase intra-uterina da existencia, admittiram a possibilidade de direitos sem sujeito ⁽⁷⁾. Querendo ser logicos, romperam com a logica elementar do direito, a que nol-o apresenta como uma relação entre um sujeito e um objecto, sob a protecção da ordem juridica.

⁽³⁾ *Direito civil*, art. 75; Ord. 3, 18, § 7; TEIXEIRA DE FREITAS, *Consolidação das leis civis*, nota ao art. 1, e art. 199.

⁽⁴⁾ *Codigo Civil austriaco*, art. 274; *alemão*, 1.912; *francez*, 393; *italiano*, 236; *argentino*, 64. Para o direito romano, veja-se o D. 27, 10, fr. 8, e 37, 9, fr. 1, §§ 17 e 18.

⁽⁵⁾ *Nasciturus pro jam nato habetur, quum de ejus comodo agitur*, é formula moderna. Conf. as citações feitas adiante no texto. TEIXEIRA DE FREITAS, *Consolidação*, art. 1; CARLOS DE CARVALHO, *Direito civil*, art. 74; *Codigo Civil italiano*, art. 724, § 1; *francez*, 725, § 1; *hespanhol*, 29 e 30; *portuguez*, 6; *alemão*, 1.923; *austriaco*, 22; *argentino*, 63.

⁽⁶⁾ *Codigo Civil brasileiro*, art. 357, paragrapho unico; de *Zurich*, art. 9; do *Japão*, art. 1; *Projecto COELHO RODRIGUES*, art. 3.

⁽⁷⁾ WINDSCHEID, *Pand.*, § 49.

d) E' admissivel o reconhecimento de filhos naturaes ainda por nascer ⁽⁸⁾.

Em todos esses casos, o direito penal e o civil tratam o nascituro como um ser humano com direito á vida, no primeiro caso, como portador de direitos e como possuidor, no segundo e no terceiro, como curatelado, ainda no segundo, e, por fim, como capaz de um determinado estado.

Estas considerações levaram alguns legisladores a reconhecer, expressamente, a personalidade do nascituro ⁽⁹⁾, e alguns autores ⁽¹⁰⁾ a affirmal-a, não obstante a corrente contraria da opinião.

O direito romano é vacillante. Umaz vezes nos diz com um trecho de **Papiniano** (D. 35, 2, fr. 9, § 1): *partus nondum editus homo non recte fuisse dicitur*; e com **Ulpiano** (D. 25, 4, fr. 1, § 1): *partus antequam edatur mulieris portio est, vel viscerum*. Outras vezes é o mesmo **Paulo que declara** (D. 1, 5, fr. 7): *qui in*

(8) TEIXEIRA DE FREITAS, *Consolidação*, nota ao art. 1; PERDIGÃO MALHEIROS, *Commentarios* á lei de 2 de Set. de 1847, quest. 14; meu *Direito da familia*, § 69; Projecto de Codigo Civil, art. 363; OLIVEIRA FONSECA, *Observações sobre as emendas* do Sr. Senador Ruy Barbosa, p. 46; PLANIOL, *Traité*, I, n. 2.223.

(9) Codigo Civil *argentino*, art. 63; *austriaco*, 22; de *Berna*, art. 10; de *Lucerna*, 10; *Soleure*, 13; *Friburgo*, 12; *Valais*, 9. O Codigo Civil *suisso*, art. 31, revogou esses dispositivos anteriores á unificação, e estabeleceu o principio de que a personalidade começa com o nascimento ultimado da criança viva.

(10) TEIXEIRA DE FREITAS, *Consolidação*, art. 1; *Esboço*, art. 221 e a nota luminosa que o justifica; FELICIO DOS SANTOS, *Projecto*, art. 77; NABUCO, *Projecto*, art. 15; CARLOS DE CARVALHO, *Direito civil*, art. 74; Codigo Civil *argentino*, art. 63, e a respectiva nota; RUDOLF citado por WINDSCHEID, nota 5 ao § 52; RAOUL DE LA GRASSERIE, *Classification scientifique du droit*, p. 15; PLANIOL, *Traité* I, n. 347. Estas idéas já foram expostas nas minhas *Licções de legislação comparada*, 2ª ed., XIV, e no *Em defeza*, p. 56-59.

utero est perinde ac si in rebus humanis esset custoditur, quotiens de commodis ipsius queritur; ou é Juliano que ensina (D. 1, 5, fr. 26): qui in utero sunt in toto pene jure civili intelliguntur in rerum natura esse.

Em face destes e de outros textos, conclue Windscheid que a doutrina romana é a seguinte: o feto no utero materno ainda não é homem, porém, si nasce capaz de direito, a sua existencia se computa desde a época da concepção (11). Ora, se a existencia se calcula desde a concepção, para attribuir-se, desde então, direito ao homem, é irrecusavel que, a começar desse momento, elle é sujeito de relações juridicas.

Apesar da logica irrecusavel, que sustenta esta opinião, é certo que a opinião contraria é a dominante (12) e por ella se declarou o Codigo Civil brasileiro, art. 4: *a personalidade civil do homem começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.*

II. Qualquer que seja a opinião aceita sobre o inicio da personalidade do ser humano, o nascimento é facto decisivo; no primeiro caso, porque confirma, se a criança nascer viva, ou annulla, se nascer morta, a

(11) *Pandectas*, § 52. Conf. BONFANTE, *Diritto romano*, § 12.

(12) Codigo Civil *alemão*, art. 1; *suisso*, art. 31; do *Japão*, art. 1; *portuguez*, art. 6; *chileno*, art. 6; de *Zurich*, artigo 9; *mexicano*, art. 11; *hespanhol*, art. 29.

Citem-se, entre os auctores que defendem esta ultima opinião: KOHLER, *Lehrbuch*, §§ 111 e 151; este auctor, aliás, é muito positivo, pois acha possivel a construcção de uma pessoa juridica para cuidar dos interesses do futuro menino e cujo órgão é o curador do nascituro, accrescentando que essa personalidade de curta duração termina com o nascimento; WINDSCHEID, *Pandectas*, § 52; DERNBURG, *Pandectas*, § 50; ENDEMANN, *Einfuehrung*, § 23; VALVERDE, *Instituciones*, §§ 38-40 e 49.

Sobre este assumpto, veja-se ainda a nota 408 de BENTO DE FARIA ao § 123 do *Direito romano* de MACKELDEY.

personalidade attribuida ao nascituro; no segundo caso, porque assignala o momento inicial da vida juridica do homem.

Para que o nascimento produza esse resultado, é necessario: 1º, que a criança seja de tempo; 2º, que tenha nascido com vida.

O tempo da gestação humana é de seis a dez mezes, para dar um producto capaz de viver. Este é o prazo estabelecido pelo direito romano fundado na autoridade de Hippocrates (13), e que as legislações modernas aceitam com ligeiras modificações (14). O ensino dos competentes corrobora os dispositivos das legislações (15).

Estes prazos não podem ser fataes. Antes de 180 dias, poderá ser que a criança, auxiliada pela arte, consiga resistir e affirmar a sua existencia extra-uterina. Além dos trezentos dias póde acaso prolongar-se a gestação, por mais algum tempo, sem que essa circumstancia autorize a duvidar, só por ella, de que a concepção se tenha dado no momento, em que o dizem os interessados.

(13) D. 1, 5, fr. 12; D. 33, 16, fr. 3, § 12; DERNBURG, *Pandette*, I, § 30.

(14) *Codigo Civil brasileiro*, art. 338; *francez*, art. 312; *italiano*, 160; *austriaco*, 138 (7 e 10 mezes); *allemão*, 1.592 (181 e 302 dias); *portuguez*, 101; de Zurich, 648 e 649; do cantão dos Grisões, 57; *peruano*, 4 e 5 (seis mezes e 305 dias); *mexicano*, 290; *hespanhol*, 108; *chileno*, 76; *argentino*, 77; *uruguayano*, 191; *boliviano*, 160; *venezuelano*, segundo R. de la Grasserie, p. 103; direito russo (180 e 306 dias), segundo LEHR, I, p. 71.

(15) LITTRÉ et ROBIN, *Dictionnaire de médecine*, vb. *accouchement*; LACASSAGNE, *Précis de médecine judiciaire*, ed. de 1886, p. 515; ANGIOLO FILIPI, *Principi di medicina legale*, ed. de 1892, p. 54; BROUARDEL, *Le mariage*, p. 175 e segs. Veja-se, no meu livro *Em defeza*, a minha resposta á critica de NINA RODRIGUES (p. 360-370).

Para que a criança se repute nascida com vida, basta que, depois de separada das entranhas maternas, tenha respirado o ar atmospherico, o que é uma questão de facto a provar-se. A penetração do ar nos pulmões determina a circulação do sangue, e, desde então, o recém-nascido affirma a sua existencia independente do organismo materno (16). Realizado o nascimento, pouco importa que, momentos depois, venha a fallecer o recém-nascido. A capacidade juridica está, definitivamente, firmada com a vida, e, dado o fallecimento, serão transmittidos a outrem os direitos adquiridos com o nascimento.

III. O direito romano exigia ainda que o nascido tivesse fôrma humana, para que se lhe attribuisse capacidade juridica. *Non sunt liberi qui contra formam humani generis, converso more, procreantur*, diz Paulo.

Apesar de que alguns codigos ainda façam referencia á fôrma humana (17), é certo que o direito moderno, orientado pela physiologia, não se mantem mais fiel á licção romana, cujo erro foi reconhecido, e apenas toma em consideração as monstruosidades e anomalias organicas, para o effeito de lhes restringir ou tirar a capacidade, segundo as circumstancias.

(16) ENDEMANN, *Einfuehrung*, § 29.

(17) Codigo Civil do Perú, art. 4; portuguez, 110; hespanhol, 30; Projecto COELHO RODRIGUES, art. 2. Vejam-se, a respeito deste assumpto, HUC, *Commentaire*, V, n. 38, e ANDRÉS BELLO, nota ao art. 76 do Projecto de Codigo Civil chileno.

A penetração romana havia dado á cabeça (*caput*) a séde da personalidade.

Devemos acceitar essa concepção. E, assim, os xiphopagos, tendo dois cerebros distinctos, duas consciencias, duas individualidades psychicas, constituem duas pessoas.

IV. Pensam alguns romanistas que a viabilidade era tambem requisito exigido pelo direito romano, para conceder ao recém-nascido a qualidade de pessoa (18). Savigny sustentou opinião contraria (19) e o seu modo de ver prevaleceu por muito tempo na doutrina, reflectindo-se nas legislações (20). Todavia a theoria opposta encontrou adhesões entre legisladores civis de diversas nações (21) e vae reconquistando o terreno perdido (22). Não será conveniente que vingue esse resurgir de uma doutrina, que parecia morta, e se reflita nas legislações modernas, porque é assaz perigosa. Nem a sciencia dispõe de meios infalliveis para assegurar que determinados individuos, que, no momento presente, se consideram inaptos para viver, não obterão, da arte futura, os recursos necessarios para prolongar a sua precaria existencia, nem o direito necessita de alguma coisa mais do que a vida, para dotar o individuo com a personalidade juridica.

Por isso mesmo, deve presumir-se que a criança de tempo nasceu viva. O aborto, porém, isto é, a ex-

(18) MACKELDEY, *Direito romano*, § 123; DERNBURG, *Pandette*, § 50.

(19) *Direito romano*, II, § 6 e appendice 3º.

(20) *Codigo Civil chileno*, art. 74; *colombiano*, 90; *de Zurich*, 8; *argentino*, 72; *allemão*, 1. Veja-se a nota 409 de BENTO DE FARIA ao § 123 de MACKELDEY. Adde: HUC, *Commentaire*; TEIXEIRA DE FREITAS, *Esboço*, nota ao art. 224; VALVERDE, *Instituciones*, § 42.

(21) *Codigo Civil francez*, art. 175; *italiano*, 724, § 2; *da Luisiana*, 917 e 948.

(22) WAECHTER havia combatido a doutrina de SAVIGNY, no que lhe parecera excessiva, e sustentara que o aborto nem sempre era um parto prematuro terminando pela expulsão de um feto sem vida, e mais que o parto prematuro, dando á luz um ser vivo ou morto, não determinava, sempre, o apparecimento de um sujeito de direitos. Modernamente esta questão tem sido muito debatida, mas, ao que parece, sem interesse pratico. Veja-se a nota 4 ao § 50 das *Pandectas* de DERNBURG.

pulsão do feto antes do tempo indicado como termo minimo da gestação, em falta de provas convincentes, deve presumir-se como não tendo dado logar ao nascimento de um ser vivo.

§ 7

Do estado das pessoas

I. *Estado das pessoas é o seu modo particular de existir.* E' uma situação juridica resultante de certas qualidades inherentes á pessoa (1).

A theoria dos estados não tem mais hoje a importancia, que teve entre os romanos, e obedece a outros principios. O estado era a qualidade particular, que determinava a capacidade (2).

Se o individuo reunia os tres estados de *liberdade*, de *cidade* e de *familia*, gozava da capacidade plena. Se lhe faltava algum desses estados, soffria uma restricção de capacidade (*capitis minutio*), a qual seria *maxima*, importando a perda de todos os direitos, no caso de o individuo não ter liberdade, *média*, no caso de ser

(1) PLANIOL, *Traité*, I, n. 401, define estado «certas qualidades da pessoa, que a lei toma em consideração para ligar-lhes efeitos juridicos». E acrescenta que essas qualidades devem ser inherentes ás pessoas, mas não dependentes de sua profissão. PLANIOL et RIPERT, *Traité pratique*, I, n. 13.

KOHLER, *Lehrbuch*, I, § 121, inclue tambem as qualidades profissionaes na idéa de estado. Assim, as qualidades de *funcionario*, *commerciantes*, *sacerdotes*, etc., são estados para o civilista allemão, e não têm a mesma qualificação para o francez.

A doutrina de PLANIOL parece mais juridica. Quando hoje falamos do estado *civil* em opposição a estado *religioso*, allude-se apenas á profissão, sem a ella se ligarem efeitos juridicos. Veja-se tambem COELHO DA ROCHA, *Instituições de direito civil*, §§ 55-72.

(2) MACKELDEY, *Direito romano*, § 124.

estrangeiro, e *minima*, de não ser agnado de uma família. Estes tres estados achavam-se, entre si, na seguinte relação: o de família dependia do de cidade e este do de liberdade, de modo que o individuo necessitava de ser livre para ter direitos de cidade e de família, e sómente lhe eram assegurados os direitos ligados á agnação, se fosse romano.

Não temos actualmente essa organização de estados superordenados, no direito privado moderno, porque todos os homens são livres, e porque a nacionalidade não tem mais a influencia decisiva, de outr'ora, sobre a aquisição e gozo dos direitos civis. Mas ainda se distinguem tres ordens de estados: o *politico*, o de *família* e o *physico*.

Sob o ponto de vista politico, a pessoa poderá ser *nacional* ou *estrangeira*.

Em relação á família (3), os estados são: *a*) de *casado* e de *solteiro*; *b*) de *parente*; *c*) de *affin* (4).

O estado de parente admite diversas antitheses: pae e filho; irmão; tio e sobrinho, etc. Além disso, o parentesco póde ser *legitimo*, *natural* e *civil*. A affinidade, por sua vez, determina diversas situações de direito á semelhança do parentesco.

Quanto ao estado physico, ha que considerar a *idade* (maiores e menores), a *integridade mental* (sãos de espirito, alienados) e o *sexo*.

II. Ainda que o estado não seja mais do que uma situação juridica, tem-se admittido que seja susceptivel de *posse*.

(3) TEIXEIRA DE FREITAS, *Esboço*, nota ao art. 26, pagina 32 do vol. I, acha que sómente se póde falar, modernamente, em estado de família, e que, em rigor, seria melhor deixar de lado expressões, que sómente no direito antigo tinham applicação.

(4) PLANIOL, *Traité*, I, n. 410.

Possuir um estado é apresentar-se na vida social, tendo uma determinada situação jurídica; é gozar das vantagens e soffrer os incommodos correspondentes ao estado.

Não ha, neste caso, uma applicação rigorosa da idéa de posse.

O que se pretende significar é que merece dispensa de provas directas de lhe competir a situação jurídica, em que se apresenta, aquelle que é acceto pela sociedade nessa posição, e nella desenvolve a sua actividade jurídica.

Aliás a posse de estado não se applica senão ás relações de familia. O estado politico e o physico escapam a essa possibilidade.

A prova da posse de estado resulta de um conjuncto de factos que estabelecem a crença geral de que o individuo é realmente o que diz ser ⁽⁵⁾. *Nomen, fama, tractatus* são os factos que devem ser provados, isto é, deve a pessoa ter o nome que designa o estado, ser geralmente conhecida como tal, e receber o tratamento correspondente.

§ 8

Influencia da nacionalidade sobre os direitos privados

No direito privado interno, é hoje limitadissima a influencia da nacionalidade, por isso esta materia foi

(5) *As Ords.*, 4, 46, § 2, falavam de pessoas que vivem «em publica voz e fama de marido e mulher» e o dec. de 24 de Janeiro de 1890, art. 53, admittia a posse de estado como prova sufficiente da existencia do casamento, na falta de meios directos. O Codigo Civil, art. 203, tambem se refere á posse do estado de casado.

transferida para o direito internacional privado onde é fundamental (1).

O direito privado interno limita-se a estabelecer a egualdade entre nacionaes e estrangeiros, quanto á aquisição e gozo dos direitos civis, e a estabelecer as restricções, que acaso parecerem necessarias.

No Brasil, a Constituição de 1891, reformada em 1926, art. 72, assegura essa egualdade (2). No campo do direito civil propriamente dito, nenhuma restricção existia antes da reforma de 1926 (2^a); no commercial, além da restricção estabelecida na propria lei constitucional, art. 13, § unico (3), deve-se recordar que o estrangeiro não póde ser corretor (4). Aliás esta exclusão procede do facto de se ter considerado a *corretagem officio publico* (5).

§ 9

Dos absolutamente incapazes

I. Absolutamente incapazes são aquelles que o direito afasta, inteiramente, da actividade juridica, pon-

(1) Remetto o leitor para o meu *Direito internacional privado*, onde o assumpto está exposto sob o ponto de vista da historia do direito e da legislação comparada. V. tambem PONTES VIEIRA, *Institutos juridicos*, Ceará, 1925, p. 239 e segs.

(2) A *Constituição assegura, a brasileiros e a estrangeiros residentes no paiz, a inviolabilidade dos direitos concernentes á liberdade, á segurança e á propriedade.*

(2^a) Ao art. 17 da *Constituição*, a reforma acrescentou: *As minas e jazidas mineiras necessarias á segurança e defeza nacionaes e as terras, onde existirem, não podem ser transferidas a estrangeiros.*

(3) *A navegação de cabotagem será feita por navios nacionaes.*

(4) Dec. n. 2.475 de 13 de Março de 1897, art. 4; *Codigo commercial*, art. 37, n. 1. Veja-se sobre os *corretores* a monographia de CARVALHO DE MENDONÇA, publicada no *Dirreito*, vol. 97.

(5) Em particular, a de fundos publicos.

do, ao seu lado, alguém que os represente, e, em nome delles, exerça os actos da vida civil.

1º *Os menores de dezeseis annos, de ambos os sexos* (1).

2º *Os loucos de todo o genero* (2).

3º *Os surdos-mudos, que não puderem exprimir a sua vontade* (3).

4º *Os ausentes declarados taes, por acto do juiz* (4).

II. Os menores de 16 annos são, pelo direito patrio, afastados da actividade juridica. Seus interesses são dirigidos por um representante legal, pae, mãe ou tutor,

(1) Codigo Civil, art. 5, I. Para o direito anterior; Ord. 3, 29, § 1; 3, 41, § 8; 3, 63, § 5; 4, 80, pr.; 4, 81, pr.; 4, 83, § 1; 4, 104, § 6; T. DE FREITAS, *Consolidação*, art. 25; CARLOS DE CARVALHO, *Direito civil*, art. 91, I, b.

(2) Codigo Civil, art. 5, II. Para o direito anterior: Ord. 4, 81, pr. e §§ 1 e 2; 4, 103; T. DE FREITAS, *Consolidação*, arts. 29 e 30; CARLOS DE CARVALHO, *Direito civil*, art. 91, I, c. As leis antigas usavam de uma variada synonymia para designar os alienados. *Furiosos, mentecaptos, sandeus, dementes, desasisados, desmemoriados* eram termos que vinham, a miudo, nas leis, quando se occupavam de insanidade mental. O Codigo Criminal de 1830 deu preferencia á expressão *loucos de todo o genero*, a qual, depois disso, foi geralmente empregada. Não obstante não lhe faltaram criticas (TOBIAS BARRETO, *Menores e loucos*, ed. do Rio de Janeiro, p. 125).

Alguns Projectos do Codigo Civil brasileiro inclinavam-se pela locução *alienados de toda especie*, que, se não é inatacavel, tem por si boas razões. (Veja-se o que a respeito diz NINA RODRIGUES, *O alienado no direito civil*, p. 19-26). A assistencia a alienados acha-se regulada pelos decs. n. 1.132 de 22 de Dezembro de 1903, e n. 5.125 de 1 de Fevereiro de 1904.

(3) Codigo Civil, art. 5, III. Para o direito anterior: Ord. 4, 81, § 5; CARLOS DE CARVALHO, *Direito civil*, art. 91, I, d.

(4) Codigo Civil, art. 5, IV. Para o direito anterior: Ord. 1, 62, § 38; 1, 90, pr.; dec. n. 2.433 de 15 de Junho de 1859, art. 20 e segs.; T. DE FREITAS, *Consolidação*, art. 31; CARLOS DE CARVALHO, *Direito civil*, art. 91, I; RIBAS, *Direito civil*, II, p. 66-67.

que, em nome delles, realiza todos os actos da vida civil, sem que os mesmos intervenham ⁽⁵⁾.

Attendendo o direito anterior á aptidão para procrear, estabelecia differença entre os dois sexos. Não é, porém, esta a base, que deve ser escolhida para determinar a incapacidade das pessoas, sob o ponto de vista da idade. E' ao desenvolvimento mental que se deve attender, porque a pessoa é chamada a pôr em movimento o mecanismo juridico, pela acção de sua vontade, e o que cumpre examinar é se essa vontade é manifestação de um espirito, sobre o qual já se operou, de modo apreciavel, a adaptação ás condições do viver social, se essa vontade é dirigida por uma intelligencia, que tem consciencia, mais ou menos firme, do meio em que vive, e á qual a educação, ainda que rudimentar, já forneceu meios de perceber o alcance dos proprios actos. Por isso o criterio da puberdade foi posto de lado pelo Codigo Civil.

Tomando o desenvolvimento mental por base da graduação da capacidade, não ha razão para distinguir-se entre os dois sexos. No direito civil, parece que não é dilatar muito o periodo da incapacidade absoluta, dar-lhe por termo o decimo sexto anno de existencia da pessoa, sem distincção de sexo.

Nessa idade, o individuo já recebeu, no seio da familia, certas noções essenciaes, que lhe dão o criterio moral necessario para orientar-se na vida, e a educação intellectual já lhe deu luzes sufficientes para dirigir a sua actividade juridica, sob a vigilancia ou assistencia da pessoa designada pelo direito para auxiliar-o e protegê-lo.

(5) Codigo Civil, art. 84, 145, I. Direito anterior: Ord. 3, 29, § 1; 3, 41, § 8; 3, 63, § 5; FREITAS, *Consolidação*, art. 25; C. DA ROCHA, *Instituições*, § 308.

No direito penal, também o desenvolvimento mental determina o periodo da existencia em que o individuo deve gozar da irresponsabilidade absoluta e a época em que deve ter uma responsabilidade relativa. O nosso Codigo Penal marca, para esse effeito, as edades de 9 e 14 annos. Depois dos 14 annos, ha plena responsabilidade; mas a penalidade, em consideração á idade, é diminuida até que o individuo alcance os 17 annos, ou simplesmente attenuada desde esse momento até os 21 annos (6).

III. O direito romano considerava impuberes os varões menores de 14 annos e as mulheres menores de 12, e submettia-os á tutela, se não se achavam sob a autoridade paterna. O direito civil francez e o italiano não estabeleceram divisão para a menoridade; o Codigo Civil portuguez, art. 212, e o hespanhol, art. 308, determinam que o tutelado maior de 14 annos assista ás deliberações do conselho de familia e seja ouvido, quando nessas reuniões se tratarem negocios de maior importancia. O Codigo Civil allemão, art. 104, considera absolutamente incapaz de realizar negocios juridicos o menor de 7 annos, começando, então, a capacidade restricta, systema que já fôra adoptado pelo Codigo dos bens para o principado do Montenegro, artigo 642. O Codigo Civil de Zurich, art. 10, fixava a idade de 16 annos para a aquisição do discernimento; e o suizo, art. 15, elevou essa idade aos dezoito. O chileno, art. 26, e o colombiano, art. 34, denominam *infantes* os menores de 7 annos, e *impuberes* o varão menor de 14 e a mulher menor de 12. No argentino, ar-

(6) Codigo Penal, arts. 27, §§ 1 e 2; 30; 42, § 11; 65; 272 e 399, § 2. Cabe, entretanto, aqui observar que a isempção da responsabilidade penal não implica a da responsabilidade civil (Codigo Penal, art. 31).

tigo 127, encontramos o systema do *Esboço* e, em geral, dos *Projectos* brasileiros: son menores impuberes los que aún non tuvieren la edadê de catorce años cumplidos.

IV. Não é necessario dar uma definição rigorosa de alienação mental em um livro juridico. E' sufficiente que tenhamos desse estado mental uma noção approximada, pois o que importa ao jurista é a aptidão do individuo para dirigir-se na vida e não a rigorosa determinação de uma entidade morbida (7).

Alienados, ou loucos, no sentido do Código Civil, são «aquelles que, por organização cerebral incompleta, por molestia localizada no encephalo, lesão somatica ou vicio de organização, não gozam de equilibrio mental e clareza de razão sufficientes para se conduzirem socialmente nas varias relações da vida» (8).

E' a insanidade mental permanente ou sequer duradoura, que acarreta a incapacidade absoluta do individuo, ainda que seja descontinua, isto é, interrompida por intervallos de lucidez. Mas não basta este requisito da duração; é ainda necessario que determine *grave alteração nas faculdades mentaes*.

Os *estados transitorios* de insanidade mental ou de perturbação da intelligencia viciam os actos praticados durante elles. Os permanentes, porém, que não impedem ao paciente de reger sua pessoa e seus bens, não

(7) Sobre este assumpto, vejam-se: LEGRAND DU SAULLE, *La folie devant les tribunaux*; LACASSAGNE, *Médecine judiciaire*, 1886, p. 128-151; JULIO DE MATTOS, *Os alienados nos tribunales*; NINA RODRIGUES, *O alienado no direito civil brasileiro*; TOBIAS BARRETO, *Menores e loucos*; ALEXANDRE ALVARES, *La incapacidad mental ante la medecina legal y ante los principios de la legislacion comparada*; CULLÈRE, *Les frontières de la folie*; ENDEMANN, *Einführung*, §§ 28-39; KERAVAL et LAGRÉSILLE, *Aliénation mentale*, na *Grande encyclopédie*.

(8) *Direito da familia*, § 90.

exigem, igualmente, a intervenção energica da ordem juridica, traduzindo-se pela incapacidade absoluta ⁽⁹⁾.

A ord. 4, 181, § 2, considerava as remissões do estado permanente da alienação para, com o regresso da razão, conceder a capacidade civil ao individuo. E' uma questão grave, em pathologia mental e em direito civil, a que suscitam os lucidos intervallos. Em primeiro lugar, ha que distinguir, como já observára Celso ⁽¹⁰⁾ os periodos de tranquillidade superficial (*inumbrata quies*) dos periodos em que a razão se restabelece inteiramente (*perfectissima intervalla*). Depois, ainda que, nos intervallos de lucidez plena, o individuo esteja em condições de dirigir a sua pessoa e os seus interesses, actos haverá que, por outras considerações, se lhe deveriam prohibir. Assim é que, se apesar dessas remissões, subsiste a enfermidade, será imprudencia permittir que o individuo constitua fa-

⁽⁹⁾ NINA RODRIGUES, *O alienado no direito civil*, opina que se deviam destacar, na legislação, os casos de *aphasia e embriaguez habitual*, que não entram, facilmente, na denominação geral de *alienados de toda a especie*. Mas não tem razão.

«*Aphasico*, define DEJERINE, citado por NINA RODRIGUES, é o doente que, gozando da integridade dos seus apparatus phonetico, auditivo e visual, é, comtudo, incapaz de exprimir o seu pensamento e communicar-se com os seus semelhantes pelos processos ordinarios: palavra articulada, leitura, escripta, audição.» Mas este doente é, perfeitamente, alienado: permanece extranho ao meio social, com que se não póde communicar. Haverá na pathologia mental interesse em destacar este caso; não, porém, no direito. E, se o aphasico puder escrever os seus pensamentos, terá corrigido, em parte ao menos, o seu defeito, e, se esse modo de comunicação do pensamento se fizer de modo satisfactorio, estará desclassificado do numero dos alienados.

Quanto á embriaguez habitual, seria perigoso erigil-a em causa de interdicção, ainda com as limitações estabelecidas pelo Codigo Civil allemão, art. 6.

⁽¹⁰⁾ D. 41, 2 fr. 18, § 1.

milia e, sob os auspícios da lei, transfira á sua descendencia o germen psychopathico (11).

Os lucidos intervallos não se presumiam; deviam ser provados (12). O Codigo Civil, porém, pôl-os de parte.

V. O direito romano antigo distinguia os *furiosi* e os *dementes* ou *mente-capti*, distincção correspondente á loucura completa e á parcial ou monomania (13). O direito justiniano, porém, desprezou esse ponto de vista da fórma da enfermidade para attender, exclusivamente, á insanidade mental, em suas consequencias juridicas, declarando incapazes os loucos e dando-lhes curadores. Durante os *lucida intervalla* recobravam a sua capacidade (14).

No direito francez, o alienado é submettido á interdicção, ainda que tenha intervallos de lucidez. Emquanto não é interdicto, sua incapacidade é um facto, portanto, os actos praticados durante os intervallos de sanidade mental serão validos. Dada a interdicção, a incapacidade é um estado de direito e não ha que invocar remissões de lucidez (15).

O Codigo Civil italiano regulou esta materia nos arts. 324 a 339; o portuguez, nos arts. 314 e seguintes; o allemão, nos arts. 6, n. 3, e 1.896 a 1.909; o hespanhol, nos arts. 213 a 220; o argentino, nos arts. 54, 468

(11) NINA RODRIGUES, *O alienado no direito civil*; FERÉ, *La famille névropathique*.

(12) RIBAS, *Direito Civil*, II, pag. 71; CARLOS DE CARVALHO, *Direito Civil*, art. 103.

(13) AUDIBERT, *De la condition des fous et des prodiges en droit romain*. (Archives d'anthropologie criminelle, 1892, 15 Nov.).

(14) DERNBURG, *Pandette*, § 56.

(15) Codigo Civil, arts. 489-512; lei de 30 de Junho de 1838, lei de 16 de Março de 1893; PLANIOL, *Traité*, I, numeros 2.898-2.908.

a 484; o uruguayo, nos arts. 385-403; o de Zurich, arts. 730 e 737; o chileno, arts. 456 a 468 (16).

VI. Alexandre Alvares acha que não tem fundamento, serio, na pathologia mental, a incapacidade por surdo-mudez.

«Se a surdo-mudez depende de perturbações mentaes, deve o individuo ser declarado incapaz por este motivo e não pelo primeiro. Porém, se a surdo-mudez é devida a causas locaes occorridas após o nascimento, as quaes, segundo a estatistica, constituem a maioria dos casos, então o individuo não é incapaz de modo algum, e terá apenas a impossibilidade de facto de celebrar certos actos e contractos, impossibilidade que póde remover, autorizando alguém a represental-o» (17).

Nina Rodrigues, ao contrario, applaude os legisladores, que destacam esta especie de entre os casos de alienação mental (18). Parece que teve razão o egregio medico-legista brasileiro, porque, se a surdo-mudez congenita resulta, em regra, de uma lesão dos centros nervosos, que determina uma verdadeira alienação mental, e a surdo-mudez adquirida na infancia é, ordiariamente, consequencia de lesão no aparelho auditivo, é certo que, algumas vezes, assim não será. Por outro lado, o criterio da manifestação intelligivel da vontade tem um duplo effeito: em primeiro lugar, é pratico, simples, apreciavel por qualquer pessoa, e corresponde, perfeitamente, aos ensinamentos da pathologia mental; porque, se o surdo-mudo soffrer de uma lesão central, em regra, não poderá receber edu-

(16) Veja-se, para mais extensas informações, o meu *Direito da familia*, § 91 da 2ª ed.

(17) *La incapacidad mental*, pag. 26. Em seu apoio invoca VINCENT, *La capacité civile des sourds-muets*. Conf. PLANIOL, *Traité*, n. 2.851.

(18) *O alienado no direito civil*, pag. 35.

cação; e satisfaz aos intuitos do direito, porque a intelligencia normal se manifesta pela assimilação da instrução fornecida, e, ao individuo nessas condições, deve ser entregue a direcção de seus negocios; em segundo lugar, o legislador, com essa determinação, fomenta o derramamento da educação entre os surdos-mudos.

E, em verdade, abstrahindo de outras considerações, como ha de praticar por si os actos da vida civil, quem não pôde manifestar a sua vontade? Como ha de fazer uma doação, dar um testemunho, fazer um testamento, acceitar uma obrigação, se se não pôde fazer comprehender?

VII. No direito romano o surdo-mudo era incapaz de testar ⁽¹⁹⁾. O Codigo Civil francez, art. 936, admite que o surdo-mudo, sabendo escrever, acceite por procurador uma doação entre vivos; mas, se não souber escrever, a acceitação deve ser feita por um curador *nomeado para esse effeito, segundo as regras estabelecidas no titulo da menoridade*, da tutela e da emancipação. Ainda que a disposição se refira a um acto juridico determinado, offerece bases para uma construcção juridica semelhante a que acabamos de ver que foi adoptada pelo direito patrio ⁽²⁰⁾. O Codigo Civil allemão, art. 828, equipara o surdo-mudo ao menor de 18 annos e maior de 7, quanto á responsabilidade civil pelos actos que causam damno a outrem. O austriaco, art. 275, manda pôr sob curatela o surdo-mudo que é tambem mentecapto, e considera-o capaz se, na época legal da capacidade, se mostra apto para cuidar de seus negocios.

(19) *Inst.*, 2, 12, § 3; D. 28, 1 fr. 6, § 1.

(20) Todavia não pensam assim TH. HUC, *Commentaire*, VI, ns. 69, 286, 295 e 305; e PLANIOL, *Traité*, I, n. 2.851.

O Codigo Civil argentino, arts. 54 e 468-484; o chileno, arts. 342 e 469 a 472; o uruguayo, arts. 385 a 403, e o hespanhol, arts. 213-229 equiparam o surdo-mudo não educado, ou que não sabe fazer-se comprehender, ao alienado. O portuguez, arts. 337 a 339, colloca-se no ponto de vista do Codigo Civil austriaco e regula a tutela do surdo-mudo, que não tem capacidade necessaria para reger seus bens. O italiano, artigo 340, estabelece para o surdo-mudo, assim como para outros enfermos da mente, o instituto da inhabilitação.

O Codigo Civil brasileiro, art. 451, determina que a interdicção dos surdos-mudos deve fixar os limites da curatela, segundo o grau do seu desenvolvimento mental.

VIII. *Ausente*, em direito civil, é *aquella pessoa cuja habitação se ignora ou de cuja existencia se duvida, e cujos bens ficaram ao desamparo* (21). A curadoria dos ausentes e as regras juridicas applicaveis para a determinação da ausencia são geralmente expostas no direito da familia, porque é na familia que mais directamente se fazem sentir os interesses ligados ás pessoas e aos bens dos incapazes, e porque a curatela está em connexão com os desvelos, que a familia é chamada a dispensar aos que necessitam delles por enfermidade mental. O Codigo Civil allemão preferiu tratar da ausencia e da morte presumida na parte geral, arts. 13 a 19, no que foi acompanhado pelo suizo, arts. 36 a 38, e pelo japonéz, arts. 25 a 32 (22).

(21) Codigo Civil, art. 463; *Direito da familia*, § 93.

(22) E' aliás o systema adoptado agora entre os escriptores allemães, como DERNBURG, *Pandette*, § 51, e ENDEMANN, *Einfuehrung*, § 42, mas que não foi seguido por GERBER, *System des deutschen Privatrechts*, ROTH, *System d. d. Privatrechts*; WINDSCHEID, *Pandectas*, e outros, que escreveram antes do Codigo Civil.

§ 10

Dos relativamente incapazes

I. Relativamente incapazes são os que podem praticar, por si, os actos da vida civil, que não lhes são vedados, devendo praticar todos os mais, autorizados por outrem.

São relativamente incapazes:

1.º Os maiores de dezeseis annos e menores de vinte e um (1).

2.º As mulheres casadas, enquanto subsistir a sociedade conjugal (2).

3.º Os prodigos (3).

4.º Os selvicolas (4).

II. Os maiores de dezeseis, menores de 21 annos, já possuem um certo desenvolvimento mental, que vae progressivamente augmentando com os annos e a experiencia da vida; por isso o direito, se lhes veda o exercicio de grande numero de actos juridicos, chamados a intervir, pessoalmente, nesses mesmos actos (5),

(1) Codigo Civil, art. 6, I. Para o direito anterior: Ord. 3, 41, § 8; 4, 81; resolução de 31 de Out. de 1831; T. DE FREITAS, *Consolidação*, art. 8; CARLOS DE CARVALHO, *Direito civil*, art. 91, II, a.

(2) Codigo Civil, art. 6, II. Direito anterior: Dec. n. 181 de 24 de Jan. de 1890, art. 56, §§ 2 e 3, e art. 94; CARLOS DE CARVALHO, *Direito civil*, art. 91, II, b.

(3) Codigo Civil, art. 6, III. Direito anterior: Ord. 4, 103, §§ 6, 7 e 8; CARLOS DE CARVALHO, *Direito civil*, artigo 91, II, f.

(4) Codigo Civil, art. 6, IV.

(5) Codigo Civil, arts. 84, 147, 155, 391, 384, V e 426. Direito anterior: Ord. 3, 41, § 8: «e sendo maior de quatorze annos, ou a femea de doze, será citado o mesmo menor e mais

facilitando-lhes assim a comprehensão de sua attitude na sociedade e a acquisição dos conhecimentos necessarios para bem se conduzirem, quando tiverem inteira responsabilidade de suas acções, e, ao mesmo tempo, lhes faculta o exercicio directo de muitas outras acções de character juridico.

Assim é que o maior de dezeseis annos está habilitado:

1º A exercer empregos publicos para os quaes não fôr exigida a maioria (6);

2º A desempenhar mandato extrajudicial (7)

3º A fazer testamentos (8);

seu curador»... E sendo menor de quatorze annos, então será necessario apparecer elle menor em juizo e fazer seu procurador com auctoridade do curador ou do juiz do feito»; dec. n. 3.084, de 5 de Novembro de 1898, art. 4; CARLOS DE CARVALHO, *Direito civil*, art. 96; FREITAS, *Consolidação*, artigo 26; JOÃO MONTEIRO, *Processo*, I, § 55, e nota 4; DUARTE DE AZEVEDO, *Controversias juridicas*, p. 217-220; COELHO DA ROCHA, *Instituições*, §§ 308 e 373. LAFAYETTE, *Direitos de familia*, § 144, notas 1 e 2, á p. 292 da 1ª ed. e § 152, não generaliza o principio, que, realmente, foi estabelecido apenas para os orphãos e servia de base para a distincção entre a tutela dos impuberes e a curatela dos puberes, mas a doutrina, buscando a razão da lei, generalizou, muito justamente, a regra, o que, afinal, teve consagração legal.

(6) Podem ser empregados de fazenda os menores de 21 annos e maiores de 18 (dec. de 20 de Nov. de 1850). A idade de 18 annos é tambem a requerida para ser o individuo qualificado guarda nacional (lei de 19 de Set. de 1850, art. 9, §§ 1 e 2).

(7) Codigo Civil, art. 1.298. Direito anterior: Ord. 3, 9, § 5; T. DE FREITAS, *Consolidação das leis civis*, art. 466, § 1 e nota 3, art. 185, nota 1; RIBAS, *Direito civil*, II, nota 23 á p. 57; LOUREIRO, *Direito civil*, § 240; meu *Direito das obrigações*, § 121.

(8) Codigo Civil, art. 1.627. Ord. 4, 81, pr. e § 4. O filho-familias sómente dos seus bens castrenses e quasi castrenses podia dispôr.

4º A contrahir matrimonio, se tiver attingido á idade nupcial, que é de 16 annos para a mulher e 18 para o varão (9);

5º A ser commerciante, tendo 18 annos e sendo autorizado pelo pae (10);

6º A ser testemunha nos actos juridicos, sem distincção de sexo (11);

7º A fazer depositos nas Caixas economicas e retirál-os, salvo opposição de seus representantes legaes (12).

III. A incapacidade da mulher casada é uma persistencia do antigo direito, que tende a desaparecer, pois não tem fundamento, nem na biologia nem na sociologia; e, no Codigo Civil, por assim dizer, não existe.

O sexo, por si só, não é causa determinante de preceitos especiaes no Codigo Civil. Desappareceram as poucas restricções, que ainda se encontravam no direito civil patrio, antes da codificação. Não podia ser tutora, salvo a avó, nem testemunha em testamentos ordinarios, podendo, aliás, ser nas disposições nuncupativas, e podendo testar. O Codigo Civil eliminou es-

(9) Codigo Civil, art. 183, XII, Direito anterior: Dec. n. 181 de 24 de Jan. de 1890, art. 7, § 8. Estes menores, porém, não podem dispensar o consentimento de seus paes ou tutores (cit. dec., art. 7, § 7; Cod. Civil, art. 183, XI).

(10) Codigo Commercial, art. 1, § 3. Aliás o estabelecimento commercial, com economia propria, determina a emancipação do menor, Codigo Civil, art. 9, § unico, V. I.

(11) Codigo Civil, art. 142, III e 1.850, I, Direito anterior, Ord. 3, 56, § 6; reg. 737, art. 177; JOÃO MONTEIRO, *Processo*, § 165; SEVE E NAVARRO, *Processo*, art. 614, § 4; BENTO DE FARIA, ao art. cit. do reg. 737. Nos casamentos de que trata o art. 37 do doc. n. 181 de 1890, deviam ter 18 annos as testemunhas.

(12) Dec. n. 9.337 de 2 de Abril de 1887, art. 5.

sas sobrevivencias do antigo direito, estabelecendo a egualdade juridica dos sexos (12^a). Apenas a mulher casada soffre restricções na sua capacidade (art. 242), como consequencia da sociedade conjugal, cuja direcção é confiada ao homem. Mas, por um lado, o marido

(12.^a) Não quero demorar-me na discussão deste ponto, aliás importantissimo, de sociologia juridica. Já sobre elle me externei no meu *Direito da familia*, § 29, e na discussão do *Projecto deCodigo Civil brasileiro (Trabalhos da Camara dos Deputados, vol. IV, p. 113; Em defeza, p. 93-96)*.

Seja-me ainda permittido dar, nesta nota, algumas outras indicações bibliographicas que, por varios motivos, interessam ao assumpto. Em primeiro lugar, citarei a extensa e luminosa nota B de FADDA e BENZA ás *Pandectas* de WINDSCHEID, I, p. 740-753, onde vêm discutidos os varios aspectos juridicos da questão, e apontada uma excellente bibliographia.

Capacidade da mulher nos systemas juridicos primitivos: HERMANN POST, *Rechtswissenschaft*, p. 42; *Ethnologische Jurisprudenz*, I, §§ 42-72, II, § 12; *Grundlagen des Rechts*; FUSTEL DE COULANGES, *La cité antique*, liv. II; SUMNER MAINE, *Études sur l'ancien droit*, caps. III a V; DARESTE. *Études d'histoire du droit, passim*; LETOURNEAU, *L'évolution juridique*, p. 26, 89, 193, 413, 433, 504; JHERING, *Los indo-europeos*, p. 438 e segs.; MARTINS JUNIOR, *Historia geral do direito*, pg. 25 e segs.; WARNHAGEN, *Historia geral*, 3^a ed., I, p. 75 e nota L de CAPISTRANO DE ABREU; *Revista do Instituto historico brasileiro*, 1842, pag. 168.

Direito romano, JHERING, *Espiritu del derecho romano*, III, p. 200 e segs.; *Développement du droit romain*, p. 44 e segs.; SANCHES ROMAN, *Derecho civil*, V, p. 135-140; DERNBURG, *Pandette*, § 55; MAYNS, I, § 13.

Vêjam-se: quanto ao *Velleiano*, o erudito estudo de BULLHÕES CARVALHO: *O Velleiano e a incapacidade civil da mulher*, onde se elucida porque no direito romano a mulher era retida em condição juridica inferior (*Direito*, vol. 85, p. 28 e segs.);

Mulher advogada. Em direito patrio, foi agitada esta questão, opinando uma commissão do Instituto da Ordem dos Advogados que não ha lei prohibindo a mulher de advogar e que, importando essa prohibição uma causa de incapacidade, sómente poderia existir, quando declarada em lei. Subscreveram esse parecer os Srs. Barão de Lorêto, Baptista Pereira e Bulhões Carvalho (*Direito*, vol. 81, p. 305-313); e,

tambem as soffre; pois necessita da outorga uxoriana para alienar e gravar de onus reaes os bens immoveis sejam do casal ou seus (art. 235); para pleitear acerca desses bens, como autor ou réo; para fazer doações não sendo remuneratorias ou modicas; para prestar

mais tarde, o Instituto deu-lhe a sua approvação. Opinião contraria foi sustentada pelo sub-procurador do Districto Federal em parecer de 9 de Novembro de 1899 (*Direito*, vol. 81, p. 314-330) e pelo Dr. CARVALHO MOURÃO (*Direito*, vol. 81, p. 330-343).

Em 14 de Novembro de 1899, a Camara Criminal do Districto Federal declarara que a mulher diplomada em direito podia exercer a advocacia, votando contra essa decisão o Dr. Muniz Barreto. Pouco depois, a 14 de Dezembro do mesmo anno, sendo relator o Dr. Muniz Barreto, a Camara decidia em sentido contrario (*Direito*, vol. 81, p. 420-438). Hoje estão dissipadas todas as duvidas.

Direito estrangeiro. Nos Estados Unidos da America do Norte, desde muito, o exercicio da advocacia está facultado ás mulheres. Uma lei federal admite-as a advogar perante o Supremo Tribunal (LEHR, *Droit civil des États-Unis*, p. 11-14; *Annuaire de lég. étrang.* IX, p. 798). Na Italia, a materia tem sido longamente discutida. FADDA e BENSA não comprehendem porque se lhes ha de recusar esse direito (*loco citato*, p. 750). Na Russia, tambem a questão não fôra resolvida de modo definitivo (*Clunet*, 1898, p. 217-219), antes dos Codigos sovieticos. Estes, porém, collocaram a mulher em perfeito estado de egualdade com o homem. Diz o art. 4 doCodigo Civil da Russia sovietica: — *O sexo, a nacionalidade, a religião e a origem não influem, de modo algum, sobre a extensão da capacidade.* Na França, a lei de 1 de Dezembro de 1900 poz termo á controversia.

O trabalho das mulheres nas fabricas e a sua situação economica têm preoccupado os legisladores. Vejam-se a lei franceza de 15 de Julho de 1893; a belga de 10 de Fevereiro de 1900; a sueca de 17 de Outubro de 1900; a hespanhola de 13 de Março de 1900; a de Massachusetts de 13 de Junho de 1900; a da Pensylvania de 29 de Maio de 1901; a de New-York, cap. 289, promulgada a 2 de Abril de 1902.

Funcções publicas. Merece menção especial a lei de 19 de Março de 1901, da Suecia e Noruega, que estatue: *As mulheres, que preencherem as condições que a Constituição exige dos homens, podem ser nomeadas para as funcções publicas na medida que fôr determinada por lei.*

fiança (o mesmo artigo); por outro lado, a mulher casada como dirigente do lar, suppõe-se autorizada a praticar os actos necessarios ao exercicio de suas funcções domesticas (art. 247) e para a segurança dos direitos, que a lei, especialmente, lhe confere, dispensa a autorização marital (art. 248).

Dentro das fronteiras tranquilladas do direito civil, é licito esperar, da reflexão e da justiça, a formação definitiva de uma sociedade domestica firmada em bases menos egoisticas do que a da autoridade, da supremacia. O affecto e o respeito reciprocos são elementos, que devem hoje preponderar na familia, para dar-lhe uma constituição mais liberal, mais humana e, actualmente, mais solida. Se os conjuges são chamados a exercer funcções differentes na vida da familia, não ha, nessa circumstancia, razão para se estabelecer a inferioridade de um delles ^(12b).

IV. A incapacidade da mulher casada subsiste em alguns systemas juridicos, actualmente em vigor, como o francez, o portuguez, o hespanhol, o italiano, o holandez e o argentino; já desapareceu de outros, que melhor traduzem o estado da consciencia juridica em

(12b) Além do que ficou exposto á nota antecedente, baste-me remetter o leitor para o meu *Direito da familia*, §§ 27-30, onde o assumpto foi encarado mais demoradamente como era de razão, porque é no direito da familia, que se estuda a influencia do casamento sobre a capacidade da mulher. Veja-se mais João MONTEIRO, *Processo*, I, §. 55, nota 7. O *Projecto* primitivo não incluía a mulher casada entre os incapazes.

Ainda recentemente (1928), o Senado federal não quiz reconhecer a validade dos votos das senhoras norte-rio-grandenses, legalmente alistadas como eleitoras, e o melhor argumento, que encontrou, em apoio dessa resolução, foi a da falta de uma lei, que regulasse a materia, pois, em face da Constituição a mulher tem os mesmos direitos de cidadão activo, que o homem usufrue. Por essa estranha doutrina, as clausulas constitucionaes não valem por si; são postulados doutrinaes á espera de uma lei ordinaria, que lhes dê efficacia.

nossos dias, como sejam o allemão, o norueguez, o de alguns estados norte-americanos e o inglez (13).

V. *Prodigo é aquella que, desordenadamente, gasta e destróe a sua fazenda*, reduzindo-se á miseria por sua culpa (14). Esta definição legal corresponde á que offerecem **Aubry et Rau**, e que se tornou classica em direito civil: *celui qui, par déréglement d'esprit ou de mœurs, dissipe sa fortune en excessives et folles dépenses* (15).

O problema da interdicção dos prodigos offerece uma quadrupla face (16). Podemos encaral-o: a) sob o ponto de vista historico; b) pelo aspecto economico; c) pelo psychiatrico; e d) pelo juridico.

a) A historia do direito nos diz que a interdicção por prodigalidade appareceu em uma epoca, em que havia uma especie de compropriedade da familia, na qual os herdeiros de uma pessoa, ainda em vida desta, eram considerados seus condminos: *et vivo parente, domini existimantur*. Nesse tempo, a interdicção só se referia aos bens, que o individuo, por força da lei, herdava de seus parentes: *quando tibi bona paterna avitae nequitia tua disperdis, liberosque tuos ad egestatem perducis, ob eam rem tibi ea re commercioque interdico*. E' a fórmula que nos conservou **Paulo** (17), e que transparece em **Cicero** (18): *male rem gerentibus patris bonis interdici solet*.

(13) Veja-se o meu *Direito da familia*, § 28.

(14) Ord. 4, 103, § 6; *Direito da familia*, § 92.

(15) *Cours de droit civil*, I, § 138.

(16) Resumo aqui as ponderações que tive a honra de apresentar á digna Commissão especial da Camara dos deputados, na discussão do *Projecto do Codigo Civil*, em 1901 (*Trabalhos*, IV, p. 114-116). Veja-se ainda meu livro *En' defeza*, ps. 61-63 e 169-170.

(17) *Receptae sententiae*, III, 4, § 7. Veja-se tambem **DERNBURG**, *Pandette*, I, § 57, nota 5.

(18) *De senectute*, 7, 22.

Mais tarde, o pretor estendeu o alcance da prodigalidade, decretando a interdicção como garantia, não mais simplesmente da familia, mas do proprio individuo, e, assim, desappareceu a distincção entre os bens herdados da familia e os adquiridos pela actividade do proprietario, ou por testamento. Confirmada essa innovação do direito pretoriano, por alguns rescriptos de imperadores, adquiriu a interdicção por prodigalidade uma feição diversa da que offerencia primitivamente; mas até por parte de imperadores surgiram protestos contra este novo direito. Leão, o philosopho, por exemplo, declara que não comprehende a necessidade da interdicção por prodigalidade, e estatue que se attenda, exclusivamente, ao acto: se fôr desarrazoado, não seja mantido; mas sejam validos e inatacaveis os que se mostrarem fundados na razão (19).

Apesar disso, manteve-se a interdicção dos prodigos, até que a Constituição franceza do anno terceiro lhe deu um golpe mortal. E, se, no Codigo Civil, as idéas romanas volvem á tona, é com limitações consideraveis, que conseguem insinuar-se no novo corpo de leis.

Do direito romano passou para o portuguez o instituto da prodigalidade. A Ord. 4, 103, § 6, dá a noção dessa deficiencia moral, que exige a providencia da interdicção. Mello Freire explicou o pensamento da lei, restringindo a curatela áquelle que desperdiçasse os seus bens sem fim e como um louco, interpretação que se justifica por considerações doutrinarias e pela inscripção do titulo 103, da Ord. do livro 4º: *Dos curadores que se dão aos prodigos e aos mentecaptos*.

Consequentemente, a interdicção por prodigalidade, que começara como uma garantia da conservação

(19) Const. XXXIX.

da propriedade commum da familia, desenvolveu-se até se transformar em curadoria por elienação mental.

b) A economia politica deixa-nos perplexos porque, se uns, como Cauwès, affirmam que os prodigos são inoffensivos, porque aquillo, que despendem, entra na circulação da riqueza social, outros opinam que elles são prejudiciaes ao desenvolvimento dessa mesma riqueza, por lhes faltar o elemento conservador indispensavel para que se accumule o cabedal em suas mãos, e a sociedade só é rica sendo ricos os individuos (20).

c) A psychiatria ensina que ha certos syndromas degenerativos, que se manifestam pelos gastos immoderados, pelo desperdicio da fazenda. E' o que se denomina omniomania. Estes syndromas degenerativos andam, geralmente, associados a dois outros: a mania do jogo e a dypsomania ou vontade impulsiva para beber (21).

d) O jurista, ouvindo o depoimento da historia, da economia politica e da psychiatria, attendendo á necessidade de respeitar o direito individual e a propriedade, sabendo, pela psychologia dos pedidos de interdicção, que, muitas vezes, elles abrigam a cobiça immoral de locupletar-se o impetrante com a fazenda do parente, ou o receio egoista de ter de dar-lhe alimentos, deve affirmar: ou a prodigalidade é um caso manifesto de alienação mental, e não ha necessidade de destacad-a para constituir uma classe distincta de incapacidade, pois entra na regra commum; ou tal não é positivamente, e não ha justo motivo para feril-a

(20) CAUWÈS e BASTIAT representam essas duas doutrinas. Veja-se PLANIOL, *Traité*, I, n. 2.951.

(21) NINA RODRIGUES, *op. cit.* p. 45-52.

com a interdicção. Os alienados prodigos sejam interdictos, porque são alienados; os prodigos de espirito lucido e razão integra sejam respeitados na sua liberdade moral, pois, sob color de proteger-lhes os bens, faz-se-lhes gravissima offensa ao direito de propriedade e á dignidade humana (22).

VI. O Codigo Civil portuguez, arts. 340-352, o chileno, arts. 442-455, o hespanhol, arts. 221-227, e o suiso, arts. 370, 374, regulam a curadoria do prodigo; o francez, arts. 513-515, e o italiano, arts. 339-342, não lhe retiram a administração dos bens, mas estabelecem providencias para impedil-o de ser prejudicial. O Codigo Civil allemão, art. 114, equipara o prodigo interdicto ao menor, que já completou sete annos.

VII. O decreto legislativo n. 5.484, de 27 de Junho de 1928 criou uma legislação especial para os indios. Emancipou-os da tutela orphanologica (art. 1º). Distribuiu-os em 4 classes: nomades, arranchados ou aldeiados; pertencentes a povoações de indios; pertencentes a centros agricolas ou vivendo, promiscuamente, com os civilizados. Aos das tres primeiras classes é permittido livremente dispor dos seus haveres e designar os seus successores, em qualquer funcção. Aos da quarta classe, os funcionarios do Serviço de protecção aos indios prestarão a assistencia devida, nos termos do regulamento, que baixou com o dec. n. 9.214, de 15 de Dezembro de 1911. Estão todos elles, quando não adaptados, sob a tutela do Estado (arts. 2 a 5). São nullos os actos praticados entre indio das tres primeiras categorias e individuos civilizados, sem a in-

(22) O *Projecto* de Codigo Civil da Camara manteve, com restricções, a curadoria dos prodigos (arts. 465-467), e o instituto figura no Codigo Civil, art. 459 a 461.

tervenção do inspector competente ou seu representante (art. 7).

VIII. Não foram contemplados entre os relativamente incapazes nem o *cego*, nem o *velho*, nem o *condemnado*, nem o *fallido*.

O cego, por direito patrio, não soffre restricção alguma em sua capacidade civil. Apenas está impedido de realizar aquelles actos, que dependem da visão ⁽²³⁾. Nos casos de cegueira congenita, determinada por lesão cerebral, a interdicção será necessaria, porque se tratará, então, de uma enfermidade mental. Quanto a disposições de ultima vontade, sómente pela fórma publica as pode fazer (Codigo Civil, art. 1.637).

A senilidade tambem, se fôr um estado rigorosamente physiologico, deve escapar a qualquer limitação da capacidade, e, se fôr um estado pathologico, a demencia senil, entrará na categoria da alienação mental. Legrand du Saulle ⁽²⁴⁾ fala de um estado intermedio em que o nivel intellectual baixa, mas ainda não ha demencia. Todavia o legislador deve receiar-se de multiplicar os casos de incapacidade, para fechar a porta dos abusos. Se o interesse social e a justiça reclamam a protecção da lei para os debeis de espirito, como dizem, facilitando as interdicções, corremos o risco de privar da administração dos seus bens pessoas,

(23) Direito anterior. O cego não podia ser testemunha de testamento (Ord. 4, 85, pr.) nem geralmente nos actos juridicos que se referirem á visão (RIBAS, *Direito civil*, II, pag. 68); tambem estava impedido de ser tutor ou curador (T. DE FREITAS, *Consolidação*, nota 30, ao art. 262). Podia, porém, fazer testamento em qualquer das suas fórmas (meu *Direito das successões*, § 57); lei n. 2.878 de 23 de Julho de 1879. Veja-se ainda E. BINET na *Grande encyclopédie*, vb. *Aveugle*.

(24) *Étude medico-légale sur les testaments*, 1879, p. 84; NINA RODRIGUES, *O alienado*, p. 57-68.

que os poderiam, satisfatoriamente, dirigir, e favoreceremos, muitas vezes, a ganancia immoral de outras. Além disso, a lição de Tardieu parece dar apoio á prudencia dos juristas. «A extrema velhice, diz elle, se facilita e favorece as suggestões e as captações previstas na lei e que a justiça poderá reconhecer, não acarreta, necessariamente, a impotencia da vontade e a incapacidade de realizar certos actos» (25).

O condemnado por sentença judicial não soffre limitações em sua capacidade civil (26). O Codigo Penal, art. 55, determina que a pena de prisão cellullar, maior de seis annos, importa em interdicção; mas, definindo esta, refere-se apenas: a) á suspensão de direitos politicos; b) á perda de todo officio electivo, temporario ou vitalicio, emprego publico da nação ou dos Estados e das respectivas vantagens e vencimentos; c) perda de todas as dignidades, condecorações e distincções honorificas; d) perda de todos os munus publicos. Assim, o condemnado não perde a sua capacidade para realizar actos juridicos no dominio do direito privado e, portanto, não entra na classe dos incapazes. Mas, se a prisão durar mais de dois annos, perde a direcção da sociedade domestica (Cod. Civil, art. 251, II). A suspensão dos direitos politicos do condemnado tem por base o art. 71, § 1, b, da Constituição federal, que estatue: *Os direitos do cidadão brasileiro só se suspendem:... por condemnação criminal, emquanto durarem os seus effeitos.*

(25) Apud NINA RODRIGUES, *O alienado*, p. 66-67.

(26) Ord. 4, 75 pr. e § 1 e 2; T. DE FREITAS, *Consolidação*, art. 356; aviso de 14 de Setembro de 1886; CARLOS DE CARVALHO, *Direito civil*, art. 228, § unico. O preso podia casar-se por procuração (dec. n. 181, de 24 de Janeiro de 1890, artigo 44; meu *Direito da familia*, § 17A), como pode hoje pelo Codigo Civil, art. 201, paragraho unico.

A incapacidade do fallido é restricta, exclusivamente, aos interesses, direitos e obrigações da massa fallida (27). Não pôde votar nem ser votado nas eleições das juntas commerciaes, nem exercer as funções de corretor, agente de leilões, trapicheiro, interprete de commercio, avaliador, perito ou arbitrador em assumptos commerciaes. Mas, em tudo o que se não referir directa ou indirectamente aos interesses, direitos e obrigações da massa fallida, lhe é garantida a capacidade civil. Assim, continuará a exercer os direitos, que se contêm no patrio poder, na direcção da sociedade domestica, e nas outras relações da familia (28).

IX. Um rapido olhar sobre as legislações, quanto ás pessoas, que acabam de ser consideradas. Em direito romano, o cego não era reputado incapaz. Não lhe era vedado ser testemunha em testamento. Podia testar, nuncupativamente ou por escripto, mas fazendo, neste

(27) Havia uma desharmonia entre o dec. n. 917, de 24 de Outubro de 1890, art. 17, que privava o fallido dos direitos politicos, e o art. 71, da Constituição, que se não referia a esse caso particular. A lei de 16 de Agosto de 1902, art. 23, firmou a bôa doutrina, declarando que o *fallido ficará privado do exercicio de seus direitos politicos, quando condemnado por sentença criminal definitiva e sujeito ás restricções estabelecidas nas leis fiscaes e aduaneiras*. Não é o fallido, mas o sentenciado, que se despe dos direitos politicos, doutrina J. X. CARVALHO DE MENDONÇA, *Tratado de direito commercial brasileiro*, vol. VII, n. 435.

(28) CARVALHO DE MENDONÇA, *Tratado de direito commercial*, VII, ns. 429 á 435; *Em defeza*, p. 63 e 166-168; FELICIO DOS SANTOS, *Commentario ao Projecto doCodigo Civil*, I, p. 83; SÁ VIANNA, *Das fallencias*, ns. 62-64, que, como CARVALHO DE MENDONÇA, discute proficientemente a materia condensada nesta these: «Sua capacidade (a do fallido) é completa, e só a necessidade de proteger os credores contra os actos pelos quaes o devedor pôde reduzir o patrimonio, ficando a massa resguardada de possivel extravio e desbarato, é que autoriza a restricção ao direito de alheiar e administrar os bens (pagina 222).

caso, ler o seu testamento perante as testemunhas e o tabellião (28ª) O direito francez não faculta ao cego a facção activa do testamento sob a fórma cerrada (artigo 978), e a doutrina rejeita-o como testemunha instrumentaria em actos authenticos. O Codigo Civil allemão, art. 1.910, autoriza a curatela do cego mediante seu consentimento. No Codigo Civil italiano, artigo 785, encontramos a vedação do testamento mystico ao cego, a qual se reproduz no art. 1.765 do Codigo Civil portuguez.

O condemnado é submettido á tutela, pelo Codigo de Zurich, art. 70, § 3. O direito francez declara-o interdito em certos casos, e assim o italiano. Outras legislações guardam silencio a respeito, ou porque deixem o assumpto entregue ao direito penal, ou porque não vejam na condemnação judicial uma causa de restricção da capacidade.

O fallido não é contemplado, pela maioria dos Codigos, na classe dos incapazes (29). Excluem-no muitos delles do exercicio da tutela (30), mas essa exclusão, assim como as outras restricções á capacidade do devedor em estado de fallencia, não destroe o principio (31).

(28ª) Inst., 2, 10, § 6; 12, § 4; Cod. 5, 34, l. 3; 6, 22, l. 8.

(29) SÁ VIANNA, *Fallencia*, n. 62.

(30) Codigo Civil *argentino*, art. 398; *chileno*, 497; *allemão*, 1.781; *uruguayo*, 352, n. 7.

(31) Por occasião de se discutir o *Projecto* de Codigo Civil, na Camara dos deputados, o Conselheiro Andrade Figueira lembrou a inclusão do fallido entre os incapazes, mas a sua idéa não foi adoptada (SÁ VIANNA, *op. cit.*, not. 465).

O *Esboço*, art. 42, 3º, NABUCO, art. 10, n. 3, e COELHO RODRIGUES, art. 14, § 4, incluem a fallencia entre as causas da incapacidade limitada. Em sentido contrario: FELICIO DOS SANTOS, o *Projecto primitivo*, o *revisto* e o da Camara.

§ 11

Da protecção que o direito concede aos incapazes

A lei protege os incapazes, dando-lhes representantes, que lhes suppram a incapacidade, com amplitude maior ou menor, segundo se trata de incapacidade absoluta ou relativa.

Além disso, vela para que seus bens sejam conservados, impondo certas formalidades para a alienação dos bens dos mesmos, confiando aos juizes o cuidado dos incapazes, e estabelecendo a responsabilidade dos tutores e curadores, a garantia da *hypotheca legal*, e, em favor dos menores, o beneficio macedoniano (Codigo Civil, art. 1.259).

A maioria desses varios modos de protecção legal são considerados pela doutrina em relação ao patrio poder, á tutela e á curatela, isto é, no *direito da familia*; o *macedoniano* entra na *theoria das obrigações*.

O direito penal tambem, como já foi indicado em paragraho anterior, considera a incapacidade civil para o effeito da isenção ou minoração das penas.

§ 12

Da restituição in integrum (1)

Consagrada pelo direito romano, onde se originou da necessidade de proteger os menores de vinte e cinco

(1) Ainda que o Codigo Civil, art. 8, tenha extinguido o instituto da restituição *in integrum*, é conservado este paragraho, pelo interesse historico e doutrinario que o assumpto encerra.

annos, de actos ruinosos, e sendo, após, extendida aos pupillos em tutela (D. 4, 4, fr. 29, pr.) e ás pessoas equiparadas aos menores (2), a restituição por inteiro viveu, algum tempo, nas legislações dos povos occidentaes, para ser, em seguida, eliminada parcial ou completamente.

O Codigo Civil portuguez, arts. 38 e 297, extinguiu-a, expressamente. O suíço, o allemão, o argentino e o mexicano deixaram de contemplal-a. O francez (art. 1.305 e seguintes), o italiano (art. 1.303 e seguintes), e o chileno (art. 1.682 e seguintes) se a mantiveram, modificaram-na mais ou menos consideravelmente.

Restituição por inteiro era o beneficio concedido aos menores e ás pessoas, que se lhes equiparam, afim de poderem annullar quaesquer actos, validos sob outros pontos de vista, nos quaes tivessem sido lesadas.

O fundamento desta materia, por direito patrio, estava nas Ords. 3, 41, e no direito romano, em tudo que não fôra modificado ou alterado pelas citadas ordenações ou leis posteriores.

Concedia-se a restituição em todos os actos judiciaes ou extra-judiciaes, omissivos ou commissivos, comtanto que occasionassem lesão ao menor, salvo se essa lesão proviesse de caso fortuito. Não importava que o acto tivesse sido praticado com intervenção do tutor ou do juiz (Ord. 3, 41, § 2). Se o acto era nullo, como se o menor tivesse celebrado algum contracto sem assistencia ou autorização do tutor, se nas alienações não fossem observadas as formalidades legaes,

(2) Sobre a theoria romana da restituição consultem-se: ALMEIDA OLIVEIRA, *Restituição in integrum*, primeira parte, e WINDSCHEID, *Pandectas*, I, §§ 114-120, com as notas de FADDA e BENZA, onde vem indicada uma extensa bibliographia.

permittia o direito que se accumulassem as acções de nullidade e restituição (3).

A restituição beneficiava: 1º *todo menor*, varão ou mulher, estivesse sob o patrio poder ou sob tutela; 2º os *alienados* de toda especie, os *surdos-mudos incapazes* e os *prodigos interdictos* (4).

Podia o beneficiado pelo recurso da restituição usar delle até 4 annos após o termo da menoridade ou incapacidade. Porém, se pudesse allegar algum impedimento legitimo, o tempo desse impedimento não era levado em conta (Ord. 3, 41, § 6). Dada a emancipação por casamento, sómente depois dos vinte e um annos corria o quadriennio (Ord. 1, 88, § 28).

O direito de pedir a restituição transmittia-se ao herdeiro do menor, contando-se para elle o quadriennio, ou a parte que delle restasse, desde a acceitação da herança ou, se o successor era menor, desde que al-

(3) ALMEIDA OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 225-226; C. DA ROCHA, *Instituições*, § 392.

(4) ALMEIDA OLIVEIRA, *op. cit.* p. 182 e segs.; C. DA ROCHA, *Inst.*, § 382; MELLO, *Direito civil*, liv. 2, tit. 13, § 9; T. DE FREITAS, *Consolidação*, arts. 12-14 e 41.

Estes autores ainda accrescentam outros beneficiados, como o *Estado*, o *município*, as *egrejas*, *irmandades*, *estabelecimentos pios*, etc. Segui-os, em parte, no meu *Direito da família*, mas, depois, melhor reflectindo, achei que a verdadeira doutrina era a que interpretava restrictamente a Ord. 3, 41, § 4, porque a theoria do direito romano seria, para as condições sociaes modernas, um embaraço ao desenvolvimento das relações juridicas; além disso, a lei de 10 de Set. de 1893, artigo 14, aboliu expressamente a restituição em favor das corporações. Ficou, portanto, este beneficio restricto aos incapazes. CARLOS DE CARVALHO, *Direito civil*, art. 113, adoptou este ultimo parecer; mas, no art. 173 contempla a União como favorecida com esse privilegio. Suffragam a doutrina no texto adoptada, as sentenças ns. 96 e 122 da *jurisprudencia* do Supremo Tribunal, anno de 1895. Veja-se ainda DUARTE DE AZEVEDO, p. 111-114 das *Controversias juridicas*.

cançara a maioria. Aproveitava, igualmente, ao conjugue no regimen da communhão e ao condomino ou socio da coisa indivisa. Não aproveitava, porém, ao fiador (5).

A restituição era meio extraordinario de annullar actos sob todas as outras relações validos, salvo quanto á lesão. Nas partilhas, porém, indo além da sexta parte, era meio ordinario de rescindil-as (Ord. 4, 96, § 21).

Não podiam implorar o beneficio da restituição: 1º o menor que maliciosamente se fingira maior na occasião de praticar o acto contra o qual reclamara; 2º o que ratificasse o acto expressa ou tacitamente depois de maior; 3º o menor commerciante e industrial, pelas obrigações contrahidas no exercicio de sua profissão; 4º o condemnado por delicto, ou outros actos illicitos, em relação ás indemnizações a que fosse obrigado; 5º quaesquer menores, em relação aos esponsaes e pactos antenupciaes, tendo-se effectuado o casamento (6).

Podia ser pedida a restituição, directamente, por acção, ou simples petição, ou em defeza, por meio de replica, excepção, embargos ou appellação.

Concedida a restituição, voltavam as coisas ao estado anterior, devendo cada uma das partes repôr o que houvesse recebido da outra, com os rendimentos, e indemnizar as despesas necessarias e uteis (7).

(5) COELHO DA ROCHA, *Inst.*, § 338. ALMEIDA OLIVEIRA (pag. 229) sustenta, ao contrario, que o beneficio aproveita ao fiador.

(6) COELHO DA ROCHA, *op. cit.*, § 391.

(7) Ord. 3, 41, pr.; COELHO DA ROCHA, *op. cit.*, § 390; ALMEIDA OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 251-253; CARLOS DE CARVALHO, *Direito civil*, art. 118.

§ 13

Da maioridade

I. Aos vinte e um annos completos termina a menoridade, e a pessoa, sendo integra de espirito, estará habilitada para todos os actos da vida civil (1).

Os expostos, desde que completassem vinte annos, eram considerados maiores (2). O Codigo Civil, porém, não manteve esta excepção.

A idade de vinte e um annos para termo da menoridade é a geralmente adoptada nas legislações modernas (3). Todavia algumas encurtam (4) esse espaço de tempo, outras o distendem (5).

(1) Codigo Civil, art. 9. Direito anterior. Resolução de 31 de Outubro de 1831; TEIXEIRA DE FREITAS, *Consolidação*, artigo 8; CARLOS DE CARVALHO, *Direito civil*, art. 93; meu *Direito da familia*, § 76.

(2) Reg. n. 5.604, de 25 de Abril de 1874, art. 53; TEIXEIRA DE FREITAS, *Consolidação*, art. 9; CARLOS DE CARVALHO, *Direito civil*, art. 93; meu *Direito da familia*, § 86.

(3) Codigo Civil francez, arts. 388 e 488; italiano, 323; portuguez, 311; colombiano, 314; 3º; na Inglaterra (SCHIRMEISTER, *Das burg. Recht Englands*, § 2); nos Estados Unidos da America do Norte (WALKER, *American law*, § 111; WHARTON, *Private int. law*, § 113, 3); Cod. Civil boliviano, art. 195 e 256; venezuelano (trad. de RAOUL DE LA GRASSERIE, p. 110); peruano, 12.

(4) Na Ilha de Malta, a época da maioridade é fixada aos 18 annos; e assim na Russia sovietica, Codigo Civil, artigo 7; na Suissa, Codigo Civil, art. 14, e no Japão (Codigo Civil, art. 3) aos 20 annos.

(5) O Codigo Civil argentino estende a menoridade até aos 22 annos (art. 126); o hespanhol, art. 320, até aos 23, e o chileno, art. 266, 3º, até aos 25. Esta ultima idade é tambem a estabelecida na Dinamarca e na Bessarabia. Pelos 24 annos se pronuncia a lei da Finlândia; e pela de 23, as leis da Austria-Hungria e da Hollanda (F. MEYER, *Loi universelle sur le change*, p. 16, e meu *Direito da familia*, § 76, nota 5).

II. A maioridade, conferindo ao individuo a plenitude de sua capacidade civil, dissolve os laços de subordinação, a que elle estiver submettido, em razão da idade, como o patrio poder e a tutela (6).

A plena capacidade politica é tambem conferida aos 21 annos de idade (*Constituição federal*, art. 70), ainda que sómente aos 35 annos possa o cidadão ser eleito senador, presidente e vice-presidente da Republica (*Constituição*, arts. 30 e 41, § 3,3).

Depois dos vinte e um annos, a idade ainda exerce modificações na capacidade civil. Assim é que a mulher maior de cincoenta annos e o varão maior de sessenta não podem contrahir casamento, senão sob o regimen da separação de bens (7).

(6) Código Civil, art. 392, III e 442, I. As *Ordenações philippinas* marcavam a idade de 25 annos para a maioridade (3,41), e alcançada essa idade não se extinguia o patrio poder, continuando o filho sob a autoridade paterna, se não estabelecia economia separada. Persistencia do romanismo. Com a resolução de 31 de Outubro de 1831, alterou-se esse direito, apesar da opinião de TEIXEIRA DE FREITAS (*Consolidação*, art. 202, § 4), e LAFAYETTE (*Familia*, § 119). Vejam-se: meu *Direito da familia*, § 76; *Em defeza*, p. 249-355; ORLANDO, nota ao art. 1, III, do Código Commercial; TRIGO DE LOUREIRO, *Direito civil*, § 91; CARLOS DE CARVALHO, *Direito civil*, art. 93, § 3 e 1.583, b; *Direito*, vols. 30, p. 192, e 33, p. 499; MACEDO SOARES, nota b, ao § 165 do *Processo orphanologico* de PEREIRA DE CARVALHO.

Por direito romano antigo, os puberes estavam habilitados a exercer os diversos actos da vida civil, se não se achavam sob o patrio poder. Abriam-se excepções para certos actos e certas funcções. Assim, para postular em juizo era preciso ter 17 annos; a mesma idade era exigida para o senhor manumittir o escravo, sem autorização do juiz (*Inst.* 1, 6, § 7); sómente aos 18 annos podia ser exercida a funcção de juiz (D. 42, 1 fr. 57). Mais tarde a *aetas legitima* foi transferida para os 25 annos; mas, não obstante havel-a transposto, o *filho-familias* permanecia sob o patrio poder. (Consultem-se RIBAS, *Direito civil*, II, p. 46 e segs., e DERNBURG, *Pandette*, I, § 53).

(7) Código Civil, n. 258, II.

§ 14

Emancipação

I. No direito patrio, anterior á codificação civil, havia o instituto do *supplemento de idade*, que podia ser concedido ao varão de vinte annos e á mulher de dezoito, em virtude do qual os menores ficavam, por acto do juiz, habilitados a reger a sua pessoa e bens, com restricções quanto á alienação de immoveis (1). Desappareceu com o Codigo Civil esse instituto.

II. *Emancipação é a aquisição da capacidade civil, antes da idade legal:*

a) Por concessão do pae, ou, se fôr morto, da mãe, no exercicio do patrio poder (Codigo Civil, art. 9, parographo unico, I).

b) Por sentença do juiz, se o menor estiver sob tutela (Codigo, art. cit., I).

Em ambos estes casos, o menor deve ter dezoito annos.

c) Pelo casamento (Codigo, art., cit., II).

d) Pelo exercicio de função publica, estabelecimento civil ou commercial com economia propria, e collação de grau scientifico em curso superior (artigo cit., ns. III a V).

A emancipação é irrevogavel. Se o pae emancipa o filho, não pode mais submettel-o ao seu poder paterno; se o casamento se dissolve por morte do cônjuge, ou se sobrevem desquite; esses factos não alteram a si-

(1) Ord. 3, 42, pr. e § 1; TEIXEIRA DE FREITAS, *Consolidação das leis civis*, art. 10; CARLOS DE CARVALHO, *Direito civil*, art. 97; meu *Direito da familia*, § 86.

Na primeira edição d'este livro, foi exposta a materia em suas linhas essenciaes.

tução adquirida. E assim os outros, a que se refere o Código Civil, art. 9, paragrapho unico.

III. No direito romano, havia, a respeito da materia deste paragrapho as seguintes regras: O pae podia emancipar o filho, em qualquer idade, quer por declaração judicial, quer por meio de um rescripto do principe. O menor sob tutela, podia ser emancipado pelo principe, quando completava dezoito annos, sendo mulher, ou vinte, sendo varão. O menor emancipado não podia alienar os seus bens de raiz, sem assistencia de curador e homologação do juiz.

No direito francez (Codigo Civil, arts. 476-478), no italiano (arts. 310-322), e no uruguayo (arts. 280-283), a emancipação resulta do casamento do menor ou de acto expresso do progenitor, sendo que, no primeiro caso, a emancipação é plena e no segundo confere uma capacidade limitada.

O Código Civil argentino sómente se refere á emancipação pelo casamento (arts. 131-137).

Pelo Código Civil allemão, arts. 3 a 5, o menor, completando dezoito annos, pode ser *declarado maior* (*fuér volljaehrig erklaert werden*).

O direito portuguez conhece a emancipação pelo casamento, e por acto do pae, ou da mãe, na falta deste, ou, na falta de ambos, do conselho de familia. A não ser por casamento, a emancipação sómente se applica aos menores de dezoito annos (Codigo Civil, artigos 304-310).

§ 15

Fim da existencia das pessôas. Commorientes. Ausentes

I. A existencia das pessôas naturaes termina com a morte.

A morte civil não existe entre nós e desapareceu das legislações modernas, salvo raras excepções.

No direito romano, a *capitis minutio maxima* importava em aniquilamento da personalidade (1). O condemnado á morte incorria, a principio, nessa perda da personalidade, mas essa consequencia da condemnação á pena ultima desapareceu no direito imperial (2).

Entre nós as Ordenações declaravam os condemnados á morte *servos da pena* e privados de todos os direitos (3). **Mello Freire** julgou essa disposição antiquada e inexequível; mas o seu discipulo **Coelho da Rocha**, pensa de modo diverso (4), admittindo a morte civil por effeito da pena e da profissão de votos em ordens monasticas.

Estas idéas, porém, não vingaram no Brasil, apesar de ter o Codigo do commercio, inadvertidamente, falado da morte civil (art. 157), e o pensamento de **Mello Freire** inspirou os legisladores brasileiros, para afastar das leis essa absurda ficção (5). Particularmente com a legislação republicana, que aboliu a pena de morte, a de galés e a de banimento (6); que sepa-

(1) DERNBURG, *Pand.*, § 50, 6.

(2) Nov. 22, cap. 8.

(3) Ord. 4, 81, § 6.

(4) *Instituições*, nota C no fim do I vol. Vejam-se tambem: CANDIDO MENDES, notas á Ord. 4, 81, § 6, e LIS TEIXEIRA, *Direito civil*, I, tit. I, § 12 e tit. II, § 13; LOUREIRO, *Direito civil*, § 12.

(5) TEIXEIRA DE FREITAS, *Consolidação*, nota 6 ao artigo 993; MACEDO SOARES, nota ao *Tratado dos Testamentos* de Gouveia Pinto, cap. 10, § 8; BENTO DE FARIA, nota 169, ao artigo 157, n. 3, do Codigo do commercio.

Para conhecimento do estado da opinião, ao tempo do imperio, leia-se a nota 231 de ORLANDO ao citado art. 157 do Codigo do commercio, 3ª ed.

(6) Constituição, art. 72, §§ 20 e 21.

rou a igreja do Estado, e declarou que, por motivo de crença ou função religiosa, nenhum cidadão brasileiro poderá ser privado dos seus direitos civis e políticos, nem eximir-se do cumprimento de qualquer dever civico, a morte civil é inadmissivel (7).

Os religiosos de ordens monasticas, companhias, congregações ou communidades de qualquer denominação, sujeitas a voto de obediencia, regra ou estatuto, que importe a renuncia da liberdade individual, não podem ser eleitores nem elegiveis para as funções publicas (8). E os que allegarem motivo de crença religiosa, com o fim de se isentarem de qualquer onus, que as leis da Republica imponham aos cidadãos, assim como os que acceitarem condecorações ou titulos nobiliarchicos estrangeiros, *perderão todos os direitos politicos* (9). Os direitos civis permanecem, no entanto, inalteraveis, porque não dependem do *estado de cidade*.

II. A morte civil desapareceu em França, com a lei de 31 de Maio de 1854. Todavia os condemnados a penas perpetuas não podem dispôr de seus bens por doação ou testamento, nem ser por qualquer desses modos gratificados, salvo para alimentos (10). Na Belgica, a morte civil já muito antes fôra abolida, pelo artigo 13 da Constituição de 1831. Na Italia, ha resquícios da morte civil nas incapacidades consequentes á condemnação ao ergastulo (11). Na Inglaterra, ainda que subsistam numerosas incapacidades civis, por motivo de condemnação penal, informa Glasson que não exis-

(7) Constituição, art. 72, §§ 7 e 28.

(8) Constituição, art. 70, § 4.

(9) Constituição, art. 72, § 29.

(10) PLANIOL, *Traité*, I, ns. 352-355.

(11) Codigo Penal, arts. 20, 31 a 35.

te mais a morte civil ⁽¹²⁾. Schirmeister, porém, sustenta que, apesar da raridade do facto, ainda existe a *civil death*, em caso de banimento ⁽¹³⁾. O direito inglez anterior conhecia a morte civil dos religiosos professos, mas essa classe já desapareceu. O Codigo Civil do Chile não aboliu a morte civil ⁽¹⁴⁾, mas os outros Codigos da America latina a desconhecem ⁽¹⁵⁾, assim como a Hespanha ⁽¹⁶⁾ e Portugal.

III. A's vezes, morrem no mesmo desastre diversas pessôas, e, como entre ellas pôde haver relações de direito, ou como, do facto da morte, pôde resultar direito para uma dellas, ha interesse em saber, se alguma sobreviveu á outra.

A sciencia tem meios de reconhecer, em certos casos, dentre os individuos, que pereceram no mesmo desastre, qual falleceu em primeiro lugar. Ha signaes de morte recente e de morte antiga. O cadaver se resfria, progressivamente, até que, ao se iniciarem os phenomenos chimicos da putrefacção, readquire certo calor. Os musculos perdem a sua contractibilidade e a rigidez cadaverica se manifesta dentro de poucas horas após a morte, estendendo-se a todo o corpo, depois de 24 horas, para em seguida diminuir pouco a pouco, cessando depois de 36 ou 48 horas. São dados que podem auxiliar a determinar a data da morte. Depois podem os cadaveres apresentar lesões em órgãos essenciaes,

(12) *Droit et institutions de l'Angleterre*, VI, p. 139.

(13) *Das buergestliche Recht Englands auf Grundlage einer Kodification von Edward JENKS, W. M. GELDANT, HOLDSWORTH, R. W. LEE, J. C. MILES, Kommentar von Gustav SCHIRMEISTER*, I, ao § 3, p. 20.

(14) Arts. 95 a 97. O Codigo chileno considera a morte civil como consequencia da profissão religiosa.

(15) Codigo Civil colombiano, art. 97; URIBE e CHAMPEAUX, *Derecho civil colombiano*, I, n. 178.

(16) VALVERDE Y VALVERDE, *Instituciones civiles*, p. 101.

de modo que a morte devia ter sido immediata, ou lesões menos graves, que permitissem a continuação da vida por algum tempo (17).

Estas e outras indicações, porém, podem falhar inteiramente ou não fornecer elementos de convicção. Neste caso, deve o direito aceitar os factos como realmente existem, e declarar que, se não se póde provar, convincentemente, a prioridade da morte de uma pessoa em relação á de outra, não haverá transmissão de direito entre ellas (18).

O direito romano mandava presumir, de duas pessoas fallecidas, na mesma occasião, sendo uma dellas ascendente da outra, que o ascendente havia fallecido primeiro, se o descendente fosse pubere, e, no caso opposto, teria fallecido depois. Não havendo entre os commorientes esse vinculo de parentesco, entendia-se que a morte se dera ao mesmo tempo. Os paes libertos e os herdeiros gravados com a condição — *si sine liberis decesserint*, estavam submettidos á regra geral da simultaneidade (19).

O Codigo Civil francez, arts. 720 a 722, declara que, não se podendo, pelas circumstancias do facto, chegar a uma conclusão segura, se presumirá ter so-

(17) Vejam-se: LACASSAGNE, *Médecine judiciaire*, p. 167 e segs. e, especialmente, 212-214.

(18) Codigo Civil italiano, art. 924; allemão, 20; austriaco, art. 25; hespanhol, 33; chileno, 79; colombiano, 95; portuguez, 1.738; argentino, 109; hollandez, 818. E' tambem este o direito norte-americano (*Clunet*, 1889, p. 727, e 1902, p. 426). O Codigo Civil, art. 11, está redigido nos termos seguintes: «Se dois ou mais individuos fallecerem na mesma occasião, não se podendo averiguar se algum dos commorientes precedeu aos outros, presumir-se-ão simultaneamente mortos!» No mesmo sentido: *Esboço*, art. 243; FELICIO DOS SANTOS, 151; COELHO RODRIGUES, 6; Projecto primitivo, 11.

(19) D. 24, 1, fr. 32, § 14; 5, fr. 22 e 23; DERNBURG, *Pand.*, § 50. WINDSCHEID, *Pand.*, § 53.

brevivido o individuo maior de 15 annos; se, porém, forem maiores de 60 annos, suppor-se-á que o mais moço resistiu por mais tempo. Se uns tiverem mais de 60 annos e outros menos de 15, a presumpção de sobrevivencia é a favor destes ultimos. O varão supõe-se ter sobrevivido á mulher, se forem ambos maiores de 15 annos e menores de sessenta, não havendo differença de idade superior a um anno.

Taes presumpções não se fundam nem na physiologia nem na experiencia. São arbitrarías.

Com os desastres, que se reproduzem, esta questão offerece um outro aspecto interessante: é o do direito internacional privado ⁽²⁰⁾.

O ausente presume-se fallecido, por direito patrio, nos casos seguintes:

a) Passando-se dois annos, sem que se saiba delle, não tendo deixado representante, nem procurador; ou, se os deixou, passando-se quatro annos, sem noticia (Codigo Civil, art. 469).

Neste caso, abre-se a successão provisoria.

b) Trinta annos depois de passar em julgado a sentença, que concede a abertura da successão provisoria (Codigo Civil, art. 481).

c) Quando o ausente completa oitenta annos de nascido, não havendo noticias suas por cinco annos (Codigo Civil, art. 482) ⁽²¹⁾.

⁽²⁰⁾ Vejam-se, a respeito, um artigo de LAXAGUE, em *Clunet*, 1902, p. 425-430; ANTOINE, *Succession en droit international privé*, p. 86; BROCHER, *Droit int. privé*, I, n. 128; DESPAGNET, *Droit int. privé*, n. 365; KEIDEL, em *Clunet*, 1899, pagina 262.

⁽²¹⁾ Para o direito anterior, algo differente vejam-se Ord. 1,62, § 38; Dec. de 15 de Novembro de 1827; reg. de 15 de Junho de 1859; TEIXEIRA DE FREITAS, *Consolidação*, arts. 32 e 33; CARLOS DE CARVALHO, *Direito Civil*, art. 110; RIBAS, *Curso*, II, tit. IV, cap. IV, § 12; meu *Direito da familia*, § 93.

§ 16

Do registro civil

I. Os factos capitaes da existencia da pessoa, taes como o seu nascimento, casamento, emancipação, interdicção, declaração de ausencia, devem constar de livros para esse fim destinados, e mediante os quaes possam ser conhecidos e authenticamente provados. Tambem o fallecimento deve ser tomado por termo.

As vantagens do registro civil são consideraveis, quer para o Estado, quer para o individuo. O Estado tem nos registros civis o movimento da sua população, no qual se póde basear para medidas administrativas, de policia ou de politica juridica. O individuo tem um meio seguro de provar o seu estado, a sua situação juridica, e essa mesma facilidade de prova é uma segurança para os que com elle contractarem (1).

O registro civil das pessoas naturaes foi instituido, no Brasil, pela lei n. 1.829, de 9 de Setembro de 1870, art. 2, regulamentado pelo dec. n. 5.604, de 25 de Abril de 1874; mas não tendo sido bem comprehendidas as suas vantagens pela população, foi restabelecido pela lei n. 3.316, de 11 de Junho de 1887, art. 2, regulamentado pelo dec. n. 9.886, de 7 de Março de 1888; e, na parte, relativa ao casamento, pelo dec. numero 181, de 24 de Janeiro de 1890.

O Codigo Civil, art. 12, mandou inscrever no registro publico:

I. Os nascimentos, casamentos e obitos.

II. A emancipação por outorga do pae ou mãe, ou por sentença do juiz (art. 9, paragrapho unico, n. 1).

(1) PLANIOL, *Traité*, I, ns. 467-572.

III. A interdicção dos loucos, dos surdos-mudos e dos prodigos.

IV. A sentença declaratoria da ausencia.

A lei n. 4.827, de 7 de Fevereiro de 1924, art. 1, b), accrescenta:

A averbação:

a) das sentenças, que decidirem a nullidade ou annullação do casamento, o desquite e o restabelecimento da sociedade conjugal;

b) das sentenças, que julgarem illegitimos os filhos concebidos na constancia do casamento;

c) dos casamentos de que resultar legitimação de filhos havidos ou concebidos anteriormente.

d) dos actos judiciaes ou extrajudiciaes de reconhecimento de filhos illegitimos .

e) das escripturas de adopção, e dos actos que a dissolverem.

Ha, tambem, o registro civil das pessôas juridicas (Codigo Civil, art. 18; lei n. 4.827, de 7 de Fevereiro de 1924, art. 3) (2).

II. Em Roma, o registro dos nascimentos foi introduzido ao tempo do imperio. Marco Aurelio confiou esse serviço, na *urbs*, ao prefeito do *aerarium*, e, nas provincias, a magistrados municipaes chamados *tabularii*. Nada havia sobre registro de casamentos e obitos (3).

Alguns Codigos Civis dedicam um capitulo a esta materia, embora seja regulamentar. Assim fizeram o Codigo Civil francez, arts. 34 a 101; o italiano, 350 a

(2) V. PHILADELPHO AZEVEDO, *Registros publicos*, Rio de Janeiro, 1924.

(3) VAN WETTER, *Direito civil*, p. 5.

405; o portuguez, 2.441 a 2.487; o chileno, 304 a 314 (4); o colombiano, 346 e 392 a 410; o uruguayo, 39 a 49. Outros, como o allemão e o japonéz, não se occupam do assumpto.

CAPITULO III

DAS PESSÔAS JURIDICAS

§ 17

Sobre a designação de pessoas juridicas

Ainda os juristas não se puzeram de accôrdo sobre a verdadeira natureza desta categoria de entes, que não são individuos humanos, porém, exercem direitos e contraem obrigações. Como os homens individualmente considerados, são *subjecta juris*, termos subjectivos nas relações de direito; mas a que classe devem pertencer, sob que aspecto o direito os deve considerar, qual a construcção juridica apropriada a explicar-lhes a estrutura intima e a finalidade?

Divergem consideravelmente os escriptores no responderem a estas interrogações, começando o dissidio pela variedade dos nomes, com que designam esse segundo genero de pessoas. Uns o denominam *pessoas moraes*; preferem outros dizer *pessoas civis, mysticas, ficticias, abstractas, intellectuaes, juridicas, de existencia ideal, collectivas, universaes, compostas, corpos moraes, universidades* de pessoas e de bens.

(4) Acrescentem-se as leis chilenas de 17 de Julho e 24 de Outubro de 1884.

Os francezes e os belgas preferem a denominação de pessoas *civis* ou *moraes* (1), e os allemães a de pessoas juridicas (2), que me parece mais adequada, porque é no campo do direito, e não no da moral, que esses entes exercem a sua actividade, ou, melhor, porque é como sujeitos de direito que elles são considerados nos Codigos Civis, tendo assim todos elles um aspecto juridico muito notavel senão preponderante.

Quanto ás outras denominações, já o egregio Savigny e o illustre Teixeira de Freitas (3) mostráram que umas são, absolutamente, inaceitaveis e outras não offercem titulos sufficientes á preferencia dos doutos.

A expressão *personas collectivae* goza ainda das sympathias de alguns escriptores estimados (4); mas,

(1) LAURENT, *Principes*, I, n. 288 e segs.; *Droit civil international*, ns. 100 e segs.; HUC, *Commentaire*, I, ns. 202 e segs.; LAINÉ, *Des personnes morales en droit international privé* (Clunet, 1907, p. 277 e segs.), onde se dão os motivos por que a locução — *pessoa moral*, ainda merece ser considerada a melhor para significar o sujeito de direito, que não é o homem individual); VAUTHIER, *Études sur les personnes morales*; MICHOD, *La notion de personnalité morale* (*Revue de droit public*, 1899); VAREILLES SOMMIÈRES, *Les personnes morales*, que aliás preferiria a designação *pessoa ficticia* (n. 332).

(2) SAVIGNY, *Droit romain*, § 85 e segs. JHERING, *Espiritu del derecho romano*, IV, § 71; WINDSCHEID, *Pandette*, § 57; ROTH, *System*, § 71 e segs.; ENDEMANN, *Einfuehrung*, § 43 e segs.; MACKELDEY, *Direito romano*, §§ 121 e 147; KOHLER, *Lehrbuch des b. Rechts*, § 131 e segs.; Rud. SOHM, *Buerg. Rechts* (na *Systematische Rechtswissenschaft*) pag. 22 e segs.; BRUNS, ECK e MITTEIS, *Pandektenrecht*, § 17 (na *Encyclopaedie der Rechtswissenschaft*); DERNBURG, *Pand.*, § 59 e segs.; *Codigo Civil allemão*, secc. 1ª, tit. 2º da parte geral.

(3) SAVIGNY, *Droit romain*, loco citato; T. DE FREITAS, *Esboço*, nota ao art. 17; D'AGUANO, *Genese e evoluzione del diritto civile*, n. 58.

(4) VALVERDE, *Instituciones civiles*, § 556 e segs. Um distincto moço, a proposito do meu *Projecto do Codigo Civil*, tambem mostrou decidida preferencia por esta expressão («*Jornal do Commercio*», Rio de Janeiro, Junho de 1900).

provavelmente, porque ainda não attenderam para a impropriedade do termo em casos numerosos e typicos. Perante o direito romano, como se ha de dizer que as *heranças jacentes* são pessoas collectivas? Em face do direito moderno, certamente não traduziriamos bem a realidade das coisas, affirmando que as fundações são pessoas collectivas. Umas e outras são *universitates bonorum*, ainda que a administração desta ultima seja ordinariamente confiada a uma corporação.

Giner de los Rios defende a expressão *pessoas sociais* que poderia merecer acceitação, se tivesse maior clareza e fosse mais precisa.

Por isso a preferencia da sciencia e da pratica, seguindo se póde observar pelos livros de doutrina e pelos Codigos Civis, vae se accentuando, cada vez mais, em favor da locução *pessoas juridicas*, por ser mais expressiva e mais exacta. Assim, adoptando-a, não fez outra coisa o Codigo Civil brasileiro, senão acompanhar a corrente mais forte do pensamento juridico (5).

(5) Além dos autores citados á nota 2, devem ser invocados: CHIRONI, *Istituzioni*, § 28; GIANTURCO, *Istituzioni*, § 7, letra B; GIORGI, *Persone giuridiche*; RIBAS, *Direito civil brasileiro*, II, cap. II a IV do tit. IV; CARLOS DE CARVALHO, *Direito civil*, art. 69; LACERDA DE ALMEIDA, *Das pessoas juridicas*; AMARO CAVALCANTI, *Responsabilidade civil do Estado*, secção preliminar; *Projecto NABUCO*, arts. 1 e 149-182; FELICIO DOS SANTOS, arts. 152-170; COELHO RODRIGUES, arts. 18-44.

Adde: *Codigo Civil chileno*, arts. 54 e 545-564; *argentino*, 30-50 (este codigo emprega tambem a expressão — *pessoas de existencia ideal*); *hespanhol*, 35-39; *colombiano*, 73 e 633-652; *uruguayo*, 21, 2ª parte; *japonez*, 33-84.

O Codigo Civil suiso, na lingua allemã, usa da expressão *juristischen Personen*; da lingua italiana, *personne giuridiche*; e na franceza, *personnes morales* (arts. 52 e segs.).

§ 18

Theorias sobre a pessoa jurídica

I. No direito romano, a personificação estendia-se ao Estado, ao príncipe, ao fisco, ao erario, aos municípios, ás cidades, ás heranças jacentes, aos collegios sacerdotes, ás sociedades e instituições pias (1); mas, se esses entes *vice personarum fungebantur*, eram designados por termos diversos como *corpora, universitates, collegia*, e jámais pelo vocabulo *personae*, é, naturalmente, porque os romanos mais se preocupavam com os resultados praticos obtidos peia personificação de agrupamentos de pessoas ou conjuntos de coisas do que com o rigor logico das construcções juridicas (2).

II. Os modernos é que se têm preocupado com explicar a natureza da pessoa jurídica, imaginando theorias, que se degladiam tanto mais facilmente quanto deixam em geral alguma coisa a desejar, quando não chocam abertamente a razão.

Destacarei as seguintes:

1ª A que considera as pessoas juridicas simples creações do Estado e, portanto, como *ficções legaes*.

2ª A que affirma ser este genero de pessoas mera apparencia, excogitada para facilidade das relações,

(1) SAVIGNY, *loco citato*; MAYNZ, *Droit romain*, §§ 107-111; BONFANTE, *Diritto romano*, §§ 18-20; MACKELDEY, *Diritto romano*, 147-149; DERNBURG, *Pand.*, § 59-61; WINDSCHEID, *Pand.*, § 57; ED. CUC, *Les institutions juridiques des romains*, II, p. 173-178.

(2) CICERO, porém, no *De officiis*, I, 34, diz: *Est igitur proprium munus magistratus intelligere se gerere personam civitatis*: os magistrados devem penetrar-se da idéa de que são a personificação da cidade.

sendo o verdadeiro sujeito dos direitos, que se lhes attribuem, os individuos, que as compõem ou em beneficio dos quaes ellas foram creadas.

3ª A que contorna a difficuldade, dizendo que, no caso das fundações, os bens não têm proprietario, os direitos não têm sujeito.

4ª A que considera a vontade como o sujeito dos direitos, tanto em relação aos individuos quanto ás corporações e ás fundações.

5ª A que pretende ver, nas pessoas juridicas, simples manifestações de propriedade collectiva.

6ª A que enxerga, nas pessoas juridicas (corporações, sociedades, fundações), *substrata* reaes como os que servem de base ás pessoas naturaes.

7ª A que vê nas pessoas juridicas verdadeiros organismos sociaes, dotados de alma e corpo, mas não include nessa categoria as collectividades, que, apenas aparentemente, funcionam como pessoas juridicas (2ª).

III. A primeira das theorias indicadas gozou por longo tempo das sympathias geraes, a coberto de objecções. A personalidade natural, dizem, não é uma creação do direito, este a recebe das mãos da natureza, já formada, e limita-se a reconhecê-la. A personalidade juridica, pelo contrario, sómente existe por determinação da lei e dentro dos limites por esta fixados (3).

(2ª) Veja-se em ESPINOLA, Systema de direito civil, I, paginas 380 e segs., e em PLANIOL et RIPERT, *Traité*, I, ns. 67 e segs., a materia tratada neste §, mas por outro modo exposta. Consulte-se, ainda FERREIRA COELHO, Codigo Civil, V, ps. 22-338.

(3) SAVAGNY, *Droit romain*, § 85; WINDSCHEID, *Pandette*, § 40; ROTH, *System*, § 71; CHIRONI, *Istituzioni*, § 28; LAURENT, *Principes*, I, § 289; VAUTHIER, *Personnes morales*; RIBAS, *Direito civil*, II, tit. IV, cap. IV.

VAREILLES-SOMMIÈRES tambem acha que as pessoas juridicas são puras *ficções*, mas da doutrina e não da lei.

Contra esta asserção insurgiu-se o seguro criterio juridico de Teixeira de Freitas. «Ha nisto, exclama elle, uma preocupação para alguns, porque suppõem que não ha realidade senão na *materia*, ou só naquillo que se mostra accessivel á acção dos sentidos; e para outros, por causa das ficções do direito romano, com as quaes o pretor ia reformando o direito existente e attendendo ás necessidades novas, simulando, porém, que o não alterava» (4).

Mas, como suppôr que o Estado é uma simples ficção? E, se a lei é que erige essa ficção em pessoa, sendo a lei a expressão da soberania do Estado, segue-se que a lei é a emanção, a consequencia de uma ficção. Por outro lado, ou o Estado tinha uma existencia real antes de se reconhecer como pessoa, e não é possivel considerar fingida a sua personificação, ou não tinha existencia real e não podia dotar-se com attributos juridicos.

A verdade é que o reconhecimento das pessoas juridicas por parte do Estado, não é acto de *creação*, mas sim de *confirmação*; nem no facto de conferil-o trata o Estado as pessoas juridicas de um modo e de modo diverso as pessoas naturaes, porquanto estas sómente gozam dos direitos, que a lei lhes garante.

A observação historica esclarece muito bem esta materia. Primitivamente, eram as tribus ou as nações as proprietarias do solo; em relação a ellas, estabelecia-se o parentesco e a responsabilidade criminal ou contractual; a ellas cabiam as prerogativas e a maior parte dos direitos, que estamos habituados a ver como

(4) *Esboço*, nota ao art. 273. Vejam-se igualmente: VAREILLES-SOMMIÈRES, *Personnes morales*, ns. 35, 134 e 375-479; e AMARO CAVALCANTI, *Responsabilidade civil do Estado*, secc. preliminar., § 2.

emanações da personalidade individual. Pouco a pouco é que o valor juridico do individuo se vae destacando da massa amorpha commum, da nebulosa juridica, que se espraia por todo o circulo de organização social, a que elle pertence. Só então o homem, individualmente considerado, assume o posto mais nobre de portador de direitos (5).

Não nos surprehendamos hoje, portanto, com a attribuição de direitos a certos circulos de organização social; elles os possuiram e exerceram, quando os individuos não podiam fazel-o, porque a exteriorização do direito presuppunha, da parte do agente, uma provisão de força, de que sómente as collectividades eram capazes.

IV. A segunda theoria foi sustentada por **Jhering** e **Bolze**. Ao primeiro é que devemos pedir que nol-a exponha com a costumada lucidez de phrase e a energia de pensamento, que é uma das particularidades de seu genio.

«Não, escreve elle; os verdadeiros sujeitos do direito não são as pessoas juridicas, e sim os individuos, que as compõem; ellas são apenas a fórmula especial mediante a qual estes manifestam suas relações juridicas com o mundo exterior, fórmula que não tem importancia alguma para as relações juridicas dos membros entre si. Os direitos de cada um delles contra os outros ficam intactos, quanto á fórmula» (6).

As fundações são uma fórmula muito mais complicada da relação de que nos occupamos. São, por si

(5) SCHIATARELLA, *I presupposti del diritto scientifico*, p. 148; D'AGUANO, *Genese e evoluzione del diritto civile*, n. 63; HERMANN POST, *Grundlagen des Rechts*, p. 56, e toda a obra *Ethnologischen Jurisprudenz*; a minha *Legislação comparada*, n. 69, e a minha *Criminologia e direito*, p. 183 e segs.

(6) *Espiritu del derecho romano*, IV, § 71.

mesmas, o objecto e o centro de gravidade de todas as rodas juridicas, que a fazem mover-se; porém o eixo de todo o seu mecanismo está nas pessoas naturaes, que são as que devem aproveitar-se delle. A personificação das fundações é, pois, a fôrma de um patrimonio apropriado aos interesses e aos fins de pessoas indeterminadas. Os destinatarios das fundações são aquelles, em cujo favor foram creadas: — pobres, enfermos, viuvas, orphãos (7).

«A pessoa juridica, por si mesma, não é a destinataria dos direitos, que possui; destinatarias desses direitos são as pessoas physicas, que se encontram, por assim dizer, por traz dellas. Essas pessoas physicas são os verdadeiros titulares dos direitos, e as pessoas juridicas não fazem mais do que represental-as, pouco importando que se trate de um circulo determinado de individuos (*universitates personarum*) ou de um numero indeterminado (*universitates bonorum*), por exemplo, em um hospital, os enfermos, porque, pelo menos, para o direito privado, a pessoa juridica é, nesse caso, o instrumento technico destinado a corrigir a falta de determinação do sujeito» (8).

Esta theoria individualista confunde, ao meu ver, duas idéas distinctas ou, pelo menos, que se devem distinguir nos casos de personificação juridica e ainda em outros, que com elles nada offerecem de commum. Estas idéas são: o interesse, parte nuclear do direito, e a sua repercussão dentro de um circulo, mais ou menos estreito, de individuos.

Certamente o direito é um interesse que a lei protege, e esse interesse é uma irradiação da personalidade, do sujeito do direito. Mas, pergunta-se, de quem

(7) *Loco citato*.

(8) *Op. cit.*, III, § 46.

será esse interesse nas corporações, nas sociedades, nas fundações? Se fosse directa, immediatamente, dos individuos, poderiam estes exercer, por si, os direitos, que se attribuem a essas pessoas.

Supponha-se uma sociedade de fins ideaes. Como admittir que os direitos e as obrigações da sociedade possam ser de cada um de seus membros, de modo que possam elles, individualmente, exercer os primeiros e ser coagidos a cumprir as segundas? Se assim fosse, teriamos eliminado a idéa de sociedade, porque esta suppõe um todo composto de unidades, e, sobretudo, teriamos supprimido a idéa de personalidade juridica, porque esta, em relação ás sociedades, suppõe uma *universalidade*, distincta dos elementos que a compõem. *Universitas distat a singulis*.

Se, pois, não podem os membros da sociedade exercer, por si, direitos, que competem, privativamente, á sociedade, não é licito dizer que são elles os verdadeiros sujeitos, e a corporação uma apparencia, um simples modo de designal-os.

O mesmo raciocinio póde applicar-se ás fundações. Os pobres, os enfermos ou orphãos de um hospital, não podem ser tidos como verdadeiros sujeitos de direitos, que o hospital exerce, ainda quando fosse licito conferir-lhes uma acção para obterem as vantagens, que o hospital é destinado a proporcionar, pois que, além dessas vantagens, direitos outros ha, que se não poderiam conferir a essas pessoas naturaes, sem, ao mesmo tempo, destruir a instituição. Que seria della, por exemplo, se o direito de administrar o patrimonio, de manter a organização do estabelecimento, de cumprir as determinações estatutarias, fosse entregue ao arbitrio de cada um ou ainda de todos que, num momento dado, se achassem com direito de receber os beneficios da instituição?

Essas pessoas têm, indubitavelmente, interesse no desempenho das funções hospitalares, mas esse interesse não foi o elemento creador da fundação, apparece depois que ella existe, depois que ella se vem offerecer para prestar uma certa ordem de serviços.

E a acção, a que ha pouco alludia, contra quem seria proposta? Contra o hospital? Mas, então, seria reconhecer a personalidade da fundação. Contra a administração directamente? Mas, se esta não tem direitos proprios, sómente póde apparecer nas relações juridicas representando a fundação.

E' com o maximo respeito que levanto estas objecções á doutrina de um mestre, cujas opiniões têm sempre valor extraordinario, porém, ainda que a sua opinião não seja, neste caso, das que se poderiam chamar radicaes, não me parece que offereça resultados praticos, em condições de compensar as deficiencias da construcção doutrinaria.

Em conclusão, se é certo, como dizia Hermogeniano, que *hominum causa omne jus constitutum est*, uma coisa é affirmar que o direito é estabelecido para fins humanos e outra é pretender que sómente o homem individualmente possa ser sujeito de direitos (9).

O eminente autor do Codigo Civil portuguez, o visconde de Seabra, sem conhecer a doutrina de Jhering, chegou a resultados semelhantes, dizendo: «o direito é uma relação ideal, que tem por principio e fim, e por agente, *unicamente* o homem... O Estado que é senão a reunião de individuos, a sociedade representada em seus agentes? As *corporações* e *associações* que são senão os mesmos individuos, unidos por certo interesse? Os *estabelecimentos de caridade e de instrucção*? Que

(9) FADDA e BENSA, nota x ás *Pandectas* de WINDSCHEID, vol. I, p. 715.

ha ahí que possa dizer-se sujeito de direitos, senão os mesmos interessados na fundação, representados pelos gerentes dos mesmos estabelecimentos? (10).

Na Allemanha, pouca repercussão teve a doutrina de **Jhering**, mas na França encontrou adhesões e sympathias da parte de **Lainé** e de **Vareilles-Sommières**.

Este ultimo jurisconsulto acha as theorias imaginadas na França e na Allemanha «contrarias á observação e ao senso commum, excepto a de **Jhering**, onde brilha uma larga parte de verdade» (11).

Para elle, como para o excelso pensador allemão, os autores «tomaram por pessoa um meio engenhoso empregado pelos antigos, e que é licito empregar sempre, afim de resumir, exactamente, e pintar, vivamente, as regras racionaes, contractuaes ou legaes, que regem as pessoas verdadeiras em certas situações» (12). Accentuando o seu pensamento, define a pessoa juridica — «uma pessoa ficticia, de origem puramente doutrinal e que, exclusivamente, por necessidade do pensamento e da linguagem, é considerada titular de direitos e de obrigações, que, na realidade, pertencem a pessoas verdadeiras» (13).

Eliminar a pessoa juridica, reputal-a apenas util para «pintar e resumir, elegantemente, um estado de coisas, dando-lhe relevo e côr, simplificando uma si-

(10) *Novissima apostilla*, Coimbra, 1859, apud AMARO CAVALCANTI, *Responsabilidade civil do Estado*, p. 20-21. SEABRA affirma, como o egregio autor do *Espirito do direito romano*, que, num hõspital, os sujeitos dos direitos são os doentes, *unicos a quem os bens verdadeiramente pertencem*.

(11) *Personnes morales*, p. 5. Veja-se ainda a mesma obra, p. 132-135, onde se expõe a doutrina de JHERING.

(12) *Personnes morales*, p. 13.

(13) *Op. cit.*, pag. 147. VAREILLES-SOMMIÈRES indica alguns autores que lhe esposaram a doutrina. São elles: DU MANGY CHARMONT, e DIDIER ROUSSE, (*Op. cit.*, p. 391).

tuação complicada» (14), é desprezar a realidade, suppondo prestar-lhe homenagem. E' inutil repetir a argumentação, que oppuzemos ao preclaro Jhering, mas não será de todo impertinencia affirmar que o Estado não pôde ser um simples vocabulo para designar os individuos reunidos em um dado territorio, sob uma determinada fórma: basta consideral-o em suas relações internacionaes para ficar evidente a insufficiencia e impropriedade dessa concepção; que as corporações têm sua existencia propria, interesses seus, que podem ser contrarios aos de seus membros individualmente considerados; que, nas fundações, o individuo, affirmando o seu direito de exigir do estabelecimento que lhe preste determinados serviços, affirma, ao mesmo tempo, que outra pessoa existe obrigada a cumprir essa prestação e esta outra pessoa ha de ser o estabelecimento representado por sua administração, e não esta, que o representa, que tem os seus direitos prescriptos no acto fundamental (15).

V. A theoria de que o direito, algumas vezes, não tem sujeito, vae tomando certo incremento na doutrina, embora encontre forte opposição da parte de escriptores notabilissimos, e de imperiosas necessidades logicas. Windscheid, Koeppen e Becker acham que o patrimonio, em certas relações, pôde apparecer sem sujeito; Kunze, Arndts, Dernburg, Dusi e a grande maioria dos que se têm occupado com o assumpto (16) não admittem

(14) *Op. cit.*, p. 225. Nas pags. 147 até 238, está propriamente concentrada a theoria de VAREILLES-SOMMIÈRES.

(15) Veja-se, em AMARO CAVALCANTI, *Responsabilidade civil do Estado*, p. 32 a 33, algumas ponderações criticas á doutrina, que suprime a personalidade juridica em proveito da pessoa natural.

(16) Veja-se a introdução deste livro, n. 46. PLANIOL acha que a doutrina do patrimonio sem sujeito é um absurdo (*Traité*, n. 1.905). Veja-se AMARO, *op. cit.*, p. 36 e 37.

semelhante construcção, por contrariar, evidentemente, as regras fundamentaes da logica juridica. O direito é uma relação, que não pôde existir sem os dois termos: sujeito e objecto.

Uma opinião intermedia é a de **Jhering**, seguida por **Fadda** e **Bensa** ⁽¹⁷⁾. Pensa o grande jurisconsulto que o sujeito é elemento indispensavel de toda relação juridica, mas pôde, temporariamente, faltar; existe sempre, mas basta que a sua existencia seja certa no futuro. A existencia actual é, algumas vezes, dispensada. Foi a proposito desta questão que elle imaginou a curiosa theoria do lado activo e lado passivo, effeitos activos e effeitos passivos do direito. O fim e a razão do direito estão no seu titular, porque a sua existencia tem por objectivo assegurar a este certas faculdades de disposição: eis o lado e os effeitos activos do direito. Mas o direito se exterioriza, estabelecendo um vinculo entre o titular e uma coisa ou uma pessoa, vinculo que submete essa coisa ou pessoa aos fins do mesmo titular: eis o lado passivo do direito. Em geral estes dois aspectos se apresentam simultaneamente, porém é possível que o lado passivo appareça, provisoriamente, sem o activo, ainda que na expectativa d'elle, subsistindo o direito em consideração ao sujeito futuro.

Apresentada com esta reserva, é a propria negação da extranha concepção. A relação não dispensa o sujeito, prepara-se para recebê-lo. Mas não vejo necessidade de semelhante concessão ao illogismo; os fins praticos não a exigem. Supponha-se um patrimonio destinado ao estabelecimento de uma fundação, que ainda não existe. Não existe de facto, mas existe de direito para o effeito da validade do legado e da conservação, administração e desenvolvimento do acervo de

(17) Nota u ás *Pand.* de WINDSCHEID, I, p. 710 e segs.

bens. Tem aqui applicação o preceito imaginado para caso diverso: *nasciturus pro jam nato habetur cum de ejus commodo agitur.*

VI. A doutrina de **Zitelmann** e **Meuren**, segundo a qual a vontade, destacada das outras faculdades, deve ser considerada o verdadeiro sujeito tanto dos direitos attribuidos ás pessoas naturaes, quanto dos attribuidos ás pessoas juridicas, nada explica, nada resolve; confere á vontade uma autonomia, que absolutamente ella não tem, e, se não é isso, confunde um dos elementos creadores do direito (declarações da vontade) com o proprio sujeito, membro da relação juridica (18). Condemnada pela psychologia experimental, não exige esta doutrina que o jurista despenda mais tempo em refutal-a.

VII. **Planiol** pensa que «a idéa da personalidade ficticia é uma concepção simples, mas superficial, que occulta a nossos olhos a persistencia, até o presente, da *propriedade colectiva* ao lado da propriedade individual. Suppõe-se, erroneamente, continúa o sabio professor francez, que as sociedades modernas não têm mais de uma fórmula de propriedade, a que todo o mundo conhece, a propriedade de um campo ou de uma casa pertencente a um particular. E' uma idéa falsa!»

.....

«Sob o nome de pessoas civis é necessario, pois, comprehender a existencia de *bens collectivos*, em estado de massas distinctas, subtrahidas ao regimen da

(18) Veja-se em **AMARO CAVALCANTI**, *Responsabilidade civil do Estado*, pags. 44-46, as objecções de **MICHOU**, **GIORGI** e **DUGUIT** contra a *Willenstheorie*.

propriedade individual. Por conseguinte essas *pretendidas pessoas* não o são, ainda ficticiamente: são *coisas*» (19).

Planiol refere-se particularmente ás corporações e estabelecimentos publicos, ás sociedades privadas e ás obras pias, mostrando que, em cada uma dessas espécies, o que se vê é uma propriedade collectiva, que, aliás, se não deve confundir com a indivisão ou condomínio, porque, neste caso, cada comproprietario tem uma parte no patrimonio commum e conserva a sua autonomia, emquanto que, nos casos das pessoas civis, a propriedade é da collectividade, de todos juntos indefinidamente, não podendo a vontade de um socio embaraçar a gestão feita de accôrdo com a organização dada á propriedade collectiva (estatutos, compromisso, contracto).

E' o que se póde chamar *theoria objectiva* ou *materialista*. Embora, porém, o *sympathico civilista* procure invocar, em seu favor, os juristas romanos que não chamaram os *collegia, corpora* e *universitates*, de pessoas, dizendo apenas Florentino que faziam as vezes de pessoa (*personae vice funguntur*); embora descubra em Laurent, Bequet e Heuve, traços da idéa que, pela primeira vez, elle expõe em toda a sua nitidez, força é convir que as suas razões não convencem, e que a sua concepção não apanha a figura das pessoas juridicas em sua realidade.

Diz-nos elle: não basta que um grupo associativo esteja organizado, para que se lhe possa attribuir uma personalidade; é preciso que tenha um patrimonio, um dominio; portanto, a pretendida *personalidade* é aqui

(19) *Traité*, I, n. 675. No *Traité pratique* de PLANIOL et RIPERT, I, n. 68, esta *theoria* não é esposada pelos autores e sim attribuida, particularmente, ao primeiro.

synonyma de *massa de bens*, a idéa de pessoa ficticia é inseparavel de propriedade collectiva (20).

E' certo que dominou, por algum tempo, na doutrina, a supposição de que a posse de um patrimonio proprio era um dos presupostos juridicos da existencia das pessoas ideaes; mas, á proporção que a intelligencia foi penetrando mais fundo nesta modalidade do ser juridico, que a sciencia foi illuminando esta região outr'ora mal explorada, a noção se foi alargando accentuando, desprendendo de preconceitos, emergindo nitida em plena luz, e hoje é principio assente que, se a pessoa juridica *é sempre capaz* de adquirir um patrimonio, *a preexistencia deste nem sempre é necessaria para que ella se constitua*. O patrimonio não é presupposto conceitual de sua existencia (21).

Muitas sociedades scientificas e literarias, assim como outras de fins ideaes, podem dispensar um patrimonio realizado, porque podem conseguir os seus fins, dispensando essa base economica. Já não me quero referir ás corporações de mendicantes, tão comuns outr'ora, mas supponha-se que um grupo de dedicados amantes da instrucção publica toma a seu cargo diffundil-a pelos methodos mais aperfeçoados, e, para dispôr de melhores elementos de exito, se constitue numa associação regularmente organisada, com seus estatutos, onde os fins sociaes e as funcções dos socios sejam bem determinadas. Que necessidade ha de um patrimonio para que essa associação possa obter personalidade juridica? Nessas e em outras sociedades, como as religiosas, o patrimonio é um elemento

(20) *Op. cit.*, n. 676, texto e nota 1.

(21) WINDSCHEID, *Pand.*, § 58, nota 1; STOBBE, *Privatrecht*, § 49, nota 3; LACERDA DE ALMEIDA, *Pessoas juridicas*, § 2.

secundario, e póde, conforme as hypotheses, ser dispensavel.

Rue, consequentemente, pela base, a construcção proposta por Planiol. E, além desse defeito capital, um outro apresenta, que tambem, por si só, seria sufficiente para que a rejeitássemos. Não vê, nas pessoas juridicas, a face mais elevada, que é o fim, a *causa finalis*, que determinou a sua criação. No Estado, descobre apenas a *fazenda publica*, e não o systema de forças sociaes organizadas para a realização do direito e dos fins culturaes da sociedade, que elle se destina a assegurar; nas ordens monasticas, encara os campos, que os monges fazem cultivar e os predios alugados, mas não os intuitos religiosos; nos estabelecimentos pios, o principal é o patrimonio e não o sentimento de caridade, que vae ao encontro dos necessitados. Evidentemente, esta theoria conturba as noções e desnatura os institutos.

VIII. A theoria organicista de Gierke, Endemann, Ferrat, Saleilles, Michoud e tantos outros (ainda que entre estes autores não haja unidade de vistas, e offereçam apenas matizes de um pensamento fundamental), vê na pessoa juridica um ser real, um verdadeiro organismo, tendo uma vontade, que não é, simplesmente, a somma das vontades dos associados, nem o querer dos administradores. Gierke exaggera esta observação verdadeira e dota a pessoa juridica de uma intelligencia. Endemann é mais commedido e, por isso mesmo, vae trilhando o terreno firme da experiencia e da razão. Todo direito, observa elle, existe por causa do homem, porém, «as pessoas juridicas apanham os interesses humanos em um sentido mais elevado, o sentido social. Ellas não são criações arbitrarías, juridicamente subutilizadas; correspondem, ao contrario, a uma necessidade geral e bem fundada das relações da vida.» E ac-

cescenta: «a necessidade de formar personalidades collectivas é da propria natureza humana e essa necessidade sómente se póde satisfazer quando a collectividade é recebida como sujeito de direito. Naturalmente isto se desenvolveu, primeiramente, com as associações pessoas (tomando por modelo a associação da familia), passando em seguida ás fundações» (22).

Ferrat entende que «o sujeito do direito na associação é o feixe de todas as vontades dos associados, reunidas em um todo harmonico e dirigidas para um mesmo fim», idéa que já havia sido anteriormente expressa, quasi pelos mesmos termos por Boistel (23).

IX. Tambem organicista, porém com idéas divergentes, é LACERDA DE ALMEIDA, que tem uma theoria original, para explicar a natureza das pessoas juridicas.

Assim como no mundo organico se nos depara o dualismo do espirito e da materia, pensa o juriscônsulto brasileiro que é possivel descobrir na pessoa jurídica, seja uma associação ou uma fundação, o espirito e o organismo, «a idéa que busca órgãos, para manifestar-se, e órgãos, onde a idéa se encarna ou busca realizar os seus destinos» (24).

Esta concepção colloca em situação semelhante, no campo juridico, os dous generos de sujeitos das relações de direito, o individuo e as pessoas juridicas, e approxima, sob o ponto de vista da idéa e da funcção, as duas modalidades de pessoas juridicas, as corporações e as fundações, nas quaes o principio unificador,

(22) ENDEMANN, *Einfuehrung*, I, § 43, nota 1.

(23) *Apud* VAREILLES-SOMMIÈRES, *Personnes morales*, p. 86 e seguintes, onde se expõem igualmente as idéas de LAMARZELLE e HAURIU, no sentido desta doutrina, que vae conquistando as mais extensas sympathias.

(24) *Pessoas juridicas*, p. 48.

a energia organica e vital brota do pensamento inicial e finalistico.

Buscando analogias na theoria da linguagem, distinguindo termos, que indicam simples conceitos, e termos, que exprimem realidade, discrimina as pessoas juridicas propriamente ditas das que impropriamente assim são chamadas, e que são apenas abreviações, «por traz das quaes estão os individuos, verdadeiros titulares dos direitos, que a collectividade ostenta» (25). E' nas pessoas juridicas propriamente ditas que distingue os dous elementos, o *corpus* e o *animus*.

«O *corpus*, que nas associações é, em regra, uma collectividade de mais ou menos vastas proporções, explica-nos LACERDA DE ALMEIDA, nas fundações consta de uma pessoa ou de um grupo limitado de pessoas, tantas quantas bastem para a respectiva administração» (26).

O *animus* é a idéa «que subjuga e arrasta», tornando «o homem escravo de uma aspiração.» A importancia desse elemento nas associações é intuitiva. «Por elle, essas collectividades surgem, vivem e se conservam; sem elle, nada são ou, melhor, não passam de corpos mortos, como o organismo humano, donde desapareceu a vida» (27). Nas fundações, o *animus* é a vontade do instituidor que se corporifica nos órgãos, isto é, na administração della; não mobil e modificavel como nas associações, mas crystallizada e immovel em sua expressão verbal, como ultima vontade; não vivendo no animo de cada um dos individuos como nas

(25) Nota B no fim do volume.

(26) *Op. cit.*, p. 73.

(27) *Op. cit.*, p. 51-54.

associações, de que são representantes os que a dirigem e governam, mas morta para a vida actual e só tendo por órgãos os administradores, nos quaes se incarna» (28).

X. A theoria, que, em seguida, vae ser exposta, não diverge, na essencia, da que foi indicada sob o numero VIII, nem se oppõe á que acaba de ser invocada, mas, tomando **Endemann** por guia principal, afasta umas idéas e concilia outras, para melhor apanhar o que parece a realidade dos factos.

Kohler tambem contribuiu, consideravelmente, para que o pensamento juridico se libertasse de certas subtilidades metaphysicas e exaggeros doutrinarios.

Resumirei a sua doutrina. Pessoa é um ser ao qual se prendem direitos subjectivos de modo que a possam acompanhar e seguir. A ordem juridica poderia attribuir essa qualidade a qualquer ser, uma arvore ou um animal. Não o faz, porque a ordem juridica attribue a personalidade a um ser, afim de que elle, por meio do direito, se possa incorporar uma porção de bens, fruilos e, assim, alcançar o seu completo desenvolvimento. Como, porém, a idéa de gozo não é essencial ao direito subjectivo, surge uma outra razão pela qual a ordem juridica se exime de attribuir personalidade a seres das especies indicadas. O direito é alguma coisa de vivo, que consiste em transformações constantes e que necessita de renovações ininterruptas, pois que a natureza se evolve, mudam as necessidades e, com estas, o direito. «Dahi resulta que o sujeito do direito deve ser formado de modo que possa acompanhar as mutações do movimento, de modo que possa entrar nesse movi-

(28) *Op. cit.*, p. 73.

mento de uma maneira correspondentemente racional, isto é, conforme ás determinações do direito». Por isso a ordem juridica exige que os sujeitos de direito sejam, ao menos em sua generalidade, capazes de agir racionalmente. Na primeira linha, apparece o homem, que é um ser dotado de razão, e, depois, os seres aos quaes se póde fornecer a razão humana pela annexação de órgãos».

Assim, naturalmente, se constituem dous generos de pessoas: as corporeas ou physicas e as moraes ou juridicas. Umias e outras são egualmente reaes; a distincção está em que umas são dotadas, naturalmente, de razão, ao passo que, ás outras, a racionalidade é parcialmente adquirida, mediante um arranjo especial do homem; umas receberam o seu organismo da propria natureza, ao passo que as outras sómente conseguem a fórma organica, porque as penetra a natureza humana.

Assim, ao lado das pessoas corporeas, estão as juridicas. Explicava-se isto outr'ora, dizendo que estas ultimas vestiam, por ficção, uma roupa de homem. Era um recurso da theoria ainda imperfeita. Na realidade, a pessoa juridica não é um homem ficticio, porém *uma pessoa real, creada pela ordem juridica*. A noção de pessoa é mais extensa do que a de homem (29).

(29) *Lehrbuch des buerg. Rechts*, I, § 131; *Einfuehrung in die Rechtswissenschaft*, § 8.

Veja-se ainda SOHM na *Systematische Rechtswissenschaft*, p. 22-24. As necessidades sempre crescentes das communiidades sociaes exigem que se lhes attribua um patrimonio independente. A fórma juridica desses bens de corpos sociaes é a personalidade juridica da comunidade. Tal a condensação de sua doutrina.

§ 19

Conceito da pessoa jurídica

O homem é um ser sociável, *zoon politikon*. A sociedade é o seu meio necessário; fóra della não o podemos comprehender. «Encontram-se homens e até povos atheus, já tive occasião de escrever, ha mesmo religião sem deuses; ninguém concebe, porém, o homem fóra da sociedade. Assim como só podemos comprehender os corpos com as suas propriedades, considerando-os no espaço, como seu meio proprio, do mesmo modo só podemos comprehender o homem, com a sua natureza moral e intellectual, estudando-o na sociedade» (1).

A sociedade organizada de modo a poder coagir o individuo e os grupos de individuos a submeterem a sua actividade aos fins sociaes, que são de ordem superior, eis o Estado. Sem elle, a sociedade não poderia tomar fórmula definida e desenvolver-se. O Estado, pois, é mais do que uma simples criação social; é a propria sociedade olhada pelo lado da *organização de suas forças coactivas*, segundo a expressão de *Jhering* (2).

Mas o Estado, fórmula jurídica da sociedade, para estabelecer a harmonia entre os individuos, impulsionados pelas solicitações do proprio egoismo, destaca-se da massa geral desses individuos, como um ser de ordem mais elevada, no qual se unificam e transformam as vontades individuaes. Esse ser de ordem diversa é, a principio, um organismo imperfeito, mal seguro, vacillante; mas, pouco a pouco, se consolida, suas fun-

(1) *Criminologia e direito*, p. 160.

(2) *Zweck im Recht*, I, p. 309 da segunda edição.

ções se accentuam mais nitidamente, a visão de seus fins apresenta-se clara, e, para realizal-os, elle se mune dos meios necessarios, organiza o seu exercito, a sua administração, os seus instrumentos de preparo e execução das leis, exige serviços pessoases de seus membros, faz-se proprietario, trava relações com outros seres de igual categoria. Desenvolvendo a sua actividade nessas diversas direcções, affirma a sua existencia dentro da esphera do direito. Esta existencia do Estado é real, solicitada pela propria natureza humana, não um simples producto da imaginação. Podemos, pois, com toda a segurança, considerar o Estado a pessoa juridica por excellencia.

Sua fórmula é a da corporação (3); é o circulo maximo da organização social, affirmando-se como sujeito do direito. A sociedade internacional dos individuos e a sociedade dos Estados são organizações mais vastas do que o Estado, mas, pelo menos em nossos dias, não são mais do que um meio, onde se travam relações juridicas e não corporações, que affirmem, juridicamente, a sua existencia como sujeitos dessas relações (3^a).

(3) RIBAS, *Direito civil*, II, tit. 4, cap. V, § 2; LACERDA DE ALMEIDA, *Pessoas juridicas*, §§ 4 e 9. Outros concebem a personalidade do Estado como restricta ao fisco e, portanto, entrando, sob o ponto de vista do direito privado, na classe do complexo de coisas personificadas (WINDSCHEID, *Pand.*, § 57, n. 3); outros, como um estabelecimento de existencia puramente ideal (ROTH, *System*, § 71). A verdade é que o Estado se concebe como uma corporação: é a *nação politicamente organizada*. E, se, nas relações privadas, muitas vezes, se estabelece synonymia entre *União* e *Fazenda nacional*, essa metonymia não tem por effeito alterar o conceito da personalidade civil do Estado. Conf. CARVALHO DE MENDONÇA, *Direito*, volume 87, p. 5-9.

(3^a) Com a criação da Sociedade das Nações, pelo Pacto, que constitue a Primeira Parte do Tratado de Versailles, con-

O Estado não é um todo compacto e inteiriço; é, antes, um composto de centros diversos de organização, que lhe são subordinados. Os *Estados federados*, nas fôrmas federativas de governo, as *provincias*, nas fôrmas unitarias, os *municipios*, e ainda outros circulos menores, embora movendo-se dentro de um organismo mais vasto, apresentam força vital propria, que não se reflecte sómente na ordem politica, faz-se tambem sentir na ordem privada.

Reconhecendo a vida autonoma dessas corporações politicas, não creamos nenhuma ficção, traduzimos, na linguagem do direito, factos da vida, que caem sob as vistas do observador commum.

Não é menos verdade affirmar, das collectividades constituidas na ordem privada, o que acabamos de reconhecer como irrecusavel em relação ás collectividades de ordem politica. Assim como aquellas são pesôas juridicas organizadas de accôrdo com os principios do direito publico, são estas sujeitas do direito que se movem dentro da orbita traçada pelas leis de caracter privado.

As associações, diz **Endemann** (4), são apenas uma segunda fôrma, pela qual se affirmam os interesses hu-

cluido em 28 de Junho de 1919, um organismo de maior extensão do que os Estados se esboçou, e teria já produzido melhores resultados, apesar dos inevitaveis defeitos originarios, se a politica militarista não lhe tivesse perturbado a evolução.

Como por que seja, a Sociedade das Nações é uma corporação internacional, com orgãos adequados, por cuja consolidação fazemos votos os que sonhamos, para a humanidade, o reinado da paz e da justiça.

Della se afastou o Brasil, para não ter a responsabilidade dos desvios, que não poderia impedir, mas não devemos desanimar de futuro dominio dos bons principios, que o direito internacional propagou.

(4) *Einführung*, § 43, nota 1.

manos, que não recebem plena satisfação com a simples prosecução dos fins individuaes; porém, conduzem também ás colligações para a realização de fins communs, ao agirem na qualidade de membros de um todo mais elevado. Quanto mais claramente o homem se reconhece como producto do seu grupo social, tanto mais lucidamente se vê que as associações são também, na vida do direito, uma fôrma natural e necessaria pela qual o proprio sujeito individual do direito provê aos seus interesses. Dahi resulta que, com a associação, se fôrma *um corpo social dotado de interesses juridicos propios*, o qual, do mesmo modo que o individuo, deve ser, juridicamente, reconhecido como existindo realmente, como dotado de actividade, e não como um ser ficticio.

Este modo de ver, conquistando, dia a dia, maior numero de proselytos, faz com que se vá facilitando o reconhecimento da personalidade juridica ás diversas sociedades civis e commerciaes, assentando a doutrina o principio de que devem ser considerados como pessoas juridicas *todos os agrupamentos de homens, que, reunidos para um fim cuja realização procuram, mostram ter vida propria, distincta da dos individuos que os compõem, e necessitando, para a segurança dessa vida, de uma protecção particular do direito* (5).

Dentre as pessoas juridicas, offerecem feição muito curiosa as fundações, que consistem em comple-

(5) D'ÁGUANO, *Genese e evoluzione del diritto civile*, p. 157; FADDA e BENSA, nota x ás *Pand.* de WINDSCHEID, vol. I, p. 787; ENDEMANN, *Einfuehrung*, I, § 43; GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, I, § 58 e segs.; VALVERDE, *Instituciones*, cit., p. 141 e segs.; GIORGI, *Persone giuridiche*; ALVES, *Leis da provedoria*, nota 205; LACERDA DE ALMEIDA, *Pessoas juridicas*, § 7; AMARO CAVALCANTI, *Responsabilidade civil do Estado*, p. 57 e seguintes.

ços de bens (*universitates bonorum*) dedicados á consecução de certos fins, e, para esse effeito, dotados de personalidade (6). Esta fórma de pessoa é um desenvolvimento de idéas romanas, sob a acção do direito canonico. No direito romano, os estabelecimentos pios estavam inteiramente ligados a uma associação; o direito canonico deu-lhes existencia independente (7).

Foi, porém, no direito allemão que maior desenvolvimento doutrinario teve esta figura juridica, destacando-se o que a respeito escreveu O. Gierke. A fundação, diz elle, é um organismo social independente, cuja alma é constituída pela vontade do instituidor, que perdura nella, e cujo corpo é formado pela associação incumbida da realização dessa vontade. A vontade do instituidor corporifica-se em um organismo institucional, que lhe serve de portador perpetuamente vivo (8).

Esta concepção faz incluir as fundações na classe das associações; são associações de um caracter especial. «Corporações e fundações dizem Fadda e Bensa, são dois nomes hoje tradicionaes, e tambem acceptaveis pela certeza de sua significação, mas, em substancia, conduzem sempre a isto: — a *uma associação de homens*, realidade existente, como titular dos direitos respectivos» (9).

O sujeito do direito, nas fundações, é a idéa ou fim que se prosegue, disseram Savigny, Puchta e Maynz (10); é o proprio patrimonio, affirmam outros; é uma

(6) ROTH, *System*, § 73; STOBBE, *Privatrecht*, I, § 62; ENDEMANN, *Einfuehrung*, I, § 43; minha *Legislação comparada*, licção XVII.

(7) ENDEMANN, *op. cit.*, § 49, nota 2.

(8) *Op. cit.*, § 78; DERNBURG, *Pand.*, § 62. Conf. LACERDA, *Pessoas juridicas*, § 7, nota 8.

(9) Citada nota *x* ás *Pand.* de WINDSCHEID, vol. I.

(10) SAVIGNY, *op. cit.*, § 86; MAYNZ, *op. cit.*, I, §§ 20-23.

associação, doutrinam Gierke, Regelsberger e outros (11). Esta ultima opinião vae tomando grande ascendente na doutrina, mas, se é commum attribuir um patrimonio a uma pessoa juridica já existente, e se, por outro lado, ordinariamente a fundação é administrada por uma corporação, a verdadeira idéa de fundação é a de *um patrimonio transfigurado pela idéa, que o põe ao serviço de um fim determinado* (12).

E' ainda aqui em favor do homem que o direito é reconhecido e assegurado, pois é para a realização de fins humanos, e dos mais nobres, que existe esta categoria de pessoas.

§ 20

Classificação das pessoas juridicas

I. As pessoas juridicas podem reduzir-se a duas ordens: — *as de direito publico e as de direito privado*.

São pessoas juridicas de direito publico: — 1º o *Estado*, entre nós a *União*; 2º os diversos circulos menores de organização politica ou administrativa, como

(11) KOHLER, *Lehrbuch*, § 131, VII, acha que só em sentido translato se pôde dizer que a vontade do instituidor sobrevive incorporada na fundação; na realidade apenas perduram os resultados della. Assim como no phonographo não se acha o cantor, sempre que a machina funcçiona, reproduzindo a canção gravada no phonogramma, tambem na fundação não está sempre animada a vontade do instituidor.

(12) O Codigo Civil do cantão dos Grisões, art. 87, defini fundação — determinada massa de bens, destinada a fim especial e tendo uma administração particular. E o Codigo Civil suisso reproduz a mesma idéa, no art. 80, dizendo que uma fundação se institue, destinando-se bens á consecução de um fim particular.

os Estados particulares ou federados, as provincias e os municipios (1).

II. São pessoas juridicas de direito privado: 1º as sociedades civis de fins ideaes ou economicos; 2º as sociedades commerciaes; 3º as fundações.

Por sociedades entendem-se aqui os agrupamentos de homens, reunidos para um fim cuja realização procuram, tendo vida propria, distincta da dos individuos que os compõem, comprehendendo:

a) as associações ou corporações religiosas, como ordens monasticas, ordens terceiras, irmandades, confrarias;

(1) Vejam-se: o Codigo Civil, arts. 13 e 14; CARLOS DE CARVALHO, *Direito civil*, arts. 146 e 147; LACERDA DE ALMEIDA, *Pessoas juridicas*, §§ 9-13; AMARO CAVALCANTI, *op. cit.*, paginas 66-68; ESPINOLA, *Systema de direito civil*, I, p. 405 e segs.

O Codigo Civil allemão distingue as *pessoas juridicas de direito publico* (juristische Personen des oeffentlichen Rechts) das *associações* (Vereine) e das *fundações* (Stiftungen). Vejam-se os arts. 21-89. O Codigo Civil do cantão dos Grisões, art. 87, havia, precedentemente, adoptado classificação semelhante, mas distinguindo as pessoas juridicas de direito privado em *corporações, associações e fundações*. *Corporação* é um conjunto de pessoas, que, apenas collectivamente, gozam de certos direitos e os exercem por meio de uma vontade unica. *Associação* é uma reunião de pessoas que têm direitos proprios de usufructo ou de quotas-partes dos bens comuns.

O Codigo Civil do Japão, art. 34, refere-se ás associações e aos aggregados de bens.

E' ocioso distinguir as *associações* das *corporações*. Corporações, segundo define RIBAS (*Direito civil*, II, p. 125) são collectividades de pessoas naturaes, que se podem substituir por outras, sem que se alterem as mesmas collectividades. Veja-se ainda T. DE FREITAS, *Vocabulario juridico*, e AMARO CAVALCANTI, *Resp. civil do Estado*, p. 70. Associações são, em rigor, agrupamentos de pessoas que visam um fim ideal. Mas o termo tem grande elasticidade. Num e noutro caso, o principio associativo é fundamental, por isso é melhor darmos a ambos a designação de *sociedade*, ainda que sob a condição de definir o termo.

b) as associações fundadas para fins de beneficencia, recreio, arte, literatura, ou sciencia;

c) as sociedades civis não incluídas nas classes antecedentes, que revestirem a fôrma commercial;

d) as sociedades commerciaes, anonymas, em commandita, em nome collectivo e por quotas, de responsabilidade limitada;

e) os syndicatos agricolas e profissionaes (2).

III. Algumas questões se apresentam a proposito da enumeração das pessoas juridicas, ás quaes é preciso attender. Indaga-se, em primeiro logar, se a Igreja é uma pessoa juridica.

Desde o tempo de Constantino, as igrejas puderam ser contempladas em testamento e, portanto, gozaram de capacidade juridica. Mas cumpre hoje distinguir duas ordens de relações: a publica e a privada.

Na ordem publica, visto como a Igreja catholica tem um chefe universalmente reconhecido, perante o qual são enviados representantes diplomaticos, do qual se recebem, egualmente, embaixadores, um chefe que é tratado como soberano, não ha duvida que offerece os caracteres de uma pessoa juridica internacional, á semelhança de uma potencia, de um Estado estrangeiro. Sob este aspecto, a Igreja catholica apresenta-se com a denominação particular de Santa Sé, e

(2) Confira-se com CARLOS DE CARVALHO, *Direito civil*, art. 152, que, aliás, apresenta uma enumeração diversa; LACERDA DE ALMEIDA, *Pessoas juridicas*, §§ 9 e 18 a 23, que nega a personalidade a algumas das entidades indicadas no texto; AMARO CAVALCANTI, *Responsabilidade civil do Estado*, p. 69-73; e RIBAS, *Direito civil*, p. 115 a 125. Sobre as sociedades por quota, creadas pela lei n. 3.708, de 10 de Janeiro de 1919, vejam-se: VILLEMOR AMARAL, *Das sociedades limitadas*, Rio de Janeiro, 1921; WALDEMAR FERREIRA, *Das sociedades por quotas*, S. Paulo, 1925; NOREDINO ALVES DA SILVA, *Sociedades-quotas-limitadas*, Rio, 1927.

acha-se numa posição excepcional, porque nenhuma outra igreja é tratada como potencia, como pessoa jurídica internacional (3).

E' certo que alguns escriptores têm negado a personalidade jurídica da Santa Sé (4); mas não podemos, logicamente, fazel-o, emquanto entre nós existir a nunciatura e junto ao papa mantivermos representantes diplomaticos.

Na ordem privada, a Igreja catholica, em vez de se apresentar em sua unidade, como a reunião de todos os fieis, para facilidade de seus proprios fins, fracciona-se em collectividades, corporações, igrejas, irmandades. «Comquanto os principios da unidade de Deus, da fé e da communhão christã tendam a generalizar a idéa dessa pessoa jurídica, pondera Ribas (5), as necessidades da vida pratica forçaram a admittir sua pluralidade e a localizal-a, em todos os templos christãos». Esta lição do civilista patrio não é mais do que a reproducção do que aprendera em Savigny, que não diz coisa diversa, concluindo tambem pela affirmação de que «foi mister adoptar a pluralidade de pessoas jurídicas para os bens da Igreja» (6).

Sob esta relação, a Igreja catholica está collocada, em face do direito brasileiro, na mesma situação em que outra qualquer seita, cujos crentes se reunam em corporações ou instituem fundações.

(3) Consultem-se: o meu *Direito publico internacional*, § 45, BONFILS, *Droit international*, ns. 370-396; FAUCHILLE, *Droit international*, I, n. 155; SA VALLE, *Agents diplomatiques*, p. 92-99; LAFAYETTE, *Direito internacional*, § 40; CARLOS DE CARVALHO, *Direito civil*, art. 150; LACERDA DE ALMEIDA, *A Igreja e o Estado*, Rio de Janeiro, 1924, § 7.

(4) GRASSO, *Diritto internazionale*, § 7; BLUNTSCHLI, *Droit int. cod.*, art. 26.

(5) RIBAS, *Direito civil*, II, p. 136.

(6) *Direito romano*, § 88.

Lacerda de Almeida considera a Igreja catholica, as dióceses, as parochias, os cabidos, pessoas juridicas de direito publico (7). Ainda que a sua explicação dê uma feição elevada ao assumpto, não me parece convincente. Consiste a theoria do douto jurisconsulto em considerar a Igreja e o Estado como seres submettidos ás normas superiores do direito das associações; o direito constitucional do Estado e os canones da Igreja, leis internas, estatutos dessas grandes associações.

Mas, afastado o direito internacional, que aqui nada tinha que ver, o direito publico interno é a expressão juridica da organização nacional como entidade politica. Organizando-se politicamente, o Estado é soberano. Todas as entidades, que vivem dentro da esphera de sua organização, devem ser-lhe, necessariamente, subordinadas, ao menos sob certas relações, pois é inadmissivel, perante a logica e perante os factos, que dentro do Estado exista uma associação, que tenha poder juridico igual ou superior a elle. Se a Igreja não póde ser subordinada ao Estado, é porque não vive dentro d'elle, sendo mais extensa e substancialmente diversa; se não está submettida ao direito constitucional do Estado, não é possivel consideral-a pessoa juridica de direito interno.

O que se diz da Igreja catholica, em geral, deve, por identidade de razão, ou por via de consequencia, dizer-se das suas divisões locaes, dióceses e parochias, que serão pessoas de direito publico ecclesiastico, mas, em frente do direito secular, sómente poderão apparecer como associações de character privado, se se organizarem segundo os preceitos do direito civil.

(7) *Pessoas juridicas*, § 14, e, em particular, a nota 6; *A Igreja e o Estado*, §§ 16 e 17 e nota C.

Não sendo uma pessoa de direito publico interno, mas sendo-o do externo, não se lhes pôde recusar o exercicio de direitos civis. Mas, por outro lado, tambem não se pôde recusar ao Estado soberano o direito de regular o seu direito interno, segundo os conselhos da prudencia, provendo á sua paz e conservação. Por isso, podendo determinar o modo pelo qual as pessoas juridicas externas exercem direitos privados no paiz, e as pessoas juridicas internas se organizam, o Estado vê na Igreja catholica, externamente, uma vasta unidade dirigida pela Santa Sé, e, internamente, uma variedade de corporações e fundações collocadas no plano das outras corporações e fundações, que o direito privado reconhece e protege.

IV. A's sociedades commerciaes e ás civis de fórma commercial, exceptuadas as anonymas, recusavam tambem alguns autores a personalidade civil, questão hoje, legalmente resolvida pelo Codigo Civil brasileiro, art. 16, II.

Lacerda de Almeida colloca-as entre as pessoas juridicas impropriamente taes, isto é, acha que são apenas um modo de expressão technica, sendo os verdadeiros sujeitos de direito os individuos associados (8). Semelhante é o parecer de Reynaldo Porchat, que, acceitando, em parte, a doutrina de Vareilles-Sommières, sustenta que faltam ás sociedades commerciaes, tirante as anonymas, os caracteres da pessoa juridica, isto é, a distincção entre ellas e as pessoas que as compõem, e a distincção dos respectivos patrimonios (9).

Mas eu vejo bem esses caracteres nas sociedades commerciaes e civis de fórma commercial. Realmente os membros de taes sociedades podem contrahir obri-

(8) *Pessoas juridicas*, § 26.

(9) *Direito*, vol. 93, p 337-348.

gações fóra do circulo das relações da sociedade, e comparecer em juizo como autores e réos, por effeito dessas obrigações. Por seu lado, as sociedades realizam os actos proprios para os quaes foram organizadas, propõem acções, são chamadas perante a justiça civil. Quer isto dizer que funccionam como pessoas juridicas.

E' innegavel que a personalização é menos intensa, em algumas dessas sociedades, mas, se a responsabilidade do socio é subsidiaria, approximadamente como a do fiador ⁽¹⁰⁾, não se póde recusar personalidade a quem responde immediata e directamente.

Carvalho de Mendonça encara os diversos argumentos lembrados contra a personalidade das sociedades commerciaes, e mostra-lhes a improcedencia. Os socios são solidariamente responsaveis pelas dividas da sociedade, allegam. Responde elle: essa responsabilidade é subsidiaria, tendo elles, como fiadores, o *beneficio de ordem* ou de *excussão*, o que põe em relevo a personalidade da sociedade, pois ninguem póde ser fiador de si mesmo. A solidariedade é uma garantia offerecida aos credores e, como diz Giorgi, não annulla o patrimonio e a divida social, do mesmo modo que o concurso do fiador não faz desaparecer a pessoa do principal responsavel. Tambem nas associações, personificadas de accôrdo com a lei de 10 de Setembro de 1893 (e hoje com o Codigo Civil, art. 18, IV), é admissivel a responsabilidade subsidiaria dos respectivos

(10) Cod. do comm., art. 350: *Os bens particulares do socio não podem ser executados por dividas da sociedade, se não depois de executados todos os bens sociaes.* Vejam-se as observações de BENTO DE FARIA a este artigo, e, mais, CARVALHO DE MENDONÇA, *Tratado de direito commercial*, III, numeros 600-618, que expõe a materia com a sua competencia excepcional.

membros, sem que por esse facto se altere a personalidade da associação.

Fallindo a sociedade, os socios solidarios são arrastados á fallencia, insistem. Responde elle: A fallencia dos socios solidarios, neste caso, não resulta, em rigor, da fallencia da sociedade, e sim «da falta de cumprimento da obrigação, que elles assumiram, de pagar solidariamentè as obrigações sociaes». «Tanto é assim que sómente os que assumem responsabilidade pessoal e solidaria são os arrastados á fallencia.»

Quem entra em negocio com a sociedade, tem em vista a pessôa dos socios, o credito particular delles. E' outra das objecções a que responde o emerito commercialista, mostrando que, se realmente a fortuna particular dos socios concorre para o credito da sociedade, tambem acontece que sociedades em commandita gozam de grande credito, tendo um unico socio solidario sem fortuna pessoal.

Se fosse rigorosamente verdadeira a observação feita pelos adversarios da personalidade das sociedades commerciaes, as sociedades anonymas não deviam inspirar confiança, porque não têm a sua responsabilidade garantida subsidiariamente pelos accionistas.

Outras objecções menos valiosas ainda são egualmente refutadas, e a doutrina da personalidade juridica das sociedades commerciaes, que, aliás, é dominante na sciencia ⁽¹¹⁾ recebe mais um reforço de argumentação logica.

(11) Vejam-se, entre nós, além de MENDONÇA e de BENTO DE FARIA, já citados, CARLOS DE CARVALHO, *Direito civil*, artigo 152, letra e; JOÃO MONTEIRO, *Direito*, vol. 30, p. 499; AMARO CAVALCANTI, *op. cit.*, p. 70; DIDIMO, *Cod. commercial apud LACERDA, Pessôas juridicas*, § 26, nota 7, ALFREDO RUSSELL, *Curso de direito commercial*, I, n. 378, e o meu *Direito das obrigações*, § 163.

As legislações modernas podem igualmente ser invocadas em prol dessa doutrina. Citem-se, em relação ás sociedades commerciaes, a lei belga de 18 de Maio de 1873, art. 2, que, expressamente, reconhece a individualidade juridica dessas sociedades, *distincta da dos associados*, e o Codigo Commercial hespanhol, art. 116, que faz igual declaração. Na França, apesar do silencio do Codigo, é esta a tradição (12). Na Italia tambem, apesar das objecções de Manara, Vidari e Navarini, é tambem esta a opinião geralmente acceita (13).

V. Na enumeração das pessoas juridicas não foram consideradas a pluralidade successiva de pessoas, que exercem uma função publica e a que se referem alguns tratadistas, nem a *herança jacente*.

Da primeira especie nada é necessario dizer, porque as idéas modernas evidentemente não permitem que, no caso, enxerguemos um nucleo de direitos individuaes. O que ha é sómente attribuição de competencia, fixação de limites da autoridade exercida em nome do Estado, e obrigações para com elle assumidas. Os funcionarios agem em nome do Estado e não como pessoas independentes.

Quanto á herança jacente, tambem não se compadece com a organização moderna do direito heredita-

(12) LYON-CAEN ET RENAULT, *Traité de droit commercial*, II, n. 123; PLANIOL, *Traité*, ns. 693 e 704; e os autores citados por CARVALHO DE MENDONÇA, loco citato, *Direito*, vol. 94, p. 45.

(13) Vejam-se a extensa e erudita nota u de FADDA e Bensa ás *Pandectas* de WINDSCHEID, I, p. 802-811; VIVANTI, *Diritto Commerciale*, II, § 2, e particularmente o art. 77, ultima alinea, do Codigo Commercial italiano: *le società commerciale costituiscono, rispetto ai terzi, enti collectivi, distinti delle persone dei socii*.

rio, a doutrina que a contempla como patrimonio personificado.

Já o nosso Mello Freire (14) qualificára a personalização da herança jacente como inutil, ociosa e derisoria, e RIBAS recordava que o nosso direito não conhece a herança jacente no sentido estricto, isto é, sem senhor (15).

Realmente a herança devolvida pertence ao herdeiro, desde o momento da morte do succedendo, de modo a não se abrir intervallo entre o desaparecimento do que transfere e o apparecimento do que recebe a herança. Póde haver incerteza sobre qual o verdadeiro proprietario dos bens do acervo hereditario, mas não ha duvida de que elle exista. Será um parente, será um herdeiro testamentario e, na falta de qualquer delles, o Estado. Por isso a grande maioria dos autores recusa a personalidade juridica á herança jacente (16).

Lacerda de Almeida contempla-a na classe das pessoas impropriamente denominadas juridicas, porque considera *herança jacente* a herança antes da accettazione ou successão sem dono actual (17). Mas, uma vez que o alvará de 9 de Novembro de 1754 estabelecera

(14) *Instituições*, liv. 3, tit. 6, § 1º.

(15) *Direito civil*, II, p. 121 e segs.

(16) FADDA e BENZA, nota y ás *Pand.* de WINDSCHEID, I, p. 778; RIBAS, *Direito civil*, tit. IV, cap. V, § 2, n. IV; AMARO CAVALCANTI, *Responsabilidade civil do Estado*, pag. 73, que cita, em apoio, SEABRA, *Novissima Apostilla*, p. 130; DERNBURG, *Pandette*, § 63, 3.

Contra: WINDSCHEID, § 57; TEIXEIRA DE FREITAS, *Esboço*, art. 278, 2º.

(17) *Pessoas juridicas*, p. 191.

que a posse civil do *de cuius* se transmittia ao herdeiro, desde o momento da sua morte, e que a propriedade pela successão era, desde logo, tambem transferida, não havia necessidade dessa construcção juridica.

O citado alvará declara, no preambulo, que o seu intuito fôra evitar que extranhos tomassem posse dos bens deixados pelas pessôas fallecidas e, depois, se abroquelassem com interdictos possessorios, quando os legitimos donos por direito de herança os viessem reclamar. Suppõe a propriedade transmittida e simultaneamente adquirida; providencia sobre a posse, concedendo-a justamente aos que considera proprietarios (18).

Se os herdeiros têm a posse, mas não a propriedade, desde o momento da morte do hereditando, pergunta-se: — quem é o proprietario desses bens? Suppol-os sem dono, imaginar que ha, na hypothese, uma relação juridica sem sujeito, é crear uma difficuldade onde os phenomenos se desenvolvem com a maxima clareza, é desviar os olhos da realidade e volvel-os para uma construcção evidentemente forçada, até porque, com ella, a posse dos bens da successão fica pertencendo aos herdeiros, por determinação do alvará de 1754, e, se a propriedade lhes não fosse, simultaneamente, reconhecida, haviamos de admittir que possuiam por algum titulo qualquer menos pelo de proprietarios,

(18) ... *Querendo evitar os inconvenientes que resultam de tomarem posse dos bens das pessôas que fallecem, por outras ordinariamente extranhas e a que não pertence a propriedade delles...* diz o citado alvará.

Hoje não é mais possivel a controvérsia em face do Código Civil, que declara, no art. 16, quaes são as pessôas juridicas de direito privado, e entre ellas não menciona a herança jacente.

quando justamente é esse o *substratum* juridico de sua posse, segundo o alvará e a logica.

O que nos diz o sentimento juridico, o que nos afirma a logica, e o que nos fazia suppôr a lei é que a propriedade e a posse se transmittem immediatamente aos herdeiros do *de cujus*, como, hoje, está expresso no Codigo Civil, art. 1.572.

Outros eram os principios do direito romano, quanto á transmissão da propriedade *mortis causa*. Por direito romano, sómente em favor dos herdeiros seus e necessarios havia a transmissão immediata da propriedade (19). Nos outros casos, o dominio das coisas da herança era adquirido pela adição. *Cum heredes instituti sumus, adita hereditate, omnia quidem jura ad nos transeunt* (20). A posse, porém, não vinha com a simples adição, exigia manifestação especial da actividade juridica: *possessio tamen nisi naturaliter comprehensa ad nos non pertinet* (21).

E todavia, é parecer de Dernburg que o direito romano apenas indicava semelhança entre a herança jacente e a personalidade juridica, e dessa approximação não é licito concluir identidade de natureza (22).

Em direito patrio, duvida alguma póde haver. Não havendo solução de continuidade entre as relações dominiaes e possessorias, quando a morte determina a transmissão do patrimonio (Codigo Civil, art. 1.572), não ha o momento de parada e de espera, no qual se localize a personalidade da herança jacente, ou a construcção do patrimonio sem sujeito.

(19) *Inst.*, 3, 1, § 3.

(20) *D.* 41, 2, § 23.

(21) *D.* 41, 2, § 23.

(22) *Pandette*, § 63, 3.

Inicio da personalidade juridica

I. As pessoas juridicas de direito publico, o Estado, entre nós a União, as suas divisões politicas e administrativas como os Estados federados, as provincias e os municipios, têm a sua organização regulada pelo direito publico; sendo, porém, circulos de organização da vida social, constituem-se de accôrdo com as necessidades, obedecendo a fórmias differentes. O Estado surge, espontaneamente, da elaboração da vida social, quando affirma a sua existencia em face dos outros. As suas divisões politicas começam a existir, desde que são estabelecidas pelas leis constitucionaes, e de accôrdo com ellas se organizam.

II. As pessoas juridicas de direito privado sómente podem considerar-se como tendo existencia perante o direito, quando delle recebem a fórmula e a consagração.

O Codigo Civil estabelece, como regra geral, que *a existencia das pessoas juridicas de direito privado, começa, legalmente, com a inscrição dos seus contractos, actos constitutivos, estatutos ou compromissos, no seu registro peculiar, regulado por lei especial, ou com a autorização ou approvação do Governo, quando precisa* (art. 18).

Particularizando, dir-se-á de cada uma das categorias ou grupos.

1.º As sociedades civis, religiosas, pias, moraes, scientificas ou literarias, as associações de utilidade publica adquirem a personalidade juridica, inscrevendo os seus actos constitutivos no registro especial de titulos e documentos, creado pela lei n. 973 de 2 de Janeiro de 1903, e, na falta, nos cartorios e officios pri-

vativos do registro de immoveis (lei n. 4.827, de 7 de Fevereiro de 1924, art. 1, II e III, 3, e 6).

As fundações inscrevem-se nesses mesmos registros (1).

2.º As sociedades anonymas e em commandita por acções, civis ou commerciaes, adquirem a personalidade juridica, organizando-se de accôrdo com a lei que as regula (2). Ellas constituem-se por escriptura publica ou por deliberação da assembléa geral dos subscriptores, mas não poderão entrar em funcção e praticar validamente acto algum, senão depois de archivados na Junta commercial, ou no registro de titulos, segundo fôr commercial ou civil a sociedade e, onde não houver Junta ou registro de titulos, no registro de hypothecas da comarca: a) — o contracto ou os estatutos da sociedade; b) — a lista nominativa dos subscriptores, com indicação do numero de acções e entradas de cada uma; c) — a certidão do deposito da decima parte do capital subscripto; d) — a acta da installação da assembléa geral e nomeação da administração (3). Os estatutos ou a escriptura do contracto social devem ser publicados pela imprensa, sendo archivado, no regis-

(1) O registro declarará:

I. A denominação, os fins e a sêde da associação, ou fundação.

II. O modo porque se administra e representa, activa e passiva, judicial e extrajudicialmente.

III. Se os estatutos, o contracto ou o compromisso são reformaveis no tocante á administração e de que modo.

IV. Se os membros respondem, ou não, subsidiariamente, pelas obrigações sociaes.

V. As condições de extincção da pessoa juridica e o destino de seu patrimonio, neste caso (Codigo Civil, art. 19). Estes preceitos correspondem aos da lei n. 173, de 10 de Setembro de 1893, art. 2.

(2) Dec. n. 434, de 4 de Julho de 1891.

(3) Dec. cit., arts. 71, 72 e 79.

tro de hypothecas, um exemplar da folha em que se fizer essa publicação (4).

Algumas sociedades anonymas dependem de autorização do Governo para se organizar. Taes são: a) os bancos de circulação; b) os de credito real; c) os montepios e montes de soccorro, as caixas economicas e as sociedades de seguros; d) as que tiverem por objecto o commercio ou fornecimento de generos ou substancias alimentares (5). Tambem dependem de autorização do Governo para funcionar na Republica as sociedades anonymas estrangeiras e as succursaes ou caixas filiaes (6).

3º As sociedades commerciaes em nome collectivo, em commandita simples, de capital e industria, e por quotas, personificam-se archivando o contracto no registro do commercio (7).

4º Os syndicatos agricolas personificam-se desde que depositam no cartorio do registro de hypothecas do districto respectivo, dois exemplares dos estatutos, da acta de installação e da lista dos socios, devendo o escrivão do registro enviar duplicatas á Junta commercial do Estado em que se organizarem os syndicatos (8).

5º Os syndicatos profissionaes, de profissões similares ou connexas, não agricolas, consideram-se perso-

(4) Dec. cit., art. 80.

(5) Dec. cit., art. 46; lei de 2 de Janeiro de 1903, art. 1.

(6) Dec. cit., art. 47. Sobre as pessoas juridicas de direito estrangeiro, veja-se o que vac exposto no § 24 deste livro e mais o meu *Direito internacional privado*, § 30.

(7) Cod. do commercio, art. 301, e dec. n. 596 de 1890, art. 12, § 4, que dá ás Juntas commerciaes competencia para archivar os contractos e distractos das sociedades mercantis.

(8) Decs. legislativos n. 979 de 6 de Janeiro de 1903, artigo 2, e n. 1.637 de 5 de Janeiro de 1907, art. 9. — Art. 11. E' permittida aos syndicatos a formação de uniões ou syndicatos centraes com personalidade juridica separada.

nificados, desde que depositam, no cartorio do registro de hypothecas do districto respectivo, tres exemplares dos estatutos, da acta de installação e da lista nominativa dos membros da directoria, do conselho e de qualquer corpo encarregado da direcção da sociedade ou da gestão dos seus bens, com a indicação da nacionalidade, da idade e da residencia, da profissão e da qualidade de membro effectivo ou honorario. O official do registro é obrigado a enviar, dentro de oito dias, um exemplar á Junta commercial do Estado respectivo e outro ao procurador da Republica (9).

As sociedades, cujo fim fôr immoral ou illicito, entre as quaes se incluem as secretas, não têm direito á personalização civil (10).

III. E uma questão, que tem preocupado os nossos civilistas, a de saber se as associações de fins ideaes já existentes no momento de entrar em execução a lei de 10 de Setembro de 1893 se achavam sujeitas á formalidade do registro, para que se lhes reconhecesse a personalidade juridica. A resposta negativa foi a geralmente dada: essas associações já existiam, já eram pessoas juridicas, e a lei referia-se, expressamente, ás *associações que se fundarem*, portanto o registro sómente era imposto ás associações posteriores ao momento, em que a citada lei se tornou obrigatoria (11). O Codigo Civil já encontrou esse caso pacificado.

(9) Dec. n. 1.637 de 5 de Janeiro de 1907, arts. 2 e 3. Só podem fazer parte dos corpos de direcção dos syndicatos, brasileiros natos ou naturalizados, com residencia no paiz, de mais de cinco annos e no gozo de todos os direitos civis.

(10) Codigo Penal, art. 382; CARLOS DE CARVALHO, *Direito civil*, art. 153, §§ 2 e 3.

(11) LACERDA DE ALMEIDA, *op. cit.*, § 30; CARLOS DE CARVALHO, *Direito civil*, art. 169; PRUDENTE DE MORAES e FERREIRA VIANNA, em artigos publicados no *Jornal do Commercio*, em 1900; AMARO CAVALCANTI, *Responsabilidade civil do Estado*, p. 72.

§ 22

Capacidade das pessoas jurídicas. Sua responsabilidade

I. Muitos autores sustentavam outr'ora que as pessoas jurídicas eram incapazes, quer por não poderem exercer por si os actos da vida civil, quer por terem a sua actividade jurídica limitada ao direito dos bens (1). Mas, ultimamente, prevaleceu outra concepção, porque se reconheceu que as pessoas naturaes, que agem em nome das pessoas jurídicas, são órgãos seus, e ficou demonstrado que a esphera de acção das pessoas jurídicas é mais ampla do que acreditavam os mencionados escriptores.

Considerando sómente as pessoas jurídicas de direito privado, é certo que lhes fallecem os direitos de família e a facção testamentaria activa, mas não se lhes podem desconhecer:

1º Os direitos á vida, á bôa reputação e á liberdade, dentro do circulo de suas funcções (2).

(1) SAVAGNY, *Droit romain*, II, § 90; MACKELDEY, *Direito romano*, § 148; MAYNZ, *Droit romain*, § 107; LAURENT, *Principes*, I, ns. 287 e segs.

(2) AMARO CAVALCANTI, *Responsabilidade civil do Estado*, p. 80-86; LACERDA DE ALMEIDA, *Pessoas jurídicas*, § 8; FELICIO DOS SANTOS, *Projecto deCodigo Civil*, art. 156 e commentario; DEHNBURG, *Pandette*, § 65. AMARO CAVALCANTI enumera os seguintes direitos que estão incluidos na primeira classe do texto: «1º para se apresentar, em seu proprio nome, aos poderes publicos, requerendo e sustentando quaesquer direitos e pretensões legitimas, como fazem os individuos particulares; 2º para crear ou organizar por si sós, ou associadas com outras pessoas physicas ou jurídicas, instituições de beneficencia, caridade, instrução, exercendo sobre ellas a precisa fiscalização; 3º para confeccionar e promulgar regulamentos dos seus serviços, impondo nelles obrigações e penas aos seus subordi-

2º Os direitos patrimoniaes. Sobre este ponto não ha divergencia entre os autores.

3º Direitos industriaes, como privilegios de invenção e marcas, desde que a pessoa juridica os explore como coisa sua.

4º Direito de serem nomeadas herdeiras ou legatarias em testamento, e de, em alguns casos, recolherem, por força da lei, o patrimonio de outras pessoas congeneres que se dissolvem.

II. A noção de capacidade prende-se a de responsabilidade. A responsabilidade civil das pessoas juridicas de direito privado pelos actos de seus representantes, no exercicio de suas funcções e dentro dos limites da especialidade das mesmas pessoas juridicas, é principio hoje, definitivamente, inscripto no direito privado moderno (3).

Alguns autores ha que lhes attribuem tambem a responsabilidade penal (4). Parece-me inadmissivel esta opinião. Um abuso criminoso da administração de uma pessoa juridica não lhe póde ser imputado. Se fôr uma fundação, porque repugna á propria natureza das coisas que um patrimonio, embora personificado, pos-

nados; 4º para exercer mandatos, por conta de terceiros; 5º ou bem assim, para acceitar e desempenhar outras funcções analogas, de caracter manifestamente pessoal, como as de socio, liquidante, syndico, arbitro e gestor de negocios alheios; 6º para deliberar e usar do direito de voto ao lado de individuos nos negocios, que lhes são concernentes.

(3) LACERDA DE ALMEIDA, *op. cit.*, § 8; AMARO CAVALCANTI, *Responsabilidade civil do Estado*, p. 86-90; WINDSCHEID, *Pand.*, § 59; PINTO COELHO, *Responsabilidade civil*, p. 147 e segs.; BENTO DE FARIA, *Satisfação de damno consequente a accidente*, na *Revista de Direito*, vol. VI, p. 509 e segs., e o meu *Em defeza*, p. 74-79. Contra: *Accordão da Côrte de Appellação do Districto Federal*, no *Direito*, vol. 72, p. 215-237. O Codigo Civil fal-as responsaveis por culpa, quando exercem exploração industrial (art. 1.522).

(4) LACERDA DE ALMEIDA, *Pessoas juridicas*, § 8.

sa ser considerado agente de um delicto. Se fôr uma corporação, tambem não se póde affirmar que delinuiu, porque o crime presuppõe intenção de praticar o mal, intenção que lhe não póde ser attribuida em bôa razão, porque ao criminoso faltam sentimentos de probidade e de justiça, o que não é licito affirmar nem negar das pessoas juridicas.

Como bem pondera Vareilles-Sommières, os membros de uma associação não têm que responder criminalmente, senão pelas infracções em que tomaram parte como autores ou cúmplices, e as medidas de rigor tomadas contra a collectividade não se devem considerar penas no sentido technico da expressão (5).

A responsabilidade civil justifica-se, porque o damno causado exige satisfacção, e. desde que elle foi causado pelo orgão legitimo da pessoa juridica no exercicio de suas funcções, é a pessoa juridica que deve a satisfacção. Mas a responsabilidade penal presuppõe alguma coisa mais do que o damno, presuppõe uma actividade criminosa determinada por uma vontade anti-social; e essa alguma coisa mais não se encontra nas pessoas juridicas.

III. Assume importancia mais consideravel, na doutrina e na pratica, a responsabilidade das pessoas juridicas de direito publico, pelos actos de seus agentes no exercicio das respectivas funcções.

Quanto á responsabilidade contractual, todos accetam, porque a administração publica se veria na impossibilidade de realizar contractos para obter os serviços de que necessitasse, desde que não estivesse sujeita ás obrigações decorrentes desses actos. Ou o Estado

(5) *Les personnes morales*, p. 478-479. Vejam-se os artigos 244, 340 e 341, do Cod. Penal, e os 21, III e 30 do Codigo Civil.

exigiria esses serviços em nome da sua autoridade, e não havia que falar em contracto, ou pactuaria com os individuos, submettendo-se ás normas communs do direito privado. Não havia outro caminho a seguir. E aqui o imperio da necessidade esclareceu a regra do direito.

Quando, porém, se trata de saber se o Estado, a provincia e o município, respondem pelos actos de seus funcionarios, no exercicio da função de poder publico, que lhes é confiada, desaparece a harmonia dos pareceres, e a doutrina se obscurece com as subtilezas de uma dialectica inspirada nas presumpções da politica sem horizontes, que suppõe poder arredar as impertinencias do direito com um simples gesto de enfado.

Tem-se procurado justificar a irresponsabilidade do Estado por argumentos mais ou menos especiosos, porém a doutrina, que realiza a genuina expressão da justiça, é a que affirma a responsabilidade das pessoas juridicas de direito publico, pelos damnos causados por seus funcionarios no exercicio das respectivas funções, quando a lei não estabeleceu a responsabilidade directa dos mesmos (6).

Tres requisitos são necessarios para que se firme a responsabilidade do Estado, ou de suas divisões politicas e administrativas dotadas de personalidade juridica: 1º, que o funcionario tenha agido no exercicio de

(6) CHIRONI, *Culpa contractual*, trad. Posada, n. 228; WINDSCHEID, *Pand.*, § 59; LACERDA DE ALMEIDA, *Pessoas juridicas*, § 8; AMARO CAVALCANTI, *Responsabilidade civil do Estado*, ns. 61-62 i; *Direito*, vol. 73, pags. 337 e 515, e vol. 77, p. 487, (Accordãos do Supremo Tribunal Federal); PINTO COELHO, *Responsabilidade civil*, p. 204-206; o meu livro *Em defeza*, p. 74-99; lei de introducção ao Codigo Civil allemão, art. 77.

suas attribuições, pois fóra desses limites elle deixa de ser funcionario e assume, por seus actos, responsabilidade exclusivamente pessoal; 2º, que o acto danoso seja um *mau uso* no exercicio de attribuições legitimas, pois, por *excesso de poder* da parte do representante não responde o representado, e, por outro lado, o exacto cumprimento do dever legal do funcionario não póde causar damno, que deva ser resarcido; 3º, que a lei não tenha, expressamente, isentado as pessoas juridicas de direito publico da responsabilidade civil resultante do acto prejudicial de seu agente (7).

Alguns autores acham que é necessario distinguir entre actos praticados *jure gestionis* e actos realizados *jure imperii*, escapando estes, por seu character politico, á apreciação dos tribunaes (8).

Mas essa distincção, exacta em doutrina, e de valor sob outros pontos de vista, nada importa para o effeito da responsabilidade do Estado, pelos damnos causados por seus funcionarios aos particulares. Se o damno existe, deve ser resarcido; pedir satisfação exclusivamente ao funcionario seria, muitas vezes, irrisorio e, de ordinario, insufficiente; se o funcionario representa o Estado, são deste os actos, que aquelle praticar no exercicio de suas attribuições legais; se o Estado tem por funcção principal realizar o direito, não

(7) *Em defeza*, p. 79. Vejam-se tambem os pareceres dos Drs. JOSÉ HYGINO, RUY BARBOSA e COELHO RODRIGUES, annexos ás *Allegações finaes* apresentadas pelo Dr. OLIVEIRA ESCOREL, em acção de indemnisação proposta contra a Fazenda do Estado de S. Paulo, por causa do empastelamento do *Commercio de S. Paulo*.

(8) GIORGI, *Personae giuridiche*, III, n. 102; GABBA, *Questioni de Diritto civile*, p. 124 e segs.; SOUÏDAT, *Responsabilité*, II, n. 1.299 e segs.; AQUINO E CASTRO, *Actas dos trabalhos da Commissão revisora do Projecto de Codigo Civil brasileiro*, elaborado pelo Dr. CLOVIS BEVILAQUA, p. 96-101.

póde fugir aos seus preceitos, e estes impõem a satisfação do damno, qualquer que seja o seu autor. Estas é que são as considerações que se devem fazer, para pôr em foco a situação jurídica e applicar-lhe o preceito de justiça adaptavel.

Entre nós, allegava-se tambem que o art. 82 da Constituição, mandando responsabilizar, estrictamente, os funcionarios publicos, pelos abusos e omissões, em que incorrerem no exercicio de seus cargos, afastou a responsabilidade da União.

Por occasião de discutir-se o projecto do Codigo Civil, perante a Commissão nomeada pelo Governo, em 1900, foi invocado este argumento. O Conselheiro Aquino e Castro, depois de examinar as diversas doutrinas sobre este ponto de direito, pronunciou-se pela distincção entre os actos praticados pela administração publica *jure imperii* e os que resultam da funcção de gestor do patrimonio do Estado, para eximil-o de qualquer responsabilidade em relação aos primeiros e sujeital-o ao direito privado no que concerne aos segundos, concluiu fazendo suas as palavras de outro juiz: «responder o patrimonio da nação pelos danos provenientes de um acto arbitrario ou de um abuso, é inverter os principios do direito, em virtude dos quaes deve indemnizar o damno aquelle que o causou (artigo 69, 6, do Codigo Penal) *é esquecer o que prescreve a Constituição federal no art. 82*» (9).

Este voto, que não prevaleceu no seio da Commissão, foi depois adoptado pela Camara dos deputados (10). Entretanto, a Constituição, no artigo invocado,

(9) Actas citadas, p. 101.

(10) A fórmula do *Projecto* primitivo, art. 42, era a seguinte: «As pessoas juridicas de direito publico responderão pelos danos causados por seus representantes; — 1° Quando

está bem longe de referir-se á materia em debate. Como bem ponderou o Dr. Amphiphio, esse artigo refere-se aos delictos que praticarem os funcionarios, por abuso ou omissão (11), delictos, que estão capitulados no Codigo Penal, especialmente, no capitulo das *malversações, abusos e omissões dos funcionarios publicos*, arts. 207-238.

Em nosso regimen juridico, os actos dos diversos poderes politicos encontram natural correctivo na acção restauradora do direito, que foi confiada ao judiciario, e desta norma se não podem eximir os actos do executivo, ainda que emanem de sua faculdade superior de director dos interesses nacionaes. Por isso a lei n. 221, de 20 de Novembro de 1894, art. 13, commetteu aos juizes e tribunaes federaes o processo e julgamento das causas que se fundarem na lesão dos direitos individuaes, *por actos ou decisões das autoridades administrativas da União*. Aliás esta acção especial, creada pela citada lei de 1894, apenas facilitou o restabelecimento do direito, dadas as circumstancias pre-

estes obrarem no exercicio da porção de poder publico, que lhes é confiada, se a lei não tiver determinado, para o caso, a simples responsabilidade pessoal do funcionario; — 2º Quando, em nome dellas, praticarem actos de direito privado, dentro dos limites de suas attribuições».

A que adoptou a Camara dos deputados dizia assim: «As pessoas juridicas de direito publico só responderão pelos danos causados, por seus representantes, quando estes, em nome dellas, praticarem actos de direito privado, dentro dos limites de suas attribuições» (*Projecto*, art. 15).

(11) *Actas* citadas, p. 102.

O Codigo Civil restabeleceu a doutrina daquelle *Projecto*, dispondo no art. 15: As pessoas juridicas de direito publico são civilmente responsaveis por actos dos seus representantes, que, nessa qualidade, causem danos a terceiros, procedendo de modo contrario ao direito, ou faltando a dever prescripto por lei, salvo o direito regressivo contra os causadores do damno.

vistas pelo legislador. A acção ordinaria fundada em offensa aos direitos dos particulares por actos da administração publica é uma consequencia rigorosamente logica do que estatue a Constituição no art. 60, letras *b* e *f*.

E no direito patrio, segundo judiciosamente pondera Amaro Cavalcanti, jámais se poz em duvida que o Estado e as outras pessoas juridicas de direito publico estivessem submettidas ao direito commum, «quanto aos effeitos das suas relações com as pessoas de direito privado» (12). A existencia de um *juizo privativo* para todas as causas em que a Fazenda Nacional fôsse autora ou ré, e a organização, ainda que defeituosa, do contencioso administrativo, são provas de que a administração publica se não julgava irresponsavel. E, se o contencioso administrativo tinha o vicio fundamental de emprestar ao executivo funções proprias do judiciario, sobretudo em causas, em que se debatiam irregularidades reaes ou suppostas de actos seus, não é menos certo que era sempre um respiradouro aberto aos reclamos da justiça.

Foi, porém, com a Constituição republicana que, desprezados os moldes do direito constitucional francez, e acceita a orientação norte-americana, se deu fórma exacta a esse principio, collocando o direito dos individuos sob a protecção soberana da lei fundamental e sob a guarda imparcial do poder judiciario (13).

(12) *Responsabilidade civil do Estado*, ns. 86 e segs.

(13) Sendo a analyse minuciosa desta materia mais propria de uma monographia, remetto o leitor ao livro de AMARO CAVALCANTI, *Responsabilidade civil do Estado*, ns. 87-a-88, onde se indicam os casos mais notaveis de responsabilidade civil do Estado, segundo a jurisprudencia nacional, e ns. 89-94 e onde se expõe a fórma da intervenção judiciaria para restabelecimento do direito lesado.

§ 23

Fim da personalidade juridica

I. As pessoas juridicas de direito publico desapparecem por varios modos conhecidos do direito internacional (1) e constitucional, como sejam a annexação, a incorporação e a dissolução de Estados ou municipios, factos estes, de todo, extranhos ao direito privado, em cujo plano apenas tocam essas pessoas, emquanto se põem em relação de direito com as pessoas de direito privado.

II. As pessoas juridicas de direito privado extinguem-se egualmente por modos diversos, todos elles sendo estabelecidos pelo direito privado ou interessando-o por suas consequencias.

Quanto ás sociedades, comprehendendo, neste vocabulo as differentes fórmulas corporativas, dispõe o Código Civil, art. 21:

Termina a existencia da pessoa juridica:

I. Pela sua dissolução, deliberada entre os seus membros, salvo o direito da minoria e terceiros.

II. Pela sua dissolução, quando a lei determine.

III. Pela sua dissolução, em virtude de acto do Governo, que lhe casse a autorização para funcionar, quando a pessoa juridica incorra em actos oppostos aos seus fins, ou nocivos ao bem publico (2).

Lacerda de Almeida (3) faz, quanto ao segundo modo, uma distincção, para excluir delle as associa-

(1) Veja-se LAFAYETTE, *Direito internacional*, § 42.

(2) Comp. ROTH, *System*, I, § 72; SAVIGNY, *Droit romain*, § 89; CHIRONI, *Istituzioni*, § 28; GIANTURCO, *Istituzioni*, § 7; KOHLER, *Lehrbuch*, I, §§ 173-176. Para o direito anterior, veja-se a lei n. 173, de 10 de Setembro de 1893, art. 10.

(3) *Pessoas juridicas*, § 31.

ções de natureza perpetua ou de utilidade publica, mas não só em face da doutrina, ha boas razões para sustentar-se a opinião opposta (4), como, deante de nossa lei, não é licito acceitar o parecer do douto jurisconsulto.

As sociedades commerciaes e as civis que revestirem as fôrmas commerciaes extinguem-se, quando dissolvidas e liquidadas pelos modos declarados nas leis respectivas.

1º Expirado o prazo ajustado da sua duração;

2º Por mutuo consenso de todos os socios;

3º Por quebra da sociedade ou de qualquer dos socios;

4º Pela morte de um dos socios, salvo convenção em contrario a respeito dos que sobreviverem;

5º Pela vontade de um dos socios, sendo a sociedade celebrada por tempo indeterminado.

Nestes casos, a sociedade continuará sómente para se ultimarem as negociações pendentes, procedendo-se á liquidação das ultimadas (5).

Podem ainda ser dissolvidas judicialmente, antes do periodo marcado no contracto, a requerimento de um dos socios:

1º Não sendo possivel a continuação da sociedade, por não poder preencher o intuito ou fim social por exgottamento ou insufficiencia do capital;

2º por inhabilidade de um dos socios ou incapacidade moral ou civil julgada por sentença;

3º Por abuso, prevaricação, violação ou falta de cumprimento das obrigações sociaes ou fuga de algum dos socios (6).

(4) WINDSCHEID, *Pand.*, § 61; DERNBURG, *Pand.*, § 64; Codigo Civil allemão, art. 41.

(5) Cod. commercial, art. 335.

(6) Cod. commercial, art. 336.

As sociedades anonymas dissolvem-se:

1º Pelo consenso de todos os accionistas exarado em instrumento publico;

2º Por deliberação da assembléa geral;

3º Pela fallencia, nos termos da lei n. 2.024, de 17 de Dezembro de 1908, art. 3;

4º Pela terminação do prazo de sua duração;

5º Pela reducção do numero dos socios a menos de sete (7);

6º Por ser retirada a autorização para funcionar, sempre que esta autorização fôr necessaria (8).

As fundações extinguem-se por modos semelhantes uns e outros não aos que põem termo ás associações. Destaquemos:

1º A impossibilidade de manter-se;

2º O perigo á paz publica ou ás instituições politicas dominantes no paiz;

3º Extincção do prazo estabelecido para a sua existencia (9).

III. Dissolvida ou extincta qualquer associação de fins ideaes, e liquidado o seu passivo, determinava a lei de 10 de Setembro de 1893, art. 11, «o saldo será partilhado entre os membros existentes ao tempo da dissolução, salvo se os estatutos prescreverem ou a assembléa geral houver resolvido, antes da dissolução, que o saldo seja transferido a algum estabelecimento publico, ou a outra associação nacional, que promova fins identicos ou analogos».

O Codigo Civil dispõe semelhantemente, porém, determinandõ que, no caso de silencio dos estatutos e falta de deliberação dos socios, se devolve o patrimonio social a um estabelecimento municipal, estadual ou

(7) Dec. n. 434 de 4 de Julho de 1891, art. 148.

(8) Dec. cit., art. 47.

(9) Codigo Civil, art. 30.

federal de fins identicos ou semelhantes, e não havendo no municipio, no Estado, no Districto Federal ou no territorio do Acre, onde a associação tivera a sua séde, estabelecimento nas condições indicadas, o patrimonio se devolverá á Fazenda do Estado, do Districto Federal ou da União (art. 22).

Esta devolução ao fisco é combatida por todos os que vêem nas associações religiosas uma feição juridica diversa da que assumem as leigas. Não discriminam, porém, os que assim pensam, os intuitos essenciaes da corporação e o seu revestimento juridico. A idéa que domina uma associação, póde ser mais elevada do que a que serve de base a outra; mas o direito, que lhes dá a fórmula conveniente, póde unifical-as sob esta relação. Não attendem, egualmente, a que o direito patrio é completamente leigo, e, portanto, não póde ter um regimen para as associações religiosas e outro para as que tambem proseguem fins ideaes, porém não religiosos (10).

O patrimonio das fundações dissolvidas, visto como não ha socios, para entre elles dividil-o depois de liquidado o passivo terá o destino indicado no acto da instituição ou nos estatutos. Na falta dessa indicação, será incorporado em outras fundações, que se proponham a fins eguaes ou semelhantes (art. 30).

Para as sociedades de fins economicos prevalece a regra da divisão do patrimonio entre os socios restantes ou seus herdeiros (11).

(10) Aliás por outras razões ainda, se acham os autores em dissidio sobre qual o melhor destino a dar ao patrimonio das corporações dissolvidas. Vejam-se CHIRONI, *Istituzioni*, § 28; GIANTURCO, *Istituzioni*, § 7; FADDA e BENZA, nota o ás *Pand.* de WINDSCHEID, I; JHERING, *Esp. del d. rom.*, IV, nota 524.

(11) Codigo do commercio, arts. 344-353; dec. n. 434 de 4 de Julho de 1891, arts. 148-199, Codigo Civil, art. 23.

§ 24

Das pessoas jurídicas estrangeiras

I. Disputam os autores se ás pessoas jurídicas é lícito attribuir a qualidade de nacionaes; mas, além de ser uma necessidade pratica essa attribuição, para se saber a que lei ellas obedecem ao constituirem-se, não ha motivo plausivel para excluirl-as das vantagens decorrente da nacionalidade (1).

A nacionalidade das pessoas jurídicas de direito privado, em geral, depende do logar onde foi celebrado o acto da sua constituição, conservando-a, emquanto não mudarem de séde (2). O acto de constituição da pessoa jurídica equivale ao nascimento da pessoa phisica, segundo observa FIORE, e foi sob os auspicios da lei dominante no logar de sua constituição que ella affirmou a sua individualidade. Assim, uma fundação ou uma corporação estabelecida no Rio de Janeiro, é brasileira emquanto não transferir a sua séde para o estrangeiro. Essa transferencia, aliás, determinaria a sua extinção (3).

Quanto ás sociedades, em particular, são estes os principios, que vigoram em nosso direito: São nacionaes:

1º As sociedades de pessoas constituidas no territorio da Republica;

2º As sociedades de pessoas compostas exclusivamente de brasileiros, ainda que constituidas fóra da

(1) Veja-se o meu *Direito internacional privado*, § 30.

(2) CARLOS DE CARVALHO, *Direito civil*, art. 160; FIORE, *Droit international privé*, I, § 305.

(3) Codigo Penal, art. 103; DESPAGNET, *Droit international privé*, n. 51, *in fine*.

Republica, se tiverem os seus contractos archivados no Brasil, a firma inscripta no registro brasileiro e a gerencia confiada a brasileiro;

3º As sociedades de pessoas, estipuladas em paiz estrangeiro, porém, com estabelecimento no Brasil;

4º As sociedades anonymas ou em commandita por acções, constituidas em paiz estrangeiro, se, obtida a autorização para funcionarem na Republica, transferirem para o territorio della a sua séde, sendo brasileiros os directores ou gerentes.

5º As sociedades anonymas e em commandita por acções, legitimamente constituidas e estabelecidas no territorio da Republica (4).

A nacionalidade das pessoas naturaes não influe sobre a nacionalidade das pessoas juridicas, que constituirem; todavia, em alguns casos essa circumstancia, como acaba de ser visto, é tomada em consideração pela lei patria. Além disso, exige o nosso direito, da sociedade de pessoas que pretenda possuir navios com a bandeira nacional, que os seus socios sejam em sua maioria brasileiros (5).

II. A lei patria reconhece as pessoas juridicas estrangeiras; estabelece, porém, em certos casos, medidas de politica internacional e de precaução para que, do exercicio dos direitos que competirem a essas pes-

(4) Lei n. 123 de 11 de Nov. de 1892, art. 3; dec. n. 2.304, de 2 de Julho de 1896, art. 5, I, § 2; lei n. 5.072 de 12 de Dez. de 1903, art. 22; dec. n. 10.524, de 23 de Outubro de 1913, art. 16; n. 11.623, de 7 de Julho de 1915, art. 286; dec. n. 15.788, de 8 de Nov. de 1922, arts. 3 e 5; Codigo do commercio, art. 301, 2ª al.; CARLOS DE CARVALHO, *Direito civil*, art. 161; BENTO DE FARIA, *Cod. commercial brasileiro*, pagina 360; CARVALHO DE MENDONÇA, *Tratado de direito commercial*, III, ns. 622-524.

(5) Dec. n. 10.524, cit., art. 16.

sôas, não provenham perturbações á ordem juridica do paiz.

Carlos de Carvalho (6) negava ás pessôas juridicas estrangeiras, de direito publico, o direito de adquirirem immoveis no Brasil, e invocava, em seu apoio, a Constituição, art. 72, § 7, e art. 9, n. 2, que não lhe patrocina o parecer. Achava o douto jurista que, estando a propriedade sujeita a impostos e sendo susceptivel de desapropriação, essas duas operações juridicas são incompativeis com a soberania do Estado estrangeiro, que fosse proprietario de immoveis. Nenhuma razão lhe assistia neste modo de argumentar, porquanto a nação, quando exerce direitos civis, não reveste os seus attributos de soberania, submete-se, como as outras pessôas naturaes ou juridicas, ás regras do direito civil. Já em seu tempo ensinava Grotio que dominio e soberania são coisas distinctas, e Heinecio accrescentava que se o imperador não admittia que o papa exercesse imperio sobre a minima parte do reino de Napoles, admittia que elle ahi tivesse dominio (7).

A questão tem sido debatida. A commissão consultiva da Faculdade de direito de Berlin, declarou, sob consulta do governo da Romania, que o direito de propriedade dos Estados estrangeiros restringe-se, em cada paiz, aos edificios de suas legações e ás capellas destinadas ao culto, parecendo temerario admittir que possam livremente adquirir immoveis (8).

(6) *Direito civil*, art. 151.

(7) GROTIUS, *De jure belli ac pacis*, 2, 3, § 4, ns. 1 e 2; HEINECIO, *in Hugo Grot.*, apud LAFAYETTE, *Direito internacional*, nota 3 ao § 88.

(8) *Clunet*, 1893, p. 727-754.

Na Belgica, assevera Ch. Woeste que os Estados, como pessoas moraes politicas, podem possuir immoveis ruraes e urbanos.

Possuem, em geral, os palacios de suas legações, *mas não existe nenhuma razão plausivel para limitar sua capacidade á propriedade desses palacios* (9).

Tambem neste mesmo sentido manifestou-se Fiore citado por Fedozzi, que lhe adopta o parecer, dando-lhe feição mais liberal. O primeiro sustentára, no seu parecer sobre a successão Zappa, que um Estado póde adquirir, por successão, bens existentes no territorio de outro, podendo este apenas impôr-lhe a obrigação de alienar os immoveis adquiridos, afim de prevenir os inconvenientes economicos, que dahi se possam derivar. O segundo acha justo e conveniente que se conceda ao Estado estrangeiro a capacidade de adquirir, mediante prévia autorização expressa da soberania territorial (10).

Ainda Vareilles-Sommières (11) declara não descobrir inconveniente no conceder-se ao Estado estrangeiro a aquisição de immoveis.

Entre nós, contrastando com a opinião de Carlos de Carvalho acima citado, podem ser invocados os pareceres de Lacerda de Almeida (12) e de Lafayette (13), que não se arreceiam de reconhecer nos Estados es-

(9) *Clunet*, 1893, p. 1.124.

(10) FEDOZZI, *Gli enti collettivi*, p. 13 a 18; FIORE, *SucceSSIONE Zappa*, pag. 54.

(11) *La synthèse du droit int. privé*, II, n. 735. No mesmo sentido LAINÉ, em *Clunet*, 1893, p. 273.

(12) *Pessoas juridicas*, § 11.

(13) *Direito internacional*, § 88.

trangeiros a capacidade de exercer direitos civis, inclusive o de propriedade, com as cautelas, que a prudencia aconselha.

O Codigo Civil, entretanto, soffreu a influencia de Carlos de Carvalho, e declara, no art. 20 da Introducção, que as pessôas juridicas de direito publico externo não podem adquirir no Brasil, propriedade immovel, salvo os predios necessarios para estabelecimento das legações ou consulados.

III. As sociedades anonymas estrangeiras necessitam de autorização do Governo, para funcionar na Republica ou para nella estabelecer succursaes.

Os estatutos dessas companhias declararão o prazo maximo, nunca superior a dois annos, contados da data da autorização, dentro dos quaes terão ellas de realizar, pelo menos, dois terços de seu capital no paiz. As mesmas sociedades ficam sujeitas, quanto aos actos praticados no Brasil, á lei brasileira e á jurisdicção dos tribunaes brasileiros, sem que possam allegar qualquer excepção fundada em seus estatutos. Antes de entrar em funcção, deverão, sob pena de nullidade, archivar na Junta commercial ou no registro hypothecario da comarca, os seus estatutos, a lista nominativa dos subscriptores, com indicação do numero de acções e entradas de cada um e a certidão do deposito da decima parte do capital. São ainda obrigadas, sob a mesma comminação, a fazer, no *Diario Official* e nos jornaes do termo, as publicações, que a lei exige das sociedades anonymas (14).

(14) Dec. n. 434 de 4 de Julho de 1891, art. 47; Codigo Civil, art. 20 da Introducção, quanto á necessidade da autorização do Governo Federal.

A representação destas sociedades deverá ter plenos poderes para tratar e resolver todos os negócios.

As companhias estrangeiras, que tiverem por objecto operações de seguro, estão submettidas aos preceitos do dec. n. 14.593, de 31 de Dezembro de 1920. Deverão solicitar autorização do Ministerio da Fazenda, instruindo a petição: 1º com documentos que provevem a sua existencia legal no paiz onde tiverem a sua séde; 2º com dois exemplares dos estatutos. Estes documentos deverão ser authenticados pelo representante diplomatico ou consular do Brasil (15).

O Inspector de Seguros interporá o seu parecer sobre a pretensão da sociedade, opinando pela concessão ou recusa da autorização. Antes de ser expedida a *carta patente*, deverá a companhia depositar duzentos contos em dinheiro ou apolices da divida publica, nos cofres do Thesouro federal ou de suas delegacias nos Estados, se o autorizar o Ministro da Fazenda.

A carta patente deverá ser registrada na Inspectoria de seguros e na Junta commercial do Districto federal assim como publicada no *Diario Official* (16).

Ainda que não autorizadas para funccionar na Republica, estas sociedades, como quaesquer outras legitimamente constituidas em seus paizes, podem demandar e, em certos casos, ser demandadas perante os tribunaes brasileiros (17).

(15) Dec. cit. de 13 de Dezembro de 1920, art. 28. Os artigos 29 e seguintes estabelecem outras formalidades, que devem cumprir as companhias estrangeiras de seguro.

(16) Dec. cit., art. 35.

(17) Decisão do Supremo Tribunal Federal, *Revista de Direito*, V, p. 319; sentença do juiz federal, Dr. Antonio Pires de Albuquerque, *Jornal do Commercio*, de 15 de Janeiro de 1908.

CAPITULO IV

DO DOMICILIO CIVIL

§ 25

Noção de domicilio

O domicilio pôde ser *politico* ou *civil*. O primeiro é o lugar, onde a pessoa exerce os seus direitos e responde por suas obrigações de ordem politica; e o segundo é o districto, onde se a suppõe localizada, para exercer certos direitos e responder pelas obrigações de ordem privada. A primeira fórma de domicilio fallece ás pessoas juridicas; a segunda é *commum* ás duas grandes divisões de pessoas.

Sómente o domicilio civil temos que examinar neste momento.

Domicilio civil da pessoa natural é o lugar onde ella, de modo definitivo, estabelece a sua residencia e o centro principal da sua actividade (Codigo Civil, artigos 31 e 32).

Observa Planiol (1) que as varias definições dos modernos apenas conseguiram obscurecer uma idéa clara. A critica é justa em relação aos civilistas francezes que, sob a influencia do Codigo Napoleão, consideram o domicilio um vinculo abstracto, em vez de verem nelle, simplesmente, a morada (*domus*) da pessoa, o lugar onde se suppõe que ella se acha para os effeitos do direito.

(1) *Traité*, I, n.º 573.

Os romanos deixaram-nos desta idéa uma tradução perfeitamente exacta dizendo: *ubi quis larem rerumque ac fortunarum suarum summam constituit* (2). Pothier reproduz a mesma idéa, quando escreve: «é o lugar onde uma pessoa estabeleceu a séde principal de sua residencia e de seus negocios». Para Windscheid «o homem tem o seu domicilio no lugar, que é o centro de suas relações e da sua actividade, ainda que não se conserve constantemente nesse lugar» (3). Endemann oferece esta noção: «domicilio, no sentido juridico, é o lugar em que se acha o centro da vida domestica e das relações civis de uma pessoa» (4).

Em todas estas definições, alliam-se duas idéas: a de morada e a de centro de actividade; aquella referindo-se á familia, ao lar, ao ponto, onde o homem se acolhe para a vida intima e o repouso; esta acenando á vida externa, ás relações sociaes, ao desenvolvimento das faculdades de trabalho, que todo homem possui.

A noção de domicilio é de grande importancia no direito. No internacional privado, é ainda, para muitas legislações, a lei do domicilio, que regula o estado e a capacidade das pessoas. No privado interno, o domicilio determina: 1º a competencia geral do juiz; 2º o lugar onde, normalmente, o individuo tem de cumprir as suas obrigações; 3º o lugar onde se abre a successão de alguém; 4º e, ordinariamente, a nacionalidade das pessoas juridicas (5).

(2) Cod. 10, 39 e 7. Veja-se tambem o D. 50, 1 fr. 17, § 13 e fr. 27, § 1, e 50, 16 fr. 203.

(3) *Pandette*, § 36.

(4) *Einfuehrung*, § 40. Veja-se tambem KOHLER, *Lehrbuch*, I, § 104.

(5) Consultem-se: ENDEMANN, *Einfuehrung*, § 40; CHIRONI, *Istituzioni*, § 40; HUC, *Commentaire*, I, ns. 366 e segs.; LAURENT, *Cours élémentaire*, I, ns. 101 e 102; PLANIOL ET RI-

Domat entendia que a noção de domicilio pertence ao direito publico; outros, mais razoavelmente, a transportaram para o direito processual; porém, como o domicilio não é, simplesmente, attributivo da competencia do juiz, ainda que se ache nas fronteiras entre as leis substantivas e as adjectivas, é conceito que deve ser firmado pelo direito material.

A transferencia voluntaria do domicilio opera-se pela mudança da residencia acompanhada da intenção de fixar-se a pessoa no lugar, para onde se mudou. Sem esta intenção, o domicilio continua a ser o mesmo (Codigo Civil, art. 34). Ausencias temporarias não influem sobre a permanencia do domicilio.

§ 26

Unidade, pluralidade e falta de domicilio

Ordinariamente, a pessoa tem sómente um domicilio, como tem sómente um lar e um centro de actividade, mas, se os seus negocios e occupações estiverem situadas em logares differentes, ou se a sua residencia fôr em lugar diverso da séde de seus negocios e oc-

PERT, *Traité pratique*, I, ns. 146-148; ESPINOLA, *Systema*, I, p. 350-351; PLANIOL, *Traité*, I, ns. 577 e ségs.; WINDSCHEID, *Pandette*, § 36; SÁ PEREIRA, *Questões de direito*, p. 84 e ségs.

Algumas vezes, o direito contenta-se com a simples residencia, que é um estado de facto, sendo o domicilio uma situação juridica. Para as formalidades preliminares do casamento, por exemplo, o que o interessado tem de declarar é a sua residencia (Dec. n. 181 de 24 de Janeiro de 1890, artigos 1 e 5). Para que aos estrangeiros fique assegurada a inviolabilidade dos direitos concernentes á liberdade, á segurança individual e á propriedade, basta a sua residencia na Republica (Const. fed., art. 72, pr.).

cupações, é perfeitamente admissível que tenha mais de um domicilio.

A doutrina franceza, italiana, ingleza e norte-americana não admite a pluralidade de domicilio ⁽¹⁾, mas tem de fazer muitas concessões que, afinal, cerceiam a base da theoria acceita, pelo que se vae notando uma tendencia no sentido de modificall-a ⁽²⁾.

E', porém, conforme á verdadeira noção de domicilio e ás necessidades da vida social reconhecer-se que a pessoa tenha mais de um domicilio, desde que o centro de seus negocios é vario. Esta é a doutrina romana ⁽³⁾, do direito patrio ⁽⁴⁾, de grande numero de autoridades ⁽⁵⁾ e de varias legislações ⁽⁶⁾.

(1) HUC, *Commentaire*, I, n. 371; CHIRONI, *Istituzioni*, § 40; SCHIRMEISTER, *Das Buergerliche Recht Englands*, I, § 4, comm. 2; WHARTON, *Private int. law*, § 72.

(2) Diz SCHIRMEISTER, *op. cit.*, § 4, comm. 5, que, para certos fins, póde uma pessoa ter um domicilio na Escocia e outro na Inglaterra.

(3) D. 50, 1, frs. 5, 6, § 2 e fr. 27, § 2; SAVIGNY, *Droit romain*, § 354.

(4) Codigo Civil, art. 32. Para o direito anterior: Reg. de 15 de Junho de 1859, art. 29: «A arrecadação pertence ao juiz do domicilio do defunto ou ausente. *No caso de ter elle mais de um domicilio* ou não ter algum, a competencia se regula pela prevenção da arrecadação»; COELHO DA ROCHA, *Instituições*, § 68; RIBAS, *Direito civil*, II, p. 106; JOÃO MONTEIRO, *Processo*, I, § 38; PAULA BAPTISTA, *Pratica*, § 44.

(5) WINDSCHEID, *Pandette*, § 36; ENDEMANN, *Einfuehrung*, I, § 181; DERNBURG, *Pand.*, § 46; KOHLER, *Lehrbuch*, I, § 104, VI.

(6) Codigo Civil *allemao*, art. 7: Der Wohnsitz kann gleichzeitig an mehreren Orten bestehen; *chileno*, 67; *uruguayo*, 30; *colombiano*, 83. No mesmo sentido dispuzeram os *Projectos* FELICIO DOS SANTOS, art. 125, COELHO RODRIGUES, 67; *primitivo*, 44, e o da Camara, 35.

Em sentido opposto, adoptando a unidade do domicilio: Codigo Civil *francez*, *italiano*, *argentino*, arts. 93 e 94, e *Esboço* de TEIXEIRA DE FREITAS, art. 194. NABUCO, art. 120, declara que não ha senão um domicilio geral, mas admite, em seguida, a possibilidade de se ter mais de um.

Por outro lado, pessoas haverá, ás quaes se não possa designar um domicilio, por não terem um ponto central de negocios nem residencia habitual em alguma parte. Tal é o caso dos vagabundos e dos que empregam a vida em viagens, deslocando-se continuamente, sem se fixar em parte alguma e sem ter um estabelecimento, ao qual se prendam as relações jurídicas que firmarem. Para esses valerá por domicilio o lugar onde forem encontrados (7).

A doutrina franceza quer que toda pessoa tenha um domicilio, mas, nos casos indicados, não é razoavel attribuil-o, arbitrariamente, a quem, evidentemente, não o tem. O direito patrio (8), como o romano (9), sempre admittiu que alguém deixe de ter domicilio.

§ 27

Domicilio voluntario e necessario

Domicilio voluntario é o que a pessoa adquire por acto seu, escolhendo o lugar de sua residencia habitual e o centro de seus negocios. Póde ser *geral*, quando se

(7) Codigo Civil, art. 33; COELHO DA ROCHA, *Inst.*, § 68, *escholio*; BORGES CARNEIRO, *Direito civil*, § 275, n. 8; RIBAS, *Direito civil*, II, p. 107; PEREIRA e SOUZA, *Primeiras linhas do processo civil*, nota 40; PAULA BAPTISTA, *Pratica*, § 44; SEVE e NAVARRO, *Pratica*, art. 185; Codigo Civil portuguez, art. 45; chileno, 68; uruguayo, 61; colombiano, 84; *Projecto NABUCO*, art. 119; FELICIO DOS SANTOS, 124; COELHO RODRIGUES, 79; *primitivo*, 45.

(8) Reg. de 15 de Junho de 1859, art. 29.

(9) D. 50, 1, fr. 27, § 2: *difficile est sine domicilio esse quemquam: puto, autem, et hoc procedere posse, si quis, domicilio relicto, naviget vel iter faciat... nam hunc puto sine domicilio esse.*

refere á generalidade dos direitos e das obrigações da pessoa, ou *de eleição*, quando estabelecido em contracto para a execução de certas obrigações (1).

Para a aquisição do domicilio basta o facto da residencia unido á intenção de ahi fixar-se. Para os effeitos da jurisdicção, se a pessoa não tiver feito communicação ás municipalidades de onde sae e para onde vae, presume-se essa vontade da residencia continua durante um anno ou da circumstancia de possuir a pessoa, no lugar, bens de raiz, estabelecimento industrial ou casa de commercio, e de outro qualquer facto de que se induza a intenção de residir (2).

Domicilio necessario é o que resulta de uma prescripção do direito. Póde ser *de origem* ou *legal*.

Domicilio de origem é o que a pessoa adquire ao nascer: o filho tem o domicilio do pae, até que, tor-

(1) Codigo Civil, art. 42. Ord. 3, 6, §§ 2 e 3; 3, 11, § 3; dec. n. 737, art. 62; dec. n. 169 A, de 19 de Janeiro de 1890, art. 22, D. 5, 1 fr. 19, § 4; Cod. 2, 3, l. 29; Codigo Civil francez, art. 111; portuguez, 46; argentino, 101; mexicano, 37; chileno, 69; colombiano, 85; uruguayo, 32; italiano, 19; Esboço, 32; NABUCO, 134; FELICIO DOS SANTOS, 141; COELHO RODRIGUES, 81; primitivo, 58; da Camara, 45.

• O domicilio de *eleição*, sendo *especial* para uma categoria de actos, não prejudica o geral, que subsiste, apesar d'elle, para as outras relações de direito. Deve resultar de uma clausula expressa e não de inducções, mas tanto póde ser estabelecido no proprio instrumento do contracto, quanto em outro de igual natureza (HUC, *Commentaire*, I, n. 393). Em qualquer hypothese, é uma clausula do contracto, e, como tal, transmite-se com elle aos herdeiros dos contractantes (HUC, *loc. cit.*; Cod. Civil portuguez, art. 46, 2ª parte). Vejam-se ainda JOÃO MONTEIRO, *Processo*, § 39, e TEIXEIRA DE FREITAS, *Consolidação*, art. 393.

(2) Codigo Civil, art. 34, paragrapho unico. Direito anterior: Ord. 2, 56, 1; dec. n. 848 de 11 de Out. de 1890, art. 17; CARLOS DE CARVALHO, *Direito civil*, art. 141.

nando-se capaz de dispôr de sua pessoa e bens, constitua um outro (3).

Domicilio legal é o lugar onde a lei presume que o individuo reside permanentemente. Assim, o domicilio dos incapazes é o de seus representantes (4). A mulher casada tem por domicilio o do seu marido, salvo se se achar judicialmente separada ou se lhe competir a administração do casal (5). Sendo commerciante, terá domicilio proprio para os actos do seu commercio.

Os funcionarios publicos consideram-se domiciliados, onde exercem as suas funções, se não forem temporarias, periodicas ou de simples commissão (6).

(3) *Esboço*, art. 182; *Codigo Civil argentino*, 89; CHAMPEAU e URIBE, *Derecho civil colombiano*, I, ns. 159 e 160. No caso de divorcio, o domicilio do filho é o do conjuge em cuja posse elle ficar; CARLOS DE CARVALHO, *Direito civil*, art. 137. Quando a mãe exerce o patrio poder, é pelo seu que se determina o domicilio do filho.

(4) *Codigo Civil*, art. 36, CARLOS DE CARVALHO, *Direito civil*, art. 137; D. 27, 2, fr. 1 pr. e fr. 5; 27, 10, fr. 7 pr.; *Esboço*, art. 176, n. 1; NABUCO, 123 e 124; FELICIO DOS SANTOS, COELHO RODRIGUES, 72 e 73; *primitivo*, 51. *Codigo Civil francez*, art. 108; *italiano*, 18; *portuguez*, 47 a 49; *allemão*, 8 e 11; *argentino*, 90, n. 6; *chileno*, 72; *uruguayo*, 34; *boliviano*, 53; *colombiano*, 88.

(5) *Codigo Civil*, art. 36, paragrapho unico; SEVE E NAVARRO, *Pratica*, nota 285; D. 50, 1 fr. 38, § 3; *Cod.* 12, 1, l. 13; *Codigo Civil allemão*, art. 10; *argentino*, 90, n. 9; *chileno*, 71; *colombiano*, 87; *portuguez*, 49; *Esboço*, 176, n. 1; NABUCO, 125; FELICIO DOS SANTOS, 129; COELHO RODRIGUES, 72; *primitivo*, 51, paragrapho unico; *actual*, 39, § unico; PLANIOL, *Traité*, ns. 595-601.

No direito inglez (SCHIRMEISTER, § 7 e commentarios), a separação de factó não attribue domicilio proprio á mulher, e é duvidoso se tem esse effeito a separação por sentença judicial.

(6) *Codigo Civil*, art. 37; COELHO DA ROCHA, *Inst.*, § 68; PLANIOL, *Traité*, I, ns. 610 e 611; *Codigo Civil francez*, artigos 106 e 107; *argentino*, 90, n. 1; *mexicano*, 28; *montenegrino*,

Em tal caso, adquire-se o domicilio pela posse do emprego. Sendo as funcções destas ultimas categorias, o domicilio sómente se considerará transferido, se o funcionario manifestar intenção de mudal-o, fixando a sua residencia definitivamente no lugar da funcção.

O domicilio do militar em serviço activo é o lugar onde o estiver prestando (7); o das pessôas com praça na armada é o lugar de sua estação naval ou aquelle onde fôr a séde de seu emprego em terra (8).

O domicilio dos officiaes e tripolantes da marinha mercante é o lugar onde estiver matriculado o respectivo navio (9).

O lugar da prisão é o domicilio do preso em cumprimento de sentença (10).

928; *Esboço*, 176, n. 3; NABUCO, 127; FELICIO DOS SANTOS, 191; COELHO RODRIGUES, 70; *primitivo*, 52. Pelo direito romano, o funcionario vitalicio adquiria o domicilio legal no lugar, onde exercia as suas funcções (Cod. 10, 39, l. 8), conservando, não obstante, o domicilio anterior (D. 1, 9 fr. 11). Guardava silencio o direito romano sobre o empregado temporario (VAN WETTER, *Droit civil*, p. 9).

(7 e 8) Codigo Civil, art. 38; COELHO DA ROCHA, *Inst.*, § 69; PAULA BAPTISTA, *Pratica*, § 54; SEVE E NAVARRO, *Pratica*, artigo 186, § 1; D. 50, 1 fr. 23, § 1; Codigo Civil *allemao*, artigo 9; *argentino*, 90, n. 2; *montenegrino*, 958; *portuguez*, 52; *mexicano*, 29.

Por direito inglez, as pessôas que servem na armada ou no exercito conservam o domicilio que tinham, quando entraram para o serviço, se o tinham em territorio britannico (SCHIRMEISTER, § 6). Semelhante é o direito norte-americano (WHARTON, *Private int. law*, § 50). Por direito francez, os militares estão, quanto ao domicilio, sujeitos aos principios do direito commum (PLANIOL, *Traité*, I, n. 611).

(9) Codigo Civil, art. 39. *Projectos* brasileiros: de NABUCO, 129, 2ª parte; FELICIO DOS SANTOS, 134; COELHO RODRIGUES, 74, § 2; *primitivo*, 54; da Camara, 32.

(10) Codigo Civil, art. 40. V. COELHO DA ROCHA, *Inst.*, § 68; PAULA BAPTISTA, *Pratica*, § 54; SEVE E NAVARRO, *Pratica*, art. 186, §§ 2 e 3; Codigo Civil *portuguez*, art. 53; *mexicano*,

Os escriptores francezes ensinam que a prisão não determina alteração alguma no domicilio da pessoa, tendo esse effeito sómente o exilio (11). Nós não temos o exilio na sua fórmula rigorosa de banimento (12); temos sómente o desterro, como recurso de defesa e repressão, confiado ao poder executivo (13), ou como medida de policia internacional a que o governo póde recorrer, para afastar, do territorio nacional, um estrangeiro que comprometta a estabilidade da ordem publica (14). Na Inglaterra e na America do Norte, a prisão e o desterro acarretam a mudança de domicilio, quando são perpetuos, porque, nos outros casos, «estão os condemnados, constantemente, com os olhos fitos no horizonte, á espera de voltar para os seus lares (*looking constantly forward to their return to their home*), e, enquanto perdura essa esperança, deve subsistir o domicilio (*if they nourish the hope of returning, their domicile remains at their homes*) (15).

Alguns Codigos Civis, como o francez, art. 109, o portuguez, 50, o mexicano, 33, o chileno, 73, o uruguayo, 35, e o colombiano, 89, estatuem que as pessoas empregadas no serviço domestico de outras ahí têm o seu domicilio, se habitarem na casa de seus patrões.

34; *Esboço*, art. 176, n. 5; NABUCO, art. 130; FELICIO DOS SANTOS, 135; COELHO RODRIGUES, 76; *primitivo*, 55; da Camara, 42.

O Codigo Civil *argentino*, art. 95, estatue que a residencia forçada por desterro ou prisão não altera o domicilio, se neste se conserva a familia ou o assento do principal estabelecimento do preso ou desterrado.

(11) HUC, *Commentaire*, I, ns. 375-379.

(12) Constituição federal, art. 72, § 20.

(13) Constituição federal, art. 80, § 2.

(14) Constituição reformada, art. 72, § 33. O Projecto de Codigo Penal de Sá Pereira contem a pena do exilio local (arts. 68 e segs.).

(15) WHARTON, *Private int. law*, § 54.

Parece, entretanto, que é excusada disposição especial para esse caso, apesar do apoio allegado, aliás infundadamente, do direito romano (16).

A situação do liberto, no direito romano, é diversa da dos criados de servir e de outros operarios de nossos dias, e os textos romanos invocados referem-se aos libertos.

Dispõem tambem algumas legislações que o domicilio, compulsoriamente, imposto ao marido, no caso de cumprimento de pena, não é adquirido pela mulher nem pelos filhos, que continuam a ter o domicilio do chefe da familia antes da condemnação, ou o que lhes couber, segundo as regras geraes do direito. Se pela sentença o marido perder a direcção do lar, ou o pae o poder paterno, comprehende-se que assim seja; mas, não tendo a sentença esse effeito, não ha motivo para tão irritante comminação. Se o marido estiver em carcere, por mais de dois annos, cabe á mulher a direcção do lar (Codigo Civil, art. 251). A sentença criminal, que imponha pena de prisão superior a dois annos, determina a suspensão do patrio poder (artigo 394, paragrapho).

§ 28

Domicilio das pessoas juridicas

I. O domicilio das pessoas juridicas de direito privado é o lugar onde estiver a séde da sua administração, ou direcção, se outro não fixarem os estatutos. Tendo a pessoa juridica diversos estabelecimentos, em logares differentes, cada um delles será considerado

(16) D. 50, 1 fr. 6, § 3, e fr. 22, pr.

domicilio para os negocios ahi realizados. Se a séde da administração ou direcção da pessoa juridica se achar no estrangeiro, os estabelecimentos situados no Brasil serão havidos por domicilio, relativamente ás obrigações contrahidas pelas respectivas agencias (1).

Savigny faz notar que a noção de domicilio não se applica ás pessoas juridicas senão artificialmente, mas reconhece que, não obstante, é necessario determinalo para reconhecer-se a jurisdicção, a que estão submettidas (2). Esta determinação, continúa o eminente jurisculto, é, ás vezes, difficil, quando se trata de empresas industriaes, cuja exploração se não fixa em um logar certo ou abrange grandes extensões, como uma estrada de ferro, uma companhia de navegação, a construcção de uma ponte sobre um rio, cujas margens correspondem a jurisdicções differentes. Para solver esta difficuldade, imaginou Savigny que se poderia facultar ao juiz assignar um domicilio á pessoa juridica, se esta o não tivesse determinado nos seus estatutos; mas a necessidade de segurança das relações não admitte semelhante solução. Muito mais consentanea com as necessidades praticas e mais conforme á razão é a que considera domicilio da pessoa juridica a séde de sua direcção, ou administração, se outro não fôr designado nos estatutos.

(1) Codigo Civil, art. 35, IV, e §§ 3º e 4º. Tal era tambem a doutrina do direito anterior: Lei n. 173, de 10 de Setembro de 1893, art. 3; Dec. n. 5.072, de 12 de Dez. de 1903, art. 23, § unico; CARLOS DE CARVALHO, *Direito civil*, art. 165; JOÃO MONTEIRO, *Processo*, I, § 38 e nota 7; SEVE E NAVARRO, *Pratica*, not. 279. Consultem-se: *Esboço*, arts. 301-304; NABUCCO, 170; COELHO RODRIGUES, 73; *Projecto primitivo*, art. 50; da Camara, 38, §§ 1 e 2; Codigo Civil *colombiano*, art. 86; *Codigo do Processo Civil portuguez*, art. 18; HUC, *Comm.*, I, numero 18; HUC, *Comm.*, I, n. 372; SCHIRMEISTER, § 7 e comm. I.

(2) *Droit romain*, § 354.

II. O domicilio das pessoas juridicas de direito publico interno é determinado pelo Codigo Civil, art. 35: I, da União, o Districto Federal. II dos Estados, as respectivas capitaes.

III. Do Municipio, o logar, onde funciona a sua administração.

Quando o direito pleiteado se originar de facto occorrido, ou de acto praticado, ou que deva produzir os seus effeitos fóra do Districto Federal, a União será demandada na secção judicial, em que o facto occorreu, ou onde tiver sua séde a autoridade, de quem o acto emanou, ou este tenha de ser executado (artigo citado, § 1º).



Livro II

DOS BENS

CAPITULO I

DOS BENS CONSIDERADOS EM SUA PRÓPRIA ENTIDADE

§ 29

Noção de bens. Coisas. Patrimonio

I. *Bem*, na linguagem philosophica, é tudo quanto corresponde á solicitação dos nossos desejos. Neste sentido é que Ulpiano dizia: *bona ex eo dicuntur quod beant, hoc est beatos faciunt*. Para a economia politica, o bem é aquillo que concorre para satisfazer uma necessidade humana.

Na essencia, a idéa é a mesma, porém, a economia tem um campo mais limitado. Os nossos desejos intimos, as nossas aspirações puramente moraes, as satisfações exclusivamente estheticas ou intellectuaes, realizam-se em dominio extranho á economia politica.

Ainda que os bens economicos tenham um elemento individual, pois nelles os individuos encontram satisfacções de necessidades suas, são sempre, como **Aristoteles** notára, *exteriores* ao sujeito, e, por outro lado, são sempre bens sociaes, porque o phenomeno economico é phenomeno social, ou, como diz **Efferts** (1), entre os processos sociologicos acham-se os processos economicos, cuja totalidade compõe a vida economica.

Para o direito, o *bem* é uma utilidade, porém com extensão maior do que a utilidade economica, porque a economia gyra dentro de um circulo determinado por estes tres pontos: o trabalho, a terra e o valor; ao passo que o direito tem por objecto interesses, que se realizam dentro desse circulo, e interesses outros, tanto do individuo quanto da familia e da sociedade.

Assim, no direito, ha bens economicos e bens que o não são. Os bens economicos formam o nosso *patri-monio*.

II. A palavra *coisa*, ainda que, sob certas relações, corresponde, na technica juridica, ao termo *bem*, todavia d'elle se distingue. Ha bens juridicos, que não são coisas: a liberdade, a honra, a vida, por exemplo. E, embora o vocabulo *coisa* seja, no dominio do direito, tomado em sentido mais ou menos amplo, podemos affirmar que designa, mais particularmente, os bens que são, ou podem ser, objecto de direitos reaes. Neste sentido dizemos *direito das coisas*.

Teixeira de Freitas define coisa «todo o objecto material susceptivel de medida de valor» (2). Esta foi mais tarde a linguagem adoptada pelo Codigo Civil al-

(1) *Antagonismes économiques*, trad. Andler, Paris, 1906, p. 15.

(2) *Esboço*, art. 317 e o commentario explicativo.

lemão, art. 90: coisas, na linguagem da lei, são somente os objectos corporeos (3). E' certo que, por este modo, simplificam-se noções fundamentaes do direito, e precisa-se a significação de termos essenciaes, pro-veito que não é, por certo, de valor secundario; mas ainda se não produziu, na sciencia, a reacção necessa-ria para ser adoptado o pensamento do nosso insigne Freitas, que tem hoje por si o apoio do Codigo Civil al-lemão.

No direito inglez, a palavra coisa é tomada, numa primeira accepção, como objecto material (*physical thing*); mas, outras vezes, equivale a objecto do direito (*subject-matter of a right*) ou, ainda, aquillo que faz parte da propriedade de alguém (*proprietary right*), e este ultimo é o sentido mais usual (4).

III. Os bens constituem a parte positiva do patri- monio. Convém, portanto, deixar aqui, desde já, fir- mado o conceito juridico de patrimonio.

Originariamente essa palavra designava os bens da família (5); hoje, porém, sua significação é mais lata, e, força é dizel-o, ainda não muito precisa no es- tado actual da sciencia.

Parece melhor fundamentada a opinião dos que o consideram o *complexo das relações juridicas de uma*

(3) *Sachen in Sinne des Gesetzes sind nur koerperliche Gegenstaende.* Consultem-se a respeito: ENDEMANN, *Einfuehrung*, I, § 50; e KOHLER, *Lehrbuch*, § 198.

(4) SCHIRMEISTER, *op. cit.*, comm. ao § 36.

(5) E' a successão paterna. Em direito romano, primiti- vamente, a idéa de patrimonio era traduzida por *familia*, como se vê ainda das expressões *familiae erciscundae (actio)* e *fa- milia pecuniaque*. Mais tarde foi usado o vocabulo *bona (ven- ditio bonorum, missio in bona, bonorum possessio)*. Ao tempo do imperio é que se vulgarisou entre os juriconsultos a pa- lavra *patrimonium* (G. MAY, *Grande encyclopédie, vb. Patri- moine*).

pessoa, que tiverem valor economico (6). Assim, comprehendem-se no patrimonio tanto os elementos activos quanto os passivos, isto é, os direitos de ordem privada economicamente apreciaveis e as dividas (7). E' a actividade economica de uma pessoa, sob o seu aspecto juridico, ou a projecção economica da personalidade civil.

Raoul de la Grasserie comprehende-o como o *prolongamento da personalidade sobre as coisas* (8), e tal modo de ver é perfeitamente accetavel, se por essa imagem se pretende significar a irradiação do agente do direito na esphera dos bens.

Algumas vezes o patrimonio é concebido de um modo mais restricto (9), não como a totalidade das relações juridicas apreciaveis em "dinheiro, mas como aquillo que resta depois de solvidas as dividas, *quae deducto aere alieno supersunt* (10), ou como a *somma*

(6) Confronte-se a definição dada com as seguintes: — l'ensemble des droits et des charges d'une personne appreciables en argent (PLANIOL, *Traité de droit civil*, I, n. 747); — il complexo di rapporti giuridichi d'una persona aventi valore pecuniario (FADDA e BENZA, notas ás *Pandectas* de WINDSCHEID, I, p. 678); l'ensemble des droits civils d'une personne sur des objets constituant des biens (AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français*, IX, § 573).

Vejam-se ainda DERNBURG, *Pand.*, §§ 22 e 67, e LAFAYETTE, *Direito*, vol. 85, p. 368.

BIANCHI e BONELLI, antes vêem no patrimonio um acervo de bens, dando, assim, ao conceito, uma feição que, por um lado, excede aos limites do direito e, por outro, exclue elementos que se devem classificar entre os patrimoniaes.

(7) ENDEMANN, *Einfuehrung in das Studium des B. G. B.*, § 50, nota 10.

(8) *Classification scientifique du droit*, p. 27.

(9) WINDSCHEID, *Pand.*, § 42, e nota 2. Trata-se do que, em linguagem commum, se denomina patrimonio liquido ou activo.

(10) D. 50, 16 fr. 39, § 1. O fr. 80 *eodem* tambem diz: *Proprie bona dici non possunt quae plus incommodi quam commodi habent.*

dos bens concretizados em direitos actualmente existentes.

A maioria dos autores considera o patrimonio uma *universalidade de direito*, isto é, uma unidade abstracta, distincta dos elementos que a compõem (11). Contra esse modo de ver insurgem-se **Fadda** e **Bensa**, achando inutil e contraria á realidade essa abstracção, que nos arrasta para o dominio das ficções. Para elles, essa *universitas juris* sómente apparece quando, para um fim determinado, a lei unifica os direitos e obrigações da pessoa, como no caso de successão hereditaria ou de fallencia (12).

Entretanto, é bem certo que, em muitos outros casos, o direito civil encara as relações economico-juridicas de uma pessoa em seu conjuncto e como unidade (13). E é uma idéa esclarecedora da posição juridica da pessoa essa que nos apresenta o patrimonio como um todo, como um aspecto da personalidade.

Outra questão, que envolve o conceito de patrimonio, é a de saber-mos se elle pôde ser multiplo ou se ha de, necessariamente, corresponder um a cada pessoa. A doutrina corrente adopta a segunda solução (14),

(11) AUBRY et RAU, *op. cit.*, §§ 573-583; WINDSCHEID, *Pand.*, § 42; RAOUL DE LA GRASSERIE, *op. cit.*, p. 27-29. DRA-MARD, *Grande encyclopédie*, vb. — *Patrimoine*. Alliou-se a esta opinião o Codigo Civil brasileiro, art. 57, por suggestão de LACERDA DE ALMEIDA (*Actas*, pag. 62). O Codigo Civil allemão deixou de consignar preceitos sobre o patrimonio e, não se occupando senão de coisas corporeas, não podia consideralo entre as universalidades de direito.

(12) Notas ás *Pandectas* de WINDSCHEID, I, p. 667-672.

(13) Exemplos: o patrimonio das fundações, Cod. Civil, art. 27; o dos menores, art. 419; o do doador (*idem*, artigo 1.174).

(14) AUBRY et RAU, VI, §§ 573 e 574. WINDSCHEID, *Pand.*, § 42; PLANIOL, *Traité*, I, n. 478, 3ª; RAOUL DE LA GRASSERIE, *op. cit.*, p. 27-29.

embora, excepcionalmente, se encontrem casos em que o patrimonio soffra uma divisão, que é, antes, a necessidade pratica de impedir a junção de bens de procedencia diversa.

Os casos apontados como excepçoes da unidade do patrimonio em direito civil (15) são os de beneficio de inventario, da separação dos bens concedida aos credores do fallecido e da successão dos bens do ausente (16). Nesses casos, não ha uma situação definitiva. Emquanto se apura, *deducto aere alieno*, o que deve entrar para o patrimonio do successor, subsiste, não absorvido, o patrimonio do succedendo, ainda que ambos se achem dentro da esphera da actividade juridica de uma pessoa. Interesses valiosos se interpõem, mantendo a distincção dos patrimonios, impedindo-lhes a natural unificação.

Fadda e Bensa, em contrario, affirmam que esses casos dados como excepçoes entram na regra commum, porque o patrimonio só se unifica para um fim determinado; e, segundo o exigir essa finalidade, ter-se-ão dois ou mais patrimonios (17).

(15) Pelo Codigo Civil, toda herança é aceita a beneficio de inventario, no sentido de que o herdeiro não responde *ultra vires hereditatis* (art. 1.587). A separação dos patrimonios em beneficio dos credores do hereditando está autorizada pelo artigo 1.799. A successão provisoria e a definitiva do ausente constam dos arts. 469 e segs.

(16) No direito commercial, ha uma separação de patrimonios, quando o commerciante, declarado em fallencia, por sentença de tribunal estrangeiro, possui bens hypothecados no Brasil, ou tem contra si acção ajuizada, que deva determinar penhora sobre bens sitos na Republica, ou, finalmente, é dono de um estabelecimento distincto e separado em nosso paiz (lei n. 2.024, de 17 de Dezembro de 1908, arts. 161 e 162).

São atenuações ao principio da universalidade da fallencia, exigidas pelo relativo atrazo do direito positivo, que ainda não pode traduzir a idéa de justiça em sua plenitude.

(17) *Opere citato*, I, pag. 672-673.

IV. No patrimonio incluem-se todos os direitos e obrigações apreciaveis pecuniariamente. Excluem-se, portanto (18):

a) Os direitos sobre a propria pessoa, os chamados direitos individuaes referentes á existencia, á liberdade e á honra, ainda que o *damno moral* possa determinar uma reparação pecuniaria, da qual resulte um augmento do patrimonio;

b) Os direitos da familia e os de autoridade, como as relações pessoaes entre conjuges, entre pae e filhos, o patrio poder, a tutela, etc.;

c) Os direitos politicos e os chamados civis publicos.

Incluem-se no patrimonio:

1º A posse;

2º Os direitos reaes;

(18) WINDSCHEID, *Pand.*, §§ 40 e 42; MAYNZ, *Droit romain*, I, § 4º; FADDA e BENSA, *op. cit.*, I, pag. 673-675; DERNBURG, *Pand.*, § 22; R. DE LA GRASSERIE, *op. cit.*, pag. 26. Este autor chama os direitos fundamentaes da pessoa — *soi concret.* AUBRY et RAU, não excluem do patrimonio os direitos que a antiga escola do direito natural denominava *innatos* (*Cours*, VI, § 573).

A proposito de direitos sobre a propria pessoa, agita-se a questão de saber se o individuo pôde dispôr do proprio cadaver. Prende-se esta questão á do direito de disposição do proprio corpo, mas tem uma feição especial. O cadaver é coisa que está fóra do commercio; não pôde, portanto, ser objecto de contracto oneroso ou gratuito, nem de transmissão *mortis causa*.

Alguns autores acham que o fim scientifico e humanitario das investigações anatomicas ou quaesquer outras semelhantes, afastando o character de torpeza da alienação, deve tornal-a permittida. Creio, porém, que não se pôde tratar, na especie, de alienação nem de transmissão de direitos. Todavia o conjuge e os parentes chamados á successão podem conformar-se com a vontade do fallecido. Vejam-se a respeito deste assumpto FADDA e BENSA, notas ás *Pand.* de WINDSCHEID, I, p. 625-627, e HERSILIO DE SOUZA, *Novos direitos e velhos codigos*, Recife, 1924, p. 88 a 105.

- 3º Os intellectuaes ⁽¹⁹⁾;
- 4º Os obrigacionaes;
- 5º As relações economicas do direito da familia;
- 6º As acções oriundas desses direitos, as quaes, em verdade, não passam de aspectos dos mesmos ⁽²⁰⁾.

Bekker diz que são patrimoniaes todos os direitos transmissiveis, porém, a transmissibilidade não coincide, exactamente, com a patrimonialidade. Basta considerar que, muitas vezes, a propriedade de certos objectos é inalienavel, como a dos immoveis dotaes, que certos bens escapam á penhora, como os ordenados, os instrumentos de trabalho dos officiaes mechanicos, e outros, para se ver que não é verdadeira a affirmacão ⁽²¹⁾.

(19) Os direitos intellectuaes comprehendem: o autoral, a patente de invenção, a propriedade das amostras e modelos, a da firma commercial, a das marcas de fabrica (JHERING, *Actio injuriarum*, pag. 145 e 170). Parte dessa materia está regulada, actualmente, pelo direito commercial, parte pelo direito civil. E, como é no campo do direito civil que me pretendo manter, sómente me occupo aqui do direito autoral. A porção que entra no direito mercantil tende a desagregar-se, para constituir o *direito industrial*, onde alguns querem tambem entresachar o direito dos autores (PIPIA, *Diritto industriale*, introduzione).

No direito autoral, ha uma parte economica e real, ao lado de outra puramente pessoal, que não entra no acervo do patrimonio, como o direito ao nome civil. Tudo quanto se prende, immediatamente, á honra do escriptor ou do artista, ao seu renome, ás suas qualidades caracteristicas, recebe protecção do direito, mas não tem por denominador commum a moeda, subsiste apesar das alienações da parte real do direito, é inseparavel da pessoa.

(20) Esta enumeração é feita diversamente pelos autores. Veja-se, por exemplo, RIVAROLA, *Derecho civil argentino*, I, numero 60. Quanto ao direito hereditario, como argutamente explica DERNBURG, *Pandette*, § 22 da trad. de CICALA, não é uma parte constitutiva do patrimonio, encara as relações juridicas sob um outro ponto de vista, assignala a passagem do patrimonio do morto para os vivos.

(21) Veja-se o reg. 737, art. 529.

Patrimonial quer dizer apreciavel em dinheiro, de valor pecuniario, mas nem tudo que representa uma utilidade economica é permutavel.

§ 30

Classificação dos bens

Os bens podem ser considerados: em sua propria individualidade; uns em relação aos outros; e em relação ás pessoas, que delles se utilizam.

Na primeira relação distinguem-se: 1º em *corporeos* e *incorporeos*; 2º em *moveis* e *immoveis*; 3º em *fungiveis* e *infungiveis*; 4º em *consumiveis* e não *consumiveis*; 5º em *divisiveis* e *indivisiveis*; 6º em *singulares* e *collectivos*.

No segundo ponto de vista, são *principaes* e *accessorios*.

Por fim são bens *publicos* e *particulares*, e coisas que estão no *commercio* ou *fóra delle*.

Esta é a classificação, que foi adoptada pelo Código Civil brasileiro, e tem por si a tradição. No Código Civil apenas não apparece a primeira divisão, *corporeas* e *incorporeas*, por falta de interesse pratico.

Kohler propõe-se a classificar as coisas corporeas encarando-as: 1º, em sua relação para com a terra (moveis e immoveis); 2º, em sua utilidade para o homem individualmente considerado (consumiveis e inconsumiveis, fructos e rendimentos); 3º, na sua capacidade social de troca (fungiveis e infungiveis) (1).

E' uma classificação de cunho scientifico, influenciada pela economia politica e pela sociologia em

(1) *Lehrbuch*, § 201.

geral, porquanto põe em relevo os aspectos mais importantes em que podem ser apreciados os bens em relação á *terra*, ao *homem* e á *sociedade*. Do ponto de vista puramente juridico, entretanto, é preferivel a classificação indicada em primeiro logar, porque aprecia as coisas justamente nas attitudes, em que ellas se acham como objectos de direito.

A classificação do direito inglez, por obedecer a moldes differentes dos que adoptou o direito civil moderno, desenvolvendo as noções recebidas do romano, merece que a destaquemos.

As coisas, que compõem o patrimonio, segundo o direito inglez, são *reaes* e *pessoaes*. As reaes presumem gozo perpetuo ou sequer vitalicio e, ordinariamente, immobilidade; mas, como o direito patrimonial, que se prende a funcções vitalicias tambem é real, este ultimo requisito não é essencial. As pessoaes dividem-se em *chattels reaes* e *chattels pessoaes*. Os primeiros recáem sobre a terra ou sobre coisas immoveis (*interest in land or immovable things*), e podem ser corporeos ou incorporeos. Os segundos recáem sobre coisas moveis e tambem podem ser corporeos ou incorporeos (2).

§ 31

Bens corporeos e incorporeos

Os juriconsultos romanos distinguiam as coisas em corporeas e incorporeas, segundo podiam ser ou não tocadas: *Corporales haec sunt quae sui natura tangi possunt, veluti fundus, homo, vestis, aurum, ar-*

(2) SCHIRMEISTER, *op. cit.*, comm. aos §§ 36 e 37; GLASSON, *Droit et institutions de l'Angleterre*, VI, § 293.

gentum, et denique aliae res innumerabiles. Incorporales autem sunt, quae tangi non possunt, qualia sunt ea, quae in jure consistunt (1).

Teixeira de Freitas, mostrando a incoherencia dos romanos ao estabelecerem esta divisão, por isso que classificaram o dominio entre as coisas corporeas, tendo em vista o objecto sobre que recáe, ao passo que os outros direitos foram classificados entre as coisas incorporeas, acha que ella «confunde todas as idéas e tem sido causa de uma perturbação constante na intelligencia e applicação das leis civis, com os erros e injustiças que dahi sempre dimanam» (2).

E' certo que as idéas romanas não se mostram precisas nesta materia; mas não deve ser isso motivo para que seja repellida a distincção, que está na essencia das coisas, e, portanto, ha de trazer esclarecimento á comprehensão das relações de direito.

E' inutil dizer que os direitos são coisas incorporeas, porque todos o são e porque a divisão, para ter interesse juridico, ha de ser feita, não tendo em vista os direitos, mas sim o objecto delles. E, entre os objectos dos direitos, alguns ha que são corporeos e outros que o não são. E' o que reconhece Teixeira de Freitas, quando nos diz que os objectos susceptiveis de medida de valor, ainda que não sejam materiaes, entrarão com os materiaes na classe dos *bens*, para formar o patrimonio das pessoas (3). E, se o Codigo Civil allemão incluiu em seus dispositivos sómente as coisas corporeas, não desapareceu, com isso, a noção de

(1) GAIUS, Inst. II, §§ 12-14; *Inst. de Just.* 1, 2, pr. e §§ 1 e 2; PAULO, no D. 35, 2 fr. 1, § 7.

(2) *Esboço*, commentario ao art. 317.

(3) Arts. 319 e 320. Vejam-se tambem o Codigo Civil argentino, art. 2.312 e ZUBIZARETA, *Derecho civil*, Asuncion, 1900, II, p. 5 e segs..

coisas incorporeas para o direito privado allemão. «As coisas corporeas, diz-nos Gierke (4), são os principaes objectos do direito das coisas. Todavia o direito allemão tem extendido em larga escala o direito real sobre coisas incorporeas»... «Certos direitos reaes (usufructo e penhor) são possiveis sobre coisas incorporeas».

E', portanto, necessario destacar aqui as coisas corporeas e as incorporeas.

Bens corporeos são os que occupam logar limitado no espaço (5). Os bens incorporeos ou immateriaes podem ser objecto de direitos não sómente politicos, de que não se occupa este livro, mas ainda de direitos privados, como a vida, a honra e a liberdade (nos aspectos em que as considera o direito privado), o nome commercial, a qualidade de autor, etc. As acções humanas são tambem coisas incorporeas. No direito das obrigações, os objectos dos direitos são sempre acções humanas, isto é, coisas immateriaes, ainda que, muitas vezes, tendam a materializar-se. No direito da familia puro, tambem o objecto das relações de direito são acções humanas e não coisas.

(4) *Encyclopaedie der Rechtswissenschaft* fundada por HOLTZENDORFF e dirigida, depois, por KOHLER, *Grundzuege des d. Privatrechts*, por GIERKE, § 38: — Gegenstaende des Sachenrechts sind zunaechst die koerperlichen Sachen. Das deutsche Recht hat aber in umfassendem Masse das Sachenrecht auf unkoerperliche erstreckt... Gewisse dingliche Rechte (Niessbrauch und Pflandrecht) sind auch an andereren unkoerperliche Sachen moeglich.

KOHLER tambem diz que os bens podem ser corporeos ou incorporeos (*Lehrbuch*, § 198), ainda que estes ultimos não entrem na esphera doCodigo Civil.

(5) Esta é a definição de KOHLER, *Lehrbuch*, § 198, que é preferivel á de GAIO. Nem todas as coisas corporeas são *bens*. Aquellas que escapam á esphera de acção do homem, como os corpos celestes, não pertencem ao direito, não são *bens*, no sentido juridico.

Dos immoveis

I. A mais importante divisão das coisas é a que as distingue em *moveis* e *immoveis*, segundo a relação em que ellas se acham com a terra. Reputamos tão natural esta distincção, que nos parece extranho que não tivesse occorrido aos homens, desde que, pela primeira vez, tentaram classificar, juridicamente, as coisas. No entanto, ha regimens juridicos que a desconhecem. «Nós sómente conhecemos a distincção entre moveis e immoveis, diz Sumner Maine (1), como relativamente moderna em Roma e na Europa. Foi o resultado de uma tentativa dos jurisconsultos romanos para pôr de lado as velhas classificações historicas, classificando os bens, as propriedades e os objectos de gozo, segundo a sua propria natureza». Effectivamente a distincção fundamental dos bens no direito romano antigo é a que os distribue em *res Mancipi* e *nec Mancipi*. Segundo o valor attribuido ás coisas, a sua aquisição exigia ou não a solemnidade da *Mancipatio*, e, por essa razão, as mais preciosas eram denominadas *res Mancipi* (2).

Ainda hoje a divisão das coisas, no direito inglez, como já ficou indicado (3), não attende tanto ao seu character de mobilidade ou immobilidade, quanto aos predicados da perpetuidade ou vitaliciedade. Ao direito germanico era de todo extranha a divisão das coisas em moveis e immoveis (4).

(1) *Études sur l'ancien droit et la coutume primitive*, 1884, cap. X: *classification des biens*.

(2) SUMNER MAINE, *loco citato*; Ed. CUQ, *Institutions juridiques des romains*, I, p. 80 e segs.

(3) Veja-se o § 30 deste livro.

(4) KOHLER, *Lehrbuch*, I, § 202.



II. Chamam-se *immoveis as coisas, que se não podem transportar, sem destruição, de um para outro lugar*. Nestas condições se acham, originariamente, o sólo e suas partes integrantes; mas a acção do homem, incorporando ao sólo objectos de varias especies, segundo as necessidades da vida, ampliou a noção de immobibilidade. Depois, para cercar de garantias especies certos direitos, tratou-os como bens immoveis. Desta extensão dada á noção da immobibilidade, resultou certa divergencia na legislação e na doutrina, quanto ao modo de classificar os immoveis.

O Codigo Civil francez, art. 517, distribue os immoveis em tres grupos: immoveis por natureza, por destino e pelo objecto a que se applicam. Uma quarta classe foi accrescentada pelo direito posterior: — a dos immoveis por determinação de lei. O Codigo Civil italiano (arts. 407-415), o boliviano (arts. 267-275), o *Projecto Felicio dos Santos* (arts. 174 e seguintes) e o do Dr. *Coelho Rodrigues* (arts. 83 e 103-108) adheriram a este systema, cumprindo notar, em honra dos autores brasileiros citados, que não commetteram o erro de classificar, entre os immoveis por natureza, as fabricas, os moinhos e outros edificios fixados sobre pilastras. O mesmo elogio não se póde fazer ás instrucções de 1 de Setembro de 1836, que não evitaram essa incorrecção.

Outras legislações adoptaram o systema da enumeração mais ou menos copiosa dos bens considerados immoveis. Assim procederam: o Codigo Civil do Perú (art. 456), o do Mexico (art. 68), o da Hespanha (art. 334), e, até certo ponto, o do Uruguay (artigos 463-465, e o do Chile (arts. 568-570).

O *Esboço de Teixeira de Freitas* (arts. 396-404), seguido pelo Codigo Civil argentino (arts. 2.313-2.317) adoptado no Paraguay, destaca tres grupos de immo-

veis: por natureza, por accessão e por caracter representativo. A accessão poderá ser original ou accidental.

Kohler diz que as coisas immoveis são: 1º as diversas porções da superficie da terra; 2º as que estão ligadas á superficie da terra como partes integrantes della, participando de sua natureza e seguindo o seu destino juridico; 3º as que estão ligadas á superficie da terra e della seriam partes integrantes, se a isso não se oppuzesse um principio de direito (5).

Contra esses diversos systemas ha objecções a oppôr. O francez é arbitrario; o da enumeração é insufficiente e incapaz de apanhar a variedade dos phenomenos; o de Teixeira de Freitas constitue uma classe de immoveis pelo caracter representativo, a dos instrumentos publicos transcriptos no *Registro Conservatório*, a qual não merece acceitação por contrariar a natureza das coisas, e não ser exigida pela necessidade de prestar maior segurança aos direitos.

O Codigo Civil brasileiro adoptou um systema composito, combinando idéas do Codigo Civil francez e idéas de Teixeira de Freitas, dando-lhes o desenvolvimento que comportam. O art. 43 assim declara: «São bens immoveis:

I. O solo com a sua superficie, os seus accessorios e adjacencias naturaes, comprehendendo as arvores e fructos pendentes, o espaço aereo e o subsolo.

II. Tudo quanto o homem incorporar, permanentemente, ao solo, como a semente lançada á terra, os edificios e construcções, de modo que se não possa retirar sem destruição, modificação, fractura ou damno.

(5) *Lehrbuch*, I, § 202.

III. Tudo quanto no immovel o proprietario mantiver, intencionalmente, empregado na sua exploração industrial, aformoseamento, ou commodidade» (6).

«Art. 44. Consideram-se immoveis, para os effeitos legaes:

I. Os direitos reaes sobre immoveis, inclusive o penhor agrícola e as acções que os asseguram.

II. As apolices da divida publica, oneradas com a clausula de inalienabilidade.

III. O direito á successão aberta» (7).

Por este systema, os immoveis são distribuidos em tres classes: 1º os immoveis por natureza (o solo) e por accessão natural (as plantações); 2º os immoveis por accessão physica artificial (as construcções); 3º os immoveis por accessão intellectual (os instrumentos aratorios em um estabelecimento agrícola, as estatuas de um palacio); 4º os direitos e bens, que a lei submette ao regimen dos immoveis para maior garantia.

(6) Este systema é o do Projecto *primitivo*, mas a formula por elle usada era a seguinte: Art. 60. São bens immoveis: — 1º O solo e suas partes integrantes, solidas ou fluidas, como a sua superficie, o espaço aereo, que se ergue acima d'elle, o subsolo, com as suas minas e objectos fosseis nelle soterrados, e os fructos pendentes; — 2º Tudo quanto está, permanentemente, incorporado ao solo pela acção do homem, como as sementes depois de lançadas na terra, os edificios e construcções de qualquer natureza, cuja adherencia ao solo não seja provisoria, e o que se acha fixado num immovel de modo a não poder retirar-se d'elle, sem destruição ou fractura; — 3º Os objectos moveis que o proprietario, intencionalmente, colloca no immovel como accessorio permanente d'elle, seja para sua exploração industrial, seja para seu embelezamento ou commodidade.

(7) Projecto *primitivo*, art. 61: Consideram-se immoveis para os effeitos legaes: 1º Os direitos reaes sobre immoveis, inclusive o penhor agrícola e as acções garantidoras desses direitos; 2º As apolices nominativas da divida consolidada da União; 3º Os direitos á successão aberta.

Antes, porém, de apresentar a enumeração dos immoveis dessa classe, de accôrdo com o direito vigente, convém fazer algumas observações sobre outros que se incluem nas classes anteriores.

As plantações são consideradas accessorios do solo, porque a elle adherem pela raiz. Ainda quando a raiz não tenha brotado, porque se espera que venha dentro de pouco a brotar, e porque a intenção do se-meador é obter plantas, que lhe valorizem os terrenos e produzam utilidades, a semente, desde que é lançada na terra para germinar, é considerada incorporada ao solo. Mas as plantas postas em caixões e em vasos, destinados, por isso mesmo, a ser transportadas de uns para outros logares, não adherem ao solo, são coisas moveis.

As construcções presas á terra por alicerces, pilas-tras ou por outro modo, são incrementos do terreno, onde se acham, e participam de sua natureza juridica; mas, se se tratar de construcções ligeiras e provisórias, apenas assentadas na superficie do solo, como barracas e armações de feiras, não ha como reputal-as immoveis (8).

Os thesouros, ainda que enterrados no subsolo, não podem ser, como são as minas e os fosseis, considerados partes integrantes delle, e, por essa razão, mantêm a sua qualidade de bens moveis.

Sómente o proprietario ou seu representante póde immobilizar os objectos moveis, que collocar no predio para exploração industrial, embellezamento ou utilidade, dando-lhes o character de immoveis por accessão intellectual ou por destino, segundo a terminolo-

(8) *Esboço*, arts. 397 e 398.

gia do direito francez (9). O locatario e o usufructuario não têm essa faculdade, porque as suas relações jurídicas são de character transitorio. Mas, se o locatario collocar esses objectos, em nome e por conta do proprietario, produz-se a accessão intellectual. O Codigo Civil argentino, seguindo o *Esboço*, faculta ao usufructuario o direito de immobilizar objectos moveis, destinando-os ao serviço, commodidade ou embellezamento do predio, mas a generalidade dos Codigos Civis considera esse direito privativo do proprietario.

O direito patrio não era muito explicito nesta materia. Em primeiro logar, diziam as instrucções de 1 de Setembro de 1836, art. 5: «Por bens de raiz, para pagamento da siza, entendem-se não só aquelles que o são segundo a sua natureza, como os predios urbanos e rusticos, todas as arvores e fructos, emquanto estão adherentes ao solo; mas tambem *todos os que, ou pelo destino ou pela applicação, que se lhes dá, fazem parte integrante desses predios, como são todos os instrumentos de agricultura e utensilios das fabricas, emquanto se acham unidos perpetuamente aos respectivos estabelecimentos*. As instrucções n. 143 de 4 de Outubro de 1847, corroborando as anteriores, declararam que o *gado vaccum e cavallar do serviço de uma fazenda* fazia parte integrante della. O dec. 169 A de 19 de Janeiro de 1890, art. 2, §§ 1 e 2, considerava accessorios dos immoveis agricolas: a) os animaes perententes ás propriedades, que fossem especificados no contracto de hypotheca; b) os instrumentos de lavoura

(9) Codigo Civil francez, art. 524; italiano, 413; hespanhol, 334, ns. 5 e 6; mexicano, 684, ns. VII e VIII; austriaco, 296, de Zurich, 50; argentino, 2.316. No direito romano, existia o principio de que o proprietario podia immobilisar os objectos destinados á exploração ou serviço do predio, mas sem a generalidade do direito moderno.

e utensilios das fabricas respectivas, adherentes ao solo.

Não se falava, nessas instrucções e no decreto, de immobilização para fins de embelezamento e commodidade (10), mas a analogia, a doutrina dos escriptores e o direito romano (11) permittiam essa ampliação.

Tambem não declarava o nosso direito anterior se a immobilização dos moveis que integram um predio era faculdade privativa do proprietario, mas esta era a doutrina geralmente accepta, e o Codigo Civil a consagra. O que se exige é que sejam os objectos collocados no predio de um modo permanente (12).

IV. Consideram-se immoveis para os effeitos legais, em direito patrio: a) o usufructo de bens immoveis; b) as servidões prediaes; c) as acções que tendem á reivindicação de immoveis; d) as apolices nominativas da divida publica federal pertencentes a menores e interdictos, assim como as que fizerem parte de dote estimado *taxationis causa* (13).

(10) A mesma observação deve fazer-se quanto ao disposto no reg. 737 de 25 de Nov. de 1857, art. 531, § 2.

(11) D. 9, 1 fr. 17, § 7.

(12) Veja-se RIBAS, *Direito civil*, II, tit. IV, cap. VI, § 3.

Deve acrescentar-se que os moveis immobilizados como accessorios, podem, em qualquer tempo, ser mobilizados pelo proprietario e distrahidos de seu destino, salvo direitos de terceiros (CHIRONI, *Istituzioni*, § 48 *in-fine*). Mas uma separação momentanea não importa a perda do caracter de immovel (Codigo Civil patrio, art. 46; Huc, *Comm.*, V, n. 37 *in-fine*; Codigo Civil allemão, art. 97 *in-fine*). Assim tambem os materiaes provisoriamente destacados de um predio, para reparos ou melhoramentos, conservam a sua qualidade de immoveis (Huc, *cit.*, n. 40; ABEL-ANDRADE, *Commentario* ao Codigo Civil portuguez, p. 23).

(13) Codigo Civil, art. 44. Direito anterior: Instrucções de 1 de Set. de 1836, art. 5; dec. n. 9.370 de 14 de Fev. de 1885, art. 59; T. DE FREITAS, *Consolidação*, arts. 43 e 47; Ri-

Muito se disputou entre nós, sobre se as apolices da divida publica se considerariam immoveis, para o effeito de serem cercadas de formalidades especiaes na sua transmissão. No ponto de vista economico-juridico, a distincção entre moveis e immoveis está em que estes ultimos apresentam um character conservador muito pronunciado, com alienação mais formalista e circulação mais demorada. Quando é necessario imprimir aos bens esses predicados, não lhes vindo elles de sua propria natureza, nem da sua incorporação a immoveis, a lei manda que, nas suas alienações, sejam tratados como se fossem immoveis. A questão, portanto, reduzir-se-ia a saber se as apolices da divida publica se transmittiriam como se fossem bens moveis, ou se estariam dependentes de formalidades particulares, que lhes demorassem a circulação.

Teixeira de Freitas, depois de ter sustentado que essas apolices eram moveis, na segunda edição de seu livro classico, a *Consolidação das leis civis* (14), passou a defender outra doutrina.

Em sentido contrario, manifestaram-se Rebouças (15) e Lafayette (16).

A argumentação de Teixeira de Freitas era que a Ord. 3, 47, pr. attribuia ás rendas perpetuas a natureza

BAS, *Direito civil*, tit. IV, cap. VI, § 3; CARLOS DE CARVALHO, *Direito civil*, art. 177, §§ 3 e 4. Este autor acrescenta outros bens á lista dos immoveis por disposição de lei, como a indemnisação do seguro, ou em caso de desapropriação, mas não o posso seguir. A subrogação, que nesse caso se dá, não altera a natureza movel dos bens. Refere-se tambem ás embarcações, das quaes me occuparei em seguida.

(14) Art. 43 e nota respectiva.

(15) *Observações* (ao art. 43 da *Consolidação de TEIXEIRA DE FREITAS*).

(16) *Direitos de familia*, nota II no fim do volume.

de immoveis e, sendo as apolices da divida publica rendas perpetuas, estavam comprehendidas nessa disposição. Contestavam os outros essa argmentação, fundados em que a lei de 15 de Novembro de 1827, creando as apolices da divida publica e fundando a Caixa de amortização, nada estatuiria sobre a immobilisação desses titulos.

Em Novembro de 1881, foi declarado, por aviso n. 565 de 16 de Novembro, que era indispensavel licença do juiz de orphãos para a venda de apolices de menores, ainda quando emancipados por estarem casados ou por haverem obtido supplemento de idade, porquanto, dissera anteriormente o aviso n. 164 de 13 de Março de 1880, ao qual se refere o de 1881: *as apolices da divida publica são equiparadas aos titulos de renda perpetua e, por isso, comprehendidas na Ord. 3, 47, que attribue a taes rendas a natureza de immoveis* (17). Era a opinião de Teixeira de Freitas suffragada pelo Ministerio da fazenda.

A lei n. 3.229 de 3 de Setembro de 1884, art. 9, determinou que «as apolices da divida publica, que constituissem bens dotaes, peculio e herança de menores e interdictos, não poderiam, sem decreto judicial, devidamente motivado, ser transferidas por venda ou caução». Igual exigencia estabeleceu o dec. n. 9.370 de 14 de Fevereiro de 1885, art. 59. Estes dois actos legislativos assignalam uma outra phase de evolução das idéas, quanto ás apolices da divida publica. Delles se deduz que as apolices da divida publica, em geral, não se equiparam aos immoveis, ainda que sejam nominativas; mas, se fossem dessa classe e pertencessem

(17) Subscreveram, o aviso n. 164, de 1880, AFFONSO CELSO de Assis Figueiredo, e o n. 565 de 1881, José Antonio SARAIVA.

a menores, a interdictos e a orphãos emancipados por supplemento de idade ou por casamento, ou se fizessem parte do dote da mulher casada sob regimen dotal, estariam sujeitas, nas suas transferencias e cauciona-mentos, á formalidade da autorização do juiz ⁽¹⁸⁾, á semelhança do que se exige para os immoveis ⁽¹⁹⁾. Foi, afinal essa a doutrina consagrada pelo Codigo Civil, art. 44, II.

Quanto aos navios, que alguns autores, induzidos pelo reg. n. 737, de 25 de Novembro de 1850, art. 512 *in-fine*, classificaram entre os immoveis, cumpre notar que aquelle regulamento, se desviou abertamente do Codigo Commercial, art. 478, onde se diz: «*ainda que as embarcações sejam reputadas bens moveis*, comtudo nas vendas judiciaes se guardarão as regras que as leis prescrevem para as arrematações dos bens de raiz». E neste conflicto, deve prevalecer o que prescreve o Codigo ⁽²⁰⁾. Assim opinava Teixeira de Freitas: «Este artigo (o do codigo) não altera a natureza de taes bens, manda simplesmente que, nas arrematações delles, se observem as solemnidades prescriptas para as arrematações dos immoveis ⁽²¹⁾. Póde hoje, porém, ser objecto de hypotheca» ⁽²²⁾.

(18) Dec. n. 9.370, de 14 de Fev. de 1885, art. 59, que consolidou o disposto nas ordens n. 565 de 16 de Nov. de 1881, e n. 164, de 13 de Março de 1880, nos avisos de 27 de Jan. de 1875 e 17 de Março de 1877, na resolução de 31 de Jan. de 1877 e na lei n. 3.229 de 3 de Set. de 1884, art. 9.

(19) Veja-se o meu *Direito da familia*, §§ 50, 74 e 84.

(20) SILVA COSTA, *Direito commercial maritimo*, vol. I, n. 66, BENTO DE FARIA, *Codigo commercial*, nota 499 ao artigo 478.

(21) *Consolidação*, art. 49.

(22) Codigo Civil, art. 825; e decs. n. 15.788, de 8 de Nov. de 1922 e n. 15.809, de 11 de Nov. do mesmo anno.

§ 33

Predios rusticos e urbanos

Os immoveis, consistentes em terrenos cultivados ou não e em edificios, denominam-se *predios* (1). Estes são *rurales* ou *rusticos* e *urbanos*.

São predios rurales: a) os terrenos situados fóra dos limites das cidades, villas e povoações, sejam destinados á agricultura, cultivados, incultos ou campos de criação; b) os edificios situados fóra desses mesmos limites e destinados á morada de pessoas ou ao serviço de qualquer industria; c) as datas de terra e aguas mineraes (2).

São predios urbanos: a) os terrenos situados dentro dos limites das cidades, villas e povoações, ainda que não edificadas nem cultivadas; b) os edificios de qualquer denominação que, dentro desses limites, se acharem fixados ao solo de modo que não se possam deslocar sem destruição (3).

Pouco importam o genero de construcção e o destino do predio. Será urbano ou rural, segundo a sua situação fór dentro ou fóra dos limites dados, pelas leis administrativas, ás cidades, villas ou povoações.

(1) Corresponde esta expressão ao *praedium* do direito romano, ou *fundus*, em que, segundo FLORENTINO (D. 50, 16 fr. 211) *omne aedificium et omnis ager continetur*. UPIANO chama *praedia* os edificios urbanos.

(2) *Instrucções* de 1 de Set. de 1836, art. 7; RIBAS, *Direito civil*, tit. IV, cap. VI, § 3; TEIXEIRA DE FREITAS, *Consolidação*, art. 51; CARLOS DE CARVALHO, *Direito civil*, art. 178, § 1.

(3) *Instrucções* citadas, art. 6, e autores citados á nota anterior.

§ 34

Dos moveis

Moveis são os bens que, sem deterioração na substancia ou na fôrma, podem ser transportados de um logar para outro, por força propria ou extranha. E' o que, com outras palavras, diz o Codigo Civil, art. 47. No primeiro caso, dizem-se semoventes, que são os animaes. No segundo, são moveis propriamente ditos como: moedas, titulos da divida publica e de divida particular, mercadorias, acções de companhias, alfaias, objectos de uso, etc.

Uns e outros são moveis por *natureza* ou *corporeos*. Outros o são por força da lei, e são: *a)* os direitos e as acções que se referem aos bens moveis e ás obrigações. *b)* Os direitos autoraes (Codigo Civil, artigo 48).

Os materiaes destinados a alguma construcção, como tijolos, telhas, madeiras, enquanto não forem empregados, conservam a sua qualidade de moveis e readquirem-na depois da demolição (1).

§ 35

Dos bens fungiveis e consumiveis

I. São fungiveis os bens moveis, que podem ser substituidos por outros do mesmo genero, qualidade e

(1) Codigo Civil, art. 49. V. D. 19, 1 ff. 17, § 10: *ae quae parata sunt ut imponantur non sunt aedificii*; Codigo Civil francez, art. 532; italiano, 420; mexicano, 692; argentino, 2.319.

quantidade, e infungíveis os que, por consistirem em corpo certo, não se prestam a esta substituição (1).

Segundo a doutrina mais autorizada, a fungibilidade é própria dos moveis, porque sómente nelles pôde ser bem apreciada a equivalencia dos substitutos, sómente elles são as *res quae in genero suo functionem recipiunt per solutionem*. Esta foi a doutrina seguida pelo Codigo Civil brasileiro e por varios Codigos Civis modernos (2).

A fungibilidade não depende, exclusivamente, da vontade das pessoas, como erroneamente affirmam alguns escriptores. Ha coisas que podem ser exactamente substituidas por outras do mesmo genero, na qualidade e quantidade queridas; são as que, segundo a linguagem dos romanos, *numero, pondere, mensurave constant*. Estas são fungíveis independentemente da intenção das partes. As que não se determinam por seu numero, peso ou medida, não se podem substituir com exactidão, e serão infungíveis, apesar da intenção das partes. A fungibilidade é uma idéa de relação, é o resultado da comparação entre duas coisas, que se consideram equivalentes. O que pôde a convenção é tornar infungíveis coisas, que, naturalmente, são fungíveis, desde que determine por sua individualidade coisas,

(1) Codigo Civil, art. 50. Consultem-se sobre este assumpto: SAVIGNY, *Direito romano*, § 268; ROTH, *System*, I, § 78; WINDSCHEID, *Pandectas*, § 141; ENDEMANN, *Einfuehrung*, § 56; DERNBURG, *Pandectas*, § 75; CHIRONI, *Istituzioni*, § 46; GIANTURCO, *Istituzioni*, § 42; AUBRY et RAU, *Cours*, II, § 166; PLANIOL, *Traité*, I, n. 789; MAYNZ, *Droit romain*, § 115. Algumas vezes são chamadas *fungíveis* as coisas consumíveis, como se vê no Codigo Civil hespanhol, art. 337, justamente criticado por SANCHES ROMAN, *Derecho civil*, II, p. 495.

(2) *Argentino*, art. 2.324; *hespanhol*, 337, apesar de confundir consumíveis e fungíveis; *chileno*, 575; *allemão*, 91; e *uruguayo*, 470, que incorre na censura feita ao hespanhol.

que, mais commummente, se destinam, no commercio e na vida, a uma determinação generica.

II. *Bens consumiveis são os moveis que se extinguem pelo uso normal, seja porque esse uso importe a destruição de sua substancia, seja porque são destinados á alienação* (3). Entre os bens que *usu consumuntur*, uns consomem-se de facto, *naturalmente*, como os alimentos, outros apenas *juridicamente*, como as mercadorias de um armazem, que se destinam á alienação. Assim, como têm lembrado os autores, ha coisas que, segundo o destino, que lhes derem, serão consumiveis ou inconsumiveis. Taes são, por exemplo, os livros, que, nas prateleiras de uma livraria, serão consumiveis por se destinarem á alienação, e, nas estantes de uma bibliotheca, serão inconsumiveis, porque ahi se acham para serem lidos e conservados.

III. A consumibilidade das coisas é uma qualidade que lhes é propria (consumo natural) ou provém de seu destino (consumo juridico). A fungibilidade é o resultado da comparação de uma coisa com outra. As duas idéas têm sido confundidas, porque, ordinariamente, as coisas consumiveis são fungiveis. Os cereaes, o vinho, o oleo são naturalmente consumiveis e, ao mesmo tempo, fungiveis; o dinheiro é fungivel e juridicamente consumivel. Mas, além de que a fungibilidade e a consumibilidade são predicados differentes, que se attribuem aos bens por motivos diversos, não se póde affirmar das coisas fungiveis que sejam sempre consumiveis, havendo ainda mais que notar esta cir-

(3) Codigo Civil, art. 51. V. ROTH, *System*, I, § 76; DERNBURG, *Pandectas*, § 74; WINDSCHEID, *Pandectas*, § 140; GRANTURCO, *Istituzioni*, § 42; CHIRONI, *Istituzioni*, § 46; PLANIOL, *Traité*, I, n. 784; Codigo Civil *austríaco*, art. 301; *argentino*, 2. 325; *allemao*, 92; *Esboço*, arts. 354 e 355; FELICIO DOS SANTOS, 184; *Projecto primitivo*, art. 68.

cumstancia: as coisas fungiveis são consideradas em seu genero, e o genero é imperecivel; e as coisas consumiveis são por definição pereciveis.

Tambem procede a confusão de que o direito romano, conhecendo o phenomeno da fungibilidade (4), não teve, no seu vocabulario technico, um termo proprio com que o designar.

§ 36

Coisas divisiveis e indivisiveis (1)

Coisas divisiveis são as que se podem repartir em porções reaes e distinctas, formando cada uma dellas um todo perfeito. No caso contrario, são indivisiveis (2). Esta definição ajusta-se bem ás coisas corporeas; mas o direito estendeu a idéa de indivisibilidade ás coisas incorporeas, e até ás proprias relações juridicas. Assim é que as obrigações podem ser divisiveis ou indivisiveis, segundo a natureza das respectivas prestações (3). Assim é ainda que a hypotheca é indivisivel por determinação da lei (4) e as servidões prediaes são consideradas como essencialmente indivisi-

(4) D. 12, 1 fr. 2, § 1; 23, 3 fr. 42; 44, 7 fr. 1, § 2.

(1) Vejam-se: ROTH, *System*, I, § 77; ENDEMANN, *Einfuehrung*, § 53; DERNBURG, *Pandectas*, § 76; WINDSCHEID, *Pandectas*, § 146; CHIRONI, *Istituzioni*, § 46; MAYNZ, *Droit romain*, § 116; AUBRY et RAU, *Cours*, II, § 169; *Esboço*, arts. 363-375; *Codigo Civil argentino*, art. 2.326.

(2) *Codigo Civil*, art. 52.

(3) *Meu Direito das obrigações*, § 22.

(4) *Codigo Civil*, art. 757. Dec. n. 169 A de 19 de Janeiro de 1890, art. 10; dec. n. 370 de 2 de Maio de 1890, artigo 216.

veis em relação ao predio serviente (5), ainda que divisíveis sob outras relações.

Tambem se consideram indivisíveis os bens, que não se podem partir sem damno. Esta indivisibilidade relativa e economica foi considerada pelas fontes romanas, que nos falam de coisas *quae sine damno dividi possunt* (6) e de coisas *quae sine iteritu dividi possunt* (7). As nossas Ords. alludiam a ella no liv. 4, tit. 96, § 5, citando, entre as coisas *que não se podem repartir sem damno*, o lagar e o moinho. Realmente ha coisas que existem, exclusivamente, quando consideradas na sua integridade ou na sua unidade; perderiam as suas propriedades, estariam destruidas, desapareceriam, se as fôssemos dividir. O lagar e o moinho estão neste caso, como tambem outras installações industriaes adherentes ao solo e constituindo um todo, as quaes perdem a sua entidade e o seu valor quando as dividem ou desintegram.

Certos moveis são egualmente indivisíveis por esta mesma consideração, como um quadro, um cavallo, um brilhante (8).

Occorre aqui notar que as casas não se deviam considerar divisíveis em sentido horizontal ou por planos superpostos, ainda que seja admissivel a divisão do uso dellas por andares (9), como é licito o direito por

(5) Codigo Civil, art. 707. LAFAYETTE, *Direito das coisas*, § 116; URIBE, *Servidumbres*, n. 18; HUC, *Comm.* IV, n. 438; D. 8, 1, fr. 17.

(6) D. 30, 26 fr. 2.

(7) D. 6, 1 fr. 35, § 3.

(8) DERNBURG, *Pandectas*, § 76.

(9) DERNBURG, *Pandectas*, § 76. O que se lê no Codigo Civil francez, art. 664, e italiano, 562, é contrario á tradição juridica e á natureza das coisas, na parte em que permite a divisão horizontal dos edificios. Vejam-se, entretanto, o *Traité pratique de droit civil*, de PLANIOL et RIPERT, vol. III, numeros 319 e segs. e o nosso dec. n. 5.481, de 1928.

partes ideaes sobre coisas indivisiveis ou ainda não divididas.

Finalmente, ha coisas que são naturalmente divisiveis, mas a lei ou a vontade das partes as considera indivisiveis.

§ 37

Das coisas singulares e collectivas

Coisas singulares são as que se consideram em sua individualidade, distinctas de quaesquer outras (1) ou, como diz DERNBURG, aquellas «cujas partes componentes têm, necessariamente, a mesma condição jurídica» (2).

Podem ser *simples*, quando as suas partes se acham ligadas pela propria natureza, como um cavallo, uma arvore; ou *compostas*, quando as suas partes se acham ligadas pela industria humana, como um edificio (3).

Coisas collectivas (universitates rerum) são as que, sendo compostas de varias coisas singulares, se consideram em conjuncto, formando um todo (4).

Ha universidades de facto (*universitates facti*) e universidades de direito (*universitates juris*). As pri-

(1) Codigo Civil brasileiro, art. 54, I. V. TEIXEIRA DE FREITAS, *Esboço*, art. 360; RIBAS, *Direito civil*, tit. IV, cap. VI: CHIRONI, *Istituzioni*, § 45; ROTH, *System*, I, § 80; ENDEMANN, *Einfuehrung*, § 50.

(2) *Pandectas*, I, § 68; COELHO DA ROCHA, *Instituições*, § 81, *escholio*. POMPONIO, D. 41, 3, fr. 30, pr., diz: *tria autem genera sunt corporum: unum, quod continetur uno spirito et graece ηνωμένον docatur, ut homo, tignum, lapis et similia.*

(3) RIBAS, *op. cit.*, DERNBURG, *Pand.*, I, § 68.

(4) *Esboço*, art. 361; RIBAS, *loco citato*; DERNBURG, *Pand.*, § 68. *Tertium*, continúa POMPONIO, no fragmento citado á nota

meiras são complexos de coisas corporeas; as segundas, complexos de coisas e de direitos.

Esta materia tem provocado tão demoradas discussões que é preciso cautela para não se desviar o espirito do estudioso (5). Sem querer alongar-me neste debate, recordarei, apenas, que a questão versa não sómente sobre a distincção das universidades de facto e de direito, quanto sobre os seus effeitos. Nasceu a distincção de *universitas facti e universitas juris* com os glossadores. Universidades de coisas, como um rebanho, podem ser reivindicadas, ensinava Bartolo; as de direito, como o peculio, não. Hasse e Muehlenbruch combateram a doutrina dos glossadores, achando que não ha propriamente *universitas juris*, mas simples aggregado de coisas e direitos que, em certos casos, são considerados como unidade.

Teixeira de Freitas, seguindo o Codigo Civil d'Austria, destaca sómente a universidade de facto (6).

Aubry et Rau, ao contrario, consideram os aggregados de bens, que formam *un ensemble juridique*, mas affirmam que as collecções de objectos, que se acham reunidos pelo proprietario para um fim determinado, como uma bibliotheca ou um rebanho, não constituem

2, acima, *quod ex distantibus constat, ut corpora plura non soluta, sed uni nomini subjecta, veluti populus, legio, grex.*

O segundo genero, a que se refere o jurisconsulto romano, *corpus ex contingentibus* constituem unidades materiaes, formadas da reunião de coisas distinctas, como um edificio, um navio.

(5) Vejam-se a nota de FADDA e BENZA ao § 137 das *Pandectas* de WINDSCHEID e a nota 8 ao § 68 das *Pandectas* de DERNBURG.

(6) *Esboço*, § 361; Codigo Civil d'Austria, art. 302; *Ein Inbegriff von mehreren besonderen Sachen, die als eine Sache angesehen und mit einem gemeinschaftlichen Nahmen bezeichnet zu werden pflegen, macht eine Gesamtsache aus, und wird als ein Ganzes betrachtet.*

unidade jurídica, continuando as coisas singulares a sel-o, como se não se achassem reunidas (7).

Pondo de lado essas divergencias, e attendendo ás relações, que realmente se formam na vida jurídica, podem affirmar-se os seguintes principios:

a) A *universitas facti*, aggregado de coisas corporeas, como o rebanho, o armazem, a bibliotheca, existe e apparece nas relações jurídicas, mas sómente se pôde reputar unidade para o direito, quando, por considerações economicas, a vontade, juridicamente manifestada, ou a lei, assim o determina (8).

b) A *universitas juris*, unidade abstracta de coisas e direitos, apparece tambem na vida jurídica ou para o fim de unificar a irradiação da pessoa na esphera dos bens, ou para o fim de mostrar a integridade economica de um conjuncto de bens. O patrimonio é o exemplo a dar-se do primeiro caso; a herança, os peculios, o dote, a massa fallida, são exemplos do segundo caso (9).

(7) *Cours de droit civil français*, 5^{me} ed., II, § 162. Vem-se ainda as divergencias apontadas por FADDA e BENZA, nota citada ás *Pandectas* de WINDSCHEID.

(8) DERNBURG, *Pandectas*, § 68. Exemplo de uma universidade de facto estabelecida por declaração de vontade: alquem deixa a outrem o usufructo de um rebanho ou de uma fazenda com as suas pertencas. Exemplos de universalidades de facto estabelecidas pela lei patria: os estabelecimentos ruraes com os machinismos e gados a serviço delles, quando arrematados, vendidos ou hypothecados juntamente com elles (Codigo Civil, art. 811; CARLOS DE CARVALHO, *Direito civil*, artigo 192).

(9) Exemplos de universalidades de direito da lei patria, indicados por CARLOS DE CARVALHO, *Direito civil*, art. 191: a) os bens de uma herança; b) os de cada uma das heranças do militar morto na guerra; c) a massa fallida; os bens sociaes e os individuaes de cada socio; o activo que serve de garantia

c) Resultando a universalidade de direito de diversas razões e realizando-se para diversos fins, não se submete a regras uniformes ⁽¹⁰⁾.

Do que acaba de ser exposto, vê-se que, ainda reduzida a materia á sua maior simplicidade, não offerece contornos muito precisos, nem interesse pratico relevante, razão pela qual o *Projecto primitivo* não a contêmprou, seguindo o exemplo da maioria dos *Codigos Civis*. O *Codigo Civil brasileiro*, art. 56, consigna a regra seguinte: «na collectividade, fica subrogado ao individuo o respectivo valor e vice-versa». A dogmatica outr'ora ensinava essa regra: *res succedit in locum pretii et pretium in locum rei*, querendo com ella dizer que tudo quanto é adquirido pelas coisas individuaes que compõem a collectividade ou a ellas se substitue, pertence á universalidade. Porém, esse principio, sustentavam muitos, só se applica ás universalidades de direito que são objectos de successão universal; delle escapam as universalidades de facto e as de direito, objecto de successão particular ⁽¹¹⁾. E a opinião hoje dominante, depois das criticas de *Hasse* e *Muehlenbruch*, é que essa regra só em casos especiaes tem applicação, prevalecendo, ao contrario, o principio de que só em dadas relações, e de um modo sempre diverso, as universalidades constituem unidades juridicas ⁽¹²⁾. Applicações especiaes da regra do art. 56, encontram-se,

á emissão de obrigações ao portador ou *debentures*. Destes exemplos de *CARLOS DE CARVALHO*, cumpre eliminar, hoje, o da letra *b*, pois que o *Codigo Civil* não reconhece duas heranças para o militar morto na guerra.

(10) *DERNBURG, Pandectas*, § 68.

(11) *RIBAS, Direito civil*, II, tit. IV, cap. VI, § 5.

(12) *DERNBURG, Pandectas*, nota 10 ao § 68, vol. I. Veja-se, entretanto, *AUBRY et RAU, Cours*, IX, §§ 574 e 575.

em materia de dote, no art. 293, paragrapho unico, e, nos direitos reaes de garantia, quando a coisa perece ou é desappropriada (art. 762, §§ 1º e 2º).

CAPITULO II

DOS BENS CONSIDERADOS UNS EM RELAÇÃO AOS OUTROS

§ 38

Coisas principaes e accessorias

Coisa principal é a que tem uma existencia propria, abstracta ou concreta, mas distincta de qualquêr outra. Accessoria é aquella cuja existencia suppõe a da principal (1).

O Codigo Civil allemão distingue as partes integrantes, dos accessorios (2). Partes integrantes essenciaes de uma coisa são as que se não podem separar della, sem que uma ou outra se destrua ou mude de essencia. São partes integrantes de um predio as coisas incorporadas ao solo e, em particular, as construcções e os productos do mesmo solo. As sementes e as plan-

(1) Codigo Civil, art. 58; Projecto primitivo, art. 71; Esboço, 368; FELICIO DOS SANTOS, 186; COELHO RODRIGUES, 88; actual, 61; ROTH, *System*, § 81; CHIRONI, *Istituzioni*, § 53; MAYNZ, *Droit romain*, § 118; MACKELDEY, *Direito romano*, § 159; COELHO DA ROCHA, *Inst.*, § 82; AUBRY et RAU, *Cours*, II, § 157.

(2) Arts. 93-96. Consulte-se ENDEMANN, *Einf.*, I, § 52, e II, § 6.

tas constituem partes integrantes do solo, desde que são nelle enterradas. As coisas que se inserem no edificio para construil-o são partes integrantes delle. Os direitos ligados á propriedade de um predio, como as servidões, são tambem considerados partes integrantes do mesmo.

Accessorias são sómente as coisas moveis que, não sendo integrantes, servem para preencher o fim economico da coisa principal, estando ligadas a ella exteriormente, como as machinas e instrumentos de uma fabrica, o gado de uma fazenda, os productos agricolas destinados a manter a exploração.

No direito patrio, as noções não são identicas. Muitas das partes integrantes do direito allemão se incluem, entre nós, na classe das accessorias, e estas tanto podem ser moveis quanto immoveis.

As coisas podem ser *natural, industrial e civilmente* accessorias:

São naturalmente accessorias:

1º As terras de alluvião, o leito abandonado do rio e as ilhas que no mesmo se formam;

2º Os fructos naturaes e productos, sejam organicos, sejam inorganicos;

3º O espaço aereo acima da superficie do solo;

4º O sub-solo e as coisas que se acham nelle sem dono conhecido (3).

São industrialmente accessorias:

1º As construcções feitas abaixo ou acima da superficie do solo e ao mesmo adherindo, de modo permanente;

2º As bemfeitorias;

(3) Codigo Civil, art. 60. RIBAS, *Direito civil*, II, tit. VI, § 7; Projecto primitivo, arts. 74 e 75.

3º As obras de adherencia permanente, feitas acima ou abaixo da superficie (4);

4º Os fructos industriaes.

Civilmente accessorias são:

1º Os onus reaes, que gravarem o predio (5);

2º Os fructos civis.

O principio, que domina esta materia, é que, *salvo disposição em contrario, a coisa accessoria segue a principal* (6).

§ 39

Dos fructos e productos

Fructos são as utilidades que a coisa periodicamente produz. Fructus est quidquid ex re nasci et renasci solet. São as riquezas normalmente produzidas pelo capital. Distinguem-se em: a) *naturaes*, quando resultam do desenvolvimento proprio da força organica da coisa; b) *industriaes*, se devidos á intervenção do esforço humano; c) e *civis*, quando são rendimentos tirados da utilização da coisa frugifera por outrem que não o proprietario, como as rendas, alugueis, fóros e juros.

(4) Código Civil, art. 61; RIBAS, *loco citato*; Projecto primitivo, arts. 75 e 627-631; dec. n. 169 A de 19 de Janeiro de 1890, art. 2, § 2.

(5) RIBAS, *loco citato*; CARLOS DE CARVALHO, *Direito civil*, art. 183.

(6) Código Civil, art. 52; D. 34, 2 fr. 19, § 13: *ut accessio cedat principali*; Ord. 4, 37, § 4; 48, § 1; § 8; 83, § 2; MACKELDEY, *Direito romano*, § 159; COELHO DA ROCHA, *Inst.*, § 82; Esboço, art. 369; Projecto primitivo, art. 72; COELHO RODRIGUES, 89; T. DE FREITAS, *Regras de direito*, p. 13: *accessorio segue a natureza do seu principal (accessorium sui principalis naturam sequitur)*.

Quanto ao seu estado, são: *pendentes*, emquanto unidos á coisa, que os produziu; *percebidos* ou *colhidos*. depois de separados; *estantes*, se depois de separados ainda existem armazenados ou acondicionados para a venda; *percipiendos*, os que deviam ser, mas não foram percebidos; e *consumidos*, se já não existem mais (1).

Os fructos consumidos, porque já não existem não podem entrar no conceito de bens accessorios. Os pendentos, percebidos e estantes pertencem ao proprietario, se, em virtude de uma causa juridica, não deverem ser attribuidos a outrem.

Alguns escriptores distinguem os *accrescimos* (*incrementa*), que sobrevêm á coisa por seu proprio desenvolvimento, dos *accessorios*, que se lhe vêm juntar por facto humano. Por isso, excluem os fructos de entre as coisas accessorias. Desta distincção o que se poderia concluir era que os fructos naturaes não se devem reputar accessorios, e sim accrescimos, emquanto pendentos, porque, nesse estado, fazem parte da coisa frugifera (*fructus rei frugiferae pars est*), e coisas independentes, depois de separados. Mas teriamos, por esse processo, destruido a theoria dos fructos, que os destaca ainda pendentos pela raiz ou pelos ramos, para fazer delles objectos de relações juridicas (2). Além

(1) COELHO DA ROCHA, *Inst.*, § 83; RIBAS, *Direito civil* II, tit. IV, cap. VI, § 7; LAFAYETTE, *Direito das coisas*, § 99; *Esboço*, arts. 372-375; CARLOS DE CARVALHO, *Direito civil*; artigo 184; dec. n. 370 de 2 de Maio de 1890, art. 362; FELICIO DOS SANTOS, *Projecto*, arts. 189-192; CHIRONI, *Istituzioni*, § 53; WINDSCHEID, *Pandectas*, § 144; DERNBURG, *Pandectas*, § 78; AUBRY et RAU, *Cours*, II, § 192, p. 288-290, da 2ª ed.

(2) O pussuidor de hõa fê tem direito aos fructos pendentos até á contestação da lide (Codigo Civil, art. 511). Podem ser objecto de penhor agricola as colheitas pendentos, ou em via de formação (art. 781).

disso, é preciso attender a que a palavra *accessão* ora significa incremento da coisa que já se possui, ora é modo especial de adquirir.

Productos são as utilidades, que se retiram da coisa, diminuindo-lhe a quantidade, porque não se reproduzem periodicamente, como as pedras e os metaes, que se extráem das pedreiras e das minas. Quando a relação jurídica se estabelece em attenção á exploração de alguma pedreira ou mina, e quando o usufructo se constitue sobre mina ou pedreira em exploração, os productos consideram-se fructos (3). São, nesses casos, productos normaes da coisa. De modo que os productos, quando são utilidades provenientes de uma riqueza posta em actividade economica, seguem as naturezas dos fructos.

A distincção, todavia, tem interesse juridico, porque sómente na relação que acaba de ser considerada, o producto se submete aos preceitos estabelecidos para o fructo. *Dernburg* offerece um exemplo esclarecedor. Se uma floresta, arrendada para córte de madeiras, ou que faz parte de um dote, fôr destruida por uma tempestade, «pertence aos fructos sómente o que corresponde ao producto annual, o resto é substancia» (4).

§ 40

Das bemfeitorias

Bemfeitorias são as obras que se fazem num movel ou num immovel para conserval-o, melhoral-o ou simplesmente embellezal-o.

(3) D. 7, 1 fr. 9, §§ 2 e 3.

(4) *Pandectas*, § 78, nota 4.

São *necessarias* as que têm por fim conservar o bem ou evitar a sua deterioração; *uteis* as que, sem ser necessarias á conservação da coisa, augmentam-lhe ou facilitam-lhe o uso; e *voluptuarias* as que tornam mais agradável a coisa, sem augmentar-lhe o uso habitual ainda que sejam de elevado valor (1).

As primeiras devem ser indemnizadas pelo proprietario, quando feitas por possuidor de bôa ou de má fé, não sendo ladrão. As segundas devem sel-o, se o possuidor estava de bôa fé. As ultimas podem ser levantadas, se o proprietario não as quizer pagar, comtanto que assim não se cause damno ao bem.

O valor das bemfeitorias determina-se pelo accrescimento de utilidade ou de valor que deram á coisa; todavia, o reivindicante póde optar entre o valor actual e o custo (2).

Pelo que se vê, as bemfeitorias voluptuarias são ou deixam de ser accessorios do bem, a que se juntam, segundo as circumstancias; e que as necessarias, podem consistir em meras despesas, que não appareçam exteriormente como accessorios.

(1) Codigo Civil, art. 63; D. 50, 16, fr. 79: *impensae necessariae sunt quae, si factae non sint, res aut peritura, aut deterior futura sit.* § 1. *Utiles impensas esse, Fulcinius ait, quae meliorem dotem faciant, deteriore esse non sinant; ex quibus redditus mulieri adquiratur.* § 2. *Voluptuariae sunt quae specie duntaxat ornant, non enim fructum augment;* Ord. 3, 86; 5; 4, 97, 22; reg. n. 737 de 25 de Nov. de 1850, arts. 584 e 621; TEIXEIRA DE FREITAS, *Consolidação*, art. 663 e a nota respectiva; CARLOS DE CARVALHO, *Direito civil*, art. 186; COELHO DA ROCHA, *Inst.*, § 84; Codigo Civil portuguez, arts. 499 e 500; argentino, 591 e 2.427; *Esboço*, 905; FELICIO LOS SANTOS, 193-195; COELHO RODRIGUES, 92; Proj. primitivo, 75.

(2) Codigo Civil, art. 519; CARLOS DE CARVALHO, *Direito civil*, art. 186, § unico.

Não se consideram bemfeitorias os melhoramentos sobrevindos á coisa, sem a intervenção do proprietário, possuidor ou detentor (3).

A pintura, em relação á tela, a esculptura, em relação ao marmore ou ao metal, a escriptura ou qualquer trabalho graphico, em relação ao papel, pergaminho, panno, pedra, madeira, em que se acharem fixados, são bemfeitorias, porque augmentam o valor do objecto; mas de tal modo o fazem que deixam de ser, em face do direito, coisas accessorias para se transformarem em principaes (4).

Em direito patrio, não havia disposição a respeito antes da codificação civil, e o direito romano apenas, das hypotheses aqui lembradas, apoiava a da pintura, que é considerada principal em relação á tela (5). Quanto á escriptura, pronuncia-se expressamente em contrario(6); mas, em nossos dias, ninguem dirá que, num livro, o papel seja o principal, numa estatua, o bronze ou o marmore. Resolve-se a questão, nestes casos, pelo valor do objecto(7).

(3) Código Civil brasileiro, art. 64; portuguez, 503; *Esboço*, 904, n. 5; FELICIO DOS SANTOS, 196; COELHO RODRIGUES, 93; Proj. *primitivo*, 76.

(4) Código Civil brasileiro, art. 63; *argentino*, 2.335; *Projecto* COELHO RODRIGUES, art. 91; *primitivo*, 74; COELHO DA ROCHA, *Inst.*, § 420.

(5) *Inst.* 2, 1, § 34: *videtur melius esse tabulam picturae cedere; ridiculum est enim picturam Apellis vel Parrhasii in accessione vilissimae tabulae cedere.*

(6) *Inst.* 2, 1, § 33: *Litterae quoque, licet aureae sint, perinde chartis, membranisque cedunt.*; D. 41, 1 fr. 9.

(7) COELHO DA ROCHA, *Inst.*, § 420; LAFAYETTE, *Direito das Coisas*, § 41; Código Civil francez, arts. 568-571, cujas regras, aliás, Huc, declara sem utilidade pratica em nossos dias (*Commentaire*, IV, n. 161); *chileno*, 659; *portuguez*, 2.302; *italiano*, 466-471; *allemao* 950, que considera a escripta, a gravura, o desenho, a pintura e a impressão, trabalhos que transformam a materia prima (especificação).

CAPITULO III

DOS BENS EM RELAÇÃO A'S PESSOAS

§ 41

Bens publicos e particulares

Em relação ás pessoas, a quem os bens pertencem, elles se dividem em *publicos* e *particulares*.

Publicos são, entre nós, os que pertencem á União, aos Estados ou aos Municipios; e *particulares* são os que pertencem ás outras pessoas jurídicas e ás naturaes⁽¹⁾.

Os bens publicos, encarados do ponto de vista de sua utilização, podem ser: de *uso especial*, de *uso commum* e *particular* ou *dominicaes* ⁽²⁾.

São de uso especial os bens pertencentes á União, aos Estados ou aos Municipios, applicados ao serviço publico respectivo. São de uso commum os administrados pelos poderes publicos, e que podem ser utilizados por quaesquer pessoas, respeitadas as leis e os regulamentos. São patrimoniaes da União, dos Estados e dos Municipios aquelles, sobre os quaes essas entidades

(1) Codigão Civil, art. 65, *Projecto* COELHO RODRIGUES, artigo 113; *primitivo*, art. 78; RIBAS, *Direito civil*, II, tit. IV, cap. VI, § 11; CARLOS DE CARVALHO, *Direito civil*, art. 195.

(2) Codigão Civil, art. 66, *Projecto* COELHO RODRIGUES, artigo 114; *primitivo*, 78, CARLOS DE CARVALHO adopta a divisão em coisas de uso *commum* e *patrimoniaes*, porém, a distincção indicada apanha as modalidades das coisas publicas propriamente ditas mais exactamente.

exercem direitos de proprietarios, segundo as prescripções legaes (3).

Os bens publicos dominicaes podem, por determinação de lei, converter-se em bens de uso commum ou especial (4). O uso commum póde ser gratuito ou oneroso (5).

Os bens communs, emquanto conservam esse character, são inalienaveis e repellem a usucapião; os de uso especial e os patrimoniaes podem ser alienados, de conformidade com as leis que os regulam (6).

§ 42

Dos bens da União

I. Não compéte certamente ao direito civil fazer a distribuição dos bens publicos entre a União, os Estados e os Municipios. E' materia da competencia do direito constitucional e administrativo (1).

(3) Vejam-se as citações da nota anterior, e mais: RODRIGO OCTAVIO, *Do dominio da União e dos Estados*; CARVALHO DE MENDONÇA, *Direito e legislação sobre melhoramento dos portos*, no *Direito*, vol. 87, n. 4 e segs.

(4) CARLOS DE CARVALHO, *Direito civil*, art. 197, § 3; *Projecto primitivo*, art. 80.

(5) Codigo Civil, art. 68; CARLOS DE CARVALHO, *Direito civil*, art. 197, § 1.

(6) Codigo Civil, art. 67; RIBAS, *Direito civil*, II, tit. IV, cap. VI, § 11, que, sem razão, admite a prescripção immemorial para os bens communs; COELHO DA ROCHA, § 86; CARVALHO DE MENDONÇA, *l. c.*, n. 11; TEIXEIRA DE FREITAS, *Consolidação*, art. 1.332 e a nota 14.

(1) *Parecer* da Commissão especial do Senado sobre o *Projecto* do Dr. COELHO RODRIGUES em 1896; *Trabalhos* da Commissão especial da Camara, vol. IV, p. 118-119; GALDINO LORETO, *Trabalhos do Senado*, III, p. 39.

No direito patrio, esta doutrina se reforça com a influencia da organização federativa. A Constituição federal delimita os bens entre a União e os Estados; e as constituições estaduais discriminam as fontes de renda e os patrimonios dos respectivos Municipios.

Os codigos, que se modelaram pelo francez, occuparam-se desta materia com todas as minucias (2); mas já o allemão seguiu rumo diverso, indo na sua esteira o do Japão e o suizo.

II. São bens da União, pondo de lado as rendas, que lhe attribue a Constituição:

a) *Patrimoniaes*:

1º A zona que lhe reservou o art. 3º da Constituição (3);

2º As ilhas que se formarem nos mares territoriaes ou nos rios federaes (4);

(2) Codigo Civil francez, arts. 537-543; italiano, 425-435; portuguez, 379-394; hespanhol, 338-345; mexicano, 697-708; argentino, 3.339-3.350; boliviano, 283-288; chileno, 589-605; uruguayo, 428-438.

(3) VIEIRA FERREIRA (*Trabalhos do Senado*, III, p. 6-7) contesta que esta zona se deya incluir entre os bens dominiaes da União. Mas não tem razão o eminente juriconsulto. Emquanto não se dêr a essa porção, já hoje demarcada, do territorio nacional, a applicação a que allude a Constituição, isto é, o estabelecimento da futura capital da Republica, será bem dominial da União, não podendo aliás, nesse meio tempo, ser utilizada de modo que embarace esse fim decretado pela magna carta brasileira. Se, porém, nessa zona havia propriedades particulares, anteriores á Constituição, terá a União de desaproprial-as. Veja-se a minha resposta, nos citados *Trabalhos*, III, p. 61.

(4) RODRIGO OCTAVIO, *Domínio da União e dos Estados*, n. 104, exclue as ilhas, que se formarem no littoral; porém, CARLOS DE CARVALHO, *Direito civil*, art. 215, j, C. RODRIGUES, *Projecto*, art. 116, § 2, as incluem, por direito de accessão. Está claro que as ilhas já existentes e que fazem parte do territorio de um dos Estados da União, acham-se fóra desta regra. Quanto ás ilhas formadas nos rios publicos, vejam-se as observações de

3º As estradas de ferro, telegraphos, fabricas, officinas e fazendas federaes (5);

4º Os terrenos devolutos, sitios no Districto federal, que não sejam, por qualquer titulo juridico, do patrimonio do mesmo Districto (6);

5º Os terrenos de marinha e accrescidos (7);

6º Os bens que foram do dominio da corôa (8);

7º Os bens perdidos pelo criminoso condemnado pela justiça federal ou do Districto federal (9);

8º Os bens do evento no Districto Federal, os bens vagos que apparecerem em territorio não incorporado aos Estados ou ao Districto Federal (10), e os que provierem de associações civis extinctas, quando não houver uma similar a quem passem os bens, e a extincta houver funcionado em mais de um Estado (10a).

LAFAYETTE, *Direito das coisas*, I, § 39, nota 1. M. J. CARVALHO DE MENDONÇA, *Rios e aguas correntes*, nota 492, enumera as ilhas pertencentes á União. As de Fernando de Noronha passaram para a administração de Pernambuco pelo dec. numero 1.371, de 11 de Fevereiro de 1891.

5) CARLOS DE CARVALHO, *Direito civil*, arts. 207 e 215, d. Entram estes bens na classe dos proprios nacionaes, que abrangem ainda os predios destinados ao serviço publico federal, fortalezas e navios de guerra. V. adiante a letra b, 2º. As estradas de ferro administradas pelo Estado ou por particulares, não sendo dentro de suas terras, são vias publicas (dec. numero 1.930, de 26 de Abril de 1857, art. 1), entendendo-se que os particulares têm apenas o direito de exploração (Huc, *Comm.* IV, n. 55).

(6) CARLOS DE CARVALHO, *op. cit.*, art. 215 c.

(7) No § 43 será considerada particularmente esta materia.

(8) CARLOS DE CARVALHO, *op. cit.*, art. 215, n.

(9) Codigo Penal, art. 69; CARLOS DE CARVALHO, *op. cit.*, art. 215, i.

(10) CARLOS DE CARVALHO, *op. cit.*, art. 215, r, e decreto n. 1.839, de 31 de Dez. de 1907, art. 1. Veja-se o § 45, II, deste livro.

(10 a) Codigo Civil, art. 22.

b) *De uso especial:*

1º Os edificios publicos federaes, os terrenos applicados ao serviço de repartições ou estabelecimentos federaes;

2º As fortalezas, fortificações, construcções militares, navios de guerra e material de marinha (11);

3º A porção de territorio de que a União se apropriar para defeza das fronteiras, fortificações e construcções militares (12).

c) *De uso commum:*

1º O mar territorial, golphos, bahias, enseadas e portos (13);

2º As praias (14);

3º Os rios navegaveis (assim como os rios de que se fazem os navegaveis, sendo caudaes e perennes) que banhem mais de um Estado ou se estendam a territorio estrangeiro (15);

(11) CARLOS DE CARVALHO, *op. cit.*, art. 207.

(12) Constituição federal, art. 64.

(13) RODRIGO OCTAVIO, *op. cit.*, §§ 4 e segs.; *Projecto COELHO RODRIGUES*, art. 117, § 1; CARVALHO DE MENDONÇA, *l. cit.*, n. 10.

(14) RODRIGO OCTAVIO, *op. cit.*, § 41; RIBAS, *Direito civil*, II, tit. IV, cap. VI, § 12; CARVALHO DE MENDONÇA, *l. cit.*, numero 9. Veja-se o § 44 deste livro.

(15) Ord. 2, 26, § 8; Const. fed., art. 34, 6, RODRIGO OCTAVIO, *op. cit.*, §§ 46 e segs.; CARLOS DE CARVALHO, *Direito civil*, art. 215.—A. VALLADÃO, *Rios publicos e particulares*, § 21, sustenta opinião contraria, mas, se pela *Conts.*, art. 34, n. 6, é o Congresso federal que tem de legislar sobre a navegação dos rios, que banhem mais de um Estado ou se estendam a territorio estrangeiro, se as questões de navegação nos rios e lagos do paiz competem á justiça federal, Const., art. 60, letra g, é forçoso que o uso, que o povo faça dos mesmos esteja sob a inspecção superior do poder federal, isto é, que elles sejam bens nacionaes de uso commum.

4º Os rios, lagos e lagôas que servem de limites entre a Republica e as nações vizinhas (16);

5º As estradas e caminhos publicos, não sendo vias-ferreas, que façam parte da viação federal (17).

§ 43

Dos terrenos de marinha

I. *São terrenos de marinha todos os que, banhados pelas aguas do mar ou dos rios navegaveis, em sua foz, vão até á distancia de 33 metros para a parte das terras, contados desde o ponto, a que chega o preamar medio* (1).

Terrenos accrescidos aos de marinha são os que, natural ou artificialmente, se formam, além da linha do preamar medio, para a parte do mar, ou dos rios navegaveis, na sua foz. São terrenos de alluvião onde existirem os de marinha (2).

II. A primeira questão que se levanta, neste assumpto, é a de saber a que entidade pertencem esses bens. Baseados nos antecedentes e no artigo 64 da Constituição, sustentaram João Barbalho (3), e Galdino

(16) Const., arts. 34, n. 6, e 60, letra g; CARLOS DE CARVALHO, *op. cit.*, art. 215, i; Projectos COELHO RODRIGUES e actual nos artigos citados; A. VALLADÃO, *op. cit.*, § 22.

(17) *Projecto COELHO RODRIGUES*, art. 117, § 3:

(1) Instrucções de 14 de Dez. de 1832, art. 4; dec. numero 4.105, de 22 de Fev. de 1868, art. 1, § 1. O aviso numero 373 de 12 de Julho de 1833 mandou fixar o preamar medio, tomando-se por base uma lunação.

(2) Dec. cit. de 1868, art. 1, § 3; lei n. 1.114 de 27 de Set. de 1860. *

(3) *Constituição*, comm. ao art. 64. O Projecto de Constituição dos Drs. Werneck e Pestana declarava pertencerem aos Estados os terrenos de marinha.

Lorêto (4) que os terrenos de marinha, com as terras devolutas, tinham sido entregues pela Constituição aos Estados ou deixados aos municípios. E' incontestavel que esse parecer, especialmente em face da Constituição, tinha fundamento, que deveria prevalecer, se outras considerações não sobreviessem, para dar-lhe outro aspecto.

Carlos de Carvalho inscrevera os terrenos de marinha e accrescidos entre os bens do patrimonio da União (5), e a mesma opinião adoptara Carvalho de Mendonça (6), mas foi, incontestavelmente, depois das luminosas razões de Epitacio Pessôa, em 1904 (7), que a questão mudou de face, prevalecendo a opinião de que os terrenos de marinha são bens dominiaes da União, constituindo como que uma extensa faixa territorial, que aperta, em um todo bem unido, os diversos Estados da Republica e, ao mesmo tempo, mostra, pelo lado do mar, que o contacto, entre o Brasil e as nações estrangeiras, se ha de dar por intermedio da União.

Antes de expôr os argumentos de Epitacio Pessôa, convém fazer, num relance, a historia desta pagina do direito patrio, segundo se reflecte nos dispositivos das

(4) *Trabalhos da commissão especial do Senado*, p. 40-45. Do mesmo parecer mostra-se ALFREDO VALLADÃO, *Rios publicos e particulares*, §§ 39 e 43.

(5) *Direito civil*, art. 225, f.

(6) *Os terrenos de marinha e os interesses da União, dos Estados e das municipalidades, Direito*, vol. 85, p. 473-486.

(7) *Terrenos de marinha*, Razões finaes do Procurador geral da Republica, e Resposta ao memorial dos Estados, Imprensa Nacional, 1904. No mesmo sentido ainda: MILTON, *Constituição do Brasil*, 2ª ed., p. 336; *Projecto* revisto, art. 83, § 3; COELHO E CAMPOS e UBALDINO DO AMARAL, *Annaes do Senado*, 1892, vol. 4, p. 121 e 124. RODRIGO OCTAVIO, que, na primeira edição do seu livro, adoptara a opinião de que os terrenos de marinha pertencem aos Estados, na segunda, acceitou a orientação em sentido contrario dada pelo Supremo Tribunal, em accórdão de 31 de Janeiro de 1905. V. o n. 94.

leis, para que melhor se apprehenda a feição original que, por fim, veio a tomar.

O direito romano desconhecia a especie de bens, que entre nós tomou a denominação de terrenos de marinha e accrescidos. Como veremos em seguida, as leis romanas destacavam as praias, como coisas comuns a todos (*res communes omnium*), permittindo, aliás, que-ahi se fizessem construcções, mas, além da praia, começavam as terras sem a particularização da faixa intermedia existente no direito patrio.

No direito portuguez, nada tambem se encontra de correspondente aos terrenos de marinha. A ordem régia de 1 de Dezembro de 1726, a que se refere **Rodrigo Octavio** ⁽⁸⁾, prohibe que alguem alargue, de um palmo, os seus dominios para o mar, e edifique nas praias; mas, evidentemente, ainda ahi não está o que veio, mais tarde, a constituir esta fórma especial de bens publicos, a que se dá o nome de terrenos de marinha.

As primeiras concessões de aforamento de terrenos de marinha foram feitas sob a direcção do Ministerio da Marinha. A lei de 15 de Novembro de 1831, artigo 51, § 14, collocou a materia sob a acção administrativa do Ministerio da Fazenda, sendo, nas provincias, os respectivos presidentes competentes para aforar esses terrenos a particulares. Em 1887, a lei de 20 de Outubro, art. 8, n. 3, transfêriu para as municipalidades das provincias essa faculdade de aforar e de perceber as rendas correspondentes. Para o Municipio Neutro, essa já era a regra, desde a lei de 3 de Outubro de 1834, art. 37, § 2; mas a citada lei de 1887 ampliou os direitos da municipalidade da capital do imperio,

(8) *Op. cit.*, n. 89, que transcreve interessantes informações de HADDOCK LOBO, *Tombo das terras municipaes*. Veja-se, ainda, MADRUGA, *Terrenos da marinha*, I, p. 65 e segs.

facultando-lhe também aforar os accrescidos. Mais tarde, por determinação do dec. legislativo n. 25 de 30 de Dezembro de 1891, art. 1, foi retirada das Camaras municipaes dos Estados a faculdade de dar em foro os alludidos terrenos, reassumindo o poder administrativo da União essa attribuição, que passou a exercer por intermedio das repartições da Fazenda. No Districto federal, porém, nada se alterou, e a sua municipalidade continuou no gozo dos direitos que as leis anteriores lhe haviam conferido (9).

Nota-se nesses actos legislativos e noutros ainda que, por brevidade, foram omittidos, a vacillação propria de um instituto, que se forma. A tendencia final, porém, é no sentido de dar aos terrenos de marinha o character de federaes, segundo se vê do dec. legislativo n. 25 de 30 de Dezembro de 1891, art. 1, e da lei numero 141 de 26 de Dezembro de 1900, dos avisos de 12 de Julho, de 21 e de 29 de Outubro de 1889 e de 13 de Agosto de 1894. O Supremo Tribunal Federal trouxe o concurso do seu alto prestigio em favor dessa orientação, declarando que, «dado o actual regimen politico e administrativo, a concessão de marinhas e accrescidos ficou restricta ao Governo federal, que exerce soberanamente essa attribuição, tendo apenas em vista o interesse publico» (10).

Os argumentos de Epitacio Pessôa, em favor da opinião dominante nos citados actos legislativos e na jurisprudencia do Supremo Tribunal são, em resumo ligeiro, as seguintes. Não é exacto que a lei de 1887 transferisse o dominio dos terrenos de marinha ás municipalidades; transferiu-lhes sómente o *direito de afo-*

(9) Aviso de 4 de Julho de 1892.

(10) Accordam de 19 de Maio de 1906, publicado no *Di-reito*, vol. 103, p. 56.

ral-os e de perceber as rendas provenientes dos respectivos aforamentos ⁽¹¹⁾. «E' o Governo autorizado a transferir ás Camaras municipaes das provincias, diz a citada lei, o *direito de aforar* os terrenos de marinha e accrescidos nos respectivos municipios, *passando a pertencer á receita* das mesmas corporações *a renda que d'ahi provier*». Não disse o legislador que transferia a propriedade; e, para maior elucidação do seu pensamento, consultando-se o Relatorio do ministro da Fazenda, por cuja iniciativa se introduziu essa innovação em nosso direito, se verá que o que se pretendia era auxiliar os municipios, sem despojar a nação. O ministro achava que não se devia conceder ás provincias o producto dos laudemios, porque, *sendo o Estado o senhorio directo* desses terrenos, e não lhe convindo perder essa qualidade, é preciso não dar motivo para que *possa, em tempo algum, ser disputada*. E neste sentido foi expedida a circular de 14 de Dezembro de 1887, para estabelecer o modo de executar a lei em questão. Ora, como conciliar o pagamento de laudemios ao Estado com a propriedade das municipalidades?

Depois desses actos, mas antes de promulgada a Constituição, intervieram as Instrucções de 28 de Dezembro de 1889 e o dec. n. 100 A de 31 de Dezembro do mesmo anno, que nada alteraram ao que estava firmado pela anterior legislação ⁽¹²⁾.

O art. 64, da Constituição, de modo algum, póde ser entendido como pretendem os que nelle se apoiam para affirmar que aos Estados ou aos municipios passou o dominio dos terrenos de marinha ⁽¹³⁾. Esse ar-

(11) *Terrenos de marinha*, Resposta, p. 15 e segs.

(12) *Op. cit.*, p. 26-44.

(13) *Op. cit.*, p. 45-67.

tigo declara que as minas e terras devolutas pertencem aos Estados em cujos territorios estiverem situadas e que para o dominio dos mesmos passarão os proprios nacionaes, que não forem necessarios ao serviço da União. Mas, não sendo os terrenos de marinha minas nem terras devolutas, nem proprios nacionaes, não é possivel dar á citada disposição constitucional a intelligencia, que se pretende dar.

Quanto ao art. 65, n. 2 (14), pondera que de seus termos não é possivel tirar conclusão desfavoravel ao seu parecer, e acrescenta que, continuando em vigor, emquanto não revogadas, as leis do antigo regimen (Const., art. 83), e estabelecendo essas leis o dominio do Estado sobre os terrenos de marinha, forçoso é manter esse systema, se não se provar que elle é contrario ao regimen constitucional, pois revogação expressa não houve. «Em que o direito da União sobre o littoral do paiz attenta contra o governo republicano federativo e os principios basilares desse regimen? Será inconciliavel com tal systema que a União possúa pequenas zonas de terra no territorio dos Estados? Seria um contrasenso affirmal-o, quando o facto se observa nos Estados Unidos, que são o modelo do regimen, e encontra exemplo em mais de um artigo de nossa propria Constituição» (15).

«Depois, ainda pondera, entre os poderes privativos do Congresso nacional, se conta o de regular o commercio internacional, bem como o dos Estados entre si e com o Districto federal; alfandegar portos; crear ou supprimir entrepostos; e resolver, definitivamente, sobre os tratados e convenções, que o Governo celebrar com as nações estrangeiras. Ora, é intuitivo

(14) *Op. cit.*, p. 68-86.

(15) *Op. cit.*, p. 74.

que, para o exercicio conveniente de taes attribuições, os poderes federaes devem ter livre e exclusiva jurisdicção sobre o littoral do paiz (16)».

Semelhantemente, reflexionara Carvalho de Mendonça (17): «A' União estão affectos importissimos serviços: a defeza maritima da costa, a navegação, o commercio internacional e interestadual, a conservação, os melhoramentos e fiscalização sanitaria dos portos, o estabelecimento de alfandegas e a criação de entrepostos, — e, para desempenho de todos elles, não póde ella dispensar os terrenos de marinha, os quaes, pela sua localização, se prestam, vantajosamente, áquelles misteres».

III. Não são terrenos de marinha:

1º As margens dos rios navegaveis, que ficam fóra do alcance da maré;

2º As margens dos igarapés e gambôas de agua doce ou salgada, sejam ou não sujeitas ás marés, se estiverem encravadas em terrenos particulares. A medição, neste caso, deve, para determinar os terrenos de marinha, alcançar sómente as embocaduras desses igarapés e gambôas, que estiverem á beira-mar ou nos rios navegaveis, onde chegue a maré ordinariamente (18).

Nos rios navegaveis, os terrenos de marinha se estendem até onde as aguas forem salgadas de modo sensível, ou existirem depositos márinhos ou outro phenomeno, que mostre, evidentemente, a acção do mar (19).

(16) *Op. cit.*, p. 78.

(17) *Direito*, vol. 35, p. 476.

(18) Aviso n. 219 de 20 de Agosto de 1835; dec. n. 4.105 de 22 de Fev. de 1868, art. 1, §§ 1, 2 e 4; CARLOS DE CARVALHO, *Direito civil*, art. 203, § 2; CARVALHO DE MENDONÇA, no *Direito*, vol. 85, p. 474.

(19) Dec. n. 4.105 de 22 de Fev. de 1868, art. 1, §§ 4 e 5.

IV. Demarcados os terrenos de marinha e entregues ao gozo dos emphyteutas, a linha que os separa da praia não se desloca, se as aguas do mar se afastarem, descobrindo novas faixas de terras. Não se dá, em tal caso, accessão em favor dos foreiros, aos quaes é prohibido fazer obras no terreno que, natural ou artificialmente, se formar para o lado do mar ou do rio navegavel, e delles se utilizar com exclusão das outras pessoas, como se tivessem o dominio util (20).

A razão, em que se apoia esta disposição do nosso direito, declaram varios actos do poder executivo, firmados em parecer do Conselho de Estado, é que esses accrescimos, assentando sobre o fundo do mar, devem ter a mesma natureza deste, e ser, portanto, do dominio da nação. A emphyteuse dos terrenos de marinha é concedida com exclusão do direito de accessão sobre os accrescidos.

§ 44

Praias

Praia, definem as Institutas, é o terreno que o mar cobre nas suas maiores enchentes. Est autem litus maris quatenus hibernus fluctus maximus excurrit (1).

(20) Decisão da Fazenda, em 3 de Fev. de 1852; aviso n. 379 de 7 de Dez. de 1855; TEIXEIRA DE FREITAS, *Consolidação*, art. 52, § 2; RIBAS, *Direito civil*, II, tit. IV, cap. VI, § 12, III, LAFAYETTE, *Direito das coisas*, §. 147, nota 15; RODRIGO OCTAVIO, *Dom. da União e dos Estados*, §§ 44 e 96; CARVALHO DE MENDONÇA, no *Direito*, vol. 87, p. 198-203.

(1) Inst. 2, 1, § 3. Conf. D. 50, 16 frs. 96 e 112. A definição das Inst., feita para um povo do Mediterraneo, onde não se observa o phenomeno das marés, resente-se desta circumstancia, por isso vae traduzida com liberdade.

Partindo do mar para as terras, encontram-se duas faixas successivas de terrenos orlando o mar: 1º a que o fluxo cobre e o refluxo descobre, e que é a *praia*; 2º a que começa da linha onde alcança o preamar medio. Esta deve estar ordinariamente em secco, salvo na parte que, excedendo ao preamar medio, póde ser coberta pelas marés mais altas, e comprehende: *a)* os accrescidos, onde existirem; *b)* os terrenos de marinha. Assim, as praias, os terrenos de marinha e os accrescidos distinguem-se claramente, por isso que as primeiras são parte do fundo do mar que diariamente se descobre com o refluxo, e os segundos e terceiros são terras propriamente ditas, que, accidental e parcialmente, podem ser alagadas.

Os romanos permittiam o uso das praias do mar a todos os homens. Eram coisas communs, e sobre ellas qualquer podia erguer cabanas para abrigo, e até construir casas, tornando-se os donos das casas senhores do solo, emquanto subsistiam as construcções, com uma especie de dominio resoluvél, de modo que, destruida a casa, desaparecia o direito sobre o solo (2).

Nosso direito não permite que se levantem construcções sobre a praia sem auctorisação especial do poder competente, e as construcções autorizadas são de caracter precario, podendo, a todo tempo, o Governo exigir que se removam, porque as praias são bens publicos de uso commum, inalienaveis e consagrados, perpetuamente, á utilidade geral dos habitantes do paiz, ou considerados individualmente ou politicamente organiza-

(2) D. 1, 8 fr. 6: *In tantum, ut et soli domini constituantur, qui ibi aedificant, sed quandiu aedificium manet: alioquin, aedificio dilapso, quasi jure postliminii revertitur locus in pristinam causam: et si alius in eodem loco aedificaverit, ejus fiet.*

dos em nação, e representados pelos poderes publicos (3).

No direito francez, *les rivages de la mer* são, igualmente, bens publicos (4). O Codigo Civil argentino, artigo 2.340, n. 4, considera bens publicos do Estado *las playas del mar y de los rios navegables en cuanto su uso sea necesario para la navegacion*. O Codigo Civil chileno, arts. 594 e 599, classifica as praias entre os bens nacionaes, declarando que ninguem pôde sobre ellas fazer construcção sem consentimento expresso da autoridade competente. *Il lido del mare* é collocado entre os bens do dominio publico do Estado, pelo Codigo Civil italiano, art. 427.

§ 45

Dos bens dos Estados

I. São bens dos Estados:

a) *Patrimoniaes*, além dos que constituirem o seu dominio financeiro:

1º Os que pertenciam ás antigas provincias;

2º As terras devolutas situadas nos seus respectivos territorios (1);

3º Os bens vagos (2) e os do evento (3);

(3) Ordem régia de 10 de Jan. de 1732; RIBAS, *Direito civil*, II, tit. IV, cap. 6, § 12; CARVALHO DE MENDONÇA, no *Direito*, vol. 87, p. 15.

(4) Codigo Civil, art. 538. Fala tambem este artigo dos terrenos de alluvião que se formam nas bordas do mar (*lais et relais de la mer*) que correspondem aos nossos accrescidos, mas esses terrenos se têm entendido que fazem parte do dominio privado do Estado (PLANIOL, *Traité*, I, n. 912).

(1) *Constituição*, art. 64.

(2) Dec. n. 1.839 de 31 de Dez. de 1907, art. 1º.

(3) Lei n. 586 de 6 de Set. de 1850, art. 14.

4º As margens dos rios navegaveis e dos seus afluentes caudaes e perennes, destinadas ao uso publico, se por algum titulo legitimo não forem do dominio federal, municipal ou particular (4). A zona marginal applicada ao uso publico é de 15 metros e 4 decimetros contados do ponto medio das enchentes ordinarias, e deve começar no ponto onde termina o dominio maritimo (5). Os accrescidos conquistados ao leito do rio publico estadual pertencem ao Estado, desde que a margem esteja em seu dominio publico.

5º Os terrenos dos extinctos aldeamentos de indios (6);

6º As ilhas que se formarem nos rios publicos estadaues;

7º As estradas de ferro, telegraphos, fabricas, officinas e fazendas estadaues;

8º Os objectos perdidos pelo criminoso condemnado pelas justicas estadaues.

(4) Lei n. 1.507 de 26 de Set. de 1867, art. 39, e decreto n. 4.105 de 22 de Fev. de 1868. A lei e o regulamento usam da expressão *terrenos reservados para a servidão publica*; todavia, parecendo impropria a applicação do termo servidão, o texto não a manteve. Algumas vezes são estes terrenos imprpriamente chamados de marinha, naturalmente porque a lei autorizou o Governo a concedel-os em lotes razoaveis na fôrma das disposições sobre terrenos de marinha; mas a lei n. 3.644, de 31 de Dezembro de 1918, art. 110, tornou certo que essas margens seguem a condição das terras devolutas e pertencem aos Estados.

(5) Dec. n. 4.105 de 22 de Fev. de 1868, art. 1, §§ 4 e 5.

(6) Lei n. 1.114 de 27 de Set. de 1860, art. 11, § 8; CARLOS DE CARVALHO, *Direito civil*, art. 216, consolidando as leis n. 2.672 de 20 de Outubro de 1875 e n. 3.348 de 20 de Outubro de 1887, art. 8, n. 3, alinea terceira; RODRIGO OCTAVIO, *op. cit.*, n. 75. O dec. legislativo n. 3.484, de 27 de Julho de 1928, artigo 10, diz que o Governo Federal promoverá a cessão gratuita dessas terras ao dominio da União, para a localização de indios.

b) *De uso especial:*

Os edificios publicos estaduaes, inclusive os que forem cedidos pela União, em virtude do disposto no art. 64, § unico, da Constituição, e os terrenos applicados ao serviço de repartições e estabelecimentos estaduaes.

c) *De uso commum:*

1º Os rios navegaveis e os de que se fazem os navegaveis, sendo caudaes e perennes, desde que tenham todo o seu curso dentro do respectivo territorio;

2º Os lagos e lagôas que tiverem suas margens em terras publicas estaduaes e ou forem navegaveis ou entregues ao uso publico.

II. *Bens vagos* são aquelles a que não é achado senhor certo, entre os quaes não se incluye o *thesouro*; os dos intestados que não deixarem parentes successiveis ou conjuges; os dos que, deixando testamento, não tiverem herdeiros, porque os inscriptos repudiaram a herança, e os legitimos ou não existem ou tambem repudiaram; os das corporações ou associações de fins não economicos, que se extinguirem pela perda de todos os membros sem ter dado destino aos seus bens, não havendo, no Municipio, ou no Estado estabelecimento de fins identicos. (Codigo Civil, arts. 22, 483, parag. unico e 1.594) (7).

(7) Ord., 2, 26, § 17; dec. n. 2.433 de 15 de Junho de 1859, art. 11, n. 1. CARLOS DE CARVALHO, *Direito civil*, artigo 211, acrescenta, com TEIXEIRA DE FREITAS, *Consolidação*, artigo 52, § 2 e notas 22 e 25, e o citado reg., art. 11, n. 5, as embarcações que se perderem ou derem á costa, e os seus carregamentos, sendo de inimigos ou corsarios. "Mas este caso de apprehensão é condemnado pelo direito moderno (BLUNTSCHLI, *Droit int. codifié*, art. 668; FIORE, *Droit int. codifié*, artigo 1.135, d).

A lei n. 221 de 20 de Novembro de 1894, art. 32, I e II, considerava os bens vagos como parte do patrimonio da União, e, no mesmo sentido, quanto ás associações civis, se pronunciou a lei n. 173, de 10 de Setembro de 1893, art. 12. Mas, quanto aos bens vagos por successão sem herdeiros, diz, expressamente, o Codigo Civil, art. 1.594, como já determinara o dec. n. 1.839 de 31 de Dezembro de 1907, que entrarão para o patrimonio dos Estados, do Districto Federal ou da União, conforme o domicilio do *de cujus*.

De nossa legislação elaborada sem systema e a retalhos, resultavam, a cada momento, perplexidades como a que agora defrontamos. Sem duvida o decreto de 1907 e, depois, o Codigo Civil, seguiram, neste ponto, uma bôa orientação; os bens vagos devem ser das circumscripções territoriaes, onde se acharem. No estado actual de nossa legislação deve-se dizer que: a) os bens de *heranças vagas* distribuem-se entre os Estados, o Districto Federal e a União, segundo a regra estabelecida pelo Codigo Civil, art. 1.594; b) aquelles que não têm dono conhecido devem seguir a mesma regra, porque a distribuição estabelecida é conforme aos principios de direito e ao regimen federativo; c) os que vagarem por extincção de associações de fins não economicos, personificadas, sem que se tenha resolvido sobre o destino do seu patrimonio, sem que existam associações congeneres, no Municipio ou no Estado, volvem á fazenda do Estado, do Districto Federal ou da União, por determinação especial da lei.

III. São *bens do evento* os semoventes que apparecem, não se sabendo a quem pertencem.

IV. São *terras devolutas*:

1º As que não se acharem applicadas a algum uso publico federal, estadual ou municipal; nem tão pouco

se acharem no dominio particular por qualquer titulo legitimo;

2º Os terrenos dos antigos aldeamentos de indios (8).

As terras devolutas sómente a titulo oneroso podem ser transferidas aos particulares, excepto nas fronteiras, numa zona de dez leguas, onde podem ser concedidas gratuitamente (9). Este direito que pertencia outr'ora á nação, cabe hoje aos Estados, aos quaes foram transferidas as terras devolutas. Nas fronteiras, a União terá apenas as porções de territorio, de que já se apropriou para a defeza do paiz, ou de que vier a necessitar para o mesmo fim (10).

§ 46

Das minas

Pela legislação patria anterior, as minas eram de propriedade do Estado (1), que exercia, assim, um direito real sobre uma parte integrante do solo, um *enclave realengo*, como diz Calogeras. A Constituição re-

(8) Lei n. 601 de 18 de Set. de 1850, art. 3; reg. numero 1.318 de 30 de Jan. de 1854, art. 22; T. DE FREITAS, *Consolidação*, art. 53; CARLOS DE CARVALHO, *Direito civil*, art. 202; RODRIGO OCTAVIO, *op. cit.*, § 75.

(9) Lei n. 601 de 1850, art. 1.

(10) Constituição, art. 64. Sobre terras devolutas, veja-se MADRUGA, *op. cit.*, p. 37-64.

(1) TEIXEIRA DE FREITAS, *Consolidação*, arts. 52, § 2, e 903; Herculano de SOUZA BANDEIRA, *A propriedade das minas*, Rio, 1885; CALOGERAS, *As minas do Brasil*, Rio, 1905, III, p. 16-57; RIBAS, *Direito civil*, II, tit. IV, cap. VI, § 11.

publicana, porém, restituiu á propriedade do solo a plenitude de sua extensão, abrangendo o sub-solo com as minas por ventura nelle encravadas. *As minas pertencem aos proprietarios do solo*, proclamou a lei fundamental, no seu art. 72, § 17, alinea a.

Deste preceito resulta que as minas serão: a) do dominio privado da União, se estiverem situadas em terras publicas federaes ou em leitos de rios federaes (2); b) dos Estados, se em terras dos mesmos se acharem ou em leitos de rios estaduaes (3); c) e dos particulares, quando accessorios ou partes integrantes do solo a elles pertencentes.

Cabe, entretanto, á União o direito de regular a exploração deste ramo de industria (4), não tornando o exercicio do direito do proprietário dependente de regulamentações, como sustenta Calogeras (5), mas podendo estabelecer regras, que conciliem o direito individual com o interesse publico, problema que tem sido estudado com vivo empenho, entre nós, porém, que somente agora pode ser, convenientemente, disciplinado, com a lei n. 4.265, de 15 de Janeiro de 1921.

Por ser materia propria de legislação especial, a propriedade das minas não encontra aqui lugar indi-

(2) Sobre as minas da propriedade da União legisla o Congresso federal (Const., art. 34, n. 29).

(3) Por este modo explica-se a referencia que faz o artigo 64 da Const. ás minas dos Estados.

(4) Constituição, art. 72, § 17, segundo al.: «As minas pertencem aos proprietarios do solo, *salvas as limitações que forem estabelecidas por lei a bem da exploração das mesmas*. A Reforma da Constituição accrescentou que as minas e jazidas mineraes necessarias á segurança e defeza nacionaes, e as terras onde existirem não podem ser transferidas a estrangeiros».

(5) *As minas do Brasil*, III, p. 110.

cado para ser discutida; mas era conveniente mostrar a feição particular, que assumia a incidencia do direito de propriedade sobre este objecto; principalmente havendo-se attendido á discriminação dos bens entre o Estado e a União (6).

CAPITULO IV

INCOMMERCIALIDADE DE CERTOS BENS

§ 47

Noção e especies de coisas que estão fóra do commercio

Coisas que estão fóra do commercio são aquellas sobre as quaes os particulares não podem exercer direito exclusivo ou que não podem alienar. Ha, portanto, duas classes de coisas, que se acham fóra do commercio: Umas por serem individualmente inapropriaveis; outras porque o direito as substráe á circulação.

A primeira classe comprehende: a) as coisas de uso inexaurivel, como o ar, a luz e o mar alto; b) as coisas publicas de uso commum, como os mares territoriaes, os portos, as praias e as outras que foram indicadas nos §§ 42 e 45.

(6) Não se destacaram, igualmente, os bens municipaes dos estadaes, porque essa materia é da competencia do direito constitucional e administrativo dos Estados. Poderia ser contemplado o Districto Federal, mas já no correr deste capitulo se fizeram indicações sufficientes. Vejam-se, entretanto, CARLOS DE CARVALHO, *Direito civil*, art. 217, e Projecto do Codigo Civil (da Camara), art. 74.

A segunda classe abrange as coisas individualmente apprehensíveis ou apropriáveis, que a lei declara inalienáveis, por considerações economicas, de defeza social ou de protecção aos proprietarios, como os immoveis dotaes e os dos incapazes, cuja alienação só em determinadas circumstancias e mediante certas formalidades pode ser realizada.

Quanto ao ar, é de notar-se que faz parte do predio, como já ficou anteriormente estabelecido, a columna que sobre o mesmo se eleva, até a altura exigida pela sua utilização.

As aguas correntes estão *extra commercium*, quando fazem parte dos rios publicos. Os cursos dagua de menor vulto entram na classe das coisas particulares, ainda que possam soffrer limitações legaes ou até desapropriação por necessidade ou utilidade publicas,

Os templos catholicos ou de outras seitas devem ser considerados, segundo as circumstancias, ou fundações ou bens, seja de corporações, seja de particulares (1).

Endemann refere-se ainda a coisas que estão fóra do commercio, por ser contra a moral a disposição dellas. Assim é que o homem tem a posse do proprio corpo, mas não póde validamente dispôr de uma parte delle, como no caso de Sylock, nem da propria vida. Póde, entretanto, alienar aquillo que deixou de ser parte de

(1) Sobre esta materia, vejam-se: ARARIPE JUNIOR, parecer publicado no *Direito*, vol. 98, p. 165 e segs.; CARLOS DE CARVALHO, *Direito civil*, art. 198, § unico; LUIZ DE MIRANDA, na *Revista de jurisprudencia*, vol. XI, p. 37-38; ALVES, *Leis da provedoria*, § 522; Inst. 1, 2, § 8; LACERDA DE ALMEIDA, *Accordãos do S. T. Federal* de 20 de Março de 1895 e 13 de Fevereiro de 1897.

seu organismo vivo, como, por exemplo, os cabellos. A este proposito surge a questão de saber se é licita a alienação do proprio cadaver. Já em paragrapho anterior se fez allusão a este debate, declarando-se, então, que o cadaver é coisa fóra do commercio (2).

(2) Veja-se o § 29.

Sobre a materia do §, consultem-se: CARLOS DE CARVALHO, *Direito civil*, art. 193; COELHO DA ROCHA, *Inst.*, § 76; RIBAS, *Direito civil*, II, tit. IV, cap. VI, § 9; ROTH, *System*, § 79; ENDEMANN, *Einfuehrung*, I, § 50, e II, § 4; WINDSCHEID, *Pandectas*, § 146; DERNBURG, *Pandectas*, § 69; Cod. Civil argentino, artigo 2.337; de Zurich, art. 60; *Esboço*, arts. 383-386; FELICIO DOS SANTOS, 207-209; COELHO RODRIGUES, 141; Projecto primitivo, art. 82; da Camara, art. 75.

Livro III

DO NASCIMENTO E EXTINÇÃO DOS DIREITOS

CAPITULO I

DOS FACTORES DO DIREITO SUBJECTIVO

§ 48

Noção de facto e acto juridico

I. Segundo a definição classica de Savigny (1), *factos juridicos são os acontecimentos, em virtude dos quaes as relações de direito nascem e se extinguem.* Desses factos, uns são acontecimentos naturaes, que produzem effeitos juridicos, como o nascimento e a morte do homem, o decurso do tempo, o desvio do curso de um rio; outros são acções humanas. As acções humanas, que influem sobre a criação, a modificação ou a extinção dos direitos, ora actuam independente-

(1) *Droit romain*, § 104.

mente da vontade do agente, ora os seus effeitos resultam da vontade por elle manifestada e garantida pela lei (2).

São as acções desta segunda categoria que constituem os *actos juridicos*, cuja característica está na combinação harmonica do querer individual com o reconhecimento da sua efficacia por parte do direito positivo.

Entre as acções humanas, que produzem effeitos juridicos, sem que o agente os tivesse, determinada-mente, pretendido obter, ou sendo indifferente que os tivesse visado, estão, de um lado, os *actos illicitos*, omissivos ou commissivos, e, de outro, certos actos a que se ligam consequencias estabelecidas pela lei independentemente da intenção, com que foram realizados, como, por exemplo, a mudança de domicilio.

Esta série de factos póde ser, para maior clareza, apresentada num quadro, como o seguinte:

(2) ENDEMANN, *Einfuehrung*, § 57, II; DERNBURG, *Pandectas*, § 59; WINDSCHEID, *Pandectas*, § 67; SOHM, na *Systematische Rechtswissenschaft*, p. 27; SANCHES ROMAN, *Derecho civil*, II, p. 527 e segs.; *Trabalhos da Commisào especial da Camara dos deputados (Codigo Civil)*, III, p. 10-23, e IV, p. 210-215; *Esboço*, commentario ao art. 431; CARLOS DE CARVALHO, *Direito civil*, arts. 218-222; ESPINOLA, *Manual do Codigo Civil*, III, ns. 1 e segs.; FERREIRA COELHO, VIII, p. 1 e segs.

Factos	indifferentes ao direito	da natureza acções humanas etc.	} acontecimentos fortuitos ou de ordem natural	nascimento	} unilateraes bilateraes onerosos gratuitos <i>inter vivos</i> <i>mortis causa</i>
				morte	
juridicos	} acções humanas	} cujo effeito juri- dico se prende à vontade do agente.....	} decurso de tempo alluvião avulsão desvio do curso das aguas etc.	} actos juridicos...	
					cujo effeito juri- dico independe da vontade do agente.....

II. Na systematica allemã, embora haja tendencia a estabelecer-se distincção entre *actos juridicos* e *declarações de vontade*, geralmente as duas expressões se consideram equipolentes (3). Savigny ensina: «Chama-se declaração de vontade a classe de factos juridicos, que não sómente são actos livres, mas ainda, segundo a vontade do agente, têm por fim immediato crear ou dissolver uma relação de direito» (4). Windscheid, por seu lado, escreve: «acto juridico é uma declaração da vontade individual, tendo em vista produzir um effeito juridico» (5). E' claro que a vontade individual só por si não tem força para crear, modificar ou extinguir direitos; é preciso que ella se manifeste segundo a ordem juridica. E' o que ficou, anteriormente, affirmado, e fez sentir Kohler, quando definiu actos juridicos «acções que, pelo direito, são destinadas a influir na vida juridica em virtude de sua natureza logica» (6). As declarações de vontade são, como diz Sohm (7), «a força que mantem o mundo das relações juridicas de ordem privada em movimento ininterrupto».

São actos juridicos, entre outros: os contractos, inclusive os pactos antenupciaes, o reconhecimento de filhos, a adopção, a autorização do pae para o filho commerciar, para casar-se, para realizar outros actos

(3) ENDEMANN, *Einfuehrung*, I, § 60; DERNBURG, *Pandectas*, §§ 79 e 91; SOHM, na *Systematische Rechtswissenschaft*, p. 27; BARRE, *Le code civil allemand*, § 11.

Nó mesmo sentido: CHIRONI, *Ist.*, §§ 55-56; COELHO DA ROCHA, *Inst.*, § 94; T. DE FREITAS, *Esboço*, nota ao art. 437.

Vejam-se mais: a monographia de MOREIRA GUIMARÃES, *Actos juridicos*, S. Paulo, 1926, e SALEILLES, *De la déclaration de volonté*, Paris, 1901.

(4) *Droit romain*, § 114.

(5) *Pandectas*, I, § 69.

(6) *Lehrbuch*, I, § 216. Vejam-se tambem ENDEMANN, *Einfuehrung*, I, § 62, e WINDSCHEID, *Pand.*, § 69, nota 1.

(7) *Systematische Rechtswissenschaft*, p. 27.

juridicos, a autorização marital, a uxoriana, o testamento, a acceitação ou repudio da herança.

O acto juridico tem por fim, de accôrdo com a ordem juridica, crear, conservar, modificar ou extinguir direitos (8). Savigny julga desnecessario que se fale na conservação dos direitos (9); mas é incontestavel que, muitas vezes, a declaração da vontade se dirige exclusivamente a manter, a conservar o direito existente, que, sem ella, poderia ser prejudicado ou até extinguir-se, como no caso da interrupção da prescripção, do protesto, da resalva, da retenção, do sequestro.

III. O meio mais commum de manifestar a vontade para produzir effeitos juridicos é a expressão verbal, a palavra falada ou escripta. Mas esta póde ser substituida por outros expedientes, como signaes, symbolos ou outras acções capazes de traduzir, claramente, a intenção do agente, salvo quando a lei exige uma declaração expressa ou uma determinada fórmula de declaração.

IV. Como já ficou indicado, as declarações de vontade não são os unicos elementos capazes de produzir effeitos na vida juridica. Produzem tambem esse resultado outros factos e outras modalidades de acção humana. A idade, as enfermidades, o parentesco, a vizinhança entre predios originam relações de direito. Um rio deixa o alyeo primitivo; forma-se uma ilha onde anteriormente as terras se achavam cobertas pelas aguas; um thesouro é descoberto no subsolo da propriedade de alguem; são factos naturaes os primei-

(8) *Codigo Civil*, art. 81. *Totum jus consistit aut in adquirendo aut in conservando aut in minuendo*, disse ULPIANO (D. 1, 3, fr. 41); *Codigo Civil argentino*, art. 944; FELICIO DOS SANTOS, *Projecto*, art. 211; COELHO RODRIGUES, *Projecto*, artigo 232; *Projecto primitivo*, art. 83.

(9) *Droit romain*, § 104, nota b.

ros; é um acontecimento fortuito o ultimo, mas de uns e outros surgem direitos. A aquisição dos fructos pela separação, a das coisas moveis pela mistura ou pela especificação, assim como dos moveis e dos immoveis pelo usucapião não constituem actos juridicos. Também não o podem ser os actos illicitos, que, entretanto, originando obrigações para o agente, criam direitos para os que por elles forem prejudicados.

§ 49.

Requisitos para a validade dos actos juridicos

Para a validade dos actos jurídicos, exige-se: capacidade do agente, manifestação da vontade, objecto licito e forma prescripta ou não prohibida por lei (1).

Quaes as pessoas capazes em geral, já foi indicado em lugar competente. Aqui é preciso acrescentar que, além da capacidade geral, exige-se a capacidade especial para o negocio, de que se trata. Assim o maior casado é plenamente capaz; porém, no direito patrio, não tem capacidade para alienar immoveis senão mediante autorização uxoriana ou supprimento desta pelo juiz. O indigno de succeder nenhuma diminuição soffre na sua capacidade civil, mas não a tem para herdar da pessoa, em relação a qual é considerado indigno, pelo que não tem efficacia juridica a declaração, que acaso tenha feito de acceitar a herança.

(1) Codigo Civil, art. 82, do commercio, arts. 129 e 191; reg. n. 737 de 25 de Nov. de 1850, arts. 682 e 684; CARLOS DE CARVALHO, *Direito civil*, arts. 223 e 224; D. 2, 14, fr. 1, §§ 2 e 3, e fr. 28 pr.; 18, 1, fr. 8; Cod. Civil *francez*, art. 1.108; *italiano*, 1.104; *chileno*, 1.145; *Esboço*, art. 501; FELICIO DOS SANTOS, 217; COELHO RODRIGUES, 287; Projecto *primitivo*, 84; DERNBURG, *Pand.*, § 91.

Todavia é certo que a incapacidade de uma das partes, nos actos bilateraes, não póde ser invocada pela outra, *em seu proveito*, salvo indivisibilidade do objecto do direito ou da obrigação *commum* (2).

Nas declarações da vontade, attende-se mais á intenção do que ás palavras (3), porque as palavras são simplesmente os signaes que revelam a resolução tomada, e, se foram mal empregadas, por ignorancia ou descuido, não manifestam a vontade como esta existiu no momento de ser celebrado o acto. E' licito, portanto, buscar a fórma da volição em sua realidade, por traz da imperfeição dos symbolos. *Potentior est quam vox mens dicentis*.

Além disso, os actos juridicos estão submettidos aos principios geraes do justo e do honesto, e devem ser interpretados como actos praticados de bôa fé.

§ 50

Dos vicios da vontade

Se o acto juridico é a crystallização de um determinado movimento da vontade, é preciso que esta, effectivamente, exista e funcione normalmente, para

(2) Código Civil, art. 83; *Projecto COELHO RODRIGUES*, artigo 314; *primitivo*, 86.

(3) D. 50, 16, fr. 219; *in conventionibus contrahentium voluntatem potius quam verba spectari placuit*; 33, 10, fr. 7, § 2; 34, 5, fr. 12: *quotiens in actionibus aut in exceptionibus ambigua oratio est, commodissimum est id accipi quo res de qua agitur magis valeat quam pereat*; CARLOS DE CARVALHO, *Direito civil*, aq. 284; Código Civil allemão, art. 133; federal suíço das obrigações, 16; italiano, 1.131; austriaco, 914; holandez, 1.378; hespanhol, 1.281; chileno, 1.560; uruguayo, 1.272; francez, 1.156; ENDEMANN, *Einführung*, I, § 100, e particularmente nota 11.

que se forme a substancia do acto. Portanto, se o agente não se acha na posse de sua razão, por embriaguez completa, por alienação mental, ou por deficiência de idade, o acto não póde subsistir juridicamente.

A vontade poderá existir, porém viciada por erro, dóló ou coacção, e esse vicio transmite-se ao acto, do qual a vontade é a essencia. Por outro lado, a vontade seria inoperante na vida juridica, se o direito não lhe assegurasse os effeitos; portanto, ainda que a operação voluntaria se tenha desenvolvido em sua normalidade psychica, será, juridicamente, viciada, se desviando-se da bôa fé e honestidade que a devem guiar nas relações da vida, tiver por alvo prejudicar o direito de alguém, ou fugir ás prescripções da lei. Por isso aqui se incluem tambem, na classe dos vicios da vontade, a simulação e a fraude contra os credores.

Os primeiros vicios adherem á vontade, penetram-na, apparecem sob a fórma de motivos, forçam a deliberação e estabelecem divergencia entre a vontade manifestada e a vontade real, ou não permitem que esta se forme.

Os segundos não são vicios puramente psychicos, tendo consequencias juridicas; não estabelecem des-harmonia entre o que se passa no recesso da alma e o que se exteriorisa em palavras ou factos; são vicios sociaes, que contaminam a vontade e a tornam, juridicamente, inoperante.

§ 51

Do erro

I. Os escriptores têm definido *erro* pór modos diferentes. A noção, que nos offerece Fubini satisfaz plenamente. *Erro*, diz elle, é o estado da mente, que, por

defeito do conhecimento do verdadeiro estado das coisas, impede uma real manifestação da vontade (1). Particulariza-se, nesta definição, o erro nas declarações de vontade, e nisto consiste o motivo da preferência, que aqui lhe é dada.

Lacerda de Almeida affirma que o erro «não tem, em regra, influencia alguma sobre a validade dos actos juridicos» (2). Outras causas, que não o erro, determinam-lhes a nullidade. Algumas vezes será a ausencia da vontade, outras um facto anterior, ainda outras algum defeito de solemnidade, mas não o erro propriamente. Não me parece exacta esta observação, e, como em seguida se verá, o erro caracteriza-se, perfeitamente, como vicio da vontade nos actos juridicos.

Para que o erro seja considerado um principio viciador da vontade, ha de consistir numa opinião errada, que tenha sido causa determinante della num acto juridico, originando-se dahi consequencias não queridas pelo agente (3).

O erro póde ser *essencial* ou *accidental*. O essencial vicia o acto na sua substancia. E' a elle que tem applicação a phrase romana: — *non videntur qui errant consentire*. Effectivamente o erro substancial domina, de tal modo, a vontade que ella póde ser tida por não existente.

Erro substancial é o que recae sobre a natureza do acto, ou sobre o objecto principal da declaração, ou so-

(1) *La dottrina dell'errore*, Torino, 1902, n. 4. Vejam-se: SAVIGNY, *Droit romain*, § 115; WINDSCHEID, *Pand.*, I, § 78; ENDEMANN, *Einfuehrung*, I, § 72. No meu *Direito das obrigações*, § 59, adoptei uma definição geral: *Erro é toda noção falsa sobre um objecto*.

(2) *Obrigações*, § 52.

(3) FUBINI, *La dottrina dell'errore*, n. 7.

bre algumas das qualidades essenciaes deste (4), ou ainda sobre as qualidades essenciaes da pessoa, a quem se refere a declaração.

Erro accidental é o que recae sobre as qualidades secundarias do objecto ou sobre os motivos do acto, quando não são elles as causas determinantes da declaração da vontade.

Esta distincção antiga, que merece plena approvação de Fubini (5), foi repudiada por alguns escriptores. Planiol, por exemplo, distingue tres graus de erro: 1º *radical*, que, destruindo a vontade, impede a formação do acto; 2º o de *gravidade média*, que torna o acto simplesmente annullavel; 3º *os erros leves*, que são indifferentes aos olhos da lei mantendo-se, apesar delles, a validade do acto (6).

Este ultimo grau corresponde ao erro accidental, que não tem força para infirmar o contracto, mas, quanto aos dous primeiros, sómente o segundo seria vicio da vontade. O primeiro, impedindo a manifestação da vontade, torna impossivel a formação do acto.

(4) Codigo Civil, arts. 87 e 88; *Direito das obrigações*, § 59; COELHO DA ROCHA, *Inst.*, § 100; CARLOS DE CARVALHO, *Direito civil*, art. 227; DERNBURG, *Pand.*, § 102; ESPINOLA, *Manual*, III, ns. 52 e segs.; FERREIRA COELHO, VII, p. 271 e segs.; Codigo Civil francez, art. 1.110; *italiano*, 1.108 e 1.110; *portuguez*, 656-662; *hespanhol*, 1.265 e 1.266; *mexicano*, 1.296; *argentino*, 923-927; *boliviano*, 701; *fed. suizo* das obrigações, 23; *allemaõ*, 119; *chileno*, 1.453 e 1.454; *uruguayo*, 1.245; *austriaco*, 871; *montenegrino*, 521; *Esboço*, 461; FELICIO DOS SANTOS, 226; COELHO RODRIGUES, 316 e 321; *Projecto primitivo*, 90 e 91.

(5) *Op. cit.*, ns. 68-71.

(6) *Traité*, I, ns. 255 e 261. O prezado escriptor reconhece a impossibilidade de determinar, de modo geral, a distincção entre os erros da segunda e os da terceira classe, o que diz bastante contra a classificação proposta.

A questão afinal se reduz a apreciar a extensão dos efeitos do erro, e parece mais prudente manter a doutrina classica, porquanto, se eu me enganei sobre a natureza do acto, e doeí, pensando emprestar, ou sobre o objecto, vendendo a casa B, tencionando vender a casa C, e, depois de reconhecido o meu erro, guardo silencio, o acto produz os seus effeitos naturaes e a minha inacção importa uma ratificação, uma declaração retroactiva da vontade. Se, porém, não me quizer conformar com o estado de coisas creado pelo erro, está em meu poder desfazel-o.

A transmissão erronea da vontade por intermedio de algum instrumento, póde ser arguida de erro, e, por isso, annullada nos mesmos casos em que o póde a declaração directa (7).

O erro sobre o valor do objecto, nas convenções, podia antes da codificação civil, dar motivo a serem rescindidas por lesão. O erro sobre as qualidades, póde motivar acções por vicios redhibitorios.

II. Em complemento da theoria do erro, convém accrescentar, segundo a licção de Dernburg (8), que o erro substancial deve apresentar os seguintes requisitos:

1º Ser excusavel (9);

2º Ser real, isto é, recahir sobre o objecto do contracto e não simplesmente sobre o nome ou sobre qualificações;

(7) Codigo Civil, art. 89; JHERING, *Œuvres choisies*. II, pag. 74; Codigo Civil allemão, art. 120; Projecto primitivo, art. 92.

(8) *Pandectas*, § 101.

(9) DERNBURG, *Pandectas*, § 101. E' a doutrina romana: *Ignorantia emptori prodest quae non in supinum hominem cadit* (D. 18, 1, fr. 15, § 1).

3º Referir-se ao proprio negocio e não a motivos não essenciaes. *Falsa causa non nocet... sed si conditionaliter enuntiata fuerit aliud juris est* (10). «A falsa causa, diz o Codigo Civil, art. 90, sómente vicia o acto, quando é expressa como razão determinante ou sob fôrma de condição.

4º Ser relevante, isto é, «de tal importancia que, segundo a concepção geral da vida e a experiencia, possa admittir-se que o illudido não teria celebrado o negocio, se conhecesse a relação verdadeira».

§ 52

Do dolo

Dolo é o artificio ou expediente astucioso, empregado para induzir alguém á pratica de um acto juridico, que o prejudica, aproveitando ao autor do dolo ou a terceiro (1). *Dolum malum esse omnem caliditatem, fallaciam, machinationem ad circumveniendum, fallendum, decipiendum alterum adhibitam* (2).

(10) *Inst.*, 2, 20, § 31.

(1) *Meu Direito das obrigações*, § 60; COELHO DA ROCHA, *Inst.*, § 101; LACERDA DE ALMEIDA, *Obrigações*, § 53; MARTINHO GARCEZ, *Nullidades*, cap. IV, § 5; SAVIGNY, *Droit romain*, § 115; WINDSCHEID, *Pand.*, § 78; ENDEMANN, *Einführung*, I, § 73; DERNBURG, *Pand.*, § 104; POTHIER, *Obrigações*, I, n. 31; HUC, *Comm.*, VII, ns. 35 e segs.; CHIRONI, *Culpa contractual*, trad. Posada, cap. I; ESPINOLA, *Manual*, III, ns. 70 e segs.; FERREIRA COELHO, VII, p. 207 e segs.; *Esboço*, arts. 467-473; FELICIO DOS SANTOS, 235; COELHO RODRIGUES, 226 e 228; *Projecto primitivo*, 96 e 97.

(2) D. 4, 3, fr. 1, § 2.

O dolo realiza-se *por omissão ou commissão* e é *principal* ou *incidente*. Dolo principal, *dolus causam dans*, é o que foi a razão, o motivo determinante do acto. *Nullatenus contracturus si dolus defuisset*. O dolo incidente, *dolus incidens*, intervem, accidentalmente, no acto, que se realizaria sem elle. O primeiro torna o acto annullavel, o segundo dá logar apenas á indemnisação por perdas e damnos (3).

Na apreciação dos elementos do dolo, decide soberanamente o juiz, segundo sua consciencia (4); mas é preciso ter em vista que as affirmações inexactas do agente, para dissimular os defeitos da coisa, que é objecto do acto, ou para exagerar-lhe as qualidades, quando essas inexactidões podem, facilmente, ser verificadas, não constituem dolo ou serão o que se tem chamado *dolo tolerado* (5).

O dolo é normalmente machinação de um dos agentes, mas poderá sel-o de terceiro. Se aquelle, a quem a má fé aproveitar, conheceu o dolo do extranho, assume a responsabilidade do acto, que fica machulado por vicio capaz de o annullar, se o dolo fôr es-

(3) Meu *Direito das obrigações*, § 60; COELHO DA ROCHA, *Inst.*, § 100; LACERDA DE ALMEIDA, *Obrigações*, § 53; GARCEZ, *Nullidades*, cap. IV, § 5; POTHIER, *Obrigações*, ns. 31 e 32. DERNBURG, *Pand.*, § 104, nota 11, diz que o dolo, como tal, em direito romano, não era fundamento para acção de nullidade, quer fosse essencial, quer incidente, mas a opinião preponderante no direito moderno é a que fica exposta no texto, com a distincção, que nelle se faz, e que foi indicada no *Codigo Civil brasileiro*, arts. 92 e 93.

(4) CARLOS DE CARVALHO, *Direito civil*, art. 230, § 2; decisão da côrte de cassação de Turim, em 25 de Janeiro de 1887.

(5) *Esboço*, art. 485; MARTINHO GARCEZ, *Nullidades, loco citato*; DERNBURG, *Pand.*, § 104, 3; decisão da côrte de cassação de Turim, em 6 de Abril de 1888.

sencial (6). Se é o representante que pratica o dolo, por elle se obriga o representado a restituir o proveito colhido, mas terá acção regressiva contra o representante doloso (7). A responsabilidade do representado é puramente civil, se o acto do representante é criminoso; pelo crime responde exclusivamente o delinquente. O dolo assume o character de crime, quando consiste no emprego de falso nome, falsa qualidade, falsos titulos, ou qualquer ardil para persuadir a existencia de emprezas, bens, credito, influencia ou poder supposto (8).

O dolo não póde ser allegado para o effeito de annullar-se o acto ou fundar pedido de indemnisação, quando, nos actos bilateraes, ambas as partes tiverem procedido dolosamente (9).

(6) Codigo Civil, art. 95. *Meu Direito das Obrigações*, § POTHIER, *Obrigações*, n. 32; LACERDA DE ALMEIDA, *Obrigações*, § 53; DERNBURG, *Pand.*, § 104; Codigo Civil *argentino*, artigo 935; *federal suiso* das obrigações, 28; *allemao*, § 123; *Esboço*, 475-480; COELHO RODRIGUES, 332; *Projecto primitivo*, 99.

(7) Codigo Civil, art. 96. E' uma applicação da theoria da representação voluntaria ou necessaria, que foi consignada pelo *Esboço*, art. 481; COELHO RODRIGUES, 332; *Projecto primitivo*, 99. No *Projecto da Camara*, por proposta do Cons. ANDRADE FIGUEIRA (*Trabalhos da Camara*, IV, p. 149-150), dizia-se no art. 98: «O dolo commettido pelo representante de uma das partes obriga o representado sómente para responder este civilmente até á concorrente quantia do proveito que teve». Em rigor, é a mesma doutrina do texto, e a emenda foi motivada, pelos termos muito vagos do *Projecto* revisto, art. 113. O Codigo Civil *allemao*, art. 116, determina que, «na medida em que os vícios da vontade influem sobre os actos juridicos, toma-se em consideração a pessoa do representante, não a do representado. O nosso Codigo do commercio, art. 162, obriga o mandatario a responder ao committente pelas perdas e damnos, que lhe causar, por dolo que haja praticado no exercicio do mandato.

(8) Codigo Penal, art. 338, 8.

(9) Codigo Civil, art. 97.

§ 53

Da coacção

I. *Coacção*, no sentido em que aqui o vocabulo é empregado, é um estado de espirito, em que o agente, perdendo a energia moral e a espontaneidade do querer, realiza o acto, que lhe é exigido. E' da coacção moral que se trata, da intimidação, da *vis compulsiva*.

A coacção physica ou violencia, *vis absoluta*, que consiste no desenvolvimento da força, a que não póde resistir o paciente, tolhe, por completo, a liberdade, faz desaparecer a vontade, e, consequentemente, não permite que o acto juridico se forme (1).

A coacção, para viciar a vontade, deve ser tal que inspire, ao paciente, receio fundado de damno imminente á sua pessoa, á sua familia, ou aos seus bens, pelo menos egual ao que possa resultar do acto, a que é coagido (2).

E' questão saber se a suggestão hypnotica deve ser considerada coacção ou dolo, quando applicada para a obtenção de um acto juridico. O Codigo Civil não destacou a especie, que vinha indicada no *Projecto Coelho Rodrigues*, art. 350, e no *primitivo*, art. 115; porque, a Commissão da Camara (3), attendeu, na ela-

(1) WINDSCHEID, *Pand.*, § 80, nota 1; LACERDA DE ALMEIDA, *Obrigações*, § 54; DERNBURG, *Pand.*, § 103; Codigo Civil *argentino*, art. 936. A coacção é crime previsto pelo Codigo Penal, art. 362, quando feita a alguém, para obter-se dinheiro ou vantagens.

(2) Codigo Civil, art. 98; ESPINOLA, *Manual*, III, ns. 90 e segs.; COELHO DA ROCHA, *Inst.*, § 102; SAVAGNY, *Droit romain*, § 114; WINDSCHEID, *Pand.*, § 80; DERNBURG, *Pand.*, § 103; MARTINHO GARCEZ, *Nullidades*, cap. IV, § 4; meu *Direito das Obrigações*, § 61.

(3) *Trabalhos*, IV, pag. 133-134, e V, p. 127.

boração deste artigo, ás ponderações do Dr. Nina Rodrigues (4).

No meu *Direito das obrigações*, § 62, liguei as suggestões hypnoticas, nos actos juridicos, ao dolo, por se apresentarem, visivelmente, como artificios fraudulentos para prejudicar alguém em proveito de outrem. Mas, por outro lado, têm ellas uma feição de constrangimento moral, desde que nos colloquemos do lado do suggestionado, como não deixei de notar no livro citado, e por isso, acompanhando o Dr. Coelho Rodrigues, destaquei-as no capitulo da coacção.

As duas idéas são perfeitamente justificaveis e produziriam, convertidas em artigo de lei, o mesmo effeito, que seria a annullabilidade do acto. Mas havia que ponderar sobre a expressão usada, *suggestão hypnotica*. Em primeiro logar, trata-se da suggestão feita durante o somno, para durante o mesmo ser praticado o acto? E' evidente que, independentemente do elemento doloso, haverá, no caso, completa privação da liberdade do agente, inconsciencia, estado morbido, que tornará o acto absolutamente nullo, juridicamente inexistente. A suggestão hypnotica poderia ser tambem a que, inculcada no cerebro do paciente durante o estado de somno, viesse a se concretizar em acto no estado de vigilia. Apparece aqui, ao lado do dolo, a coacção moral; mas egualmente é possivel dizer que o agente não dispõe ainda, neste caso, da sua vontade, para se considerar capaz de um acto juridico. Póde finalmente, a suggestão ser realizada em estado de vigilia. Que é possivel conseguir com ella? Affirma-se que os hypnotisadores obtêm, de individuos, que lhes obedecem ás injuncções, ainda quando não tenham, precedentemente, actuado sobre elles. Mas dependerá

(4) *O Alienado no direito civil brasileiro*, p. 99-125.

essa transmissão da vontade das condições psychicas do paciente? Ora, distinguir todas essas hypotheses, com as variedades, que ellas comportam, seria tarefa impropria do Codigo Civil; não destacad-as, seria tornar obscuro o intuito da lei; consequentemente foi aceite o alvitre de pôr de lado a questão do hypnotismo e das suggestões. Como se trata de uma questão de facto a provar, dada a suggestão, será apreciada segundo as circumstancias, e se dirá que, nuns casos, o suggestionado foi um simples automato, e o acto é inexistente por incapacidade absoluta do agente, no momento de pratical-o; noutros, que o hypnotisador abusou da sua ascendencia, intimidando, violentando moralmente o agente; noutros, finalmente, que preparou, maliciosamente, os antecedentes do acto, para que este se realizasse em seu proveito.

II. Na apreciação da coacção, ter-se-á em vista o sexo, a idade, a condição, o temperamento do paciente e quaesquer outras circumstancias que lhe possam dar gravidade (5).

A coacção pôde ser exercida por terceiro. Se a pessoa, a quem o acto aproveitar, tiver conhecimento da coacção, responderá, solidariamente, com o autor da violencia moral, pelos prejuizos causados ao coagido. Se não tiver tido conhecimento, annullado o acto, responderá perante ella, por perdas e danos, o terceiro que deu causa á annullação (6).

(5) Codigo Civil brasileiro, art. 99; francez, 1.112, *in fine*; italiano, 1.112, *in fine*; hespanhol, 1.267, 3ª parte; argentino, 938; boliviano, 704; chileno, 1.456; uruguayo, 1.247; POTHIER, *Obrigações*, n. 25; GARCEZ, *Nullidades*, cap. IV, § 4; *Esboço*, art. 429; FELICIO DOS SANTOS, 233; COELHO RODRIGUES, *Projecto primitivo*, 116.

(6) Codigo Civil, art. 101; POTHIER, *Obrigações*, n. 24; meu *Direito das obrigações*, § 61; D. 4, 2, f.ºs. 9, § 1, e 14, § 3; Cod. Civil francez, art. 1.111; italiano, 1.114; hollandez, 1.359;

III. A coacção deve ter por fim a realização do acto, para ser fundamento da sua annullação. Por isso o direito romano não considerava viciada a doacção feita por alguém, que se achava acommettido por la-drões, ou em outro perigo de vida, áquelle que o salvou (7) «Não obstante, pondera Pothier (8), se eu tivesse promettido uma somma excessiva, poderia requerer que a minha obrigação fosse reduzida á justa recompensa do serviço, que me foi prestado». O Projecto primitivo, art. 121, propunha que se considerasse viciado e inefficaz o contracto feito sob a ameaça de um perigo imminente de naufragio, parada no mar, inundação, incendio, operação cirurgica, pondo a existencia em risco, salvo se fosse ratificado, depois de passado o perigo sob cuja imminencia fôra celebrado (9). Num tal estado de espirito, realmente, póde a pessoa ser levada a prometter aquillo que não póde, razoavelmente, fazer, compromettendo não sómente os seus interesses, como ainda os de outros. Assim, ou se deve acceitar o temperamento de Pothier ou a doutrina a que adheriu o Projecto primitivo.

IV. Não se consideram coacção:

a) O *temor reverencial*, não sendo acompanhado de intimidacção ou violencia, nem assumindo a fórma de uma força moral irresistivel (10). Por temor reve-

hespanhol, 1.268; argentino, 941; boliviano, 703; fed. suiso das obrigações, 29; chileno, 1.457; uruguayo, 1.248; allemão, 123; *Esboço*, 497-499; Projecto primitivo, 119-120.

(7) D. 4, 2, fr. 9, § 1; DERNBURG, *Pand.*, § 103, d; KOHLER, *Lehrbuch*, I, § 233, II.

(8) *Obrigações*, n. 24.

(9) Projecto COELHO RODRIGUES, art. 319.^{ca}

(10) Codigo Civil, art. 100; *Meu Direito das obrigações*, § 61; COELHO DA ROCHA, *Inst.*, § 102; POTHIER, *Obrigações*, numero 27; MOURLON, *Répétitions écrites*, II, n. 1.053; AUBRY ET

rencial, entende-se o receio de desgostar o pae, a mãe ou outras pessoas, a quem se deve obediencia e respeito.

b) A ameaça do exercicio normal de um direito (11). Todavia, se o agente abusar da situação critica da pessoa a quem ameaça, afim de extorquir-lhe vantagens excessivas, o acto deve-se considerar viado (12).

c) A ameaça de um mal impossivel, ou remoto, ou evitavel, ou menor do que o resultante do acto (13).

d) O temor vão, que procede da fraqueza de animo do agente (14).

§ 54

Da simulação

Diz-se que ha simulação, quando o acto existe apenas aparentemente, sob a fórmula, em que o agente o faz entrar nas relações da vida. E um acto ficticio, que

RAU, *Cours*, § 343; KOHLER, *Lehrbuch*, I, § 233, IV; D. 23, 2, fr. 2; *Codigo Civil francez*, art. 1.114; *italiano*, 1.114; *hespanhol*, 1.267; *argentino*, 940; *boliviano*, 705; *chileno*, 1.456, 2ª parte; *uruguayo*, 1.247, 3ª parte; *peruano*, 1.243; *Esboço*, art. 495, n. 3; FELICIO DOS SANTOS, 234; *Projecto primitivo*, 117.

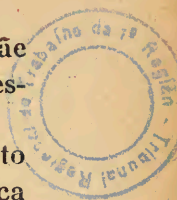
(11) *Codigo Civil*, art. 100; D. 4, 2, frs. 3 e 7; POTHIER, *Obrigações*, n. 26; meu *Direito das obrigações*, § 61; *Codigo federal suizo* das obrigações, art. 30; *alemão*, 123; *Esboço*, artigo 493; FELICIO DOS SANTOS, 234; COELHO RODRIGUES, 352; *Projecto primitivo*, 116.

E' esta uma das portas abertas para a theoria do abuso do direito: Ver adiante, o § 71, III.

(12) *Cod. federal suizo* das obrigações, art. 100, 2ª parte. Entre nós haveria, na hypothese, o recurso da lesão, mas o elemento coactivo é manifesto, neste abuso do direito.

(13) *Esboço*, art. 494; POTHIER, *Obrigações*, n. 25.

(14) *Esboço*, art. 495; POTHIER, *Obrigações*, n. 25.



encobre e disfarça uma declaração real da vontade, ou que simula a existencia de uma declaração que se não fez. *E' uma declaração enganosa da vontade, visando produzir effeito diverso do ostentivamente indicado.*

Ha simulação:

1º Quando o acto é realizado para não ter efficacia ou para ser annullado em seguida. E' a simulação absoluta, porque o agente não tenciona realizar acto algum, nem o apparente, nem qualquer outro.

2º Quando o acto apparente encobrir outro de natureza diversa.

3º Quando não fôr verdadeira a data do instrumento comprobatorio do acto.

4º Quando pelo acto se constituirem ou transmittirem direitos a pessoas diversas daquellas a quem, realmente, se constituem ou transmittem (1).

Domina a materia da simulação, a regra formulada pelo direito romano: *acta simulata veritatis substantiam mutare non potest* (2); mas, para que a simu-

(1) As formulas do Codigo Civil, art. 102, com outra redacção, offerecem a mesma idéa. V. CARLOS DE CARVALHO, *Direito civil*, art. 231; SAVAGNY, *Droit romain*, § 135; WINDSCHEID, *Pand.*, § 75; DERNBURG, *Pand.*, § 100; LACERDA DE ALMEIDA, *Obrigações*, § 55; MARTINHO GARCEZ, *Nullidades*, part. I, tit. III, cap. IV, § 5; meu *Direito das obrigações*, § 62; ESPINOLA, *Manual*, III, ns. 108 e segs.; VAMPRÉ, *Manual*, I, § 60; J. BELLEZA DOS SANTOS, *A simulação no direito civil*, I, ns. 10-15, 45 e segs.; Cod. 4, 22, ls. 1 e 2; Codigo Civil *argentino*, artigos 955 e 956; *allemão*, 117; *Esboço*, arts. 521 e 522; COELHO RODRIGUES, 335; *Projecto primitivo*, 102.

A Ord. 4, 71, punia a simulação com annullação do acto, perda do objecto sobre que versasse, e degredê; o Codigo Penal não manteve esse rigor, mas bem pôde a simulação, segundo as circumstancias, ser capitulada no art. 338, ns. 6 e 8.

(2) Cod., 4, 22, l. 2.

lação se constitua um vicio do acto juridico, ha de ser empregada de má fé, no intuito de prejudicar alguém ou de fraudar a lei ⁽³⁾. A simulação de bôa fé, sem prejuizo de terceiro nem offensa á lei, é tolerada ⁽⁴⁾. 103 art.

Os terceiros prejudicados ou o representante do ministerio publico, sendo a simulação em fraude á lei, é que podem pedir a annullação do acto, não os proprios simuladores ⁽⁵⁾, porque ninguem póde allegar o proprio dolo, *nemo auditur turpitudinem suam allegans*, e, na simulação, se o acto é bilateral, ambas as partes são conhecedoras do artificio fraudulento; se é unilateral, o agente é tambem o autor do dolo. art 104
105

A reserva mental, que faz o agente de não querer o que declara, não vicia o acto, se a pessôa, a quem o mesmo se dirige, ignora a sua intenção ⁽⁶⁾.

(3) Codigo Civil, art. 103; CARLOS DE CARVALHO, *Direito Civil*, art. 231, § unico; SALEILLES, *Déclaration de volonté*, comm. 2 ao art. 117 do Cod. Civil *allemao*; ASCOLI, *Donazioni*, 1898, p. 296; LACERDA DE ALMEIDA, *Obrigações*, § 55; BELLEZA DOS SANTOS, *op. cit.*, I, n. 12; Cod. Civil *argentino*, art. 957; *mexicano*, 1.685; *Esboço*, 523; accordãos da Relação de Minas Geraes, *apud* BENTO DE FARIA, Cod. do comm., art. 129, n. 4.

(4) LACERDA DE ALMEIDA, *op. cit.*, § 55, mostra casos em que a propria lei presuppõe a simulação de bôa fé.

(5) Codigo Civil, art. 104; TEIXEIRA DE FREITAS, *Consolidação*, art. 358, nota 17; *Esboço*, arts. 526 e 527; LACERDA DE ALMEIDA, *Obrigações*, § 55; CARLOS DE CARVALHO, *Direito civil*, art. 230, § 1; BENTO DE FARIA, nota ao art. 129, do Cod. do commercio; meu *Direito das obrigações*, § 62; *Projecto* COELHO RODRIGUES, art. 336; *primitivo*, 103; Codigo Civil *argentino*, 959.

(6) Codigo Civil *allemao*, art. 116; *Projecto primitivo*, 105; SALEILLES, *Déclaration de volonté*, comm. ao art. 116; WINDSCHEID, *Pand.*, § 75. E' um caso de simulação como pondera este notavel pandectista. Veja-se tambem BELLEZA DOS SANTOS, *op. cit.*, I, n. 14; ESPINOLA, *Manual*, III, n. 110.

Da fraude contra os credores

I. O vocabulo *fraude* trouxe do direito romano uma certa vacillação de significado, que passou para o direito francez e o patrio. Realmente os romanos, umas vezes, designavam por *fraus*, qualquer ardil ou embuste empregado no intuito de enganar; outras vezes, *fraus* equivalia á simulação, como na phrase *fraudem legi facere* (1). Nosso Codigo do Commercio tambem emprega fraude como synonyma de simulação, e **Coeelho da Rocha** nol-a apresenta como equivalente a dolo (2). **Teixeira de Freitas**, porém, accentuou a distincção que se deve fazer entre os dois vocabulos, e fixou a noção de fraude (3).

Fraude é o artificio malicioso para prejudicar terceiro, de persona ad personam; mas aqui se trata, especialmente, da fraude contra os credores.

O que caracteriza a fraude são a má fé e o animo de prejudicar terceiro. O primeiro elemento aproxima-a do dolo e o segundo delle a distingue. O dolo praticado por um dos agentes ou por terceiro, visa induzir em erro o outro agente; na fraude não é nenhuma das partes que se pretende enganar, podem ambas estar de accôrdo. O dolo vicia o acto, na sua formação, em virtude de erro, em que, intencionalmente, se fez cair o agente; na fraude, o acto é, psychologica-

(1) Veja-se ainda o D. 1, 3, fr. 9 (*contra legem facit qui id facit quod lex prohibet; in fraudem vero, qui, salvis verbis legis, sententiam ejus circumvenit*) e fr. 30. V. BELLEZA DOS SANTOS, *Simulação*, I, ns. 18 a 20.

(2) *Insl.*, § 101.

(3) *Consolidação*, nota ao art. 358.

mente, perfeito; macula-o, porém, o intuito immoral; *fraus non in consilio sed in eventu*.

Tambem não se confunde a fraude com a simulação maliciosa, porque, na simulação fraudulenta, as partes realizam aparentemente um acto, que não tinham de praticar, e, na fraude, o acto é verdadeiro, mas realizado para prejudicar terceiro ou illudir disposição de lei (4).

Em resumo, no dolo ha o elemento do erro: um dos agentes é enganado; na simulação, ha discrepancia entre o acto real e o apparente, mas os agentes não se pretendem enganar; na fraude não ha engano, nem o acto se mascara com outro; ha, simplesmente, o intuito de prejudicar terceiro, ou o Estado. Todavia é certo que, entre esses tres vicios, ha um principio de aproximação e analogia, que é a má fé.

II. O patrimonio do devedor é a garantia common dos credores (5). Mas essa garantia não é completa, porque, conservando o devedor a faculdade de dispôr de seus bens, pôde diminuir a segurança da solução de suas obrigações, e os credores, que não tiverem em seu favor garantia especial, estão á mercê da bôa fé ou honestidade do devedor. Desde que essa bôa fé desaparece, é necessario que o direito intervenha com um remedio capaz de assegurar, aos credores, a possibilidade de se pagarem com os bens, que a má fé desviou do fim de garantia geral a que estavam destinados. Esse remedio é a acção pauliana, revocatoria

(4) TEIXEIRA DE FREITAS, *Consolidação*, nota 17 ao artigo 358; CARVALHO DE MENDONÇA, *Das fallências*, n. 360; *Tratado*, VII, n. 565.

(5) *Codigo Civil francez*, art. 2.092; PLANIOL, *Traité*, II, n. 193; HUC, *Somm.*, VIII, n. 1, e XIII, n. 1; *Projecto primitivo*, art. 1.681. Exceptuam-se os bens inalienaveis e não penhoraveis (CARLOS DE CARVALHO, *Direito civil*, art. 193; decreto n. 1.839, de 31 de Dez. de 1907, art. 3).

ou rescisoria, pela qual o credor obtem a annullação do acto, que diminue a somma dos bens de seu devedor, para nelles fazer execução, quando outros não existam em quantidade sufficiente para a satisfacção do debito.

Assim, para poder usar da acção pauliana, é necessario: 1º que o devedor não tenha outros bens, com que satisfazer o seu debito, pois não é preciso mais para ficar demonstrado o prejuizo do credor; 2º que tenha havido má fé da parte do adquirente, a qual deverá ser provada, se o acto, que diminue o patrimonio do devedor insolvente, fôr a titulo oneroso, e se presume juridicamente, se o acto fôr a titulo gratuito; 3º ainda que o acto seja a titulo oneroso, presumê-se a má fé, quando a insolvencia do devedor fôr notoria ou conhecida da pessoa, com quem contractou.

Consideram-se actos que diminuem o patrimonio do devedor: as alienações, as remissões de dividas, o pagamento ou garantias de dividas não vencidas, o repudio de herança, a negligencia intencional na defeza de alguma demanda. A recusa de doação, porém, não importa diminuição do patrimonio; é uma simples omissão de adquirir, que póde, aliás, fundar-se em excellentes razões (6).

(6) T. DE FREITAS, *Consolidação*, art. 358; *Doutrina das acções*, § 54; *Esboço*, 528-540; PAULA BAPTISTA, *Pratica*, § 25; HUC, *Commentaire*, VII, ns. 215-233; LAURENT, *Principes*, XVI, ns. 431 e segs.; *Cours*, II, ns. 607 e seg.; PUGLIA, *Dell'azione pauliana*; G. MAY et DRAMMARD, na *Grande encyclopédie*, vb. *fraude*; D. 42, 8; 50, 17, fr. 134; *Codigo Civil francez*, artigo 1.167; *portuguez*, 1.030; *italiano*, 1.235; *hespanhol*, 1.291, numero 3, 1.297 e 1.298; *chileno*, 2.468; *argentiro*, 967 e segs.; *boliviano*, 758; *mexicano*, 1.683-1.689; *uruguayo*, 1.270; FELICIO DOS SANTOS, *Projecto*, arts. 246-254; COELHO RODRIGUES, 340 e segs.; *primitivo*, 106 e segs.

A este respeito dispõe o Código Civil:

Art. 106. — Os actos de transmissão gratuita de bens ou de remissão de dívida, quando os pratique o devedor já insolvente ou por elles reduzido á insolvencia, poderão ser annullados pelos credores chirographarios, como lesivos dos seus direitos.

Parapho unico. Só os credores que já o eram ao tempo desses actos, podem pleitear-lhes a annullação.

Art. 107. Serão, igualmente, annullaveis os contractos onerosos do devedor insolvente, quando a insolvencia fôr notoria, ou houver motivo para ser conhecida do outro contrahente.

Art. 108. Se o adquirente dos bens do devedor insolvente ainda não tiver pago o preço, e este fôr, approximadamente, o corrente, desobrigar-se-á, depositando-o em juizo, com citação edital de todos os interessados.

Art. 109. A acção, nos casos dos arts. 106 e 107, poderá ser intentada contra o devedor insolvente, a pessoa, que com elle celebrou a estipulação considerada fraudulenta, ou terceiros adquirentes, que hajam procedido de má fé.

Nestes artigos, accentua-se que sómente o credor chirographario póde ser attingido pelas diminuições fraudulentas do patrimonio do devedor, porque os credores, cujos direitos se acham, especial e privilegiadamente, garantidos por uma disposição especial de lei, não têm necessidade do recurso da acção pauliana. Nestas condições está o hypothecario. No direito anterior, a lição de Teixeira de Freitas era que não precisavam deste recurso o que intentasse acção real, se durante a lide o réo alheia a coisa, e aquelle a quem

competisse acção hypothecaria (7). Tal continua a ser o direito em vigor.

Accrescenta-se que sómente o credor que já o era ao tempo do acto lesivo pode pedir-lhe a annullação, principio também estabelecido pelo reg. 737, art. 694.

IV. Presumem-se de bôa fé e validos os negocios ordinarios indispensaveis á manutenção de estabelecimento mercantil, agricola ou industrial do devedor.

O pagamento de divida vencida, e os actos pelos quaes o devedor contráe novas dividas, ainda que garantidas, que a doutrina considerava também validos, não foram contemplados, antes foram repellidos pelo Codigo Civil.

§ 56

Da lesão

A lesão não era vicio, que pudesse apparecer em qualquer acto juridico; era propria dos contractos commutativos, como das partilhas e servia de base á rescisão dos actos juridicos dos menores.

Os ultimos projectos de Codigo Civil brasileiro sómente alludiam á lesão nas partilhas, porque nesta domina a lei da mais plena egualdade entre os herdeiros, e o Codigo, afinal, eliminou, inteiramente, esse instituto.

§ 57

Do objecto do acto juridico

Podem ser objecto dos actos juridicos todas as coisas corporeas ou incorporeas, que podem ser obje-

(7) *Doutrina das acções*, § 54.

cto de direito, e os proprios direitos. Desta proposição resulta que não terá efficacia o acto jurídico cujo objecto:

1º fôr contrario aos bons costumes e á ordem publica (1);

2º fôr contrario á seriedade essencial á vida jurídica, ou impossivel (2);

3º estiver fóra do commercio (3).

Em relação aos contractos, exclue-se tambem a successão de pessoa viva (4).

§ 58

Das condições

I. *Condição é a determinação accessoria, que faz a efficacia da vontade declarada dependente de algum*

(1) Codigo Civil, arts. 82 e 145, II; Comm., art. 129, numero 2; D. 45, 1, fr. 26: *Generaliter novimus turpes stipulationes nullius esse momenti*; 45, 1, fr. 123; *si flagitii faciendi vel facti causa concepta sit stipulatio, ab initio non valet*; CARLOS DE CARVALHO, *Direito civil*, art. 233; GARCEZ, *Nullidades*, part. I, tit. II, cap. II, § 3; Cod. Civil allemão, art. 138; SALEILLES, *Déclaration de volonté*, annotações ao cit. artigo, a proposito do qual discute a theoria da causa, da qual trataremos no § 66.

(2) Codigo Civil, art. 145, II; Inst. 3, 19, § 1; D. 50, 17, fr. 31: *quod enim impossibile est nec pacto neque stipulatione potest comprehendí ut utile actionem aut factum efficere possit*; Codigo Civil allemão, art. 118; SALEILLES, *Déclaration de volonté*, annotações a esse artigo.

(3) Ha excepções a este principio, pois algumas das coisas, que estão fóra do commercio por determinação da lei, podem, em certos casos, constituir objecto de declarações da vontade. Veja-se CARLOS DE CARVALHO, *Direito civil*, art. 234.

(4) Cod. Civil, art. 1.089. Estas prohibições fazem parte da theoria dos contractos, pelo que pôde ser encontrada no meu *Direito das obrigações*, § 73. Vejam-se — CARLOS DE CARVALHO, *Direito civil*, arts. 234 e 235, e MARTINHO GARCEZ, *Nullidades*, part. I, tit. II, cap. II, § 3; DEMOGUE, *Traité des obligations*, II, ns. 849 e segs.

acontecimento futuro e incerto; ou, como diz o Código Civil, art. 114: *é a clausula, que subordina o effeito do acto juridico a evento futuro e incerto* (1).

As condições adaptam-se á generalidade dos *negotia juris*, mas alguns ha que não podem ser clausulados por condições, como sejam: a celebração de matrimonio, a adopção, o reconhecimento de filho, a compensação, a accitação e o repudio da herança ou legado, a accitação da testamentaria (2).

As condições podem ser: a) *Potestativas* ou *casuaes*, segundo o acontecimento, a que o negocio está subordinado depende ou não da vontade do titular do direito. Não são, em rigor, condições as potestativas, têm mais o character de encargos, de pedidos, de recommendações e, ás vezes, são perfeitamente inuteis. Se, em parte, depender e em parte fôr independente da vontade de um dos agentes, a condição será *mixta* de potestativa e casual, especie a que o direito reconhece validade.

b) *Positivas e negativas*, segundo requerem uma certa modificação ou uma inalteração no estado das coisas (3).

(1) SAVIGNY, *Droit romain*, §§ 116-124; WINDSCHEID, *Pand.*, §§ 86-95; ENDEMNN, *Einfuehrung*, I, § 76; DERNBURG, *Pand.*, §§ 105-112; HUC, *Comm.*, VII, ns. 240-281; LAURENT, *Principes*, XVII, n. 32 e segs.; *Cours*, II, n. 645 e segs.; CHIRONI, *Ist.*, § 64; COELHO DA ROCHA, *Inst.*, §§ 105 e 699; LACERDA DE ALMEIDA, *Obrigações*, § 34; RIBAS, *Curso*, p. 478-495; ESPINOLA, *Systema*, I, 494-500; VAMPRE, *Manual*, I, § 62; ALMACHIO DINIZ, *Primeiros principios*, I, § 40; AUBRY et RAU, *Cours*, IV, § 302; ALVES MOREIRA, *Instituições*, I, ns. 179 e segs.; meu *Direito das obrigações*, § 18, e das *Successões*, § 73; *Inst.*, 3, 15, §§ 4 e 6; *Esboço*, art. 567; FELICIO DOS SANTOS, 382; COELHO RODRIGUES, 275; Projecto *primitivo*, 122; da Camara, 119; CARLOS DE CARVALHO, *Direito civil*, art. 238 e segs.; Código Civil francez, arts. 1.168-1.184; *italiano*, 1.157-1.171.

(2) Cod. Civil, arts. 375, 361 e 1.583. DERNBURG, *Pand.*, § 105; D. 1, 7, fr. 34.

(3) DERNBURG, *Pand.*, § 105.

c) *Necessarias* ou *voluntarias*, conforme são ou não inherentes á propria natureza do acto.

d) *Divisiveis* ou *indivisiveis*.

e) *Possiveis e impossiveis*; as primeiras são permittidas pela natureza ou pelo direito, de onde resulta uma subdivisão da possibilidade em *physica* e *juridica*; as segundas são contrarias ás leis naturaes ou civis.

f) *Honestas e deshonestas*, ou contrarias aos bons costumes.

g) *De presente, de preterito ou de futuro*.

h) *De facto ou de direito*; as primeiras têm por objecto um facto, ao qual se liga a declaração da vontade; as segundas são determinações do direito, que se relacionam com um determinado *negotium juris*.

i) *Expressas ou tacitas*.

j) *Uteis ou superfluas*, se operam o seu effeito ou não.

k) *Verdadeiras ou falsas*.

l) *Momentaneas ou successivas*; as primeiras realizam-se com o apparecimento de um facto momentaneo; as segundas preenchem-se com uma série de factos.

m) *Perplexas, contradictorias, frivolas, extravagantes, ineptas*.

n) *Suspensivas e resolutivas*, segundo têm por effeito suspender, temporariamente, a efficacia do acto, ou annullal-o, se se realizar um determinado evento.

Algumas destas condições são chamadas *impropias*, porque apresentam a fórmula, sem ter a essencia de condições. Taes são as *necessarias*, as *conditiones juris*, as *in preteritum* ou *in praesens collatae*, as *physicamente impossiveis*, as de não fazer uma coisa *physicamente impossivel* (4).

(4) DERNBURG, *Pand.*, § 107. O Codigo Civil, arts. 116 e 117, diz: «Não se considera condição a clausula, que não de-

II. As condições physicamente impossiveis não são verdadeiras condições, porque não subordinam o acto juridico a um acontecimento futuro e incerto (5). Por isso, devem reputar-se não escriptas, e o negocio, a que ellas adherem, puro e simples. Prevalecia, outrora, entre nós, como no direito romano, o principio de que a condição impossivel annullava os actos *inter vivos*, e era reputada como não escripta nas disposições de ultima vontade (6).

Se a impossibilidade fôr *parcial*, o direito romano a considerava semelhante á impossivel, *quasi impossibilis*, porém, **Bartin** opina que se deve attender á vontade do estipulante e tentar vencer a difficuldade (7). Por exemplo: alguém institue outrem seu herdeiro, sob a condição de este lhe erigir um tumulo dentro de tres dias. A erecção do tumulo, que é a essencia da vontade do testador, é possivel; a quasi impossibilidade

riva, exclusivamente, da vontade das partes, mas decorre, necessariamente, da natureza do direito a que accede». No mesmo sentido: *Esboço*, arts. 584 e 587; FELICIO DOS SANTOS, 392 e 394; COELHO RODRIGUES, 278; *Projecto primitivo*, 124.

(5) *Codigo Civil*, art. 116; SAVIGNY, *Droit romain*, § 122; ET. BARTIN, *Théorie des conditions*, 1887, p. 9; meu *Direito das successões*, nota 1 á p. 266; *Em defeza*, p. 355.

(6) *Cod. Civil*, art. 116; Meu *Direito das obrigações*, § 19; *Direito das successões*, § 73; LACERDA DE ALMEIDA, *Obrigações*, § 34, nota 2; *Inst.*, 2, 14, § 10; D. 44, 7, fr. 1, § 11 e fr. 31; 46, 1, fr. 29; 45, 1, fr. 137, § 5. O direito estrangeiro moderno seguiu outra orientação. Assim é que o *Codigo Civil francez*, art. 900, declara não escriptas as condições impossiveis nas disposições a titulo gratuito, quer entre vivos, quer testamentarias, mas estabelece, no art. 1.172, que taes condições annullam as convenções. O *italiano*, 849 e 1.160, dispõe semelhantemente. O *Codigo Civil argentino* annulla todos os actos juridicos aos quaes adhere uma condição impossivel (art. 530). DERNBURG, distingue, quanto aos actos entre vivos, as condições suspensivas, que annullam os actos, das resolutivas, que são inefficazes (*Pand.*, § 107).

(7) *Théorie des conditions*, 1887, p. 12-14.,

está no espaço de tempo. A solução é conceder ao herdeiro um prazo razoavel para satisfazer a condição.

Se a impossibilidade é *relativa*, isto é, sómente existe para a pessoa, a quem é imposta, deve ser tratada como se fosse absoluta.

As condições juridicamente impossiveis invalidam o acto (8). Os romanos assimilavam as condições physicamente impossiveis ás que o são juridicamente, porque não era admissivel crer que devessem ser praticadas. *Quae facta laedunt pietatem existimationem, verecundiam nostram, et (ut generaliter dixerim) contra bonos mores fiunt: nec facere nos posse credendum est* (9). De modo que, se taes condições fossem appostas aos negocios entre vivos, lhes determinariam a inefficacia, e, sendo appostas ás disposições testamentarias, seriam reputadas não escriptas. Esta era a solução adoptada no direito patrio anterior ao Código Civil, e, com limitações, no estrangeiro (10).

Bartin distingue a condição juridicamente impossivel, da illicita e da contraria aos bons costumes. A primeira não se póde executar, porque, consistindo em um acto juridico, este não se póde realizar senão de accordo com as prescripções do direito. Exemplo: a condição de contrahir casamento antes da puberdade. A illicita póde executar-se, porque não consiste num acto juridico e sim num acto immoral. Exemplo: Prometteis-me cem, se eu commetter um crime ?

(8) Cod. Civil, art. 116, Projecto primitivo, art. 124; *Em defeza*, p. 355-357. Era este o sentir de GOUVEIA PINTO, *Testamento*, nota 125. As condições contrarias ao direito e á moral contêm em si um vicio, que se propaga á declaração principal da vontade, e a politica juridica aconselha que se destruam esses estimulos para a pratica do mal.

(9) D. 28, 7, fr. 15.

(10) Vejam-se as citações da nota 6.

A contraria aos bons costumes é offensiva da moral, á qual o direito soccorre ferindo-a com a nullidade (11). Estas distincções, porém, não offerecem interesse pratico. Juridicamente impossiveis devemos considerar todas as condições, que são contrarias á ordem juridica e aos bons costumes.

A condição de não fazer uma coisa impossivel reputa-se inexistente (12).

III. As condições suspensivas e resolutivas têm grande interesse nas relações juridicas. Convém, por isso, accentuar alguns principios.

Se a efficacia de um acto juridico depender de condição suspensiva, enquanto esta se não realizar, o direito a que se refere o acto não se considera adquirido (13); é apenas uma expectativa de direito, *spes debitum iri*. Todavia, é permittido ao titular do direito eventual exercer os actos assecutorios de seus interesses (14).

Realizada a condição suspensiva, o direito corporifica-se e considera-se existente, desde o momento em que se deveria constituir, se o não deferisse a condição, isto é, desde o dia da celebração do acto *inter vivos* ou do fallecimento do testador. E' o que se chama effeito retroactivo das condições, que algumas legislações

(11) *Théorie générale des conditions*, p. 15, 126 e 239.

(12) *Inst.*, 3, 19, § 11; *Codigo Civil francez*, 1.173; *italiano*, 1.161; *hespanhol*, 1.116, 2ª parte; *argentino*, 532; *boliviano*, 765; *chileno*, 1.476; *uruguayo*, 1.385; *peruano*, 1.280; Projecto de *Codigo Civil primitivo*.

(13) *Cod. Civil*, art. 116; *Inst.*, 3, 15, § 4: *Ex conditionali stipulatione tantum spes debitum iri, eamque ipsam spem transmittimus*; *Esboço*, art. 597; FELICIO DOS SANTOS, 384; Projecto *primitivo*, art. 126.

(14) *Codigo Civil*, art. 118; CARLOS DE CARVALHO, *Direito civil*, art. 241; D. 36, 4, frs. 1, §§ 4 e 13; LACERDA, *Obrigações*, § 34; *Esboço*, art. 600; FELICIO DOS SANTOS, 387; Projecto *primitivo*, 129; *Cod. Civil francez*, art. 1.180.

consagram de um modo pleno, apanhando, assim, até os fructos da coisa, que é objecto da relação jurídica, e a que outras impõem restricções (15).

A retroactividade da condição suspensiva não tem applicação aos contractos reaes, porque sómente depois da entrega do objecto sobre que versam se consideram concluidos (16).

No direito patrio, durante o espaço de tempo, em que pende a condição, os fructos da coisa alienada pertencem ao alienante, porque a transmissão da propriedade sómente se effectua com a tradição.

O direito eventual transmite-se aos herdeiros do titular, salvo se esse direito se fundar em disposição testamentaria, instituição ou legado clausulado de condição suspensiva, porquanto, se, na pendencia desta, fallecer o legatario, a deixa caducará (17).

Em relação a terceiros, o implemento da condição não terá effeito retroactivo: a) sobre bens fungiveis; b) nem sobre outros moveis adquiridos de boa fé; c) nem sobre os immoveis, se não constar do registro hypothecario a inscripção do titulo, onde se acha consignada a condição (18). Com estas restricções é que se deve entender o dispositivo do *Projecto* actual de Código Civil, art. 122, onde se diz: — «Si alguém dispuzer de uma coisa sob condição suspensiva, e, pendente

(15) Código Civil francez, art. 1.179; italiano, 1.170; argentino, 543.

(16) LACERDA DE ALMEIDA, *Obrigações*, § 34, que cita em seu apoio ACCARIAS, II, n. 538.

(17) *Inst.*, 3, 15, § 4; POTHIER, *Obrigações*, n. 220; D. 35, 1, fr. 59, pr.; Cod. Civil francez, art. 1.040; italiano, 853; allemão, 2.074; portuguez, 1.759; hespanhol, 759; mexicano, 3.313; uruguayo, 955; chileno, 1.078; meu *Direito das successões*, § 73.

(18) *Esboço*, arts. 604 a 606; CARLOS DE CARVALHO, *Direito civil*, art. 341, § 3. Veja-se, em sentido differente, LACERDA DE ALMEIDA, *Obrigações*, § 34.

esta fizer, quanto áquella, novas disposições, estas não terão valor, realizada a condição, se com ella forem incompatíveis» (19).

Se, pendente a condição, perecer a coisa alienada, perece por conta do alienante, porque sómente depois de realizada a condição se considera transferido o direito (20).

IV. Se a efficacia de um acto juridico estiver subordinada a uma condição resolutive, quer isto dizer que a relação de direito está formada, produzindo os seus effeitos, porém se extinguirá com a realização da condição (21).

Tambem a condição resolutive produz effeitos retroactivos e mais francos, mais positivos, mais energicos. Os direitos reaes instituidos sobre coisa alienada sob condição resolutive, desapparecem, porque o dominio do alienante era limitado pela clausula resolutoria, e elle não podia transferir direitos mais latos do que tinha. Sobre esta materia, estatua o *Projecto primitivo*: Art. 754 — «A resolução da propriedade retroagirá sempre ao dia, em que tiver sido adquirida, se não houver, na lei ou em actos juridicos, disposição expressa em contrario». Art. 755 — «Revogado o dominio com effeito retroctivo, entendem-se revogados os direitos reaes sobre elle concedidos, enquanto pen-

(19) *Meu Direito das obrigações*, § 18; WINDSCHEID, *Pand.*, § 89; CHIRONI, *Ist.*, § 36; D. 30, fr. 69, § 1; 35, 1, fr. 105; *Codigo* 6, 43, l. 3, § 3; *Codigo Civil allemão*, art. 161; *fed. suisse* das obrigações, 152, pr.; *Projecto primitivo*, art. 130.

(20) D. 18, 6, fr. 8; POTHIER, *Obrigações*, n. 219; LACERDA DE ALMEIDA, *Obrigações*, § 34; *Cod. Civ. francez*, art. 1.182; *italiano*, 1.163.

(21) *Codigo Civil*, art. 119; D. 18, 2, fr. 4, § 3; *Codigo Civil francez*, 1.183; *italiano*, 1.158, 2ª parte; *portuguez*, 680; *argentino*, 553; *uruguayo*, 1.427; *Projecto primitivo*, art. 127; da Camara, 124; LACERDA DE ALMEIDA, *Obrigações*, § 34; *meu Direito das obriiações*, § 18.

dia a condição resolutoria, e o proprietario, em favor de quem se opéra a resolução, póde reivindicar o objecto do dominio, do poder de quem quer que o detenha.» Art. 756 — Resolvendo-se o dominio sem effeito retroactivo, o restituente será considerado como proprietario perfeito, até o dia da resolução, subsistindo as alienações e os onus reaes sobre elle constituídos” (22). *Resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis; resoluta jure concedentis, resolvitur jus concessum.*

V. Reputa-se realizada, para os effeitos juridicos, a condição, cujo implemento fôr maliciosamente impedido pela parte, em cujo detrimento ella se realizaria. Ao contrario, reputa-se não realizada a condição maliciosamente cumprida pela parte, que colhe proveito com o advento (23).

§ 59

Dos termos

Termo é o dia no qual tem de começar ou de extinguir-se a efficacia de um negocio juridico. Prazo é o lapso de tempo decorrido entre a declaração da vontade e a superveniencia do termo.

(22) Cod. Civil, arts. 647 e 648; Ord. 2, 53, § 25; CARLOS DE CARVALHO, *Direito civil*, art. 242; D. 6, 1, fr. 41; *Codigo Civil allemão*, art. 161, 2ª al.; *argentino*, 2.668-2.670; *Projecto primitivo*, arts. 754 e 755. Differentemente dispõe o *Codigo Civil italiano*, art. 1.511.

(23) *Codigo Civil*, art. 120. *Projecto primitivo*, 128; COELHO RODRIGUES, 280; FELICIO DOS SANTOS, 338; *Esboço*, 629, numero 3; D. 35, 1, frs. 24 e 81; 45, 1, fr. 85, § 7; 50, 17, fr. 161; *Codigo Civil francez*, art. 1.178; *italiano*, 1.169; *portuguez*, 681; *hespanhol*, 1.119; *mexicano*, 1.336; *argentino*, 537 e 538; *boliviano*, 779; *fed. suiso* das obrigações, 156; *uruguayo*, 1.420; *allemão*, 162.

Os termos também, á semelhança das condições, podem retardar a efficacia do acto juridico, ou extinguir o direito por elle creado. Denomina-se o primeiro termo *inicial* ou suspensivo (*dies a quo, ex die*), e o segundo termo *final* ou resolutivo (*dies ad quem, ad diem*). Differem, porém, das condições, em que se referem a um acontecimento certo ou a um tempo determinado.

O tempo póde ser *certo* ou *incerto*.

E' *certo*: 1º quando fixado para um determinado mez, dia ou anno; 2º quando fixado por um determinado lapso de tempo.

E' *incerto* quando fixado em relação a um facto futuro necessario. Póde ser incerta a data do acontecimento necessario (*dies incertus quando*), ou incerta a sua realização (*dies incertus an*). A primeira incerteza é relativa e a segunda é absoluta, mas podem combinar-se.

Cumprê distinguir o prazo ou termo, da condição, porque são differentes muitas das consequencias, que resultam de um e da outra. Entende-se que ha termo, sempre que o facto futuro, do qual depender a efficacia do negocio juridico, fôr necessario, embora *incerto quando*; e condição, sempre que o acontecimento futuro fôr incerto (1).

O termo inicial suspende o exercicio, mas não a aquisição do direito (2), que já se deve considerar po-

(1) *Esboço*, arts. 638 e 639; PLANIOL, *Traité*, I, n. 291.

(2) *Codigo Civil*, art. 123; *Inst.*, 3, 15, §§ 2 e 3; D. 36, 2, frs. 21 e 22; 45, 1, fr. 38, § 16; fr. 41, § 1 e fr. 46; *Codigo Civil francez*, art. 1.185; *italiano*, 1.182; *argentino*, 56; *boliviano*, 776; *uruguayo*, 1.433; ENDEMANN, *Einfuehrung*, I, § 79; PLANIOL, *Traité*, I, n. 299; CHIRONI, *Istituzioni*, § 67; LAGERDA DE ALMEIDA, *Obrigações*, § 33; DERNBURG, *Pand.*, I, § 114; WINDSCHEID, *Pand.*, § 96; *meu Direito das obrigações*, § 19; *Direito das successões*, § 74; *Projecto primitivo*, 131; COELHO RODRIGUES, 281; *Esboço*, 643.

tencialmente existente em nosso patrimonio (*praesens obligatio est, in diem autem dilata solutio*).

O titular de um direito dependente de prazo inicial, póde exercer os actos assecutorios que são permittidos no caso de condição suspensiva; as disposições feitas, no decurso do prazo, pelo proprietario anterior, resolver-se-ão com o advento do dia estabelecido para a sua extincção, se forem incompatíveis com o direito adquirido, cujo exercicio o termo retardára (3).

Salvo disposição em contrario, computam-se os prazos excluindo o dia do seu inicio e incluindo o do vencimento, salvo se fôr feriado, porque, neste caso, o prazo se considera prorogado até o seguinte dia util (4). *Dies a quo non computatur in termino; dies termini computatur in termino*.

O decimo quinto dia de cada mez é considerado sempre o seu meado (5).

Sendo assignado termo de mez ou de anno, o mez se entenderá de trinta dias, e o anno, do dia seguinte ao em que foi assignado até outros tantos dias do mesmo mez no anno seguinte (6).

(3) Codigo Civil brasileiro, arts. 124 e 119; *allemao*, artigo 163; Projecto *primitivo*, art. 132. *Contra*: LACERDA DE ALMEIDA, *Obrigações*, § 33.

(4) Cod. Civil, art. 125. Ord., 3, 13, 1; Codigo do Commercio, art. 135; CARLOS DE CARVALHO, *Direito civil*, art. 55; Projecto COELHO RODRIGUES, art. 282; *primitivo*, 133. Quanto ás letras, reputavam-se vencidas no dia antecedente, se o dia do vencimento fosse feriado por lei (Cod. do Commercio, artigo 358); mas a lei n. 2.044, de 31 de Dezembro de 1908, art. 20, estabeleceu a regra do texto.

(5) Cod. Civil, art. 125, § 2, do Commercio, art. 358.

(6) Cod. Civil, art. 125, § 3; Ord. 3, 13 pr.; CARLOS DE CARVALHO, *Direito civil*, art. 49.

Sendo os termos estabelecidos por dias continuos, estes se contam por hora, e se estabelecidos por horas, estas se contam de minuto a minuto (7).

Nos testamentos, o prazo se presume em favor do herdeiro, e, nos contractos, em proveito do devedor, salvo, quanto a esses, se do teor do instrumento, ou das circumstancias, resultar que se estabelece a beneficio do credor, ou de ambos os contrahentes (8).

Os actos juridicos *inter-vivos*, a que não se estabelecem prazos, são exequiveis desde logo, salvo se a execução tiver de ser feita em lugar diverso ou depender, necessariamente, de algum tempo para ser exequivel (9).

§ 60

Dos encargos

Encargo (modus) é a determinação accessoria, em virtude da qual se restringe a vantagem creada pelo acto juridico, estabelecendo o fim, a que deve ser applicada a coisa adquirida, ou impondo uma certa prestação (1). Differe o encargo da condição em ser

(7) Cod. Civil, art. 125, § 4º; Ord. 3, 21, § 22; CARLOS DE CARVALHO, *Direito civil*, arts. 52 e 53; *Esboço*, arts. 11-12; Projecto COELHO RODRIGUES, 282; *primitivo*, 134.

(8) Cod. Civil, art. 126; D. 45, 1, fr. 41, § 1º, *in fine*, 50, 16, fr. 12, § 1; 50, 17, fr. 17; *Codigo Civil francez*, artigo 1.187; *italiano*, 1.175; *hespanhol*, 1.127; *mexicano*, 1.360, *federal suisso* das obrigações, 81. Differente era o direito anterior, da Ord. 3, 35. E o *Codigo Commercial*, art. 431 não se harmoniza bem com o Civil.

(9) *Codigo Civil*, art. 127; D. 45, 1, fr. 41, § 1, *initio*; 50, 17, fr. 14: *in omnibus obligationibus, in quibus dies non ponitur, praesenti die debetur*; Projecto COELHO RODRIGUES, artigo 284; *primitivo*, 135.

(1) Sobre o encargo, vejam-se: SAVIGNY, *Droit romain*, § 128; CHIRONI, *Istituzioni*, § 68; DERNBURG, *Pand.*, § 115; COE-

coercitivo, mas pôde ter a fôrma de condição e, neste caso, valerá como tal, se essa fôr a vontade do estipulante. Na duvida, se se trata de condição ou encargo, suppor-se-á de preferencia que a modalidade do negocio juridico é um encargo.

Não haverá, propriamente, encargo, quando a modalidade visar, exclusivamente, beneficiar a pessoa, que o tem de cumprir.

Os encargos impossiveis regem-se pelos principios, que regulam as condições impossiveis:

Para garantia do cumprimento do encargo, podem os interessados pedir ao gravado que preste a necessaria caução.

O *modus* anda, mais normalmente, ligado ás doações e disposições de ultima vontade, porém, muitas vezes, é posto em promessas de recompensas, concessões de privilegio e outras declarações unilateraes da vontade.

A inexecução do encargo torna annullavel a liberalidade (2), cabendo a acção de nullidade ao estipulante ou aos seus herdeiros.

§ 61

Da aquisição de direitos por outrem e para outrem

I. Na conclusão dos negocios juridicos não é indispensavel a intervenção directa da pessoa, que adquire o direito. Outrem poderá agir por ella. «Adqui-

LHO DA ROCHA, *Inst.*, § 107; meu *Direito das obrigações*, § 94; *Direito das Successões*, § 75; *Esboço*, 655-668; *Projecto primitivo*, art. 136; *Codigo Civil*, art. 128. ESPINOLA, *Systema*, I, p. 502 e 503; VAMPRE, *Manual*, I, § 64; RIBAS, *Curso*, p. 498-500; WINDSCHEID, *Pand.*, I, §§ 97-100 e nota yy de FADDA e BENSÁ.

(2) Meu *Direito das obrigações*, § 94; DERNBURG, *Pand.*, § 115; *Codigo*, 4, 6, ls. 3 e 8; 53, ls. 9 e 22; 8, 54, ls. 1 e 3.

rem-se os direitos, quer por acto do adquirente, ou por intermedio de outrem», diz o Codigo Civil brasileiro, art. 74. Em geral, é certo que os actos juridicos podem ser celebrados por intermedio de outrem; alguns, porém, são personalissimos e não admittem delegação. Tal é, por exemplo, o testamento, que ha de ser uma declaração pessoalmente feita pelo testador. Kohler dá o nome de personificação á operação em virtude da qual uma pessoa age, efficazmente, dentro da esphera juridica de outra, como que se revestindo com a sua personalidade, e distingue a representação da assistencia ou gerencia fiduciaria (*Treuhaenderschaft*), que é uma representação incompleta (1).

A representação póde ser *legal* ou *contractual*. A primeira é a que a lei estabelece como no caso do pae, do marido, do tutor, dos orgãos representativos das pessoas juridicas de direito publico. A segunda é a que se funda numa convenção, o *mandato* ou a *comissão*, podendo acontecer que seja um acto benefico prestado sem autorização prévia, como na *gestão de negocios* (2).

Além dos casos de representação, ha os de assistencia ou auxilio, como o do *mensageiro*, que communica as nossas relações, e o do *mediador*, que aproxima os contractantes e prepara o negocio (3).

(1) *Lehrbuch*, § 188.

(2) Vejam-se sobre a representação: KOHLER, *op. cit.*, §§ 188-197; WINDSCHEID, *Pand.*, §§ 73 e 74; DERNBURG, *Pand.*, § 117; PLANIOL, *Traité*, I, ns. 279-281.

(3) DERNBURG, *Pand.*, § 117.

Não expondo aqui a theoria da procuração ou do mandato, que tem melhor cabimento na parte especial, deixo de occupar-me da procuração em causa propria (*in rem propriam*), á qual alguns julgados nossos têm, erroneamente, attribuido effeitos de cessão ou venda. Esse effeito sómente poderá resultar da clausula *in rem propriam*, se do instrumento constar o preço da alienação, e se forem cumpridas as formalidades

II. Nas estipulações em favor de terceiros, o estipulante convenciona com o promittente uma vantagem para outrem, que é o beneficiario (4). E' um caso notavel de aquisição de direito para outrem, cuja especie mais commum se encontra nos seguros de vida.

§ 62

Da fôrma dos actos juridicos

I. Fôrma é o conjunto das solemnidades, que se devem observar para que a declaração da vontade tenha efficacia juridica. E' o revestimento juridico, que exterioriza a declaração da vontade. E' principio accedido pelo direito moderno que as declarações de vontade não estão sujeitas a uma fôrma especial, senão quando a lei, expressamente, a estabelece (1). E' até um dos resultados da evolução juridica, assignalado

da cessão, ou da venda, como deixou provado SOLIDONIO LEITE na *Revista do Instituto da Ordem dos advogados brasileiros*, 1905, p. 87-91. Vejam-se mais, no mesmo sentido, os pareceres dos Drs. LAFAYETTE e RUY BARBOSA (*Direito*, vol. 87, p. 23-30). E mais o meu *Codigo Civil, commentado*, V, obs. 2 ao artigo 1.317.

(4) *Codigo Civil*, arts. 1.098 a 1.100. Meu *Direito das obrigações*, § 82.

(1) *Codigo Civil*, art. 129; ENDEMANN, *Einfuehrung*, § 65; MACKELDEY, *Droit romain*, § 165; DERNBURG, *Pand.*, § 93; WINDSCHEID, *Pand.*, § 72; PLANIOL, *Traité*, I, § 266; CHIRONI, *Ist.*, § 61; COELHO DA ROCHA, *Inst.*, § 95; CARLOS DE CARVALHO, *Direito civil*, art. 249; TEIXEIRA DE FREITAS, *Consolidação*, nota 26 ao art. 366; meu *Direito das obrigações*, § 70; ESPINOLA, *Systema*, I, p. 450-458; VAMPRE, *Manual*, I, § 66; COLIN et CAPITANT, *Cours*, I, 63 a 67; *Codigo Civil argentino*, art. 974; *federal suizo das obrigações*, 11; *austriaco*, 883; *hespanhol*, 1.278; *portuguez*, 686.

Um bello estudo sobre o formalismo é o de JHERING, *De-recho romano*, III, §§ 50-55.

pela historia e pela philosophia, a decadencia do formalismo em correspondencia com o revigoroamento da energia juridica immanente nos actos realizados pelos particulares, a expansão da autonomia da vontade e a consequente abstenção do Estado, que se acantóa, de preferencia, na sua funcção de superintendente, prompto a intervir, quando é necessario restabelecer coactivamente o equilibrio dos interesses.

Todavia, como a fórma é uma valiosa garantia dos interesses, quer individuaes, quer sociaes, não poderá ser eliminada do direito. O ritualismo excessivo, que empecia o movimento dos negocios juridicos, contrariando as necessidades do progresso, que os requer rapidos; as palavras sacramentaes, que não podem mais ter valor perante a cultura dos nossos tempos; as solemnidades absurdas e ineptas, por terem desaparecido as razões, que as reclamaram, essas a acção simplificador da evolução juridica eliminou: porém, manteve as fórmas necessarias á segurança dos negocios realizados no dominio do direito, e, por um processo de remodelação da vida juridica, foi creando solemnidades novas ou reforçando as já existentes para determinados actos. Dois exemplos bastam para demonstrar a verdade desta observação. O casamento, no direito romano da ultima phase, dependia apenas do consenso dos nubentes; as solemnidades, que acompanhavam o acto eram puramente costumeiras, a lei não as decretava; o escripto, que se lavrava dizia respeito á constituição do dote, mas não á celebração do casamento. Para o direito moderno, o matrimonio é um acto solemnissimo, exigindo formalidades preparatorias do acto e outras necessarias á sua celebração. No direito anglo-americano, que se conservára, até certo ponto, extranho a esse movimento de apuro das solemnidades do casamento, já se manifestaram, ultima-

mente, tendencias bem accentuadas de uma transformação (1ª).

A transmissão da propriedade immovel, que o direito francez pretendia tornar effeito das convenções, teve de ser submettida á solemnidade da transcrição, e a marcha das idéas é no sentido de dar aos registros prediaes uma organização perfeita, de modo a assignalar, com precisão e segurança, todas as alterações da propriedade territorial no paiz.

O registro dos escriptos particulares estabelecido, entre nós, pelo dec. n. 79, de 26 de Agosto, de 1892, e desenvolvido pela lei n. 973, de 2 de Janeiro de 1903, assim como pelo decreto executivo n. 4.775 de 16 de Fevereiro de 1903, é tambem symptoma desse movimento, impulsado pela necessidade crescente de segurança nas relações juridicas, a que deram impulso o Codigo Civil, e a lei n. 4.827, de 7 de Fevereiro de 1924.

II. A divisão das fórmias em *intrinsecas*, ou *visceraes*, e *extrinsecas*, não é admissivel, porque, pelas primeiras, designam-se os requisitos necessarios da parte do agente para a realização do acto juridico, isto é, a sua capacidade e a realidade da declaração constitutiva do acto, e esses elementos não são formaes, são substanciaes. Assim, as verdadeiras fórmias são as extrinsecas, isto é, as que se referem á celebração propriamente do acto, ou são exigidas para a sua prova. No primeiro caso são fórmias essenciaes, sem ellas não existe o acto, a lei as exige *ad solemnitatem*, para dar uma modalidade particular ao acto. Destas é que se diz: *forma dat esse rei*. No segundo caso, as fórmias

(1ª) Até na Russia sovictica, a celebração do casamento obedece a certas normas. Realiza-se publicamente, em lugar destinado a esse fim, e são registrados (Codigo da Familia, artigos 52 a 55).

são pedidas *ad probationem tantum*, não são essenciaes, são meramente *probantes*.

As fórmias *habilitantes*, necessarias, como a autorização paterna, a marital, a uxoriana ou a do tutor, para que se complete a capacidade do agente, tambem não são fórmias no sentido proprio do vocabulo.

III. Sob o ponto de vista da fórmula, os actos podem ser *formaes*, ou *solemnes*, e *não formaes*. Estes ultimos são tambem denominados *consensuaes*, porém este designativo melhor convém aos contractos, porque nelles é ha concurso de vontades.

São actos formaes, ou solemnes, os que estão adstrictos a uma determinada fórmula. O casamento, por exemplo, deve ser celebrado segundo as prescrições do Codigo Civil; na hypotheca, na emphyteuse, nos pactos antenupciaes, na compra e venda de bens de raiz, cujo valor exceder de um conto de réis, e em outros actos, a escriptura publica é da substancia do acto (2); o testamento tem fórmias solemnes, sem as quaes não poderá valer (3). Podem ser feitos por escripto particular todos os actos em que a escriptura publica não fôr da sua substancia (4).

IV. A fórmula dos actos não tem valor sómente no direito interno; nas relações de ordem privada da so-

(2) Codigo Civil, art. 134. Direito anterior: Ord., 4, 19, pr.; dec. de 24 de Jan. de 1890, art. 31; dec. 116 A de 19 de Jan. de 1890, art. 4, § 6; reg. n. 370 de 2 de Maio de 1890, art. 130; lei de 15 de Set. de 1859, art. 11; meu *Direito das obrigações*, § 71; T. DE FREITAS, *Consolidação*, art. 367. Tambem é da substancia do contracto a escriptura publica, se as partes convencionarem dar-lhe essa fórmula (Codigo Civil, art. 133).

(3) Codigo Civil, arts. 129, 135 e 136. Direito anterior: Ord., 4, 80 e 83.

(4) Dec. n. 79 de 26 de Agosto de 1892, art. 2.

cidade internacional tem igualmente de ser apreciada, vigorando, em geral, a regra *locus regit actum*, que deve ser comprehendida como a consagração da effi-
cacia internacional das leis referentes á fôrma dos actos, authenticos ou privados, solemnes ou sem fôrma predeterminada (5).

§ 63

Da prova dos actos juridicos

I. *Prova* em linguagem juridica, segundo a definição do Codigo Civil portuguez, art. 2.404, é a *demonstração da verdade dos factos allegados em juizo*. Poderíamos antes dizer: *é o conjuncto dos meios empregados para demonstrar, legalmente, a existencia de um acto juridico*, ficando assim dentro dos limites do direito privado (1).

A theoria das provas, que constitue um interessante capitulo da logica juridica, estabelece regras geraes, que se applicam a toda a ordem de factos, que tem de ser provados em direito (2):

1.^a *A prova deve ser admissivel*, isto é, não prohibida por lei e tendo valor juridico para o caso em

(5) Sobre o campo de applicação do adagio *locus regit actum*, veja-se o meu *Direito internacional privado*, §§ 34-36.

(1) NEVES E CASTRO, *Theoria das provas*, 1880, n. 6, nota 2, critica a definição do Codigo Civil portuguez e apresenta outra: «o facto que a lei considera como causa do convencimento do juiz ácerca da verdade de um facto». JOÃO MONTEIRO, *Processo*, II, § 122, define: *prova é a somma dos meios productores da certeza*. Vejam-se ainda as definições de BELIME (*Philosophie du droit*, p. 610), MELLO FREIRE (*Jus civile*, IV, 16, § 1) e PAULA BAPTISTA, *Pratica*, § 134).

(2) DRAMMARD, na *Grande Encyclopédie*, vb. — PREUVE.

questão. Assim, quando a lei declara que a escriptura publica é da substancia do acto, a prova testemunhal ou outra qualquer é inadmissivel, não tem valor para demonstrar, juridicamente, a existencia da relação de direito.

2.^a *A prova deve ser pertinente*: Quer isto dizer que ella deve ter por fim demonstrar factos que se relacionem com a questão discutida e a applicabilidade das prescripções leaes ou dos principios do direito á especie em litigio.

3.^a *A prova deve ser concludente*. E' uma affirmacão do bom senso. Seria inutil provar os factos, se delles não resultasse um esclarecimento para o juiz, um apoio ao direito, que se deseja vêr consagrado.

4.^a *O onus da prova incumbe a quem allega o facto do qual induz a existencia de um direito. Ei incumbit probatio qui dicit non qui negat* (3).

5.^a *O juiz deve julgar pelo allegado e provado* (4). *Secundum allegata et probata iudex judicare debet*. Questionam os tratadistas sobre se é mais conveniente á ordem juridica limitar a accção do juiz á applicação da lei, sem ponderar as provas, ou permittir-lhe julgar segundo a sua convicção intima, independentemente das provas apresentadas, ou, finalmente, deixar-lhe o criterio da apreciação das provas, sem ir além dellas. A discussão é ociosa, porque, geralmente, concluem pelo ultimo systema, o da persuasão racional (5). O

(3) JOÃO MONTEIRO, *Processo*, II, § 127; NEVES E CASTRO, *Provas*, ns. 27-32; D. 22, 3, frs. 2 e 12; Nov. 18; *Codigo Civil francez*, art. 1.315; *italiano*, 1.312.

(4) Ord. 3, 66; JOÃO MONTEIRO, *Processo*, II, § 124.

(5) JOÃO MONTEIRO, *Processo*, II, § 124; AURELIANO DE GUSMÃO, *Processo*, I, nota 1 á p. 227; PAULA BAPTISTA, *Theoria e pratica do Povo*, § 137.

juiz julga pelas provas que lhe são apresentadas, mas tem o direito e o dever de examinal-as e pesal-as para extrahir dellas a relativa verdade legal.

6.^a *O que se prova é o facto allegado*, não o direito a applicar, porque nisto consiste a função do juiz, órgão vivo da lei, como já o têm chamado. Todavia, se o direito applicavel fôr costumeiro, como repousa sobre um facto, que é a repetição constante de um certo modo de comprehender determinada relação de direito, é mister proval-o. Tambem o direito estrangeiro deve ser provado, salvo se o juiz tiver delle conhecimento (6), apesar da opinião de alguns autores, para os quaes a communhão do direito entre os povos cultos impõe, aos juizes locaes, a tarefa incomportavel de conhecer o direito estrangeiro. A mesma necessidade de prova está adstricto o direito estadual ou municipal, quando applicado fóra das circumscripções territoriaes para as quaes foi promulgado.

II. A theoria das provas desenvolve-se nas fronteiras entre o direito material e o processual, por isso ha interesse em traçar a linha que separa a parte que cabe a um da que se acha nos dominios do outro.

Cabe ao direito civil determinar as provas dos actos juridicos, indicar-lhes o valor legal e as condições de sua admissibilidade, porque, nesses diversos momentos, as provas fazem corpo com a forma dos actos, orientam e limitam a actividade das pessoas na

(6) Código do Processo Civil e Commercial, para o Districto Federal, art. 183; Ord. 3, 56, §§ 8 e 9; dec. n. 3.084, de 1898, art. 260; meu *Direito internacional privado*, § 14, onde a materia é disc'rida em face dos principios e das legislações; João MONTEIRO, *Processo*, II, § 126; CARLOS DE CARVALHO, *Direito civil*, art. 46; *Esboço*, art. 6; Código Civil portuguez, artigo 2.406.

ordem juridica. Ao direito processual pertence estabelecer os modos de constituil-as e de produzil-as em juizo (7).

§ 64

Meios de prova

I. A lei, umas vezes, impõe certas fórmias obrigatorias aos actos. E' obvio que, nesses casos, sómente podem ser provados se puderem ser apresentados sob a fórmula exigida pelo direito positivo. Outras vezes, a lei não impõe, directamente, a fórmula do acto, mas declara que sómente póde ser provado de um determinado modo.

Em ambos os casos, a prova é *preconstituída*, porque a lei a exige, indicando qual deva ser, e sómente é possível que appareça se, previamente, antes de qualquer contestação, tiver sido constituída.

Assim, se a lei estatue que, num certo acto, a escriptura é da substancia, e, em relação a certo outro, declara que sómente por escriptura elle se póde provar, é claro que o acto ha de submetter-se á fórmula escripta, para que tenha efficacia e prevaleça quando contestado.

Collocando-se neste ponto de vista, declarava o *Projecto primitivo*, art. 142: «Quando a lei exige para o acto um determinado meio de prova, entende-se que

(7) JOÃO MONTEIRO, *Processo*, vol. II, § 122; *Unidade do direito*, n. 45; MATTIROLI, *Diritto giudiziario civ. ital.*, I, numero 116; JOÃO MENDES JUNIOR, *Revista de jurisprudencia*, VI, p. 208; KOHLER, *Einf. in die Rechtswissenschaft*, § 70; FADDA e BENZA, nota F ás *Pand.*, de WINDSCHEID, vol. I; meu *Em defesa*, p. 44. Este assumpto foi tambem debatido, por occasião de se discutir, na Camara dos deputados, o *Projecto de Codigo Civil*.

estabelece uma fôrma especial para o mesmo». Da mesma opinião se mostrára o douto procêssualista **João Monteiro**, cuja argumentação pôde ser condensada nestas palavras: «relativamente á solução do pleito, tanto faz dizer a lei que a escriptura é da substancia do acto, como que só é necessaria para a sua prova. Em uma palavra: a fôrma do acto, judiciariamente, se confunde com a prova do mesmo acto». «Assim, e em conclusão, ou a escriptura publica é substancial, e sem a respectiva producção não será viavel a acção ou a defeza, ou é só exigida para a prova, e, sem ella, a conclusão será a mesma» (1). No mesmo sentido, manifesta-se **Neves e Castro**: «Tanto vale dizer que a escriptura é da substancia do acto, como que é necessaria para a prova do mesmo acto» (2).

No emtanto, no Codigo Civil, não foi mantida a citada disposição do Projecto primitivo, por se entender que a distincção entre escriptura para a existencia e escriptura para a prova deve ser mantida.

Teixeira de Freitas, effectivamente, insistiu sobre esta materia, achando-a de grande relevancia. «Quando o legislador declara que um contracto não se pôde fazer sem escriptura publica, seu ponto de vista é o acto da celebração do contracto. Quando, porém, declara que o contracto não se pôde provar, senão por escriptura publica, seu ponto de vista é outro, suppõe já feito o contracto; e, tanto assim o suppõe, que o considera contestado e dependente da necessidade da prova. Como, pois, entender, neste segundo caso, que a falta de escriptura publica induz a nullidade do contracto? Se, neste segundo caso, a escriptura publica não é um elemento essencial do contracto, como pôde haver nullidade, sem ter havido preterição de elemento essen-

(1) *Processo*, II, § 135.

(2) *Theoria das provas*, n. 135.

cial? O fim do legislador, neste segundo caso, tendo sido simplesmente a fôrma do contracto, é claro que tal fim se consegue, quando a parte obrigada confessa o contracto» (3).

Detenhamo-nos sobre esta ultima affirmação. Será verdade que, neste caso, seja sempre sufficiente a confissão de um dos contrahentes para se concluir pela existencia do acto? Não, evidentemente, desde que interesses de terceiro se achem envolvidos. Depois, se a prova deve apparecer no momento da contestação, como suppôr que o devedor confessa a obrigação?

No Codigo do Commercio, a distincção não apparece, usando o legislador da expressão *só pôde provar-se por escripto*, para declarar que o escripto é da substancia do acto.

Qualquer, porém, que pudesse ser o interesse da questão no direito patrio anterior ao dec. n. 79 de 26 de Agosto de 1892, de todo esvahiou-se com esse acto legislativo, cujo artigo 2 assim se exprime: “As pessoas que podem passar procuração do proprio punho, *estão igualmente habilitadas para contrahirem, por instrumento particular*, feito e assignado de seu punho, e com duas testemunhas, *obrigações e compromissos, qualquer que seja o valor da transacção*. Paragrapho unico. *O disposto neste artigo não comprehende os casos em que a escriptura é da substancia do contracto.*»

Ora, se quaesquer contractos, de qualquer valor que sejam, podem ser celebrados por escripto particular, comtanto que não seja a escriptura publica de sua substancia, não ha mais contractos que, para a prova, necessitem da escriptura publica, senão esses nos quaes ella é de sua substancia (4).

(3) Nota 26 ao art. 366 da *Consolidação*. Veja-se tambem CARLOS DE CARVALHO, *Direito civil*, art. 300.

(4) *Meu Direito das obrigações*, § 72.

O Codigo Civil, art. 135, reproduz o mesmo principio, dando-lhe expressão mais precisa:

II. Afastada esta questão, examinemos quaes os meios de prova reconhecidos pelo direito patrio. São elles (4ª):

1º Os instrumentos publicos;

2º Os instrumentos particulares, entre os quaes se incluem as cartas e os telegrammas;

3º Confissão;

4º Testemunhas;

5º Presumpções;

6º Exames e vistorias;

7º Documentos publicos e particulares.

Não se destaca o *juramento*, entre os meios de prova, porque, seja *in litem* seja *suppletorio*, ha nelle a invocação de Deus, para ser testemunha do que se afirma, envolvendo a declaração, de que se aceita o castigo do perjurio, como offensa á divindade, o que é do dominio exclusivo da religião, e se não coaduna com a laicidade do direito hodierno (5).

III. Em paragrapho anterior (6) já se disse que actos devem ser feitos e, portanto, provados por instrumento publico. Não ha necessidade de voltar sobre esse assumpto.

Instrumentos publicos são os feitos, segundo as formalidades leaes, por official publico, em seu districto e segundo as suas attribuições.

São instrumentos publicos:

1º As escripturas lavradas por tabellião e os trasladados extrahidos dos seus livros de notas.

(4ª) Sobre meios de prova, merece leitura o *Processo civil e commercia!* de JORGE AMERICANO.

(5) Veja-se a *Revista academica* da Faculdade de Direito do Recife, anno XIII, p. 34-35.

(6) § 60, III.

2º Os actos judiciaes;

3º As certidões tiradas dos autos pelos escrivães;

4º Os actos authenticos passados em paiz estrangeiro, segundo as leis respectivas, e legalizadas pelos consules brasileiros;

5º As certidões extrahidas dos livros das repartições fiscaes, do registro civil de nascimentos, casamentos e obitos e dos outros registros publicos;

6º Os instrumentos guardados nos archivos publicos;

7º Os instrumentos de approvação dos testamentos cerrados;

8º As notas dos corretores, estando os seus livros regularmente escripturados;

9º Os protestos de letras.

Outros instrumentos equiparam-se aos publicos, taes como: os conhecimentos de mercadorias, concebidos nos termos dos arts. 585 a 587 do Codigo do Commercio, e os instrumentos de contracto de dinheiro a risco ou cambio maritimo, nos termos do art. 633 do mesmo Codigo do Commercio (7).

O instrumento publico faz prova absoluta, ainda em relação a terceiros, quanto á existencia do acto juridico e aos factos nelle certificados pelo official publico (8).

O vinculo de direito, é claro, só se refere aos agentes e seus herdeiros. A parte dispositiva do instrumento contém a propria essencia do acto, e, portanto, obriga os agentes; a enunciativa, que contém declarações

(7) Reg. 737, arts. 138, § 1, e 140, § 1; JOÃO MONTEIRO, *Processo*, II, §§ 133 e 136; SEVE e NAVARRO, *Pratica*, art. 526.

(8) JOÃO MONTEIRO, *Processo*, II, § 139; SEVE e NAVARRO, *Pratica*, art. 520.

accessorias, sómente obriga e prova direitos, se tem relação directa, com a dispositiva (9).

IV. Os actos civis, que não devam ser, obrigatoriamente, celebrados por instrumento publico, por não ser este de sua substancia, provam-se de modo pleno, por escripto particular feito e assignado do proprio punho do agente e subscripto por duas testemunhas (10). Estes instrumentos particulares, porém, só valem contra terceiro, depois de transcriptos no registro de titulos, formalidade tambem necessaria para a cessão de direitos (11).

O reconhecimento das firmas é funcção dos tabeliães, porém, a averbação delle, na Capital Federal e onde houver officio privativo, é da competencia do official do registro especial de titulos, ao qual tambem compete o registro dos instrumentos particulares e outros papeis, para authenticidade, conservação e perpetuidade dos mesmos (12).

As procurações de proprio punho devem ter as firmas reconhecidas para valerem contra terceiros (13).

As cartas e a correspondencia particular não podem ser publicadas pelo destinatario, sem consentimento da pessoa, que as endereçou, salvo em defeza dos direitos do primeiro ou da segunda (14).

(9) Veja-se a nota anterior.

(10) Cod. Civil, art. 135.

(11) Cod. Civil, art. 135.

(12) Lei n. 973 de 2 de Jan. de 1903, art. 1, § 2; decreto n. 4.775, de 16 de Fev. de 1903.

(13) Codigo Civil, art. 1.289, § 4º. O direito anterior era algo differente: Dec. de 23 de Agosto de 1892, art. 2; lei de 2 de Janeiro de 1903, art. 1, § 2; reg. de 16 de Fevereiro de 1903, art. 76.

(14) Cod. Civil, art. 671, paragrapho unico; Criminal, art. 191. Sobre os contractos celebrados por telegramma, leia-se LACERDA DE ALMEIDA, *Obrigações*, § 61.

V. Os instrumentos publicos ou particulares não têm fé em juizo, se se acham cancellados, raspados, riscados ou borrados em logar substancial ou suspeito, salvo provando-se que o vicio foi intencionalmente feito por quem tinha interesse na inutilização do documento. As entrelinhas ou emendas devem ser resalvadas para não prejudicarem o documento (15).

Os instrumentos de contractos celebrados no Brasil devem ser escriptos em portuguez, para que possam ser apresentados em juizo e façam fé, salvo sendo estrangeiros todos os contractantes, mas, neste caso, deverão ser traduzidos. Tambem devem ser traduzidos os actos authenticos e os escriptos particulares passados em paiz estrangeiro que tiverem de fazer prova em juizo (16).

VI. O assentimento ou autorização de alguém, necessario para a validade de algum acto, deverá ser provado do mesmo modo que este (17).

VII. A prova testemunhal é das mais perigosas, se bem que inevitavel (18). Felizmente os seus perigos são menos graves no direito civil do que no penal.

No direito privado brasileiro valem sobre a prova testemunhal os seguintes preceitos:

a) Não podem ser testemunhas: os alienados; os menores de 16 annos; os cegos e os surdos quanto aos

(15) Reg. 737, arts. 145 e 146; JOÃO MONTEIRO, *Processo*, II, § 139; SEVE E NAVARRO, *Pratica*, arts. 516, § 7, e 525; CARLOS DE CARVALHO, *Direito civil*, art. 307.

(16) Cod. Civil, art. 141; Reg. 737, art. 147. A tradução deverá ser feita por interpretes officiaes, e, não os havendo, por interprete nomeado pelo juiz a aprazimento das partes (Reg. cit., art. 148; JOÃO MONTEIRO, *Processo*, § 139).

(17) Conf. CARLOS DE CARVALHO, *Direito Civil*, arts. 268, letra f, e 1.473, § 1; Projecto primitivo, art. 143; da Camara, 137.

(18) KOHLER, *Einj. in die Rechtswissenschaft*, § 70; HANS GROS, *Polizia giudiziaria*, cap. II, b; JOÃO MONTEIRO, *Processo*, II, § 172.

factos da visão e da audição; os que têm interesse na causa entre os quaes se hão de considerar o tutor e o inimigo capital; o descendente, o ascendente, o marido, a mulher; o parente consanguíneo na linha collateral até o 3º grau; o parente affim na linha recta ou collateral até o grau indicado (19).

b) O profissional pôde excusar-se a depôr quanto ao segredo que lhe foi confiado em virtude de sua profissão (20). As pessoas que se acham neste caso são o advogado, o medico, a parteira, o padre, no exercicio de seu ministerio.

c) A mulher pôde ser testemunha em quaesquer actos (21).

(19) Cod. Civil, art. 142; Reg. 737, art. 177; Ord. 3, 56; 4, 85; SEVE E NAVARRO, *Pratica*, art. 614; JOÃO MONTEIRO, *Processo*, §§ 165 e 166; PAULA BAPTISTA, *Pratica*, § 134. Os parentes em qualquer grau podem ser testemunhas de casamento (Codigo Civil, art. 193). Nos casamentos celebrados *in articulo mortis*, não deverão ser parentes em linha recta, nem, na collateral, até o 2º grau (art. 199, paragrapho unico). Veja-se ainda, na Ord. 3, 58, §§ 5 e 9, e em SEVE E NAVARRO, art. 616, a indicação de pessoas que, por falta de bõa fama, merecem pouco credito, como os falsarios, as meretrizes, os malfeitoses.

(20) Cod. Civil, art. 144; NEVES E CASTRO, *Theoria das provas*, n. 269; PEREIRA E SOUZA, *Processo civil*, nota 477; COELHO DA ROCHA, *Inst.*, 184, *escolio*; JOÃO MONTEIRO, *Processo*, §§ 61, nota 20, e 166, nota 9; AURELIANO COUTINHO, *Segredo profissional*, na *Revista da Faculdade de Direito* de S. Paulo, volume III, p. 36; D. 22, 5, fr. 25; Codigo Civil portuguez, artigo 2.511, 5; Projecto COELHO RODRIGUES, art. 398; *primitivo*, 154.

Vejam-se ainda o Codigo Penal, art. 192, e as observações de MACEDO SOARES e BENTO DE FARIA.

(21) O Codigo Civil fez desaparecer a incapacidade que o direito anterior attribuia á mulher para testemunhar em certos actos (Ord., 4, 80). Muitos systemas juridicos não admitiam a mulher como testemunha nos actos juridicos. Hoje essa exclusão desapareceu em muitos delles, como o francez (lei de 7 de Dez. de 1897, Codigo Civil, arts. 37 e 980), o de Genebra (lei de 5 de Julho de 1897) e o da Noruega (lei de 3 de Agosto de 1897).

d) Ainda que o ascendente não possa ser testemunha em causa do descendente, é licito ouvir o ascendente, consanguíneo ou affim, sobre o nascimento ou obito do filho (22).

e) Em caso algum se considerará prova sufficiente o depoimento de uma só testemunha (23).

f) A prova testemunhal, fóra dos casos exceptuados em lei, só é admissivel nos contractos cujo valor não exceder de um conto de réis, (24) e para os quaes não fôr obrigatoria a prova por escripto, publico ou particular.

g) Qualquer que seja o valor do contracto, a prova testemunhal é admissivel como subsidiaria ou complementar da prova por escripto (25).

VIII. *Presumpções são induções que a lei ou o juiz tira da reiteração de factos conhecidos para estabelecer a verdade de factos desconhecidos* (26).

(22) Cod. Civil, art. 143; Ord., 3, 5, 6, § 1; PEREIRA E SOUZA, *Processo civil*, nota 477; SEVE E NAVARRO, *Pratica*, artigo 614, § 6.

(23) *Testis unus, testis nullus*. Uma testemunha só não faz prova, mas tem valor, segundo as circumstancias, para completar outra prova. NEVES E CASTRO, *Theoria das provas*, n. 272; JOÃO MONTEIRO, *Processo*, II, § 168, que, entretanto, faz restricções sensatas ao brocardo canonico acima invocado; Codigo 4, 20, l. 9, § 1; Codigo Civil portuguez, art. 2.512. A Ord. 3, 52, considera *meia prova*, a de uma só testemunha.

(24) Cod. Civil, art. 141; Reg. 737, art. 182; CARLOS DE CARVALHO, *Direito civil*, art. 318, § 2.

(25) Codigo Civil, art. 141, parag. unico; Reg. 737, artigo 183; CARLOS DE CARVALHO, *Direito civil*, art. 318, § 3.

(26) JOÃO MONTEIRO, *Processo*, II, § 174; SEVE E NAVARRO, *Pratica*, art. 641; JORGE AMERICANO, adopta a opinião dos que não consideram a presumpção *meio* de prova; mas se pelas presumpções podemos estabelecer a verdade, não ha como desclassical-as de entre os meios de prova.

As presumpções são legaes ou communs (*hominis*). As primeiras são creações da lei, e podem ser absolutas (*juris et de jure*) ou relativas (*juris tantum*).

São presumpções legaes absolutas, diz o reg. 737, art. 185, *os factos ou actos que a lei, expressamente, estabelece como verdade, ainda que haja prova em contrario, como a coisa julgada. Presumpção legal condicional é o facto, continúa o citado reg., art. 186, ou o acto que a lei, expressamente, estabelece como verdade, emquanto não ha prova em contrario.* O effeito desta presumpção é dispensar do onus da prova aquelle que a tem em seu favor, ficando á parte contraria o direito de destruil-a.

João Monteiro combate a technologia do regulamento, que, aliás, é a dos nossos praxistas em sua grande maioria. Effectivamente o que a escola e o regulamento chamam presumpção absoluta, *juris et de jure*, não é um meio de prova, é a fórmula escolhida pelo legislador para exprimir um conceito juridico (27).

Presumpções communs, outra definição do reg. 737, art. 187, são aquellas que a lei não estabelece, mas se fundam naquillo que ordinariamente acontece.

As presumpções communs são admissiveis nos mesmos casos em que o é a prova testemunhal (28).

(27) *Processo*, II, § 175.

(28) Reg. 737, art. 188.

Para os outros meios de prova, vejam-se o reg. 737, artigos 189-215, e os praxistas, especialmente PAULA BAPTISTA, *Practica*, §§ 144-158; JOÃO MONTEIRO, *Processo*, II, §§ 131-132, 144-161 e 177-180; SEVE E NAVARRO, *Practica*, arts. 651-681; e NEVES E CASTRO, *Theoria das provas*, ns. 71-123; RIBAS, *Processo civil*, arts. 326 e segs.; e os Codigos de Processo dos Estados, de Minas, arts. 265 e segs.; da Bahia, 135 e segs.; do Ceará, 172 e seguintes.

CAPITULO II

DAS NULLIDADES DOS ACTOS JURIDICOS

§ 65

Theoria das nullidades (1)

I. A theoria das nullidades é ainda vacillante na doutrina, circumstancia que, alliada á falta de nitidez dos dispositivos legais, á ausencia de principios directores do pensamento em funcção legislativa, tem dado a este assumpto um aspecto particularmente rebarbativo.

No direito romano dos primeiros tempos, os factos apresentavam-se com uma simplicidade absoluta. O acto foi praticado contra as prescrições da lei? E'

(1) SAVIGNY, *Droit romain*, §§ 202 e 203; WINDSCHEID, *Pand.*, §§ 70, 82 e 83; ENDEMANN, *Einf.*, §§ 74 e 75; DERNBURG, *Pand.*, I, §§ 120-122; CHIRONI, *Istituzioni*, I, § 71, MOURLON, *Répétitions écrites*, II, ns. 1.482-1.489; PLANIOL, *Traité*, I, ns. 307-330; LAURENT, *Principes*, I, ns. 526-646 e XV, 450-466, XXII, ns. 391-392; AUBRY et RAU, *Cours*, I, § 37; SALEILLES, *Déclaration de volonté*, p. 251 e segs.; MARTINHO GARCEZ, *Nullidades dos actos juridicos*, tit. I; LACERDA DE ALMEIDA, *Obrigações*, nota G; JOÃO MONTEIRO, *Processo civil*, I, §§ 69-78; SÖLON, *Nullidades*, trad. publicada na *Revista forense*, de Bello-Horizonte, a começar do 1º fasc.; PAULA BAPTISTA, *Pratica*, §§ 78 a 81, da 7ª ed.; PIMENTA BUENO, *Nullidades do Processo*; BENTO DE FARIA, *Nullidades em materia criminal*; EUGENIO DE TOLEDO, *Nullidades do processo civil e commercial*; SOUZA LIMA, *Nullidades*; ALMEIDA OLIVEIRA, *Lei das execuções*, p. 242 e segs.; RIBAS, *Curso*, p. 159 e segs.; ESPINOLA, *Systema*, I, p. 502 e segs.; VAMPRÉ, *Manual*, I, §§ 80 a 82 e 109; BUFNOIR, *Propriété et contrat*, leçons 47 a 53; COLIN et CAPITANT, *Cours*, I, p. 73 e segs.; AMEZAGA, *De las nullidades*; MOREIRA GUIMARÃES, *Actos Juridicos*.

nullo, quer dizer, não tem existencia legal. *Ea quae lege fieri prohibentur si fuerint facta, non solo inutilia, sed pro infectis, etiam habentur*, ainda se diz no direito imperial (2). Mas este rigor de logica juridica pareceu excessivamente rigido, e, começaram os abrandamentos do direito pretoriano a crear distincções, das quaes resultava que uns actos eram nullos de pleno direito e independentemente de rescisão, e outros necessitavam de uma acção em justiça e de uma sentença para serem declarados nullos.

Esta distincção manteve-se na doutrina até nossos dias, mas não estão de accôrdo os escriptores sobre quaes os actos que devam entrar nessas duas classes, nem por que criterio se hão de distribuir, nem sobre se essas duas categorias são sufficientes para conter todos os actos, a que a ordem juridica recusa apoio.

Planiol mostra a desharmonia de idéas que reina entre os escriptores francezes. D'Argenté, Bouhier, Guyot accentuavam a antithese entre actos nullos e annullaveis, mas as idéas de Domat, que tentou a construcção geral da theoria, assim como as de Pothier, são insufficientes.

Aubry et Rau, seguindo Zachariae, apresentam mais uma ordem de actos inefficazes, a dos inexistentes. A proposta foi acceita, porém, a divergencia se estabeleceu, desde logo, sobre a noção desses actos. Colmet de Santerre e Demolombe confundem inexistente e nullo; Laurent assimila nullo e annullavel e denomina inexistentes os que são nullos de pleno direito.

Depois da critica, Planiol estabelece a sua doutrina, que, realmente, ostenta, á primeira vista, a simplicidade caracteristica da verdade, e tão clara se mostra que, mal se expõe, logo é acceita pela intelligencia, que pasma de não a ver geralmente adoptada. Todavia

(2) Cod. 1, 14, l. 5.

esse primeiro clarão soffre intermittencias no desdobramento da doutrina. Inexistente é o acto que a lei não tem necessidade de annullar, porque não chegou á existencia, por outros termos, é o acto a que «falta um elemento essencial á sua formação, de modo que não se possa conceber a formação do acto na ausencia desse elemento» (3). O acto nullo de pleno direito é o que a lei declara tal (nullidade expressa) ou cuja inefficacia decorre do seu espirito (nullidade tacita). Aqui se insinua alguma coisa de vago que conturba a visão. Em geral os actos praticados contra a lei prohibitiva são nullos; mas as excepções são numerosas a ponto de invalidar a regra de direito, que se pretendesse erigir. Tambem das disposições imperativas, resultam nullidades, ainda que não egualmente frequentes, pois a lei, em lugar de annullar o acto praticado contra as suas disposições, póde estabelecer uma pena (4). A annullabilidade resulta dos vicios da vontade ou da incapacidade do agente (5).

Solon estabelece um numero consideravel de distincções, ainda que a sua tendencia seja para reduzir os casos de nullidades: 1º Nullidades de ordem publica e nullidades de direito privado; 2º Nullidades de ordem publica propriamente dictas e de ordem publica secundaria; 3º Absolutas e relativas; 4º De pleno direito e dependentes de acção; 5º Dependentes de acção de nullidade e dependentes de acção rescisoria; 6º Continuas e não continuas (6).

(3) *Traité*, I, n. 326. No meu *Direito da familia*, § 24, expuz, fundado no Cod. Civil allemão e em civilistas, uma classificação semelhante em relação ao casamento, considerando inexistentes os casamentos celebrados por quem não tivesse autoridade legal para a presidencia do acto.

(4) *Traité*, ns. 317 e 318.

(5) *Traité*, ns. 321 a 323.

(6) *Revista forense*, vol. I, ps. 95-100.

II. Não farei a critica do systema de Solon, porque, ao examinar, em seguida, o nosso reg. 737, terei de consideral-a em seus pontos principaes. Basta-me, por ora, dizer que, aos proprios olhos do autor, o vicio da nimia subtileza se fez sentir, achando-se elle na obri-gação de apresentar desculpas. E é por uma doutrina precisa e clara, que aneiamos, doutrina que assegure o direito dos individuos e offereça aos juizes base para as suas decisões.

Que é nullidade? *E' a declaração legal de que a determinados actos juridicos se não prendem os effeitos ordinariamente produzidos pelos actos semelhantes.* Como a pena, em relação ao crime, é a decretação da nullidade uma reacção do organismo social para manter ou restabelecer o equilibrio da ordem juridica. Esta idéa assomou ao espirito de muitos dos que têm estudado esta materia. «A nullidade constitue, rela-tivamente áquelle que violou a lei, a punição de sua desobediencia», diz Solon. «E' uma verdadeira pena que consiste na privação dos direitos ou vantagens, que o acto teria conferido, se fosse conforme á lei, e que tira todos os beneficios d'elle resultantes, para collocar as partes no estado em que se achavam, quando foi feito o acto illegal. — *Restitutio ita facienda est ut unusquisque integrum jus suum recipiat*» (7).

Esta reacção opera-se de modo mais ou menos vio-lento, mais ou menos decisivo, segundo os interesses feridos pela illegalidade do acto. Quando o acto offen-de principios basicos da ordem juridica, principios ga-rantidores dos mais elevados interesses da collectivi-dade, é bem de ver que a reacção deve ser mais ener-gica, a nullidade deve ser de *pleno direito*, o acto é *nullo*. Quando os preceitos que o acto contraria são

(7) *Revista forense*, vol. I, p. 18.

destinados mais particularmente a proteger os interesses das pessoas, e estas se acham aparelhadas para se dirigirem nas relações da vida social, ou porque tenham capacidade plena ou porque já disponham de certo discernimento, que pesa no commercio juridico, ou porque se acharam, no momento, assistidas pelos recursos que o direito subministra aos incapazes, a reacção é attenuada pela vontade individual que se interpõe. O acto, neste caso, é apenas *annullavel*.

Foi tomando estas idéas por norma que o Projecto *primitivo*, art. 156, considerou *nullo* o acto juridico:

- 1º Quando o agente fôr absolutamente incapaz;
- 2º Quando a lei prohibir ao agente o exercicio do acto de que se trata;
- 3º Quando fôr illicito ou impossivel o seu objecto principal;
- 4º Quando não revestir a fórmula especial que a lei lhe tiver prescripto;
- 5º Quando fôr preterida alguma solemnidade, que a lei considera essencial para a fórmula juridica do acto;
- 6º E sempre que a lei o declarar *nullo* ou lhe negar effeito (8).

Pelo art. 159, é declarado *annullavel* o acto juridico:

- 1º Quando o agente fôr incapaz relativamente;
- 2º Quando o acto entrar no circulo das restricções impostas á capacidade da mulher casada;

(8) O Codigo Civil, arts. 145 e 147, manteve essas disposições, salvo quanto ao n. 2. Effectivamente é um caso que sofre excepções, como em materia de casamento; mas eliminá-lo inteiramente como se fez, não parece alvitre acertado, a não ser que o legislador tenha cuidado de comminar a nullidade, sempre que o caso se apresentar.

3º Quando a volição nelle declarada se achar viciada por erro, dolo, coacção, simulação ou fraude.

A incapacidade relativa, de que trata o n. 1º, tem uma comprehensão maior do que ordinariamente se attribue a esta expressão. Assim, os actos praticados pelo marido, sem outorga da mulher, são annullaveis, quando essa formalidade é exigida, porque sem a intervenção de sua consorte, o marido não póde (isto é, não tem capacidade juridica) validamente, para, praticar certos actos.

O Codigo Civil supprimiu o n. 2º, por ter incluido a mulher casada no numero dos relativamente incapazes. Aliás esse numero justamente fôra motivado, por ter o Projecto *primitivo* introduzido uma reforma em **nosso direito, relativamente á incapacidade da mulher casada**; mas a sua ausencia em nada prejudicava a construcção da theoria.

Além dos actos nullos e annullaveis, conhecia o *Projecto* a classe dos inexistentes, que não se acham comprehendidos na definição de nullidade. Certamente não podiam ser os que se achassem viciados por incapacidade absoluta ou por defeito substancial de forma, porque esses são actos nullos; tambem não podiam ser aquelles a que negava effeito, porque se achavam, egualmente, incluidos na categoria dos nullos. Eram os que não tinham sequer a apparencia de um acto juridico de seu genero, como, por exemplo, um testamento feito de viva voz, ainda sendo por occasião de molestia grave, ou feito por carta ao herdeiro; como o acto em que deve intervir o juiz ou outra autoridade publica, e esta não funcionou ou, em vez della, officiou um particular.

Comprehende-se que a transição entre o acto nullo e o inexistente é suave; deslisa a mente de um para o outro como que insensivelmente; não obstante, a dis-

tincção é real, porque o primeiro soffre de um vicio essencial, que o desorganiza e desfaz: é um enfermo condemnado á morte; o outro não tem existencia juridica; será, quando muito, a sombra de um acto, que se desvanece, desde que a consideremos de perto.

§ 66

Critica do regulamento 737 (*)

A critica da theoria das nullidades, que se encontra no reg. 737, de 25 de Novembro de 1850, foi feita de modo conciso, mas completo por Lacerda de Almeida (1). Lei merecedora de todos os encomios, esse regulamento, se attendermos á circumstancia do tempo, em que foi redigido, mostra-se pouco feliz no capitulo das nullidades, confundindo noções e complicando principios de si perfeitamente claros.

Determina o citado regulamento, art. 682: «A nulidade dos contractos só pôde ser pronunciada: — § 1º Quando a lei, expressamente, a declara; — § 2º Quando fôr preterida alguma solemnidade substancial para a existencia do contracto e fim da lei».

Temos ahi, aliás mal distinctamente indicada, uma primeira divisão das nullidades: — as de *fundo* e as de *fórma*. Sobre esta segunda classe, nada ha que observar; mas, quanto á primeira, é licito interrogar: serão sempre nullos os actos que a lei declara taes?

(*) Ainda que a theoria das nullidades seja hoje, entre nós, a que se encontra no Codigo Civil, e não mais a do regulamento 737, não perdeu a sua significação este §, pelos principios, que invoca.

(1) *Obrigações, loco citato*. Veja-se egualmente o vol. IV, p. 273-274 dos *Trabalhos da commissão da Camara dos deputados* (Codigo Civil).

A primeira remissão do regulamento é para o artigo 129, do Codigo do Commercio, onde se diz: São *nullos* todos os contractos commerciaes:

1º *Que forem celebrados entre pessoas inhabeis para contractar.* Em primeiro lugar, não são nullos todos os actos praticados por incapazes. Os actos praticados pelos puberes, sem autorização dos seus paes ou tutores, são, simplesmente, annullaveis. Por outro lado, o Codigo usa da expressão *inhabeis* para contractar. Compreender-se-á tambem nessa expressão a classe dos *prohibidos* do art. 2º? Não, evidentemente, porque, em regra, os actos praticados pelas pessoas, a que se refere o art. 2º do Codigo do Commercio, subsistem, apesar da prohibição, sendo outra a sancção da lei. O proprio fallido póde obrigar-se validamente em materia, que não se referir directa ou indirectamente aos interesses, direitos e obrigações da massa fallida.

2º *Que recahirem sobre objectos prohibidos pela lei, ou cujo uso fôr manifestamente offensivo da sã moral e bons costumes.* Estes são e devem ser nullos de pleno direito.

3º *Que não designarem a causa certa de que deriva a obrigação.* A theoria da causa, introduzida pelo direito francez, é falha e sem base (2), mas, accitando-a, será nullo o acto em que não fôr *designada a causa certa de que deriva a obrigação?* Se respondessemos affirmativamente, eliminaríamos, pela inefficacia, que lhe iriamos attribuir, grande numero de actos da vida ordinaria, e, em particular, as declarações unilateraes da vontade.

4º *Que forem convencidos de fraude, dolo ou simulação.* Estes actos, no proprio systema do Codigo, não são nullos, são apenas annullaveis.

(2) Vejam-se o meu *Direito das obrigações*, § 56, e JUSTINIANO DE SERPA, *Reforma da legislação cambial*, pag. 29-31.

5º *Os contrahidos por commerciante, que vier a fallir, dentro de quarenta dias anteriores á declaração da quebra.* Esta especie está, agora, regulada pela lei de 16 de Agosto de 1902, artigos 34-38, que distingue entre actos nullos de pleno direito, independentemente de acção de nullidade, actos nullos em beneficio da massa, e actos annullaveis (2ª).

O art. 683 do reg. distingue as nullidades de pleno direito das que dependem da rescisão. Desta enunciação parece que se deveria concluir que os actos da primeira classe são declarados nullos independentemente de acção, quando assim não é. Em materia de fallencia, é certo que os actos e operações de pagamento feitos pelo devedor depois da decretação do sequestro, ou da declaração da fallencia, são nullos, independentemente de acção de nullidade (3), mas, ordinariamente, a nullidade ou é declarada por sentença, quando allegada por acção propria, ou é pronunciada pelo juiz, quando allegada em defeza (4).

Continúa o regulamento. Art. 684: São nullidades de pleno direito:

§ 1º *Aquellas que a lei formalmente pronuncia, em razão da manifesta preterição de solemnidades, visíveis pelo mesmo instrumento ou por prova literal* (artigos, 129, §§ 1, 2, 3 e 5; 677, §§ 1, 2, 4, 6, 7, 8; 656, 827 e 828). Solemnidade visível do proprio instrumento não é, naturalmente, a capacidade das partes. Só excepcionalmente poderá ella constar do proprio instrumento. No emtanto, o regulamento refere-se ao art. 129, § 1º, que trata dos incapazes. Essa remissão

(2ª) Estes artigos estão, hoje, substituídos pelos artigos 55 e segs., da lei n. 2.044, de 17 de Dezembro de 1908.

(3) Lei n. 859 de 16 de Agosto de 1902, art. 34. Veja-se o art. 55 da lei n. 2.044.

(4) Reg. 737, art. 866, § 4.

é duplamente censuravel. Em primeiro logar, porque não é inteiramente exacto, como já se viu, que os actos de qualquer incapaz sejam sempre nullos de pleno direito; em segundo, porque a incapacidade do agente não se manifesta no instrumento, que dá fôrma ao negocio juridico.

§ 2º *Aquellas que, posto não expressas na lei, se subentendem por ser a solemnidade que se preteriu substancial, para a existencia do contracto e fim da lei; como se o instrumento é feito por official publico incompetente; sem data e designação de logar; sem subscripção das partes e testemunhas, não sendo lido ás partes e testemunhas, antes de assignado.*

Diz muito bem Lacerda de Almeida que as coisas aqui andaram trocadas. Effectivamente a falta da data e a da assignatura das partes e das testemunhas é que são visiveis do proprio instrumento, e não a incapacidade dellas. Os exemplos do § 2º é que deviam estar incluídos no § 1, em seguida ás suas palavras finais.

*Dá-se nullidade dependente de rescisão, quando no contracto, valido em apparencia, ha preterição de solemnidades intrinsecas; taes são: os contractos que, segundo o Codigo, são annullaveis (arts. 678 e 828); 2º os contractos em que intervem *dolo, simulação, fraude, violencia, erro* (arts. 129, § 4, 220 e 677, § 3 do Codigo). Se a preterição das solemnidades intrinsecas determina nullidade dependente de rescisão, as preterições das formalidades extrinsecas, no systema do regulamento, occasionam nullidades de pleno direito. Mas a incapacidade das partes é nullidade intrinseca; e como é, então, que o art. 684, § 1, incluiu a incapacidade das partes entre as causas de nullidades de pleno direito?*

Finalmente, não é exacto dizer que, nos actos viciados por fraude, ha preterição de formalidades in-

trinsecas. A vontade dos agentes manifestou-se no acto de modo real e perfeito. Foi por considerações sociaes de outra ordem, foi em defeza do interesse de terceiros, pela necessidade de contraminar a obra de má fé, e dar á vida economica a segurança da moral, que o direito destacou os casos de fraude, nos quaes o acto nenhum vicio de fórma ou de substancia offerece.

Estas confusões do regulamento, como é natural, reflectiram-se na jurisprudencia e na doutrina, conquistando para a theoria das nullidades os fóros de intrincada e fragosa. E ainda continúa a inconsistencia, quando passa a estabelecer as distincções entre as nullidades de pleno direito e nullidades dependentes de rescisão, pois os caracteres, que assignalam uma das especies, podem existir nas outras. Por exemplo, a nullidade dependente de rescisão *deve ser pronunciada por meio de acção competente*; todavia, *póde ser opposta em defeza*, em determinados casos, como veremos em seguida; e a nullidade de pleno direito póde ser allegada e pronunciada *por meio de acção e defeza* (art. 686).

A linha de separação não está traçada com a nitidez e o vigor que seria para desejar em assumpto de tanta importancia.

Finalmente, o systema do regulamento não póde ser de applicação geral. O casamento e o testamento obedecem a regras que se não adaptam aos preceitos estabelecidos no reg. 737, senão parcialmente. A nullidade de pleno direito no casamento não resulta de preterição de formalidades extrinsecas, e sim da violação de preceitos basilares da ordem moral e juridica. A annullabilidade não é sómente consequencia de vicios da vontade, alguns dos quaes não têm applicação á materia; resulta principalmente da necessidade de garantir a liberdade dos nubentes, o pleno conheci-

mento do acto e das pessoas, que se vão unir perpetuamente, e a tranquillidades das familias.

§ 67

Actos nullos e annullaveis

I. *São actos nullos* (de pleno direito) os que, inquinados por algum vicio essencial, não podem ter effacia juridica.

Entram nesta classe, segundo o direito vigente:

I. Os praticados por pessoa absolutamente incapaz (Cod. Civil, art. 5).

II. Aquelles cujo objecto fôr illicito ou impossivel.

III. Os que não revestirem a forma prescripta na lei (arts. 82 e 130).

IV. Os em que fôr preterida alguma solemnidade, que a lei considere essencial para a sua validade.

V. Os que a lei, taxativamente, declarar nullos ou sem effeito (1).

Estas nullidades podem ser allegadas por qualquer interessado, ou pelo Ministerio Publico, quando lhe couber intervir. Devem ser pronunciadas pelo juiz, quando conhecer do acto ou dos seus effeitos, e as encontrar provadas, não lhe sendo permittido suppril-as ainda a requerimento da parte (2).

E' que essas nullidades são de ordem publica, e tiram todo o valor ao acto. Por isso, podem ser allegadas independentemente de prova de prejuizo.

O Codigo Civil não distingue mais, como o regulamento n. 737, a nullidade de pleno direito em absoluta e relativa. Todas as nullidades de pleno direito

(1) Codigo Civil, art. 145.

(2) Codigo Civil, art. 146.

actuam como absolutas, podem ser allegadas por qualquer interessado e podem ser pronunciadas *ex-officio*.

Não podem ser confirmados. Se, com essa intenção, fôr novamente celebrado o acto, de accôrdo com as prescripções da lei, produzirá effeito, sómente da data dessa nova celebração.

II. *Actos annullaveis* (dependentes de rescisão) *denominam-se os que se acham inquinados de um vicio capaz de lhes determinar a inefficacia, mas que poderá ser eliminado, restabelecendo-se, assim, a normalidade do acto.*

Entram nesta classe:

1º Os actos viciados por erro, dolo, simulação, violencia ou fraude (3);

2º Os praticados por pessoas relativamente incapazes (4).

Os actos annullaveis produzem effeito enquanto não se annullam (5).

A nullidade relativa deve, ordinariamente, ser allegada, em acção competente, pelos agentes, seus successores ou subrogados. Todavia esta nullidade pôde ser opposta em defeza, sem dependencia de acção directa rescisoria: 1º pelas partes contractantes, successores e subrogados; 2º pelo terceiro, na parte em que o prejudica, e só relativamente a elle; 3º pelo exequente, na execução, e pelos credores no concurso de preferencia, para impedirem o effeito de contractos simulados, fraudulentos e celebrados em fraude á execução (6).

(3) Código Civil, art. 147; reg. 737, arts. 685 e 686, 2º.

(4) Cod. Civil, art. 147. Veja-se o § 10.

(5) Cod. Civil, art. 157; reg. 737, art. 686, § 1.

(6) Reg. 737, art. 686, §§ 4, 1ª al., e 5º. Código Civil, artigo 1.555.

Quando a nullidade dependente de rescisão, ou relativa, é opposta em defeza, a sentença não annulla o contracto, senão relativamente ao objecto de que se trata.

III. Os actos annullaveis podem ser ratificados e a ratificação retroage á data do acto salvo prejuizo de terceiro (7).

Ratificação expressa ou confirmação é um acto juridico, que tem por fim expungir, de outro acto, as nullidades que o viciam. Deve conter a substancia do acto e a declaração da vontade de ratificá-lo (8). Não importa novação.

Ratificação tacita é a que resulta da execução voluntaria do acto. Importa igualmente confirmação a falta de reclamação em tempo opportuno.

E' excusada a confirmação expressa, quando a obrigação já tiver sido cumprida em parte pelo devedor que conhecia o vicio respectivo (9).

A confirmação expressa ou tacita importa renuncia de todas as acções e excepções, porque, como dizem as regras de direito: *o que uma vez se approva não se deve depois reprovar; regresso não se dá a quem tem renunciado o seu direito* (10).

(7) Codigo Civil, art. 148; Reg. 737, art. 688; D. 4, 4, frs. 3, § 1 e 30; Codigo Civil *argentino*, art. 1.058; *chileno*, 1.684; *uruguayo*, 1.536; *allemao*, 144; *hespanhol*, 1.310; *japonez*, 122; *Esboço*, 813 e 821; FELICIO DOS SANTOS, 268; COELHO RODRIGUES, 262; Projecto *primitivo*, 160.

(8) Cod. Civil, art. 149.

(9) Cod. Civil brasileiro, art. 150; *francez*, art. 1.338; *hespanhol*, 1.308 e 1.311; *allemao*, 144; *japonez*, 125; *argentino*, 1.063; *chileno*, 1.695; *uruguayo*, 1.544; *Esboço*, 817; COELHO RODRIGUES, 363, § 2; Projecto *primitivo*, 163.

(10) Cod. Civil, art. 151; *Regras de direito*, ed. TEIXEIRA DE FREITAS, p. 220 e 410; CANDIDO MENDES, *Axiomas e brocados*, no *Auxiliar juridico*; MARTINHO GARCEZ, *Nullidades*, p. 39; Ords., 3, 37, § 3; 72, § 1; 86, § 28; 4, 44, § 5; 98, § 2; *Esboço*, art. 813; COELHO RODRIGUES, 263, § 2; Projecto *primitivo*, 163.

IV. A nullidade parcial de um acto não prejudica a parte valida reparavel; nem a da obrigação principal importa a das accessorias, mas a destas não induz a da principal (11).

As obrigações contrahidas por menores entre 16 e 21 annos podem ser annulladas, quando resultarem de acto por elles praticado sem autorização de seus legitimos representantes, ou sem a assistencia quer do curador *ad litem*, quer do curador especial, sempre que a lei exigir a intervenção deste (12).

O menor entre 16 e 21 annos não pode invocar a excusa da idade, para eximir-se de uma obrigação, se dolosamente se declarou maior (13).

Annullado o acto, volvem as coisas ao estado anterior á celebração do acto annullado. Não sendo possível, serão as partes indemnizadas de modo correspondente ao que faltar á restituição completa ao estado anterior (14).

§ 68

Nullidade do instrumento

A nullidade do instrumento não induz a nullidade do acto, quando o mesmo instrumento não é da sub-

(11) Cod. Civil, art. 153; SAVIGNY, *Droit romain*, § 202; Projecto primitivo, art. 166.

(12) Cod. Civil, art. 154; Ord., 3, 41, §§ 2, 3, 8 e 9; MARTINHO GARCEZ, *Nullidades*, p. 90-95; Projecto COELHO RODRIGUES, art. 365; primitivo, 167.

(13) Codigo Civil brasileiro, art. 155; chileno, art. 1.685; uruguayo, 1.537; Projecto COELHO RODRIGUES, 368; primitivo, 168; da Camara, 159.

(14) Cod. Civil, art. 158; CARLOS DE CARVALHO, *Direito civil*, art. 283; Codigo Civil argentino, 1.052; chileno, 1.687-1.688; uruguayo, 1.539-1.540; allemão, 142; Esboço, 795-799; Projecto COELHO RODRIGUES, 371; primitivo, 171.

stancia delle. Do instrumento deve constar que foi observada a fôrma que a lei exige para o acto (1).

O instrumento publico, ainda que nullo, pode valer como particular, se o acto puder ser realizado por essa fôrma, e como principio de prova por escripto, para os effeitos de direito (2).

O instrumento publico ou particular, nullo pela falta de alguma solemnidade, que a lei exige para constituir acto especial, valerá como titulo de divida (3).

CAPITULO III

DO EXERCICIO DOS DIREITOS

§ 69

Do exercicio dos direitos e de sua collisão com outros

Exercicio de um direito é a sua utilização (1), isto é, a realização do poder, que elle contém, o gozo das vantagens, que elle offerece. No exercicio do nosso direito, desde que não transponhamos o circulo de acção, que elle nos traça, devemos ser garantidos pela ordem juridica. Ha, entretanto, limitações, que essa mesma ordem impõe ao exercicio do nosso direito, como sejam, por exemplo, as que são estabelecidas para o direito de propriedade immovel em attenção ás necessidades publicas, ou ao interesse dos vizinhos. As ser-

(1) Cod. Civil, art. 152, paragr. unico.

(2) Reg. 537, art. 691.

(3) Reg. 737, art. 692.

(1) DERNBURG, *Pand.*, I, § 41; WINDSCHEID, *Pand.*, § 121; CHIRONI, *Istituzioni*, I, § 82.

vidões devem ser utilizadas de modo a não prejudicar o predio serviente nem o seu proprietario (2).

Muitas vezes coexistem direitos de diferentes titulares recahindo sobre o mesmo objecto, de modo que o exercicio de uns contraste com o dos outros. E' a isso que se chama collisão de direitos. Os direitos reaes excluem-se, quando da mesma especie, e o conflicto resolve-se pela prioridade. Os direitos de credito não se excluem, mas a collisão se resolve pela prevenção, ou, no caso de concurso de credores, pelo rateio, attendidos os privilegios, cuja força se aprecia pela sua natureza e não pela prioridade. Em certos casos, prevalece o principio: — *melior est conditio possidentis*.

§ 70

Da legitima defeza

I. O circulo da actividade juridica, attribuido a cada individuo, e dentro do qual elle goza os bens da existencia, sob a protecção da ordem juridica, é attingido pelo desenvolvimento da actividade dos outros, mas, como estes se podem achar em attitude aggressiva ou violadora dos direitos alheios, é necessario que o direito se ache munido de meios de defeza, e possa repellir o ataque anti-social, que contra elle se desenvolva.

No estado actual de nossa cultura, a defeza dos direitos está entregue ao poder publico, ás autoridades constituídas, cuja intervenção se opera pelos modos determinados na organização do processo civil e criminal. *Jus publicum, sub tutela juris publici latet*, diz

(2) DERNBURG, *Pand.*, I, § 41.

o aforismo de **Bacon**. *Lex enim cavet civibus; magistratus legibus*. Todavia, muitas vezes, a defeza publica seria inefficaz por demorada, e a injustiça se consummatoria, se o titular do direito se não achasse habilitado a protegê-lo, usando das suas proprias forças.

Os romanos reconheceram essa necessidade em varias passagens: *Recte possidenti, ad defendendam possessionem inculpatæ tutelæ moderatione illa tam vim propulsare licet*, diz o Cod. 8, 4, l. 1; — *Nam jure hoc evenit ut quod quisque ob tutelam corporis sui fecerit, jure fecisse existimetur*, ensinára **Florentino** (1). E **Gaio** (2) insistia no mesmo pensamento: *nam adversus periculum naturalis ratio permittit se defendere*. Ainda outros fragmentos contêm a consagração do principio da legitima defeza, entre os quaes seja licito recordar um de **Ulpiano**: *Vim vi repellere licere, Caius scripsit, idque jus natura comparatur* (3).

Tudo está em estabelecer limitação á defeza particular, para que não degenere em abuso.

II. A legitima defeza não é um direito, e sim, como observa **Kohler**, uma faculdade que emana da personalidade. «Assim como a pessoa tem a faculdade de gozar o direito, tem igualmente a de defendê-lo e effectual-o contra terceiros, na medida em que o permittir a paz publica» (soweit die Friedensordnung es gestattet) (4).

A legitima defeza, sendo uma reacção em defeza da paz publica, tem por presupposto uma injustiça, e consiste na repulsa dessa injustiça. Por isso, pôde verificar-se não só contra o autor da injuria, quanto contra os seus auxiliares ainda que de bôa fé. Ainda mais,

(1) D. 1, 1, fr. 3.

(2) D. 9, 2, fr. 4.

(3) D. 43, 16, fr. 1, § 27.

(4) *Lehrbuch*, I, § 69, 1.

póde attingir os instrumentos da aggressão e destruil-os ou apenas deterioral-os, segundo as necessidades da occasião (5).

O Projecto *primitivo* dizia no art. 172: — «Não constituem actos illicitos os praticados em legitima defeza de um ataque presente e injusto movido contra o agente ou contra terceiro». E no art. 173: — Também não constitue acto illicito a deterioração ou destruição de uma coisa alheia, para afastar, do agente ou de outrem, um perigo imminente proveniente della. Este procedimento será legitimo sómente, se as circumstancias o tornarem absolutamente necessario e se não exceder os limites do indispensavel para produzir o afastamento do perigo» (6).

Ahi se indicam duas *hypotheses*. A primeira é a defeza contra um ataque injusto e presente, o que suppõe, da parte do aggressor, razão e conhecimento do mal. Consequentemente não ha legitima defeza contra coisas ou animaes irrationaes nem contra loucos (7), porque não se póde dizer, do perigo, em que nos colloquem ou da ameaça, que nos façam, que é uma injustiça, ou uma consciente perturbação da paz publica.

Assim, para ser legitima a defeza de uma aggressão contra nós movida por alguem, é indispensavel: 1º Que seja injusta, isto é, que seja um acto contrario ao direito, offensivo da lei. *Qui suo jure utitur neminem laedit* (8). Não é conforme á razão juridica exercer um direito no intuito exclusivo de causar damno a ou-

(5) *Lehrbuch*, I, § 69, v.

(6) Veja-se o *Codigo Civil*, art. 160.

(7) KOHLER, *Lehrbuch*, I, § 69, II.

(8) *Conf. D.* 50, 17, fr. 151 e 43, 29, fr. 3, § 2. Como se verá adeante, § 71, II, esta maxima não deve ser tomada em sentido absoluto.

trem, diz o Codigo Civil allemão, art. 226. Nós não temos uma disposição positiva semelhante, mas o mesmo pensamento se reflecte na conhecida phrase de Cicero: *summum jus, summa injuria*; assim como na lei unica do Cód. 10, 15, *in fine: unusquisque suis fruar et non inhiat alienis*.

2º Que seja actual, e não uma apprehensão do que vae acontecer e muito menos o desforço de um mal já passado (9).

Não ha legitima defeza em materia possessoria, no caso em que o desforço se realiza depois de consummado o esbulho. E' certo que o restabelecimento do estado anterior deve ser feito incontinenti, ficando, aliás, ao arbitrio do juiz julgar se a expulsão do esbulhador foi immediata ou não (10).

Além disso, deve haver impossibilidade de prevenir ou obstar a aggressão ou de invocar a autoridade publica, com fundada esperanza de obter-lhe o soccorro. E' outra regra do direito penal, que tem inteira applicação em materia civil. Outros preceitos do direito penal são: 1º emprego de meios adequados para evitar o mal e em proporção da aggressão; 2º ausencia de provocação, que occasionasse a aggressão. Estas prescrições adaptam-se melhor aos casos de crimes; porém, uma idéa ahi se contém, que deve entrar no conceito da legitima defeza do direito civil, e é a da moderação na repulsa.

A legitima defeza, ainda se vê dos artigos transcritos do *Projecto* do Codigo Civil, não se verifica apenas em relação aos nossos direitos. Pode estender-se tambem a direitos de terceiro. Ainda que' este caso demande a maior circumspecção, não é menos certo que

(9) Codigo Penal, art. 34.

(10) Ord. 3, 78, § 3; 4, 58, § 2; CARLOS DE CARVALHO, *Direito civil*, art. 349. Veja-se adeante o n. IV deste parographo.

é um dos modos pelos quaes se revela a solidariedade humana na esphera juridica.

Situação identiaca á da legitima defeza é a em que nos colloca a ameaça de offensa ou a offensa actual praticada por coisas inanimadas ou entes sem razão. Nós nos defendemos do perigo, por uma reacção natural e instinctiva, que o direito sanciona; mas não ha, neste caso, que indagar se a aggressão é injusta. Entretanto, a mesma regra fundamental domina os dois casos, a justa medida da defeza, que não deve ir além do que é necessario para a mantença do direito em sua integridade.

III. A legitima defeza, sendo um dos modos pelos quaes o direito se exerce, sendo, como já se disse, uma faculdade, não constitue um acto juridico. Desta proposição resulta que os incapazes tambem podem usar della. Uma outra consequencia que alguns tiram é a da legitima defeza inconsciente. Por exemplo: eu mato alguem por odio e vingança e, depois, venho a verificar que, se não o matasse naquella occasião, teria sido morto por elle, que vinha á minha procura para esse fim (11). Esta questão, porém, é extranha ao direito civil, por isso não ha necessidade de me deter com ella.

IV. A defeza privada tem ainda outro aspecto. É auto-satisfacção, que consiste na realização, por nossa propria força, de um estado que corresponde ao nosso direito (12). Exemplos deste caso nos offerecem as fontes romanas, mas, se ahí são raros, ainda mais raros devem ser no direito moderno, que procura imprimir á tutela juridica um cunho puramente social para afastar o arbitrio e conter os desregramentos do egois-

(11) KOHLER, *Lehrbuch*, I, § 69, IV.

(12) DERNBURG, *Pandectas*, § 125.

mo. O desforço *in continenti*, no caso do esbulho é, antes, auto-satisfação do que auto-defeza, porque, quando se dá, a posse já estava perdida para o esbulhado. Differentemente, no caso de turbação, se eu repellir, pela força, o ataque á minha posse, uso da minha faculdade de legitima defeza, ponho o meu direito em exercicio, desenvolvendo a sua energia defensiva.

V. Finalmente, com a legitima defeza offerece analogias o *estado de necessidade*, que consiste na offensa do direito alheio para evitar mal maior. E' assumpto de maior interesse para o direito penal do que para o civil, porém, póde neste reflectir-se ou nelle, exclusivamente, desenvolver-se. Por exemplo: para salvar a minha vida ou a de outrem, que se ache em perigo extremo, eu me aproprio do bem alheio.

Para justificar esta violação do direito, é necessario: 1º que as circumstancias tornem absolutamente necessario o acto de violencia; 2º que não exceda os limites do indispensavel para a remoção do perigo (13) (14).

§ 71

Dos actos illicitos e da culpa

I. O exercicio regular do direito é a realização de seu destino proprio. Ainda que alguém se julgue prejudicado com isso, nenhuma reparação lhe deve o ti-

(13) Codigo Penal, art. 33.

(14) Codigo Civil, art. 160, paragrapho unico. Sobre o assumpto deste paragrapho, leiam-se, além de KOHLER e DERNBURG, nos logares citados: — JHERING, *Espirito del derecho romano*, I, §§ 11-14; João MONTEIRO, *Processo*, I, nota 2 ao § 3; João VIEIRA, *Codigo Penal commentado*, II, ns. 82-87; FIORETTI, *Su la legitima difesa*; Von LISTZ, *Tratado de direito penal*, trad. José Hygino, I, §§ 32-34; BENTO DE FARIA, *Anotações aos arts. 32-35 do Codigo Penal*.

tular do direito, desde que se manteve dentro da ordem juridica. Mas desde que alguém, por culpa ou dolo, offender o direito de outrem, rompe com a ordem juridica, pratica um *acto illicito*, deve reparação. Acto illicito é, portanto, o que, praticado sem direito, causa *damno a outrem*. «Aquelle que, por acção ou omissão voluntaria, negligencia ou imprudencia, violar direito ou causar prejuizo a outrem, fica obrigado a reparar o damno», diz o Codigo Civil brasileiro, art. 159 (1).

A theoria dos actos illicitos, que, reduzida aos seus proprios elementos, é clara e simples, tem recebido, das noções de *culpa* e *responsabilidade*, com as quaes tem intima ligação, as obscuridades, filhas das subtilidades, em que têm sido ferteis os escriptores. Tentarei aqui, em rapida exposição, firmar a doutrina que me parece verdadeira, sem me emmaranhar nessas subtilidades insidiosas.

O direito romano considerava delictos civis certos actos precisamente indicados na lei, aos quaes estava ligada uma pena civil, que consistia em multa pagavel ao offendido. Esses factos eram o furto, o roubo, o damno e a injuria (2). Como, porém, alguns actos eram igualmente prejudiciaes a outrem, ainda que não esti-

(1) Corresponde este artigo ao 1.641 do Projecto *primitivo*, que sómente deu o conceito do acto illicito na parte especial, porque é um genero de actos que só no direito das obrigações se deve apreciar como causa geradora dellas.

Vejam-se sobre a noção de actos illicitos: *Esboço*, artigos 822-828; COELHO RODRIGUES, *Projecto*, art. 268; LACERDA DE ALMEIDA, *Obrigações*, § 69; WINDSCHEID, *Pand.*, § 101; ENDEMANN, *Einfuehrung*, I, § 200; HUC, *Commun.*, VIII, ns. 402 e segs.; D. 9, 2, frs. 5, § 1 e 27, § 15; 19, 5, frs. 17, § 2 e 23; Codigo Civil *argentino*, 1.066 e 1.067; *allemao*, 823; *fed. suiso* das obrigações, 41; *japonez*, 709; *portuguez*, 2.361 e 2.362.

(2) *Inst.*, 4, 1; BONJEAN, *Institutes*, II, ns. 3.040 e segs.; BONFANTE, *Diritto romano*, §§ 173 e seg.; Ed. CUQ, *Institutions jur. des romains*, II, pags. 462 e segs.

vessem designados expressamente na lei, a evolução jurídica os equiparou aos primeiros, surgindo uma classe de obrigações que nasciam, como de delictos, *quasi ex delicto*. Os factos desta categoria eram de natureza varia; alguns podiam ser capitulados entre os delictos. Assim, o juiz que fazia sua a demanda, aquelle de cujo sobrado era lançada alguma coisa, offendendo o transeunte, ou que sobre a via publica suspendesse algum objecto cuja queda fosse perigosa, o commandante do navio, o gerente da estalagem ou da cocheira, se algum dos seus empregados commettesse algum dolo ou furto, respondiam por quasi delicto, *quasi ex maleficio teneri videtur* (3).

Mais tarde a doutrina, principalmente a franceza, desenvolvendo essas idéas, chamou delicto civil todo acto praticado sem direito, com intenção de prejudicar e effectivamente causando damno; e reservou o nome de quasi delicto para o acto que causasse damno, sem ter havido, da parte do agente, animo de prejudicar (4). Destas definições, resulta que, em regra, os crimes são delictos civis, porque são actos damnosos praticados com intenção malefica. Todavia, a idéa de delicto civil não corresponde, exactamente, á de crime, porquanto ha crimes que não constituem delicto civil, por não determinarem prejuizo. Exemplo: — a tentativa de furto. E ha delictos civis, que não se capitulam na classe dos crimes. Exemplo: — o dolo commum, nos contractos.

Mas, não havendo, para os effeitos civis, distincção notavel entre o delicto e o quasi-delicto, fundiram-se as noções na denominação geral de acto illicito.

(3) *Inst.*, 4, 5.

(4) PLANIOL, *Traité*, II, ns. 851-858; HUC, *Commentaire*, VIII, ns. 404-406.

Alguns autores, é certo, distinguindo os actos voluntarios ou dolosos dos involuntarios ou culposos, mantêm a differença entre os delictos e os quasi delictos, mas parece que não attendem bem ao ponto de vista do direito civil, e lhe querem emprestar idéas, que sómente no criminal encontram campo natural de applicação.

O direito penal vê, no crime, um elemento perturbador do equilibrio social, e contra elle reage. no intuito de restabelecer esse equilibrio necessario á vida do organismo social; o direito civil vê, no acto illicito, não mais um ataque á organização da vida em sociedade, mas uma offensa ao direito privado, que é um interesse do individuo assegurado pela lei, e, não podendo restaural-o, procura compensal-o, satisfazendo o damno causado.

O direito penal vê, por traz do crime, o criminoso, e o considera um ente anti-social, que é preciso adaptar ás condições da vida collectiva ou pol-o em condições de não mais desenvolver a sua energiá perversa em detrimento dos fins humanos, que a sociedade se propõe réalizar; o direito civil vê, por traz do acto illicito, não simplesmente o agente, mas, principalmente, a victima, e vem em socorro della, afim de, tanto quanto lhe fôr permittido, restaurar o seu direito violado, conseguindo, assim, o que poderíamos chamar a eurythmia social reflectida no equilibrio dos patrimonios e das relações pessoaes, que se formam no circulo do direito privado.

Estes dois pontos de vista differentes fazem com que, no direito criminal, procuremos estabelecer a imputabilidade, e, no direito civil, nos satisfaça o vinculo de causalidade entre o agente e o prejuizo.

O acto causou damno a alguem? E' um acto illicito, se o agente o praticou sem direito, ou no exercicio

irregular de um direito, e sendo acto illicito, dá lugar á satisfacção do damno causado.

Esta é a verdadeira doutrina que, felizmente, encontra excellente apoio na lei patria.

Vejam os. Os menores de 14 annos, que obrarem sem discernimento, os alienados, os que na occasião do delicto se acham em estado de completa perturbação dos sentidos, e os violentados, são criminalmente irresponsaveis (5), porque são incapazes de dolo, não agem por impulso de uma vontade anti-social, guiada por uma intelligencia, que percebe o mal e o aceita para seus fins. Entretanto, esses individuos são civilmente responsaveis, isto é, são obrigados a indemnizar o prejuizo que causarem, seja por actos classificados crimes, seja por actos extranhos ao direito penal, pois que a *isenção da responsabilidade criminal não implica a da responsabilidade civil* (6).

Os autores de crimes justificaveis, por serem praticados em *estado de necessidade* ou em *legitima defeza*, não eram obrigados pelo damno (7).

Porque essa differença de tratamento entre pessoas igualmente expurgadas de responsabilidade criminal? Porque os primeiros praticaram o acto damno-

(5) Codigo Penal, art. 27.

(6) Codigo Penal, art. 31. Conf. JOÃO VIEIRA, *Cod. penal commentado*, I, n. 81; MACEDO SOARES e BENTO DE FARIA, anotações ao artigo citado. O Projecto *primitivo* equiparara o menor ao maior em relação ás obrigações resultantes dos actos illicitos (art. 169). O Codigo, porém, sómente se refere aos maiores de 16 annos (art. 156). V. tambem o art. 1.524.

(7) Era doutrina corrente em nosso direito, e que se confirmava pela disposição do art. 31 desligar a isenção da responsabilidade criminal dos crimes justificaveis. Mas hoje, outra é a *theoria legal*, em face do art. 1.540, que nos casos de homicidio e lesão, obriga o offensor a reparar o damno, se não foi provocado. Tambem, se no exercicio do direito de necessidade houver destruição ou deterioração de coisa alheia, o damno se repara, salvo culpa do dono (art. 1.519).

so *sem direito*, e os segundos foram levados a praticá-lo *no exercício regular de um direito*. Os primeiros respondem por um *acto illicito*; os segundos não incorreram em responsabilidade, porque agiram licitamente.

O Código Civil, porém, tomou outra orientação, como consta da nota 7 acima.

O caso fortuito e a força maior excluem a obrigação de satisfazer o damno, salvo convenção em contrario, culpa determinante do caso fortuito ou mora ⁽⁸⁾. Porque? Porque não existe vinculo de causalidade entre o agente e o damno.

II. O nexó causal entre o agente e o damno constitue a culpa na opinião de muitos escriptores, para os quaes a responsabilidade pelo damno sómente poderá dar-se, quando houver alguma imprudencia ou negligencia, que se attribuir ao agente. Parece-me, porém, que essa noção de culpa não é complemento indispensavel ao conceito de responsabilidade civil, como já ficou dito.

Com isso não fica banida do direito civil a idéa de culpa. Culpa é a violação de um dever preexistente. Se esse dever se funda num contracto, a culpa é *contractual*; se no principio geral do direito que manda respeitar o alheio, a culpa é extra-contractual ou *aquilliana*.

A culpa aquilliana, comprehendida na sua extensão actual, corresponde ao acto illicito, o qual para determinar o damno dispensa o elemento subjectivo da negligencia ou imprudencia. Póde ser posta de lado, se não obedecer ao criterio objectivista acima indicado, que, aliás, de certo modo corresponde ao criterio

(8) CARLOS DE CARVALHO, *Direito civil*, art. 101, consolidando as Ord., 3, 45, § 4, e 4, 53, §§ 3 e 4.

romano expresso na phrase: *in lege Aquilia et levissima culpa venit*.

Mas a culpa contractual é indispensavel para a apreciação dos differentes modos, pelos quaes podem ser, nas relações convencionaes, compromettidos os interesses dos contrahentes.

A culpa occorrerá *in faciendo* ou *in omittendo*, segundo constar de um acto positivo ou de um negativo; será *in contrahendo*, se se verificar na formação do contracto; dir-se-á *in eligendo*, quando repousar na escolha da pessoa a quem se confia a realização do *negotium juris*, como no caso do mandato; e, se consistir na falta de attenção especial necessaria em certas emergencias, será *in vigilando*. Estas distincções têm contribuido para o desvio da doutrina e o menos que se póde dizer dellas é que não têm interesse pratico.

Os romanos distinguiam os graus da culpa, ainda que a sua terminologia não seja satisfactoria, e tenha dado insano trabalho aos interpretes. Dizem estes que a culpa se diz *in abstracto* ou *in concreto*, «segundo se toma por typo de comparação o mais diligente pae de familia, isto é, um typo abstracto, ou o proprio devedor, pessoa evidentemente concreta» (9). Outra gradação é a que se expressa pelos epithetos *lata*, *levis* e *levissima*, muito divulgada, graças á autoridade de Pothier. Culpa *lata* ou grave é a negligencia, que se confunde com o desleixo; culpa *levis* é a omissão dos cuidados, que ordinariamente presta um bom pae de familia; culpa *levissima* é a de que não estão isentos até os homens cuidadosos. Estas distincções têm uma base na realidade das situações juridicas, pois umas vezes se deve exigir do devedor um cuidado maior do que em outras. A responsabilidade do commodatario,

(9) ACCARIAS, *Droit romain*, II, n. 595.

por exemplo, é mais forte do que a do mutuário. Mas essas diversas situações autorizam a gradação da culpa em tres graus? Não, respondem Demangeat, Accarias e Bonjean; e a critica feita á doutrina de Pothier tem encontrado acceitação entre os competentes, que se contentam com uma divisão em dois graus: *culpa leve* e *culpa grave* (10).

No Codigo Civil para o Brasil percebe-se uma gradação de culpa, no livro *das obrigações*; mas sem as designações classicas, para que a apreciação pudesse ser feita segundo as circumstancias do momento e a natureza do negocio juridico (11). Tambem o conceito da culpa, se é possivel extrahir de varias disposições, pareceu mais acertado não dal-o em artigo especial.

III. O Codigo Civil, art. 160, I, diz que não constitue acto illicito o praticado *no exercicio regular de um direito reconhecido*, e no art. 100, já declarara que o *exercicio normal de um direito* não se considera coacção. Está nestas proposições o fundamento da theoria do abuso do direito, a que já se tem feito allusão, neste livro, em mais de uma passagem. Não ha necessidade de repetir aqui as observações feitas no *Codigo Civil commentado*, I, Observações 6 a 8 ao art. 160. Para o que ahi foi exposto remetto o leitor. Agora bas-

(10) Sobre a theoria da culpa, leiam-se: CHIRONI, *La culpa en el derecho civil*, trad. Posada; JHERING, *De la faute en droit privé*, trad. Meulenaere; PINTO COELHO, *Responsabilidade civil*; SALEILLES, *Obligations*, p. 376 e segs.; PLANIOL, *Traité*, II, ns. 900 e segs.; TESSEIRE, *Le fondement de la responsabilité*; DIAS DA SILVA, *Estudos sobre a responsabilidade civil connexa com a criminal*; LACERDA DE ALMEIDA, *Obrigações*, § 38; DERNBURG, *Pand.*, § 86; BONJEAN, *Institutes*, II, n. 3.126-3.149; GASTON MAY, *Droit romain*, n. 190; WINDSCHEID, *Pand.*, I, § 101; POLLOCK, *The law of torts*. Veja-se a Bibliographia indicada por FADDA e BENZA, nota 22 das *Pand.* WINDSCHEID, I vol.

(11) Vejam-se os arts. 956, 958, 962, 964, 1.251, 1.266, 1.300 e 1.337.

ta afirmar que para o nosso Código Civil, o abuso do direito é acto illicito, que consiste no exercicio irregular ou anormal do direito, de modo a prejudicar al-guem.

§ 72

Das acções

I. *Todo direito é provido de uma acção, que o assegura* (Cod. Civil, art. 75); isto é, o titular de um direito deve ter a faculdade de invocar a intervenção da autoridade publica, afim de que esta faça cessar a violação de seu direito.

Acção, na linguagem juridica, offerece dois aspectos. E', no dizer de **Chironi**, «a força com que o direito se affirma contra o desconhecimento ou a violação da parte de outrem» (1), e é tambem o modo, pelo qual se effectua essa reacção do direito violado.

No primeiro sentido, é *jus perseguendi in judicio*, é o mesmo direito em attitude de defeza. A faculdade de reagir contra o ataque extranho é um momento essencial do conceito do direito, como dizem **Fadda** e **Bensa** (2). Consequentemente, é um elemento constitutivo do direito subjectivo (3).

(1) *Istituzioni*, § 88. Vejam-se ainda: **PICARD**, *Le droit pur*, § 33; **TEIXEIRA DE FREITAS**, *Consolidação*, nota 20 á p. XXVIII; *Nova apostilla*, p. 68-69; **GOUDSMIT**, *Pandectas*, § 77; **CHIOVENDA**, vb. *Azione*, no *Dizionario di diritto privato di SCIALOJA*; **JOÃO MONTEIRO**, *Processo civil*, §§ 12 e 13; *Unidade do direito*, p. 82 e segs.; *Direito das acções*, p. 9-24; **WINDSCHEID**, *Pand.*, §§ 43-44; **PAULA BAPTISTA**, *Pratica*, §§ 2 e 3; **MORTARA**, *Procedura civile*, ns. 9 e segs.; **MAYNZ**, *Droit romain*, §§ 40, 41 e 49; **GIANTURCO**, *Istituzioni*, § 124; **DERNBURG**, *Pand.*, § 127; **AURELIANO DE GUSMÃO**, *Processo*, I, ns. LXXXVII e segs.; **NUNES DA SILVA**, *Direito processual* (parte geral), n. 35.

(2) *Notá l ás Pand.* de **WINDSCHEID**, I, p. 680.

(3) *Veja-se a Introducção* deste livro, X.

No segundo sentido, que é puramente formal, a acção é *remedium juris*, cuja theoria é um capitulo de direito processual.

O Visconde de Seabra incluiu esta materia em seu projecto de Codigo Civil portuguez, mas não teve o apoio dos doutos, pois a sua idéa foi rejeitada na revisão de seu trabalho (4), e a critica que delle fez Teixeira de Freitas, nesta parte, é irrespondivel.

A mesma idéa reappareceu no Brasil, quando se discutiu, no Senado, o *Projecto* de Codigo Civil do Dr. Coelho Rodrigues, em 1896. O parecer senatorial emitido sobre o mencionado *Projecto* propugnava a inclusão da theoria das acções no Codigo Civil, em substancia, pelas razões seguintes: 1º As acções têm os mesmos caracteres que os direitos dos quaes emanam ou, antes, com os quaes se confundem; 2º Sendo assim, é irrecusavel a competencia do Congresso Nacional para legislar sobre o direito das acções; 3º Se em um regimen juridico de unidade de legislação, como é Portugal, nenhuma anomalia ha em que a parte theorica das acções constitua a parte geral do Codigo do Processo, em nosso regimen de dualidade juridica o perigo seria inevitavel, o direito nacional se desnaturaria, sob a acção absorvente multipla da jurisprudencia e do direito processual dos Estados (5).

O illustre autor do *Projecto* conformou-se com essas idéas; mas não me parecem merecedoras de applausos.

A argumentação do parecer parte de uma base falsa ou, antes, usa de um sophisma de amphibologia, pois que a palavra acção sómente no sentido de ele-

(4) DIAS FERREIRA, *Codigo Civil portuguez*, Coimbra, 1870-1876, I, p. VII, V, p. 225.

(5) *Apud* COELHO RODRIGUES, *Projecto do Codigo Civil*, introducção, pag. 134. Foi relator desse parecer o Dr. GONÇALVES CHAVES.

mento componente do direito subjectivo se confunde com o proprio direito ou delle se não separa; no sentido de *remedium juris* já é outra coisa, é o modo pelo qual o titular defende o seu direito apoiado pelo poder publico.

Vê-se que as idéas do Visconde de Seabra calaram no espirito de quem redigiu o parecer. Mas o systema imaginado pelo famoso jurisconsulto, para a classificação das materias do direito civil, tolerava esse desdobramento invasor do direito processual. Segundo elle, todo direito determinador, necessariamente, ha de «referir-se a quatro pontos capitaes que podem servir como pontos de triangulação no levantamento da carta juridica, a saber: 1º Natureza do sujeito (capacidade); 2º Seus meios de vida (aquisição); 3º Fruição desses meios (propriedade); 4º Conservação (violação e defeza dos direitos).

Nesta ultima parte, entram, naturalmente, as acções como elementos de garantia e defeza dos direitos, e, sendo uma parte do direito civil, deve comportar todo o desenvolvimento do que se chama doutrina das acções.

Mas, em primeiro logar, o systema do Visconde de Seabra é falso, como demonstrou Teixeira de Freitas. Se, por ventura, o grande jurisconsulto brasileiro se deixou arrastar pelos impulso de uma irritação insopitavel, como allegou o illustre Ferrer ⁽⁶⁾, a substancia do que allegou é, não obstante, preciosa, e os golpes, que vibrou, vão certos ao alvo. Effectivamente uma classificação do ponto de vista do sujeito é inconsequente, porque o sujeito do direito é identico nos diversos departamentos juridicos; nas diversas situações,

(6) *Reflexões* sobre os sete primeiros titulos do livro unico, parte primeira, do Codigo Civil portuguez, Coimbra, 1859, p. 10 e 11.

em que o portador de direitos se põe em actividade, póde variar a razão de seus actos, mas a personalidade permanece na sua identidade. O que varia são as relações de direito; portanto, são ellas que devem ser classificadas.

Em segundo lugar, é absurdo transportar para uma classificação das relações juridicas, um grupo de disposições, que se reuniram e coordenaram em classificação cuja base era outra.

E, finalmente, seja qual fôr o systema classificatorio adoptado, são sempre verdadeiras as seguintes ponderações de **Teixeira de Freitas**: «Cumpro que de plano confesse a invasão e mutilação que commettera, transpondo, para o Codigo Civil, uma parte das disposições que, genuinamente, pertencem ao Codigo do processo civil, confundindo o direito theorico com o direito pratico, e as leis que **Bentham** chamou substantivas com as outras que appellida objectivas».

«A acção, *jus persequendi*, é faculdade complementar do direito, sem a qual o direito não existiria ou seria illusorio; e, por isso disse **Leibnitz**, com todo o criterio, que era superabundante o terceiro membro da triplice divisão de **Gaio**, porquanto as acções nada mais são do que consequencias dos direitos, que, por occasião destes, devem ser explicadas. Não se confunda, porém, a acção *jus persequendi* com a sancção do direito, nem com o meio ou fórma do processo. Entre o direito abstracto, creado ou declarado pela lei, e a sancção do direito ha um espaço immenso. Realizado o direito, quando impedido pela resistencia, a acção, *medium persequendi*, é o vinculo legitimo entre o direito e a sancção do direito. O direito, a acção, o meio e a fórma da acção, são tres factos que a analyse distingue» (7).

(7) *Nova Apostilla*, p. 68-69.

II. Assim, neste momento, apenas se estabelecem as noções essenciaes, que acabam de ser recordadas, e a regra, que domina esta materia: *Para propôr ou contestar uma acção, é necessario ter legitimo interesse, economico ou moral.* O interesse moral só autoriza a acção, quando se referir directamente ao autor ou á sua familia (8).

Esta ultima proposição afasta as *acções populares*, que existiram, a principio, no direito romano, sob duas fórmas, populares publicas e populares privadas, visando ambas a defeza dos bens publicos. A primeira nascia de um acto da autoridade ou de alguém agindo em nome do Estado; a segunda era intentada por qualquer pessoa. Mais tarde estas duas fórmas se fundiram.

Com a organização politica moderna, os actos que davam origem ás *acções populares* passaram, em parte, a ser classificados entre os puniveis pelos Codigos Penaes e, em parte, a fazer objecto das leis de policia e das posturas municipaes (9).

(8) Codigo Civil brasileiro, art. 76; Projecto primitivo, 175; JOÃO MONTEIRO, *Processo*, I, § 20; GIANTURCO, *Istituzioni*, § 124; Cod. Civil italiano, art. 36; GOUDSMITH, *Pandectas*, I, § 90; MATTIROLI, *Diritto giudiziario*, I, 32; LAGARMILLA, *Las acciones en materia civile*, ns. 12-21; CHIRONI, *Istituzioni*, §§ 87-88; AURELIANO DE GUSMÃO, *Processo*, n. XCI.

(9) Por ocasião de se discutir o Projecto de Codigo Civil na Camara dos deputados, defendeu o Conselheiro FIGUEIRA as *acções populares*, que o projecto extinguiu. A sustentação da doutrina do Projecto foi feita com apoio nas autoridades e na fórma actual da organização do poder publico (*Trabalhos da Camara*, vol. IV, p. 221-222 e 278). Acrescenta-se, aos autores ahi invocados, DIAS FERREIRA, *Codigo Civil portuguez*, II, p. 39. Veja-se, entretanto, a nota o de FADDA e BENZA, ás *Pand.* de WINDSCHEID, I, p. 681-687. Em materia eleitoral nós não temos acção popular, e sim acção publica; apenas a denuncia pôde ser dada por cinco eleitores em uma só petição (Lei numero 1.269 de 15 de Nov. de 1904, art. 137).

§ 73

Da conservação dos direitos

O exercício do direito não é garantido sómente pela acção, que é defeza juridica, nem pela defeza privada. Ambas são reacções contra offensas actuaes, e o direito necessita, egualmente, de acautelar-se para emergencias futuras, ou assegurar-se para que o seu exercicio não encontre obstaculos (1).

Os meios assecutorios da conservação dos direitos são, segundo a enumeração de Carlos de Carvalho (2):

- 1º O protesto;
- 2º A reserva ou resalva;
- 3º A retenção;
- 4º O arresto e o sequestro;
- 5º A detenção pessoal;
- 6º A caução;
- 7º A interpellação judicial.

Os casos em que o emprego desses meios é admissivel estão estabelecidos na lei. Assim, o *protesto* póde ser feito, sempre que a pessoa julgar necessario para conservação e resalva do seu direito (3), ou quando a lei o determinar, como, no caso do art. 1.094, II, e 1.095, do Cod. Proc. Civ., D. F., ou no rateio em concurso de credores, para assegurar preferencia, ou, para

(1) WINDSCHEID, *Pand.*, § 134; CHIRONI, *Istituzioni*, I, § 86.

(2) *Direito civil*, art. 332; COELHO DA ROCHA, *Inst.*, § 51.

(3) Cod. do Proc. Civil e Commercial para o D. F., artigo 433; Reg. 737, art. 390. Nos arts. 391 e 392, o reg. estabelece o modo de interpôr os protestos. Veja-se tambem a *Consolidação* das leis referentes á justiça federal, III parte, artigos 154-156; CANDIDO DE OLIVEIRA, *Pratica do Processo*, II, numeros 303 e segs.

-resalvar direitos, no caso de não ser aceita ou paga a letra (lei n. 2.044, de 31 de Dez. de 1908, arts. 28 a 33).

A *retenção* é concedida áquelle que fez bemfeitorias uteis ou necessarias no bem alheio, que está em sua posse (4), e em alguns outros casos.

Arresto é a apprehensão judicial da coisa, sobre que se litiga, ou de bens sufficientes para a segurança da divida (5). O Cod. do Proc., Civ. do D. F., artigo 386, estabelece os casos em que tem logar o arresto e são: 1º os expressos em lei; 2º quando o devedor, sem domicilio certo, intenta ausentar-se ou vender os bens, que possue, ou não paga a obrigação no tempo determinado; 3º quando o devedor domiciliado intenta ausentar-se, furtivamente, ou mudar de domicilio sem sciencia dos credores; quando entrando em estado de insolvencia, faltar aos seus pagamentos ou tentar alienar os bens que possue; ou contrahir dividas extraordinarias; ou puzer os bens em nome de terceiro; ou commettendo algum outro artificio fraudulento em prejuizo dos credores; 4º quando o devedor, possuidor de bens de raiz, intenta alienal-os ou hypothecal-os, ou dal-os em antichrese, sem ficar com algum ou alguns equivalentes ás dividas, livres e desembaraçados.

Sequestro é o deposito judicial da coisa litigiosa, para garantia do direito. Póde tambem ser convencional, feito em mão de alguem a aprazimento das partes (6).

(4) Código Civil, art. 516.

(5) PEREIRA E SOUSA, *Primeiras linhas do processo civil*, ed. T. de Freitas, vol. II, p. 81; CANDIDO DE OLIVEIRA FILHO, *op. cit.*, II, ns. 204 e segs.

(6) Ord., 1, 3, 31 pr. e §§ 1 e 5; 3, 73, §§ 2 e 3; 4, 54, § 4; *Consolidação* das leis referentes á justiça federal, parte III, arts. 133-135. Póde ser concedido como preparatorio da acção ou na pendencia da lei. O Cod. do Proc. Civ. do D. F., art. 400, enumera os casos de sequestro, na pendencia da lide. V. CANDIDO DE OLIVEIRA FILHO, *op. cit.*, ns. 204 e segs.

A *detenção pessoal*, decretada, sómente para segurança de divida commercial (7), fora reintroduzida na justiça federal pela lei n. 221 de 20 de Novembro de 1894, art. 44, § unico; mas o Codigo Civil não a manteve (7^a).

A *caução* póde ser *fidejussoria* ou *real*.

A interpellação judicial tem por fim constituir o devedor em móra (8), quando esta não resulta de clausula expressa na convenção ou de termo estipulado com esse intuito ou de notificação extrajudicial.

CAPITULO IV

DA EXTINCCÃO DOS DIREITOS

§ 74

Modos pelos quaes se extinguem os direitos.

Da renuncia

I. Depois de adquiridos, os direitos subsistem, como facetas do polyedro da personalidade, enquanto perduram os seus elementos constitutivos: sujeito, objecto e protecção legal. Consequentemente extinguem-se pela ausencia de algum desses elementos ou de todos.

Desapparece a protecção legal, quando a instituição é abolida ou quando o direito se acha privado da

(7) Dec. n. 763 de 19 de Set. de 1890, art. 1. Vejam-se as annotações de BENTO DE FARIA, ao art. 343 do reg. 737.

(7^a) Veja esta materia em CANDIDO DE OLIVEIRA FILHO, *op. cit.*, n. 230.

(8) Cod. do Commercio, art. 205. Veja-se LACERDA DE ALMEIDA, *Obrigações*, § 41, e, em particular, as notas 13-15.

acção correspondente (prescripção, perempção da acção). Desapparece a propria relação juridica, quando o direito se exhaure com o exercicio, ou é de duração limitada, ou o titular o renuncia. Extingue-se o objecto com o perecimento. Deixando de existir o sujeito, em regra, o direito se transmite hereditariamente (1), mas ha direitos inherentes á pessoa, que desapparecem com ella, sendo intransmissiveis por actos *inter vivos* e *mortis causa*. Quando se reúnem na mesma pessoa as qualidade de credor e devedor, extingue-se o direito de credito. Póde occorrer a hypothese, quando alguém succede, ao seu credor ou ao seu devedor. Na compensação, os creditos extinguem-se na medida de seu valor. Tambem se um direito real desmembrado do dominio é adquirido pelo proprietario, dá-se a extincção d'elle, como quando o usufructuario adquire a nua propriedade do bem, que é objecto de usufructo (confusão), ou quando o predio dominante e o serviente entram no dominio da mesma pessoa (confusão).

Aqui se destacarão os modos geraes pelos quaes se extinguem os direitos e são: a *renuncia*, o *perecimento do objecto*, os *prazos extinctivos* e a *prescripção*.

II. *Renuncia é um acto juridico pelo qual o titular de um direito delle se despoja*. Póde referir-se ao direito de propriedade, como na derelicção, ao direito de credito, como na remissão, ao direito hereditario.

(1) A transmissibilidade é normal nos direitos, porque elles existem para a fruição da pessoa, e estão á disposição della. Transmittem-se os direitos por actos entre vivos e por disposição de ultima vontade. A transmissão dos direitos é denominada pelo principio: *nemo plus jus ad alium transfere potest quam ipse habet*; mas, em attenção á boa fé, admittem-se attenuações a esta regra. Isto, porém, é objecto da parte especial do direito civil.

Póde ser expressa ou tacita. Mas deixar simplesmente de exercer um direito não importa renuncial-o; a renuncia deve deduzir-se de circumstancias que a presuppõem claramente (2).

Se a renuncia é designadamente feita em favor de alguém, assume o caracter de alienação. Mas o facto de ser a titulo oneroso não lhe tira o caracter de renuncia.

Ainda que, em geral, os direitos possam ser renunciaveis (3), assim como são transmissiveis, alguns ha que escapam a esta generalização. Por direito romano, como por direito patrio, não é licito renunciar uma successão ainda não deferida, porque importa em pacto successorio (4). Não é licito igualmente renunciar o direito de annullar o acto em razão de dolo (5) nem a prescripção ainda não consummada (6), nem os alimentos futuros (7). Tambem não se podem renunciar os direitos fundamentaes da pessoa, como a vida e a liberdade. Nem aquelles em que o interesse publico é

(2) Ord., 4, 5, § 3; DERNBURG, *Pand.*, § 83.

(3) Ord., 3, 72, § 1; 86, § 28; 4, 44, § 5; 98, § 2. *Regras de direito*, ed. TEIXEIRA DE FREITAS, p. 220 e 441. *Renuntiare juri, vel favori suo, quilibet potest*. CHAMPEAU e URIBE, *Derecho civil colombiano*, I, ns. 76 a 83.

(4) Cod. Civil, art. 1.089; Cod. 6, 20, l. 3; D. 38, 16, fr. 16; meu *Direito das successões*, § 79.

(5) *Codigo Civil allemão*, art. 276; fed. *suisso* das obri-gações, 100; DERNBURG, *Pand.*, I, § 83, nota 11; ENDEMANN, *Einfuehrung*, I, § 58, III.

(6) Cod. Civil, art. 161; ALMEIDA E OLIVEIRA, *Prescripção*, pag. 185. Veja-se, em seguida, o § 84 deste livro. Tambem não póde ser renunciada a prescripção ainda que consummada, se a renuncia é feita em fraude aos credores (CARLOS DE CARVALHO, *Direito civil*, art. 441).

(7) *Codigo Civil*, art. 494; *Projecto primitivo*, art. 474; *Cod. Civil allemão*, 1.614; *portuguez*, 149; *chileno*, 334; *do Uruguay*, 126; *argentino*, 334.

preponderante (8); assim, o marido não póde renunciar aos direitos de que lhe investe a lei como chefe da sociedade conjugal (9); o devedor não póde renunciar ao direito de ser ouvido em juizo (10).

Alguns affirmam que não se podem renunciar os direitos futuros, mas essa regra não é absoluta. Assim, nos contractos de arrendamento, podem ser renunciados os casos fortuitos, ordinarios e extraordinarios, solitos e insolitos (11). Tal renuncia sómente é inadmissivel quando contraria um interesse de ordem publica.

§ 75

Do perecimento do objecto (1)

I. O perecimento do objecto de um direito importa, necessariamente, a sua extincção, porque lhe falta um elemento essencial. Não se comprehende um direito, que é poder de acção, sem objecto, que é o bem sobre o qual essa acção se exerce, que é o que a determina e caracteriza. Esta regra, entretanto, soffre modificações como em seguida se exporá.

A coisa perece, quando se extingue, como quando o animal morre ou o edificio desaba. Considera-se igualmente perecida:

1º Quando perde as suas qualidades essenciaes ou o seu valor economico, como se o campo é invadido

(8) CARLOS DE CARVALHO, *Direito civil*, art. 334, § 3.

(9) T. DE FREITAS, *Consolidação*, nota 17 ao art. 88.

(10) Ord. 4, 72.

(11) CARLOS DE CARVALHO, *Direito civil*, art. 334, § 1.

(1) Codigo Civil, art. 77; Projecto COELHO RODRIGUES, artigos 210-213; *primitivo*, 176-179.

pelo mar (2) ou a coisa é transformada pela especificação. A perda do valor economico tambem se dá, quando a coisa é posta fóra do commercio de modo permanente.

2º Quando se confunde com outra, de modo que as duas se não possam distinguir, como no caso de confusão, adjunção e mistura de moveis e no de avulsão de immoveis (3).

3º Quando fica em lugar de onde não pôde ser retirada, como se o meu brilhante cair-me das mãos no mar alto, no momento em que eu me debruçar na amurada do navio, que me transporta.

O perecimento da coisa, que é objecto de uma relação juridica, tem effeitos diversos, segundo se realiza no dominio do direito obrigacional, ou no dos direitos reaes. Não é este o momento de apreciar-os. Todavia algumas indicações geraes não serão descabidas.

No direito das obrigações, o perecimento da coisa devida extingue o vinculo obrigacional, se é certa e individuada e não pereceu por culpa do devedor. Se a coisa certa se perdeu por culpa do devedor, este responderá pelo equivalente, com perdas e danos (4).

No direito real, a perda total da coisa, sobre que recae, extingue o direito, seja a propriedade, seja um desmembramento do dominio, como o usufructo ou a servidão predial (5). Todavia é certo que, em certos

(2) Codigo Civil, art. 78; D. 7, 4, fr. 23. A inundaçào temporaria de um terreno não faz desapparecer o direito do proprietario. Cabe ao *Direito das coisas* expôr as regras sobre a especificação.

(3) As regras a que se submettem estes casos pertencem ao *Direito das coisas*. Veja-se o Codigo Civil, arts. 541 a 543 e 615 a 617.

(4) Codigo Civil, art. 865.

(5) Codigo Civil, art. 520, 590, 739. Vejam-se ainda *Cuq., Inst. jur. des romains*, II, p. 252; *BONJEAN, Institutes*, I, numero 1.026; *Huc, Commentaire*, IV, n. 247.

casos, ha subrogação, e o direito apenas muda de objecto, não se extingue. Assim é que, perecendo o objecto dado em garantia de um debito, o preço da indemnisação do seguro, constituido em favor desse mesmo objecto, será depositado para pagamento do credor.

II. Se o perecimento da coisa resultar de facto de outrem, este responderá por perdas e damnos, salvo se destruiu o bem alheio em legitima defeza (6).

§ 76

Dos prazos extinctivos

Cumpre distinguir a *decadencia* ou caducidade dos direitos, determinada pela extincção dos prazos assignados á sua duração, da prescripção; porque as regras a que obedecem os dois institutos, são differentes, embora entre ambos haja consideraveis analogias.

A prescripção, como se verá em seguida, suspende-se, interrompe-se, e é uma consequencia da inercia do titular do direito; a decadencia, ou caducidade, resulta, simplesmente, do decurso do tempo, porque o direito já nasce com esse destino de extinguir-se num lapso limitado de tempo, se dentro d'elle não fôr posto em actividade (1). A doutrina ainda não é firme e clara neste dominio, porém, é fóra de duvida que os melhores escriptores assignalam as differenças indicadas e procuram destacar, dos phenomenos, as regras geraes, a que estão submettidos (2).

(6) Cod. Civil, arts. 79, 80 e 160. Projecto COELHO RODRIGUES, arts. 212 e 213; *primitivo*, 178 e 179.

(1) Meu *Em defeza*, p. 358.

(2) Vejam-se: HUC, *Commentaire*, XIV, n.º 316; KOHLER, *Lehrbuch*, §§ 96 e 99; AUBRY et RAU, *Cours*, § 771; FADDA e

O principio fundamental da decadencia foi, com fidelidade, formulado por Huc nos seguintes termos: «é a perda de uma faculdade, de um direito ou de uma acção, resultante unicamente da expiração de um termo extintivo, concedido pela lei para o exercicio dessa acção, desse direito ou dessa faculdade» (3).

Os prazos estabelecidos para a contestação da legitimidade de um filho e para a annullação do casamento, são extintivos. Proposta a acção dentro do prazo, «subtrahirá o direito á ulterior decadencia» (4). Se o caso fosse de prescripção, estaria esta apenas interrompida.

Os prazos de direito, isto é, os que a lei estabelece, para que, dentro delles, seja exercido o direito, como no caso de remissão de immoveis executados, são tambem extintivos (5). Na perempção da instancia ou da acção, ha ainda uma decadencia do direito, de caracter semelhante.

BENSA, nota a a *ás Pand.*, de WINDSCHEID, p. 1.055 e segs., ALMEIDA OLIVEIRA, *Prescripção*, parte primeira, cap. VI; FERREIRA COELHO, *Codigo Civil*, X, ns. 56 a 57 e 742; VAMPRE, *Manual*, I, § 87; A. COLMO, *De las obligaciones*, I (1928), n. 918; PLANIOL, *Traité*, II, ns. 732 a 734 (délais préfix). O Codigo Civil allemão foi elaborado, tendo-se em vista esta distincção, como se diz nos *Motivòs*. A doutrina franceza e a italiana distinguem entre *prescripção e decadencia* (*déchéance, decadencia*) e a allemã, entre *prescripção e temporalidade do direito* (*Rechtstemporalitaet*) ou prazos legaes (*gesetzliche Befristung*). Adolfo LEON GOMES escreveu sobre *Prescripções e termos legaes*, abrangendo o direito civil, o commercial e o processual, mas sem se preocupar com esta construcção doutrinaria. Os intuitos desse livro precioso são puramente praticos.

(3) HUC, *Comm.*, XIV, n. 316.

(4) FADDA e BENSA, *ás Pand.* de WINDSCHEID, I, p. 1.062 *in fine*.

(5) ALMEIDA OLIVEIRA, *Prescripção*, p. 48.

§ 77

Da prescrição em geral

I. A influencia do tempo sobre os direitos é consideravel e variadissima. O tempo, em que se formam os actos juridicos, vem á apreciação, para determinar-se-lhes a data e para saber-se que lei os rege; o termo nos actos juridicos, seja suspensivo ou resolutivo, é uma funcção do tempo, como tambem é o prazo extinctivo ou preclusivo; para determinar-se a preferencia dos direitos reaes em collisão, attende-se á sua prioridade; as soluções dos debitos devem ser feitas no tempo determinado, não podendo, em regra, ser exigidas nem realizadas antes; no usucapião, o tempo é elemento essencial para a acquisição da propriedade. Ainda em muitas outras relações, o elemento do tempo é de grande valor. Kohler poude dizer: «o tempo é o meio onde se realizam os acontecimentos humanos, e uma actividade, continuada em uma certa direcção ou desviando-se de certa outra, não póde ser indifferente ao direito; a regulamentação das relações opera-se de accôrdo com as circumstancias e os acontecimentos de um determinado tempo, vive nelles e com elles se tece. Uma separação subitanea do direito ambiente, uma fragmentação da esphera juridica, não é coisa necessaria ao progresso; dahi o principio: o que se manteve durante um certo tempo póde tornar-se direito» (1). Assim é para a creação do coštume, assim é para o usucapião e finalmente assim é para a prescrição.

(1) *Lehrbuch*, I, § 81, III. Coisa semelhante dissera WINDSCHEID, *Pandectas*, I, § 105: «O tempo é uma força a que não se póde subtrahir nenhum espirito humano; o que durou por muito tempo, só por essa razão, parece como alguma coisa de solido e indestructivel». Veja-se ainda ENDEMANN, *Einfuehrung*, I, § 90.

II. *Prescrição é a perda da acção attribuida a um direito, e de toda a sua capacidade defensiva, em consequencia do não uso dellas, durante um determinado espaço de tempo.* Não é o facto de não se exercer o direito que lhe tira o vigor; nós podemos conservar inactivos em nosso patrimonio muitos direitos, por tempo indeterminado. O que o torna invalido é o não uso da sua propriedade defensiva, da acção que o reveste e protege. A acção, considerada do ponto de vista social, é o principio tutelar, que a sociedade insere em cada direito, e por meio do qual ella se interpõe entre o portador do direito e o seu offensor. Mas este tegumento protector do direito se adelgaça e desfaz, quando, por longo tempo, deixa de reagir contra os ataques vibrados sobre o direito; é um orgão que se atrophia pelo desuso.

Têm, pois, razão os que vêm na inercia do titular uma das causas da prescrição, não porque seja esta uma pena imposta ao desleixo do titular do direito, como preceituavam as nossas Ordenações (2), e era opinião de Pothier (3), mas, *porque essa inercia ou negligencia permite que se realizem e consolidem factos contrarios ao direito do negligente, e, para destruil-os, teriamos de lançar a perturbação na vida social, que já repousa tranquilla sobre esses novos fundamentos, ou já tem nelles elementos de vida, de que se não póde despojar sem dilaceração* (3^a).

(2) Ord., 4, 79, pr.: «por a negligencia, que a parte teve, de não demandar em tanto tempo sua coisa ou divida, *havemos por bem que, seja prescripta a acção, que tinha para demandar*». *Contra desides homines et sui juris contemptores odiosae exceptiones oppositae sunt*, diz a lei romana, *Cod.*, 7, 40, const., 3.

(3) *Obrigações*, II, n. 644, 2.

(3^a) Ver, no mesino sentido, CARPENTER, *Manual do Codigo Civil*, IV, ns. 14 e segs.

Esta idéa transparece em varios trechos do direito romano, como, por exemplo, no D. 41, 3, fr. 1: *Bono publico usucapio introducta est, ne scilicet quarundam rerum diu et fere semper incerta dominia essent*. Refere-se esse fragmento ao usucapião, que as noções, neste ponto obscuras, da jurisprudencia romana, consideraram um aspecto da prescrição, mas é cabivel invocal-o neste momento, porque se applica aos dois institutos.

Pothier, depois de dar como fundamento da prescrição a presumpção de pagamento ou de perdão da divida, achando talvez pouco satisfactoria essa razão, penetra, mais profundamente, na questão e diz: «Por outro lado, o cuidado que um devedor deve ter de conservar as quitações dos pagamentos, que faz, não deve ser eterno; deve-se fixar um tempo, findo o qual não deva mais ser obrigado a mostral-as» (4). Por este aspecto a prescrição apresenta uma physionomia de paracleto da harmonia social, impedindo que se consumme uma injustiça. **Kohler** tambem diz: «não se deve fazer injustiça a ninguem; por um lado, não se deve exigir, novamente, o que já foi pago, e, por outro, não se deve, inopportunamente, desentranhar do passado uma divida antiga, porque, muito provavelmente, todos os documentos das transacções patrimoniacs do devedor já foram postos fóra; em particular, é injusto amontoar sobre o patrimonio de outrem pretensões, que deviam ter sido apresentadas, periodicamente, deante dos rendimentos do mesmo, como, por exemplo, se alguém exigisse de uma só vez, juros de vinte annos» (5).

(4) *Obrigações*, II, n. 644.

(5) *Encyclopaedie der Rechtswissenschaft*, I, p. 855-856. **ENDEMANN**, *Einfuehrung*, I, § 90, diz: o que existe de facto não deve ser inquietado por uma pretensão meio esquecida: a prova da solução de um debito antiquado não ha de ser exigida dos netos do devedor.

São considerações, que emanam da idéa fundamental acima exposta. A prescrição é uma regra de ordem, de harmonia e de paz, imposta pela necessidade de certeza nas relações jurídicas: *finis sollicitudinis ac periculi litium*, exclamou Cicero (6). Tolhe o impulso intempestivo do direito negligente, para permittir que se expandam as forças sociaes, que lhe vieram occupar o logar vago. E nem se pôde allegar que ha nisso uma injustiça contra o titular do direito, porque, em primeiro logar, elle teve tempo de fazer effectivo o seu direito, e, por outro, é natural que o seu interesse, que elle foi o primeiro a desprezar, succumba diante do interesse mais forte da paz social.

A acção dissolvente do tempo, muitas vezes, se exerce gradativamente, quando a relação de direito dispõe de mais de uma defeza jurídica. Assim, entre nós, aquelle que soffre uma lesão em seus direitos, por acto da administração publica, dispõe de uma acção summaria, que prescreve dentro de um anno; entretanto, perdido esse meio mais energico de defeza jurídica, ainda lhe resta a acção ordinaria, que tem vida mais longa.

Se o devedor pagar uma obrigação prescripta, não tem direito de repetir, do credor, o que lhe deu em pagamento. Isto mostra que a prescrição actúa, dissolventemente, sobre os órgãos de defeza do direito subjectivo e não sobre a parte nuclear do interesse.

III. A differença essencial entre a prescrição e o usucapião, que não tinha sido assignalada pelos antigos juriconsultos, e foi posta em evidencia pela analyse dos modernos, está em que a primeira, é uma força extinctiva da acção e de todos os recursos de defeza, de que o direito se achava, originariamente, provido, e a segunda é uma força creadora de direitos

(6) *Pro Caecina*, cap. 26.

reaes, em particular, da propriedade, que opera transformando a posse em direito. Da confusão dos dois institutos originaram-se desvios e erros da doutrina, que os novos codigos e tratados vão eliminando. E' tambem consequencia dessa confusão o posto que aos dois institutos dão muitas legislações.

O Codigo Civil francez (arts. 2.219-2.281), o austriaco (1.451-1.502), o italiano (2.105-2.147), o chileno (2.492-2.524), o argentino (3.497-4.043), o hespanhol (1.930-1.975) fizeram da theoria da prescripção o remate de suas disposições, porque, para elles, a extinctiva e a acquisitiva obedecem aos mesmos principios geraes, e funcionam, precisamente, como forças destruidoras de direitos, em dadas emergencias e mediante certos requisitos. Tambem o *Projecto* do Dr. Coelho Rodrigues reuniu a usocapião e a prescripção, mas para collocal-as na parte geral, como dominadoras de todas as relações juridicas. O Codigo Civil do Japão (arts. 144-174) adoptou o mesmo systema. Não é acceitavel esse alvitre, porque o usocapião é instituto especial do direito das coisas, que nenhuma applicação encontra nas outras divisões do direito civil.

O Codigo Civil portuguez (arts. 505-566), o do Uruguay (arts. 1.188 a 1.244), o do Mexico (1.059-1.129) e o *Projecto Felicio* dos Santos tratam da prescripção extinctiva e da usucapião na parte relativa á acquisição da propriedade.

Os civilistas allemães, em sua maioria, tomaram outro rumo, passando a tratar da prescripção propriamente dita ou extinctiva (*Verjaehrung*), na parte geral, e do usucapião (*Ersitzung*), na parte relativa ao direito das coisas (7). Essa orientação foi a seguida

(7) Assim em: ROTII, *System*, I, § 87, e III, § 249; ENDEMANN, *Einfuehrung*, I, §§ 90-93, e II, § 82; WINDSCHEID, *Pandectas*, I, §§ 105-113, e II, §§ 175-183; DERNBURG, *Pandectas*,

pelo Codigo Civil allemão (arts. 194-225 e 937-947) e pelo brasileiro, arts. 161 e segs. e 550 a 553, 592 e 593, orientação que lhe veio do Projecto *primitivo*.

Desde que se attenda aos effeitos geraes da prescripção, que se applica ás acções, quer reaes, quer pessoas, quer ás que se originam das convenções matrimoniaes, quer ás que procedem do direito successorio, ter-se-á de reconhecer que o seu posto é na parte geral, onde ella apparecerá como um dos modos pelos quaes se extinguem os direitos, ou, pelo menos, perdem as suas propriedades defensivas. O mesmo não é licito dizer do usucapião, que tem efficacia especializadada, e que, em face da melhor organização dos registros prediaes, vae restringindo a sua acção sobre os immoveis.

§ 78

Requisitos da prescripção

Os requisitos da prescripção se reduzem a dois: a negligencia ou inacção do titular do direito e o decurso do tempo (1).

I, §§ 144-150; KOHLER, *Lehrbuch des b. Rechts*, I, §§ 81-95; *Encyclopaedie der Rechtswissenschaft*, I, p. 585 e 613. Esta accurada distincção começa especialmente com SAVIGNY, *Droit romain*, §§ 178 e segs. e 237 e segs. Entre os italianos citarei CHIORNI, *Istituzioni*, §§ 105 e 138, e a magistral nota η η de FADDA e BENZA, ás *Pand.* de WINDSCHEID, I, p. 1.072-1.082, que, aliás, sustenta a unidade conceitual das duas prescripções.

Sobre este assumpto, vejam-se os *Trabalhos* da Camara dos deputados, sobre o projecto de Codigo Civil, III, paginas 13-19; e CARPENTER, *Manual do Codigo Civil*, vol. IV, numeros 5 e segs.

(1) LAURENT, *Cours*, IV, n. 615. WINDSCHEID, *Pand.*, § 107, acrescenta a não satisfacção do direito. V. COLMO, *Obligaciones*, n. 919.

Entre nós questionava-se sobre se também é necessária a bôa fé, como no usocapião. O motivo da duvida estava na Ord. 4, 79, pr., quando estatuiu: — *Porém, esta lei não haverá logar nos devedores que tiverem má fé, porque estes taes não poderão prescrever em tempo algum.* Grande numero de civilistas renicos e patrios (2), fundados nessa disposição do Código philippino, julgaram indispensavel a bôa fé, para que se pudesse consummar a prescrição. Outros, porém, achavam que aquelle preceito encontrava a sua razão de ser na sequencia das palavras do mesmo dispositivo (*por se não dar occasião de peccar, tendo o alheio indevidamente*), e, como a lei de 18 de Agosto de 1869, § 12, declarou, expressamente, que a *supposição de peccado*; como motivo das leis, *se haverá por não escripta*, consideraram as Ords. revogadas nesta parte (3). Esta ultima opinião prevaleceu afinal: Teixeira de Freitas pode affirmar que, no fôro brasileiro, a prescrição extinctiva era allegada e attendida sem que alguém se preoccupasse com a bôa fé (4); o Código do Commercio deu-lhe agasalho franco (artigo 442), e assim o Civil, que não menciona esse requisito.

A legislação comparada apoia também esta solução. E' certo que o Código Civil portuguez, art. 535, concede a prescrição ao devedor não inquietado, se

(2) MELLO FREIRE, *Inst.*, liv. 3, tit. 4, § 8; LIS TEIXEIRA, *Direito civil*, II, p. 133-136; CORREIA TELLES, *Doutrina das acções*, §§ 71 e 171.

(3) COELHO DA ROCHA, *Inst.*, nota T.

(4) TEIXEIRA DE FREITAS, *Consolidação*, nota ao art. 854. Vejam-se ainda, no sentido de não ser a bôa fé requisito essencial da prescrição: ALMEIDA OLIVEIRA, *Prescrição*, p. 375; CARLOS DE CARVALHO, *Direito civil*, art. 963; e M. I. C. MENDONÇA, *Obrigações*, n. 420. Em direito romano, a bôa fé não era exigida, e o direito canonico apenas a requeria em relação ás coisas alheias possuidas injustamente (WINDSCHEID, *Pand.*, § 111).

estiver de boa fé, depois de vinte annos, e, independentemente desse requisito, depois de trinta. Os outros codigos não alludem á boa fé do devedor (5).

Do que ficou dito sobre o conceito da prescripção, no § anterior, conclue-se, forçosamente, que esse requisito nada tem com a prescripção, que é uma funcção do tempo, actuando, dissolventemente, sobre as relações de direito, que se conservam inactivas deante dos ataques oriundos dos interesses contrarios. Na lucta entre os interesses, os que não reagem, procurando manter-se, hão de ser supplantados.

No usocapião, a boa fé tem uma funcção importante, porque dá apparencia juridica ao facto da posse e purifica a acquisição do direito. Mas, na prescripção extinctiva, o devedor não adquire um direito, embora lhe seja lucrativa a prescripção; é o direito do credor que se torna impotente.

§ 79

Direitos imprescriptiveis

Não é mister falar aqui dos direitos, que emanam da soberania, ou que constituem funcções publicas. Estamos no campo do direito privado.

(5) Declara positivamente o Codigo Civil hespanhol, artigo 1.961: *Las acciones prescriben por el mero lapso de tiempo fijado por la ley.* Por seu lado, diz o Codigo Civil francez, art. 2.241: *On peut prescrire contre son titre, en ce sens que l'on prescrit la libération de l'obligation que l'on a contractée;* o que o *italiano*, 2.118, 2ª parte, traduz deste modo: *Ciascuno può prescrivere contro il proprio titolo in quest'ò senso, che si può colla prescrizione conseguire la liberazione dell'obbligazione.* Vejam-se ainda o *austriaco*, 1.478; o *suiçço* das obrigações, 127; o *argentino*, 3.949 e 4.017,

Não estão sujeitos á prescripção nem ao uso-capião:

1º Os direitos, que são emanações immediatas, ou modos de ser da personalidade, como os direitos de vida, honra e liberdade; o direito de autor (parte pessoal), e o nome ou firma commercial (1).

2º Os bens publicos de uso commum (2).

3º As acções de estado, isto é, as que se destinam a fazer reconhecida a situação juridica da pessoa no Estado ou na familia, por exemplo: como cidadão, pae, conjuge ou filho (3). O estado da pessoa é a situação juridica a ella attribuida pela ordem juridica em determinadas circumstancias; desde que se demonstre a existencia dessas circumstancias, é forçoso que o estado correspondente seja reconhecido á pessoa, porque a determinação d'elle é de ordem publica. O estado das pessoas tem, além disso, um aspecto moral, que não pôde ser posto de lado, e que revela, mais claramente, a intima ligação, que existe entre elle e a organização juridica da sociedade.

Mas, se as acções relativas á determinação do estado das pessoas são imprescriptiveis, os direitos patrimoniales, que d'elle decorrem estão sujeitos á prescripção.

Não importa que o estado de familia possa adquirir-se por posse diuturna (*nome, fama e tratamento*). O ponto de vista é outro. Adquire-se o estado por uso-capião, mas não se perde por prescripção.

4º As acções, que se derivam das relações de familia e tendem a exigir um facto ou uma omissão corres-

(1) Veja-se o § 7.

(2) Veja-se o § 39.

(3) Meu *Direito da familia*, § 66; FADDA e BENZA, nota ii ás *Pand.* de WINDSCHEID, I, p. 1.083; ALMEIDA OLIVEIRA, *Prescripção*, p. 375; *Codigo Civil allemão*, art. 194, 2ª parte, *francez*, 328; *italiano*, 177.

pondente a um determinado estado familiar (4). Exemplos: a acção para pedir alimentos persiste apesar de não se ter exercitado por longo espaço de tempo; o marido pôde revogar, em qualquer tempo, a autorização dada á mulher para commerciar, respeitados os direitos de terceiros.

5º Os immoveis dotaes estimados *taxationis causa* (5).

Referem-se alguns autores ás coisas, que consistem em simples faculdades (*res merae facultatis*); mas não é muito correcto destacar esta classe entre as acções imprescriptiveis, por motivos obvios. Em primeiro lugar, as faculdades não são direitos e sim manifestações, irradiações, consequencias, applicações de direitos, e, enquanto subsistir o direito, que serve de base á faculdade, ella se manterá; desapparecendo essa fonte, ella se extinguirá. Não são as faculdades fórmas especiaes de direitos, são modos communs de se manifestar a expansão do poder, em que o direito consistê. Em segundo lugar, a prescripção, como ficou exposto no § anterior, presuppõe a negligencia do titular do direito mais a creação de uma situação social contraria, e, na hypothese das faculdades não exercidas, não se pôde allegar nem essa negligencia nem essa actividade opposta (6).

Um dos casos desta especie, que ás vezes vem destacado, como constituindo um typo á parte, é a acção de divisão, por ser possivel enquanto existir o estado de communhão. O que se dá neste caso, como nos outros, é que, prolongando-se, o estado de communhão não cria uma situação nova opposta á divisão. Esta

(4) Código Civil *alemão*, art. 194, 2ª parte.

(5) ALMEIDA OLIVEIRA, *Prescripção*, p. 124; Cod. 5, 12, 1. 30; WINDSCHEID, *Pand.*, I, § 109, 2.

(6) FADDA e BENZA, *logar citado*, p. 1.087.

é um direito attribuido aos que possuem bens indivisos; enquanto ha divisão, têm os conçortes o direito de pedir que ella cesse.

Como diz Windscheid, a acção de divisão renasce a cada momento (7).

§ 80

Do inicio da prescripção

A prescripção das acções reaes começa a correr do momento em que alguem perturba o direito, praticando actos constitutivos d'elle ou incompatíveis com a sua existencia. Sem duvida, *a prescripção nasce no momento em que o titular do direito pôde exercer a sua acção e deixa de fazel-o* (1); porém, no direito real, esse momento se fixa pelo modo que acaba de ser exposto. No direito pessoal, distinguem-se as prestações positivas das negativas. Se a obrigação se tem de cumprir por um acto positivo do devedor (*dare vel facere*), desde o momento em que elle não o cumpriu violou o direito do credor, e a prescripção se iniciou. isto é, um estado contrario ao direito particular do credor começou a formar-se. Se a obrigação tem de cumprir-se por uma omissão (*non facere*), a violação do direito se dá, quando o devedor pratica o acto contrario á inacção, a que se tinha obrigado.

Applicando este principio aos direitos condicionados, ver-se-á que a prescripção sómente pôde come-

(7) *Pandectas*, I, § 106.

(1) Ord., 4, 79, pr.: «Se alguma pessoa fôr obrigada a outra por alguma coisa ou quantidade... poderá ser demandada até trinta annos, *contados do dia, que essa coisa ou quantidade haja de ser paga*, em deante; DERNBURG, *Pand.*, § 146; WINDSCHEID, *Pand.*, § 107; ALMEIDA OLIVEIRA, *Prescripção*, p. 382; *Codigo Civil allemão*, art. 198.

çar, a respeito delles, depois do implemento da condição; da mesma fôrma, os direitos dependentes de termo sómente com a realização deste podem começar a prescrever (2). É o que estabelece o Codigo Civil brasileiro, art. 170: «Não corre igualmente (a prescrição): 1º Pendendo condição suspensiva; 2º Não estando vencido o prazo (3).

Mas accrescenta o Codigo: 3º Pendendo acção de evicção (4). E' este um caso particular de direito condicional, por isso que o direito do adquirente fica dependente do resultado da evicção, que actua, no caso, como um factio futuro e incerto. Se o alienante, chamado á autoria, decair, o evicto perderá o objecto do seu direito; se vencer, volverá a coisa ao patrimonio do adquirente. Durante a contenda judiciaria, a relação juridica sobre o objecto do litigio está em suspensão.

O art. 168, IV, diz tambem que a prescrição não corre «em favor do credor pignoratício, do mandatario, e, em geral, das pessôas que lhes são equiparadas, contra o depositante, devedor, mandante e pessôas representadas ou seus herdeiros, quanto ao direito e obrigações relativas aos bens confiados á sua guarda». Disposição semelhante encontra-se em outros corpos de lei (5); mas o motivo allegado, para a inclusão desta

(2) WINDSCHEID, *Pand.*, § 107; ALMEIDA OLIVEIRA, *Prescrição*, p. 382; Cod. 7, 39, l. 7, § 4; 8, 45, l. 31, *initio*; Cod. Civil francez, art. 2.257; *italiano*, 2.210; *boliviano*, 1.152.

(3) Semelhantemente: FELICIO DOS SANTOS, *Projecto*, artigo 1.391; COELHO RODRIGUES, 238, ns. 4 e 5; *primitivo*, 192, ns. 4 e 5.

(4) *Projecto* COELHO RODRIGUES, art. 238, n. 6; *primitivo*, 192, n. 6; COELHO DA ROCHA, *Inst.*, § 457; Codigo Civil francez, art. 2.257; *italiano*, 2.120.

(5) Codigo Civil francez, art. 2.236; *italiano*, 2.115; *portuguez*, 510; *mexicano*, 1.070; *Projecto* FELICIO DOS SANTOS, 1.343.

regra, a má fé do prescribente, está claramente mostrando que laboravam em equivoco os seus autores; collocaram-se no ponto de vista do usucapião, esquecendo que desenvolviam a theoria da prescrição extinctiva (6). Effectivamente, que é que se diz que não prescreve? O direito do proprietario devedor sobre a coisa empenhada, depositada, ou o do mandante sobre a coisa entregue ao mandatario? Se é disso que se trata, a materia pertence á theoria do usocapião. Mas, paga a divida garantida pelo penhor, posto o objecto do deposito á disposição do dono, e continuando em poder do ex-depositario, porque se ha de dizer que não prescreve a acção de pedir a restituição do objecto empenhado ou depositado (7)? Emquanto não se extingue a obrigação, no caso do penhor, não é possível iniciar-se a prescrição, porque ainda não podia o devedor exigir o objecto empenhado. No caso do deposito, o depositante póde, a qualquer momento, exigir a restituição do objecto depositado, mas a prescrição sómente depois de extinto o deposito começa a correr, porque, só então, com a cessação do vinculo juridico entre o depositante e o depositario, é possível estabelecer-se um estado de facto contrario ao direito do primeiro, só então se lhe póde attribuir negligencia. Subsistindo o deposito, o depositante se acha na dupla obrigação de guardar o objecto depositado e entregal-o, desde que fôr pedido, e este estado de espirito e de relação juridica impede o inicio da prescrição.

Nas acções regressivas, inicia-se a prescrição, quando se verificam os pagamentos, que as motivam,

(6) Está disposição resultou de uma emenda do Sr. Conselheiro ANDRADE FIGUEIRA. CARPENTER, afóra as considerações do texto (*op. cit.*, n. 90).

(7) WINDSCHEID, *Pand.*, § 107, nota 10; COELHO DA ROCHA, *Inst.*, § 457..

acrescentam alguns autores (8), a meu ver inutilmente, pois sómente com esse pagamento é que nasce, para o solvente, o direito de regresso.

A prescrição iniciada contra uma pessoa continua a correr contra o seu herdeiro (9).

§ 81

Das causas que impedem ou suspendem a prescrição

Suspensão da prescrição é a parada, que o direito estabelece, por considerações diversas, ao curso della, ou o impedimento que oppõe ao seu inicio.

Não corre a prescrição:

1º Entre conjuges, na constancia do matrimonio;

2º Entre ascendentes e descendentes, durante o patrio poder;

3º Entre tutelados ou curatelados e seus tutores ou curadores, durante a tutela ou curatela (1).

Pelo direito romano, tambem não corria a prescrição entre filhos sob o patrio poder e os paes, em relação aos bens adventicios (2), mas corria entre conjuges, salvo o direito de revogação, quando assumia o

(8) ALMEIDA OLIVEIRA, *Prescrição*, pag. 382.

(9) Codigo Civil, art. 165; *d'Austria*, art. 1.439; *allemão*, 221; *Projecto* COELHO RODRIGUES, 225; *primitivo*, 186.

(1) COELHO DA ROCHA, *Inst.*, § 457; ALMEIDA OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 136-143; Codigo Civil *francez*, art. 2.252 e 2.253; *italiano*, 2.119; *federal suisso* das obrigações, 134, ns. 1-3; *portuguez*, 5.151, ns. 1 e 2; *allemão*, 204; *austriaco*, 1.495; *argentino*, 3.966 e 3.969; *chileno*, 2.509; *mexicano*, 1.115, ns. I-III. O Codigo Civil do Japão, art. 159, admitte a prescrição nestes casos, mas não permite que se consumme antes da expiração de seis mezes, contados do momento em que cessam o patrio poder e a tutela ou se dissolve o casamento.

(2) Cod. 7, 40, l. 1, § 2.

caracter de liberalidade (3). Os bens dotaes estavam isentos de prescripção.

As considerações, que determinam o impedimento do inicio ou curso da prescripção, nos casos que acabam de ser apontados, entre conjuges, entre progenitores e filhos-familias, entre tutores ou curadores e pupillos ou curatelados, são de ordem moral. As relações affectivas que devem existir entre essas pessôas, a obrigação que umas têm de proteger as outras e velar por seus interesses, justificam o preceito legal que as impede de liberar-se por prescripção. Acrescenta-se a isso que a confiança, que deve reinar entre ellas, daria a feição de abuso reprovavel a esse lucro de umas fundado na inacção das outras.

Estas razões são, sem duvida, mais valiosas do que a invocação do brocardo — *contra non valentem agere non currit praescriptio*, que não teria applicação a todas as hypotheses.

Tambem não corre a prescripção:

1º Contra os menores de 16 annos e outros absolutamente incapazes (§ 9);

2º Contra os ausentes do paiz, em serviço publico;

3º Contra os que se acharem servindo na armada ou no exercito, em tempo de guerra (4).

Pelo direito romano, a prescripção de tres annos

(3) VAN WETTER, *Droit civil*, p. 297.

(4) Codigo Civil, art. 169. A Ord. 4, 79, § 2, falava apenas dos menores de 14 annos sem distincção de sexo, e o Codigo Commercial, art. 452, dos que servem na armada e no exercito, em tempo de guerra. COELHO DA ROCHA acrescentava os ausentes a serviço do Estado. O n. 1.º póde invocar o apoio do brocardo *contra non valentem agere non currit praescriptio* e encontra semelhança nos Codigos Civis seguintes: *francez*, artigo 2.252; *italiano*, 2.120; *argentino*, 3.966; *chileno*, 2.509; e *uruguayo*, 1.217. V. os Projectos de FELICIO DOS SANTOS, artigo 1.390, n. 4; COELHO RODRIGUES, 238; *primitivo*, 192. Adde: M. I. C. MENDONÇA, *Obrigações*, n. 431, V.

não corria contra os menores e interdictos (5), e a de trinta annos e mais sómente não corria contra os im-
puberes (6). O Codigo Civil portuguez, art. 549, não
admitte a prescripção entre os menores ou dementes,
emquanto não tiverem quem os represente ou admi-
nistre os seus bens. No art. 550, estabelece o mesmo
codigo que a prescripção só se completa contra o me-
nor, passado um anno depois de findo o impedimento
da menoridade. O allemão, art. 206, determina que,
se o incapaz se acha sem representante legal, a pre-
scripção só se consumma contra elle, seis mezes depois
de adquirida a capacidade plena ou de estabelecida a
representação.

Estes dois codigos attenderam a ponderações fei-
tas por alguns autores, quanto ao impedimento da in-
capacidade. Entendem esses escriptores que, tendo os
incapazes os seus representantes, não ha razão para
collocal-os a salvo da prescripção, pois se esta os pre-
judicar, terão acção contra o representante desidioso,
para resarcir o prejuizo. Mas, incontestavelmente, é
melhor avisado o legislador que não expõe os absolu-
tamente incapazes, que nenhuma intervenção têm nos
actos juridicos praticados por seus paes ou tutores, aos
azares dessa indemnização fallivel.

Além das pessoas acima indicadas, lembram al-
guns, ainda, os compossuidores, o herdeiro na herança
acceita a beneficio de inventario, e aquelles cujos bens
foram confiados a administrador legal. Mas parece
inutil examinar estas hypotheses. Quanto aos compos-
suidores, não se comprehende como possam prescre-
ver entre si, desde que cada um possui sómente uma
parte ideal, possuindo todos conjunctamente cada uma

(5) Cod., 7, 35, 1. 3.

(6) Cod., 2, 41, 1. 5 combinado com Cod., 7, 39, 1. 3,
§ 1, *in-fine*; VAN WETTER, *Droit civil*, p. 297.

das partes do bem. A herança, emquanto não partilhada, acha-se na propriedade e posse commum dos herdeiros. A situação é, assim, identica á anterior (7). Quanto ao administrador legal, postos de lado o pae, o tutor e o curador, que já foram considerados, nenhum merece especial menção, relativamente ao caso agora examinado. Os presidentes da Republica ou dos Estados, os ministros, não se acham em situação de poderem allegar prescripção contra a fazenda publica.

A suspensão da prescripção em favor de um dos credores solidarios só aproveita aos outros, se o objecto da obrigação fôr indivisivel (8).

§ 82

Interrupção da prescripção

I. *Pela interrupção da prescripção, inutiliza-se a prescripção já começada* (1). Differe da suspensão em que, nesta ultima, a prescripção continúa o seu curso, logo que desaparece o impedimento, e na interrupção o tempo anteriormente decorrido fica perdido para o prescribente, ainda que, em seu favor, se inicie nova prescripção, cujo lapso de tempo se conta, desde que se ultima o acto interruptivo, se novamente volta á inacção o titular do direito.

(7) Em relação aos credores da herança, nada justificaria o favor que os isemptasse da prescripção.

(8) Codigo Civil brasileiro, art. 171; *italiano*, art. 2.122; *argentino*, 3.981 e 3.982; *Projecto* COELHO RODRIGUES, art. 241; *primitivo*, 193.

(1) ALMEIDA OLIVEIRA, *Prescripção*, p. 155; CARPENTER, *Manual*, IV, ns. 117 e segs.; ESPINOLA, *Systema*, I, p. 423-424; CARVALHO DE MENDONÇA (M. I.); *Obrigações*, I, n. 431; VAMPRE, *Manual*, I, § 22; ALMACHIO DINIZ, *Primeiros principios*, I, § 51; NUMA DO VALLE, *Da prescripção extinctiva*, § 51.

A interrupção diz-se natural ou civil, conforme se exercer por um acto do titular, fazendo, directamente, cessar o estado de facto, preparatorio ou formador da prescrição, ou por uma intervenção da autoridade publica. Entendem alguns que a prescrição extinctiva não póde ser interrompida senão civilmente; mas não é bem fundada essa opinião, porque, nas acções que tendem a reaver a posse de uma coisa, o facto de ter sido o réo privado da mesma posse é uma interrupção (2).

Os factos dos quaes resulta a interrupção da prescrição são os seguintes:

1º *Citação pessoal feita ao devedor, ainda que ordenada por juiz incompetente* (3).

Mas não tem o effecto de interromper a prescrição a citação nulla por vicio de fórma, por circumducção ou perempção da acção (4). Para que a citação destrua a formação do direito do prescribente, deve ser valida e accusada em juizo; nulla, desfaz-se por si, não inquieta o devedor, passa despercebida na vida

(2) MAYNZ, *Droit romain*, § 59.

(3) Cod. Civil, art. 172, I, Commercial, art. 453, 2º, conforme a melhor interpretação; M. I. C. MENDONÇA, *Obrigações*, n. 434; *Codigo Civil francez*, art. 2.246; *italiano*, 2.125, pr.; *argentino*, 3.986. Este *Codigo* é mais radical, considerando interrompida a prescrição pela citação nulla por vicio de fórma. E' tambem o parecer de ALMEIDA OLIVEIRA, *Prescrição*, p. 163, nota 20, e de PLANIOL, *Traité*, I, n. 1.522. No sentido do texto: *Projecto* COELHO RODRIGUES, art. 242, § 1; *primitivo*, art. 194, 1º. JOÃO MONTEIRO, *Processo*, II, nota 5, achava que sómente á citação perante o juiz competente deve ligar-se effecto interruptivo da prescrição, pois tal é a doutrina romana. Este ponto, porém, é controvertido (DERNBURG, *Pand.*, § 148, nota 6).

(4) *Codigo Civil*, art. 175; CARLOS DE CARVALHO, *Direito Civil francez*, art. 2.247; *italiano*, 2.128; *mexicano*, 1.117, II; *boliviano*, 1.543; *Projecto* COELHO RODRIGUES, 244; *primitivo*, 196.

juridica. A excepção, que se abre em favor da citação feita por juiz incompetente, justifica-se, não só porque a materia de competencia offerece difficuldades, que, ás vezes, embaraçam os proprios juizes, dando lugar a conflictos, e seria iniquo, nessas condições, negar o effeito interruptivo da prescripção a citações ordenadas por juizes incompetentes (5), como, ainda, porque uma ta citação vae attingir o prescribente de um modo mais directo do que a citação nulla por vicio de fórma. Se a citação contém vicios de fórma, sana-os o comparecimento do réo em juizo; portanto, a citação defeituosa quanto á fórma só não interrompe a prescripção do revel, porque não o attinge, póde até ser-lhe desconhecida, quando feita por edital ou ainda com hora certa, em dadas circumstancias. Feita por juiz incompetente, o réo comparece para arguir a incompetencia e neste simples factó estão os elementos contrarios á permanencia da prescripção. Se não se admittisse este effeito interruptivo da citação, poderia acontecer que o feito sómente fosse annullado, em razão da incompetencia, na segunda instancia, e, apesar de todo esse debate judiciario, o titular do direito visse esvair-se a sua acção, quando desenvolvia o maior esforço para fazel-a vingar, e ter assegurado o seu direito. Seria uma extorsão legal.

2º Protesto (6).

3º Apresentação do titulo de credito em juizo de inventario ou em concurso de credores (7).

(5) PLANIOL, *Traité*, I, n. 1.521.

(6) Cod: Civil, art. 172, II; Commercial, art. 453, 3º; *Projecto* COELHO RODRIGUES, art. 242, § 1; *primitivo*, 194, 2º; ALMEIDA OLIVEIRA, *Prescripção*, p. 169; M. I. C. MENDONÇA, *Obrigações*, n. 434, II; T. DE FREITAS, *Consolidação*, artigo 855, nota 3.

(7) Cod. Civil, art. 172, III, *federal suisso* das obrigações, art. 154, 2º; *Projecto* COELHO RODRIGUES, art. 242, § 2; *primitivo*, art. 194, 3º; WINDSCHEID, *Pand.*, § 108.

4º Qualquer acto judicial que constitua em mora o devedor (8).

5º Qualquer acto inequivoco, ainda que extra judicial, que importe reconhecimento do direito por parte do obrigado, como uma carta, a renovação da obrigação, um pedido de espera, o pagamento dos juros, a fiança (9).

II. A interrupção póde ser promovida não só pelo proprio titular do direito em via de prescrever, ou por quem legalmente o represente, como por qualquer terceiro que tenha legitimo interesse, em que a prescrição se não consumme (10).

A interrupção da prescrição feita por um dos credores solidarios aproveita aos outros. Quando um dos devedores solidarios reconhece a obrigação, prejudica os seus consortes (11). E' uma consequencia forçosa dos principios da solidariedade.

(8) Cod. Civil, art. 172, IV; *italiano*, art. 2.125; *Projecto COELHO RODRIGUES*, art. 242, § 3; *primitivo*, 194, 4º; M. I. C. MENDONÇA, *Obrigações*, n. 434, IV.

(9) Cod. Civil, art. 172, V, TEIXEIRA DE FREITAS, *Consolidação*, art. 855, nota 3; CARLOS DE CARVALHO, *Direito civil*, artigo 982, d.; M. I. C. MENDONÇA, *Obrigações*, n. 434, V; ALMEIDA OLIVEIRA, *Prescrição*, p. 170-172; WINDSCHEID, *Pand.*, § 108; Cod. fed. *suisso das obrigações*, art. 154, 1º; *italiano*, 2.119; *francez*, 2.248; *Projecto COELHO RODRIGUES*, art. 242, § 4; *primitivo*, 194, 5º.

(10) Cod. Civil, art. 174; *Projecto COELHO RODRIGUES*, art. 243; *primitivo*, 195; M. I. C. MENDONÇA, *Obrigações*, numero 435.

(11) Cód. Civil, art. 176, § 1º, Arg. do Cod. comm., artigo 454, 2ª al.; ALMEIDA OLIVEIRA, *Prescrição*, p. 173; meu *Direito das obrigações*, § 24; M. I. C. MENDONÇA, *Obrigações*, n. 433; Cod., 8, 40, l. 5; *Codigo Civil francez*, art. 2.249, *instituto: italiano*, 2.130, *instituto*, e 2.131; *federal suisso* das obrigações, 155; *portuguez*, 554 e 558; *argentino*, 3.994; *uruguayo*, 1.214; *boliviano*, 1.545; *Projecto COELHO RODRIGUES*, 245; *primitivo*, 197.

Interrompida a prescrição relativamente ao herdeiro de um dos devedores solidarios, não obriga aos outros herdeiros ou devedores, salvo se a obrigação fôr indivisivel. Para que se interrompa, neste caso, a prescrição, é preciso que o acto de interrupção seja notificado a todos os herdeiros do devedor solidario, ou ao cabeça de casal, ou ao inventariante. O reconhecimento da divida, para ter effeito interruptivo, deve ser feito por todos os herdeiros (12).

No caso de ser interrompida a prescrição sómente em relação a um dos herdeiros do devedor solidario, a massa hereditaria fica sujeita ao pagamento da quota não prescripta do herdeiro que se confessa devedor, ou a quem foi notificado no acto da interrupção (13).

A declaração da fallencia do devedor interrompe a prescrição; só a quitação ou a renuncia exonerará a massa ou o fallido (14). A razão é que, com a declaração da fallencia, desaparecem os dois factores da prescrição: a negligencia do credor, pois que todos os credores se associam no concurso para a liquidação da massa fallida; e a formação de um estado de facto contrario ao direito do mesmo credor, porque a declaração de fallencia importa liquidação dos bens do fallido para pagamento dos credores, e, se intervem concordata, esta equivale ao reconhecimento das dividas.

(12) Cod. Civil, art. 176, pr.; Comm., art. 454; CARLOS DE CARVALHO, *Direito civil*, art. 984; ALMEIDA OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 173; Cod. Civil francez, art. 2.249, 2ª parte; *italiano*, 2.130, 2ª e 3ª partes; *argentino*, 3.995; *uruguayo*, 1.214, 2ª; *boliviano*, 1.546 e 1.547; FELICIO DOS SANTOS, *Projecto*, art. 1.384, 2ª parte; COELHO RODRIGUES, 245, §§ 1 e 2; *primitivo*, 198.

(13) Código Civil francez, art. 2.249, 3ª parte; *italiano*, 2.130, 3ª parte; *Projecto* FELICIO DOS SANTOS, 1.384; COELHO RODRIGUES, 246; *primitivo*, 199.

(14) Lei n. 2.024, de 17 de Dez. de 1908, art. 50.

A interrupção feita em relação ao devedor principal ou o reconhecimento da divida effectuado por elle, prejudica o fiador, mas a interrupção realizada para com este não prejudica o devedor principal (15).

§ 83

Quem pôde allegar a prescrição e contra quem se allega

I. Sendo a prescrição um instituto destinado a manter a paz publica, aproveita a todos. Podem, assim, ser favorecidos por ella não só os capazes como os incapazes, as pessoas naturaes como as juridicas. Essas mesmas pessoas, por si ou por seus representantes, podem allegar a prescrição.

Podem allegar-a tambem: 1º o *credor*, quando o devedor, se abstem de allegar a prescrição, ou a renuncia, achando-se insolvente no momento da renuncia ou da abstenção (1), porque, embora, em principio, seja livre a cada um allegar ou não a defeza da prescrição, neste caso, tal liberdade seria inadmissivel. O devedor fraudaria, assim, os interesses do credor; a prescrição consummada importa em um augmento do patrimonio, e este responde pelas obrigações da pessoa.

(15). Cod. Civil, art. 176, § 3; Cod. 8, 40^o, l. 5; Codigo Civil francez, art. 2.250; *italiano*, 2.132; *portuguez*, 556; *mexicano*, 1.221; *argentino*, 3.997; *uruguayo*, 1.215; *boliviano*, 1.548; *fed. suizo* das obrigações, 155; COELHO RODRIGUES, 248; *primitivo*, 200.

(1) Cod. Civil, art. 162; CARLOS DE CARVALHO, *Direito Civil*, art. 441; ALMEIDA OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 81-86; Codigo Civil francez, art. 2.225; *italiano*, 2.112; *portuguez*, 509; *hespanhol*, 1.937; *argentino*, 3.963; *mexicano*, 1.069; *boliviano*, 1.414; *Projecto FELICIO DOS SANTOS*, 1.331; COELHO RODRIGUES, 220; *primitivo*, 182.

2º *Outros interessados*, como sejam: o fiador e o garante (2).

3º *O herdeiro*, se o *de cujus* não renunciou a prescrição. É claro que, por herdeiro, se entende quem é chamado a succeder uma pessoa já fallecida, e não o que o é apenas presumtivamente.

II. A prescrição pôde ser allegada contra quaesquer pessoas, naturaes ou juridicas, desde que o direito seja prescriptivel (3). As excepções numerosas, a que se referiam os antigos escriptores, não tinham fundamento em lei nem na bôa logica juridica. O que o direito estatue realmente, e é conforme á equidade, é que fica salva, ás pessoas legalmente privadas da administração de seus bens, acção regressiva contra seus representantes, quando a prescrição fôr devida á negligencia ou dolo dos mesmos (4).

O principio dominante, nesta relação, é que a prescrição pôde ser opposta contra qualquer pessoa, relativamente á qual haja interesse de fazel-o (5).

Se o interessado não allegar a prescrição, naturalmente é porque a ella renuncia e, portanto, o juiz não a pôde decretar, ainda que por outros meios verifique a sua consummação (6). *Invito non datur beneficium*.

(2) Cod. Civil, art. cit.; ALMEIDA OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 87-90; os Projectos e codigos citados á nota antecedente.

(3) Vejam-se as citações da nota 1, e mais Codigo Civil, art. 163.

(4) Cod. Civil, art. 164, VAN WETTER, *Droit civil*, p. 302; Codigo Civil francez, art. 2.278; *Projecto* COELHO RODRIGUES, 223; *primitivo*, 185; *actual*, 168.

(5) HUC, *Commentaire*, XIV, n. 333.

(6) Cod. Civil, art. 166; ALMEIDA OLIVEIRA, *op. cit.* p. 222-223; CARLOS DE CARVALHO, art. 966; meu *Direito das obrigações*, § 52; VAN WETTER, *Droit civil*, p. 291; HUC, *Commentaire*, XIV, n. 329; Codigo Civil francez, art. 2.223; *italiano*, 2.109; *portuguez*, 515; *argentino*, 3.964; *chileno*, 2.493; *suisso* das obrigações, 142; *uruguayo*, 1.165; *japonez*, 165; *Projecto*

E' admissivel allegar prescripção contra a massa fallida, quando em beneficio della fôr intentada acção, para annullar actos viciados por fraude de ambas as partes contractantes (7).

§ 84

Da renuncia da prescripção

I. A prescripção é renunciavel, e a sua renuncia obedece aos principios geraes da especie, mas tendo regras que lhe são peculiares.

Para que seja valida a renuncia da prescripção, exigem-se os seguintes requisitos:

1º Que se dê depois de consummada a prescripção;

2º Que não seja feita em prejuizo de terceiro;

3º Que o renunciante esteja na livre administração de seus bens (1).

A razão do primeiro requisito está em que a prescripção é um instituto de ordem publica, não pôde ser afastado pela convenção dos particulares. Se fosse admissivel a renuncia antecipada, seria, como diz Leon Gomes, uma clausula commum em todos os contractos, e, por esse modo, estaria annullado o instituto. Depois

FELICIO DOS SANTOS, 1.321 pr.; COELHO RODRIGUES, 233; *primitivo*, 187. V. o meu *Em defeza*, p. 357-360.

(7) Lei n. 2.024, de 17 de Dezembro de 1903, art. 56.

(1) Cod. Civil, art. 161; VAN WETTER, *Droit civil*, p. 291; ALMEIDA OLIVEIRA, *op. cit.*, pags. 185 e segs.; CARLOS DE CARVALHO, *Direito civil*, art. 441; HUC, *Comm.*, XIV, ns. 319-328; A. LEON GOMES, *op. cit.*, p. 93; Cod. Civil francez, art. 2.220, 2.222 e 2.225; *italiano*, 2.107, 2.108; e 2.112; *portuguez*, 508 e 509; *hespanhol*, 1.935 e 1.937; *argentino*, 3.963 e 3.965; *chileno*, 2.494-2.496; *uruguayo*, 1.163, 1.164 e 1.166; *japonez*, 146; *fed. suisso* das obrigações, 141; *boliviano*, 1.513 e 1.514; *peruano*, 527; FELICIO DOS SANTOS, *Projecto*, 1.322-1.325; COELHO RODRIGUES, 218; *primitivo*, 180, *actual*, 165.

de consummada a prescripção, o prescribente adquiriu um direito que pôde livremente renunciar, se tiver capacidade para dispôr de seus bens.

A renuncia não poderá, porém, ser feita em prejuizo de terceiro. Seriam com ella prejudicados os creadores do prescribente. O seu fiador ou garante não necessita de oppôr-se á renuncia, porque, a prescripção extinguindo a divida, elles estão exonerados, e se o devedor, por acto seu, annulla esse effeito resolutivo do tempo, não o annulla em relação ao fiador (2).

Se a renuncia fôr feita por devedor solidario ou condevedor de obrigação indivisivel, não pôde ser oposta aos outros, cuja condição não pode piorar por acto exclusivamente seu (3).

II. A renuncia da prescripção é uma declaração unilateral da vontade, que pôde ser *expressa* ou *tacita*. A expressa resulta de um acto positivo do prescribente, ao qual não impõe a lei fórma determinada, podendo ser feito por escripto particular ou verbalmente, e admittindo a prova testemunhal (4).

A renuncia tacita resulta de um acto do interessado, incompativel com a vontade de prevalecer-se da prescripção, como se paga integral ou parcialmente a divida prescripta, sendo, neste ultimo caso, feito o pa-

(2) Codigo Civil francez, art. 2.225; italiano, 2.212; federal suizo das obrigações, 159 *in-fine*; argentino, 3.963; meu *Direito das obrigações*, § 52; ALMEIDA OLIVEIRA, *op. cit.*, pags. 213-214; *Projecto primitivo*, 182.

(3) Cod. Civil, art. 161. Vejam-se as citações da nota antecedente e o § 81.

(4) Cod. Civil, art. 161; ALMEIDA OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 190 e segs.; meu *Direito das obrigações*, § 53; A. LEON GOMES, *op. cit.*, p. 93-94; VAN WETTER, *Droit romain*, p. 291; HUC, *Commentaire*, XIV, n. 324; Codigo Civil francez, art. 2.221; italiano, 2.111; hespanhol, 1.935, 2ª parte; chileno, 2.494; uruguayo, 1.163; mexicano, 1.067; *Projecto* FELICIO DOS SANTOS, 1.325; COELHO RODRIGUES, 219; *primitivo*, 181, *actual*, 165.

gamento por conta da divida inteira; se offerece garantias ao credor; se pede inducias para pagar, exige compensação, faz novação ou realiza outro acto que importe o reconhecimento do direito do credor.

III. A prescripção pôde ser allegada em qualquer instancia (5). E' certo que, finda a instrucção da causa, já não tem mais cabimento a allegação dessa defeza, porque, nesse estado, sómente resta ao juiz sentenciar; mas, enquanto não está encerrado o processo, seja na primeira, seja na segunda instancia, a prescripção pôde ser invocada como defeza do réo. Ainda na execução, é direito seu apresental-a sob a fórmula de embargos (6).

Não sendo, porém, allegada, o juiz não a pôde supprir de officio, como já ficou dito no § 83, II.

§ 85

Dos effeitos da prescripção

Os effeitos da prescripção já foram indicados nos paragraphos anteriores, mas é util consideral-os em particular, afim de que possam melhor ser percebidos.

(5) Cod. Civil, art. 162; ALMEIDA OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 177 e segs.; LEON GOMES, *op. cit.*, p. 94; HUC, *Commentaire*, XIV, n. 332; *Codigo Civil francez*, art. 2.224; *italiano*, 2.110; *uruguayo*, 1.165; *Projecto FELICIO DOS SANTOS*, 1.329; COELHO RODRIGUES, 221; *primitivo*, 183.

(6) Reg. 737, art. 577, § 7; ALMEIDA OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 182. O Cod. do Processo Civil e Commercial para o D. F. parece restringir este effeito da prescripção, nos arts. 1.085 e 1.086, com as clausulas — *supervenientes á sentença e occorridos depois da penhora*, o que não é admissivel. V. os Codigos do Processo Civil, do Ceará, arts. 1.266, III, 1.268 e de Minas, arts. 1.400, 3º e 1.401, 2º, que attendem ao effeito da prescripção.

O effeito principal da prescripção é extinguir a acção assecuratoria do direito. Desse primeiro effeito decorrem outras consequencias, como sejam: 1º que se opera uma alteração nos patrimonios respectivos do prescribente e do antigo titular do direito, o primeiro avantajando-se e o segundo soffrendo diminuição; 2º que sómente os interessados podem allegal-a, o juiz não tem direito de a supprir de officio; 3º que póde ser renunciada; 4º que, apresentada em qualquer estado da causa, faz decahir o autor, porque a sua acção não tinha existencia real; 5º que, prescripto o direito principal, com elle prescreve o accessorio.

Discutem os escriptores sobre se a prescripção extingue, simplesmente, a acção ou se penetra, mais profundamente, e vae alcançar o cerne da relação juridica, ou, finalmente, se, deixando a acção e o direito intactos, apenas lhes tolhe a efficacia (1). Ainda que puramente theorica e algo subtil, não é destituida de interesse pratico essa discussão, porque, segundo a opinião acceita, se deduzirão principios a applicar em varias situações.

Já ficou anteriormente indicada a opinião, que me parece mais conforme a razão e a theoria geral do direito: é a que vê na prescripção apenas a destruição do elemento defensivo do direito. E não ha necessidade de distinguir os direitos reaes dos pessoaes, para dizer que os primeiros se esvaem com a prescripção e os segundos, por estarem providos de um numero indeterminado de acções, subsistem apesar da prescripção.

(1) WINDSCHEID, *Pand.*, I, § 112, e as notas π π de FADDA e BENZA; SAVIGNY, *Droit romain*, V, §§ 248-251; DERNBURG, *Pand.*, § 150; KOHLER, *Lehrbuch*, I, § 84; MAYNZ, *Droit romain*, V, p. 550; SOHM, na *Systematische Rechtswissenschaft*, p. 32; ENDEMANN, *Einf.*, I, § 90, III; ALMEIDA OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 225-226; CARPENTER, *Manual*, IV, n. 16.

Em qualquer dos casos, a situação é a mesma, tratando-se de prescrição extinctiva: o direito prescripto perde o seu tegumento protector, a vontade do titular já não tem idoneidade para provocar a reacção da ordem juridica, do poder publico organizado, para lhe garantir o gozo juridico do bem.

D'este mesmo parecer é o illustre Kohler, a quem peço a corroboração do que fica exposto, transcrevendo-lhe as seguintes proposições: «A consequencia da prescrição não é a extincção do direito; em substancia ella attinge sómente á faculdade de exigir de outrem uma acção ou omissão (*Anspruch*). Não extingue, porém, essa faculdade em si, tira-lhe o poder de reagir; e ainda não extingue, directamente, esse poder, e, sim, por meio de excepção; isto é, a prescrição modifica a acção de modo que o devedor tem a faculdade de a repellir e declaral-a incapaz de reacção» (2).

Para prova de que o direito subsiste, apesar da prescrição, ainda que privado de um elemento essencial, ainda que impotente, é que a prescrição, depois de consummada, póde ser tacitamente renunciada, e o direito readquire a sua vitalidade; é ainda que, se o pagamento da divida fôr feito depois de prescripta, é juridicamente valido, não tendo, em tal caso, o solvente direito de repetil-o, nem podendo o accipiente ser accusado de enriquecimento illegitimo.

Se o direito estivesse extincto, outras seriam as soluções. A garantia real de uma divida prescripta, não poderia ser considerada renuncia tacita; seria um acto nullo por falta de objecto. O pagamento de uma divida prescripta seria nullo por indebito e autorizaria a repetição.

(2) *Lehrbuch*, § 84.

Da prescrição das excepções

A prescriptibilidade das excepções tem sido materia de insistente debate entre os escriptores. Chironi ensina: «a excepção prescreve como a acção, e, como para esta, a prescrição decorre do dia em que nasce, isto é, do dia em que é intentada a acção que deve repellir» (1). Este principio é verdadeiro e a idéa da imprescriptibilidade, que a muitos parece incontestavel (2), vem de que não attendem ao momento, em que nasce a excepção, nem ao character della, que é o de uma acção que se levanta contra outra, e se deixam influenciar pelo antigo adagio, hoje repudiado pela melhor doutrina, ao menos, com a feição que lhe dão: *quae temporalia sunt ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum* (3).

A excepção de coisa julgada póde ser opposta, qualquer que seja o tempo decorrido depois da sentença. Quer isto dizer que tal excepção não prescreve? Não; quer dizer que a idéa de prescrição nada tem que ver com esse meio de defeza, que os elementos constitutivos da prescrição aqui não se reúnem.

O mesmo raciocinio póde ser applicado em relação á excepção de prescrição. Ha impossibilidade logica de applicar-lhe a noção de prescrição, e, por isso mesmo, não se póde dizer que seja ou deixe de ser prescriptivel (4).

(1) *Istituzioni*, I, § 109.

(2) HUC, *Commentaire*, XIV, n. 436; M. I. C. MENDONÇA, *Obrigações*, n. 438. E', aliás, opinião corrente.

(3) LAURENT, *Principes*, XXXII, n. 372; JOÃO MONTEIRO, *Processo*, II, nota 4 ao § 109.

(4) FADDA e BENSA, nota *q q* ás *Pand.*, de WINDSCHEID, I, p. 1.154.

O que se deve dizer, quanto á prescriptibilidade das excepções, é o seguinte:

a) As que consistem em defeza directa, como a de coisa julgada e a de prescripção, são extranhas ás regras da prescripção, por incompatibilidade logica das idéas (5);

b) As que se fundam num direito, desaparecem com a prescripção, que fere o mesmo direito (6);

c) As que andam ligadas a uma acção, dependendo de ser intentada a dita acção, estão sujeitas a prescrever, mas sómente se consideram existentes e em condição de serem invocadas, quando a acção é proposta.

§ 87.

Prazos da prescripção: a) Prescripção trintennaria

I. *O prazo ordinario da prescripção das acções pessoasas é de trinta annos* (1).

Acções pessoasas são as que tendem a exigir o cumprimento de uma obrigação. Dizem-se pessoasas propriamente ditas e *in rem scriptae*. Pertencem á primeira classe: as que se fundam em um contracto, sejam directas, sejam contrarias, ou em uma declaração unilateral da vontade *inter vivos*; as que se originam de acto illicito; e as de nullidade, em geral. Perten-

(5) FADDA e BENZA, *loco citato*.

(6) WINDSCHEID, *Pandectas*, § 112.

(1) Cod. Civil, art. 177; Ord., 4, 79; TEIXEIRA DE FREITAS, *Consolidação*, art. 853; CARLOS DE CARVALHO, *Direito civil*, artigo 969; CORREIA TELLES, *Doutrina das acções*, § 7; ALMEIDA OLIVEIRA, *Prescripção*, p. 389; *Projecto FELICIO DOS SANTOS*, art. 1.358. O *Projecto COELHO RODRIGUES*, art. 249, e o *primitivo*, 201, estabeleciam o mesmo prazo geral para as acções reaes e para as pessoasas; foi a Commissão Revisora do governo que restabeleceu o principio do direito vigente. V. CARPENTER, *Manual*, IV, ns. 182 e segs.

cem á segunda classe as que, embora pessoas, podem ser intentadas contra terceiro possuidor, taes como a pauliana, a remissoria da clausula *retro*, a exhibitoria.

Tambem podem considerar-se pessoas as ordinariamente denominadas mixtas, *communi dividundo*, *familiae erciscundae* e *finium regundorum*, porque se originam de relações obrigacionaes existentes entre os communistas e se dirigem a determinadas pessôas. Tal é o parecer de Maynz.

Prescrevem em trinta annos:

1º As acções pessoas propriamente ditas;

2º As *in rem scriptae*, salvo excepções;

3º As mixtas não prescrevem propriamente, porque, enquanto existe o estado de communhão, podem ser propostas, e, cessando este, não têm razão de ser. Todavia, se o direito de alguns dos communistas fôr desconhecido, terá este o direito de exercer a sua acção durante trinta annos (2).

4º A hypothecaria e, em geral, as de garantia real, quando fôr de trinta annos a prescripção da obrigação principal (3).

O direito romano conhecia acções pessoas de prescripção mais longa, como, por exemplo, a que fosse interrompida por uma lide, e a de repetição de uma divida de jogo; mas tambem era de trinta annos o prazo ordinario (3ª).

O Codigo Civil francez, art. 2.262, o italiano, art. 2.135, o allemão, 195, o austriaco, 1.478, estabele-

(2) DUARTE DE AZEVEDO, *Controversias*, p. 407; CORREIA TELLES, *Dout. das acções*, § 113; Cod. 7, 40, l. 1, § 1; MORATO, *Prescripção das acções divisorias*.

(3) Dec. n. 169 A de 19 de Jan. de 1890, art. 11, § 1º; T. DE FREITAS, á *Doutrina das acções de CORREIA TELLES*, § 76, nota 312.

(3ª) Cod., 7, 38, l. 2; VAN WETTER, *Droit civil*, p. 300; WINDSCHEID, *Pand.*, § 110; DERNBURG, *Pand.*, § 147; BONFANTE, *Istituzioni*, § 45.

cem também o lapso de trinta annos para a prescrição ordinaria, mas não distinguem entre acções reaes e pessoas, para conceder a umas duração maior do que ás outras. Pelo Codigo Civil portuguez, art. 535, o lapso da prescrição liberatoria é, em geral, de vinte annos, se o devedor está de bôa fé, e de trinta annos, se não tem por si este requisito. Pelo Codigo Civil do Uruguay, art. 1.216, e do Mexico, 1.091, a prescrição negativa das acções pessoas consumma-se em vinte annos; pelo argentino, 4.023, o prazo é de vinte annos entre ausentes e de dez entre presentes; o hespanhol, art. 1.964, estabelece o prazo de quinze annos; o suiso das obrigações restringe-o, finalmente, a dez (artigo 127).

II. Além dos casos que acima foram indicados, acrescentava-se, antes da codificação o das acções perpetuadas pela litiscontestação e o da execução de sentença judicial.

As acções que duram trinta annos ou mais dizem-se *perpetuas*; as de duração menor consideram-se *temporaes*; mas era um dos effeitos da contestação da lide perpetuar a acção (4), e, assim, as acções, ainda que de prazo curto, se, intentadas, prosequisse o processo dellas até á contestação da lide, tornavam-se perpetuas, isto é, a prescrição começava a contar-se, desde que fôra sustado o processo, e sómente depois de trinta annos se considerava ultimada.

O Codigo Civil, porém, não faz referencia alguma á *litis contestatio* e, portanto, desapareceu a perpe-

(4) Ord., 3, 4; 3, 9, pr. e 3, 18, § 12; TEIXEIRA DE FREITAS, add. 12 á *Doutrina das acções* de CORREIA TELLES, § 10; SEVE E NAVARRO, *Pratica*, art. 477; JOÃO MONTEIRO, § 116; SAVIGNY, *Droit romain*, § 242. JOÃO MONTEIRO, diz que a acção perpetuada perdura quarenta annos, mas a licção de TEIXEIRA DE FREITAS é a verdadeira.

tuação da acção, como consequencia desse instituto (4^a).

Aquelle que tiver obtido sentença definitiva a seu favor, poderá deixar de executar-a desde logo, e o seu direito de requerer essa execução sómente se extingue passados trinta annos. Depois dessa época a sentença não é mais exequível (5).

III. As acções reaes extinguem-se nos prazos estabelecidos para o usocapião, pelo fundamento de que, se, nesses prazos, alguém adquiriu o direito, prescripta deve estar a acção do antigo titular para rehavel-o. Todavia, acções reaes existem cujo prazo é tambem o de trinta annos. Já ficou affirmado que assim será em relação á hypotheca e outras garantias reaes, se a obrigação, a que ellas accedem, prescrever em trinta annos. Accresce que, se o possuidor não puder allegar bôa fé, como no caso de terem sido as coisas tiradas violentamente ou furtadas por outrem, que não o possuidor, ou se não tiver justo titulo, ou se, finalmente,

(4^a) PEDRO LESSA, *Perpetuação da acção em face do nosso direito*, na *Revista Juridica*, vol. XVIII, p. 385 a 390.

(5) CORREIA TELLES, *Doutrina das acções*, nota 12, add. de TEIXEIRA DE FREITAS; PEREIRA e SOUSA, ed. de T. DE FREITAS, nota 710; ALMEIDA OLIVEIRA, *Prescrição*, p. 407; GAMA, *Manual do advogado*, VI, p. 15, nota 14; JOÃO MONTEIRO, *Processo*, III, § 256; CARPENTER, *Manual*, IV, n. 31. Pensam alguns que, não tendo o Codigo Civil contemplado esse caso, a prescrição do julgado deve ser a mesma da acção. Melhor, porém, é a opinião do texto, não sómente porque não é da acção a propor, que se trata, e sim do julgado a executar, o que é coisa bem differente; como, porque, tendo a rescisoria do julgado a duração propria, tambem duração propria deve ter o direito de executar a sentença, por uma symetria juridica irrecusavel. E assim entenderam os doutos acima citados, antes e depois do Codigo Civil.

A sentença não cria uma acção, senão que declara o direito provido da acção; mas o direito de executar a sentença não é o direito, que a sentença declarou, e sim o de effectivar o julgado, segundo as normas do processo.

se tratar de bens de menores e interdictos, o adquirente recorre ao usocapião trintennario (6); consequentemente a acção real do titular sómente nesse tempo póde considerar-se extincta.

IV. Do que acaba de ser exposto, vê-se que seria mais conveniente submeter as acções pessoaes e reaes ao mesmo prazo legal, como propunha o Projecto *primitivo*, é preceito de muitas legislações, e é regra do direito patrio em grande numero de casos.

Uma observação final, que deve ser feita, é que o prazo da prescripção das prestações periodicas se conta do vencimento de cada uma dellas (7).

§ 88.

Prazos da prescripção: b) Prescripções diversas (1)

O art. 178, do Codigo Civil reuniu quasi todos os casos de prescripções menores. Aqui vão elles indicados, e completados com os que haviam ficado pelo

(6) COELHO DA ROCHA, § 463. O Codigo Commercial, artigo 450, depois de declarar que a prescripção não corre a favor do depositario nem do credor pignoraticio, estabelece o prazo de trinta annos para que o successor de um ou de outro possa adquirir por prescripção, se tiver titulo legal e boa fé. Trata-se de usocapião, mas como a acção real do proprietario se extingue, desde o momento em que se opera a acquisição do possuidor, é esse mais um caso em que a acção real prescreve em trinta annos.

(7) Cod. Civil, art. 178, § 10, VI, ultima al.; Cod., 7, 39, l. 7, § 6; CARLOS DE CARVALHO, *Direito civil*, art. 969, § 1; WINDSCHEID, *Pand.*, § 107; M. I. C. MENDONÇA, *Obrigações*, n. 437; Cod. fed. *suisso* das obrigações, art. 131.

(1) Alterou-se, ou, antes, refundiu-se este paragrapho, para harmonizal-o com o Codigo Civil, que modificou, de modo consideravel os prazos das prescripções, e, tambem, para excluir as prescripções do direito commercial.

Para a prescripção das acções em materia commercial, consulte-se o *Tratado* do grande mestre J. X. CARVALHO DE MENDONÇA, vol. VI, ns. 1.754 e segs.

corpo do Código, sem repercussão no artigo, que a todos pretendia catalogar. Não discriminou o Código os casos de prazos extintivos.

I. Caduca, em *tres dias*, o direito de preempção, contados da data em que o comprador tiver affrontado o vendedor, se a coisa fôr movel (art. 1.153).

II. Prescreve, em *dez dias*, contados do casamento, a acção do marido para annullar o matrimonio, em que houve erro, quanto á integridade physica da mulher (arts. 218 a 220). E' prazo extintivo.

III. Caduca, em *dez dias*, o direito de apresentar excusa para a acceitação da tutela, contados do dia da intimação ao nomeado, ou da superveniencia do motivo excusatorio (art. 416). Prazo extintivo.

IV. Prescreve, em *quinze dias*, contados da tradição da coisa, a acção para haver o abatimento do preço da coisa movel, recebido com vicio redhibitorio, ou para rescindir o contracto e reaver o preço pago, mais perdas e damnos.

V. Caduca em *vinte dias* o direito do interessado para provocar, judicialmente, o herdeiro a declarar se acceita, ou não, a herança, contado o prazo da abertura da successão (art. 1.584). Prazo extintivo.

VI. Em *trinta dias*, caduca o direito do adquirente do immovel hypothecado, para notificar o seu contracto aos credores hypothecarios propondo a respectiva remissão (art. 815). Prazo extintivo.

VII. Em *trinta dias* caduca o direito de preempção, contados da data em que o comprador tiver affrontado o vendedor, se a coisa fôr immovel (artigo 1.153). Prazo extintivo.

VIII. Em *dois mezes* caduca o direito do marido para contestar a legitimidade do filho de sua mulher, contado o prazo do dia do nascimento, se o marido se achava presente (arts. 338 e 344). Prazo extintivo.

IX. Em *tres mezes*, caducam: a) esse mesmo direito, se o marido se achava ausente, ou lhe occultaram o nascimento, contado o prazo da volta á casa conjugal, no primeiro caso, e da data do conhecimento do facto, no segundo.

X. b) A acção do pae, tutor, ou curador para annullar o casamento do filho, pupillo, ou curatelado, contrahido sem o consentimento daquelles, nem supprimento pelo juiz; contado o prazo do dia em que tiverem sciencia do casamento (arts. 180, III, 183, XI, 209 e 213). Prazos extinctivos.

XI. Extinguem-se em *seis mezes* as seguintes acções: a) Do conjuge coacto para annullar o casamento; contado o prazo do dia, em que cessou a coacção (arts. 183, IX, e 209).

XII. b) Do incapaz, dos seus representantes legaes ou herdeiros, para annullar o casamento daquelle, contado o prazo do dia em que cessou a incapacidade, se é elle mesmo que propõe a acção; do casamento, se a propõem os representantes legaes; e da morte, se os herdeiros (art. 212).

XIII. c) Do menor, dos seus representantes legaes, ou dos parentes designados no art. 190, para annullar o casamento da menor de dezeseis annos e do menor de dezoito, contado o prazo do dia, em que os menores perfizerem essa idade, se a acção fôr por elles movida; e da data do matrimonio, quando o fôr por seus representantes legaes ou pelos parentes acima referidos (artigos 213 a 216) (2).

São casos de prazos extinctivos os que acabam de ser indicados sob as letras a, b e c.

(2) Cumpre notar que esses menores podem casar-se para evitar a imposição ou o cumprimento de pena criminal (artigo 214), e que, por defeito de idade, não se annulla casamento de que resultou gravidez (art. 215).

XIV. d) Daquelle que, em virtude de contracto commutativo, recebeu coisa immovel com vicio redhibitorio, ou para rescindir o contracto e haver o preço pago, mais perdas e damnos, ou haver abatimento do mesmo preço; contado o prazo da transcripção do titulo. O Codigo neste logar (art. 178, § 5º, IV) diz que o prazo se conta da *tradição* da coisa immovel, como dissera da movel no § 2º; mas, em relação aos immoveis, a transcripção corresponde á tradição dos moveis. Em rigor não ha, na systematica do Codigo Civil, tradição de immovel com effeitos juridicos para alienação delle. A tradição do immovel tem uma feição mais solemne; é a transcripção.

XV. e) Do hospedeiro, estalajadeiro ou fornecedor de viveres, destinados ao consumo, no proprio estabelecimento, para haver o preço da hospedagem ou dos alimentos fornecidos; contado o prazo do ultimo pagamento.

XVI. f) Do dono da coisa movel, perdida, quando, não o conhecendo ou não o deparando o inventor, entregar o achado á autoridade competente, que ordenará que se venda a coisa, nos termos do art. 606. E' um caso de extincção do dominio, declarando-se a vacancia do bem. Conta-se o prazo do aviso do inventor á autoridade.

XVII. g) Do condomino, a quem não se der conhecimento da venda do immovel commum, para haver a parte vendida a estranho; contado o prazo da data da venda (art. 1.139).

XVIII. No lapso de *um anno*, prescrevem as acções seguintes: a) Do adoptado, quando menor ou interdito, para desligar-se da adopção; contado o prazo do dia, em que cessar a menoridade ou a interdicção (artigo 373).

XIX. *b)* Do doador para revogar a doação, contado o prazo do dia, em que souber do facto, que o autoriza a revogal-a (arts. 1.181 e 1.187).

XX. *c)* Do segurado contra o segurador, e vice-versa, se o facto, que autoriza a acção, se verificar no paiz; contado o prazo do dia em que o interessado tiver conhecimento do mesmo facto.

XXI. *d)* Do filho, para desobrigar e reivindicar os immoveis de sua propriedade gravados ou alienados pelo pae fóra dos casos expressamente legaes; contado o prazo do dia, em que chegar á maioridade (artigos 386 e 388, I).

XXII. *e)* Dos herdeiros do filho, no caso do numero anterior, contando-se o prazo do dia do fallecimento, se o filho morreu menor (388, II).

XXIII. *f)* Do representante legal do filho, se, durante a menoridade deste, cessar o patrio poder, contando-se o prazo da data, em que tiver cessado o patrio poder (art. 388, III).

XXIV. *g)* A de nullidade da partilha, correndo o prazo da data em que a sentença da partilha passou em julgado (art. 1.805) ⁽³⁾.

XXV. *h)* A dos professores, mestres ou repetidores de sciencia, literatura ou arte, pelas lições, que derem, pagaveis por periodos não excedentes a um mez; contado o prazo do termo de cada periodo vencido.

XXVI. *i)* A dos donos de casa de pensão, educação, ou ensino, pelas prestações dos seus pensionistas, alumnos ou aprendizes; contado o prazo do vencimento de cada uma.

XXVII. *j)* A dos tabelliães e outros officiaes do juizo, porteiros de auditorio e escrivães, pelas custas

(3) Entendo que esta prescripção é da acção de partilha annullavel. Se o art. 178, § 6, n. V, fala em nullidade da partilha, remette para o art. 1.805, que é o que define a especie, e este, trata é de partilha annullavel.

dos actos, que praticarem; contado o prazo das datas respectivas.

XXVIII. *k*) A dos medicos, cirurgiões, ou pharmaceuticos, por suas visitas, operações ou medicamentos; contado o prazo da data do ultimo serviço prestado.

XXIX. *l*) A dos advogados, solicitadores, curadores, peritos e procuradores judiciaes, para o pagamento dos seus honorarios; contado o prazo do vencimento do contracto, da decisão final do processo, ou da revogação do mandato.

XXX. *m*) A do proprietario do predio desfalcado contra o do augmentado pela avulsão, nos termos do art. 541; contado o prazo do dia, em que ella occorreu.

XXXI. *n*) A dos herdeiros do filho, para prova da legitimidade da filiação, contado o prazo da data do fallecimento, se houver morrido menor ou incapaz.

XXXII. *o*) A da minoria vencida na modificação dos estatutos da fundação, para promover-lhe a nullidade (art. 29).

XXXIII. Caduca no termo de *anno e dia* o direito do proprietario, para exigir que se desfaçam as janelas, sacadas, terraço ou goteiras, em que consentiu, sobre o seu predio; contado o prazo da conclusão da obra. Prazo extinctivo (art. 576).

XXXIV. Prescreve em *anno e dia*, tambem, as acções possessorias summarias, contado o prazo da turbação ou esbulho (art. 523).

XXXV. Em *dois annos*, caduca o direito de pedir a declaração da nullidade do casamento contrahido, perante autoridade incompetente (art. 208). Prazo extinctivo.

XXXVI. Em *dois annos*, prescrevem: *a*) A acção do conjuge para annullar o casamento nos casos dos

arts. 219 ns. I, II e III; contado o prazo da data da celebração do casamento (4).

XXXVII. b) A dos credores por divida inferior a cem mil réis, salvo as contempladas sob os ns. XXIII a XXV; contado o prazo do vencimento, se estiver prefixado esse momento, ou, no caso contrario, do dia, em que foi contrahida.

XXXVIII. c) A dos professores, mestre e repetidores de sciencia, literatura ou artes, cujos honorarios sejam estipulados em prestações correspondentes a periodos maiores de um mez; contado o prazo do vencimento da ultima prestação.

XXXIX. d) A dos engenheiros, architectos, agrimensores e estereometras, por seus honorarios; contado o prazo do termo dos seus trabalhos.

XL. e) A do segurado contra o segurador e vice-versa, se o facto que a autoriza, se verificar fóra do Brasil; contado o prazo do dia em que desse facto soube o interessado.

XLI. f) A do conjuge, ou seus herdeiros necessarios, para annullar a doação feita pelo conjuge adúltero ao seu cumplice; contado o prazo da dissolução da sociedade conjugal (art. 1.177).

XLII. g) A do marido, ou dos seus herdeiros, para annullar os actos da mulher, praticados sem o seu consentimento, ou sem o supprimento do juiz; contado o prazo do dia, em que se dissolver a sociedade conjugal (arts. 252 e 315).

XLIII. Prescreve em *tres annos* a acção do vendedor para resgatar o immovel vendido; contado o

(4) Este inciso (art. 178, § 7º, I) accrescenta que, para os casamentos celebrados antes da vigencia do Codigo, o prazo se contaria da data, em que essa vigencia começasse. Desvirtuando o pensamento do Codigo, appareceram interpretações attingindo casamentos celebrados dez e mais annos antes do Codigo. Hoje não ha mais que attender a esses casos.

prazo do dia da escriptura, quando se não fixou, no contracto, prazo menor (art. 1.141).

XLIV. Em *quatro annos*, contados da dissolução da sociedade conjugal: *a*) a acção da mulher para: 1.º desobrigar, ou reivindicar, os immoveis do casal, quando o marido os gravou, ou alienou, sem outorga uxoria, ou supprimento della pelo juiz (arts. 235 e 237); — 2.º annullar as fianças prestadas e as doações feitas pelo marido, fóra dos casos legaes (arts. 235, ns. III e IV, e 236) — 3.º reaver do marido o dote (art. 300), ou os outros bens seus confiados á administração marital (arts. 233, n. I, 263, ns. VIII e XIX, 269, 289, numero I, 300, e 311, n. III).

XLV. *b*) A dos herdeiros da mulher, nos casos indicados no numero anterior, quando ella falleceu sem propôr a que lhe competia; contado o prazo da data do fallecimento (arts. 239, 295, n. II, 300, e 311, n. III).

XLVI. *c*) A da mulher, ou seus herdeiros, para desobrigar ou reivindicar os bens dotaes alienados, ou gravados pelo marido; contado o prazo da dissolução da sociedade conjugal (arts. 293 e 296).

XLVII. *d*) A do interessado em pleitear a exclusão do herdeiro (arts. 1.595 e 1.586), ou provar a causa da sua desherdação (arts. 1.741 a 1.745), e, bem assim, a do desherdado para a impugnar; contado o prazo da abertura da successão.

XLVIII. *e*) A do filho reconhecido, quando menor para impugnar o reconhecimento; contado o prazo do dia em que attingir á maioridade, ou fôr emancipado (art. 362).

XLIX. *f*) A annullatoria ou rescisoria dos contractos, para a qual não se tenha estabelecido prazo menor; contado este: *a*) no caso de coacção, do dia em que ella cessar; *b*) no de erro, dolo, simulação ou fraude, do dia em que se realiza o acto ou o contracto; *c*)

quanto aos actos dos incapazes, do dia, em que cessar a incapacidade (5).

L. Em *cinco annos* as acções seguintes: a) Para exigir prestações de pensões alimenticias.

LI. b) Para exigir prestações de rendas temporarias ou vitalicias.

LII. c) Para cobrar juros, ou quaesquer outras prestações accessorias, pagaveis annualmente, ou em periodos mais curtos.

LIII. d) Para cobrar alugueres de predio rustico ou urbano.

LIV. e) Dos serviçaes, operarios e jornaleiros, para o pagamento dos seus salarios.

LV. f) Contra a Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, devendo o prazo da prescripção correr da data do acto ou facto, do qual se origina a mesma acção.

Os prazos dos numeros XLVIII a LII contam-se do dia em que a prestação, juro, aluguer ou salario fôr exigivel.

LVI. g) A acção civil por offensa a direitos de autor; contado o prazo da data da contrafacção.

LVII. h) A rescisoria de sentença.

LVIII. i) A de responsabilizar o empreiteiro de materiaes e execução, pela solidez e segurança do trabalho (art. 1.245).

LIX. Os autores falam, ás vezes, de prescripção instantanea. No direito francez, explicam assim a regra — *en fait de meubles, possession vaut titre*. No direito patrio e estrangeiro, invocam essa especie para justificar a protecção concedida ao possuidor de titulos ao portador, dispensado de justificar a sua acquisição.

(5) Entende CARPENTER que as acções, a que se refere este dispositivo (art. 178, § 9, V), abrange tanto os actos annullaveis, quanto os nullos, e tanto os contractos quanto as declarações unilateraes da vontade, entre vivos. Opino diversamente. (V. meu *Codigo Civil Comu.*, I, ao art. 146).

Almeida Oliveira diz que prescreve immediatamente, depois do recibo, o direito que tem-o dono da mercadoria transportada por conductores de generos e commissarios de transporte, para reclamar contra commissão de avaria (Cod. Cômmercial, art. 109).

A expressão é accetavel como simples metaphora, e, assim, traduz, com energia, o pensamento; mas, na terminologia da sciencia, no rigor da linguagem juridica, é fóra de duvida que não ha prescripção instantanea (6); porque a prescripção suppõe inacção do titular do direito e o estabelecimento de um estado de coisas contrario ao exercicio deste, situação que não se apresenta em nenhum dos suppostos casos de prescripção instantanea.

Na apreciação do prazo da prescripção, é preciso ter em vista o principio de que, iniciada contra uma pessoa, continúa a prescripção a correr contra o seu herdeiro (7).

§ 89

Prescripção do direito autoral

Merece ser tratado á parte o direito autoral pela particularidade, com que se apresenta, em face da acção dissolvente do tempo. Em primeiro lugar, ha uma parte do direito autoral, a mais intima, a que constitue attributo especial da pessoa, que não se póde perder por prescripção. Por mais longo que seja o de-

(6) PLANIOL, *Traité*, I, n. 1.201; BUENOIR, *Propriété et contrat*, p. 353. Um bello estudo sobre o brocardo citado, que é o art. 2.279 doCodigo Civil francez, nos dá SALEILLES, *Possession des meubles*, especialmente p. 67-98.

(7) ALMEIDA OLIVEIRA, *Prescripção*, p. 435; LAFAYETTE, *Direito das coisas*, § 72; M. I. C. MENDONÇA, *Obrigações*, n. 433; Cod. Civil d'Austria, 1.493; *alemão*, 221; *Projecto COELHO RODRIGUES*, art. 225; *primitivo*, 187.

curso do tempo, um autor conserva a sua qualidade. Aristoteles é sempre o autor da *Moral a Nicomaco*; Lucrecio, do *De natura rerum*; Alencar, do *Guarany*. Em segundo lugar, pelo simples decurso do tempo, extingue-se, simultaneamente, o direito e a acção, que o garante, não podendo acontecer, como em outras relações jurídicas, que o direito, desprovido da acção, ainda seja capaz de subsistir, e revele a sua vida em dadas circumstancias. É um direito temporario.

O direito exclusivo de reproduzir ou autorisar a reproducção do trabalho literario, scientifico ou artistico, é reconhecido ao autor durante a vida, e passa aos seus herdeiros e successores que d'elle gozarão durante *sessenta annos*.

Morrendo o autor, seus herdeiros ou successores, a obra cæe no dominio commum. O mesmo se dá decorrido o prazo de sessenta annos, após a morte do autor.

Gozará dos direitos de autor o editor de dictionarios, encyclopedias, selectas, jornaes e revistas, conservando, entretanto, cada autor o seu direito sobre a sua producção. Cabe o mesmo direito ao editor, se a obra é anonyma ou pseudonyma (*).

§ 90

Prescripção a favor do Estado e contra o Estado

I. Entre nós, o Estado goza, quanto á prescripção, de duplo e pouco justificado privilegio. As suas dividas passivas têm o curto prazo de *cinco annos* para prescrever ⁽¹⁾, e as activas são imprescriptiveis, por

(*) Codigo Civil, arts. 649 a 651.

(1) Cod. Civil, art. 178, § 10, VI, a que se referiu o n. LV, do § 88. Lei de 30 de Novembro de 1841, art. 30;

força do disposto no art. 66, III, combinado com o artigo 67.

A prescrição quinquennaria a favor da Fazenda nacional refere-se a todo e qualquer direito, que alguém allegue como credor della (2). Ainda depois de determinados os pagamentos e lançados em folha, as dividas prescrevem por esse mesmo lapso de tempo, a contar da época em que podiam ser recebidas, se não fôr effectuado o pagamento no prazo designado (3). Se o pagamento tiver de ser feito por periodos, a prescrição se verificará para cada pagamento parcial, á medida que se fôrem completando os cinco annos (4).

O prazo começará a correr, desde a data da publicação dos despachos ou das ordens definitivas para o pagamento (5). Para as letras emittidas pelo Thesouro, a prescrição iniciará o seu curso da data do vencimento (6).

Não corre a prescrição quinquennaria do Estado:

a) Contra os menores e interdictos, nem contra todos os que não puderem requerer por si nem por outrem;

Dec. n. 857, de 12 de Novembro de 1851, art. 1; T. DE FREITAS, *Consolidação*, art. 870; CARLOS DE CARVALHO, *Direito civil*, artigo 987; ALMEIDA OLIVEIRA, *Prescrição*, p. 448; M. I. C. MENDONÇA, *Obrigações*, n. 437; *Consolidação das leis da justiça federal*, parte V, art. 175; ALMEIDA OLIVEIRA, *Prescrição*, p. 448.

(2) Dec. n. 857 de 1851, arts. 2 e 3. Cita-se este decreto, porque o Código Civil lhe manteve a doutrina, no artigo citado (178, § 10, VI). As disposições adeante citadas, dos artigos 4 a 8, devem considerar-se em vigor, por constituirem disposições especiaes e de direito administrativo, a que não se referiu o Código Civil.

(3) Cit. dec. de 1851, art. 4.

(4) Cit. dec., art. 5.

(5) Cit. dec., art. 6.

(6) Cit. dec., art. 8; CARLOS DE CARVALHO, *Direito civil*, art. 989; FREITAS, *Consolidação*, art. 879.

b) Nem quando a demora fôr ocasionada por facto da repartição á qual pertença fazer a liquidação da divida, ou effectuar o pagamento (7).

Para segurança dos interessados, permite a lei que requirem certificados da apresentação do requerimento e dos documentos, que o instruirem, com declaração do dia, mez e anno. Por esse modo, não lhes prejudicará o tempo consumido pelas demoras e embaraços da repartição (8).

II. Ha, entretanto, casos particulares de prescripções que vão aqui indicados. Prescrevem em *um anno*:

a) As dividas militares provenientes da venda de generos e de quaesquer fornecimentos a tropas, a contar da data do fornecimento ou contracto;

b) O direito ao producto liquido dos objectos arrojados pelo mar ás costas e margens dos rios e aguas interiores da Republica, salvados ou achados, a contar da data do deposito;

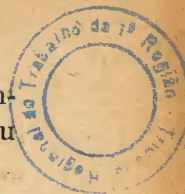
c) O direito á indemnisação por damnos ou faltas de mercadorias, a contar da data do damno ou verificação da falta;

d) O direito á reclamação por extravio ou avarias de mercadorias, bagagens e encomendas confiadas ás estradas de ferro exploradas pela União, bem como

(7) Confira-se a alinea *a* com o Codigo Civil, art. 169. Dec. n. 857 de 1851, art. 7; *Consolidação das leis da justiça federal*, parte V, art. 179; TEIXEIRA DE FREITAS, *Consolidação*, art. 877; CARLOS DE CARVALHO, *Direito civil*, art. 990; ALMEIDA OLIVEIRA, *Prescripção*, p. 452.

Seria absurdo, diante da funcção e finalidade do Estado, considerar revogadas pelo Cod. Civil essas garantias concedidas aos credores da Fazenda, que ficariam á mercê do arbitrio da administração, ou de algum funcionario subalterno.

(8) Dec. n. 857 de 1851, art. 12; T. DE FREITAS, *Consolidação*, art. 878; ALMEIDA OLIVEIRA, *Prescripção*, p. 451, nota 13.



por excesso de frete cobrado por qualquer motivo, contando-se o prazo do dia, em que findou a viagem ou o transporte;

e) O direito do remetente á propriedade da carta, a contar do edital convidando a receber a correspondencia e valores cahidos em refugo;

f) O direito ao producto liquido da venda das encomendas confiadas ao correio, a contar do dia em que o dito producto ficar á disposição de quem a elle tiver direito;

g) A acção especial para a annullação dos actos e decisões de autoridades administrativas da União, lesivos de direitos individuaes. Decorrido um anno, poderá a parte usar da acção ordinaria (9).

III. O direito de reclamar por engano ou erro em despacho aduaneiro prescreve *em dois mezes*, para a pessoa que despachar a mercadoria, e, no fim de *um anno*, para a Fazenda federal, contando-se da data do pagamento dos impostos respectivos. Esta prescri-

(9) a) Lei n. 369 de 18 de Set. de 1845, art. 51; *Consolidação das leis da justiça federal*, parte V, art. 185, a); CARLOS DE CARVALHO, *Direito civil*, art. 992, a); T. DE FREITAS, *Consolidação*, art. 880. Isto não se entende, observa FREITAS, com os conhecimentos passados pelos arsenaes e outros estabelecimentos semelhantes.

b e c) *Consolidação das leis das alfandegas*, arts. 667 e 669; C. DE CARVALHO, *Direito civil*, art. 992, b).

d) Dec. n. 2.234 de 31 de Agosto de 1896, art. 98; dec. n. 2.417 de 28 de Dez. de 1896, art. 82; *Consolidação das leis da justiça federal*, parte V, art. 185, c); C. DE CARVALHO, *Direito civil*, art. 992, d).

e e f) Dec. n. 2.230 de 10 de Fev. de 1890, arts. 10 § 1, 153 e 154; *Consolidação das leis da justiça federal*, parte V, art. 185, d, e, e periodo final; C. DE CARVALHO, *Direito civil*, art. 992, e, f e g; Reg. approved pelo dec. n. 14.722, de 16 de Março de 1921, art. 161, pr. Os valores encontrados em refugo não reclamados dentro de cinco annos serão considerados renda eventual da União (cit. reg. art. 161, § 1.º).

g) Lei n. 221, de 20 de Nov. de 1894, art. 13; CARLOS DE CARVALHO, *Direito civil*, art. 996.

ção não comprehende a restituição dos direitos pagos em duplicata, a qual se rege pela prescrição quinquennaria (10).

IV. O direito de reclamar o dinheiro de ausentes recolhido aos cofres federaes prescreve em *trinta annos* (11). Não se consideram, porém, adquiridos pela União, os bens recolhidos aos cofres publicos, emquanto fôr provavel a existencia de credores contra quem não corre a prescrição (12).

V. As dividas activas da União prescreviam em *quarenta annos*, quando excedessem de 500\$000, e, em *dez annos*, quando fossem desta quantia ou a ella inferiores (13).

O prazo começava a correr desde o ultimo dia estabelecido para o pagamento (14).

Interrompia-se a prescrição:

- a) Pela citação, penhora ou sequestro feito ao devedor, para se haver o pagamento;
- b) Por qualquer outro procedimento judicial ou administrativo havido contra elle, para o mesmo fim;
- c) Pela concessão de espera ao devedor, admitindo-o a pagar em prestações (15).

(10) *Consolidação das leis das alfandegas*, art. 666; CARLOS DE CARVALHO, *Direito civil*, art. 993.

(11) Lei n. 628 de 17 de Set. de 1851, art. 32; *Consolidação das leis da justiça federal*, parte V, art. 184; CARLOS DE CARVALHO, *Direito civil*, art. 994.

(12) CARLOS DE CARVALHO, *Direito civil*, art. 994, § unico.

(13) Dec. n. 857 de 1851, art. 9; T. DE FREITAS, *Consolidação*, art. 881; lei n. 3.396 de 24 de Nov. de 1888, art. 19; C. DE CARVALHO, *Direito civil*, art. 998. O prazo de quarenta annos era o do direito romano (DERNBURG, *Pand.*, § 147), e o do antigo direito portuguez (C. DA ROCHA, *Inst.*, § 464).

(14) Dec. n. 857 de 1851, art. 10; *Consolidação das leis da justiça federal*, parte V, art. 182; C. DE CARVALHO, *Direito civil*, art. 998, § unico.

(15) Dec. n. 857 de 1851, art. 11; CARLOS DE CARVALHO, *Direito civil*, art. 992; T. DE FREITAS, *Consolidação*, art. 883.

Em face, porém, do art. 66, III, do Cod. Civil combinado com o 67, sinto-me autorizado a dizer que as dividas activas da União e dos Estados, como bens publicos, escapam á prescripção, porque taes bens sómente perdem a sua inalienabilidade por determinação expressa de lei.

Pensam outros que a prescripção das dividas activas da União e dos Estados obedece aos preceitos do direito commum.

VI. Os extensos privilegios concedidos pelo direito patrio ao Estado, em materia de prescripção, constituem uma quasi singularidade no direito civil moderno. Em direito francez, o Estado não tem esses privilegios. Applica-se-lhe o direito commum, isto é, a prescripção trintennaria e, em alguns casos, as prescripções menores de um, dois e cinco annos (16). O Codigo Civil italiano declara expressamente: *Lo Stato pei suoi beni patrimoniali e tutti i corpi morali sono soggetti alla prescrizione e possono opporla come i privati* (art. 2.114). O portuguez, art. 516, segue a mesma rota: “O Estado, as camaras municipaes e quaesquer estabelecimentos publicos ou pessoas mo-raes, são considerados como particulares, relativamente á prescripção dos bens e direitos susceptiveis de dominio privado” (17).

(16) Codigo Civil. art. 2.227; *L'Etat, les établissements publics et les communes sont soumis aux mêmes prescriptions que les particuliers et peuvent également les opposer*; Huc, *Comm.*, XIV, ns. 340 e 534-541; BUENOIR, *Propriété et contrat*, p. 182-185.

(17) Vejam-se ainda: o Codigo Civil do Perú, art. 535, o argentino, art. 3.951; o chileno, art. 2.497; e o uruguayo, art. 1.168.

Leia-se tambem DIAS FERREIRA, *Codigo civil portuguez annotado*, vol. I, p. 10.

O *Projecto Felicio dos Santos*, art. 1.327, o do *Dr. Coelho Rodrigues*, art. 222, e o *primitivo*, 184, haviam adoptado o mesmo systema, porém, já no *Projecto da Camara*, art. 182, § 10, V, se concede á União, aos Estados e aos Municipios o privilegio da prescripção quinquennaria de suas dividas passivas, quando a das dividas activas segue o curso ordinario de trinta annos.

VII. Pelo *Codigo Civil brasileiro*, a prescripção quinquennaria é concedida aos Estados e aos Municipios. Era duvidoso se essas pessôas juridicas gozavam de tal vantagem no direito patrio anterior. A razão de duvidar procedia de que os privilegios não se devem discrecionariamente ampliar, e não havia lei alguma que estendesse o de que agora se trata, aos Estados e aos Municipios. É certo que o aviso de 30 de Agosto de 1866, assignado por *Zacharias de Góes* suppunha que a fazenda provincial gozava das mesmas prerogativas reconhecidas por lei á Fazenda Nacional, mas os que, no antigo e novo regimen, trataram do assumpto, *Almeida Oliveira*, *T. de Freitas* e *Carlos de Carvalho*, se referiram, exclusivamente, á Fazenda Nacional.

Por isso é porque os privilegios são odiosos, interpretando-se sempre restrictivamente, parece que firmou bôa doutrina o Supremo Tribunal Federal, quando, em accordam de 10 de Maio de 1905, declarou, quanto á prescripção quinquennaria, que ella sómente aproveitava á Fazenda Nacional ⁽¹⁸⁾. E o que se diz da quinquennaria deve dizer-se da de quarenta annos, para as dividas activas. Seria necessario que alguma lei expressamente o dissesse, para que os Estados e os Municipios gozassem desses prazos excepçoes.

Foi o que fez o *Codigo Civil*, no art. 178, § 10, VI.

(18) *Direito*, vol. 97, p. 272.

§ 91

Da prescrição immemorial

Resta dizer algumas palavras sobre a prescrição immemorial, que teria por effeito sancionar o exercicio de qualquer direito, ou dar feição juridica a qualquer estado de facto (1). O direito romano, além da prescrição de longo e de longuissimo tempo, conhecia a *vetustas*, com applicação a casos particulares (2). O canonico, desenvolvendo essa idéa, considera a prescrição immemorial como um desenvolvimento da ordinaria (3).

Alguns acham que a prescrição immemorial tem applicação a quaesquer relações juridicas; entendem outros que ella se restringe a certos direitos. Savigny por exemplo, opinava que tal prescrição sómente se applicava a alguns direitos de character publico (4). Windscheid não lhe acha razão, e diz que a condição essencial é manifestar-se immemorialmente o exercicio de um direito, pois, sem esse exercicio, não é possível exalçar a estados juridicos simples estados de facto (5).

A duração do lapso de tempo, neste caso, é indeterminada. Deve, porém, exceder á memoria da gera-

(1) SAVIGNY, *Droit romain*, IV, §§ 195-201; WINDSCHEID, *Pand.*, I, § 113; FADDA e BENZA, nota τ τ ás *Pand.*, de WINDSCHEID, I, p. 1.157-1.167; ENDEMANN, *Einf.*, I, § 90, nota 1; LIS TEIXEIRA, *Curso*, II, p. 130-137; DERNBURG, *Pand.*, I, § 160; COELHO DA ROCHA, *Inst.*, § 464; T. DE FREITAS, *Consolidação*, art. 1.333 e nota.

(2) D. 39, 3, fr. 1, § 23, fr. 2, pr. e §§ 1-8.

(3) WINDSCHEID, *Pandectas*, § 113.

(4) Sob este aspecto, apparece a immemorial na Ord. 1, 62, § 51. Leia-se a nota 15 ao art. 1.333 da *Consolidação*, TEIXEIRA DE FREITAS.

(5) *Pandectas*, § 113, nota 5; DERNBURG, *Pand.*, § 160.

ção, que vive no momento, o inicio do estado de coisas, a que se refere a prescrição.

Além disso, não deve a geração actual ter recebido, da que a precedeu, noticia em contrario. *Cujus origo memoriam excessit*, diz o D. 43, 20, fr. 3, § 4. O decurso de quarenta annos pareceu, entretanto, sufficiente a alguns.

O direito moderno não mantem os principios formulados para a systematização da prescrição immemorial. Nem a considera um modo particular de adquirir direitos (usocapião), nem uma força extinctiva de sua efficacia. Se o decurso de tempo é tão longo que, na memoria dos homens, não consta a existencia de um estado de coisas diverso do que se apresenta aos olhos de todos, presume-se que a relação de direito foi regularmente estabelecida e, por isso, ainda que não possa ser exhibido o titulo, em que ella se fundâ, merece a garantia da ordem juridica (6).

Como dissolvente da relação de direito, pôde apresentar-se um exemplo da immemorial no thesouro.

O Codigo Civil brasileiro não se occupa com a prescrição immemorial, e esta é a tendencia dos novos codigos. Fadda e Bensa (7) dizem, apoiados em *Gianzana*, que o Codigo Civil italiano não reconhece esta fonte de direitos, por isso que, regulando, cuidadosamente, a prescrição trintennaria, proveu á necessidade de certeza a que attendia a immemorial. Sem titulo e sem bôa fé, desde que haja posse legitima, adquire-se o di-

(6) MACKELDEY, *Direito romano*, § 297; LAFAYETTE, *Direito das coisas*, § 63; M. I. C. MENDONÇA, *Obrigações*, n. 436. Apesar do que diz COELHO DA ROCHA, *Inst.*, § 464, *escholio*, não pôde a prescrição immemorial ser invocada a respeito das coisas imprescriptiveis pela lei. Por mais longo que seja o decurso do tempo, não produzirá usocapião dos bens publicos de uso commum (Veja o § 39 deste livro).

(7) Nota ás *Pand.*, de WINDSCHEID, I, p. 1.165.

reito com o decurso de trinta annos, que é mais facil de provar do que a posse immemorial. Além disso, quer como modo de aquisição, quer como meio de extinguir direitos seria preciso uma base no direito positivo, que falta á immemorial.

Gierke, na critica ao *Projecto* de codigo civil allemão, mostrou, de modo irrecusavel, que a prescripção immemorial, admissivel em uma legislação imperfeita, não podia ter funcção em um systema legislativo completo; mas incompleto lhe parecia o *Projecto* de codigo civil allemão, que só admittia a prescripção das acções e o usocapião dos moveis. Hartmann secundou os esforços de Gierke, mas prevaleceu o pensamento da primeira commissão, segundo o qual a prescripção immemorial, tendo importancia no direito publico, era sem valor no direito privado, tanto assim que fôra repellida dos Codigos Civis modernos, e contra ella se manifestára o Congresso dos juristas allemães. Além disso, o registro predial systematizado, como estava na Allemanha, não dava logar a tal especie de prescripção.

Deve considerar-se, portanto, um instituto inutil, onde houver uma bôa organização das relações de direito, uma codificação civil completa.

No systema do nosso Codigo Civil ha, de um lado, a prescripção trintennaria, que extingue as acções de maior longevidade, e, de outro o usocapião extraordinario (art. 550). Não haveria funcção para a prescripção immemorial, que aliás era, antes, modo de adquirir do que prescripção extinctiva. Se a ella se faz referencia aqui é para accentuar um aspecto da evolução do direito na especie agora considerada.



INDICE ANALYTICO

Pags.

Prefacio 7

INTRODUÇÃO

I

Direito objectivo e subjectivo

1 — Não cabe ao direito civil fornecer o conceito geral do direito. Sciencia geral do direito. Feição sociologica e feição psychica. KOHLER, MICELLI, JHERING. Philosophia do direito. 2 — Sociologicamente, o direito é uma regra social obrigatoria. Ordem juridica. Psychologicamente, é idéa, sentimento e poder de acção. DERNBURG. JHERING 9-13

II

Leis e suas especies

3 — Definição de lei. Leis de ordem publica e suppletivas. Prohibitivas e imperativas. Ordem publica interna e internacional. 4 — Divisão das leis quanto ao seu objecto. 5 — Segundo a sua natureza. 6 — Quanto á extensão territorial. 7 — Leis, decretos, regulamentos, avisos, ordens, circulares. 8 — Supremacia das leis federaes sobre as estaduaes. 9 — Leis pessoas e territoriaes.. 13-18

III

Efficacia da lei no tempo

- 10 — Quando a lei começa a ser obrigatoria, segundo o direito patrio. 11 — A lei obriga, ainda que seja desconhecida pelo individuo. 12 — Conflictos das leis no tempo. 13 — O principio da não retroactividade é um preceito de politica juridica. KOHLER. Constituição Federal. 14. — O Projecto de Codigo Civil brasileiro. Direitos adquiridos. BLONDEAU, DEMOLOMBE, LAURENT, TH. HUC e GABBA. O principio da não retroactividade é um principio de protecção individual. 15 — Regras para resolver as difficuldades mais communs... 18-24

IV

Efficacia da lei no espaço

- 16 — Função internacional das leis. 17 — Direito internacional e privado. Seus principios essenciaes 24-26

V

Fontes subsidiarias do direito:

a) O Costume

- 18 — A fonte immediata do direito é a lei. Fontes subsidiarias. 19 — Costume juridico. Seus elementos constitutivos. 20 — Doutrina romana. Sua critica. Eschola historica. GENY. 21 — Conformidade entre os costumes e as necessidades sociaes. Lei e costume. 22 — Opinião de KOHLER. Observações a respeito. Transformação da pratica juridica em costume. A doutrina dos escriptores como fonte do costume. A pratica dos interessados. Critica de LAMBERT a GENY. 23 — Caracteres do costume juridico, segundo a lei de 18 de Agosto de 1769. Costume interpretativo e abrogatorio. 24 — O costume em face do direito commercial. Requisitos. Competencia das juntas commerciaes. 25 — O direito costumeiro perante as codificações. Opinião de GENY. 26 — Os Projectos de Codigo Civil brasileiro.. 26-40

VI

Fontes subsidiarias do direito, hoje estancadas

b) O direito romano e o das nações modernas

Pags.

- 27 — O direito canonico deixou de ser uma das fontes subsidiarias do direito civil brasileiro. 28 — O direito romano. A lei da bôa razão. Os estatutos da Universidade de Coimbra. 29 — O direito das nações modernas. 29-a — Com a codificação, não ha mais fontes subsidiarias 40-43

VII

Analogia. Principios geraes do direito

- 30 — A função suppletiva da analogia. O direito romano. O Código Civil na Austria e as ordenações do reino. 31 — Analogia legal e juridica. 32 — Principios geraes do direito. 33 — Algumas legislações sobre esta materia. 34 — Projectos de Código Civil brasileiro 43-48

VIII

Interpretação das leis

- 35 — Que é interpretar. Interpretação grammatical, logica e systematica. 36 — A vontade do legislador. Interpretação literal. 37 — Os interpretes do Código Civil francez. LAURENT, BUFNOIR, SALEILLES, GENY, LAMBERT. 38 — A escola allemã. DERNBURG e KOHLER. A escola moderna franceza. ALEXANDRE ALVARES. 39 — Trabalhos preparatorios. 40 — As leis são preceitos geraes. Função do interprete na revelação do direito. 41 — Regras de interpretação segundo ALEXANDRE ALVARES 48-59

IX

Cessação da efficacia da lei

- 42 — Revogação expressa, tacita e parcial. 43 — Leis annuaes. 44 — Cessação do motivo da lei. Opi-

	Pags.
não de RIBAS. 45 — Lei especial posterior não revoga a geral anterior	59-62

X

Analyse do direito subjectivo

46 — Definição do direito subjectivo. Sujeito, objecto, relação. Tutela jurídica. 47 — Elemento substancial e formal segundo JHERING. 48 — Faculdades constitutivas do direito	62-64
--	-------

XI

Do sujeito do direito

49 — Definição de sujeito. Pessoas naturaes e juridicas	64-65
---	-------

XII

Do objecto do direito

50 — Definição de objecto. Quaes os objectos de direito	65
---	----

XIII

Da relação de direito

51 — Que é relação de direito. Distineção de KOHLER. Direitos sobre as coisas e direitos sobre as acções humanas	65-67
--	-------

XIV

Classificação dos direitos

52 — Necessidade das classificações. Quadro geral dos direitos. 53 — Situações juridicas. Faculdades. 54 — Direito ao nome civil. Doutrina de JHERING e PLANIOL. 55 — Codigo Civil allemão. Projecto do Codigo Civil suiso. 56 — Nome commercial. CARVALHO DE MENDONÇA e SOLIDONIO LEITE. Doutrina de JHERING e da lei brazileira	67-74
---	-------

THEORIA GERAL DO DIREITO CIVIL

Titulo preliminar

DO DIREITO CIVIL EM GERAL

§ 1—Noção de direito civil

Pags.

- I. Varios sentidos em que é tomado o direito: II. Direito civil em sentido objectivo. Direito privado e suas divisões. III. Em sentido subjectivo. IV. Estudo scientifico do direito civil 75-77

§ 2—Objecto da parte geral

- Principios sobre o sujeito e o objecto do direito; factos juridicos; materias de applicação geral. Parte especial. Posse 77-78

LIVRO I—Das pessôas

CAPITULO I

DA PERSONALIDADE

§ 3—Idéa da personalidade

- Comparação entre o *eu* psychico e a personalidade juridica. A psychologia espiritalista e a experimental. Que coisa é personalidade. Ordem civil politica e internacional. O conceito juridico e o psychologico se não confundem 79-81

§ 4—Da capacidade

- Definição de capacidade. Capacidade de direito e de facto. Gozo e exercicio dos direitos 81-83

CAPITULO II

DAS PESSÓAS NATURAES

§ 5—Noção de pessoa natural

	Pags.
Definição de pessoa natural. Designação proposta por TEIXEIRA DE FREITAS	83-85

§ 6—Inicio da personalidade natural

I. Doutrina do Projecto primitivo do Código Civil brasileiro. Sua justificação. Direito romano. WINDSCHEID. II. Nascimento. Tempo de gestação. Signaes de vida. III. Fôrma humana. IV. Viabilidade. SAVIGNY e WAECHTER	85-92
--	-------

§ 7— Do estado das pessoas

I. Definição de estado. Direito romano. Direito moderno. Tres ordens de estados. II. Posse de estado	92-94
--	-------

§ 8—Influencia da nacionalidade sobre os direitos privados

Egualdade entre nacionaes e estrangeiros. A Constituição federal. Sua reforma	94-95
---	-------

§ 9—Dos absolutamente incapazes

I. Noção. Classes de absolutamente incapazes. II. O nascituro. III. Os impuberes. Desenvolvimento mental. A eade em face do direito penal. IV. O Direito romano e as legislações modernas. V. Alienação mental. Estados transitorios de insanidade mental. Lucidos intervallos. VI. O direito romano distinguia os <i>furiosi</i> , os <i>dementes</i> e os <i>mente-capti</i> . Direito francez e italiano. VII. ALEXANDRE ALVARES sobre a incapacidade dos surdos-mudos. Opinião contraria de NINA RODRIGUES. VIII. Incapacidade do surdo-mudo em direito romano e nas legislações modernas. Projectos brasileiros. IX. Do ausente	95-104
--	--------

§ 10—Dos relativamente incapazes

I. Noção. Classes de relativamente incapazes. II. Os maiores de 16 annos. Actos e funções para que	
--	--

estão habilitados. III Mulher casada. Remissão ao direito da família. Indicações bibliographicas e legislativas. IV. Legislação comparada. V. Prodigio. Discussão da incapacidade do prodigo sob o ponto de vista historico, economico, psychiatrico e juridico. VI. Legislação comparada. VII. Indios. Legislação reguladora da sua situação. VIII. O cégo, o velho, o condemnado e o fallido. IX. Legislação comparada 105-118

§ 11—Da protecção que o direito concede aos incapazes

A representação dos incapazes. Expedientes diversos 119

§ 12—Da restituição in integrum

Origem romana. As legislações modernas. Definição. Extensão do beneficio. A quem aproveita. Como pôde ser pedido. Efeitos 119-122

§ 13—Da maioridade

I. Quando começa. Expostos. Legislação comparada. II. Efeito da maioridade 123-124

§ 14—Da emancipação

I. Desappareceu do direito patrio, o supplemento de idade e por quem. Efeitos. II. Em que consiste a emancipação. Seus efeitos. III. Direito romano e legislações modernas 125-126

§ 15—Fim da existencia das pessoas. Commorjentes. Ausentes

I. Morte. Morte civil. Religiosos. II. Legislação comparada. III. Commorjentes. Meios de reconhecer a época da morte. Presumpções. IV. Ausente. Regras para estabelecer a presumpção de morte do ausente 126-131

§ 16—Do registro civil

I. Vantagens do registro civil. Legislação patria. II Direito romano e dos povos modernos 132-134

CAPITULO III

DAS PESSÓAS JURIDICAS

Pags.

§ 17—Sobre a designação de pessoas

Divergencia dos juristas sobre a natureza das pessoas jurídicas e sobre a designação mais conveniente. Os francezes e os belgas. Os allemães. Critica das expressões usadas 134-136

§ 18—Theoria sobre a pessoa juridica

I. Direito romano. II. Differentes theorias. III. As pessoas jurídicas são ficções legaes. Critica desta theoria. IV. Theoria de JHERING e BOLZE. Critica. O Visconde de SEABRA. Repercussão da doutrina de JHERING na França. LAINÉ e VAREILLES-SOMMIÈRES. V. Direito sem sujeito. Critica desta theoria. VI. A vontade como sujeito dos direitos. VII. Theoria objectivista de PLANIOL. Sua critica. VIII. Theoria organicista de GIERKE, ENDEMANN, FERRAT, SALEILLES e MICHOD. IX. Como LACERDA DE ALMEIDA explica a natureza da pessoa jurídica. X. Opinião de KOHLER 137-154

§ 19—Conceito da pessoa juridica

O homem na sociedade. Organização social. O Estado. Outros centros de organização politica. Sociedade das Nações (nota). Conceito das associações segundo ENDEMANN, GIERKE, FADDA e BENSA 155-160

§ 20—Classificação das pessoas jurídicas

I. Pessoas jurídicas de direito publico. II. Pessoas jurídicas de direito privado. III. Se a Igreja é uma pessoa jurídica. Considerações de ordem internacional. Na ordem privada, fracciona-se em corporações, igrejas e irmandades. RIBAS e SAVIGNY. Opinião divergente de LACERDA DE ALMEIDA. IV. Sociedades commerciaes. Discussão da materia. Argumentos de CARVALHO DE MEN-

DOÇA. V. Pluralidade successiva de pessoas.
Herança jacente 160-171

✕ § 21—Inicio da personalidade juridica

I. A União, os Estados e os Municipios. II. As associações. As sociedades anonymas. Sociedades anonymas estrangeiras. Sociedades commerciaes. Syndicatos agricolas e profissionaes. Fundações. III. Associações anteriores á lei de 10 de Setembro de 1893 172-175

✕ § 22—Capacidade das pessoas juridicas.
Sua personalidade

I. Doutrina erronea de alguns escriptores. Doutrina verdadeira. II. Responsabilidade. III. Responsabilidade das pessoas juridicas de direito publico. Opiniões divergentes. O Codigo Civil brasileiro. Observações de AMARO CAVALCANTI 176-183

✕ § 23—Fim da personalidade juridica

I. Pessoas juridicas de direito publico. II. Pessoas juridicas de direito privado. Lei de 10 de Setembro. O Codigo Civil. Associações personificadas. Sociedades commerciaes e civis. III. Destino dos bens da pessoa juridica extincta 184-187

• § 24—Das pessoas juridicas estrangeiras

I. Nacionalidade das pessoas juridicas. Principios que vigoram no direito privado brasileiro. II. Medidas de politica internacional e de precaução do direito patrio em relação ás pessoas juridicas estrangeiras. Opinião de CARLOS DE CARVALHO da Faculdade de Direito de Berlim, de CH. WOSTE, FIORE, FEDOZZI e outros. III. Necessidade, que têm as sociedades anonymas estrangeiras, de obter autorização do governo para funcionarem no Brazil. Sociedades anonymas que operam sobre seguros. Ainda que não autorizadas a funcionar na Republica, podem demandar e ser demandadas perante os tribunaes brasileiros... 188-193

CAPITULO IV

DO DOMICILIO CIVIL

§ 25—Noção de domicilio

Pags.

Domicilio politico e civil. Definição. Analyse da noção de domicilio. Importancia do domicilio no direito. A que direito pertence a sua determinação 194-196

§ 26—Unidade, pluralidade e falta de domicilio

E' admissivel que uma pessoa seja domiciliada em mais de um lugar. Doutrina franceza, ingleza e norte-americana. Doutrina romana e do direito patrio. Outras legislações. Pessoas sem domicilio 196-198

§ 27—Domicilio voluntario e necessario

Definição de domicilio voluntario. Póde ser geral e de eleição. Domicilio necessario. De origem e legal. Direito patrio e estrangeiro..... 198-203

§ 28—Domicilio das pessoas juridicas

I. A séde da administração ou direcção é, normalmente, o domicilio das pessoas juridicas de direito privado. Opinião de SAVIGNY. II. Domicilio das pessoas juridicas de direito publico interno..... 203-205

LIVRO II — Dos bens

CAPITULO I

DOS BENS CONSIDERADOS NA SUA PROPRIA ENTIDADE

§ 29—Noção de bens. Coisas. Patrimonio

I. Noção de bem na linguagem philosophica, economica e juridica. II. Coisa. Definição de TEIXEIRA DE FREITAS. Código Civil allemão. Direito inglez. III. Conceito juridico de patrimo-

nio. RAOUL DE LA GRASSERIE. FADDA e BENZA. Unidade e pluralidade de patrimonios. IV. Que direitos se incluem no patrimonio 207-215

§ 30—Classificação dos bens

Modos diversos pelos quaes se podem considerar os bens para classificá-los. Classificação de KOHLER. Direito inglez 215-216

§ 31—Bens corporeos e incorporeos

Definição romana. Opinião de TEIXEIRA DE FREITAS. Observação de GIERKE. Definição de bens corporeos 216-218

§ 32—Dos immoveis

I. A distincção dos bens em moveis e immoveis é relativamente nova. Direito inglez. II. Definição de coisas immoveis. Classes de immoveis segundo o direito francez seguido por outras legislações. Systema da enumeração. Systema de TEIXEIRA DE FREITAS, KOHLER. Systema do Codigo Civil brasileiro. III. Plantações. Construcções. Thesouro. Immobilização dos moveis. O direito patrio a respeito deste ultimo ponto. IV. Enumeração dos immoveis. Apolices da divida publica. Opinião de TEIXEIRA DE FREITAS, REBOUÇAS e LAFAYETTE. Conclusão. Navios. Sua hypotheca..... 219-228

§ 33—Predios rusticos e urbanos

O que se entende por predios rusticos e urbanos. Enumeração delles 229

§ 34—Dos moveis

Definição de bens moveis. Por natureza e por determinação da lei 230

§ 35—Dos bens fungiveis e consumiveis

I. Definição de bens fungiveis. A fungibilidade é propria dos moveis. Não depende exclusivamente da

	Pags.
vontade das partes. II. Definição de bens consumíveis. III. Distincção entre bens consumíveis e bens fungíveis	230-233
§ 36—Coisas divisíveis e indivisíveis	
Definição de coisas divisíveis. Indivisibilidade das coisas incorporeas. Indivisibilidade economica. Casas	233-235
§ 37—Coisas singulares e collectivas	
Definição de coisas singulares. Podem ser simples e compostas. Coisas collectivas. <i>Universitas facti. Universitas juris</i> . O projecto primitivo e o Codigo Civil brasileiro	235-239

CAPITULO II

DOS BENS CONSIDERADOS UNS EM RELAÇÃO AOS OUTROS

§ 38—Coisas principaes e accessorias	
Definição de coisa principal. Partes integrantes e accessorias, segundo o Codigo Civil allemão. Direito patrio	239-241
§ 39—Dos fructos e productos	
Definição de fructo. Naturaes, industriaes e civis. Outras distincções. Productos. Exemplo de DERNBURG	241-243
§ 40—Das bemfeitorias	
Definição de bemfeitoria. Classes de bemfeitorias. A pintura, a esculptura, a escriptura	243-245

CAPITULO III

DOS BENS EM RELAÇÃO ÀS PESSÓAS

§ 41—Dos bens publicos e particulares	
Distincção de bens publicos e particulares. Classes de bens publicos. De uso commum, de uso especial, patrimoniaes	246-247

§ 42—Dos bens da União

- I. A distribuição dos bens publicos entre a União e os Estados é materia de direito constitucional e administrativo. II. Enumeração dos bens da União, segundo as tres categorias: a dos patrimoniaes, a de uso especial e a de uso commum. 247-251

§ 43—Dos terrenos de marinha

- I. O que são terrenos de marinha e accrescidos. II. A quem pertencem: Opiniões divergentes. JOÃO BARBALHO, RODRIGO OCTAVIO, GALDINO LORETO, contra CARLOS DE CARVALHO, CARVALHO DE MENDONÇA e EPITACIO PESSÔA. Dados historicos. Argumentos de EPITACIO PESSÔA. III. Margens dos rios navegaveis e igarapés. IV. Não ha accessão de accrescidos 251-258

§ 44—Praias

- Definição. Fachas de terra que orlam o mar. Praia, accrescidos, terrenos de marinha. Uso das praias. Direito patrio e estrangeiro..... 258-260

§ 45—Dos bens dos Estados

- I. Enumeração dos bens dos Estados: patrimoniaes, de uso especial e de uso commum, II. Bens vagos. Legislação patria a respeito. III. Bens do evento. IV. Terras devolutas. Territorios nas fronteiras 261-264

§ 46—Das minas

- Direito anterior. Constituição republicana. Direito da União 264-266

CAPITULO IV

INCOMMERCIALIDADE DE CERTOS BENS

§ 47 — Noção e especies de coisas que estão fóra do commercio

- Que coisas estão fóra do commercio. O ar atmospherico. As aguas correntes. Templos. Disposição do proprio corpò ou de uma parte delle. Alienação do cadaver 266-268

LIVRO III—Do nascimento e extinção dos direitos

CAPITULO I

DOS FACTORES DO DIREITO SUBJECTIVO

Pags.

§ 48—Noção de facto e acto juridico

I. Definição de facto juridico. Actos juridicos. Actos illicitos. Quadro dos factos juridicos. II. Actos juridicos e declarações da vontade. Indicações exemplificativas de actos juridicos. III. Modos de manifestação da vontade. IV. Outros factos creadores de direito 269-274

§ 49—Requisitos para a validade dos actos juridicos

Indicação dos requisitos para a validade dos actos juridicos. Capacidade geral e especial. Incapacidade de uma das partes. Nas declarações de vontade, attende-se mais á intenção do que ás palavras 274-275

§ 50—Dos vicios da vontade

O agente deve estar na posse de sua razão. A vontade não deve ser viciada. Vicios puramente psychicos e vicios sociaes 275-276

§ 51—Do erro

I. Definição de erro, segundo FUBINI. Opinião de LACERDA DE ALMEIDA. Erro essencial e accidental. Doutrina de PLANIOL. Transmissão erronea da vontade. Erro sobre a quantidade e sobre a qualidade. II. Requisitos do erro, segundo DERNBURG 276-280

§ 52—Do dolo

Definição de dolo. Dolo principal e incidente. Na sua apreciação decide soberanamente o juiz. Dolo de terceiro. Do representante. De ambas as partes. 280-282

P. 19
20

P. 21

P. 23

✓ § 53—Da coacção

- 224
I. Definição de coacção moral. Requisitos. Suggestão hypnotica. II. Elementos de apreciação da violencia moral. Coacção de terceiro. III. A coacção deve ter por fim a realização do acto, para ser considerada vicio da vontade. IV. Factos que não constituem coacção 283-287

✓ § 54—Da simulação

- 222
O que se entende por simulação. Deve ser empregada de má fé para viciar o acto. Ha de ser allegada por terceiro prejudicado ou pelo ministerio publico. Reserva mental 287-289

✓ § 55—Da fraude contra os credores

- 225
I. Vacillação do significado da palavra fraude. Definição. Distincção entre fraude, dolo e simulação. II. O patrimonio do devedor é a garantia common dos credores. Acção pauliana. Requisitos para ser proposta esta acção. O Codigo Civil brasileiro. Licção de TEIXEIRA DE FREITAS. III. Direito commercial. IV. — Actos que se presumem de boa fé 290-294

§ 56—Da lesão

- Remissão e outras divisões do direito. Os Projectos de Codigo Civil. O Codigo Civil 294

§ 57—Do objecto do acto juridico

- Que condições se exigem do objecto de uma relação de direito 294-295

✓ § 58—Das condições

- 220
I. Definição de condições. Especies de condição. II. Condições physicamente impossiveis. O Projecto de Codigo Civil brasileiro a respeito. Impossibilidade parcial e relativa. Juridicamente impossiveis. Distincções de BARTIN. III. Condições suspensivas e resolutivas. Efeito retroactivo das condições. Direito estrangeiro e patrio. Transmissão do direito eventual. Efeito retroactivo

da condição, em relação a terceiros. IV. Condições resolutivas. Maior extensão do efeito retro-activo. O Projecto de Código Civil brasileiro. V. Impedimento malicioso da realização da condição e realização maliciosa..... 295-303

§ 59—Dos termos

295
O que é termo. Prazo. Termo inicial e termo final. O tempo pôde ser certo ou incerto. Termo e condição. O termo inicial suspende o exercício, mas não a aquisição do direito. Computo dos prazos. Os termos nos actos de ultima vontade presumem-se estabelecidos em favor do herdeiro, e nos contractos em proveito do devedor, salvo excepções. Actos juridicos sem prazo..... 303-306

§ 60—Dos encargos

Definição de encargo. Como differe da condição. Actos a que, anda mais ordinariamente unido. Inexecução do encargo 306-307

§ 61—Da aquisição de direitos por outrem e para outrem

I. Os actos juridicos podem ser celebrados por intermedio de outrem. Excepções. Personalização. Representação legal e contractual. II. Estipulações em favor de terceiro 307-309

§ 62—Da fôrma dos actos juridicos

308
I. O que é fôrma. Decadencia do formalismo. A fôrma é valiosa garantia dos interesses. Creação de solemnidades novas. O casamento. Transmissão da propriedade immovel. II. Fôrmas intrinsecas a extrinsecas. São estas as verdadeiras fôrmas. Essenciaes, probantes, habilitantes. III. Actos formaes e não formaes. IV. A regra *locus regit actum* 309-313

§ 63—Da prova dos actos juridicos

I. O que é prova. Regras geraes da theoria das provas. Prova do direito estrangeiro. II. Ao direito ci-

vil cabe determinar as especies e o valor das provas. Ao processual, o modo de constituil-as e produzil-as em juizo 313-316

§ 64—Meios de prova

I. Prova preconstituída. Fôrma essencial e necessaria para a prova do acto. JOÃO MONTEIRO e NEVES e CASTRO contra TEIXEIRA DE FREITAS. II. Meios de prova reconhecidos pelo direito patrio. Não se inclue o juramento. III. O que é instrumento publico. Instrumentos que se equiparam aos publicos. O instrumento publico faz prova absoluta. IV. Escripto particular. Seu valor probante. V. Instrumento viciado em logar substancial ou suspeito. Lingua dos instrumentos de contractos celebrados no Brasil. VI. Prova do assentimento ou da auctorisacão. VII. Prova testemunhal. Regras do direito patrio sobre essa prova. O alienado, o menor, o profissional, a mulher, o ascendente. Depoimento de uma só testemunha. Contractos que se provam por testemunhas. VIII. Presumpçoes. Legaes e communs. Absolutas e relativas 316-325

CAPITULO II

DAS NULLIDADES DOS ACTOS JURIDICOS

§ 65—Theoria das nullidades

I. Vacillação da doutrina. Direito romano. Actos nullos e annullaveis. Desharmonia de idéas entre os escriptores francezes. Theoria de PLANIOL. De SOLON. II. Que é nullidade? E' uma pena. Leis de ordem publica. Protecção de interesses individuaes. Projecto primitivo. Codigo Civil. Actos inexistentes 326-332

§ 66—Critica do regulamento 737

A critica do regulamento 737 foi feita por LACERDA DE ALMEIDA. Analyse do art. 682 do regulamento 737 em combinaçao com o art. 129 do Codigo commercial. Nullidades de pleno direito e dependentes de rescisao 332-337

§ 67—Actos nullos e annullaveis

I. Actos nullos. Nullidades de pleno direito. Quem as póde allegar. Absolutas e relativas. II. Actos annullaveis. Por quem deve ser allegada a nullidade dependente de rescisão. III. Ratificação dos actos annullaveis. Expressa ou tacita. Os actos nullos não podem ser confirmados. IV. Nullidade da obrigação principal. Obrigações contrahidas por menores entre 16 e 21 annos. Restituição ao estado anterior 337-340

§ 68—Nullidade do instrumento

A nullidade do instrumento não acarreta a do acto. O instrumento publico, sendo nullo, póde valer como particular, e o particular póde valer como titulo de divida 340-341

CAPITULO III

DO EXERCICIO DOS DIREITOS

§ 69—Do exercicio dos direitos e de sua collisão em outros

Exercicio do direito é a sua utilização. Limitações. Collisões 341-342

§ 70—Da legitima defeza

I. Actividade juridica de uns em frente da actividade juridica dos outros. Defeza dos direitos pelo poder publico. Defeza particular. Direito romano. II. A legitima defeza é uma faculdade. Em que consiste. Preceitos do Projecto primitivo. Requisitos da legitima defeza. Não ha legitima defeza na expulsão do esbulhador. Outros preceitos do direito penal. Moderação na repulsa. Legitima defeza dos direitos de terceiros. Offensa de coisas inanimadas ou de entes sem razão. III. A legitima defeza não é um acto juridico. Legitima defeza inconsciente. IV. Auto-satisfacção. V. Estado de necessidade. Seus requisitos 342-347

§ 71—Dos actos illicitos e da culpa

- 9.30
- I. Noção de acto illicito. Delictos civis segundo o direito romano. Quasi delictos. Doutrina moderna. Pontos de vista differentes do direito civil e do penal. Menores, alienados e coagidos respondem pelo damno. Não assim os autores de crimes justificaveis. II. Culpa. Contractual e aquiliana. *In faciendo, in omittendo, in contrahendo, in eligendo, in vigilando. In abstracto e in concreto. Lata, levis, levissima.* Projectos brasileiros. III. Abuso do direito 347-355

§ 72—Das acções

- I. Acção. Duplo sentido da palavra. Opinião do Visconde de SEABRA. TEIXEIRA DE FREITAS. Parecer da comissão do senado brasileiro. Apreciação da classificação do Visconde de SEABRA. II. O interesse legitimo como condição do apello ao juiz. Acções populares 355-359

§ 73—Da conservação dos direitos

- Meios assecutorios da conservação do direito. Casos em que é admissivel o seu emprego. Retenção. Arresto. Sequestro. Detenção pessoal. Caução. Interpellação judicial 360-362

CAPITULO IV

DA EXTINCÇÃO DOS DIREITOS

§ 74—Modos pelos quaes se extinguem os direitos. Da renuncia

- I. Os direitos perduram enquanto subsistem os seus elementos constitutivos: Varios modos de extinção. II. Renuncia. Expressa e tacita 362-365

§ 75—Do procedimento do objecto

- I. Extinção do direito pelo perecimento do objecto. Quando se considera o objecto perecido. Consequencias do perecimento. II. Responsabilidade 365-367

§ 76—Dos prazos extinctivos

Distincção entre prazos extinctivos e prescrição.
Princípio fundamental formulado por TH. HUC
Exemplicações 367-368

§ 77—Da prescrição em geral

I. Influencia do tempo sobre as relações juridicas.
Observações de KOHLER e WINDSCHEID. II. Con-
ceito da prescrição. A acção sob o ponto de
vista social. Inercia do titular do direito. Con-
solidação de um estado contrario ao direito indi-
vidual. Argumentos de POTHIER e KOHLER. A
prescrição é uma regra de ordem, de harmonia
e de paz. Sua acção dissolvente sobre os diver-
sos meios de defeza do direito. III. Diferença
essencial entre a prescrição e o usucapião.
Posto que aos dois institutos dão as legislações
modernas. Posto que lhês deve ser assignado .. 369-374

§ 78—Requisitos da prescrição

Negligencia e decurso do tempo. A bôa fé não é re-
quisito da prescrição. Legislação comparada.
A prescrição é função do tempo 374-376

§ 79—Direitos imprescriptíveis

Direitos que são emanações da personalidade. Bens
publicos. Acções de estado. Acções derivadas
das relações de familia. Immoveis dotaes. As
faculdades não são direitos. Acção de divisão.. 376-379

§ 80—Do inicio da prescrição

Acções reaes. Acções pessoases. Direitos condicionaes
e a termo. Influencia da evicção. O credor pigno-
raticio, o mandatario. Outras relações juridicas
semelhantes. Acções regressivas. A prescrição
corre contra o herdeiro 379-382

§ 81—Das causas que impedem ou suspendem

Quando se dá a suspensão da prescrição. Pessoas
contra as quaes não corre a prescrição. Direi-
to romano. Codigos Civis portuguez e allemão.
Os compossuidores, o herdeiro a beneficio de

	Pags.
inventario, os administradores legaes. Credores solidarios	382-385

§ 82—Interrupção da prescrição

I. Efeito da interrupção. Como differe da suspensão. Interrupção natural e civil. Factos que interrompem a prescrição. Citação pessoal. Protesto. Apresentação do titulo de credito em juizo de inventario. Actos constitutivos de mora. Reconhecimento do direito. II. Quem póde promover a interrupção. Credores solidarios. Devedores solidarios. Fallencia do devedor. Interrupção da prescrição em caso de divida affiançada	385-390
---	---------

§ 83—Quem póde allegar a prescrição e contra quem se allega

I. Podem allegar a prescrição as pessoas naturaes e as juridicas. O credor. Outros interessados. O herdeiro. II. Póde ser allegada contra qualquer pessoa. O juiz não póde decretar <i>ex officio</i> a prescrição. Caso em que não póde esta ser allegada contra a massa fallida	390-392
---	---------

§ 84—Da renuncia da prescrição

I. Requisitos da renuncia da prescrição. Justificação delles. A renuncia não póde ser feita em prejuizo de terceiro. Feita por devedor solidario ou de obrigação indivisivel. II. Renuncia expressa e tacita. III. A prescrição póde ser allegada em qualquer instancia	392-394
---	---------

§ 85—Dos effeitos da prescrição

Extincção da acção. Efeito sobre o patrimonio. Outras consequencias. Se extingue o direito ou sómente os seus meios de defeza. Opinião de KOHLER. Argumentos deduzidos da renuncia tacita	394-396
---	---------

§ 86—Da prescrição das excepções

As excepções prescrevem como as acções. Excepções de coisa julgada e de prescrição. Excepções temporarias. Regras geraes	397-398
--	---------

§ 87—Prazos da prescrição. Prescrição trintennaria

Pags.

- I. Prazo ordinario da prescrição das acções pessoais. Pessoas propriamente ditas. *In rem scriptae*. Mixtas. Hypothecaria. Legislação comparada. II. Acções perpetuas e temporarias. Execução de sentença. Acção rescisoria. III. Acções reaes. Usocapião trintennaria. IV. Devera ser estabelecido um prazo unico geral para as acções reaes e pessoas. Prestações periodicas 398-402

§ 88—Prescrições diversas

- I. Prazos extinctivos e prescrições de prazos reduzidos. O art. 178 do Codigo Civil reuniu quasi todos os casos de prescrição. Indicação dellas e das que se encontram esparsas pelo corpo do Codigo, segundo a ordem crescente dos prazos. Prescrição instantanea 402-411

§ 89—Prescrição do direito auctoral

- A parte pessoal do direito auctoral não prescreve. A parte real é direito temporario. Sua duração.. 411-412

§ 90—Prescrição a favor do Estado e contra o Estado

- I. Prescrição quinquennaria. Contra quem não corre esta prescrição. II. Prescrição de um anno. III. Despachos aduaneiros. IV. Dinheiros de ausentes. V. Prescrição de quarenta annos. De dez. Interrupção. Direito actual. VI. Legislação comparada. Projectos brasileiros. VII. Os Estados federados e os municipios. Doutrina do Supremo Tribunal Federal. O Codigo Civil 412-418

§ 91—Da prescrição immemorial

- Funcção da prescrição immemorial no direito romano e no canonico. Opiniões de SAVIGNY e WINDSCHEID. Direito moderno. Projectos de Codigo Civil. O Codigo Civil 419-421

