

SYSTEMA
DO
DIREITO CIVIL BRASILEIRO
—
VOLUME PRIMEIRO



PORTO-IMPRESA MODERNA

Grande-premio na Exposição do Rio de Janeiro de 1908



Julio Xavier
SYSTEMA *Julho - ph*
Rio

DO

DIREITO CIVIL BRASILEIRO

POR

Eduardo Espinola

PROFESSOR DE DIREITO CIVIL NA FACULDADE LIVRE DE DIREITO DA BAHIA,
MEMBRO CORRESPONDENTE DA ORDEM DOS ADVOGADOS BRASILEIROS

VOLUME PRIMEIRO

Introdução e Parte Geral

2.^a EDIÇÃO, INTEIRAMENTE REFUNDIDA, DE ACCORDO
COM O CODIGO CIVIL BRASILEIRO

LIVRARIA FRANCISCO ALVES

Rua do Ouvidor, 166—RIO DE JANEIRO

Rua de S. Bento, 65
S. PAULO

Rua da Bahia, 1055
BELLO HORIZONTE

1917

*Para garantia dos direitos do auctor, é cada exemplar
por elle numerado e rubricado.*

N.º 687

Ed. Espinosa



À MEMÓRIA DE MEUS PAES

ANTONIO JOSÉ ESPINOLA

(fallecido em Lisboa aos 10 de Outubro de 1903)

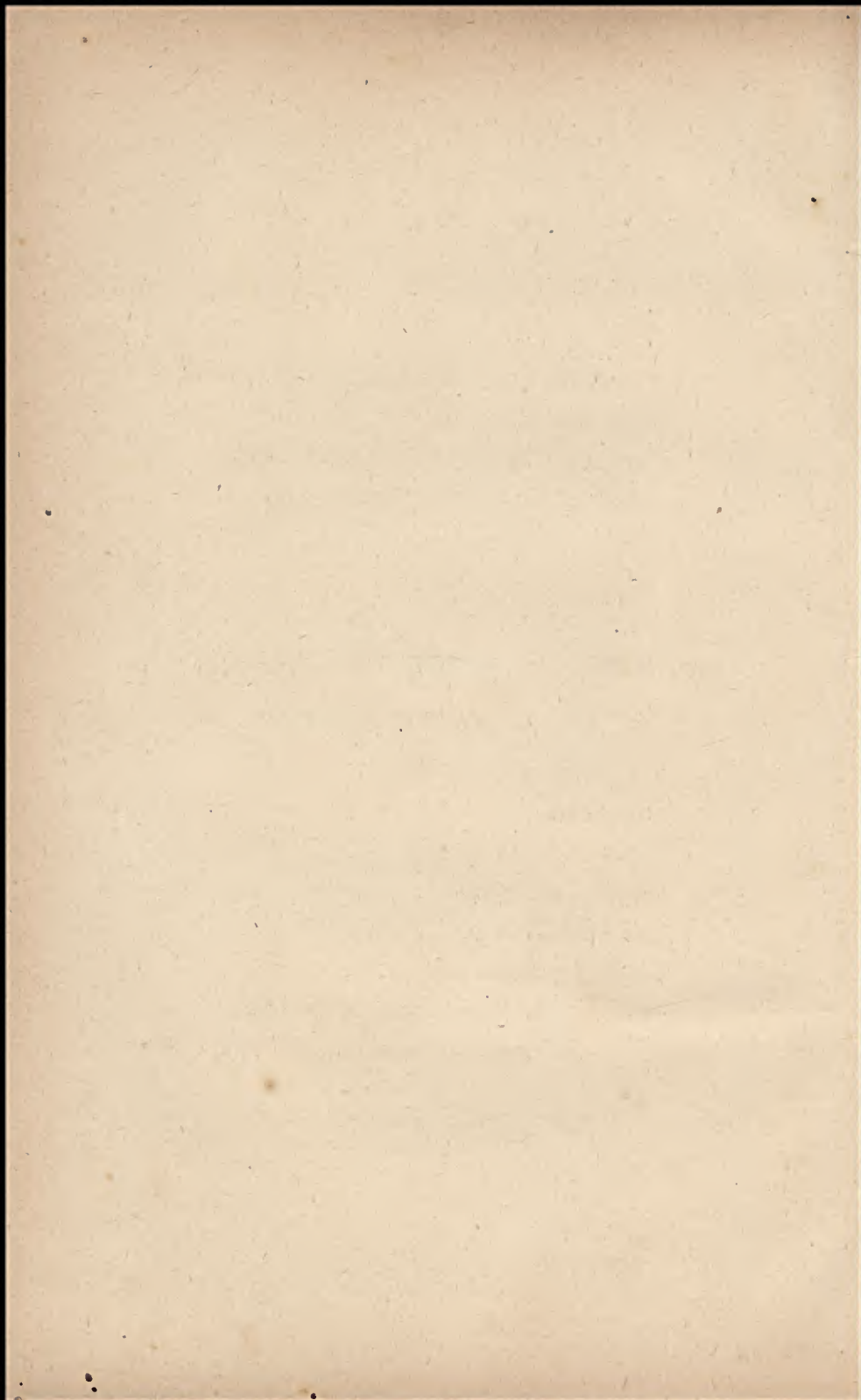
E

FRANCISCA GODINHO ESPINOLA

(fallecida em Lisboa a 1 de Março de 1914)

Que me inspire sempre o exemplo das
vossas vidas: culto ardente da honra, amor
indefesso do trabalho e da familia.





À MEMORIA

DOS

EMINENTES JURISCONSULTOS ALLEMÃES, CUJA INFLUENCIA
FOI DECISIVA EM MINHA EDUCAÇÃO JURIDICA

Friedrich Carl von Savigny (1779-1861)

Rudolf von Ihering (1818-1892)

Bernhard Windscheid (1817-1892)

Heinrich Dernburg (1829-1907)

E DO GENIAL CIVILISTA BRASILEIRO

Augusto Teixeira de Freitas (1816-1883)

AOS GRANDES CIVILISTAS

Ruy Barbosa

Carl Crome

Pietro Cogliolo

Gianpietro Chironi

Lafayette Rodrigues Pereira

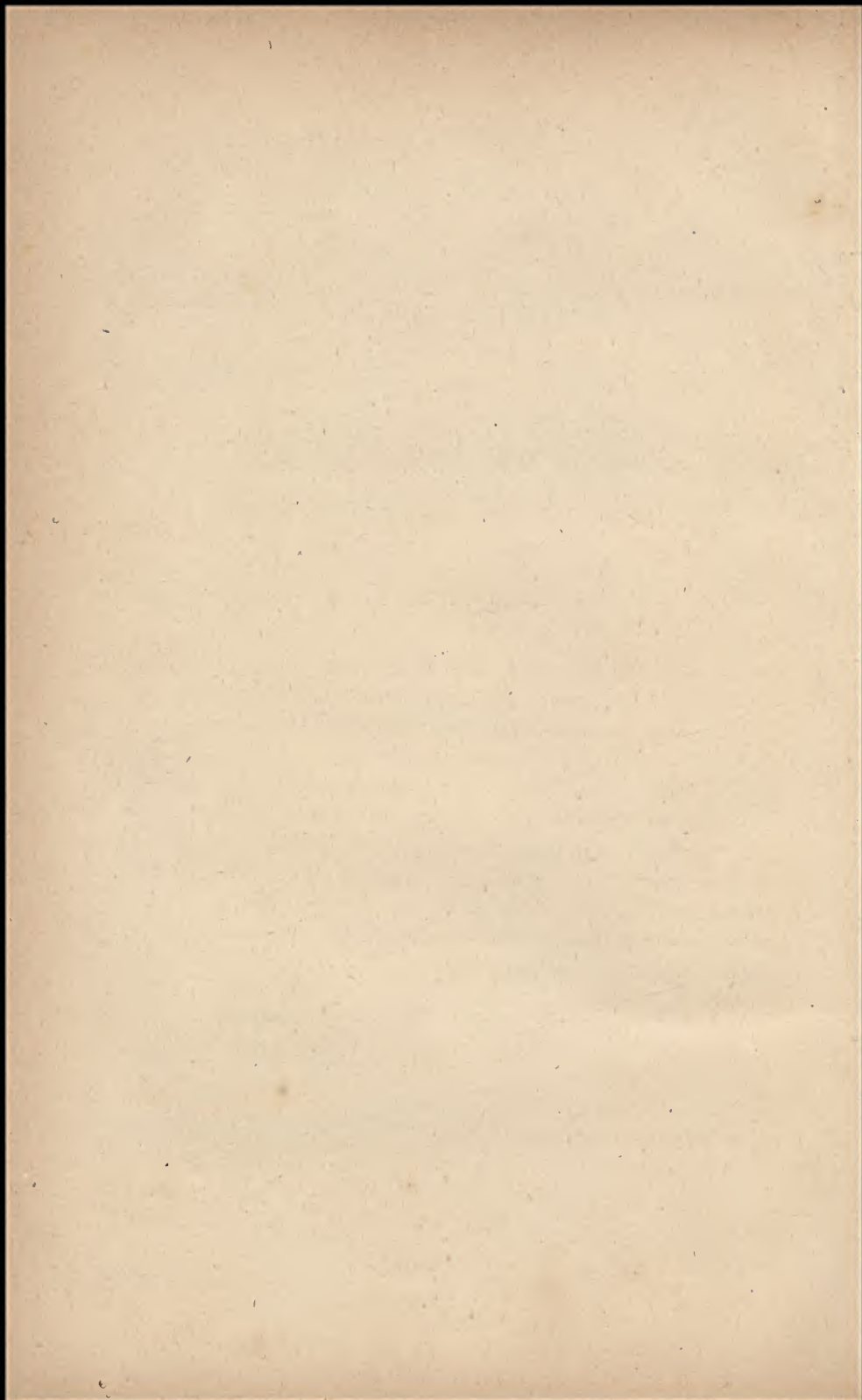
Clovis Bevilacqua

Francisco de Paula Sacerda de Almeida

M. J. Carvalho de Mendonça Martiño Garcez

pelos valiosos subsidios que forneceram a esta
obra, com seus livros magistraes.





PREFACIO

DO

Conselheiro Filinto Bastos

(á 1.ª edição)

Aos que lerem este tratado pouco tenho que dizer, pois só depois de o haverem feito poderão conscientemente julgar de seu merecimento. Um prefacio, mesmo quando escripto por penna de mestre, não terá o condão magico de emprestar a qualquer composição qualidades que lhe faltem ou de lhe subtrahir as que tiver. E força é reconhecer que, no caso actual, não foi o discipulo que procurou a palavra autorisada do mestre, mas o collega e amigo que teve a gentileza de associar a seu valioso livro o modesto nome de um velho companheiro de ensino na mesma Academia; e assim era dispensavel este prefacio, porque, parodiando o ARIOSTO,

«...sem elle
Pode ficar o livro e será claro».

Rude tarefa é a systematização do direito de um povo, principalmente quando para este o codigo é ainda uma aspiração, como entre nós relativamente ás leis civis.

Por muito conhecida de quântos lidam com os livros de nossa literatura juridica, ociosa se faz aqui a narração



dos trabalhos dos juriconsultos patrios para o código civil brasileiro, desde o DR. AUGUSTO TEIXEIRA DE FREITAS até às comissões encarregadas de rever o *Projecto* do DR. CLOVIS BEVILAQUA. Muito se tem feito; muito se fará ainda antes de realizado o magno desejo.

Já em 1884 escrevia o CONS. TRISTÃO DE ALENCAR ARA-RIPE: (1)

«Na America todas as republicas, ainda as menos adiantadas em civilização, já fizeram seus codigos civis pelas normas do direito novo, desprezando as leis coloniaes; o Brasil, porém, sob o regimen monarchico não tem querido praticar esse grande mcio de progresso; parecendo assim receiar a inoculação de doutrinas que, sob o influxo da lei meramente civil, desenvolvam e fortifiquem o principio democratico.»

Como se vê, o escriptor alludido attribuiu ao regimen politico então dominante, ao qual não agradavam os progressos da democracia, o embaraço ao código civil brasileira; tanto que duas linhas depois, acrescenta: «Logo, na condição politica devemos buscar a causa do phenomeno.» É verdade que a «legislação civil é sempre dominada pela organização politica. Uma legislação moldada para uma monarchia absoluta, sob o predominio de outras idéas, deve em muitos casos repugnar ás condições do systema representativo.» (2) Entretanto, proclamada a republica em 1889, ha quasi dezenove annos, o novo código civil espera ainda o cumprimento da promessa da Carta Constitucional de 1824. Não era, portanto, a monarchia a causa unica do retardamento de tão importante e necessario trabalho.

Felizmente, não tem sido perdido totalmenté o tempo da longa expectativa. Desembaraçada em muito das *Ordenações Filippinas*, a legislação civil brasileira tem melho-

(1) Código Civil Brasileiro ou Leis Civis do Brasil—Advertencia.

(2) Teixeira de Freitas — Cons. das leis civis. Introdução.



rado sensivelmente, modelando grande parte de seus institutos consoantemente ás condições sociaes do nosso povo e suas necessidades, sem descurar dos progressos da legislação dos povos civilizados. Além disso, muitas obras de subido valor têm sido publicadas entre nós, preparando por assim dizer a futura codificação, a eomeçar péla monumental «*Consolidação das Leis Civis*» de TEIXEIRA DE FREITAS e pelo seu *Esboço* que «se não poude ser transformado em lei, entrou para o acervo da jurisprudencia patria como a sua producção mais valiosa, pela riqueza, segurança e originalidade das idéas». (3)

É que, na phrase de TROPLONG, o eodigo civil, resumo dos progressos da sociedade moderna sob o ponto de vista das relações de ordem particular, abre um vasto campo em que a sciencia deve mostrar-se sob novas formas. Com o advento do governo representativo o direito penetra por todos os meios na vida civil e politica.

O trabalho do DR. EDUARDO ESPINOLA — *Systema do Direito Civil Brasileiro*, em cinco volumes, abrangendo todas as materias que se prendem a tal systematisação, materias apresentadas de accordo com as nossas leis e estudadas á luz das mais modernas e seguras doutrinas, vem concorrer, de modo brilhante, para o definitivo preparo do nosso Codigo tão anciosamente esperado.

Em boa hora lembrou-se o autor de dotar nossas letras juridicas, felizmente já dignas de renome, de uma obra de muito estudo e de muita vantagem não só para os que cursam as Academias, como tambem para os mestres; porque o seu contexto, ao alcance de todas as intelligencias, é ao mesmo tempo, graças ás notas que o enriquecem, um manancial copioso e perenne de ensinamento e illustração. A doutrina pode ser colhida em sua simplicidade e logo

(3) Clovis Bevilacqua — *Projecto de Codigo Civil Brasileiro* — Observações.

avultar-se nos mais eruditos desenvolvimentos; havendo, portanto, ensejo para a immediata comprehensão do que é ensinado, sem compromettimento das observações e da critica a que o texto pode conduzir.

Teve o DR. ESPINOLA o cuidado de, adoptando uma de duas ou mais opiniões divergentes, explicar os motivos de sua preferencia; e por isso, escrupuloso no indicar as fontes donde hauriu a theoria que expõe com lealdade e que foi colher em livros originaes quasi sempre, e só raras vezes em traducções, é com segurança que combate a que discordia de sua convicção. É, por exemplo, o que se dá, tratando de um assumpto que tem merecido o mais rigoroso estudo, a mais profunda meditação dos grandes juriconsultos e sobre o qual, parece-nos, se poderá sempre repetir o que em relação ao autor do verso elegiaco disputavam os grammaticos, na phrase de HORACIO: (4)

...certant, et adhuc sub iudice lis est—:

a debatida questão das divisões do direito civil.

O primeiro volume, depois da *Introdução*, que se occupa com o *Direito Civil Brasileiro e tentativas de sua codificação*, e da *Parte Geral* dedicada ás *noções fundamentais do direito e suas divisões*, passa a tratar na *Parte Primeira* do — *direito objectivo* e na *Parte Segunda* do — *direito subjectivo e de seus elementos: o sujeito, o objecto, o factio juridico e a garantia*. O volume segundo tem por objecto de estudo especial — *as obrigações*; o terceiro — *os direitos reaes*; o quarto — *os direitos da familia*; e o quinto — *os direitos de successão*.

Reconhece o autor que esta ordem de collocação dos differentes grupos de institutos juridicos se não impõe de um modo rigoroso e absoluto; e por isso não ha sobre este ponto accordo entre os escriptores.

(4) De Arte Poetica — v. 78.



Comquanto não seja para desprezar o conceito do relator encarregado de dar parecer sobre o plano geral do *Projecto* do DR. CLOVIS BEVILAQUA, de que (5) «a questão de classificação em seus detalhes, tem, em verdade, maior importância escolastica e exegetica do que social e scientifica», força é proclamar com o mesmo relator, tratando de um systema de direito, o que elle affirmára da classificação das materias de um Codigo Civil: «...alicerce primario, sem o qual, na expressão do DR. BULHÕES CARVALHO, o Codigo não será uma synthese luminosa das instituições, nem um meio de progresso no direito; ao contrario, a confusão das materias produzirá a das idéas, obscurecendo o caminho que ellas devem seguir no seu desenvolvimento progressivo.»

Depois de indicar os nomes dos autores que, como ROTH, D'AGUANO, RIBAS, CLOVIS BEVILAQUA e outros, preferam começar o estudo da Parte Especial pelos *direitos de Familia*, e dos que collocam em primeiro lugar os *direitos reaes*, taes como, dentre outros, GIERKE, COGLIOLO e CARLOS DE CARVALHO, mostra que ha um terceiro grupo dos que iniciam seu trabalho pelo estudo das *obrigações*, taes como DERNBURG, CROME, COSACK, ENDEMANN, KUHLENBECK e o DR. COELHO RODRIGUES no seu *Projecto*.

O autor, sectario convencido deste terceiro grupo, assim se exprime: «...a preferencia por este ultimo processo justifica-se pela maior facilidade que offerece para uma exposição methodica. Com effeito, estabelecidos os principios geraes, communs a todos os direitos civis, a ordem, em que devem apresentar-se as differentes classes de institutos juridicos, deve ser determinada pelo criterio seguinte: aquelles institutos, para cuja comprehensão forem sufficientes as regras estabelecidas na Parte Geral, devem

(5) *Projecto do Codigo Civil Brasileiro* — Trabalhos da commissão, vol. III.



ser considerados em primeiro lugar; em seguida devem ser tractados os que, com o conhecimento destes, ficam satisfatoriamente esclarecidos e emfim os que dependem dos outros ou de uma vista de conjuncto.

«Ora, uma vez firmada a noção do direito subjectivo e estudados os seus elementos, os institutos juridicos, que se incluem no grupo das obrigações, podem ser claramente apreciados, independentemente de quaesquer outros. O mesmo não se verifica em relação aos direitos reaes e muito menos aos de Família e de successão, pois aquelles em muitos pontos (como, por exemplo, o penhor, a hypotheca, etc.) estão subordinados ao conhecimento dos principios sobre as obrigações, e os da Família e de successão dependem de todos os outros para sua comprehensão nitida. «E contradictando a affirmativa de C. BEVILAQUA de implicarem as obrigações forçosamente a noção de propriedade, desde que transponham o circulo restrictissimo das prestações de serviços reciprocos, esclarece o autor: «Si é verdade que, pela interdependencia em que estão todos os direitos, precisam uns ser esclarecidos pelos outros e si, com effeito, os direitos das obrigações exigem a noção da propriedade, deve-se convir que para o seu estudo não se torna indispensavel o conhecimento dos principios que se referem aos institutos reaes, sendo sufficiente a noção commum que se adquire na pratica da vida. O mesmo não succede com os direitos das coisas em relação ás regras obrigacionaes de que dependem.»

Qualquer classificação, por melhor architectada, pode soffrer sérias objecções. «Dos codigos civis do mundo, e já não são poucos, nenhum existe cujo systema de classificação haja escapado á censura. O novissimo Codigo Allemão, reputado o mais importante monumento legislativo do direito contemporaneo, cuidadosamente trabalhado, revisto durante largos annos, tem soffrido critica em relação ao methodo e em relação a tudo!» Entretanto, qualquer classificação que, obedecendo ás normas inflexiveis da lo-



gica, fizer com segurança e clareza a exposição das matérias que pretende desenvolver, terá attingido seu escopo: aparelhar a intelligencia á comprehensão das verdades que lhe são ditadas, sem vacillações nem embaraços.

*

*

*

O direito civil, comquanto receba os influxos da civilização universal, por isso mesmo que visa a reger as relações de ordem particular de um povo, ha de necessariamente exhibir um cunho differencial do de todos os demais, até mesmo os de identicas origens. O *jus ipsius civitatis* dos Romanos, sem embargo de ter hodiernamente conceito diverso do de outr'ora, não deixa de significar que a influencia de um mesmo meio se reflectirá na ordem juridica de que elle é o ambiente, cujas condições physiologicas ou pathologicas concorrerão de modo decisivo para o incremento ou a atrophia das boas normas entre os individuos.

Na propria natureza do homem e no seu destino vemos buscar os elementos primarios formadores da vida juridica: o direito não é uma invenção humana, como a aeronave ou a polvora, nem pode ser uma convenção social como a pragmatica da diplomacia. Acima de todos os interesses subalternos e de todos os caprichos da miseria humana, ergue-se o direito como um pharol da justiça, cujo fóco luminoso pode ser interceptado, mas que afinal espalhará o seu clarão benefico.

É que no direito, como na verdade «ha, na expressão elegante e incisiva de ANATOLE FRANCE, uma força que o torna invencivel e assegura, para uma hora mais ou menos proxima, seu definitivo triumpho.»

Para que o homem creasse o direito, mister se fazia que



antes houvesse creado os elementos essenciaes á sua vida social, ou se creasse a si mesmo; para ficar ao alvedrio da sociedade a criação da ordem jurídica, era necessario que a sociedade independesse dos individuos, das condições elementares de sua organização e desenvolvimento; era indispensavel que a sociedade fôsse obra de suas proprias mãos. Mas, isto escapa a todos os esforços, por mais engenhosos ou por mais violentos. Diante de uma barreira ha de estacar forçosamente o orgulho do homem: as exigencias de sua mesma natureza.

«O *individuo* e a *sociedade*, a personalidade individual e o ente colectivo, parecem, por assim dizer, espelhar-se e reflectir-se um na outra. A *sociedade* encontra no *individuo* o seu elemento primordial, e o *individuo* encontra na *sociedade* o proprio desenvolvimento e complemento.» (6) E, commentando esta asserção, accrescenta FERNANDO PUGLIA: (7) «Bem dizia o Professor CARLE que o direito é um aspecto essencial da vida da humanidade, e, como tal, emquanto encontra no individuo o ponto de partida de qualquer manifestação sua, acha depois na sociedade o theatro em que se vai desenvolver em toda a sua riqueza e variedade de formas. Pode-se por isso dizer que o direito é lei de existencia e coexistencia dos seres humanos, ou em termos differentes, é lei de vida para a humanidade.»

Emquanto o direito subjectivo pullula e se desenvolve como uma necessidade do individuo, surge-lhe de frente o direito objectivo como uma necessidade social. O primeiro, por isso mesmo que se apresenta como uma condição da natureza humana, conserva, no que ha de fundamental em suas manifestações multiplas, um certo character

(6) GIUSEPPE CARLE — *La vita del Diritto. Introduzione psicologica.*

(7) *Stadi di storia del Diritto Romano.*



de firmeza e immutabilidade: o segundo, attendendo ás posições do tempo e do espaço, modifica-se, transforma-se, apparellhando, com prudencia e criterio na maioria dos casos, a conducta de coexistencia em um mesmo gremio social. De certo modo pode ser-lhes applicado o texto das *Institutas*: «...*naturalia quidem jura, quæ apud omnes gentes peræque servantur, divina quadam providentia constituta, semper firma atque immutabilia permanent. Ea verò quæ ipsa sibi quæque civitas constituit, sæpe mutari solent...*»

Ha, na verdade, faculdades naturaes que não podem ser modificadas em sua essencia, porque nem ao individuo nem á sociedade é permittido mudar a natureza humana; mas, referimo-nos, já se vê, ao que nella existe de fundamental, porque em seu desdobramento, em sua expansão no meio em que vai agir, o mesmo direito subjectivo não pode furtar-se á lei da evolução. Ora, a evolução na ordem juridica, tendo caracteres differenciaes da que se opera no mundo physico, não tem que submetter-se ao processo de fatalidade. «Ai! de uma sociedade que não acreditasse poder sahir depressa de um mal presente e entrar logo em um bem futuro: si a evolução seguisse um curso fatal e invariavel, sobre o qual o engenho humano não pudesse agir, conviria adormecer na ociosidade e esperar tranquillamente a realisação dos factos. A historia nos ensina que as grandes reformas juridicas, como os codigos ou algumas leis fundamentaes, foram justamente preparadas por uma legião de juristas, que discutiam com largueza de vistas, isto é, praticando a verdadeira philosophia.» (8)

Já dissemos allures: Quando os Cesares romanos, a principio — primeiros magistrados da Republica — *Principes Reipublicæ*, como lhes chamam os Romanistas, passaram a enfeixar em suas mãos toda a autoridade, todos os

(8) PIETRO COGLIOLO — *Filosofia del diritto privato*.



poderes, a majestatica soberania que antes pertencera ao povo, é para causar pasmo a quantos estudam a legislação da maior nação da antiguidade o modo pelo qual conseguiu florescer tão opulentamente o direito privado junto á absoluta concentração dos publicos poderes na pessoa do *Imperator*. E á interrogativa insistente dos sabios commentadores não se offerceria jámais plausivel resposta, ante o paradoxo de ser a idade aurea do direito civil o periodo do governo absoluto dos Cesares, se a Historia não lhes mostrasse o concurso vigente, incomparavel, dos jurisconsultos romanos, modificando, polindo os preceitos rudes da legislação primitiva com a prudente applicação dos principios da equidade que «é a justiça natural da consciencia juridica do povo,» na expressão de EMIDIO PACIFICI MAZZONI. Quando os jurisconsultos são privados das dignidades e honras, que seu alto merecimento lhes outorgára, e triumpha a anarchia militar, parece que a justiça se envolve nas sombras da noute e que aquelle hemispherio maravilhoso, onde o direito é sol sempre brilhante e sem occaso, se precipita nas regiões da ignorancia e da prepotencia, por um cataclysmo social. «Depois de Alexandre Severo, diz-nos ORTOLAN, interrompeu-se inopinadamente a serie dos jurisconsultos e por muitissimo tempo só se encontra na historia a perturbação militar no seu auge, imperadores de alguns mezes feitos e desfeitos alternativamente, exercitos que se batem em pontos diversos pela victoria de seus candidatos, trinta pretendentes ao imperio que, em poucos annos, apparecem e se destroem.» Alguns seculos mais tarde, quando os barões feudaes impunham seus caprichos como leis supremas e o direito perigava em sua applicação, porquanto na ballburdia perenne, que sóe acompanhar a prepotencia, ninguem se entendia e eram todos obrigados a adivinhar nas feições dos *senhores* o que pretendiam elles que se fizesse, foi ainda a voz dos jurisconsultos que vibrou potente e desassombrada e que, se por instantes era suffocada pelos instrumentos da morte, echoava mais forte



e retumbante no verbo de novos apóstolos que contentes se deixavam trucidar pela religião da justiça. Foram os jurisconsultos que fizeram com que «os direitos se tornassem escriptos, certos e, portanto, effectivos; crearam o poder espirital da letra da lei, submeteram a esse sacramento juridico as vontades impetuosas dos senhores feudaes.» Na constituição social da Europa moderna cabe ainda aos jurisconsultos, como observa THEOPHILO BRAGA, a gloria de haverem fixado os direitos individuaes, consoante ás doutrinas do *Corpus Juris Civilis*, antepondo aos arbitrios do feudalismo a realza, a qual foi por ultimo submettida á vontade nacional manifestada nos parlamentos e estados geraes.

Com effeito, não se evidencia só nas simples relações de interesse privado, mas até nas necessidades politicas de um povo, a influencia dos jurisconsultos; prova-o JOÃO PINTO RIBEIRO, em Portugal, e entre nós o VISCONDE DE CAYRU.» (9)

*

*

*

Sagres foi o portico aberto em rude penhasco, por onde Portugal penetrou gloriosamente na Historia da civilização. A escola severa e pertinaz — objecto dos cuidados do Infante D. Henrique e de D. João II, que chamou de *Bôa Esperança* ao cabo do extremo-sul africano; a escola, apparelhada de imperfeitos instrumentos, que deu a D. Manoel, o *Venturoso*, os seus mais notaveis dias de gloria, bem me-

(9) *Discurso por occasião da collação do gráo de bacharel, na Faculdade Livre de Direito da Bahia, em 1898.*



rece a sagração da humanidade. Mas, Portugal não foi só o argonauta arrojado e indomito que percorreu «os mares nunca dantes navegados», dilatando os horisontes «á Fé e ao Imperio.» O pequeno povo luso teve tanto quanto os demais povos europeus, que se deixaram influenciar pela civilização greco-latina, o culto do direito, o talento, a habilidade, a intuição jurídica, que o levou a engrandecer suas leis, polindo-as, afeiçoando-as a suas necessidades e aos dictames victoriosos do progresso: Portugal amou as letras jurídicas e a jurisprudência teve allí fóros de nobreza. E, se nos fastos das grandes descobertas ficaram immortalizados os nomes de Vasco da Gama, Bartholomeu Dias, Gil Eanes, Pedro Alvares Cabral, Magalhães e outros, não é menõs certo que a historia do direito deve registrar muitos nomes que, em povos de outra lingua e de maior preponderancia, seriam aureolados de respeito e veneração, por seu notavel saber e senso juridico.

João das Regras, o Dr. João Mendes, o Dr. Ruy Fernandes, o Dr. Ruy Botto, o Licenciado Ruy da Graã, o Bacharel João Cotrim, Jorge de Cabedo, João Pinto Ribeiro, Domingos Antonio Portugal, Francisco Velasco de Gouveia, não querendo ir além do século xviii, são, dentre muitos outros, respeitaveis autoridades no Direito Portuguez, que não ficaram áquem dos autores estrangeiros, seus contemporaneos.

As leis portuguezas, se por vezes se emmaranharam, gerando confusão e corruptela no foro, tiveram nos juristas defensores e aperfeiçoadores indefessos e competentes. E se hoje olhamos para o passado como uma grande ruinação de institutos que já não podem vigorar, lembremo-nos do que disse CHATEAUBRIAND, tratando dos monumentos architectonicos: «As ruinas são escolas de moralidade entre as scenas da natureza: se se nos deparam num quadro, ahi fitamos exclusivamente os olhos; para lá nos estão sempre fugindo de tudo o mais. E porque não passariam as obras humanas, se o sol que as alumia ha de cahir da sua abo-



bada? Aquelle que o collocou no céo, é o unico Soberano, cujo imperio não conhece ruinas.» (10)

Ora, pêlos monumentos que nos deixou a jurisprudencia de Portugal, pelas leis extravagantes e pela Ordenações do Reino, que passaram para o Brasil com força obrigatoria, bem podemos aquilatar o engenho e a sabedoria dos velhos mestres lusitanos. Ainda hoje são repetidas entre nós as lições de PEREIRA E SOUSA, CORREA TELLES, GOUVEIA PINTO, BORGES CARNEIRO, ALMEIDA E SOUZA, VELASCO, PORTUGAL, CABEDO e muitos outros, como se as haurissemos dos nossos escriptores nacionaes. É que não ha temeridade em affirmar que, se o Brasil em muitas de suas instituições não parece oriundo de Portugal, conserva, com a lingua e as crenças religiosas, as tradições do direito da antiga metropole.

É certo que no Brasil nenhuma literatura se avanta a jurídica, tanto na excellencia dos trabalhos quanto no já notavel catalogo das obras publicadas; e por isso mesmo que não temos codigo civil e se faz sentir a cada passo sua necessidade, os nossos melhores talentos se têm dedicado á carinhosa cultura desse departamneto do direito.

As obras de TEIXEIRA DE FREITAS, LAFAYETTE, CARLOS DE CARVALHO, LACERDA DE ALMEIDA, CLOVIS BEVILAQUA, TRIGO DE LOUREIRO, REBOUÇAS, RIBAS, DIDIMO DA VEIGA, ALENCAR ARARIPE, FELICIO DOS SANTOS, COELHO RODRIGUES, CANDIDO MENDES, NOGUEIRA ITAGYBA, e muitos outros; as constantes publicações em nossas mais acreditadas revistas de direito e os trabalhos das commissões encarregadas de dar parecer sobre o *Projecto — Clovis*, — tudo isso demonstra a pujança dos nossos civilistas e a invejavel somma de illustração que os põe em destaque, mesmo confrontados com os mais distinctos jurisconsultos estrangeiros.

Apresenta-se agora na liça o DR. EDUARDO ESPINOLA,

(10) *O Genio do Christianismo* — Trad. de Castello Branco.



que já em 1898 dotara a nossa literatura com a excellente traducção da obra — *Filosofia del diritto Privato* de PIETRO GOGLILO, que autorizou e approvou a referida traducção.

Seu novo trabalho — *Systema do Direito Civil Brasileiro* — é notavel e, publicados os cinco volumes que o compõem, pairará acima de qualquer duvida a convicção de que não foi ainda publicado neste genero, entre nós, trabalho que o exceda, se é que algum como o *Systema* sahi dos prélos nacionaes, ou foi escripto por autor brasileiro.

O primeiro volume, o unico que nos foi dado manusear, justifica a bem fundada esperanza de lhe serem equivalentes em merecimento os que vierem depois; e tal esperanza mais se aviva apreciando-se o difficil e escabroso assumpto já estudado, em sua variedade e abundancia, e a proficiencia que em todo elle mostra a cada passo o seu operoso autor.

Desde a *Parte Gcral*, que trata do — *direito e suas divisões*, — pôde-se notar o cuidado e o criterio com que, analysando as differentes theorias e os conceitos dos civilistas, especialmente os allemães e os italianos, mostra sua opinião, explicando-a, justificando-a; e se nem sempre convence é que nas discussões juridicas perceberemos muitas vezes a justeza do proloquio — *quot capita tot sententiæ*.

A noção do direito objectivo e subjectivo; o estudo minucioso das fontes do direito objectivo — *a lei* — fonte immediata — e as fontes mediatas — os *costumes*, os *principios geraes do direito*, o *direito romano*, e o *direito das nações cultas*; — o estudo da *interpretação* do direito objectivo; a conscienciosa exposição das doutrinas sobre a *retroactividade e irretroactividade das leis* e sobre a *thcoria do direito internacional privado* e suas *aplicações* especializando o *systema do direito positivo brasileiro*; a explanação criteriosa do direito subjectivo e de seus elementos — o *sujeito*, o *objecto*, o *facto juridico* e a *garantia*, não escapando á analyse questão alguma de relevancia e até notando-se cuidado em não esquecer particularidades secun-

darias: esse elenco das materias do primeiro volume é sufficiente para convencer de que muito estudo, applicação, illustração juridica e criterio presidiram a sua elaboração com felicidade levada a effeito.

Occupando-se no § 3.º das *Noções Fundamentaes* com o direito objectivo e o direito subjectivo, algumas duvidas se podiam suscitar sobre o conceito que em relação aos mesmos externa, particularmente sobre o direito *subjectivo*; mas o estudo da *Parte Segunda* desfaz qualquer difficuldade, deixando a todos uma noção clara sobre o assumpto.

Na verdade, a noção de IHERING «direito, no sentido subjectivo, é a applicação concreta da regra abstracta á faculdade de agir» não pode convir ao conceito do autor que considera o direito subjectivo — «a faculdade de agir dentro dos limites traçados pelas normas do direito objectivo.»

O asserto de IHERING, com a venia devida a tão notavel autoridade, parece confundir a faculdade de agir com o exercicio da mesma conforme ao direito — regra —. Mas, se a faculdade não se confunde com a lei, como a lingua não se confunde com a grammatica e, na phrase de DERNBURG, o direito objectivo está para o subjectivo como a grammatica está para a lingua, é incontestavel que a faculdade — o direito subjectivo — precede necessariamente o objectivo — que é a lei que o regulamenta.

As lições do autor sobre o direito objectivo e suas fontes, particularmente em relação á lei e sua formação e no attinente aos costumes, revelam a maior competencia. Afastando-se da opinião do CONS. CANDIDO DE OLIVEIRA, affirmando que o costume, para prevalecer no direito civil brasileiro, deverá ser alegado e provado, porque o costume é verdadeiramente um facto, entende o autor que «as leis entre nós em vigôr consideram o costume como um direito e não como um facto e determinam ao juiz: «Quando algum caso fôr trazido em pratica que seja determinado por alguma lei, estylo ou costume, longamente usado e tal que por direito se deva guardar, seja por elles julgado sem

embargo do que as leis imperiaes (direito romano) ácerca do dito caso em outra maneira dispõem; porque, onde a lei, estylo ou *costume* dispõem, cessem todas as outras leis e direitos (Ord. do Liv. 3.º, Tit. LXIV — *in princ.*).» E commentando o Reg. Commercial, n. 737 de 25 de Novembro de 1850, art. 218, e a Ord. do Liv. 3.º, Tit. LIII, § 8.º —, nos quaes firma o CONS. CANDIDO DE OLIVEIRA sua argumentação, convence, parece-nos, que sua opinião é a mais accetivel.

Do mesmo modo, porque se occupa com o direito objectivo sob os diversos aspectos a que se presta para o estudo, o autor se desempenha com galhardia da tarefa referente ao direito subjectivo e seus elementos.

Mas, as palavras que aqui deixamos e que são devidas á amistosa cortezia do DR. EDUARDO ESPINOLA não têm absolutamente pretensão a critica; a tanto não dá jus nosso cabedal por demais escasso. A critica é sempre eriçada de escolhos; e entrando no departamento do Direito, surgem tamanhos embarços que só pode vencêl-os a dialectica dos mestres abalisados.

Não são tambem descabidas e futeis louvamínhas os nossos conceitos em relação ao merito desta obra. Amizade, que tem suas raizes na sinceridade, que é sempre nobre, repudia por indigna a lisonja, que é mesquinha, mesmo quando procura engrandecer.

De todo o trabalho do DR. ESPINOLA, não poderei dar noticia; e deste primeiro volume, que me foi dado lêr, repito que encerra mais que alviçareiras promessas uma brilhante realidade, e os que o manusearem dirão depois se houve exaggero em minha desprerenciosa opinião.

Parabens ao DR. EDUARDO ESPINOLA, joven e proveccto professor na Faculdade Livre de Direito da Bahia, por sua magnifica estreia em trabalho original; parabens á literatura brasileira por mais uma jóia de valor que entra para o seu invejavel cofre.

Bahia — Maio de 1908.

Filinto Bastos.



PROEMIO

(da 1.^a edição)

Systema do Direito Civil Brasileiro! Audaciosa tentativa para quem se apresenta sem as credenciaes do estylo! Tambem não é intenção do auctor produzir um trabalho em que o direito patrio figure como um todo systematico e perfeito: difficilmente conseguiria este objectivo a mais rica phantasia. Cinco annos de magisterio na Faculdade Livre de Direito da Bahia convenceram-no das difficuldades que encontram os que se dedicam ao estudo das Sciencias Juridicas entre nós, quando têm de considerar a parte importantissima que se refere ás relações do direito privado commum. O fim desta obra é, pois, expôr os preceitos do direito civil patrio, á luz dos principios doutrinarios, devidos á prodigiosa elaboração scientifica dos povos cultos modernos, comparando-os tambem com as innovações que pretende introduzir o Projecto Bevilaqua. Verdade é que na litteratura juridica brasileira já existem trabalhos de merito real, no campo da theoria do direito civil: os de Lafayette, Clovis Bevilaqua, Lacerda de Almeida; e muito lhes



deve a presente obra. Apesar disso, porém, nota-se a falta de um tratado, em que sejam contemplados em ordem methodica, systematica, todos os institutos de direito civil, mostrando os pontos em que se differençam e os que os levam a constituir uma disciplina unica. A parte, que forma o objecto do primeiro volume, que ora se publica, foi anteriormente estudada pelo Cons. Ribas em seu *Curso de Direito Civil Brasileiro*. (*) Não desconhecendo o valor do livro do distincto jurista, que muito se inspirou nas doutrinas allemãs, especialmente no preciosissimo *System* de Savigny, forçoso é reconhecer que alli a preocupação do elemento historico de alguma sorte prejudica as considerações de ordem philosophica e social; além disso, de então para cá foi substancialmente alterado o regimen constitucional brasileiro e, por consequente, os principios concernentes ao direito civil objectivo.

A classificação adoptada neste *Systema* foi a da escola allemã e na ordem seguinte:

Volume Primeiro — Introducção e Parte Geral.

Volume Segundo — Obrigações.

Volume Terceiro — Direitos reaes.

Volume Quarto — Direitos da Família.

Volume Quinto — Successões.

A razão da preferencia por esta ordem na Parte Espe-

(*) Já se achava completamente impresso o presente volume, quando, por especial obsequio do distincto jurista philosopho Dr. Almachio Diniz, me foi facultado ler o precioso livro do Dr. Clovis Bevilacqua — *Theoria Geral do Direito Civil*, que acaba de ser publicado e que, por esse motivo, não poude ser aproveitado na confecção deste trabalho.



cial encontrará o leitor no § 3.º do Capitulo I da Parte Segunda do presente volume.

A natureza deste *Tratado* impõe ao seu auctor o dever de não implorar condescendencia: embora não se destine aos Mestres e sim unicamente aos alumnos das Faculdades Juridicas, é claro que as incorrecções e deficiencias muito prejudicarão a aquelles que, em livros como o actual, procuram adquirir o conhecimento perfeito da respectiva disciplina. Agradece, portanto, o auctor a todos os leitores que, apontando as falhas e defeitos do livro, concorram para que, de modo proveitoso, corresponda ao fim a que se destina: oxalá perdesse elle em originalidade, que porventura tenha, o que adquirisse em verdade e em precisão scientifica! Quanto ás criticas ineptas dos incapazes de qualquer esforço, uma vez que não fornecem contribuição de utilidade, serão inteiramente desattendidas.

É com a maior satisfação que se agradece ao illustre Mestre, Ex.^{mo} Snr. Conselheiro Filinto Bastos, integro magistrado e eminente Professor de Direito, o concurso de sua animação e de seus proveitosos conselhos, bem como o brilhante *Prefacio*, com que gentilmente se dignou honrar este livro.

Egualmente justos são os agradecimentos que vão aqui patenteados ao joven e talentoso collega Dr. Descartes Drummond de Magalhães, por seu valioso auxilio, organizando o Indice Alphabetico-Analytico, que se encontra no fim do volume, e revendo, com proficiente cuidado, as provas typographicas.

Bahia, Julho de 1908.

© Auctor.



SOBRE A 2.^a EDIÇÃO

Desde 1912 estava esgotada a primeira edição deste volume. O acolhimento, que recebeu dos professores e alunos das Faculdades Jurídicas do Brasil, é a cabal demonstração de que se não illudira o auctor em seus intuitos. Publicado o Código Civil Brasileiro, foi, por se lhe adaptar, inteiramente refundida a Parte Geral do «Systema». Os demais volumes, no prélo e em elaboração, expõem a doutrina do nosso Código Civil, com apreciações críticas e tendo sempre em vista a origem e evolução dos institutos, bem como os ensinamentos da legislação comparada. Teve o auctor necessidade de acrescentar um volume sobre Contractos, ante o desenvolvimento que deu á theoria das Obrigações, de sorte que ficará a obra completa em seis volumes.

Janeiro de 1916.



INDICE SYSTEMATICO

INTRODUCCÃO

O direito civil brasileiro; tentativas de sua codificação	3
I. Projecto Teixeira de Freitas	9
II. Projecto Nabuco de Araujo	12
III. Projecto Felicio dos Santos.	13
IV. Projecto Coelho Rodrigues.	15
V. Projecto Bevilaqua	16

PÄRTE GERAL

NOÇÖES FUNDAMENTÄES

Do direito e suas divisões

§ 1.º <i>Do direito em geral.</i>	23
Direito e moral	27
§ 2.º <i>Direito publico e direito privado</i>	34
Subdivisões do direito publico e do direito privado.	43
§ 3.º <i>Direito objectivo e direito subjectivo.</i>	46



PARTE PRIMEIRA

Do direito objectivo

CAPITULO I

DO DIREITO OBJECTIVO E SUAS FONTES

§ 1.º <i>Das fontes do direito objectivo.</i>	53
Fonte immediata e fontes mediatas	57
§ 2.º <i>Da fonte immediata — A LEI.</i>	62
I. Da formação da lei	65
Elaboração	65
Sanção	66
Promulgação	67
Publicação	69
Da obrigatoriedade da lei.	72
Da abrogação, da derogação, da obrogação e da subrogação da lei	76
Dos regulamentos e dos decretos.	78
Da autonomia (<i>Autonomie</i>)	78
Dos avisos, das circulares e decisões ministeriaes. . .	81
II. As varias especies de leis.	81
Leis coactivas e leis não coactivas	82
Das leis coactivas ou absolutas (<i>jus cogens</i>).	84
Leis imperativas, prohibitivas, permissivas, puniti- vas	84
<i>Leges perfectæ, minus quam perfectæ, imperfectæ.</i>	85
Das leis não coativas	87
Leis subsidiarias, integrantes ou suppletivas e leis hypotheticas ou auctorisantes	87
Leis communs e leis espciaes	89
Leis geraes e leis particulares	89
Leis substantivas ou theoricas e adjectivas ou de processo.	89

Singularidades do direito ou anomalias historicas	92
Do privilegio	93
III. Dos actos que constituem a legislação civil brasileira.	94
Das Ordenações do Reino e das Leis de Portugal.	95
Das Leis do Imperio.	97
Das Leis da Republica.	98
§ 3.º <i>Das fontes mediatas</i>	99
A) <i>Os costumes</i>	99
I. Natureza dos costumes e fundamento de sua força obrigatoria	106
Da <i>opinio necessitatis</i>	108
II. Requisitos dos costumes:	112
a) uso longo e constante.	114
b) convicção de sua juricidade.	116
Do erro e da clandestinidade no costume	117
Requisitos do direito patrio.	118
Da prova do costume juridico	119
A theoria do código de processo civil allemão, do austriaco e do direito patrio	122
III. Efficacia ou extensão da força juridica do costume.	123
Do costume <i>secundum legem</i> :	124
A <i>Gestattungstheorie</i>	124
O direito francês	125
O primeiro projecto do Código Civil Allemão.	127
Do costume <i>præter legem</i> :	128
O direito patrio.	129
Opinião de Géný.	130
Do costume <i>contra legem</i> :	130
A escola de Savigny e Puchta	132
O Código Civil Allemão	133
Da <i>desuetudo</i> e da <i>consuetudo abrogatoria</i>	136
Costumes coactivos e não coactivos, communs e especiaes, geraes e particulares	136
Da observancia (<i>Observanz</i>)	137



B) <i>Os principios geraes do direito.</i>	137
C) <i>O direito romano</i>	140
D) <i>O direito das nações cullas</i>	145

CAPITULO II

DA INTERPRETAÇÃO DO DIREITO OBJECTIVO

§ 1.º <i>Dos principios fundamentaes da interpretação.</i>	149
Interpretação grammatical e interpretação logica	152
Elemento historico e elemento systematico	161
§ 2.º <i>Da interpretação authentica e da interpretação doutrinaria</i>	162
Interpretação authentica legal e interpretação authentica usual	163
Lei interpretativa e lei nova.	165
Os trabalhos preparatorios da lei não constituem interpretação authentica	167
Da interpretação doutrinaria scientifica e da interpretação doutrinaria pratica	168
§ 3.º <i>Da integração das normas de direito. Da analogia legal e da analogia juridica</i>	180
Interpretação extensiva e interpretação restricta.	182
Os argumentos interpretativos: a <i>majori ad minus</i> , a <i>minori ad majus</i> e a <i>contrario sensu</i>	184
<i>Analogia legis e analogia juris</i>	185
A interpretação, no direito positivo brasileiro.	186

CAPITULO III

DO DIREITO OBJECTIVO CONSIDERADO EM RELAÇÃO AO TEMPO

§ 1.º <i>Dos limites do direito objectivo no tempo. Dos principios da retroactividade e da irretroactividade.</i>	189
---	-----



A irretroactividade não é principio absoluto.	192
Retroactividade justa e injusta	196
O principio da retroactividade.	197
Doutrina de Lásalle, Gabba, Landucci.	198
Theoria dos direitos adquiridos	200
Doutrina de Vareilles-Sommières e Planiol.	204
§ 2.º <i>Das applicações e das excepções</i>	209
Os direitos adquiridos se distinguem das simples espectativas e das faculdades de lei.	209
Definições dos direitos adquiridos	210
Direitos adquiridos <i>ex-lege</i> e em virtude de um facto voluntario.	212
Extensão da lei nova	212
As leis chamadas retroactivas e as interpretativas	213
Applicações em materia de capacidade	214
As obrigações e o direito transitorio.	217
Os direitos reaes.	217
Os direitos da familia	219
Os direitos successorios	220
A forma e a prova dos actos.	221
As leis retroactivas e a Constituição brasileira	221
Das excepções: leis interpretativas.	222
A irretroactividade das leis no Projecto Bevilacqua	224

CAPITULO IV

DO DIREITO OBJECTIVO CONSIDERADO EM RELAÇÃO AO ESPAÇO

§ 1.º <i>Theoria do direito internacional privado e suas applicações</i>	225
O principio da territorialidade das leis e a theoria dos estatutos.	229
Theoria da reciprocidade: o Codice Civil Francês	232
Theoria da personalidade do direito: Mancini, a escola italiana, o Codice Civil Italiano	233
A <i>communhão do direito</i> de Savigny.	234
Systema de Pillet.	235



Aplicações ao estado e capacidade das pessoas.	237
A lei do domicilio e a da nacionalidade.	238
As obrigações no direito internacional privado	239
A propriedade e os direitos reaes	242
As relações de familia.	243
As successões	246
A theoria do <i>retorno</i> ou da <i>devolução</i>	247
§ 2.º <i>Systema do direito positivo brasileiro</i>	249
Pimenta Bueno e Clovis Bevilaqua	250
Principios da legislação patria em materia de estado e capacidade das pessoas	251
Os bens	253
Os actos juridicos	254
As obrigações.	255
Os direitos reaes.	257
Os direitos da Familia.	258
As successões.	259

PARTE SEGUNDA

Do direito subjectivo

CAPITULO I

DO DIREITO SUBJECTIVO E SEUS ELEMENTOS

§ 1.º <i>Noção do direito subjectivo</i>	263
O poder ou o dominio da vontade (Windscheid) e o interesse (Ihering) no direito subjectivo.	264
Doutrina de Dernburg e Crome	269
<i>Relações juridicas</i> e institutos juridicos	270
§ 2.º <i>Dos elementos que constituem o direito civil subjectivo</i>	273
A) O sujeito	273
Existem direitos sem sujeito?	274
Sujeito do direito é a pessoa (natural ou juridica).	277
B) O objecto	279

C) O facto jurídico	280
D) A garantia (acção judicial civil)	281
§ 3.º <i>Das divisões do direito civil subjectivo</i>	282
Direitos relativos e direitos absolutos	283
Direitos patrimonias e não patrimonias	283
Direitos das obrigações, direitos reais, direitos sobre a propria pessoa, direitos da Familia, direitos de successão	284
Classificação dos direitos civis: necessidade de uma Parte Geral e ordem a seguir na Parte Especial.	285
A questão dos direitos sobre direitos.	286
§ 4.º <i>Systema do Codigo Civil Brasileiro</i>	289

CAPITULO II

DO SUJEITO DO DIREITO

§ 1.ª <i>Da pessoa natural</i>	291
A) <i>Personalidade humana e direitos personalissimos</i>	291
A pessoa: significação originaria e actual da expressão.	292
Direitos personalissimos e direitos sobre a propria pessoa.	293
Os <i>Direitos essenciaes da pessoa</i> pertencem á philosophia do direito ou á encyclopedia juridica.	295
Direitos sobre o corpo: não são direitos patrimonias. Opinião contraria de Vangerow	296
As partes separadas de um corpo vivo podem constituir objecto de direito de propriedade (Ihering, Dernburg, Hölder).	297
A commerciabilidade do cadaver e do feto.	297
Objecções contra os direitos sobre a propria pessoa.	300
A questão do suicidio e da automutilação	301
O direito ao nome.	304
O nome proprio e o patronymico.	305
O pseudonymo.	307



Os titulos nobiliarchicos e os brasões	308
Os direitos sobre coisas immateriaes ou incorporaeas.	308
Os direitos de auctor, os sobre as marcas industriaes e commerciaes, as cartas missivas, os retratos, etc., devem ser estudados na parte especial, destinada aos direitos reaes.	309
As theorias sobre o direito de auctor.	309
A doutrina de Kohler e de Luigi di Franco sobre as marcas industriaes e commerciaes.	310
A figura juridica da carta missiva e do retrato. . .	310
B) <i>Começo e fim da personalidade humana</i>	311
Requisitos para a existencia da pessoa natural. . .	314
Theoria do direito romano.	315
Fim da personalidade humana.	317
Abolição da morte civil.	317
A questão dos commorientes no direito romano e no direito moderno.	319
O projecto Bevilaqua	321
C) <i>Capacidade juridica e capacidade de agir</i>	322
D) <i>Estado civil do individuo</i>	326
1.º Estado das pessoas como partes da sociedade politica: nacionaes e estrangeiros	327
Acquisição, suspensão e perda da qualidade de cida- dão brasileiro.	328
O estrangeiro e a caução <i>judicatum solvi</i>	330
A Conferencia de Haya e o Projecto Bevilaqua . . .	331
2.º Estado da pessoa como parte da sociedade fami- liar.	332
I. Solteiros, casados e viuvos.	333
II. Conjuges, paes, filhos e parentes	333
Da filiação legitima	333
Da filiação natural	333
Do parentesco.	335
Da afinidade	336
Schemas de grãos de parentesco	337
3.º Estado da pessoa considerada em si mesma . . .	338

I. A idade	338
II. O sexo.	338
III. A saúde	338
IV. A consideração civil	338
E) <i>Domicilio e ausencia.</i>	344
Domicilio e residencia.	345
O domicilio como relação jurídica (direito francês e italiano).	346
Crítica de Planiol.	347
O domicilio como lugar onde se desenvolve a actividade da pessoa (direito allemão, direito português, direito patrio, Projecto Bevilacqua).	348
Vantagens praticas do domicilio	350
Domicilio geral e especial; necessario e voluntario	352
Unidade e falta de domicilio	356
Da ausencia; sua presumpção	357
Da abertura da successão provisoria.	360
Da successão definitiva do ausente com a propriedade resolvel	363
Efeitos da ausencia nas relações de familia	364
F) Actos do estado civil	366
a) Pessoas que figuram nos actos do estado civil	368
b) Redacção dos actos e extractos dos registros.	370
c) Publicidade e força probante dos registros.	371
d) Rectificações e annotações	371
Do registro de nascimentos	373
Do registro de casamentos	376
Do registro de obitos	377
§ 2.º <i>Da pessoa juridica</i>	380
A) Conceito e classificação das pessoas juridicas.	380
Systema da ficção (Savigny, Windscheid, Unger)	383
Crítica de Baudry-Lacantinerie et Houques Foucade e Vareilles-Sommières	385
Theorias de Ihering, Vareilles-Sommières, Bolze, Van den Heuvel e Visconde de Seabra.	387
Doutrina de Brinz e de Bekker.	389

Theoria de Planiol	239
A <i>Willenstheorie</i> (Zitelmann e Meurer).	391
As theorias realistas (T. de Freitas)	391
Os organicistas: Welcker, Schäffle, Bluntschli, Worms, Lilienfeld, De Marinis	392
O organicismo de Lacerda de Almeida	394
Escola realista de Gierke e Preuss	396
O realismo puro de Jellinek, Regelsberger e Amaro Cavalcanti	398
Dernburg e Giorgio Giorgi	402
Classificação das pessoas jurídicas	403
Pessoas de direito publico e pessoas de direito pri- vado	405
As de direito publico:	406
A União;	407
Os Estados;	408
Os Municípios;	408
Os Estados estrangeiros;	408
A Santa Sé	412
As de direito privado:	414
A corporação e a sociedade civil de fins religiosos, moraes, scientificos, artisticos, politicos ou de simplem recreio;	415
As sociedades civis (<i>lato sensu</i>);	416
As sociedades commerciaes;	421
As sociedades anonyms;	422
As fundações	424
A herança jacente.	429
A massa fallida	430
Da existencia da pessoa jurídica	431
As sociedades commerciaes; as civis.	434
As de fins não economicos	435
As anonyms e em commandita por acções	435
As fundações	436
Nacionalidade e domicilio das pessoas jurídicas	439
Fim da existencia das pessoas jurídicas	440

CAPITULO III

DO OBJECTO DO DIREITO

§ 1.º <i>Das relações jurídicas consideradas sob o ponto de vista do seu objecto. Dos bens e do patrimonio.</i>	447
O objecto das relações de familia	447
Os direitos da Familia, da personalidade, sobre a propria pessoa, bem como os politicos, não têm character patrimonial ou economico.	447
A palavra <i>bens</i> na Sciencia Economica e na terminologia juridica	447
Patrimonio e riqueza	448
Doutrina de Marshall e sua classificação de bens	450
As <i>coisas</i> como objecto de direito	452
Do patrimonio.	454
Direitos patrimoniaes: direitos reaes e direitos das obrigações.	455
Distincção entre os dois grupos no direito romano	456
Confusão doCodigo Francês	457
Pontos de distincção na doutrina moderna	458
§ 2.º <i>Da classificação dos bens:</i>	460
A) Dos bens considerados em sua propria natureza;	460
1.º Bens corporeos e bens incorporeos	460
2.º Bens moveis e bens immoveis	462
Bens moveis e suas especies.	463
Bens immoveis e suas especies	467
3.º Bens fungiveis e bens não fungiveis	473
4.º Bens consumiveis e bens não consumiveis.	475
5.º Bens divisiveis e bens indivisiveis	477
Indivisibilidade de facto e indivisibilidade juridica.	479
6.º Bens presentes e bens futuros.	480
B) Dos bens considerados em sua composição e em relação uns aos outros	481
Bens singulares e bens collectivos.	481
Bens singulares simples	481

Bens singulares compostos	482
Bens collectivos ou universalidade de bens	483
Universalidade de facto e universalidade de direito.	483
Bens principaes e bens accessorios.	485
As pertenças	485
Os fructos	486
Classificação dos fructos.	487
As bemfeitorias	488
Bens que estão no commercio e bens que estão fóra do commercio.	490
Bens apropriados e bens não apropriados (<i>res nul-</i> <i>lius</i>).	491
Bens publicos e bens privados	491
Bens pertencentes á União	492
Bens pertencentes aos Estados.	494
Bens pertencentes aos Municipios.	496
Atribuição dos bens particulares.	496
§ 3.º <i>Do bem de família.</i>	496

CAPITULO IV

DOS FACTOS JURIDICOS

§ 1.º <i>Da aquisição, modificação e perda dos direi-</i> <i>tos. Dos factos juridicos e suas especies.</i>	499
Nascimento e aquisição dos direitos	501
Da aquisição e sua causa ou titulo.	502
Acquisição originaria e derivada; gratuita e onerosa	502
Da modificação dos direitos: quanto ao conteúdo e quanto ao sujeito; da successão universal e da singular	504
Da perda dos direitos:	505
Da renuncia e da alienação.	506
Da classificação dos factos juridicos	507
§ 2.º <i>Dos actos juridicos e da declaração da von-</i> <i>tade:</i>	509
A) Noção e especies de actos juridicos	509



A vontade e a lei no conceito do acto juridico . . .	509
Theoria de Thon, Kohler e Lotmar	513
Theoria de Bruns e da maioria dos auctores . . .	514
Doutrinas intermediarias: Bulow, Hartmann, Regelsberger, Dernburg, Chironi e Abello, Brugi.	514
Actos juridicos <i>inter vivos e mortis causa</i>	519
Actos unilateraes e bilateraes	520
São os contractos os unicos actos bilateraes (Regelsberger, Windscheid, Dernburg, Crome); opinião contraria de Bekker, Gierke, Kuntze, Baron, Chironi e Abello.	521
Os contractos, que são sempre <i>actos juridicos bilateraes</i> , podem ser <i>contractos unilateraes</i> . . .	523
Actos onerosos e gratuitos.	523
B) Elementos essenciaes dos actos juridicos . . .	524
1.º A capacidade do agente	524
Incapacidade natural e incapacidade legal. . . .	525
Incapacidade de agir e incapacidade de dispôr . .	527
2.º Declaração da vontade feita de um modo valido (consentimento)	529
Da forma	530
Declaração expressa e declaração tacita (<i>facta concludentia</i> e puro silencio).	531
Declaração <i>formal</i> nos <i>actos solemnes</i>	534
Formalidades <i>ad pompam et solemnitatem</i> e <i>ad probationem tantum</i>	534
Distincção de Unger.	534
As formas legaes modernas	536
Divergencia entre a vontade <i>real</i> e a vontade <i>declarada</i>	538
a) Simulação propriamente dita.	538
Simulação absoluta e simulação relativa ou dissimulação	540
A simulação no Projecto Bevilaqua	540
Actos simulados, dissimulados e fiduciarios . . .	543
Effeitos da simulação em relação ás proprias partes.	543

Efeitos em relação a terceiros.	544
A simulação <i>in fraudem legis</i>	545
b) A reserva mental ou reticencia é uma simulação unilateral	545
c) A vontade declarada por gracejo (<i>ludendi gratia</i>).	546
Vícios do consentimento:	
a') Erro.	547
Erro e ignorancia	548
Erro essencial	549
O erro no Projecto Bevilacqua	549
Erro essencial sobre o objecto: <i>error</i> ou <i>dissensus in corpore</i> , <i>error in substantia</i> , e erro sobre as qualidades da coisa	550
Erro essencial sobre a pessoa	551
Erro sobre a identidade e erro sobre o nome do outro contraente	552
Erro sobre a causa	552
O erro essencial deve ser excusavel.	552
Erro de facto e erro de direito.	553
b') O dolo	554
<i>Dolus bonus</i> , <i>réclame</i>	554
Dolo principal (<i>causam dans</i>) e dolo accidental (<i>incidens</i>).	555
c') Violencia.	556
<i>Vis absoluta</i> e <i>vis compulsiva</i>	557
<i>Melus reverentialis</i>	558
A lesão	559
3.º <i>Conleúdo jurídico</i> . Causa	560
C) <i>Declaração da vontade e interpretação dos actos jurídicos</i>	561
A interpretação do acto jurídico é um processo parallelo ao da interpretação legal.	563
Interpretação grammatical e logica, <i>authentica</i> ou doutrinaria.	564
Regras de interpretação	565
D) <i>Representação e ratificação</i>	567



1.º Representação geral e especial	568
2.º Representação originaria e subsequente	569
3.º Representação immediata e mediata	569
4.º Representação convencional e legal	570
Responsabilidade do representante	571
Ratificação (<i>ratihabilitio</i>).	572
<i>Efeitos da ratificação:</i>	
1.º em relação ao declarante e ao agente;	572
2.º em relação a terceiros.	573
Tempo em que se pode ser feita a ratificação.	573
E) <i>Elementos accidentaes dos actos juridicos</i>	573
1.º <i>A condição</i>	575
<i>Condições improprias:</i>	
Condições meramente potestativas;	576
Condições impossiveis;	577
Condições que se referem a occorrencias passadas ou presentes;	578
Condições necessarias	578
<i>Condições proprias:</i>	
a) expressas e tacitas	579
b) affirmativas e negativas	579
c) casuacs, potestativas e mixtas	579
d) suspensivas e resolutivas	579
e) realisadas, pendentes e deficientes	581
2.º <i>O termo:</i>	582
a) expresso e tacito.	582
b) inicial e final.	582
c) certo e incerto	583
3.º <i>O modo.</i>	584
Modo e presupposição (<i>Windscheid</i>)	585
F) <i>Inexistencia e annullabilidade dos actos juridicos</i>	586
Actos nullos e annullaveis.	587
Invalidez absoluta e relativa; total e parcial; origi- naria e subsequente; sanavel e insanavel; inexis- tencia da annullabilidade.	587
Causas de inexistencia e de annullabilidade	588



§ 3.º <i>Dos actos de terceiros e da culpa propria. Do acaso e da força maior</i>	591
Actos illicitos e responsabilidade	592
Responsabilidade por facto proprio e responsabilidade por facto alheio.	593
Culpa.	594
Culpa e dolo	594
Culpa grave, leve, levissima.	594
Culpa contractual e aquiliana.	595
Culpa do titular	596
Acaso e força maior	597
Estado de necessidade	598
§ 4.º <i>Da influencia do tempo sobre os direitos.</i>	599
A) Dos prazos legaes e da data.	599
Casos de influencia do tempo (Grawien)	600
B) A prescripção.	602
Prescripção acquisitiva e prescripção extinctiva.	603
Decurso do tempo	607
Causas que suspendem a prescripção.	608
Causas que interrompem a prescripção	609
Effeitos da prescripção extinctiva	612

CAPITULO V

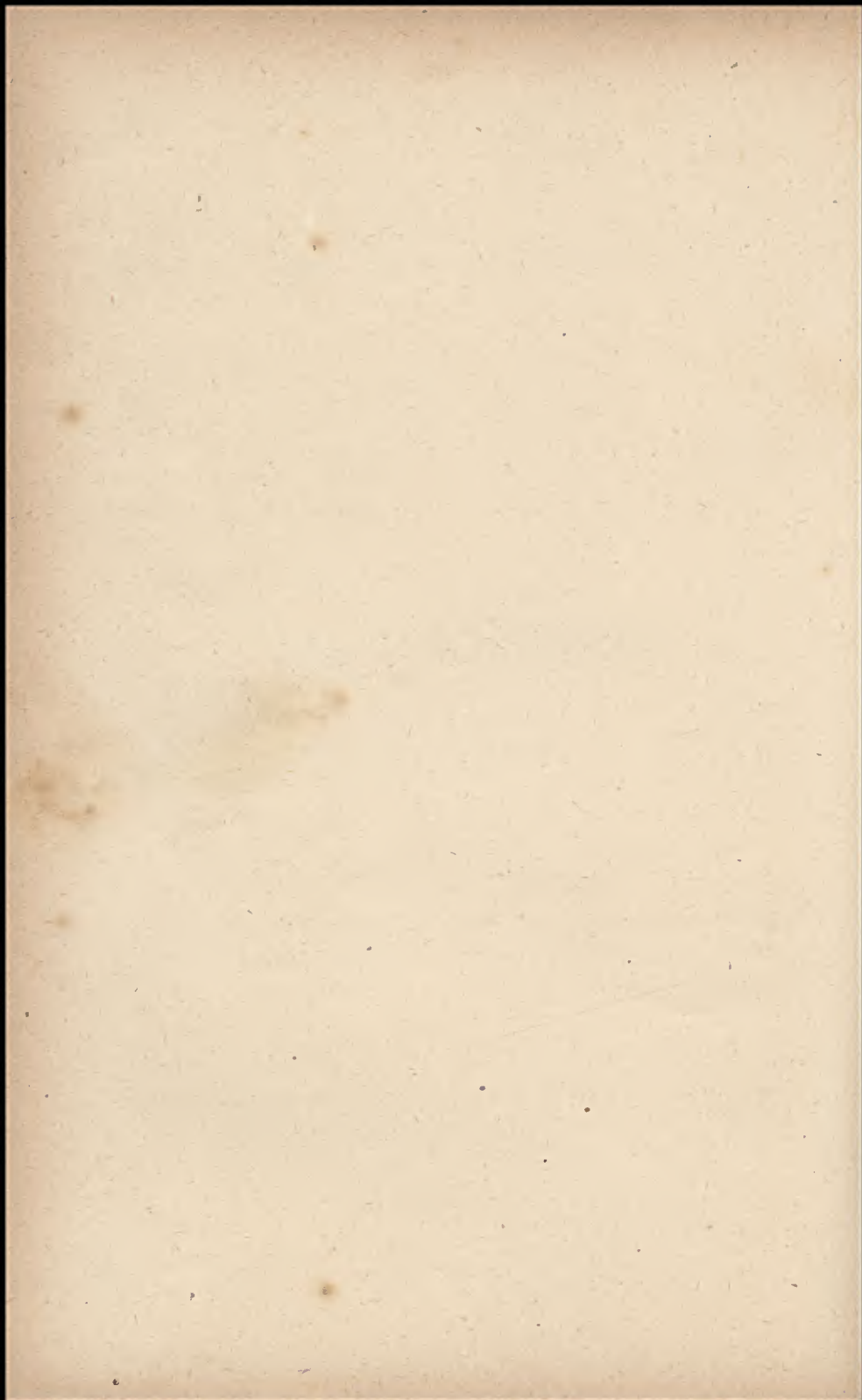
DA GARANTIA (ACÇÃO JUDICIAL CIVIL)

§ 1.º <i>Da acção e da excepção</i>	621
Defeza privada e acção.	622
Divisão das acções.	625
Defeza e excepção	629
§ 2.º <i>Da prova</i>	631
Onus da prova.	631
Meios de prova	632
Indice Alphabeticamente-Analytico	635



INTRODUCCÃO





INTRODUÇÃO

O direito civil brasileiro; tentativas de sua codificação

Não ha quem, por dever de officio ou por inclinação de espirito, se tenha dedicado até agora ao estudo do direito civil entre nós, e não reconheça as innumeradas dificuldades que se lhe apresentam a cada passo, quer proveham, em certos pontos, da deficiencia do nosso direito positivo, quer, em outros, do excesso de leis incompletas e contradictorias.

O manancial mais importante do direito civil objectivo vigente no Brasil é, ainda hoje, (*) constituido pelas Ordenações Philippinas. Ainda quando se considere injusto o juizo d'aquelles que declaram ser esta compilação — «desnecessaria, intempestiva e publicada com dolo, só para o fim de postergar e fazer esquecer certas leis, que se queriam supprimir», (1) ou «superflua e machinada por astutos e

* Em 1916. Esse estado de coisas cessará, com a vigencia do Codigo Civil brasileiro, em 1.º de Janeiro de 1917.

(1) Lei de 25 de Maio de 1773, § 2.º



- infieis compiladores», (2) em todo o caso forçoso é admittir que, si correspondia ás necessidades da epoca em que foi promulgada (3) e do país a que se destinava, é inteiramente inadequada ás condições e ás conveniencias actuaes da sociedade brasileira.

Tambem esta circumstancia não poude ser desconhecida logo que o Brasil se tornou independente. Assim foi que o legislador constituinte, adoptando provisoriamente como legislação do Imperio — «as ordenações, leis, regimentos, alvarás, decretos e resoluções promulgados pelos reis de Portugal e pelos quaes o Brasil se governara até o dia 25 de Abril de 1821», (4) declarou que isto succederia emquanto não se organisasse o novo codigo. Na Constituição jurada por D. Pedro I, a 25 de Março de 1824, (5) encontra-se a solemne promessa de um codigo civil e criminal, fundado nas solidas bases da justiça e da equidade. Entretanto, si o Codigo Criminal pouco se fez esperar, pois foi promulgado em 1830, muitos annos se passaram sem que, em relação ao Codigo Civil, se procurasse dar cumprimento á promessa constitucional, embora em 1850 fôsse codificada a parte especial do direito privado, que se refere aos commerciantes. (6)

(2) Lei de 25 de Janeiro de 1775. — Vide Ribas — «Curso de Direito Civil Brasileiro», vol. 1.º, 1880, pag. 113, nota 8.

(3) As Ordenações Philippinas foram publicadas por Alvará de 11 de Janeiro de 1603 e confirmadas pela lei de 29 de Janeiro de 1843. Vide a respeito a nota 66 do § 2.º, Cap. I da Parte Primeira.

(4) Lei de 20 de Outubro de 1823.

(5) Art. 179, § 18.

(6) «Codigo Commercial» publicado em 25 de Junho de 1850 (Lei n.º 556).



As relações communs continuaram a ser reguladas pela legislação anachronica, recebida da antiga metropole, com as modificações suggeridas pelas conveniencias do momento. D'ahi a falta de systematisação, a incongruencia que se nota em nosso direito civil e a necessidade urgente de sua codificação. (7)

É hoje vencedora em quasi todos os países cultos a idéa de que a codificação do direito, bem longe de prejudicar a sua formação e o seu desenvolvimento, apresenta-o de forma clara e precisa, como um todo systematico, cujas partes nada impede que sejam modificadas, sempre que o exijam as novas condições sociaes e a consciencia juridica popular. (8)

(7) Escreve C. Bevilaqua: "Si ha necessidade claramente accusada pela consciencia juridica entre nós é, creio eu, a da codificação das leis civis. Testimuhos irrecusaveis desse estado de espirito se nos deparam nos livros de doutrina que assignalam, deplorando, a dissonancia entre o instrumento legislativo de que se servem e a expansão scientifica que os deslumbra; na Jurisprudencia que se esforça por adaptar vetustos preceitos, creados por uma organização social diferente, a novas formas de relações juridicas; nas insistentes tentativas, por parte dos poderes publicos, de compendiar num todo systematico a legislação civil, tão vasta e tão complexa; na approvação geral com que têm os competentes secundado esses esforços, infelizmente até hoje infructiferos." (Proj. do Cod. Civ. Bras.—Observações, in princ.) C. de Carvalho—(Nova Consolidação—1899, pag. VIII) reconhece que "são actuaes as reflexões de Montezuma (Visconde de Jequitinhonha) em 1843 e de Carvalho Moreira (Barão de Penedo) em 1845" quando, presidindo o "Instituto da Ordem dos Advogados", diziam:—aquelle—"o país não tem legislação propria, tal o seu estado de confusão:"—este—"um tal systema, fundado nas necessidades da occasião facilmente se presta ao casuismo."

(8) Diz Bentham (Apud C. de Oliveira—"Legislação Comparada"—pag. 189, 1903): "A codificação tem duas classes de antagonistas:



É muito conhecida a celebre controversia a que assistiu a Allemanha, logo depois da publicação do Codigo Civil Francês em 1804, ao qual se seguiu o Codigo Civil Austriaco de 1811, quando appareceu o opusculo de Thibaut — *Ueber die Notwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland* — em 1814, (9) a que respondeu Savigny com um notavel escripto — *Ueber den Beruf unserer Zeit für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung*, (10) onde o eminente romanista desenvolveu de modo admiravel as idéas da escola historica, da qual se constituiu chefe e incansavel defensor. Muitos são, inquestionavelmente, os serviços prestados por esta escola á sciencia do direito, mas sua opposição á theoria, então dominante, de que o direito não era mais que a vontade do legislador, levou-a ao excesso opposto de desconhecer a importancia que, na confecção do direito positivo, cabe á intelligencia humana. (11)

os impostores e os tolos. Com um bom Codigo Civil reduz-se extraordinariamente o numero de questões; ao passo que com uma lei conjectural, fundada sobre precedentes, tudo é duvidoso. O advogado e o juiz encontram nesse systema larga porta para o arbitrio.” Vide tambem no “Jornal do Commercio” de 25 de Dezembro de 1915 a bella “Synthese do Codigo Civil”, devida á penna do eximio jurista Dr. Paulo de Lacerda.

(9) O illustre escriptor aconselhava aos bons cidadãos que se reunissem, afim de se fazer desaparecer da Allemanha a influencia da legislação franceza, mostrando a vantagem de se uniformizar o direito civil allemão, como bem o indica o titulo de sua obra — “*Sobre a necessidade de um direito civil commum para a Allemanha.*”

(10) Savigny, no mesmo anno (1814), oppoz ao escripto de Thibaut o seu indicado no texto e cuja traducção é: “Sobre a vocação de nosso tempo para a jurisprudencia e para a legislação.”

(11) Escreve muito bem Cogliolo (Philosophia do Direito, trad. de E. Espinola, pag. 41): “O racionalismo passado, que resumia o *ser*



O tempo veio mostrar que a razão se achava do lado de Thibaut, e o seculo XIX viu se codificar o direito civil de quasi todos os povos civilisados; a propria Allemanha teve em 1896 o seu «Bürgerliches Gesetzbuch» (12) que entrou

no pensar, fazia todas as nossas instituições derivadas da razão; a escola historica se lhe oppoz vigorosamente, derivando-as da *consciencia popular*, mas exaggerou este conceito por querer *naturalizal-o* de mais e considerar sempre o direito como um producto espontaneo e immediato da vida de uma nação. Mas a observação dos factos, isenta de preconceitos, indica que em ambos os systemas ha uma parte de verdade: a consciencia popular, com effeito, faz sentir as necessidades e presentir sua satisfação possivel, mas a norma, que se destina a este fim, é pensada e formulada pela mente humana. No direito entram, portanto, dois elementos de igual importancia, isto é—um natural e o outro logico,—a sociedade e o raciocinio,—as necessidades da vida e a força intellectual do homem.»

(12) O Codigo Civil Allemão (Bürgerliches Gesetzbuch) foi promulgado em 18 de Agosto de 1896. Depois da unificação politica dos Estados da Allemanha, brilhante complemento de suas victorias na Guerra franco-prussiana, mais instantemente se sentiu a necessidade de uma legislação civil uniforme; *der nationale Gedanke gewann immer grössere Kraft*, como diz Planck (Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, erläutert vom Dr. Planck, vol. 1.º, 1903, pag. 5). Com effeito, em 8 de Fevereiro de 1874 foi nomeada uma commissão composta de cinco membros, para estabelecer o plano e o methodo dos trabalhos preparatorios de um projecto de Codigo Civil. Approvados os trabalhos desta pre-commissão em 22 de Junho do mesmo anno, foi a 2 de Julho seguinte nomeada uma commissão de onze membros, encarregada da elaboração do projecto. Desta commissão fizeram parte Pape, Derscheid, Gebhard, Iohow, Kübel, Kurlbaum, Planck, Roth, Schmitt, Weber e Windscheid, sendo presidente o primeiro. Windscheid, que representava o elemento romanista contra o germanista Roth, despediu-se da commissão em 1883 sem que fôsse preenchida sua vaga. Os trabalhos desta commissão duraram treze annos, tendo sido retardado o projecto parcial sobre o direito das Obrigações com a molestia e depois a morte do Dr. Kübel, que occorreu a 5 de Janeiro de 1884. A 27 de Dezembro de 1887 foi apresentado o projecto e publicado

em vigor em 1.º de Janeiro de 1900 e que com Giorgio Giorgi «pode dizer-se o acto legislativo mais notavel do seculo passado sobre o direito privado.» (13)

Tambem a Suissa teve a 10 de Dezembro de 1907 o seu Codigo Civil, o qual entrou em vigor a 1.º de Janeiro de 1912 e tem encontrado os mais francos applausos dos juristas de todos os países.

Entre nós desde muito tempo se fazia sentir a falta de codificação do direito civil. À parte alguns raros discólos, a opinião geral do país a reclamava com insistencia e por isso, desde os tempos monarchicos, varias fôram as tentativas para se dar ao Brasil um Codigo que lhe regule as relações de direito privado. Cinco empreendimen-

com os seus motivos. Muitas foram as criticas que soffreu e de todos os lados surgiram contribuições valiosas para expurgal-o de defeitos. Brillhante se tornou então a discussão travada entre os juriconsultos mais notaveis, sendo dignos de menção os trabalhos de Gierké — «Der Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht», 1888 e de Bähr — «Gegenentwurf zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich», 1892. Deante disso foi a 4 de Dezembro de 1890 nomeada outra commissão extra-parlamentar, composta de 24 membros, para revêr o projecto. Da primeira commissão continuaram nesta — Planck e Gebhard, além de Mandry e Rûger que tinham substituído a Kübel (1884) e Weber (1888). O novo projecto ficou concluído em Junho de 1895 e foi apresentado ao Reichstag em 17 de Janeiro de 1896. Este segundo projecto foi submettido a uma commissão parlamentar composta de 21 membros, discutido em 3 leituras no Parlamento e enfim promulgado a 18 de Agosto do mesmo anno. Vide a respeito — Planck — Op. cit., vol. 1.º, Einleitung, pags. 4 — 17; Hölder — Kommentar zum allgemeinen Theil des bürgerlichen Gesetzbuchs, vol. 1.º, 1900, pags. 1 — 15; Raoul de la Grasserie — Code Civil allemand, 1897, pags. XVII — XXIII.

(13) Giorgio Giorgi — Teoria delle Obbligazioni, vol. 1.º, 6.ª ed. 1903, pag. VII.



tos (14) desta natureza devem ser aqui indicados; do ultimo resultou o Codigo Civil Brasileiro, promulgado a 1.º de Janeiro de 1916 e em vigor a partir de 1.º de Janeiro de 1917.

1. PROJECTO TEIXEIRA DE FREITAS

Só a 22 de Dezembro de 1858 foi o Ministro e Secretario de Estado dos Negocios da Justiça (15) auctorisado a contractar, com um jurisconsulto de sua escolha, a confecção do Projecto do Codigo Civil para o Imperio do Brasil. Foi escolhido o eminente civilista Dr. Augusto Teixeira de Freitas, que com o Governo celebrou o contracto de 11 de Janeiro de 1859. (16) Como diz C. de Oliveira, (17) «o preferido era—*the right man in the right place.*»

(14) Não devem entrar nessa conta, como bem pondera Clovis Bevilacqua, (loc. cit., pag. 6) o plano de Cardoso da Costa que, no dizer de Teixeira de Freitas, é «um desses desvios, em que soem cair os que abusam de seus talentos por amor á novidade» e o fragmento offerecido a D. Pedro II pelo Visconde de Seabra, confeccionador do Codigo Civil Português. O fragmento apresentava apenas um titulo preliminar e uma primeira parte dedicada á capacidade civil e seu exercicio, promettendo ser, diz Bevilacqua, uma variante do codigo lusitano. Interessante é que o Visconde de Seabra, contando com a opposição que porventura provocaria sua qualidade de estrangeiro, apressou-se em se declarar natural do Rio de Janeiro e cadete honorario do antigo regimento de cavallaria de Minas Geraes. Vide C. Bevilacqua — loc. cit., nota 2.ª.

(15) Era então titular desta pasta o Cons. José Thomaz Nabuco de Araujo, o qual já em 1851 recusara o convite que lhe foi feito para se incumbir do preparo do Projecto do Codigo Civil.

(16) Dec. n. 2337.

(17) Legislação comparada, pag. 202.

Encarregando-se anteriormente (em 1855) de consolidar o direito civil brasileiro, Teixeira de Freitas apresentara em 1858 o seu trabalho e tão gallardamente se sahiu da empreza que desde logo se firmou a sua reputação de jurista genial. A Introducção á «Consolidação das Leis Civis» é, como observa Sylvio Roméro, (18) um dos pontos culminantes do pensamento theorico entre nós, na esphera do direito; é sua obra a mais importante contribuição para o estudo do direito civil brasileiro, que nos legou o Imperio; «solida construcção de sciencia e de direito pratico», (19) constituiu este vasto repositorio o verdadeiro ponto de partida para a codificação do nosso direito civil.

Ainda assim, arduo foi o trabalho, que, no desempenho deste encargo, teve o eminente jurisconsulto: procurou primeiramente fazer um esboço completo de toda a materia, para d'ahi extrahir depois o projecto definitivo do Codigo. Já bem adiantado se achava este esboço colossal, «edificio de grandes proporções (4.908 artigos) e de extraordinaria solidez, talhado sobre a rocha dos bons principios pela mão vigorosa de um artista superior», (20) quando, compenetrado da necessidade de alterar profundamente todo o seu plano, se dirigiu ao Ministro da Justiça, (21) propondo a elaboração de um «Codigo Gerab», comprehendendo dois

(18) Parecer da Comissão Especial da Camara dos Deputados — Considerações preliminares.

(19) Exposição de motivos do Ministro do Interior Dr. Epitacio Pessoa, em 10 de Novembro de 1900.

(20) C. Bevilaqua — loc. cit.

(21) Era então Ministro da Justiça o Cons. Martim Francisco Ribeiro de Andrade.

livros — o primeiro sobre as causas jurídicas e o segundo sobre os efeitos jurídicos — e um Código Civil sobre: 1.º os efeitos civis; 2.º os direitos pessoaes; 3.º os direitos reaes. Declarara então Teixeira de Freitas que, não sendo acceto o seu plano, se limitaria á publicação do complemento do Esboço, exonerando-se de todas as demais obrigações do contracto. Apesar do parecer favoravel da secção de justiça do Conselho de Estado, (22) não foi acceita a proposta, rescindindo-se o contracto.

Escreve Clovis Bevilacqua: (23) «É uma pagina dolorosa, a mais dolorosa da historia intellectual da jurisprudencia brasileira, essa em que o sabio jurista renega e despedaça todo o seu trabalho anterior, sacrificando-o, com a heroica abnegação de um estoico, ao que elle julgava a verdade scientifica.» (24) Embora não se convertesse em lei, o Esboço veio a constituir uma das producções de mais valor da jurisprudencia brasileira e nelle mui largamente se inspirou o Código Civil Argentino. Era a seguinte a distribuição das materias: Título Preliminar — Do logar e do tempo; Parte Geral — Dos elementos dos direitos: pessoas, cousas, factos; Parte Especial — I. Dos direitos pessoaes: direitos pessoaes em geral, direitos pessoaes nas relações de familia, direitos pessoaes nas relações civis; — II. Dos di-

(22) Foi relator o Cons. Nabuco de Araujo e votos foram os Cons. Torres Homem e Visconde de Jequitinhonha.

(23) Loc. cit.

(24) Tinha a data de 20 de Setembro de 1867 o officio dirigido ao Ministro por Teixeira de Freitas. Ass'm, trabalhara incessantemente por oito annos, chegando á convicção de que era preciso recommear sob um outro plano.



reitos reaes: direitos reaes em geral, direitos reaes sobre cousas proprias, direitos reaes sobre cousas alheias; — III. Disposições communs aos direitos reaes e pessoas: herança, concurso de credores, prescripção. (25)

II. PROJECTO NABUCO DE ARAUJO

Em 3 de Dezembro de 1872 celebrou o Governo segundo contracto com o Cons. Nabuco de Araujo para a confecção do projecto do Codigo Civil. O notavel estadista, embora não abandonasse suas funcções politicas, dedicou-se á obra scientifica, de que fôra encarregado, até 1878, quando veiu a fallecer. Escreveu então o Cons. Lafayette: «O Cons. de Estado José Thomaz Nabuco de Araujo havia preparado vasto e rico material para a elaboração do codigo civil, de que, por uma escolha, que amplamente justificavam os seus grandes talentos e immensa erudição juridica, — se achava encarregado. Mas, mal o eminente jurisconsulto começára a pôr por escripto os resultados de seus longos e profundos estudos, surprehendeu-o a morte e mais uma vez frustrou-se a esperanza de termos tão cedo o codigo civil, que a Constituição promettera e cuja organização é uma necessidade urgente.» (26)

(25) Victima, sem duvida, do trabalho excessivo a que consagrou todas as energias de seu talento peregrino, teve nos ultimos annos de sua existencia abaladas as faculdades intellectuaes o grande mestre.

(26) Relatorio apresentado á Assembleia Geral Legislativa na sessão de 1878, pelo Ministro e Secretario de Estado dos Negocios da Justiça — Lafayette Rodrigues Pereira. (Apud. C. de Oliveira, op. cit., cujas lecções devem ser consultadas sobre toda esta parte).



Da obra de Nabuco de Araujo estavam definitivamente redigidos 118 artigos do titulo preliminar, que constava de quatro capitulos, existindo ainda, sem redacção ultima, 182 artigos do livro I, titulo I da parte geral. Muitas são as referencias ali feitas ao Esboço de Teixeira de Freitas.

III. PROJECTO FELICIO DOS SANTOS

Nesse mesmo anno (1878) offereceu-se ao Governo o Dr. Joaquim Felicio dos Santos, para continuar a empreza interrompida e tres annos depois apresentou um extenso trabalho, contendo 2692 artigos, sob o titulo — *Apointamentos para o Projecto do Codigo Civil Brasileiro*. Dividia-se em: 1.º — um «Titulo Preliminar», que dispunha sobre a publicação, effeitos e applicação das leis em geral; 2.º — uma «Parte Geral», subdividida em 3 livros, que se occupavam respectivamente das pessoas em geral, das cousas em geral e dos actos juridicos em geral; 3.º — uma «Parte Especial», que em seus tres livros tractava das pessoas, das cousas e dos actos juridicos em particular. Nomeada uma commissão (27) para emittir parecer sobre os *Apointamentos*, reconheceu «a vantagem de serem acceitos como base para uma revisão ulterior.» A 27 de Setembro do mesmo anno a commissão opinava que: «tendo os *Apointamentos para o Projecto do Codigo Civil Brasileiro* subido

(27) Faziam parte desta commissão os Drs. Lafayette Rodrigues Pereira, Antonio Joaquim Ribas, Francisco Justino de Andrade, Antonio Coelho Rodrigues e Antonio Ferreira Vianna, sendo presidente o primeiro.



merito, como trabalho preparatorio, podia o seu auctor, re-tocando-os com arte, apparellhar um Projecto em condições de franca revisão».

O governo pouco depois resolveu converter a commissão revisora em commissão permanente para elaborar um projecto definitivo, nomeando para tambem fazer parte da mesma o Dr. Felicio dos Santos.

Em 1882 retiraram-se dois membros da commissão, cujos logares não foram preenchidos, dando igualmente sua demissão o Dr. Felicio dos Santos, o qual, entretanto, apresentou á Camara dos Deputados, a 16 de Março do mesmo anno, um Projecto do Codigo Civil. Sobre esse trabalho a Camara não se pronunciou, assim como tambem nenhum projecto apresentou a commissão permanente, que foi dissolvida em 1886. O gabinete de 7 de Junho de 1889, presidido pelo Visconde de Ouro Preto, preoccupou-se com a elaboração urgente do Codigo Civil e assim em 1.º de Julho foi nomeada para esse effeito uma commissão de sete membros. (28) Trabalhava regularmente, quando sobreveiu a Republica, ficando ainda desta vez malograda a tentativa de codificação.

(28) Eram membros desta commissão: o Senador Dantas — como presidente, — Aquino e Castro, Affonso Penna, Silva Costa, Coelho Rodrigues, Candido de Oliveira e Barão de Sobral.



IV. PROJECTO COELHO RODRIGUES

Por contracto celebrado em 15 de Julho de 1890 (29) foi encarregado o Dr. Antonio Coelho Rodrigues de organizar o Projecto do Codigo Civil. Concluido em Genebra a 11 de Janeiro de 1893, não foi o projecto aceito pelo governo, em virtude do parecer da commissão (30) que o examinou. Em 1895 deliberou o Senado nomear uma commissão especial, incumbida de indicar qual dos dois projectos abandonados estava no caso de servir de base ao Codigo Civil Brasileiro, e a 6 de Novembro de 1896 resolveram que se auctorisasse o Governo a contractar, «com um jurisconsulto ou com uma commissão de jurisconsultos brasileiros, a revisão do projecto do Codigo Civil, organizado pelo Dr. Antonio Coelho Rodrigues.» Sobre esta resolução tinha de se pronunciar a Camara dos Deputados, a qual não lhe deu andamento.

O projecto Coelho Rodrigues inspirou-se amplamente no Codigo de Zurich e nos principios predominantes na Alemanha. A classificação das materias é exactamente a da escola allemã: tem uma lei preliminar, uma parte geral e uma parte especial. A lei preliminar compõe-se de 39 artigos e trata — «da publicação da lei e dos seus effeitos em relação ao tempo, ao espaço e ao objecto»; a parte geral

(29) Logo depois de proclamada a Republica, como não estavam firmadas as bases da federação, hesitava-se sobre a competencia da União para tratar de uma codificação federal, pelo que o ministro Campos Salles dissolveu a commissão de 1.º de Julho.

(30) Era composta de 3 juristas, sendo relator o Dr. Torres Netto.



se subdivide em tres livros: 1.º das pessoas; 2.º dos bens; 3.º dos factos e actos juridicos; a parte especial tem quatro livros: 1.º das obrigações; 2.º da posse, da propriedade e dos outros direitos reaes; 3.º do direito da familia; 4.º do direito das successões.

V. PROJECTO BEVILAQUA

Em principio de 1899 foi convidado pelo Governo o Dr. Clovis Bevilaqua, lente cathedratico de legislação comparada na Faculdade de Direito do Recife, para elaborar um novo Projecto do Codigo Civil Brasileiro. Acerca da escolha do eminente Professor, diz o Dr. Epitacio Pessoa: (31) «O Dr. Clovis Bevilaqua estava como que naturalmente indicado para a grandiosa empreza, não só como um dos nossos mais profundos juriconsultos, mas tambem por já haver desenvolvido em eminentes obras de doutrina — o Direito da Familia, o Direito das Obrigações, o Direito das Successões — quasi todo o Direito Civil.» Iniciado o trabalho em Abril e concluido em Novembro do mesmo anno, foi entregue logo ao Governo, que mandou ouvir alguns juriconsultos de nota, resolvendo depois constituir uma commissão revisora. (32)

Sob a presidencia do Ministro da Justiça e composta

(31) Loc. cit.

(32) Para essa commissão foram nomeados: Cons. Olegario Herculano de Aquino e Castro, Cons. Joaquim da Costa Barradas, Dr. João E. Sayão Bulhões de Carvalho, Amphilophio B. F. de Carvalho e Francisco de Paula Lacerda de Almeida.



de 5 membros, a comissão tratou do assumpto em 51 sessões, encerrando seus trabalhos em Agosto de 1900. Entendeu o Governo de fazer uma segunda revisão, com audiencia do auctor do projecto. Esta segunda revisão se effectuou em 12 sessões, havendo depois uma leitura em tres sessões e em principio de Novembro era definitivamente approvedo o projecto. Em mensagem de 17 de Novembro de 1900, o Presidente da Republica submetteu ao Congresso o Projecto Clovis Bevilacqua com as alterações feitas pela comissão revisora.

Resolveu a Camara nomear uma Comissão especial, composta de 21 membros, representando todos os Estados e o Districto Federal, para estudar e discutir o projecto. Ordenou-se tambem que, durante o periodo entre a sessão de 1900 e a de 1901, fôsem ouvidos os Tribunaes Federaes e os dos Estados, as Faculdades de Direito, os Governadores, o «Instituto da Ordem dos Advogados» e os juriconsultos de nota. O parecer da Comissão especial foi redigido por Sylvio Romero em 18 de Janeiro de 1902. Approvava o projecto com muitas modificações introduzidas durante as 65 reuniões em que foi elle discutido. No debate, além dos membros da Comissão, intervieram alguns juriconsultos extranhos ao corpo legislativo, que tinham sido convidados pelo Presidente da Comissão. É de notar o papel saliente do auctor do projecto e do Cons. Andrade Figueira, cujas idéas foram muitas vezes vencedoras. Submettido á Camara, foi o projecto em poucos dias discutido e approvedo, sendo logo remettido ao Senado. Este nomeou uma Comissão sob a presidencia do eminente Cons. Ruy Barbosa, o qual, em brilhante parecer de



3 de Abril de 1902, atacou vigorosamente o projecto, especialmente sob o ponto de vista da redacção.

Seguiu-se energica discussão sobre o assumpto, tomando a defeza contra o Cons. Ruy Barbosa, além do auctor do projecto primitivo, o Dr. Carneiro Ribeiro, a quem, na qualidade de grammatico insigne, fôra, por breves dias, confiada a correcção do trabalho. (33)

Só em 1912 concluiu o Senado sua empreza e remetteu para a Camara, a 31 de Dezembro, o Projecto com grande numero de emendas. As emendas approvadas pelo Senado são, pela maior parte, de redacção; apenas 186 modificaram a substancia do Projecto. (34)

Na Camara se nomeou uma commissão de 21 membros, para o estudo das emendas; e convocado extraordinariamente o Congresso, por decreto de 6 de Fevereiro de 1913, especialmente para os trabalhos do Codigo, apresentou a referida commissão o seu parecer a 2 de Abril. Apesar de encerrada a discussão, as emendas não foram inteiramente votadas na sessão extraordinaria, nem ainda nas ordinarias de 1913 a 1914. Só em 1915 a Camara decidiu approvar a maior parte das emendas do Senado, sendo rejeitadas apenas 94. Voltando ao Senado o Projecto, foram por elle mantidas 24 das emendas que a Camara recusára

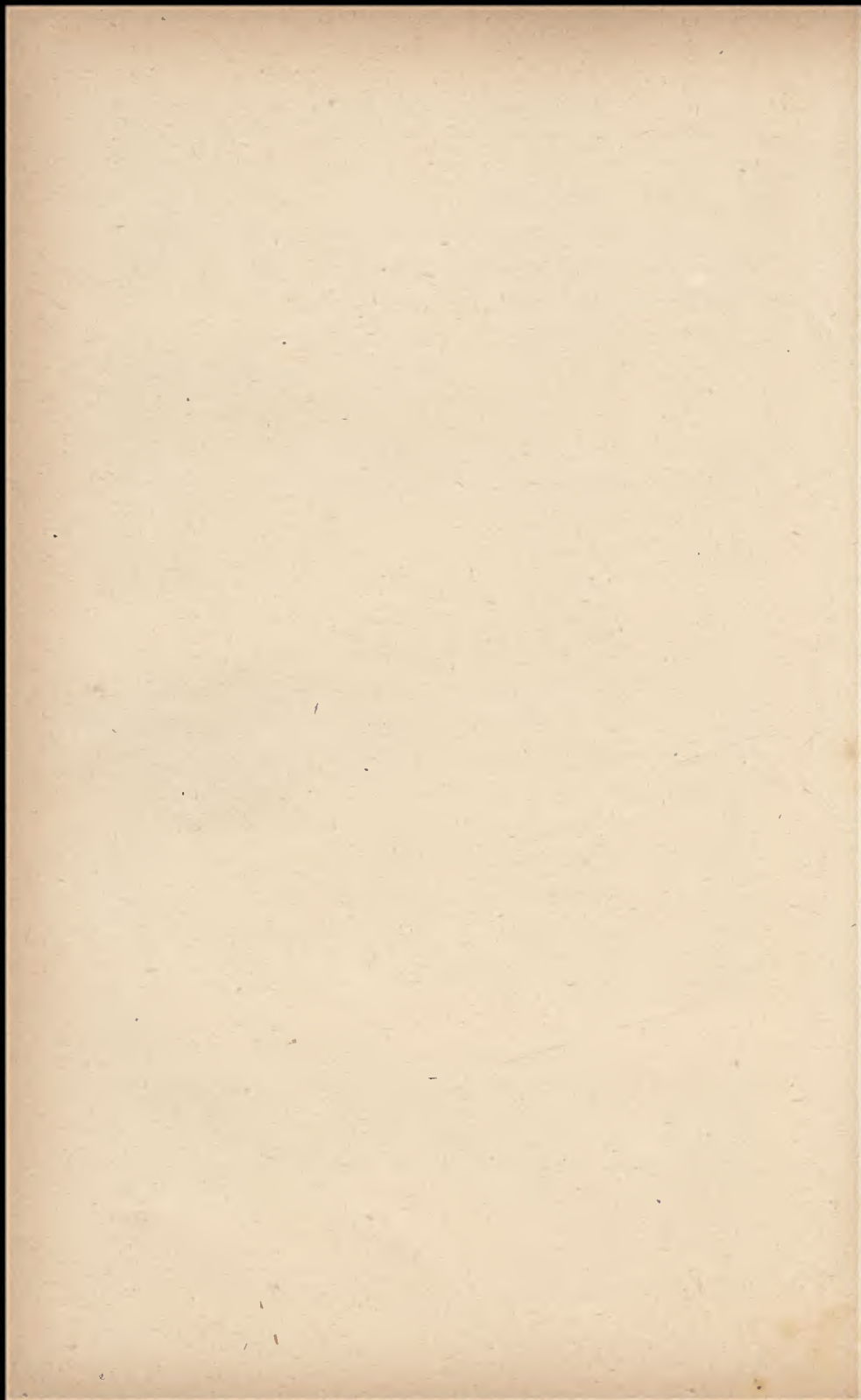
(33) Outros ainda intervieram no debate; assim, de um lado José Verissimo e do outro Oliveira Fonseca e Medeiros e Albuquerque.

(34) As principaes modificações introduzidas pelo Senado vêm perfeitamente indicadas no Parecer apresentado pela Commissão especial da Camara, a 2 de Abril de 1913, e do qual foi relator o illustre Snr. Adolpho Gordo.



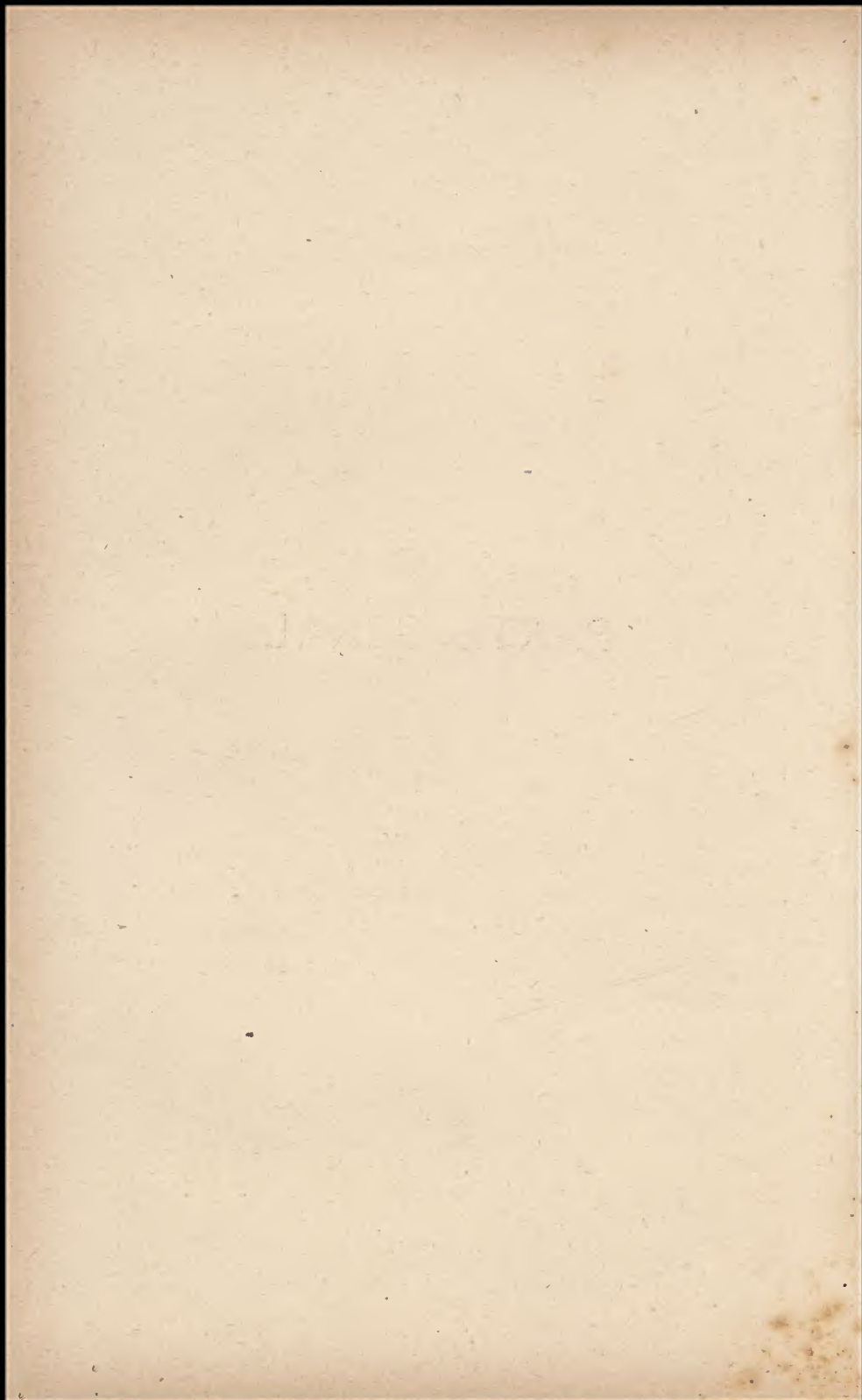
e esta, por sua vez, insistiu em repellar 9 dessas 24 emendas. Finalmente as comissões reunidas do Senado e da Camara prepararam a redacção definitiva, sendo o projecto approved em Dezembro de 1915, sancionado e promulgado a 1.º de Janeiro de 1916, em decreto sob n.º 3071.





PARTE GERAL





PARTE GERAL

NOÇÕES FUNDAMENTAES

Do direito e suas divisões

§ 1.º Do direito em geral.

§ 2.º Direito publico e direito privado.

§ 3.º Direito objectivo e direito subjectivo.

§ 1.º *Do direito em geral*

Os homens são por natureza levados a viver em sociedade; só assim podem prover aos meios idoneos para a satisfação de suas necessidades. (Chironi e Abello; Capitant; etc.) Em qualquer agrupamento humano, porém, estão em jogo, de um lado, os interesses de cada individuo, de outro, os da communitade. O direito, como diz Hölder, (1) tem sua base na dupla relação que existe entre os homens: a vida em commum que os liga e a individualidade que os separa.

A liberdade de acção de cada um deve ser limitada, de modo a serem satisfeitas, ao mesmo tempo, as necessi-

(1) Pandekten, 1893, pag. 17.



dades existenciaes e evolucionaes collectivas e as singulares, formando aquelle conjuncto harmonico, de que fallam Chironi e Abello, (2) capaz de dar o melhor e maximo resultado. A historia da lucta entre estes dois principios antagonicos — o individual e o social — é, até certo ponto, a propria historia do direito. (3)

Não é a *parte geral* de um Curso de Direito Civil o logar proprio para o exame dos diversos systemas philosophicos, (4) em que predomina ora um, ora outro principio, mas aqui, como no estudo das Pandectas o reconhece Regelsberger, (5) é sempre necessario determinar o conceito do phenomeno juridico. (6)

(2) Trattato di diritto civile italiano di Chironi e Abello, vol. 1.º, 1904, pag. 4. Vide tambem Coviello — Manuale di Diritto Civile italiano, vol. 1.º, 1910, pag. 4: "l'interesse di uno non può essere sopraffatto da quello degli altri; ma ciascuno trova il modo di soddisfare le proprie esigenze nei limiti della soddisfazione delle esigenze altrui."

(3) Pescatore — La logica del diritto, pag. 16, 1883.

(4) Vide Clovis Bevilacqua — Theoria Geral, pag. 7. Affirma Pescatore (op. cit., pags. 13 e scg.) que todos os systemas philosophicos sobre o direito podem se reduzir a dois conceitos supremos: "o primeiro faz consistir a essencia do direito na relação de meio a fim e poderia ser enunciado nos seguintes termos: o direito só tem valor, antes, só existe como meio de conseguir e proteger um fim, ou os fins exteriores, que se propõem as acções dos homens;" o segundo, excluindo a consideração do fim, apresenta o direito como um phenomeno "de valor absoluto, sem dependencia de circumstancias exteriores" e que tira o seu principio de sua propria natureza intima.

(5) Vide Regelsberger — Pandekten, vol. 1.º, 1893, pags. 57-58.

(6) Em um interessante estudo, publicado no "Archivo Giuridico", vol. 77, 1906, demonstra A. Pagano que o problema: "*que é o direito?*" é o problema fundamental, tanto para as sciencias juridicas, como para a philosophia do direito. Pensa o illustrado escriptor que não



É um facto hoje incontestavel que o homem nunca poderia ter vivido em estado de isolamento e é igualmente certo que para a co-existencia social é preciso que a liberdade de acção de cada um não vá até ao ponto em que possam ser prejudicados os interesses dos outros associados. Cumpre, portanto, delimitar, por meio de regras que se devem rigorosamente observar, o campo em que pode desenvolver-se a actividade de cada individuo.

A natureza dessas regras pôde variar, da mesma forma que as entidades encarregadas de impol-as, mas sua existencia é sempre indispensavel.

«Á sociedade humana, dizem Chironi e Abello, (7) é fundamental o fim da *integração*, alcançado por meio da divisão do trabalho no sentido em que, não sómente são especificadas as varias funcções sociaes, mas também escolhidos por selecção *social*, em concurso com a *natural*, os

têm razão os que sustentam que as primeiras podem dispensal-o, argumentando por analogia da physica e da chimica, que, para se constituirem e se desenvolverem, não precisam que primeiramente se resolva o problema de determinar o que sejam força e materia. Si a primeira tem por objecto "*uma representação synthetica*" dos phenomenos naturaes, "como já o tinha comprehendido Kant e como recentemente demonstraram Mac e Duhem" e a segunda se funda sobre o conceito do atomo, considerado, não como *elemento primario* da materia, mas como um dado empirico até agora irreduzível, o mesmo não pode dizer-se do direito, conclue Pagano, porque a idéa do direito é *idéa humana* por excellencia e, como Vico mostrou, o homem comprehende melhor a historia, que é obra sua, do que a natureza, que lhe é dada, mas não por elle feita. Comp. Clovis — op. cit., pag. 9. Leia-se também — Stammler — *Theorie der Rechtswissenschaft*, 1911, especialmente sobre "*die Bedeutung des Rechtsbegriffes*", pags. 42 e segs.

(7) Loc. cit. Comp. Coviello — *Manuale cit.*, pags. 4-5.

individuos mais aptos a exercel-as; comprehende-se como devem os associados, pela necessidade de mutuamente se completarem, annuir em perder parte da liberdade propria, pois, na sociedade humana, como em qualquer aggregação natural, a integração exige o sacrificio d'aquella parte de autonomia individual que é necessaria para a formação do nucleo social.»

O processo de integração varia conforme o tempo e o espaço e como não se opera de modo uniforme e constante, (8) tornam-se precisas regras que asségurem o equilibrio do elemento individual e do social, concorrendo para o fim *commum*, sem que o auxilio deste a aquelle importe em sua aniquilação.

O complexo dessas normas, que têm por fim regular a vida em *commum* dos individuos unidos em-Estado, é o que constitue o direito objectivamente considerado. (9)

Nas sociedades civis nem todas as normas, que se destinam a regular a conducta humana, são normas juridicas. O individuo, ao nascer, encontra-se logo no circulo da Familia, cuja influencia na formação de seu character é muitas vezes decisiva para toda sua conducta futura. Ahi, como depois em suas primeiras relações com individuos extranhos, recebe impressões, acceita principios de ordem reli-

(8) Chironi e Abello — op. cit., pag. 5. Comp. Duguit — *L'État, le droit objectif et la loi positive*, 1901, cap. II — la règle de droit; Alessandro Levi — *La Societé et l'Ordre juridique*, 1911, pag. 249.

(9) Endemann — *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, 1.º vol., 3.ª ed., 1903, pag. 22. *Vide* sobre o fundamento dessas normas Duguit, op. cit., pags. 16 e segs.



giosa, moral, e até puramente artistica, que ordinariamente se constituem motivos tão poderosos na determinação de seus actos, como as proprias regras jurídicas. (10)

Nas sociedades primitivas, porém, confundem-se todas as normas de conducta. Poude dizer Cogliolo (11) que «todos os povos antigos são semelhantes pela homogenea communhão do direito com a moral e a religião.»

Ainda hoje tem o direito intima ligação com a moral, pois ambos estabelecem regras para a manifestação da vontade humana, como diz Gierke, (12) ao passo que a *religião*, a *arte* e a *sciencia* se dirigem á *fé*, ao *sentimento*, á *intelligencia*; e é por isso que não puderam os autores chegar a um accordo sobre o criterio distinctivo das duas disciplinas.

«No actual momento historico do pensamento philosophico, como se exprime Filomusi-Guelfi, (13) é difficil resumir a questão fundamental das relações entre a moral e o direito.»

Para muitos escriptores a distincção entre as regras ethicas e as jurídicas consiste no character de coacção de que são munidas estas ultimas. (14)

(10) Sabem todos a que extremos pode levar o fanatismo religioso, em desrespeito, muitas vezes, ás normas de direito. Além disso, individuos ha em cuja conducta social exercem preponderante influencia a *moda*, o *receio do ridiculo*, etc. Vide Alves Moreira — Instituições de Direito Civil Português, vol. 1.º, 1907, pag. 3.

(11) Philosophia do direito privado, trad. de Ed. Espinola, pag. 123.

(12) Deutches Privatrecht, vol. 1.º, 1895, pag. 113.

(13) Enciclopedia giuridica, 5.ª ed., 1907, pag. 17.

(14) O criterio distinctivo da coacção, que foi proposto por Thomasius — *Fundamenta juris naturæ et gentium* — e desenvolvido por

Este conceito tem sido fortemente combatido por auctores que pensam que a coacção não é elemento essencial á noção do direito. (15)

Kant, encontra numerosos adeptos entre os mais notáveis auctores. Segundo Kant, a característica do direito é a *possibilidade de coacção* e não a coacção em acto (vide Filomusi-Guelfi, op. cit., pag. 24). Pensa Chironi que "é o caracter de *coacção exterior*, proprio do *direito objectivo*, que constitue a principal razão de differença entre o direito e as outras normas sociaes e especialmente entre o *direito* e a *moral*, si bem que a esta o ligue continúa affinidade de origem e funcções". R. von Ihering affirma que entre todas as forças e idéas que influem sobre as acções humanas — o bem, o bello, o util, a religião, — o direito se distingue pela *coacção* de que se serve para se realizar. Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade (*Traité de droit civil*, vol. 1.º, 1902, pag. 1) definem o direito objectivo — o conjuncto das regras, a cuja observancia o homem pode e deve ser obrigado por meio da coacção exterior. Tambem Pacifici-Mazzoni (*Istituzioni*, 4.ª ed., vol. 1, 1903, pag. 2) entende que a força coercitiva é o que distingue as regras de direito das de moral. Kohler diz positivamente: "Die Rechtsordnung ist eine Zwangsordnung: sie unterscheidet sich dadurch von der Ordnung der Sitte und der Sittlichkeit" (*Einführung in die Rechtswissenschaft*, 4.ª ed., 1912, pag. 2). Filomusi-Guelfi (loc. cit.) faz notar que tal questão não poderia nascer na ethica antiga, nem mesmo na escola do direito natural anterior a Thomasius, mas que surgiu quando este (em 1688) expoz sua theoria separatista, completando assim a obra de Grotius, que tinha separado o direito natural da theologia. (Vide Huc — *Commentaire du Cod. Civil.*, vol. 1.º; Rossel et Mentha — *Manuel de Droit Civ. suisse*, vol. 1.º, pag. 52).

(15) *Gierke* declara terminantemente que "a coacção não é essencial á noção do direito; muitas regras juridicas não podem ser coactivamente cumpridas; é sempre possivel obrigar a uma indemnisação ou impôr uma pena, mas nunca fazer com que não tenha succedido aquillo que succedeu, embora indevidamente. A violação do direito, continúa o eminente Professor de Berlim, muitas vezes fica em segredo, outras vezes triumpho por meio da prepotencia; muito imperfeita é a coacção do direito internacional, por falta de um poder organizado superior aos Estados, finalmente nenhuma força contém os órgãos superiores.



Muitos adoptam uma opinião intermediaria, segundo a qual si não é a coacção actual, em exercicio, elemento caracteristico das normas juridicas, é-lhes contudo peculiar a coercibilidade, a possibilidade de coacção externa; ao passo que é caracter essencial da etlica a absoluta incoercibilidade. (16) Esta coacção possível, eventual, accrescen-

do Estado, si attentam contra o direito constitucional". *Geyer* afirma que a força é contraria ao direito, é mesmo sua violação. *Dahn* entende que a coacção não é a essencia do direito, mas o efeito de sua essencia e que o direito não deixa de o ser ainda quando lhe falte a coacção. *Jellinek* observa que a coacção se applica contra as manifestações pathologicas da vida juridica e que o direito se apoia, não sobre o principio da coacção, mas sobre o sentimento juridico (Vide *Filomusi-Guelfi* — Enciclopedia giur., § 11). *Windscheid* (*Pandekten*, 8.^a ed., 1900, vol. 1.^o, § 37, nota 4.^a) declara-se francamente contrario á opinião que vê na coactividade da lei juridica o criterio que a distingue da lei moral. *Regelsberger* (*Pandekten*, § 11, n. III) mostra que falta a coacção não só a regras juridicas isoladas, como por exemplo o dever do monarcha de respeitar a constituição, mas tambem a todo um departamento juridico — o direito internacional. Identico é o modo de pensar de *Lehmann* (*Deutsches Privatrecht von Stobbe, bearbeitet von Lehmann*, vol. 2.^o, § 7, n. 5). Todavia *Jellinek* reconhece que todo o direito tem por caracter necessario o da força obrigatoria (*Gültigkeit*). Apresenta o illustre publicista allemão os seguintes signaes distinctivos das regras juridicas: 1.^o são relativas ás manifestações externas dos homens em suas relações reciprocas; 2.^o são promulgadas por uma auctoridade exterior reconhecida; 3.^o são garantidas por forças externas (*Allgemeine Staatslehre*, 2.^a ed., 1905, pag. 325; vide tambem a primeira parte da trad. fr. de *Fardis*, 1911, pag. 503).

(16) *Bekker* (*Pandekten*, § 18), entende que o conceito do direito é inseparavel do de coercibilidade ou possibilidade de coacção em abstracto, embora em concreto possam existir relações juridicas desprovidas de coacção, sempre ou em determinado periodo historico. *Filomusi-Guelfi* (loc. cit.) diz que a *incoercibilidade* é o caracter da moral; a *possibilidade de coacção* é o da idéa juridica; a *coacção em acto* o do direito positivo. Mais adiante accrescenta: "Cremos que

ta-se com razão, pode ser mesmo indirecta, como nas *leges minus quam perfectæ e imperfectæ* ou ainda nas obrigações naturaes. (17)

Não ha duvida que, assim entendida, a coacção externa é exclusivamente applicavel ás normas juridicas. É, portanto, o caracter de coercibilidade um dos pontos principaes de distincção entre o direito e a moral, mas não é o unico. Outro criterio distinctivo, acceito por muitos juristas e philosophos, é o seguinte: o direito determina a vontade exteriormente e a moral interiormente. (18)

a possibilidade de coacção distingue normalmente uma idéa juridica em si; ao passo que a idéa moral não é susceptivel de coacção; a ordem juridica positiva em seu systema possui realmente a coacção, ainda reconhecendo casos singulares de normas, faculdades, exigencias, em que ella falte." *Cogliolo* (Philosophia cit., pag. 131) escreve: "O direito não pode ser concebido sem a idéa de uma coacção *possivel*; esta certamente existe e apparece mesmo quando as partes de pleno accordo se submettem, porque não é necessario que a coacção seja *actual*, basta que seja *eventual*." *Fadda e Bensa*, em notas á excellent traducção italiana das Pandectas de Windscheid (vol. 1.º, pag. 541), crêem que não pode conceber-se verdadeiro direito, objectivo ou subjectivo, sem a possibilidade de coacção.

(17) Vide a traducção italiana das Pand. de Windscheid, nota b de Fadda e Bensa. Escreve Demogue: "Bien entendu il n'est pas nécessaire, pour qu'une prétention soit qualifiée droit, que la contrainte soit en fait exercée. Il suffit qu'il y ait possibilité de cette contrainte, si on en avait besoin pour réaliser sa prétention. D'ailleurs, comme le remarque très justement Korkounov, l'ordre juridique s'exerce plus rarement" (Notions Fondamentales du Droit Privé, 1911, pag. 6).

(18) Diz Gierke (op. cit., § 15, n. 3): "Durch das Recht wird das Wollen *äusserlich* bestimmt. Die Rechtsnormen ordnen grundsätzlich nur das *äussere* Verhalten der Menschen. Sie greifen freilich auch auf die inneren Zustände zurück. Allein sie thun dies erst, wenn es erforderlich ist, um Handlungen eben als Willensäusserungen zu qua-

Windscheid (19) vê a antithese entre a lei jurídica e a lei moral no facto de serem os preceitos da lei moral puros e simples, ao passo que o direito estabelece deveres que só são taes em relação a direitos garantidos a outrem.

Para Lehmann (20) o direito é o conjuncto das normas reconhecidas pela sociedade constituída e a moral o complexo das regras reconhecidas pela sociedade não constituída. Capitant salienta, com razão, que a organização social não repousa exclusivamente sobre o direito, mas também sobre a moral e que ambos edictam preceitos obrigatórios. Differente, porém, é o modo de sanção: as prescrições da moral dirigem-se á consciencia, o infractor não

lifiziren und nach ihrer wahren Beschaffenheit zu unterscheiden und zu werthen. Hierin liegt der Unterschied des Réchtes von der Sittlichkeit, deren Normen das Wollen zwar gleichfalls in unbedingter Weise, jedoch *innerlich* bestimmen". Para elle, portanto, o direito determina a vontade externamente. (äusserlich), ao passo que as regras moraes determinam-na também de modo absoluto, mas internamente (innerlich). Vide também Filomusi-Guelfi, op. cit., § 10; Chironi, op. cit., pags. 7 e 8; Oertmann — Rechtsordnung und Verkehrssitte, 1914, especialmente pags. 5 e segs.

(19) Loc. cit. Talvez não esteja longe deste modo de pensar Demogue quando observa: "Le droit, dont la réalité nous donne la notion, couvre donc indifféremment les actes les plus justes et les meilleurs comme les plus injustes, l'abolition de l'esclavage comme tous les meurtres légaux, toutes les spoliations légales...". Notions Fondamentales du Droit Privé, 1911, pag. 12. Conf. Petrazycki — Moral und Recht, 1907, pag. 21.

(20) Loc. cit. Conf. o conceito de Tanon: "Le seul signe vraiment distinctif de toutes les prescriptions du droit positif est dans la forme qui leur est donnée, et dans le processus par lequel elles sont arrivées à l'état d'une règle commune de conduite, reconnue et consacrée, par voie de la coutume ou de la loi". (L'évolution du droit, 3.^a ed. 1911, pag. 172).



se expõe a uma repressão material, mas simplesmente á censura dos concidadãos; as do direito são asseguradas pelos poderes publicos.

‘Não é possível determinar *a priori* quaes as normas de conducta que devem ser clevadas á categoria de regras juridicas. É uma questão de oportunidade. Nas sociedades modernas em que ha um órgão especial para a elaboração do direito, até certo ponto pode dizer-se que por meio da lei qualquer norma de conducta social pode converter-se em regra de direito. Não se segue d’ahi que o direito seja um producto da vontade do legislador. Antes de reconhecido por este, foi muitas vezes sentido pelos associados e de modo uniforme e constante observado. É uma ficção, que não corresponde á realidade das coisas e que não exprime a natureza das regras juridicas, a affirmativa de que o direito é o producto da vontade geral. (21) O direito

(21) Conta grande numero de sectarios a theoria que considera o direito como a vontade geral. Desde Rousseau (*Contrat social*) — *voulonté générale* — e Hegel (*Philosophie des Rechts*) — *der allgemeine Wille* — muitos têm sido os escriptores que a adoptaram. Recentemente tambem Dernburg (*Pandette*, 1.º vol. trad. ital., 1906, pag. 47 e *Bürgerliches Recht*, vol. 1.º, pag. 47, 1906) define o direito objectivo — *a vontade geral* — mas reconhece que esta definição é meramente formal e nada diz sobre o conteúdo do direito. Schmidt (apud Ihering — *L’esprit du droit romain*, vol. 2.º, § 30, pag. 57) diz que na apreciação dos Romanos a vontade do povo era o fundamento do direito: a idéa de que, acima da vontade do povo, existe um poder moral que o rege, era completamente extranha aos jurisconsultos romanos. A isso responde Ihering que nunca foi emittido um juizo mais erroneo sobre o direito romano, que este em si proprio encontrava seu fundamento e que os romanos, mesmo quando designavam e deviam designar a vontade do povo como o fundamento formal da validade dos direitos, não

estabelece regra á vontade; dirige-se ao homem como ser racional, mas forma-se em sua consciencia sem a collaboração da vontade; assim tem suas raizes na convicção juridica (22) da commuidade.

Ardigó, quando diz: o direito é a força especifica da sociedade e Gierke: (23) é uma funcção especifica da sociedade humana — indicam que a vida social só é possível por meio da ordem juridica e que esta não é simples effeito da vontade da maioria, mas alguma cousa de peculiar á natureza humana, um resultado da convicção que esponta-

consideravam esta vontade, isto é, o arbitrario, como o principio do direito, não eram de opinião que o direito nasce no Estado só pela lei. Vide tambem Capitant — Introduction à l'Étude du droit Civil, pag. 5, ed. 1912.

(22) Não importa isso em uma tautologia. É sempre difficil fazer-se a representação correspondente a uma idéa abstracta, sem o emprego das palavras que se acham ligadas ao seu conceito. A regra de direito é uma regra de facto, como diz Dugnit (L'État, vol. 1.º, 1901, pag. 16); impõe-se aos homens, não em virtude de um principio superior, mas em virtude e pela força dos factos, porque o homem vive em sociedade e só assim pode viver. Instintivamente praticada e reflexamente conhecida, produz a consciencia juridica. Vide Filomusi-Guelfi (op. cit., §§ 17 e 18). Leia-se na "Vie du Droit et Impuissance des Lois" de Jean Cruet, publicada em 1908, o bello capitulo "L'illusion de légiferer pour l'avenir; retard necessaire des lois sur les faits". Alves Moreira (Inst. cit.) refere-se ao constrangimento psychologico que ha no direito.

(23) Gierke reconhece que presentemente se tem alargado a idéa de que o direito é a vontade da commuidade, especialmente do Estado. Mas que si tal idéa predominasse no pensamento juridico allemão teria para elle soado a ultima hora. O nome do direito continuaria livremente, mas esta nobre expressão serviria apenas para disfarçar o facto nú, que entre os homens nenhuma outra ordem existe, além do poder dos mais fortes sobre os mais fracos.



neamente se forma sobre os melhores meios de attingir os fins sociaes. Cruet observa muito bem: «C'est par une sorte de mirage, se formant dans la penombre des temps légendaires, que les codifications primitives, lois de Manou, loi des Douze Tables, on Koran, ont été considérées par les peuples comme le produit arbitraire d'une volonté divine ou humaine.» Um dos maiores serviços prestados á sciencia do direito pela escola de Savigny foi inquestionavelmente sua vigorosa opposição á theoria dominante no seculo de Rousseau, segundo a qual o direito não era mais do que a somma das leis editadas, o producto do arbitrio do legislador; quanto ao povo, o direito *a priori* lhe era extranho, sendo-lhe, porém, applicado e imposto. A escola historica considera o direito como sendo originariamente o producto immediato da actividade do espirito do povo. É verdade que neste terreno vae além do justo termo; liga tão excessiva importancia á constituição natural do direito consuetudinário, a ponto de considerar nociva toda e qualquer codificação. Mas é que, como diz Ihering, (24) «toda verdade profunda e nova tem de passar pela phase da exaggeração».

§ 2.º *Direito publico e direito privado*

A divisão fundamental do direito é, como pondera Crome, a que corresponde á dupla posição do homem na sociedade: membro da collectividade, com interesses communs; individuo com interesses seus proprios.

(24) Loc. cit. Leia-se tambem sobre os exaggeros em que incorreu a escola historica o livro citado de Capitant, pags. 6 e segs.



D'ahi a divisão em:

a) *direito publico*;

b) *direito privado*. (1)

Crome, depois de observar que todo direito é publico ou privado, afirma que esta distincção tanto se applica ao direito objectivo, como ao subjectivo, (2) pois não só as regras juridicas, como tambem as relações de direito pertencem a uma ou outra especie.

(1) É a classica divisão ainda hoje adoptada por quasi todos os escriptores. Vide Chironi — op. cit., § 2.º; Dernburg — Pandette, § 21, Bürgerliches Recht, § 17; Endemann — Lehrbuch, § 7.º; Cosack — Lehrbuch, vol. 1.º, pag. 3; Unger — System des öster. Privatr., vol. 2.º, pag. 265, nota 40; Cogliolo — op. cit., § 9; Stobbe-Lehmann — Privatrecht, § 71, vol. 2.º; Kulenbeck — Von den Pandekten zum B. G. B., vol. 1.º, pag. 2; Crome — op. cit., pag. 71; Gierke — op. cit., § 4; Planiol — Traité Élémentaire, vol. 1.º, pag. 8; Baudry-Lacantinerie — Traité, vol. 1.º, § 2.º; Pacifici-Mazzoni — Istituzioni, vol. 1.º, pag. 5, ed. de Venzi. Filomusi-Guelfi (op. cit., § 39) acha que a partição fundamental do direito no campo da philosophia juridica deveria ser a seguinte: "*direito da pessoa individual, direito da familia, direito da sociedade, direito do Estado, direito internacional ou das gentes*"; divisão que elle chama *organica*, porque o seu criterio é fornecido pelos órgãos de actuação do direito, que são: o individuo, a familia, a sociedade civil, o Estado, a união dos Estados, mas reconhece que actualmente não se adapta ás necessidades da systematisação do direito positivo, cumprindo, pois, conservar a divisão antiga, a qual data do direito romano. Os grandes pensadores gregos, observa o mesmo escriptor, não chegaram á comprehensão do direito privado, ainda que tivessem deante dos olhos o rico desenvolvimento do direito privado ateniense. Ainda sobre a divisão do direito em publico e privado, vide Capitant, op. cit., pags. 17-19; Valverde — Tratado de Derecho Civil Español, vol. 1.º, 1909, pags 1 e segs.; Alves Moreira — Inst. de Direito Civil Português, vol. 1.º, 1907, pags. 5 e segs.

(2) Vide § seguinte sobre o conceito do direito objectivo e a nota (2) ao mesmo paragrapho sobre o direito publico subjectivo.

A distincção abstracta entre estes dois grupos fundamentaes tem sido muito discutida. (3) Auctores ha que a consideram sem base, inteiramente arbitraria. Assim Schlossmann (4) e Aubry et Rau. (5)

Si em pequeno numero se apresentam os que repellem a divisão consagrada desde os Romanos, muitas são as divergencias quanto ao criterio distinctivo das duas classes. É muitas vezes difficil a determinação theorica da differença entre uma e outra.

Com razão observa Cogliolo: (6) «Si de um lado se considerar a instituição da *rei vindictio* e do outro o voto eleitoral é clara a antithese supra indicada, mas as difficuldades não se acham nos pontos extremos, e sim nos limites entre os dois territorios.»

Não tem character preciso e rigoroso a distincção feita pela classificação das disciplinas pertencentes a um ou outro dominio. Assim, por exemplo, o direito civil pertence evi-

(3) É o que diz Lehmann (op. cit., § 73): «Der begriffliche Unterschied zwischen diesen beiden Hauptgruppen ist sehr bestritten;» Cosack (op. cit., pag. 3) entende que as difficuldades que surgem na determinação dos limites entre o direito civil e o direito publico são em grande numero, mas que devem ser encaradas de preferencia no estudo do direito publico.

(4) Vertrag, pags. 206 e segs.

(5) Estes auctores (Cours. de Droit. Civ. Français, 5.^a ed., vol. 1.^o, § 2.^o) observam que tal divisão não é rigorosamente exacta, porque as leis, pela maior parte, se referem igualmente a interesses publicos e privados.

(6) Op. cit., pag. 127. Jellinek faz notar que a opposição não é absoluta: «Dieser Gegensatz est aber kein absoluter» (Staatslehre, pag. 372).



dentemente ao direito privado, ou antes é o direito privado por excellencia; entretanto, tem elle partes de direito publico. (7)

A differença estabelecida de accordo com a diversidade dos sujeitos é ainda hoje muito seguida. (8) É direito publico o que tem por sujeito a communitade e assim por objecto o interesse collectivo; é direito privado o que tem por objecto a utilidade ou o interesse particular, porquanto tem por sujeito o individuo. Esta distincção não é exacta e precisa, pois não ha direito que não se refira aõ mesmo tempo á collectividade e aos individuos considerados *uti sin-*

(7) Cosack (loc. cit.) aponta o art. 87 do Cod. Civ. all. que encerra materia de direito publico. Crome refere-se ao art. 89, que se occupa das pessoas juridicas de direito publico e aos arts. 407 e 411. Schepp escreveu uma monographia sobre o direito publico no Cod. Civ. all. (Das öffentliche Recht im B. G. B., 1899.) Vide tambem Dernburg — Bürgerliches Recht, vol. 1.º, pag. 50 e Cogliolo (loc. cit.). Em sentido opposto affirma Dernburg (loc. cit.) que o direito publico allemão se acha enxertado de elementos de direito privado. O projecto Bevilacqua, além de diversas disposições de direito publico, que foram eliminadas, tem os arts. 18 e 19 que foram conservados na phase ultima (arts. 14 e 15 do Codigo Civil).

(8) Dizia Ulpiano (L. 1, § 2.º, De just. et jur. (I, 1): Hujus studii duæ sunt positiones, publicum et privatum: publicum jus est quod ad statum rei romanæ spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem: sunt enim quædam publice utilia, quædam privatim.

Estas definições têm sido adoptadas por muitos auctores modernos. Kuhlenbeck (loc. cit.) pensa que apesar de não ter criterio seguro a distincção de Ulpiano, a sciencia ainda não chegou a descobrir outra mais precisa. Bruns, na Encyclopædia de Holtzendorff (das heut. röm Recht, § 4.º) diz que a definição romana é a unica justa e inteiramente sufficiente. Conf. tambem Merkel, Ency. §§ 84-98; Burckhard — System des öst. Privatr., § 18; Puntchart — die moderne Theorie des Privatr. 1893, pag. 26.



guli. Tem, além disso, o defeito de separar do interesse do individuo o do Estado, ao passo que elles se acham tão intimamente ligados que ás vezes é difficil descobrir qual o que predomina. Demais, como observa Alves Moreira, não seria possivel fundamentar só no sujeito da relação juridica a distincção entre o direito publico e o privado, desde que o proprio Estado é tambem sujeito de direitos privados.

Outros criterios têm sido propostos. (9) Savigny, po-

(9) Thon (*Rechtsnorm*, pags. 134 a 143) encontra a differença entre o direito publico e o direito privado na natureza da protecção do direito, isto é, da acção. Para a defeza do direito publico ha uma acção publica, para a do direito privado uma acção privada. A distincção de Thon nada contém sobre a essencia do direito privado e do direito publico e, como diz Lehmann, faz depender os limites dos dois ramos do direito do arbitrio do legislador. Além disso, no direito penal, por exemplo, é ás vezes a defeza confiada ao individuo como tal; deixará de ser de direito publico qualquer norma nessas condições? Brinz (*Pandekten*, 2.^a ed., § 68) afirma que "o direito publico se distingue do privado por uma connexão interna entre o direito, como faculdade e o dever. O direito publico é tambem dever publico. No direito privado, pelo contrario, tal connexão não existe e o exercicio da faculdade é deixado á livre apreciação do individuo". Si assim fôsse, o voto eleitoral pertenceria ao direito privado.

Lehmann (*op. cit.*, § 73) crê que a distincção se ha de encontrar na diversidade dos bens que constituem objecto do direito. Mas, que bens devem ser chamados bens publicos e que outros bens privados para o fim de determinar a divisão do direito em publico e privado? Para elle os bens se dividem em duas grandes classes: 1.^o *Bens pessoas*, os quaes, como se applicam a grandes massas de individuos de um modo equal, podem tambem ser chamados *communis ou geraes*; 2.^o *Bens exteriores* (*äussere Güter*), que tambem podem se chamar *exclusivos* ou *especiaes*. Os bens pessoas não se manifestam em objectos exteriores; assim, quanto a elles não pode haver collisão de interesses entre os individuos (a vida, a liberdade). Os bens exclusivos, ao contrario, apresentam-se sob a forma de objectos exteriores e sobre



rém, adoptando a distincção romana, procurou dar-lhe uma base mais profunda. Para elle, no direito publico o *todo* se apresenta como *fin* e o individuo fica em segundo plano; no direito privado o *individuo* é o *fin* e a relação só serve como meio. (10)

Este conceito é admittido por Filomusi-Guelfi (11) e delle se aproximam Dernburg e Cogliolo.

elles pode haver collisão de interesses (a propriedade, as obrigações). Os bens podem ainda ser derivados ou originaes, conforme são creados pela communitate ou inherentes á natureza humana. Isso posto, diz Lehmann: o direito privado contém as normas sobre a conducta dos individuos como particulares em relação aos bens *originaes exteriores*. Ao contrario, pertencem ao direito publico: 1.º as normas sobre os bens pessoaes originaes; 2.º as normas sobre os bens derivados; 3.º as normas sobre a actualidade dos órgãos da communhão relativamente aos bens exteriores.

Concluc o eminente Prof. da Universidade de Marburg: "*direito publico é o complexo das normas sobre os bens pessoaes e derivados; direito privado — o complexo das normas sobre os bens originarios exteriores*". É muito engenhosa a distincção aqui resumida, mas além de muito complicada não explica, por ex., o facto de serem da mesma natureza as regras que punem os attentados á vida e as que punem as violencias contra a propriedade (roubo, damno, etc.). Na revista publicada por Kohler e Berolzheimer — Archiv f. Rechts — u. Wirtschaftsphilosophie, numero de Abril de 1914, procura Ludwig Heerwagen firmar a distincção na existencia ou não de um *momento publico*, o qual não se confunde com o *interesse publico*.

(10) System des heut. röm. Rechts, vol. 1.º. Mas, contra este criterio têm-se elevado objecções, por ser o *fin*, de que trata Savigny, no fundo a mesma coisa que utilidade ou interesse. Vide Regelsberger — Pandekten, § 28 e Filomusi-Guelfi — Enc. cit.

(11) Este auctor (op. cit., pag. 154), aceitando o conceito de Savigny, considera, todavia, o direito publico em um duplo sentido; um mais largo, outro mais restricto. O direito publico, em sentido largo, refere-se ao Estado, quer se considere nos elementos politicos de seu ser, quer nos sociaes. Comprehende assim todas as relações que



Diz Dernburg: (12) «O conceito principal é o seguinte: si para uma norma jurídica é determinante, *em primeiro logar*, o interesse dos particulares, ella é de direito privado: si o bem da collectividade, pertence ao direito publico. O bem da collectividade e o dos individuos estão ligados do modo mais intimo. Si em uma norma jurídica predomina um ou outro, si ella é, pois, de direito publico ou de direito privado, é muitas vezes difficil de determinar.»

Cogliolo (13) assim se exprime: «É talvez mais exacto recorrer em cada disposição á *mens legis* e perguntar o que quiz fazer o legislador: quiz provêr a uma necessidade do povo enquanto organizado ou a uma necessidade de cada pessoa singular? Em toda norma ha utilidade tanto do Estado, como dos particulares; em prescrever que podem fazer-se contractos de venda ha um bem para os contractantes e indirectamente para a sociedade; em prescrever que os

são a base de cada instituto, o organisam e lhe dão forma (vide nota 14 seguinte). O direito publico, em sentido restricto, refere-se á organização do Estado e ao exercicio de suas funcções.

(12) Pandette, vol. 1.º, § 21.

(13) Op. cit., § 9. Na opinião do jurista patrio Dr. João Monteiro (Apud Alves — Leis da Provedoria, pag. 50, nota), «ninguem melhor que o modernissimo e profundo jurisconsulto Cogliolo, na sua Filosofia del Dir. Priv., accentuou a linha divisoria daquelles dois ramos do direito geral.» Clovis Bevilacqua tambem erê que a *mens legis* pode fornecer-nos um criterio para distinguirmos o Direito Publico do Direito Privado (Em defeza do Cod. Civ., pag. 43). Conf. Alves Moreira — op. cit., pag. 7: «O que pode dizer-se é que no direito publico ha sempre, como razão dominante, o interesse colectivo do agregado, do qual participam, como membros delle, todos os associados, e que no direito privado é o interesse individual que eonstitue o fim dos actos que por elle são regulados.»

deputados são nomeados pelo povo ha um bem para a *res publica* e indirectamente para os cidadãos considerados *uti singuli*. O interesse publico e o privado são, pois, correlativos; mas o ser uma lei publica ou privada não depende de ter em mira um interesse de preferencia a outro, porque qualquer norma visa ambos elles, mas de considerar um *antes* do outro. Toda lei util ao Estado é, por consequencia, util ás pessoas; toda lei util ás pessoas é, por consequencia, util ao Estado; faz *jus publicum* a lei, si teve por fim directo a utilidade publica, e, como consequencia, a privada; ao contrario, faz *jus privatum*, si teve por fim directo a utilidade privada e, como consequencia, a publica. É por isso que se deve attender á *mens legis* e não á materia disciplinada e é tambem por isso que em toda instituição de direito civil, as bases fundamentaes são de direito publico.» (14)

Chironi e Abello, (15) que aceitam a distincção ro-

(14) É conhecido o aphorismo de Bacon — “*jus privatum sub tutela juris publici latet.*” Diz Planiol (Traité Elem., vol. 1.º) que os que estudam o direito privado precisam de certas noções de direito publico, o qual domina tudo mais; não tem, entretanto, razão o illustre professor quando affirma que os estudos de direito publico podem dispensar quasi intiramente o conhecimento do direito privado. Basta que se considerem certos principios de direito administrativo e sciencia da administração. Filomusi-Guelfi acha que o direito publico não é apenas a tutela do direito privado, como disse Bacon, mas é tambem a base sobre a qual o direito privado se desenvolve. Vide nota 11 ultima, *in fine* e conf. Trendelenburg-Naturrecht, § 51.

(15) Op. cit., pag. 11. Valverde y Valverde — Tratado de Derecho Civil Español, 1.º vol., 1909, pags. 5-7, aceita as differenças e analogias apresentadas por Chironi e Abello, mas adopta o critério distinctivo de Azcárate, professor em Madrid, o qual faz coincidir o direito privado com o direito substantivo e o publico com o adjectivo.

maná do interesse geral para o direito publico e do interesse particular para o direito privado, accrescentam que os principios que, sendo substancialmente de direito privado, têm, todavia, a sua razão de ser em um fim de utilidade geral, se denominam de *ordem publica*, diferentes dos de direito publico, pois diversa é a condição das pessoas entre as quaes existem as relações por elles governadas. Valverde y Valverde, de accordo com Azcárate, entende que o direito privado regula instituições que não são exclusivamente juridicas, mas ao mesmo tempo sociologicas e economicas, ao passo que as instituições de direito publico são sempre juridicas. Ha neste conceito uma apreciação relativamente verdadeira dos factos, afastando-se, porém, qualquer confusão entre direito publico e direito adjectivo e entre direito privado e direito substantivo.

Reconhecida a necessidade theorica e pratica (16) de manter essa divisão do direito, são ainda hoje aceitaveis as definições de Ulpiano, (17) uma vez que se tomem em consideração os conceitos de Filomusi-Guelfi, Dernburg, Cogliolo e Chironi, que acabam de ser expostos. Assim podem ser afastados os inconvenientes de que ellas se resentem.

Os jurisconsultos romanos designavam como direito publico apenas o *direito do Estado*, com o direito sacro a

(16) Conf. Cogliolo, op. cit.

(17) Vide nota (8) ultima. Em Korkounov — Cours de Théorie Générale du Droit, 1903, pags. 253 e segs. se encontra exposição minuciosa do estado da questão e aguda critica ás differentes theorias e classificações. Não satisfaz, todavia, a distincção que propõe o escriptor russo.



elle pertencente. (18) A systematica moderna, como diz Dernburg, attribue com razão ao direito publico tambem o direito penal, o processo penal, o processo civil e o direito internacional.

O direito publico moderno subdivide-se em:

- 1.º *direito constitucional*;
- 2.º *direito administrativo*; (19)
- 3.º *direito penal*; (20)
- 4.º *direito processual (civil e penal)*; (21)
- 5.º *direito internacional publico*.

O direito privado subdivide-se em:

- 1.º *direito civil*;

(18) Dernburg, loc. cit.

(19) Ha escriptores que não admittem a distincção entre o direito constitucional e o direito administrativo. Assim Gerber — Grundzüge des deutschen Staatsrechts. É ella, porém, adoptada pela maioria dos auctores. Conf. Filomusi-Guelfi, loc. cit.

(20) Não têm razão os escriptores que consideram o direito penal parte do direito privado (Vide Ribas — Dir. Civ. Bras., vol. 1.º, pag. 59 e Bento de Faria — Elementos de Dir. Rom. de Mackeldey, nota 17). Sendo assim, como se justificar a ereação de um *orgão de justiça publica* para a defeza de relações de ordem meramente privada? Conf. Planiol, op. cit., pag. 9. B. de Faria — Revista do Direito, vol. 9, pag. 395 — observa que não considera o direito penal parte do direito privado exclusivamente; seu pensamento é o seguinte: “o direito eriminal muitos consideram como parte do direito publico. Não obstante, participa tanto do direito publico, como do direito privado.”

(21) Planiol (op. cit., pag. 10) afirma que o processo civil não é mais do que um capitulo destacado do direito civil. Conf. Carvalho de Mendonça (J. X.) Tratado de Direito commercial, vol. 1.º, 1910, pag. 23, nota.

2.º *direito commercial*; (22)

3.º *direito internacional privado*.

É do departamento especial do *direito civil* que se occupa este trabalho. O direito civil comprehende as rela-

(22) Ultimamente muito se tem discutido sobre as vantagens e a oportunidade de fundir o direito commercial com o direito civil. O grande commercialista Vivante, que aliás se contenta com a unidade do direito das obrigações, denominou a introdução de seu excellente tratado de direito commercial — “Da unidade do direito privado.” Entre nós, constituiu-se paladino dessa união o eminente Teixeira de Freitas: sustentam as mesmas idéas Carvalho de Mendonça — Das fallencias, 1899; Carlos de Carvalho — Dir. Civ. Bras. recopilado, pags. LI e segs.; Brazilio Machado — Rev. da Fac. de Dir. de S. Paulo, 1897, dos juristas patrios; dos estrangeiros — Cimbali, Puglia, Giaturco, Tortori, Valverde. *Vide* tambem o 1.º volume do magnifico Tratado de Direito Commercial Brasileiro do eminente jurisconsulto patrio J. X. Carvalho de Mendonça, pag. 20 e os auctores ahí citados.

Nas legislações, a fusão se tem operado na Suissa com o Codigo Federal das Obrigações, de 14 de Junho de 1881 e na Inglaterra. A necessidade da separação das duas materias justifica-se conceitual e historicamente. As operações commerciaes, por sua natureza especial, têm necessidade de regras proprias; além disso, como dizem Lyon Caen et Renault, ha instituições especiaes ao commercio, como as bolsas, os bancos, as letras de cambio e até a fallencia (instituto que aliás têm em algumas legislações character civil). *Vide* L. Caen et Renault — *Traité de Droit. Com.*, vol. 1.º, pag. 7, 4.ª ed., 1906. Ainda mais, uma parte do direito commercial, — o direito marítimo, desenvolveu-se independentemente do direito civil.

Goldschmit e Sacerdoti observam que o direito commercial, differentemente do civil, exige uma grande elasticidade de disposições. A chamada precomissão nomeada em 8 de Fevereiro de 1874, para apresentar o plano e o methodo para a elaboração de um projecto de codigo civil allemão, considerou desde logo o direito commercial objecto de uma codificação á parte. *Vide* Planck — *Kommentar*, vol. 1.º, 3.ª ed., 1903 e Hölder — *Kommentar*, vol. 1.º, pags. 6-8. — O projecto Bevilacqua mantém a separação. *Vide* Clovis — *Observações*.



ções entre os individuos, as relações entre estes e as associações particulares, as destas entre si e as entre os individuos ou as associações particulares e as associações publicas, quando são sujeitos de direitos ou de obrigações, do mesmo modo por que o pode ser o individuo. (23)

Como elle abrangê todas as relações privadas, é também denominado *direito commum*, em opposição ao direito commercial, que é um *direito especial* de certa classe de individuos. Alves Moreira faz notar que o direito privado, também chamado *civil em sentido lato*, se divide em civil propriamente dito e commercial. Acrescenta, em seguida: «O legislador, tendo em consideração as necessidades especiaes do commercio, estabeleceu para elle um direito proprio, que tem o nome de direito commercial, o qual representa, relativamente ao direito civil, um direito *singular* ou *especial*.»

O direito internacional privado, que também pode se subdividir em civil e commercial, (24) applica-se ás relações de individuos pertencentes a Estados diversos, por isso governados por leis diferentes. (25)

(23) Chironi e Abello — op. cit., § 3.º do cap. 1.º, parte 1.ª. Observam estes civilistas que as associações publicas, ainda quando funcionam desse modo, têm por objectivo o interesse dos individuos que as constituem, mas, pela capacidade juridica que possuem, podem dar vida a relações, como si fôsem pessoas privadas e então são consideradas como *individuos*.

(24) Conf. Diena — *Diritto commerciale internazionale* — 3 vols. 1900.

(25) Ha escriptores que acham impropria a denominação de direito internacional privado. Os antigos tratadistas designavam pelo



§ 3.º *Direito objectivo e direito subjectivo*

O direito pôde ser considerado sob dois aspectos diferentes. Com effeito, a expressão — direito — é communmente empregada em duplo sentido: objectivo e subjectivo. Esta distincção, hoje adoptada pela quasi totalidade dos es-

titulo — *conflicto das leis* — o ramo da sciencia juridica que se occupa das relações privadas de individuos de paizes differentes. Assim Huber — *De conflictu legum*; Paulo Voet — *De statutis eorumque concursu*; Rodenburgh — *De jure quod oritur ex statutorum conflictu*. Alguns auctores modernos tambem adoptaram a expressão — *conflicto de leis*, como Story — *Conflict of laws*; Wharton — *Treatise on the conflict of laws*. Westlake inscreveu em sua obra publicada em 1858 o titulo — *A Treatise on private international law or the conflict of laws* e Guthrie verteu para o inglês, com esta ultima designação, a parte da obra de Savigny que trata desta materia (Vide Clovis Bevilacqua in *Rev. de Jurisprudencia*, vol. 4.º, pag. 246, 1898). A quasi totalidade dos recentes escriptores dá preferencia ao nome de direito internacional privado. Desse modo A. Pillet, Felix et Demangeat, Weiss, Calvo, Fiore, Bar, Grasso, Contuzzi. Para a critica da denominação *conflicto de leis*, podem ser consultados o "Internationales Privatrecht" de V. L. von Bar e o estudo de Gabba nas "Questioni di diritto civile". Ultimamente vigoroso escriptor italiano — Edoardo Cimbali — propoz "una nuova denominazione del cosiddetto diritto internazionale privato", 1893. Pensa o notavel jurista que a expressão — *direito internacional privado* — não convém absolutamente ao objecto a que se refere, porque desperta no espirito a idéa de relações diversas das de que se occupam os respectivos tratados. Assim, entende que com este termo poderiam ser designadas sómente as relações de ordem privada contrahidas entre Estados, ao passo que as relações, que costumam ser incluídas no direito internacional privado, poderiam ser intituladas — *o direito privado universal do estrangeiro*. Apesar dos louvores de auctoridades da ordem de Gabba, não satisfaz a innovação de Cimbali, por não abranger todo o campo do direito internacional privado. Vide a respeito o art. cit. de C. Bevilacqua.



criptores allemães e por alguns italianos e francezes, (1) tanto se applica ao direito privado como ao direito publico. (2)

(1) Vide von Thering, *Der Kampf um's Recht*, 10.^a ed., 1891, pag. 4; L'esprit du droit romain; Regelsberger — *Pandekten*, §§ 9 e 14; Windscheid — *Pandekten*, 37; Dernburg — *Pandette*, §§ 19 e 39, *Bürgerliches Recht*, § 41; Crome — *System*, § 13; Endemann, §§ 7 e 14; Cosack — *Lehrbuch*, § 14; Lchmann-Stobbe — *Privatrecht*, § 76; Gierke — *Privatrecht*, § 27; Unger — *System*; Hölder — *Pandekten*; Kühlenbeck — *Von den Pandekten zum B. G. B.*; Chironi — *Trattato*; Gabba — *Teoria della retroattività delle leggi*, 2.^a ed., pag. 193; Pacifici-Mazzoni — *Istituzioni*, pag. 1 e nota (b) de Venzi; Filomusi-Guelfi — *Enciclopedia*, §§ 1, 5 e 6; Fadda e Bensa — *Notas a Windscheid*; Capitant — *Introduction*, cit., pags. 1-3; Planiol — *Traité*, vol. 1.^o, pag. 1. Este ultimo auctor adopta a distincção, sem comtudo empregar os termos consagrados. Duguit escreve: "Droit objectif et droit subjectif: ces expressions, dont on a usé et abusé ne nous plaisent qu'à demi; nous les employons cependant, parce qu'elles sont commodes; il suffit de s'entendre sur le sens qu'on leur donne". (Op. cit., pag. 20). Ribas (*Curso de Direito Civil Brasileiro*, vol. 1.^o, pag. 40) divide tambem o direito em objectivo e subjectivo. Gabba (loc. cit.) afirma que, "seja qual fôr o juizo que se queira formar acerca de taes expressões, não ha duvida que a distincção referida não só é verdadeira, mas tambem é uma premissa indispensavel da theoria da retroactividade das leis."

(2) Alguns auctores, á frente dos quaes se acha Gerber, têm negado que na esphera do direito publico existam direitos subjectivos pertencentes a outra pessoa que não o Estado; mas é esta uma theoria já quasi abandonada e os mais recentes escriptores admittem a existencia de outros direitos subjectivos publicos. Vide especialmente Jellinek, *System der subjektiven öffentlichen Rechte* e Filomusi-Guelfi (discurso in commemorazione di Silvio Spaventa). Comp. comtudo, o conceito de Kraing — Pfaff, *System des oest. allg. Privatrechts*, vol. 1.^o, 1905, pag. 7. A Constituição Brasileira reconhece a nacionaes e estrangeiros a igualdade dos *direitos civis* e só aos nacionacs confere o gozo de *direitos politicos*; é claro que no primeiro caso se trata do *direito privado subjectivo* e no segundo de *direito publico subjectivo*.

Conforme foi anteriormente exposto, (3) a vida em sociedade exige o sacrificio de parte da liberdade de cada individuo; esta restricção da actividade humana é regulada por normas de conducta, dotadas do character de uma possibilidade de coacção, directa ou indirecta, e ora é imposta em beneficio da collectividade, ora aproveita aos outros associados, singularmente considerados. Observadas as prescrições de taes normas, pode-se desenvolver livremente a acção do individuo. A este, não só é facultado exigir respeito aos seus actos assim praticados, mas tambem requerer dos outros o cumprimento do que em seu proveito é determinado pela norma de conducta.

O conjuncto dessas normas constitue o *direito objectivo* e a facultade de agir, dentro dos limites traçados por ellas, é o *direito subjectivo*.

Direito, no sentido objectivo, é, pois, o complexo das regras estabelecidas pelo Estado, a vida regularisada pela lei; (4) direito, no sentido subjectivo, é a applicação concreta da regra abstracta aos interesses reconhecidos a uma pessoa (in eine concrete Berechtigung der Person). (5)

(3) Vide § 1.º

(4) A palavra lei é aqui empregada em sentido lato, como norma ou regra de direito. Vide § 1.º do capitulo seguinte.

(5) Von Ihering — Der Kampf um's Recht, pag. 4. Emprega-se ordinariamente a expressão "faculdade de agir" como synonyma de direito subjectivo, entretanto ha na tradição juridica alguns casos de opposição entre *direito subjectivo* e *faculdade*. Vide a respeito a monographia de Bolchini "I diritti facoltativi e la prescrizione", 1799. Von Ihering, em sua bella obra acima referida, sustenta que a lucta contra a violação consciente de nosso direito privado é um dever do



Diz Dernburg (6) que o direito objectivo está para o direito subjectivo como a *grammatica* está para a lingua. Regelsberger, (7) quando affirma que os direitos repou- sam inteiramente sobre a base do direito, mostra as relações que existem entre os dois sentidos da palavra direito; isto é, que os *direitos* (sentido subjectivo) devem ser reconhe- cidos pelo *direito* (sentido objectivo). (8) Com isso, po- rém, não se quer dizer que os *direitos* são creados pelo *direito* e sim que são por elle declarados e determinados. (9)

titular para consigo mesmo é egualmente um dever para com a colle- ctividade. Mas observa Dernburg com acerto que o ponto, até onde se deve empregar a defeza contra a lesão, é determinado pela razão pratica e não pela ethica. Assim, o sabio que, em vez de fazer pro- gredir a sciencia, perde o seu tempo em questões e demandas; o in- glês que viaja (refere-se Dernburg ao proprio exemplo de Ihering), e, por excesso de alguns florins na conta, demora semanas inteiras para rehavel-os, com desperdicio de tempo e dinheiro, nenhum louvor merecem, muito embora o procedimento de um e de outro se justifique pela comprehensão que têm do dever de defender os seus direitos.

(6) Bürgerliches Recht, § 41.

(7) Pandekten, pag. 57: "Die Rechte ruhen sämtlich auf dem Boden des Rechts".

(8) Emprega-se ordinariamente a palavra *direito* no singular de referencia ao direito objectivo e no plural para exprimir o direito subjectivo.

(9) Dernburg — Pandette, vol. 1.º, pag. 101, diz que os direitos em sentido subjectivo existiram historicamente muito antes que se tivesse desenvolvido o Estado consciente de si. Elles se fundavam na personalidade dos individuos e na consideração que elles sabiam adqui- rir, com a lucta e com a violencia, para a sua pessoa e para os seus bens. Só mediante abstracção poude-se, gradualmente, da visão dos direitos subjectivos existentes, obter o conceito da ordem juridica. É, portanto, um conceito contrario á historia e inexacto o de que os di- reitos, em sentido subjectivo, não passam de emanação do direito, em

A natureza do direito subjectivo, escreve Gierke, (10) resulta de sua relação com o direito objectivo; um e outro se completam; são apenas dois lados do mesmo phenomeno. O conceito do direito em sentido objectivo é inteiramente simples e incontestado, como escreve Kuhlenbeck; (11) elle é a somma das normas de direito.

Entretanto, o conceito do direito subjectivo, que Bekker (12) considera a pedra angular de todo o edificio juri-

sentido objectivo. A ordem juridica modela e garante os direitos, em sentido subjectivo, porém não os crea. Conf. tambem o § 41 do Bürgerliches Recht. De modo identico se exprime Crome—System, vol. 1.º, pag. 65: Geralmente se diz que os direitos dos individuos resultam das normas de direito; mas isso é um erro. A verdade é que um não pode existir sem o outro; não pode, porém, dizer-se que um se origina do outro.

(10) Privatrecht, vol. 1.º, § 15. No direito antigo as relações e a distincção entre os direitos subjectivos e o direito objectivo não eram comprehendidas com sufficiente clareza e, conforme referem Crome e Gierke, eram confusamente tratados os direitos dos particulares e as regras juridicas. Viam-se então classes inteiras de regras juridicas incluídas na esphera dos direitos, ao passo que muitos destes appareciam revestidos da forma daquellas. Hoje a differença é estabelecida com nitidez, especialmente pelos civilistas e pandectistas allemães, sem contudo se perder de vista a unidade do pensamento juridico, pois a sciencia do direito tem por objecto o direito tomado em seus dois sentidos.

Filomusi-Guelfi (op. cit., § 1.º) expõe, por meio de uma formula muito simples, a differença entre os dois significados da palavra *direito*. Diz elle: quando affirmo que *o direito me dá a faculdade de testar*, fallo do direito no sentido de lei (objectivo); quando, porém, digo que *a lei me dá o direito de testar*, emprego a palavra direito no sentido de faculdade (subjectivo).

(11) Loc. cit.

(12) Pandekten, § 18, pag. 46.

dico, para a doutrina moderna, continua a ser objecto de estudo e de grandes discussões. (13)

Na exposição do direito civil brasileiro cumpre considerá-lo sob seus dois aspectos; mas, como os direitos (sentido subjectivo) são reconhecidos e determinados pela norma de direito (sentido objectivo), deve ser esta examinada em primeiro lugar — em suas fontes, natureza e campo de acção, quanto ao tempo e quanto ao espaço. Com effeito, os capitulos seguintes da Parte Primeira são dedicados ao *direito civil objectivo* vigente no Brasil. Costuma-se dividir o direito civil objectivo em direito substantivo, preceitual, theoretico, ou material e direito adjectivo, processual, pratico ou formal. A distincção tem importancia perante o nosso direito constitucional, porquanto o direito substantivo é federal e o direito adjectivo compete ás assembléas legislativas dos Estados. Embora o primeiro seja direito privado e o segundo direito publico, nem sempre é possível uma separação nitida e rigorosamente logica, tendo por essa e por outras razões soffrido severa critica o preceito constitucional, como se poderá lêr, entre outros, no livro de J. X. Carvalho de Mendonça, vol. 1.º, pags. 116 e segs. Aqui só nos occupamos do direito civil substantivo, que é direito privado. Uma vez expostos os principios do *direito civil objectivo*, devem então considerar-se *os direitos* que elle regula. A diversidade desses direitos impede que sejam tratados englobadamente. Dividem-se em classes que, por terem principios que lhes são proprios, são consideradas sepa-

(13) Vide Cap. I, § 1.º da Parte Segunda.

radamente. Em todo caso, ha certas regras communs a todos os direitos civis; d'ahi a necessidade de uma *Parte Geral*, em que sejam elles estudados em sua natureza e elementos, quanto ao seu nascimento e extincção, exercicio e defeza.

É do que se occupa a Parte Segunda deste volume. (14)

(14) Sobre a classificação dos direitos civis, vide Parte 2.^a, Capitulo I, § 1.^o.



PARTE PRIMEIRA

DO DIREITO OBJECTIVO

CAPITULO I

Do direito objectivo e de suas fontes

§ 1.º Das fontes do direito objectivo.

§ 2.º Da fonte immediata — a lei.

§ 3.º Das fontes mediatas — a) os costumes; b) os principios geraes do direito; c) o direito romano; d) o direito das nações cultas.

§ 1.º *Das fontes do direito objectivo*

Determinado o conceito do direito objectivo, como o conjunto das normas de conducta, que tornam possível a co-existencia social (1) e assignalados, como foram, os limites, o campo de acção e a natureza do direito civil, (2) é claro que o direito civil objectivo vem a ser o conjunto das normas, que se destinam a regular as relações dos individuos entre si ou com as associações particulares e com

(1) Vide § 3.º das Noções fundamentacs.

(2) Vide pags. 39 e 40.



as publicas, particularmente consideradas, e as d'aquellas entre si ou com estas. (3)

Quaes são as fontes de taes normas, isto é: qual a sua origem, quaes os modos da sua formação, os órgãos que as elaboram?

Quaes as suas especies?

São questões que não podem ser respondidas de um modo geral e absoluto. (4)

(3) Sobre a natureza e as especies das relações reguladas pelo direito civil, vide § 1.º do Cap. I da Parte Segunda. O projecto Bevilacqua delimitava o campo por elle regulado, nos termos seguintes: "Art. 1.º *Este código reconhece e regula: 1.º Os direitos e deveres das pessoas naturaes entre si, como membros de uma familia; 2.º Os direitos e obrigações das pessoas naturaes e juridicas em relação aos bens*". A commissão revisora conservou essa disposição, mencionando tambem *as relações das pessoas juridicas entre si*. Em sua phase posterior o projecto manteve a mesma determinação, salientando sempre que tanto se applica ás pessoas naturacs, como ás juridicas. Já o projecto Coelho Rodrigues encerrava preceito identico. Mas tem razão o Senador Ruy Barbosa, não só quando julga dispensavel a especificação de pessoas naturaes e juridicas, porquanto em direito a expressão generica *pessoas* abrange as duas especies, mas tambem quando afirma: "não sei porque esse texto; nem o cod. civ. francês, nem o português, nem o hespanhol, nem o chileno, nem o argentino, nem o italiano, nem o montenegrino, nem o allemão, nem o anteprojecto do cod. civ. suiso encerram disposição semelhante." (Vide vol. 1.º dos Trabalhos da Com. especial do Senado, pags. 30-32). O Código Civil firmou a seguinte disposição preliminar: Art. 1. Este Código regula os direitos e obrigações de ordem privada concernentes ás pessoas, aos bens e ás suas relações.

(4) Escreve o Prof. Landucci (Trattato teorico pratico di diritto francese-italiano di Zachariæ — Aubry et Rau — Landucci, vol. 1.º, pag. 27, nota (1):) "Ainda que fallemos de um modo geral, temos aqui de nos limitar ás fontes do direito positivo nos povos constitucionaes modernos, aos quaes pertence a Italia; de outro modo, entraríamos em



Deve-se attender ao gráo de civilisação dos povos cujo direito se estuda e, no mesmo povo, ás diferentes phases de sua cultura.

Cumpre observar com Savigny (5) que as fontes do

uma investigação philosophica inoportuna: ou se trataria do direito em si e a sua ultima base é a consciencia pópular, ou do direito positivo em geral, e as suas fontes variam ao infinito, conforme o tempo, o gráo de civilisação e a organisação politica". Do mesmo modo se exprime Dernburg (Deutsches Privatrecht, vol. 1.º, pag. 62): "Não é possível dar a mesma resposta, em relação a todos os povos e a todos os tempos, á pergunta — que é fonte do direito? isto é — que é que tem o poder de crear o direito em sentido objectivo? Pode-se fazel-o, entretanto, em uma mesma epoca, para todos os ramos do direito de especie semelhante". Conf. Coviello — Manuale, 1910, pag. 34. Cogliolo (op. cit., § 4.º), estudando philosophicamente as fontes do direito, isto é, "os órgãos sociaes, dos quaes immediatamente deriva o direito," aponta quatro especies: 1.º a *sententia judicis*, que é chronologicamente a primeira fonte do direito, pois quando ainda não existem leis e costumes, existem as sentenças dos chefes respeitadas; 2.º a *consuetudo*, fonte principal da maior parte das normas juridicas de todo povo antigo; 3.º a *lex*, a fonte por excellencia do direito nas sociedades desenvolvidas; 4.º a *obra dos juristas*.

(5) Sistema, trad. ital. de Scialoja, vol. 1.º, pag. 40. Já vimos que o direito subjectivo não é creação do direito objectivo. As normas de direito reconhecem e determinam as relações juridicas, mas não nas produzem. (Vide §§ 1.º e 3.º das Noções fundamentaes).

As fontes do direito objectivo são as formas que elle assume em sua realisação (Filomusi-Guelfi), ao passo que as fontes do direito subjectivo vêm a ser os factos que produzem as relações juridicas entre as pessoas. Escreve Coviello — Manuale cit., 1910, pag. 34: "*I mezzi con i quali si stabilisce la norma giuridica si dicono fonti del diritto, le quali perciò vanno distinte dalle fonti dei diritti soggettivi, come sono i negozi giuridici in generale, e i contratti in special modo.*" Comp. Valverde — Trat. cit., pag. 71. Vide Chironi — op. cit., pag. 23, nota (1). Sobre as differentes accepções da palavra *fonte* pode-se ver Cogliolo, loc. cit. e Gareis — Encyclopädie, § 9.

direito (objectivo) não se confundem com as fontes das relações jurídicas (direito subjectivo). Das fontes do direito objectivo distinguem-se também as fontes historicas da sciencia juridica. (6)

As fontes do direito civil moderno são, porém, as mesmas em quasi todos os povos. Os Estados constitucionaes, estabelecendo o principio da chamada divisão dos poderes, têm attribuido a órgãos especiaes a função de elaborar as normas de conducta das pessoas que estão em seu territorio. Assim, em taes prescrições encontra o direito objectivo a sua fonte directa e immediata. Mas, além dessas prescrições, ha certas regras, que, embora não elaboradas pelos órgãos constitucionaes competentes, têm comtudo sido applicadas constantemente e ás vezes coactivamente impostas, tal a convicção popular de sua necessidade e o reconhecimento de seu valor juridico, por parte dos órgãos en-

(6) Estes dois conceitos, diz Savigny, são de todo independentes um do outro e é um simples acaso si em algum ponto coincidem. No mesmo sentido Planiol, que distingue as fontes historicas das fontes productoras ç, entre nós, Candido de Oliveira (Legislação comparada, pag. 44) e Ribas (loc. cit.) A distincção pode ser claramente estabelecida: — as fontes do direito produzem os preceitos actualmente em vigor: as fontes historicas são as regras e as instituições que contribuíram para a formação do direito vigente e para a constituição dos principios geraes do direito. As Ordnações Philippinas são ainda hoje fontes do direito civil brasileiro, ao passo que são fontes historicas do direito civil português. As compilações Affonsina e Manuelina são apenas fontes historicas da sciencia do direito civil brasileiro e do português (C. de Oliveira loc. cit.). Um escriptor italiano recente — Brugi — estuda as fontes historicas, attribuindo-lhes o caracter de fontes mediatas do direito objectivo (Ist. di dir. civ. ital. 1907, pag. 6).



carregados da applicação do direito. Ainda mais, ha certos principios constituídos pela sciencia do direito, regras syntheticas a que chegaram os cultores da jurisprudencia, depois de um estudo analytico das normas de conducta adoptadas em todos os tempos, os quaes, por sua evidencia, muitas vezes deixam de ser expressos na lei (*stricto sensu*) e outras vezes são observados, quando ella é omissa.

As fontes do direito civil moderno são, pois, — a lei — emanação do poder constitucional competente, — os costumes — directamente derivados da consciencia popular e — os principios geraes do direito, — obra da technica juridica. (7)

D'essas fontes á primeira costuma-se chamar — fonte immediata e ás outras — fontes mediatas. (8) Auctores ha que, ás fontes aqui indicadas, acrescentam outras, mas o

(7) Muitos civilistas modernos indicam como fontes do direito civil objectivo apenas — a lei e os costumes. Assim Liebe — Bürgerliches Recht, vol. 1.º, § 3.º; Crome — System; Pacifici-Mazzoni — op. cit.; Planiol — Traité élémentaire; Bensa — Compendio d'introduzione allo studio delle scienze giuridiche, pag. 35; Endemann — Lehrbuch; Gierke — op. cit. §, 7.º; Gianturco — Ist. § 2.º; Coviello — loc. cit.

(8) Filomusi-Guelfi (op. cit.) apresenta como formas fundamentaes e d'ahi fontes primarias do direito objectivo o costume e a lei, acrescentando que a estas duas formas immediatas do direito se liga tambem o direito, que é elaborado pela sciencia; mas, como diz Landucci, nos povos modernos a fonte mais copiosa e mais importante é a lei; as outras são secundarias e valem quando a lei falta ou é insufficiente. Por isso a efficacia do uso é muito restricta e disputada e, ainda mais, incerta ou, melhor, indeterminada é a dos principios geraes do direito. Para Valverde y Valverde — Trat. de Dir. Civ. Español, 1.º vol., 1909, pag. 71, são fontes directas a lei, os costumes, a jurisprudencia e os principios geraes do direito; e fontes indirectas o direito comparado, o direito historico em sua parte civil e as presumpções.



fazem em virtude de uma confusão de idéas; apresentam como fonte o que é modo de aplicação e de interpretação do direito. (9)

(9) Alguns civilistas, em vez dos *princípios geraes* do direito, dão como fonte do direito objectivo, ao lado da lei e do costume,— a jurisprudencia dos Tribunaes. Vide Dernburg — Pandette, vol. 1.º, § 29 e Deutsches Privatrecht, § 21. Entendem Chironi e Abello que as fontes do direito são: *a*) a lei propriamente dita (unica fonte immediata; *b*) o costume; *c*) a auctoridade das sentenças proferidas pelos magistrados; *d*) os principios geraes de direito; *e*) a equidade. Quanto á jurisprudencia dos Tribunaes, diz Cogliolo que hoje não pode mais ser considerada como fonte de normas juridicas, porquanto si a sentença do juiz *facit jus inter partes*, em relação a terceiros não tem effeito immediato e muito menos crea direito. Com effeito, quando o juiz resolve uma controversia, applica o direito pre-existente, interpreta as regras juridicas, tanto as propriamente legais, como as consuetudinarias e scientificas, mas não estabelece uma nova norma de conducta. Si um caso julgado tem importancia para os outros casos a se julgarem, não é por ter aquelle creado uma regra a que estes tenham de se submeter, mas a solução dada é tida como a verdadeira interpretação do direito vigente. Assim é que apesar do caso julgado, podem os Tribunaes se pronunciar de modo diverso em casos identicos, reconhecendo, depois de um exame mais minucioso, de uma discussão mais ampla, que a decisão anterior não interpretava o verdadeiro espirito da lei. Entre nós é um exemplo memoravel o de um membro distincto do Supremo Tribunal Federal, Dr. Macedo Soares, que, tendo-se pronunciado contra a constitucionalidade dos impostos lançados pelos Estados sobre a exportação inter-estadual, reconheceu, depois da brilhante discussão entre os Drs. Ruy Barbosa e Amaro Cavalcanti, que não era essa a verdadeira interpretação constitucional, levando, assim, o Tribunal a decidir em sentido opposto. Diz Landucci (loc. cit.): “Uma vez que nos povos constitucionaes o juiz não pode nunca se substituir ao legislador, por não se confundirem os officios precisamente distinctos do poder legislativo e do judiciario, segue-se que a jurisprudencia não pode ser numerada entre as fontes do direito positivo. Por isso o Cod. Civ. francês no Art. 5.º de seu titulo preliminar diz que é prohibido ao juiz pronunciar-se nas causas que



As fontes do direito civil brasileiro em vigor também se dividem em — immediata e mediatas — A unica fonte immediata é a lei; (10) mas as fontes mediatas são actual-

lhes são submettidas, em forma de disposição geral e de regulamento». Este principio não se torna necessario em um Código Civil, porquanto se acha implicitamente contido nas disposições de direito publico sobre a divisão dos poderes e a determinação de suas funções. Poude dizer Ferrara: «O systema de confiar ao juiz uma cooperação na produção do direito não é, por si, illogico ou impossivel, porque nenhuma difficuldade temos em declarar que havendo no juiz uma poderosa personalidade, conscia do valor de sua missão, a regulamentação das relações funciona tão bem com elle como com o regimen legislativo... A nossa organização constitucional, porém, firma-se sobre o dogma da divisão dos poderes: produção do direito e applicação são confiadas a órgãos distinctos.» In *Jurisprudentia*, Revista Bahiana, vol. 1.º, pag. 441. *Vide* na mesma Revista o artigo do Cons. Filinto Bastos sobre a Interpretação Judiciaria, que, até certo ponto, se afasta da theoria classica. Sobre o assumpto é muito importante o movimento innovador nos ultimos annos, especialmente da denominada *escola do direito livre*. *Vide* especialmente: Geny — Science et Technique en droit privé, 1914; Stampe — Die Freirechtsbewegung, 1911; Kantaorviev — Rechtswissenschaft und Soziologia, 1911; Spiegel — Gesetz und Recht, 1913. O Cod. Civ. suiso no art. 1.º attribue ao juiz amplos poderes, quando prescreve: «A défaut d'une disposition légale applicable, le juge prononce selon le droit coutumier et, à défaut d'une coutume, selon les règles qu'il établirait s'il avait à faire acte de législateur». É, até certo ponto, a consagração legislativa da doutrina do direito livre. Sobre o assumpto *vide* Capitulo seguinte, § 3.º — *Da integração das normas de direito e da analogia juridica*.

Quanto á equidade, é o proprio Chironi que reconhece, não pode ser applicada senão nos casos em que a lei expressamente a admite e então, como a analogia, é um modo de applicação da lei. *Vide* Landucci — loc. cit.

Landucci, ás fontes enumeradas no texto, acrescenta como subsidiarios: a jurisprudencia, a analogia e a equidade, reconhecendo, porém, que só têm valor como applicação ou interpretação das fontes do direito.

(10) A palavra *lei* é aqui empregada para designar todos os actos que constituem a legislação nacional.



mente (até 31 de Dezembro de 1916), além *dos costumes e dos princípios geraes do direito, o direito romano e o direito das nações cultas.* (11)

(11) O direito romano é hoje considerado fonte historica da sciencia do direito. Entre nós, porém, é ao mesmo tempo fonte historica da sciencia do direito e fonte do direito objectivo, em virtude do que dispõe a lei de 18 de Agosto de 1769, ainda em vigor, como determina o Art. 83 da Constituição Federal, que se refere “às leis do antigo regimen, no que explicita ou implicitamente não fôr contrario ao systema de governo firmado pela Constituição e aos principios nella consagrados.” A mesma lei considera fonte do direito os codigos modernos, que devem ser preferidos ao direito romano, tratando-se de materias politicas, economicas, mercantis e maritimas; quanto ao direito canonico perdeu este caracter *ex-vi* do dec. n. 119 A. de 7 de Janeiro de 1890 e Art. 72, § 7.º da Constituição. O projecto Bevilaqua admittia como fontes mediatas do direito “a jurisprudencia assentada e a praxe forense”, ás quaes destinava o papel de supprir as lacunas da lei” (Art. 8.º) e declarava ainda que nos casos omissos seriam applicadas “as disposições reguladoras dos casos analogos e, na falta destas, os principios que se deduzem do espirito da lei” (Art. 13). Desde logo, porém, se observou, com razão, que, ainda quando se queira considerar a jurisprudencia como fonte do direito, ha de se reconhecer que “a praxe forense não pode supprir lacunas de uma lei civil, mas de lei de processo”. Vide Parecer do Dr. Duarte de Azevedo. Este mesmo jurista observa que a preferencia estabelecida no Art. 13 das disposições sobre *casos analogos aos principios deduzidos do espirito da lei*, para se regularem os casos omissos é impraticavel e injuridica. No projecto revisto, depois de se declarar que o juiz não pode recusar-se a decidir as causas submettidas ao seu conhecimento, sob pretexto de silencio, obscuridade ou dubiedade da lei, substituiu-se o Art. 13 do projecto primitivo pelo seguinte: “Art. 13. Nos casos omissos applicam-se as disposições reguladoras dos casos analogos e, na falta destes, os principios geraes do direito”. Pretendeu-se constituir assim a analogia e os principios geraes do direito fontes mediatas do direito civil, mas é claro que a analogia não é mais do que a extensão de um certo principio legal a casos não previstos; é um modo de applicação da lei, e não fonte do direito. Essas disposições foram conservadas no projecto em sua phase actual (Arts. 5 e 7)



O código Civil brasileiro, porém, estatue no art. 7 da Introdução: «Applicam-se aos casos omissos as disposições concernentes aos casos analogos e, não os havendo, os principios geraes de direito.» Não se segue dahi que os costumes tenham deixado de constituir fonte do direito patrio; (12) mas o direito romano e o direito das nações cultas não terão mais esse character, no dominio do Código Civil.

e se inspiraram no Código Civil italiano, Art. 3.º O Código Civil brasileiro adoptou-as no art. 7 da Introdução.

(12) Vide sobre a efficacia do direito consuetudinario, perante o Código civil brasileiro, as paginas seguintes em que se trata do costume.



§ 2.º *Da fonte immediata* — A LEI

A lei (1) é nos povos modernos a fonte principal do direito, é a unica fonte directa e immediata; (2) só na ausencia de lei ou quando ella é omissa têm valor as outras. Diz com razão Filomusi-Guelfi que «o povo acha sua perfeita organização juridica no Estado.» O Estado, que representa do modo mais perfeito a *consciencia juridica de um povo*, dicta como norma obrigatoria o direito positivo.

(1) A palavra *lei* em sua acepção juridica mais ampla equivale a norma de direito e neste sentido toda a fonte do direito é lei. É este o uso que da expressão *Gesetz* (lei) faz o Codigo Civil allemão, como expressamente o declara o Art. 2.º da lei de introdução: «Lei (*Gesetz*), no sentido do Codigo Civil e desta lei, é toda a norma de direito (*jede Rechtsnorm*).» Tem este artigo, pois, uma significação terminologica, mas, ainda assim, deixa á sciencia juridica a determinação do conceito de norma de direito (Planck — *Bürgerliches Gesetzbuch*, pag. 15). Em acepção menos ampla, abrange todos os actos que constituem o direito positivo (escripto) de um povo; em sentido restricto e proprio limita-se a significar o acto emanado do órgão que pela Constituição do Estado tem o poder de crear e abolir normas de conducta. Vide Unger — *System* — vol. 1.º, § 20.

Quando se falla em *lei*, como fonte do direito, pretende-se ordinariamente exprimir não só a lei propriamente dita, mas tambem os outros actos que constituem o direito positivo. Neste paragrapho trata-se em primeiro logar da lei *stricto sensu* e depois dos outros actos a ella mais ou menos equiparados, especialmente dos que constituem a *legislação civil brasileira*.

(2) Schlossmann — *Der Vertrag*, pags. 169 e 185 — nega á lei a qualidade de fonte do direito, mas, como diz Windscheid (Pandekten, § 14, nota (1), refere-se elle, não ao «direito positivo vigente», mas ao direito «propriamente dito», que se funda sobre o reconhecimento espontaneo e o desenvolvimento dos principios da justiça. O que é interessante é que Schlossmann quer dar vigor positivo a *este direito propriamente dito*.

«Este direito positivo, que é determinado expressamente pelo Estado e que deve valer como norma obrigatoria sobre todos os cidadãos, é a lei.» (3) Não é possível determinar a priori quaes os órgãos que nos Estados modernos têm competencia para produzir leis, porquanto isso depende da constituição de cada um; pode-se, entretanto, afirmar com P. Cogliolo que fazer leis pertence, não a um individuo ou a todos juntos, mas á *constitutio populi*, isto é, ao Estado enquanto se apresenta sob a forma de um poder publico.

Nem sempre foi este o conceito da lei. (4) Só nos tempos modernos se chegou a considerar a lei como a *fonte juridica que produz normas geraes* (5) *de conducta e reside*

(3) Filomusi-Guelfi, op. cit., § 23. Vide tambem Cogliolo — op. cit. Escreve este civilista: «Os povos modernos civis estão hoje todos de accordo em dar ao povo a faculdade de fazer as leis; não ao povo considerado como a somma de todos os habitantes, mas constituido em uma representação, que ordinariamente é o Parlamento». Para Windscheid, lei é a declaração emanada do Estado de que alguma coisa será direito (loc. cit.). Diz Crome (System) que a lei é a determinação expressa da auctoridade do Estado sobre o que deve ser direito. Conf. tambem Endemann — Lehrbuch — § 8; Gierke — op. cit., § 18.

(4) Nas sociedades primitivas a lei era considerada uma parte da religião (Fustel de Coulanges — Cité antique; Summer-Maine — Ancien droit), como se pode vêr pelas cerimonias religiosas de que era cercada. Todo o direito indiano se acha nos livros sagrados, diz-nos Cogliolo, citando Maine. Nos tempos do imperio romano e nas monarchias absolutas era a lei feita pelos reis e imperadores. Tanto em um como em outro caso considerava-se a lei — emanação da divindade, a vontade divina inspirada aos homens. A philosophia cartesiana reputava-a uma criação da razão pura. É celebre a theoria de Rousseau do contracto social, pelo qual os homens, sahindo do estado de natureza, formaram a sociedade, sendo a lei — o preceito estatuido por todo o povo sobre todo o povo.

(5) Escreve Cogliolo: «é essencial ao conceito da lei que o seu



no poder publico designado pela constituição de cada povo. (6)

No estudo da lei como fonte do direito civil brasileiro temos de contemplar:

- I. a formação da lei;
- II. as varias especies de leis;
- III. os actos que constituem a legislação civil brasileira.

conteúdo seja uma norma geral, isto é, se applique a todos os cidadãos ou a uma categoria delles; preceitos pessoaes, privilegios individuaes, são contrarios á natureza do instituto juridico, porque não são normas de conducta social. A existencia do *jus singulare* não contradiz ao principio exposto, porque o direito singular (como o *jus militum*) é singular relativamente a um outro mais commum; mas philosophicamente lhe é identico, porque encerra *normas geraes*.” É classico o principio que a lei contem um preceito universal. Segundo Aristoteles a lei é universal e falla universalmente. No direito romano *Lex est commune jussum populi, commune praeceptum* (Vide Filomusi-Guelfi — op. cit., pag. 71). Um escriptor recente, porém, Landand, sustentou que a universalidade do preceito não é essencial á lei, mas que podem existir leis com preceitos individuaes. Para outros as leis com preceitos individuaes são leis formaes (Apud Filomusi-Guelfi — loc. cit.). Para Chironi e Abello (loc. cit.) tambem a lei é *a norma commune obligatoria*. Landucci (loc. cit.) começa sua definição de lei do mesmo modo que Abello e Chironi. Pacifici-Mazzoni e os escriptores francêses em geral (conf. Planiol, Baudry-Lacantinerie e Hue) não declaram expressamente que o preceito legal deve ser commum. Um escriptor francês, dotado de espirito vigoroso e original — Léon Duguit, sustenta que a regra de conducta é social por seu fundamento, mas individual em sua constituição e em sua applicação. Não é individual, porque se applique a um só individuo, mas porque é pensada e querida pelos individuos e a elles se applica. O notavel Prof. francês repelle os conceitos de consciencia social, convicção juridica da communnidade, etc., chegando, entretanto, aos mesmos resultados que obtêm os que admittem idéas oppostas.

(6) Cogliolo (loc. cit.). A formula ahi apresentada é, com ligeiras modificações, a mesma de Cogliolo.



I. DA FORMAÇÃO DA LEI

A auctoridade publica, a quem compete o poder de legislar, é determinada pela Constituição de cada Estado; esta materia pertence, portanto, ao direito publico; mas algumas noções dos principios constitucionaes são indispensaveis, no estudo da lei, como fonte do direito civil, para se chegar ao conhecimento das condições de sua validade, de sua força obrigatoria e de sua applicação aos casos occorrentes. Na formação da lei ha tres *phases* ou tres *momentos* essenciaes: a *elaboração* ou *formação propriamente dita*, a *promulgação* e a *publicação*. (7) Prescreve a Constituição Brasileira que o poder legislativo é exercido pelo Congresso Nacional, que se compõe de dois ramos — a Camara dos Deputados e o Senado, com a sancção do Presidente da Republica. (8) Compete a elaboração da lei ao Congresso Nacional. Exceptuados alguns casos especiaes, (9) os projectos de lei podem ser iniciados em qualquer

(7) Essas tres phases da existencia da lei se encontram em todos os povos constitucionaes. Conf. Chironi, op. cit., pag. 24; Zachariæ-Aubry-Rau-Landucci, op. cit., pags. 230 e 237.

(8) Art. 16. Conforme diz João Barbalho (Commentarios, pag. 63) ha na Constituição Brasileira quatro casos em que se prescinde da sancção: — 1.º o do Art. 4 (incorporação, subdivisão e limites dos Estados); 2.º a prorogação das sessões do Congresso; 3.º o adiamento das mesmas; 4.º a reforma da Constituição (Arts. 17, § 1.º e 90, § 3.º). Conf. a Const. Argentina (Arts. 36 e 86, n. 4); Const. Americana (secção 1.ª, n. 1 e secção 7.ª, n. 2).

(9) Compete exclusivamente á Camara dos Deputados a iniciativa: 1.º do adiamento da sessão legislativa e de todas as leis de impostos,



dos ramos do Congresso, e, uma vez ali adoptados, serão submettidos ao outro; si este os approvar remettel-os-á ao Presidente da Republica, que, acquiescendo, os sancionará e promulgará. (10)

Com a approvação do outro ramo do Congresso fica a lei elaborada, dependendo, entretanto, da sancção presiden- cial para poder passar ás outras phases. (11) Com a sancção está completa e perfeita a lei; mas para se tornar obriga- toria deve ser primeiramente *promulgada* e *publicada*. A *promulgação* é, como já se viu, o segundo momento da lei.

das leis de fixação de forças de terra e mar, da discussão dos pro- jectos offerencidos pelo poder executivo e a declaração da procedencia ou improcedencia da accusação contra o Presidente da Republica e contra os Secretarios de Estado, nos crimes conexos com os d'aquelle. Conf. Constituição Argentina (Arts. 44 e 45) e Constituição Americana (secção 2.^a, n. 5 e secção 7.^a, n. 1).

(10) Por ali se vê que o projecto approved na Camara inicia- dora pode não o ser na outra e, ainda mais, que, approved nos dois ramos do Congresso, pode o presidente deixar de sancional-o. No primeiro caso não poderá se converter em lei; no segundo, havendo recusa do Presidente em sancional-o (a esta recusa se chama *veto*), voltará á Camara iniciadora, onde se sujeitará a uma discussão e vo- tação nominal, dependendo para sua approvação de dois terços dos votos presentes. Neste caso será remettido á outra Camara que, si o approvar da mesma forma, o enviará ao poder executivo para a pro- mulgação (Art. 36, §§ 1.^o e 3.^o). O *veto* presidencial é, pois, suspensivo. Para sancionar o projecto de lei tem o Presidente da Republica o prazo de dez dias utcis; si nesse tempo não o tiver feito nem mani- festado sua opposição, o seu silencio importa a sancção (Art. 36, § 2.^o). Conf. Art. 70 da Constituição Argentina e Art. 1.^o, n. 2, secção 7 da Constituição Americana.

(11) A sancção é em nosso regimen constitucional o complemento

Si a primeira phase é puramente legislativa, a segunda e a terceira competem ao poder executivo. (12) Na primeira trata-se propriamente da existencia da lei, nas outras de sua obrigatoriedade. (13) *Promulgação* é o acto pelo qual se declara solemnemente a existencia da lei e se determina ás auctóridades competentes, que a cumpram e façam executar. (14) Antes de ser assim *authenticated* não pode o acto legislativo entrar em execução. «Pela promulgação, diz João Barbalho, o novo acto do parlamento, depois de acceito pelo chefe do poder executivo (ou supprido, nos termos da Constituição, o seu consentimento), entra a

ordinario da primeira phase da formação da lei; não é necessaria em alguns casos excepcionaes e, apesar de negada, vence a insistencia das Camaras.

(12) Escrevem Baudry-Lacantinerie e Houques-Fourcade (*Traité*, vol. 1.º, pag. 78): «Depois da confecção da lei o papel do poder legislativo está findo; com a promulgação começa o do poder executivo.» Da mesma forma Landucci (op. cit., pag. 243): «Sanccionada a lei e assim completa, cessa o officio do poder legislativo e entra em função o executivo».

(13) Vide Landucci (op. cit., pag. 237): «No direito constitucional moderno mais evoluído, com o qual no campo positivo se conforma inteiramente o direito italiano, no thema da efficacia da lei, cumpre distinguir sua *existencia* de sua *obrigatoriedade*. A lei existe desde que é sanccionada; a obrigatoriedade, que suppõe a existencia, resulta todavia da *promulgação*, da *publicação* e da *notoriedade*.» Sobre a distincção que faz este auctor entre publicidade e notoriedade, vide a nota 21 seguinte.

(14) João Barbalho (*Commentarios*, pag. 5). Conf. Ribas, pag. 222; Baudry-Lacantinerie e Houques Fourcade (loc. cit.); Filomusi-Gueffi (pag. 78) indica o triplice objecto da promulgação nos termos seguintes: «1.º atesta a *existencia* e a *regularidade* da lei; 2.º ordena a publicação; 3.º contém a ordem de execução dirigida aos agentes do poder.

fazer parte do corpo do direito nacional e ficam as aucto-
ridades, a quem isso cabe, adstrictas a pô-lo em execu-
ção». (15) Ao Presidente da Republica compete privativa-
mente promulgar o acto emanado do Congresso, depois de
lhe ter dado sua approvação. (16) Nos casos, porém, em
que, apesar de sua manifesta desapprovação (veto), o Con-
gresso insiste, ou quando no prazo que lhe é fixado pela
Constituição seu parecer não é declarado, si dentro de 48
horas não fôr a lei promulgada, o presidente do Senado,
ou o vice-presidente, si o primeiro não o fizer em igual
prazo, a promulgará. (17)

(15) Loc. cit.

(16) Arts. 37 e 47, § 1.º Conf. Const. argentina, (Arts. 69 e 86, § 4.º); Const. americana, (Art. 1.º, Sec. 7.º, n. 2). Na França repu-
blicana o presidente tem de promulgar a lei no mcz que se segue á sua
transmissão ao Governo pelo presidente da Camara, que a adoptou em
ultimo logar. Ahí não se falla mais em sancção, a qual foi abolida e
era absoluta nos tempos monarchicos, mas concede-se ao presidente
o direito de, no prazo da promulgação, pedir ás Camaras uma nova
deliberação. Este direito é, em substancia, quasi identico ao *veto* das
constituições federaes (Vide Lei franc. de 16 de Julho de 1875).

(17) Const., Art. 38. Neste caso a formula da promulgação será
a seguinte: «F. presidente (ou vice-presidente) do senado, faço saber
aos que a presente virem que o congresso nacional decreta e promulga
a seguinte lei (ou resolução, Art. 38 in fine).

A formula da promulgação pelo Presidente da Republica é: O
congresso nacional decretou e eu sanciono a seguinte lei (ou reso-
lução). O dec. n. 3191 de 7 de Janeiro de 1899, nos arts. 39 a 41, esta-
belece differença entre lei e resolução, indicando as differentes for-
mulas, conforme se trata de promulgação de uma lei, de uma reso-
lução ou de lei que independe de sancção: Art. 39. As resoluções do
Congresso Nacional que contiverem normas geraes e disposições de
natureza organica, ou que tenham por fim crear direito novo, terão a
seguinte formula: Lei n. de.....de..... (a ementa). O presidente



Não basta, entretanto, a promulgação, para ser a lei de todos conhecida; uma vez promulgada passa á sua terceira phase — a da *publicação*. Esta é necessaria para que tenham noticia do novo acto legislativo todos os habitantes do país, para que saibam o que em virtude d'elle lhes compete fazer; é por isso que ninguem poderá se excusar com a ignorancia da lei. (18) *Executavel* em virtude da *promulgação*, torna-se a lei *obrigatoria* pela *publicação* que se pode dizer *divulgatio promulgationis*. (19) A publicação è perfeitamente distincta da promulgação; uma torna a lei co-

(ou Vice-presidente) da Republica dos Estados Unidos do Brasil: Faço saber que o Congresso Nacional decretou e eu sanciono a lei seguinte: (segue-se o texto da lei na integra). Capital Federal, em.....de.....de.....,da Republica (assignatura do Presidente (ou Vice-Presidente) e do Ministro. Art. 40. As resoluções que consagrarem medidas de character administrativo ou politico, de interesse individual ou transitorio, denominar-se-ão decretos legislativos; e a formula differe da precedente em que as palavras — *lei seguinte* — são substituidas por est'outras — *resolução seguinte*, vindo na epigraphe a expressão — *decreto* — em vez de — *lei*. — Art. 41. Junto ás leis ou decretos legislativos que independem da sancção, ou são enviados ao poder executivo só para a simples promulgação, a differença da formula é: O Presidente (ou Vice-Presidente) da Republica, etc. Faço saber que o Congresso Nacional decretou e eu promulgo a lei (ou resolução) seguinte.» Trata em seguida das resoluções concernentes ás prorogações das sessões legislativas.

(18) Dernburg (Pandette, pag. 63): "as leis adquirem força obrigatoria com a publicação pela auctoridade do Imperio, mediante a *Gazeta Official do Imperio*." Diz o mesmo escriptor (Deutsches Privatrecht, pag. 73): Seguindo-se a publicação da lei, para manifestar a possibilidade de seu conhecimento aos habitantes, a força obrigatoria da lei não fica de modo algum dependente da realisação deste objectivo." Conf. João Barbalho (Com. cit.).

(19) Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade (loc. cit.).

nhecida, outra atesta sua existencia. (20) São diversos os systemas de publicação. (21)

(20) A. e op. cit. Com todo fundamento escrevem Chironi e Abello (loc. cit.): "O outro momento, que é a ultima phase do processo formativo da lei, como *preceito obrigatorio*, é a *publicação*. Com a *promulgação* a lei não seria ainda *manifesta*, nem poderia, sem outra formalidade, entrar em vigor. Emquanto não é legalmente publicada não se presume conhecida, nem se deve e pode observar uma lei que não se conhece." Para a distincção entre publicação e promulgação, além destes dois auctores pode-se consultar Unger, op. cit., vol. 1.º, pag. 29; Huc—Commentaire—vol. 1.º, n. 40 e Vareilles-Sommières—De la promulgation et de la publication des lois.

(21) Ou se considera a lei conhecida de todos e assim publicada logo após a inserção do decreto promulgatorio no Órgão Official; ou se determina o prazo em que se presume conhecida depois da inserção; ou então a propria lei declara o dia em que começa sua força obrigatoria; ou ainda ha differentes prazos para se suppôr divulgada, de accordo com as distancias entre os diversos pontos do Estado e a séde do Governo e do Congresso. Este ultimo systema é adoptado em França (Art. 1.º do Cod Civil e dec. 5—11 de Novembro de 1870); na Italia as leis tornam-se obrigatorias 15 dias depois de insertas na Collecção official das leis e decretos e do *annuncio* desse facto pela "Gazeta Official" do Reino. D'ahi a distincção que faz Landucci entre *publicação* e *notoriedade*; para elle publicação é o *annuncio* a que nos referimos, ao passo que só se verifica a notoriedade 15 dias depois. Não tem razão o illustre professor: o simples annuncio não é publicação na accepção tecnico-juridica; só se considera a lei publicada quando se *presume conhecida do publico*. Em todos os países ha leis que declaram o dia em que começam a ser obrigatórias, isto é, o dia em que o legislador as suppõe de todos conhecidas e portanto *publicadas*. A lei de introduccão ao Codigo Civil allemão declarava que este entraria em vigor em 1.º de Janeiro de 1900; foram, tanto o Codigo, como a lei de introduccão, promulgados a 18 de Agosto de 1896. O Art. 108 do Dec. n. 181 de 24 de Janeiro de 1890 (lei do casamento civil) determinou que a lei começaria a ter execução desde o dia 24 de Maio do mesmo anno, isto é 3 mezes depois de sua promulgação. O Codigo Civil brasileiro fixa o dia em

Entre nós se faz a publicação do seguinte modo: no districto federal pelo «Diario Official»; nas capitães dos Estados pelas suas folhas officiaes; nas comarcas do interior pelo juiz de direito em audiencia; nas intendencias municipaes serão franqueados ao povo exemplares da lei para seu conhecimento. (22) Do terceiro dia depois da declaração feita nessas condições data a obrigatoriedade dos actos legislativos e dos decretos do poder executivo com força de lei; salvo se a propria lei determinar o dia em que ella começará a obrigar. (23) A partir de 1.º de Janeiro de 1917,

que começa a vigor, que é o dia 1.º de Janeiro de 1917 (art. 1806). O Codigo Penal brasileiro, promulgado a 11 de Outubro de 1890, considerou-se publicado seis mezes depois da inserção do decreto promulgatorio na folha official. O primeiro dos systemas apontados é o preferido na Allemanha (vide nota 18).

(22) Dec. n. 572 de 12 de Julho de 1890.

(23) Dec. cit., Art. 1.º Estes principios sobre a publicação das leis pertencem tambem ao direito publico, mas, apesar disso, o projecto Bevilaqua á semelhança dos Codigos civis francês e italiano, consagrôu ao assumpto as disposições seguintes: Lei de introducção, Art. 1.º — *Quando a lei promulgada na forma da Constituição não fixar outro prazo, será obrigatoria: na Capital Federal e nas dos Estados, 3 dias depois de publicada na respectiva folha official; nos outros municipios tres dias depois de recebido, na respectiva sede, o exemplar da mesma folha em que houver sido publicada a sua integra... Art. 3.º Desde que a lei é obrigatoria ninguém pode eximir-se de obedecer-lhe pela razão de ignorá-la. Todavia os actos praticados e as decisões proferidas contra ella, antes de conhecida, por falta de publicação official... serão validas...* Com alterações na redacção e no prazo de obrigatoriedade nos municipios, que não os das Capitães, foi conservado o Art. 1.º pela commissão revisora, da mesma forma que o 3.º com ligeiras modificações. Entretanto tinham sido as disposições desses artigos desde o principio criticadas: 1.º por conterem principios de direito publico, pois as determinações da lei de introducção não se limitavam ao Codigo e ás leis civis posteriores, mas abrangiam todas



porém, a obrigatoriedade das leis civis se regulará pelo Código Civil (*vide nota (23) in fine*).

Efeito immediato da publicação da lei é, pois, sua obri-

as leis; 2.º pelo systema preferido para a publicação das leis; 3.º pelas regras sobre a obrigatoriedade das mesmas. Felizmente foram eliminadas, por occasião de se discutir o projecto perante a Comissão especial da Camara, essas prescripções improprias, fixando-se o prazo de "seis mezes depois de sua publicação official" para entrar em vigor o Código Civil. O termo publicação não tem ahí o sentido technico de presumpção de conhecimento da lei por parte de todos os cidadãos. Dever-se-ia dizer — depois de sua *promulgação* ou de sua *inserção* no Órgão Official. Ao tempo que decorre entre a inserção da lei no Órgão Official e sua obrigatoriedade chama-se *vacatio legis*. Quanto ao Art. 3.º cit. do projecto Bevilacqua, cumpre notar que, além da regra puramente scientifica de que por ignorancia da lei ninguem pode eximir-se de obedecel-a, continha um principio absurdo. Com effeito, a lei só se torna *obrigatoria* depois de *officialmente publicada*, como o reconhece o proprio eminente auctor do projecto (Trabalhos da Comissão especial da Camara, vol. iv, pag. 9) e neste caso a ninguem aproveita o facto de ignoral-a. Como, pois, se declarar que serão validos os actos praticados contra ella, antes de conhecida, por falta de publicação official? Ou não houve publicação official e portanto a lei não se tornou obrigatoria, e assim os actos praticados não o foram contra suas disposições, pois ainda não estava em vigor; ou então houve publicação official, e neste caso presume-se que se tornou de todos conhecida, sem que se possa allegar sua ignorancia.

Estes artigos, bem como outros do projecto de lei de introdução, foram quasi que fielmente para ahí trasladados do projecto de lei preliminar ao Código Civil de Coelho Rodrigues (Arts. 1.º e 3.º). As disposições que prevaleceram no Código Civil, são as seguintes: "Art. 1.º A lei obriga em todo o territorio brasileiro, nas suas aguas territoriaes, e ainda no estrangeiro, até onde lhe reconhecerem exterritorialidade os principios e convenções internacionaes. Art. 2.º A obrigatoriedade das leis, quando não fixem outro prazo, começará no Districto Federal tres dias depois de officialmente publicadas, quinze dias no E. do Rio, trinta dias nos Estados maritimos e no de Minas Geraes, cem dias nos outros, comprehendidas as circumscripções não



gatoriedade. Affirma Chironi: (24) «Cumpridas as formalidades descriptas (confeção e promulgação) e expirado o termo fixado, considera-se a *publicação* como regularmente feita e a lei é tida, *por presumpção absoluta*, como conhecida de todos aquelles que devem observal-a. D'ahi a regra que a ninguem é licito allegar sua ignorancia e que o erro de direito (25) em geral não é escusa: inutil-

constituídas em Estados. Nos países estrangeiros a obrigatoriedade começará quatro mezes depois de oficialmente publicada na Capital Federal. Art. 5.º Ninguem se escusa allegando ignorar a lei; nem com o silencio, a obscuridade ou a indecisão della se exime o juiz a sentenciar ou despachar.»

(24) Op. cit., pags. 27-28.

(25) *Vide* em a nota (23), *in fine*, o dispositivo do Código Civil, sobre a ignorancia da lei, e a respeito do mesmo — Martinho Garcez — Theoria Geral do Direito, 1914, pag. 13. Clovis Bevilacqua — Theoria Geral do Direito Civil, 1908, pag. 18, entende que «não se trata de uma presumpção, que contrariaria manifestamente a verdade, de que todos conhecem a lei.» Reconhece o douto civilista a necessidade de se tornar obrigatoria a lei e a conveniencia de ser conhecida, mas declara que «entre essa conveniencia e a presumpção de que é conhecida a differença é grande.» Na Revue Trimestrielle de Droit Civil, vol. 6.º, 1907, se encontra uma apreciação critica do principio «nul n'est censé ignorer la loi.» Dcreux, seu auctor, entre outras considerações, faz a seguinte: «N'est-il pas sans danger d'attribuer ainsi aux gens une science qu'ils n'ont pas et ne prétendent nullement avoir? Le *médecin malgré lui* n'existe que dans la comédie; le *juriste malgré lui* doit-il exister dans la réalité? Serait-il donc censé connaître toutes les lois l'étudiant qui vient d'échouer à son premier examen de droit, et même le paysan illettré qui ne parle qu'un obscur patois, et même l'étranger qui traverse accidentalement la France sans savoir le français?» No livro citado de Valverde y Valverde, 1.º vol., 1909, pode ler-se em resumo a opinião dos juristas hespanhoes D. Joaquin Costa e Dorado Monteiro, que insinuam corresponder á verdade a presumpção de que ninguem conhece as leis, salvo prova em contrario. Neste



mente se allegaria, pois, a *impossibilidade subjectiva real de conhecê-la*, porque aqui não se trata propriamente de *presumpção do conhecimento*, mas de *presumpção da possibilidade de conhecimento*». Para produzir este effeito deve a lei estar de accordo com os principios constitucionaes, tanto na forma como no conteúdo. No regimen adoptado no Brasil é o poder judiciario competente para co-

mesmo sentido são curiosas as palavras de Alfredo Calderon, quando affirma que publicar leis em uma nação onde a maioria não sabe escrever é tão incongruente como seria apregoal-as em um povo de surdos ou affixal-as nas esquinas em um país de cegos. De qualquer forma a verdade é que o principio corresponde a uma verdadeira necessidade de ordem publica. Perfeitamente observa Valverde que não seria possível a vida social si tivéssemos de partir do principio que as leis só obrigam si conhecidas; ficaria sem execução a maior parte do direito, desde quando os proprios professores nem sempre o conhecem em toda a sua plenitude. Demais, teriamos o absurdo de se premiar a ignorancia, estabelecendo-se uma distincção favoravel aos que não conhecem ou não querem conhecer as leis. Isto sem falar na difficuldade de provar que um determinado individuo não ignora a lei em questão. Sob outro aspecto é a maxima, "nul n'est censé ignorer la loi" examinada por Cruet — *La vie du droit*, 1908, pags. 260 e segs. Em alguns Codigos civis se encontra expressamente consignado o principio — *nemo jus ignorare consetur*; — assim o portugûes, art. 9; o hespanhol, art. 2; o argentino, art. 20; o chileno, art. 8; colombiano, art. 9; da Luisiania, art. 7 "After the promulgation, no one can allege ignorance of the law; Codigos do Dakota, art. 8544, n. 5; do Uruguay, art. 2. Cumpre notar que são conceitos algum tanto diversos o de que a lei é obligatoria, não aproveitando o facto de ser ignorada, e o de que o erro de direito pode em alguns casos ser escusavel. *Vide* a respeito Coviello — *Manuale*, 1910, vol. 1.º, pags. 46-47, o qual observa: "Ma anche se si ritiene che l'errore di diritto possa come ogni altro errore invocarsi qual presupposto d'un fatto giuridico, ciò non importa punto eccezione al principio che la legge spiega la sua efficacia obbligatoria anche verso chi l'ignora."



nhecer da constitucionalidade e da regularidade de formação da lei. (26)

(26) Escreve sobre o assumpto o eminente publicista Ruy Barbosa: «Países ha, onde a Constituição não resáe das outras leis senão como as cumiadas mais altas de uma serania entre as cminencias inferiores. Para esses, a Constituição é o conjuncto dos actos ordinarios do parlamento, legislando sobre necessidades organicas do governo. Este o caso da Inglaterra. N'alguns, diversamente, a Constituição se formula em um facto historico, em um corpo de principios superiores e fixos, sujeito, porém, á acção erosiva das correntes parlamentares, que podem modifical-o mais ou menos profundamente, sem pontos de resistencia n'outro poder contra essas transformações do direito fundamental. É a hypothese de varias monarchias europeás. N'outros, enfim, a Constituição fortificou-se entre suas proprias disposições, estendendo e levantando por toda a sua circumferencia o poder judicial, como um dique de rochas, onde não se penetra senão por certas comportas, predispostas para esse effeito e solidamente defendidas contra as monções passageiras da politica ou da multidão: as reformas constituintes. Esta a situação dos Estados Unidos, a nossa e a de varias républicas americanas». Continúa o mesmo auctor, citando Dicey: «A expressão *inconstitucional* applicada a uma lei tem pelo mcnos tres accepções differentes: 1.º — Empregada em relação a um acto do parlamento inglês significa simplesmente que este acto é, na opinião do individuo que o aprecia, opposto ao espirito da Constituição inglesa; mas não pode significar que esse acto seja infracção da legalidade e, como tal, nullo. 2.º — Applicada a uma lei das camaras francesas, exprimiria que essa lei, ampliando, supponhamos, a extensão do periodo presidencial, é contraria ao disposto na Constituição. Mas não se segue necessariamente d'ahi que a lei se tenha por vã; pois não é certo que tribunaes francezes se reputem obrigados a desobedecer ás leis inconstitucionacs. — 3.º Dirigido a um acto do Congresso, o vocabulo «*inconstitucional*» quer dizer que esse acto excede os poderes do Congresso e é, *por consequencia, nullo*». «Este o principio, affirma ainda Ruy Barbosa, estabelecido pelo regimen americano e invariavelmente observado pelos seus executores». (Actos inconstitucionaes, pags. 17-18 e 41-42). Na Allemanha tem sido a materia muito discutida, admittindo-se geralmente que o juiz pode entrar no exame da constitucionalidade da lei (Vide Windscheid, loc. cit.;

Não se segue d'ahi que seja permittido ao poder judiciário abolir uma lei ou determinar de um modo geral que suas prescripções não sejam respeitadas, mas, em cada um dos casos submettidos á sua decisão, deve recusar-se a applical-a, tornando patente sua contrariedade aos principios constitucionaes.

Só aos órgãos encarregados da formação da lei compete *abrogal-a*.

Abrogação é a revogação ou abolição completa da lei. A revogação parcial chama-se *derogação*. (27) A lei cessa

Hölder — Pandekten; Laband — Droit Public; Jellinck — Gesetz und Verordnung). Pacifici-Mazzoni tambem julga a auctoridade judiciaria competente para conhecer da questão da constitucionalidade; mas esta competencia no direito italiano, mesmo quando não se trata dos chamados *interna corporis*, isto é, formação e manifestação da vontade das Camaras, como a qualidade legitima dos votantes, seu numero, processo de votação, etc., é muito controvertida. (Vide Fadda e Bensa, notas a Windscheid e Venzi, notas a Pacifici-Mazzoni.)

(27) No direito romano o primeiro momento da formação da lei era, como diz Filomusi-Guelfi, op. cit., pag. 105, a *rogatio*. «Á solemne proposta succedia uma solemne resposta do *populus* e a lei era feita como um facto acceito (*communis reipublica sponsio*). Só com uma segunda e formal *rogatio* podia haver alteração na lei.» Sobre esse ponto está ainda hoje em vigor a terminologia romana: *Derogatur legi aut abrogatur: derogatur legi cum pars detrahitur, abrogatur legi cum prorsus tollitur* (L. 102, D. de verb. signif., L. XVI). No direito romano distinguiam-se ainda a *subrogação* e a *obrogação*; aquella era um acrescimo á lei existente, esta uma modificação em suas disposições «*aut subrogatur, id est addicitur aliquid primæ legi, aut obrogatur, id est mutatur aliquid ex prima lege*» (Ulpianus, I, § 3). Esta ultima distincção não está mais em uso; comprehendc-sc a subrogação como formação de novas disposições de lei e a obrogação inclue-se na derogação. (Vide Pacifici-Mazzoni (op. cit., pag. 510, nota); Landucci (op. cit., pag. 279-280); Chironi, (op. cit., pags. 31-32);



de produzir seus effeitos juridicos, ou quando falta o objecto a que se destinava, ou quando o legislador *de qualquer modo* manifestou que ella cessava de existir. (28) No primeiro caso a lei subsiste, embora inapplicavel; só no segundo deixa de ser fonte do direito objectivo. De dois modos differentes pode se manifestar a vontade do legislador: *expressamente* (*abrogação ou derogação expressa*), quando uma nova lei declara a lei anterior ou sua parte que deixa de vigorar; e *tacitamente* (*abrogação ou derogação tacita*), quando na lei posterior ha indicios ou signaes que fazem presumir que o legislador pretendeu com ella substituir a lei antiga. A abrogação expressa faz-se por meio de qualquer palavra que indique cessação de vigor da lei; quer em termos geraes, declarando *revogadas as disposições em contrario*, quer determinando taxativamente a lei ou as dispo-

Daudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade (op. cit., pag. 95); Ribas, (op. cit., pag. 244).

(28) Só no segundo caso se trata propriamente de abrogação. Vide Chironi, (loc. cit.) e Pacifici-Mazzoni (loc. cit.). Sobre o adagio — *Cessante ratione legis cessat lex ipsa* — vide Capitant — Introduction à l'étude du Droit Civil, 1912, pags. 61-62. O douto professor da Faculdade de Paris entende que em principio a lei, uma vez promulgada, deve guardar o vigor até ser abrogada pelo legislador. Entretanto, o bom senso diz que se não deve exaggerar o alcance dessa afirmação. No dia em que a lei não tem mais razão de ser, em que suas disposições perderam toda a utilidade, ella desaparece. Comp. Coviello — Manuale cit., pag. 98; Valverde, Trat., cit., pag. 130. Martinho Garcez — Theoria Geral do Direito, 1914, pag. 11, pondera que ha leis que trazem em si o cunho fatal de desaparecer no fim de certo tempo, como as que orçam a receita e a despeza. Quanto ao uso contrario á lei (*consuetudo contra legem*) e o desuso (*desuetudo*), vide paragrafo seguinte.

sições abolidas; a tacita verifica-se quando a lei nova dispõe sobre toda a materia regulada pela lei anterior ou contém principios evidentemente incompatíveis com os desta. (29) O Codigo Civil estatue, no art. 4.º da Introducção: «A lei só se revoga ou deroga por outra lei; mas a disposição especial não revoga a geral, nem a geral revoga a especial, senão quando a ella, ou ao seu assumpto, se referir, alterando-a explicita ou implicitamente.»

No direito moderno existem actos que, não sendo propriamente leis, produzem todavia os mesmos effeitos. São principalmente os *regulamentos* e os *decretos*. Os escriptores allemães referem-se tambem á *autonomia*, (30) que não é

(29) Vide especialmente Chironi (loc. cit.). Quanto á pratica hodierna de declararem as leis num artigo final: «—Revogam-se as disposições em contrario —» escreve Capitant: «Les lois modernes contiennent, pour la plupart, un article qui abroge les textes antérieurs dans ce qu'ils ont de contraire à la nouvelle. C'est un usage qui n'a aucune utilité, car il ne fait que constater le principe de l'abrogation tacite.» Em termos identicos Planiol — *Traité élem.*, vol. 1.º, 3.ª ed., 1904, pags. 92-93. Comp. Ruy Barbosa — Parecer, nota ao art. 4.º do Proj. de Cod. Civil.

(30) Escreve Windscheid: «A legislação é attributo do Estado. Mas pode succeder que uma vontade diversa da do Estado tenha o direito de estabelecer normas juridicas para uma esphera mais restricta. Neste caso falla-se de *autonomia*. Refere-se Windscheid especialmente ás Communas, cuja autonomia é hoje muito menor e quasi que inteiramente nulla no direito privado. (Actualmente ainda gozam de tal autonomia no direito privado as duas cidades allemãs do Mecklemburgo — Rostock e Wismar, mas sómente nos pontos que o Codigo Civil deixou aos direitos locais. Vide Windscheid — *Pandekten* e a nota de Kipp — pag. 79). Falla ainda Windscheid na autonomia das familias de primeira nobreza, quanto ás suas relações patrimoniaes e de familia. Merece menção especial a autonomia que têm em geral as corporações, porquanto, acrescenta Windscheid, não podem os prin-



um acto emanado dos órgãos do Estado, mas de corporações outras, como as Communas e as associações. (31) Os regulamentos constituem uma fonte jurídica muito proxima á lei, mas de ordem secundaria, como diz Cogliolo. (32) Como a lei, encerram preceitos geraes, mas sua natureza especial é que não procedem do poder legislativo, e sim do poder executivo. Além disso não estabelecem novas regras, mas se destinam a facilitar a execução das leis e só dentro destes limites têm a mesma força obrigatoria dos actos legislativos a que se applicam. (33) Ordinariamente quando

cipios dos contractos explicar sufficientemente a força obrigatoria dos estatutos que as corporações dão a si proprias. Gerber repelle inteiramente o conceito da autonomia como fonte productora de normas juridicas. Admittem-n'o Regelsberger, § 24; Gierke, § 19; Dernburg — Bürgerliches Recht, pags. 38 e 53; Crome, § 18; Stobbe, §§ 19 e segs; Endemanú, pag. 31; Kuhlenbeck, § 3; Cosack, pag. 30. Hoje ha grande controversia na Allemanha sobre a chamada *autonomia* das associações, pretêndendo alguns escriptores recentes explicar pelas regras dos contractos a força obrigatoria dos respectivos estatutos. Já Savigny (Sistema cit., pag. 41) dizia que, para a confusão das fontes do direito objectivo com as das relações de direito, muito contribuiu a ambigua expressão *autonomia*. Vide Coviello — Manuale cit., pag. 48.

(31) Entre nós, embora possam os municipios estabelecer regras (posturas), não têm competencia para legislar sobre os direitos privados e nunca se admittiu o termo *autonomia* para explicar a natureza de suas regras.

(32) Loc. cit.

(33) Const., Art. 47, 1.º "Compete privativamente ao presidente da Republica... expedir decretos, instrucções e regulamentos para a sua fiel execução." Observa criteriosamente o Cons. Candido de Oliveira (op. cit., pag. 110): "O limite da attribuição regulamentar é traçado judiciosamente pelo legislador. O regulamento não crea direito novo; o seu objectivo é determinar o modo porque a lei se torna exequivel. É bem de vêr que o desvio dessa linha importa um excesso



as leis declaram que para sua fiel execução têm de ser expedidos regulamentos, da publicação destes data a força obrigatória d'aquellas. (34)

Decreto é um acto emanado tambem do poder executivo, mas sem o mesmo character de regra commum que têm as leis e os regulamentos. (35) São expedidos decretos pelo poder executivo entre nós em geral para o desempenho das funcções que lhe attribue a Constituição. (36) Esses decretos são obrigatorios como a lei, quando expedidos

de competencia ou usurpação, incompativel com o systema de poderes definidos. Sob o Imperio era questionavel si o poder judiciario podia deixar de cumprir o *Regulamento*, com o fundamento de ser o mesmo contrario á lei." Hoje a duvida não tem mais razão de ser, como reconhece o mesmo escriptor.

(34) O projecto Bevilaqua (Lei de introdução, Art. 2.º) dispunha: "Quando a execução da nova lei ficar dependendo da expedição de regulamento do Poder Executivo, os prazos do artigo antecedente (para a obrigatoriedade da lei) serão contados da data da publicação do regulamento, etc." Este artigo, inspirado no proj. Coelho Rodrigues, foi conservado pela commissão revisora, mas desapareceu posteriormente como outros que encerravam materias de direito publico.

(35) A Const., Art. 37, § 4 emprega o termo *decretar* de referencia aos actos emanados do Congresso, como se vê nas formulas de sancção e promulgação das leis: "*O Congresso nacional decreta...*" Mas na propria Constituição se vê a competencia do Poder Executivo para expedir *decretos* (Art. 48, § 1.º). Com effeito, é por meio de decretos que o Presidente da Republica promulga as leis; por decreto nomeia e demitte seus ministros; por decreto provê os cargos civis e militares; por decreto nomeia os magistrados federaes, os membros do Supremo Tribunal, os membros do corpo diplomatico; por decreto declara o estado de sitio. *Vide* nota (17), onde se transcrevem os dispositivos do Dec. 3.191 de 7 de Janeiro de 1899 sobre a distincção entre *lei* e *resolução* ou *decreto legislativo*.

(36) Const., Art. 48, ns. 1, 2, 5, 11, 12, 13 e 14.



dentro dos limites constitucionaes. Quanto ás *circulares*, *avisos*, *decisões ministeriaes*, etc., que tambem competem ao podêr executivo, ainda quando estatuaem por meio de disposições geraes, não têm força legal. Seu respeito não se impõe aos tribunaes e só obrigam aos funcionarios hierarchicamente submettidos ás auctoridades que os expedem. (37) Ainda n'aquelles paíes em que se duvida da competencia do poder judiciario para julgar da constitucionalidade das leis, quando os regulamentos e os decretos são feitos *contra legem* ou *præter legem*, não lhe é negado o direito de se pronunciar contra elles.

II. AS VARIAS ESPECIES DE LEIS

O fim do direito privado, como diz Windscheid, (38) é traçar os limites aos dominios da acção dos individuos, que convivem em sociedade, determinar o circulo dentro do qual a vontade de cada um deve ser decisiva para os outros que se acham em relações com elle. Mas esse fim procura attingir o direito objectivo por meios differentes. Às vezes a esphera da acção individual é rigorosamente traçada pela norma juridica; não ha margem para determinações divergentes dos interessados.

(37) Vide Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, pag. 77. Dizem Chironi e Abello (op. cit., pags. 44-45): "Não se devem confundir com os regulamentos as *instrucções* e as *circulares*, que ás vezes são emanadas tambem sobre questões de direito civil. São *obrigatorias* sómente para os empregados que dependem do Ministro, Prefeito, etc. que as expediu." Vide art. 49 do Dec. n. 3.191 de 7 de Janeiro de 1899.

(38) Pandekten, § 27.



Estes podem ser livres de entrar ou não entrar nas relações jurídicas assim reguladas; mas, si o fazem, têm de se submeter indeclinavelmente ás prescripções da lei. (39) Outras vezes, porém, não ha este rigor de disposições; a norma juridica prescreve: ora para que prevaleçam seus preceitos no caso em que não se manifeste a vontade do interessado, ao qual era permittido dispôr de outro modo; ora para produzir effeito e desenvolver sua força obrigatoria só depois de se manifestar a vontade individual. D'ahi a importante divisão das leis, adoptada por quasi todos os auctores allemães e pelos mais modernos civilistas italianos, (40) em: *leis coactivas* ou *absolutas* (*jus cogens*) e *leis não coactivas, suppletivas* ou *dispositivas* (*jus dispositivum, jus suppletivum*). (41) Nas primeiras, a *sanccão* se mani-

(39) Dernburg, Pandette, trad. ital., vol. 1.º, pags. 77 a 78; Savigny — Sistema, trad. de Scialoja, vol. 1.º, pag. 78; Keller — Pandekten, pag. 16.

(40) Windscheid — Pandekten, § 27; Dernburg — Pandette, § 31 e Bürgerliches Recht, pag. 56; Crome — System, pags. 68 a 70; (Ehrlich — Das zwingende und nicht-zwingende Recht im B. G. B.; Unger — System des oesterreichischen allgemeinen Privatrechts, vol. 1.º, pag. 53 e segs.; Lassalle, Theorie systématique des droits acquis, trad. franc., vol. 1.º, pag. 211 e segs.; Regelsberger — Pandekten, § 32; Gierke — Deutsches Privatrecht, pag. 124; Hölder — Kommentar zum B. G. B., pag. 34 e Pandekten, pag. 66; Danz — Auslegung der Rechtsgeschäfte, pag. 12; Endemann — Lehrbuch, vol. 1.º, § 10; Kühlenbeck — Von den Pandekten zum B. G. B., § 5; Planck — Kommentar, pag. 23; Chironi e Abello — Trattato, vol. 1.º, pag. 72; Filomusi-Guelfi — Enciclopedia, § 25.

(41) Viu-se que em todo direito objectivo ha uma coacção possível, si não actual pelo menos eventual (vide § 1.º das Noções fundamentais, especialmente pags. 26 e 27). É claro, pois, que esta divisão das leis em coactivas e não coactivas não significa que só as primeiras têm o caracter de coercibilidade, mas que nas primeiras a coacção se



festa em virtude da própria força obrigatória da lei; nas segundas depende do concurso da vontade (expressa ou tática) do individuo.

desenvolve em virtude de sua força obrigatória, desde que são transgredidas, ao passo que nas outras fica dependendo da manifestação da vontade individual. A terminologia não será talvez muito própria, mas é a adoptada pela maioria dos auctores e nenhuma das outras, que têm sido propostas, obteve acceitação geral. Esta distincção foi conhecida dos juriconsultos romanos, como faz notar Savigny (loc. cit.): elles designavam as regras da primeira especie mais frequentemente como *jus publicum*, ás vezes como *jus* simplesmente ou como *jus commune e juris forma*. Assim é que Papiniano, livro 2, *quæstionum*, fr. 38, D. de pactis (2, 14) dizia: *Jus publicum privatorum pactis mutari non potest*, referindo-se ás normas da primeira natureza. É verdade que Bulow (apud Dernburg — Pandette) afirma que esta regra de Papiniano não se refere a uma determinada especie de leis; que tem em mira guardar a magestade de toda norma legislativa deante da vontade privada. Contra este conceito, vide Dernburg (loc. cit.). É tambem de referencia a estas leis que o mesmo Papiniano, livro 14, *quæstionum*, fr. 3, D. qui testamenta facere possunt, 28, 1, diz: *Testamenti factio non privati, sed publici juris est*. Para as regras da segunda especie não tinham os Romanos denominações que se encontrem com regularidade (Savigny — loc. cit.); encontram-se algumas vezes os termos: *res familiaris, privata, ad voluntatem spectans*. Os auctores allemães empregam ordinariamente a expressão *zwingende Gesetze* para as normas da primeira categoria. Assim Dernburg: *Gesetze — überhaupt Rechtsnormen — sind teils zwingend, teils nicht zwingend*.

Da mesma forma Crome, Planck, Endemann, Gierke, Kühlenbeck, Windscheid, Danz. Savigny prefere chamal-as — leis *absolutas ou imperativas* (Savigny, op. cit., trad. de Scialoja) e Keller — direito imperativo (*gebietendes Recht*). A denominação de *absolutas* é tambem empregada por alguns escriptores como synonyma de *coactivas*. Chironi emprega os termos *leges cogentes* ou de direito absoluto e Filomusi-Guelfi — *leggi assolute ou cogenti*; entretanto affirmam Fadda e Bensa (Notas a Windscheid) que as disposições usuaes na linguagem juridica italiana, quanto a esta antithese do direito, são: disposições

São leis coactivas as leis chamadas de *ordem publica* (42) (como por ex. as que se referem ao estado das pessoas) e *as que derivam necessariamente da natureza característica de um instituto juridico* (como o dever de convivencia dos conjuges). (43)

Como de duas formas se apresenta o conteúdo das leis coactivas ou absolutas, isto é: sob o aspecto de *ordem* ou de *proibição*, costumam subdividi-las em *leis imperativas* e

taxativas e disposições indicativas. As normas da segunda especie, tradicionalmente denominadas *dispositivas, quia simpliciter disponunt, non prohibent*, têm recebido, dos modernos, nomes diversos. Para Savigny e Keller são *suppletivas* (vermittelnde); para Windscheid e Gierke — *direito permissivo* (nachgiebiges Recht); Wächter chama-as *integrantes* (ergänzende), com apoio de Unger e de Endemann; Thöl considera-as de *direito privado, mutaveis, permissivas* (Privatrechtlich, abänderlich, nachgebend); Regelsberger distingue *direito auctorisante* (ermächtigendes), *integrante* (ergänzendes) e *coactivo* (zwingendes): Unger, além de *integrantes*, denomina-as tambem — *suppletorische, hypothetische, dispositivgesetzte*; Kuhlenbeck divide-as em — *subsidiäres und hypothetisches Recht*; Dernburg e Crome dizem-nas — *não coactivas*.

Parece que se poderiam denominar com mais propriedade — *leis relativamente coactivas* em opposição ás outras, que são — *leis absolutamente coactivas*; com effeito os termos — *coactivas* de referencia a estas e *não coactivas* de referencia a aquellas faz crêr que ha leis ás quaes falte o caracter de coercibilidade. A expressão classica "*dispositivas*" tem sido justamente criticada, porquanto todas as leis dispõem, mesmo as imperativas (Vide Dernburg — Pandette, loc. cit.). As outras tambem não satisfazem.

(42) Sobre a distincção entre leis de ordem publica e leis de direito publico, vide § 2.º das Noções fundamentaes, especialmente pag. 21; Chironi, op. cit., pags. 11 e 73, nota, bem como os auctores ahí citados. Filomusi-Guelfi considera as leis de ordem publica — leis de direito publico em sentido lato. (Vide nota 11 ao § 2.º das Noções fundamentaes e a obra citada de Filomusi-Guelfi (pag. 84 e 154).

(43) Dernburg (loc. cit.).



leis prohibitivas. É esta distincção, porém, de pequeno valor theorico e de nenhuma importancia pratica. (44) Mais valiosa é a subdivisão das leis coactivas, encaradas sob o ponto de vista da *sancção*:

- a) *leges perfectæ*;
- b) *leges minus quam perfectæ*;
- c) *leges imperfectæ*. (45)

a) *Leges perfectæ* são as que declaram nullo o acto praticado em transgressão de seus dispositivos. Á nullidade pode-se accrescentar uma pena. (46)

(44) Poder-se-ia dizer que as leis *coactivas de ordem publica* são em geral *prohibitivas* e que as que derivam da naturcza de um instituto juridico são em regra *imperativas*, mas, como diz Chironi, é um critério superficial e insufficiente o que se baseia sobre a redacção da lei, sobre sua forma positiva ou negativa; além disso pode muito bem succeder que uma disposição, aparentemente prohibitiva, seja em substancia imperativa e vice-versa. (Vide op. cit., pag. 71, nota 2 e auctores ahi citados). A estas duas categorias de normas oppõem alguns auctores as leis *permissivas* e as *punitivas*, partindo da conhecida regra de Modestino (D. I, 2, 7): *legis virtus hæc est, imperare, vetare, permittere, punire* (Vide Cogliolo, loc. cit.).

(45) Entendem alguns romanistas que esta distincção se encontra nas fontes romanas (Dernburg, loc. cit.), mas o certo é que a respeito só existe o fragmento de Ulpiano, tit. 1, § 2: *Minus quam perfecta lex est quæ vetat aliquid fieri, et si factum sit non rescindet, sed pœnam injungit ei qui contra legem fecit*. O proprio Dernburg reconhece que é controvertido si Ulpiano fallou realmente de *leges perfectæ e imperfectæ*. Vide Cogliolo (loc. cit.).

(46) Dernburg cita como exemplos: a promessa de perpetuo celibato e os negocios usurarios que, por infringirem a lei allemã de 24 de Maio de 1880, são nullos e puniveis. No direito civil brasileiro podem ser apontadas, entre muitas outras, as disposições que se referem ás formalidades substanciaes dos actos juridicos, como por ex. a escriptura publica para a venda de immoveis de valor superior a



b) *Leges minus quam perfectæ* são as que comminam ao acto uma pena, sem que entretanto o declarem nullo. (47)

c) *Leges imperfectæ* são as que não impõem nullidade nem pena, mas procuram impedir por outro modo o acto prohibido. (48)

200\$000 (de valor superior a 1:000\$000, no dominio do Cod. Civ. brasileiro, art. 134, II.)

(47) Disposição desta natureza é a do Art. 7.º, § 9, do Dec. n. 181 de 24 de Janeiro de 1890: São prohibidos de casar-se — o viuvo ou viuva que tem filhos do conjuge fallecido, enquanto não fizer inventario dos bens do casal; entretanto, si se casarem em desrespcito dessa prohibição, não será nullo o casamento, mas perderão em proveito dos filhos duas terças partes dos bens que lhe deveriam caber no inventario do casal, si o tivesse feito antes do seguinte casamento, e o direito á administração e ao usufructo dos bens dos mesmos filhos (Art. 99 do Dec. cit.). De accordo com o Código Civil tambem não será nullo o casamento, mas o regimen de bens ha de ser o de separação e o conjuge infractor não poderá fazer doações ao outro, art. 226; além disso, perderá o direito ao usufructo dos bens dos mesmos filhos, art. 225.

(48) O exemplo classico do direito romano é, como diz Dernburg, a lei Cincia. Kuhlénbeck (loc. cit.) aponta como exemplo no direito moderno o § 5 do Cod. Civ. all.: “Die Volljährigkeitserklärung soll nur erfolgen, wenn sie das Beste des Minderjährigen befördert”, isto é — a maioridade deve ser declarada sómente quando o exigir o interesse do menor. Dessa especie é o dispositivo do Art. 100 do Dec. n. 181 cit.: “A mulher que se casar com infracção do § 10 do Art. 7.º não poderá fazer testamento, nem communicar com o marido mais de uma terça parte de seus bens presentes e futuros”. O cit. § do Art. 7.º prohibe de se casar a mulher viuva ou separada do marido por nullidade ou annullação do casamento até 10 mezes depois da viuvez ou separação judicial dos corpos, salvo si, depois desta ou d’aquella e antes do referido prazo, tiver algum filho.

À primeira vista pode parecer que o Art. 100 impõe uma pena a quem transgredir o preceito do Art. 7, § 10, mas basta considerar que o Art. 100 se destina a garantir os direitos de algum filho concebido



A *sancção* (49) das leis coactivas não se limita ao que fere directamente os seus dispositivos, mas se estende também aos actos praticados *in fraudem legis*, isto é, quando por meios indirectos, que a lei não previu de modo immediato, se procura obter a coisa prohibida. (50)

Si as *leis coactivas* excluem o arbitrio individual, si se applicam ainda quando as pessoas, em cujo beneficio são estabelecidas, declaram que não devem ser applicadas, (51) as *leis não coactivas* toleram que a relação juridica, a que se applicam, seja regulada de outro modo ou então só produzem effeito quando assim o determina a vontade privada. D'ahi a subdivisão das leis não coactivas em:

- a) *leis subsidiarias ou integrantes*;
- b) *leis hypotheticas ou auctorisantes*.

a) *Leis subsidiarias ou integrantes* são as que se applicam *sem a declaração da vontade* do individuo, mas não *contra* esta vontade; (52)

na constancia do matrimonio dissolvido e ainda mais que poderia ser desejo da infractora adoptar o regimen da separação dos bens e não dispôr destes por testamento, para se vêr que elle tem por fim evitar por meios indirectos os males que pode causar a violação do Art. 7, § cit. Com effeito, que pena seria aquella que vem ao encontro dos desejos do culpado? O Codigo Civil applica á hypothese o dispositivo do art. 226 (*vide nota anterior*).

(49) É evidente que o termo *sancção* ahi empregado, bem como ás pags. 69 e 72, não tem a mesma significação que em direito publico a *sancção* do poder executivo. No caso vertente trata-se do meio empregado pela lei para obrigar á sua obediencia.

(50) Dernburg — loc. cit.; Kublenbeck — loc. cit.

(51) Windscheid — loc. cit.

(52) Estas leis são verdadeiramente suppletivas; consideram-se como interpretando a vontade das partes cuja manifestação foi in-



b) *Leis hypotheticas ou auctorisantes* são as que produzem efeitos sómente quando neste sentido se manifesta a vontade do sujeito, a qual não se presume, na falta de declaração. (53)

completa. Dernburg, que também distingue duas espécies de normas não coactivas, diz: "não raro se trata simplesmente da interpretação da vontade privada." Como observa Regelsberger (Pand., § 32), ha certas situações de facto que não podem ficar sem uma regulamentação jurídica; por isso, embora se permita ao interessado regular-as de accordo com sua vontade, a lei dispõe para o caso em que tal vontade não se manifeste. Em taes condições se acham o regimen dos bens no casamento e o destino do patrimonio do fallecido. Ainda em certos casos tiram-se deducções do curso normal da vida e da vontade media das partes e taes deducções se tornam regras legaes de interpretação (Dernburg). Pertencem a esta categoria as disposições dos chamados *naturalia negotii*. No direito privado é muito grande o numero de regras que se destinam a completar ou supprir a vontade das partes, mas como confessa Regelsberger, ás vezes é vacillante sua determinação.

(53) Dessa natureza são as regras cuja efficacia se manifesta unicamente quando neste sentido se declara a vontade do interessado. Embora no texto tenha sido adoptada a terminologia de Kühlenbeck, as expressões ahí empregadas não correspondem exactamente ao conceito que lhes attribue esse auctor. As leis hypotheticas correspondem ao direito auctorisante (*ermächtigendes Recht*) de Regelsberger.

São por ex. leis hypotheticas as que dispõem sobre os chamados *accidentalialia negotii*. Para Kühlenbeck os *naturalia negotii* fornecem o principal exemplo de direito hypothetico. As regras sobre o destino do patrimonio do fallecido fornecem-nos exemplos de *leis coactivas* e das duas espécies de leis *não coactivas*. O respeito á parte legitima dos herdeiros necessarios, salvo o caso de indignidade (Vide Clovis — Dir. das Successões, § 30), é *regra coactiva*; os principios sobre a forma dos testamentos, a *factio testamenti* é também *coactiva*; pode o interessado deixar de fazer testamento, mas se o faz tem de se submeter necessariamente ás prescrições legaes, sob pena de nullidade (*lei coactiva perfeita*). Da terça (hoje entre nós da metade, em virtude da lei n. 1839 de 31 de Dezembro de 1907), quando ha herdeiros ne-



Outra divisão importante das leis civis é a que as distingue em: *leis communs* e *leis espeziaes*. (54)

Leis communs são as que encerram os principios geraes que constituem a base do systema juridico. Ellas formam a regra de direito, a qual deve ser applicada, emquanto não é restringida por normas juridicas particulares. (55)

essarios ou de todo o patrimonio, quando não os ha, pode livremente dispôr o individuo; si não o faz, como não pode deixar de haver regulamentação a respeito, a lei suppre a vontade privada, prevalecendo então os principios sobre a vocação hereditaria *ab intestato*.

Estes principios são, pois, *não coactivos subsidiarios ou integrantes*. A regra *uti legassit ita jus esto*, a permissão de dispôr dos bens por testamento é *não coactiva auctorisante ou hypothetica*, porquanto só se applica quando neste sentido se declara a vontade do interessado, a qual na falta não é supprida.

(54) Esta divisão não se confunde com a de *leis geraes* e *leis particulares*. *Leis geraes* são as que se applicam a todo o territorio do Estado e *leis particulares* as que vigoram em certas e determinadas partes. Entre nós as leis geraes são denominadas—*federaes* e as particulares—*estaduaes*. Para o direito civil allemão tem ainda hoje valor esta classificação, porquanto disposições do Cod. Civ. e da L. de Introd. permittem que sobre varios assumptos continuem em vigor as leis dos Estados. (Vide Zitelmann—Zum Grenzstreit zwischen Reichs und Landrecht—1902 e tambem Saleilles—Introduction à l'étude du Droit Civ. all. VII).

Mas nenhum effeito produz no direito civil brasileiro, pois só o Congresso Nacional pode legislar sobre o direito civil (Const., Art. 34, n.º 23), limitando-se a competência dos Estados ao direito processual, que é materia de direito publico. Todas as leis civis brasileiras são, por conseguinte, *leis geraes*. Uma divisão, que em nosso regimen actual se acha ligada á aqui referida é a de *leis theoreticas* e *leis praticas ou de processo*, ou, conforme a terminologia de Bentham—*leis substantivas* e *leis adjectivas*; sem valor tambem no direito civil, porque todas as leis civis são substantivas.

(55) Dernburg—Pandette, § 33, falla em *jus commune* e *jus singulare*; Windscheid (Pandekten, § 29) em *direito regular* (regelge-

Leis eseciaes são as que limitam as disposições das leis communs em relação a uma certa classe de pessoas, de coisas ou de relações jurídicas. (56) A aplicação mais

mässes Recht) e direito excepcional (regelwidriges Recht). Savigny, (Systema, § 16) chama *regular* o direito constituído pelas leis communs, e *anomalo* o derivado das leis eseciaes. Para este auctor a divisão é estabelecida, attendendo-se á origem das regras de direito, sendo regulares as que procedem do direito puro (*jus* ou *æquitas*); anomalas as que têm por fontes elementos extranhos ao direito. No mesmo sentido um recente e notavel escriptor italiano, Matteo Pescatore (La logica del diritto, cap. VI), para quem o *jus commune* é gerado por principios primitivos de razão jurídica natural, principios que exprimem uma verdade absoluta; de encontro ao *jus commune* surge o *jus singular*: a origem immediata daquelle é a verdade, deste a *utilidade*. Sobre estas idéas e sua critica, vide nota seguinte.

(56) Os textos romanos fallam em *jus singulare* e muitas vezes *privilegium*. As leis eseciaes têm sempre um caracter de excepção; excluem para uma esphera de casos as regras communs e os principios communs por motivos de utilidade, de moral ou de ordem publica, como diz Dernburg. Entende Savigny (loc. cit.) que o *jus singulare* não pertence ao puro campo jurídico, mas repousa sobre principios de moralidade e utilidade. Pescatore declara que o *jus singulare* é derivado de considerações de utilidade de ordem civil ou social, politica ou economica e com elle o legislador introduz de auctoridade propria disposições analogas derogativas *propter utilitatem* dos principios de razão natural. O *jus singulare*, segundo este auctor, se reconhece infallivelmente por tres caracteres: porque deroga aos principios da razão jurídica natural, se funda em razões de conveniencia e tira toda sua existencia da auctoridade, do soberano querer do legislador. Não tem razão Pescatore, como não na tem Savigny. Não é pela origem que se distingue o *jus singulare* do *jus commune*; não é tambem a *utilidade* o caracteristico do primeiro e a *verdade*, o *puro campo jurídico*, a *razão jurídica natural*, o caracteristico do segundo. Diz Windscheid com razão: "Que vem a ser o puro campo jurídico? Todo o direito não se funda exactamente no modo porque um dado povo concede e actua juridicamente a moralidade e as necessidades de bem estar publico e privado? Si



importante do direito especial consiste com effeito em estabelecer para uma determinada classe de pessoas, cousas ou relações jurídicas alguma coisa que só em relação a ellas tem vigor. (57) O Codigo Civil, no art. 6, prescreve: «A

a utilidade social entra como elemento em todas as normas de conducta, não se pode pretender que uma disposição qualquer seja excepcional só porque tem por base a utilidade» (Vide Fada e Bensa — Notas a Windscheid, nota Y ao § 29). O principio da utilidade é um principio normal, como o reconhecia já o proprio Ulpiano em suas conhecidas definições de direito publico e direito privado (Vide § 2.º das Noções fundamentais, nota 8). Observa muito bem Dernburg (loc. cit.) que «não raro succede surgirem novos conceitos juridicos que primitivamente se faziam valer em applicações singulares, mas que enxertam o principio anterior de excepções até que por fim o que era excepção se torna regra.» «Em Roma, por ex., acrescenta o eminente pandectista, a aquisição immediata da posse por meio de representantes se reconhecia na origem só em casos particulares; mais tarde sua admissibilidade tornou-se direito *commun*.»

As observações de Hölder sobre a antithese do *jus commune* e do *jus singulare* muito esclarecem a materia (vide Pandekten, § 13). Diz Chironi (op. cit., pag. 20): «O direito singular é necessidade e modo de corrigir o direito geral e com este, *por sua origem e natureza*, tem relação necessaria: emanando da lei deve ser reconhecido e applicado pelo juiz: e, si bem se observa, tem *indole geral* emquanto mira regular muitas relações jurídicas, bem que, differentemente do direito *commun*, as considere mais em *concreto* que em *abstracto*, limitando-lhes o numero e a qualidade ou determinando o grupo de pessoas a que se estende sua efficacia particular.

(57) Deste seu caracter excepcional o afirmar-se que não é susceptivel de interpretação extensiva, conforme o antigo aphorisma: «*exceptiones sunt strictissima interpretationis*». Diz Pescatore (loc. cit.) que ao *jus commune* se applica a interpretação denominada *extensiva*, que foi chamada por antonomasia a *regra da jurisprudencia (regula juris)* pelos jurisconsultos romanos e que se funda sobre o processo regular da analogia, a qual em geral é a combinação de dois elementos contrarios, a identidade e a diversidade e resulta da diversidade dos casos e da identidade dos principios. No *jus singulare*,

lei que abre excepção a regras geraes, ou restringe direitos, só abrange os casos, que especifica.»

Das leis especiaes se distinguem certas anomalias historicas existentes em todas as legislações e que Dernburg (58) denomina tambem «singularidades do direito». Tanto umas como outras são excepções aos principios communs, mas ao passo que as leis especiaes, por certos motivos de conveniencia e utilidade social, excluem para um certo numero de casos as regras communs, as «singularidades do direito»

escreve ainda Pescatorc, não tem logar a grande regra da jurisprudencia e, como disse o juriconsulto romano, *non possumus sequi regulam juris*. Contra este conceito se pronunciam quasi todos os modernos romanistas e civilistas. Assim Dernburg (loc. cit.) pondera que ao direito singular não deve se referir a prohibição de uma applicação extensiva ou por analogia. Os conceitos contidos nas leis singulares devem produzir effeito em tudo e por tudo. Assim procederam sempre e em todos os casos os próprios romanos. Por ex. o direito singular do S. C. *Velleianum*, foi por elles desenvolvido muito além de suas palavras, de accordo com sua *ratio* particular. Diz Windscheid (loc. cit., nota 3) que ha verdadeiro accordo em não excluir do *jus singulare* a interpretação extensiva em sentido estricto; mas que se deverá admittir tambem a interpretação extensiva em sentido lato (analogia). De outro modo seria esta sempre posta em duvida, porque toda nova norma juridica se apresenta como direito excepcional deante das regras do direito vigente. Vide nota s á trad. de Fadda e Bensa; Chironi—loc. cit.; Höfder—loc. cit.; Grasshoff—Begriff und prattike Bedeutung des *jus singulare*. ..

(58) Loc. cit. Este auctor mostra que a definição de Paulo («juriconsulto genial e ás vezes paradoxal²): *jus singulare est quod contra tenorem rationis propter aliquam utilitatem auctoritate constituentium introductum est* é unilateral e se applica melhor ás «singularidades do direito.» Tambem a estas se applica o principio romano: «*Nono omnium quæ a majoribus constituta sunt, ratio reddi potest*».

pertencem ás representações do passado; constituem um direito anômalo, porque lhes falta um fundamento racional. (59)

O *privilegio* (60) também não se confunde com as leis especiaes. Com effeito o *privilegio* não encerra prin-

(59) Diz Dernburg que ellas se conservam como rudimentos do passado, mas não se desenvolvem. Ficam *circumscriptas* ao terreno que lhes é dado até que pereçam. Observa o mesmo auctor que o tratamento das duas especies de direito excepcional é diverso: as singularidades do direito não permitem uma extensão ou antes applicação por analogia: *quod contra rationem juris receptum est, non est procedum ad consequentias*.

Uma dessas representações do passado em nosso direito é a *lesão*. Fadda e Bensa (Notas a Windscheid) referem-se também ás anomalias historicas que consistem em um residuo de normas juridicas rebeldes á classificação, filhas de outros tempos e de outras idéas. Ellas constituem *diricto singular em um sentido inteiramente especial*, porquanto não ha uma razão que justifique sua existencia. Cogliolo (Teoria dell'evoluzionc) chama ás disposições de tal ordem — *órgãos atrophiados rudimentares*. A falta de distincção entre as leis especiaes e as anomalias historicas pode levar, como tem muitas vezes succedido, a graves erros, principalmente em materia de interpretação.

(60) Faz notar Savigny que na linguagem mais antiga as excepções individuaes ou isenções na applicação do *diricto* se chamavam *privilegia*; mas, que nas fontes *privilegium* é a expressão ordinaria para indicar o *jus singulare* e se encontra em um grande numero de textos; sendo aquellas denominadas: ora *personales constitutiones*, ou *privata privilegia*. Escreve Chironi (op. cit., pag. 20) que com a expressão *privilegio*, "segundo a terminologia predominante e mais precisa, se designa não só o acto do poder social que disciplina uma relação jurídica singular (*lex in privos lata*), mas ainda o direito immediato ou a faculdade que deste modo se creia." Para Crome (System, pag. 95) o *privilegio* se distingue do *diricto especial* (*Sonderrecht*) porque é direito subjectivo e não norma jurídica. Sobre este assumpto, *vide* também nota seguinte.



cipio algum de indole geral; é, como diz Chironi, a regularização individual de uma dada e concreta relação jurídica. (61)

III. DOS ACTOS QUE CONSTITUEM A LEGISLAÇÃO CIVIL BRASILEIRA (62)

Emquanto não entra em vigor o Código Civil brasileiro, (63) constituem a legislação civil nacional diferentes actos e leis, não systematisados, dispersos, alguns dos quaes antiquados, encerrando muitas vezes disposições deficientes ou contradictorias.

(61) No direito civil brasileiro não ha *privilegios* (no sentido objectivo). Quando a Const. Fed., em seu Art. 72, §§ 25 e 26, determina que os inventos industriaes pertencerão aos seus auctores, aos quaes ficará garantido um *privilegio temporario*, bem como aos auctores de obras litterarias e artisticas o direito exclusivo de reproduzilas, é evidente que se trata do direito subjectivo de propriedade intellectual, industrial ou artistica, e não de uma norma que eneerre favores pessoases.

As regras que se destinam a regular as relações jurídicas da propriedade intellectual são ordinariamente leis espeeiaes, nunca, porém, *privilegios*. Vide tambem Ribas (op. cit.) vol. 1.º, pag. 209.

(62) Sobre este assumpto, vide: T. de Freitas — Consolidação das Leis Civis, que se estende até 1875; Ribas — Direito Civil Brasileiro, vol. 1.º, Tit. II, Cap. II; Carlos de Carvalho — Direito Civil Brasileiro recopilado, 1899; Martins Junior — Historia do Direito Nacional, 1795; C. Bevilacqua — Legislação Comparada, eap. XIII; C. de Oliveira — Curso de Legislação Comparada, 1903, pags. 41-122; B. de Faria, nota 24 á trad. do Direito Romano de Maekeldey; C. da Roeha — Dir. Civ. Port., vol. I, nota final B.

(63) O Código Civil, como se lê na Introeueção, foi publicado no dia 1.º de Janeiro de 1916 e entrará em vigor um anno depois.

Podem dividir-se em tres grupos:

a) *Ordenações* do reino de Portugal, *Leis, Regimentos, Alvarás, Decretos e Resoluções*, promulgados pelos Reis de Portugal e pelos quaes o Brasil se governou até o dia 25 de Abril de 1821; (64)

b) as *Leis* do Imperio do Brasil, no que não forem incompatíveis com o regimen adoptado pela Constituição Federal e com os principios nella firmados; (65)

c) as leis publicadas de 15 Novembro de 1889 até a presente data.

a) As *Ordenações* mandadas publicar por Philippe II e postas em vigor em 1603 foram, por muito tempo, o direito civil codificado de Portugal; hoje (1916) ainda é o seu *Livro Quarto* a fonte mais copiosa do direito civil brasileiro. (66)

(64) Estes actos acham-se em vigor, por determinação da Assembléa Constituinte de 20 de Outubro de 1823, Art. 1.º, corroborada pelo Art. 83 da Constituição Federal, no que explicita ou implicitamente não fôr contrario ao systema de governo e aos principios nella consagrados.

(65) Art. 83 da Constituição Federal.

(66) As *Ordenações Philippinas* foram publicadas por Alv. de 11 de Janeiro de 1603. Livre Portugal do dominio hespanhol, foi a compilação de Philippe II *confirmada e revalidada* pela Lei de 29 de Janeiro de 1643. Tem soffrido rudes ataques esteCodigo, falho de orientação juridica segura, sem systema e sobretudo deficientissimo; mas alguns discretos defensores têm allegado que, embora incompleto e já não correspondendo ao estadio de civilisação em que nos achamos, se lhes deve em todo caso reconhecer a pureza da maior parte dos principios, extrahidos fielmente do que o Direito Romano tinha de melhor. D'ahi o escrever C. de Carvalho: «Dizer que as *Ordenações Philippinas* ainda no penultimo anno deste seculo (1899) são a pedra angular do direito civil brasileiro e por tal motivo expôl-as á

O Liv. 3.^o, tit. 64 dispunha sobre os modos de se suprirem suas lacunas, mas as praticas absurdas, que se lhe seguiram, tornaram necessaria a publicação do Dec. de 18 de Agosto de 1769, (67) depois esclarecido pela Carta Regia de 28 de Agosto de 1772, que publicou e mandou observar os novos Estatutos da Universidade de Coimbra. (68)

exccração publica, é envolver na diffamação o direito romano». A verdade é que este velho código é, como afirma C. Bevilaqua, um modelo de falta de methodo e eminentemente lacunoso. A questão não «se resolve na da conveniencia do romanismo, em verificar si o direito romano corresponde ás novas exigencias juridicas do estado social actual», como pensa C. de Carvalho, porquanto si a negativa se impõe, pois o direito evolue e deve corresponder ás necessidades sociaes, é forçoso confessar que nas Ordenações Philippinas se encontram muitas disposições, ainda em vigor, hauridas em outras fontes, que não o direito romano, taes como os costumes locais, por conveniencias economicas da epoca, costumes originarios do direito germanico e de outros, contendo regras muitas vezes brutacs, como o reconhece o proprio auctor aqui referido.

(67) Este decreto chamado — *Lei da Boa Razão* explica os casos e as condições de applicação do direito romano, como fonte subsidiaria do direito portuguez, na falta de leis e de costumes, determinando que as glosas e opiniões de Accursio e Bartholo, cujas auctoridades a referida Ord. no § 1.^o do sobredito titulo mandou seguir, não poderiam mais ser allegadas em juízo, nem seguidas na pratica dos julgadores. Sobre este doc., vide § seguinte.

(68) Com esta reforma o Marquez de Pombal se propunha a annullar a preponderancia clerical, pois «em nenhum estabelecimento publico foi tão sensivel a fatal influencia dos Jesuitas e da inquisição, como na Universidade de Coimbra,» diz Coelho da Rocha (Vide Martins Junior — op. cit., pag. 120). Entendem alguns auctores (Villanova Portugal, Candido Mendes, C. da Rocha) que a Carta Regia de 72 foi a *revanche* do direito romano contra a lei nacionalista da *boa razão* (a. e op. cit.); mas ha exaggero em affimar-se que a lei de 69 sacrificou ou annullou a importancia do direito romano.



Estes actos constituem importante complemento das Ordenações. (69)

b) As Leis do Imperio que não foram revogadas e que não se acham em opposição ao regimen e aos principios consagrados na Constituição Federal continuam a regular a materia a que se applicam; estão, pois, implicitamente revogadas todas as disposições que, de qualquer modo, lhe forem contrarias. (70)

(69) A lei de 20 de Outubro de 1823 dispunha no Art. 1.º que: "as ordenações, leis, regimentos, alvarás, decretos e resoluções, promulgados pelos reis de Portugal e pelos quaes o Brasil se governava até o dia 25 de Abril de 1821, em que S. M. Fidelissima, actual rei de Portugal e dos Algarves, se ausentou desta côrte, e todos que foram promulgados d'aquella data em diante pelo Sr. D. Pedro de Alcantara, como Regente do Brasil, emquanto Reino, e como Imperador constitucional delle, desde que se erigiu em Imperio, — ficam em inteiro vigor na parte em que não tiverem sido revogados, para por elles se regularem os negocios do interior do Imperio, *emquanto se não organisar um novo código, ou não forem especialmente alterados*; no Art. 2.º especificava que os decretos publicados pelas côrtes de Portugal, contidos na tabella que lhe está annexa, ficam egualmente valiosos, emquanto não fôrem *expressamente revogados*. Esta necessidade de revogação expressa fez com que no regimen passado se considerassem "vigentes, ainda depois da Constituição (monarchica), disposições legaes virtualmente revogadas por ella, taes como as referentes á *servidão da pena, á morte civil, á differença nos direitos de successão hereditaria entre os filhos de homem nobre e peão* e outras referidas por Teixeira de Freitas, Consol. das leis civis, Introducção, in princ. e Paula Baptista, Herm. Jur., § 22 not. 2º", como diz João Barbalho (Com. ao Art. 83 da Const.).

(70) Não era indispensavel a explicação constitucional de que não terão vigor as leis anteriores que forem contrarias aos seus principios, mas quiz assim o legislador constituinte evitar os abusos e as falsas applicações que se verificaram no tempo do Imperio, por falta de tina declaração identica em relação ás leis de Portugal. Vide nota



c) Em grande numero são os decretos do Governo Provisorio e as leis do Congresso Nacional, regulando materias importantes de direito civil, cumprindo salientar o dec. n. 181 de 24 de Janeiro de 1890, que dispõe sobre quasi toda a materia do Direito da Família (Lei do casamento civil) e os decs. ns. 169 A. de 19 de Janeiro e 370 de 2 de Maio de 1890, cujas disposições abrangem grande parte dos Direitos Reaes (Lei hypothecaria); os decs. 434 de 4 de Julho de 1891; 173 de 10 de Setembro de 1893; 779 de 6 de Janeiro de 1903 e 1637 de 5 de Janeiro de 1907, sobre pessoas juridicas; e o decreto n.º 1839 de 31 de Dezembro de 1907 sobre successões. Ao entrar em vigor o Codigo Civil brasileiro em 1.º de Janeiro de 1917, «ficam revogadas as Ordenações, Alvarás, Leis, Decretos, Resoluções, Usos e Costumes concernentes ás materias de direito civil reguladas neste Codigo». (art. 1807).

anterior, *in fine*. Entretanto, diz C. de Carvalho que a «revogação tacita das leis por incompatibilidade geral ou especial, resultante' do vago e indeterminado do Art. 83 da Constituição, tem gerado o arbitrario, reacções individuaes, por não estar formado de todo o caracter republicano». É injusto o grande civilista patrio, porquanto os males apontados podem ser evitados pela interpretação authentica nos casos mais graves e nos outros pela interpretação doutrinaria, e não será um meio conveniente de destruil-os admittir que continuem em vigor leis em antagonismo com os principios constitucionaes.



§ 3.º *Das fontes mediatas* — a) os costumes; b) os princípios geraes do direito; c) o direito romano; d) o direito das nações cultas.

a) *Os costumes*. Nos Estados constitucionaes modernos a existencia de um orgão, que especialmente se destina á elaboração das normas de conducta social, torna possível a satisfação prompta e immediata, por meio de preceitos legislativos, das novas necessidades sociaes. (I)

(I) A tendencia que se nota nas hodiernas assemblecias legislativas é no sentido de se formarem leis excessivas. D'ahi a facilidade com que se adoptam e se derogam e a instabilidade de certas legislações, abuso que só em parte pode ser corrigido por meio de uma codificação. Diz Story (Comm., §§ 884-886): "Um grande mal de todos os governos livres é a tendencia a legislar de mais e a inconstancia e immobildade das leis que os regem. O mal resultante de rejeitar-se uma lei boa é menor que o de adoptar-se uma que seja má ou a de ter-se uma legislação redundante e instavel". Apud J. Barbalho — Comm., pag. 145. Este ultimo escriptor critica a *legomania*, "essa praga dos parlamentos" em termos que bem mostram o conhecimento que tem das praticas de taes Assemblecias no Brasil: "Força é convir que as Assemblecias representativas enchem-se não raramente de excellentes pessoas, mas muitas sem alguma concepção scientifica, ignaras dos principios de legislação, de administração e de economia politica e social; umas, essencialmente doceis, votam sem exame tudo que lhes mandam chefes pouco competentes ou não escrupulosos; outras querem sobresahir, affectando capacidade que não têm, e julgam-se no caso de discutir e emendar tudo o que vem á discussão! A maior parte do tempo das sessões vae arrebatada pelo prurido de falar. Por uma tendencia natural a certos espiritos, desde que são chamados para uma funeção, julgam que é preciso, a todo o transe, mostrarem-se competentes e activos; legisladores, querem legislar a todo o proposito — e d'ahi uma inconvenientissima multiplicidade de leis desacertadas e mal feitas. E além disso, julgando-se supremos arbitros da governação pública, querem, a cada instante, que o poder executivo esteja

Assim, o legislador, acompanhando a vida e o movimento de sua nação, estudando seus usos e costumes, analisando as relações que se estabelecem entre os indivíduos, verificando os factos que na consciencia popular encontram o mesmo respeito como si procedessem de uma determinação *legal*, pode e deve estabelecer novas regras, que correspondam ás situações que as reclamam. (2)

Mas, si é verdade que o órgão legislativo não deve proceder de modo arbitrario, encontrando no exercicio de sua função limites que podem ser indicados scientificamente, (3) succede muitas vezes que certas relações de facto

a informal-os sobre coisas de competencia exclusiva delle e até sobre o que não lhe compete nem ao parlamento. Por suggestão partidaria esquecem muitas vezes a dignidade propria e a do parlamento, delegam ao governo poderes que não têm e, mais de um caso, em lei ordinaria hão derogado artigos da Constituição". (Comm., pag. 52). Vide Spencer — *Essais de Politique* (trad. franc., ed. 189, pags. 1 segs.). Escreve Clovis Bevilacqua: "A Ord. 3, 64, determina que, em falta de leis regulando a materia, se resolvam os conflictos juridicos pelos estylos da Côrte ou costumes. Por estylos da Côrte entendiam-se especialmente os da casa da Supplicação, os quaes, quando concretizados em *assentos*, tinham força de lei. Tendo desaparecido essa forma da producção juridica, a primeira fonte subsidiaria do direito pátrio é o *costume* (Theoria Geral, p. 26).

(2) Dizia Mirabeau: "As assembleias podem ser comparadas a cartas geographicas, que devem reproduzir todos os elementos do paiz, com suas proporções, sem que os elementos mais consideraveis façam desaparecer os menores" (Apud Barbalho — loc. cit.).

(3) Conforme entende Maine (*Ancien Droit*) a legislação, qualquer que seja o limite que o seu poder encontre na opinião publica, possui em theoria a faculdade de impôr aos cidadãos todas as obrigações que entender e nada impede de fazer leis com todo o abandono do capricho. Mas pode-se dizer com Cogliolo que, na realidade da vida, existem alguns limites que o legislador não transpõe impunemente. Assim os preceitos contrarios á utilidade social, como é com-



escaparam á sua perspicacia e á sua providencia reguladora, tornando-se preciso recorrer a outros preceitos, que não os legaes (*stricto sensu*), afim de se applicar o direito. (4) Então a fonte juridica que se deve considerar é exactamente aquella que fornece ao legislador o mais importante contingente para a formação das leis, isto é: *os costumes*.

É por isso que, embora tenham *os costumes* perdido a

prehendida pela consciencia popular, os que ferem certas instituições sociaes que podem considerarse fundamentaes como a monogamia, a propriedade, encontram seria repulsa de todos e são necessariamente abrogados pelos novos cleitos que *representam* o sentimento commum, caso a reacção não se faça sentir na propria legislatura antiga. Vide Cogliolo — Filosofia cit., pag. 57. Em uma obra de phantasia (Pierre Nozière), referida Por Gény — Méthode d'interpretation et sources du droit privé, 1899, pag. 303, nota (1), diz Anatole France: "Les lois ne sont que l'administration des instincts. Elles se trouvent soumises aux habitudes qu'elles prétendent soumettre; c'est ce qui les rend supportables à la communauté. On les appela t autrefois des coutumes. Le fond en est extrêmement ancien". Vide Jean Cruet — La vie du Droit et l'Impuissance des lois, 1908, especialmente pags. 17, 198, 295 e segs.; Rumpf — Le Droit et l'Opinion, trad. de Hugueney, 1911, pags. 62 e segs.; Gény — Science et technique em droit privé positif, 1914, n. 33.

(4) Aquelles, aos quaes compete applicar o direito, não podem se furtar a este dever sob o pretexto de não haver disposição de lei concernente á relação concreta submettida á sua apreciação; devem, pois, recorrer a outras fontes onde encontrem normas que regulem a especie. Quasi todas as legislações penaes e algumas civis se referem á recusa de applicação do direito, por falta ou insufficiencia de lei, considerando-a delicto de denegação de justiça.

O Cod. Civ. francês, Art. 4.º, prescreve: "Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice." O Projecto Bevilacqua, Art. 11, encerrava preceito identico, o qual se manteve no Projecto adoptado pela commissão especial da Camara dos deputados, Art. 5.º, 2.ª parte (lei preliminar).

importancia exclusiva que possuíam nos tempos primitivos, ainda hoje se lhes reconhece força jurídica, a par da *lei*, ainda que em uma posição subordinada á desta. (5)

(5) Escreve Windscheid: «A razão jurídica dos povos pode estabelecer o direito de dois modos — mediata e immediatamente. Mediatamente, ella estabelece o direito por meio da legislação. Immediatamente, por meio dos costumes. Certamente, este ultimo modo de estabelecer-o é na origem em todos os povos, praticamente, o mais importante; uma legislação mais fecunda pertence unicamente a um gráo mais avançado da cultura dos povos.» Continúa o mesmo escriptor: «Actualmente a legislação é a fonte jurídica de maior importancia; o direito costumeiro não occupa mais que um posto subordinado.» No mesmo sentido Gény, (loc. cit.): «Não é seriamente discutível que o costume tenha representado um papel dos mais consideraveis na formação, tanto do direito positivo em geral, como do que nos rege em particular. Para bem dizer, a maior parte das instituições jurídicas privadas, tão copiosamente regulamentadas hoje pela lei escripta, não puderam se constituir senão pela força do costume. Com effeito, não se comprehende bem, por exemplo, como um regimen matrimonial, como o da communhão entre esposos, consistindo todo elle em praticas sobrepostas umas ás outras, em faculdades reciprocas que se equilibram, em regras gradativamente variadas ao extremo para satisfazerem os mais subtis interesses, teria podido se estabelecer pela auctoridade um pouco brutal de uma legislação escripta, sem ter sido elaborado, até em suas minudencias, pelo uso de muitos seculos. O costume apparece-nos, pois, na historia jurídica, pelo menos considerada em globo, como um preparo indispensavel do direito escripto. De outro lado, em nosso estado actual de civilização e depois que se fizeram profundamente sentir os beneficios da lei escripta, pareceria, com razão, mais que temerario desconhecer a superioridade desta, relativamente ao costume, como fonte formal do direito, exactamente adaptada ás necessidades de nosso estado social; e não se deve hesitar em condemnar, como um «preconceito romantico», segundo a forte expressão de Bluntschli, a opinião d'aquelles que prefeririam, ainda para nosso tempo, o costume á lei escripta como expressão perfeita do direito positivo».

Dernburg (Pandette, vol. 1.º, pag. 65) affirma que no costume se



No estudo dos costumes como fonte do direito civil, tem-se de considerar:

baseiam os institutos fundamentaes do direito privado, como a propriedade, o matrimonio, o parentesco, mas que no curso do desenvolvimento historico as leis tomam o primeiro lugar. A escola historica, entretanto, pretende, com Savigny e Puchta, que ainda no direito evoluído têm mais importancia os costumes do que as leis, as quaes lhes são subordinadas. Recentemente, Böhlau (apud Windscheid, loc. cit.) pretende ("talvez um tanto paradoxalmente", como elle proprio accrescenta) que só o *direito consuetudinario é direito* e que a lei é apenas a vontade do Estado. Não podem ser negados os serviços inestimaveis que á theoria da origem do direito prestou a escola de Savigny. Sua novidade e seu principal merito consistem, como diz Ihering, primeiramente em ter substituído á producção exterior e mechanica do direito por meio legislativo, ensinada até então, uma origem immediata, isto é, organica — o surgir do direito do sentimento juridico nacional; depois em restituir ao direito sua larga base nacional e sua dignidade moral, reconciliando assim o sentimento juridico subjectivo com o facto exterior do direito objectivo. "O espirito subjectivo não tinha podido se conciliar com esse facto: suas aspirações, não tendo podido receber sua satisfação, tinha-se elle refugiado nas tristes solidões do direito natural. A noção do direito costumciro permittiu-lhe sentir-se em terreno seu neste mundo exterior, como em uma criação para a qual teria elle proprio contribuído e que exprimiria as aspirações obscuras e imperfeitas que em si mesmo trazia" (Ihering — *Esprit*, vol. 2.º). Mas a escola historica foi além do justo termo e seus exaggecos são hoje tidos na devida conta, após a reacção que se formou contra a "idolatria do costume". A theoria actualmente predominante, adoptando o conceito da escola savignyniana sobre a importancia do costume, em si e por si, como fonte do direito, reconhece, todavia, que sua posição actual é subordinada á da lei. Sobre as relações entre os costumes e a lei e as vantagens desta sobre aquelles, vide Cogliolo (*Filosofia cit.*) e especialmente todo o bellissimo § 29 do "*Esprit du Droit Romain*" de Ihering, o qual em linguagem pittoresca nos apresenta o direito "semelhante, na origem" (com os costumes), "a uma imagem reflectida na agua e submettida a todas as fluctuações da superficie" ao passo que com a lei "se reflecte em um espelho immovel." O Codigo Civil brasileiro terá repel-



I. Sua natureza e o fundamento de sua força obrigatória;

lido o costume dentre as fontes mediatas de nosso direito? *Prima facie*, pode parecer-o. De feito, o art. 7 da Introducção dispõe: "Applicam-se nos casos omissos as disposições concernentes aos casos analogos e, não ás havendo, os princípios geraes de direito", e o art. 1807: "Ficam revogadas as ordenações,usos e costumes concernentes ás matcrias de direito civil reguladas neste Codigo". Não creio, porém, que d'ahi se deva deduzir a impossibilidade de se reconhecer a efficacia dum costume juridico *supplendi gratia*. É claro que todos os costumes existentes até o tempo em que cntrar o Codigo em vigor, ainda que judicialmente reconhecidos, ficarão revogados por força do art. 1807. Mas, invencivel obstaculo não vejo ao reconhecimento dum futuro direito consuetudinario, constituído pela forma e com os requisitos firmados pela doutrina e pela jurisprudencia dos tribunaes. Assim é que o cminente auctor do Projecto donde sahio o Codigo Civil, apezar de não incluir explicitamente os usos e costumes entre as fontes de nosso direito objectivo, não hesitou em afirmar em sua "Theoria Geral do Direito" que "forçoso é reconhecer que essa prevenção dos legisladores (contra o costume) não tem impedido nem impedirá que o costume se constitua interpretando a lei e preenchendo as suas lacunas". (Pag. 37). Ainda mais, numa passagem que não posso resistir ao desejo de transcrever: "Assim, a doutrina consagrada nesses projectos (de codificação civil entre nós) 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 pode 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, repellidos 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 órgãos á soberania, dado 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



II. seus requisitos;

III. sua efficacia ou extensão de sua força juridica. (6)

acção revogatoria da lei escripta, e seria inconveniente que se lh'o desse, porque desapareeriam do aparelho juridico a supremacia da lei e a certeza das prescripções legaes, characteristics das legislações mais perfectas, vantagens inapreciaveis para o regular funcionamento da vida social. Todavia, si o legislador fôr imprevidente em desenvolver a legislação nacional de harmonia com as transformações economicas, intellectuaes e moraes operadas no país, casos excepcionaes haverá em que, apezar da declaração peremptoria da inefficacia abrogatoria do costume, este prevaleça *contra legem*, por que a desidia ou a incapacidade do poder legislativo determinou um regresso parcial da sociedade á epocha em que o costume exercia, em sua plenitude, a função de revelar o direito, e porque as forças vivas da nação se divorçiam, nesse easo, das normas estabelecidas na lei escripta" (op. cit., pags. 38-39). Não acompanho tão longe o emerito juriconsulto, emquanto estiver em vigor a lei de 18 de Agosto de 1769 que expressamente declara só poder guardar-se como direito o costume que não seja contrario a lei alguma (*vide* paginas seguintes sobre a efficacia ou extensão da força juridica do costume). O douto juriconsulto Dr. Martinho Gareez parece não acreditar no valor dos costumes como fonte do direito, perante o Projecto Bevilaqua, pois delles se não occupa em sua applaudida Theoria Geral do Direito. Verdade é que o Codigo Civil brasileiro procedeu com o direito consuetudinario do mesmo modo por que o fez o Codigo Civil allemão, cujos interpretes reconhecem não ter sido sua intenção condemnar e banir essa fonte juridica, mas confial-a á doutrina. Muito melhor fôra estabelecer a formula admiravel e nunea demais louvada do Codigo Civil suiso: "Art. 1." La loi régit toutes les matièrès auxquelles se rapportent la lettre ou l'esprit de l'une de ses dispositions. A défaut d'une disposition légale applicable, le juge prononce selon le *droit coutumier* et, à défaut d'une *coutume*, selon les *regles* qu'il établirait s'il avait à faire acte de législateur. Il s'inspire des solutions consacrées par la doctrine et la jurisprudencee."

(6) A obra fundamental, a se tomar por base, no estudo do costume, é, como diz Gény, sempre o livro de G. F. Puchta — Das *Gewohnheitsrecht*. A unica litteratura juridica, que se tem occupado copiosa e profundamente com essa fonte do direito, é a allemã. Aléni



I. NATUREZA DOS COSTUMES E FUNDAMENTO
DE SUA FORÇA OBRIGATÓRIA

Apresenta ainda hoje serias difficuldades a determinação exacta de um conceito independente do costume, como fonte juridica. É um phenomeno social, que se manifesta sob formas complexas e imprecisas e deve distinguir-se cuidadosamente de todos os outros phenomenos que com elle têm certas apparencias de analogia. A falta de uma tal especificação tem feito muitas vezes incluir na noção do costume juridico, como nos refere Géný, a pratica extra-

dos livros de Savigny, são dignas de especial menção as monographias seguintes: Zitelmann—Gewohnheitsrecht und Irrthum—1883; Rümelin—Das Gewohnheitsrecht, 1889; Schuppe—Das Gewohnheitsrecht, 1890; Krückmann—Das Gewohnheitsrecht und das B. G. B., 1898; Knitschky—Gewohnheitsrecht und Gerichtsgebrauch, 1898; Schmidt—Das Gewohnheitsrecht als Form des Gemeinwillens, 1899; Brie—Die Lehre vom Gewohnheitsrecht, 1899 e os tratados de Windscheid—Pandette, §§ 15-18; Regelsberger—Pandekten, §§ 19-23; Dernburg—Pandette, §§ 26-28, Bürgerliches Recht, § 27; Gierke—Deutsches Privatrecht, §§ 20 e 21; Crome—System, § 17, Parte Generale del Diritto Francese moderno (trad. italiana, 1906, § 7); Hölder—Pandekten, § 6; Cosack—Lehrbuch, § 9; Endemann—Lehrbuch, § 9. Na litteratura italiana devem ser tomadas em consideração—as notas de Fadda e Beusa a Windscheid, a monographia de Vanni—Della consuetudine, o *Trattato* de Chironi e Abello, pags. 47-51 e a Enciclopedia de Filomusi-Guelfi, §§ 21 e 22. Na litteratura franceza mais recente existem dois trabalhos importantissimos sobre o assumpto: Géný—Méthode d'interpretation et sources du droit positif, 1899 e Lambert—La fonction du droit civil comparé, 1903. Vide tambem o notavel capitulo de Saleilles sobre o Cod. Civil all. e o direito costumeiro em sua «Introduction à l'étude du droit civil allemand, 1904, pags. 66-88 e a rica bibliographia que se encontra na obra de Lambert, pags. 119-121 (nota).



judiciaria, a auctoridade adquirida pela doutrina, as tradições acreditadas pela jurisprudencia, até as mil circumstancias da vida social, que podem esclarecer a livre investigação da sciencia e dirigil-a na constituição de soluções novas. O costume, na accepção de fonte do direito, separa-se, de um lado, dos usos da vida diaria, dos bons costumes de um povo, das praticas habituaes de uma classe, das conveniencias sociaes, das exigencias da moda, das prescripções moraes e religiosas; — de outro lado, da forma constante de applicar e interpretar o direito, da obra scientifica dos juristas. (7)

(7) Diz Gény, (op. cit., pags., 314 — 315) que é a *opinio juris seu necessitatis* o elemento especificamente caracteristico do costume juridico, o unico que o distingue destes habitos do mundo, de todos estes *usos da vida*, nos quaes não se poderia reconhecer força obrigatoria. Este mesmo sentimento popular falta no chamado direito consuetudinario, scientifico, comprehendendo as maximas da jurisprudencia e as opiniões dos juristas. Segundo os sectarios da escola historica, existe um direito dos juristas (*Juristenrecht*) que comprehende actos de interpretação doutrinaria e jurisprudencial e constitue uma especie de direito costumeiro de formação secundaria, succedaneo natural do direito costumeiro primario, sahido da voz do povo (*Volksrecht*). Mas, como observa Gény (pag. 337). “as creações scientificas, tanto as que emanam dos auctores, como as sancionadas pelos tribunaes, não têm o poder de constituir um verdadeiro direito consuetudinario.” Falta-lhes, em primeiro lugar, o uso dos interessados e além disso “a *opinio necessitatis* deve existir n’aquelles mesmos entre os quaes o costume faz lei. Diz muito bem Cromc (Par. gen. del diritto priv. fr., pags. 40-41): “A jurisprudencia (*usus fori*) não é fonte do direito. É possivel afirmar-se que a pratica uniforme dos juristas pode conduzir á força de normas consuetudinarias, o que succede indirectamente, isto é, na hypothese em que o povo accete as normas assim elaboradas, si bem que não se deva desconhecer que a classe dos juristas, ensinando e julgando, se acha em condições de dar um forte impulso á sua acceitação. De qualquer modo, ainda



Elle apresenta-se como um facto ou como um conjuncto de factos, e por sua repetição revela-nos um sentimento juridico (Gény). Mas não é simplesmente em seu exercicio, (8) não é porque é geralmente applicado que tem força obrigatoria; esta reside na convicção de sua necessidade (*opinio necessitatis*). O proprio facto de sua applicação constante indica que se reputa necessario e si é verdade que o sentimento juridico existe na consciencia popular e que exactamente ali é que encontra o legislador os elementos para a elaboração da lei e os limites de sua acção, é incontestavel que a *convicção popular* é o verdadeiro *fundamento da efficacia juridica do costume*. É esta a opinião actualmente predominante. (9) A theoria anterior á escola

em casos semelhantes, não é a jurisprudencia que crea novos preceitos juridicos, mas o povo com sua consciencia juridica, por effeito de uma observancia duradoura." Acrescenta o mesmo auctor — System., pag. 87: "aber für sich allein ist der Gerichtsgebranch noch keine Rechtsquelle. Sehr oft wird er vom Volke kritisiert; und auch das Gericht kann seine Praxis ändern"; isto é: muitas vezes o *usus fori* é criticado pelo povo e tambem pode o tribunal modificar sua praxe. Conf. nota (9) do § 1.º Vide sobre a distincção, desenvolvida especialmente por Beseler e Thöl, entre o *Volksrecht* e *Juristenrecht* e a divergencia destes auctores sobre o sentido destas expressões — Lambert — op. cit., pags. 129-130 e notas a Gierke — op. cit., pags. 125-127 e 176.

(8) Para Chironi e Zitelmann, a força obrigatoria dos costumes reside em seu *exercicio*. Vide notas 12, 13 e 14 seguintes.

(9) Diz Windscheid: "No uso se manifesta a convicção dos interessados de que o que usam é direito, e *nesta convicção* está a razão da força obrigatoria do direito consuetudinario". No mesmo sentido Liebe — Das bürgerliche Recht, 1904, vol. I, pag. 4; Crome — System, pag. 84; Regelsberger — Pandekten, pag. 96; Gierke, pag. 165 e segs.; Unger, System, § 5.º; Gény — loc. cit.; Filomusi-Gnelfi — loc. cit. Alguns auctores não se preocupam com o fundamento do valor juridico do direito consuetudinario ou "para dizer correctamente", como

historica «procurou um ponto de apoio extrinseco para o vigor do direito consuetudinario e encontrou-o especialmente no *consentimento tacito do legislador*.»

Esta opiniao, combatida profundamente por Puchta e Savigny, esta quasi inteiramente abandonada. (10) Entretanto a escola de Savigny exaggerou o conceito da consciencia juridica collectiva da comunidade social, sem se preocupar absolutamente com a repeticao dos factos que fornecem o *substractum* necessario do costume. (11) Re-

Windscheid, «da norma duradouramente applicada como norma de direito.» Assim Dernburg — Pandette e Bürgerliches Recht; Cosack — Lehrbuch.

(10) Ainda posteriormente a Savigny manifestaram-se na propria Allemanha a favor dessa theoria: Maurenbrecher, Kierulff, Schmid, Meier e recentemente Bruns, Binding, Rümelin, Seydel, Hagens, Herzfelder (citados por Windscheid e Kipp). «A esta opiniao podc-se dizer com Windscheid, oppõe-se sempre, para os Estados, em que o exercicio do poder legislativo é constitucionalmente vinculado a certas condicoes, o argumento, até agora não refutado, que taes disposicoes constitucionaes excluem, como inadmissivel, a declaração tacita da vontade legislativa.» Vide sobre a critica d'essa theoria, especialmente Zitelmann (loc. cit.); Regelsberger (Pandekten); Gény (op. cit.); Lambert (loc. cit.). Os allemães chamam-na *Gestaltungstheorie* (theoria do consentimento) e sob sua influencia foram claborados os codigos civis francês de 1804 e austriaco de 1811. D'ahi a preferencia que lhe dão os commentarios francêses.

(11) A escola historica, attribuindo á consciencia popular exclusivamente a origem do direito consuetudinario, abstrahindo do elemento material — o uso, a repeticao dos factos, — cae no mysticismo de considerar regra de direito uma regra puramente ideal, que esteja de accordo com o sentimento geral, ainda quando não se traduzisse em nenhum uso propriamente dito. Seria o direito costumeiro sem o costume, como diz Saleilles (loc. cit.). Sobre a critica da escola de Savigny, vide Ihering — *Esprit e Kampf um's Recht*. Simplesmente com a conviccao juridica, sem os factos, o direito consuetudinario seria como a lei sem a publicação, na phrase de Hölder.

cente theoria, sustentada por Zitelmann (12) e apoiada por Chironi e Abello, (13) insurge-se contra o mysticismo da doutrina historica; cáe, porém, no exaggero opposto de um positivismo excessivo, abandonando quaesquer considerações de um fundamento racional para esse phenomeno juridico. (14)

A verdade é que o costume é um facto, mas um facto que corresponde na massa, como diz Saleilles, ao sentimento do direito, no sentido em que os interessados o concebem como obrigatorio e como exigindo uma sancção positi-

(12) Zitelmann, que, em um artigo publicado em 1883 no Archiv für die civilistische Praxis, faz uma analyse profunda da theoria da convicção juridica, combate-a da mesma forma que a do consentimento. Para elle o costume só tem *vigor* como facto e porque é facto, e o *vigor* vem a ser a representação que do vigor se produz no homem de bom senso, mas esta representação é determinada pela observação de um longo dominio effectivo da norma e pela espectativa de seu effectivo dominio futuro.

(13) Entendem Chironi e Abello, de accordo com Zitelmann, que a força obrigatoria do direito consuetudinario reside em seu *exercício*; "elle tem vigor porque é geralmente applicado." Segundo seu modo de entender "não é preciso procurar si existe a convicção nos interessados de que o uso praticado é *justo* ou é *direito* em si e por si, nem importa fazer investigações sobre a necessidade ou não de observá-lo." "A obrigatoriedade de um costume deriva de uma observancia ininterrupta, constante e uniforme." Vide Trattato, pags. 47, 48.

(14) A questão da base da força juridica do costume é uma questão doutrinaria de grande importancia para a determinação de sua efficacia deante da lei e dos limites de sua applicação. Ao predominio da theoria do consentimento deve-se a doutrina acanhadissima do Cod. Napoleão e o aniquilamento quasi completo dessa fonte do direito na jurisprudencia franceza. A simples repetição dos factos, o *exercício do costume* não explica sua natureza juridica nem mostra em que se distinguem dos *usos da vida* que não são direito; é a *opinio juris seu necessitatis* que os separa.



va. (15) Com isso não se quer dizer que o costume se origina da vontade commum dos interessados, nem que os factos que o constituem são productos da consciencia juridica collectiva; esta só intervém para explicar a natureza de taes factos e servir-lhes de apoio. Como observa Saleilles: «Nada se faz collectivamente; tudo se crêa por iniciativa individual e se propaga em seguida, quer por meio de autoridade ou de influencia, quer por meio de imitação. O primeiro acto de iniciativa fica desconhecido; suas ondas de extensão passaram egualmente despercebidas». Esses factos existem e se repetem pelas necessidades da vida social, independentemente da vontade dos interessados; mas seu emprego reiterado faz reconhecer sua utilidade e só se elevam á categoria de fonte do direito, a par da lei, quando a convicção de sua juridicidade se forma na consciencia popular. Os factos constituem o elemento material, externo dos costumes; a convicção juridica popular vem a ser o seu elemento subjectivo, verdadeiramente especifico. (16)

(15) Op. cit., pag. 69.

(16) Vide Gény (op. cit.). Diz este auctor: "O uso, que forma o primeiro elemento, e como o *abstractum* necessario de todo costume juridico, supõe da parte dos interessados uma serie de actos, ou de factos, ás vczes mesmo, mais raramente porém, de omissões de natureza a constituir uma relação bem definida da vida social e susceptivel ao mesmo tempo de uma sanção juridica. Normalmente, este uso consiste em praticas da vida corrente que adquiriram, por sua repetição ininterrupta, uma continuidade e uma constancia, que attestam sua firmeza". "Ao lado deste primeiro elemento, material e sensivel de alguma sorte, o costume juridico requer, para sua existencia positiva, uma condição immaterial e psychologica, cujo diagnostico é infinitamente mais delicado e mais fino e que se exprime ordinariamente por sua qualificação tradicional: *opinio juris seu necessitatis*" (pags. 311 e 314).



II. REQUISITOS DOS COSTUMES

A questão do fundamento da força obrigatória dos costumes é theorica e philosophica, mas de capital importancia para o reconhecimento do direito consuetudinario e a delimitação do campo a que se estende seu vigor juridico, que são questões de alto valor pratico. (17)

Como o reconhece Gény (18), só o fundamento racional do direito consuetudinario pode esclarecer os requisitos de que depende sua existencia. Ora, como se viu, a explicação do vigor juridico do costume encontra-se na *convicção popular* de que os *actos praticados* o são em virtude de uma regra de direito. Como sem esses *actos* não pode manifestar-se a convicção juridica, segue-se que dois são os elementos essenciaes de todo costume juridico: (19)

- a) o uso longo e constante;
 - b) a convicção de que se obedece a uma norma juridica.
- a) O uso, elemento material, consiste em factos, actos

(17) Com effceto, os requisitos para a existencia do direito consuetudinario e as condições de que depende seu reconhecimento variam conforme a theoria que se adopta para explicar o fundamento de sua força obrigatoria. É, entretanto, digno de nota que sectarios de doutrinas oppostas, sustentando principios exclusivos, são levados pela força dos factos a conceder como elemento para se reconhecer o costume juridico, circumstancias incompativeis com a theoria que defendem; com isso ainda mais se confirma a verdade do conceito acima exposto.

(18) Vide Gény — Methode, etc., pag. 310: "para determinar as condições que o costume supõe, afim de se impôr ao juriconsulto, a título de fonte formal do direito positivo, devemos nos apoiar sobre o fundamento reconhecido ao poder do costume".

(19) Vide nota 16.

(raramente em omissões) (20) e deve possuir certas qualidades que não são susceptíveis de uma precisão mathematica, mas que podem se traduzir nos dois requisitos seguintes:

I. Não ha de ser um simples factio isolado, mas uma serie de factos e, portanto, deve ter uma certa duração. (21) Sobre o numero de annos, o prazo necessario, *na falta de uma disposição legal*, nenhuma indagação *a priori* pode ser feita, (22) dependendo, até certo ponto, da apreciação do interprete, o qual deve sempre considerar que é necessario um exercício longo. Entre nós, porém, por prescripção de lei, o uso civil, para gosar de vigor juridico, deve — *ter mais de cem annos*. (23)

(20) Vide Gény — loc. cit., e nota 16 rectro.

(21) *Invieterata consuetudo* (L. 32, § 1, D. de legibus, I, 3), longa consuetudo (L. 35, D. cod.) *diuturna consuetudo* (L. 33, D. eod.).

(22) Por influencia do direito canonico constituiu-se uma certa pratica de se applicarem ao uso, por analogia, as regras da prescripção (*consuetudo legitime præscripta*). Mas, conforme observa Dernburg, é verdade que o tempo é um factor essencial tanto para o uso, como para a prescripção, com a differença, porém, que o uso forma direito em sentido objectivo, isto é, uma norma juridica; a prescripção funda ou annulla direito em sentido subjectivo, isto é, uma facultade; refere-se a uma simples relação. Tanto a theoria moderna, como a pratica, se afastaram da doutrina canonica. Vide sobre as diversas opiniões para a applicação do texto do direito canonico, Savigny — Sist., pag. 171 da trad. de Scialoja; Gierke — Deutsches Privatrecht, pag. 70; Puchta — Das Gewohnheitsrecht II, pag. 97; Windscheid — Pandette, pag. 54; Dernburg — Pandette, pag. 68.

(23) Lei de 18 de Agosto de 1769, § 14. Essa exigencia, porém, desaparecerá, quando entrar em vigor o Codigo Civil (*vide* nota 36). O regulamento commercial n. 738 de 25 de Novembro de 1850 nos Arts. 25 e 26 indica as condições de que depende o valor juridico do uso commercial, das quaes a 3.^a é — ser tão antigo que exceda o tempo

II. Deve ser constante e uniforme; (24) isto é, os actos de uso não devem ser interrompidos por actos de não uso ou de uso opposto.

b) A convicção, elemento subjectivo, se constitue com a *opinio juris*, isto é, o acto deve ter, entre os que o praticam, o character de exercicio de um direito subjectivo, que contenha a expressão de uma regra de direito objectivo, ou, em outros termos, é praticado no pensamento de uma sanção social effectiva (Gény). Deste elemento decorrem os dois requisitos seguintes:

I. O acto não deve ser motivado por outra circumstancia que não a convicção de sua necessidade juridica. (25) Este requisito é o mais importante de todos (Venzi), (26) caracteriza o direito consuetudinario, ligando-se intimamente á razão de sua obrigatoriedade. (27)

de 50 annos. Si é verdade que não basta um acontecimento para que se manifeste a convicção popular, em todo caso ha de se convir que os prazos de nossas leis são excessivamente longos. Talvez fôsse preferivel que não se fixasse o tempo, porquanto, no dizer de Dernburg, "as relações são bastante differentes para que seja recommendavel uma norma unica." Alguns auctores modernos, entre os quaes Brunner — *Deutsche Rechtsgeschichte*, I, pag. 277, apresentam e defendem a formula: *a regra costumcira, estando em harmonia com o sentimento juridico geral, toma nascimento desde sua primeira applicação.*

(24) *Consuetudo tenaciter servata* (L. 3, C. quæ sit longa consuetudo); *consuetudo jugiter observata* (L. 3, C. de priv. schol.). As leis em vigor entre nós, tanto a de 1769, como o Reg. commercial citado não se referem expressamente a este requisito, mas não pode haver duvida sobre sua necessidade.

(25) Windscheid — Pandette, trad. ital., pag. 54.

(26) Notas a Pacifici-Mazzoni, pag. 18.

(27) Sobre este requisito diz muito bem Vivante — *Diritto Commerciale*, vol. I, n. 9: "O uso deve ser observado como regra de di-



Dernburg, que, como Cosack, não estuda o fundamento juridico do costume, (28) não pode, entretanto, deixar de reconhecer que é um de seus requisitos — «ser um costume juridico, isto é, ter-se tornado uma regra de direito», acrescentando que «isso é o que tradicionalmente se designa como o requisito da *opinio necessitatis*». (29)

II. A convicção deve se formar sobre actos que não contradigam as idéas moraes, reconhecidas em um povo, não sejam contra *bonos mores* (Filomusi-Guelfi), isto é, se apresentem conforme á *bôa rasão* (Lei de 19 de Agosto de 1769), ou tenham *racional* o seu conteúdo (Windscheid, Gény). (30)

reito vigente e d'ahi com a convicção de não se poder violar impunemente. Por isso, não contribuem para a formação de um uso os actos de mera tolerancia, de liberalidade, de condescendencia que não se executam com a intenção de reconhecer um direito em outrem, como por ex.: abonações, *espera* de pagamento, os favores concedidos á clientela, — taes são os presentes em principio de anno, os abatimentos feitos a quem paga pontualmente, etc.

Segundo se exprime Filomusi-Guelfi, no costume deve-se revelar uma *ratio juris*, isto é, deve ser uma norma de direito, de contrario se teria uma norma de galanteria, de costume religioso, etc. Vide tambem Gierke e Regelsberger (loc. cit.).

(28) Vide nota 9.

(29) Por esse motivo é que, acrescenta Dernburg (loc. cit.), aquillo que se usou por muito tempo, em consideração aos bons costumes e ao decoro, não é direito consuetudinario. Vide tambem Danz, op. cit.

(30) O direito canonico tinha já estabelccido que o costume devia ser *rationabills*. Windscheid admite este requisito com a dupla restricção que se applique só aos costumes particulares e que com a expressão *irracionalidade* não se entenda inoportunidade, mas contradicção aos fundamentos da ordem publica e moral.

Deve-se, entretanto, reconhecer que tal requisito, com a segunda

Alguns auctores a estes requisitos accrescentam mais dois, que são:

1.º que a convicção, sobre que se funda o uso, deve ter sido a verdadeira convicção dos interessados, isto é, não deve ter tido por base o erro (Windscheid). (31)

restricção, pode perfeitamente applicar-se a costumes geraes e comuns e só neste caso interessa ao nosso direito civil. Gény considera a irracionalidade como um obstaculo serio ao reconhecimento do direito consuetudinario, podendo determinar e até constringer o interprete a negar todo o valor a um costume, estabelecido em suas condições constitutivas, sob o ponto de vista positivo. Trata-se, em sua opinião, de um obstaculo de ordem social eminentemente superior, que, entretanto, se apresentará raramente em relação a um verdadeiro costume juridico. O mesmo escriptor analysa os factos em que pode consistir essa necessidade superior que faz afastar o costume irracional, e, á parte o costume contrario á lei escripta ou com tendencia a abrogal-a, condemna o que fere a moral universal, os princípios mais refinados, que são o fundo de nossa civilisação christã e ainda as bases essenciaes da organização politica ou social. Ainda, quanto ao fundamento deste requisito, vide Regelsberger — loc. cit.; Dernburg — op. cit., § 27, in fine; Baron — Pandekten, §§ 2 e 4; em sentido contrario, Gierke — loc. cit.

(31) Loc. cit. A questão do erro gyra em torno do texto de Celso, fr. 39, D. De legibus I, 3: *Quod non ratione introductum, sed errore primum, deinde consuetudine optendum est, in aliis similibus non optinet*». É verdade que Celso não condemna absolutamente todo costume que se forme pelo erro, decidindo apenas que semelhante costume não pode ser estendido fóra de seu campo proprio, por meio de analogia.

Windscheid reconhece que uma convicção erronea pode, com o decurso do tempo, mudar-se em uma convicção verdadeira, quando se separa da razão do erro sobre que se funda; será este o processo natural; as gerações posteriores não applicam mais a norma em virtude do motivo erroneo que foi causa primaria de sua applicação, mas este motivo cae no esquecimento e ellas applicam a norma como tradicional e porque é tradicional, estando convencidas de que seu conteúdo é direito.



2.º que os actos, que contribuem para a formação do costume, sejam publicos.

Mas, quanto ao erro, pôde influir na formação do direito consuetudinario de dois modos, como diz Venzi: (32) «ou a norma juridica não existe, mas os cidadãos estão convencidos de que ella existe e se regulam analogamente; ou a norma juridica existe, mas os cidadãos lhe attribuem uma interpretação que não é exacta e se regulam de accordo com ella. No primeiro caso, evidentemente, o erro não pode impedir a formação do direito consuetudinario; (33) no segundo caso, o erro impedirá a formação de um direito consuetudinario valido, mas então o motivo substancial da inefficacia está na falta de uma *convicção juridica verdadeira*.» (34) Quanto á publicidade, é subentendida nos requisitos do direito consuetudinario, por quanto os *actos clandestinos* nunca poderiam conduzir á *convicção publica* de sua necessidade. (35)

(32) Notas a Pacifici-Mazzoni.

(33) Gény (loc. cit.) entende mesmo que “em regra geral e salvo o caso de costumes puramente confirmativos do direito escripto, cujo interesse se nos apresenta muito mediocre, o erro, pelo menos no principio do uso, terá sido a condição, sine qua non, da convicção de que este uso se impunha (*opinio juris, seu necessitatis*); de sorte que enervar o costume, sob pretexto de erro em sua origem, equivaleria quasi a sacrificar esta fonte, pelo menos a repudial-a, quando ella parece mais seguramente estabelecida.” Sobre este ponto encontram-se muitos exemplos, “absolutamente decisivos” em Zitelmann, o qual, exactamente da questão do erro, faz o ponto de partida de seu ataque contra as doutrinas dominantes sobre o direito consuetudinario. Vide tambem Savigny — Sistema, pag. 189, que aponta a contradicção entre a doutrina do erro e a formação do costumê juridico.

(34) Venzi (loc. cit.)

(35) A. e op. cits.

No direito positivo patrio, em vigor até 31 de Dezembro de 1916, os costumes, para valerem, deverão:

- 1.º Ser conformes á bôa razão;
- 2.º Não contrariar ás leis;
- 3.º Ter mais de 100 annos. (36)

Questão que ainda no direito civil moderno tem grande importancia é a da prova do direito consuetudinario: uma theoria, a mais antiga, preferida pelos auctores francezes, sustenta que deve ser provado pelas partes com os mesmos meios por que se provam os factos; (37) outra, a moderna, preferida pelos escriptores allemães, entende que, sendo o costume juridico fonte do direito, com a mesma força que a lei, deve ser conhecido pelo magistrado (*jura novit curia*).

A controversia é exposta por Géný, de modo inexcedivel, nos termos seguintes: «Toda relação juridica apresenta duas

(36) Lei de 1769 cit. Como em nota anterior (23) se frisou, o direito patrio exige um prazo excessivamente longo para que o uso possa constituir costume juridico, não se referindo expressamente á repetição contínua e ininterrupta dos factos, que se deve necessariamente subentender; trata tambem do requisito do accordo com a *bôa razão* (racionalidade) e determina os limites de sua effieacia (não ser contrario ás leis), questão que será examinada adiante. Sobre a questão da *opinio necessitatis*, da convicção juridica, absolutamente nada prescreve, deixando, portanto, á doutrina determinar esta condição, uma vez que não é admissivel pretender-se vigor juridico para todos os usos conformes á razão, não contrarios ás leis e de mais de 100 annos. Não tem, pois, razão o Cons. Candido de-Oliveira quando affirma que «a lei patria, enunciado os tres requisitos, eodensa a theoria romana», como é exposta por Savigny.

(37) Dentre os escriptores italianos seguem esta theoria Saredo — Trattato delle leggi, n. 175, Bianchi — Princ. gen. n. 32; Bolaffio — Commentario del cod. eom., vol. 1.º, n. 6; Forti — Istituzioni I, pag. 24; Landucci — loc. cit.

ordens de noções, de natureza essencialmente distincta: de um lado o *facto* que dá logar á applicação de uma regra; de outro esta *regra de direito*, encarada em si mesma e em sua applicação ao facto. Trata-se do facto? É á parte que o allega que compete justificá-lo, segundo as regras prescriptas pela lei das provas. Trata-se do direito? Salvo o caso em que intervem no processo um poder de decisão proprio das partes, o juiz não deve esperar a prova. Reconhece-o e applica-o de officio, sendo por sua qualidade mesmo encarregado especialmente de conhecê-lo. É o que exprimem os antigos adagios: *Jura novit curia*, ou ainda — *Da mihi factum, dabo tibi jus.*» Estes principios são incontestaveis, mas, em materia de direito consuetudinario, os glossadores e os antigos juristas, considerando o costume como um simples facto, (38) (referiam-se especialmente aos costumes locais contrarios ao direito romano) só o admittiam quando allegado e provado por aquelle que o invocava: *jus non scriptum pendet ex facto; factum est necesse probari.* Contra este conceito insurgiu-se vivamente Puchta, que demonstrou quanto era «forçado e illogico.» Não ha duvida que o direito consuetudinario resulta de factos e por meio de factos se prova, (39) mas são exactamente esses factos que

(38) Vide Gény — loc. cit.; Lessona — Teoria delle prove, vol. 1.º, pag. 247; Dernburg — Pandette, pag. 71; Windscheid — Pandette, pag. 59. Ainda modernamente Glück — Pand., considera esta affirmação como axiomática.

(39) Pode-se tambem dizer com Lessona e Gény, que reproduzem os argumentos de Puchta, que, abusando-se das palavras, se deve reconhecer que a lei em si mesma é um facto, isto é, um acto promulgado por uma certa forma e nesse caso o juiz só poderia applicá-la



revelam a regra de direito que o juiz deve conhecer e aplicar espontaneamente, como procede em relação á lei. A solução de Puchta é essencialmente logica e incontestavel em principio, mas não pode ser levada ás suas ultimas consequências, como o reconhece elle proprio e ainda melhor Savigny, que a reproduz, (40) porquanto, si o costume, da mesma forma que a lei, representa o direito objectivo, contudo não tem a mesma certeza e precisão, (41) pois suppõe um uso lentamente formado, «sujeito em seu diagnostico a mais de um equivoco.» (42) Assim, como affirma Géný, é impossivel exigir-se do juiz um conhecimento do direito costumeiro tão perfeito como o que deve ter da lei e «não sómente ser-lhe-á desculpavel ignorar o costume, como imprudente será a parte que o allega em confiar em suas luzes.» (43)

D'ahi a necessidade de certas modificações tendentes a fornecer ao juiz o conhecimento que lhe falta.

Tendo em vista essas considerações, os principios da theoria moderna sobre a prova do costume juridico são:

1.º O juiz por sua qualidade propria deve applicar o

quando a parte interessada a allegasse e demonstrasse sua existencia e seu conteúdo.

(40) Sistema cit. § 30 e Puchta — Das *Gewohnheitsrecht*.

(41) É, com effeito, a incerteza e a imprecisão do costume que o tornam inferior á lei, pelo que tem no direito moderno uma posição subordinada; a lei se exprime por um só acto: por sua publicação torna-se de todos conhecida; o costume se revela por actos diversos e repetidos que muitas vezes escapam ao conhecimento do juiz. Vide sobre o papel subordinado do costume especialmente a nota (5) retro.

(42) Géný — *loc. cit.*

(43) A. e op. cit., pag. 308.



costume, ainda sem a allegação e sem a prova fornecida pela parte a quem aproveita; (44)

2.º Na falta de conhecimento sufficiente, pode exigir a prova da parte que o invoca; (45)

3.º A parte, sem esperar o convite do juiz, pode allegar o costume que lhe parece applicavel e propôr-se a provar, tanto sua existencia, como seu conteúdo. (46)

Estes principios adoptados hoje pela doutrina alle-mã, (47) consagrados pelo art. 265 do Cod. de Proc. Civ.

(44) Uma vez que se reconheça a natureza juridica do costume, este principio se impõe; entretanto, os escriptores franceses (com raras excepções, das quaes a principal é Gény) e alguns italianos entendem que o juiz não pode applicar o costume, segundo o conhecimento pessoal que d'elle tenha. Isso entre nós equivale á denegação de justiça; vide notas seguintes.

(45) A convicção do juiz poderá formar-se em qualquer estado da causa e por todos os meios abandonados á sua consciencia, sem necessidade das formas e das dilacões impostas á demonstração dos factos propriamente dictos (Gény — loc. cit.).

(46) Vide Gény — op. cit., pag. 309. Diz Dernburg que si é inteiramente logica a affirmação de Puchta de que é dever do juiz indagar e applicar de officio o costume juridico, pois é "direito", em todo caso occorrem algumas considerações praticas admittidas pela lei do processo civil na Allemanha. Por ella, o juiz deve applicar o direito consuetudinario, sempre que o conheça; indagal-o por si, sempre que isso lhe pareça corresponder ao estado das coisas; fóra desses casos as partes devem provar os factos sobre que baseiam a asserção do direito consuetudinario. No mesmo sentido — Coviello — Manuale, pag. 52: "Essendo la consuetudine fonte di diritto, il magistrato dovrà applicarle d'ufficio, anche quando non venga invocata, e a lui ne sia nota l'esistenza; ma d'altra parte può richiederne la prova, ove sia in dubbio sulla esistenza o sullo contenuto".

(47) Dos escriptores italianos seguem essa theoria Vanni — op. cit.; Pacifici-Mazzoni — op. cit.; Vidari — Diritto commerciale; Ottolenghi — Com. Cod. di Com. Venzi (Notas a Pacifici-Mazzoni) reconhece que ha importantes differenças entre a prova do facto e a do direito con-



allemão de 30 de Janeiro de 1877, reproduzido no art. 293 do mesmo Codigo, revisto pela lei de 17 de Maio de 1888, admittidos pelo § 271 do Cod. de Proc. Civ. austriaco de 1885, e que, na opinião de Gény, devem, sem contestação, se impôr em França, (48) na falta de dispositivo legal sobre a questão, são os unicos compatíveis com os preceitos de nosso direito actual (49), estão consagrados no art. 131 do

suetudinario; assim, por ex., o juiz não pode se basear sobre factos não allegados pelas partes, mas pode e *deve* observar o direito consuetudinario, ainda quando tenha delle um conhecimento casual.

(48) Gény (loc. cit.).

(49) O Cons. Candido de Oliveira, em sua excellente "Legislação comparada" — pag. 136, entende que o costume, para prevalecer no direito civil brasileiro, deverá ser allegado e provado; que o juiz deve conhecer "o direito nacional escripto", quanto ao costume, porém, é *elle verdadeiramente um facto*, sobre cuja existencia pode haver contestação e assim não deve ser recusada a opposição e menos ainda dispensada a prova; que, dispondo o Reg. Com. de 1850, art. 218: "Nos casos que, conforme o Codigo, são regulados pelos usos commerciaes das praças do Brasil, devem estes ser provados ou por assento do Tribunal do Commercio, ou, em falta de assento, por um attestado do mesmo Tribunal sobre informação da Praça", nada embaraça a applicação deste preceito em materia civil, em face do dec. n. 763 de 19 de Setembro de 1890 e da Ord. do Liv. 3, tit. 53, § 8; finalmente que a opinião de Savigny não se compadece com a lei. Não tem razão o illustre escriptor. Em primeiro logar, as leis em vigor entre nós consideram os costumes como *direito* e não como *facto* e determinam ao juiz que: "Quando algum caso fôr trazido em pratica, que seja determinado por alguma lei, *estilo ou costume*, longamente usado, e *tal que por direito se deva guardar, seja por elles julgado*, sem embargo do que as leis imperiaes (direito romano) ácerca do dito caso em outra maneira dispõem; porque onde a lei, *estilo ou costume* dispõem, cessem todas as outras leis e direitos" (Ord. do Livro 3.º, tit. LXIV, in princ.) Assim, é o costume equiparado á lei pelo texto referido e onde haja costume, na falta da lei, não pode o juiz delle afastar-se; ora, si todo caso submettido a julgamento tem de ser decidido, sob pena de denegação de justiça, é evidente que não pode o juiz esperar pela prova



Cod. de Proc. Civ. do Estado da Bahia e merecem acolhidos no regimen do Cod. Civil.

III. EFFICACIA OU EXTENSÃO DA FORÇA JURIDICA DO COSTUME

A força do direito consuetudinario é igual á da lei (Windscheid), mas em virtude de sua posição subordinada

da parte para applicar o costume; porquanto si tal succedesse, não havendo allegação nem prova da parte, ou deixaria de julgar, hypothese que lhe não é permittida, ou então teria de se pronunciar de accordo com as outras fontes subsidiarias, contra disposição expressa da lei. Em segundo lugar, a disposição citada do Reg. Com. não pode, por sua natureza especial, ser applicada ao direito commum, pois si os Tribunaes de Commercio estão em condições de attestar os usos commerciaes, não se lhes pode suppôr a especialidade do conhecimento dos costumes civis, além de que preceitos especiaes só nos casos previstos derogam os principios geracs. Quanto á Ord. do Liv. 3.º, tit. 53, § 8, tambem não aproveita á argumentação do distincto jurista. É este seu conteúdo: "Porém si o artigo (sobre o qual a parte tem de depôr) não fôr fundado em direito commum, mas em direito de algum reino, cidade ou villa, onde a demanda se trata, si tal direito não é escripto, assim como costume usado por longo tempo, pode-se delle articular e a parte será obrigada a depôr a elle; e se tal direito fôr escripto, posto que delle se possa articular, não será a parte obrigada a depôr a elle, assim como não é obrigada a depôr ao artigo fundado em direito commum". É clarissimo o fim que visa a Ord. citada: em o paragrapho anterior determina-se que os artigos, sobre os quacs as partes têm de depôr, devem se fundar "em coisa que consiste em *facto* e não em *ponto de direito*, escripto ou não escripto; mas, como tratando-se de direito de algum Reino, Cidade ou Villa, não pode o juiz ter o mesmo conhecimento que deve ter do direito commum, prescreveu-se que quando se allegasse um desses direitos especiaes que não fôsse escripto, haveria necessidade de prova testemunhal, unico meio de se conhecer. Assim, a regra invocada em apoio da opinião que julga indispensavel a prova do direito consuetudinario pela parte, só se refere ao *direito costumeiro de algum reino, cidade ou villa* e não ao *commum*.

no direito moderno, só se manifesta para completar ou supprir a falta da lei.

Os usos podem se manifestar:

a) de accordo com a lei, nos casos em que esta expressamente a elles se refere (*secundum legem*);

b) como complemento do direito escripto, para completal-o e supprir suas lacunas (*præter legem*);

c) em sentido contrario ás disposições legais (*contra legem*), quer por meio de uma norma que directamente se oppõe á lei (*consuetudo abrogatoria*), quer simplesmente por um não-uso formal de suas prescripções (*desuetudo*). Até onde se estende o vigor juridico do costume? Limita-se aos casos em que a lei o reconhece? Deve prevalecer contra a regra legal? Vae além do reconhecimento da lei, mas só até onde não se oppõe aos seus preccitos? Varia a doutrina como tambem differentes são os diversos direitos positivos a respeito.

a) O principio de que o costume só tem valor quando a lei se lhe refere, ou permite sua applicação, decorre logicamente da theoria do consentimento (*Gestattungstheorie*) e é sancionado de modo expresso pelas leis civis austriacas (50), italianas (51) e argentinas (*Cod. Civ.*, art. 17).

(50) *Cod. civ. aust.* de 1811, art. 10. *Conf. Unger — System*, pag. 40; *Krainz — Oesterreichisches Privatrecht I*, pag. 8; *Kirchstetter — Kommentar zum Oest. G. B.* § 10.

(51) Lei de 30 Nov. 1865, Art. 48: «Nelle materie che formano oggetto del nuovo codice, cessano di aver forza dal giorno dell'attuazione del medesimo tutte le altre leggi generali o speciali, como pure gli usi e consuetudini, a cui il codice stesso espressamente non si riferisca». Diz a respeito Gianturco (*Istituzioni*, pag. 13): «no direito

O direito francês também não é favorável ao costume, como observa Crome. (52) Por efeito do Art. 7.º da lei de 30 do ventoso, anno XII (21 de Março de 1804), foram abolidos todos os costumes que se referem ás materias contempladas pelo Codigo Civil, menos os a que elle expressamente se refere. Quanto aos costumes futuros nada prescreve a lei, mas a doutrina francesa, com excepção de alguns recentes escriptores, entende que são applicaveis com a mesma limitação. (53) Dizem Baudry-Lacantinerie e

civil (o costume) não vale nem para *ampliar*, nem para *supprir* e muito menos para *abrogar* o direito escripto, a não ser nos casos em que a lei expressamente impõe sua observancia." Vide também Filomusi-Guelfi (op. cit., pag. 64) e Fadda e Bensa (Notas a Windscheid, pags. 13 e seguintes). Estes dois escriptores confessam-se em desacordo sobre o vigor do costume *præter legem*.

(52) Parte generale del dir. priv. franc. moderno, trad. ital., § 7.º

(53) Vide Baudry-Lacantinerie et Houques Fourcade — *Traité* 1.º, pag. 20; Aubry et Rau, trad. de Landucci, pag. 207; Demolombe, 1.º, n. 34; Huc — *Commentaire*, I, ns. 49-50; Planiol — *Grande Encyclopedie*, V. *Desuetude*, t. XIV, pags. 298-299. Ambroise Colin et Capitant, porém, no recente "*Cours Élémentaire de Droit Civil Français*, vol. 1.º, 1914, pags. 27 e seguintes, observam: "En dehors même du cas où la coutume reçoit ainsi force de loi (por determinação da propria lei) on doit, croyons-nous, décider, et cela *en vertu d'une nécessité rationnelle*, autrement dit, *naturelle*, qu'elle règle et tempère *l'usage des differents droits*, conferés aux individus par la loi ou par la convention. Par cela seul, en effet, que l'on doit présumer raisonnables les dispositions du législateur et les vues des parties contractantes, il faut considérer que, d'après leurs intentions, les droits qu'ils établissent, seront appelés a s'exercer *dans des conditions normales*, et en conformité des habitudes, des mœurs, de l'état d'esprit existant au moment où ces droits prennent naissance. Enfin et surtout, il ne faut pas se laisser tromper par le nombre relativement considérable des prescriptions inserées dans le Code Civil et croire que tout notre droit civil trouve son expression dans les 2.281 articles,



Houques-Fourcade: «a nação tendo delegado o poder legislativo a duas camaras, estas não poderiam, sem violar a propria lei de sua instituição, delegal-o por sua vez a aquelles de quem o receberam. Este argumento de ordem constitucional, não tendo sido ainda refutado, comprehende-se que a doutrina francesa, que o adopta *exclusivamente*, negue ao costume, em sua quasi unanimidade, a qualidade de fonte do direito. Nesta doutrina o juiz não é auctorizado

dont il se compose. Se serait une grossière erreur. Il y a beaucoup de matières sur lesquelles le Code ne contient que quelques dispositions insuffisantes. On peut citer comme exemples, parmi beaucoup d'autres, l'action paulienne, ou droit des créanciers de demander la revocation des actes frauduleux de leur débiteur, que l'article 1167 se contente d'énoncer, sans rien dire de ses conditions d'exercice et de ses effets, et le régime dotal, dont les articles 1540 à 1581 ne donnent qu'une esquisse fort incomplete. Aussi les solutions adoptées par nos anciens auteurs dans ces diverses matières continuent à s'appliquer, bien qu'elles ne soient pas écrites dans la loi. Nous voyons là un fonds important de règles coutumières qui sont toujours en vigueur et viennent s'ajouter à notre système législatif". (pag. 28). Também num excellente artigo publicado na "Revue Trimestrielle de Droit Civil", 1911, pags. 229 a 316, o illustre Professor E. H. Perrcau, da Universidade de Montpellier, faz notar: "Pour suppléer ou compléter la loi, l'usage conserve un rôle efficace. Il est d'abord des hypothèses nombreuses, où, la loi renvoyant expressément aux usages, aucun doute ne s'élève sur leur caractère obligatoire. En second lieu, les anciens usages antérieurs à nos Codes ont conservé force de loi, dans les "matières" dont ceux-ci ne traitent point, et où ils n'ont pas été abrogés... En l'absence de référence légale, les usages, dont l'origine est postérieure à nos Codes, servent enfin à compléter ou suppléer la loi dans son silence, et lorsqu'il n'est pour le juge aucun autre élément légal de solution du litige. Nous ne répéterons pas les citations de Portalis, très édifiantes sur les intentions des rédacteurs de nos Codes à cet égard, que nous avons précédemment faites" (Du rôle de l'habitude dans la formation du droit privé, pag. 265).



a applicar, como obrigatorios, usos que, *sem serem contrarios á lei, não são consagrados por ella.*» (54) O primeiro projecto de Codigo Civil Allemão, no paragrapho 2.º, recusava ao direito costumeiro, qualquer que fôsse seu character, a possibilidade de abrogar, modificar ou mesmo completar a lei.

Só se admittia quando legalmente consagrado. A critica insurgiu-se vivamente contra estas disposições restrictivas. (55) A segunda Commissão, attendendo ás reclamações, suppriniu o paragrapho e deixou a materia para ser regulada na lei de Introducção, depois do Art. 2.º, que encerra a definição technica de lei. Nesse ponto da discussão, porém, sendo rejeitada por grande maioria (56) a proposta de se reproduzir, pura e simplesmente, o § 2 do primeiro projecto, resolveu-se deixar a questão em silencio, visto como pelo Art. 2.º da Constituição do Imperio já tinha

(54) Estes principios são consequencia logica da theoria do consentimento para explicar o fundamento racional do direito consuetudinario. Como diz Saleilles: «Era a epoca em que a propria theoria se mostrava visivelmente hostile ao direito costumeiro para só lhe attribuir valor positivo por meio de concessão legal, quando a lei tivesse reservado sua applicação e na medida em que o tivesse feito, valor derivado puramente da lei; de tal sorte que em uma theoria deste genero não haveria logar sinão para uma unica fonte juridica — a lei, a qual dispõe por meios directos, sob a forma do direito escripto ou pelo intermedio indirecto de creações espontaneas, validas apenas quando nos limites traçados por ella, sob a forma de direito não escripto ou direito costumeiro (Gestattungstheorie)».

(55) Vide Gierke — Entwurf eines B. G. B., p. 122: Schuppe — Das Gewohnheitsrecht, pag. 150 e segs.

(56) A proposta obteve apenas 3 votos. Vide Saleilles — loc. cit.



sido excluído o direito costumeiro particularista. (57)

b) Com a fundação da escola histórica o costume, como já se viu, obteve uma importância extraordinária, sendo equiparado à lei e mesmo, theoreticamente, considerado superior a ella, por ter sua origem directa e immediata no espirito popular. Assim, reconheceu-se a necessidade de alargar o seu campo de applicação, admittendo-se-lhe effi- cacia jurídica contra a propria lei. É a doutrina allemã, que será examinada adiante.

Constituiu-se, entretanto, uma theoria, que, reconhecendo como fundamento do direito consuetudinario o salientado pela escola de Savigny (convicção jurídica popular), comprehendeu que, por sua posição subordinada á da lei, o costume só deve ter vigor juridico, para explicar ou completar a lei e, faltando esta, para suppril-a. Onde o costume esteja em antagonismo com o direito escripto não tem valor juridico. Esta theoria, embora não seja tão rigorosamente logica como a allemã, está de accordo com os modernos systemas representativos.

Gény (58) adoptou-a em termos que devem ser reproduzidos: «Em nosso estado de civilização e segundo as exigencias da hora actual, convem repellir todo costume formalmente opposto á lei escripta. Esta solução não se apresenta como uma consequencia logica das razões fundamen-

(57) Vide Planck — Komentar, vol. 1.º, pags. 38-39; Hölder — Komentar, vol. 1.º, pags. 51-52; Leonhard — Der allegemeine Teil des B. G. B., pag. 46 e segs.

(58) Loc. cit.



taes sobre as quaes se apoia a força obrigatoria do costume; mas a pura logica é incompetente para decidir uma questão que depende, antes de tudo, de considerações historicas e sociaes eminentemente variaveis. Hoje, sob o ponto de vista politico, é incontestavel que a lei escripta é considerada a regra suprema, devendo prevalecer, por seu caracter preciso e regular, sobre as manifestações incertas, muitas vezes incoherentes ou mal determinadas, pelo menos desorganizadas do uso.» (59) Adiante completa o mesmo escriptor seu pensamento: «mantenho em principio a preeminencia do direito escripto sobre o direito costumeiro no sentido em que, *admittindo a força obrigatoria de todo costume, constituido ao lado da lei e para suppril-a (præter legem), re-pillo, ao contrario, todo o que se manifeste contra ella (contra legem), quer reduzindo-a ao esquecimento (desuso), quer contrariando-a ou modificando-a em suas disposições formaes (costume abrogatorio).*» (60)

(59) Gény — loc. cit.

(60) É claro, como observa Gény, que, tratando-se de leis simplesmente interpretativas ou suppletivas da vontade, que permitem toda derogação mesmo tacita, si o uso contrario é invocado a titulo de presumpção de uma vontade que legitimamente se oppõe á lei, deve ser admittido; mas cumpre observar que não é este o dominio proprio do costume juridico. O eminente civilista patrio Dr. Clovis Bevilacqua parece não ter interpretado com acerto a opinião de Gény, quando escreve em sua apreciada theoria do Direito Civil, pag. 37: «O que parece mais grave é que, ao lado da legislação codificada, se mantenha o costume derogatorio da lei; mas, apezar de todos os protestos dos codigos, GÉNY O ADMITTE, COM A UNICA LIMITAÇÃO DE NÃO PREVALECER CONTRA AS LEIS QUE CONSAGRAM AS BASES ESSENCIAES DA CIVILISAÇÃO, AS CHAMADAS LEIS DE ORDEM PUBLICA, NEM TAMBEM CONTRA AS LEIS SUPLETIVAS». Quem reflita nos termos que se propõem a exprimir



É esta a solução que se deve admittir para o direito

a opinião de Géný não deixará de notar com estranheza o facto de se apresentarem unidos, em consorcio injustificavel, os dois pontos extremos — *leis de ordem publica*, absolutamente coactivas, e *leis suppletivas*, dependentes da vontade do individuo — determinando o reducto inacessivel ao costume *contra legem*. Que os costumes se não applicuem havendo contra elles alguma lei de ordem publica, bem se comprehende, ainda quando se adopte a theoria favoravel á efficacia do costume contrario á lei. O que parece absurdo, porém, é que um adepto dessa theoria declare as leis suppletivas egualmente fóra da acção do uso contrario. E, na verdade, si o direito consuetudinario não poderá constituir-se contrariando as leis puramente suppletivas, as quaes não resistem a uma declaração de vontade que se lhes opponha, que leis outras terá elle a virtude de revogar? Forçoso é reconhecer, outro é o conceito de Géný. O illustre professor da Universidade de Nancy, estudando profundamente a materia, procura circumscrever o campo em que se poderão desenvolver as duvidas sobre a efficacia do costume opposto á lei. Para isso indica dois pontos extremos, em relação aos quaes se impõem soluções divergentes. De um lado, mostra as leis suppletivas ou interpretativas da vontade e affirma que sem vacillação deve admittir-se o uso que as contrarie; do outro lado, aponta-nos as leis de ordem publica e declara anti-social e, assim, inaceitavel o costume que se lhes opponha. Eis suas palavras: — *«D'une part, quand il s'agira des lois simplement interprétatives, ou supplétives de volonté, et permettant toute derogation même tacite, si l'usage contraire est invoqué à titre de présomption d'une volonté faisant légitimement échec à la loi, pas de doute qu'on doive l'admettre à son encontre.»* (pag. 351). *«D'autre part, ET INVERSEMENT EN QUELQUE SORTE, ayant dénié toute force obligatoire aux coutumes, qui heurteraient, soit la morale universelle, soit les bases essentielles de notre civilisation, il est clair que nous devons méconnaître, comme anti-social, tout usage contrariant, dans leur essence, des lois qui consacraient purement et simplement ces fondements indispensables d'une société organisée»*. Não corresponde tão pouco ao pensamento de Géný a affirmativa de que, em regra, se deva manter o costume derogatorio da lei. Ao envez, varias passagens do livro de Géný demonstram claramente que elle adopta o principio opposto, embora o submetta a excepções. É assim que á pag. 358 se lê: *«Tout bien con-*

civil brasileiro em vigor, sem a menor hesitação. (61) e (61^a)

sidéré, cependant, et puisqu'il faut prendre parti, d'après les exigences de l'heure actuelle, j'estime qu'en principe, et dans notre état de civilisation, il convient de repousser toute coutume formellement opposée à la loi écrite". Á pag. 361: "En définitive, donc, je crois devoir maintenir, en principe, la puissance de la loi, au regard de la coutume qui la contredit". Finalmente expõe em termos geraes a sua opinião: "Sauf cette réserve (refere-se a transacções commerciaes), et toutes autres analogues, que pourraient justifier, en faveur de hypothèses différentes, des considérations sociales du genre de celles que nous rencontrons en matière commerciale, JE MAINTIENDRAIS, EN PRINCIPE, LA PRÉÉMINENCE DU DROIT ÉCRIT SUR LE DROIT COUTUMIER, EN CE SENS QU'ADMETTANT LA FORCE OBLIGATOIRE DE TOUTE COUTUME, CONSTITUÉE À CÔTÉ DE LA LOI, ET POUR LA SUPPLÉER (*præter legem*), JE REPOUSSERAIS, AU CONTRAIRE, CELLE QUI TENDRAIT À LUI FAIRE ÉCHÉC (*contra legem*), SOIT POUR L'EFFACER PAR L'OUBLI (*désuétude*), SOIT POUR LA MODIFIER OU POUR LA MODIFIER DANS SES DISPOSITIONS FORMELLES (*coutume abrogatoire*)," pag. 365.

(61) Por disposição expressa de lei (Ord. do Liv. 3.º, tit. 64) são fontes subsidiarias de nosso direito civil os costumes, os quaes para tal fim devem ter como requisito (L. de 1769, art. 14): *não serem contrarios ás leis*. Apesar disso, porém, escreve o Cons. Candido de Oliveira (Op. cit., pag. 131): "Não obstante a phrase imperativa do texto, é erro (?) afirmar em absoluto a impossibilidade da revogação da lei pelo costume." É extranhavel a incoherencia do illustre jurista, para quem o costume é um *facto*, que, para se applicar, deve ser provado e, entretanto, tem a força juridica de abrogar as disposições legaes, que, por constituirem *direito*, devem ser applicadas obrigatoriamente, sem dependencia de allegação e prova. Além disso, como pode succeder que a regra da lei estando em vigor, se firme um principio contra ella? Ainda quando se admitta theoreticamente que o direito consuetudinario possa abrogar a lei, ainda assim, no campo do direito positivo, havendo contra esse effeito um principio legal, é indispensavel que o desuso ou o uso contrario já o tenha abrogado para se admittir a possibilidade de um costume juridico opposto ás leis. Ora, reconhecido o vigor actual do requisito da Lei de 1769, não é permittido fallar-se em uso abrogatorio da lei. Vide, sobre a importancia da dis-

a) A theoria allemã, partindo do fundamento do direito consuetudinario, introduzido pela escola historica,

posição legal citada, as Pandette de Windscheid, pag. 60 e nota. Os exemplos apontados pelo Cons. Ribas e pelo Dr. Clovis Bevilacqua (*vide* Theoria Geral do Direito, pags. 34 a 35) indicam apenas que o proprio legislador e os tribunales sentiram a necessidade de sancionar praticas que se lhe estavam impondo ao reconhecimento. Não se segue dahi que se haja constituído um direito consuetudinario, porquanto isto só poderia acontecer no dominio da lei de 1769, si taes praticas tivessem mais de 100 annos e não fôsem contrarias ás leis. Salvo si taes requisitos já não estivessem em vigor.

(61^a) O Projecto Revisto incluiu a seguinte disposição final: art. 2203: "Ficam revogadas todas as leis, decretos, usos e costumes que constituíam o direito civil brasileiro sobre cada uma das materias que fazem objecto deste Codigo." Na discussão perante a Comissão especial da Camara dos Deputados, apresentou o Sr. Julio dos Santos a emenda substitutiva — "revogam-se as disposições em contrario", a qual, acceita pelo relator Sr. Alencar Guimarães, foi, por proposta do Sr. Andrade Figueira, substituida pelo seguinte art. 1821: "Ficam revogadas as Ordenações, Alvarás, Leis, Decretos, Resoluções, Usos e Costumes relativos ás materias do Direito Civil que são reguladas por este Codigo." É esta "disposição imprudente, mal redigida, senão obscura", na phrase do Cons. Candido de Oliveira, e pode occasionar as mesmas duvidas que na França e na Italia se têm derivado de disposições identicas. Fecha-se tambem a fonte dos costumes anteriores ao Codigo nas materias que elle regula e nada se dispõe sobre os costumes futuros. Quanto a estes, compete á doutrina determinar seu valor juridico ou continua a vigorar a Lei de 1768? Quanto a aquelles, uma vez suppressos, qual o meio de supprir as lacunas do Codigo em materia de "direitos e obrigações, de caracter privado, das pessoas, quer naturaes, quer juridicas entre si e em relação aos bens", as quaes são reguladas pelo Codigo (art. 1.^o)? O Codigo Civil, como vimos, manteve o dispositivo proposto pelo Snr. Andrade Figueira. Acredito que no regimen do Codigo Civil se devem admittir os costumes juridicos futuros como fonte mediata do direito, como acontece na Allemanha e, ainda mais, que, afastados os requisitos da Lei da Boa Razão o direito consuetudinario poderá constituir-se muito antes do prazo que ella fixara e desenvolver sua efficacia normal *secundum* ou *prater*

attribue-lhe a mesma efficacia que tem a lei; assim, tanto pode completar, como abolir o direito vigente, o que é verdade não só quanto ás relações de um costume com outro, mas tambem com o direito legislativo (Windscheid). (62) Salvo algumas disposições legislativas particulares, de character restrictivo, continuou em plena liberdade a investigação scientifica e doutrinal que manteve a mesma tendencia, com o limite reconhecido por Savigny (63) de que um costume local não podia derogar a disposição de uma lei geral absoluta.

Novo elemento de discussão forneceu o Art. 2 da Constituição do Imperio Allemão, firmando a superioridade do direito imperial sobre o direito territorial. Sobre este ponto, todos os auctores, com excepção de Hœnel, (64) reconheceram que a Constituição, subordinando as leis locaes ás leis do Imperio, tinha entendido fallar de todas as fontes juridicas admittidas em um Estado particular e, portanto, tambem do direito costumeiro particularista. Como já se viu, o primeiro Projecto pretendeu modificar esse estado de coisas, não conseguindo seu intuito. Não havendo no Cod. Civ. All. disposição alguma sobre o valor do costume e definindo a Lei de Introducção, Art. 2.º: *lei é toda norma de conducta*, entende-se que não é o direito escripto a unica

legem e, em casos excepçionaes, até *contra legem*, de accordo com a opinião de Clovis Bevilacqua, exposta em a nota (5) deste mesmo paragrapho.

(62) Loc. cit.

(63) Sist. cit.

(64) Staatsrecht, I, pag. 250.



fonte jurídica existente e que o direito pode formar-se por meio do costume. Sobre a força jurídica desse costume ha quasi unanimidade entre os escriptores.

A rejeição do Art. 2.º do primeiro Projecto e o silencio do Codigo sobre o direito costumeiro são considerados como o reconhecimento de seu valor a par da lei. É extremamente notavel, como diz Saleilles, (65) que o reconhecimento de sua admissibilidade, em lugar de resultar de um texto formal da lei, seja indicado por meio de preterição. «É a prova de que se abandonava, emfim, a concepção tão artificial e tão anti-social de que a legitimidade do direito costumeiro só poderia resultar de uma reserva ou de uma concessão da lei. Reconheceu-se-lhe um valor proprio, independente da lei, fez-se delle uma fonte jurídica distincta, sobre o mesmo pé que o direito escripto. Segue-se que este direito costumeiro do Imperio deve ter o mesmo valor, em relação ás leis existentes, que o attribuido a uma lei posterior: poderá completal-as, modifical-as e mesmo abrogal-as; é, ao mesmo tempo, suppletivo, derogatorio e abrogatorio». (66) Windscheid admite que o direito consue-

(65) Introduction cit., pag. 78.

(66) Saleilles (loc. cit.). Vide op. cit. deste auctor sobre toda esta parte. Conf. tambem Crome — op. cit.; Dernburg — Bürgerliches Recht; Planck — Kommentar; Hölder — Kommentar; Zitelmann — Das R. des B. G. B. allg. Teil; Leonhard — Der allg. Teil des B. G. B.; Ennecerus und Lehmann — Das Bürgerliche Recht, Einleitung. Contra — Endemann — Einführung. Pacifici-Mazzoni (loc. cit.) tambem abraça a doutrina alemã. O illustre civilista hespanhol Valverde y Valverde declara que o Codigo Civil hespanhol não admite o costume contra a lei, seguindo neste ponto o criterio das legislações modernas, mas

tudinário não tem força quando por lei é declarado não obrigatório. (67)

admitte o *præter legem* como fonte suppletoria. Pensa, porém, o illustre escriptor que se deve admittir o costume contra a lei e lamenta que, em respeito ao Código, tenha a interpretação jurídica de restringir-se á lei escripta que nem sempre é o direito vivido na realidade (Tratado de Derecho Civil español, vol. 1.º, 1909, pag. 166). O Código Civil suíço, determinando, no art. 1.º, que o direito costumeiro se applicará na falta duma disposição legal, parece admittir apenas o costume suppletivo da lei e não o abrogatório. Entretanto, commentadores notaveis e competentissimos, como Rossel e Mentha, não hesitam em escrever: "La coutume, en tant que droit fédéral complémentaire, peut-elle avoir pour effet d'annuler ou d'é luder les prescriptions de la loi? Pourvu qu'elle réunisse tous les caractères de sa définition, oui. Si cette opinion est excessive pour les Etats dans lesquels la loi est exclusivement l'œuvre de pouvoirs publics délégués par le souverain, elle s'entend presque de soi dans une démocratie où le peuple est la suprême autorité législative". O art. 2.º do Projecto do Conselho Federal havia acrescentado ás regras do art. 1.º que "seria considerado como parte integrante da legislação federal o direito costumeiro que se formasse como complemento da lei civil".

(67) Declara Windscheid que nas edições anteriores de seu tratado ensinou o contrario; que era de opinião que se devia admittir, como consequencia necessaria da opinião dominante sobre a razão da força obrigatoria do costume, o seguinte: "a lei não pode dispôr que o direito não seja direito; não pode tambem tirar vigor a um futuro direito consuetudinário, como não o pode a uma lei futura". Segundo elle, apenas Puchta, durante muito tempo, foi o unico escriptor que teve coragem de defender o direito consuetudinário contra uma lei prohibitiva; mas, recentemente, se declararam da mesma opinião Maurer, Zrodowski e Wendt. Confessa Windscheid que, embora não tenha encontrado uma refutação do argumento exposto, não o julga mais insuperavel. Si uma lei quizesse dispôr, que toda lei contraria que se possa fazer de futuro relativamente á materia por ella regulada, não poderia obrigar, não ataria com isso as mãos do legislador que, não obstante, quizesse dispôr o contrario; mas para tal fim, *devia abrogar* (expressa ou tacitamente) a lei que prohibe toda lei futura (ou declara-a inefficaz para o caso especial da nova lei); *sem isso certamente*

Alguns escriptores admittem a distincção entre a *desuetudo* e a *consuetudo abrogatoria*. (68) A ultima deveria ser sempre admittida, a primeira rejeitada. Savigny, (69) «de um modo irrefutavel e em uma passagem muito precisa», demonstrou a identidade dos dois aspectos da questão. Nenhum argumento serio se apresentou depois e hoje os escriptores geralmente não se referem á possibilidade de uma tal distincção.

Da mesma forma que a lei, os costumes podem ser:

- I. *Coactivos e não coactivos*; (70)
- II. *Communs e especiaes*. (71)

Dividem-se tambem em:

- III. Geraes e particulares. (72)

a nova lei não poderia estabelecer direito. O legislador pode abrogar o direito vigente, porém não fazer que o direito vigente não seja tal. Succede o mesmo relativamente ao direito consuetudinario. Uma lei que exclua a força obrigatoria de costumes futuros pode, como pela lei, ser tambem abrogada pelo costume; mas enquanto isto não se faz, é de direito que a convicção juridica expressa no costume *não seja direito*. Deante de uma tal lei não basta a applicação de uma convicção juridica em geral, deve além disso haver applicação da convicção juridica de que a lei não tem vigor. O Cod. Civ. portuguez no art. 9 declara que ninguem poderá eximir-se de cumprir as obrigações impostas por lei com o seu desuso.

(68) Assim Schweizer — De desuetudine e Hübner.

(69) Sistema citado, § 30, pag. 205. A mesma refutação se encontra em Puchta — Das Gewohnheitsrecht, II, pag. 199; Wächter — Würtemb. Privatrecht, vol. II, § 9.º, texto e notas 17-20.

(70) Vide pag. 69. Conf. Cosack (Lehrbuch): «Das bürgerliche Gewohnheitsrecht ist, gerade wie das bürgerliche Gesetzesrecht, entweder *zwingendes oder nachgiebiges Recht*».

(71) Vide pag. 75. Conf. A. e op. cit.

(72) Vide nota 54. Embora a lei civil entre nós seja sempre geral,

Os escriptores allemães tratam tambem da Observancia (Observanz), que no direito costumeiro corresponde á Autonomia no direito legal. (73)

B) *Os principios geraes do direito.* Os principios geraes do direito devem ter efficacia em uma legislação systematica. Constituem a synthese da propria legislação, illuminam seus preceitos e assim é necessario que os completem e expliquem. (74) «Principio de direito é, como o define Chironi, (75) o principio que domina (*der leitende Gedanke*) e serve de base á formação das disposições singulares do instituto juridico que dellas resulta e da coordenação dos varios institutos que compõem todo um codigo; é a sciencia das leis que governam a constituição e a vida deste organismo juridico, de onde se segue que não é possivel deduzil-o do conhecimento de uma parte da lei. É portanto o motivo e o fundamento juridico da lei: a chamada *ratio juris*». Os principios geraes deduzem-se de um lado — das leis e dos costumes, do systema juridico adoptado no direito positivo, mas de outro lado dependem das construcções

porque só tem competencia constitucional para legislar sobre o direito civil o Congresso Federal, em todo caso os costumes podem se constituir juridicamente em circumscripções que não tenham a amplitude do Estado.

(73) Vide Windschid, pag. 61; Cosack, pag. 34; Regelsberger, pag. 92; Dernburg — Bürgerliches Recht, pags. 80-81; Crome, pags. 90-92; Gierke, pag. 171. Entre nós nunca se empregou esta expressão para designar os costumes que se formam ao lado do direito escripto de certos circulos limitados ou dos estatutos das associações.

(74) Landucci — Trattato di Zachariæ — Aubry e Rau, vol. 1.º, pag. 47.

(75) Op. cit., pag. 52.



theoricas dos sabios e das circumstancias historicas que influiram sobre a legislação. Conforme a feliz expressão de Chironi: estes principios são fixados pelo estudo philosophico do direito e os materiaes da analyse e da synthese, em que se reúnem como resultado, são fornecidos pela consciencia do direito vigente e de todos os motivos que o impuzeram ou aconselharam. (76) Não se deve hesitar na affirmação de que em materia de fonte do direito, tanto a obra scientifica dos juristas como a jurisprudencia dos tribunaes têm sua maior importancia na fixação dos principios geraes do direito: a primeira com o estudo historico e philosophico das instituições sociaes e a elaboração synthetica das regras theoricas que dominam certos e determinados campos juridicos; a segunda com a analyse dos textos legislativos e das normas consuetudinarias, para a comprehensão do systema juridico adoptado e sua correspondencia aos principios scientificos. (77)

Os principios geraes do direito não podem ser firmados

(76) Vide Chironi — loc. cit. Crê este auctor que para a determinação dos principios geraes do direito “têm valor todas as tradições legislativas que de qualquer modo prepararam o actual direito e sobretudo o *direito romano*, entendido não como lei verdadeira e propria — opinião hoje abandonada — mas no sentido de elemento *suppletivo* á deficiencia possivel das leis vigentes, para a resolução de controversias especiaes, e o conhecimento exacto das razões economico-sociaes, ás quaes a lei quiz provêr”.

(77) Vide pag. 52, nota 9 e 89-90, nota 7, sobre a opinião dos que entendem que a jurisprudencia dos tribunaes é em si e por si fonte do direito, bem como a dos que admittem um direito costumeiro scientifico (dividido em uma parte theorica — direito dos juristas e outra pratica — *o usus fori*).

de modo absoluto, por isso, em seu reconhecimento fica sempre grande parte ao juiz, porquanto, como diz Landucci (78) «em formulal-os e concebel-os preponderam a sua propria cultura e intelligencia». Mas «só o jurista-sociologo pode descobrir na maior nitidez estes principios de direito que, a par do costume, são *fontes mediatas do direito* e não podem egualmente abrogar a lei positiva» (Chironi).

A legislação em vigor entre nós invoca os principios geraes do direito para determinar os casos em que o direito romano deve ser admittido como fonte subsidiaria do direito civil. Com effeito, a lei da Bôa Razão (de 18 de Agosto de 1769) manda «que a bôa razão, a que se refere a Ordenação do livro 3.º, titulo 64, no preambulo, seja: ou aquella que consiste nos *primitivos principios*, que contêm *verdades essenciaes, intrinsecas e inalteraveis*, que a *Ethica dos mesmos Romanos havia estabelecido e que os Direitos Divino e Natural formalisaram para servirem de regras moraes e civis* entre o Christianismo; ou aquella que se funda nas *outras regras que, de universal consentimento, estabeleceu o Direito das Gentes, para a direcção e governo de todas as Nações civilizadas*. (79) O Codigo Civil vae

(78) Escreve Landucci (loc. cit.) que ninguem pode desconhecer que, no mundo juridico em que vivemos, o mais importante instrumento para traçar os principios geraes do direito é a sabedoria romana.

(79) A lei pombalina pretendeu com estas prescripções acabar com o abuso de se applicarem ás decisões e ás allegações as leis romanas e as glosas de Accursio e Bartholo, de preferencia ás proprias leis portuguezas e isso «indistinctamente, sem se fazer differença entre as que são fundadas naquella *bôa razão* que a sobredita Ordenação do

mais longe: reconhece os principios geraes de direito como fonte subsidiaria do direito objectivo todas as vezes que, sendo omissa a lei em relação ao caso, não haja disposições para os casos analogos (art. 7 da Introducção).

C) *O direito romano.* Pelo direito romano, mas sobre e além do direito romano (*Durch das römische Recht über das römische Recht hinaus*) (80) é a formula bem conhecida de Ihering, que resume a importancia do direito romano para os tempos modernos. Sobre o direito romano se baseiam muitas das mais importantes instituições de direito civil em todos os povos cultos, mas embora seja a fonte historica por excellencia da elaboração scientifica em direito privado, perdeu geralmente o character de fonte, ainda mediata e subsidiaria, do direito positivo. (81) Entre nós, porém, por disposição legislativa, na falta de leis e de usos e costumes, deve o juiz decidir de accordo com o direito ro-

Reino determinou por unico fundamento para as mandar seguir», e as que não o são. Um dos criterios por ella estabelecidos para se aquilatar si as leis romanas se conformam com a bôa razão vem a ser o que se manifesta «nos primitivos principios, que contêm verdadees essenciaes, que a Ethica dos mesmos Romanos tinha estabelecido», isto é, os principios geraes de direito, as regras scientificas que os jurisconsultos de então estabeleceram, muitas das quaes ainda hoje servem de base aos diversos institutos juridicos em materia civil. Vide sobre o direito romano como fonte do direito civil brasileiro e as modificações introduzidas pela lei da Bôa Razão, e pelos Estatutos da Universidade de Coimbra, § 1.º.

(80) *Unsere Aufgabe*, artigo programma dos *Jahrbücher für die Dogmatik*, 1857, t. I, pag. 52.

(81) Vide sobre a distincção estabelecida por Savigny entre as fontes do direito objectivo e as fontes historicas da sciencia do direito, a nota 6.ª, § 1.º



mano. É o reconhecimento deste direito como fonte obri-gatoria, embora subsidiaria, do direito civil (objectivo).

Como anteriormente as Manoelinas, as Ordenações Philippinas (82) mandam expressamente recorrer-se ás Collecções Justineanas (*leis imperiaes*) nos casos omissos nas leis, estylos e costumes patrios e, na falta de *leis imperiaes*, ás «Glosas de Accursio, incorporadas nas ditas leis, quando por commun opinião dos Doutores não forem reprovadas; e quando pelas ditas Glosas o caso não fôr determinado, se guarde a opinião de Bartholo, porque sua opinião communmente é conforme á razão, sem embargo que alguns Doutores tivesssem o contrario; salvo si a commun opinião dos Doutores, que depois d'elle escreveram, fôr contraria». A Ord. citada elevou á categoria de fontes do direito, na ausencia de lei ou costume:

- 1.º as leis imperiaes;
- 2.º o direito canonico para certas materias especiaes; (83)

(82) Ord. do liv. 3.º, tit. 64, preambulo. Assim se exprime: «...E quando o caso, de que se trata, não fôr determinado por lei, estylo, ou costume de nossos Reinos, mandamos que seja julgado, sendo materia que traga peccado, pelos Sagrados Canones. E sendo materia que não traga peccado, seja julgada pelas Leis Imperiaes, posto que os Sagrados Canones determinem o contrario. As quaes Leis Imperiaes mandamos sómente guardar pela bôa razão que encerram. 1.º E si o caso, de que se trata em pratica não fôr determinado pela lei de nossos Reinos, estylo ou costume acima dito, ou Leis Imperiaes, ou pelos Sagrados Canones, então mandamos que se guardem as glosas de Accursio», etc.

(83) O direito canonico, que se devia applicar de preferencia em «materia, que traga peccado», perdeu toda sua importancia em virtude

3.º as glosas de Accursio e a opinião de Bartholo.

Si pelo texto expresso da lei não podia haver duvidas sobre os casos de applicação dessas diversas fontes, contudo seguiram-se-lhe praticas absurdas que tendiam a subordinar a propria legislação nacional á opinião dos Doutores: *volo pro me potius glossatores quam textum* (Raph. Fulgoso). (84)

Para extinguir taes abusos o Conde de Oeiras (depois Marquês de Pombal) fez publicar a lei de 18 de Agosto de 1769 pela qual se ordenou:

1.º que as glosas e opiniões de Accursio e Bartholo não fôsem mais allegadas em juizo, nem seguidas nas praticas dos julgadores; (85)

do acto n. 119 A. de 7 de Janeiro de 1890 e do Art. 72, § 7.º da Constituição Federal.

(84) Vide Ribas — Direito Civil Brasileiro, vol. 1.º, pag. 154; Martins Junior — Historia do Direito Nacional, pag. 114.

(85) São estes os termos em que está envolvida a condemnação dos dois glossadores: «Sendo certo e hoje de nenhum douto ignorado, que Accursio e Bartholo, cujas auctoidades mandou seguir a mesma ord. no § 1.º do sobredito tit., foram destituídos não só da instrucção da Historia Romana, sem a qual não podiam bem entender os textos que fizeram os assumptos dos seus vastos escriptos; e não só do conhecimento da philologia e da bôa latinidade, em que foram concebidos os referidos textos; mas tambem das fundamentaes regras do Direito Natural e Divino, que deviam reger o espirito das leis sobre que escreveram: E sendo igualmente certo, que, ou para supprirem aquellas luzes que lhes faltavam; ou porque na falta dellas ficaram seus juizos vagos, errantes e sem bôas razões a que se contrahissem, vieram a introduzir na jurisprudencia (cujo character formam a verdade e a simplicidade) as quasi innumeraveis questões metaphysicas, com que depois d'aquella escola Bartholina se têm illaqueado e confundido os direitos e dominios dos litigantes intoleravelmente; mando



2.º que a bôa razão que devia assistir ao direito romano seria a dos principios primitivos, a das regras do direito das gentes, ou

3.º a que se estabelece nas leis politicas, economicas, mercantis e maritimas por que se governam as Nações christãs. (86)

que as glosas e as opiniões dos sobreditos Accursio e Bartholo não possam mais ser allegadas em juizo, nem seguidas na pratica dos julgadores; e que antes muito pelo contrario em um e outro caso sejam sempre as bôas razões acima declaradas, e não as auctoridades daquelles ou de outros semelhantes Doutores da mesma escola, as que hajam de decidir no fôro os casos occorrentes.»

(86) Eis o texto: «ou aquella bôa razão que se estabelece nas Leis Politicas, Economicas, Mercantis e Maritimas que as mesmas Nações Christãs têm promulgado com manifestas utilidades do socego publico, do estabelecimento da reputação e do augmento dos cabedaes dos povos que com as disciplinas destas sabias e proveitosas Leis vivem felizes á sombra dos thronos, e debaixo dos auspicios dos seus respectivos Monarchas e Principes Soberanos; sendo muito mais racional e muito mais coherente que nestas interessantes materias se recorra antes em caso de necessidade ao subsidio proximo das sobreditas Leis das Nações Christãs, illuminadas e polidas, que com ellas estão resplandecendo na bôa, depurada e sã jurisprudencia; em muitas outras erudições nteis e necessarias e na felicidade, do que ir buscar sem bôas razões, ou sem razão digna de attender-se, depois de mais de 17 seculos, o soccorro ás leis de uns gentios, que nos seus principios moracs e civis foram muitas vezes perturbados e corrompidos na forma; que do Direito Natural tiveram as poucas e geraes noções, que manifestam os termos com que o definiram; que do Direito Divino, é certo que não souberam cousa alguma, e que do Commercio, da Navegação, da Arithmetica Politica e da Economia do Estado, que hoje fazem tão importantes objectos dos Governos Supremos, não chegaram a ter o menor conhecimento, etc.» Si com a lei de 18 de Agosto de 1769, como diz Coelho da Rocha, «fez o marquês de Pombal restituir ás leis patrias a dignidade e consideração, que até ahi lhes tinham negado, uns pela supersticiosa veneração que professavam ao



Na reforma dos Estatutos de Coimbra procurou-se melhor determinar (lei de 28 de Agosto de 1772) as circumstancias que permitem reconhecer que direito romano está de accordo com a bôa razão, cumprindo para esse fim indagar si as leis imperiaes se fundam em algum motivo puramente civil e peculiar do povo romano, como a sua religião, costumes e maximas ou circumstancias d'aquelles tempos; ou si têm sido admittidas no *uso moderno* das nações civilisadas. (87) Vigente o Codigo Civil, passará o

Direito Romano e Canonico, outros pela commodidade de recorrer ás opiniões e arestos», não ha duvida que excessivamente severos e injustos são os termos em que se refere ao Direito Romano, embora se o mantivesse como fonte subsidiaria sob determinadas condições.

(87) Entendem alguns escriptores que a lei da Bôa Razão, em sua reacção anti-romanista, reduziu a influencia do direito romano a uma insignificancia tal que equivale a tel-o. proscripto; assim os Estatutos da Universidade de Coimbra se destinaram a rehabilital-o. Ha exaggero nessa apreciação. A Lei da Bôa Razão procurou corrigir os abusos innumeraveis que se verificaram no fôro portugûes, com uma interpretação falsa e absurda dos dispositivos da Ord. do Livro 3.º, titulo 64, preambulo, chegando-se a preferir a opinião dos glossadores ao texto expresso da lei. É verdade que em termos acres se refere ao direito romano, mas, apezar disso, conservou-lhe a qualidade de fonte do direito, na falta de leis e costumes, embora para esse fim fôsse necessario que estivesse de accordo com a bôa razão revelada nos "principios primitivos que contêm verdades essenciaes", no direito das Gentes e no das Nações Christãs. Foi exactamente o que pode haver de arbitrario na apreciação dessas condições que motivou a determinação dos Estatutos de Coimbra sobre o modo de se apurar a existencia do requisito de *bôa razão* nos textos romanos. É, portanto, bem fundada a opinião de Martins Junior (op. cit., pag. 124) de que "a carta regia de 28 de Agosto de 1772, que deu novos Estatutos á Universidade de Coimbra, foi, na realidade, corollario brilhante e digno complemento da Lei de 18 de Agosto de 1769". Ribas e Candido de Oliveira consideram tambem as determinações dos Estatutos de Coim-



direito romano a ser fonte puramente historica de nosso direito civil, como o é da generalidade dos modernos sistemas de direito privado.

D) *O direito das nações cultas.* As relações entre os Estados, hoje mais do que em qualquer outro tempo, mostram-se frequentes e proficuas. Interesses de toda ordem ligam individuos de nacionalidades differentes; instituições adoptadas com proveito em um País, em satisfação ás novas necessidades sociaes e economicas, são acceitas e do mesmo modo reguladas em todos os outros Países, que se acham em condições idénticas. Á parte as exigencias do direito internacional privado, que adiante serão examinadas, o estudo das legislações estrangeiras é considerado de grande importancia e fertil em ensinamentos proveitosos aos legisladores e aos juizes. Poude Ihering (88) dizer com razão:

bra, como complemento necessario para precisar a boa razão tão vagamente definida na lei de 1769.

Contra—Villanova Portugal, Candido Mendes, Coelho da Rocha. Vide Historia do Direito Nacional de J. Isidoro Martins Junior, 1895, pags. 118-125.

(88) *Esprit du Droit Romain*, trad. Meulenaere, 1886, vol. 1.º, pag. 8. É digna de menção a seguinte passagem do eloquente romanista: "La vie des peuples n'est pas une coexistence d'êtres isolés: comme celle des individus dans l'État, elle constitue une communauté; elle se traduit en un système de contingence et d'action réciproque, pacifique et belliqueuse, d'abandon et d'apprehension, d'emprunt et de prêt; en un mot, elle constitue un gigantesque échange, embrassant toutes les faces de l'existence humaine. La loi du monde physique est aussi celle du monde intellectuel; la vie se compose de l'admission des choses du dehors et de leur appropriation intime; réception et assimilation sont les deux fonctions fondamentales dont la presence et l'équilibre sont les conditions d'existence e de vitalité de tout organisme vivant. Mettre obstacle à l'admission des choses du dehors,



«O isolamento é o crime capital dos povos, porque a lei suprema da historia é a communitade. A prosperidade de um povo se compõe de uma successão ininterrupta de elementos estrangeiros. Sua lingua, suas artes, seus costumes, sua civilização toda inteira, em uma palavra, sua individualidade ou sua nacionalidade, é, como o organismo physico e intellectual do individuo, o producto de innumeradas acções exercidas pelo mundo exterior ou de empréstimos tomados a este.

A lingua, os costumes, a religião, as palavras, as idéas, os preconceitos, a fé, as superstições, a industria, a arte, a sciencia, tudo obedece á lei de communicação e de acção internacional. E só o direito ter-se-ia subtraído a esta regra geral da civilização?» Não quer isso dizer que as legislações estrangeiras devam ser adoptadas como fonte subsidiaria obrigatoria do direito nacional, mas que na elaboração das leis, no estudo das condições que as reclamam no modo de interpretal-as, na applicação dos principios geraes do direito, fornece subsidio importante o direito extranacional. (89) As leis patrias em vigor attribuem força obri-

condamner l'organisme à se developper "de dedans en dehors", c'est le tuer. L'expansion du dedans au dehors ne commence qu'avec le cadavre».

(89) Grande numero de instituições de direito civil foram, em todos os povos cultos, recebidas dos romanos. Em materia de direito publico e constitucional sabe-se a importancia extraordinaria que sobre a Constituição, no novo regimen, entre nós, exerceu o direito norteamericano; o *jury* — instituição inglesa, foi admittido em todos os países civilizados, mas cumpre notar que para sua adopção com efficacia juridica houve necessidade de intervenção do legislador nacional,



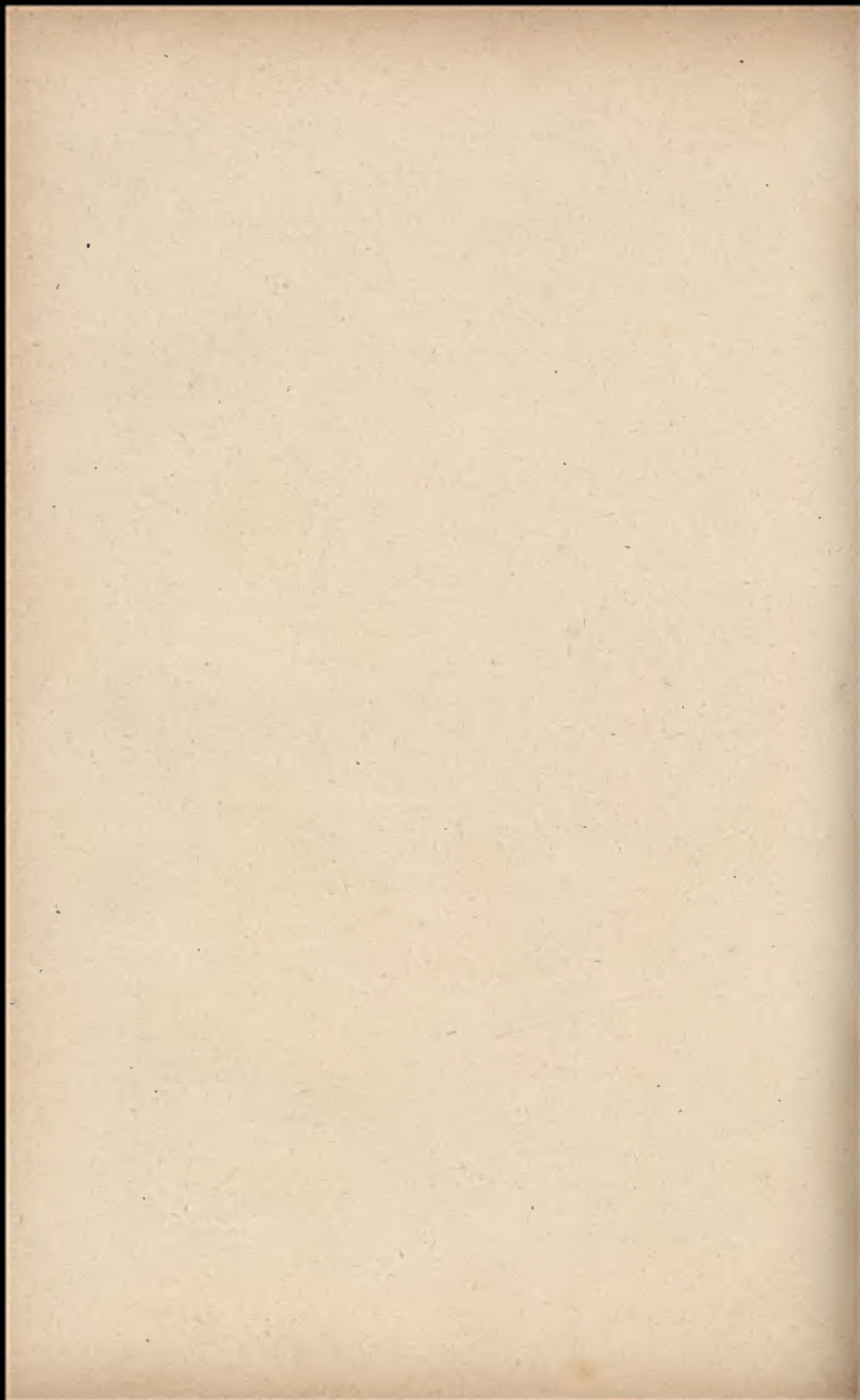
gatoria ao direito das Nações Christãs em materias politicas, economicas, mercantis e maritimas, (90) e ainda mais a consagração das legislações modernas é o que indica si o direito romano deve ser applicado como fonte subsidiaria, por estar de accordo com a bôa razão. (91) Essa função suppletiva obrigatoria desaparecerá com o Codigo Civil.

que reconheceu expressamente a utilidade das leis adoptadas ou então foram consagradas pelo costume.

(90) Lei da Bôa Razão, cit.

(91) Os Estatutos da Universidade de Coimbra, como já se viu, declaram o direito romano de accordo com a bôa razão, quando suas regras tiverem sido admittidas no uso moderno das nações civilisadas.





CAPITULO II

Da interpretação do direito objectivo

§ 1.º Dos princípios fundamentaes da interpretação.

§ 2.º Da interpretação authentica e da interpretação doutrinaria.

§ 3.º Da integração das normas de direito e da analogia juridica.

§ 1.º *Dos princípios fundamentaes da interpretação*

Interpretação é a declaração precisa do conteúdo e do verdadeiro sentido das normas jurídicas. (1) Embora communmente se falle em interpretação das leis, deve-se reconhecer que tambem o direito consuetudinario carece de interpretação. É verdade que, sendo as leis formuladas em palavras, a interpretação tem para ellas um fim immediato que é, pelo exame dos termos empregados, reconstruir o pensamento do legislador, ao passo que as normas consuetudinarias não são susceptiveis de uma analyse grammatical e litteral; mas, ainda assim, como diz Chironi, (2) a

(1) Windscheid — Pandette, § 20; Dernburg — Pandette, § 34. Clovis define: "Interpretar a lei é revelar o pensamento que anima as suas palavras."

(2) Op. cit., pag. 56. Em termos identicos Valverde y Valverde



declaração de seu conteúdo pode depender de se investigar a significação da palavra empregada para compor a regra que forma o costume.

O fim da interpretação, porém, não é simplesmente reconstruir o pensamento do legislador; uma vez fixado o sentido em que foram admittidas as palavras, surge uma questão mais elevada:—*determinar o verdadeiro conceito das normas jurídicas, declarar-lhes o conteúdo.* (3) Ahi se manifesta a utilidade da interpretação, tanto em relação ás leis, como em relação aos costumes. E é por isso que nenhuma importancia tem a distincção entre leis enunciadas com precisão e leis obscuramente formuladas, (4) tanto

— Tratado de Derecho Civile español, vol. 1.º, 1909, pag. 85, o qual, todavia, trata separadamente da interpretação da lei e da do costume.

(3) Windscheid — op. cit., pags. 64 e 68; Chironi — op. cit., pag. 58. Conf. Barassi: "L'interprete deve indagare il concetto sostanziale della norma (*interpretazione logica*): questo é lo scopo vero dell' interpretazione" (Istituzioni di dir. civ., 1914, pag. 32).

(4) A esse respeito já dizia Savigny (Sistema, trad. Scialoja, pags. 324-325 do vol. 1.º): "É conceito commum, dominante, que a interpretação é uma explicação de leis obscuras. Ora, ninguém negará que em taes leis a interpretação seja especialmente importante e necessaria e que ahi de um modo esplendido pode desenvolver-se a arte do interprete. Todavia, duas considerações mostram-nos que a definição é muito restricta e prejudicial a toda a doutrina. Em primeiro lugar, é impossivel um estudo profundo e completo do estado defeituoso toda vez que não se adopte como base o conhecimento do estado normal, em que se deve converter aquelle. Em segundo lugar, com tal definição temos que abandonar o mais nobre e o mais util emprego da interpretação, que *nas leis não defeituosas e assim não obscuras, se destina a elucidar plenamente seu conteúdo e suas correlações*". Si depois, acrescenta Savigny, "esta arbitraria limitação da interpretação ás leis obscuras se une com a opinião acima referida, segundo a qual as leis muito obscuras teriam sido subtrahidas por Justiniano á inter-



mais que, segundo o justo entender de Chironi: (5) «quando

pretação, acrescenta-se a este curioso resultado que as leis, para poderem ser objecto de interpretação, não devem ser, nem muito claras, nem muito obscuras, e que antes devem achar-se na zona estreita entre a obscuridade e a clareza». Em sentido contrario Paulo Baptista (Hermeneutica, pags. 373-4 da 7.^a ed. — de Garnier), que define: «interpretação é a exposição do verdadeiro sentido de uma lei *obscura por defeitos de sua redacção, ou duvidosa* com relação aos factos occorrentes, ou *silenciosa*». Por conseguinte, continúa, «não tem lugar sempre que a lei, em relação aos factos sujeitos ao seu dominio, é clara e precisa». Para chegar a esse resultado é indispensavel presuppôr que os termos claros e precisos da lei sejam sufficientes em si e por si para lhe determinar o sentido e conteúdo, de modo absoluto, sem que se admitta a possibilidade de haver quem lhe attribua objecto e comprehensão differentes. Haverá regras legislativas tão perfectas que se mostrem absolutamente insuscptíveis da mais insignificante divergencia de opiniões, quanto á sua *ratio*, ao seu objectivo e campo de applicação? Leia-se a nota (8) seg. Observa, com razão, Coviello: «l'interpretazione è sempre necessaria, siano oscure o anche chiare le parole della legge onde è falsa la massima che solo le leggi oscure hanno bisogno d'essere interpretate. Le parole in tanto hanno un valore, in quanto rivelano un significato; dunque occorre sempre conoscere questo: solo, quando le parole sono chiare l'interpretazione è facilissima e risulta da sè spontanea; quando invece sono oscure, l'interpretazione si rende più difficile, epperò n'è avvertita la necessità. E poi la chiarezza è cosa molto relativa: ciò che appar chiaro a una persona può essere oscuro ad una altra, senza contare che una parola può essere chiarissima secondo il linguaggio comune, e pure può avere un significato proprio e tecnico del tutto diverso dal volgare» (Manuale cit., pag. 65). Valverde y Valverde diz, com razão: «Interpretar la ley equivale comprender su espirito y pensamiento, á reconocer la ley en su verdad y esta operación es indispensable para adaptar la norma legal á la vida real, y por eso no es solamente necesaria por la oscuridad de la ley y no puede quedar restringida á este caso, sino que implica una función más importante, por lo mismo, que con ella se da solución á problemas juridicos, que surgen de la vida real y para los cuales, sin la interpretación de la ley seria imposible resolverles». (Tratado cit., pag. 86).

(5) Op. cit., pag. 56.

a locução exprime o pensamento e o espirito da lei, a investigação sobre o conceito geral a que se liga e o estudo acerca da extensão maior ou menor que se vem dar á linguagem empregada, são indagações sempre uteis e muitas vezes necessarias, porque são as unicas que, apresentando de modo preciso o valor da norma, indicam rigorosamente seus limites e modo de applicação.»

Quanto ao modo de proceder, costuma-se distinguir a interpretação em *grammatical* e *logica*, mas cumpre reconhecer que não são duas formas differentes, no sentido em que cada uma por si, independentemente da outra, seja sufficiente para representar o verdadeiro conteúdo do direito. Diz muito bem Gény: (6) «Parece-me bastante vão oppôr, como muitas vezes se tem feito, a interpretação *grammatical* á interpretação *logica*. É manifesto que uma e outra se completam necessariamente e que as deducções racionais, segundo as inspirações de uma sã logica, intervirão para dar seu pleno desenvolvimento á vontade, cuja expressão, grammaticalmente analysada, não pode representar mais que o esqueleto.» (7)

(6) Op. cit., pag. 239. No mesmo sentido Rocco: «Parlando di interpretazione grammaticale o letterale non intendiamo dire che vi siano più specie d'interpretazione, ma solo designare uno degli *elementi* della interpretazione» (in *Archivio Giur.*, 1906—L'interpretazione delle leggi processuali, pag. III, nota).

(7) Savigny (op. cit., § 33), que distingue quatro elementos da interpretação: grammatical, logico, historico e systematico, declara que com estes quatro elementos é completo o conhecimento do conteúdo da lei, mas que não constituem quatro especies de interpretação, entre as quaes se possa escolher conforme o gosto e o capricho de cada um; são operações distinctas que devem concorrer conjunctamente si se

Com effeito a interpretação logica é necessaria para fixar exactamente o conteúdo das palavras explicadas pela interpretação grammatical. Nem sempre a palavra em si e por si representa o verdadeiro pensamento (8) que por seu

deseja obter bom resultado na interpretação. No paragrapho 50 do seu *Sistema* critica o emminente escriptor a opinião dos que encaram a interpretação *grammatical* e a *logica*, como formas oppostas, exclusivas entre si. Vide tambem Chironi — op. cit., pag. 60; Unger — System, § 13. Filomusi-Guelfi (op. cit., pag. 136) assim se exprime: «A interpretação juridica é em si uma; todavia, contém dois elementos».

(8) É o conceito de Ihering, bellissimamente expresso em uma das paginas de seu «*Esprit du Droit Romain*»: «La question de savoir si en général le mot est en état de rendre la pensée sonne comme un paradoxe. Elle est cependant séricuse, et appelle même une répose négative. La pensée est un événement interne de la vie intellectuelle subjective, une activité, un mouvement, une ondulation de l'esprit; or un mouvement fie se laisse point traduire objectivement. Ce n'est qu'à la condition de perdre son essence propre, de se fixer, que la pensée peut sortir du sein de l'intimité subjective pour entrer dans le monde extérieur. La pensée exprimée est, pour ainsi dire, une pensée gelée. Ce n'est donc que dans un sens impropre que l'on peut parler de communication ou de transmission de la pensée. La pensée en elle-même ne se transmet point. Le mot ne fait que provoquer une pensée semblable, et la rendre possible, il ne fait que produire dans l'âme de l'auditeur un mouvement intellectuel semblable à celui qui se produit dans l'âme de celui qui parle. Parler c'est provoquer un mouvement: mouvement physique dans l'air ambiant, mouvement intellectuel dans le cerveau de l'auditeur. L'air ambiant ne transporte pas le mot, comme le vent — transporte la feuille: le mot que nous entendons n'est qu'une vibration, il ne renferme pas en lui-même et ne porte pas jusqu'à nous la pensée; il a seulement pour effet, quand nous sommes à même de le comprendre, de produire une vibration de notre esprit plus ou moins semblable à celle de l'esprit de celui qui parle. Le mot n'est pas une chose objective, un objet, ce n'est pas l'idée enchaînée dans son objectivité; physiquement et intellectuellement, ce n'est qu'un fait, un acte, une action sur l'ouïe et le cerveau, un choc que l'on produit pour mettre chez l'autre ces deux organes dans une activité déterminée. Un regard, un serrement de main, un geste, un signe valent souvent

intermedio se pretende communicar. Entretanto existe differença nos processos empregados por cada uma destas formas de interpretação e quanto á ordem em que deve manifestar-se a actividade do interprete, é em primeiro lugar considerado o elemento grammatical, que tem por objectivo o estudo das palavras que constituem o meio pelo

autant qu'un mot pour provoquer une pensée chez autrui: c'est la meilleure preuve que la possibilité de la communication intellectuelle ne dépend point nécessairement de la reproduction objective de la pensée, mais d'une impulsion à une pensée semblable. Quelles sont, en effet, les idées que ces simples signes ont rendues objectives? Dans l'expression littéraire des idées, elle-même, les mots restent infiniment en deçà de la pensée, sans pour cela nuire en rien à la fidélité et à l'intégrité de sa reproduction dans l'esprit de l'auditeur. Le principe de la communication à l'aide des mots ou à l'aide de signes est identique; l'un de ces moyens est parfait, l'autre imparfait, mais ils agissent de la même manière. Tous deux ne rendent point la pensée même, quelle que soit l'exactitude de la formule qu'ils lui donnent; ils en provoquent seulement la reconstruction dont ils fournissent le point d'appui. Aussi dans l'un comme dans l'autre cas, l'attitude de l'esprit auquel on s'adresse ne saurait rester passive. Il ne s'agit pas pour lui d'accueillir simplement ce qu'on lui donne, car ce qu'on lui donne n'est pas ce qu'on veut qu'il reçoive, mais doit seulement, s'il en use convenablement, lui servir de moyen pour se procurer ce qu'il doit avoir.

Il faut plutôt une activité personnelle de sa part. *Or, c'est ici le point où se separent l'interprétation grammaticale et l'interprétation logique. La première se soustrait au service qu'on lui demande, elle s'en tient aux mots, comme l'expression l'indique fort bien. Les mots sont pour elle ce qu'ils ne sont pas, ce qu'ils ne peuvent jamais être, c'est-à-dire la pensée elle-même devenue visible et objective ou, ce qui revient au même, le seul succédané de la pensée qui doit être pris en considération. L'interprétation logique, au contraire, se conforme à la véritable essence de la communication de idées et, pour me servir ici d'une expression bien significative du langage, passe au dessus des mots, c'est-à-dire, se transporte dans l'âme de celui que parle et va chercher la pensée pour ainsi dire jusque dans son foyer.*» É longa a citação, mas digna de ser meditada.



qual se manifesta o pensamento do legislador. Mas d'ahi não se segue, como observa Chironi, (9) que a interpretação logica seja apenas um meio subsidiario da grammatical, de sorte que a ella só se deva recorrer, quando por esta não se obtenha um sentido claro e seja assim uma simples prova da grammatical; (10) ora, «observando-se sua entidade e seu fim, a interpretação é sempre uma operação logica, é sempre *obra de raciocinio* conduzido com prudencia e experiencia.» (11) Como variam os processos, devem ser estudados separadamente o *elemento grammatical* e o *elemento logico*.

Elemento grammatical. Quasi sem importancia na interpretação das normas consuetudinarias, (12) é o elemento grammatical o primeiro passo no processo interpretativo das leis. Consiste na determinação do significado das palavras usadas pelo legislador; isto se faz de accordo com os criterios philologicos, com os preceitos linguisticos, a gram-

(9) Op. cit., pag. 60.

(10) Só a imperfeita comprehensão do verdadeiro fim da interpretação logica poderá deixar duvidas sobre a necessidade de seu emprego, quando é claro o sentido das palavras. Vide a respeito nota de Ascoli e Cammeo, á trad. da Parte Generale del diritto privato francese moderne de Crome, pag. 43. Diz Dernburg: «Não é exacta a opinião que só se deve recorrer á interpretação logica, quando a interpretação grammatical deixa duvidas. Ainda quando as palavras da lei não sejam ambigvas, não raro da attitude complexa da lei resulta que o sentido desta é diverso do que parece de accordo com as palavras» (loc. cit.).

(11) Diz Filomusi-Guelfi (loc. cit.): «Em toda regra legislativa se contém a determinação logica de uma relação juridica». Sobre o lado logico do direito pode-se consultar Trendelenburg — Naturrecht, §§ 71-83.

(12) Vide principio deste paragrapho.

matica e o uso da lingua; cumpre tambem attender á conexão em que se apresentam as palavras no caso dado. (13) Nem sempre são estas regras sufficientes para a simples determinação do verdadeiro sentido em que foram empregados os termos da lei: pode succeder que o vocabulo ou a phrase de que se usou tenha tido significações differentes. Nesse caso deve-se, em primeiro logar, recorrer ao exame da significação technica do termo ou da locução que se tem em vista, na linguagem legislativa da epoca, em que foi elaborada a lei interpretada. Como se presume que o legislador tem sempre presente o estado do direito e o progresso das sciencias affins, é de utilidade procurar a significação rigorosa na tecnologia scientifica; só na falta desses elementos de estudo se recorrerá ao uso commum ou ao valor grammatical das palavras no logar em que se formou a lei. (14 e 15)

(13) Como se vê, é este um processo simples, muitas vezes quasi mechanic e si por si só explicasse o verdadeiro sentido das leis deveria certamente ter preferencia. Como diz Ihering, (loc. cit.) «além de impôr ao interprete um trabalho menor, elle apresenta, com effeito, a vantagem da simplicidade, da facilidade e, por isso mesmo, a da maior segurança. Com a interpretação grammatical, não ha investigações, operações a fazer, conclusões ou deducções artificiaes a tirar: ella se limita, fielmente, ao que está immediatamente ao seu alcance, ao phenomeno exterior. Mas este ultimo — e desde então desaparece a vantagem apparente da segurança, — é muitas vezes enganador, duvidoso, inexacto; a palavra, comparada ao pensamento, é, ora muito larga, ora muito estreita, e afinal esta segurança pode tanto favorecer o erro, como a verdade. Comprehende-se agora porque a interpretação grammatical procede por toda parte, historicamente, a interpretação logica».

(14) Embora o direito não seja a vontade commum, como já vimos, e na elaboração das leis encontre limites o legislador, de



Conforme referem Baudry-Lacantinerie et Houques-

sorte que as leis não exprimem propriamente sua vontade, todavia, na interpretação das leis, se deve procurar saber o verdadeiro sentido em que o legislador empregou os termos, ainda quando em desaceordo com o uso vulgar. É isso pela seguinte razão: nos países de governo representativo o poder legislativo é considerado o verdadeiro interprete das necessidades do povo e o unico habilitado a estatuir regras que melhor regulem, de modo geral, as relações entre os individuos. Si ao applicar a lei se pudesse abandonar o pensamento do legislador para ir procurar directamente na massa popular o emprego dos termos, a condições minimas se reduziria o órgão legislativo. A grande laeuna da Escola historica foi, como pensa Gény (loc. cit.), "desprezar, *de parti pris*, sob o imperio de uma especie de determinismo exclusivo, a parte incontestavel da actividade consciante e reflectida do homem na formação do direito". Não eneara, entretanto, o illustre escriptor a natureza intima das coisas quando affirma: "A lei escripta não é outra coisa, *em sua essencia mesmo*, além da expressão de uma vontade intelligente". Na theoria do direito publico, é determinante essa vontade, mas o *conteúdo da lei* só de modo *accidental e transitorio* é o simples arbitrio do legislador.

(15) Pondera Dernburg que o interprete deve considerar que, como qualquer escripto, tambem a lei tem seu estylo particular; portanto, é condição preliminar da interpretação a familiaridade com esse estylo; deve-se prestar attenção ao modo por que o auctor da lei emprega a palavra; si está senhor da lingua ou si exprime os seus conceitos de modo incompleto e incorrecto; si pensa e falla abstractamente ou de modo concreto e ehão; si se prende aos accessorios ou se dirige immediatamente á coisa principal. Commentam Fadda e Bensa (Notas a Windscheid, vol. 1.º, pag. 118) que o estudo da lingua das fontes juridicas (italianas) é antes um louvavel desejo do que uma realidade. As considerações que fazem sobre a utilidade de bem conhecer a linguagem juridica dos Romanos, têm para nós grande importancia, porquanto o direito romano é fonte subsidiaria do direito civil brasileiro. Merecem especial menção áerea da necessidade desse estudo: Bekker — artigo publicado na Revista para a fundação Savigny; Gruppe — De Justin. inst. compositione; Brokate — De Theophilinae quæ fertur Justiniani institutionum græcæ paraphraseos compositione; Ferrini — Archivio giuridico, XXXVII, fas. 5 e 6, citados pelos referidos traductores de Windscheid.



Fourcade, (16) actualmente o legislador inglês tem o cuidado de fazer preceder as leis importantes de um preambulo, onde são legalmente definidos os termos technicos que nas mesmas se encontram.

Elemento logico. Embora o elemento grammatical não seja puramente material, delle se distingue o elemento logico pela preocupação da *mens legis*, do espirito da lei. Este processo se applica ao direito consuetudinario do mesmo modo que ás regras legaes.

Como se destina a esclarecer o sentido, segundo a observação de Chironi e Abello, ou *a ratio* das normas juridicas, deve procurar as causas que directamente as motivaram e como tal influiram no legislador que as constituiu, ou na formação do costume. Quanto á lei especialmente, é de notar que o estudo das causas não se deve limitar ás que effectivamente determinaram o legislador a fazel-a como dizem Chironi e Abello mas se estendem aos motivos que de qualquer modo, possam justificar-a sociologicamente. (17) «O criterio do *fin* que visou o legislador é tambem um meio de interpretação», mas este exame não deve ser

(16) *Traité cit.*, vol. I, pag. 203.

(17) Na edição anterior me havia pronunciado differentemente, citando as palavras de Chironi: «Procurando adaptar a tacs motivos (que a justifiquem theoreticamente) o conteúdo da disposição, o interprete substituiria ao que o legislador quiz, o que elle crê *tería devído querer*, sobrepondo assim seu proprio juizo á lei, a visão do fim, como se lhe apresenta, ao que effectivamente presidiu á determinação da norma legislativa». «Mas os proprios motivos que ás vczes vêm connexos ás leis, os que vêm ligados aos projectos de leis em sua apresentação ao Parlamento, podem servir de illustração, levam, porém, facilmente a erros, pois não raro são unilateraes e truncados». Vide Dernburg — Pandette, pag. 88.



feito dentro dos limites indicados pelos motivos, como pensam Chironi e Abello, por isso o interprete, além do fim directo a que se destina a lei, pode estender sua applicação para adaptal-a ás exigencias da mesma natureza, que não foram immediatamente previstas. (18)

(18) "Restringir o officio da interpretação, escrevem os proprios. Chironi e Abello, a declarar a norma, segundo a mente de quem a formou, segundo o seu espirito, mas dentro dos limites permittidos pela letra, erigindo, assim, em regra segura que a vontade do legislador consiste toda e só no modo empregado para declalal-a, é doutrina errada, que leva a esterilisar o fructo vivo do direito, que é a lei; o interprete, quando tenha fixado o fim a que a norma é dirigida, deve conduzir a declaração de modo que o escopo desejado se affirme, valendo-se para isso de todos os meios que a mente pode suggerir". Observa A. Zeiler, em notavel artigo, publicado na "Recht und Wirtschaft", 1912, pags. 191 e segs.: "Da infinita elasticidade do todo juridico, que o legislador tem de regular, segue-se que uma lei, uma vez publicada, devé durar por annos e até por decennios. O legislador, pode, porém, especialmente em tempos de relações fortemente reclamadas, deixar de comprehender *a priori* o seu desenvolvimento completo, em todas as suas manifestações. Mas, si não tivesse publicado a lei, ou si se houvesse limitado ás linhas geraes, seria isso um damno para taes relações: a lei era boa, mas agora está áquem das necessidades e antiquada. E o legislador não pode immediatamente mudal-a, tanto mais que os novos desenvolvimentos das relações não surgem promptos de repente, mas apparecem lentamente e em principio de modo timido e vacillante. Seguir esse desenvolvimento constante é que se não coaduna com os actuaes processos legislativos. A attenuação de tal inconveniente repousa nos hombros do juiz. É elle que tem de completar, aplainar, assegurar o que a lei mostra de lacunosa, imprecisa, duvidosa. Levanta-se então a questão do juiz em face da lei. Está ligado á lei? até que ponto? É auctorizado a se sobrepôr á lei, si a applicação desta conduz a resultados injustos? Pode, quando a lei não encerra disposição alguma, crear o direito? É a função do juiz apenas interpretação restricta da lei ou implica, como a *interpretatio* do Pretor, um desenvolvimento contínuo do direito? Um ponto é certo, quer se dê ao juiz, em face da lei, uma posição mais livre,

Pode succeder que o legislador mesmo não tenha tido uma percepção completamente clara do verdadeiro conceito da regra de direito, e se tenha detido em uma forma de manifestação, que não corresponde ao seu justo alcance. Então, pensa Windscheid, (19) que em tal caso o mais alto e mais nobre fim da interpretação é vir em auxilio do legislador e, diante da vontade expressa, fazer valer a que realmente tinha. É muito controvertida esta opinião. (20) Não ha duvida que é uma verdadeira operação interpretativa, embora muitos a julguem perigosa, podendo occasionar praticas abusivas.

«A indagação do espirito da lei toma como ponto de partida a idéa que o estado do direito, no tempo em que foi emanada, influiu no pensamento do legislador e que a lei é sempre o producto da elaboração scientifica e pratica do direito precedente.» (21) Assim as considerações his-

quer se lhe attribua papel mais dependente: sua obra encerra sempre um desenvolvimento do direito e, assim, dentro de limites discretos, *uma criação* de novo direito. Esse contínuo desenvolvimento do direito por meio do juiz, em muitos casos tem esclarecido duvidas e resolvido controversias».

(19) Loc. cit. Entende Windscheid que, «fazendo isso, a interpretação não excede suas faculdades: ella procede de modo inteiramente conforme á intenção do legislador, não faz mais que exprimir aquillo que elle mesmo teria expresso, si tivesse prestado attenção aos pontos sobre que não formou juizo».

(20) Contra ella se pronuncia o Art. 3.º das «disposições preliminares» do Cod. Civ. italiano: «no applicar a lei não se lhe pode attribuir outro sentido além do que se torna manifesto pela propria significação das palavras, segundo sua connexão e pela intenção do legislador». Esta disposição foi quasi litteralmente reproduzida do Codice Albertino.

(21) Chironi — loc. cit.



toricas fornecem importante subsidio á interpretação logica: 1.º com o exame da legislação anterior; 2.º com o estudo do principio juridico que informa a lei. Mas este exame historico por si é insufficiente e só imperfeitamente apresentará o espirito da lei, si não se subir á apreciação do complexo das disposições legaes, que constituem um *systema geral*. D'ahi os quatro elementos de interpretação expostos por Savigny: *grammatical, logico, historico e systematico*; mas estes dois ultimos comprehendem-se no *elemento logico* tomado em sentido amplo. (22 e 23).

(22) Savigny limita o elemento logico ao que tem por objecto unico o nexa entre as varias partes do pensamento da lei; o elemento historico ás differentes condições do tempo em que foi a lei elaborada; o elemento systematico ao que se refere ao organismo inteiro dos principios de um dado direito positivo.

(23) É conveniente observar com Windscheid que a interpretação não é tanto uma *sciencia* que se possa ensinar como uma *arte* que se deva aprender; a theoria tem de se limitar a chamar a attenção sobre os pontos de vista directores.



§ 2.º *Da interpretação authentica e da interpretação doutrinaria.*

Duas são as especies de interpretação, attendendo-se á *qualidade* das pessoas das quaes procede: *interpretação authentica* e *interpretação doutrinaria*. (1) Os efeitos e o valor da interpretação variam conforme se trata de uma ou de outra. A primeira torna-se obrigatoria do mesmo modo que a norma de direito a que se applica; a segunda tem apenas valor scientifico, della pode afastar-se quem tenha de resolver o caso concreto de accordo com a regra juridica interpretada.

Interpretação authentica. A interpretação authentica consiste na declaração do verdadeiro sentido e do conteúdo da norma juridica, pelo proprio órgão que á estabeleceu. (2)

(1) Chironi (op. cit., pag. 57 e segs.), divide a interpretação em *publica* e *privada* ou *doutrinaria*, mas, ao passo que declara que a interpretação publica se effectua *por meio de uma norma juridica* proveniente d'aquelles que segundo os principios do direito publico têm auctoridade para formal-a, subdivide-a em *legislativa* e *judicial*. É verdade que o eminente escriptor considera a *auctoridade das sentenças dos magistrados* como fonte de direito, mas cumpre reconhecer que pelo direito publico italiano como pelo das nações cultas em geral, o juiz não tem competencia para crear normas de direito, limita-se a *decidir a controversia de accordo com a norma já existente*, que elle pode interpretar de modo obrigatorio *sómente* para o caso julgado, sem que sua decisão firme principio a que tenha elle proprio de se *submitter em situação identica*.

(2) É quasi a mesma definição que em seu System (pag. 103) dá Crome: "authentische Auslegung ist Feststellung des Gesetzesinhalts durch ein rechtschaffendes Organ: eine Rechtsquelle".

A interpretação authentica firma o conteúdo da regra de direito por meio de outra regra de direito. (3)

Distingue-se em interpretação authentica legal e interpretação authentica usual ou consuetudinaria; a primeira é feita pela lei, a segunda pelo costume.

Auctores ha que recusam á interpretação authentica o caracter de interpretação, pois a legal estabelece uma nova lei com força retroactiva e a usual constitue um novo costume. (4) É verdade que a natureza propria da interpretação suppõe uma actividade theorica e scientifica, quer por meio de elaborações doutrinaes, quer pelas decisões forenses, mas, como pensa Filomusi-Guelfi, (5) nestas interpretações authenticas ha de especial o nexo intimo entre a norma antiga e a nova com a declaração desta de que suas disposições, seu sentido, seu conteúdo são precisamente os mesmos que

(3) Vide Dernburg — Pandette, pag. 96: "A interpretação authentica é a determinação do conteúdo de uma lei mediante uma fonte juridica". Diz Windscheid: "A interpretação pode fazer-se ou mediante livre indagação ou por meio de norma juridica" (Pandette, pag. 64).

(4) Assim por ex. Windscheid: "Só a primeira especie de interpretação (a doutrinaria, vide citação de Windscheid na nota anterior) é verdadeira interpretação: a segunda (authentica) é, em substancia, o estabelecimento de um novo direito, com o acrescimo da disposição de que o direito novamente estabelecido deve ser considerado como já contido em uma norma anterior de direito. Crome (Sistem, pag. 103, nota 24) entende que a palavra interpretação é incxacta de referencia á authentica, mas consagrada e que ahi se trata propriamente de normas de direito com força retroactiva (excepcionalmente): "Der Ausdruck Auslegung ist daher unrichtig, aber einmal eingebürgert. Eigentlich handelt es sich nur um das Entstehen neuer Rechtsnormen mit (ausnahmsweise) rückwirkender Kraft". Vide tambem Regelsberger (op. cit., pag. 142); Gierke (op. cit., § 18).

(5) Enciclopedia cit., pag. 140.



os da outra. É exactamente pelo facto de se considerar já contido na lei interpretada o preceito da lei interpretativa que a força obrigatória desta coincide com a d'aquella. As duas especies de interpretação authentica estão subordinadas ao mesmo conceito: têm ambas força coactiva, (6) mas differem em sua essencia, tanto quanto entre si se distinguem a lei e o costume. A interpretação usual ou consuetudinaria, estabelecendo-se pelo costume, depende, para se constituir, da existencia dos mesmos requisitos que são precisos para a formação deste. (7) A interpretação legal deve ter a forma da lei e, como verdadeira lei que é, compete exclusivamente ao órgão legislativo e tem de se submeter aos principios constitucionaes reguladores da especie. (8)

(6) A interpretação authentica legal e a usual obrigam do mesmo modo que a lei e o costume. A usual pode estabelecer-se tanto em relação ao costume anterior, como em relação a uma lei duvidosa sobre cujo conteúdo não tenha havido interpretação legal; esta predomina sobre aquella, assim como a lei é superior ao costume no direito moderno, tanto conceitual, como praticamente. Vide Dernburg (loc. cit.) o qual, de acordo com sua theoria sobre as fontes do direito, denomina também interpretação authentica usual a da jurisprudencia. Vide também nota seguinte.

(7) Alguns entendem que a interpretação usual não é uma especie da authentica e assim não é obrigatória, opinião que contraria os principios sobre as fontes do direito civil brasileiro.

(8) Na Allemanha, por ex., onde ha leis geraes e leis particulares, a declaração authentica de uma lei imperial só é admissivel por meio de outra lei imperial e uma lei territorial pertencente ao direito civil não pode ser interpretada senão por outra lei territorial. Vide Dernburg (Pandette, pag. 97, nota 4). É a applicação do principio — *ejus est interpretari legem cujus est condere*.

O *Statuto* italiano, art. 73, declara: "a interpretação das leis, de

A interpretação legal deve designar-se de modo não ambiguo, como interpretação *authentica*; na duvida não se lhe presume esse character. (9) Cumpre cuidadosamente distinguir da lei interpretativa a *lei nova* que repete o conteúdo de uma lei precedente, modifica-a, acrescenta-lhe qualquer coisa ou lhe repara as omissões. Conforme se trata de uma *lei nova* ou de uma *lei interpretativa* os effeitos são diversos, porquanto esta se applica a todos os casos anteriores não passados em julgado. (10)

modo para todos obrigatorio, compete exclusivamente ao poder legislativo».

(9) Não é indispensavel que a lei diga expressamente com palavras que vae interpretar outra (Vide Dernburg— op. cit., pag. 97, nota 5); mas, como pondera Chironi (loc. cit.), «para decidir do character interpretativo da lei, convém recorrer á investigação do fim que a inspirou; entretanto, quando se considera que raras vezes o legislador dá interpretações *authenticas* e se pensa na efficacia apparentemente retroactiva da interpretação, pode sustentar-se que o character da *interpretação authentica*, si não é declarado expressamente, deve ser demonstrado de modo absolutamente certo».

(10) Diz a respeito Dernburg: «Uma vez que a interpretação *authentica* estabelece de modo obrigatorio o sentido da lei interpretada, tem força retroactiva. O juiz, depois de entrar em vigor a lei interpretativa, «*deve*» entender a lei interpretada no sentido legalmente estabelecido, ainda quando considere inexacta a declaração *authentica*. Esta deve ser tomada em consideração ainda nas lides pendentes, quer em primeira, quer em segunda instancia. Mas si a causa já foi decidida com sentença passada em julgado, não tem mais influencia uma interpretação *authentica* que entre posteriormente em vigor. Com effeito, a sentença passada em julgado faz direito entre as partes e os seus motivos não estão mais sujeitos a exame». Os auctores estão em desacordo sobre a possibilidade de repetição de um pagamento feito em virtude de uma lei antiga, quando a interpretativa declare que elle não era devido. Pela affirmativa, Wächter e Unger; pela negativa, Windscheid e Dernburg. (Vide Dernburg — Pandette — pags. 97 e 98, nota 7.^a).



Em alguns países, nos inícios da codificação, (11) organisou-se um instituto com o fim especial de provocar a interpretação por parte do legislador todas as vezes que houvesse duvida sobre o conteúdo da lei. (12) Esta pratica está hoje inteiramente abandonada e a politica moderna aconselha até que seja rarissima a intervenção do órgão legislativo para resolver as duvidas da lei pela interpretação *authentica*.

Só pela lei (*stricto sensu*) pode estabelecer-se a interpretação *authentica legal*; assim, tanto os outros actos a ella equiparados (dentro de certos limites), mas que não procedem do poder legislativo — taes os regulamentos (13) e

(11) Vide Filomusi-Guelfi — loc. cit.

(12) Na França a lei de 16-24 de Agosto de 1790 impunha aos tribunaes que se dirigissem ao corpo legislativo, todas as vezes que reconhecssem a necessidade de interpretar uma lei. A constituição do anno III dispunha que sendo precisa a interpretação de uma lei, ainda para resolver um caso particular, a questão devia ser submettida ao corpo legislativo e deste devia emanar uma lei interpretativa, á qual os tribunaes seriam obrigados a se conformar. Vide Chironi (loc. cit.). Pela lei franceza de 1807 que foi abrogada em 1828, a interpretação era dada segundo as formas dos regulamentos de administração publica, isto é, com parecer do Conselho do Estado, aprovado pelo Imperador. Um decreto napolitano de 1812 continha preceito identico (Vide Filomusi-Guelfi — loc. cit.). No direito prussiano, nos primeiros tempos da publicação do codigo de 1794, organisou-se um instituto para provocar a interpretação.

(13) Escrevem Chironi e Abello: «Communmente se diz que a interpretação *authentica (legal)* deriva do proprio poder legislativo ou de uma auctoridade investida, segundo os principios do direito constitucional vigente, do poder de interpretar a lei de modo obrigatorio para todos, mas corresponde melhor ao conceito constitucional a affirmação de que não pode proceder senão do órgão legislativo; em sua substancia ella é, com effeito, o estabelecimento de um novo direito



os decretos, — como também os trabalhos preparatorios da propria lei não fazem interpretação authentica.

Constituiu-se, entretanto, uma theoria, que se relaciona com o conceito de que a lei não é mais do que a vontade do legislador, a qual, achando nos trabalhos preparatorios da lei a explicação desta vontade, não hesita em lhes attribuir força obrigatoria e os considera como encerrando uma interpretação authentica official, que não pode ser desprezada por aquelles que têm de applicar a lei. (14)

Não é possivel desconhecer a importância dos trabalhos preparatorios da lei, mas não têm a força obrigatoria da interpretação authentica e valem apenas como subsidios historicos, de significação relativa, para uma bôa interpretação doutrinaria. (15)

com o acrescimo de que a nova disposição deve ser considerada como contida na norma anterior". "Quando um *regulamento* para a execução de uma lei dá a qualquer disposição desta uma interpretação que não corresponde aos principios nella estabelecidos, a declaração não pode ter efficacia obrigatoria e as disposições regulamentares respectivas ficam sem effeito: si ao envez a lei interpretativa contem normas diferentes das que se encontram na interpretada, deve o magistrado examinar até onde a lei é interpretativa e quando é nova, salvo si der á lei inteira o caracter de interpretativa".

(14) É a theoria de Goldschmidt, Behrend, Wächter, Mohl, etc.

(15) Sobre este ponto argumenta muito bem Kohler:

"Não pretendo contestar toda importancia aos trabalhos preparatorios; mas a sua importancia é simplesmente de facto: elles são meios subsidiarios relevantes para nos aproximar do fundamento e do fim da lei, mas ainda assim não são os unicos e dividem esta importancia com outros elementos: uma obra juridica que revela certos danos, um caso pratico que demonstra uma necessidade, as declarações de pessoas experientes que deram impulso á legislação, a legislação de um Estado visinho que forneceu o modelo; são todos elementos aptos

Interpretação doutrinaria. A interpretação, diz Dernburg (16) é papel da pratica e da sciencia juridica. A pratica, as mais das vezes, encara um caso particular e indaga que relação pode ter com elle o conteúdo da lei. Subdivide-se a interpretação doutrinaria em *scientifica* e *pratica*. A pri-

a indicar a importancia telologica da lei, tanto quanto os motivos do Governo ou os discursos do Parlamento. Estes materiaes têm exactamente a importancia de assignalar os interesses que a lei tem em mira cultivar, dar expressão a necessidades que a lei visa satisfazer, designar a corrente intellectual que era dominante na época da formação da lei" (Apud Fadda e Bensa — Notas a Windschid, vol. 1.º, pags. 119-120). Estes auctores entendem que é *erro* attribuir efficacia legislativa aos trabalhos preparatorios, de qualquer especie que sejam. "A lei, dizem, tem uma parte material (a palavra) e uma parte intellectual (o espirito), mas é certo que esta parte intellectual se infere do complexo do systema. As declarações do auctor da lei não podem prevalecer nem contra a letra, nem contra as consequencias logicas do systema." Pacifici-Mazzoni observa que os trabalhos parlamentares devem ser consultados com *giudizio finissimo e con circospezione somma*. São da mesma opinião Binding, Merkel, Wach, Barassi, Coviello, Rossel et Mentha, Valverde y Valverde e outros. Endemann (Lehrbuch, pag. 60) diz que os materiaes da lei não constituem demonstração authentica da chamada vontade do legislador — Die Gesetzesmaterialien (Vorarbeiten, Motive und Protokolle der Kommissionen, Denkschrift, Sitzungsberichte des Reichstages) sind nicht die authentischen Kundgebungen des sog. Willens des Gesetzgebers". Vide tambem Filomusi-Guelfi, Regelsbesger e Gierke (loc. cit.). — As explicações do Sr. Andrade Figueira, auctor da emenda que se converteu no Art. 1821 do Projceto do Codigo Civil Brasileiro apresentado pela Camara dos Deputados (art. 1806 do Codigo Civil), demonstram que sua intenção não era revogar em absoluto as leis e costumes anteriores, porquanto, como elle proprio se exprime, "por maior cuidado que tentamos tido e que a Comissão ainda possa exercer, haverá muitos assumptos de Direito Civil que não foram prevenidos no Codigo e que não podem ficar sem leis que os regulem". Vide nota 61ª do § 3.º do Cap. anterior sobre este artigo e as duvidas que pode eausar.

(16) Op. cit., pag. 85.

meira tem por órgão os juristas, a segunda o poder judiciario. (17)

Ambas têm o caracter de não declarar de *um modo geral obrigatorio* o conteúdo da norma jurídica, entretanto distinguem-se porque, ao passo que a scientifica tem sempre sua força na convicção de seus argumentos, a pratica ou judicial *torna-se obrigatoria para o caso concreto a que se applica*. Sob este aspecto a interpretação judicial se aproxima da authentica, mas della se afasta inteiramente porque não se estabelece por meio de uma *norma de direito* e, assim, em relação a todos os outros casos, tem o mesmo valor que a scientifica. Muito se tem escripto ultimamente sobre a função do interprete, especialmente sobre o papel do juiz em face da lei, isto é, sobre a amplitude de suas attribuições na applicação da norma jurídica aos casos occorrentes. (18)

(17) É de notar que Dernburg não confunde a interpretação *doutrinaria pratica* com a judicial, que elle considera *authentica usual*, mas assim pensa por considerar o *usus fori* uma das fontes do direito. Ha muitos auctores que denominam interpretação usual a fornecida pelos tribunaes, ao lado da legislativa ou authentica e da privada ou doutrinal.

Parece-nos, entretanto, que a classificação adoptada no texto corresponde melhor á theoria das fontes do direito Civil Brasileiro. Si interpretação authentica é a que se estabelece por meio de uma norma jurídica, é claro que só a lei e o costume podem produzi-la, porquanto não se constituem principios geraes de direito para interpretação de outros principios. Fadda (Istituzione di diritto civile italiano, pag. 45) é da mesma opinião, quando declara "que na interpretação doutrinal está incluída tambem a judicial para todas aquellas pessoas e coisas, em relação ás quaes não se torna obrigatoria a auctoridade da coisa julgada". Nos casos em que é obrigatoria, não se trata mais de interpretação e sim de *applicação* do direito. É esse facto que a torna coactiva.

(18) *Vide* in Rev. da Faculdade de Direito artigo sobre "As lacunas da lei e o movimento do direito livre (die Freirechtsbewegung).

Em torno de quatro pontos principaes, dois de direito material e dois de direito formal, ha girado quasi toda a controversia. Os dois primeiros podem assim enunciar-se: *a)* é licito ao juiz deixar de applicar a lei que já não corresponde ás necessidades sociaes e se oppõe á instituição e desenvolvimento de relações juridicas vivamente reclamadas pelo commercio social? *b)* pode o juiz crear a norma juridica por supprir as lacunas insoluveis da lei? Os de direito formal ou processual refremem-se: *c)* aos poderes do juiz na organização do processo civil e sua ingerencia na producção das provas; *d)* ao processo de formar sua convicção e proferir a sentença. (19)

A) A doutrina mais recente, accita por grande numero de civilistas de responsabilidade e destinada a romper as resistencias de muitos outros, é francamente favoravel a uma solução affirmativa. Poderia parecer que, para adoptal-a, fôsse mister ultrapassar os limites da interpretação. Entretanto, moderno e notavel escriptor hespanhol, sectario decidido da nova orientação, não hesita em affirmar: «Cuando esto ocurra (antagonismo da lei com as conveniencias sociaes), cuando este caso se dé, la interpretacion debe llenar su función cual es, adaptar el precepto legal á la realidad, dejando á los órganos de interpretación, y sin-

(19) Só as duas primeiras questões, por serem de direito preceitual, devem ser aqui elucidadas. Todavia, não deixa de ser conveniente mostrar, em synthese, como parallelamente ao desenvolvimento das attribuições do juiz no campo do direito substantivo corresponde o alargamento de seus poderes, a elevação de seu papel na esphera processual.



gularmente á la jurisprudencia, en libertad, para hacer que el derecho progrese». (20)

(20) Tratado de derecho civil español, 1.^o vol., 1909, pag. 88. O illustre cathedrático de Valladolid, desenvolvendo seu parecer, critica o proprio Gény que lhe parece recuar deante das consequencias que decorrem de sua opposição ao methodo tradicional. Reproduzo-lhe as palavras: «La función de la interpretación de la ley, se es la de adaptar la fórmula y la regla á la cuestión que surge en la realidad, no puede ser la que expone Gény, al decir que es infranqueable la voluntad legislativa, cuando ésta resulta cierta y que no es lícito, ni digno, eludir aquélla, falseando ó desnaturalizando un pensamiento que debe respetar-se, porque esto es pensar de igual modo que los partidarios del método tradicional, que el combate. Cierto, que el cree, a diferencia de estos jurisconsultos de la escuela tradicional, que la ley no es suficiente en la civilización actual, para dar completas soluciones jurídicas y que aquella no es la única fuente del derecho, pero sin duda, en lo que se refiere al dominio de la ley ó sea al alcance del precepto legal, en relación con la época en que se ha de aplicar, en nada se diferencia de los defensores del método tradicional. En efecto; si la ley no prevée el caso controvertido, el admite aplicar las demás fuentes del derecho (la jurisprudencia, doctrina científica, etc.), y en esto, claro es que tiene un criterio más amplio que los de la interpretación tradicional legalista; pero el problema se plantea, cuando el caso en la realidad está rodeado de circunstancias sociales, económicas, políticas e jurídicas distintas, diferentes, ó si se quiere opuestas, a las que motivaron la ley, y resulta que el precepto legal, que la regla del legislador, que la ley, en una palabra, es inaplicable, porque de aplicarla, teniendo solo en cuenta la voluntad del legislador, conduciría á la realización de una injusticia social». E acrescenta incisivo: «La solución para Gény es la misma que para los intérpretes; es ilícito eludir lo que la ley ha querido, la voluntad del legislador es intangible, y cuando es cierta aquella voluntad hay que cumplirla. No es ésto absurdo? No es limitar la jurisprudencia, quedándola reducida á una aplicación estricta de la ley, haciendo del magistrado un autómato, que tiene que resolver en los estrechos moldes de la fórmula legal? Podrá ver indiferente el juez las transformaciones sociales, los cambios de circunstancias y de medio en que vive, que son distintos y que pueden ser opuestos, á los que motivaron la ley que aún

A moderna eschola do «*direito livre*» vae, nesse ponto, além do razoavel. (21) Abstrahindo, porém, das dissertações puramente theoricas, escriptores moderados, como o grande Regelsberger, successor, com Strohal, das glorias de von Ihering, não hesitam em reconhecer a utilidade pratica, perfeitamente compativel com a pureza dos principios, de se interpretarem as normas juridicas de accordo com as necessidades da vida social. «A jurisprudencia, pratica e doutrinaria, afirma o saudoso jurisconsulto, (22) não tem simplesmente por objectivo investigar o sentido das regras legaes e applical-as de accordo com o resultado obtido. Ella é tambem auctorizada a estabelecer, por meio dum profundo exame, o pensamento juridico latente nas disposições da lei, como corresponda ás necessidades da vida pratica e, desse modo, a aperfeiçoar incessantemente o direito». (23) Algumas leis, acrescenta, não supportam interpretação com tal amplitude: são as leis rigidas; outras, porém, parecem

está en vigor, no debiendo estarlo? No es ésto petrificar el derecho, é inmovilizarlo?» (op. cit., pags. 87-88).

(21) *Vide* artigo citado in Rev. da Faculdade de Direito da Bahia, 1915, sobre «As lacunas da lei e o movimento do direito livre» (die Freirechtsbewegung). Comp. Stampe — Die Freirechtsbewegung, 1914; Géza Kiss — Gesetzesauslegung und ungeschriebenes Recht in Jahrbücher für die Dogmatik, de Ihering, vol. 58, 1911, pags. 413-486.

(22) Gesetz und Rechtsanwendung, in Iherings Jahrbücher, vol. cit., pags. 146-174.

(23) Regelsberger reconhece que o legislador está ligado á lei; mas que isso deve entender-se em termos habeis. Não vê na actividade creadora da jurisprudencia uma invasão na competencia legislativa, pois no mundo espirital não pode haver delimitações precisas, rigorosas e **frisantes**.



destinadas a receber do interprete o desenvolvimento que lles não podia dar o legislador: são leis susceptíveis de complemento (ausbaufähige). (24) Entre nós também vae conquistando adeptos a nova orientação. O Dr. Clovis Bevilacqua assim se pronuncia: «O interprete, esclarecendo, illuminandó, alargando o pensamento da lei, torna-se um factor da evolução jurídica. É certo que a sua acção é limitada pelo proprio edicto da lei, e si este recusa aceitar as modificações sociaes, o interprete nada mais tem que fazer, sinão esperar que o legislador retome a sua empreza atrazada e, emquanto esse momento não chega, PEDIR Á RAZÃO JURIDICA QUE LHE REVELE A NORMA A SEGUIR». (25) O notavel magistrado do Tribunal Superior de Justiça da Bahia, Dr. Ezequiel Pondé, avançou este conceito: «Á letra da lei tenha sempre liberdade de preferir o seu espirito. E quando este não puder ser mais aquelle que se proeou ou devera ter imprimido no texto, porque tenha cessado a razão de sel-o, ou se lhe venha a mostrar precisamente outra a do caso sujeito, — não sacrifique a justiça ao capricho dum pensamento iniquo, surdo aos protestos que della possam surgir.» (26)

(24) *Loc. cit.* De referencia ás leis rigidas, (starre Gesetzesnormen) considera: «Hier gilt der Satz: perquam durum, sed ita lex scripta; hier gilt Unterwerfung, nicht Verbesserung».

(25) A função do interprete, *in* Rev. de Direito, de Bento de Faria, vol. 29, 1913, pag. 253.

(26) Conferencia no Instituto Geographico e Historico da Bahia sobre: «O juiz e a forma de sua actuação nas applicações do direito», em 12 de Outubro de 1915. *Vide* Rev. Fac. Dir. Bahia, vol. cit., pags. 77-125.



É adiante: o que se quer «é a liberdade de auscultar, com ouvidos de observador atinado, o direito que a sociedade exige proporcionado ao caso em litigio, e de verificar si realmente é o mesmo que se acha condensado no texto — ampliando, restringindo, completando ou *desprezando* este, si acaso não o é, de modo que o direito negativo do legislador nunca chegue a supplantar o direito real da sociedade, dando margem ao absurdo de sobrepôr-se á vontade do mandante a do mandatario, ao pensamento do povo a palavra de seu representante — como lembra Hamilton». (26-a)

B) Os que se pronunciam favoravelmente sobre a primeira questão, respondem, com melhor fundamento, que se não deve hesitar em admittir no juiz a funcção de legislador supplente. (27) Mas, além delles, outros que tão longe não levam as attribuições do interprete e exigem o respeito absoluto do pensamento legislativo, reconhecem, todavia, que as lacunas da Lei devem ser suppridas com a mais ampla liberdade de investigação juridico-social. Esta opinião, aceita

(26^a) Os nossos tribunaes, como os italianos, como os francêses, embora em muito menor escala, têm afastado disposições legais incompatíveis com as relações sociais estabelecidas e desenvolvidas contra sua letra e espirito. Os casos, que aponta Clovis como de costumes abrogatorios da lei, são de applicação judiciaria, resolvendo o caso concreto, não na forma da lei, mas de accordo com as necessidades sociais effectiva e fortemente sentidas. Tal é, principalmente, o caso do seguro de vida «alcançando a consagração das sentenças juridicas» (Theoria Geral do Direito, nota 46).

(27) *Vide in* Rev. da Faculdade de Direito da Bahia, vol. citado, artigo sobre «As lacunas da Lei e o movimento do Direito Civil (die Freirechtsbewegung).

explicitamente pelo Código Civil suíço (— «A défaut d'une disposition légale applicable, le juge prononce selon le droit coutumier, et à défaut d'une coutume, selon les règles qu'il établirait, s'il avait à faire acte de législateur»), é hoje corrente na doutrina e na prática dos tribunais. Rossel et Mentha chegam ao ponto de dizer: «Ni la loi, ni son esprit, ni la coutume n'ont autant d'imagination que la vie. Lorsque leur prévoyance est en défaut, on s'en remet à la conviction du juge, aux règles qu'il établirait s'il avait à faire acte de législateur». Cette dernière formule est la même que celle du projet du Conseil fédéral et de l'avant-projet de 1900. Bien qu'on l'ait critiquée, ELLE EST LA FORMULE IDÉALE, puisqu'elle laisse au juge toute liberté d'interroger sa raison, son expérience et sa conscience. Il appliquera, dès lors, que lui dicteront sa conception de la justice, son besoin d'équité, son intelligence et sa connaissance de la vie. Ce n'est pas la porte de l'arbitraire qui s'ouvre devant lui; *c'est la vérité* du droit qu'on lui demande de déclarer.» (28)

O presidente Ballo Beaupré, na festa do centenário do Código francês, proferiu as seguintes palavras: «Lorsque le texte, sous une forme impérative, est clair et précis, ne prêtant à aucun équivoque, le juge est obligé de s'incliner et d'obéir... Mais lorsque le texte présente quelque ambiguïté, lorsque des doutes s'élèvent sur sa signification et sa portée, lorsque, rapproché d'un autre, il peut dans une certaine mesure, être ou contredit ou restreint, ou à l'inverse, développé, j'estime que le juge alors a les pouvoirs d'inter-

(28) Manuel de Droit Civil suisse, vol. 1.º, pag. 65.



prétation les plus étendus; il ne doit pas s'attarder à rechercher obstinément quelle a été, il y a cent ans, la pensée des auteurs du Code en rédigeant tel ou tel article; il doit se demander ce qu'elle serait si le même article était rédigé aujourd'hui par eux...» (29) O eminente Cogliolo não pensa de modo diverso: «Quando il codice ha dettato una norma precisa e chiara, l'interprete non ha che applicarla e ne trae logicamente tutte le conseguenze. Ma quando l'interprete, per manchevolezza od oscurità della parola, deve ricorrere *alla volontà della legge od ai principii generali di diritto*, allora é possibile tener conto delle attuali esigenze sociali e decidere secondo quello che il legislatore vorrebbe oggi, se dovesse oggi legisferare sul ponto su cui si controverte». (30)

(29) As palavras do illustre magistrado mais se recommendam pela auctoridade que lhes empresta o cargo de presidente da Corte de Cassação, tendo sido proferidas em caracter official.

(30) Scritti varsi di diritto privato, 1910, pag. 35-43 sobre «L'interpretazione sociale del codice civile». Em outro estudo, publicado no mesmo volume, sobre «La funzione della giurisprudenza», escreve o eminente jurista philosopho: «Gloria eccelsa della giurisprudenza è adunque questa, che si è andata formando in modo silenzioso e quasi incosciente, e che solo si appalesa, se si confronta il diritto di oggi con il codice di cinquant'anni fa. Della quale così larga partecipazione dei giudici alla floridezza giuridica tre mi sembrano i fattori principali; il primo è che al giudice si impone il fatto umano, ricco e vario e prepotente nelle sue manifestazioni e nei suoi intrecci sociali. Il secondo fattore è la collaborazione, subito negletta, degli avvocati pratici alla formazione delle sentenze: la loro opera, ispirata alla utilità individuale, porta la impronta della finezza di chi ha interessi da far trionfare, e porta la ribellione ai principii antichi, che rimangono venerati dal puro e solitario scienziato, ma che intralciano le richieste nuove dei nuovi bisogni; ed il terzo fattore è quel senso di equità



Acredito que a solução dada á segunda questão pelos escriptores citados merece os mais francos applausos. Parece-me, ainda mais, que se deve aceitar a opinião favoravel á primeira, nos limites propostos por Ferdinand Regelsberger. Leis ha que, sob forma imperativa ou prohibitiva, indicam peremptoriamente os limites da actividade individual, excluindo a possibilidade de qualquer divergencia. São leis absolutamente coactivas perfeitas ou as leis rigidas de Regelsberger. Tendo de applical-as, incumbe ao interprete o dever de examinar-lhes o conteúdo e seguir-lhes as prescrições rigorosas e precisas, ainda que lhe pareçam incompativeis com a equidade e descabidas no momento. (31)

Outras, porém, se apresentam sem esse caracter de intransigencia; estabelecem a formula geral, deixando, por assim dizer, ás partes o cuidado de completal-as e, em alguns casos, afastal-as e ao interprete a faculdade de ada-

che domina i magistrati, considerati come *collektività giudicante*" (pags. 376-377).

(31) Regelsberger cita, entre outros, os exemplos: 1.º Para o Cod. Civ. allemão, art. 90 "coisas, no sentido da lei, são apenas os objectos corporeos". Não se permite á jurisprudencia alargar o conceito. Portanto, com razão, recusar incluir entre as coisas, e applicar-lhes as respectivas regras juridicas, a electricidade, a luz, o calor, etc. 2.º Um damno que não seja patrimonial só admite indemnização em dinheiro, para o art. 255 do Cod. Civ. all., nos casos determinados na lei. Regelsberger pensa, criteriosamente, que essa restricção é um verdadeiro erro legislativo, é resultado do receio de se deixar ao juiz amplitude de movimento, constitue um travão (Hemmschuh) para os contractos com prestações não economicas, não menos que para a protecção dos direitos inherentes á pessoa. Mas, apezar disso, não se deve admittir que o juiz se pronuncie contra suas determinações.

ptal-as ás necessidade occasionaes. São as «ausbaufähige Gesetze» de Regelsberger. (32)

C) Contra o classico principio da inercia e passividade do juiz nas demandas civis se insurgiu a moderna processualistica. Os Codigos austriaco, allemão, dos varios Cantões suissos e, especialmente, o hungaro, attribuiram ao juiz papel saliente na direcção do processo e na apresentação das provas. O Codigo de Processo Civil do Estado da Bahia seguiu-lhes o exemplo. (33)

D) Ainda neste ponto muito se ha elevado a missão do juiz. Os mais recentes Codigos processuaes admittem que o juiz delibere e decida de accordo com sua convicção. O principio do Codigo do Processo Civil do Estado da Bahia é: «Art. 306. O juiz julgará, dentro dos limites traçados pelo objecto da demanda, de accordo com a sua

(32) *Loc. cit.* O douto professor apresenta alguns exemplos de leis dessa natureza dentre as proprias normas absolutamente coactivas. É fóra de duvida que se torna muitas vezes difficil determinar si a regra legal em exame é *rigida* ou si admite complemento. As leis de ordem publica devem reputar-se insusceptiveis de modificações; o interprete não pode afastar-se do seu conteúdo: são leis *rigidas*. As concernentes ás declarações de vontade, salvo quanto á capacidade e á forma solemne, não têm esse caracter.

(33) Entre outros dispositivos do Codigo bahiano, obedecem a essa orientação os seguintes: Art. 127. O juiz pode ordenar *ex-officio* as diligencias que julgar necessarias para apurar a verdade dos factos allegados... Art. 132. O juiz pode repellir as provas offerecidas pelas partes... quando as considere absolutamente irrelevantes... Art. 146. O juiz pode ordenar *ex-officio* que a parte exhiba um documento que... se apura achar-se em seu poder. Art. 182. O juiz pode *ex-officio* ordenar a inquirição das testemunhas, cujo depoimento lhe pareça necessario... E assim os arts. 229, 244, 275, 282, 286.

convicção, formada pelo exame criterioso das provas do processo e do conjuncto de todos os actos praticados, apreciando ainda os que não hajam sido allegados pelas partes, mas constantes dos autos». (34)

(34) Afastou-se, desse modo, a carunchosa indicação da Ord. do L. 3.º, tit. 66: "E assi dê a sentença diffinitiva, segundo o que achar allegado e provado de huma parte e da outra, *ainda que lhe a consciencia dite* outra coisa, e elle saiba a verdade ser em contrario do que no feito fôr provado: porque sómente ao principe, que não reconhece Superior, he outorgado per Direito que julgue segundo sua consciencia", na qual ainda infelizmente se inspiram o recente Cod. do E. do Rio e o Proj. do D. Federal.



§ 3.º *Da integração das normas de direito. Da analogia legal e da analogia jurídica*

Só á interpretação doutrinaria, seja scientifica ou judicial, interessam as regras sobre os meios de se declarar o verdadeiro conteúdo da norma jurídica. Estes meios são extranhos á interpretação authentica, pois esta só por outra norma se manifesta. (1) Assim tambem unicamente aquelles que têm de applicar o direito e os que se dedicam á investigação scientifica, no campo juridico, se preocupam com a adaptação das regras existentes ás relações de facto. Como diz Dernburg (2) «na vida, sujeita a alterações diversas e constantes, formam-se sempre novas relações que têm necessidade de decisão judicial; incessantemente apresentam-se novas questões que exigem uma solução. Por mais numerosas que sejam as leis e ainda quando se detnham casuisticamente nos particulares, nunca serão tão completas que tenham para qualquer questão uma resposta prompta.» Assim, todo direito positivo deve constituir um systema, pelo qual seja possivel determinar-se o modo pratico de preencher as lacunas e resolver as contradicções. (3) Em primeiro logar a integração (4) das normas de direito se effectua mediante analogia, isto é, a applicação de uma

(1) Esta circumstancia serve ainda para demonstrar que o *usus fori* não pode ser tido na conta de interpretação authentica, pois muitissimo interessam aos tribunaes os processos da hermeneutica,

(2) Op. cit., pag. 98.

(3) Escreve Dernburg (loc. cit.): «Confirma-se aqui como o direito é um systema que tem a capacidade de se completar a si proprio».

(4) Dernburg denomina-a autointegração.

regra de direito estabelecida para certas e determinadas relações a outras relações, que com aquellas têm afinidade ou semelhança. O Código Civil Brasileiro diz, no art. 7: «Applicam-se nos casos omissos as disposições concernentes aos casos analogos, e não os havendo, os principios geraes de direito.» Esta applicação se justifica «só quando existe um motivo intrinseco, *ratio*; as anomalias, em particular as normas singulares puramente historicas, não são capazes de applicação analogica: são pontos mortos do systema juridico.» (5)

A interpretação logica não só procura a razão da norma juridica e esclarece seu conteúdo, como tambem suppre suas omissões, indicando sua applicabilidade a casos, que não parecem distinctamente comprehendidos em sua formula e explica a *ratio* de certas contradicções apparentes. (6)

(5) Vide Dernburg—loc. cit. Chironi e Abello (loc. cit.) ponderam que «a interpretação analogica se justifica pelo principio da identidade dos motivos (*ubi eadem est ratio legis ibi eadem est legis dispositio*) e tem a sua causa directa e a sua razão no facto que as leis não podem absolutamente prever e regular todos os casos infinitos que devem governar (*non possunt omnes articuli singillatim aut legibus aut senatus consultis comprehendendi*)». Diz muito bem Coviello (Man. cit., vol. 1., pag. 84): «Fundamento da analogia não é a presumpção da vontade do legislador que, si tivesse previsto um caso determinado, o teria regulado de certo modo; mas o supremo principio da egualdade juridica, o qual exige que casos semelhantes devam regular-se por normas semelhantes».

(6) Explica Windscheid (op. cit., pag. 76) que «quando se creê descobrir uma contradicção em um todo juridico, deve-se antes de tudo observar si ella não é apenas apparente. Só apparentemente se contradizem as normas juridicas que não são de gráo equal. Não são de gráo equal as normas juridicas do direito commum e as particulares; as anteriores e as posteriores: a particular vence a geral, a



Os auctores modernos distinguem a analogia de lei e a analogia de direito. (7)

A analogia legal parte de uma determinada lei isolada; a analogia juridica do systema completo do direito positivo. (8)

Por analogia legal se applica a norma juridica contida na lei, por semelhança de motivos, a casos não regulados por ella.

A analogia de lei tem muita semelhança com a *interpretação extensiva*.

A *interpretação extensiva*, expressão antithetica da *interpretação restrictiva*, consiste no processo logico, pelo qual o interprete reconhece que as palavras (*verbâ legis*) têm uma significação restricta, que não corresponde ao conteúdo da lei, cujo conceito é mais amplo. Assim, por interpretação extensiva é a lei applicada a casos que, não parecendo previstos por sua letra, se acham comprehendidos em seu espirito. (9)

posterior a anterior. Além disso a contradicção é só apparente, quando por uma mais exacta observação as presupposições das duas normas juridicas se apresentam não identicas”.

(7) Vide Dernberg, Windscheid, Chironi e Abello, Filomusi-Guelfi, loc. cit.

(8) Dernberg (loc. cit.): “A analogia de lei parte de uma lei singular; a analogia do direito applica um complexo de normas juridicas, que em nexø systematico dominam um certo campo juridico, a outro campo, por semelhança de motivos”.

(9) Como diz Regelsberger (Pand. pag. 153): “Die ausdehnende Auslegung thut dar, dass sich der Gesetzgeber enger ausgedrückt hat, als seinem Gedanken entspricht”, isto é: a interpretação extensiva demonstra que o legislador se exprimiu de modo restricto, que não cor-

A *interpretação restrictiva* consiste no processo logico pelo qual se verifica que a intenção da lei é excluir de sua alçada casos que, pelo simples exame das palavras, pareceriam por ella abrangidos. (10)

Apezar desta semelhança distinguem-se profundamente a analogia e a interpretação extensiva e diversos são os seus pressupostos. Nesta se reconhece que a norma se acha expressa na lei, mas que só as palavras não são adequadas á

responde ao seu pensamento. O principio que domina a interpretação extensiva é o seguinte: *ubi eadem est ratio legis, eadem est ejus dispositio*.

(10) Diz Regelsberger (loc. cit.): "Die einschränkende Auslegung thut dar, dass sich der Gesetzgeber allgemeiner ausgedrückt hat, als seinem Gedanken entspricht"; isto é a interpretação restrictiva demonstra que o legislador se exprimiu de um modo muito geral, que não corresponde ao seu pensamento. O fundamento da interpretação restrictiva é constituído pelo principio — *cessante ratione legis, cessat ejus dispositio*. Este principio, porém, deve ser combinado com o outro — *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*. Vide Pacifici-Mazzoni, op. cit., pag. 76. A interpretação logica, que não é extensiva, nem restrictiva, costuma dizer-se *declarativa*. Mas, além dessas especies de interpretação falla-se ainda de uma *interpretação modificativa*, a qual se verifica sempre que a expressão litteral da lei indica alguma coisa qualitativamente diversa da intenção do legislador. Vangerow (apud Venzi — Notas a P. Mazzoni, pag. 86) critica e rejeita esta especie de interpretação, pois o papel do interprete não pode ir ao ponto de alterar "uma das significações possíveis da letra da lei", de outro modo seria applicavel á especie o brocardo que se usa em materia de interpretação dos testamentos: "*non valet quod dixit quia non voluit, non valet quod voluit quia non dixit*". Conforme refere Venzi (loc. cit.) falla-se tambem de um outro genero de interpretação *modificativa*, a qual se empregaria quando se dêsse á letra da disposição legislativa um sentido diverso do que o legislador lhe quiz dar, para o fim de corresponder ás modificações que porventura se verifiquem nas condições sociaes. Vide notas do paragrapho anterior, especialmente (19) e (20).



sua extensão; na analogia, ao contrario se reconhece que não ha propriamente norma para o caso, mas, que si a lei tivesse estabelecido uma regra para elle, teria ditado aquella mesma que se tem para o caso semelhante previsto; (11) na primeira se trata do esclarecimento do conteúdo da lei, na segunda da applicação de principios estabelecidos por uma lei a materias ou quesitos que ella não previu. (12)

Pelos argumentos *a majori ad minus*, e *a minori ad majus* se procede como na analogia, isto é, se estende uma disposição legal a hypotheses por ella não previstas, mas ahi não se encontra simplesmente identidade dos motivos, pois o motivo, que se teve em vista quando se estabeleceu a

(11) Filomusi-Guelfi — loc. cit.

(12) Zachariae — Aubry-Rau — Landucci — op. cit., pag. 703. Diz Dernburg (loc. cit.) que a interpretação extensiva parte da supposição de que ella realisa o pensamento do legislador, como resulta da propria lei, ao passo que a analogia de lei não se apoia sobre a vontade da lei, mas *crea um novo direito* pela semelhança do motivo. Ha diversos auctores que pensam com Dernburg que a analogia não é uma especie de interpretação ou uma simples forma de applicação do direito, mas um modo especial de sua producção. Qual seja a natureza desse direito é que não nos dizem. É direito objectivo, sem duvida, mas qual a norma creada pela analogia? A regra já existia; uma relação de facto não prevista directamente por ella tendo de ser resolvida juridicamente, pela identidade dos motivos entre esta relação e os casos contemplados, entendeu-se que se lhe devia tambem applicar. Qual o direito creado? — Entende Filomusi-Guelfi (loc. cit.) que na interpretação analogica se procede por uma consequencia logica do caso previsto para um que não o é, mas que está comprehendido em uma norma geral que domiua os dois casos; assim a norma geral é supposta no caso previsto. Sobre a interpretação analogica no direito singular vide nota 57 do § 2.º do Cap. I da Parte Primeira.



lei, se encontra em um gráo mais eminente nos casos em questão do que nos por ella formalmente enunciados. (13)

Pelo argumento *a contrario sensu*, ao envez, se exclue da esphera da lei um caso por ter sido outro contemplado: *qui dicit de uno, negat de altero; inclusione unius fit exclusio alterius*. (14)

Na *analogia juridica* (15) não se contempla uma simples norma de direito, mas os principios que regulam uma determinada materia (*rationes juris*), principios que então se applicam a materias analogas. Na falta de materia analoga regulada por uma legislação, argumenta-se, partindo dos *principios de todo o direito* positivo. (16)

(13) Vide Zachariæ-Aubry-Rau-Landucci — op. cit., pag. 703; Pacifici-Mazzoni — Istituzioni eit., pag. 83.

(14) Este argumento em geral só é decisivo quando se parte de uma disposição excepcional para se applicar a geral (Pacifici-Mazzoni — loc. cit.). Todavia quando a lei dispõe de um modo evidentemente restrictivo, por ex. sob a forma de uma disposição negativa, sobre uma determinada hypothese, por este simples facto decide em sentido inverso a hypothese contraria Vide *a. e o. cit.*

(15) A distincção entre a *analogia legis* e a *analogia juris* é esclarecida por Grollman no sentido em que a *analogia juris* não procede de uma simples lei, mas *do espirito da legislação positiva*. Para Wächter ella parte dos *principios do direito positivo como um todo*. Da mesma forma Unger (System, § 10) e Gianturco. Binding acha a distincção inutil para os fins praticos (Apud Filomusi-Guelfi — Enciclopedia cit., pag. 143 e nota 2).

(16) Vide nota antecedente. Como refere Dernburg (loc. cit.), “ás vezes as proprias leis preserevem a applicação analoga de normas juridicas de um campo do direito a outro. Isso em Roma succedia muitas vezes mediante a creação de ficções”; ficções que elle denomina *legas* e distingue das ficções *dogmaticas*. Vide especialmente as notas 6.^a e 7.^a, ás pag. 99 c 100 das Pandette de Dernburg, trad. vol. 1.^o — Questiona-se muito hoje sobre a existencia de *normas latentes*

A Constituição Federal (17) determina que «nos casos em que houver' de applicar leis dos Estados, a justiça federal consultará a jurisprudencia dos tribunaes locaes, e vice-versa, as justiças dos Estados consultarão a jurisprudencia dos tribunaes federaes quando houverem de interpretar leis da União.» Nestes casos, portanto, em virtude de disposição expressa de lei, a interpretação judicial é elevada á categoria de interpretação authentica.

O direito positivo brasileiro dá grande importancia á interpretação logica, assim como á analogica. (18)

na legislação positiva. Como se sabe, a denominação é de Ihering — *Esprit* — vol. 1.º, § 3.º. Em sentido contrario Frenzel — *Recht und Rechtssätze*, pag. 5. Vide sobre a questão Filomusi-Guelfi — op. cit., pag. 144, nota (1)

(17) Art. 59, § 2.º.

(18) É verdade que para a declaração do conteúdo da lei se deve partir de sua letra (vide pag. 129) e assim «no texto da lei se entende não haver phrase ou palavra inutil, superflua ou sem effeito»; e «si as palavras da lei são conformes com a razão, devem ser tomadas no sentido litteral e as referentes não dão mais direito que as referidas» Carlos de Carvalho — (Consolidação, art. 62, §§ 1.º e 2.º). Entretanto «deve-se evitar a *supersticiosa observancia da lei*, que olhando só a *letra della, destróe a sua intenção*» (C. Carvalho, op. cit., art. cit., § 3.º).

A interpretação extensiva está consagrada nos seguintes princípios consolidados por C. de Carvalho: «O que é conforme ao espirito e á letra da lei se comprehende na sua disposição»; «os casos comprehendidos na lei estão sujeitos á sua disposição, ainda que não os especifique, devendo-se proceder de semelhante a semelhante e dar igual intelligencia ás disposições connexas». (Op. cit., art. cit., §§ 4.º e 7.º).

Á interpretação analogica se refere este preceito: «á identidade de razão corresponde a mesma disposição de direito». (A. e op. cit., art. cit., § 10.) O projecto Bevilacqua destinava á interpretação os seguintes artigos da lei de introdução:

8.º — «Uma lei só pode ser derogada ou revogada por outra, *mas*



a jurisprudencia assentada e a praxe forense podem supprir suas lacunas, na conformidade dos arts. 12 e 13».

12 — «Nos casos duvidosos devem ser interpretadas extensivamente as leis que conferem ou reconhecem direitos civis do individuo, restrictivamente as que conferem ou definem as attribuições de qualquer agente ou representante dos poderes publicos constituídos».

13 — «Nos casos omissos applicam-se as disposições reguladoras dos casos analogos e, na falta destas, os principios que se deduzem do espirito da lei».

O Art. 6.º dizia: «Salvante a disposição do art. antecedente (a lei não pode prejudicar os direitos civis adquiridos, os actos juridicos já perfeitos e a coisa julgada), a lei interpretativa se considera da mesma data da lei interpretada.»

Todas estas disposições já se encontravam no projecto da Lei Preliminar do Cod. Civ. de Coelho Rodrigues, arts. 9.º, 37, 38 e 6.º respectivamente. O projecto revisto conservou a regra do Art. 6.º; supprimiu as dos arts. 8.º e 12; modificou a do art. 13 do modo seguinte: — «nos casos omissos applicam-se as disposições reguladoras dos casos analogos, e, na falta destas, os principios geraes do direito»; e introduziu outra: — Art. 12. «A lei que faz excepção ás regras geraes só pode ser applicada aos casos nella especificados». Com esta nova disposição admittiu-se o principio — *exceptiones sunt strictissima interpretationis*. Na discussão perante a Comissão especial da Camara dos Deputados, por proposta do Sr. Andrade Figueira, acceita pelo relator Sr. Azevedo Marques, foi suppresso o art. 6.º e conservados os arts. 12 e 13 do projecto revisto, mandando-se interpretar restrictivamente não só as leis que fazem excepção ás regras geraes, como tambem as que restringem direitos. O projecto remettido ao Senado encerra, pois, as seguintes regras interpretativas:

Art. 6.º «A lei que faz excepção ás regras geraes ou restringe direitos, só pode ser applicada aos casos nella especificados.»

Art. 7.º «Nos casos omissos, applicam-se as disposições reguladoras dos casos analogos, e, na falta destas, os principios geraes de direito».

Reconheceu-se justamente a inutilidade de se declarar que a lei interpretativa se suppõe da mesma data da interpretada; mas forçoso é confessar que a applicação da lei interpretativa não encontra os mesmos limites que a de qualquer lei nova. *Vide* Capitulo seguinte.

É este um principio theorico e improprio é o Codigo Civil para firmal-o. Quanto ao art. 6.º nos termos amplos em que está redigido é a consagração do principio de que a interpretação extensiva não pode ser empregada no direito singular, e assim muito menos a *analogia*.



Já se viu que tal principio está em opposição á doutrina moderna, embora adoptado no Cod. Civ. ital., art. 4.º (Disposições). O art. 7.º é tambem inspirado no Cod. Civ. ital., art. 3.º, segunda parte das mesmas "Disposições". Este codigo, por sua vez, recebeu o preceito do Cod. Albertino, Art. 15. OCodigo Civil brasileiro manteve os principios dos arts. 12 e 13 do Projecto revisto (arts. 6 e 7).



CAPITULO III

Do direito objectivo considerado em relação ao tempo

§ 1.º Dos limites do direito objectivo no tempo. Dos principios da retroactividade e da irretroactividade.

§ 2.º Das applicações e das excepções.

§ 1.º *Dos limites do direito objectivo no tempo. Dos principios da retroactividade e da irretroactividade*

A efficacia das normas de direito dura desde que se tornam obrigatorias até a sua abrogação, expressa ou tacita; (1) isto é os limites de tempo da esphera da acção das normas juridicas são fixados pelo momento de sua criação e pelo de sua extincção. (2) Só a lei pode abrogar as leis anteriores, (3) mas as normas consuetudinarias podem ser abolidas tanto pelas leis, como por novos costumes. As regras preexistentes são tacitamente abrogadas quando se tornam incompativeis com as regras novas. A definição dos

(1) Crome — Parte gener. del dir. civ. fr., pag. 57.

(2) Windscheid — Pandekten — § 31 in princ.

(3) Para a escola allemã, não só a lei, como tambem o costume podem abrogar as leis anteriores. *Vide* pag. 110.



limites, dentro dos quaes isto se verifica, é muitas vezes difficil. (4) A abrogação se comprehende desde o momento em que entra em vigor a nova lei; desde então o antigo direito deixa de ser applicado ás situações de facto e ás relações juridicas. Assim, com sua publicação, tornando-se a lei obrigatoria, rege todos os casos a que se destina e como «introduzindo novos typos de relações entre os homens, ou modificando as já reconhecidas, deve propôr-se a beneficiar ao mesmo tempo a sociedade e o individuo, satisfazendo os interesses geraes que se lhe referem e assegurando egualmente a cada um dos interessados toda a utilidade que pode tirar», (5) segue-se que a todos os casos, a todas as situações juridicas, deve ser applicada a nova regra de direito. Nessas condições não sómente as futuras, mas egualmente as relações juridicas anteriores devem ser reguladas pela nova lei, pois «esta, desenvolvendo principios juridicos já admittidos, em substancia não faz mais do que deduzir consequencias melhores, isto é mais conformes á justiça; assim não ha razão, *geralmente fallando*, para que, ao passo que ella tende a dar melhor determinação ás relações que serão

(4) A proposito, como diz Crome (loc. cit.), surgiu a duvida «si com a emanação de uma nova norma as excepções ao principio analogo, estabelecidas no direito anterior se entendem egualmente abrogadas, ou continuam a ter vigor como excepções á nova norma.» Pensa o A. referido, com razão, que é preferivel a segunda solução; a não ser que o contrario resulte da nova lei, ou expressamente ou pelo facto de terem sido todas as excepções disciplinadas *ex-novo* ou totalmente excluidas. Conf. Windscheid — Pandette, pag. 87.

(5) *Vide* Gabba — Teoria della retroattività delle legge, 2.^a ed., 1884, vol. 1.^o, pags. 7-8.



constituídas em seguida, não deva propôr-se também a re-ctificar as consequencias das já existentes.» (6)

Entretanto é uma exigencia racional de direito que a lei não declare injusto um acto praticado sob a garantia de uma lei antiga; deve ser respeitada a manifestação da vontade que se exercita de accordo com as prescripções legaes.

Desses dois principios partem as theorias da retroactividade e da irretroactividade; de um lado a maior extensão da lei nova, que se presume melhor provêr ás necessidades sociaes e aos interesses dos individuos; de outro lado o respeito á vontade humana que se desenvolveu de accordo com a lei antiga, exigindo portanto que a regra nova só aos factos futuros se applique, pois em relação a estes unicamente se considera de todos conhecida e assim obrigatoria.

Apezar da opposição formal com que se apresentam as duas theorias, suas conclusões praticas offerecem pequenas divergencias. O antagonismo é essencialmente de forma: em uma se enuncia positiva, em outra negativamente. Mais antiga é a theoria da irretroactividade; por isso deve ser estudada em primeiro logar.

PRINCIPIO DA IRRETROACTIVIDADE

«A retroactividade, declara Benjamin Constant, (7) é o maior attentado que a lei pode commetter, é o despedaçamento

(6) Gabba — loc. cit.

(7) Apud Lassalle — Theorie systematique des droits acquis, trad. fr., 1904, vol. I, pags. 19-20.



mento do pacto social, é a annullação das condições, em virtude das quaes a sociedade tem o direito de exigir a obediencia do individuo; porque lhe arrebatava as garantias que lhe assegurava, em troca desta obediencia, que é um sacrificio. A retroactividade tira á lei o seu character; a lei que retroage *não é uma lei.*» Que as leis não devem retroagir, diz Gabba, (8) é um aphorismo tão antigo como a civilização. Conforme observa Lassalle, (9) a philosophia grega e a romana tinham-lhe dado aquella certeza scientifica de que se occupa a conhecida lei do Imperador Theodosio: «*Leges et constitutiones futuris certum est dare formam negotiis, non ad facta præterita revocari.*» (10)

De Justiniano para cá, affirma Gabba (11) tornou-se dictamen inconcusso, tanto na opinião publica dos povos civis, como em sua legislação. (12) Os auctores modernos

(8) Loc. cit.

(9) Loc. cit.

(10) Lassalle refere-se tambem a uma passagem notavel de Plató, na qual Socrates, depois de ter discorrido sobre o *util*, como fim da lei, acrescenta: «elle (o util) se refere ao *tempo futuro*; com effeito, quando fazemos leis, é para que sejam uteis para o *tempo a vir*, que nós justamente chamamos o *futuro*. Savigny e Lassalle citam ainda Cicero. Na legislação justineana existem muitos passos em defeza do principio de não retroactividade das leis. Além da lei citada no texto e que já se continha no codigo Theodosiano, é digna de nota uma constituição de Anastacio, referido noCodigo (L. 65, de decurion. i, f.), onde se diz: *quum conveniat leges futuris regulas imponere, non præteritis calumnias excitari.* O direito canonico, observa Gabba, repetiu o principio geral do direito romano, sem nada acrescentar de essencial. *Vide* a respeito as obras citadas de Lassalle e Gabba e a nota I á pag. III da Enciclopedia de Filomusi-Guelfi.

(11) Loc. cit.

(12) O legislador doCodigo prussiano (5 de Fevereiro de 1794)

em geral affirmam tambem a irretroactividade das leis. (13)

em seu § 8.º assim se exprime: “De uma maneira geral nenhuma lei deve ser applicada a factos anteriores: este principio será igualmente observado no presente codigo e a este proposito dever-se-ão simplesmente tomar em consideração as disposições prescriptas nos §§ 14-29 da introdução”. O codigo austriaco (1811), § 4.º, assim formula a regra: “As leis não retroagem: não têm portanto influencia alguma sobre os actos anteriores, e sobre os direitos precedentemente adquiridos”. O codigo civil francês determina no art. 2.º que “a lei não dispõe sinão para o futuro; ella não tem effeito retroactivo”. Da mesma forma o codigo italiano, art. 2.º: “La legge non dispone che per l'avvenire: essa non ha effetto retroativo”. O codigo civil alemão não tem uma disposição geral sobre a materia, mas na lei de introdução se encontram algumas referencias espezias. Em algumas legislações é na propria lei fundamental que se acha declarado o principio da não retroactividade; assim na Constituição dos Estados Unidos da America do Norte se lê (art. 1.º, Secção 9.ª, n. 3): “Não poderá ser votada lei de *attainder*, ou lei que tenha effeito retroactivo (*ex post facto*).” De modo mais ou menos equivalente dispõem as da Noruega, § 97, da Saxonia Altenburg, § 47 e da Grecia (Apud Filomusi-Guelfi —loc. cit.) Na França se propoz que o principio fôsse sancionado pela Constituição de 1848. A constituição do Imperio brasileiro prescrevia de modo absoluto no art. 179, § 3.º: que a *disposição de lei não terá effeito retroactivo*. A Constituição Federal em seu art. 11, n. 3 prohibiu aos Estados, como á União — *prescrever leis retroactivas*. O Projecto Bevilaqua encarou a questão de modo ao mesmo tempo mais scientificamente e mais pratico. É este seu conteúdo: Art. 5.º: “A lei não pode prejudicar os direitos civis adquiridos, os actos juridicos já perfeitos e a coisa julgada”. Esta disposição preciosissima felizmente se conservou no Projecto approved pela Camara dos Deputados e passou a constituir o art. 3.º da Introdução aoCodigo Civil brasileiro. Sobre este e o Cod. Civ. suiso *vide* palavras finais do presente paragrapho e nota (41)

(13) Dernburg (Pandette, pag. 109) assim se pronuncia: “As novas leis não têm força retroactiva, isto é não se referem a aquillo que foi juridicamente constituido no passado, mas só ao que deve ser juridicamente constituido no futuro.” “*Gesetzhaben keine rückwirkende Kraft* (as leis não têm força retroactiva) é o enunciado do § 32 de seu “*Bürgerliches Recht*”, vol. 1.º, pag. 87, 3.ª ed., 1906. Diz Re-



Dizem Chironi e Abello: (14) «Para demonstrar o fundamento do principio que afirma a *não retroactividade* da lei e a condemnação da theoria que, contrariando a propria natureza das coisas, sobre a *retroactividade* baseia a regra, bastará dizer que toda lei governa os actos executados sob o seu imperio, e si a antiga regula aquelles que tiveram origem quando ella governava, a nova regerà os que surgiram e surgirão emquanto tiver vigor; a lei não pode estender o seu imperio além do tempo em que se encerra

gelsberger: *ein neues Gesetz soll nur den künftigen Thatsachen rechtlich Mass und Ziel geben oder negativ ausgedrückt: neue Gesetze finden auf vergangene Thatsachen keine Anwendung* (uma nova lei deve sómente reger os factos futuros, ou em forma negativa — as novas leis não se applicam aos factos passados). Pandekten, pag. 186. Lê-se em Cosack (Lehrbueh, vol. 1.º, pag. 45) «die neue Rechtsregel hat grundsätzlich keine rückwirkende Kraft» (a nova regra de direito não tem em principio força retroactiva). Pacifici-Mazzoni (O. c., vol. 1.º, pag. 97) escreve que «o conjuncto das regras sobre a força obrigatoria e a applicação das leis, em relação ao tempo, constitue o que se chama a *theoria da irretroactividade*»; e em nota acerescenta que julga «mais correcto nesta obra (Inst. eit.) de direito positivo dar-lhe o nome correspondente á formula da disposição escripta no art. 2.º (do Cód. Civ. ital.); que é sempre o principio ou regra geral». Baudry-Lacantinerie et Houques-Foureadé (Traité eit., vols. 1.º e 2.º ed., 1902, pags. 100-143 tratam da materia sob o titulo — «da não retroactividade das leis». Filomusi-Guelfi, (Enc. cit., pag. 111) entende que «o principio da não retroactividade das leis se impõe ao legislador como um preceito de politica legislativa, mas não limita o seu poder, pois o legislador pode dar á lei effeito retroactivo. Differente, porém, é a posição do juiz: elle deve applicar a lei; o preeito de não retroactividade, se lhe impõe no sentido de respeito aos actos e aos factos realisados sob o imperio da lei velha». Entre nós Ribas (op. cit., pags. 226-244) trata do assumpto como «da não retroactividade das leis eivis.»

(14) Loc. cit.



o periodo de sua existencia. Dar-lhe efficacia para o tempo anterior não é possivel sem contradizer á entidade da lei que não obriga sinão desde o instante em que existe como tal e á sua funcção social, que é governar, declarando com certeza e em que medida são juridicos os factos realizados sob o seu imperio: para cujo fim vem ella a ser constituida pelos associados em norma directora. De outro modo as relações humanas, como juridicas, não teriam a firmeza requerida pelas necessidades sociaes da propria convivencia: os direitos seriam abandonados a constantes incertezas; a lei não seria mais instrumento de defezã, mas artificio destinado a destruir relações juridicas já fixadas e, como lei nova, puniria quem, conformando-se com as normas juridicas tenha praticado um acto sob a lei anterior; isto é se tiraria todo o effeito ao acto que por ser conforme á lei, deveria, ao contrario, ser tutelado por ella, e se revalidariam declarando-os efficazes, negocios juridicos nullos por contrarios á lei pela qual deviam e não existindo outra exclusivamente podiam ser regulados».

Embora os sectarios da theoria da irretroactividade adoptem principios diversos para a sua justificação e variem algum tanto na applicação da regra aos casos concretos, acham-se todos de accordo em considerar a retroactividade como injustiça e causa de incerteza e falta de segurança dos direitos, os quaes devem sempre ser determinados e garantidos pela norma juridica vigente. (15) Mas apesar

(15) Assim Dernburg (loc. cit.): «a lei antiga assegurava o que era constituido de conformidade com as suas exigencias: sobre esta

do rigor de expressão que se nota nas formulas legislativas e nas objurgatorias theoricas contra a efficacia retroactiva, a doutrina e a pratica dos tribunaes viram-se obrigadas a reconhecer que «o aphorismo:— as leis não devem ser retroactivas, em muitos casos não pode ser applicado, devendo-se pelo contrario applicar a lei nova a factos e relações juridicas anteriormente constituídos.» (16) Ora, sendo assim, nesses casos de retroactividade, ou não se respeita mais o acto praticado de accordo com a lei antiga, ou então, excepcionalmente, não se verifica aquella injustiça, que se declara existir em these. Mas então ha de reconhecer-se que as excepções não serão justificaveis porque importam a infirmação do principio, isto é si é a incerteza, a vacillação na garantia dos direitos e a injustiça da applicação de normas ainda não conhecidas, portanto não obrigatorias, a causa da condemnação da retroactividade, não devem ser admittidos casos excepcionaes; pois em qualquer delles se encontram taes inconvenientes. O que se deve então pro-

garantia era licito aos interessados confiar. Si a supprimirem, fazem injustiça aos prejudicados e abalam em todos o sentimento da segurança do direito.» Diz Ribas: «Si a lei não é obrigatoria senão depois de publicada, isto é, depois que os cidadãos podem adquirir o conhecimento de sua existencia, é evidente que ella não pode estender a sua acção ao passado, porque seria obrigar os cidadãos a obedecerem a uma lei que ainda não existe, e que portanto é impossivel conhecer-se; seria tornar vacillantes todos os seus actos, incertas todas as suas relações juridicas, pois viveriam sob o perenne receio de que um dia viesse inopinadamente a lei declarar nullos actos hoje considerados validos ou criminosos actos hoje tidos como innocentes. A retroactividade das leis importaria em systema de embuste e expoliação».

(16) Com effeito não ha escriptor que não admitta numerosas excepções ao principio que as leis novas só se applicam aos casos futuros.



curar é si a retroactividade (17) vae ou não ferir os princípios de justiça, dividindo-se em *retroactividade justa e injusta*. É esta distincção o ponto de partida da theoria que adopta o

PRINCIPIO DA RETROACTIVIDADE

Os sectarios da theoria que acaba de ser examinada reconhecem que existem casos em que as relações provenientes de factos constituídos na vigencia de uma lei antiga devem ser regidas pela nova lei; para elles, porém, taes casos constituem excepções ao principio da irretroactividade.

(17) Na significação que deve ter a palavra *retroactividade* parece consistir quasi toda a divergencia entre a theoria da irretroactividade e a da retroactividade, porquanto, si alguns entendem que é retroactividade sómente a applicação da lei nova a factos consummados, a actos perfectos, a direitos adquiridos (vide Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, loc. cit.), outros pensam que esta é a retroactividade injusta, inadmissivel; mas que existe uma retroactividade justa, que é a regra, retroactividade esta que por excepção tambem aceitam os que pregam a irretroactividade das leis. Endemann (Lehrbuch, vol. 1.º, 9.ª ed., 1903, pag. 65, nota 2 *in fine*) louva o Cod go Civil Allemão por não ter estabelecido a exclusão da força retroactiva nem a conservação dos direitos adquiridos. O projecto Bevilacqua foi justamente elogiado por afastar quaesquer duvidas sobre o que se deve entender por força retroactiva, pois determinando os casos de applicação da lei, excluiu a retroactividade injusta, sem aliás empregar este termo. É de notar, entretanto, que o exclusivismo theorico vá a ponto de dizer que a norma juridica só dispõe para o futuro. Dizem Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade (loc. cit.): "si a lei em principio não retroage, não é talvez absolutamente exacto dizer, como o fez o art. 2.º (do cod. fr.) que ella não dispõe senão para o futuro: ella regula em uma certa medida o proprio passado, o passado que não é, si estas expressões são permittidas, constitutivo de um direito adqui-

Contra este recurso já se pronunciava Savigny: (18) «Quando se conta chegar a um resultado tão grave que, tentando-se applical-o rigorosamente, se figuraria como impossível, costuma-se sahir do embaraço, recorrendo ás excepções ao pretendido principio geral; mas é precisamente este expediente, contra o qual se deve estar prevenido.» Diz Gabba: (19) «Esta proposição, bem que frequentemente enunciada, não é exacta. As pretendidas excepções ao principio de que tratamos, provindo da propria natureza do objecto a que o principio se refere, isto é, da natureza da lei, não são propriamente taes, como, ao envez, são excepções verdadeiras e proprias aquellas que ás vezes se admittem a um principio dado por certos motivos extrinsecos, isto é, em virtude de um outro principio referente ao mesmo objecto do primeiro».

rido. Ou em outros termos, como já se disse (refere-se a Huc), a lei nova não se estende sómente aos factos futuros, que se produzem sem relação alguma com um facto anterior; ella pode reger ainda os factos futuros que derivam de factos passados.» A proposito vêm as palavras de Crome (Parte gen. del dir. fr. mod., pag. 57): «Ainda quando não se trata de uma verdadeira e propria excepção á regra, a expressão do art. 2.º é por demais generica e deve-se restringir a sua significação, segundo a theoria scientifica sobre os limites do direito no tempo».

(18) O. cit., vol. 8.º O eminente romanista, com uma argumentação finissima, ridicularisa o systema das excepções, pelo qual uma lei que abolisse a escravidão deveria ser assim concebida: «Será prohibido para o futuro reduzir um homem á escravidão; esta prescripção terá excepcionalmente um effeito retroactivo, de sorte que as pessoas actualmente submettidas á escravidão devem recuperar a sua liberdade». Ora, exactamente o que o legislador pretendia com tal lei se apresentaria como excepção! *Vide* Lassalle — op. cit., pag. 30, nota 1.

(19) Op. cit., pag. 42.

Repete Gabba ainda as palavras de Lassalle: (20) «quando uma pretendida excepção provém da natureza íntima do principio, não se tem uma verdadeira e propria excepção, sendo que o limite de um objecto é a mais completa determinação do mesmo.»

Ora, si a applicação da lei nova aos effeitos futuros de factos constituídos anteriormente á sua força obrigatoria não é excepcional, mas provém da propria natureza da lei, a qual deve ter a mais ampla execução possível, abrangendo todos os casos que tenham de ser decididos depois que se tornou obrigatoria, e si esta applicação é retroactividade, segue-se que *a retroactividade é a regra*. Já Rudhart (21) tinha comprehendido a importancia deste argumento, da mesma forma que Merlin; (22) e recentemente Theosiades (23) assim se exprime: «a lei nova, preferivel sempre á

(20) Acreescenta Lassalle (op. cit., pags. 28-29): «Si este expediente é pouco sustentavel, sob o ponto de vista theorico, é, sob o ponto de vista pratico, de uma applicação difficil e pouco segura. É a elle que se deve attribuir a variabilidade e as divergencias das sentenças proferidas pelos tribunaes que são mais numerosas e mais claramente contradictorias neste dominio do direito do que em qualquer outra parte». Aponta ainda Lassalle, como particularmente interessantes, as flutuações e contradicções da jurisprudencia franceza, que levaram Blondeau a exprimir o desejo de que o legislador regulasse, por meio de disposições especiaes, a acção transitoria de cada novo artigo da lei, e não «deixasse subsistir o processo arbitrario, ao qual estamos hoje entregues». Desejo absolutamente irrealisavel! exclama o escriptor allemão. Uma tal casuistica legislativa não é possível. Além disso, estaria condemnada a ser eternamente insufficiente.

(21) Controversen im Code Napoleon, apud Gabba — loc. cit.

(22) Merlin tambem diz: «a retroactividade é a regra» (Rep. v. Compet., p. 3. Apud Gabba).

(23) Essai sur la retroactivité des lois, pag. 195.



antiga, deve receber a mais larga e mais prompta applicação, todas as vezes que não acarrete inconveniente.» Além de Gabba (24) no mesmo sentido se pronuncia Landucci: (25) a regra suprema é que a lei deve ter a mais ampla execução possível, deve portanto applicar-se tambem ao passado: só os direitos adquiridos, que já constituem parte do patrimonio dos individuos, não devem ser offendidos por ella; mas estes, em relação a todo o campo da legislação de um povo, não são de certo os mais numerosos, e assim constituem uma excepção. A regra, portanto, é a *retroactividade* das leis e a *irretroactividade* é a excepção; deve-se, por conseguinte, intitular um tratado sobre esta materia:— «*Da retroactividade das leis*». (26)

Diz ainda o mesmo auctor: (27) «Quem confronte as

(24) Gabba, que intitulou sua obra notavel — «Teoria della retroattività delle leggi», censura um «superficial e pretencioso escriptor», que tomou a liberdade de intercalar um «non» antes da palavra «retroattività» como para corrigir um *lapsus calami*.

(25) Op. cit., pag. 297, nota.

(26) Acrescenta Landucci que «é de esperar que os codigos futuros estabeleçam como regra a *retroactividade*, e como excepção quanto aos direitos adquiridos, a *irretroactividade*, para não succeder como a aquelles que hoje dispõem o contrario, por ex. o italiano,— que a regra nelle contida seja na pratica, por necessidade dos factos, mil vezes violada». — «Seria ainda melhor, continua, em um código não se fallar nem em *retroactividade*, nem em *irretroactividade*; que as leis são em principio *retroactivas* e por excepção *irretroactivas*, deve-se considerar como um cãnone indêcutido e presuppuesto. Bastaria dizer em um artigo que as novas leis não devem exercer efficacia alguma sobre os direitos adquiridos e em seguida definir os direitos adquiridos». De accordo com esta opinião de Landucci está o Código Civil Brasileiro.

(27) Op. cit., pag. 297.

duas sentenças geraes — que toda lei deve ser applicada do modo mais amplo a todos os factos juridicos, sejam novos ou consequencias de factos-precedentes e que a lei não deve ter effeito retroactivo e pense como a segunda constitue, por necessidade das coisas, uma excepção á primeira e a sua forma generica e absoluta é uma reacção historica contra os damnos e a injustiça de seu desconhecimento, não pode deixar de convir que só se tem a coordenação das duas, equiparando o sentido da excepção ao respeito dos *direitos adquiridos.*» (28) Reconhece Crome (29) que «se deve partir do conceito que a prohibição da retroactividade vale apenas para aquellas relações juridicas que já conseguiram por completo o seu effeito, de modo que a sua ingerencia neste effeito se apresentaria como lesão de direitos adquiridos.»

É claro que a lei antiga rege naturalmente os actos juridicos que se realisaram de modo definitivo, com todos os seus effeitos sob o seu imperio, como egualmente claro é que a lei nova regerá os actos que não estavam começados na vigencia da antiga. Mas um acto juridico effectuado sob o dominio da lei antiga pode produzir consequencias quando

(28) Lassalle denominou seu excellente tratado sobre esta materia — Die Theorie der erworbenen Rechte (Theoria dos direitos adquiridos).

(29) Parte gen. del dir. civ. fr. mod., pag. 59. Este auctor, que na obra citada estuda o assumpto sob o titulo de — Imperio das normas juridicas, segundo o tempo, em seu "Systema" encara-o como "Prinzip der Nichtrückwirkung" (Principio da não retroactividade), pags. 113-126. Bensa (Ist., appendice a pags. 213-217, estudando o conflicto das normas juridicas no tempo, declara que a maxima da não retroactividade se resolve na intangibilidade dos direitos adquiridos.



já uma lei nova esteja em vigor. É neste caso que se apresenta verdadeiramente o conflicto de duas leis successivas.

Segundo a *theoria da irretroactividade*, deve em these prevalecer a lei antiga, porque, quando se constituiu o acto, a nova não era conhecida, assim não pode abranger as relações de factos passados; mas, apesar do rigor do principio, e ainda mesmo excluidas as normas de direito publico e de ordem publica, (30) são admittidas excepções sempre que a *lei nova não offenda direitos adquiridos*.

Segundo a *theoria da retroactividade*, a lei nova deve ser applicada em regra ás consequencias dos factos passados, porquanto, por sua propria natureza, a lei deve abranger todas as relações que se manifestam no periodo de sua efficacia; mas esta applicação tem um limite, o qual se encontra nos *direitos adquiridos* em obediencia ao preceito antigo.

Chegam assim as duas theorias á mesma conclusão:— *a lei nova não deve ser applicada, quando importa em offensa aos direitos adquiridos*.

Para a theoria da irretroactividade pareceria que toda a questão consiste na interpretação da «força retroactiva», si alguns de seus sectarios, ainda mesmo afastada esta expressão, não affirmassem que a lei não dispõe senão para o futuro.

Si retroactividade é a violação de direitos adquiridos, o desrespeito aos actos praticados em observancia da lei antiga, a destruição da coisa julgada, deve ser inteiramente

(30) *Vide* nota seguinte.



abolida. Mas, si se considera retroactividade toda e qualquer applicação de uma lei nova a relações de factos constituídos no passado, ha de forçosamente reconhecer-se que existe uma retroactividade justa, que constitue a regra no conflicto de duas leis successivas, e uma retroactividade injusta, unica capaz de tornar vacillantes os direitos, incerta a garantia dos actos conformes á lei e que por isso deve ser condemnada. (31)

Tanto para os sectarios da theoria da retroactividade, como para os do principio da irretroactividade, *os direitos adquiridos* constituem ordinariamente (32) o campo juridico

(31) Entendem Baudry-Lacantinerie et Houques-Foureaud (op. cit., pag. 101) que a lei não produz effeito retroactivo, pelo simples facto de se applicar a situações antigas, a relações anteriores, porque são então consequências novas que ella governa, e não pode dizer-se que ella volta ao passado. Torna-se retroactiva a lei quando ataca os *direitos adquiridos*, porque o que tinha sido anteriormente adquirido é arraneado por ella e perdido para aquelle que o tinha. A distincção da retroactividade em justa e injusta é muito bem estabelecida por Gabba, nos termos seguintes: «a retroactividade das leis só é injusta quando viola *direitos adquiridos*, assim não podemos certamente seguir o exemplo de muitos escriptores, que *reconhecendo uma tal verdade*, costumam todavia *ligar á idéa de retroactividade a de injustiça e não chamam retroactividade nenhuma applicação justa de uma lei a factos e relações juridicas anteriores*. Nós teremos cuidado em distinguir a retroactividade *justa da injusta*. Por este motivo devemos censurar a locução de Lassalle, o qual chama retroactividade *apparente* a que chamámos justa. *Todas as vezes que uma lei influe sobre as consequências de factos e relações juridicas anteriores, ella é realmente e apparcientemente retroactiva; mas sempre que retroage justamente falta neste facto tambem toda apparencia de injustiça*». Vide a respeito todo o bello capitulo VIII de sua obra citada.

(32) Ha alguns auctores que não se conformam com esta delimitação. Coviello, em seu excellento «Manuale», apreciando as varias theorias, observa que a mais importante e mais divulgada é a dos



que limita a applicação da lei nova ás relações de factos constituidos no passado; applicação regular, como entende a primeira ou excepcional, como pensa a segunda. Quando não ha *direitos adquiridos*, mas simples *espectativas* ou *faculdades*, predomina a lei nova.

Esta distincção foi todavia criticada ultimamente por Planiol e Vareilles-Sommières. O primeiro declara-a «absolutamente falsa, sob o ponto de vista scientifico»; (33) o segundo apresenta em substituição uma outra theoria, que pode ser assim resumida: (34)

Uma lei é indiscutivelmente retroactiva «quando apaga no passado», isto é, no tempo que precedeu a sua publicação, «os effeitos já produzidos de um facto ou de um acto anterior.» Quando «modifica ou supprime os effeitos

«direitos adquiridos», a qual é quasi incontrovertida no fóro e na eschola e goza de suprema auctoridade. Entretanto, pensa que, apesar de sua simplicidade apparente, é vaga, sem base scientifica segura e muitas vezes, de difficil e até impossivel applicação. Inclina-se o douto professor italiano para a theoria de Vareilles-Sommières. Sobre o conceito dos direitos adquiridos, *vide* § seguinte.

(33) A verdade é, como notam Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, que Planiol pode chamar «artificial e viciosa» a doutrina dos direitos adquiridos e affirmar que «ninguem pode a'gum dia dar uma definição satisfatoria do direito adquirido», mas, si criticou com facilidade as definições antigas, deixa de apresentar um criterio seguro para o que denomina «effeitos realizados» afim de distingui-los dos effeitos futuros. *Vide* este paragrapho *in fine* e o paragrapho seguinte. — Duguit — L'Etat — pag. 593-594 acha «singular a expressão — direitos adquiridos: «ou existe direito», diz o sabio escriptor, «ou não existe e si existe é sempre adquirido». *Vide* tambem a critica de Meyer — Der Staat und die erworbene Rechte.

(34) A doutrina de Vareilles-Sommières é ali resumida de accordo com a exposição de Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade.



a produzir ou futuros» deste facto ou deste acto cumpre distinguir: é retroactiva quando «supprime ou modifica este direito por causa de um facto passado», qualquer que elle seja, tenha ou não dado origem a este direito.

Ao contrario, a lei não é retroactiva (35) quando supprime ou modifica um direito, não por causa de um facto passado, mas tendo em vista os inconvenientes ou os perigos que este direito em si mesmo apresenta ou então attendendo ao estado, á idade d'aquelles que delle gosam.

Ella effectivamente respeita o direito no passado e nelle toca para o futuro, em virtude de considerações geraes que se inspiram nas necessidades sociaes dos tempos vindouros.

O legislador modifica, assim, os effectos do acto ou do facto que tinha produzido o direito por elle attingido, mas pensando no futuro e não no passado. Ora, «o futuro é o dominio das leis novas», e ninguem pode queixar-se de que, por motivos de interesse geral, seus direitos actuaes sejam modificados *in futurum*. (36) Si assim é, que deve fazer o interprete para a applicação do principio da não retroactividade? Procurar, não que faculdade a nova lei nos tira, mas porque no!-a tira. É por causa desta faculdade apreciada em si mesma ou encarada em relação a aquelles que a possuem? Deve applicar a lei immediatamente a todas as situações que ella visa. É por causa de um facto passado? Elle não poderia applical-a a situações anteriores á sua

(35) A expressão "retroactiva" é ahi empregada por Vareilles-Sommières, como por Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade e Planiol, no sentido em que no texto se falla de *retroactividade injusta*.

(36) *Vide* B. Lacantinerie et H. Fourcade — op. cit.

obligatoriedade. Mas o jurisconsulto deve além disso, longe de obedecer sempre a esta supposta regra — que toda lei nova deve ser interpretada tão largamente quanto seja possível, entender restrictivamente «as leis restrictivas da liberdade», e não applical-as aos direitos actualmente existentes, quando ha razão de distinguir entre estes e os direitos futuros: pois na duvida a interpretação deve ser em favor da liberdade. (37)

Esta theoria que, conforme o confessa o seu proprio auctor, sobre as questões mais graves e mais praticas dá os mesmos resultados que a doutrina classica, em certos casos apresenta serios inconvenientes. Assim, por exemplo, não é justo nem verdadeiro, conforme a observação de Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade (38) que baste uma lei supprimir ou modificar um de nossos direitos em virtude de considerações geraes relativas a este direito e não por causa de um facto passado, para que possa estender-se sem retroactividade a todas as situações da natureza das que ella rege e mesmo ás que são constitutivas de direitos reputados adquiridos.

Planiol (39) entende que «a lei é retroactiva quando se dirige ao passado, quer para apreciar as *condições de legalidade* de um acto, quer para modificar ou suprimir os *effei-*

(37) Vide Vareilles-Sommières — Une theorie nouvelle sur la non retroactivité des lois in Rev. Crit., 1893, XXII.

(38) Loc. cit.

(39) Op. cit., pag. 96. Este auctor estuda, de accordo com o seu principio, a applicação da lei aos factos anteriores á sua promulgação e aos factos posteriores á sua abrogação.



tos de um direito já realizados. Fora d'ahi, não ha retroactividade e a lei pode modificar os *efeitos futuros* de factos ou de actos mesmo anteriores sem ser retroactiva». Esquece-se Planiol de indicar o critério para distinguir os *efeitos realizados* dos *efeitos futuros*. (40) O Código Civil brasileiro parece ter admittido como regra o principio da retroactividade. Assim é que indica os pontos aos quaes, em hypothese alguma, se estenderá a eficácia da lei nova.

(40) Dernburg (loc. cit.) e Chironi (loc. cit.) tambem se afastam da theoria classica.—Landucci (op. cit.), resumindo a exposição de Gabba, apresenta cinco theorias principaes sobre a retroactividade: A primeira, devida a Bergmann, consiste em sustentar que se deve decidir toda controversia em materia de retroactividade das leis segundo a vontade do legislador. A segunda pretende que sejam retroactivas sómente as leis que se inspiram no interesse publico ou no direito publico; ella foi uma consequencia da idéa exaggerada de que a retroactividade da lei é sempre tyrannica. A terceira sustenta que as leis devem ser em geral irretroactivas, mas que as favoraveis são retroactivas. A quarta é a de Savigny, para quem devem distinguir-se as leis que introduzem novos direitos das que alteram seus limites e modalidades; em regra as primeiras não são retroactivas, as segundas o são. Cumpre notar que o grande escriptor sempre admittiu radicaes excepções a ambos os principios. Recentemente, o Dr. Alberto Elmore, escriptor peruano, se pronunciou no mesmo sentido: «Relativamente á aquisição e perda dos direitos, é universalmente reconhecido o principio de que as leis novas não têm effeito retroactivo, ou, em outros termos:—as leis novas não devem ferir direitos adquiridos. As leis sobre existencia ou não existencia duma instituição juridica, ou sobre a alteração substancial de sua natureza, têm effeito retroactivo» (*ivi* Rev. de Direito, vol. 15, pags. 5 e 8). A quinta, emfim, é a que encerra o conceito verdadeiro, por equiparar a theoria da retroactividade da lei á dos direitos adquiridos. É a theoria de Lassalle, completada e esclarecida por Gabba.

Estas cinco theorias se encontram muito bem expostas no obra de Gabba — *Theoria della retroattività delle leggi*, — que sobre toda esta materia deve ser consultada.



Dispõe seu art. 3.º A lei não prejudicará, em caso algum, o direito adquirido, o acto juridico perfeito, ou a coisa julgada. § 1.º Consideram-se adquiridos, 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. § 2.º Reputa-se acto juridico perfeito o já consummado segundo a lei vigente no tempo em que se effectuou. § 3.º Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso. O Codigo Civil suiso, ao envez, estabelece, no titulo final, o principio geral da irretroactividade, indicando, em seguida, as excepções. (41)

(41) Os dispositivos são: "Art. 1.º Les effets juridiques de faits antérieurs à l'entrée en vigueur du code civil continuent à être régis par les dispositions du droit fédéral ou cantonal sous l'empire duquel ces faits se sont passés. En conséquence, la force obligatoire et les effets des actes accomplis avant le 1^{er} Janvier 1912 restent soumis, même après cette date, à la loi en vigueur à l'époque où ces actes ont eu lieu. Au contraire, les faits postérieurs au 1^{er} Janvier 1912 sont régis par le présent code sous réserve des exceptions prévues par la loi. Art. 2. Les règles du code civil établies dans l'intérêt de l'ordre public et des mœurs sont applicables, dès leur entrée en vigueur, à tous les faits pour lesquels la loi n'a pas prévu d'exception. En conséquence, ne peuvent plus, dès l'entrée en vigueur du code civil, recevoir aucune application les règles de l'ancien droit qui, d'après le droit nouveau, sont contraires à l'ordre public ou aux mœurs. Art. 3. Les cas réglés par la loi indépendamment de la volonté des parties sont soumis à la loi nouvelle, après l'entrée en vigueur du code civil, même s'ils remontent à une époque antérieure. Art. 4. Des effets juridiques de faits qui se sont passés sous l'empire de la loi ancienne, MAIS DONT IL N'EST PAS RESULTÉ DE DROITS ACQUIS avant la date de l'entrée en vigueur du code civil, sont régis dès cette date par la loi nouvelle".

§ 2.º *Das applicações e das excepções*

Si a opinião dominante, e com ella o Cod. Civ. brasileiro, considera os *direitos adquiridos* como constituindo o campo principal ao qual não pode estender-se a efficacia da lei nova, forçoso é reconhecer que na determinação do seu conceito não ha verdadeiro accordo entre os escriptores.

Si aos *direitos adquiridos* se oppõem as simples *espectativas* e as *faculdades* de lei, é muitas vezes difficil decidir si o caso considerado entra em uma ou em outra categoria. (1)

Os auctores ordinariamente consideram *direitos adquiridos* os que provêm de um facto juridico realisado no vigor de uma lei, mas para cujo exercicio se apresenta occasião na vigencia de uma nova lei.

Não são considerados direitos adquiridos:

a) os direitos derivados immediatamente da lei, mas que constituem simples faculdades abstractas;

b) as espectativas de um direito qualquer, fundado sobre uma determinada situação de facto, segundo o direito objectivo anterior. (2)

Gabba (3) distingue os *direitos fundados immediatamente sobre a lei* das simples *faculdades de lei*. (4)

(1) Mas, como diz Filomusi-Guelfi, «a difficuldade de decidir em certos casos si se trata de verdadeiro *direito adquirido* ou de *esperanças e espectativas*, não auctorisa a declarar inexacta ou falsa a distincção».

(2) Vide Crome — loc. cit.; Gabba — loc. cit.

(3) Loc. cit.

(4) Ascoli e Cammeo, traductores de Crome, declaram que no



Das definições que têm sido propostas para os *diritos adquiridos*, a mais completa é a de Gabba: «É *adquirido todo direito, que A) é consequência de um facto idoneo a produzi-lo em virtude da lei do tempo em que o facto foi realiado, si bem que a occasião de fazel-o valer não se tenha apresentado antes da actuação de uma lei nova sobre o mesmo; e que B) nos termos da lei, sob o imperio da qual se verifica o facto do qual tira origem, entrou immediatamente a fazer parte do patrimonio de quem o adquiriu*». (5) Como

direito italiano se costuma adoptar a distincção de Gabba. *Vide* tam-
gem Landucci — loc. cit. Adde exposição feita a pag. 171 e nota (6).

(5) Muitas são as definições de direitos adquiridos. Grotius considerava direito adquirido — *jus legitimo modo partum*, conceito muito amplo, porquanto «neste sentido o direito adquirido se impõe na esphera da legislação e da politica como preceito de conveniencia ao legislador; mas nem todo direito adquirido nesta accepção, como originado de modo legitimo é limite á effieacia da lei quanto ao tempo, nas relações da applicação. Aqui é *direito, que deve ser respeitado, o que pertence ao dominio do direito privado, que foi produzido de modo legitimo e que entrou a fazer parte do patrimonio de uma pessoa*». (Filomusi-Guelfi — loc. cit.) Chabot de l'Allier (apud Gabba, pag. 184) diz que «são direitos adquiridos os que foram irrevogavelmente conferidos e definitivamente adquiridos antes do facto, do acto ou da lei que se quer oppôr para impedir o goso pleno e inteiro destes direitos». Definição inexacta, como observa Gabba e já antes o fizera Struve, porquanto «os direitos adquiridos podem muito bem ser revogaveis, ou em outros termos, não existem direitos revogaveis si não foram adquiridos». Blondeau (apud Gabba) chama *direito effectivo* (adquirido) o que já começou a produzir reaes vantagens. Meyer e Merlin consideram direitos adquiridos os que se tornam propriedade nossa ou entraram em nosso dominio. Definições muito geraes, como observa Gabba. Tambem muito geral é a de Demolombe — «as consequencias de factos realiadados sob o imperio da lei antiga.» Savigny (loc. cit.) entende por direito adquirido todo direito fundado sobre um facto juridico realiado, mas que ainda não se fez valer. Accres-



acrescenta o mesmo auctor «é facil comprehender que, dizendo serem invioláveis por uma lei nova os direitos adquiridos que *fazem parte do patrimonio* de uma pessoa, affirmase implicitamente que não são direitos adquiridos as meras possibilidades, ou faculdades juridicas abstractas, nem as simples espectativas».

A definição que offerece o Codigo Civil brasileiro (art. 3.º, § 1.º da Introdução) contém um criterio sufficiente para a generalidade dos casos.

O direito adquirido em virtude de um facto indepen-

centa Savigny que o direito adquirido se contrapõe ás *faculdades abstractas* de todos os homens ou de algumas classes de homens e ás meras *espectativas*, apoiadas sobre a lei precedente. *Vide* no fim do paragrapho anterior a definição do Cod. Civ. brasileiro, art. 3.º, § 1.º.

Vareilles-Sommières desafia «le plus delié civiliste» a dar definições satisfactorias do direito adquirido e da espectativa. Da mesma opinião se manifestaram depois Planiol e Duguit. Entretanto, apesar da difficuldade da materia, as definições de Gabba apresentam um criterio distinctivo sufficiente não só sob o ponto de vista theorico, como tambem para as necessidades da pratica. A critica de Vareilles-Sommières provém principalmente do modo *equivoco* de encarar a questão. Assim, por ex., diz elle: «Todos os nossos direitos, mesmo os que se originam de uma faculdade exercida, não são para o futuro mais que faculdades não exercidas. O direito de propriedade sobre um bem é a faculdade não exercida de usal-o, colher-lhe os fructos, transformal-o, alienal-o» (apud B. Lacantinerie et H. Fourcade — loc. cit.) Pode-se todavia responder, como já se fez (auctores e obras cit.), que quando se adquire um bem, o direito de propriedade torna possível gozar e dispor da coisa que constitue seu objecto; «mas o direito de propriedade, estando adquirido, está ao abrigo de uma mudança de legislação, a não ser a lei retroactiva; o direito de exercer este direito de propriedade de tal ou tal modo não é direito adquirido, porque esta faculdade de uso ainda não foi exercida, no que toca ao futuro, no momento em que sobrevem a lei nova: esta não alcança os actos de uso que lhe são anteriores mas rege todos os outros».

dente da vontade do homem, e que por isso se costuma dizer adquirido *ex-lege*, é um *direito adquirido* da mesma forma que o que surge em virtude de um facto voluntario. (6)

As faculdades de lei são as que se ligam ás premissas geraes ou elementos de todos os direitos concretos e que são anteriores á aquisição de qualquer direito (p. ex.: a faculdade de testar). (7)

Assim a lei nova deve ter a maior extensão possível e os limites de sua applicação se encontram:

1.º nos factos inteiramente consummados, cujas consequências se fizeram sentir no dominio da lei antiga e nas sentenças passadas em julgado; (8)

(6) *Vide* Gabba — op. cit., pag. 253. Diz este auctor: «Sejam obra da lei ou da vontade do homem, os direitos são sempre e igualmente adquiridos e invioláveis, quando os factos acquisitivos são perfectos e os direitos são concretos e formam parte do patrimonio privado da pessoa. Nada ha em particular mais certo na doutrina transitória do que a inviolabilidade dos direitos conferidos immediatamente pela lei. Todavia tal verdade nem sempre é claramente comprehendida». Como observa Gabba a confusão procede da ligação intima que existe entre os direitos adquiridos immediatamente por obra da lei e as chamadas *faculdades de lei*. Crome — System, pags. 115-117, tambem admite que os direitos *ex-lege* possam ser *adquiridos* e exclue «os direitos geraes fundados sobre a lei», como a capacidade de agir ou o estado de familia. Vide tambem Ascoli e Cammeo (Notas a Crome), que apontam alguns casos em que a jurisprudencia italiana tem affirmado que os direitos que nascem directamente da lei não são nunca adquiridos e outros em sentido opposto. Conf. tambem Windscheid — loc. cit.

(7) Gabba — loc. cit.; Crome — op. cit., nota a de Ascoli e Cammeo, pag. 59.

(8) Não estão, evidentemente, nas mesmas condições as sentenças appellaveis. *Vide* Gabba — loc. cit.; Windscheid — loc. cit. *Vide* no

2.º nos direitos adquiridos, quer provenham de acto humano, quer directamente *ex-lege*, comtanto que não sejam simples espectativas ou faculdades abstractas de lei. No primeiro caso trata-se de um facto inteiramente passado e «aquillo que succedeu não é possível fazer que não tenha succedido» e por isso não lhe são applicaveis as proprias leis chamadas *retroactivas* e as *interpretativas*. (9) No segundo caso o respeito á vontade, que se manifestou de accordo com a lei, impede que por outra lei sejam affectados os direitos que legalmente entraram para o patrimonio do titular. É injusta, pois, a declaração do legislador de que vae feril-os, declaração inadmissivel em nosso direito em virtude de prohibição constitucional. (10)

paragrapho anterior *in fine* definições de factos consummados e casos julgados pelo Codigo Civil brasileiro.

(9) Conforme escreve Gabba, os modos pelos quaes as relações juridicas obtêm aquella perfeição formal que as subtrah á acção de qualquer lei posterior, ainda que (injustamente) retroactiva, são: a transacção, a sentença passada em julgado e o pagamento. Observa, porém, o lucido escriptor que nem todos estes modos convêm egualmente ás leis retroactivas por sua natureza e ás que o são por vontade do legislador. «Que os negocios concluidos mediante transacção ou sentença inappellavel são irretroactaveis diante de qualquer lei posterior, seja interpretativa ou arbitrariamente retroactiva, é principio universalmente admittido e confirmado por algumas leis romanas». «Mas o pagamento não é um modo por que se considere uma relação obrigatoria consummada deante de uma lei posterior, que interprete aquella em virtude da qual se fez o pagamento. Com effeito, logo que a lei interpretativa tenha attribuido á lei, em virtude da qual o pagamento se fez, uma significação differente da que foi causa do pagamento, surge, em quem o recebeu, a obrigação de restituil-o a quem erroneamente se julgava devedor. E si não restitue espontaneamente, este pode obrigar-o mediante a *condictio indebiti*».

(10) O art. 11, 3.º, prohibindo aos Estados e á União — prescre-



Applicando os principios estabelecidos ao direito civil (II) vê-se que:

ver leis retroactivas, refere-se ás que vão ferir os direitos adquiridos, de sorte que entre nós não pode haver retroactividade injusta por arbitrio do legislador.

(II) Estes principios se refrem e são applicados aqui unicamente ás diversas categorias dos direitos civis subjectivos. Por motivos de ordem publica, de interesse social e por sua propria natureza não se lhe submettem: 1.º as leis constitucionaes ou politicas; 2.º as que regulam o exercicio dos direitos politicos ou individuaes; 3.º as de organização judiciaria, competencias e processo civil ou criminal; 4.º as de interpretação e as declaratorias; 5.º as penacs (7. Barbalho — Com. pag. 42). Quanto ás leis civis interpretativas ou declaratorias, comp. pag. 138. As leis penaes, quando estabelecem novas figuras de acções criminosas ou applicam penas mais graves ás já reconhecidas, não abrangem os actos anteriores em virtude do principio — *nulla pœna sine lege*; (Cod. Penal, art. 1.º — Ninguém poderá ser punido por falta que não tenha sido anteriormente qualificada crime, e nem com penas que não estejam previamente estabelecidas). Mas as que estabelecem para os mesmos crimes penas menores e as que os supprimem costumam applicar-se por considerações de humanidade (*humanitatis causa*) e de interesse social (Conf. Mazzoni — loc. cit.). O eminente juriconsulto e applaudido civilista Dr. Martinho Garcez, na 2.ª ed. de suas "Nullidades dos actos juridicos", vol. 1.º, 1910, pag. 376, usa para com o auctor deste Systema das seguintes palavras que envolvem generoso conceito: "No seu Systema do Direito Civ. bras. expõe Espinola com admiravel clareza e abundancia de fontes o debate entre os sectarios das duas theorias e pode ser lido com muito proveito por quem precisar conhecer os traços geraes da interminavel discussão que, quanto mais tanto mais obscurece o assumpto. Este distincto professor de direito e estimavel jurista faz as seguintes applicações a factos para exemplificar o que seja direito adquirido e o que seja facultade abstracta da lei ou expectativa de direito". O notavel escriptor levou seu honrosissimo apoio ao ponto de reproduzir sem divergencia os casos por mim indicados. Clovis Bevilacqua expõe as seguintes regras: "a) os direitos realizados ou apenas dependentes de um prazo para que se possam exercer, não podem ser prejudicadas por uma lei que lhes altere as condições de existencia; b) o direito subordinado a



1.º A capacidade de agir das pessoas, portanto dos menores, das mulheres casadas, etc., funda-se sobre a lei e é simples faculdade, não constituindo direito adquirido, pelo que está sujeita á lei nova. Assim, quando a lei restringe ou amplia os requisitos ou os limites da capacidade de agir, deve receber immediata e geral applicação. (12)

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 pode ser privado de seus vencimentos por ter havido alteração ou ainda extincção do seu lugar; *d*) as leis relativas ao estado e á capacidade pessoas, desde que se tornem obrigatorias, applicam-se aos que se acham nas condições a que ellas se referem; *e*) as leis que extinguem uma instituição, applicam-se tambem, desde logo, sem attenuações; *f*) as condições de validade, as formas dos actos e os meios de prova dos actos jurídicos devem ser apreciados de accordo 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 de seu dominio, ainda que iniciados sob o imperio da lei anterior. Por outras palavras: estabelecem uma ordem juridica, que será inflexivel, si o legislador, por meio de disposições transitorias, não lhes attenuar os effectos; *h*) attenuações semelhantes apparecem ordinariamente nas leis penaes, quando decretam penas mais brandas”.

(12) Si a lei nova estabelece para a maioridade um numero maior ou menor de annos, os individuos que se acharem com idade prevista tornar-se-hão immediatamnte maiores e os que não a tiverem alcançado serão considerados menores, ainda que pela lei anterior já fôsem maiores. Exemplifica Windscheid: “Segundo o direito vigente a maioridade se alcança aos 21 annos; uma lei nova vem fixal-a aos 25 annos. Neste caso não se deverá dizer sómente que aquelles que attingiram 21 annos na epoca da lei nova serão maiores aos 25 annos, mas tambem aquelles que já têm 21 e ainda não 25 voltarão a ser maiores”. Chironi e Abello (loc. cit.), entre outros, declaram que neste caso a lei nova não se estenderia a quem tivesse alcançado a maioridade segundo a lei precedente e que a affirmação contraria parte dos que

A qualidade de estrangeiro naturalizado, a pessoa jurídica legalmente reconhecida e outras, como se referem ao

argumentam rigorosamente com a diferença entre os *direitos adquiridos e as expectativas*. Mas, como observa Windscheid, não ha razão sufficiente apra se afastar do principio. "A maioridade assegura sómente a possibilidade juridica de agir juridicamente de um certo modo. Si se declarassem as mulheres incapazes de agir sem assistencia, quando antes eram capazes, a ninguem occorreria exceptuar da disposição desta lei as mulheres já nascidas; porque decidir-se de outro modo, quando uma lei diz: os de 21 annos não são mais capazes de agir, mas o são apenas os de 25 annos? Poder-se-ia dizer que não é verosimil que o legislador tenha querido a confusão que nasceria de tornar menor um que já era maior; mas a confusão se verifica egualmente si um é maior aos 21 annos e outro só aos 25. É, porém, intuitivo que ficam valiosos os actos juridicos praticados, antes da lei nova, por quem tinha 21 annos; por seu intermedio foram adquiridos direitos que a lei nova não pode tirar". De accordo com Windscheid — Unger — op. cit., § 21; Crome — Parte gen. pag. 60; Fadda — op. cit., pag. 214. Coviello tambem pensa do mesmo modo, obedecendo ao principio geral que inspira a theoria de Vareilles-Sommières, que adopta: "...dacchè la nuova legge considera esclusivamente lo stato di fatto attuale, essa è applicabile, immediatamente anche a coloro i quali prima erano capaci". Contra — Stobbe — op. cit., § 28; Savigny — op. cit., vol. VIII, pags. 415 e seg. Observam Ascoli e Cammeo (Notas a Crome) que na jurisprudencia italiana a maioridade já obtida se considera um direito adquirido. Assim tambem Alves Moreira — Inst., vol. 1.º, pag. 79. Deste modo tambem se pronunciou a Lei de Introducção ao Cod. Civ. allemão — Disposições transitorias, art. 153: "aquelle que, na época em que começar a vigorar o Codigo Civil, não tiver ainda alcançado 21 annos, mas tiver sido declarado maior ou obtido de outra maneira a posição de maior, é ao maior equiparado, a partir dessa época". Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade — loc. cit. apontam, ao envez, a lei francesa de 20 de Setembro de 1792, que fixou a maioridade aos 21 annos, tornando maiores immediatamente os que tinham mais de 21 annos e menos de 25 e que eram menores segundo a maior parte dos costumes. Inversamente tornou menores os que, tendo 20 annos completos e menos de 21 já tinham sido declarados maiores pelo costume da Normandia. Applicando ainda o prin-



estado das pessoas, produzem direitos adquiridos e assim se regulam pela lei do tempo da naturalização, do reconhecimento, etc. (13)

2.º As obrigações são governadas em seu nascimento, efeitos e extinção pela lei sob cujo imperio foram constituídas. Assim a efficacia dos contratos é regulada pelo direito vigente ao tempo de sua conclusão; as obrigações que nascem do delicto são regidas pela lei em vigor na época em que foi o delicto praticado. (14)

3.º Quanto á propriedade e aos direitos reaes, são direitos adquiridos; por isso quando uma lei nova altera a antiga sobre a idoneidade das coisas para constituírem obje-

cipio consignado no texto, temos que a idade matrimonial será de 1.º de Janeiro de 1917 em deante regulada pelo Código Civil. Assim os homens de menos de 18 e as mulheres de menos de 16 são impedidos de casar (art. 183, XII), sem que lhes aproveite a circumstancia de já haverem completado a idade matrimonial no dominio da lei anterior (16 e 14 annos, respectivamente — dec. n. 181 de 1890).

(13) Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade — op. cit., pag. 118; Fadda — op. cit., pag. 214. Comp. Aubry et Rau, vol. 1.º, § 30. Demolombe, Vareilles-Sommières, Beudant — Droit. civ. fr. Intro. n. 129. Adde Huc — op. cit., pag. 68.

(14) Crome — loc. cit.; Chironi — op. cit., pag. 91; Fadda — loc. cit.; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, pags. 125-131. Assim, como dizem estes ultimos escriptores, "uma lei que limite a taxa do interesse convencional do dinheiro não alcança as estipulações feitas sob o imperio da lei que admittia a liberdade da taxa: a lei franceza de 3 de Setembro de 1807, art. 5, formalmente consagrou esta applicação do principio da não retroactividade. Inversamente a lei de 12 de Janeiro de 1886, que admittiu a liberdade da taxa do interesse em materia commercial, não foi applicada ás estipulações feitas sob o imperio da lei de 1807. Sobre as differentes hypotheses em materia de obrigações, *vide* especialmente a obra muito completa de Gabba, 3.º vol. e P. Mazzoni — op. cit., 198-210.

ctos de taes direitos, (15) sobre o conteudo da propriedade (restringindo ou excluindo as servidões legaes), (16) ou sobre os modos de adquiril-a (introduzindo a *publicidade*, exigindo para os immoveis a transcripção nos livros hypothecarios), (17) não se applica ás relações já constituidas. O exercicio do direito de propriedade, porém, se resolve em uma serie de faculdades, que soffrem a influencia das leis successivas. (18) Os outros direitos reaes (sobre a coisa alheia), si derivam de facto humano, têm um conteúdo rigorosamente determinado e, assim, constituem direitos adquiridos, juntamente com o facto de sua aquisição; si derivam da lei, o exercicio futuro soffre a influencia da nova lei. (19)

(15) Chironi e Abello — loc. cit.; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade — op. cit., pag. 123; P. Mazzoni — op. cit., pag. 171; Crome — Parte gen. cit., pag. 60; Gabba — op. cit.

(16) Chironi e Abello loc. cit.; Crome — loc. cit., Gabba — op. cit.

(17) Vide Crome e Gabba (loc. cit.).

(18) Bensa — loc. cit. Dizem Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade: "Com o direito em si mesmo se não deve confundir o que constitue seu modo de exercicio ou seu modo de conservação. Estes modos são sempre regidos pela lei actual, ao passo que o direito se determina segundo a lei sob cujo imperio nasceu. Esta distincção, que não foi feita sufficientemente pelos auctores, parece dever impôr-se". Como já se viu, a falta de tal distincção é que move a critica de Vaille-Sommières á theoria dos direitos adquiridos.

(19) * Bensa — loc. cit. Vide tambem Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, pags. 124-125; Pacifici-Mazzoni — op. cit., pags. 183 e segs. e Gabba — op. cit. Diz Alves Moreira: "Se a nova lei permittir que se adquira o direito de propriedade sobre uma determinada categoria de cousas por factos que a lei antiga reconhecia idoneos para esse effeito, como, por exemplo, a prescripção, ou de modificar o conteúdo do direito de propriedade, as suas disposições applicar-se-hão immediatamc, mas não terão effeito algum sobre as relações juri-



4.º A validade do matrimonio é, em todo o tempo, apreciada segundo a lei vigente no momento de sua celebração e as relações patrimoniaes entre os conjuges, ainda na falta de um pacto ante-nupcial, continuam a ser reguladas pela mesma lei. (20)

As relações pessoas entre os conjuges, comprehendida a admissibilidade do divorcio, são reguladas pela lei actual, qualquer que tenha sido a epoca da celebração do matrimonio. Da mesma forma as relações entre os progenitores e a prole e, portanto, a continuação do patrio poder. (21) As leis sobre a tutela e a curatela, como têm por funda-

dicas que se haviam constituido definitivamente ao tempo da publicação da nova lei». (Inst. cit., pag. 82).

(20) Bensa — loc. cit.; Crome — loc. cit.; Savigny — loc. cit. Com effeito, quanto ao matrimonio é um acto perfeito e consummado e, portanto, inacessivel á lei nova; o regimen de bens constituc um direito adquirido, em virtude de facto humano, si houve pacto ante-nupcial, *ex-lege*, si não houve. Observam, entretanto, Ascoli e Cammeo (loc. cit.) que na jurisprudencia é duvidoso si é a lei nova ou a antiga que deve regular as relações do patrimonio conjugal em relação a terceiros, maximo a alienabilidade do dotc.

(21) Tacs relações não constituem direito adquirido. Mas a questão si estas relações surgiram validamente se resolve segundo a lei do tempo de sua constituição, assim os modos de prova da filiação legitima são determinados pela lei em vigor na epoca do nascimento, porque é o proprio facto do nascimento que fixa esta filiação (B. Lacantinerie et H. Fourcade — loc. cit.; Crome — loc. cit.). Consequentemente tambem o direito de um filho natural ao reconhecimento deveria regular-se segundo a lei vigente no momento da concepção ou do nascimento; mas a questão do reconhecimento dos filhos naturaes é “de ordem moral e politica”, por isso deve a nova lei, que a disciplina, receber applicação incondicionada (Crome — pag. 69; conf. Savigny — op. cit. § 279; Stobbe, § 28. *Vide* B. Lacantinerie et H. Fourcade. Gabba (loc. cit.)

mento o interesse publico de protecção aos incapazes, têm immediata applicação até ás tutelas e curatelas já existentes. (22)

5.º A successão legitima é regulada segundo a lei em vigor no momento da morte do *de-cujus*, porque o direito dos parentes a uma successão legitima é uma simples expectativa. (23) Quanto á successão testamentaria, é decisiva tambem a lei do tempo da morte, quer sobre a validade do conteúdo, quer sobre a admissibilidade das disposições relativas (legitima, etc.). (24) A *forma* é regulada pela lei antiga, porque a forma dos actos juridicos é ordenada pela lei do tempo em que são os actos praticados. (25)

(22) Crome — loc. cit.; Savigny — pag. 504; Stobbe, § 28; Baudry — Lacantinerie et Houques-Fourcade — op. cit., pag. 121. Isto é tambem reconhecido pela lei prussiana sobre as tutelas (5 de Julho de 1875, § 92), citada por Crome.

(23) Crome — loc. cit. Savigny — loc. cit.; Stobbe — loc. cit.; Bensa — loc. cit. *Vide* tambem Baudry-Lacantinerie et H. Fourcade — op. cit., pags. 131-136; Gabba — vol. IV; Pacifici-Mazzoni, pags. 211-240.

(24) Crome — loc. cit.; Savigny — loc. cit. Stobbe — loc. cit.; Bensa — loc. cit. Observa Crome (nota 48 c pag. 90) que uma disposição inadmissivel pelo direito anterior pode tornar-se valida, graças a uma alteração na lei, porque o testamento vale como disposição de ultima vontade do testador. Quanto á capacidade pessoal do testador, como distincta do requisito da capacidade geral de agir, *vide* Crome — loc. cit. A capacidade de agir deve existir, para ser valido o testamento, não só quando foi elle feito, como tambem pela abertura da successão; a incapacidade pessoal superveniente não annulla o testamento: o feito por individuo são de mente é valido, mesmo si elle depois se torna louco (Crome — loc. cit.; conf. B. Lacantinerie et Houques-Fourcade).

(25) Bensa — loc. cit.; Chironi e Abello — op. cit., pag. 91; Crome — loc. cit.

Emfim os meios de prova, quanto á sua admissibilidade, dependem da lei da epoca em que nasceu a relação jurídica; (26) e a prescrição constitue direito adquirido quando completada; pelo que, enquanto está pendente o termo da prescrição, ha simples *possibilidade* de aquisição jurídica; (27) assim, de accordo com os principios, se submete á lei nova.

Em nosso direito civil os unicos casos em que estes principios podem ser afastados não importam propriamente em *retroactividade injusta*, porque o effeito retroactivo não é mais que apparente.

É o que se verifica nas leis interpretativas e declaratorias. A Constituição brasileira (28) vedou ao legislador — prescrever leis retroactivas — e assim fez desaparecer a possibilidade de leis ou «disposições transitorias», que affectem os direitos adquiridos. Ora, a unica excepção verda-

(26) Crome — loc. cit.; Bensa — loc. cit.

(27) Bensa — loc. cit.; Crome — loc. cit. *Vide* Windscheid e os auctores que elle cita; Savigny — loc. cit.; Stobbe — loc. cit. Observa Crome: «Dahi, si a nova lei exclue a prescriptibilidade de um direito, a prescrição começada não pode realisar-se. Não é tambem possivel a continuação da prescrição começada, si a nova lei prescreve novos requisitos. Si a prescriptibilidade de um direito é introduzida *ex-novo*, ou si as condições para a prescrição se tornam mais faceis, o prescrevente, no primeiro caso, não pode computar em seu favor o tempo decorrido sob o imperio da lei velha; no segundo, pode computal-o sómente si a sua situação jurídica durante aquelle tempo correspondia ás normas da lei velha. «Quanto ao prazo, si a nova lei o prolonga, esta norma se applica tambem ás prescripções em curso; si o termo é abreviado, exige-se o estabelecido pelo direito antigo. *Vide* explicações em Crome — loc. cit.; Savigny — loc. cit.

(28) Art. 11, 3.º

deira, que poderia haver aos principios estabelecidos, seria a retroactividade arbitrariamente imposta pelo legislador; portanto, no direito civil patrio, enquanto houver o dispositivo da lei fundamental, não haverá casos de retroactividade injusta. (29)

Excepções apparentes, porém, se verificam sempre que a retroactividade é inherente ao character da nova lei *em relação á anterior*, (30) como nas leis interpretativas. As

(29) Em these, porém, as leis podem attribuir-se efficacia retroactiva. Esse facto se verifica sempre que o legislador concede expressamente o effeito retroactivo sobre os direitos anteriormente adquiridos. «Leis desta natureza, diz Gabba, se encontram na historia de todos os povos civis, embora raramente e quasi sempre em epochas de revolução, quando um povo destróe instituições que se tornaram incompatíveis com as novas idéas e com as novas tendencias. Quasi sempre tambem as abolições de instituições existentes se fazem em nome de principios de justiça que sempre existiram, ou pelo menos já eram professados no tempo até o qual se faz estender a retroactividade da lei abolitiva e nesta circumstancia encontram a sua justificação». Cita o eminente escriptor a famosa lei de 17 do nevoso do anno II, a qual fazia retroagir o principio de egualdade dos sexos na successão legitima até 14 de Julho de 1789; porquanto dizia o relator Berlier: le régime de la nature et de la raison avait pris naissance le 14 Juillet 1789; faible encore à cette époque, il avait commencé dès ce temps.

Por esse modo desapareceram em diversos Estados da Europa os feudos, na Russia a servidão da Gleba, no novo Reino da Italia certas corporações religiosas, nos Estados Unidos da America do Norte a escravidão de côr. A lei de 13 de Maio de 1838, que aboliu a escravidão no Brasil, é da mesma natureza. Nesses casos o proprio legislador determinará si tem ou não cabimento uma indemnisação aos prejudicados. — Lassalle, op. cit., affirma que uma lei que se attribua força retroactiva não é obrigatoria para o juiz. *Vide* tambem auctores citados em nota (1) á pag. 93 do op. cit. de Chironi e Abello. Sobre a «*retroactividade impossivel*» das proprias leis retroactivas, *vide* Gabba — op. cit., vol. 1.º, pags. 34-38.

(30) Chironi e Abello, op. cit., pag. 93.



leis interpretativas, diz Gabba, (31) não podem dizer-se novas; nellas o legislador, para empregar uma expressão de Ulpiano em outra occasião (L. 21, § 1.º qui testam. fac. poss.), *non dat, sed datum significat*, isto é, não exprime um novo conceito, mas simplesmente faz com que se desenvolvam das expressões de uma lei precedente um conceito que ali se continha, ainda que até então não tivesse sido comprehendido.»

A efficacia retroactiva das leis interpretativas não pode estender-se ás relações juridicas perfeitas e ultimadas mediante transacção ou sentença passada em julgado. (32) Mas, «como é evidente que *não pode haver direito adquirido* em virtude de uma lei mal entendida, assim o legislador pode e deve pretender que uma verdadeira e propria lei interpretativa obrigue tanto para o passado, como para o futuro, isto é, comece a produzir effeito para todos os cidadãos, desde o momento em que principiou a ter vigor a lei interpretada, com a qual a lei interpretativa essencialmente se confunde». (33) (34)

(31) Segundo a observação deste auctor a efficacia retroactiva de uma lei interpretativa não pode attribuir-se a aquelles artigos da mesma, nos quaes porventura ella: *a*) introduz uma novidade, isto é, um principio qualquer que se não possa dizer virtualmente contido na lei interpretada; ou então *b*) modifica de qualquer modo a disposição expressa da lei interpretada. De accordo estão Mailher de Chassat, Lassalle, Marcadé; contra — Frantzke, Bergmann, Sceger (apud Gabba — op. cit.)

(32) Gabba — loc. cit. Quando a sentença definitiva ainda appealavel, diz o A. cit.: é opinião universal que pode ser reformada pelo juiz *ad quem*, de conformidade com uma lei interpretativa.

(33) Gabba — loc. cit. Chironi e Abello declaram que a lei inter-

pretativa, determinando o concito que teve o legislador ao formular a lei interpretada, deve ser applicada tambem aos actos praticados antes da interpretação legislativa. «A retroactividade, dizem, suppõe antinomia e as leis interpretativas nada contêm, por sua natureza, de contrario á lei que esclarecem; não fazem mais que declarar quanto o legislador entendeu prescrever na lei anterior (op. cit., pag. 94). O principio exposto no texto foi recebido no systema juridico de todos os povos modernos, ou por obra do legislador ou dos juriconsultos, como observa Gabba (op. cit., vol. 1.º, pag. 26).

(34) No projecto Bevilaqua, conforme referencias anteriormente feitas, se declara que — a lei interpretativa se considera da mesma data da interpretada, salvos os direitos adquiridos, os actos juridicos já perfeitos e a coisa julgada. Nessas condições o effeito da lei interpretativa viria a ser o mesmo de qualquer lei nova. O auctor do projecto, Dr. Clovis Bevilaqua, confessou que sua intenção era neste sentido, tornando-se necessaria a declaração expressa no Codigo, porquanto, «existindo na sciencia este principio, dizendo que a lei interpretativa deve ser considerada como tendo a mesma data da lei interpretada, era preciso afirmar que esta ficção não iria absolutamente ao ponto de annullar os direitos adquiridos, os actos juridicos perfeitos e a sentença passada em julgado». (Trabalhos da Comissão Especial da Camara dos Deputados, vol. IV, pag. 8, in princ.). Ora, a doutrina aceita, conforme foi exposta no texto, reconhece que a lei interpretativa não pode influir sobre *os factos consummados* e sobre a *sentença passada em julgado*, mas que abrange os *direitos adquiridos*, ou melhor que *não pode haver direito adquirido baseado na interpretação falsa da lei*. Que motivos teriam levado o notavel juriconsulto a (imitando, é bem verdade, o eminente Cons. Coelho Rodrigues) rejeitar os ensinamentos da sciencia e equiparar a lei interpretativa a qualquer lei nova? Em todo caso a suppressão do dispositivo referido, em phase ulterior do projecto, deixa em liberdade a applicação dos principios theoreticos, pois com o silencio do Codigo a respeito não poderá ser considerada lei nova, como qualquer outra, a lei interpretativa, apezar das discussões havidas perante a Comissão Especial, as quaes não podem ter o character de interpretação authentica. *Vide*, sobre este assumpto, Alves Morcira — Instit. cit., vol. 1.º, pags. 83 e segs.

CAPITULO IV

Do direito objectivo considerado em relação ao espaço

§ 1.º Theoria do direito internacional privado e suas applicações.

§ 2.º Systema do direito positivo brasileiro.

§ 1.º *Theoria do direito internacional privado e suas applicações*

A forma actual do direito positivo presuppõe a organização de um povo no Estado. (1)

O Estado comprehende de um lado o elemento pessoal, que é o povo, de outro lado o elemento material, que é o territorio. (2) O territorio é o campo em que se exerce a actividade de um povo juridicamente regulada pelo Estado; assim o territorio de um Estado é aquella parte da superficie terrestre em que se exercita o seu direito de soberania (*imperium*). (3) «O direito positivo de um Es-

(1) Filomusi-Guelfi — op. cit., pag. 103.

(2) A, e loc. cit.

(3) A. e loc. cit. Diz Cromc: «Por imperio da lei no espaço se entende a efficacia da mesma em relação a um determinado territorio, isto é, em relação aos factos juridicos que nelle se realisam». Crome refere-se tambem á extensão que tem esta efficacia no interior do mesmo Estado, distinguindo o direito commum do particular. Mas neste caso, uma vez que haja subordinação das leis particulares ás



tado, escreve Filomusi-Guelfi, (4) estende-se, por conseguinte, em geral, sobre todas as pessoas e sobre todas as coisas que se acham dentro do territorio do Estado. Os limites do territorio são os limites de espaço que a lei encontra em sua efficacia.» Mas a preocupação do elemento material não deve ir ao extremo de se desconhecer a importancia do elemento pessoal do Estado. Si é verdade que o territorio «é a séde fixa de um povo», (5) ha de convir-se que a actividade desse povo muitas vezes se desenvolve *ultra territorium*. Fóra dos limites territoriaes, individuos vinculados a um Estado entram em relações com outros individuos, que pertencem ou não ao Estado em cujo territorio se acham.

Actos juridicos de toda ordem são ali praticados. Essas relações, esses actos devem ser de certo juridicamente regulados. Mas qual o direito positivo a observar? Si de uma parte um Estado pode pretender que dentro de seu territorio sejam observadas sempre suas leis, de outra parte é justo que o outro Estado reclame de seus subditos obediencia ás normas que para elles foram estabelecidas. D'ahi um conflicto de leis, (6) e a necessidade de resolvel-o. Para esse effeito deve considerar-se que, da mesma forma que

communs, como na Allemanha depois de 1873, não pode haver leis em collisão.

(4) Loc. cit.

(5) Filomusi-Guelfi — loc. cit.

(6) Exactamente por se verificar nessas condições um verdadeiro conflicto de leis, é que alguns escriptores preferiram designar com esta expressão o direito internacional privado. *Vide* a respeito a nota (25) ao § 2.º das Noções fundamentaes.



na sociedade nacional entram differentes individuos em relações uns com os outros, relações estas que são juridicamente reguladas pelo Estado, na sociedade internacional se manifesta o mesmo phenomeno e com viva intensidade nos tempos modernos; ali, porém, a falta de um *Estado internacional* explica a inexistencia de uma regulamentação positiva. Mas, nem por isso devem ficar as relações internacionaes, de ordem privada, sem preceitos que as regulem.

Si os direitos nacionaes não fôsem differentes estaria a questão por si mesma resolvida; são, porém, diversos e para isso, como diz C. Bevilacqua (7) «militam razões poderosas e irreductiveis». Apesar dessa diversidade, e precisamente por causa della, forma-se na consciencia dos individuos, que constituem a sociedade internacional, a convicção de que em certos casos deve prevalecer a lei territorial, em outros a lei pessoal. (8) A determinação dos preceitos que indicam a lei a ser applicada é o objecto do direito inter-

(7) Principios elementares de direito internacional privado, 1906, pag. 11. Em seu formoso livro (loc. cit.) diz o notavel escriptor: «A mais imperiosa (das razões para a diversidade das leis juridicas no mundo) resulta das condições ethnicas, historicas, psychicas, cosmicas, economicas e politicas, proprias de cada povo. Depois disso ha que considerar a independencia e soberania dos Estados, cuja actividade se desenvolve, não sómente ao impulso das necessidades do paiz, como tambem segundo a orientação de seus legisladores e estadistas».

(8) Diz C. Bevilacqua (loc. cit.): «Hoje que o phenomeno (da mutua penetração voluntaria dos povos) se desenvolveu consideravelmente, podemos facilmente reconhecer que as relações travadas no commercio internacional, desde que differem e não podem deixar de differir as legislações, devem ser reguladas por normas especiaes, que se impõem com a força de uma necessidade».



nacional privado. (9) As differentes theorias, que se têm proposto a indicar as regras para a applicação do direito ás relações internacionaes privadas, partem, ora do principio

(9) Como diz C. Bevilacqua, o direito internacional privado consiste “no conjunto de preceitos reguladores das relações de ordem privada da sociedade internacional”. O distincto civilista patrio mostra a conveniencia de insistir sobre o conceito da sociedade internacional, que é formada pela approximação de individuos de nacionalidades differentes, que se ligam por intercesses privados de toda ordem. Na sociedade internacional encontra elle “o verdadeiro fundamento racional e social do direito internacional privado.” Nota com razão Bevilacqua que “a *communhão do direito*, que Savigny nos apresenta, como pressupposto do direito internacional privado e que effectivamente é, ao mesmo tempo, a sua base natural e o nobre alvo a que ella tende, bem apreciada, reduz-se á forma juridica abstracta ou, pelo menos, ao presentimento da sociedade internacional.” Coviello — Manuale cit., pags. 120 a 121, define direito internacional privado — o conjunto das normas que a legislação dum Estado estabelece para decidir quando, num caso dado, se não deva applicar a lei interna, e qual das legislações estrangeiras deva substitui-la. O douto escriptor indica os caractercs do direito internacional privado em termos que merecem reproduzidos. “Non è, come l'incitata espressione potrebbe far credere, un diritto internazionale, cioè un diritto comune a tutti o a molti Stati; ma è un diritto nazionale, cioè proprio di un determinato Stato. É tuttora un desiderio quello che i vasi Stati fissino d'accordo delle norme comuni riguardanti l'applicabilità delle leggi in territorio straniero, e la tendenza delle moderne legislazioni è quella di conseguire siffatta unità; ma in fatto, attualmente le varie legislazioni hanno norme diverse e spesso opposte. Sicchè per tale riguardo quello che dicesi diritto internazionale privato non è dissimile dal diritto publico, civile, commerciale, penale; è come questi, diritto di un determinato Stato che ha vigore solo nel territorio in cui impera l'autorità che l'ha emanato, e s'impone alla magistratura che giudica in questo territorio. Onde non è da trascurar di notar la gran differenza ch'esiste tra esso e il diritto internazionale publico, i cui dettami sono comuni a vari Stati che si trovano in rapporto tra di loro: unico punto di contatto è la base comune su cui si fondano, cioè l'uguaglianza giuridica del vari Stati: ma ciò solo non autorizza a comprendere l'uno e l'altro sotto



da territorialidade, ora do da personalidade das leis. O Código Civil brasileiro estabelece o principio geral: «Art. 1.º A lei obriga em todo o territorio brasileiro, nas suas aguas territoriaes e, ainda, no estrangeiro, até onde lhe reconhecerem exterritorialidade os principios e convenções internacionaes.

O principio da *territorialidade* das leis foi, pela primeira vez, theoreticamente formulado pelos escriptores estatutarios do seculo XII em diante. (10)

A *theoria dos estatutos* considera as leis, em regra, com efficacia sómente no territorio do Estado que as editou, mas concede, por interesses e conveniencias dos povos, cer-

una comune denominazione «diritto internazionale». E per questa ragione molte scrittori han tentato di sostituire altre espressioni a quella di diritto internaz onale privato, la quale pero continua ad essere usata, non essendo le altre intcramente scevre di diffetti. Ma se il diritto internazionale privato è diritto nazionale, o per dir meglio, diritto di un determinato Stato, al pari del diritto publico interno e del privato, differisce sostanzialmente da questi, in ciò che le norme giuridiche in cui si concreta, non sono norme regolatrici dei rapporti (norme di diritto materiale), na semplici norme di *applicazione*. Cioè, le sue norme hanno unicamente per iscopo di indicare al magistrato quale legislazione debba applicare per risolvere una data controversia, ma non sono esse stesse le norme che decidono della controversia. La quale invece viene decisa secondo la norme di quella legislazione, nazionale o straniera, (legislazione interna), che il magistrato è chiamato ad applicare in forza delle norme chè perciò diconsi, in contrapposto poco espressivo, di legislazione internazionale, o anche — *norme di conflitto*».

(10) Vide C. Bevilacqua — op. cit., pag. 19. Diz Weiss — Manual du Droit international privé, 1895, pag. 156: «É nos escriptos dos Postglossadores, principalmente nos de Bartholo (1314-1357), que se vê apparecer, nos seculos XIII e XIV o primeiro vestigio seicntifico da theoria dos estatutos».



tas modificações, que tornaram necessaria a distincção entre os estatutos reaes e pessoaes. (11) (12)

Estatutos reaes eram os que se referiam especialmente aos bens, ainda que de modo indirecto alludissem ás pessoas; e *estatutos pessoaes* eram os que tinham por objecto principal as pessoas, e só de modo indirecto se referiam aos bens.

Os primeiros eram territoriaes; ainda assim exceptuavam-se os que tinham por objecto os bens moveis. (13)

Os segundos acompanhavam a pessoa além do territorio de seu Estado. (14)

Os actos juridicos eram regidos pela lei do lugar em que eram praticados; para alguns tratava-se então de um estatuto mixto e para outros de um estatuto real, sob o

(11) Entende Weiss (loc. cit.) que "o germen da theoria dos estatutos se acha na doutrina feudal que, fazendo do homem o accessorio do solo que habita, o submette sempre e por toda a parte ás leis editadas pela soberania local".

(12) Em sua accepção primitiva a palavra *estatuto* designava certas leis particulares de cidades ou provincias italianas, em antithese com a palavra *lei* que era expressão generica para indicar a norma que se applicava ao territorio inteiro. Assim, como pondera Weiss, a theoria dos estatutos teve por objecto principal, em sua origem, resolver os conflictos nascidos, na extensão de uma mesma soberania politica, da contrariedade das legislações locais. Varcilles-Sommières (apud C. Bevilaqua — loc. cit.) observa tambem que a divisão ahi indicada se refere particularmente aos estatutos e não ás leis; isto é, aos costumes provinciaes e não ás leis geraes; mas reconhece que, quanto a seus efeitos, se estende igualmente ás leis.

(13) Vide C. Bevilaqua — loc. cit. Quanto aos bens moveis costumava-se dizer: *mobilis sequuntur personam, mobilis ossibus inhaerent*.

(14) A. e op. cit. Adherem ás pessoas — *sicut lepra culi*, diziam os estatutarios.



ponto de vista do effeito. (15) A theoria dos estatutos, embora ainda hoje conte sectarios illustres e convencidos, (16) foi fortemente criticada, não só em sua essencia, em seus fundamentos, como em suas applicações praticas. Com effeito, a exterritorialidade das leis pessoas e das que se referem ás coisas moveis abala a theoria estatutaria em seu fundamento e a justificação, que se lhe attribue, torna vacillantes e mais ou menos arbitrarías as regras do direito internacional privado. (17) Além disso a difficuldade em distinguir em certas leis qual o lado predominante, si o pessoal ou o real, levou muitas vezes a se adoptar um criterio distinctivo extravagante ou absurdo. (18)

(15) A regra era.—*locus regit actum*. Vide o livro citado de Clovis Bevilacqua, que apresenta o resumo da doutrina estatutaria, conforme foi condensada por Vareilles-Sommières, em sua "Synthese du droit international privé", I, n. 117.

(16) D'entre estes deve ser apontado Vareilles-Sommières.

(17) C. Bevilacqua synthetisa os argumentos dirigidos contra os fundamentos desta theoria do modo seguinte: a) "Si a lei é, como se pretende, essencialmente territorial, desnatura-a-emos sempre que a forçarmos a ser extraterritorial. b) A territorialidade é impropria para servir de base ao direito internacional privado, porque este direito consiste justamente na efficacia extraterritorial das leis, e a relação de causa a effeito não pode ser expressa pela contrariedade das idéas. c) Desde que as leis só devem ser efficazes, em principio, dentro do territorio da soberania que as decretou e somente a *comitas gentium*, a urbanidade, a delicadeza, a cortesia dos povos lhes faculta efficacia fóra desses limites, o direito internacional é uma disciplina arbitraria e vacillante".

(18) Assim por ex. Bartholo muitas vezes encontrava um unico meio de sahir do embaraço, que era examinar a construcção grammatical da disposição legislativa a apreciar: o estatuto é pessoal si começa por uma referencia á pessoa, como — *primogenitus succedat in*



Muitos escriptores estatutarios justificavam a exterritorialidade de certas leis pela cortesia e pela utilidade. (19) Sobre o principio da territorialidade tambem se baseia a *theoria da reciprocidade*.

É a doutrina expressamente acceita pelo Codigo Civil Francês.

Por ella os Estados concedem aos estrangeiros sómente os direitos, que aos seus nacionaes são garantidos pelos Estados, a que os estrangeiros pertencem. A reciprocidade pode ser, muitas vezes, uma medida de utilidade pratica, de conveniencia politica, não é, porém, um principio que satisfaça ás exigencias racionaes do direito; além disso, «auctoris iniquidades manifestas e empresta ás relações internacionaes uma extranha feição de ameaça e hostilidade.» (20)

Sobre o principio opposto — da personalidade das leis — se firma uma *theoria moderna*, que se convencionou

omnibus bonis; é real si em primeiro logar menciona os bens — *bona veniant in primogenitum*. Vide Weiss — Op. cit., pag. 157.

(19) Esta opinião é adoptada tambem por alguns auctores modernos, taes como Rocco, Story, Wheaton, Fœlix, Pimenta Bueno, Philimore, Antoine, Vareilles-Sommières (citados por C. Bevilaqua). Como refere Bevilaqua, os escriptores ingleses e norte-americanos, que a principio explicavam a exterritorialidade de algumas leis, excecionalmente, pela *comity*, isto é pela cortesia internacional, procuraram depois fundamentos mais vigorosos. «Pode ser affirmado, esereve o civilista patrio, que a jurisprudencia inglesa e a norte-americana, quanto ao direito internacional privado, se caracteriza, por consideral-o um ramo do direito nacional?».

(20) É este o enunciado do Cod. Civ. fr., Art. 11 — «*L'étranger jouira en France des mêmes droits civils que ceux qui sont ou seront accordés aux Français par les traités de la nation à laquelle cet étranger appartiendra*». Vide C. Bevilaqua — loc. cit.

denominar *theoria da personalidade do direito*. (21) Weiss (22) formula-a nos termos seguintes: «*A lei, quando estatue sobre um interesse privado, tem sempre por objecto a utilidade da pessoa; ella não pode reger senão aquelles para os quaes foi feita; mas a estes, em principio, deve reger em todos os logares e em todas as suas relações juridicas, salvo as excepções ou atenuações que resultam da ORDEM PUBLICA INTERNACIONAL, da regra LOCUS REGIT ACTUM e da AUTONOMIA DA VONTADE*». (23) O principio da personalidade do direito tambem não satisfaz, como fundamento do direito internacional privado; não explica a razão porque se ha de fazer da lei nacional a lei natural do homem, (24)

(21) «Esta doutrina, diz Weiss (loc. cit.), é moderna e italiana por sua origem. Afirmada pela primeira vez em 1851 por Mancini, em um discurso celebre, é hoje ensinada por todos os juristas da Península, que escreveram em uma época recente, sobre o direito internacional privado, e adquire, sem cessar, adhesões novas nos outros países da Europa». Clovis Bevilacqua denomina-a — *escola italiana e franco-belga*, por terem suas idéas geraes sido aceitas, além dos auctores italiano em sua quasi totalidade, por Laurent, Loiné, Surville et Arthuys, Audinet e Weiss. Nessa theoria se inspiraram as disposições do cod. civ. italiano sobre o direito internacional privado — Arts. 6-12 das disposições preliminares. Coviello declara que, não obstante varios escriptores terem essa opinião, não se lhe afigura verdadeira. Acredita que na lei italiana se encontra a antiga theoria dos estatutos, com veste nova e com alguns retoques nem sempre felizes.

(22) Op. cit., pag. 183.

(23) A theoria da personalidade do direito admite em principio a exterritorialidade, mas é claro que se refere á lei nacional e não á lei do domicilio. Vide a respeito Weiss — op. cit., pags. 184-187.

(24) Assim, por ex., Pillet (apud C. Bevilacqua — loc. cit.) diz que não sabe de onde vem essa força mysteriosa e innata, que obriga a dar preferencia á lei nacional, em face de todas as outras, que com

e, em muitos casos, em que applica a lei territorial, não se trata propriamente de nenhuma das excepções indicadas na formula de Weiss. É por isso que muitos juristas da escola italiana «não se resignam a vêr no principio da nacionalidade a base da sua doutrina, preferindo procurar um conceito mais lato e mais firme, como é a *communhão jurídica*, afim de submetterem as normas do direito internacional privado a uma systematisação racional, pois contra a doutrina pura de Mancini se têm levantado graves objecções». (25) Da Allemanha procedem systemas que tendem a conciliar os dois principios da territorialidade e da personalidade da lei, (26) sendo o mais notavel o de Savigny, que parte da idéa philosophica da existencia de uma *communhão de direito entre os diversos povos*. Para o eminente jurisconsulto, quando o juiz se acha deante de um conflicto de leis civis, seu primeiro dever é procurar a natureza do facto juridico que determinou o conflicto, depois então vêr qual a lei que melhor convem á materia e applica-a, ainda que seja estrangeira. (27)

Coherente com o principio que domina o seu systema, põe em pé de egualdade a lei nacional e a estrangeira. O que vem indicar qual a lei que mais convém é a *séde da*

ella podem achar-se em conflicto, quando não é a nacionalidade, mas sim o Estado que dá força a essa lei e lhe pode reclamar a execução.

(25) C. Bevilaqua — loc. cit.

(26) São dignos de menção os systemas de Wacchler e Schaeffle, que appareceram em 1841 e os desenvolvimentos de Brocher e Bar á theoria de Savigny.

(27) Sistema cit., vol. VIII, §§ 345-382, especialmente pags. 30-31.



relação de direito; essa lei não será, porém, applicada, si contiver principios offensivos da soberania ou da organização social de que faz parte o juiz. Todos os Estados, para sua garantia e segurança, indicam esses principios por meio de *leis prohibitivas*, que obrigam a todos os que habitam em seu territorio, seja qual fôr a sua nacionalidade. (28) Savigny, diz Filomusi-Guelfi, (29) abriu uma nova direcção na sciencia. «*Na communhão do direito*, escreve Bevilaqua, (30) está incluída a idéa de egualdade entre nacional e estrangeiro, no circulo das relações de ordem privada e esta é uma das consequencias a que naturalmente chega o direito internacional privado. Assim, pode afirmar-se que Savigny encontra na *communhão do direito* a VERDADEIRA BASE do ramo da jurisprudencia, que agora está sendo considerado. Depois d'elle a tarefa da sciencia deve ser accentuar melhor certas idéas, *desenvolver e esclarecer os principios basicos por elle assentados* e corrigir as deducções em que, porventura, se tenha deixado arrastar pela influencia de outras doutrinas ainda vivazes em seu tempo». É exactamente o que têm feito os escriptores allemães, que lhe succederam; e tambem «nesta fonte abundante e clara» se inspirou o celebre systema de Pillet. (31)

(28) Vide a respeito as considerações de C. Bevilaqua e Weiss (loc. cit.).

(29) Enciclopedia cit., pag. 722.

(30) Loc. cit.

(31) Eis o resumo que de sua theoria apresenta o proprio Pillet (Apud C. Bevilaqua, op. cit., pag. 46-48): 1.º Todas as leis são, por sua natureza, *ao mesmo tempo territoriaes e extraterritoriaes*. 2.º É impossivel conservar-lhes, no commercio internacional, esse duplo ca-



Entretanto, em um ponto essencial este ultimo escriptor, alguns escriptores allemães e o proprio Cod. Civ. allemão se afastaram da lecção de Savigny — na determinação da lei pessoal, que, para este, era a do domicilio, preferindo aquel-

racter, sob pena de tornarem-se insolúveis os conflictos entre legislações differentes. 3.º É preciso, portanto, fazer com que, em cada caso, prevaleça o caracter que mais interessa ao effeito social da lei e sacrificar o que menos importa a esse effeito. 4.º As leis, consideradas no ponto de vista social, não têm auctoridade e valor senão pelo fim social a que se dirigem. 5.º As leis, encaradas em relação ao seu fim social, podem distinguir-se em *leis de protecção individual e leis de protecção social*, conforme o seu objecto directo e immediato é constituído pelos interesses do individuo, que soffre a sua applicação, ou pelos da sociedade em cujo seio foram elaborados. Ha leis que apresentam estes dois caracteres no mesmo gráo. 6.º As leis de protecção individual são extraterritoriaes. 7.º As leis de protecção social são territoriaes. 8.º Em materia de leis extraterritoriaes, a lei competente (estatuto pessoal) é a lei nacional da pessoa de que se trata. 9.º Em materia de leis territoriaes, a lei competente é a do Estado cujos interesses se acham em jogo. 10.º O principio da territorialidade das leis de ordem publica não quer dizer que essas leis se devam indistinctamente applicar a todas as pessoas e bens que se acharem presentes ou a todos os actos que se executarem no seu territorio. Esse principio sómente se applica a essas leis, quando o interesse social, que ellas defendem, se achar ameaçado. 11.º Os conflictos entre leis extraterritoriaes serão resolvidos pela applicação, a cada pessoa, de seu estatuto particular. No caso em que não fôr possível essa applicação distributiva, si as leis forem da mesma natureza, a mais severa deverá ser preferida; no caso contrario, nenhuma solução racional é possível. 12.º Entre leis territoriaes, os conflictos (si existirem) serão resolvidos pela applicação de cada lei em seu territorio. 13.º Em caso de conflicto entre uma lei extraterritorial e outra lei territorial, esta ultima deve prevalecer. 14.º Não ha solução possível para os conflictos entre leis igualmente extraterritoriaes e territoriaes. 15.º A regra *locus regit actum* é de puro direito costumeiro, não se oppõe á applicação dos principios onde é possível pratical-a. 16.º O principio da autonomia da vontade deve restringir-se ás leis facultativas. C. Bevilacqua *accentua*



les, como a escola italiana, a lei nacional. (32) Na applicação das leis ás differentes categorias de direitos civis, o direito internacional privado moderno reconhece os seguintes principios: (33)

1.º O estado e a capacidade das pessoas (34) são regulados pela lei pessoal. (35) Nesse ponto estão de accordo

desse modo os meritos do systema de Pillet: a) a filiação de suas idéas ás de Savigny, que é o ponto de partida da organisação verdadeiramente scientifica do direito interracial privado; b) a idéa de que o direito internacional privado deve conter um principio de obrigação, para os Estados, de applicarem a lei estrangeira, quando esta deve presidir, dentro delles, á relação de direito: c) a idéa de procurar no fim da lei o critério para distinguir a lei territorial da extraterritorial; d) a preferéncia dada á lei nacional para regular o estado, a capacidade e as relações de familia do estrangeiro. (C. Bevilaqua — op. cit., pag. 48).

(32) Sobre esta questão *vide* notas 33-40 seguintes.

(33) É verdade que em differentes pontos são grandes as divergencias, não só entre os auctores, como também nos differentes direitos positivos. As principaes differéncias provêm do desaccordo na determinação da lei pessoal, que para uns é a lei nacional e para outros a do domicilio, e é por isso que a doutrina do direito internacional ainda se complica com a *do retorno* (Bevilaqua), que será adeante examinada.

(34) As noções de estado e capacidade comprehendem, como diz Grasso (Princ. de Dir. Int. Pub. e Priv., 3.ª ed.; 1896, pag. 237), as multiplas relações que surgem da posição da pessoa na familia e na sociedade. Mas, pode-se distinguir o modo de existir na sociedade, que é o modo *geral*, do modo de existir na familia que é *especial*. O modo de existir *geral* distingue as pessoas em capazes e incapazes; o modo de existir *especial* ou *estado de familia* distingue-as em *parentes, conjuges* (marido e mulher), *paes e filhos* (C. Bevilaqua — loc. cit.). No texto se trata agora principalmente do *estado geral*, e, portanto, da capacidade.

(35) A applicação da lei pessoal, escreve Grasso (loc. cit.), é a unica racional, pois foi ella que presidiu ao surgir das relações do

todos os auctores; mas a divergencia começa quando se procura saber qual deve ser a lei pessoal: a do *domicilio* ou a da *nacionalidade*.

Savigny pronunciou-se pela lei do domicilio, de accordo com a doutrina dos antigos escriptores e da escola anglo-americana. (36) Na propria Allemanha acompanham-no ainda recentemente escriptores da ordem de Windscheid e Dernburg. (37) Entretanto, a lei nacional, adoptada pela escola italiana, encontra cada vez maior numero de defensores. (38) O mesmo desaccordo se nota nas diferentes

estado e o da capacidade e uma disciplina uniforme é necessaria para a conservação da unidade e da estabilidade de taes relações, as quaes não podem e não devem variar, sempre que se muda de séde.

(36) Diz Regelsberger (Pandekten, pags. 166-167): *In Deutschland herrscht zur Zeit noch in Theorie, Praxis und Gesetzgebung das Wohnortsprinzip, ebenso in England und Nordamerika; dagegen in Frankreich und Italien das Prinzip der Staatsangehörigkeit (Nationalität)*, isto é: Na Allemanha predomina ainda, e desde muito tempo tanto na theoria, como na praxe e na legislação (o livro de Regelsberger é de 1893, portanto anterior ao Cod. all. de 1896, que adoptou a lei nacional), o principio do domicilio, do mesmo modo que na Inglaterra e na America do Norte; ao contrario, na França e na Italia prefere-se o principio da nacionalidade. Mas, já então reconhecia o notavel escriptor que este ultimo principio adquiria sempre na Allemanha maior numero de adherentes — *Das letztere Prinzip gerät in auch bei uns mehr und mehr Anhänger*». Vide tambem as obras citadas de C. Bevilacqua e Grasso.

(37) Escreve Windscheid (Pand. cit., pag. 99): «A relação em que está a pessoa para com o direito em geral, de que dependem a sua capacidade jurídica e a sua capacidade de agir, recebe sua determinação, no espaço, da lei do domicilio». Affirma Dernburg (Pand. cit., pag. 121), que as leis sobre a capacidade de agir de uma pessoa, em particular, a duração da menoridade, como tambem a extensão das limitações dos menores, se determinam segundo o direito do seu domicilio.

(38) D'entre os escriptores que não pertencem á escola italiana



legislações. (39) Argumentos valiosos e serias objecções se têm apresentado de parte a parte; (40) todavia o facto de encontrar o principio nacionalista todos os dias maior acceitação naquelles proprios países, em que tradicionalmente se admittia a lei do domicilio, mostra a excellencia d'aquelle principio, motivo por que deve ser preferido, ainda que subsidiariamente se applique o domiciliar. (41)

2.º Quanto ás obrigações, excluida a questão da capa-

seguem o principio da nacionalidade Bar, Bähr, Mommsen, Pillet, Varelles-Sommières e Crome.

(39) Seguem o systema domiciliar: 1.º o Codigo Civil Argentino; 2.º o direito norte-americano; 3.º o direito vigente no dominio do Canadá; 4.º o Codigo Civil do Paraguay; 5.º o direito dinamarquez (apud C. Bevilaqua — loc. cit.). Observa Bevilaqua que na Inglaterra não é propriamente o systema do domicilio que prevalece, mas sim o territorial; que todavia é certo que, sob a influencia da doutrina, vae a jurisprudencia inglesa aceitando o estatuto pessoal do estrangeiro atravez da lei do seu domicilio e até alguns juriconsultos ingleses dos mais notaveis não escondem suas sympathias pela lei nacional, taes como Westlake e Philimore. Seguem o systema nacionalista 1.º a lei brasileira (vide no parágrafo seguinte a divergencia entre os escriptores patrios); 2.º o Codigo Civil Português; 3.º o Codigo Civil Francês; 4.º o Codigo Civil Italiano; 5.º o Codigo Civil Neerlandês; 6.º a Legislação Belga; 7.º a Legislação Russa; 8.º a Legislação da Romenia; 9.º a Legislação Suissa; 10.º o Codigo Civil Hespanhol; 11.º o Codigo Civil Allemão (lei de introdução, art. 7.º); 12.º o Codigo Civil Mexicano, que segue o systema francês, dispondo sómente a respeito dos mexicanos, para os quaes declara obrigatorias as leis concernentes ao estado e á capacidade, ainda quando resida no estrangeiro; 13.º o Codigo Civil Venezuelano consagra tambem este systema unilateral. Quanto á Austria, existe controversia ácerca dos arts. 4 e 34 do Codigo Civil (vide C. Bevilaqua — loc. cit.).

(40) Vide as razões em favor de um e de outro principio na obra excellente de C. Bevilaqua, especialmente pags. 134 a 148.

(41) C. Bevilaqua — op. cit., pag. 147.



cidade, que já foi vista e a da forma do acto, que será examinada depois, existe grande discordancia na doutrina. As obrigações voluntárias, quer provenham de contractos, quer de um acto unilateral da vontade, entende Savigny que devem ser reguladas pela lei do logar em que têm de ser cumpridas, porque ali é que se encontra a séde da relação jurídica obrigacional. Dernburg (42) tambem entende que, na falta de uma particular vontade dos contrahentes, o direito do logar da execução é decisivo para as obrigações contractuaes. Windscheid (43) pensa que o domicilio das partes determina o ponto do espaço a que pertencem as relações jurídicas obrigaçõaes. Alguns auctores crêem que na falta de qualquer declaração em contrario, sendo as partes da mesma nacionalidade, deve presumir-se que quizeram submeter-se á sua lei nacional; sendo, porém, de nacionalidades differentes, suppõe-se que pretenderam referir-se á lei do logar em que estipularam a convenção (*lex loci contractus*). Assim, entre outros, Grasso, Filomusi-Guelfi, Bensa. (44) Uma outra opinião prefere sempre a lei do logar do contracto na falta de declaração da vontade. (45) Em todo o caso, quando o contracto deve ser executado em logar diverso d'aquelle em que foi celebrado, deve ser regido pela lei do logar em que se executa. (46)

(42) Pandette — cit., pag. 125.

(43) Pandette — cit., pag. 101.

(44) Loc. cit.

(45) Vide C. Bevilaqua que cita Asser et Rivier e Keidel.

(46) Felix et Demangeat — *Traité du droit int. priv.*, pags. 109 a 110; Grasso op. cit., pag. 263; C. Bevilaqua — op. cit., pag. 264.



É, em principio, respeitada a autonomia da vontade assim como tambem, e preponderantemente, a prescripção das leis de ordem publica. Nas obrigações derivadas da lei domina o principio legal que regula as relações sobre que ellas se fundam. (47) Quanto ás obrigações, que se originam dos quasi contractos, ha desaccordo entre os auctores: pensam uns que se deve applicar a *lex loci*; outros entendem que nos quasi contractos existe uma vontade presuposta e que, portanto, se deve applicar a mesma regra, que se dá aos contractos. (48) As obrigações derivadas de factos illicitos — delictos e quasi delictos, — são reguladas pela lei do logar em que foi o acto commettido (*les loci delicti commissi*.) (49)

(47) Filomusi-Guelfi — op. cit., pag. 731.

(48) Escreve Grasso (*loc. cit.*) que em taes obrigações não é o consentimento que as gera; não é portanto mais o caso de procurar a intenção das partes; deve-se antes procurar a séde natural da relação juridica.

É regra geralmente admittida, diz este escriptor, que se deve seguir a lei do logar em que occorreu o facto que dá origem á obrigação: *lex loci*. Quando, porém, a obrigação reccae em uma categoria especial de relações juridicas, é a lei reguladora destas que a governa. Entende Bevilaqua que, a não ser a gestão de negocios, nenhuma das relações juridicas incluidas na classe dos quasi contractos se approxima das convenções. Por outras razões, que não a vontade individual patrocinada pela lei, geram obrigações. Esta propriedade lhes vem directamente da lei. Por isso estão com a verdade aquelles que affirmam que taes relações obrigacionacs *se regem pela lei que faz derivar do facto em questão o laço obrigacional*^o.

(49) Filomusi-Guelfi (*loc. cit.*); Grasso (*loc. cit.*); Mazzoni (*loc. cit.*); Fiore; Meili; Bar; Zitelmann (*apud* Filomusi-Guelfi). Waechter e Savigny preferem a *lex fori* (*vide* C. Bevilaqua — pag. 272 e Grasso — pag. 266 sobre a critica a essa opinião).



3.º Em relação á propriedade e aos direitos reaes a doutrina tradicional, distinguindo os bens immoveis dos moveis, submete os primeiros á lei territorial (*lex rei sitæ*), formulando a regra: *immobilia reguntur lege loci*; os segundos se submettem á lei pessoal do proprietario. (50) A escola italiana, abandonando a distincção entre moveis e immoveis, sujeita uns e outros á lei pessoal isto é, nacional. (51) Savigny, seguido por muitos auctores modernos, equipara tambem os moveis aos immoveis e os submete á lei territorial. (52) Com a excepção estabelecida por Savigny, quanto aos moveis que o proprietario pode levar consigo, é esta a opinião preferida. A *lex rei sitæ*, refere Grasso, é a lei natural dos direitos reaes. (53)

(50) Grasso (loc. cit.)

(51) A. e loc. cit.

(52) Vide Savigny (loc. cit.); C. Bevilacqua, op. cit.; Filomusi-Guclfi (loc. cit.). Escreve Windscheid (op. cit., pag. 100): "as relações jurídicas sobre as coisas pertencem a aquelle ponto do espaço em que se acham. Este principio se applica tanto ás cousas moveis como ás immoveis; mas, como as coisas moveis podem mudar de logar, a aquisição do direito sobre ellas pode ser regulada por um direito diverso do que regula o conteúdo ou a continuação do direito. Vide tambem Dernburg — op. cit., pag. 124.

(53) Grasso (loc. cit.), depois de considerar que os sectarios da escola italiana reconhecem que "o direito de propriedade em si mesmo, abstracção feita d'aquelle que o exercita e de seu interesse particular, é sempre governado na sua natureza, na sua extensão, pela lei do país em que se acha o seu objecto, porque toca aos interesses vitais do Estado, ao seu regimen economico e ao seu direito publico (Weiss), exclama: "si isto é verdade, seria melhor estabelecer como regra, antes que como excepção de ordem publica, a applicação da lei territorial; pois é especialmente nesta parte que se encontram as maiores difficuldades em determinar os confins exactos das disposições de ordem publica".

4.º Nas relações de família, pondera Grasso, (54) «que são as mais intimas da pessoa humana, não se deve argumentar, para a escolha da lei applicavel, com a séde da família ou com o logar em que foi celebrado o acto que lhe deu principio, mas com o caracter que em toda a vida do homem tem mais fixidez e ao mesmo tempo é o resultado de um processo physiologico e historico, isto é, a *nacionalidade*». Nessa materia, porém, sobre alguns pontos as divergencias são grandes. Quanto á capacidade para contrahir matrimonio, á parte a escola anglo-americana, (55) ha real accordo em se applicar a lei pessoal de cada um dos conjuges, dentro dos limites das disposições de ordem publica da lei local. (56) A celebração do casamento, como acto

(54) Loc. cit.

(55) «Na Inglaterra e nos Estados Unidos da America do Norte, diz C. Bevilaqua, a opinião commum é que a capacidade para contrahir casamento deve ser regulada pela lei do logar da celebração, e neste sentido Westlake e Arntz apresentaram uma proposta ao Instituto de direito internacional». A conferencia de Haya adoptou o principio exposto no texto. O art. 1.º da convenção alli celebrada a 12 de Junho de 1902 declara que: «O direito de contrahir casamento é regulado pela lei nacional de cada um dos futuros conjuges, salvo si uma disposição dessa lei se referir expressamente a outra» (Apud C. Bevilaqua — loc. cit.). A esta convenção adheriram a Allemanha, a Austria-Hungria, a Belgica, a França, a Hespanha, a Hollanda, a Italia, o Luxemburgo, Portugal, a Suecia e a Suissa.

(56) Declara a convenção acima citada, em seu Art. 2.º, que «a lei do logar da celebração pode interdizer o casamento dos estrangeiros, que seja contrario ás suas disposições concernentes: 1.º aos grãos de parentesco ou de afinidade, para os quaes haja uma prohibição absoluta; 2.º á prohibição absoluta de contrahir casamento, editada contra os culpados de adulterio, em razão do qual o casamento de um dos dois foi dissolvido; 3.º a prohibição absoluta de contrahir casamento, editada contra pessoas condemnadas por terem, de combi-

jurídico que é, submete-se á regra: *locus regit formam actus*; esta regra, porém, não é obrigatoria. (57) As relações pessoais entre os conjuges são determinadas por sua lei pessoal (58) e quando a mulher não adquire a nacionalidade do marido, prevalece a lei pessoal deste. (59)

Questão bastante grave é a que se refere ás relações economicas entre os conjuges. Si ha pacto antenupcial, convém distinguir o momento que o precede e o que o segue. No primeiro, as condições de capacidade devem ser reguladas pela lei pessoal de cada um delles. No segundo, a lei pessoal do marido, si de accordo com ella foi o pacto celebrado, governará o regimen patrimonial. (60) É claro que devem ser respeitadas as restricções á liberdade de celebrar pactos antenupciaes que «são leis de capacidade e, portanto, pertencem ao estatuto pessoal». (61) Não havendo pacto antenupcial a escola anglo-americana, *realista* como é, pensa

nação, attentado contra a vida do conjuge de um d'elles.» (Apud Bevilaqua — pag. 205.) A incapacidade da lei pessoal por effeito de votos religiosos, ou contra os membros de certas confissões e raças, deve ser considerada, nos países que não a admittem, contraria á ordem publica e, por isso, apezar de tal incapacidade, o casamento pode fazer-se (*Vide* Grasso — loc. cit.).

(57) C. Bevilaqua — loc. cit. Desse modo os contrahentes podem recorrer a outras formas, especialmente á de sua lei nacional, quando ambos pertencem ao mesmo Estado.

(58) Assim o instituto do poder marital, as obrigações de fidelidade, assistencia mutua, convivencia. Convém observar sempre que a lei pessoal encontra seu limite na ordem publica e nos bons costumes, pelo que não seria permitido ao marido castigar physicamente sua mulher por em tal consentir a sua lei pessoal.

(59) C. Bevilaqua — loc. cit.

(60) C. Bevilaqua — loc. cit.; Grasso — loc. cit.

(61) C. Bevilaqua — loc. cit.

que é preferível a lei do logar em que se acham os bens; (62) alguns querem a lei do logar da celebração do casamento; (63) outros a lei do domicilio do marido, que é o domicilio matrimonial; (64) a escola italiana prefere a lei nacional do marido; (65) outros ainda recorrem ás presumpções da vontade dos conjuges. (66) Predomina hoje a doutrina que adopta a lei do domicilio do marido; parece, entretanto, mais propria á natureza do instituto e aos altos interesses familiaes a *lei pessoal*, ou precisamente a *lei nacional*. (67) O divorcio, segundo a opinião hoje acceita, regula-se pela lei pessoal do marido; alguns, entretanto, considerando o character de ordem publica do divorcio, querem applicar-lhe a *lex fori*. (68) A paternidade e a filiação

(62) Como observa Grasso, é este o principio adoptado pela *common law* na Inglaterra e nos Estados Unidos.

(63) Esta preferencia é devida á presumpção de que, sendo o casamento um contrato, as partes quizeram *submitter* o regimen dos bens á lei do logar da celebração.

(64) Diversos fundamentos têm sido apresentados para justificar esta opinião: uns allegam uma convenção tacita dos conjuges; Savigny suppõe a submissão voluntaria dos conjuges; outros vêm no regimen legal o effeito directo da lei.

(65) Grasso — loc. cit.

(66) "Tem-se admittido que sirvam de indicadores da intenção das partes o domicilio conjugal (si os conjuges vão estabelecer-se immediatamente depois de casados, em um determinado pais), e o facto de se realisar o casamento perante o agente consular ou diplomatico". (C. Bevilaqua — loc. cit.).

(67) No regimen legal dos bens Grasso descobre, com razão, alguma coisa mais que simples interesses patrimoniaes — a conservação do instituto do matrimonio, fazendo servir aos seus elevados fins os bens dos conjuges.

(68) A ordem publica do Estado, que admitte o divorcio, com-

tambem são regidas pela lei pessoal, que neste caso deve ser a lei nacional do filho. (69) A tutela e a curatela devem ser governadas pela lei pessoal do menor ou do interdito. (70)

5.º Na doutrina estatutaria, distinguem-se as successões dos moveis das dos immoveis; as primeiras regem-se pela lei pessoal, as outras pela lei *loci rei sitæ*. É ainda hoje predominante este systema, embora se lhe reconheça, além de outros, o inconveniente de dividir o patrimonio do *de cuius*. É preferivel o systema da lei pessoal, para onde propende hoje a doutrina, embora, como se viu, queiram uns basear-a no domicilio e outros na nacionalidade. (71)

A forma dos actos é determinada em geral pela regra *locus regit actum*, que pode considerar-se norma de direito consuetudinario internacional, e, como expressão geral, é por todos reconhecida. (72) Esta regra, como já se fez

menta Grasso, não exige que seja elle pronunciado entre estrangeiros, cuja lei pessoal o prohiibe.

(69) C. Bevilaqua — loc. cit.; Grasso — loc. cit.

(70) Na Inglaterra e nos Estados Unidos são regidas pela lei do logar em que estão situados os bens.

(71) Vide C. Bevilaqua — loc. cit.; Grasso — loc. cit.; Filomusi-Guelfi — loc. cit.; Savigny — loc. cit.; Windscheid — Pand.; Dernburg — Pand. Diz muito bem Crome — System, pag. 158: — “*Das Erbrecht richtet sich nach dem Personalstatut des Erblassers zur Zeit seines Todes. Hier vor Allem kommt das Prinzip der Einheit des Vermögens zur Geltung*” — a successão rege-se pelo estatuto pessoal do defuncto, ao tempo de sua morte. Aqui, antes de tudo, deve prevalecer o principio da unidade do patrimonio. Para Crome o estatuto pessoal é o da nacionalidade.

(72) Crome — Parte generale del dir. priv. frane., pag. 108.

constar, é meramente facultativa, pelo que as partes podem deixar de segui-la, preferindo a forma de sua lei pessoal.

Em falta de uma legislação internacional privada, os principios adoptados pela doutrina, que estuda e interpreta os sentimentos e os interesses da sociedade internacional devem ser consagrados e impostos pelos differentes direitos positivos, (73) que para esse fim procuram satisfazer as necessidades vitaes dos povos que governam, inspirando-se na elevada idéa da *communhão do direito*.

Assim, pode succeder e muitas vezes succede que estejam em desaccordo as regras admittidas por duas legislações para a solução dos conflictos internacionaes de ordem privada; neste caso, «a theoria dos conflictos complica-se com a theoria do *retorno*». (74) O *retorno* se verifica sempre que uma lei determina que uma certa relação seja regulada pela lei estrangeira, ao passo que esta devolve o caso para a primeira. Muitos auctores admittem o *retorno*, outros o combatem com vigor. (75) É, entretanto, accetivel a theo-

(73) Sobre a prova do direito estrangeiro, *vide* quanto se escreveu anteriormente (pags. 100 e segs.) sobre a prova do direito consuetudinario. Esta questão, como diz Bevilacqua, foi ultimamente estudada com grande desenvolvimento por A. Darras. Como em relação ao costume, deve-se reconhecer que a melhor doutrina é a consagrada no codigo de processo civil allemão e no austriaco.

(74) C. Bevilacqua (loc. cit.) emprega o termo *retorno*, semelhante ao hespanhol—“*ritorno*”. Carlos de Carvalho propõe os vocabulos “referencia e devolução”. Alberto Reis tambem falla em “devolução”, assim como Machado Villela e Alves Moreira.

(75) Assim Bar, Brocher, Weiss, Fiore, Keidel são favoraveis



ria do retorno, si se attender á propria natureza da lei, que tende a abranger o maior numero de casos e cujos principios tinham sido afastados pela regra de direito internacional privado, unicamente na presupposição de que assim aconselhava o principio da comunhão do direito. Uma vez que tal não se verifica, cessa a applicação da regra especial. (76)

ao "retorno"; Labbé, Lainé, Pillet lhe são contrarios (Apud Bevilaqua — loc. cit.).

(76) No livro de C. Bevilaqua se encontram os principaes argumentos que sobre o assumpto se têm formulado (vide pags. 95-107).



§ 2.º *Systema do direito positivo brasileiro*

Em materia de direito internacional privado, ainda mais lacunosa e insystematica se nos apresentava, antes do Código Civil, a legislação brasileira. A contribuição da doutrina, entre nós, para a elucidação e firmeza dos principios scientificos, foi durante muito tempo verdadeiramente insignificante. É verdade que em 1863 Pimenta Bueno publicou um livro sobre o assumpto, mas «sem grandes pretensões e, aos olhos do jurista moderno, defeituoso e fraco». (1) O ensino do direito internacional privado não constituia, nas Faculdades de Direito, objecto de um estudo regular.

Fazia-se algumas vezes fragmentariamente nos cursos de Direito Civil, segundo as inclinações e a orientação scientifica dos respectivos professores. Só em 1891 passou a ser considerado como disciplina especial, mas, não de todo independente, porquanto é ensinada como parte complementar da cadeira de Direito Internacional Publico. (2) A reforma do ministro Maximiliano (1915) creou a cadeira especial de direito internacional privado a estudar-se no quinto anno do curso juridico. Em 1906 publicou o emi-

(1) C. Bevilaqua — op. cit., pag. 49. O livro de José Antonio Pimenta Bueno conta 386 paginas em 8.º O seu auctor dizia-o — «pequeno contingente para convidar as intelligencias superiores a aprofundar a materia». Inspirou-se o publicista brasileiro em Fœlix e nos tratadistas do Direito Commercial — Pardessus e Massé.

(2) O direito internacional publico e o privado, diz C. Bevilaqua, distinguem-se por seu objecto e por sua origem e devem constituir duas disciplinas separadas e autonomas, com o que muito lucrará particularmente o ultimo, livre das fluctuações do direito das gentes.



nente Professor Dr. Clovis Bevilacqua os seus «Princípios Elementares de Direito Internacional Privado», (3) que encerram uma excellente systematisação da materia, de accordo com as illações das mais modernas theorias.

São os seguintes os principios do direito positivo brasileiro sobre o direito internacional privado:

I — *Estado e capacidade das pessoas.* O regulamento commercial n. 737 de 1850 (4) determina que «as leis e usos commerciaes dos Países estrangeiros regulam as questões sobre o estado e idade dos estrangeiros residentes no Brasil, quanto á capacidade para contratar, não sendo os mesmos estrangeiros commerciantes matriculados.» É injus-

(3) Principios elementares de Direito Internacional Privado por Clovis Bevilacqua, Bahia, 1906. É um livro de 368 paginas in-8.º grande. Depois de justificar a existencia do direito internacional privado, estuda o A. os diversos systemas, mostrando-se grandemente inclinado ao de Pillet que toma por ponto de partida a «communhão de direito», de Savigny, base da «sociedade internacional». Em parte especial encara, á luz dos novos principios, a capacidade das pessoas, os bens, os actos juridicos e em seguida (de accordo com a classificação que adopta) occupa-se — do direito da familia, do direito das coisas, do direito das obrigações, do direito das successões; trata finalmente do direito commercial, do direito processual e das fallencias. Considerando, porém, que o direito internacional privado tem um triplice objecto, porquanto, além do *conflicto das leis*, compete-lhe determinar a *condição juridica dos estrangeiros* e o *exercício em um país de direitos legitimamente adquiridos em outro*, e tal é a doutrina de Pillet, dedicou o illustre juriconsulto o titulo I da parte especial (22 paginas) ao segundo assumpto e o titulo III aos direitos adquiridos — pags. 341-343.

(4) Art. 3.º, § 1.º



tificavel a exclusão dos negociantes matriculados, como se deprehe de do texto citado, do principio ali estabelecido. Por isso os consolidadores de nossas leis, (5) considerando inuteis as extranhas palavras do Regulamento commercial, attribuem-nas a defeito de redacção. O Regulamento n. 855 de 8 de Novembro de 1851, tambem se refere á lei nacional para se determinar a ordem da successão e a validade das disposições testamentarias dos estrangeiros domiciliados no Brasil. Ainda pela lei de 10 de Setembro de 1860 foi confirmada a doutrina nacionalista. (6) O direito brasileiro, portanto, prefere a theoria da lei nacional para regular e determinar o estado e capacidade das pessoas, como lei pessoal. Teixeira de Freitas, porém, seguindo a doutrina de Savigny, pronunciava-se em seu Esboço pela lei domiciliar.

«A capacidade e a incapacidade, dizia, (7) quanto ás pessoas domiciliadas no Brasil, ainda que se trate de actos praticados em país estrangeiro, ou de bens existentes em país estrangeiro, e a capacidade ou incapacidade, quanto ás pessoas domiciliadas fóra do Brasil, ou sejam estrangeiras ou nacionaes, serão julgadas pelas leis de seu respectivo

(5) Teixeira de Freitas (Consolidação, art. 408): «As questões sobre o estado e idade dos estrangeiros residentes no Imperio, quanto á capacidade para contratar, serão tambem reguladas pelas leis e usos dos países estrangeiros»; C. de Carvalho (Consolidação, art. 25): «O estado e capacidade civil dos estrangeiros residentes no Brasil são regulados pelas leis da nação a que pertencem»; José Hygino (Consolidação das leis referentes á justiça federal, approvada por dec. n. 3084 de 5 de Novembro de 1898, art. 9 da Parte IV).

(6) C. Bevilaqua — loc. cit.

(7) T. de Freitas — Esboço — Arts. 26 e 27.

domicilio, ainda que se trate de actos praticados no imperio ou de bens existentes no imperio». «É o domicilio a séde juridica das pessoas, portanto a lei do domicilio deve determinar-lhes a capacidade. É ainda o domicilio que regula a applicação das leis estrangeiras para recusar-lhes efficacia, quando se oppuzerem ao direito publico, á religião, á moral e aos bons costumes, ou quando fôrem expressamente repellidas pelo direito do país, ou fôrem incompatíveis com o espirito desse direito.» (8) Todos os outros projectos de codigo civil brasileiro conservaram-se fieis ao systema de nosso direito positivo. (9) No Congresso juridico que se reuniu no Rio de Janeiro em 1900 foi vencedora a doutrina do domicilio, mas no Congresso scientifico latino-americano de 1905 succedeu o contrario; já anteriormente (1888-1889), no Congresso sul-americano de Montevideo, o representante brasileiro se recusára a assignar os respectivos tratados, por se ter adoptado o principio da lei domiciliar, para a capacidade das pessoas e as relações de familia. (10) As regras do Codigo Civil brasileiro são: Art. 8. A lei nacional da pessoa determina

(8) A. e op. cit. — Art. 5.º

(9) Projecto Nabuco de Araujo, Arts. 35-36 da lei preliminar; projecto Felicio dos Santos, arts. 18-19; projecto Coelho Rodrigues, art. 13 da lei preliminar. O projecto Bevilaqua assim se pronuncia: «Art. 22 — A lei nacional da pessoa rege a sua capacidade e os seus direitos de familia». O projecto revisto admittiu tambem a lei pessoal nacional e subsidiariamente a do domicilio (Art. 20), disposição que se manteve em sua phase ultima, admittida tambem subsidiariamente a lei da residencia na falta de domicilio (Arts. 8 e 9), passando a constituir os arts. 8 e 9 do Codigo Civil brasileiro.

(10) Vide C. Bevilaqua — loc. cit.

a capacidade civil, os direitos de família, as relações pessoais dos conjuges e o regimen dos bens no casamento, sendo licito quanto a este a opção pela lei brasileira. Art. 9. Aplicar-se-á subsidiariamente a lei do domicilio e, em falta desta, a da residencia: I quando a pessoa não tiver nacionalidade; II quando se lhe attribuirem duas nacionalidades, por conflicto, não resolvido, entre as leis do país do nascimento e das do país de origem, caso em que prevalecerá, si um delles fôr o Brasil, a lei brasileira. Art. 21. A lei nacional das pessoas juridicas determina capacidade.

II — *As coisas*. A lei territorial rege os bens situados no Brasil; nenhuma porção do territorio brasileiro poderá estar sujeita a instituições e leis de país estrangeiro. (II) Os diversos projectos do Codigo Civil Brasileiro adoptaram a doutrina de Teixeira de Freitas no Esboço, cujo art. 411 assim está redigido: «O logar da existencia das coisas immoveis, no imperio ou fóra d'elle, será o de sua situação; e o das coisas moveis aquelle em que se achavam no dia da aquisição dos direitos reaes, que sobre ellas se allegar, ou no dia da aquisição de sua posse, ou em que se acharem no dia em que sobre ellas se intentar alguma acção ou procedimento judicial.» Os principios do Codigo Civil brasileiro são: Art. 10. Os bens, moveis ou immoveis, estão sob a lei do lugar onde situados; ficando, porém, sob a lei pessoal do proprietario os moveis do seu uso pessoal, ou os que elle consigo tiver sempre, bem como os destinados a transporte para outros lugares. Paragrapho unico. Os mo-

(II) Consolidação de C. de Carvalho, art. 30 e § unico.



veis, cuja situação se mudar na pendencia de acção real a seu respeito, continuam sujeitos á lei da situação, que tinham no começo da lide.

III — *Os actos jurídicos.* A legislação brasileira reconhece a regra — *locus regit actum*; assim a forma dos actos rege-se pelas leis e usos do país em que são celebrados. (12) O Código Civil brasileiro obedece á mesma orientação. Prescreve o art. 11 da Introdacção: A forma extrinseca dos actos, publicos ou particulares, reger-se-á segundo a lei do lugar em que se praticarem. É o art. 12. Os meios de prova regular-se-ão conforme a lei do lugar, onde se passou o actô, ou factô, que se tem de provar. Estabelece, todavia, o direito patrio, anterior ao Código Civil, algumas excepções ao principio. É desse modo que «será regida pela lei brasileira a forma dos actos celebrados por brasileiros nos logares onde houver agente consular brasileiro, para que possam ter execução nō Brasil». (13) Produzirão, porém, effeito no Brasil os actos celebrados por brasileiros residentes em país estrangeiro, sob a forma de instrumento particular, sempre que a escriptura publica não fôr da substancia do mesmo acto, devendo, então, a firma e a identidade da pessoa ser attestadas pelo agente consular bra-

(12) Ord. do Liv. 3.º, tit. 59 § 1; Reg. 737 de 25 de Novembro de 1850, arts. 3.º, § 2.º, 140, § 2.º, 151, 216 e 217; D. 181 de 24 de Janeiro de 1890, art. 47; T. de Freitas — Consolidação das leis civis, art. 406; Carlos de Carvalho — Consolidação, art. 33; C. Bevilaqua — Direito Internacional Privado, pag. 187.

(13) C. de Carvalho — Consolidação, art. 34, de referencia ao Reg. n. 737 de 1850, Art. 3.º, § 2.º, in fine; ao Dec. n. 169 A de 10 de Janeiro de 1890, Art. 4.º, § 4.º; e ao Dec. 3084 de 1898, P. IV, Art. 9.º



sileiro. (14) A esse respeito diz C. Bevilacqua: «Os defeitos da legislação brasileira, nesta parte, são manifestos, principalmente porque a materia não foi organizada sob um ponto de vista geral e systematico. Parte o legislador brasileiro da supposição de que a lei do logar da execução é que deve determinar a forma dos actos, quando é certo que nem sempre esse logar pode ser previamente determinado. Por outro lado, estabelecida a retorsão pelos outros Estados, a lei brasileira não regulará a forma dos actos aqui celebrados por estrangeiros. Todavia resalta do conjuncto das disposições citadas, que o legislador patrio teve a intenção de submeter a forma dos actos obrigacionaes, celebrados por brasileiros no estrangeiro, ás regras de seu estatuto pessoal, sempre que tal fôsse possível. D'ahi o art. 5.º do Reg. 737 presumir que as dividas entre brasileiros no estrangeiro foram contrahidas conforme a legislação nacional. Este artigo causou certa extranheza a Teixeira de Freitas, mas confirma o que acaba de ser dito. Não attendeu o legislador brasileiro a que o reconhecimento da regra *locus regit actum* é uma expressão da harmonia e do respeito que deve existir entre os povos cultos e a que, adherindo francamente a essa regra, concorreria para facilitar o advento e dilatar o ambito da communhão juridica.» (15)

IV — *Obrigações*. «A lei brasileira, em vigor até 31 de Dezembro de 1916, não é sufficientemente precisa, nem con-

(14) C. de Carvalho — loc. cit. de referencia á L. 79 de 23 de Agosto de 1902.

(15) Loc. cit.



sagra a melhor doutrina em relação a esta materia». (16) Carlos de Carvalho, consolidando os preceitos estabelecidos no Art. 424 do Codigo Commercial e no Art. 5.º do Regulamento n. 737, apresenta os principios geraes seguintes: «A substancia e os effeitos das obrigações serão regulados pela lei do logar onde foram contrahidas, salvo expressa convenção das partes contratantes. Presumem-se, porém, contrahidas conforme a lei brasileira as obrigações entre brasileiros em país estrangeiro». (17) Mas, além desta ultima restricção, regem-se tambem pela lei brasileira as obrigações que pelo seu objecto só no Brasil forem exequíveis. (18) O projecto Bevilaqua dispunha: «Art. 35 — As obrigações convencionaes, assim como as que se originam de declaração unilateral da vontade, serão reguladas: a) Em sua substancia e effeitos pela lei do logar onde forem celebrados os actos que as originaram, salvo estipulação em contrario, offensa ao direito nacional dos pactuantes e á ordem publica; b) Enquanto ao modo de sua execução, pela lei do logar onde se cumprirem. Art. 36 — As obrigações resultantes de actos illicitos são regidas pela lei do logar onde se houverem realisado os factos que lhes deram causa. O Codigo Civil brasileiro tem as seguintes regras: Art. 18. Regulará, salvo estipulação em contrario, quanto á substancia e aos effeitos das obrigações, a lei do lugar, onde foram contrahidas. Paragrapho unico. Mas sempre se

(16) C. Bevilaqua — op. cit., pag. 267.

(17) C. de Carvalho — op. cit., pag. 14, Art. 37 e alinea.

(18) Cod. Commercial, Art. 628; Reg. 737 de 1850, Art. 5.º



regerão pela lei brasileira: I. Os contractos ajustados em países estrangeiros, quando exequíveis no Brasil. II. As obrigações contrahidas entre brasileiros em país estrangeiro. III. Os actos relativos a immoveis situados no Brasil. IV. Os actos relativos ao regimen hypothecario brasileiro. (19)

V — *Direitos reaes*. Vimos que «a lei territorial rege os bens situados no Brasil». (20) A transferencia da propriedade «entra no dominio da lei da situação da coisa, quando se effectua por acto *inter vivos*». (21) Assim, pois, exigindo a lei brasileira, para se transferir a propriedade, um acto exterior visivel, a tradição ou a transcripção, é claro que só por meio da tradição se transfere o dominio de bens moveis situados no Brasil e pela transcripção o de bens immoveis, ainda quando os respectivos titulos prove-nham de actos celebrados em um país, em que sejam elles sufficientes para tal fim. Quanto á hypotheca convencional, cumpre tambem distinguir o lado propriamente real e o contractual; mas a lei brasileira, confundindo-os, estabelece a regra: «Os contractos celebrados em país estrangeiro não produzem hypotheca sobre os bens situados no Brasil, salvo direito estabelecido nos tratados ou si fôrem celebrados entre brasileiros ou em favor delles nos consulados, com as solemnidades e as condições que a lei brasileira prescre-

(19) Pretende-se desse modo continuar no systema imperfeito actual, e, o que é peor, conservar principios que importam a confusão entre direitos reaes e obrigatoriaes. Vide nota 22 seguinte.

(20) Vide pag. 253.

(21) C. Bevilacqua — op. cit., pag. 250.



ve». (22) As servidões, como em geral os direitos reaes sobre coisas alheias, dependendo da organização da propriedade, regem-se pela lei territorial. (23)

VI — *Direito da Família*. A lei nacional não consagra, em materia de capacidade para contrahir casamento, principio digno de applausos. Com effeito, afastando-se da regra geral, prescreve que: «As disposições relativas ás causas de impedimentos e ás formalidades preliminares são applicaveis aos casamentos de estrangeiros celebrados no Brasil.» (23)

A preferencia que ahi se dá á lei territorial sobre a pessoal não tem justificativa. Fôsse a lei pessoal contraria á ordem publica ou aos bons costumes, então sem duvida não seria applicada, mas abolil-a de modo absoluto não é doutrina accetavel. (24) Ha entretanto um caso em que é reconhecido

(22) Dec. n. 169 — A de 19 de Janeiro de 1890, Art. 4, § 4.º. Diz a respeito C. Bevilaqua: «Ha evidente confusão de idéas». «É sempre o mesmo defeito de visão que não distingue o elemento obrigacional do elemento real na hypotheca. Si a inscripção é que, fazendo a hypotheca valer contra terceiros, lhe dá o cunho de direito real, prevalecendo *erga omnes* e si essa inscripção sómente no logar da situação do immovel pode ser feita, que receio haverá de accetar um contrato validamente feito no estrangeiro, segundo o direito do logar da celebração? Nenhum absolutamente».

(23) Vide C. Bevilaqua, loc. cit., que acrescenta: «Assim os immoveis situados no Brasil não podem ser gravados por onus reaes que não sejam estabelecidos pela lei brasileira. Si entre o logar do *prædium serviens* e o do *prædium dominans* ha diversidade de legislação, prevalece a do primeiro.»

(23) Dec. n. 181 de 24 de Janeiro de 1890, Art. 48.

(24) O Projecto Bevilaqua dispunha: «Art. 25 — As disposições do Código Civil Brasileiro sobre os impedimentos e as formalidades preliminares do casamento são applicaveis aos estrangeiros que se casarem no Brasil». Accrescentava ainda que: «Art. 26 — O estran-

o valor da lei pessoal do estrangeiro; é o do Art. 45 do Dec. n. 181 de 24 de Janeiro de 1890: «O estrangeiro, residente fóra do Brasil, não poderá casar-se nelle, com brasileira, por procuração, sem provar que a sua lei nacional admite a validade do casamento feito por este modo. (25)

Sobre a celebração do casamento foi admittido o principio facultativo — *locus regit formam actus*.

VII — *Successões*. «A tradição do direito brasileiro, diz Clovis Bevilacqua, (26) é no sentido de entregar á lei nacional do *de cuius* a regulamentação do direito successorio no que respeita á vocação hereditaria, ao direito dos herdeiros e á capacidade de dispôr testamentariamente. Dos antigos praxistas cita-se Valasco, em suas decisões, como sectario da theoria estatutaria. *Est commune et receptissima opinio*, escreve elle, *quod statutum seu lex unius loci vel regni diversi non extenditur ad bona posita extra territorium statuentium*. Territorialista ainda era Mello Freire; mas os seus discipulos Liz Teixeira, Borges Carneiro e Coelho da Rocha,

geiro, que quizer casar-se no Brasil, deverá, além disso, provar que se acha em condições de contrahir casamento segundo a sua lei nacional». Essas disposições desapareceram do Projecto em sua phase ultima e, assim, não se encontram no Codigo Civil. No dominio deste, as questões se resolvem de accordo com os arts. 8 e 11 da Introducção: lei nacional para a capacidade de contrahir casamento, causas de impedimento, direitos de familia, relações pessoas dos conjuges, regimen de bens; lei territorial para as formalidades externas. Quanto á prova o art. 204 declara: O casamento celebrado fóra do Brasil prova-se de accordo com a lei do país onde se celebrou.

(25) Dec. n. 181 cit. Art. 45. O dispositivo desapareceu do Codigo Civil.

(26) Op. cit., pag. 288.

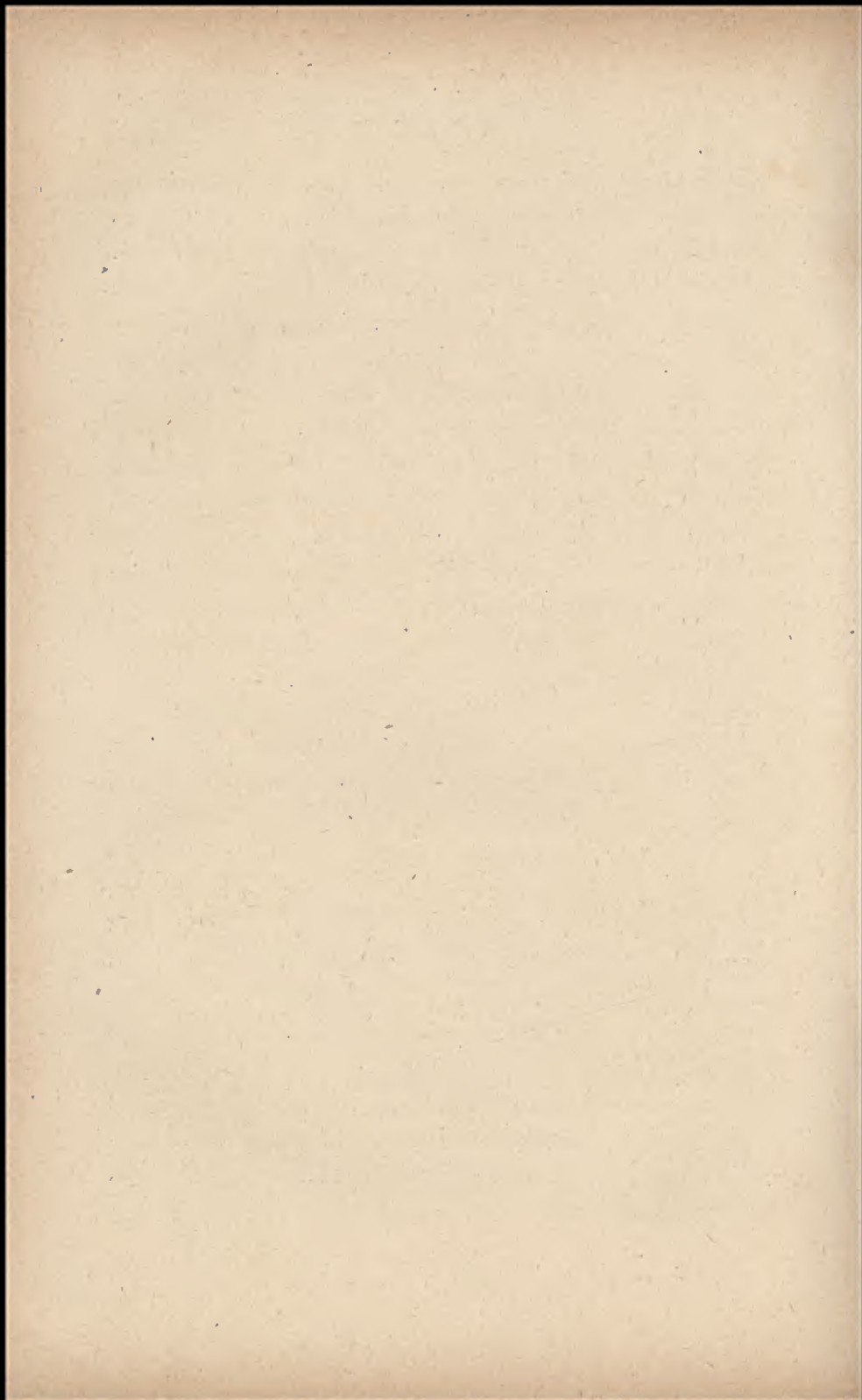
sobretudo este ultimo, aceitam abrandamentos á doutrina do mestre». O dec. n. 855 de 8 de Novembro de 1851 pronunciou-se pela lei nacional e no mesmo sentido a jurisprudencia do Supremo Tribunal Federal. (27) Foi tambem esta a doutrina preferida pelo Projecto Bevilaqua, (28) donde procedem os dispositivos de nosso Codigo Civil: Art. 14. A successão legitima ou testamentaria, a ordem da vocação hereditaria, os direitos dos herdeiros e a validade intrinseca das disposições do testamento, qualquer que seja a natureza dos bens e o país onde se achem, guardado o disposto neste codigo ácerca das heranças vagas abertas no Brasil, obedecerão á lei nacional do fallecido; se este, porém, era casado com brasileira, ou tiver deixado filhos brasileiros, ficarão sujeitos á lei brasileira. Paragrapho unico. Os agentes consulares brasileiros poderão servir de officiaes publicos na celebração e approvação dos testamentos de brasileiros, em país estrangeiro, guardado o que este Codigo prescreve. Ainda sobre relações de direito internacional pri-

(27) Vide a respeito Bevilaqua — op. cit., pag. 289, nota 3, que cita alguns julgados.

(28) Disponha o projecto primitivo, art. 38 da lei de introdução: «A ordem da vocação hereditaria e o direito dos herdeiros legitimos regulam-se pelo direito nacional da pessoa de cuja successão se trata»; Art. 39 — «A forma do testamento é regulada pela lei do logar em que é feito e a substancia pela lei nacional do testador, vigente ao tempo de sua morte». É esta a disposição do Projecto na phase ultima, Art. 14 da lei preliminar: «As successões legitima e testamentaria, a ordem da vocação hereditaria, os direitos dos herdeiros e a validade intrinseca das disposições, qualquer que seja a natureza dos bens e o país em que se achem, serão regulados pela lei nacional do fallecido, salvo o disposto neste Codigo sobre heranças vagas abertas no Brasil».

vado, especialmente sobre o processo e as pessoas juridicas de direito publico externo, encerra o Codigo Civil brasileiro as regras seguintes: Art. 15. Rege a competencia, a forma do processo e os meios de defeza a lei do lugar, onde se mover a acção; sendo competentes sempre os tribunaes brasileiros nas demandas contra as pessoas domiciliadas ou residentes no Brasil, por obrigações contrahidas ou responsabilidades assumidas neste ou noutro país. Art. 16. As sentenças dos tribunaes estrangeiros serão exequiveis no Brasil, mediante as condições que a lei brasileira fixar. Art. 17. As leis, actos, sentenças de outro país, bem como as disposições e convenções particulares, não terão efficacia, quando offenderem a soberania nacional, a ordem publica e os bons costumes. Art. 18. Nas acções propostas perante os tribunaes brasileiros, os auctores nacionaes ou estrangeiros, residentes fóra do país, ou que delle se ausentarem durante a lide, prestarão, quando o réo requerer, caução sufficiente ás custas, se não tiverem no Brasil bens immoveis, que lhes assegurem o pagamento. Art. 19. São reconhecidas as pessoas juridicas estrangeiras. Art. 20. As pessoas juridicas de direito publico externo não podem adquirir ou possuir, por qualquer titulo, propriedade immovel no Brasil, nem direitos susceptiveis de desapropriação, salvo os predios necessarios para estabelecimento das legações ou consulados. Paragrapho unico. Dependem de approvação do Governo Federal os estatutos ou compromissos das pessoas juridicas estrangeiras de direito privado, para poderem funcionar no Brasil, por si mesmas, ou por filiaes, agencias, estabelecimentos que as representem, ficando sujeitas ás leis e aos tribunaes brasileiros.





PARTE SEGUNDA

DO DIREITO SUBJECTIVO

CAPÍTULO I

Do direito subjectivo e de seus elementos

- § 1.º Noção do direito subjectivo.
 - § 2.º Dos elementos que constituem o direito subjectivo.
 - § 3.º Das divisões do direito civil subjectivo.
 - § 4.º Systema do Codigo Civil Brasileiro.
-

§ 1.º *Noção do direito subjectivo* (1)

A parte primeira deste volume occupou-se do direito objectivamente considerado, isto é, encarou a norma juridica em sua natureza e constituição, em suas differentes especies e na esphera em que se lhe desenvolve a efficacia.

A norma juridica disciplina a actividade natural ao individuo, limitando-a afim de combinar o interesse deste com o do grupo social; (2) quando em accordo com o pre-

(1) Vide § 3.º das Noções fundamentaes.

(2) Conf. Chironi e Abello — op. cit., pag. 110.

ceito juridico, pode a vontade do individuo manifestar-se livremente, exigindo dos outros, quer o respeito para suas acções, quer que em seu proveito se pratiquem determinados actos.

É isso que constitue o direito em sentido subjectivo. (3)
Direito, em sentido subjectivo, é, pois, a faculdade, reconhecida ao individuo e protegida pela organização juridica objectiva, de fazer valer sua vontade de um certo modo. (4)

Windscheid (5) define o direito subjectivo — «o poder ou o dominio da vontade, conferido pela ordem juridica.»
 Ultimamente têm sido muito criticadas as definições do direito subjectivo, que se apoiam nas idéas de *poder* e *vontade*.

(3) Do direito como faculdade (direito subjectivo) pode fallar-se, conforme observa Windscheid (Pandekten, § 37), em um duplo sentido: 1.º direito a um determinado comportamento, acto ou omissão, de um ou mais individuos; 2.º direito a praticar certos actos decisivos para a criação dos direitos da primeira especie ou para modificar e extinguir os já existentes, como, por exemplo — o proprietario tem o direito de alienar a coisa que lhe pertence, o credor tem o direito de ceder o seu credito, etc. Cumpre, entretanto, observar que ordinariamente, quando se falla em direito subjectivo se faz referencia ao primeiro sentido, ora exigindo o titular de outrem uma determinada acção, ora que não perturbe a sua actividade (omissão).

(4) Vide Crome — Parte generale del dir. priv. francese mod., pag. 113. No mesmo sentido: Liebe — Das bürgerliche Recht, vol. 1.º, pag. 12, 1904: — «Das subjektive Recht ist die dem Einzelnen vom objektiven Recht gewährte und geschützte Macht, seinen Willen in gewisser Weise zur Geltung zu bringen;» Pacifici-Mazzoni — op. cit., pags. 1-2: — «Il diritto, in senso subbietivo, è la facolta dell'uomo, riconosciutagli dalla legge, di fare o di esigere da altri qualche cosa»; Chironi e Abello — Op. cit. — pag. 120: «Diritto soggettivo è facolta legittima di volere, potere legittimo di agire.»

(5) Pandekten, pag. 131: «Recht ist eine von der Rechtsordnung verliehene Willensmacht oder Willensherrschaft.»



R. von Ihering, (6) especialmente, combateu-as com energia e sustentou que a substancia do direito subjectivo está no *interesse*; para elle «os direitos são interesses juridicamente protegidos.» (7)

Não é possível dizer-se, affirmam Chironi e Abello, (8) si mais relevante para a formação do direito subjectivo é a *faculdade natural de agir*, abstractamente considerada, ou o *fim* que lhe dá movimento, isto é, o *interesse de agir*. Mas, quando se reflecte que o direito objectivo se dirige á vontade individual, regulando-a e limitando-a, bem se comprehende que na definição do direito subjectivo não pode deixar de entrar a idéa de faculdade de manifestar a vontade em accordo com a norma juridica. O interesse, a satisfação de um goso vêm a ser o *fim* a que se destina a vontade do individuo; mas o direito objectivo não se refere directamente

(6) Escreve Ihering — *Ésprit*, vol. 4.º, pag. 321: «La volonté est l'organe par lequel l'homme jouit du droit. Jouir de son droit c'est goûter toutes les joies que procure l'exercice de la force, c'est se féliciter d'avoir accompli un acte de volonté, par exemple, d'avoir constitué une hypothèque, d'avoir cédé une action; c'est se glorifier d'avoir pu affirmer sa personnalité. Mais quelle misérable chose se serait que la volonté si elle n'avait à exercer son activité que dans les limites restreintes de la froide region du droit! Non, son véritable empire, le théâtre de sa puissance créatrice, commence là où finit le droit. Les droits ne sont point l'étoffe, l'objet de la volonté, ils en sont la condition; ils n'en sont point le but, mais lui servent de moyen. Si la volonté était le but du droit qu'advierait-il des droits entre les mains des personnes sans volonté? Ce seraient donc des droits qui mentiraient à leur but et à leur destination? des lunettes entre les mains des aveugles?»

(7) Ihering — *op. cit.*, vol. 4.º, pag. 339: — «Les droits sont des intérêts juridiquement protégés; le droit est la sécurité juridique de la jouissance.»

(8) *Op. cit.*, pag. 112.



a este fim, applica-se aos meios de attingil-o, sem prejuizo dos interesses collectivos. Assim, na noção do direito subjectivo já está contido o interesse, porque a actividade, o esforço permittido pela lei, tem sempre em vista um fim desejado, (9) naturalmente porque é util. É preciso observar que, si o direito subjectivo encerra a facultade de querer, essa vontade não é sempre e necessariamente uma vontade effectiva. (10) Por isso, até os incapazes de vontade podem possuir direitos, independentemente da existencia de quem os represente e é egualmente possivel ter alguém direitos, ignorando que os possui. (11)

(9) A. e loc. cit.

(10) Crome — Parte gen., pag. 113. A este respeito dizem Chironi e Abello, fazendo grandes concessões á theoria de Ihering: «Ma la legge, a quel modo che connette il diritto soggettivo a chi ha quella naturale facultà di agire che è il sostrato della sua formazione, ove riscontri che l'elemento della naturale possibilità di volere sia difettoso oppur sia manchevole, provvede supplendo al difetto od alla mancanza con la nozione dell' interesse, delle scopo utile: nel caso di semplice difetto soccorre con questo fattore all' attuale insufficienza del poter naturale di volere e di agire in conseguenza, contrapponendo l'incapacità di esercitare il potere all' esistenza giuridica del potere stesso: e nel caso di mancanza totale costituisce col solo fattore dell'interesse il concetto di diritto soggettivo.»

(11) Contra a doutrina de Ihering, diz Windscheid (op. cit., pag. 132) que a substancia do direito não consiste no interesse, mas nas razões concedidas pela organização jurídica para a protecção deste interesse. Não ha duvida, continúa, que a ordem jurídica concede direitos para o fim de satisfazerem os interesses d'aquelle a quem os concede, mas na definição do direito não entra o fim em virtude do qual elle é conferido. Os auctores allemães em geral tem-se pronunciado sobre esta materia; alguns de accordo com Windscheid, outros com Ihering. Contra as idéas de Windscheid tem-se affirmado (e elle proprio reconhece que justamente) que a subsistencia do dominio da



Recentemente Dernburg (12) definiu o direito subjectivo — *a quota sobre os bens da vida, que pertence a uma pessoa na sociedade humana*. Crome, (13) em seu «System des Deutschen Bürgerlichen Rechts» também affirma que o direito subjectivo é a parte sobre os bens, na sociedade humana, que é reconhecida e garantida a uma pessoa pela ordem juridica. Essas definições se aproximam da de Ihering, pôr considerarem a *utilidade* no direito subjectivo; mas cumpre notar que Dernburg, differentemente de Ihering e Crome, julga o direito subjectivo de todo independente do direito objectivo, isto é, que elle existe antes da norma juridica, segundo a qual pode o individuo agir ou omittir. (14)

vontade correspondente ao direito é independente da vontade real do titular. Windscheid tinha, nas primeiras edições de seu livro, procurado evitar esta difficuldade, dizendo que «a ordem juridica, ao conceder um direito, não declara decisiva a vontade do titular, mas um certo *conteúdo de vontade*.” Renunciou, porém, a esta explicação por insufficiente. A difficuldade se evita, considerando que o direito subjectivo não é a vontade effectiva em exercicio, do titular, mas a faculdade, a possibilidade de desenvolver a vontade em determinado sentido.

(12) Pandette cit., pag. 101. Em seu «Bürgerliches Recht» define Dernburg: «Direito em sentido subjectivo é a parte sobre os bens da vida (Anteil an den Lebensgütern) que a vontade geral reconhece e garante como pertencente a uma pessoa.» Quasi identico é o conceito de Jellinek — System der subjektiven öffentlichen Rechte, — 1892, pag. 42: «Direito subjectivo é o bem ou o interesse protegido pelo reconhecimento do poder da vontade humana».

(13) System cit., pag. 161. Crome em seu outro livro — Parte generale del dir. priv. fr. mod. — ao definir o direito subjectivo, encara-o como «faculdade de querer.»

(14) Sobre este ponto, vide § 3.º das Noções fundamentaes. É conveniente salientar bem que o direito objectivo e o subjectivo são dois aspectos de um mesmo phenomeno; um não é anterior ao outro, assim como um não é o producto ou o effeito do outro. Vide também



A tendencia da doutrina mais recente é para conciliar o conceito de Windscheid com o de Ihering. Coviello diz poder definir-se o direito subjectivamente considerado — «poder de agir em satisfação dos proprios interesses, garantido pela lei». — Groppali observa: «Occorre logo para se formar um conceito mais comprehensivo e exacto do direito subjectivo integrar estes dois elementos e ter em conta tanto o fim garantido como a vontade protegida pelo conseguimento deste. Por isso acreditamos que, melhor do que todos acertou no alvo Jellineck, que, integrando os dois elementos, o poder da vontade e o interesse, explicados respectivamente pela theoria de Windscheid e pela de Ihering, definiu o direito subjectivo: «um interesse protegido mediante o reconhecimento da vontade individual». De resto, mais ainda do que da definição de Jellineck, este conceito integral do direito subjectivo transparece claramente desta outra que dá Vanni, designando-o «a faculdade dos individuos e dos entes collectivos agirem em conformidade com a norma que garante os seus fins e interesses e de exigirem dos outros aquillo que lhes é devido em virtude da mesma norma». No mesmo sentido as definições de Capitant, Romano, Del Vecchio. Alessandro Levi que, na obra — *La Società et L'Ordine Juridico* — 1911 — já submetera a especiosa critica os conceitos de Windscheid e Ihering, concluindo por afirmar —

Gierke — op. cit. Escreve Alessandro Levi — *Teoria Filosofica dell'Ordine Giuridico*, 1914: — «È vero che il diritto oggettivo ha un primato logico di fronte al diritto soggettivo; ma da ciò non discende punto che questo sia una creazione di quello, essendo le nozioni di diritto oggettivo e diritto soggettivo interdipendenti, i due aspetti necessari del medesimo concetto — il concetto di ordine giuridico.»



le droit subjectif est une liberté garantie moyennant la coactivité étatique — explica seu pensamento na obra mais recente — Contributi ad una teoria filosofica dell'ordine giuridico — 1914. Na definição do direito subjectivo, diz, devem entrar: 1.º o caracter de actividade, que determina a esphera de acção propria do titular do direito; 2.º o caracter de potencialidade desta actividade, com o que se comprehendem os direitos dos incapazes e daquelles que não têm conhecimento da existencia mesmo de seus direitos; enfim, o caracter da garantia, attribuida pela ordem juridica áquella esphera de licitude, garantia, por força da qual é imposta, ainda independente da effectiva vontade do titular do direito, uma certa attitude aos sujeitos das obrigações correspondentes áquelle direito. Conclue, definindo: «*diritto soggettivo è libertà di agire, garantita da una norma giuridica*».

A faculdade natural de agir torna-se juridica pelo reconhecimento do direito objectivo, e assim em vez da *força individual*, o meio de desenvolver livremente a sua actividade e de exigir certos actos em seu proveito, encontra o individuo na *força social*, de que é revestido pela lei. (15) Por isso, recorrer á propria força para proteger os seus direitos é offensa á ordem, salvo o caso em que a esse extremo é levado o individuo pela necessidade imperiosa de defender a vida, a honra, os bens de um perigo imminente. (16)

(15) Vide Chironi e Abeilo — op. cit., pag. 125. Diz Crome — Parte gen., — pag. 116: “O direito, em sentido subjectivo, torna-se um *poder*” por effeito do reconhecimento e da tutela que lhe concede o direito objectivo adquirindo, por isso, a coercibilidade.”

(16) Conf. Crome — loc. cit.: — “só em casos muito limitados con-

O direito subjectivo, como faculdade que é, não obriga o titular a manifestar a sua vontade; contem uma simples possibilidade. Assim, o individuo pode consentir que seu direito seja violado (*volenti non fit injuria*), pode, em regra, deixar de usal-o ou a elle renunciar. (17) É necessario, contudo, que, procedendo desse modo, não offenda ás leis de ordem publica. (18)

O direito subjectivo dá logar a relações entre a pessoa a quem pertence e outra pessoa ou entre ella e uma coisa. Essas relações, porque se baseiam no direito subjectivo, sendo, por consequencia, reguladas pela norma de direito, denominam-se *relações jurídicas*. (19) Embora o direito re-

cede-se ao offendido defender por si mesmo immediatamente o seu direito. Vide tambem Chironi e Abello — loc. cit.

(17) É sabido que para R. von Ihering o direito subjectivo acarreta para o titular o dever de defendel-o. Sua bella monographia — *Der Kampf um's Recht* — desenvolve de modo eloquente este conceito. Vide a respeito a nota (15) do § 3.º das Noções fundamentaes e Windscheid — *Pandekten*, — pag. 131, nota 2.ª a de Kipp.

(18) Chironi e Abello — loc. cit.; — Crome — loc. cit. Sobre a automutilação, vide o Capitulo seguinte, paragrapho 1.º e a obra de Binding — *Handbuch des Strafrechts* — especialmente §§ 32, 146, 148 e 149.

(19) Dernburg — *Pandette* — pag. 104; Pacifici-Mazzoni — *Istituzioni* — vol. 2.º, pag. 2. Windscheid entende que estas relações podem ser *sómente* uma relação jurídica, isto é, uma relação creada pela ordem jurídica como, por ex.: a propriedade, ou ao mesmo tempo uma relação da vida a que a ordem jurídica não faz mais que adherir, por ex.: a posse. A base da theoria das relações jurídicas foi estabelecida por Savigny. Bierling — *Kritik der juristischen Grundbegriffe* — vol. 2.º, 1883, pag. 38, distingue as relações jurídicas simples das compostas. Vide tambem Gierke, op. cit. — § 28; Regelsberger — op. cit., — § 13 e Puntschart — *Die fundamentalen Rechtsverhältnisse des römischen Pri-*

gule as relações entre os individuos, muitas vezes, além do factor pessoal, intervem um outro termo que se chama coisa, (20) e não ha motivo para excluir as relações reaes do conceito de relação juridica, como fazem alguns auctores. (21)

O complexo das normas de direito relativas a uma relação juridica chama-se *instituto juridico*. (22)

vatrechts (1885), pags. 57 e segs.; Alves Moreira — Instituições de Dir. Civ. Português, vol. 1.º, pag. 122.

(20) Bensa — op. cit. — pag. 56.

(21) Assim Savigny — System — vol. 1.º, pag. 333, que define a relação juridica como uma relação entre pessoa e pessoa, determinada por uma regra de direito. Em sentido contrario se pronunciam com razão os escriptores mais modernos, como Crome — System — pag. 161; Regelsbergcr — loc. cit.; Gierke — loc. cit.; Dernburg — loc. cit. Escreve Fadda — Teoria del Negozio Giuridico — 1909, pag. 25: “In particolare si osserva che di rapporti di diritto, di diritto soggettivo può parlarsi solo tra uomo ed uomo, non quindi tra uomini e cose: che è una *immagine realistica* il diritto reale “configurato come partente dalla persona del titolare ed incidente sopra la cosa”. In buona sostanza nel diritto reale si potrebbe esigere il rispetto per parte di una serie indeterminata di persone, ma poichè alla mente ripugnerebbe questa rappresentazione di infinite obblighi di tutti i presenti e futuri verso una persona si preferirebbe rappresentare la persona in rapporto diretto con una cosa: onde quell’immagine realistica.”

(22) Windscheid-Pandekten — pag. 140; Dernburg-Pandette — pag. 105; Pacifici-Mazzoni — loc. cit. Escreve Alves Moreira: “Ao systema de normas que regula um determinado grupo de relações juridicas, dá-se o nome de *instituto juridico*. Assim forma um instituto juridico o matrimonio, o poder paternal, a propriedade, a hypotheca. No estudo dos institutos juridicos é necessario attender ás maiores ou menores afinidades que entre elles ha, para que, pela sua conveniente systematização, se forme uma idéa nitida de cada um delles e de seu conjuncto, determinando-se os principios geraes que o dominam e os que são peculiares de cada um” (op. cit., pag. 122).

A propriedade, o patrio poder, a tutela, etc., considerados *subjectivamente*, são *relações jurídicas*; encarados em *sentido objectivo*, são *institutos jurídicos*. Desse modo é que se falla em *instituto do casamento, do contracto, da posse*, etc. (23) Quando as normas atravessam todo o systema juridico, como, por ex., as sobre a culpa, não constituem um instituto juridico. (24)

(23) Ha certos casos em que se costumam empregar outras expressões para se designar o conjuncto das regras concernentes a uma relação jurídica. Assim, diz-se habitualmente — systema hypothecario, regimen dotal, etc., em vez de instituto da hypotheca, do dote, etc.

(24) Dernburg — op. cit., pag. 105, nota (6).



§ 2.º *Dos elementos que constituem o direito subjectivo*

Os elementos constitutivos do direito subjectivo são:

- a) o sujeito;
- b) o objecto;
- c) o facto que estabelece a relação jurídica entre os dois termos;

d) a garantia (acção jurídica civil). (1)

A) *O sujeito*. O direito subjectivo, como faculdade de manifestar a vontade em um sentido determinado, supõe sempre a existencia de um sujeito, isto é, de alguém cuja vontade é decisiva para a constituição da relação jurídica. Diz R. von Ihering: (2) «Em todo direito a primeira coisa a considerar é o sujeito.» Escrevem Chironi e Abello: (3)

(1) Gianturco — Istituzioni — pag. 27. Chironi e Abello (op. cit., pag. 120) apresentam como elementos constitutivos do direito subjectivo: 1.º o sujeito; 2.º o objecto; 3.º o conteúdo; 4.º a garantia. Ihering, considerando os elementos anatomicos do direito, indica o sujeito, o objecto, o conteúdo, o effeito, a acção (Esprit, vol. 3.º, pag. 57). Em outro sentido escreve este auctor (op. cit., vol. 4.º, pags. 327 e 328): «Deux éléments constituent le principe du droit; l'un *substantiel*, dans le quel réside le but pratique du droit, et qui est l'utilité, l'avantage, le gain assuré par le droit; l'autre *formel* qui se rapporte à ce but uniquement comme moyen, savoir: la *protection* du droit, l'*action en justice*. Celui-là est le fruit, dont celui-ci est l'enveloppe protectrice». Vide, no sentido do texto, Paulo de Lacerda — Manual do Cod. Civ. bras., vol. 1.º, pag. 5 (1916).

(2) Esprit, vol. 3.º, pag. 57.

(3) Op. cit., pag. 122-123. Poude afirmar Demogue — Notions Fondamentales de Droit Privé, 1911: — «La théorie du sujet du droit est d'une importance incontestable, puisqu'il s'agit d'une des bases de la technique juridique, la science ayant construit tout son système de règles sur la base de la personnalité, tous les rapports sociaux étant



«A lei, regulando os factos a que attribue o character de juridicos, pode reconhecer em abstracto um direito e dar-lhe uma existencia em si, como direito objectivo; não pode, porém, crear em concreto o direito subjectivo, sem que concorra o acto de quem pretende valer-se delle; o poder de querer, constituindo o conteúdo do direito em relação a quem o tem, não pode ser separado e considerado independentemente do sujeito a que se refere. (4) A formula que fixa aquillo que é direito, que diz quando a acção é legitima, refere-se ao *agente* cuja liberdade governa: e este agente (sujeito) necessariamente suppõe, representando ella o elemento social que governa a individualidade, o poder do individuo, que é o factor primeiro da existencia collectiva.» Apezar de ser o sujeito uma exigencia incondicional do direito subjectivo, (5) escriptores ha que admittem a existencia de direitos sem sujeito. Em primeiro logar se apresenta Windscheid, que desde 1856 (6) sustentava que mui-

analysés en des droits, et tous ces droits rattachés à des personnes comme sujets.»

(4) Isso vem demonstrar que na determinação dos elementos do direito subjectivo não se deve considerar o *conteúdo* em separado, pois se acha intimamente ligado ao sujeito; além de que, si é verdade que o *conteúdo*, como faculdade de agir dentro dos limites legais, da mesma forma que o *interesse*, como *fim* que procura o individuo, se acham *contidos* no conceito do direito subjectivo, deve-se reconhecer que não constituem propriamente elementos anatomicos do direito: o *conteúdo* é a *utilidade immediata* do direito subjectivo para o sujeito; o *interesse* é a *utilidade mediata ou final*.

(5) Crome — System, pag. 163: «Unbedingtes Erfordniss des subjectiven Rechts ist ein Subjekt, welchem es zusteht.»

(6) Die Actio des römischen Civilrechts, pags. 234 e segs.; Pandekten, vol. 1.º, § 49, nota (3).



tas vezes os direitos não têm sujeito, mas simplesmente se destinam a um certo fim, por ex.: ao fim do Estado, ao de cuidar dos enfermos, etc. (7) e outras vezes se encontram direitos em expectativa, aos quaes sobreveem o homem como seu sujeito. (8)

Entretanto, como pondera Crome, (9) chegou-se a admitir a existencia excepcional de direitos sem sujeito, por uma apreciação imperfeita de certos phenomenos em que esse elemento essencial parece faltar.

Diz o eminente escriptor: «Antes de tudo, quando um certo circulo de direitos e deveres não está ligado ao individuo como seu portador, mas a outras organizações (Estado, Communas, Corporações) que, como pessoas ficticias (juridicas), se oppõem ás pessoas naturaes e uma vez que a ficção apresenta como real alguma coisa de imaginario, segue-se que na realidade das coisas os direitos attribuidos ás pessoas juridicas são direitos sem sujeito. Entretanto, ahi não ha ficção alguma. (10) Estado e Communa são organizações originaes, que se encontram em todos os povos; nada têm de artificialmente creados, nem de ficticios. Não

(7) Vide especialmente Pandekten, pag. 187.

(8) Accrescenta Windscheid (loc. cit.) que o caso principal que pertence a este ponto é o em que o chamado á successão de um defuncto ainda não adquiriu a herança; mas em outros casos o direito faz depender de um acontecimento futuro, si este ou aquelle homem será sujeito de direitos; assim os direitos do cidadão romano cahido prisioneiro nem se extinguíam, nem passavam logo aos herdeiros. Vide nota 15 seguinte.

(9) System., pag. 164.

(10) Sobre este ponto, vide o § 2.º do Capitulo seguinte, especialmente.



ha duvida que todos os direitos a elles imputados o são por causa dos homens; mas a corporação, em que os individuos se acham, é uma necessidade social, um ser de existencia real e assim tambem um *sujeito real*, um portador de direitos». (11)

Quando os direitos não competem ás pessoas presentes, mas esperam entidades futuras, (12) ha uma certa apparencia de verdade na affirmativa de que não têm sujeito. Mas, como diz Dernburg, (13) na realidade não se trata de uma *negação absoluta* e sim de uma attribuição do direito a uma pessoa futura esperada. «Certamente, continúa, uma tal pessoa, a principio apenas imaginada, é o sujeito juridico, no caso de sua existencia futura. Os Romanos, em casos desta especie, tentam o mais possivel, mediante ficções, formar uma pessoa concreta actual, a que os direitos se refiram. Consideram, em particular, o concebido como pessoa já existente para lhe attribuir direitos.» (14) Mais exacto é reconhecer-se que, si o direito subjectivo não pode ser admittido sem um sujeito, de *modo absoluto*, ha certas conjuncturas em que *provisoriamente* está sem este elemento, porquanto é esperado, mas ainda não existe. (15)

(11) Crome — loc. cit.

(12) Como quando, por ex., se trata de um individuo apenas concebido, ou ainda nem sequer concebido, em relação a legados.

(13) Pandette, pag. 128. Vide tambem seu Bürgerliches Recht, pag. 132.

(14) Dernburg — Pandette, cit. loc., cit.

(15) Nesses casos não ha propriamente um direito que não tenha absolutamente sujeito, porquanto este direito é attribuido a alguem que é o seu sujeito, embora ainda se o espere; succede então que, durante o periodo da expectativa, fica o direito *provisoriamente* sem um sujeito actual.



Ao sujeito do direito chama-se *pessoa*. Ao conjunto das condições que tornam a pessoa apta a exercer os direitos

É essa uma questão ainda hoje muito controvertida. Admittem a existencia de direitos sem sujeito: Köppen — Die Erbschaft, § 1.º, Lehrbuch des Erbrechts, § 2.º; Demelius — Die Rechtsfiction; Unger — Oesterreiches Erbrecht, § 7.º; Bruns — in Holtz. Encyklopedie, § 15; Bekker — Jahrbuch für Dogmatik, XII, Pandekten, 1.º vol., pags. 50-55; Regelsberger — Pandekten, cit., § 15. Em sentido contrario se pronunciam: Kuntze — Die Obligation; Arndts — Pandekten, § 21; Ihring — Jahrbuch für Dogmatik, pags. 390-391; Böhlau — Rechtssubjekt und Personenrolle, pags. 4 e segs.; Bolze — Begriff der jur. Person; Gierke — Deutsches Privatrecht, § 29; May — Elements de droit romain, vol. 1.º, n. 42; Barinetti — Dir. rom., § 44; Ronga — Corso d'istitut. di diritto romano, vol. 1.º, pag. 15; Chironi e Abello — Trattato cit., pags. 120-124; Giorgi — Dottrina delle persone giuridiche, vol. 1.º, pags. 37 e 90; Bianchi — Corso di dir. civ. ital., vol. IV, pag. 2. Ronga — loc. cit. — assim se exprime: "Os juriconsultos romanos, homens de pratica e alheios ás especulações metaphysicas, que julgavam disputas ociosas, não se propuzeram a questão, hoje tão agitada, si o direito, considerado como faculdade de agir, pode existir sem um sujeito, isto é, sem um ser que seja delle investido. Por outro lado implicitamente resolveram-na em sentido negativo, creando sujeitos artificiaes para as relações juridicas que não tinham um sujeito natural. Verdadeiramente é absurdo e contradictorio nos proprios termos dizer-se que existe um direito que não pertence a alguem, como sel-o-ia dizer-se que a coisa pensada pode apresentar-se sem um ser pensante." Diz tambem Gierke (loc. cit.) "Die Annahme subjektloser Rechte ist ein Widerspruch in sich selbst."

Fadda e Bensa, em nota á traducção das Pandectas de Windscheid, declaram: "Para nós todo direito tem um sujeito; este pode faltar temporariamente." É todavia innegavel, accrescentam, que na realidade occorrem casos em que um direito se apresenta, faltando-lhe o sujeito, ou porque ainda não o teve, ou porque o perdeu. O direito romano e o moderno offerecem muitos exemplos desse genero. O *civis Romanus* cae prisioneiro dos inimigos: o direito de sua patria risca-o do numero dos seres capazes de direito. Dever-se-á por isso dizer que todas as relações juridicas, que nelle se concentram, desapparecem ou passam aos que seriam seus herdeiros, si tivesse morrido? Ambas as soluções foram repudiadas: a primeira porque salta aos olhos seu



denomina-se *capacidade de agir juridicamente*. Pessoa (sujeito do direito) é em primeiro lugar o homem; mas além

desastroso efeito pratico; a segunda porque o cidadão pode voltar, antes espera-se que volte (*spes revertendi* fr. 12 *de captivis* 49.15), e como não se comprehendia a *hereditas viventis* não se teria admittido a restituição da hereditas ao que volta do captivo. O direito classico nos ensina de modo indubitavel que as relações juridicas não se extinguem, mas havia nesse caso um estado de suspensão (Gaio I, 129; Ulpiano X, 4: "*patria potestas in filio ejus interim pendebit.*") Quanto ao direito moderno apontam Fadda e Bensa o Art. 764 do Cod. Civ. Italiano, segunda parte, que dispõe: "podem receber por testamento os filhos immediatos de uma determinada pessoa viva ao tempo da morte do testador, *mesmo que não sejam ainda concebidos.*" Na herança jacente, affirmam tambem, ha falta, pelo menos apparente, de sujeitos do direito hereditario. Um outro caso que indicam do direito que se apresenta sem sujeito é o do titulo ao portador abandonado. Ihering sustenta que o principio que direitos e obrigações não existem sem sujeito é uma das mais incontestaveis e evidentes verdades; mas distingue no direito o lado activo (die active Seite) a que correspondem efeitos activos (active Wirkungen) e o lado passivo (die passive Seite) com efeitos passivos (passive Wirkungen). O fim e a razão de ser do direito existem no titular; o direito existe para assegurar-lhe as faculdades de disposição que formam o seu conteúdo. Nisso consiste o lado activo do direito e o seu efeito correspondente. Mas o direito, com excepção do de personalidade, manifesta a sua efficacia tambem fóra do titular, estabelecendo uma relação entre este e uma coisa ou uma pessoa, relação por meio da qual fica esta pessoa ou esta coisa vinculada para os fins do sujeito.

Normalmente não ha interesse em pôr em relevo o lado passivo do direito, mas tal interesse existe pela possibilidade de se apresentar elle *provisoriamente* sem o lado activo, na expectativa deste. *Quando assim, de modo transitorio, falta o sujeito*, visto como não pode fallar-se de extincção, é conveniente abandonar a idéa de um sujeito ficticio, accentuando que o direito continua a existir sómente em attenção ao futuro sujeito. Ihering sustenta, portanto, a impossibilidade de existencia de um direito que absolutamente não tenha sujeito, mas admite que provisoriamente elle falte, demonstrando "com uma logica poderosa" a razão e a natureza desse estado transitorio. Vide sobre a doutrina de Ihering a excellent note u de Fadda e Bensa—Pan-



delle têm direitos e, portanto, capacidade jurídica certas organizações collectivas, necessarias ou uteis á co-existencia social. D'ahi a divisão das pessoas em: pessoas naturaes e pessoas juridicas. (16) Além dos individuos e dessas organizações não ha outros sujeitos de direito. (17)

b) *Objecto*. É este outro elemento essencial de todo direito subjectivo. A expressão «objecto» como elemento do direito subjectivo, não tem uma significação bem determi-

dette di Windschid, vol. I, parte 2.^a, pags. 710 a 715. Contra Ihering se pronunciou Bekker — loc. cit. Chironi e Abello declaram que o direito não pode existir sem um sujeito e que não se deve distinguir entre o conceito do direito e o seu exercicio para d'ahi argumentar que não é necessario o sujeito no primeiro caso, mas só no segundo, em que o poder de querer se transforma em vontade real, que residirá então ou nas mesmas pessoas a que pertencia o poder ou em outrem que será seu representante; não é o exercicio do direito que determina a necessidade do sujeito, mas a sua propria essencia, porque pode-se ter direito e comtudo não o exercer (op. cit., pag. 123).

Regelsberger, que admite a existencia de direitos sem sujeito, entende que isso pode succeder unicamente quando elles encerram uma relação do titular para com uma coisa exterior; assim os direitos á liberdade, á honra, á integridade corporal, etc., são inconcebiveis sem sujeito (loc. cit.).

(16) Cumpre notar que muitas vezes é indeterminado o sujeito do direito e, como faz vêr von Ihering (Ésprit — 3.^o vol., pag. 57), a solução da questão de saber *quem* deve ser considerado juridicamente como sujeito de um direito pode levantar grandes difficuldades. Vide os exemplos que elle aponta (loc. cit.).

(17) Assim, por ex.: os animaes e as coisas não têm direitos. Diz Crome — System, pag. 164, nota 19: "Ein Pferd hat kein subjektives Recht auf Gnadenbrod." Bekker — Jahrbuch für Dogmatik, vol. 12, pags. 1 e segs. — queria admittir pretensões de cavallos e cães aos seus nomes, mas abandonou depois essa idéa — Pandekten, vol. 1.^o, § 19. Vide Paulo de Lacerda, Manual do Codigo Civil Brasileiro, vol. 1.^o, 1916, pag. 6 e nota 2.

nada. (18) Alguns auctores empregam-na de referencia unicamente ás coisas corporeas; (19) em regra, porém, é ella usada para significar tanto as coisas corporeas que constituem o abstracto de nosso poder physico e juridico, como tambem as acções (prestações, objectos incorporeos do direito) que nós, por força de nosso direito, podemos exigir dos outros. (20) É esta ultima a noção mais propria, pois abrange toda a utilidade ou interesse do direito subjectivo. (21)

c) *O facto que estabelece a relação jurídica entre os dois termos.* Examinado o direito subjectivo em sua estrutura, viu-se que tem um *sujeito* a quem compete exercel-o e em cujo beneficio é pela ordem juridica determinado o seu *conteúdo*, tem um *objecto*, no qual se corporifica, por assim dizer, o *fin* do direito, isto é, sua utilidade para o sujeito, o interesse que impelle este a desenvolver a sua actividade. Mas, para que entre estes dois elementos se estabeleça a relação juridica, é necessario que ocorram certos acontecimentos capazes de resolver em uma realidade concreta, de desenvolver na acção, na vida, o poder do sujeito. (22)

Estes acontecimentos, pelo effeito que produzem, dizem-se *factos juridicos* e constituem um elemento indispensavel do direito subjectivo, porquanto, sómente por meio delles, «assume existencia concreta uma determinada rela-

(18) Unger — System, cit., vol. 1.º, pags. 499 e 501; Chironi e Abello — Trattato cit., pag. 124.

(19) Unger aponta Arndts — Pandekten, 3.º Capit.

(20) Unger — loc. cit.; Chironi e Abello — loc. cit.

(21) Sobre este ponto vide Capitulo III seguinte.

(22) Chironi e Abello — op. cit., pag. 351.



ção considerada em abstracto» (23) pelo direito objectivo.

Esses factos produzem, conforme correntemente se diz, «com expressão figurada, ainda que não propriamente correcta», (24) o *nascimento ou a aquisição*, a *modificação* e a *extincção* ou a *perda* dos direitos. (25) São taes acontecimentos de diversas especies: ás vezes são puramente *naturaes*, extranhos á acção do titular do direito ou de outras pessoas; outras vezes são *factos directos do sujeito*; *actos de terceiras pessoas*, ou então *concurso cumulativo de factos diferentes*. (26)

d) *A garantia* (acção judicial civil). Estabelecida a relação entre o *sujeito* e o *objecto* do direito por meio do *facto juridico*, para que o titular (sujeito) desenvolva sua actividade em satisfação de seu interesse reconhecido legitimo pela ordem jurídica, torna-se necessaria a garantia de que não encontrará obstaculos por parte dos outros individuos ou d'aquelle contra quem se dirige o seu direito. Todo direito é munido de tal garantia, que se reduz a uma acção contra aquelles que perturbarem o seu exercicio. Com a acção se procura reconstruir o estado anterior á lesão do direito, si esta consiste na alteração de uma situação legitima, ou a realisação de um fim conforme ao direito, si a lesão consiste em um impedimento de alcançal-o. (27)

(23) Chironi e Abello — loc. cit.

(24) Chironi e Abello — loc. cit.

(25) A *aquisição* pode coincidir com o *nascimento* do direito e a *perda* com a *extincção*; mas é possível a *aquisição* de direitos já existentes e que pertenciam a outro sujeito, como tambem pode haver perda sem *extincção*. Vide Bensa — op. cit., pags. 122-123.

(26) Vide Capitulo IV seguinte.

(27) Vide Capitulo V seguinte.



§ 3.º *Das divisões do direito civil subjectivo*

Partindo do conteúdo do direito subjectivo, isto é, da natureza do poder concedido ao sujeito, costumam os auctores, especialmente allemães, estabelecer a seguinte distincção: (1)

O poder ou a faculdade contida no direito subjectivo dirige-se:

1.º Contra pessoas individualmente determinadas ou susceptíveis de determinação. Neste caso o direito do titular consiste em poder exigir de taes pessoas uma certa acção ou omissão. Trata-se ahi de um DIREITO RELATIVO, porque se funda em uma relação pessoal entre o sujeito e o individuo obrigado. (2) A principal figura de direitos dessa especie é a dos *Direitos das obrigações*. (3)

2.º Contra toda e qualquer pessoa; e o direito existe pelo simples facto da pessoa que o tem. Este DIREITO chama-se ABSOLUTO.

(1) Crome — System., pag. 166; Cosack — Lehrbuch, pag. 53; Windscheid — Pandekten, § 41; Unger — System., pag. 504; Stobbe — Lehmann — Handbuch, vol. 2.º, I, pags. 83 e segs.; Chironi e Abello — Trattato, pag. 114; Neuner — Privatrechtsverhältnisse, pags. 14 e segs., 70 e segs., Bierling — Kritik, vol. II, pags. 179 e segs.; Zitelmann — Internat. Privatrecht, vol. 1.º, pag. 48; Mathiasse — Lehrbuch, vol. 1.º, § 17; Leonhard — Allgemeiner Theil, §§ 45 e 54.

(2) Crome — loc. cit., entende que esta divisão fornece apenas um principio de distincção, mas ás vezes é muito subtil o ponto de separação. Vide nota seguinte.

(3) As relações obrigacionaes, entretanto, têm uma efficacia absoluta no que se refere ao respeito que lhes devem terceiras pessoas. Vide Crome — loc. cit. e Cosack — loc. cit.



Os *direitos relativos* são:

- a) os direitos das obrigações;
- b) os direitos reciprocos entre uma sociedade ou corporação e os seus membros.

Os *direitos absolutos* podem ser considerados:

- a) em relação ás pessoas — direitos da Família;
- b) em relação aos bens — direitos reaes;
- c) em relação á propria pessoa do titular — direitos personalissimos;
- d) em relação á pessoa e aos bens de um individuo morto — direitos de successão. (4)

Quanto ao seu objecto os direitos subjectivos se distinguem por serem:

1.º PATRIMONIAES, que são todos aquelles direitos susceptiveis de apreciação pecuniaria. (5)

2.º NÃO PATRIMONIAES, que são os que não podem computar-se em dinheiro. (6)

Os *direitos patrimonias* subdividem-se em:

- a) direitos das obrigações, cujo objecto consiste em uma prestação pessoal e que, por isso, alguns auctores chamam tambem direitos pessoaes;
- b) direitos reaes, cujo objecto é uma coisa.

Os *direitos não patrimonias* são:

- a) os direitos sobre a propria pessoa, como o direito

(4) Vide especialmente Crome — loc. cit.; Cosack — loc. cit.; Gierke — loc. cit.

(5) G. Giorgi — Diritto delle Obligazioni, vol. 1.º, pag. 2.

(6) Giorgi — loc. cit.



á vida, á liberdade, á integridade corporal, á honra, ao nome, etc.

b) os direitos da Família, que, por consistirem em relações não economicas entre pessoas (posto de parte o lado economico da sociedade familiar), alguns tambem denominam direitos pessoaes. (7)

Ha uma classe de direitos — os de successão — que têm um lado caracteristicamente patrimonial, mas por outro lado têm relações intimas com os direitos da Família onde vão haurir os seus principios sobre a vocação hereditaria legitima.

A primeira divisão tem uma importancia simplesmente theorica, mas a segunda pode fornecer um criterio seguro para a classificação dos direitos. Assim, encarados em relação ao seu objecto, os direitos podem ser distribuidos em cinco classes caracteristicamente assignalaveis:

- 1.^a direitos das obrigações;
- 2.^a direitos reaes;
- 3.^a direitos sobre a propria pessoa;

(7) A expressão — *direitos pessoaes* — tem sido empregada em diferentes accepções. Direitos pessoaes são chamados: a) os direitos sobre a propria pessoa; b) os direitos da Família; c) os direitos das obrigações. Windscheid emprega o termo generico — *persönliche Rechte* — de referencia tanto aos direitos das pessoas como aos das obrigações. Outros auctores, porém, reservam a expressão — *persönliche Rechte* — aos direitos das obrigações, empregando a palavra — *Personenrechte* — para os direitos das pessoas; assim Unger e Dernburg.

Nesta obra quando se emprega o termo — direitos pessoaes, — é em sua accepção generica, em opposição aos direitos reaes; para cada uma das respectivas especies reservam-se as expressões, com que costumam ser hoje designadas.

- 4.^a direitos da Família;
- 5.^a direitos de successão.

É verdade que entre todos os direitos existem relações intimas e alguns principios ha que a todos são communs; entretanto, a impossibilidade de serem conjunctamente considerados determinou sempre um processo de separação pelo qual se procurou reunir em grupos os que, apresentando caracteres semelhantes, se differençavam dos outros por um ou mais pontos de capital importancia.

Em um tratado systematico de direito civil moderno é necessaria uma «Parte Geral», onde sejam estudados os principios communs a todos os direitos civis. Ali se deve determinar o conceito do direito civil subjectivo, como tambem cumpre analysar os seus quatro elementos: 1.^o *o sujeito*; 2.^o *o objecto*; 3.^o *o facto juridico*; 4.^o *a garantia*. É exactamente do que se occupam os quatro capitulos seguintes do presente volume.

Das cinco classes de direitos que foram assignaladas, uma — a dos direitos sobre a propria pessoa ou direitos personalissimos — por estar estreitamente ligada ao sujeito do direito, não pode ser destacada para um estudo especial; assim os principios que lhe concernem serão estabelecidos e estudados ao ser analysado o primeiro elemento do direito — o sujeito (pessoa).

As outras quatro classes, porém, constituem objecto de estudos especiaes e serão tratadas nos quatro volumes que a este se seguirão :

Volume segundo — Das obrigações.

Volume terceiro — Dos direitos reaes.



Volume quarto — Dos direitos da Família.

Volume quinto — Dos direitos de successão.

Essa ordem de collocação dos differentes grupos de institutos juridicos não se impõe de modo rigoroso e absoluto; por isso não ha sobre esse ponto verdadeiro accordo entre os escriptores.

Muitos preferem começar o estudo da Parte Especial pelos *Direitos da Família*; assim — Roth — System; Gabba — Questioni, Teoria della retroattività; D'Aguano — Genesi; Gianturco — Istituzioni; Ribas — Curso de Direito Civ. Brasileiro; C. Bevilaqua — Projecto.

Outros collocam em primeiro logar os *direitos reaes*; assim — Gierke — Deutsches Privatrecht; Chironi e Abello — Trattato; Cogliolo — Filosofia; Pacifici-Mazzoni — Istituzioni; Dernburg — Pandette; Windscheid — Pandekten; Carlos de Carvalho — Consolidação.

Outros, emfim, começam pelas *obrigações*; deste modo — Crome — System; Cosäck — Lehrbuch; Dernburg — Deutsches Privatrecht; Endemann — System; Kühlenbeck — Von den Pandekten zum B. G. B.; Alves Moreira — Inst. de Dir. Civ. Português; Código Civil Allemão; Projecto Coelho Rodrigues.

Entretanto, a preferencia por este ultimo processo justifica-se pela maior facilidade que offerece para uma exposição methodica. Com effeito, estabelecidos os principios geraes, communs a todos os direitos civis, a ordem em que têm de apresentar-se as differentes classes de institutos juridicos deve ser determinada pelo criterio seguinte: aquelles institutos, para cuja comprehensão forem sufficientes as regras estabelecidas na Parte Geral, convem sejam conside-



rados em primeiro lugar; em seguida devem ser tratados os que, com o conhecimento destes, ficam satisfactoriamente esclarecidos e enfim os que dependem dos outros ou de uma vista de conjuncto.

Ora, uma vez firmada a noção do direito subjectivo e estudados os seus elementos, os institutos juridicos, que se incluem no grupo das obrigações, podem ser claramente apreciados, independentemente de quaesquer outros. (8) O mesmo não se verifica em relação aos direitos reaes e muito menos aos da Família e de successão, pois aquelles em muitos pontos (como, por ex.: o penhor, a hypotheca, etc.) estão subordinados ao conhecimento dos principios sobre as obrigações e os da Família e de successão dependem de todos os outros para sua comprehensão nitida.

Ultimamente tem sido estudada na Allemanha, com muito interesse, a questão dos «direitos sobre direitos».

Os direitos podem constituir de novo objecto de direitos?
Não ha duvida que a expressão é acceita na linguagem

(8) Entende C. Bevilaqua que as obrigações implicam forçosamente a noção de propriedade, desde que transponham o circulo restrictissimo das prestações de serviços reciprocos. Si é verdade que, pela interdependencia em que estão todos os direitos, precisam uns ser esclarecidos pelos outros e si, com effeito, os direitos das obrigações exigem a noção de propriedade, deve-se convir que para o seu estudo não se torna indispensavel o conhecimento dos principios que se referem aos institutos reaes, sendo sufficienté a noção commum que se adquire na pratica da vida. O mesmo não succede com os direitos das coisas em relação ás regras obrigatorias de que dependem.



jurídica e constantemente se falla em usufructo e penhor sobre um direito e até em propriedade de um direito. (9) O Cod. Civ. hespanhol de 1889 (art. 469), tratando do usufructo, diz: «También puede constituirse *sobre un derecho*, siempre que no sea personalísimo ó intrasmisible.»

A questão consiste, pois, em saber si nesses casos o objecto do direito é *o direito*, ou si por intermedio d'elle vae descobrir-se *uma coisa*, que, em ultima analyse, vem a constituir seu objecto. (10) É fóra de duvida que ahi não ha simplesmente expressões figuradas; o verdadeiro objecto de um direito sobre o usufructo, por ex., é o proprio direito de usufructo e não têm razão de ser certas «repugnancias theoricas» em aceitar o factó, como elle realmente é. (11)

Estes direitos, porém, não constituem uma classe á parte, mas pertencem, ora aos direitos das obrigações, ora aos direitos reaes. (12)

(9) Windscheid — op. cit., § 48 a.

(10) Como diz Crome: «Es fragt sich aber, ob mit dem Ausdruck Recht am Rechte» das Wesen des Verhältnisses dichtig bezeichnet wird.»

(11) Vide a respeito Fadda e Bensa — Notas a Windscheid; Neuner (Apud Windscheid); Bekker e Hartmann — Kritische Vierteljahrsschrift, III, 546 e VI, 479; Dernburg — Pandette, vol. 1.º, pag. 346, nota 8; Mansbach (apud Dernburg); Hanausek — Die Lehre von dem uneigentliche Niessbrauch nach gemeinem Rechte, pag. 43; Wendt — Pandekten, pag. 20; Hölder — Pandekten, § 61. Em sentido contrario Kohler, Regelsberger, Gierke. Quanto ao direito romano, é verdade que não conheceu direitos sobre direitos. Conf. Crome — loc. cit.; Dernburg — loc. cit.

(12) Fadda e Bensa — loc. cit.

§ 4.º *Systema do Codigo Civil Brasileiro*

O Codigo Civil Brasileiro segue a classificação allemã. Na Introduccão, composta de 21 artigos, dispõe sobre a obrigatoriedade da lei no espaço e no tempo, determinando (art. 3.º) que em caso algum prejudicará o direito adquirido, o acto juridico perfeito, ou a coisa julgada. O art. 7 provê ás lacunas do direito objectivo e os arts. 8 a 21 occupam-se do direito internacional privado. Encerra uma Parte Geral, (1) onde considera: o sujeito da relação jurídica (pessoa natural e pessoa jurídica); o objecto do direito (differentes classes de bens), com disposições especiaes sobre o «bem de familia», instituição analoga ao *homestead* americano; os factos juridicos (actos juridicos, actos illicitos, prescripção). Da Parte Especial contempla em primeiro lugar o Direito de Familia (arts. 180-484), sendo de notar que ahí, e não na Parte Geral, se occupa da «ausencia». Em seguida vem o Direito das Coisas, a começar pela «posse», que pode ser directa ou indirecta. Estuda em terceiro lugar o Direito das Obrigações, comprehendendo entre as figuras especiaes de contractos: a edição, a representação dramatica, a constituição de renda (que pode tambem provir de acto de ultima vontade), o seguro (regulando algumas de suas modalidades, como o seguro mutuo

(1) O recente Codigo suiso não tem parte geral. Escrevem a respeito Mentha et Rossel: «Pas plus que nos Codes Cantonaux, le Code Civil suisse n'a une «partie générale», semblable à celle du B. G. B. Et vraiment aucune nécessité pratique ne l'appelle, aucune expérience utile ne la recommande même. Cette sorte d'introduction à la loi est l'affaire de la doctrine, non de la législation.»



e o seguro sobre a vida), o jogo e a aposta (figuras a que reconhece os efeitos da obrigação natural). Referindo-se ás obrigações por declaração unilateral da vontade, trata dos «títulos ao portador» e da «promessa de recompensa». Conclue a parte de Obrigações com o concurso de credores. Estabelece finalmente os principios sobre o Direito das Successões. (2)

(2) Conforme á orientação que ao Projecto imprimiu o Dr. Clovis Bevilacqua, o Código, antes dos direitos patrimoniaes, estabeleceu as nôrmas reguladoras do Direito de Família. Parece-nos, todavia, que essa ordem se não deve manter em um tratado didactico de direito civil. *Vide* vol. 2.º deste Systema, pags. 37 e segs., nota (69).



CAPITULO II

Do sujeito do direito

§ 1.º *Da pessoa natural*: a) personalidade humana e direitos personalísimos; b) começo e fim da personalidade humana; c) capacidade jurídica e capacidade de exercer direitos; d) estado civil do individuo; e) domicilio e ausencia; f) actos do estado civil.

§ 2.º *Da pessoa jurídica*: a) conceito e classificação das pessoas jurídicas; b) sua existencia e capacidade jurídica.

§ 1.º *Da pessoa natural*: a) personalidade humana e direitos personalísimos; b) começo e fim da personalidade humana; c) capacidade jurídica e capacidade de exercer direitos; d) estado civil do individuo; e) domicilio e ausencia; f) actos do estado civil.

A) *Personalidade humana e direitos personalísimos.*

«A personalidade, pode-se dizer com Unger, (1) é o presupposto de todo direito, o elemento que atravessa todos os direitos privados e que em cada um delles se contém; não

(1) System, vol. 1.º, pag. 505: «Die Persönlichkeit ist nämlich die Voraussetzung alles Rechts, das Element welches jedes Privatrecht durchzieht und in jedem enthalten ist; sie ist nichts anders als die Rechtsfähigkeit, als die Möglichkeit Rechte zu haben.»



é mais do que a capacidade jurídica, a possibilidade de ter direitos.» Todo homem, por necessidade de sua propria natureza, é o centro de uma esphera juridica (2) e assim tem personalidade, é *pessoa*. (3) Diz o Codigo Civil: «Art. 2.º Todo o homem é capaz de direitos e obrigações na ordem civil.»

No mundo antigo foi esse facto muitas vezes desconhecido e a escravidão, proveniente da lucta entre os povos primitivos e mantida depois por conveniencias economicas, (4) foi tão commum e tão largamente diffundida, a ponto de provocar justificações theoricas da parte de philo-

(2) Filomusi-Guelfi — Enciclopedia cit., pag. 178.

(3) *Pessoa* (de *personare* — resoar) era originariamente a mascara que os actores usavam nas representações das *fabulae* e que se destinavam, por sua disposição especial, a augmentar a voz de modo a poder ser ouvida em todos os pontos dos vastos amphitheatros. Da mascara passou o nome de *pessoa* ao character representado pelo actor, e d'ahi, na linguagem juridica, a todos os homens, porquanto no campo do direito tem cada qual sua physionomia (facies) e representa um papel na familia e na sociedade. Assim, empregou-se a palavra *pessoa* para designar a capacidade de ter direitos em geral ou de ter e exercer um direito particular e este é o sentido que tem na regra que um homem pode «*sustinere plures personas*.» Dizia Cicero (De oratore): «*Tres personas unus sustinco... meam, adversarii, judicis*.» Do campo juridico transportou-se ao campo psychologico «para designar o sujeito como consciencia da propria identidade, na variedade de seus actos (theoricos: sensações, representações, conceitos, etc.; — praticos: appetites, sentimentos, volições, acções, etc.), e no campo moral para indicar o sujeito que é conscio da lei moral e centro de uma esphera de deveres (Filomusi-Guelfi — loc. cit.). Vide Trendelenburg — *Naturrecht*, § 86; Volkman — *Psychologie* II, pags. 161 e segs.: Fragapane — *Le origini del diritto*, pag. 251; Pacifici-Mazzoni — *Ist. vol. 2.º*, pag. 25, nota; Ribas — *Curso*, vol. 2.º, pags. 26-27, nota.

(4) Filomusi-Guelfi — op. cit., pag. 179.



sophos eminentes. (5) Mas, pouco a pouco, e principalmente por influencia do christianismo, foi-se affirmando o principio da egualdade humana e da identidade de fim entre os homens. Hoje em todos os paíes civilizados os homens são livres. (6)

A liberdade é, com effeito, requisito essencial da personalidade. (7) Intimamente ligâdos á *pessoa* estão certos direitos ou qualidades que pertencem ao homem considerado directamente em relação a si mesmo, (8) isto é, que provêm da protecção juridica de que o homem goza para sua pessoa, sem relação immediata com uma coisa exterior ou com outra pessoa. (9)

Taes são os chamados direitos personalissimos ou direitos sobre a propria pessoa. (10) Não estão de accordo

(5) Sabe-se como Aristoteles justificava a escravidão: a desigualdade natural dos homens; uns destinados a mandar e outros a obedecer; e a necessidade de órgãos vivos de produção. (Vide James Bonar — "Philosophy and Political Economy" — 1893, pags. 34, 36, 376; Talamo — "La schiavitù secondo Aristotile ed i dottori scolastici.")

(6) Desapparecida dos povos civis europeus, desde longos annos, foi felizmente a escravidão abolida no decurso do sculo ultimo, nos paíes da America.

(7) Gierke, Deutsches Privatrecht, vol. 1.º, § 31; Filomusi-Guelfi — loc. cit.; Venzi — Notas a Pacifici-Mazzoni, vol. 2.º, pag. 10. Diz Fichte: "Sê livre e respeita os outros como seres livres"; e Hegel: "Sê pessoa e respeita os outros como pessoas."

(8) Venzi — loc. cit.

(9) Venzi — loc. cit.

(10) Hoje se questiona vivamente sobre a existencia de taes direitos. Já antigamente com elles se preocuparam os velhos praticos (vide Fadda e Bensa — loc. cit.), mas a questão renovou-se nos tempos modernos de modo mais scientifico. Dentre os mais recentes escriptores admittem esta categoria de direitos: Gierke, Regelsberger, Crome, Baron, Dernburg, Chironi, Fadda e Bensa, Venzi.

os escriptores sobre a enumeração dos direitos que devem ser incluídos nessa categoria. Gierke e outros auctores apontam diversos, que são apresentados por Venzi (II) nos seguintes numeros:

- 1.º corpo e vida;
- 2.º liberdade;
- 3.º honra, comprehendidas as honras particulares de familia, de profissão (credito commercial), de sexo, de condição;
- 4.º condições especiaes em que se acha o individuo como — o ser nobre, exercer uma determinada profissão, pertencer a uma religião dada, a um certo grupo social, ter um preciso domicilio, etc.;
- 5.º manifestação da actividade propria: de onde direito á protecção contra a concurrencia desleal, direito de monopolio em sua varias figuras, isto é, direito exclusivo a uma certa industria ou commercio, direito ou uso exclusivo de certos distinctivos honorificos, direito exclusivo de appropriação da *res nullius*;
- 6.º nomes (civil e commercial) e signaes (marcas, sellos);
- 7.º produções da intelligencia, isto é, direitos de auctor e de inventor.

A grande vantagem desta classe de direitos é indiscutivel, consistindo principalmente em reunir em um mesmo grupo direitos que, de outro modo, não teriam collocação segura em um systema de direito civil. Mas, para que esta

(II) Loc. cit.



vantagem seja real, cumpre examinar com muito cuidado as relações jurídicas que aqui devem ser incluídas, de sorte que não fiquem deslocadas, por uma aparente afinidade com estas, relações substancialmente diversas. Effectivamente, nem todos os direitos, indicados pelos auctores como direitos personalísimos, devem ser tratados nesta parte, como comprehendidos em um só grupo. Segundo Venzi (12) podemos reunil-os em três ordens distinctas:

I) direitos ou, antes, caracteres essenciaes da personalidade;

II) direitos sobre a propria pessoa;

III) direitos sobre coisas immateriaes ou incorporeas.

I) Pertencem á primeira ordem certas qualidades, que têm o seu fundamento immediato e directo na propria natureza do homem, e que formam o substracto de sua personalidade. Já tinham sido estudadas pela escola de direito natural sob as denominações de *direitos naturaes, innatos, absolutos, imprescriptiveis*; hoje são de preferencia chamados — *direitos essenciaes da pessoa*. (13)

Esses direitos, entre os quaes occupam o primeiro logar — a vida, (14) a liberdade, a honra, — (15) constituem a

(12) Loc. cit.

(13) Vide Filomusi-Guelfi — loc. cit.; Lasson — System der Rechtsphilosophie, pags. 545 e segs.; Miraglia — Il concetto storico dei diritti innati, 1881. O Cod. Civ. austriaco declara no § 16 que "*Todo homem tem direitos innatos que se conhecem com a razão pura, por isso deve elle ser considerado como uma pessoa.*" (Apud Filomusi-Guelfi — loc. cit.).

(14) Kant affirma que o unico direito innato é o direito de liberdade.

(15) Venzi — loc. cit.

base de todos os direitos especiaes, qualquer que seja a categoria a que pertençam e, por esse motivo, o seu estudo, mais que á sciencia do direito civil, pertence á philosophia do direito ou á encyclopedia juridica. (16)

Distinguem-se 'perfeitamente dos direitos sobre a propria pessoa, porque estes já são uma actuação ou manifestação daquelles, ou melhor, ao passo que os direitos ou caracteres essenciaes da personalidade constituem a capacidade juridica em abstracto, os direitos sobre a propria pessoa implicam a concretisação dessa capacidade.

II) Os direitos sobre a propria pessoa são os que o homem tem sobre o seu proprio corpo. É em relação a esses direitos que os escriptores apresentam maior divergencia. Alguns não os distinguem dos direitos da personalidade; o proprio Ihering (17) escreve: «a pessoa pode ser violada no que *é* e no que *tem*. No que *é*: em seu corpo, em sua liberdade, em sua honra; no que *tem*: em suas relações com o mundo exterior. É a *peripheria exterior* em antithese ao *centro*.» Reune assim em um só grupo a liberdade, a honra e o corpo. Mas a distincção deve ser feita do modo porque já aqui se estabeleceu. Assim muitos escriptores consideram os direitos sobre o proprio corpo como direitos pessoases de character especial. Para Vangerow (18) «todo homem é, quanto ao seu physico, objecto de direito de propriedade: ou se acha em propriedade de outro, ou se tem, a si mesmo.

(16) Venzi — loc. cit.

(17) Vide o interessante artigo sobre a violação injuriosa dos direitos, a que se referem Fadda e Bensa — loc. cit.

(18) Lehrbuch des Pandektenrechts, vol. 1.º, pag. 72, nota (a).



em propriedade. No primeiro caso é escravo e exactamente por isso é considerado coisa e não pessoa e isso vae a tal ponto que, sendo abandonado por seu proprietario, não se torna livre, mas *res nullius* e cáe no dominio do primeiro occupante.»

A theoria de Vangerow é hoje geralmente repellida e em relação a esses direitos não se deve falar em *propriedade*. No proprio direito romano a exclusão da propriedade sobre os nossos membros não deixa logar a duvidas, affirmam Fadda e Bensa. (19) O direito sobre o proprio corpo não é um direito patrimonial, mas um direito pessoal de character *sui generis* e do qual derivam consequencias praticas de grande importancia. Assim, por ex.: a indemnisação do damno causado por lesões corporaes. Ihering (20) reconhece a existencia desse direito, mas exclue a idéa de propriedade. O individuo vivo, considerado em seu todo, é incapaz de se tornar objecto de propriedade, entretanto admittem os auctores que existe um verdadeiro direito de propriedade sobre as partes separadas do corpo. Ihering (21) escreve que as tranças cortadas formam parte de nosso patrimonio. Dernburg (22) affirma que aquillo que deixa de ser parte do organismo humano torna-se coisa capaz de propriedade.

Diz Hölder: (23) - «Toda parte de um corpo vivo por meio da separação deste, de uma parte de seu aspecto imme-

(19) Loc. cit. Romagnosi tambem falla injustificadamente em propriedade pessoal.

(20) Tutela del possesso, trad. Forlani, pag. 115.

(21) Loc. cit.

(22) Pandette, § 69.

(23) Pandekten, pag. 144.



diato, que era, passa a ser uma parte de sua existencia mediata exterior e assim objecto de propriedade.» Isso, porém, não se deve admittir de modo absoluto, e é impossivel apresentar um criterio geral, mas basta affirmar que a propriedade e commerciabilidade das partes destacadas do corpo humano podem ir sómente até o ponto em que não offendam aos bons costumes. (24)

A objecção principal contra os direitos sobre a propria pessoa consiste em dizer que não é possivel fazer-se da pessoa humana, contemporaneamente, sujeito e objecto de um direito. Mas tal objecção parte de uma base falsa — que o todo não é mais que a somma das partes, ao passo que por effeito de uma acção convergente do conjuncto se forma uma nova entidade autonoma. (25) Assim, pergunta Schultheis: (26) «quem seria o sujeito do direito, sendo objecto

(24) Ha certas partes que, separadas do corpo humano, podem constituir inquestionavelmente objecto de commercio juridico; assim os dentes, os cabellos. Outras sómente em casos especiaes e para determinados fins, como para experiencias scientificas, para museus, etc. (Vide Fadda e Bensa — loc. cit.) O direito sobre o proprio corpo não se limita á duração da vida. Dahi a grave questão que se agita: trata-se então de um direito pessoal ou deve admittir-se a commerciabilidade do cadaver? A grande maioria dos escriptores affirmam que não ha direito de propriedade sobre o cadaver. Conf. Waechter, Unger, Wappaeus, Goldschmidt, Randa, Cramer, Schultheis, Mittelstein, Gabba, Perrozzì, Correrà, citados por Fadda e Bensa. Em sentido contrario, dentro de certos limites, Dernburg, Hölder, Bekker, Czyhlarz, Kramcr, Crusen, Binding. Embora o feto não seja cadaver, pode ser-lhe equiparado, por constituir uma *spes hominis* (vide Fadda e Bensa — loc. cit.). A opinião dominante deve ser preferida: sobre o cadaver ha um direito pessoal que é transferido aos herdeiros, mas não um direito patrimonial.

(25) Vide Kohler — Autorrecht, pag. 126; Fadda e Bensa — loc. cit.; Venzi — loc. cit.

(26) Schultheis — Ueber die Möglichkeit Privatrechts-Verhältnissen



o corpo? a alma, porventura? em tal hypothese não se deve afirmar que, ainda depois da morte, ella continua a ser sujeito do direito? A alma e o corpo, conclue Schultheis, unidos e aquella por meio deste, são o sujeito do direito, de sorte que o corpo é parte constitutiva do sujeito e, assim, não pode constituir objecto de direito.» É necessario desfazer o equivoco. O sujeito de qualquer direito é, como muito bem dizem Fada e Bensa, (27) a personalidade humana e não a alma, ou o corpo, ou a *sommâ destes*. O primeiro modo por que a personalidade humana se manifesta no exercicio dos direitos é exactamente por meio do corpo, que é o seu elemento material, indispensavel aos seus fins. Comprehende-se que haja repugnancia em considerar o corpo humano objecto de direito, da mesma forma por que o é uma coisa, mas o mesmo não succede quando se reflecte que o direito sobre a propria pessoa não é um direito patrimonial e que nas relações de Família existem egualmente direitos que têm por objecto as pessoas. O Cod. Civ. Argentino bem comprehendeu a natureza desses direitos quando assim se exprimiu: «Hay derechos, y los mas importantes, que non son bienes, tales son ciertos derechos que tienen su origen en la existencia del individuo mismo a que pertenecen, como la libertad, el honor, el cuerpo de la persona, la patria potestad, etc.» (28)

am menschlichen Leichnam und Teilen desselben, 1888, Cap. IV, pag. 26.

(27) Loc. cit.

(28) Art. 2312. Verdade é que estão ahí agrupados direitos personalissimos (a liberdade, a honra), direitos sobre a propria pessoa (sobre o corpo) e direitos da Família (patrio poder); mas o que se procurou



Outra contestação fortemente articulada contra os direitos sobre a própria pessoa é a da celebre questão do suicídio e da auto-mutilação. Binding (29) entende que o direito sobre o corpo teria como corollario o direito de dispôr da própria vida e de mutilar-se, o que seria tão contrario a todos os fins do direito, que em tal conceito poderá çahir sómente aquelle que, como os escriptores de direito natural, trocar o que não é prohibido pelo que é permittido. Mas a objecção apresenta-se mal. Pode-se responder como Fadda e Bensa: (30) «Poder-se-á, porventura, dizer que o direito do proprietario se substancia no direito de queimar a sua casa, de matar o animal que lhe pertence, de atirar pela janella o dinheiro que é seu? A faculdade de abuso poderá ser consequência do direito, mas nunca lhe será o fim.» Além disso, a regra juridica tem por fim tornar possível a coexistencia social, entretanto nem todas as normas de conducta são regras de direito; ao lado destas existem muitas outras que são do dominio da moral, da religião. Si uma necessidade real, imposta pelos fins sociaes, o exigisse, estas ultimas se tornariam juridicas, pois na própria consciência popular se formaria a convicção de que deveriam valer como direito. Ora, si a lei (direito objectivo) concede ao individuo plena faculdade de dispôr de si mesmo, não é para que abuse, se estropie, se mate. Conforme dizem Fadda e Bensa, si ella, em regra, não pune o suicidio tentado, a mutilação,

salientar foi o caracter commum que apresentam, isto é, de serem todos elles não patrimoniaes.

(29) Handbuch des Strafrechts, I, pag. 698.

(30) Notas a Windscheid, I, pag. 602.



não é porque estes actos correspondam ao fim para o qual é reconhecida a liberdade pessoal, mas porque não julga necessaria tal punição para a segurança social. (31) «Com effeito, accrescentam, (32) o legislador intervem sempre que a necessidade publica o exige e, assim, o direito romano punia o suicidio do soldado (fr. 6, § 7.º De re militari, 49, 16), a castração (fr. 4.º, § 2.º, Ad legem Corneliam, 48, 8; c. 1, 2 De eunuch., 4, 42).» Cumpre ainda notar que a faculdade de agir, como conteúdo do direito subjectivo, se dirige a um fim, que é o interesse do titular. Ora, da mesma forma que o direito objectivo, regulando os direitos subjectivos reaes, não pode suppôr que o interesse do proprietario seja applicar sua actividade á destruição do objecto de seu dominio, assim tambem, em relação aos direitos subjectivos personalissimos, é de crêr que o interesse do titular consista em sua conservação. Si nos direitos reaes a *facultas abutendi* encontra um limite nos principios de ordem publica ou nos bons costumes, é ali tambem que tem restricto o seu campo a faculdade de livre disposição de si proprio. (33)

Á categoria dos direitos sobre a propria pessoa pertence o direito sobre o nome, sobre os titulos e signaes distinctivos? Pertencem-lhe tambem os sobre as marcas industriaes e commerciaes?

(31) Loc. cit.

(32) Loc. cit. Vide tambem Venzi — Notas a Pacifici-Mazzoni, vol. 2.º, pag. 13.

(33) Vide o § 1.º, do Capitulo anterior.



As opiniões se dividem. (34)

Kohler (35) distingue os direitos sobre o nome, o título, a marca, e outros signaes, que chama direitos individuaes (Individualrechte) — dos direitos de auctor, que têm o caracter de direitos patrimoniaes sobre coisas incorporeas (Immaterialrechte). É preferivel, entretanto, a distincção de

(34) Na Allemanha a opinião predominante admittê o caracter pessoal de taes direitos, principalmente do direito ao nome.

Assim Gareis — Das Recht am menschlichen Körper, 1900; Gierke — Deutsches Privatrecht, 1.º vol., § 5.º; Kohler — Das Recht des Markenschutzes, 1884, Das individual Recht als Namenrecht (Archiv für bürg. Recht, V); Matthiass — Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, vol. 2.º, pags. 275 e segs.; Regelsberger — Pandekten, § 50; Crome — System, vol. 1.º, pag. 192; Dernburg — Deutsches Privatrecht — vol. 1.º, pags. 148-154; Endemann — Lehrbuch, vol. 1.º, pags. 161-165; Kühlenbeck — Von den Pand. zum B. G. B., vol. 1.º, pags. 147-156; Liebe — Das Bürgerliche Recht nach dem D. B. G. B., vol. 1.º, pags. 25-29. Consideram o direito ao nome como direito sobre coisa incorporea — Bekker — Pandekten, vol. 1.º, § 2.º; Cosack — Lehrbuch, vol. 1.º, pag. 54. Ultimamente na Italia Luigi di Franco (La legge, 1908, Fevereiro) pronunciou-se no sentido da personalidade não só do nome, título, insignias, como também das marcas industriaes e commercaes. Sustentam as mesmas idéas — Kohler, Gareis, Gierke, Matthiass e Regelsberger.

O Prof. di Franco apresentou então diversos argumentos em favor da sentença da Córte de Cassação de Turim, proferida a 2 de Julho de 1907, onde se dizia: "o direito sobre a marca devê considerar-se como um verdadeiro direito da personalidade, em antithese com os direitos patrimoniaes; com as marcas se pretende apenas distinguir e valorisar a reputação ou actividade que é inherente á personalidade." Outros auctores italianos, taes como Fadda e Bensa, Chironi, Lay, Ravá, admittem como direito da pessoa os sobre o nome, mas excluem os sobre as marcas industriaes. Venzi entende que todos elles têm por objecto coisas immateriaes ou incorporeas, da mesma forma que os direitos de auctor. Vide — Notas a Pacifici-Mazzoni; vol. 2.º, pags. 16 e segs.

(35) Loc. cit. Vide também o artigo citado de Luigi di Franco.



Chironi e Abello: (36) «Os direitos da propria pessoa abrangem os signaes caracteristicos da individualidade, assim — o nome, o titulo, os brasões. Não se comprehendem nessa classe — o nome commercial ou firma, o direito de auctor e de marca, os direitos sobre as cartas missivas, porque constituem um objecto especial de direitos, que, embora estejam ligados á personalidade, não estão nella comprehendidos. São objectos de um poder especial, estão fóra da pessoa, á qual pertence este poder e têm um caracter patrimonial predominante: o nome commercial resume em si o credito da pessoa commerciante; os direitos de autor e de marca e os sobre as cartas missivas contêm manifestações especialmente immediatas, intimas da personalidade, mas distinguem-se desta porque são manifestações, resultados seus; são estimaveis, têm um valor economico, e a figura juridica do poder, que sobre elles se tem, é a *propriedade* a cujo conceito não pode repugnar a qualidade das *coisas* em que consiste, si bem que a natureza especial dessas coisas possa impedir que a sua virtude opere e se estenda, como succede de ordinario em relação ás *coisas* no sentido estrictamente technico.» Assim, devem ser aqui examinados, como direitos inherentes á pessoa, que não têm valor patrimonial, servindo, entretanto, para caracterisar sua individualidade, além do proprio corpo, — o nome, o cognome, o pseudonymo, o titulo nobiliarchico.

(36) Trattato, vol. 1.º, pag. 307. Neste mesmo sentido devem ser consultadas as notas de Fadda e Bensa a Windscheid, vol. 2.º, pags. 633 e segs.



O nome do cidadão, como dizem Fadda e Bensa, (37) consta de dois elementos: *nome* e *cognome*. O *nome* ou *nome proprio*, vulgarmente chamado *nome de baptismo* (exactamente porque se impunha no acto do baptismo, quando os actos de nascimento eram recebidos pelos parochos), é a designação especial do individuo, tirada ordinariamente dos calendarios dos diversos cultos, ou dos nomes de personagens historicos. A obrigação de se dar um nome a todo individuo é uma imposição rigorosa de nosso direito positivo, (38) e o Codigo Penal pune não sómente a omissão das declarações exigidas para o registro dos nascimentos, como tambem o uso de nome supposto. (39) Além de seu *nome proprio* tem todo homem um cognome ou *nome patronymico*: o primeiro serve para designal-o como individuo; o segundo indica a sua qualidade de membro de uma familia. O filho, legitimo ou legitimado, toma o nome de familia do pae. A mulher tambem tem direito de usar do nome patronymico do marido. (40) Si o *nome proprio*, que é attribuido ao individuo desde a inscripção de seu acto de nascimento, está tão intimamente ligado á sua pessoa, que serve para designal-o como sujeito de direitos, «o nome pa-

(37) Loc. cit.

(38) Todo o nascimento que occorrer na Republica deverá ser dado a registro dentro de 3 dias, e o nome é uma das declarações essenciaes do registro. Dec. n. 9.886, Arts. 53 a 68; C. de Carvalho — Consolidação, Arts. 25 e 30, n. 5. O Cod. Civ. Ital., Art. 374, determina que, não tendo sido indicado o nome do neonato e não o fornecendo o declaranté, o official do estado civil deve supprir esta falta.

(39) Codigo Penal, Arts. 379 e 388.

(40) Lei n. 181 de 24 de Janeiro de 1890, Art. 56, § 4.º; C. Bevilacqua — Direito da Familia, 2.ª ed., pag. 199.



tronymico, como observa a Corte de Cassação de Turim, (41) evoca á mente os vinculos e os affectos de uma familia inteira; um nome só representa, ás vezes, uma longa serie de emprezas generosas, outras vezes, concentra a historia dos estudos, do trabalho e dos sacrificios de muitas gerações.» Os direitos ao *nome proprio* e ao *patronymico* são inquestionavelmente direitos sobre a propria pessoa e não direitos de propriedade sobre coisas incorporeas, porquanto isso importaria ser o seu objecto alguma coisa fóra de nós e com valor patrimonial. (42) Por isso que o nome é elemento de nossa personalidade, é por si mesmo inalienavel. Transmite-se o nome *patronymico*, que é o nome de uma familia, aos filhos legitimos, legitimados, adoptivos, naturaes reconhecidos e á mulher, exactamente porque estas pessoas entram a fazer parte da familia.

É conveniencia social, que perfeitamente combina com o interesse do individuo, que haja possibilidade de distinguir todos os membros que compõem a collectividade. Assim

(41) Sentença de 7 de Agosto 1883, citada por Fadda e Bensa e Venzi.

(42) Vide Fadda e Bensa — loc. cit. Estes auctores ponderam: «O nome por si mesmo, em these geral, não tem um valor patrimonial, *inaestimabilis res est*, e é só a violação do direito ao nome que faz surgir uma razão de character patrimonial para o objecto a que tende, do mesmo modo que a faz surgir uma violação do direito sobre o nosso corpo.

Quando, portanto, especialmente na jurisprudencia francêsa e italiana e tambem na doutrina (conf. Proudhon — *Traité du domaine de propriété*, n. 12; Salveton — *Le nom en droit romain et en droit français*, 1887, pag. 291), se afirma que o nome forma objecto de uma verdadeira propriedade, da propriedade mas sagrada, da primeira entre todas as propriedades, falla-se por semelhança, em sentido figurado.»



como cada homem é reconhecido no meio de todos os outros por seus caracteres somaticos, assim tambem o é, ainda quando ausente, pelo nome ligado á sua pessoa. Si qualquer offensa á sua integridade corporal é offensa ao seu direito sobre o elemento material de sua personalidade, a injuria contra o seu nome fere o elemento immaterial em que se substanciam todas as suas qualidades moraes.

Ambas as sortes de offensa interessam directamente ao mesmo tempo ao individuo lesado e á sociedade. É por isso que o direito publico (direito penal) pune tanto as lesões corporaes, (43) como a injuria e a calumnia, e o direito privado procura uma satisfação para o offendido, ou pela recomposição do primitivo estado, ou por meio de indemnisação. (44) Isto foi de modo explicito reconhecido pelos tribunaes francêses quando um celebre advogado de Paris — Duverdy — intentou acção contra o romancista Emile Zola, por ter este posto o seu nome patronymico em um dos personagens do seu romance, «Pot-Bouille», que não fôra apresentado sob côres muito lisongeiras; deu-se razão ao advogado, tendo Zola de substituir o cognome. (45)

Em relação com o direito ao nome, ou antes como desenvolvimento deste direito, costumam-se tratar de certas designações litterarias e artisticas. Escrevem Fadda e Ben-

(43) Código Penal, arts. 294 e segs., 303 e segs.

(44) Código Penal, arts. 315 e segs.; C. de Carvalho — Consolidação, art. 86, § 1.º

(45) Vide na «Giurisprudenza Italiana» de 1882, vol. IV, pag. 36, o artigo de Lozzi, citado por Venzi — Notas a Pacifici-Mazzoni, pag. 19 do 2.º vol.



sa: (46) «O litterato, o esculptor, o pintor, o cantor, o actor têm direito de repellir a usurpação de seu nome por parte de terceiros, quer nesta sua qualidade tenham continuado com o seu nome civil, quer tenham tomado um pseudonymo, como costumava e costuma acontecer. Os Arcades do seculo passado (XVIII) e do nosso (XIX) costumavam tomar um nome tirado especialmente da mythologia. Os litteratos do nosso seculo muitas vezes se apresentam em publico sob nome postiça. É quotidianamente, até nos jornaes politicos, faz-se uso de pseudonymos. Este uso é tão espalhado que appareceram dictionarios especiaes de pseudonymos, tanto na Italia (Lancetti, Melzi), como na Alemanha, na França, na Belgica, na Hollanda. A escolha do pseudonymo e sua adopção de facto determinam a existencia do direito; depois disso, quem pretendesse tomar igual designação tornar-se-ia culpado de violação injuriosa do direito adquirido, consistindo em tentar a confusão da sua personalidade com a daquelle que adoptou o pseudonymo; ha, portanto, uma offensa á personalidade do artista, do litterato.» (47) *Molière* e *Voltaire* são pseudonymos.

(46) Loc. cit. Vide tambem sobre esta materia Dernburg — Deutsches bürgerliches Recht, vol. 1.º, pag. 151; Planck, op. cit., pag. 79.

(47) Quanto ao nome litterario, Salveton (Apud Fadda e Bensa — loc. cit.) distingue injustificadamente entre o productor de obras materiaes, como quadros, estatuas, livros, partituras e os em que a arte é puramente immaterial, ou, como diz elle proprio, «entre artistas de *produção* e artistas de *execução*.» No primeiro caso o nome do artista faria parte integrante da obra, o auctor teria sobre elle o mesmo direito que tem sobre a obra; no segundo não se teria senão um uso ordinario do nome civil. Não procede tal distincção. Escrevem muito bem Fadda e Bensa: «A propriedade litteraria, artistica, tem por



Poder-se-ia dizer o mesmo dos titulos nobiliarchicos e dos brasões. Com effeito nos países monarchicos a nobreza hereditaria é, como o nome civil em geral, um distinctivo de familia, resume sua fama e suas tradições. Na Italia existe um corpo administrativo, chamado «*Consulta Araldica*», instituido para dar pareceres ou avisos ao governo em materia de titulos de nobreza. (48)

Entre nós, porém, não se admite a pretensão a esses titulos, nem cabe direito algum a quem os tenha possuido no regimen transacto, porquanto «a Republica não admite privilegio de nascimento, desconhece fóros de nobreza, e extinguiu as ordens honorificas existentes e todas as suas prerogativas e regalias, bem como os titulos nobiliarchicos e de conselho.» (49)

III. Os direitos sobre coisas immateriaes ou incorporeas não pertencem ao mesmo grupo dos direitos sobre a propria pessoa, porquanto têm por objecto, não a persona-

objecto a obra litteraria, a obra de arte; o direito ao nome ou ao pseudonymo artistico é o direito de conservar a propria individualidade artistica, de repellir a confusão com outras personalidades, de reprimir a concorrência desleal. Por isso é que na tutela da individualidade artistica pouco importa que seja ella offendida, tomando-se o nome civil do artista, ou o seu pseudonymo. Ihering entende que é possível prohibir o uso de um pseudonymo já adoptado por outrem, si quem o quer tomar exerc a mesma arte daquelle que o tem. Vide ainda sobre este ponto Fadda e Bensa (loc. cit.).

(48) R. D. sulla Consulta Araldica, 2^a de Julho de 1896 e o reg. respectivo de 5 de Julho de 1896. As attribuições deste corpo são puramente de character administrativo e sem prejuizo da competencia ordinaria da auctoridade judiciaria. Os titulos nobiliarchicos modernos são: principe, duque, marquês, conde, visconde e cavalheiro.

(49) Constituição Federal, art. 72, § 2.º, alinea.

lidade (em seu elemento physico ou em seu elemento incorporeo), mas alguma coisa, immaterial embora, que está fóra da pessoa. É por isso que em taes direitos, ao envez do que succede nos que acabam de ser examinados, ha um lado francamente patrimonial. São verdadeiros direitos de propriedade e assim devem ser estudados na parte especial, destinada aos direitos reaes. A esta categoria pertencem os direitos de auctor, (50) os sobre as marcas industriaes e

(50) Escreve C. Bevilaqua — Em defeza do Codigo Civil, pag. 479: "A taxinomia do direito auctoral fornecerá, ainda por muito tempo, assumpto ás eruditas controversias dos juristas e dos homens de letras.

É um simples privilegio, não um verdadeiro direito, affirmam uns; é uma propriedade com todos os caracteristicos do dominio sobre as coisas corporeas, doutrinam outros; é um direito *sui generis*, observam, ainda outros. Estes ultimos não estão, porém, de accordo entre si, porque um certo grupo entende que esse direito de caracter especial é um aspecto dos *jura personarum*, a ser destacado na parte geral dos codigos civis, como fez *Bluntschli*; e outro grupo opina que esse direito especial, enquanto não se desprende do complexo das normas communs do direito civil, para constituir um todo á parte, tem seu lugar proprio no direito das coisas por ser um aspecto da propriedade — a propriedade intellectual. O projecto do codigo civil brasileiro inclinou-se por este ultimo parecer, suppondo assim traduzir, de um modo mais fiel, a expressão ultima do pensamento juridico." Contra esta preferencia do auctor do projecto pronunciou-se o notavel jornalista brasileiro Medeiros e Albuquerque, em artigo publicado em "O Paiz" de 26 de Maio de 1901. C. Bevilaqua, anteriormente (Legislação comparada, 1897), tinha opinião differente, quando escrevia (pag. 147): "Em vista da face-dupla do direito auctoral, alguns pensadores não só lhe recusam o nome de propriedade, como o afastam, na classificação, do grupo dos direitos reaes, porque acham que a relação pessoal é preponderante nesse direito, que é a primitiva e a mais intima. Tobias Barretto foi o advogado dessa opinião entre nós, apoiando-se na auctoridade de *Bluntschli*, *Lange*, *Dahn*. Para ella tambem me inclino, e é por isso que, a exemplo do grande jurista suizo, delle me occupo neste lugar, ao expôr a theoria das pessoas."



commerciaes, (51), as cartas missivas, os retratos, etc., como direitos que tem por objecto coisas incorporeas. (52)

(51) Como vimos, (pag. 250, nota 34) escriptores ha que incluem os direitos sobre as marcas commerciaes e industriaes na classe dos direitos pessoases, equiparando-os ao direito que tem a pessoa sobre o proprio nome. Assim diz Luigi di Franco, apoiando-se em Kohler: «O nome, a marca, os outros signaes distinctivos não podem, racionalmente, conceber-se como objectos de propriedade, pelo facto que para elles não é possível uma delimitação idonea a separal-os do sujeito do direito. O objecto de uma propriedade pode tambem conceber-se como entidade immaterial, mas cumpre sempre que seja indeterminado na sua idealidade e que se destaque do sujeito do direito. A produção litteraria, artistica, a invenção industrial, por exemplo, têm consistencia immaterial, mas têm consistencia bem definida e distincta da pessoa do litterato, do artista, do inventor; e podem racionalmente considerar-se como objectos patrimoniaes. O nome, a marca, o signal distinctivo, ao envez, não representam, por si mesmos, o resultado de nenhum trabalho, seja embora intellectual, que possa dar-lhes individualidade separada e autonoma, nem se destacam jámais, como signaes convencionaes de reconhecimento, da pessoa do industrial.» É interessante o modo porque os dois auctores explicam a cessão ou transferencia de taes marcas ou signaes. A construcção juridica proposta por Kohler é, realmente, muito simples: «a transferencia do nome commercial, da firma ou razão, da marca industrial ou mercantil, de uma pessoa a outra, resolve-se constantemente em um abandono por parte do primeiro titular do direito e em uma aquisição originaria por parte do segundo». E quando esta transferencia se faz por mutuo accordo, a titulo oneroso ou gratuito? será ainda aquisição originaria?

(52) É curiosa a figura juridica da carta missiva. Encontram-se nella duas propriedades distinctas de indole diversa. De um lado a propriedade da carta, materialmente considerada, do outro a propriedade de seu conteúdo. A primeira pertence ao destinatario, a segunda ao auctor. A propriedade do pedaço de papel em que a carta foi escripta pertence á pessoa a quem foi dirigida, salvo si por excepção o auctor impoz a restituição. Mas neste caso poderá o destinatario mostrar-a a outrem, publical-a, servir-se della como meio de prova? Ha accordo geral na resposta negativa. Escreve Rosmini (*Legislazioni e giurisprudenza sui diritti d'autore*, 1890, pag. 137): «Quantas

B) *Começo e fim da personalidade humana.* A personalidade do homem começa com a sua existencia, isto é, com

e quantas cartas não sahiriam da penna do auctor si elle pudesse apenas receiar que, cedo ou tarde, serviriam de objecto de ridiculo ou da critica do publico! Este principio é conforme, não só á letra e ao espirito da lei, mas tambem ao respeito das mais elementares conveniencias da vida social.» Ihering observa que a propriedade do conteúdo das cartas missivas, independentemente do conceito da propriedade litteraria, tem por si a tradição historica, tendo sido reconhecida muito antes della. Segundo Iagemann (Apud. Fadda e Bensa) temos ahi uma *donatio sub modo*. A divulgação da carta viola, pois, o direito do auctor, por isso, quando ha interesse em se utilizar do conteúdo de uma carta, costuma-se pedir ao auctor permissão para esse fim. Em certos casos, porém, pode o destinatario valer-se da carta como meio de prova contra o auctor, apresentando-a em juizo. São notaveis sobre a materia as obras de F. Gény — *Des Droits sur les lettres missives*, 2 vols., 1911 e Jardel — *La lettre missive*, 1911. Não deixa de ter interesse tambem o direito de propriedade sobre os retratos. Pode o pintor, o photographo, reproduzir o retrato? É quasi universalmente affirmado, dizem Fadda e Bensa, que o direito de reproducção do retrato pertence á pessoa retratada. Ihering escreve: «O individuo que recebe a carta tem a propriedade corporal sobre ella, o photographo sobre a chapa, mas assim como da primeira não deriva o direito de publicar a carta, da ultima não deriva o direito de expôr publicamente e de vender a photographia. A carta é destinada só para quem a recebe, as reproducções photographicas se fazem só para que o committente receba as copias. Nenhum delles é obrigado a tolerar um emprego diverso d'aquelle e neste sentido, como ao auctor da carta, assim tambem a quem encommenda a photographia, pode-se attribuir a propriedade intellectual desta. O photographo que se portasse do modo acima indicado commetteria uma violação injuriosa de direito e se exporia á *actio injuriarum*.» A comparação é menos perfeita do que faz crê-lo o eminente romanista, pois si ahi pode fallar-se em propriedade intellectual ou direito de auctor é de referencia ao trabalho do artista. O que ahi se vê é a representação do proprio corpo do retratado. Assim o seu direito provém de ser o retrato o reflexo de sua personalidade: a reproducção do elemento physico de sua individualidade seria uma offensa tão grande como a divulgação de suas



o seu nascimento. (35) Antes de nascer não é *homem* o fructo do corpo humano e não tem personalidade jurídica. (54) Não basta, porém, estar separado das visceras maternas, é necessario que, após esta separação, (55) dê signaes de vida. Todavia no periodo que decorre entre a concepção e o nascimento existe uma espectativa de personalidade, uma *spes hominis*, por isso punem o aborto provocado as leis penaes, (56) e as leis civis reservam e acautelam direitos para o caso em que o nascituro venha á vida extra-uterina. (57) Esta protecção da lei ás pessoas por nascer fez com que alguns escriptores pretendessem determinar a concepção como o inicio da existencia humana. Tal era a doutrina de Teixeira de Freitas, aceita por Clovis Bevilacqua. (58) Mas essa opinião não nos parece aceitavel. Con-

idéas exaradas nas cartas missivas. A única semelhança que ha é, pois, esta: o retrato representa o elemento material de uma pessoa; a carta missiva procede do elemento intellectual.

(53) Crome — Parte gen., pag. 112, System, pag. 194; Cod. civ. allemão, art. 1.º: "Die Rechtsfähigkeit des Menschen beginnt mit der Vollendung der Geburt."

(54) Já era o conceito do direito romano: L. 9, § 1.º, D. 35, 2 — *partus nondum editus homo non recte dicitur*; L. 1, § 1.º, D. 25, 4 — *partus antequam edatur mulieris portio est, vel viscerum.*

(55) Cod. Civ., art. 4.º Pouco importa o modo, natural ou artificial por que se faça a separação, mas, como diz Chironi, "solo é necessario che la separazione sia completa *onde il parto ad orbem totus procedat.*"

(56) Código Penal brasileiro, arts. 300-302.

(57) Cod. Civ., art. 4.º Ord. do L. 3.º, tit. 18, § 7.º; L. 4.º, tit. 82, § 5.º; T. de Freitas — Consolidação, art. 1.º Carlos de Carvalho vae mais longe, pois no art. 74 de sua Consolidação afirma: "As pessoas por nascer, estejam ou não já concebidas, a lei conserva seus direitos para o tempo do nascimento, comtanto que nasçam viaveis."

(58) Teixeira de Freitas assim redigiu o art. 1.º de sua Conso-

forme dizem Chironi e Abello, (59) «o ser humano, não separado do ventre materno, não tem existencia propria e por conseguinte personalidade, porém, excepcionalmente, por

lidiação: «As pessoas consideram-se como nascidas, apenas formadas no ventre materno; a Lei lhes conserva seus direitos de successão para o tempo do nascimento.» Vide as suas notas a esse artigo e tambem o Esboço, art. 221 e notas.— Escreve Clovis Bevilacqua (Legislação Comparada, pag. 124): «A existencia das pessoas phisicas inicia-se com a concepção, porque desde então é possível para ellas a aquisição de direitos, e, então o direito penal protege-as contra as aggressões criminosas, e mesmo contra alguns factos illicitos, não capitulados entre os crimes, que ameaçam prejudicar-lhes a vida. É a doutrina de Teixeira de Freitas, que merece acceitação, por conciliar o direito civil com o criminal e com a logica. Não será, effectivamente, illogico attribuir direitos ao nascituro e fazer começar a existencia das pessoas, isto é, dos agentes do direito, da época do seu nascimento?» Mas é elle proprio quem o reconhece: «Com o nascimento, é certo, enceta-se uma vida completamente nova para o individuo, a vida real, que o vae pôr em relação directa com os outros homens, com a sociedade e com a immensidade do universo onde elle immerge.» Difficilmente poder-se-ia justificar melhor a theoria que faz começar a personalidade juridica do ente humano com o nascimento. Com effeito, si é pelas necessidades da convivencia humana que existe o direito, elle não pode reconhecer a faculdade de agir dentro dos limites que traça, senão aos membros da communhão social; enquanto o embryão não se torna homem, ha uma simples esperança de pessoa e direitos em expectativa. O Projecto Bevilacqua, art. 3.º assim dispunha: «A personalidade civil do ser humano começa com a concepção, sob a condição de nascer com vida.» A comissão revisora, porém, substituiu a disposição referida pela seguinte: «Art. 4.º A personalidade civil do ser humano começa do nascimento com vida; mas desde a concepção a lei garante os direitos eventuaes do nascituro.» É esta tambem a doutrina consagrada no Codigo Civil, cujo art. 4.º dispõe: «A personalidade civil do homem começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro.»

(59) Tratatto, vol. 1.º, pags. 175-176.



benignidade da lei, é considerado como si já fôsse nascido, quando seu interesse o exige. Nem é possível affirmar-se em rigor que ahi se trata de uma ficção: o feto, bem que encerrado no ventre materno, *vive*, e assim como esta vida revela o processo formativo do organismo, que, segundo a ordem necessaria da natureza, deve desenvolver-se e completar-se em termos fixos, a lei, durante esse periodo, em que ainda não se tem o *homem*, mas em que elle se forma de accordo com a natureza, considera a *esperança de homem* como ente ao qual é justo *conservar os interesses* que, com o seu nascimento e existencia como pessoa, lhe serão admittidos na qualidade de direitos.» (60)

São, portanto, requisitos para a existencia da pessoa natural:

- 1.º o nascimento;
- 2.º a vida extra-uterina.

Alguns codigos modernos (61) acrescentam:

(60) Vide nota (58):

(61) Assim o Codigo Civil francês, art. 314, 3.º; art. 725, 2.º; art. 965, ultima alinea; o Codigo Civil italiano, art. 161, n. 3 e art. 724, n. 2. Entre nós C. de Carvalho (Consolidação, art. 74, cit.) tambem apresenta como requisito de nosso direito que "as pessoas por nascer... nasçam *viaveis*." O Dec. n. 181 de 24 de Janeiro de 1890 igualmente neste sentido tem seu art. 43: "Este registro fará retroahir os efeitos do casamento, em relação ao estado dos conjuges, á data da celebração, e, em relação aos filhos communs, á data do nascimento, si nascerem *viaveis*." Não é, entretanto, a vitalidade requisito exigido por nossas leis (salvo o caso especial que acaba de ser citado) para a capacidade juridica do ente humano e é esta igualmente, a doutrina do Codigo Civil allemão, art. 1.º Diz a respeito o seu notavel commentador Planck (Kommentar, vol. 1.º, pag. 58): "Nicht erforderlich ist Lebensfähigkeit. Mag das Leben auch noch so kurze Zeit gedauert

3.º a vitalidade. (62)

O direito romano protegia também os interesses do nascituro — «*nasciturus pro jam nato habetur quum de ejus commodo agitur,*» (63) mas, para attribuir-lhe personalidade, exigia:

a) que estivesse completamente separado das entranhas maternas;

b) que manifestasse signaes de vida após a separação; (64)

haben und mag auch von der medizinischen Wissenschaft festgestellt sein, dass ein langes Leben unmöglich gewesen sei, so wird hierdurch die Rechtsfähigkeit nicht berührt;» isto é: Não se exige aptidão á vida. Por menor que seja o tempo que tenha durado a vida e ainda quando a sciencia medica declare que era impossivel uma vida mais longa, nada soffre a capacidade juridica. Diz C. Bevilacqua: «O vago, ou mesmo a simples respiração, é signal sufficiente para que se repute viva a creança para os effeitos civis. É a theoria... que parece a mais razoavel porque a questão da viabilidade é prenhe de duvidas e contestações.» Vide também outro civilista patrio — Ribas — Curso de Direito Civil — vol. 2.º, pag. 34: «Tambem é indifferente a duração da vida do filho, por mais breve que seja, e a existencia ou não existencia das condições de *vitalidade.*»

(62) Tanto na linguagem medica, como também na juridica, entre nós costumam-se empregar os termos — *viavel* e *viabilidade*, de accordo com os vocabulos francêses *viable* e *viabilité*. Preferimos *vital* e *vitalidade* de accordo com Ruy Barbosa (Parecer, pags. 32 e 33, nota e Replica, pags. 338-353); Ribas, (loc. cit.); Coelho da Rocha (Inst. de Dir. Civ. Port., 7.ª ed. de 1907, vol. 1.º, pag. 36), termos que se approximam dos italianos — *vitale* e *vitalità*, formados do latim *vitalis*.

(63) L. 26, D. I, 5.

(64) Os antigos juriconsultos entendiam que era indispensavel o grito da creança para poder-se afirmar que nascêra viva. Justiniano, porém, condemnou esta theoria, preferindo a dos Sabineanos, para os quaes bastava qualquer signal de vida (L. 3 C. De posth., 6, 29).

O antigo direito germanico exigia, quando se tratava da successão

c) que apresentasse forma humana. (65)

Este ultimo requisito foi abandonado por quasi todas as legislações modernas; (66) todavia conser-

de uma creança morta immediatamente após o nascimento, "*ut vox ejus audita sit intra quatuor parietes domus in qua natus est*". Hoje um processo a que se liga uma grande importancia é a *docimasia hydrostatica dos pulmões*. Suppõe-se ter sido o physico Rugger de Pressbourg o primeiro a pratical-o em 1670, mas sómente em 1683 Schreyer o fez judicialmente (Hofmann — *Eléments de Médecine légale*, trad. de Brouardel, 1881, pag. 528. Outros attribuem-lhe origem mais antiga). Consiste o processo em mergulhar os pulmões do recém-nascido em um vaso cheio de agua: si sobrenadam é porque contém ar e assim a creança respirou; no caso contrario ha ausencia de ar e portanto não teve o recém-nascido vida extra-uterina. Si é verdade que os pulmões poderão sobrenadar em virtude de putrefacção ou de insufflação de ar, circumstancias outras fornecem ao medico perito meios de conhecer a diversidade das causas. Vide A. Filippi — *Medicina Legale*, 1892, pag. 283; L. Borri — *Medicina Legale* — pag. 578; Tourdes et Metzquer — *Traité de Médecine Légale*, 1896, pags. 348 e segs. Breslau propoz tambem a prova hydrostatica do apparelho gastro-intestinal, a que Hofmann (loc. cit.) liga extraordinaria importancia. Assim diz: "Uma longa serie de observações, que fizemos neste sentido, nos confirmou a exactidão geral da primeira opinião de Breslau, a saber: que o ar penetra no estomago logo com os primeiros movimentos de respiração extra-uterina e torna-o capaz de sobrenadar, o que nos leva a attribuir grande valor diagnostico a este signal."

(65) Paulo, L. 4, T. 9, § 3. — *Mulier si monstruosum aliquid, aut prodigiosum enixa sit, nihil proficit. Non sunt enim liberi, qui contra formam humani generis, conuerso more procreantur.* § 4.º *Partum, qui membrorum humanorum officia duplicavit, quia hac ratione aliquatenus videtur effectus matri prodesse placuit.*

(66) De referencia ao Codigo Civil Allemão diz Planck (Kommentar, pag. 58): "*Ieder lebend geborene Mensch ist rechtsfähig. Die Möglichkeit der Geburt eines MONSTRUM erkennt das B. G. B. nicht. Ieder com Weibe geborene ist Mensch;*" isto é: Todo homem nascido com vida é juridicamente capaz. O Codigo Civil não reconhece a possibilidade do nascimento de um monstro. Todo aquelle que nasce da mulher é homem.

vam-no os codigos civis hespanhol (67) e do Perú. (68)

O fim da personalidade humana é produzido unicamente pela morte natural. A morte civil, «que o Primeiro Consul já tinha criticado como excessivamente rigorosa na confecção de um Codigo,» (69) foi abolida em quasi todos os países civilizados. (70) Como factio juridico a morte natural deve ser provada. (71) Muitas vezes, porém, em falta de prova, admittie a lei certas presumpções com o fim de impedir que fiquem suspensas as relações juridicas attinentes a uma pessoa, cuja existencia com toda a probabilidade já

(67) Art. 30: «Reputar-se-á nascido sómente o feto que apresentar forma humana e viver 24 horas separado do seio de sua mãe.»

(68) Art. 4.º

(69) Planiol — vol. 1.º, pag. 146.

(70) Na Belgiea a morte civil foi abolida desde 1831. O Art. 13 da Constituição desse País trata de sua suppressão e prohibe restabelecel-a para o futuro. Na França uma lei de 8 de Junho de 1850 supprimiu-a para os condemnados politieos á deportação. A lei de 31 de Maio de 1854 aboliu-a definitivamente para os eondemnados á pena de morte ou galés perpetuas; assim se inscreve seu Art. 1.º: «La mort civile est abolie». Na Inglaterra desapareceu em virtude da lei de 4 de Julho de 1970. Eguamente na Allemanha. Entre nós no tempo do Imperio duvidou-se si estaria ou não em vigor a morte eivil e com effeito o Codigo Commercial, Art. 157, n. 3, diz que «o mandato acaba pela morte natural ou *civil*». Vide as eriticas de T. de Freitas — Introd. á Consolidação; Paula Baptista — Herm. Jur., § 22; João Barbalho — Commentarios, pag. 356; Bento de Faria — Cod. Com. An., pag. 134. Hoje nenhuma duvida pode haver deante do dispositivo do Art. 83 da Constituição Federal. Na Russia ainda existe a morte civil, embora eom algumas attenuações.

(71) O meio normal de prova é o extracto authenticico dos livros do registro eivil. Vide as paginas seguintes sobre os actos do estado civil.

teve fim. Essas presunções ocorrem no caso de ausência. (72)

O Código Civil Brasileiro prescreve: «Art. 10. A existência da pessoa natural termina com a morte; presumindo-se esta, quanto aos ausentes, nos casos dos arts. 481 e 482.» (73)

Ha muitos casos em que é de grande importancia conhecer-se de um modo seguro o instante em que a morte ocorreu, principalmente quando duas ou mais pessoas, successiveis entre si em direitos, perecem victimas de um mesmo desastre ou de acontecimentos diversos, mas cujos momentos distinctos não podem ser determinados. É de interesse saber qual a que sobreviveu, para se resolver a successão *ab intestato* ou a testamentaria, ou ainda a existencia de certos contractos.

Pelo direito romano a presumpção era, em regra, que as pessoas em taes condições tinham fallecido simultaneamente. (74) Entretanto, tratando-se de ascendente e descen-

(72) Vide pags. seguintes sobre o instituto da ausencia. Cumpra notar que essas presunções cedem á realidade contraria da existencia da pessoa.

(73) Diz o Art. 481 do Código Civil Brasileiro: «Trinta annos depois de passada em julgado a sentença, que concede a abertura da successão provisoria, poderão os interessados requerer a definitiva e o levantamento das cauções prestadas;» Art. 482. «Tambem se pode requerer a successão definitiva, provando-se que o ausente conta 80 annos de nascido e que de 5 datam as ultimas noticias suas.» Deve-se, porém, observar que, de accordo com o Art. 483, regressando o ausente dentro de 10 annos que se seguirem á abertura da successão definitiva, haverá os bens no estado em que se acharem ou o preço que os herdeiros ou demais interessados houverem recebido por sua alienação.

(74) D. Fr. 18, De rebus dubiis (34, 5) (Marcianus l. 3 *regularum*):



dente, presumia-se que primeiro morrera o descendente no caso de ser impubere, mas si era pubere suppunha-se ter sobrevivido. (75) Ainda assim, tinham-se como fallecidos ao mesmo tempo os paes e filhos libertos (76) e os herdeiros gravados de fideicommisso, com a condição — *si sine liberis decesserint*. (77) Al-

“In quibus casibus si pariter decesserint, nec appareat, quis ante spiritum emisit, non videtur alter alteri supervixisse.”

(75) D. Fr. 9, § 4.º, De rebus dubiis: “Si Lucius Titius cum filio pubere, quem solum testamento scriptum heredem habebat, perierit, intellegitur supervixisse filius patri et ex testamento heres fuisse, et filii hereditas successoribus ejus defertur, nisi contrarium approbetur, quod si impubes cum patre filius perierit, creditur pater supervixisse nisi et hic contrarium approbetur.” Diz Gaio (l. 5 *ad legem Juliam et Papiam*): “Si mulier cum filio impubere naufragio periit priore filius necatum esse intellegitur.” Os romanistas, pela maior parte, entendem que essas presumpções são applicaveis apenas quando se trata de um só e mesmo infortunio (Windscheid — Pand., § 53, nota 5.ª; Dernburg — Pand., § 50, n. 4. in fine). Alguns escriptores, porém, satisfazem-se com a incerteza sobre a epoca da morte, sem se preocuparem com a unidade de logar nem com a qualidade do acontecimento funesto. Assim Arndts — Pand., § 27, nota 1.ª Vide a contestação de Fadda e Bensa — Notas a Windscheid — vol. 2.º, pag. 734. Tambem em relação ao parentesco pretendem alguns ir além dos casos previstos nas fontes. Mühlenbruch — Archiv für die civilistische Praxis, vol. IV, pag. 412, quer applicar a presumpção em favor dos puberes, ainda quando não se trate de ascendentes e descendentes, isto é, todas as vezes que em um mesmo desastre morram parentes de qualquer grão, sendo um pubere e outro impubere. Vide a critica de Windscheid e Dernburg. Um outro ponto de duvidas é o da especie de successão a que se applica a regra presumptiva. Alguns querem limitá-la á successão legitima; tal é a opinião de Bartholo.

(76) D. Fr. 9, § 2, De rebus dubiis (34, 5) “... hoc enim reverentia patronatus suggestente dicimus.”

(77) D. Fr. 18, § 7.º, ad S. C. Trebellianum (36, 1): “Si quis autem susceperit quidem filium, verum vivus amiserit, videbitur sine liberis decessisse. Sed si naufragio, vel ruina, vel adgressu, vel quo



guns codigos modernos (78) adoptaram as distincções do direito romano e estabeleceram ainda outras, como por exemplo, a que nasce do sexo, presuppondo ter a morte da mulher occorrido em primeiro lugar. Outros, porém, acabaram com essas subtilezas, exigindo, no caso de commorientes, a prova de ter um sobrevivido ao outro. (79) O Projecto

alio modo simul cum patre perierit, an conditio defecerit, videamus. Et magis non deficisse arbitrator, quia non est verum filium ejus supervixisse. Aut igitur filius supervixit patri et extinxit conditionem fideicommissi, aut non supervixit et extitit conditio: cum autem, quis ante et quis postca decesserit non apparet, extitisse conditionem fideicommissi magis dicendum est."

(78) O Cod. Civ. Francês dispõe: Art. 720. "Si plusieurs personnes, respectivement appelées à la succession l'une de l'autre, périssent dans un même événement, sans qu'on puisse reconnaître laquelle est décédée la première, la présomption de survie est déterminée par les circonstances du fait, et, à leur défaut, par la force de l'âge ou du sexe." Art. 721. "Si ceux qui ont péri ensemble avaient moins de 15 ans, le plus âgé sera présumé avoir survécu. S'ils étaient tous au dessus de soixante ans, le moins âgé sera présumé avoir survécu. Si les uns avaient moins de 15 ans, et les autres plus de soixante, les premiers seront présumés avoir survécu." Art. 722. "Si ceux qui ont péri ensemble avaient quinze ans accomplis et moins de soixante, le mâle est toujours présumé avoir survécu, lorsqu'il y a égalité d'âge, ou si la différence qui existe n'excede pas une année. S'ils étaient du même sexe, la presumption de survie, qui donne ouverture à la succession dans l'ordre de la nature, doit être admise: ainsi le plus jeune est présumé avoir survécu au plus âgé." Admittiam presumpções analogas os codigos das duas Sicilias (arts. 641-643) e Albertino (arts. 964-966).

(79) O Codigo Civil Italiano nesse ponto afastou-se inteiramente do seu modelo e seu Art. 924 excluiu quaesquer presumpções de sobrevivencia. Já o Codigo Austriaco (art. 25) tinha repellido as subtilezas do direito romano. No mesmo sentido o Codigo Civil Allemão, Art. 20; o de Chile; o Argentino; o Hespanhol (art. 33); o Português (art. 1738); o Succo (Cap. IV, art. 1.º); o Mexicano; o do Perú; o Projecto do Cod. Civ. Suisso, § 24.



Bevilaqua tambem se pronunciou pela simultaneidade dos commorientes, (80) mantendo-se desta opinião o Codigo Civil, que dispõe: «Art. 11. Se dois ou mais individuos fallecerem na mesma occasião, não se podendo averiguar se algum dos commorientes precedeu aos outros, presumir-se-hão simultaneamente mortos.»

Personalidade e capacidade juridica são expressões idênticas. (81) Assim, como todo homem é pessoa, não existe

(80) Proj. primitivo, art. 11. «Si duas ou mais pessoas fallecerem na mesma occasião, sem que se saiba qual dellas morreu primeiro, presume-se que morreram simultaneamente.» Essa disposição conservou-se *ipsis litteris* no Projecto revisto e subsistiu até a phase ultima, com ligeira mudança de redacção. Mas, ahi não se trata propriamente de presumpção, como já o dizia Unger (System eit., pag. 251, nota 11) a respeito do Codigo Civil Austriaco. Sobre este ponto dizem Fadda e Bensa (Notas a Windscheid, pag. 739): «Comprehende-se que no direito romano se fallasse em presumpção, porque as questões surgiam relativamente a mortes produzidas por um acontecimento commum e naturalmente a unidade do facto tornava logico suppôr a contemporaneidade da morte. Mas tanto o Codigo austriaco, como o nosso fazem abstracção da unidade do facto. Um pode morrer na Oceania, o outro na Africa; ignora-se, porém, o momento da morte. Poder-se-á dizer que se presume terem fallecido ao mesmo tempo? Certamente que não; deve-se apenas dizer que, segundo os principios geraes, ninguem pode, em favor de uma destas pessoas, fazer valer direitos que derivam da morte anterior da outra, sem provar que essa morte anterior effectivamente occorreu. Segue-se, que, si não fôr possivel provar que uma sobreviveu á outra, o effeito é o mesmo que se teria no caso de fallecimento simultaneo. Não se trata, porém, de ficção nem de presumpção. Basta recorrer ás normas geraes de direito probatorio.» De referencia ao Codigo Civil Italiano dizem ainda Chironi e Abello: «Quando não ha meio de provar a morte anterior (premorienza) a lei não tem, como se observa no direito antecedente e em outras legislações contemporaneas, *presumpção alguma* sobre este facto, deduzida da idade ou da condição da pessoa.» Em seguida fallam, porém, de presumpção de morte simultanea.

(81) Crome—System, pag. 190: «Persönlichkeit und Rechtsfähigkeit
21



nenhum que não tenha capacidade jurídica. O mesmo, porém, não se verifica quando se trata de capacidade, considerada como a manifestação da personalidade, isto é, como a possibilidade de agir juridicamente. Com effeito, devem distinguir-se cuidadosamente a capacidade de *ter direitos* e a de *exercel-os*. (82)

Quem é capaz de direitos é em regra capaz de actos juridicamente reconhecidos, diz Dernburg. (83) Ha entretanto individuos que, tendo capacidade jurídica, não podem

keit sind identisch." Diz Pacifici-Mazzoni: "Em regra a capacidade jurídica pertence a todo cidadão, sem distincção de sexo, de idade, de intelligencia, de saúde, de posição social."

Entretanto si é verdade que nos países modernos tem desaparecido a incapacidade jurídica proveniente da profissão religiosa, ainda se conservam, embora muito attenuadas, excepções de incapacidade da mulher, como por ex. as que se referem aos cargos de tutela, curatela, á intervenção, como testemunhas, em actos publicos e privados. Diz Jonh Stuart-Mill: "A condição jurídica da mulher, sua elevação ou rebaixamento, são o melhor criterio e a medida mais segura da civilização de um povo e de um seculo." O Codigo Civil Allemão não admite nenhuma incapacidade de direito baseada no sexo feminino (Dernburg — Deutsches Privatrecht, vol. 1.º, § 59). Cumpre observar que não se trata aqui da capacidade de exercer direitos. Assim tambem quanto á capacidade politica, ainda nos países mais cultos existe grande differença entre o homem e a mulher. Vide nota de Fadda e Bensa (a Windscheid), vol. 2.º, pag. 740 e a notavel obra de Gabba — Della Condizione Giuridica delle Donne, 1880.

(82) Diz Crome (System, pag. 191): "Die Rechtsfähigkeit ist von der Handlungsfähigkeit zu unterscheiden. Auch die Handlungsunfähigen sind rechtsfähig;" isto é: Deve-se distinguir a capacidade de direito da capacidade de agir. Ainda os incapazes de acção são capazes de direitos. Pacifici-Mazzoni considera "capitale la distinzione delle due capacità di *godere diritti* e di *esercitarli*." Quando se falla em capacidade sem determinação de sua especie, trata-se da capacidade de agir.

(83) Pandette, pag. 127.



exercer os seus direitos, isto é, ha certas causas que fazem suspender, por certo tempo, no sujeito do direito, a capacidade de praticar actos juridicos. (84) Ás vezes a incapacidade se refere a uma faculdade unica, por ex. a de alienar. Quando a lei não reconhece no sujeito do direito capacidade de agir, dá-lhe um representante civil, que em seu logar pratica actos juridicos. É claro que tal representação não se estende aos direitos que, por seu character essencialmente pessoal, só pela propria pessoa podem ser exercidos. (85) A capacidade juridica e a capacidade de agir são reguladas por normas de direito coactivo. (86)

Assim, ninguem pode renunciar no todo ou em parte á propria capacidade de agir. (87) Ainda que a incapacidade de agir seja uma determinação da lei, podemos subdividi-la em *natural* e *legal*, conforme se baseia na propria natureza do individuo ou simplesmente na lei. Quanto á sua extensão, a incapacidade é *total* ou *parcial*, *absoluta* ou *relativa*, segundo existe em relação a todos ou a alguns actos, a todas ou a certas pessoas. (88) A capacidade de agir de uma pessoa é determinada pelo seu *estado*.

· O *estado* é, portanto, a posição juridica de uma pessoa; os dois conceitos de *pessoa* e *estado* são inseparaveis. (89)

(84) Brugi — Ist. di Dir. Civ., pag. 75.

(85) Pacifici-Mazzoni — op. cit., vol. 2.º, pag. 35.

(86) Dernburg — Pandette, loc. cit.; Crome — System, loc. cit.

(87) Diz Dernburg que é um acto juridicamente inefficaz o de alguém que voluntariamente se submetta a tutela. Egalemente Crome: "Man kann sich weder freiwillig zum Hörigen oder Leibeigenen eines Anderen machen noch sich freiwillig unter Vormundschaft begeben."

(88) Chironi e Abello — Trattato, I, pag. 181.

(89) A. e op. cit.



Dizem Chironi e Abello: «Falla-se de *estado* toda vez que se examina a condição da pessoa de referencia a uma determinada relação jurídica, de onde a possibilidade de ter tantos *estados* quantas são as relações consideradas (*estados especiaes*); contudo, *estado* em sua significação geral (*estado geral da pessoa*) é a medida da personalidade e de sua força de agir, deduzida do concurso dos elementos que o direito objectivo exige para que na *pessoa* se encontre a plenitude da actividade jurídica.

A lei considera as razões, os factores principaes dessa actividade que, por varios modos, se manifesta na cooperação humana; e em relação a elles considera a condição da *pessoa*, medindo a quantidade do poder jurídico que consente; ora, esta *condição* é a *posição* conferida á *pessoa*, como sujeito do direito, que pode querer e agir juridicamente; e *capacidade* (de agir) é a medida de tal poder, de accordo com aquella posição, com aquelle *estado*.» (90)

O Codigoo Civil Brasileiro estabelece as seguintes regras:

Art. 5. São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os actos da vida civil:

- I. Os menores de 16 annos.
- II. Os loucos de todo o genero.
- III. Os surdos-mudos, que não puderem exprimir a sua vontade.

(90) Loc. cit. Acrescentam esses auctores: «Quando concorrem todos os elementos, dos quaes o direito objectivo faz brotar a plenitude do poder, a inteireza da personalidade como potencia e acção, tem-se a *capacidade*; quando faltam ou são imperfeitos, surge a figura opposta da *incapacidade*, composta das delimitações que modificam a possibilidade geral de querer com effeito juridico.»

IV. Os ausentes, declarados taes por acto do juiz.

Art. 6. São incapazes, relativamente a certos actos (art. 147, n. 1), ou á maneira de os exercer:

I. Os maiores de 16 e menores de 21 annos (arts. 154 a 156).

II. As mulheres casadas, enquanto subsistir a sociedade conjugal.

III. Os prodigos.

IV. Os selvicolas.

Parapho unico. Os selvicolas ficarão sujeitos ao regimen tutelar, estabelecido em leis e regulamentos especiaes e que cessará á medida de sua adaptação.

Art. 7. Supre-se a incapacidade, absoluta ou relativa, pelo modo instituido neste Codigo, parte especial.

Art. 8. Na protecção, que o Codigo Civil confere aos incapazes não se comprehende o beneficio de restituição.

Art. 9. Aos 21 annos completos acaba a menoridade, ficando habilitado o individuo para todos os actos da vida civil.

Parapho unico. Cessará para os menores a incapacidade:

I. Por concessão do pae, ou, se fôr morto, da mãe, e por sentença do juiz, ouvido o tutor, se o menor tiver 18 annos cumpridos.

II. Pelo casamento.

III. Pelo exercicio de emprego publico effectivo.

IV. Pela collação de gráo scientifico com curso de ensino superior.

V. Pelo estabelecimento civil ou commercial, com economia propria.

D) *Estado civil do individuo.* Estado é a posição em que se encontra uma pessoa relativamente ás condições exigidas para o exercicio dos direitos. (91) O direito romano conhecia tres grãos de capacidade ou tres *estados*: o de liberdade, o de cidade e o de familia. A perda de qualquer desses estados importava grande modificação na personalidade juridica (*capitis deminutiones*). Perdendo a *liberdade* extinguiu-se a personalidade do *capite minutus* (*capitis deminutio maxima*). Com a perda do *estado de cidade* soffria uma *capitis deminutio media*, que lhe não extinguiu a capacidade juridica, modificando-a, porém, para uma condição inferior. O *estado de familia*, quando perdido, trazia uma *capitis deminutio minima*, que nem sempre collocava em posição juridica inferior o *capite minutus*. (92) O direito moderno não reconhece absolutamente as *capitis deminutiones* dos Romanos: a perda da liberdade não é mais tolerada; a da cidadania pouco interessa aos direitos privados; e não é mais considerada *capitis deminutio* a *capitis deminutio minima*, que já estava para desaparecer do direito romano mais recente, e nunca foi recebida no direito commum. (93)

(91) Planiol — *Traité Elém.*, vol. 1.º, pag. 158 — chama "estado de uma pessoa (status, conditio) certas qualidades que a lei toma em consideração para attribuir-lhe efeitos juridicos."

(92) Entende Dernburg — *Pand.*, pag. 138, que as *capitis deminutiones* extinguiam sempre a personalidade do *capite minutus*: a *maxima* destruía-a inteiramente para o direito privado; com a *media* e com a *minima* o *capite minutus* obtinha uma nova personalidade. Vide em sentido contrario — Rongo — *Ist. di dir. Rom.*, vol. 1.º, 1899, pags. 33 e segs.

(93) Dernburg — *Pand.*, pag. 138.



No direito civil moderno o *estado* de uma pessoa (94) deve ser considerado:

1.º) em relação ao seu caracter de *parte da sociedade politica*;

2.º) em suas relações de ordem privada, como parte da *sociedade familiar*;

3.º) em relação á propria pessoa.

Essas tres posições resumem os principaes aspectos em que a lei considera o individuo, para medir o conteúdo de seus direitos. (95)

1.º) *Estado da pessoa como parte da sociedade politica*. Em relação á sociedade politica a que pertencem, as pessoas se dividem em: *nacionaes* e *estrangeiros*. Aquelles subdividem-se em: *natos* e *naturalisados*. (96) O estado de cidadania muito perdeu de sua importância quanto ao gozo dos direitos civis; a tendencia do direito moderno é no sentido de eliminar toda e qualquer distincção entre nacionaes e estrangeiros. (97) O interesse em se estabelecer quem seja

(94) Diz Planiol — *Traité*, vol. 1.º, pag. 159: O estado de uma pessoa não é simples e unico; é multiplo. Pode ser apreciado sob um triplice ponto de vista: estado na cidade, estado na familia, estado pessoal.

(95) *Vide* Chironi e Abello — *Trattato*, pag. 183; Planiol — *loc. cit.*

(96) Os estrangeiros naturalisados gozam de todos os direitos civis e politicos que competem aos cidadãos natos; não podem, porém, exercer os cargos de presidente ou vice-presidente da Republica; além disso, para serem senadores ou deputados ao Congresso Nacional, devem ter mais de seis ou de quatro annos, respectivamente, de nacionalisados (Arts. 42, § 3.º, 1.º, e 27, n. 2 da Constituição da Republica).

(97) Sabe-se que as associações primitivas consideravam o estrangeiro como inimigo. Embora na antiguidade as necessidades do commercio muito influissem para a attenuação do exclusivismo naciona-



cidadão e quem estrangeiro é mais de direito publico que de direito privado; todavia, como apesar do dispositivo constitucional, permanecem no direito civil brasileiro algumas restricções á capacidade do estrangeiro para exercer os seus direitos, devem ser aqui expostas ligeiramente as condições de que dependem a aquisição e a perda da nacionalidade brasileira. São cidadãos brasileiros, de accordo com o art. 69 da Constituição Federal:

a) os nascidos no Brasil, ainda que de pae estrangeiro, não residindo este ao serviço de sua nação;

b) os filhos de pae brasileiro e os illegitimos de mãe brasileira, nascidos em país estrangeiro, si estabelecerem domicilio na Republica;

c) os filhos de pae brasileiro que estiver noutro país ao serviço da Republica, embora nella não venham domiciliar-se;

d) os estrangeiros que, achando-se no Brasil aos 15 de Novembro de 1889, não declararem dentro de seis mezes, depois de entrar em vigor a Constituição, o animo de conservar a nacionalidade de origem;

e) os estrangeiros que possuirem bens immoveis no Brasil e forem casados com brasileiras ou tiverem filhos brasileiros, comtanto que residam no Brasil, salvo si manifestarem a intenção de não mudar de nacionalidade;

f) os estrangeiros por outro modo naturalisados. (98)

lista, só nos tempos modernos se chegou a comprehender a communhão de direito que deve existir entre todos os homens.

(98) A naturalisação normal está hoje regulada entre nós pelas leis n. 904 de 12 de Novembro de 1902, n. 1.085 de 12 de Dezembro de 1907 e dec. n. 6.948 de 14 de Maio de 1908.



Suspendem-se os direitos de cidadão brasileiro (Art. 71, § 1.º):

- a) por incapacidade physica ou moral;
- b) por condemnação criminal, enquanto durarem os seus effeitos.

Perdem-se (Art. 71, § 2.º):

- a) por naturalisação em país estrangeiro;
- b) por acceitação de emprego ou pensão de governo estrangeiro, sem licença do Poder Executivo Federal. (99)

A lei brasileira, acompanhando a evolução do direito, parte do principio fundamental que os direitos civis pertencem antes á pessoa que ao cidadão e por isso admite que os estrangeiros exerçam os seus direitos do mesmo modo por que o fazem os nacionaes; assim é que os equipara o art. 72 da Constituição. (100) Excepcionalmente, porém,

(99) Por ahi se vê que pela renuncia não se perde a qualidade de cidadão brasileiro. Já no tempo do Imperio se havia declarado que “a ninguem é licito renunciar o fôro de cidadão brasileiro, que comprehende não só direitos, mas tambem onus que a sociedade tem jus de exigir; pois que a Constituição no art. 6 marcou a aquisição dos direitos de cidadão brasileiro e no art. 7.º a perda dos mesmos, o que exclue qualquer outro modo de adquiril-os e perdel-os.” (Av. n. 221 de 10 de Outubro de 1832). A mulher brasileira que se casa com estrangeiro não perde tambem sua nacionalidade, ao contrario do que succedia no regimen transacto, em virtude da lei de 10 de Setembro de 1860. *Vide* a esse respeito C. Bevilaqua — Dir. Int. Priv., pag. 155 e João Barbalho — Commentarios, pags. 294-295.

(100) Assim se inscreve o art. 72: “A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes á liberdade, á segurança individual e á propriedade,” etc. E aos estrangeiros não residentes no Brasil? O Codigo Civil estabelece o principio geral: art. 2. A lei não distingue entre nacionaes e estrangeiros quanto á aquisição e gozo dos direitos civis.



é excluída, por conveniências que se supõem de ordem pública, a capacidade do estrangeiro ou então submettida a certas modificações ou restricções. Já o art. 13 da propria Constituição attribuia a navegação de cabotagem exclusivamente aos navios de propriedade dos cidadãos brasileiros. A fiança ás custas, a caução *judicatum solvi* é uma restricção á capacidade de agir do estrangeiro, em vigor entre nós, no regimen anterior ao Codigo Civil. (101) «Os chamados direitos civis publicos, direitos de exercer funcções publicas, diz C. Bevilaqua, não são conferidos com egualdade a brasileiros e não brasileiros, como, aliás, é principio corrente. Entretanto funcções publicas altamente importantes, como, por exemplo, o magisterio superior, são facultadas aos estrangeiros.»

O Projecto Bevilaqua propoz-se a extinguir qualquer distincção entre nacionaes e estrangeiros quanto á acquisição e gozo dos direitos civis, (102) e essa tentativa persistiu até sua phase ultima; todavia ali se manteve a caução *judicatum solvi*, (103) que passou para o Codigo Civil, art 18

(101) Outras restricções ainda existem: já o Supremo Tribunal Federal em varias dccisões tinha interpretado o dispositivo constitucional, no sentido de se admittir a expulsão do estrangeiro julgado perigoso quando o dec. n. 1.641 de 7 de Janeiro de 1907 providenciou sobre o assumpto com o fim de resolver o celebre caso Urbino de Freitas. Duvida-se com serios fundamentos da constitucionalidade do decreto. *Vide* tambem as restricções com que se devem entender os §§ 8, 9 e 12 do art. 72, em relação aos estrangeiros, em J. Barbalho — Commentarios, pag. 301, mas ali já se sáe do campo do direito privado.

(102) Art. 2.º, § unico.

(103) Art. 18 da Lei Preliminar do Projecto actual: «O estrangeiro residente fóra do Brasil deverá prestar caução para pagamento



da Introducção, mas com applicação tambem aos nacionaes residentes fóra do Brasil. Assim dispõe o art. 18 da Introducção: Nas acções propostas perante os tribunaes brasileiros, os autores nacionaes ou estrangeiros, residentes fóra do país, ou que d'elle se ausentarem durante a lide, prestarão, quando o réo requerer, caução sufficiente ás custas, se não tiverem no Brasil bens immoveis, que lhes assegurem o pagamento.

Essa restricção desapareceu, pois, de nosso direito, como tem succedido em muitos países europeus; á mesma conclusão chegou a Conferencia de Haya (1896-1899).

A condição juridica dos estrangeiros, apesar da forte corrente moderna, não é em todos os povos encarada com a mesma liberalidade. Estados ha que submettem a capacidade dos estrangeiros a um systema de reciprocidade. Tal é o principio seguido pelo Codigo Civil Francês. (104)

Outros impõem restricções mais ou menos numerosas. Assim, o Codigo Civil Português. Outros, emfim, adoptam

das custas nas acções que intentar, si assim requerer o réo; salvo si tiver no Brasil bens immoveis garantidores." Escreve C. Bevilaqua: "Consagra este artigo um lamentavel regresso, quando tudo aconselhava a que se desse um passo no caminho da liberdade e da justiça, que não indaga si o individuo que a implora é nacional ou estrangeiro, si tem ou não com que pagar as custas do processo." Continua o mesmo auctor: "Mantido esse principio restrictivo, ficará annullado ou sophismado o alcance do art. 3.º do Codigo (Projecto—phase actual):—*a lei não reconhece distincção entre nacionaes e estrangeiros para a acquisição e gozo dos direitos civis.*"

(104) Art. 11—*"L'étranger jouira en France des mêmes droits civils qui sont ou seront accordés aux français par les traités de la nation à laquelle cet étranger appartiendra."* Da mesma forma o Codigo Civil Austriaco, Art. 33.

o principio geral da egualdade entre nacionaes e estrangeiros. O Codigo Civil Italiano foi o primeiro na Europa a consagrar este principio. (105) Diz o seu Art. 3.º: «*Lo straniero è ammesso a godere dei diritti civili attribuiti ai cittadini.*» Mas tal é a força de resistencia contra as novas idéas que, apesar da forma absoluta da regra, não tardaram em vir as restricções.

É assim que no direito italiano o estrangeiro não pode servir de testemunha em um testamento (106) ou em um acto publico, (107) a não ser que resida no Reino.

2.º) *Estado da pessoa como parte da sociedade familiar.* A familia (108) é o complexo das pessoas de um e outro sexo que a lei considera parentes; mas, em sentido mais restricto, considera-se familia a reunião das pessoas que habitam na mesma casa, sob o poder, auctoridade ou protecção de uma que é o chefe. (109)

(105) Já antes era proclamado na America o principio da egualdade pelo Codigo Civil do Chile, Art. 57. Vide C. Bevilacqua, Leg. Comp.

(106) Codigo Civil Italiano, Art. 788.

(107) Lei italiana de 25 de Julho de 1875, Art. 42. Chironi e Abello justificam essas restricções principalmente pela difficuldade de confrontações e exames no caso de alguma contestação. Não ha duvida que é uma conveniencia de ordem pratica, mas não se comprehende porque são ellas tambem requeridas «dall'indole del atto» e «dalla funzione del testimonio.» Vide Trattato cit., pag. 223, nota (1).

(108) A familia é a forma mais simples e natural porque se manifesta a convivencia humana. Tem essa instituição apresentado diversas modalidades, mas deve ter sempre existido e é muito improvavel a existencia de uma promiscuidade primitiva, como estadio necessario do desenvolvimento social.

(109) São as definições que no art. 121 de sua Consolidação nos dá Carlos de Carvalho.

Consideradas em relação ao *estado de familia* as pessoas se distinguem em :

- I. Solteiros, casados e viuvos, conforme nunca fôram, são ou deixaram de ser vinculadas pelos laços do matrimonio;
- II. Os conjuges, paes, filhos e parentes.

Os conjuges (marido e mulher) são os que se acham ligados por um casamento valido. Com o casamento soffre modificações a capacidade de agir das pessoas. O *marido*, para o exercicio de alguns direitos, necessita da outorga da *mulher*; esta, por sua vez, tem a capacidade limitada por varias restricções, que se enfeixam no que se convencionou chamar — a *incapacidade da mulher casada*. O estado de esposo, que, como diz Planiol, parece dever ser sempre homogenco, varia, por effeito da separação de corpos ou da separação de bens; tambem a diversidade dos regimens matrimoniaes influe sobre a capacidade da mulher.

As relações que ligam o filho aos progenitores chamam-se *filiação*, *paternidade* ou *maternidade* conforme são consideradas a respeito daquelle ou de um destes. A filiação pode ser *legitima* ou simplesmente *natural*. *Legitima* é o filho concebido durante o matrimonio contrahido validamente ou pelo menos de bôa fé. (110) É tambem considerado legitimo o filho legitimado em virtude de um matrimonio subsequente. *Natural* é o filho concebido fóra do matrimonio ou nascido de um casamento nullo, não contrahido de boa fé. Quando é impossivel o consorcio entre os progeni-

(110) O casamento nullo ou annullavel contrahido de boa fé denomina-se putativo e produz seus effeitos civis como si fôsse valido; assim são legitimos os filhos d'elle procedentes.



tores do filho natural, este é considerado *espurio*, isto é: *adulterino*, si nascido de duas pessoas, uma das quaes, na época da concepção, se achava ligada por matrimonio a uma terceira; *incestuoso*, si nascido de duas pessoas entre as quaes não era possível o casamento, por causa dos laços de parentesco ou afinidade existentes entre ellas.

Os filhos legítimos estão sujeitos ao poder dos paes, que se manifesta sob a forma do *patrio poder*; os naturaes reconhecidos ou perfilhados por seus paes são submettidos á tutela pela legislação em vigor até 31 de Dezembro de 1916. O Código Civil sujeita-os ao patrio poder, bem como ao poder da mãe os illegítimos não reconhecidos pelo pae (arts. 379 e 383). Os filhos simplesmente naturaes, quando não reconhecidos, não têm direitos em relação ao pae; (III) sua posição, porém, em relação á mãe, é juridicamente reconhecida e concorrem á successão materna. O Código Civil declara, no art. 364, que a investigação da maternidade só se não permite, quando tenha por fim attribuir prole illegítima á mulher casada, ou incestuosa á solteira. Os espurios, no interesse da ordem e da moral publica, são impedidos de assumir a condição e o nome juridico de *filhos*; não podem ser reconhecidos e são incapazes de succeder. (II2)

(III) A investigação da paternidade não é entre nós permittida. Vide C. Bevilaqua — Direito da Família, § 70. Só em casos exceptionaes auctoriza o Código Civil a investigação da paternidade (art. 363, n.ºs I a III).

(II2) Diz o art. 358 do Código Civil: Os filhos incestuosos e os adulterinos não podem ser reconhecidos. Os filhos espurios são excluidos, tambem, da successão materna. É claro que o adulterino nascido de mulher solteira e homem casado não soffre essa exclusão.



Parentesco é o vínculo existente entre pessoas descendentes umas das outras ou oriundas de um tronco commum. Distingue-se o parentesco em legitimo e illegitimo, conforme as relações provêm de um matrimonio valido ou de uma união natural. Sub-espécie do parentesco legitimo é o *civil*, que procede do vínculo puramente legal da adopção. O parentesco pode ser tambem consanguineo, uterino ou germano, conforme procede só do pae, só da mãe ou de ambos. O criterio para medir e determinar o parentesco é dado pela *linha* e pelo *gráo*: o *gráo* é formado pela distancia que vae de uma geração a outra; a *linha* é constituída por uma serie de *grãos*. A *linha* é de duas especies: *recta* ou vertical, e *collateral*, obliqua ou transversal. A *linha recta* é representada pela serie dos *grãos* que existem entre pessoas que descendem uma da outra; chama-se ascendente (linha superior) quando, para determinar-se o parentesco de duas pessoas, se sobe do descendente ao ascendente; tem o nome de descendente (linha inferior) quando se desce do ascendente ao descendente. Na linha *recta* contam-se tantos *grãos* quantas são as gerações (*tot sunt gradus quot sunt generationes; tot sunt generationes quot personæ, dempto stipite*). A linha *collateral* resulta da serie de *grãos* entre pessoas que têm uma origem commum, sem que descendam umas das outras.

Nessa linha contam-se os *grãos* de parentesco, subindo-se de um dos parentes até o tronco commum e d'ahi descendendo-se até o outro parente: assim, são os irmãos parentes em segundo *gráo*, os primos, em quarto. (113)

(113) É este o modo de computar-se o *gráo* de parentesco, na

Quando uma pessoa é parente de outra, ao mesmo tempo pelo lado paterno e materno, tem-se o que communmente se chama linha dupla ou duplicada de parentesco. A determinação do parentesco tem grande importancia pelos effeitos juridicos que produz, porquanto, dentro de certos limites, acarreta a incapacidade para contrahir casamento, é causa fundamental de certos direitos, como, por exemplo, o de pedir alimentos, é decisiva em materia de successão legitima e, quando em terceiro gráo ou em quarto gráo duplicado, não podem os parentes, que se casarem, adoptar o regimen da communhão dos bens: é-lhes imposto o regimen dotal. (113-a) Do matrimonio validamente contrahido nasce tambem a relação juridica de affnidade, que é o parentesco existente entre um dos conjuges e os parentes do outro. Os affins de um conjuge não são mais affins do outro, nem os affins dos conjuges são affins entre si (*adfnitas non parit adfnitatem; adfnes inter se non sunt adfnes*). (114) Á affnidade se estende a mesma regra que governa o computo do parentesco. No mesmo gráo em que alguem é pa-

linha collateral, por direito commum, isto é, de accordo com os principios firmados e transmittidos pelo direito romano. O direito canonico limita-se a contar os grãos entre um dos individuos considerados e o tronco commum; adopta sempre nessa operação a linha mais comprida, quando entre as duas ha desigualdade.

São interessantes os schemas apresentados por Coelho da Rocha e o que reproduzimos na pagina seguinte.

(113-a) Assim é no dominio do dec. n. 181 (lei do casamento civil de 1890), não, porém, no do Codigo Civil. De accordo com este, os parentes em terceiro gráo não podem casar-se e o regimen dotal se não impõe ao casamento de parentes em quarto gráo, ainda que duplicado.

(114) Chironi e Abello—loc. cit. É assim que os maridos de duas irmãs não são affins entre si.

Schemas para exemplos de grãos de parentesco

LINHA RECTA		LINHA COLLATERAL	
Ascendente	Descendente	Igual	Desegual
0 — EU 1.º grão	0 — EU 1.º grão	MEU AVÔ — 0 — Tronco com. 2.º grão 3.º grão	MEU PAE — 0 — Tronco com. 1.º grão 2.º grão
0 — MEU PAE 2.º grão	0 — MEU FILHO 2.º grão	MEU PAE — 0 — 0 — MEU TIO 1.º grão 4.º grão	Eu — 0 — 0 — MEU IRMÃO 3.º grão
0 — MEU AVÓ 3.º grão	0 — MEU NETO 3.º grão	EU — 0 — 0 — MEU PRIMO 4.º grão	MEU SOBRINHO — 0 — 0 — MEU 2.º SOBRINHO — 0 4.º grão
0 — MEU BISAVÓ	0 — MEU BISNETO		
		Eu estou com meu primo, filho de meu tio, no 4.º grão por direito commum, mas, por direito canonico apenas no 2.º	Eu estou com o filho de meu sobrinho no 4.º grão por direito commum e no 3.º por direito canonico.



rente de um dos conjuges é affim do outro. A affinidade em regra não desaparece com a morte do conjuge, do qual provém o vinculo.

3.º) *Estado da pessoa considerada em si mesma.* As condições que determinam o *estado* do individuo e influem sobre sua capacidade de agir são:

I — a idade;

II — o sexo;

III — a saúde;

IV — a consideração civil.

I. *A idade.* É distincção fundamental do direito civil moderno a de maioridade e menoridade. A maioridade é fixada pelo nosso direito aos 21 annos e torna o individuo capaz para todos os actos da vida civil, a não ser que existam outras causas que lhe tirem a capacidade de agir. Com effeito, o poder de querer juridicamente é um attributo da personalidade humana e, portanto, existe naturalmente no homem, mas, enquanto este não attingir um gráo elevado de desenvolvimento psychico, não podem manifestar-se de modo consciente e efficaz as suas faculdades volitivas. É verdade que esse desenvolvimento varia de individuo a individuo; mas, na impossibilidade de se examinar em cada caso, e afim de evitar as incertezas de se confiar ao arbitrio do juiz essa apreciação, o direito objectivo estabelece uma norma geral, baseada na observação da idade em que mais communitmente as faculdades psychologicas chegam a um estado satisfactorio de madureza. Antes de attingir essa idade não tem o individuo capacidade de agir; todavia, durante a menoridade podem ser por elle praticados validamente alguns actos juridicos: assim, por exemplo, é capaz de contra-



hir casamento, (115) celebrar pactos antenuptiaes (116) e fazer testamento. (117)

No direito moderno não tem mais a grande importância que tinha no direito romano a distincção entre puberes e impuberes, conforme as qualidades physicas das pessoas faziam suppô-las aptas ou não para o casamento. (118)

Entretanto, no direito brasileiro tinha valor essa distincção, pois os impuberes eram absolutamente incapazes, ao passo que a incapacidade dos menores puberes era relativa. (119)

(115) A idade matrimonial, entre nós fixada aos 16 annos para o homem e aos 14 para a mulher, pelo dec. n. 181, passou a ser de 18 e 16, respectivamente, com o Código Civil, art. 183, XII.

(116) Ahi se applica o principio: "*habilis ad nuptias, habilis ad pacta nuptialia*," como dizem Chironi e Abello. É por isso que não será valido o pacto ante-nupcial celebrado entre individuos que se casem sem ter a idade legal. Nesse caso a lei brasileira impõe o regimen dotal.

(117) Podiam entre nós, antes do Cod. Civ., fazer testamento os homens maiores de 14 annos e as mulheres maiores de 12. Vide C. de Carvalho — Consolidação cit., art. 1757. O Cod. Civ., porém, declara incapazes de testar os menores de 16 annos.

(118) O limite de idade decisivo em direito romano era a puberdade. Quanto ao modo de se determinar a epoca em que os individuos se tornavam puberes disputavam os Sabineanos e os Proculcanos. Os primeiros pretendiam que em cada caso se verificasse a puberdade effectiva. Os Proculcanos, e depois delles Justiniano, decidiram-se por um limite fixo de idade, que era para os homens a de 14 annos completos. Quanto ás mulheres foram sempre consideradas puberes aos 12 annos.

Entre os impuberes distinguiam-se: os *infantes*, que não tinham atingido os 7 annos e cujos actos eram juridicamente privados de valor; os impuberes sahidos da infancia, (impuberes infantia majores) capazes de por si adquirir direitos e não de diminuir o patrimonio; e, desde o tempo de Adriano, os *puberati proximi* capazes e responsaveis por actos culposos e delictuosos. Vide Dernburg — Pandette, cit., pags. 145-146.

(119) Carlos de Carvalho, Consolidação, cit., art. 91. Diz este



A idade avançada ou a velhice por si não é causa de incapacidade jurídica; pode, porém, ser invocada como isenção de certas obrigações. (120) Comtudo, o homem maior de 60 annos e a mulher maior de 50 não podem entre nós firmar pactos ante-nupciaes: o regimen da separação de bens se lhes impõe. (121)

II. *O sexo*. Nas legislações antigas, no direito romano primitivo, por ex., era a mulher incapaz toda sua vida; estava sempre sob a dependencia de alguém. No direito germanico antigo achava-se tambem sob uma especie de tutela perpetua, o *mundium*, que pertencia ao pae e aos seus herdeiros e depois ao marido. (122) Pouco a pouco foi-se attenuando a sujeição feminina e a doutrina moderna fez

auctor: art. 95 — “O menor de 14 annos e a menor de 12 são, activa e passivamente, representados por seus paes ou tutores.” Art. 96 — “Depois dessa idade os menores consideram-se puberes e têm intervenção propria, assistidos por seus paes ou tutores. Compete-lhes a facção testamentaria mais ou menos completa, conforme são ou não filhos familias.” O Projecto Bevilaqua, tendo estabelecido a idade matrimonial aos 18 annos para o homem e aos 15 para a mulher, attribuiu todavia uma capacidade relativa aos maiores de 14 annos, de qualquer sexo; isso quer dizer que a preocupação de seu auctor foi mais o desenvolvimento mental que a aptidão a procrear. O Codigo Civil fixa em 16 annos a idade em que, de absoluta, passa a relativa a incapacidade dos menores (arts. 187, XII e 5.º, I).

(120) Os maiores de 70 annos, por ex., podem excusar-se da tutela, sem incorrer em pena (C. de Carvalho — Consol., Art. 1653, letra g.; Teixeira de Freitas — Consol., Art. 263, § 6.º; C. Bevilaqua — Dir. da Familia, § 82; Lafayette — Dir. de Familia, § 149; Ord. L. 4.º, tit. 104, § 3.º. O Proj. Bevilaqua reduziu essa idade a 60 annos (Art. 491, 2.º; Proj. phase ultima, Art. 420, II); Cod. Civ., art. 414, II.

(121) Dec. n. 181 de 1890, Art. 58, §§ 1.º e 2.º (regimen dotal); Cod. Civ. Bras., art. 258, II (regimen da separação simples).

(122) Vide Planiol — Traité, vol. 1.º, pag. 522; Gabba — La condizione giuridica delle donne.

desaparecer quasi inteiramente a desigualdade de tratamento da mulher em relação ao homem, quanto á sua capacidade no campo do direito privado. (123) A mulher não é hoje incapaz em virtude do sexo: enquanto se conserva solteira ou quando fica viuva, tem, em principio, a mesma plenitude de capacidade de agir que tem o homem. Apesar disso as legislações modernas conservam certas restricções á sua actividade juridica, ultimos resquicios dos tempos barbaros. Quanto, porém, á incapacidade relativa da mulher casada, é imposta por conveniencias de ordem familiar e social e não por causa do sexo. No direito civil brasileiro, certos actos não podiam ser praticados pela mulher: era excluida da tutela, (124) não era admittida como testemunha de actos juridicos. (125)

(123) A incapacidade da mulher, quanto aos direitos politicos, é ainda consagrada nos países mais civilizados. Não nos compete apreciar aquí os argumentos apresentados pró e contra o que se chama a emancipação feminina; basta salientar que no campo do direito civil deve haver completa egualdade, quanto á capacidade jurídica e á capacidade de agir, entre o homem e a mulher, salvo, bem entendido, quanto á capacidade de exercer direitos, as restricções que, por necessidade da existencia harmonica e interesses da Família, são impostas á mulher casada.

(124) A mãe natural, solteira ou viuva, vivendo honestamente, poderá ser nomeada tutora do filho não reconhecido pelo pai: a avó, viuva honesta, pode tambem ser tutora, renunciando ao beneficio do S. C. Velleiano, salvo si fôr viuva mais de uma vez (*Vide* C. de Carvalho — Consolidação, arts. 1645 e 1647). Não é de certo logico um systema juridico que attribue á mulher o patrio poder e a exclue da tutela. O Codigo Civil Brasileiro, embora dê preferencia aos homens, admite que as mulheres exerçam a tutela (art. 409). Pelo Codigo Civil Italiano, art. 268, 1.º, as ascendentes e a irmã germana solteira podem ser tutoras.

(125) Não podia ser testemunha em testamento, nem em qualquer



III. *A saude.* As deformidades phisicas, as enfermidades intellectuaes não são causas que influam na capacidade juridica das pessoas; entretanto, como certas molestias mentaes tiram aos individuos atacados a faculdade consciente de querer, modificam e restringem tambem a sua capacidade em relação ao exercicio dos direitos. Por nosso direito positivo anterior ao Codigo Civil eram absolutamente incapazes — os alienados ou loucos, e relativamente — os loucos nos intervallos lucidos, que aliás não se presumem. (126) O Codigo Civil, porém, prescreve a incapacidade absoluta dos «loucos de todo o genero», sem attenuar essa incapacidade nos intervallos lucidos. São egualmente morbidas as manifestações da prodigalidade? (127) Sejam ou não, constituem egualmente uma causa de incapacidade relativa, tanto para o direito patrio, como para diversas legislações estrangeiras. (128) A cegueira e a surdo-mudez exercem tambem influencia sobre a capacidade de agir: os cegos são excluidos de quaesquer actos que dependam de inspecção occular; os surdos-mudos, no direito patrio, não podem fazer testa-

acto publico ou particular; tambem pelo direito positivo brasileiro anterior ao Codigo Civil não pode prestar fiança, e, quando o tivesse feito, salvo casos especiaes, gozava do beneficio de restituição. É claro que todas estas restricções não interessam simplesmente á capacidade de agir da mulher, atacam tambem sua personalidade juridica. Vide nota (81). Felizmente o Codigo Civil as aboliu.

(126) Carlos de Carvalho — Consolidação, art. 91, I, c e II, h. 7

(127) Vide o brilhante parecer do saudoso Prof. de Medicina legal da Faculdade de Medicina da Bahia — Dr. Raymundo Nina Rodrigues, sob o titulo — «*O alienado no direito civil brasileiro.*»

(128) O Projecto Bevilaqua tentou supprimir a incapacidade relativa do prodigo, que entretanto se manteve na phase ultima (art. 6.º, III) e passou para o Codigo Civil, art. 6, III.



mento, (129) nem contrahir matrimonio, si não puderem exprimir a sua vontade. (130) Não podem igualmente praticar quaesquer actos da vida civil; são absolutamente incapazes.

IV. *Consideração civil.* Diz Crome: (131) «O conceito da diminuição da honra, ou é um conceito social ethico, que importa a perda ou a diminuição da estima moral, por parte dos consociados, ou é um conceito juridico, o qual está ligado a determinados actos do individuo, com determinadas consequencias juridicas inevitaveis.» A apreciação moral da honra sáe do campo do direito; embora, de facto, nas relações sociaes, seja um elemento de grande importancia na existencia do individuo, em nada absolutamente influe sobre sua personalidade juridica ou sobre a capacidade de exercer os seus direitos. A diminuição da honra, sob o seu aspecto juridico, a indignidade civil, apesar da abolição

(129) C. de Carvalho — Consolidação, art. 1.157, letra *e*. Dispunha o Projecto Bevilaqua: «art. 4.º — São absolutamente incapazes de exercer por si os actos da vida civil... 4.º — Os surdos-mudos, não tendo recebido educação que os habilite a fazer conhecida a sua vontade.» Essa incapacidade foi conservada (art. 5.º, III), passando para o Código Civil, art. 5, III. Não podem ser testemunhas os cegos e surdos quando a sciencia do facto, que se quer provar, depende dos sentidos que lhes faltam (Cod. Civ., art. 142, II).

(130) Decr. n. 181 de 1890, art. 7, § 5.º: Não podem contrahir casamento as pessoas incapazes de consentir ou que não puderem manifestar o consentimento por palavras ou por escripto, de modo inequivoco. *Vide* o que a respeito escreve o Dr. Clovis Bevilaqua em seu «Direito da Familia», 2.ª ed., 1905, pags. 80-81.

(131) Parte Generale del diritto civile franc., pag. 137. Acrescenta este escriptor que a diminuição da honra, como instituto juridico, existe hoje sómente na figura de uma pena accessoria irrogada, expressamente, para certos delictos e, em geral, como consequencia legal da pena de trabalhos forçados.

da morte civil, produz efeitos que recaem sobre a capacidade do atingido por ella. São tambem relativamente incapazes, por nosso direito, diz C. de Carvalho, — os fallidos e os que não gozam de consideração civil. (132)

E) *Domicilio e ausencia*. A vida juridica do individuo, assim como se desenvolve dentro de um certo limite de tempo, circumscreve-se a uma parte mais ou menos limitada do espaço. Membro de uma sociedade politica, acha-se vinculado por interesses de toda ordem a um Estado; mas a sua actividade juridica limita-se a um ou alguns pontos do territorio deste e muitas vezes se manifesta em circumscripção territorial que lhe é inteiramente extranha. O logar em que a acção juridica da pessoa se exerce de modo contínuo e permanente é o seu *domicilio*. Por ahi se vê que nesse logar terá ordinariamente sua *residencia*, isto é, habitará, com a intenção de permanecer. Pode, entretanto, succeder que o local da residencia do individuo seja em ponto differente d'aquelle em que habitualmente pratica actos ju-

(132) O condemnado não é ferido de incapacidade civil. Diz a Ord. do Livro 4.º, tit. 75, 2: "E todo o preso poderá fazer obrigação e qualquer contracto com quem lhe approuver, e valerá, como valeria, fazendo-o solto, comtanto que o não faça nos casos defezos nesta ordenação." Vide sobre a falta de consideração civil a Ord. do Livro 4.º, tit. 90, 1. Os efeitos da condemnação acham-se consagrados no Cod. Pen., art. 55 e na Const. Federal, art. 71, § 1.º, letra b. Quanto ao fallido, a sua incapacidade é só no que se refere directa ou indirectamente aos interesses, direitos e obrigações da massa fallida, por isso fica de pleno direito privado da administração de seus bens e dos que adquirir durante a fallencia; mas esta não affectará absolutamente o exercicio do poder marital e do patrio poder, nem a administração dos bens proprios e particulares da mulher e dos filhos (art. 46 da lei n. 2.024 de 17 de Dezembro de 1908).



ridicos; por isso o *domicilio*, que geralmente supõe a *residencia*, pode não coincidir com esta. «O domicilio, uma vez estabelecido em um lugar, diz Planiol, (133) apresenta necessariamente uma certa *fixidez*, que é uma de suas grandes vantagens praticas.» «Esta fixidez do domicilio, continúa, que subsiste no lugar em que é estabelecido, apesar da ausencia da pessoa, leva a distinguir o *domicilio* propriamente dito da *residencia*.» Domicilio e *residencia* não são termos identicos, diz Planck. (134)

Na determinação do conceito de domicilio ha duas correntes caracteristicamente distintas, que se manifestam do mesmo modo na doutrina e na legislação. A primeira considera-o uma ficção de direito, uma relação que a lei estabelece entre uma pessoa e um certo lugar; a outra apresenta-o como uma realidade, como o lugar em que uma pessoa se estabelece de modo não precario.

Dizem Chironi e Abello: (135) «*Residencia* é noção de facto, com a qual se designa o lugar onde uma pessoa tem sua morada habitual; *domicilio*, ao contrario, é ficção de lei, que determina o lugar em que se supõe a pessoa presente sempre, ainda que na realidade e habitualmente resida em outro lugar.»

No mesmo sentido Pacifici-Mazzoni: (136) «Domici-

(133) *Traité élémentaire*, vol. 1.º, pag. 202.

(134) *Kommentar*, pag. 69: «*Wohnsitz und Wohnort sind nicht identisch.*»

(135) *Trattato cit.*, pags. 340-341.

(136) *Istituzioni*, vol. 2.º, pag. 156. Tambem Aubry et Rau definem domicilio: «*la relation juridique existant entre une personne et le lieu ou cette personne est, quant à l'exercice de ses droits et quant à l'accom-*



lio é a relação jurídica existente entre uma pessoa e o lugar em que se reputa presente, pelo que diz respeito ao exercício de seus direitos e ao cumprimento de suas obrigações.» O Código Civil Francês dispõe no art. 102: «*Le domicile de tout français, quant à l'exercice de ces droits civils, EST AU LIEU où il a son principal établissement*»; e o Código Civil Italiano, art. 16: «*Il domicilio civile di una persona È NEL LUOGO in cui essa ha la sede principale dei propri affari ed interessi.*» D'ahi afirmarem os interpretes que a lei, declarando *estar em um lugar* o domicilio da pessoa, exclue a suposição de ser *domicilio* o proprio lugar.

Commenta Huc: (137) «*Le domicile (domum colere) indique le fait d'habiter un séjour. Dans le sens vulgaire cette expression signifie le séjour lui-même, et est employée comme synonyme de résidence. Dans la langue juridique, le sens de cette expression est different; ce n'est pas un lieu puisque d'après le texte de la loi, il est au lieu... c'est donc une relation légale qui existe entre une personne et le lieu où elle a son principal établissement.*» Contra este conceito

plissement de ses obligations, toujours censée présente;» e Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade: «*Le domicile est le siège légal, le siège juridique d'une personne: c'est la relation permanente que la loi établit en droit entre cette personne et un certain lieu, où elle est supposée toujours présente.*» Diz, por sua vez, Huc: «*Le domicile est une abstraction juridique dont le siège a été fixé par la loi au lieu où la personne juridique (?) est censée présente: c'est dont le séjour légal de la personne juridique (?) qu'il ne faut pas confondre avec la résidence de la personne physique.*» Por esta definição poderia parecer que o jurista francês attribue *domicilio* só á pessoa jurídica e *residencia* á pessoa physica.

(137) Commentaire théorique et pratique du Code Civil, vol. 1.º, 1892, pag. 386.

se dirige a critica de Planiol. (138) Já Pothier definia domicilio: «*de lieu où une personne a établi le siège principal de sa demeure et de ses affaires.*» Também Savigny considera domicilio de um individuo «o lugar que elle livremente escolheu para a sua *morada estavel* e por isso também para centro de suas relações jurídicas e de seus negócios.» (139) Pensa Dernburg que «domicilio de uma pessoa é o centro da sua actividade e, neste sentido, a sua *morada normal.*» (140) Para Crome também domicilio é o

(138) Op. cit., vol. 1.º, pag. 201: «Les auteurs modernes ne s'entendent plus sur la définition du domicile, et ceux qui ont essayé d'en donner une formule scientifique sont arrivés à un degré d'abstraction qui en rend la notion malaisément compréhensible.» Depois de se referir á definição de Aubry et Rau (vide nota (136) acrescenta: «Cette définition a un double tort: 1.º, elle donne à croire que le domicile sert surtout à déterminer le lieu où s'exercent les droits et où s'acquittent les obligations, ce qui n'arrive presque jamais: c'est là la moindre de ses utilités; 2.º elle fait du domicile *une relation juridique* entre une personne et un lieu, alors que le domicile est très certainement *un lieu.* C'est donc substituer inutilement une notion abstraite, difficile à saisir, à une notion concrète, claire, par elle-même. On peut en faire l'épreuve directe: une bonne définition doit pouvoir se substituer dans une phrase quelconque au mot dont elle donne le sens. Qu'on essaie de remplacer le mot *domicile* par la formule de M. M. Aubry et Rau: «la relation juridique entre une personne et un lieu», on: verra quel galimatias on obtiendra dans des phrases telles que celles-ci Rentrer à son domicile, assigner quelqu'un à son domicile.»

(139) Sistema, trad. ital., vol. 8.º, pag. 62. É verdade, como acrescenta Savigny, que esta *morada estavel* não exclue nem uma ausencia passageira, nem uma futura mudança; entende-se, ao contrario, que ella admite uma tal reserva; quer, sómente significar que não deve existir desde o principio a intenção de *morada passageira.* O auctor referido mostra também a distincção romana entre o *domicilium* e a *origo*, outra causa que ligava o individuo ao municipio.

(140) Pandette, 1.º, pag. 118.



logar em que a pessoa estabelece o centro de sua actividade. (141) No mesmo sentido Regelsberger, (142) Cossack, (143) Èndemann. (144) Coelho da Rocha entende igualmente por domicilio «o lugar onde qualquer tem estabelecido a sua residencia fixa.» (145) É o conceito que se deprehe de das Ordenações (146) e neste sentido se pronunciam os escriptores patrios. Diz Ribas: (147) «*Domicilio é o lugar onde se habita com intenção de permanecer.*» Carlos de Carvalho (148) assim redigiu o art. 132 de sua Consolidação: «*Domicilio é o lugar em que alguém tem fixado sua residencia. Da tenção e vontade de permanecer no lugar resulta o domicilio.*»

Quanto ás legislações, o recente Codigo Civil Allemão

(141) System, 1.º, pag. 285: «Bedeutungsvoll wird für das Recht in vielfachen Bedeutung auch der Ort, wo die Person den Mittelpunkt ihrer Lebensthätigkeit hin verlegt. DIESEN ORT nennt man den Wohnsitz.»

(142) Pandekten, 1.º, pag. 221: «Dieser Mittelpunkt für das häusliche Leben und in der Regel auch für die Berufsthätigkeit einer Person ist ihr Wohnsitz oder Wohnort, domicilium».

(143) Lehrbuch, 1.º, pag. 79: «Der Wohnsitz eines Menschen IST DER ORT, an dem er sich ständig niedergelassen hat.»

(144) Lehrbuch, 1.º, pag. 158: «Wohnsitz im Rechtssinne IST DER ORT, der den Vereinigungspunkt des häuslichen Lebens und der gesamten bürgerlichen Beziehung einer Person bildet.»

(145) Instituições de Direito Civil Português, ed. 1907, pag. 43.

(146) Livro 2.º, tit. 56, 1: «Seja tambem qualquer, natural ou não natural de nossos Reinos, havido por visinho de Villa ou lugar em que casar com mulher da terra, *emquanto ahi morar, ou onde tiver a maior parte de seus bens, com tenção e vontade de alli morar. E si d'ahi se partir, e fôr morar a outra parte com sua mulher, casa e fazenda, com tenção de mudar o domicilio, etc.*» Vide tambem Ord. do Livro 3.º, tit. 11, in princ.

(147) Curso, vol. 1.º, pag. 128.

(148) Op. cit., pag. 40.

tambem se externa desse ultimo parecer: «Art. 7.º Quem se estabelece de modo permanente em um lugar, ali tem o seu domicilio». (149) Para o Codigo Civil Português, art. 41, domicilio «é o lugar, onde o cidadão tem a sua residencia permanente.» O Projecto Coelho Rodrigues encarrava o domicilio egualmente como lugar, mas de modo um pouco diverso; (150) assim tambem o Projecto Bevilaqua, o qual em suas diferentes phases ultteriores voltou á definição do codigo lusitano. (151) O Codigo Civil Brasileiro

(149) Wer sich an einem Orte ständig niederlässt, begründet an diesem Orte seinen Wohnsitz.

(150) Art. 66—Em relação ao exercicio dos direitos civis, o domicilio é o lugar, onde a pessoa tem o seu estabelecimento principal, e a residencia é o lugar de sua habitação. *Vide* a nota seguinte.

(151) Projecto primitivo, Art. 43: «O domicilio civil da pessoa physica é o lugar onde ella, de modo definitivo, estabelece a sua residencia e o centro principal de sua actividade.» O Projecto revisto reproduziu a definição do Codigo Civil Português: «Art. 43. O domicilio civil da pessoa natural é o lugar onde estabelece de modo definitivo sua residencia.» Essa disposição se conservou na phase ultima, art. 34, passando a constituir o art. 31 do Codigo Civil. O Projecto Coelho Rodrigues caracterisava o domicilio com o facto do estabelecimento principal e a residencia com a habitação; considerava domicilio e residencia como idéas que não têm relações entre si. O Projecto Bevilaqua (primitivo) reúne no conceito do domicilio os dois factos—da residencia e do estabelecimento principal; em sua phase ultima suppõe para constituição do domicilio uma residencia estabelecida de modo definitivo. Não basta, pois, uma residencia com o animo de não permanencia e muito menos a simples morada ou habitação; exige-se alguma coisa mais que é a resolução definitiva de fazer desse ponto o centro de sua actividade juridico-social; como, pois, declarar-se em seguida (art. 36; art. 33 do Cod. Civ.) que «será domicilio da pessoa natural que não tiver nenhuma residencia habitual, ou da que empregar a sua vida em viagens, sem ter um ponto central de negocios, o lugar onde fôr encontrada»? Já ahi se falla em ponto central de negocios, facto inteiramente extranho á definição. Depois, não será con-



define: «Art. 31. O domicilio civil da pessoa natural é o lugar onde ella estabelece a sua residencia com animo definitivo. Art. 32. Se, porém, a pessoa natural tiver diversas residencias, onde alternadamente viva, ou varios centros de occupações habituaes, considerar-se-há domicilio seu qualquer destes ou daquellas. Art. 33. Ter-se-há por domicilio da pessoa natural, que não tenha residencia habitual, ou empregue a vida em viagens, sem ponto central de negocios o lugar onde fôr encontrada.»

O interesse da pessoa, como sujeito do direito e os proprios interesses sociaes exigem a determinação do lugar onde os individuos exercem a sua actividade juridica; por isso tem grande importancia pratica a fixação do domicilio. As vantagens praticas do domicilio podem ser enumeradas e resumidas nos casos seguintes:

1.º determinação da competencia; (152)

trario á noção classica de domicilio, ao seu conceito juridico no direito civil moderno, á propria concepção popular, admittir-se domiciliado em um lugar o individuo que em transito ou mesmo de modo simplesmente accidental ali se encontre? Si não é bastante a residencia para determinar o domicilio, é preciso que ella tenha character definitivo, como considerar domicilio de uma pessoa qualquer lugar onde seja encontrada? Morada, habitação, residencia, dizem Chironi e Abello, são conceitos affins, antes gradações de um mesmo conceito, mas se differencam pela amplitude do conteúdo e pelos effeitos juridicos. A lei só á residencia attribue efficacia juridica especial. A morada, a habitação em si e por si não constituem elemento do domicilio, é necessaria uma residencia definitiva; assim com muito mais razão é insufficiente para determiná-lo a simples estada em character transitorio. Sobre essas gradações, *vide* Chironi e Abello — loc. cit. e para os termos allemães — Wohnsitz, Wohnort, Wohnung, Aufenthalt e Niederlassung — Crome — System, pag. 222, nota 3 e os outros auctores citados pelos referidos escriptores italianos.

(152) Chironi e Abello — Trattato cit., pag. 242; Planiol — Traité



2.º exercício de certos direitos; (153)

3.º publicidade de actos que interessam ao estado da pessoa; (154)

4.º determinação de factos juridicos que se referem á aquisição do patrimonio ou á sua liquidação, como a abertura da successão ou da fallencia; (155)

5.º as notificações e intimações de certos actos. (156)

O domicilio pode ser *politico* ou *civil*; o primeiro refere-se ao exercicio dos direitos politicos, isto é, ás relações juridicas dos individuos considerados como membros da collectividade; o segundo tem em vista a actividade juridica

cit., vol. 1.º, pag. 204; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade — Traité, vol. 1.º, pag. 807. «É o domicilio, dizem estes ultimos, que determina a competencia *ratione personæ* dos tribunales, em materia pessoal e mobiliaria.» *Actor sequitur forum rei* — é um antigo brocardo, diz Planiol.

(153) Chironi e Abello — loc. cit.; Planiol — loc. cit. Em principio, o exercicio do direito não depende do lugar em que o acto se effectua, entretanto, como observa Planiol, ha alguns direitos cujo exercicio excepcionalmente é *localisado*, como por ex. a adopção.

(154) Chironi e Abello — loc. cit.; Planiol — loc. cit. Ha factos que modificam a capacidade das pessoas, como anteriormente se viu; ora, os terceiros têm interesse em conhecer esta circumstancia e é de utilidade geral que não sejam praticados actos sem effeito juridico por falta de capacidade dos individuos que nelles intervêm. Torna-se, pois, necessaria a publicidade de taes alterações, publicidade que deve ser feita no domicilio da pessoa attingida.

(155) Chironi e Abello — loc. cit.; Planiol — loc. cit.; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade. Escreve Planiol: «Para exprimir esta centralisação de todos as operações (que envolvem interesses pecuniarios) diz-se que o domicilio determina o lugar de abertura da tutela, da falencia ou da successão.»

(156) Chironi e Abello — loc. cit.; Planiol — loc. cit.; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade.

do individuo em sua vida privada, isto é, considerado *uti singulus*. (157)

O domicilio civil subdivide-se em:

1.º *geral e especial*;

2.º *legal ou necessario e electivo ou voluntario*.

O domicilio *geral*, que tambem se denomina *ordinario*, *real*, ou simplesmente *civil*, se applica a todas as relações juridicas, ao passo que o domicilio *especial* diz respeito a certos e determinados actos. (158) Domicilio *necessario* é o que deriva de disposição de lei; resulta ordinariamente de uma residencia obrigatoria. (159) Têm domicilio necessario:

1.º *a mulher casada*, na constancia do matrimonio, tem por domicilio o conjugal, isto é, o do marido; (160)

2.º *o menor não emancipado* tem o domicilio do pae, da mãe ou do tutor de que depende; (161)

(157) Vide Chironi e Abello — op. cit., pag. 242.

(158) O credor hypothecario, por ex., além do domicilio proprio, poderá designar outro onde seja notificado e esse denomina-se domicilio inscripto. C. de Carvalho — Consolidação, art. 139. Ao domicilio especial tambem se chama domicilio de eleição, porque em regra depende unicamente da vontade das partes que intervêm no acto. Diz a respeito C. de Carvalho: «Art. 138 — Escolhendo-se um domicilio especial para o exercicio de certos direitos e preenchimento de certas obrigações, esse será o *domicilio eleito* e depende de submissão da vontade, expressa ou tacita.»

(159) C. de Carvalho — op. cit., art. 135.

(160) Diz o Cod. Civ., art. 36, paragrapho unico: A mulher casada tem por domicilio o do marido, salvo se estiver desquitada (art. 315) ou lhe competir a administração do casal (art. 251). Dec. n. 181 de 24 de Janeiro de 1890, art. 56, § 3.º; Carlos de Carvalho — op. cit., art. 137. Comp. Cod. Civ. All., art. 10.

(161) Cod. Civ., art. 36: Os incapazes têm por domicilio o de



3.º o maior interdito considera-se domiciliado no lugar em que o é o encarregado de curar dos seus negócios e interesses. (162)

Têm também domicilio necessario:

1.º os empregados publicos; (163)

2.º as pessoas que servem ou trabalham habitualmente em casa de outrem; (164)

seus representantes. Dec. cit., arts. 95-98; C. de Carvalho, art. 137. Cod. Civ. All., art. 11.

(162) C. da Rocha—op. cit., pag. 43; Planiol—loc. cit.; Chironi e Abello—loc. cit.; Teixeira de Freitas—Notas a Pereira e Sousa, vol. 1.º, pag. 29. Comp. o art. 8 do Cod. Civ. Allemão.

(163) Ribas—Curso cit., vol. 2.º, pag. 129; C. da Rocha—Instituições, vol. 1.º, pag. 43; Teixeira de Freitas—Notas a Pereira e Sousa. É de notar, entretanto, que, para esse effeito, é preciso que as funcções que exercem não sejam temporarias ou de mera commissão. Prescreve o Cod. Civ. Francês: "Art. 107: *L'acceptation de fonctions conférées à vie emportera translation immédiate du domicile du fonctionnaire dans le lieu où il doit exercer ses fonctions.*" O Projecto Bevilaqua encerra sobre o assumpto a disposição seguinte (Art. 52 do primitivo): "Art. 40. Os funcionarios publicos consideram-se domiciliados no lugar onde exercem as suas funcções, salvo si estas fôrem temporarias, periodicas ou de simples commissão, pois então conservarão o domicilio anterior." O Código Civil, mantendo o principio, redigiu o art. 37: Os funcionarios publicos reputam-se domiciliados onde exercem as suas funcções, não sendo temporarias, periodicas, ou de simples commissão, porque, nestes casos, ellas não operam mudança no domicilio anterior.

(164) Coelho da Rocha—loc. cit.; Planiol, op. cit., pag. 211; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade—op. cit., pag. 829. Diz o Código Civil Francês: "Art. 109. Les majeurs, qui servent ou travaillent habituellement chez autrui, auront le même domicile que la personne qu'ils servent ou chez laquelle ils travaillent, lorsqu'ils demeureront avec elle dans la même maison." Teixeira de Freitas entende que "além das pessoas do serviço domestico, as de serviço industrial ou agricola, os dependentes, os aggregados" têm domicilio no lugar em



3.º os militares que se acham de guarnição; (165)

4.º os sentenciados. (166)

O Código Civil Brasileiro firma ainda estas regras:

Art. 41. O ministro ou agente diplomatico do Brasil que, citado no estrangeiro, allegar exterritorialidade, sem designar, no país, o seu domicilio, poderá ser demandado no Districto Federal, ou no ultimo ponto do territorio brasileiro onde o teve.

Art. 42. Nos contractos escritos poderão os contra-

que o têm aquelles «a quem habitualmente sirvam ou com quem se achem; residindo, porém, na mesma habitação, ou em habitação accessoria.» O Código Civil Italiano, diz Brugi, deliberadamente abandonou a regra dos precedentes, que o servo tem o domicilio do patrão, tanto em respeito á personalidade d'aquelle, como tambem pelo character mutabilissimo que teria este domicilio legal. O Projecto Bevilaqua tambem não o contemplou; assim tambem o Código Civil.

(165) Ribas — loc. cit., que se refere ao texto romano: Hermogen. fr. 22, § 1, D. (L. 1) Ad Municip. et de incol. — *Miles ibi domicilium habere videtur, ubi meret si nihil in patria possideat*; Coelho da Rocha — loc. cit.; Cod. Civ. All., Art. 9. O Cod. Civ. dispõe: Art. 38. O domicilio do militar em serviço activo é o lugar onde servir. § unico. — As pessoas com praça na armada têm o seu domicilio na respectiva estação naval, ou na séde do emprego que estiverem exercendo, em terra. Art. 39. O domicilio dos officiaes e tripulantes da marinha mercante é o lugar onde estiver matriculado o navio.

(166) Ribas — loc. cit.; C. da Rocha — loc. cit. Diz T. Freitas — a Pereira e Sousa: — «Os condemnados á prisão, presos ou afiançados, nos termos da lei de 11 de Setembro de 1830, como os degredados» têm domicilio «no lugar do cumprimento das penas; não tendo elles permanente estabelecimento, ou assento principal de seus negocios no lugar do domicilio anterior. Cessa o domicilio necessario, cessando a causa de sua origem.» O projecto Bevilaqua dispunha: «art. 43: O lugar da prisão ou do desterro é o domicilio do preso ou desterado em cumprimento de sentença.» O Cod. Civ. conservou o principio, com a seguinte redacção: Art. 40. O preso, ou o desterado, tem o domicilio no lugar onde cumpre a sentença.



hentes especificar domicilio onde se exercitem e cumpram os direitos e obrigações delles resultantes.

O *domicilio voluntario*, chamado tambem *domicilio de facto*, deriva do direito que tem qualquer individuo de fixar em um certo ponto o centro de sua actividade juridica. (167) Constitue-se o domicilio voluntario pelo concurso de dois elementos: o *facto* de se estabelecer a residencia permanente em um determinado logar e a *intenção* de ahi exercer os seus direitos.

Basta o animo de não mudar de domicilio para conservá-lo, diz C. de Carvalho. (168) Só o facto unido á intenção pode dirimir esta presumpção. Para os effeitos da jurisdicção e da competencia o domicilio se presume, no direito patrio, pela residencia contínua de um anno pelo menos e, em qualquer tempo, pelo dominio de bens de raiz e propriedade de estabelecimento commercial, ou outro qualquer facto que induza a intenção de residir. (169)

Pode-se ter mais de um domicilio? Pode-se deixar de ter domicilio?

São questões sobre as quaes não existe real accordo.

Dizem Chironi e Abello: «Si uma pessoa tivesse muitos domicilios geraes faltaria a certeza do logar em que se desenvolve a sua actividade civil, que o legislador teve em mente.

(167) Qualquer individuo, nacional ou estrangeiro, pode fixar o seu domicilio no ponto do territorio brasileiro que escolher, de accordo com o preccito constitucional: art. 72, § 10: «Em tempo de paz qualquer pode entrar no territorio nacional ou delle sahir, com a sua fortuna e bens, quando e como lhe convier, independentemente de passaporte.»

(168) C. de Carvalho — Consolidação — art. 134.

(169) A. cit. art. 141.



Unico deve ser o domicilio, como unica é a pessoa cuja séde juridica elle assignala.» Continuum: «Por identico motivo, isto é, a necessidade de evitar a incerteza da séde juridica da pessoa, ninguem pode deixar de ter domicilio. Pode succeder que seja desconhecido, como tambem a residencia, mas isso nada tira á sua existencia; ao individuo pode-se deixar a escolha do domicilio, não — decidir si quer ou não tel-o.» (170) Planiol, (171) ao passo que sustenta a unidade de domicilio, admite a sua falta.

Ribas (172) falla em individuos que têm mais de um domicilio e individuos que não têm domicilio. O Codigo Civil tambem se refere á pluralidade de domicilios, mas exclue a possibilidade de haver individuo sem domicilio, porquanto considera domicilio dos que não têm residencia habitual, o logar onde forem encontrados. (173) Pela natureza do do-

(170) Trattato cit. Escrevem Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade: «Et d'abord peut-on n'avoir aucun domicile? Nous ne le croyons pas.» Accrescentam em seguida: «Peut'on maintenant avoir deux ou plusieurs domiciles généraux? La solution négative, contraire aux décisions du droit romain et de notre ancienne jurisprudence, est très généralement admise dans la doctrine, et à vrai dire elle n'est guère douteuse. Elle resulte d'abord des travaux préparatoires de la loi et notamment du discours de Malherbe au Corps législatif, dans lequel cet orateur du Tribunat l'a très nettement exposée. En outre et ainsi qu'il l'exprimait lui-même, l'unité du domicile est positivement établie par l'article 102, aux termes duquel le domicile est au lieu du principal établissement: or le principal établissement est nécessairement unique, puisque c'est celui domine tous les autres.»

(171) Traité cit., vol. 1.º, pags. 215-216.

(172) Ribas — op. cit.: «aquella que reside promiscuamente em dois ou mais logares tem domicilio em todos estes e em qualquer delles pode ser demandado.» Os que não têm domicilio, diz o mesmo auctor, denominam-se *vagabundas*.

(173) Cod. Civ., art. 32. Projecto primitivo, art. 44: «Si a pes-



micilio, pelos fins a que se destina, é de conveniencia social ter a maior fixidez e precisão, e suas reaes vantagens (174) só se manifestarão, si cada individuo só tiver um domicilio e si cada um tiver o seu. Todas as pessoas naturaes têm o seu domicilio de origem, que só perderão quando, por escolha sua, ou por determinação legal tiverem adquirido outro. (175)

Intimamente ligado ao conceito de domicilio e residencia está o instituto da ausencia. (176) Dizem Chironi e Abello: «A pessoa, que desenvolve a sua actividade em um lugar determinado, pode faltar, ao ponto de produzir duvidas sobre a sua existencia: este facto fornece o fundamento para a estructura technica da *ausencia*, que é o estado de quem deixou de comparecer no lugar de seu ultimo domicilio ou de sua ultima residencia, sem que se tenha noticia sua.» (177)

Ora, esta situação não é indifferente á lei; os interesses do ausente exigem a conservação de seu patrimonio, mas

soa constituir em logares differentes centros fixos de actividade ou tiver a sua residencia habitual em um e o centro de suas occupaões em outro, poderá em qualquer delles ser accionada, si a natureza da acção ou o teor do titulo não obstar a opção do auctor.» Esse artigo converteu-se no artigo 35 do Projecto, na phase ultima: «Si, porém, a pessoa natural tiver diversas residencias, onde viva alternadamente ou differentes centros de occupaões habituaes, qualquer d'aquellas ou destes será considerado como seu domicilio.» Vide tambem nota (150), *in fine*.

(174) Vide pag. 295 e notas (152 a 156) correspondentes. A multiplicidade de domicilios envolve uma contradicção nos proprios termos, a falta suppõe um individuo cuja actividade juridica se desenvolva ao acaso.

(175) *Vide* Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade — *Traité cit.*

(176) Chironi e Abello — *loc. cit.*

(177) *Loc. cit.*

a ausencia pode prolongar-se de tal modo a fazer suppôr a sua morte. Na ausencia devem-se comprehender tres periodos:

- 1.º ausencia presumida;
- 2.º ausencia declarada;
- 3.º successão definitiva do ausente com propriedade resolúvel. (178)

No primeiro periodo ha presumpção de que o ausente é vivo; é nomeado um curador provisório afim de cuidar de seus interesses e represental-o em qualquer acto judicial que se refira ao seu patrimonio. (179)

Cessa o periodo de presumpção de ausencia:

- 1.º com a volta do ausente, ou então quando se recebem noticias suas;
- 2.º com o decurso do prazo legal (ausencia declarada);
- 3.º com a prova da morte.

Estatue o Cod. Civ. Brasileiro:

Art. 463. Desapparecendo uma pessoa do seu domicilio, sem que della haja noticia, se não houver deixado representante, ou procurador, a quem toque administrar-lhe os bens, o juiz, a requerimento de qualquer interessado, ou do Ministerio Publico, nomear-lhe-á curador.

Art. 464. Tambem se nomeará curador, quando o au-

(178) A. e op. cit.

(179) Diz C. de Carvalho: "Art. 109 — Desapparecendo qualquer pessoa de seu domicilio ou residencia sem saber-se si é morta ou viva, ficando os bens desamparados, por não haver quem delles cuide, considera-se ausente para — a) se dar curador provisório aos bens emquanto se presume estar viva."

sente deixar mandatario, que não queira ou não possa exercer ou continuar o mandato.

Art. 465. O juiz, que nomear o curador, fixar-lhe-á os poderes e obrigações, conforme as circumstancias, observando, no que fôr applicavel, o disposto a respeito de tutores e curadores.

Art. 466. O conjuge do ausente, sempre que não esteja separado judicialmente, será o seu legitimo curador.

Art. 467. Em falta de conjuge, a curadoria dos bens do ausente incumbe ao pae, á mãe, aos descendentes, nesta ordem, não havendo impedimento que os iniba de exercer o cargo.

Paragrapho unico. Entre os descendentes, os mais vizinhos precedem os mais remotos, e, entre os do mesmo gráo, os varões preferem ás mulheres.

Art. 468. Nos casos de arrecadação de herança, ou quinhão de herdeiros ausentes, observar-se-á, quanto á nomeação do curador, o disposto neste Codigo, arts. 1591 a 1594.

No segundo periodo já se presume a morte do ausente, o que se verificava, pelo direito vigente antes do Codigo Civil:

a) si, tendo partido em algum navio de um porto com destino certo para outro, não ha noticia de sua chegada a esse porto ou a algum outro, nem das pessoas que nelle foram, dentro de dois annos nas viagens mais dilatadas, devendo-se então reputar perdido o navio e fallecido o que nelle partiu;

b) si a ausencia excede de 4 annos, a contar da data das ultimas noticias, não tendo deixado procurador;



c) si a ausencia excedê de dez annos, a contar da data das ultimas noticias, tenha ou não deixado procurador. (180)

O Codigo Civil Brasileiro decretou: Art. 469. Passando-se dois annos, sem que se saiba do ausente, se não deixou representante, nem procurador, ou, se os deixou, em passando quatro annos, poderão os interessados requerer que se lhe abra provisoriamente a successão.

No direito francês e no italiano procede-se, a requerimento dos interessados, á declaração de ausencia, cujo effeito é a immissão na posse temporaria ou provisoria e isso tem logar depois de tres annos continuos de ausencia presumida, ou depois de seis, si o ausente deixou procurador (direito italiano), (181) ou, respectivamente, nos prazos de quatro e dez annos (direito francês). (182)

Termina esse período:

1.º com a volta do ausente, ou com suas noticias;

2.º com o decurso do prazo de trinta annos e a abertura da successão definitiva, ou com a prova da morte.

Prescreve o Codigo Civil:

Art. 470. Consideram-se, para esse effeito, interessados:

I. O conjuge não separado judicialmente.

II. Os herdeiros presumidos legitimos, ou os testamenteiros.

III. Os que tiverem sobre os bens do ausente direito subordinado á condição de morte.

(180) C. de Carvalho — op. cit., art. 110.

(181) Cod. Civ. Ital., arts. 22 e segs.

(182) Cod. Civ. Fr., arts. 120 e 121.

IV. Os credores de obrigações vencidas e não pagas.

Art. 471. A sentença, que determinar a abertura da successão provisoria só produzirá effeito seis mezes depois de publicada pela imprensa; mas, logo que passe em julgado, se procederá á abertura do testamento, se existir, e ao inventario e partilha dos bens, como se o ausente fôsse fallecido.

§ 1.º Findo o prazo do art. 469, e não havendo absolutamente interessados na successão provisoria, cumpre ao Ministerio Publico requerel-a ao juizo competente.

§ 2.º Não comparendo herdeiro ou interessado, tanto que passe em julgado a sentença, que mandar abrir a successão provisoria, proceder-se-á judicialmente á arrecadação dos bens do ausente, pela forma estabelecida nos arts. 1591 a 1594.

Art. 472. Antes da partilha, o juiz ordenará a conversão dos bens moveis, sujeitos a deterioração, ou a extravio, em immoveis, ou em titulos da divida publica da União ou dos Estados (art. 477).

Art. 473. Os herdeiros inmittidos na posse dos bens do ausente darão garantias da restituição delles, mediante penhores ou hypothecas, equivalentes aos quinhões respectivos.

Parapho unico. O que tiver direito á posse provisoria, mas não puder prestar a garantia exigida neste artigo, será excluido, mantendo-se os bens, que lhe deviam caber, sob a administração do curador, ou de outro herdeiro designado pelo juiz, e que preste a dita garantia (art. 478).

Art. 474. Na partilha os immoveis serão confiados, em



sua integridade, aos successores provisórios mais idoneos.

Art. 475. Não sendo por desapropriação, os imóveis do ausente só se poderão alienar, quando o ordene o juiz, para lhes evitar a ruína, ou quando convenha convertel-os em títulos da dívida pública.

Art. 476. Empossados nos bens, os successores provisórios ficarão representando activa e passivamente o ausente; de modo que contra elles correrão as acções pendentes e as que de futuro áquelle se moverem.

Art. 477. O descendente, ascendente ou conjuge, que fôr successor provisório do ausente, fará seus todos os fructos e rendimentos, que a este couberem. Os outros successores, porém, deverão capitalizar metade desses fructos e rendimentos, segundo o disposto no art. 472, de accordo com o representante do Ministerio Publico, e prestar annualmente contas ao juiz competente.

Art. 478. O excluído, segundo o art. 473, paragrapho unico, da posse provisoria, poderá, justificando falta de meios, requerer lhe seja entregue metade dos rendimentos do quinhão, que lhe tocaria.

Art. 479. Se durante a posse provisoria se provar a época exacta do fallecimento do ausente, considerar-se-á, nessa data, aberta a successão em favor dos herdeiros, que o eram áquelle tempo.

Art. 480. Se o ausente apparecer, ou se lhe provar a existencia, depois de estabelecida a posse provisoria, cessarão para logo as vantagens dos successores nella immittidos, ficando, todavia, obrigados a tomar as medidas assecuratorias precisas, até á entrega dos bens a seu dono.

Abre-se a successão definitiva com a propriedade reso-



livel, quando se passarem trinta annos contados da data em que se presume a morte do ausente. (183)

Sobre a successão definitiva diz o Codigo Civil:

Art. 481. Trinta annos depois de passada em julgado a sentença, que concede a abertura da successão provisoria, poderão os interessados requerer a definitiva e o levantamento das cauções prestadas.

Art. 482. Tambem se pode requerer a successão definitiva, provando-se que o ausente conta oitenta annos de nascido e que de cinco datam as ultimas noticias suas.

Art. 483. Regressando o ausente nos dez annos seguintes á abertura da successão definitiva, ou algum de seus descendentes ou ascendentes, aquelle ou estes haverão sómente os bens existentes no estado em que se acharem, os subrogados em seu lugar, ou o preço que os herdeiros e demais interessados houverem recebido pelos alienados depois d'aquelle tempo.

Paragrapho unico. Se nos dez annos deste artigo, o ausente não regressar, e nenhum interessado promover a successão definitiva, a plena propriedade dos bens arrecadados passará ao Estado, onde era domiciliado o ausente, ou á União, se era domiciliado no Districto Federal, ou em territorio não constituido em Estado. (184)

(183) C. de Carvalho — op. cit., art. cit., § 1.º

(184) O Proj. primitivo — dispunha: art. 544: "Quando alguém desaparece do seu domicilio, sem deixar representante a quem caiba administrar os seus bens, e sem que se saiba o seu destino, deve o juiz, a requerimento de qualquer interessado ou do ministerio publico, dar-lhe um curador;" art. 549: "Passados dois annos sem que se tenha noticia do ausente, que não deixou representante, ou cinco, si elle tiver deixado representante, poderão os interessados pedir que se abra pro-



O Cod. Civ. All. tem regras diferentes sobre o instituto da ausencia. (185)

Os efeitos da ausencia tambem se fazem sentir nas

visoriamente a sua successão;” art. 561: “Vinte annos depois de ter passado em julgado a sentença que concede a abertura da successão provisoria, os interessados poderão requerer a successão definitiva e o levantamento das cauções que tiverem offerecido;” art. 562: “Tambem pode ser pedida a successão definitiva, provando-se que o ausente já completou oitenta annos de idade e que datam de cinco as ultimas noticias d'elle;” art. 563: “Regressando o ausente dentro dos dez annos seguintes á abertura da successão definitiva, scr-lhe-ão entregues os bens no estado em que se acharem. Si regressar depois d’esse tempo só poderá reclamar de seus successores os alimentos de que carcer.” O projecto revisto modificou para quatro annos a successão provisoria do ausente que deixou procurador e para trinta annos a successão definitiva; alteração que se conservou na phase ultima.

(185) Cod Civ. All.: Art. 13. Aquelle que está ausente pode ser declarado morto de accordo com os artigos 14 a 17...; art. 14. A declaração de morte é admissivel quando durante o periodo de 10 annos não se tem noticias do ausente. Não pode, porém, dar-se antes de terminado o anno em que o ausente teria completado 31 annos. O ausente que completou 70 annos pode ser declarado morto passados 5 annos, sem que d’elle se tenham noticias. Os prazos de 10 e 5 annos começam a correr da expiração do ultimo anno em que o ausente ainda vivia, conforme as ultimas noticias; art. 15. Aquelle que tomou parte em uma guerra como subdito de uma das partes belligerantes e desapareceu durante a guerra, pode ser declarado morto, não apparecendo até 3 annos depois da conclusão da paz; art. 16. Aquelle que se achou em uma travessia sobre um navio que naufragou, si desapareceu desde esse momento, pode ser declarado morto passado 1 anno.

A perda do navio é presumida quando não chegou ao lugar do destino ou quando, não tendo destino fixo, não voltou e depois de sua partida tem decorrido: 1 anno para as travessias do mar Baltico; 2 annos para os outros mares da Europa, comprehendidos o mediterraneo, o mar Negro e o mar de Azov; 3 annos para as fóra dos mares europeus; art. 17. Aquelle que se achou em perigo de morte em outras circumstancias que não as mencionadas nos arts. 15 e 16 e desapareceu desde então, pode ser declarado morto 3 annos depois.



relações de família. Quanto ao matrimonio, estabelecida pela lei sua indissolubilidade, enquanto vivem os conjugues, é claro que a ausencia, por mais prolongada que seja, não pode produzir a dissolução do vinculo matrimonial, porque não prova a morte. A lei pode, no estado de incerteza em que se fica acerca da existencia do ausente, regular provisoriamente a sorte de seus bens, mas evidentemente não poderia, em qualquer periodo da ausencia, estabelecer um regimen provisório no que diz respeito ao casamento do ausente e auctorisar o outro conjuge a contratar uma nova união. (186)

Este, com effeito, só será admittido a contrahir novas nupcias exhibindo a certidão de obito daquelle a quem anteriormente estava ligado. (187) Pode, entretanto, succeder que o esposo presente, infringindo as disposições legaes, se tenha casado outra vez. Será este casamento nullo de modo absoluto? Respondem Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade: (188) «Não, porque o unico obstaculo que se oppõe á sua validade é a existencia do conjuge ausente e esta existencia não está demonstrada. Si não se permite ao esposo presente tornar a casar-se, enquanto dura a ausencia do outro, porque a morte deste não é certa, do mesmo modo quando esta prohibição foi transgredida, a nullidade do novo casamento não pode ser pronunciada, enquanto persiste a ausencia, porque a vida do ausente não pode ser estabelecida.»

(186) Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade — *Traité cit.*, vol. 1.º, 1902, pags. 1032 a 1033.

(187) Dec. n. 181 de 24 de Janeiro de 1890, art. 1.º, § 5.º

(188) *Loc. cit.*



Em relação aos filhos, enquanto menores não emancipados, e portanto sujeitos ao patrio poder, uma vez que esteja ausente o pae, deve-se distinguir si existe mãe viva ou não. No primeiro caso a mãe assume o exercicio do patrio poder, salvo si existe alguma impossibilidade legal; no segundo caso são os filhos equiparados aos orphãos e submettidos á tutela. O Codigo Civil assim se pronuncia: «Art. 484. Se o ausente deixou filhos menores e o outro conjuge houver fallecido, ou não tiver direito ao exercicio do patrio poder, proceder-se-á em relação aos mencionados filhos como si fôsem orphãos de pae e mãe.» (189)

F) *Actos do estado civil*. É do maior interesse para o individuo e para a collectividade, que os elementos fundamentaes da condição politica e familiar de uma pessoa sejam estabelecidos de modo indiscutivel, e que todos possam conhecê-los. Tal é a importancia dessa determinação, que todas as legislações modernas adoptaram os registros civis, que têm por fim assignalar o nascimento, o estado e a morte da pessoa. (190)

(189) Art. 490 do Projecto Bevilaqua.

(190) Conforme diz Bensa: «Houve um tempo em que a Igreja, fazendo-se iniciadora de uma serie de registros parochiaes, que comprehendiam os nascimentos, os matrimonios e as mortes, com relação ás funções religiosas correspondentes, teve o merito de estabelecer as bases de um estado civil logicamente organizado. Aquillo que era um progresso acabou por ser coisa imperfeita e antiquada e hoje ainda, quando se recorre aos registros parochiaes para os factos anteriores á actual legislação, bem se percebem os seus defeitos.» Sobre a historia do registro civil, refere-nos Planiol que os registros de baptismo foram estabelecidos muito tarde e tinham por fim assegurar o respeito das prescrições canonicas, que prohibiam casamentos entre parentes. «A origem dos registros de casamento e de morte, escreve

Chamam-se *actos do estado civil as inscrições feitas nos registros publicos, destinadas a fornecer uma prova segura da existencia e do estado da pessoa*. Estes registros são denominados *civis* e são escripturados e mantidos por funcionarios, que têm o nome de *officiaes do registro civil ou do estado civil*.

O registro civil comprehende entre nós as declarações necessarias para certificar a existencia de tres factos: o nascimento, o casamento e a morte. (191) As regras communs ás inscrições desses tres factos são as que se referem:

este auctor, é differente e mais antiga. Havendo o costume de uma dadiva aos parochos pelos casamentos e pelos enterros, elles adoptaram uma especie de livros de contas, onde inscreviam as sommas recebidas e principalmente as que lhes eram devidas.» A idéa de secularisar os registros do estado civil data do seculo xviii. No periodo da Revolução francêsa a Assembléa Constituinte decidiu que os nascimentos, casamentos e mortes de todos os habitantes, sem distincção, seriam constatados por officiaes publicos encarregados de receber e conservar os respectivos actos. A Assembléa legislativa, por lei de 20-25 de Setembro de 1792, confiou os registros ás municipalidades e determinou que de então em diante só os actos authenticos, delles extrahidos, poderiam fazer prova em juizo. Os registros parochiaes passaram a ter importancia sómente para a auctoridade ecclesiastica, mas, quanto aos actos anteriores á lei, continuaram a produzir prova. *Vide* Planiol — op. cit., pags. 173-174; Baudry-Lacantinerie e Houques-Fourcade — op. cit., pags. 647-669.

(191) Dec. n. 9886 de 7 de Março de 1888; Dec. n. 181 de 24 de Janeiro de 1890; Dec. n. 223 de 27 de Fevereiro de 1890. O registro civil é instituição federal, cabendo aos Estados sómente legislar sobre a designação dos respectivos serventuários e suas relações com as auctoridades judicias e administrativas, de accordo com o prescripto na Constituição Federal, art. 34, n. 23. O Código Civil (art. 12) manda inscrever em registro publico: 1.º os nascimentos, casamentos e obitos; 2.º a emancipação por outorga do pae ou mãe, ou por sentença do juiz; 3.º a interdicção dos loucos e dos prodigos; 4.º a sentença declaratoria da ausencia.



- a) ás pessoas que figuram nos actos do estado civil;
- b) á redacção dos actos e aos extractos dos registros;
- c) á publicidade e força probante.
- d) ás rectificações e annotações.

A) As pessoas que figuram nos actos submettidos ao registro civil são: 1.º o official do registro; 2.º as partes; 3.º os declarantes; 4.º as testemunhas.

1.º O official do registro civil é o redactor do acto; a elle devem ser feitas todas as declarações exigidas pela lei.

É encarregado dos assentos, notas e averbações do registro civil o escrivão do Juizo de Paz de cada districto, sob a immediata direcção e inspecção do Juiz respectivo, salvo si as legislações dos Estados designarem para esse fim outros serventuarios. (192)

Quanto ao registro dos casamentos, como além do livro especial, onde são lançados os respectivos actos, deve haver um outro para o registro dos editaes dos proclamas, podem as legislações estaduaes confiar a escripturação de um ou de ambos a officiaes privativos. (193)

(192) Dec. cit., n. 9886 de 1888.

(193) No Estado da Bahia as funções de official do registro civil são exercidas pelos escrivães de paz, quanto aos nascimentos e aos obitos. Quanto aos casamentos, o escrivão de casamentos, na Capital, e, nos outros Termos, o escrivão que fôr designado pelo Juiz de Direito, terão a seu cargo os assentos dos casamentos celebrados nas respectivas circumscripções. Compete, porém, aos escrivães de paz o registro dos editaes dos proclamas. A auctoridade que preside aos casamentos na Bahia é, na Capital, o Juiz da Vara Especial dos Casamentos, e nas outras Comarcas o Juiz de Direito; os actos preliminares, porém, são praticados no Juizo de Paz, assim todo o processo de habilitação; esta, entretanto, é julgada pelo Juiz que tem de presidir ao casamento.



Na Capital Federal são encarregados dos assentos do registro civil:

a) na séde de cada pretoria o respectivo escrivão;

b) na séde de cada circumscripção, antiga parochia, onde não estiver a séde da pretoria que a comprehender, o escrevente subordinado ao respectivo escrivão. Ao escrevente, porém, só incumbe o registro dos nascimentos e dos obitos. (194)

2.º Chamam-se partes as pessoas a cujo estado se refere o acto quando na confecção deste ellas proprias intervêm. É claro, pois, que só no acto do casamento figuram as partes.

3.º Os declarantes são as pessoas que comparecem diante do official do registro para lhe dar conhecimento dos actos que devem ser escriptos, quando a pessoa de que se trata não o pode fazer por si mesma; é o que succede em relação aos nascimentos e aos obitos. Às vezes os declarantes são ao mesmo tempo partes; assim os futuros esposos cuja declaração de pretenderem casar-se é recebida pelo official competente. Qualquer pessoa pode ser declarante: tanto os homens como as mulheres.

4.º Afim de tornar as fraudes mais difficeis a lei exige em certos casos a presença de testemunhas que certifiquem ao official do registro a identidade das partes ou dos declarantes, confirmem a veracidade de suas declarações e verifiquem a exactidão do acto redigido. As testemunhas para os assentos do registro civil deverão ser, sempre que fôr possível, varões e maiores de 21 annos. Em nenhum caso se

(194) C. de Carvalho — loc. cit.



admittirão como testemunhas menores de 14 annos. (195)

B) Todo o acto do estado civil deve enunciar o anno, o dia e a hora em que é recebido, os nomes, prenomes, idade, profissão e domicilio de todos os que nelle são mencionados. (196)

O official do registro deve incluir no acto todas as declarações requeridas por lei, mas não pode completal-as por conhecimento pessoal; seu papel limita-se a reproduzir o que lhe referem; deve entretanto excluir do acto qualquer enunciação que seja estranha ao acontecimento que se pretende registrar. (197) A escripturação dos assentos se fará seguidamente, sem abreviaturas nem algarimos; no fim de cada assento e antes da subscrição e das assignaturas, se resalvarão as emendas, entrelinhas ou quaesquer outras circumstancias, que possam occasionar duvidas. (198) Antes

(195) Carlos de Carvalho — Consolidação, art. 12 da Parte complementar, pag. 550. O Código Civil Francês, art. 37, prescrevia que “as testemunhas produzidas nos actos do estado civil só poderiam ser do sexo masculino e maiores de 21 annos, fôsem parentes ou não.” A lei de 7 de Dezembro de 1897 admittiu as mulheres como testemunhas não só desses actos como dos feitos perante o notario publico. A lei italiana de 9 de Dezembro de 1877 abrogou todas as disposições que excluïam as mulheres de intervir como testemunhas nos actos publicos e privados.

(196) Conf. Cod. Civ. Fr., art. 34; Planiol — op. cit., pag. 179; B. Lacantinerie e H. Fourcade — op. cit., pag. 685.

(197) Cita Planiol, como exemplo, o caso de um *maire*, na Vendéa, que recusou inscrever em um acto de nascimento, que a creança apresentada levava um *bonnet* branco dado pela duqueza de Berry. Como acrescenta o mesmo auctor, mais forte é a razão de se excluïrem as enunciações prohibidas por lei; assim, por exemplo, no acto de obito, um suicidio ou uma execução capital. Vide o art. 85 do Código Napoleão.

(198) Dec. n.º 9886, art. 10.º

da assignatura dos assentos, notas ou averbações, serão estes lidos ás partes ou procuradores dellas e ás testemunhas; do que se fará menção, como se pratica nas escripturas publicas. (199) Os assentos serão assignados pelas partes, por seus procuradores e pelos declarantes com os seus nomes por inteiro e assim tambem as testemunhas nos casos em que são necessarias. Si, comtudo, alguma destas pessoas não puder escrever por qualquer circumstancia, far-se-á declaração disto no assento, assignando a rogo outra pessoa. (200)

Dos registros extraem-se copias sempre que requirem os interessados. Essas copias encerram todo o acto pedido. (201)

C) Os registros do estado civil são feitos para estarem á disposição do publico. O interesse geral reclama a possibilidade de se conhecer com segurança o estado civil da pessoa. A publicidade dos registros, porém, não consiste na faculdade de procurar qualquer, pessoalmente, o que lhe interessa conhecer; mas toda a pessoa pode obter uma certidão do registro civil, mesmo sem justificar o interesse legitimo que nisso tenha. (202) As certidões dos registros civis têm a mesma efficacia probatoria que os actos pu-

(199) Dec. cit., art. 12.

(200) Dec. cit., art. 11.

(201) As copias extrahidas dos registros civis têm o nome de *certidões*; não são simples extractos, embora muitas vezes se lhes dê este nome. Os *extractos* contêm uma copia parcial das passagens que se tem interesse em conhecer; as *certidões* são copias inteiras e completas; os franceses chamam-nas *expéditions*.

(202) Conf. Planiol, loc. cit.; B. Lacantinerie e H. Fourcade, loc. cit.



blicos e o original de onde são extrahidas. Assim, como todo acto authenticico, merecem fé enquanto se lhes não provar a falsidade. Só no caso de se terem perdido os respectivos livros serão admittidos outros meios de prova, para os factos posteriores ao estabelecimento do registro civil; para os anteriores têm valor os assentos parochiaes.

D) Apesar dos requisitos exigidos por lei, a redacção do acto pode conter erros que devem ser rectificadlos. Tendo havido algum erro ou omissão no acto do lançamento,, de modo que seja necessario fazer alguma emenda ou addição, deixar-se-á para o fim do assento, antes das assignaturas; (203) mas, si o assento já estiver concluido e assignado, estando as partes e as testemunhas presentes, a emenda se fará por declaração escripta, em seguida ao mesmo assento e assignada pelas pessoas que nelle figuraram. (204)

Fora desses casos qualquer rectificação só poderá ser feita em virtude de decisão do poder judiciario; (205) far-se-á então por meio de um novo assento, escripto em seguida ao ultimo que houver no livro respectivo; e em frente d'elle e do assento primitivo serão lançadas notas remissivas com a necessaria clareza, de modo que facilmente se conheça a relação que existe entre os dois assentos. (206) A annotação de qualquer assento do registro civil será feita

(203) Dec. n. 9886 cit., art. 14. Vide também Carlos de Carvalho — Consolidação, art. 13, pag. 550.

(204) Dec. cit., art. 15; Carlos de Carvalho — Consolidação, art. 14, pags. 550-551.

(205) Dec. cit., art. 16.

(206) Dec. cit., art. 17.



mediante mandado da auctoridade judiciaria. (207) Para se fazer a averbação de algum assento é necessario que as partes apresentem ao official do registro sentença, mandado, certidão ou documento legal e authenticico, de onde conste a mudança do estado civil das pessoas, a que o assento disser respeito. (208)

Registro dos nascimentos. Todo o nascimento que occorrer na Republica, a bordo de navio de guerra ou mercante, em viagem ou nos acampamentos do exercito em campanha, deverá ser dado a registro dentro de 3 dias. (209) Este prazo será ampliado: a 8 dias para os que residirem de 6 a 48 kilometros de distancia da séde do registro; a 20 para os que residirem de 48 a 120 kilometros; a 60 para os que residirem a mais distancia. (210) Deve ser declarante do nascimento o pae; (211) em sua falta ou impedi-

(207) Dec. cit., art. 24.

(208) Dec. cit., art. 28.

(209) Dec. cit., art. 54—Na Italia este prazo é de 5 dias (art. 371 do Cod. Civ.). É claro que não se incluye o dia do nascimento, de accordo com o principio geral—*dies a quo non computatur in termine.*

(210) Dec. cit., art. 54. Havendo, porém, a menor distancia, auctoridade policial, a declaração dever-lhe-á ser feita previamente, o que será por ella certificado e á vista da certidão far-se-á o registro (§ Unico do mesmo art.).

(211) A obrigação de declarar o nascimento é de ordem publica (Baudry-Lacantinerie e H. Fourcade); é o primeiro dever do pae para com o filho (Planiol). É necessaria a apresentação da creança ao official do registro? Entre nós a lei não o exige. O Cod. Civ. Fr., art. 55, determina que o recém-nascido lhe seja apresentado; da mesma forma o Cod. Civ. Ital., art. 371. Esta apresentação, como diz Planiol, é necessaria para lhe permittir verificar, ao mesmo tempo, o nascimento da creança viva e o seu sexo. Além disso, pode ser um meio de reconhecer si a declaração é tardia. Em muitos casos, porém, pode haver perigo de vida para o recém-nascido em ser levado á presença



mento a mãe; no impedimento de ambos o parente mais proximo, sendo maior e estando presente; na sua falta, o medico ou a parteira, que assistiu ao nascimento, e emfim qualquer pessoa idonea da casa em que occorrer, si sobrevier fóra da residencia da mãe. (212)

O acto do nascimento deve conter:

1.º o dia, mez, anno e logar em que occorreu e além disso a hora certa ou approximada;

2.º o sexo do recém-nascido e a declaração de ser gêmeo, quando isto acontece;

3.º a declaração de ser legitimo, illegitimo ou exposto;

4.º o facto de ter nascido morto ou de ter morrido no acto, ou logo após o parto;

5.º a ordem de filiação de outros irmãos do mesmo nome, que existam ou tenham existido;

do official do registro; nesses casos o Cod. Ital. dispensa a apresentação (art. cit. al.) e a lei francêsa de 1792 impunha ao official o dever de ir á casa em que estivesse a creança. Não tendo o Cod. Napoleão reproduzido este preccito, alguns officiaes pretendram applicar o Art. 55 de modo rigoroso. O Dr. Loir emprehendeu então uma verdadeira cruzada em favor da verificação do nascimento no domicilio. Com effeito, hoje na França o nascimento é attestado por um medico, sendo que em Paris e em algumas grandes cidades, como não pode a Municipalidade conhecer todos os medicos e apreciar o seu criterio, os nascimentos são verificados por "medicos do estado civil", delegados pela administração municipal. "Além das vantagens para a *hygiene dos recém-nascidos*, pondera Planiol, este systema offerece maiores *garantias technicas* do que o Codigo; não é, porém, conforme ao rigor dos textos: o official do estado civil afirma aquillo que não verificou. É um dos mais notaveis exemplos das vantagens que offerece a violação de uma lei má." A confiança absoluta nos declarantes, como entre nós se pratica, pode causar graves inconvenientes.

(212) Dec. cit., art. 57.

6.º os nomes, sobrenomes e appellidos dos paes, sua naturalidade, condição e profissão, o logar onde se casaram e o domicilio ou residencia actual;

7.º os nomes, sobrenomes e appellidos dos avós paternos e maternos;

8.º os nomes, sobrenomes e appellidos, domicilio ou residencia de duas testemunhas, pelo menos, assim como sua profissão. (213)

Os nascimentos a bordo serão ahi mesmo lavrados e duas copias authenticas do acto serão entregues ao juiz competente no primeiro porto a que chegar o navio, ou ao agente diplomatico ou consular, si fôr estrangeiro o primeiro porto. (214)

(213) Dec. cit., art. 58. Sendo illegitimo o filho, não se inscreverá o nome do pae, sem que este expressamente o auctoris e compareça por si, ou por procurador especial, para assignar o respectivo assento. Tractando-se de um filho adulterino de uma mulher casada, deve ser declarado o nome de seu marido, o do pae verdadeiro ou só o da mãe? Sendo o do marido, attribue-se ao recém-nascido a qualidade de legitimo; sendo o do verdadeiro pae (no caso em que este consinta), ou só o materno, a declaração se torna escandalosa. De accordo com o art. 59 do Dec. n. 9886, nessas condições devem ser omittidos os nomes de ambos os progenitores. Si é incestuoso, só o nome materno poderá ser mencionado. Entende Planiol que, pelo Dir. Francês, o nome do marido da adúltera deve figurar no acto de nascimento de uma creança adulterina. Quando se trata de um exposto faz-se o registro de accordo com as declarações da Santa Casa de Misericórdia; sendo, porém, o exposto de casa particular, declarar-se-á a hora, dia, mez e anno em que foi encontrado e a sua idade apparente. Neste caso o involtorio, roupas e quaesquer outros objectos e signaes, que trazer a creança e que possam a todo o tempo faz-la reconhecer, serão numerados, alistados e fechados em uma caixa lacrada e sellada com a designação do exposto a que pertencem e remettidos ao juiz competente, que os mandará guardar no cofre dos órfãos.

(214) Dec. cit.

Registro dos casamentos. Legislação anterior ao Código Civil. Logo que a auctoridade, que presidir ao casamento, tiver declarado legitimamente casados os contraentes, o official do registro lançará no respectivo livro o acto do casamento, nos termos dos arts. 29, 30, 31 e 46 do Dec. n. 181 de 24 de Janeiro de 1890. (215) Da mesma forma serão lavrados os actos dos casamentos celebrados pelos agentes diplomaticos e consulares brasileiros, declarando-se nelles tambem os domicilios dos contraentes no Brasil, onde deverão ser transcriptas as respectivas certidões. (216)

Código Civil. Art. 195. Do matrimonio, logo depois de celebrado, se lavrará o assento no livro de registro. No assento, assignado pelo presidente do acto, os conjuges, as testemunhas e o official do registro, serão exarados:

I. Os nomes, prenomes, datas de nascimentos, profissão, domicilio e residencia actual dos conjuges.

II. Os nomes, prenomes, datas de nascimento ou de morte, domicilio e residencia actual dos paes.

(215) Dec. n. 233 de 27 de Fevereiro de 1890. No acto devem ser declarados: 1.º a hora, o dia, o mez, o anno e o logar em que se celebra o casamento; 2.º os nomes, prenomes e appellidos dos nubentes, sua qualidade de filho legitimo ou illegitimo (ou exposto), bem como sua idade, nacionalidade e residencia; 3.º os nomes e prenomes dos paes ou da mãe; 4.º o facto de terem tido filhos antes do casamento, os nomes destes e a idade que têm; 5.º a circumstancia de serem parentes no 3.º gráo, ou no 4.º duplicado, da linha collateral. Será tambem mencionado o regimen do casamento, com declaração da data e do cartorio em cujas notas foi passada a escriptura antenupcial, quando o regimen não fór o commum ou o legal.

(216) Dec. n. 233, art. 6.º

III. Os nomes e prenomes do conjuge precedente e a data de dissolução do casamento anterior.

IV. A data da publicação e da celebração do casamento.

V. A menção dos documentos apresentados ao official do registro (art. 180).

VI. Os nomes, prenomes, profissão, domicilio e residência actual das testemunhas.

VII. O regimen do casamento, com declaração da data e do cartorio em cujas notas foi passada a escriptura antenupcial, quando o regimen não fôr o da communhão ou o legal estabelecido no titulo III deste livro para certos casamentos.

Registro de obitos. Nenhum enterramento poderá ser feito, sem certidão do official do registro do districto, em que se tiver dado o obito. A certidão deve ser expedida, sem dependencia de despacho, logo depois de lavrado o acto, em vista de attestado do medico, si o houver no logar, ou, não havendo, de duas pessoas qualificadas que tenham presenciado ou verificado a morte. (217) Si dentro de 24 horas não fôr encontrado o official do registro ou si a *causa mortis* fôr molestia contagiosa, a juizo do medico, poderá ser feito o enterramento, com auctorisação policial, abrindo-se o assento no dia seguinte e mencionando-se a auctorisação. (218)

(217) Dec. n. 9886, art. 74. Segundo o Cod. Civ. Fr., o official do registro é obrigado a verificar o obito pessoalmente (art. 77); na pratica, porém, diz Planiol, é o medico do fallecido ou o do *estado civil* que lhe entrega um certificado de obito. Comp. Cod. Civ. Ital., art. 385.

(218) Dec. n. 9886, art. 75. O mesmo se observará fóra das



São obrigados a fazer a communição do obito:

1.º o chefe da família, quanto á mulher, filhos, hospedes, aggregados e creados;

2.º a viuva, a respeito de seu marido e de cada uma das pessoas acima indicadas;

3.º o filho, a respeito do pae ou da mãe; o irmão, quanto ao irmão e mais pessoas da casa; o parente mais proximo, sendo maior e estando presente;

4.º o administrador, director ou gerente de qualquer estabelecimento, a respeito das pessoas que ali fallecerem;

5.º em falta de outra pessoa, a que tiver assistido os ultimos momentos do fallecido, o sacerdote que tiver ministrado soccorros espirituaes, ou o visinho que do facto tiver noticia;

6.º a auctoridade policial, quanto ás pessoas encontradas mortas. (219)

O assento de obito deverá conter:

1.º o dia, e si fôr possivel a hora, mez e anno do fallecimento;

2.º o logar, com indicação do districto a que pertencia o morto;

3.º o nome, sobrenome, appellido, sexo, idade, estado, profissão, naturalidade, domicilio ou residencia e si era de filiação legitima ou natural (ou exposto).

4.º sendo cásado, o nome do conjuge superstite; sendo viuvo o do premorto;

povoações, nos logares que distem mais de uma legua do cartorio do escrivão de paz.

(219) Dec. cit., art. 76.



5.º os nomes, sobrenomes, appellidos, profissão, naturalidade e residencia dos paes;

6.º si a morte foi natural ou violenta e a causa conhecida;

7.º si deixou testamento;

8.º si deixou filhos legitimos ou naturaes reconhecidos, quantos e os seus nomes e edades;

9.º o logar em que vae ser sepultado. (220)

O Codigo Penal (221) considera contravenção e estabelece penas para as omissões no registro civil.

(220) Dec. cit., art. 77.

(221) Art. 388: Toda a pessoa nacional ou estrangeira, que, tendo obrigação de dar a registro algum nascimento, deixar de fazer as declarações competentes, dentro dos prazos marcados no regulamento, incorrerá na multa de 5\$000 a 20\$000, elevada ao duplo nas reincidencias. O Cod. Pen. não se refere aos casamentos e aos obitos. O Dec. n. 9886, porém., applica a mesma pena á omissão das declarações referentes a qualquer acto. Quanto ao casamento, vide tambem o Dec. 233, art. 9.º



§ 2.º *Da pessoa juridica* — a) *conceito e classificação das pessoas juridicas*; b) *sua existencia e capacidade juridica*.

A) *Conceito e classificação das pessoas juridicas*. Conforme vimos anteriormente (1) não é só o homem que tem personalidade juridica. Reconhecem quasi todos os auctores, e egualmente os direitos positivos de todos os povos modernos, que, ao lado da pessoa natural, que o eminente civilista patrio — T. de Freitas chamou *pessoa de existencia visivel*, (2) ha outras entidades, ás quaes tambem são attribuidos direitos privados. A esse outro sujeito de direitos, que apparece ao lado das pessoas naturaes, ainda hoje se applica, principalmente na litteratura juridica franceza, a denominação de *pessoas moraes*; (3) alguns escriptores preferem, porém, chamal-o *pessoas ficticias*, (4) *civis* (5) e

(1) *Vide* Cap. I, § 2.º.

(2) Esboço do Cod. Civ., nota ao art. 17.

(3) Cassagnade — *Des personnes morales*, 1883; Sainctelette — *Des personnes morales*, 1885; Vauthier — *Études sur les personnes morales*, 1887; Lainé — *Des personnes morales en droit int. privé*, 1893; Michoud — *La notion de personnalité morale*, 1899; Mestre — *Les personnes morales*, 1899; Vareilles-Sommières — *Les personnes morales*; Laurent — *Principes* (que tambem as chama *civis*); Cod. Civ. Português, arts. 32 e segs.

(4) Planiol, — *Traité*, pag. 979, escreve: "*Les personnes fictives sont également nommées dans l'usage personnes civiles ou personnes morales; quelquefois même on les appelle, à l'imitation des allemands, personnes juridiques. La première de toutes ces dénominations est la plus claire.*"

(5) Piébourg — *De quelques questions sur les personnes civiles*, 187; — Ducrocq — *De la personnalité civile de l'État*, 1894.

collectivas; (6) outros empregam para designal-o a expressão — *personas jurídicas* (7). — a qual tende a prevalecer na doutrina e já foi introduzida em algumas legislações. (8) É esta ultima a denominação mais recente e tambem a mais propria para designar os seres a que se applica. O estudo da natureza da pessoa jurídica é ainda na epoca actual complicadissimo, *verata quæstio*, pois sobre tal assumpto continuam a ser sustentadas as theorias mais oppostas, e até

(6) Bellavite — Delle persone collettive, 1878-1879; T. de Freitas — Consolidação, art. 40. O distincto juriconsulto patrio denomina-as, de preferencia, pessoas de *existencia ideal*; na 3.^a ed. de sua Consolidação empregou o termo *universaes* (nota ao art. 40).

(7) Savigny — System, vol. 2.^o, pag. 235; Salkowski — Zur Lehre von den juristischen Personen, 1863; Zitelmann — Begriff und Wesen der s. g. juristischen Personen, 1873; Bolze — Der Begriff der juristischen Person, 1879; Karlowa — Zur Lehre von den jur. Person, 1888; Windscheid — Pandekten, §§ 57 e segs.; Dernburg — Pandette, §§ 59 e segs., Bürgerliches Recht, §§ 65 e segs.; Crome — System, §§ 48 e segs.; Kühlenbeck — Von den Pand. zum B. G. B., pags. 169-260; Regelsberger — Pandekten, §§ 75 e segs.; Endemann — Lehrbuch, §§ 39 e segs.; Cosack — Lehrbuch, §§ 28 e segs.; Hölder — Pandekten, §§ 26 e segs., Natürliche und Juristische Personen, *passim*, Ueber das Wesen der juristischen Personen, *passim*; Liebe — Bürgerliches Recht, §§ 15-25; G. Giorgi — La dottrina delle persone giuridiche, 6 vols., 2.^a ed., 1899; Brugi — Istit., 1907; Chironi e Abello — Trattato; Filomusi-Guelfi — Enciclopedia; Ruffini — La classificazione delle persone giuridiche in Sinibaldo di Fieschi e in F. C. Savigny; Ronelli — Di una nuova teoria della personalità giuridica; Ribas — Curso de direito civil, vol. 2.^o; F. dos Santos — Projecto; Coêlho Rodrigues — Projecto; C. Bevilacqua — Legislação Comparada, Projecto do Codigo Civil; Carlos de Carvalho — Consolidação; Lacerda de Almeida — Das pessoas jurídicas; Amaro Cavalcanti — Responsabilidade civil do Estado; Bento de Faria — Notas a Mackeldey.

(8) Codigo Civil Allemão, arts. 21 a 89, Cod. Civ. Hespanhol, arts. 28, 35 e segs., Cod. Civ. Japonês, cap. II, n. 33 e segs., Projecto do Cod. Civ. Suíço, Tit. 2.^o, Projecto Bevilacqua (actual) arts. 13-33.



os conceitos mais antiquados, que já se suppunham definitivamente abandonados, revivem sob formas novas e adquirem um impulso imprevisto. (9)

Os diversos systemas apresentados para explicar a natureza da pessoa juridica podem ser reunidos em dois grupos distinctos: de um lado, as theorias que entendem não haver *pessoa real* além do homem, e, assim, essas outras entidades, a que se attribuem direitos, são *ficticias*, creadas pela lei, ou seres puramente de razão; de outro lado, as que julgam tratar-se ali de uma pessoa tão verdadeira e real como o é a pessoa humana. Existem, todavia, algumas theorias intermediarias, que não podem ser incluídas em nenhum dos dois grupos, approximando-se ora de um, ora de outro. (10)

(9) Vide o artigo de Antonio Pagano — Archivio giuridico, 1906, pag. 498, sobre a obra de Hölder — Natürliche und Juristische Personen.

(10) Lacrda de Almeida classifica "as theorias sobre as *peçoas juridicas* em tres grandes grupos, por analogia com as tres grandes direcções que tomou a philosophia escolastica respeito á questão da natureza das *idéas geraes*, a saber, theorias *nominalistas*, theorias *conceptualistas* e theorias *realistas*." Incluc "entre os *nominalistas*: 1.º Os que negam a existencia das peçoas juridicas, sustentando que não passam de uma ficção, destinada a designar a collectividade; donde é claro que sujeito do direito vêm a ser as peçoas individuaes que a compõem. Deste sentir é Varcilles-Sommières. 2.º Os que affirmam que pessoa juridica não é mais que a designação de um patrimonio destinado a certa classe de individuos. Deste parcer é Planiol. 3.º Finalmente aquelles que, sem tentar explicação do phenomeno juridico, negam formalmente capacidade aos seres collectivos ou não individuaes. Destes é Savigny." Considera "*conceptualistas* os que negam que a pessoa juridica seja apenas um nome atraz do qual estão os individuos ou se occulta o patrimonio, mas affirmam que não ha necessidade de recorrer á ficção para exprimir um phenomeno conhecido e frequente qual a modificação dos direitos, consoante a diversidade de situações em que se acha o individuo. É a theoria de Bolze." "Os *realistas*,



A primeira theoria que se nos apresenta é a da ficção, chamada tambem da personificação em sentido estricto, (Personificationstheorie) cujos primordios querem alguns escriptores encontrar no direito canonico. (11) Certo é, porém, que só foi estabelecida de modo verdadeiramente scientifico por Savigny, que deu a seguinte definição — *pessoa juridica é um sujeito de direitos creado artificialmente.* (12)

A doutrina de Savigny foi seguida por grande numero de escriptores, (13) e até bem pouco tempo predo-

finalmente, não vêem mero *nome* ou simples conceito do espirito na pessoa juridica, um ente da razão, como diria a escolastica, um ente logico; mas uma entidade ontologica, verdadeira, *real*®.

(11) Diz G. Giorgi que, melhor do que uma verdadeira escola, a ficção é o seguimento das antigas tradições. Os textos romanos diziam — “vicem personæ sustinent.” Era como, pondera Amaro Cavalcanti (Responsabilidade civil do Estado, 1905, pag. 8), si os mesmos declarassem: taes sujeitos não são *realmente* pessoas (porque, segundo o direito romano, *pessoa* só era o homem livre, para excluir o proprio escravo, considerado como coisa); mas, por motivo ou razões de publica utilidade, são elles admittidos a fazer as vezes destas. Ora, não é difficil perceber que d’ahi para chegar á idéa, aliás negativa, da *ficção*, não faltava senão completar o pensamento e adoptar o vocabulo que a devesse exprimir: foi o que fizeram os cultores do direito.” A genese historica da expressão corpo moral encontra-se no termo *corpus mysticum*, empregado por Sinibaldo di Fieschi, que subiu ao throno pontificio em 1243, com o nome de Innocencio IV. Com a referida locução designava elle a subjectividade patrimonial da Igreja, como verdadeira pessoa juridica. Vide Lacerda de Almeida — Das pessoas juridicas, nota C, pag. 259; Chironi e Abello — Trattato, pag. 136 nota, in fine.

(12) Sistema, trad. ital., § 85.

(13) Assim Puchta, Arndts, Unger, Wächter, Roth, Stobbe, Gerber, Laband, Windscheid, Hölder e a quasi totalidade dos escriptores francêses. Meurer (apud G. Giorgi) diz, de referencia a cssa theoria, “und dominirt jetzt noch auf den Kathedern, in Monographien, Lehren und Handbüchern.”

minou em todos os países da Europa e da America. (14)

«Pessoa jurídica, diz Windscheid, (15) é uma pessoa que não existe de facto, é simplesmente imaginaria, mas se considera como sujeito de direitos e obrigações.» Para Unger, (16) pessoa jurídica é um sujeito de direito, ao qual falta subjectividade natural, que tem apenas existencia intellectual e não natural e corporea. Entende Laurent que todo o mundo está de accordo em considerar entidades ficticias as pessoas chamadas civis. (17) Com effeito, pensa este escriptor que o que caracteriza essas pessoas é o facto de serem ficções creadas pela lei. (18) Aubry et Rau observam que as pessoas moraes «repousam sobre uma abstracção jurídica, são seres de razão, capazes de possuir um patrimonio e de se tornar sujeitos de direitos e de obrigações em relação aos bens.» (19) Mourlon (20) afirma que

(14) Vide Amaro Cavalcanti—Responsabilidade civil do Estado, pag. 9. Mostra este auctor que a doutrina da ficção foi sempre a ensinada em nossas escolas juridicas. Diz A. Pagano—Archivio giuridico, vol. 76, pag. 504, 1906, que a Personificationstheorie «predomina ainda, e não sem razão, na sciencia.»

(15) Pandekten, § 57: «Eine juristische Person ist eine nicht wirklich existirende, nur vorgestellte Person, welche als Subjekt von Rechten und Verbindlichkeiten behandelt wird.»

(16) System cit., pag. 314: «Eine juristische Person ist ein Rechts-subjekt, den es an natürlicher Subjektivität fehlt, das nur ein intellektuelles, kein natürliches leibliches Dasein hat.»

(17) A respeito dessa afirmação de Laurent, escreve Lacerda de Almeida que «só a superficialidade de observação pode explicar no prolixo civilista belga esta doutrina de aparente simplicidade e exactidão.»

(18) Cours elem. de droit civil, n. 54.

(19) Cours de droit civ. fr., ns. 52 e 54.

(20) Apud Lacerda de Almeida, op. cit., pag. 35.

a lei crêa em certos casos *personas ficticias* ou *civis*, o Estado, por exemplo, as *communas*, os departamentos. G. Giorgi (21) aponta como pertencente á theoria da ficção, mas distincta da chamada de personificação, a doutrina da representação (*Personenrolle*); acrescenta, porém, que não chega a comprehender claramente a differença subtilissima que distingue as duas escolas. (22)

Contra os systemas de ficção se apresentam fortes objecções. Na propria França alguns auctores têm-nos criticado energicamente.

Assim, Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade acham justa a accusação, que se lhes faz, de se detêrem na superficie das coisas. (23) «Ét d'abord, acrescentam, si la personnalité de certains groupements était une *fiction*, ce serait, en tout cas, une *fiction nécessaire*, en ce sens qu'il ne dépend pas du droit, dès qu'il est un peu développé, de l'admettre ou de ne l'admettre pas: première preuve que cette personnalité est un fait naturel bien plutôt qu'une pure invention législative.» (24)

(21) Op. cit., pag. 27.

(22) «Ne tengo conto, perchè la trovo menzionata dai tedeschi, i quali le assegnano a capi Böhlau e Randa.

(23) *Traité* cit., pag. 926.

(24) *Loc. cit.* Commentam ainda estes auctores: «Puis, si les personnes juridiques n'étaient justement pas, par nature, susceptibles d'être les sujets de droits ou d'obligations, elles ne le deviendraient pas davantage en vertu de l'autorité de la loi, qui resterait impuissante à faire d'elles des organismes propres à la vie juridique. La vérité est qu'elle ne fait, en les personnifiant, que reconnaître leurs aptitudes naturelles à cette existence. C'est que, d'une part, ces organismes ont une réalité de fait indéniable, qui précède nécessairement cette reconnaissance: ils ont un object déterminé, comptent des auxiliaires plus



Vareilles-Sommières (25) considera a theoria da ficção contradictoria em seus proprios termos. «Pessoa *ficticia*, diz, não é uma pessoa, uma vez que é *ficticia*; o que é ficticio não existe.»

Este auctor, entretanto, não é sectario da *thcoria da realidade*. «Si l'association était quelque chose d'autre et de plus que les associés, il est clair qu'elle serait une chose, une chose *sui-generis* et non pas une personne», affirma o notavel escriptor francês. (26)

Rudolph von Ihering, (27) depois de declarar que a pessoa juridica não é propriamente uma *ficção historica*, pois *tende simplesmente a facilitar uma concepção juridica*, acrescenta: «La personne juridique, comme telle, est incapable de jouir; elle n'a ni interêts ni buts. *Elle ne peut donc avoir des droits*, car les droits ne sont possibles que là où ils atteignent leur destination, c'est-à-dire, là où ils peuvent être utiles à leur ayant-droit.» (28) «Non! Les véritables

ou moins nombreux, sont riches de ressources plus ou moins grandes, et leur activité s'exerce en un certain lieu. Pour n'être pas physique, leur existence est concrète cependant: elle est simplement d'un autre ordre que celles des êtres de chair et d'os.»

(25) Apud Amaro Cavalcanti:— Responsabilidade Civil do Estado, pag. 11.

(26) Apud Amaro Cavalcanti — op. cit., pag. 24.

(27) Esprit— Vol. IV, pag. 298.

(28) Op. cit. Considera ainda o eminente romanista: «Un droit, qui ne peut jamais atteindre ce but dans la personne de l'ayant-droit, est une chimère inconciliable avec l'idée fondamentale du principe du droit. Pareille anomalie ne peut exister qu'en apparence: le sujet apparent du droit cache le véritable. Dès que l'on perd de vue cette idée fondamentale du droit que l'homme seul est le destinataire des droits, l'on ne s'arrete plus dans la voie de la personnification. On commence, dans les servitudes prédiales, par élever des fonds au rang



sujets du droit, continúa von Ihering, *ce ne sont point les personnes juridiques comme telles, ce sont leurs membres isolés*; celles-là ne sont autre chose que la forme spéciale dans laquelle ceux-ci manifestent leurs rapports juridiques avec le monde extérieur.» (29)

Ihering e Vareilles-Sommières não acreditam, pois, na personificação, por meio de uma ficção legal, de outras entidades a que sejam atribuídos direitos, além do homem. Admittem, todavia, uma especie de ficção dogmatica, (30) creada para explicar o modo de existir de certas situações jurídicas.

«A pessoa moral ou jurídica, aqui como em qualquer parte, escreve Vareilles-Sommières, não é, nem pode ser a *causa* de coisa alguma; o que não existe não pode produzir nênhum effeito. É uma fabula engenhosa, empregada pela mais austera das sciencias. *É uma mentira*, que não pode enganar a ninguem, mas que agrada, ajuda a memoria.» (31) Não ha accordo entre os escriptores sobre a classe a que devem pertencer as theorias de von Ihering e Vareilles-Sommières. Ao passo que uns dizem-nas conceptualistas; assim Lacerda de Almeida; (32) outros consideram-nas realistas; desse modo G. Giorgi (33) e A. Pa-

de personnes, et l'on finit par décerner les mêmes honneurs aux titres au porteur.»

(29) Op. cit., vol. 4.º, pag. 343.

(30) A expressão é de Ihering — *Esprit cit.*

(31) Apud Amaro Cavalcanti, op. cit., pag. 25.

(32) Op. cit., pag. 35.

(33) Teoria cit., pag. 27. Pondera este escriptor que inimigos de toda a ficção se apresentam os sectarios da realidade (*Realitätstheorie*), e entre elles colloca Ihering, apesar de reconhecer que, para o juris-

gano. (34) Amaro Cavalcanti entende que ellas pertencem a uma terceira classe: das que negam razão de ser á pessoa juridica. (35)

Nesse mesmo grupo devem ser incluídas as theorias de Bolze, Van den Heuvel e Visconde de Seabra. (36) Bolze acha o sujeito da personalidade collectiva no complexo dos individuos que compõem a *universitas*, considerados não como unidade, mas como pluralidade. (37) Van den Heuvel, conforme diz Amaro Cavalcanti, (38) partindo da convicção de que todas as pessoas juridicas podem reduzir-se a *sociedades* ou *associações*, procura demonstrar que a pessoa de taes seres não passa de simples apparencia ou de simples artificio inventado pelos juristas. Para o Visconde de Seabra sómente o homem é sujeito de direitos; atravez das corporações elle vê os individuos ligados por um certo interesse e nas fundações só encontra os interessados. (39)

Mais ainda se afastam da pura ficção legal (sob a forma

consulta allemão, a pessoa juridica é um *nomen juris*, que serve de meio termo para assegurar aos individuos um certo modo de gozo de direitos.

(34) Archivio giuridico, vol. 76, 1906, pag. 504: "Entre as theorias realistas, diz o Prof. italiano, poremos em primeiro logar a de Ihering, que nunca teve muitos sectarios e segundo a qual, como é sabido, são sujeitos dos direitos, attribuidos ás corporações, os membros que as compõem, e dos que se referem ás fundações, os respectivos interessados.

(35) Op. cit., pags. 20 e segs.

(36) Novissima Apostilla, 1859.

(37) Der Begriff der juristischen Person, 1879, pag. 100.

(38) Loc. cit.

(39) Novissima Apostilla, cit. pags. 128-131. Vide a critica de Amaro Cavalcanti.



representativa ou a de personificação) as doutrinas de Brinz e Bekker e de Planiol; não encaram, entretanto, a pessoa jurídica como entidade de existência real. (40)

Brinz, desde 1857, ao publicar as Pandekten, estabeleceu a sua *theoria dos patrimonios destinados a um fim* (*Zweckvermögenstheorie*) e declarou que a pessoa jurídica, entidade imaginária (*gedachte Person*), pertencia tanto á doutrina das pessoas como o espantallo á dos homens. Para elle a pessoa jurídica é um patrimonio sem sujeito (*ein personenloses Vermögen*).

Bekker procurou dar novo desenvolvimento á *theoria de Brinz*, estabelecendo uma distincção entre a disposição e o gozo dos direitos. (41) Recentemente na Italia declarou-se a favor da *theoria de Brinz* — Bonelli (42) e mostrou-se tambem inclinado ao *systema do patrimonio sem dono* — Lilla. (43)

Planiol, embora não admitta, do mesmo modo que Brinz e Bekker, a *theoria dos direitos sem sujeito*, encara a pessoa jurídica, que elle chama *ficticia*, como entidade que não existe, pois na verdade o que ali se encontra é uma *propriedade collectiva*. Pensa o Prof. francês que «a personalidade ficticia não é uma *addição á classe das pessoas*, é uma maneira de possuir os bens em commum, *uma forma de*

(40) G. Giorgi considera realistas as doutrinas de Brinz e Bekker; A. Pagano entende que a *Zweckvermögenstheorie* é conceptualista extrema; Amaro Cavalcanti colloca-a no grupo das que não vêem razão de ser na pessoa jurídica.

(41) Apud Amaro Cavalcanti — loc. cit.

(42) Vide G. Giorgi — loc. cit.

(43) G. Giorgi — loc. cit.



propriedade.» (44) «Comment se fait-il, exclama elle, que ce phénomène si ancien et si général passe pour ainsi dire inaperçu, et qu'en lisant les traités de droit on n'y rencontre l'exposé et l'étude que d'une seule espèce de propriété celle que tout le monde connaît, la propriété d'un champ ou d'une maison appartenant à un particulier? C'est que la persistance jusqu'à nos jours de la propriété collective est, pour ainsi dire, cachée aux yeux par l'existence d'*êtres fictifs* auxquels on prête, au moins dans une certaine mesure, les attributs de la personnalité, qui sont réputés propriétaires, créanciers ou débiteurs, qui font des contrats et soutiennent des procès comme de vraies personnes: ce sont les personnes fictives. Toutes les propriétés collectives qui existent sont attribuées à des personnes fictives, dont chacune est réputée *propriétaire* unique d'une masse de biens et ainsi la propriété collective apparaît comme étant elle-même *une pro-*

(44) A forma pela qual Planiol expoz sua doutrina fez com que alguns críticos o considerassem filiado á escola de Brinz, admittindo tambem a existencia de direitos sem sujeito. A isso responde o notavel escriptor: «Les idées que j'ai exposées dans la première édition de ce Traité ont été bien mal comprises par quelques personnes. On m'a enrôlé sous la bannière de Brinz et on m'a fait dire que j'admettais l'existence de patrimoines sans maître. Rien n'est plus éloigné de ma pensée. *Propriété collective* signifie pour moi «propriété soumise à un régime autre que celui de la propriété individuelle», mais non pas «propriété sans maître», formule qui m'a toujours paru un non-sens appliquée à des choses qui ne sont plus à la disposition du premier occupant. Ce serait bien plutôt la doctrine traditionnelle qui admettrait des patrimoines sans maître, puis qu'elle les attribue à un être qui n'existe pas.» Lacerda de Almeida bem comprehendu a differença entre as duas theorias quando affirmou que a de Planiol «é a antithese da de Brinz (Zweckvermögen): nesta as coisas passam a ser pessoas; naquella as pessoas passam a ser coisas!»



privé individuelle, conception aussi fausse qu'inutile.»

Tambem a doutrina de Zitelmann e Meurer (Willens-theorie), considerada realista por G. Giorgi e conceptualista extrema por A. Pagano, condemna fortemente a personificação, cahindo, porém, em uma especie de ficção dogmatica, quando afirma que o sujeito do direito é sempre a vontade, a qual nas pessoas juridicas é um sujeito diverso da vontade dos individuos. (45)

Contra essas theorias, que mais ou menos francamente recorrem á ficção legal ou á dogmatica, para explicar a natureza da pessoa juridica, têm surgido nos ultimos tempos numerosos escriptores entre os de maior cultura juridica.

Não é o homem, dizem, a unica pessoa de existencia real. O grande jurisconsulto patrio T. de Freitas, justificando a expressão por elle creada de *pessoas de existencia visivel*, dizia que a denominação de pessoa natural, de referencia ao homem, faz crêr que as outras pessoas não são naturaes; ao passo que, accrescenta, «tão natural é o mundo visivel como o ideal, tão natural a materia como o espirito, o corpo do homem como a sua alma.» (46)

(45) Vide a critica de Giorgi—loc. cit. «Uma doutrina, escreve elle, que faz da vontade o essencial e do homem um *quid superfluum!* Pobre homem! Os sèctarios do patrimonio destinado a um fim consideram-te um accessorio do patrimonio, como a cõr dos tecidos; os doutrinadores da Willens-theorie reduzem-te a um *accidens superfluum* da facultade de querer, a que elles attribuem todo o mundo juridico. É dizer que o direito foi feito exclusivamente em teu beneficio: *cum hominum causa omne jus constitutum sit!* Os Romanos fizeram-te Cesar, os modernos reduzem-te a nada!» Amaro Cavalcanti considera realista a Willens-theorie.

(46) Esboço do Codigo Civil—nota ao art. 17.

Das theorias que sustentam sem reboços que a pessoa juridica tem *existencia real*, independente da pessoa humana, umas, sob a influencia dos grandes progressos realizados pelas sciencias physicas e naturaes, no decurso do seculo transacto, procuram estabelecer uma comparação mais ou menos completa e perfeita entre ella e o organismo do homem. Taes são as theorias organicas. Outras, porém, afastam toda e qualquer idéa de equiparação entre o organismo humano e a pessoa juridica.

São as do realismo puro e para ellas tambem as theorias organicas admittem a ficção em seu processso comparativo. É verdade que é muito antiga a idéa de procurar as semelhanças que apresenta o Estado com o organismo humano, (47) mas sómente em epoca não muito longinqua tomou serio desenvolvimento essa preocupação da parte de alguns escriptores, que, a seu pezar, foram levados a consequencias extremas e inveridicas, introduzindo nas scien-

(47) Como escreve Salémi-Morana (*Lo Stato e i suoi organi o rappresentanti*, 1906, pag. 457—*Archivio Giuridico*), “o conceito do Estado como organismo não é recente.” O dito de Platão “o Estado é o homem em ponto grande”, repetido depois por Aristoteles e Cicerone, que serviu a Menenio Agrippa em sua convincente parabola, é a primeira expressão de uma idéa organica do Estado, que, dos poetas aos philosophos, dos politicos aos juristas, dos naturalistas aos economistas, passou triumphante pela sua capacidade de adaptação e de clareza. E si quizermos conservar-nos dentro dos confins da sciencia do direito, ouviremos fallar do Estado como organismo, quer a juristas que explicam o Estado como manifestação da natureza (Grotius), ou como manifestação de Deus, sendo influenciados pelas doutrinas de Fichte e Schelling (Krause, Ahrens, Röder), ou como manifestação da vontade humana (Locke, Rousseau, Kant, Hegel); quer a juristas que seguem a direcção historica (Stahl, Halber, Müller e quasi todos os modernos).



cias sociaes terminologia e conceitos, que lhes são inteiramente estranhos. (48) Entre os proprios sectarios da theoria organica não ha perfeito accordo: uns indicam o Estado como um organismo volitivo psychico (Hegel); outros como um homem collectivo e descem ás comparações mais minudentes e exaggeradas com os órgãos do corpo humano (Welcker, Schäffle, Bluntschli, Worms, Lilienfeld, De Marinis); outros como um organismo ethico, ora desprovido de personalidade (Vorlaender, Fricker, Waitz), ora fornecido de personalidade (Schmitthenner, Trendlenburg). Em conclusão, diz Salemi-Morana, (49) o Estado é comparado ao organismo physico ou ao organismo ethico. (50)

(48) Contra essa tendencia de alguns juristas e sociologos pronunciou-se P. Cogliolo, com sua imparcialidade habitual: «Aos exaggeros que convertem o positivismo em *positivice* (positivume) deve-se acrescentar o falso uso que se costuma fazer de algumas palavras por simples moda, como em materia de vestuario: com uma gíria de termos tomados ás sciencias physicas e medicas como *tecido connectivo, equilibrio das forças, organismo, funções reflexas, dinamica social, cellulas juridicas, condições pathologicas* e outras semelhantes, suppõe-se ter adiantado alguma coisa, quando, ao contrario, o que se fez foi confusão e nada mais. Em todos os tempos as palavras tiveram sempre uma grande influencia sobre o pensamento humano e a sciencia começa a progredir quando começa a dominal-as. Nos seculos passados as sciencias moraes faziam á sua semelhança as naturaes; hoje são estas que se impõem, até com as palavras, a aquellas; ao envez, devem conservar-se distinctas e ter por isso uma linguagem diversa, porque, ainda quando se chegue a demonstrar que todos os phenomenos são varios aspectos de uma força unica, será sempre verdade que a differença, si não essencial, ao menos apparente, de taes phenomenos basta para conservar a differença das sciencias relativas (Filosofia, § 2.º, in fine).

(49) Loc. cit.

(50) Deixamos de parte a doutrina que considera o Estado um



A theoria organica foi a principio applicada na Allemanha ao Estado e depois ampliada ás pessoas juridicas de direito privado, principalmente ás associações.

Para ella o analogismo entre o mundo biologico e o mundo social é evidente e, assim, deve-se admittir uma anatomia social e uma physiologia social.

Diz Enrico de Marinis: «No organismo biologico distinguem-se geralmente tres grupos de funcções, isto é, de nutrição, de relação e de reproducção. As mesmas funcções se encontram no corpo social.» (51)

O illustre jurisconsulto brasileiro Dr. Lacerda de Almeida, cujas tendencias espiritalistas são confessadas em seu excellente trabalho — «Das pessoas juridicas», — é tambem «organicista», pois considera elemento necessario á pessoa juridica «o corpus ou o organismo.» «Para comprehender o valor deste elemento, escreve, basta ponderar que as theorias que delle prescindem, tornam a pessoa juridica uma especie de abstracção ou phantasma sem realidade no mundo dos factos.» O analogismo entre o organismo social e o humano é por elle exposto nos seguintes termos: «Si attendermos ás lições da moderna anatomia cellular, á physiologia em seus mais recentes resultados, veremos que o organismo é uma associação de cellulas vivas, um minusculo Estado com todo o cortejo de funcionarios superiores e inferiores, vassallos e senhores, grandes e pequenos (Virchow), cada uma das quaes tem vida propria, funcções pro-

organismo ethico, por ser metaphysica e muito se approximar da *Willenstheorie*.

(51) Sistema de Sociologia, 1901, pag. 219.



prias, autonomia, em summa, subordinada, entretanto, ao grande todo, de sorte que pode-se, sem exaggero, comparal-o a uma verdadeira federação (René Worms). Ora, visto assim ao microscopio, o organismo humano desmembra-se em grupos de cellulas que formam órgãos autonomos, desaparece aquella unidade que aos olhos desarmados exclue a variedade e multiplicidade das partes, e reunindo esse todo, formando laço commum a essa variedade enorme de provincias onde reina a vida e o movimento, um ser superior que é a alma. Outro não é o aspecto de um grupo social, de uma nação em sua formula mais frequente, o Estado.

«Por um processo inverso, reduzido a proporções minusculas (Novikow), o Estado offerece a natureza, o aspecto e a vida de um organismo tal como os corpos animados. E ha quem veja nesta maneira de encarar o Estado condição sine qua non, para que possa a sociologia ser elevada á categoria de sciencia positiva e se lhe applicar o methodo de inducção (Lilienfeld).» (52)

(52) Op. cit., pags. 44-45. Para mostrar que se trata com effeito de uma entidade real, o notavel civilista argumenta de modo a salientar que não são os principios da biologia que devem ser applicados aos organismos sociaes, porquanto o que tradicionalmente se encontra nestes é governado por principios seus, que perfeitamente se adaptam ao organismo humano. Assim, pois, não pretende *crear* uma pessoa juridica formada á imagem do corpo do homem, mas indicar que tanto na organização da pessoa collectiva como no organismo biologico podem descobrir-se os mesmos phenomenos. A verdade, porém, é que não ha perfeita analogia entre esses dois seres fundamentalmente diversos. O emprego da terminologia das sciencias physicas bem demonstra a influencia que os resultados positivos do desenvolvimento destas ultimas exercem sobre o espirito dos organicistas. Em estudo critico, pu-

A theoria do «organismo social» perfeitamente identico ao «organismo humano» tem sido fortemente combata. (53)

Ha uma escola muito recente, dirigida por Otto Gierke e acceita por H. Preuss, que tambem considera a pessoa juridica como um organismo social, afastando-se, porém, das anteriores theorias organicas, por não procurar estabelecer analogia entre ella e o organismo biologico. (54)

A idéa de organismo, na opinião de Gierke, serve para apresentar a pessoa juridica como uma unidade e não para estabelecer a comparação com o organismo humano. Preuss,

blicado no «Jornal do Commercio», o eminente civilista brasileiro, apreciando a primeira edição deste livro, declara que lhe não traduzi bem as idéas, collocando-o como organicista «de par com Schaeffle, Worms, Lilienfeld e De Marinis, e ao modo delles». E acrescenta: «Ha differenças profundas entre o modo de vêr delles e o meu, como se pode vêr bem claro em a nota B final de minha obra «Pessoas Juridicas»: elles sacrificam o individuo diluindo-o, por assim dizer, no corpo social, em cuja realidade crêem, como na de um corpo vivo; eu denuncio apenas a tendencia para a *unidade*, servida pelas tres alavancas providenciaes — do *amor*, da *fé* e do *interesse*». Facil é de vêr que a equiparação, a que allude o illustre professor, se não encontra neste livro, onde apenas se transcrevem as proprias palavras de seu volume sobre Pessoas Juridicas, que o fazem incluído na classe dos organicistas, embora com idéas originaes, como faz certo a primeira parte desta mesma nota, que já constava da 1.^a edição.

(53) Vide Amaro Cavalcanti (op. cit., pag. 43, nota 92) que se refere: ao Congrès de l'Institut International de Sociologie; a Stark — La famille primitive; Stein — Archiv für Geschichte der Philosophie; Boistel — Philosophie du Droit; Tarde; e Negulesko.

(54) Como pondera Salcmi-Morana (loc. cit.) a critica ligeira e superficial, sem considerar as differenças entre os dois systemas, confunde tudo erroneamente e lança as suas setas pungentes contra todos os organólogos.



em seu ultimo trabalho, (55) mostra-se tambem contrario a qualquer analogia physiologica. Assim, referindo-se a um de seus criticos, escreve: «Affolter examina si Gierke e eu tomamos aquelle conceito (organismo) em seu verdadeiro sentido naturalistico ou como analogia. Sempre o mesmo equivoco! Si organismo verdadeiro e organismo physico fôsem termos identicos, então sem duvida não existiria nenhuma theoria organica do Estado; pois o jogo de analogia, ainda que possivel, não poderia pretender a dignidade de uma theoria.» (56)

Saleilles — De la personnalité juridique, 1910, pag. 524 — escreve: «On a quelquefois confundu se système (do organismo biologico) avec celui de Gierke et on le lui a reproché. C'est fort injuste. La théorie de Gierke est, sans doute, une théorie organiciste, comme on l'a designé; mais il s'en faut qu'elle s'identifie avec la théorie biologique. C'est une théorie de l'organisme sans doute; mais il y a organisme et organisme. Et il s'en faut que Gierke aille jusqu'à dire que l'organisme que constitue une collectivité organisée soit identique à celui de l'individu humain.»

Pode-se, de um modo geral, oppôr a Gierke e a Preuss uma objecção que se refere ao emprego de uma expressão que, além de levar a crêr em um parallelogismo, tem um conceito impreciso e, por isso, impróprio para esclarecer.

(55) Ueber Organpersönlichkeit, in Schmoller's Jahrbuch, 1902, Heft, 2.

(56) Vide Salcmi-Morana — loc. cit. «Hoje organismo, diz este auctor, não indica mais, de modo indiscutivel e rigoroso, um corpo fornecido de vida. Com effeito o geologo, o astronomico, o chimico chamam organismo aos corpos que são objecto de seus estudos.»

uma idéa obscura. (57) É o que reconhecem muitos juristas dos mais modernos, sectarios da pura doutrina realista. Assim Bernatzik, Jellinek, Affolter, Hänel, Regelsberger, Crome, Amaro Cavalcanti e, até certo ponto, Dernburg e Giorgio Giorgi. Na impossibilidade de serem expostas as idéas de todos os auctores «realistas», far-se-ão aqui ligeiras referencias ás dos que, mais claramente e com maior simplicidade, explicam a natureza da pessoa juridica.

Para Jellinek, o Estado é «uma corporação territorial fornecida de uma soberania originaria.» (58) A expressão corporação territorial synthetisa admiravelmente, diz Salemi-Morana, o conceito de unidade de pessoas que se movem para um fim, domiciliada sobre um territorio e munida de personalidade juridica. Tambem o Estado é uma unidade teleologica, isto é, um ente que se apresenta de uma forma unitaria, por causa dos fins continuos e variados que lhe deram origem. Como é possivel conceber uma unidade de pessoas, formada para um fim, assim tambem pode-se reconhecer nella, como no individuo singular, uma vontade pro-

(57) Salemi-Morana — loc. cit. Preuss reconhece o quanto ha de indeterminado nesta noção de organismo, sem contudo abandoná-la. É que a considera indispensavel para explicar a natureza dos órgãos da pessoa juridica, porquanto, pensa, só o organismo pode ter órgãos. Jellinek, porém, mostra de modo exhaustivo, com a auctoridade das obras de Aristoteles e de Vitruvio, que o termo — órgão — significou na origem um instrumento, um objecto util aos fins humanos ou a uma acção humana. O escravo, como um utensílio qualquer, é classificado entre os órgãos. A applicação desta palavra ao mundo animal e ao vegetal não lhe tirou a significação primitiva. Vide Salemi-Morana — loc. cit.

(58) Apud Salemi-Morana — loc. cit.



pria. (59) «Todos os actos de vontade de um membro da unidade, que miram um fim commum, diz Jellinek, têm um duplo character. No mundo natural physico ha só actos de vontade dos individuos, no mundo ethico juridico só actos de vontade da communiidade. O individuo não representa a communiidade como o incapaz é representado pelo capaz. Ahi representado e representante são sempre duas pessoas distinctas, ao passo que o individuo, que representa a unidade social, se torna órgão volitivo dessa unidade.

Unidade social e órgão não são independentes um da outra, pois o órgão é parte constitutiva, integrante da unidade. Atravez do representante vê-se alguém; além do órgão — nada. (60) Não quer isso dizer que se confundam o órgão e o Organträger (individuo revestido de uma função de órgão); são duas personalidades distinctas, entre as quaes são possíveis numerosas relações juridicas.

Assim, por ex., todos os direitos e deveres dos empregados em relação ao Estado, não são direitos e deveres dos órgãos do Estado, mas dos individuos, aos quaes foi confiado o papel de órgão. O Organträger percebe um estipendio, o órgão absolutamente não, e assim uma pena disciplinar pode só ferir a aquelle e não a este. (61)

(59) Loc. cit.

(60) System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2.^a ed., 1905, pags. 30-36.

(61) Jellinek — System, pag. 227 e segs. Vide tambem Salemi-Morana (loc. cit.) que, sobre as idéas de Jellinek, escreve: «A theoria de Jellinek, abatendo os obstaculos oppostos por outras sciencias á consideração nitida da materia, estabelece os problemas fundamentaes do direito sobre bases seguras. Dissipa as nuvens espessas que turvavam, com relevante prejuizo de uma systematica correcta, os varios



«As pessoas collectivas, affirma Regelsberger, são creações sociaes e não creaturas naturaes como o homem. Não podemos vê-las com os nossos olhos nem tocar-lhes com as nossas mãos. Mas nem por isso devem ser tidas como um «nada», ou phantasmas e ficções. Algumas dellas fazem chegar á nossa consciencia, de modo bem sensivel, a sua *realidade*, como o Estado e as Communas. *Real não é sómente o que é corporeo.*» (62)

Amaro Cavalcanti, depois de declarar que «a doutrina da pessoa juridica real não tem a sua razão de ser, o seu fundamento, nas duas theorias — do *organismo social* e da *Willenstheorie*», porquanto «assenta em elementos mais solidos, discutidos e adoptados por auctores de toda a competencia», (63) expõe o seu «verdadeiro conceito.»

«Si, por *natural*, diz, se pretende indicar um ente *creado* ou *sahido perfeito* do seio da natureza, é necessario declarar que semelhante vocabulo não pode convir á pessoa juridica,

problemas. Todas as distincções oportunas que elle explica minuciosamente, a calma no proceder, a clareza, não habitual entre os escriptores allemães, dão alto valor á sua doutrina já tão benignamente acolhida.»
 (62) Pandekten, pag. 291: Es sind die Gesamtpersönlichkeiten sociale Gebilde, nicht Naturgeschöpfe, wie die Menschen. Wir können sie mit unsern leiblichen Augen nicht sehen, mit unsern Händen nicht greifen. Allein sie sind darum nicht ein Nichts, Schemen, Fiktionen. Manche der Gesamtpersönlichkeiten bringen uns zuweilen ihre Wirklichkeit nicht empfindlich zum Bewusstsein, wie der Staat und die Gemeinden. Wirklich ist eben nicht bloss das Körperliche. — Regelsberger refere-se tambem aos versos de Shakespeare quando, em sentido contrario e com liberdade poetica, assim se exprime:

Só o que é invisivel é real,
 É sonho tudo quanto os olhos vêem.

(63) Op. cit., pag. 47.



a qual, sabidamente, é de formação ou organização humana. (64) Do mesmo modo, si pelo vocabulo *real* se pretende significar um ente material ou physico, isto é, accessivel aos sentidos; escusado seria tambem dizer que a sua applicação repugna á dita pessoa. Mas, si, pelo vocabulo *real* se quer apenas significar que se trata de um ente que tem existencia *certa, verdadeira, effectiva*, na ordem social, então não pomos duvida em afirmar que o vocabulo pode com razão ser-lhe applicavel; porquanto a existencia da pessoa juridica, assim entendida, é com effeito uma realidade.

«Certo *existencia effectiva ou real* não é sómente aquella que cae debaixo da percepção dos sentidos; ha alguma coisa mais de verdade irrecusavel que escapa a esta percepção. O proprio homem, não precisaríamos lembrar, não é a materia visivel sómente; ha nelle uma outra parte componente ou integrante. Chamem-na *espirito, mente, intellecto, função psychica*, pouco importa o nome; seja ella de natureza differente ou não da materia; a verdade é: que no homem existe alguma coisa mais, além da pura materia visivel.» (65)

É exactamente o conceito que da pessoa juridica faz Regelsberger e tão bem synthetisado nas palavras anteriormente citadas. Essa theoria deve ser preferida pela simplicidade com que apresenta a natureza real desse outro sujeito de direitos. Ha, todavia, certas particularidades que

(64) «O facto de ser ereação humana, acrescenta em nota, nada impede de ter uma *realidade* distincta. Tudo quanto o homem produz é, em ultima analyse, uma creação de sua vontade, mas, nem por isso, subsiste na mesma e identica unidade com o individuo; desliga-se e constitue um ente ou objecto á parte.»

(65) Op. cit., pag. 58.



só poderão ser bem compreendidas depois de um exame minucioso, como se encontra nas obras de Jellinek, (66) cuja leitura deve ser recommendada aos que pretendam aprofundar o assumpto.

Dernburg é tambem «realista», mas entende que as pessoas juridicas são «representações». Eis as suas palavras: «As pessoas juridicas não são verdadeiramente entes corporeos, não são, porém, alguma coisa de *irreal*; são representações; mas nem por isso ficções. As duas coisas não são identicas. (67)

«Com effeito, a ficção attribue mentalmente alguma coisa que não existe a uma especie de facto, ou lh'a subtráe, em contradicção com a realidade das coisas. A representação da pessoa juridica submette, ao contrario, o real a um conceito a elle correspondente.» (68)

Faz crêr o eminente professor que a pessoa juridica não é a propria coisa real, mas um producto da razão, um conceito, não arbitrario, é verdade, pois corresponde a uma

(66) System cit.; Das Recht des modernen Staats, 1905.

(67) Quer mostrar assim o grande romanista, cuja perda lamentavel a sciencia hoje deplora (falleceu em Novembro de 1907) que sua doutrina nada tem de commum com a theoria representativa da ficção.

(68) Pandette, trad. ital., vol. 1.º, pags. 171-172. «É contrario á historia, afirma Dernburg, que na origem só o homem tivesse personalidade. Ao contrario, a pessoa juridica é original e já existente nos estadios primitivos do Estado e do direito. Em particular, desde os tempos antigos, a comunidade do povo tinha em Roma personalidade juridica e assim, sobre o seu modelo, as Communas e não menos as corporações, que em parte fazem remontar a sua origem a Numa e a Servio Tullio. No facto é uma necessidade social, que nada tem de artificiosa, que a capacidade patrimonial não se ligue simplesmente aos individuos, mas da mesma forma a organizações sociaes.»

realidade concreta. Porque não se dizer que a pessoa jurídica é essa própria coisa real? É verdade que, não sendo material, não pode ser percebida pelos sentidos, mas unicamente compreendida pela mente humana; haverá por isso necessidade de se dizer que se trata de uma representação? Qualquer palavra que indique uma coisa do mundo physico não será também uma representação? Assim como o vocabulo *Estado* representa um certo territorio e os seus habitantes, considerados em determinadas relações, a palavra *homem* representa um ser dotado de certas qualidades physicas e moraes.

Tanto ha representação em um caso como no outro.

«Tambem eu, escreve G. Giorgi, creio que a personalidade juridica não é um vão *nomen juris*.» Afastando-se de toda comparação com o organismo physico, emprega, comtudo, as expressões «organismo ethico» e «ente moral» de referencia ás pessoas juridicas, embora affirme que estas não são menos verdadeiras e subsistentes do que os organismos corporeos. (69)

As pessoas juridicas, consideradas quanto ao seu fim, á sua origem e ás diferentes formas sob que se apresentam na vida moderna, podem ser submettidas a grande numero de distincções; assim, existem pessoas juridicas civis, com-

(69) La dottrina delle persone giuridiche o corpi morali, vol. I.º, ed. 1899, pag. 43. Giorgi define pessoa juridica «*quell'unità giuridica, la quale risulta da una collettività umana ordinata stabilmente a uno o più scopi di privata o di pubblica utilità: in quanto è distinta dai singoli individui che la compongono e dotata della capacità di possedere e di esercitare ADVERSUS OMNES i diritti patrimoniali compatibilmente alla sua natura, col sussidio e l'incremento del diritto pubblico.*»



merciaes e ecclesiasticas; de origem publica ou privada; de interesse geral ou particular; de beneficencia, de especulação, de passatempo, de auxilio mutuo, de instrucção e muitas outras. (70)

Mas, classificação não é distincção, conforme observa G. Giorgi; esta pode encontrar-se em qualquer character meramente accessorio, que diversifique um ente de outro; aquella deve proceder de um character essencial, ou antes, do que tiver maior importancia. (71)

Durante algum tempo se julgou encontrar um criterio de classificação, considerando-se de um lado as corporações e do outro as fundações. A esse respeito diz G. Giorgi: «A incerteza e o embaraço em que o proprio Savigny e seus sectarios se encontram para distinguir na pratica, si certos Corpos mórtaes são corporações ou fundações, demonstram que este criterio distinctivo não pode servir de fundamento a uma classificação. Isso não quer dizer que, como distincção, não tenha sua importancia.» (72)

Alguns procuraram estabelecer a divisão entre pessoas juridicas de existencia necessaria e outras simplesmente accidentaes e contingentes. Teixeira de Freitas falla em pessoas de *existencia necessaria* e de *existencia possivel*.

Diz Zitelmann: (73) «O *fin* por si só não é sufficiente para crear uma unidade; deve ajuntar-se alguma coisa mais. Ou a vontade consciente de união ou um vinculo de união

(70) G. Giorgi — op. cit., pag. 445.

(71) Loc. cit.

(72) Loc. cit.

(73) Apud., G. Giorgi — loc. cit.



moral natural. Ora, diante desta alternativa, as corporações se dividem em duas grandes classes. Às primeiras, formadas por uma vontade consciente, chamamos, por isso, unidade de pessoas queridas e escolhidas livremente; á segunda classe — unidade de pessoas moral natural.» A classificação preferida por muitos dos mais notáveis escriptores modernos é a que separa as pessoas jurídicas em dois grupos essencialmente distintos: o primeiro comprehende as de direito publico; o segundo as de direito privado. (74)

É esta a divisão adoptada entre nós por Amaro Cavalcanti, Carlos de Carvalho e C. Bevilacqua. (75)

Diz o primeiro: «Tendo em vista a importancia de seus fins e as faculdades de que dispõem ou os direitos que podem exercitar, — as pessoas jurídicas se dividem em pessoas do direito publico e pessoas do direito privado, sejam nacionaes, sejam estrangeiras.» (76)

E escreve C. de Carvalho: «As pessoas jurídicas são de direito publico ou de direito privado, nacionaes ou estrangeiras.» (77)

Clovis — *Theoria Geral do Direito Civil* — declara:

(74). Zitelmann acha que esta classificação é imprecisa e pouco nítida, porque o Estado, por exemplo, como Fisco, é pessoa privada, como ente politico, é pessoa publica.

(75) É tambem seguida por G. Giorgi, que a seu respeito diz ser a unica justa. O Código Civil Alemão distingue tres especies de pessoas jurídicas: 1.º Associações registradas e não registradas (*Vereine e eingetragene Vereine*); 2.º Fundações (*Stiftungen*); 3.º Pessoas jurídicas de direito publico (*Juristische Personen des öffentlichen Rechts*).

(76) Op. cit., pag. 67.

(77) Consolidação, art. 146.

«As pessoas jurídicas podem reduzir-se a duas ordens: — as de direito publico e as de direito privado.»

Do mesmo modo está redigido o art. 13 do Código Civil Brasileiro, completado, quanto á ultima parte, que se refere ás pessoas estrangeiras, pelo art. 19 da Introdução. (78)

As pessoas jurídicas de direito publico interno são:

1.º A União. (79)

2.º Os Estados que a compõem e o Districto Federal. (80)

3.º Os Municipios legalmente constituídos em cada um dos Estados. (81)

As pessoas jurídicas de direito publico externo são:

1.º Os Estados estrangeiros. (82)

2.º A Santa Sé. (83)

São pessoas jurídicas de direito privado:

(78) Vide tambem art. 20 da Introdução.

(79) Cod. Civ., art. 14, I; C. de Carvalho, op. cit., art. 47, letra *a*; Emenda de Ruy Barbosa ao art. 14, n. I do Projecto actual, que assim se inscrevia: «a federação dos Estados do Brasil». O Projecto primitivo fallava em «o aggregado dos Estados brasileiros considerado como unidade nacional», redacção que se conservou ainda depois de revisto (art. 19, letra *a*). Amaro Calvacanti tambem emprega o termo União (op. cit., pag. 68). Eguamente Lacerda de Almeida — op. cit., § 10.º

(80) Cod. Civ., art. 14, II; C. de Carvalho — loc. cit. (letra *b*); Lacerda de Almeida — op. cit., § 12; Amaro Cavalcanti — loc. cit.

(81) Cod. Civ., art. 14, III; C. de Carvalho — loc. cit. (letras *c* e *d*); Lacerda de Almeida — op. cit., § 13; Amaro Cavalcanti — loc. cit.

(82) C. de Carvalho — loc. cit. (letra *e*); Amaro Cavalcanti — loc. cit. Lacerda de Almeida — op. cit., § 11. Vide Projecto actual — art. 17.

(83) C. de Carvalho — loc. cit. (letra *e*); Lacerda de Almeida — op. cit.; § 14.

1.º As corporações, as sociedades civis (especificadas) de fins religiosos, moraes, scientificos, artisticos, politicos ou de simples recreio. (84)

2.º As sociedades civis (lato sensu). (85)

3.º As sociedades commerciaes. (86)

4.º As sociedades anonymas. (87)

5.º As fundações. (88)

Alguns escriptores accrescentam:

6.º A massa fallida. (89)

7.º A herança jacente. (90)

A UNIÃO, diz Lacerda de Almeida, é no Brasil a mais alta expressão politica da nacionalidade e a verdadeira personificação della. «A União é a pessoa de direito publico por excellencia.» Sua personalidade juridica é reconhecida pela Constituição e pelas leis organicas, do modo mais manifesto. (91) Nos actos contenciosos e até na pratica admi-

(84) Cod. Civ., art. 16, I; Amaro Cavalcanti — loc. cit.; Carlos de Carvalho — loc. cit.; Lacerda de Almeida — op. cit., § 23.

(85) Cod. Civ., art. 16, I; Amaro Cavalcanti — loc. cit.; Carlos de Carvalho — art. 152; Lacerda de Almeida chama-as *peçoas juridicas impropriamente taes* (op. cit., § 26).

(86) Cod. Civ., art. 16, II; Amaro Cavalcanti — loc. cit.; C. de Carvalho — art. cit. (letra e).

(87) Cod. Civ., art. 16, II; Lacerda de Almeida — § 24; Amaro Cavalcanti — loc. cit.

(88) Cod. Civ., art. 16, I; Amaro Cavalcanti — loc. cit.; Lacerda de Almeida — op. cit., § 7.º; C. de Carvalho — art. 152 (letra a).

(89) C. de Carvalho — art. cit. (letra f). Lacerda de Almeida, § 28, considera a massa fallida pessoa juridica impropriamente tal.

(90) Lacerda de Almeida — § 27 — chama-a tambem *pessoa juridica impropriamente dita*.

(91) Const. Fed., arts. 1, 3, 7, 13, 15, etc.; Cod. Penal, art. 115, § 3 e art. 327; Lei n. 221 de 20 de Novembro de 1894.



nistrativa ordinaria, se costuma designar a União pelo titulo de Fazenda Federal ou Nacional.

Os ESTADOS que compõem a Republica Brasileira são tambem pessoas de direito publico: sua personalidade é incontestavel deante dos principios consagrados na Constituição Federal. (92) Embora não sejam *soberanos*, têm grande *somma* de direitos e prerogativas, que por nossa lei basicas são garantidos. Cada Estado é constituído por uma das antigas Provincias, as quaes já o direito anterior considerava pessoas de direito publico interno. (93)

Os MUNICIPIOS, em tudo quanto respeite ao seu peculiar interesse, têm sua autonomia assegurada pelo art. 68 da Constituição Republicana. «Está nestas palavras, escreve Lacerda de Almeida, affirmada a personalidade politica e civil do municipio, e prestada homenagem á verdade de que o municipio é anterior á organização politica, que a Constituição declara estabelecida, autonomia, que ella de modo algum quiz destruir, antes respeitou e confirmou, e á qual deu a maior amplitude.» (94)

Os ESTADOS ESTRANGEIROS são, por sua propria natureza, as pessoas do direito internacional publico. A sua personalidade juridica, no campo do direito civil, é reconhecida tanto na doutrina, como nos diversos direitos positivos. A Constituição Federal, (95) do mesmo modo que equipara as pessoas naturaes estrangeiras ás nacionaes admite (im-

(92) Const. Fed., art. 2, 4, 5, 9, 63 a 65, etc.

(93) Const. Pol. de 1824, arts. 71, 72, 81, 82, 83; Acto Adicional (Lei de 12 de Outubro de 1832).

(94) Op. cit., pag. 113.

(95) Art. 60. Vide Lacerda de Almeida — op. cit., pag. 104, nota (7).

plicitamente) ás pessoas de direito publico externo a capacidade juridica e o exercicio dos direitos privados. O Projecto Bevilaqua (96) submettia á prévia auctorisação do Governo Federal a faculdade de aquisição de immoveis no Brasil por parte dessas pessoas; o Codigo Civil (97) torna-as incapazes de «adquirir ou possuir, por qualquer titulo, propriedade immovel no Brasil, nem direitos susceptiveis de desapropriação, salvo os predios necessarios para o estabelecimento das legações ou consulados.» (98)

(96) Art. 23.

(97) Art. 20 da Introducção.

(98) A esse respeito diz Lacerda de Almeida: — «O Estado estrangeiro, como corporação, como pessoa juridica, no terreno do direito privado, pode adquirir, exercer e demandar todos os direitos, ser sujeito activo e passivo delles, responder perante os tribunales e ser por elles condemnado. O Estado, porém, onde exerce taes direitos, não está inhibido de limital-os e normalisal-os consoante suas conveniencias e interesses; assim se tem praticado, e o embaraçoso da questão vem, não do lado juridico, mas da difficuldade em harmonisar os preceitos e aspirações da doutrina com as conveniencias e exigencias da politica.» A incapacidade de aquisição de immoveis, de que trata o Codigo Civil, foi suggerida pelo excellent parecer do Cons. Duarte de Azevedo, onde affirmava o notavel juriconsulto ser «de summa inconveniencia a concessão feita no art. 23 (do Proj. primitivo), de possuirem immoveis no Brasil as pessoas de direito publico estrangeiro. A exposição de motivos indica o perigo desta concessão, que pode dar origem a conflictos e ameaçar a integridade do territorio nacional.» Perante a Comissão especial da Camara dos Deputados foi o assumpto muito debatido, sustentando a mesma incapacidade os Drs. Azevedo Marques e Alfredo Pinto contra C. Bevilaqua, que defendia o Proj. primitivo, e o Cons. Andrade Figueira. Alguns escriptores não vêem «inconveniente algum em franquear aos Estados estrangeiros direitos no territorio nacional, inclusivé a aquisição de immoveis.» Assim Varcilles-Sommières (apud Lacerda de Almeida) diz que «ha muito maior perigo em permittir a aquisição illimitada aos estrangeiros individualmente, maximé em certos pontos e situações estrategicas. Em

Em sua Consolidação diz também C. de Carvalho que «o domínio eminente da soberania não permite que os Estados estrangeiros e a Santa Sé adquiram, por qualquer título, por si ou por interposta pessoa, propriedade immo-

regra os Estados possuem no estrangeiro apenas os edificios de suas legações e tão graves consequencias pode ter a plena liberdade de possuir immoveis, que professores eminentes têm resolvido não ser o silencio da lei do país em que estão situados sufficiente para se lhes admitir essa capacidade illimitada. Escreve C. Bevilacqua: «A commissão consultiva da Faculdade de Direito de Berlim, na qual figuram os nomes de Gneist, Gierke, Eck, Kohler, Dernburg, declarou, sob consulta do Governo da Romenia, que do silencio da lei a respeito dos Estados estrangeiros, seria «tmerario concluir que elles podem livremente adquirir immoveis» no país, e que, «a terminologia adoptada pelo legislador fornece um ponto de apoio inabalavel á opinião contraria.» «O direito de propriedade de um Estado estrangeiro restringe-se, no territorio de cada país, ao edificio de sua Legação e aos destinados ao exercicio do culto, é o parecer dos doutos professores de Berlim.» Conforme a justa apreciação de Carlos de Carvalho, — «de reconhecer um Estado como pessoa moral nas relações diplomaticas, concluem muitos pelo rigor da logica, que decorre attribuir-se-lhe o mesmo caracter nas de direito privado; nestes assumptos, o direito privado, dizem, fica pela força das coisas subordinado ao direito publico.» «Cabem aqui, acrescenta, as reflexões de Ihering sobre o rigor da logica: É desconhecer a propria essencia do direito, é commetter grave erro querer em nome da logica fazer da jurisprudencia a mathematica do direito. Não a logica, mas a vida, as delações, o sentimento juridico reclamam o que deve ser; a necessidade ou a impossibilidade logica nada têm que vêr com isso.» O instituto de Direito Internacional, levado pelos celebres casos — Evangheli Zappa e Du Plessis-Bellièrre, approvou, entre outros, os seguintes principios:

IV. Pour les acquisitions à titre gratuit, peuvent être exigées tout à la fois les autorisations et conditions prescrites par les lois du pays du donateur ou du testateur du pays dont relève cette personne morale, et, s'il s'agit d'immeuble, l'autorisation du pays de la situation des ces immeubles.

V. Les acquisitions à titre onéreux faites dans un pays par une personne morale publique étrangère peuvent être soumises à l'autorisation exigée par la loi du pays dont elles relèvent, et s'il s'agit d'im-



vel na Republica ou direitos susceptiveis de desapropriação. Neste sentido sua capacidade juridica privada é limitada.» (99)

meubles, aux mêmes conditions et autorisations que les acquisitions à titre onéreux faites par les personnes morales similaires dans les pays où sont situés les biens acquis.

VI. Toutefois un État est toujours libre de soumettre à des conditions spéciales non exigées pour les personnes morales publiques de cet État, les acquisitions à titre gratuit ou à titre onéreux de biens meubles ou immeubles situés sur son territoire, faites par des personnes morales publiques étrangères, même de limiter par une loi la capacité d'acquérir de celles-ci.

VII. Les règles précédentes s'appliquent aux États étrangers comme aux autres personnes morales publiques. Il est toujours recommandé par l'Institut, como règle de courtoisie internationale utile aux bonnes relations des États, qu'un État qui veut posséder d'une manière définitive un immeuble situé sur le territoire d'un autre État, en previenne celui-ci (Apud C. de Carvalho — op. cit., pag. LXXXIX).

Sobre a capacidade do fisco estrangeiro ha muitas questões interessantes. Lacerda de Almeida, refere-se ás seguintes que foram estudadas por Alb. Alexi na Zeitschrift für Internationales Recht, III, pag. 492 e segs.: Pode o fisco ser parte e demandar perante as justiças estrangeiras? contra que pessoas pode o fisco estrangeiro estar em juizo? que demandas pode o fisco propôr em tribunaes estrangeiros e quaes não? pode finalmente herdar no estrangeiro? Escreve o jurisconsulto patrio: "A affirmativa dada pelo auctor (Alb. Alexi) á primeira questão é geralmente aceita. A segunda questão é resolvida pela lei e tribunaes do Estado onde é proposta a demanda, e porque são capazes de receber demanda os menores e as pessoas juridicas, é permittido ao fisco estrangeiro demandar o fisco nacional. Á terceira questão responde o nosso auctor que pode o fisco estrangeiro demandar direitos de natureza civil, v. g., o fisco nacional por contractos com elle celebrados; não lhe é permittido, porém, demandar o que lhe é devido *ex jure imperii*, v. g., impostos de alfandega não pagos, etc. Quanto á ultima ha que distinguir entre a natureza dos bens, não havendo duvida quanto aos moveis: a successão em falta de herdeiros depende de convenções e tratados."

(99) Consolidação cit., art. 151.



E A SANTA SÉ?

Emquanto o Soberano Pontífice, no caracter de chefe da Igreja catholica, exercia tambem um poder temporal, (100) era geralmente admittida a essa grande comunidade religiosa a personalidade juridica, no campo do direito internacional publico. Depois de ter perdido os seus Estados, entrou-se em duvida si a Igreja catholica romana devia continuar a ser considerada pessoa do direito internacional. Pronunciaram-se pela affirmativa Pasquale Fiore, (101) Luigi Olivi, (102) Chrétien e outros; pela

(100) Como é sabido, exerceia o Papa verdadeiro poder de chefe de Estado na cidade de Roma. Depois de numerosas intervenções de potencias estrangeiras, Victor Emmanuel, certo de não encontrar opposição externa e sob o pretexto de manter a ordem e impedir movimentos republicanos, fez marchar sobre Roma o general Cadorna. Foram assim invadidos os Estados pontificios, capitulando a cidade de Roma no dia 20 de Setembro de 1870, depois de um bombardeio de 4 horas. A 2 de Outubro do mesmo anno resolvia o parlamento italiano por 192 votos contra 18, transferir a capital para aquella cidade e a 31 de Dezembro nella entrava triumphalmente o rei da Italia. Tratou-se então de substituir o poder temporal por um systema de garantias: a tal fim se destina a lei italiana de 13 de Maio de 1871, chamada lei das garantias. Por ella são attribuidos ao Papa os seguintes caracteres da soberania; 1.º a *inviolabilidade*; 2.º o *direito a honras particulares*; 3.º a *immunidade de jurisdicção* dos palacios e logares de residencia habitual ou temporaria do soberano Pontífice ou dos logares occupados por um conelave ou por um conellio eucumenico; 4.º o *direito de receber e enviar representantes diplomaticos*.

(101) O estabelecimento de uma communhão religiosa, diz o sabio professor italiano, não é o resultado do capricho ou do acaso; é um facto necessario como a formação do Estado.

(102) Entende Olivi (Dir. Intern. Pub. e Priv., 1902, pag. 71) que a Igreja Catholica, por sua organização especial, por sua origem, pelos fins a que mira, pelos meios de que se serve para attingil-os, por seu estabelecimento em todos os países do globo, pelo maravilhoso



negativa Bluntschli, Martens, Bonfils (103) e mais alguns.

Entre nós a personalidade internacional da Santa Sé está reconhecida pelas relações diplomaticas que com ella mantemos, assim deve ser equiparada aos Estados estrangeiros e reconhecida, do mesmo modo que em relação a aquelles, a sua qualidade de pessoa de direito publico externo, no que concerne ao exercicio dos direitos privados.

influxo que exerceu na historia, em summa por uma serie de circumstancias passadas e presentes, é considerada, a partir da idade média até nossos dias, perante o direito internacional publico, como uma *sociedade suprema e perfeita*, distincta do Estado, pois d'elle não espera nenhum elemento de integração, mas permanece ao seu lado e com elle conclue uma serie de relações juridicas, que têm o nome de *concordatas*. A Igreja Catholica, portanto, affirma o illustre professor de Modena, não é um Estado, mas uma associação independente para a consecução dos proprios fins, e d'ahi as relações entre a Igreja e o Estado são *analogas* ás internacionacs e podem chamar-se intersociaes.

(103) O fallecido professor de Toulouse, nega á Igreja Catholica, e com maioria de razão á grega, á russa, á armenia, ás egrejas protestantes, ao judaismo, o caracter de pessoa internacional; admite, todavia, que ao Papa seja attribuida tal qualidade. Elle proprio reconhece quanto ha de illogico em sua solução. Commenta Lacerda de Almeida (loc. cit.): «Não comprehendo como se attribua soberania ao chefe da Igreja e seja esta contestada á propria Igreja. Coelho Rodrigues, no seu projecto de Cod. Civ., e Clovis que o segue, excluem (posto que este ultimo não o faça expressamente) a Igreja dentre as pessoas juridicas de direito publico. Porque titulo é o summo Pontifice considerado soberano, senão porque é chefe supremo da Igreja Universal? Parece que não por mera deferencia á tradição e porque foi soberano temporal dos Estados pontificios goza elle da alta prerogativa de que por este titulo decahiu, mas porque é de facto ainda soberano, e a soberania (este caso anomalo vem confirmar a theoria moderna) não tem por fundamento como no regimen feudal, a terra, ou melhor o territorio, mas exerce-se directamente sobre os subditos pela força moral de que se reveste a auctoridade.» (Das pessoas juridicas, pag. 117, nota 6).



Escreve a respeito Carlos de Carvalho: (104) «A Santa Sé, pessoa de direito publico internacional sem limite no tempo e no espaço, indica a universalidade dos fieis e distingue-se, para os efeitos da capacidade civil, de quaesquer instituições, estabelecimentos, congregações, associações e corporações de character ecclesiastico ou hierarchico, que singularmente constituem pessoas juridicas sujeitas ao direito *commum*.»

Lacerda de Almeida declara de modo decisivo que «a Igreja catholica, pessoa juridica de direito publico, a qual, como o estado, abrange outras pessoas juridicas que nella se incluem, está sob a acção das normas do direito privado, nem perde perante este direito — como a outros parece (refere-se a Savigny) — sua qualidade de pessoa.» (105)

Uma união de pessoas com o fim de obter um resultado *commum*, diz Dernburg, (106) é possivel de duas formas: na de *CORPORAÇÃO* e na de *SOCIEDADE*; essas duas formas de associação foram desenvolvidas pelos Romanos «com uma logica rigorosa.»

(104) Consolidação, art. 150.

(105) Acrescenta o illustre escriptor: «Não era preciso que o declarasse o Dec. n. 119 de 7 de Janeiro de 1890, que estabeleceu entre nós o regimen da ampla liberdade de cultos. A Igreja catholica era já no regimen transacto capaz, como o reconhece o art. 5.º daquelle Decreto, com relação á capacidade de ter direitos patrimoniaes, que é no que consiste a personalidade, e, si desapareceram, com a garantia contida no art. 72, § 3.º da Constituição de 24 de Fevereiro, as restricções impostas pelas leis de mão morta, que aquelle Dec. não ousou abolir, ainda mais certa e indubitavel se torna essa personalidade, pois, guardadas as normas geraes traçadas á economia da propriedade collectiva pelo direito civil, não pode a propriedade ecclesiastica deixar de ficar sujeita ás regras e prescripções do direito canonico.»

(106) Pandette cit., § 61.



Não ha duvida que a *CORPORAÇÃO* é revestida de personalidade juridica; não só em sua apresentação externa, mas tambem em sua essencia, em seu caracter intimo, deve ser reconhecida como um sujeito independente do direito.

Com effeito, a *CORPORAÇÃO* :

a) é distincta da individualidade de seus membros; continúa a ser a mesma, ainda quando estes mudem;

b) tem patrimonio que não se confunde com o dos socios; os seus creditos e os seus debitos não o são de seus membros singularmente considerados;

c) só adquire direitos e contráe obrigações, quando os respectivos actos juridicos são praticados pelos membros, aos quaes o seu estatuto confere essas attribuições; tem assim capacidade contractual que lhe é propria.

Ora, si é attributo da personalidade juridica uma individualidade independente das pessoas physicas que compõem a associação, com patrimonio distincto e obrigações (creditos e debitos) egualmente suas, é claro que a *CORPORAÇÃO*, possuindo taes requisitos, é uma pessoa distincta dos respectivos membros e, desse modo, verdadeiro sujeito de direitos.

É isso expressamente reconhecido pelo nosso direito positivo. (107)

(107) A lei n. 173 de 10 de Setembro de 1893, que regula a organização das associações que se fundarem para fins religiosos, moraes, scientificos, artisticos, politicos ou de simples recreio, nos termos do art. 72, § 3.º da Constituição, dispõe no seu art. 5.º: "As associações assim constituídas gozam de *capacidade juridica, como pessoas distinctas dos respectivos membros, e podem exercer todos os direitos civis, relativos aos interesses do seu instituto.*" Vide Cod. Civ., art. 16, I.



Quanto ás *sociedades civis* (de fins lucrativos), é muito controvertido na doutrina si têm personalidade jurídica; também não estão de accordo os differentes direitos positivos.

Terá a SOCIEDADE CIVIL (*lato sensu*) uma individualidade distincta da de seus membros? É o patrimonio social independente dos bens particulares dos socios? São seus proprios os creditos e debitos da sociedade civil e tem ella capacidade contractual distincta? Não é possível dar-se uma resposta affirmativa, de modo tão categorico, como a respeito da *corporação*. É verdade que sua individualidade pode distinguir-se das de seus membros e o facto de serem estes determinados e não incertos e mutaveis, como succede ordinariamente na *corporação*, é de pouca importancia para a determinação ou exclusão da personalidade jurídica. (108) O patrimonio e as obrigações sociaes, embora não se confundam com os bens e os creditos e debitos dos socios, ao contrario do que acontece, em regra, na *corporação*, com seus bens individuaes respondem estes solidaria e illimitadamente, para satisfação dos compromissos da entidade social. É esta a mais forte objecção que se apresenta contra a personalidade jurídica das sociedades civis. Pode-se, entretanto, responder, e nesse ponto de accordo com a exposição de Goldschmidt, (109) que «ha *corporações* (exemplo — as cooperativas ou sociedades de capital variavel) que supõem e exigem, além da responsabilidade do fundo social,

(108) Vide no op. cit. de Lacerda de Almeida a opinião de Laband e a critica de Goldschmidt (pag. 183, nota 8).

(109) Apud Lacerda de Almeida — op. cit. — Nota D.



a responsabilidade — verdade é que subsidiaria — dos bens particulares dos socios.»

No direito romano, as sociedades civis não tinham personalidade jurídica, com excepção apenas de algumas, cujo objecto consistia em empresas publicas. (110)

No direito francês, durante algum tempo, foi opinião geral que o Código Napoleão não admittia capacidade jurídica independente ás sociedades civis; hoje não existe o mesmo accordo, tanto na doutrina, como na jurisprudencia dos tribunaes. Referem Baudry-Lacantinerie et Albert Wahl (111) que a côrte de cassação, principalmente em decisões recentes, tem affirmado a personalidade de taes sociedades. Os escriptores se dividem: de um lado — Aubry et Rau, Toullier, Thiry, Pont, Guillouard, Baudry-Lacantinerie et Wahl pronunciam-se pela negativa; de outro lado — Troplong, (112) Duvergier, Duranton, Proudhon, Zachariæ, Larombière, Dalloz, Houpin, Vavasseur — pela affirmativa.

Na Belgica a lei de 18 de Maio de 1873, reconhecendo expressamente a personalidade jurídica das sociedades commerciaes, excluiu implicitamente a das civis. (113)

Na Italia, ainda que os tribunaes tenham algumas vezes admittido a personalidade das sociedades civis,

(110) Vide Luigi Rodino — Società civile, in Digesto Italiano, vol. 21, parte 3.^a, págs. 665-666.

(111) Traité de Droit Civil, vol. 20, 1900, pag. 8.

(112) Foi este notavel escriptor quem na França mais effizamente se bateu pela these da personalidade dessas associações.

(113) É o que reconhecem, entre outros, Laurent, Luigi Rodino e Baudry-Lacantinerie.



é-lhe contraria a quasi totalidade dos auctores. (114)

O Cod. Civ. Hespanhol manifestou-se favoravel á sua personalidade (art. 1669). No mesmo sentido o Cod. Federal Suisso (arts. 524 e 717), o do Chile, o do Mexico e o Direito Escossês. Em sentido contrario o Direito Inglês, o Irlandês e o Cod. Civ. Português (art. 39).

O Codigo Civil Allemão tambem não admittre a personalidade juridica das sociedades civis (*lato sensu*); nesse ponto estão de accordo os escriptores. (115)

É no direito patrio anterior ao Codigo Civil? Affirmam Carlos de Carvalho e Amaro Cavalcanti que é por elle reconhecida a personalidade juridica das *sociedades civis*. Opinam pela solução contraria Ribas e, principalmente, Lacerda de Almeida.

Diz Carlos de Carvalho: (116) «Art. 152 — São pessoas juridicas de direito privado: *e*) as sociedades commerciaes e *civis que revestem forma commercial.*»

Amaro Cavalcanti (117) apresenta como pessoas juridicas de direito privado, *de accordo com o nosso direito civil vigente*: «1.º as sociedades civis (*lato sensu*),» acrescentando, em seguida, que «o nosso direito commum ou civil, propriamente dito, carece de disposições completas, explicitas, que regulem de modo satisfactorio os differentes actos e factos relativos ás sociedades dessa categoria.» (118)

(114) A favor manifestaram-se ultimamente Fadda e Bensa — Notas a Windscheid e Bensa — Ist. cit.

(115) Vide Planck — Kommentar, § 50; Crome — System, § 55.

(116) Consolidação cit.

(117) Responsabilidade civil do Estado, pag. 69.

(118) Observa o distincto escriptor: «entretanto, sendo ditas so-

Ribas, (119) depois de mostrar a differença que havia no direito romano entre corporações e sociedades, sómente a aquellas attribue personalidade jurídica.

Lacerda de Almeida (120) declara de modo incisivo: «Estes caracteres (que, ao menos aparentemente, constituem a feição pratica da personalidade jurídica) encontram-se bem nitidos nas associações ou sociedades do typo corporação, e não apparecem, é convicção nossa, com equal clareza nas sociedades propriamente taes, mercantis ou civis.» Ainda mais concludente se mostra quando assevera: «Das sociedades civis (de fins lucrativos) nada nos resta dizer, si negamos personalidade ás sociedades commerciaes, salvo á anonyma. O direito patrio e o estrangeiro confirmam a nossa asserção.» (121)

De que lado está a razão? Algumas passagens do Código Commercial fazem crêr na existencia de uma entidade social distincta dos socios, ainda mesmo collectivamente considerados. É o que tambem se depreheende dos arts. 751 e 752 da Consolidação de Teixeira de Freitas, (122) que,

ciedades civis, as de fins economicos, na sua estrutura e forma, analogas ás sociedades mercantis, podem considerar-se, como igualmente applicaveis a aquellas, os principios ou regras geraes que regem estas ultimas. Como as sociedades mercantis, têm ellas, effectivamente, a sua origem em um contracto, e, uma vez celebrado este, na devida forma, *adquirem personalidade jurídica distincta dos individuos, que as constituem*; TAL É A LEI e a nossa jurisprudencia.»

(119) Curso cit., vol. 2.º, tit. 1.º, cap. IV.

(120) Op. cit., pags. 181 e segs.

(121) Op. cit., pag. 189.

(122) Nesses artigos refere-se Teixeira de Freitas á Ord. do Livro 4.º, tit. 44, § II, que assim se inscreve: «É pelo mesmo modo toda a despesa e gasto, que se fizer em beneficio da companhia, se ha de

aliás, se mostra infenso á personificação. (123) Entretanto o art. 15 da lei n. 173 de 10 de Setembro de 1893 parece excluir a personalidade das sociedades civis, quando dispõe: «*As associações que não adquirirem personalidade jurídica nos termos desta lei, reger-se-ão pelas regras das sociedades civis.*» Havia, porém, tendencia manifesta entre nós para se admittir á sociedade civil o character de sujeito independente de direitos, como de modo insophismavel se deprehende das discussões havidas em torno do Projecto Bevilacqua, o qual em todas as suas phases neste sentido se declarou. (124)

Pensam tambem desse modo Coelho Rodrigues, João Monteiro e Didimo.

O Codigo Civil supprimiu as duvidas, reconhecendo personalidade jurídica ás sociedades civis, de fins economicos, ou não (art. 16, I; arts. 22 e 23).

pagar della. Porém o que algum dos companheiros gastou fóra da companhia, ainda que fôsse em algum acontecimento que tivcsse origem por occasião da companhia, não se tirará nem se pagará della.»

(123) Pergunta o eminente juriconsulto: «Como admittir na sociedade uma pessoa moral distincta dos socios que a compõem, tendo portanto um patrimonio, como conceber esse patrimonio, suppondo-se ao mesmo tempo que os socios estão em communhão de bens?»

(124) Projecto primitivo, art. 20: «São pessoas jurídicas de direito privado: a) as sociedades civis organisadas de accordo com este codigo.» Esta disposição se manteve substancialmente no projecto revisto e na phase ultima se converteu no art. 16, n. I: «São pessoas jurídicas de direito privado — as sociedades civis, religiosas, pias, moraes, scientificas ou litterarias, as associações de utilidade publica e as fundações, contanto que tenham patrimonio.» O Projecto Bevilacqua procurou, pois, fazer desapparecer a distincção classica entre corporação e sociedade, que, indubitavelmente, ainda se conserva no direito vigente, sendo a primeira regulada pelo Dec. n. 173 cit. e a ultima pelas regras communs.



Ha verdadeiro accordo em recusar personalidade á sociedade em conta de participação. (125)

As SOCIEDADES COMMERCIAES não são também consideradas pessoas jurídicas distintas, de modo inteiramente pacífico. Ha, contudo, auctores e legislações que, recusando esta qualidade ás sociedades civis, não hesitam em attribuil-a ás mercantis.

Dizem Chironi e Abello. (126) «Ás pessoas jurídicas de direito privado pertencem as sociedades commerciaes, não as civis.»

Entende G. Giorgi (127) que «no Codigo de Commercio a personalidade jurídica das sociedades em nome colectivo, em commandita e anonymas foi sufficientemente reconhecida.»

Pensam Baudry-Lacantinerie et Wahl (128) que «a personalidade das sociedades de commercio está fóra de duvida; o art. 629 do Cod. Civ. Francês e o art. 69-6.º do Cod. do Proc. supõem-na necessariamente.» Na Belgica, como já se fez constar, só as sociedades commerciaes são pessoas jurídicas e não as civis. (129) O direito português está no mesmo caso: o Cod. Com. Port., art. 108, declara que «as sociedades commerciaes representam para com terceiros uma individualidade jurídica, differente da dos associados.»

(125) Vide C. Bevilaqua — Projecto, art. 22; Carvalho de Mendonça — Estudos de Dir. Commercial, in Direito, vol. 94, pags. 29 e segs.

(126) Op. cit., pag. 154.

(127) Op. cit., vol. 6.º, pag. 346.

(128) Loc. cit.

(129) Vide pag. 354 e nota (113).



No direito allemão ha disposição expressa a respeito, os escriptores, porém, quasi na totalidade, convêm na affirmação de que ahi tambem se trata de um contracto de sociedade e não do reconhecimento da personalidade juridica.

Entre nós se pronunciam contra a personalidade das sociedades commerciaes os mesmos escriptores que a recusam ás civis, isto é, Ribas e Lacerda de Almeida.

Carlos de Carvalho, Amaro Cavalcanti, Carvalho de Mendonça, João Monteiro, Didimo, Coelho Rodrigues, C. Bevilaqua pensam de modo diverso. O Projecto Bevilaqua em todas as suas phases reconhecia expressamente a personalidade das sociedades mercantis: o Codigo Civil declara (art. 16, II) — são pessoas juridicas de direito — as sociedades mercantis.

Não soffre as mesmas contestações a personalidade das SOCIEDADES ANONYMAS. Lacerda de Almeida (130) affirma que «da noção de companhias ou sociedades anonymas dada pelo art. 295 do Cod. Commercial, se infere, desde logo, a personalidade juridica das mesmas.»

Define Cosack: (131) «La société par actions est une entité corporative (Körperschaft) du droit privé, douée de la personnalité juridique, et qui se consacre à une entreprise d'une nature quelconque.» Esta definição, pondera Lacerda de Almeida, é rigorosamente scientifica, pois exprime os caracteres especificos da sociedade anonyma.

Raros são os que, como Thöl, (132) negam a essas so-

(130) Op. cit., pag. 171.

(131) *Traité de Droit Commercial*, trad. fr. de Leon Mis., vol. 3.º, 1907, pag. 125.

(132) Apud Cosack, loc. cit.



ciudades personalidade juridica propria. Com effeito, até no direito allemão, diz Cosack: «l'ensemble des règles de nos lois d'Empire allemandes ne permet pas de douter que la société par actions soit une personne juridique; il faut considerer, en outre, que le C. Com. nouv., art. 210, dit que la société par actions exerce ses droits et assume ses obligations à TITRE AUTONOME (*Selbständig*), tandis que dans le passage correspondant consacré à la société en nom collectif (C. Com. nouv., art. 124), la parole *autonome* manque.» Dernburg (133) também não tem duvida em declarar que «*die Aktiengesellschaft wird in neuen H. G. B., § 210 als juristische Person aufgefasst, die Kommanditgesellschaft auf Aktien teilt nach H. G. B., § 320, Abs. 3 deren Natur.*» «*Diese Vereine, continúa, sind daher unter die Privatkorporationen zu stellen.*» (134)

As disposições do direito patrio, que regulam as socie-

(133) Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preussens, vol. 2.º, 1906, pag. 612. Como se vê, o saudoso jurisconsulto allemão acha que o Cod. Com. All. recebeu a sociedade anonyma como pessoa juridica, compartilhando da mesma natureza a sociedade em commandita por acções. Prescreve o cit. art. 210: «Die Aktiengesellschaft als solche hat selbständig ihre Rechte und Pflichten.»

(134) O que significa: as sociedades referidas devem ser incluídas entre as corporações de direito privado. Sobre este ponto diz Lacerda de Almeida: «Corporações e sociedades, taes são os dois typos que nos foram legados pelo direito romano e que, ainda hoje, com taes ou quaes modificações, predominam na classificação das collectividades. Nesta classificação uma razão milita a favor da inclusão da sociedade anonyma entre as corporações ou aggremações de natureza analoga, e vem a ser que nesta classe, a das associações, domina a disposição jerarchica das partes que constituem o organismo; n'aquella outra, isto é, na classe das sociedades, a distribuição egualitaria que gera a reciprocidade.»



dades anonymas, acham-se consolidadas no Dec. n. 434 de 4 de Julho de 1891. Nenhuma duvida têm os escriptores brasileiros em admittir sua personalidade juridica, sejam ellas nacionaes ou estrangeiras.

Escreve Amaro Cavalcanti: «gozam de personalidade juridica na verdadeira significação deste vocabulo.» (135)

O Codigo Civil não se refere especialmente ás sociedades anonymas: estão comprehendidas no termo generico — sociedades mercantis.

Tem sido dos mais disputados o problema da personalidade das FUNDAÇÕES, como diz Lacerda de Almeida. (136)

Alguns escriptores estabelecem distincção entre as FUNDAÇÕES e os INSTITUTOS, comprehendendo uns e outras sob a denominação generica — *estabelecimentos*.

Com o termo — FUNDAÇÃO se designa geralmente o complexo de bens destinado a certo fim e que para conseguil-o assume o character de pessoa juridica. (137) O INSTITUTO se differença da FUNDAÇÃO pelo fim que visa directamente, que é sempre o interesse geral. (138) Ha ainda auctores que reservam o vocabulo ESTABELECIMENTO, em

(135) Op. cit., pag. 71.

(136) Op. cit., pag. 65.

(137) *Vide* Chironi e Abello — Trattato cit., pag. 140; Clovis Bevilacqua — Observ. para esclarecimento do Cod. Civ. Brasileiro. Comp. Coelho Rodrigues — Projecto, art. 30. Afirma Dernburg que na *fundação* a personalidade se liga ao patrimonio, ella surge sómente por effeito de uma concessão de patrimonio e se extingue si elle fôr consumido; ao passo que o instituto, por ex. um gymnasio, tem capacidade juridica, ainda quando não tenha patrimonio algum (Pandette, vol. 1.º, pag. 180, nota (1)).

(138) Chironi e Abello — loc. cit.

sentido restricto, para os INSTITUTOS de caracter publico ou official; (139) outros estendem o conceito de FUNDAÇÃO de modo a abranger o INSTITUTO, (140) e outros ainda com este ultimo termo indicam tambem as FUNDAÇÕES. (141)

O termo FUNDAÇÃO exprime perfeitamente a especie de pessoas juridicas de que aqui nos occupamos. Com effeito, a FUNDAÇÃO, quer instituida pelo poder publico, quer por particulares, tem o caracter de uma doação feita ao povo ou a uma parte do povo e, assim, tem sempre em vista o interesse geral. Quanto ás *fundações* instituidas pelo poder publico, que alguns preferem chamar *institutos* e outros — *estabelecimentos*, consistem no seguinte: o Estado, no intuito de promover o progresso e o aperfeiçoamento dos individuos ou de assistil-os e soccorrel-os, em caso de necessidade, pode *fundar* seres autonomos e eleva-os á categoria de pessoas juridicas. «Os estabelecimentos mantidos pelo Estado, diz Lacerda de Almeida, (142) são órgãos de sua vida administrativa, mais ou menos dependentes da acção desta, salvo si têm patrimonio proprio e administração independente ou economia separada, como se diz do filho emancipado.»

Neste ultimo caso adquirem personalidade juridica;

(139) Lacerda de Almeida — op. cit., pag. 66.

(140) É essa a opinião de Giorgio Giorgi, que em sua excellente obra — *La dottrina delle persone giuridiche* — trata das *fundações de origem publica* e de interesse geral.

(141) Gierke — *Deutsches Privatrecht* — vol. 1.º, § 60, divide as pessoas juridicas em *corporações* e *institutos*; nesta ultima classe inclui tambem as *fundações*.

(142) Op. cit., pag. 67.



ora, «nos estabelecimentos publicos com personalidade juridica, o Estado obra como fundador, guarda a posição de fundador, e elles são *verdadeiras fundações* de character official.

O processo é o mesmo que o das fundações particulares.» (143)

As *fundações* particulares consistem na constituição de um capital ou de uma renda, destinada pelo respectivo dono (pessoa physica ou associação) a um fim de utilidade social. Tem entre nós especial interesse a *obra pia* ou *fundação* no sentido restricto da palavra, sob a forma de liberalidade — doação ou legado *sub modo* — a uma corporação de mão-morta. (144) Nessas condições não tem a fundação uma individualidade propria, porquanto é a corporação donataria o verdadeiro sujeito dos respectivos direitos. (145) A *fundação* particular só assume o character de *pessoa juri-*

(143) Lacerda de Almeida — loc. cit. Explica o illustre escriptor: «O Estado, como qualquer particular, desagrega de seu patrimonio bens que destina a certo fim de publica utilidade e, ou os administra por si, ou os confia a uma pessoa, de ordinario corporação já existente, para administral-os e dar-lhes a declarada applicação.» Accrescenta ainda em nota: «Os auctores allemães sustentam esta doutrina. O Estado, como *fisco*, tem nas repartições arrecadoras ou pagadoras, como *justiça* ou *administração* nos tribunaes, ministerios e secretarias, não estabelecimentos distinctos com personalidade, sinão membros de um só corpo, o Estado. Não assim quando *na sua qualidade de fundador outorga administração, patrimonio, economia, vida distincta* ao estabelecimento por elle creado, e que, uma vez creado, nada mais tem que vêr com os poderes publicos, v. g. uma universidade dotada de patrimonio e administração sua, creada pelo governo da União ou de um Estado.»

(144) Lacerda de Almeida — op. cit., pag. 68.

(145) A. e op. cits., pag. 69.

dica, quando o fundador destina certos bens a fins de utilidade publica, seja mesmo obra pia, sem designar a pessoa que deve ser incumbida do desempenho da disposição. (146) Escreve Lacerda de Almeida: «Duvidas surgiram a principio, e ainda hoje trabalham certos espiritos, respeito á validade da disposição, feita, como observam, a pessoa não existente, pois o instituidor é quem a faz nascer juntamente com o patrimonio destinado a garantir-lhe a existencia e perpetuidade. A natureza das coisas, porém, reagiu como sóe, contra os apices da theoria e ainda uma vez triumphou a necessidade imperiosa de sancionar um facto licito, util e realisavel, a despeito do tradicionalismo emperrado dos textos. É construcção esta admittida pelo Direito allemão e consagrada no moderno Codigo Civil do Imperio; o Projecto Bevilaqua (147) adoptava-a, e, em face dos principios de doutrina, não vejo razão para que os Tribunaes rejeitem entre nós, por nulla, disposição assim concebida.» (148) e (149)

(146) A. e op. cit. Refere-se tambem o A. á opinião de Regelsberger, que distingue as duas formas de constituir a fundação: a liberalidade modal e a criação directa. No primeiro caso ha um estabelecimento ou fundação dependente (*unselbständig*), no segundo — independente e portanto com personalidade (*selbständig oder eine juristische Person*).

(147) Projecto primitivo, art. 31; Proj. revisto, art. 30; Proj. actual, art. 27. Dizia o Projecto Coelho Rodrigues, art. 30: «Considera-se fundação a constituição de um capital ou rendimento, destinado pelo respectivo dono a um fim social de duração illimitada ou indefinida, e confiado á administração de uma pessoa juridica, *determinada ou não*, ou de uma certa classe ou serie de pessoas naturaes.»

(148) Op. cit., pags. 69 e 70. Refere o eminente civilista um caso de criação directa de fundação, entre nós, contra o qual o tradiciona-



O Código Civil, art. 16, I, refere-se especialmente às fundações, como pessoas jurídicas de direito privado.

lismo ainda uma vez se insurgiu: o do testamento de Antonio Gonçalves de Araujo, que tinha a seguinte verba:

“Os meus testamenteiros **CREARÃO** em minha intenção nesta cidade uma instituição de beneficência para creanças desvalidas, onde se lhes dê sustento, educação e instrucção profissional... e constituirão o seu patrimonio com a quantia de 1.500.000\$, que *lego para este fim...*”

“Como a minha intenção é beneficiar as creanças pobres desta capital, *si não fôr possível* **CREAR** uma instituição nova, *como deixo disposto*, ficará todo este legado pertencendo ao Asylo da Infancia Desvalida, projectado pela Irmandade do Santissimo Sacramento da Candelaria, e que por falta de patrimonio não tem sido inaugurado.”

“Do teor da verba, de onde resulta a intenção clara de “crear uma instituição nova”, diz Lacerda de Almeida, vê-se que a maneira de instituir a fundação era, na mente do fundador, o *legado directo á obra*, consoante a theoria e normas do Direito allemão, tão natural e harmonico com a moderna intuição juridica, que não admira nasça espontaneo nesta e em analogas manifestações. O tradicionalismo reagiu contra a forma nova e desusada; tal parece ter sido, abstrahindo de razões de ordem meramente pratica, que podriam ter occorrido, o motivo porque o legado foi logo adjudicado á Irmandade do Santissimo Sacramento da Candelaria.”

(149) As duvidas sobre o reconhecimento da personalidade das fundações complicam-se ainda em relação aos bispados, parochias e fabricas creados exclusivamente pela auctoridade ecclesiastica. É muito discutido entre nós si, em vista do art. 72, § 3.º da Constituição Federal, cessaram as restricções á faculdade de adquirir, impostas ás corporações de mão-morta. O Cons. Duarte de Azevedo, em notavel “Parecer”, discute bem a questão: “A negativa parece resultar, diz o eminente jurista, da consideração de que as leis de amortisação não tiveram por fundamento a incapacidade politica ou civil das corporações religiosas, sinão a utilidade economica de evitar-se a accumulção da propriedade immovel inalienavel, e de cohibirem-se as seducções do sentimento religioso dos testadores. Accresce que o Dec. de 7 de Janeiro de 1890, que separou a Igreja do Estado e reconheceu a personalidade civil de todas as Igrejas e confissões existentes, para adqui-



São igualmente pessoas jurídicas a HERANÇA JACENTE e a MASSA FALLIDA?

O conceito de HERANÇA JACENTE é, como escreve Lacerda de Almeida, (150) o de uma successão sem dono actual: é o estado da herança antes da acceitação do herdeiro. (151) Ella se apresenta como uma massa de bens que precisa ser administrada enquanto são esperados os individuos a que tem de pertencer: herdeiros ou credores do *de-cujus*. Para os sectarios da *Fiktionstheorie* trata-se ali de uma verdadeira ficção de direito e assim a herança

rirem bens, manteve os limites das leis concernentes á propriedade de *mão-morta*, além do que pode referir-se ao direito civil, em vigor ao tempo da Constituição, a clausula do art. 72, § 3.º: *observadas as disposições do direito commum*. Não obstante, a solução contraria é preferivel. Separando-se da Igreja Catholica e isolando-se de qualquer igreja ou culto, a Constituição Federal declarou que nenhum delles teria relações de dependencia ou alliança com o governo da União ou dos Estados. Todas as auctoridades representativas de profissões religiosas ficaram assim extranhas ao Estado, de vida e movimento autonomicos. Ora, quando se proclamava a independencia das associações religiosas, equiparadas a quaesquer individuos, quanto á faculdade de adquirir bens, não seria incoherente submittel-os á tutela do Estado para certos meios de aquisição e interdizer-lhes alguns, não denegados a outras pessoas juridicas e individuaes?" Vide sobre este ponto especialmente Ferreira Alves — Leis da Provedoria e Lacerda de Almeida — op. cit.

(150) Op. cit., pag. 191.

(151) Mostra Lacerda de Almeida que, sob o ponto de vista do direito ainda vigente entre nós, não tem inteiramente razão Clovis Bevilacqua, ao affirmar: "Mas por direito patrio, como por todos aquellos systemas juridicos em que a propriedade e a posse do *de-cujus* passam immediatamente para o herdeiro, os bens não podem representar mais a pessoa morta do auctor da herança, etc." Com effeito, pelo Alv. de 9 de Novembro de 1754 só a posse adquire immediatamente o herdeiro e não a propriedade.

jacente é uma pessoa ficticia como qualquer outra pessoa juridica. Na doutrina de Brinz tem a herança jacente personalidade juridica, visto ser um patrimonio destinado a um fim (*Zweckvermögen*).

Na opinião de Lacerda de Almeida foi Köppen quem, pela primeira vez, em 1856, determinou a verdadeira natureza da herança jacente, despindo-a de ficções inuteis. Sustenta que pode haver direitos sem sujeito actual (152) e que ella se encontra nesta situação: (153) é um complexo de direitos a que falta temporariamente o sujeito. Declara Dernburg que as normas de direito que regulam a pessoa juridica não são applicaveis á herança jacente. (154)

A MASSA FALLIDA não é tambem aqui incluída entre as pessoas juridicas. É de outra opinião Lacerda de Almeida, que affirma: «A massa fallida, seja no complexo dos credores vinculados por interesses communs na liquidação do activo e passivo do devedor, seja no sentido do acervo dos bens com os respectivos *onus*, é, incontestavelmente, pessoa juridica no sentido amplo da palavra.» «Sob qualquer dos aspectos, conclue, a massa fallida constitue uma unidade

(152) Vide sobre a doutrina que reconhece a existencia de direitos sem sujeito actual as pags. 275-276 e as notas 12-15.

(153) Lacerda de Almeida — op. cit., pag. 194, nota 5.^a

(154) Pandette, § 62, in fine. Pensa Dernburg que a herança jacente, isto é, a herança de um defuncto, antes da accettazione do herdeiro, representa o defuncto; assim é uma pessoa ideal portadora dos direitos e das obrigações da herança jacente. Nesse ponto encontra elle a sua analogia com as pessoas juridicas; quanto ao mais, nenhuma affinidade existe: a pessoa juridica destina-se a fins geraes, em regra tem existencia duradoura; a herança jacente mira o interesse do particular, isto é, do herdeiro, tendo além disso uma existencia transitoria.

de direito, diversa de seus elementos componentes e pois pessoa juridica, que tal é a accepção mais larga deste vocabulo.» (155)

É, entretanto, justa a ponderação de G. Giorgi, (156) isto é, que os bens do fallido lhe pertencem sempre, pois elle perde apenas a administração; seus credores têm somente o dividendo da concordata ou a parte que lhes toca na liquidação. De feito, a massa fallida tem uma existencia meramente transitoria e nunca independente, pois, para isso, seria necessario que o fallido perdesse a propriedade dos bens que a constituem, logo que a fallencia fôsse decretada e a administração confiada ao syndico.

B) *Sua existencia e capacidade juridica.* Das pessoas juridicas, algumas são verdadeiras creações naturaes, para se constituirem não dependem da vontade dos individuos; outras, ao contrario, formam-se pela vontade declarada de uma ou mais pessoas physicas. Das primeiras, uma — o Estado, — que é a sociedade politicamente organizada, impõe-se por si mesma, de nenhum reconhecimento precisa para se tornar sujeito de relações juridicas, antes, é, por sua propria indole, o verdadeiro órgão da actuação do direito. D'ali affirmarem os sectarios da *theoria da ficção*, recuando deante das consequencias absurdas de seu sys-

(155) Op. cit., pags. 195 e 197.

(156) Op. cit., vol. 1.º, pag. 102. É esta igualmente a opinião de Amaro Cavalcanti — op. cit., pag. 73 e Carvalho de Mendonça — Das fallencias, n. 192, embora com outros argumentos. *Vide* tambem Clovis Bevilacqua — *Theoria Geral do Direito*, pags. 172 e segs., sobre «a pluralidade successiva de pessoas que exercem uma função publica», e a herança jaente.

tema, que o «Estado constitue de pleno direito uma pessoa moral.»

Todas as outras, sejam de direito publico ou de direito privado, constituam-se naturalmente ou provenham de um acto de vontade, dependem do reconhecimento ou da approvação do Estado. Assim é que não só as pessoas juridicas de direito publico interno, como tambem as de direito publico externo, só exercerão no territorio de um Estado os direitos que este lhes reconhecer, muito embora a constituição das communas ou municipios seja um facto natural, e de sua approvação não dependa a existencia de um membro da *Magna Civitas*, da Sociedade Internacional. O *Estado* é entre nós a *União*.

As antigas provincias formam hoje Estados federados e o antigo municipio neutro constitue o Districto Federal; sua personalidade juridica é reconhecida pela Constituição Federal, não precisam de habilitação civil; é tambem o que succede ás pessoas juridicas de direito publico externo.

As pessoas juridicas de direito privado adquirem personalidade juridica, ou por disposição expressa de lei, ou pelo preenchimento das condições nella estabelecidas, com ou sem intervenção do poder publico. (157)

Diversos são os systemas adoptados para o reconhecimento da capacidade juridica de taes pessoas.

O primeiro fal-a depender, em cada caso, de auctorisação do Poder legislativo ou do executivo; o segundo dispensa esta approvação expressa, basta que sejam observadas

(157) Carlos de Carvalho — Consolidação, art. 153.



as formalidades legais; o terceiro é um systema mixto: por elle precisam de auctorisação as entidades de certa natureza, e della independem as demais. (158) É o preferido pelo direito patrio vigente, antes como depois do Codigo Civil.

Dependem de acto legislativo, para que possam constituir-se — os bancos de emissão ou circulação. (159)

Dependem de acto do governo federal, para que possam adquirir personalidade juridica:

a) os bancos de credito real;

b) os monte-pios, os montes de soccorro ou de piedade, as caixas economicas e as sociedades de seguros mutuos;

c) as sociedades anonymas, que tiverem por objecto o commercio ou o fornecimento de generos ou substancias alimentares;

d) as sociedades anonymas estrangeiras e as suas succursaes ou caixas filiaes. (160)

Isso no regimen anterior ao Codigo Civil. Este dispõe: Art. 20, § 1.º — «Não se poderão constituir, sem previa auctorisação, as sociedades, as agencias ou os estabelecimentos de seguros, monte-pios e caixas economicas, salvo as cooperativas e os syndicatos profissionaes e agricolas legalmente organizados. Se tiverem de funcionar no Districto Federal, ou em mais de um Estado, ou em territorios não constituídos em Estados, a auctorisação será do Governo Federal; se em um só Estado, do Governo deste».

(158) Vide Lacerda de Almeida — op. cit., pags. 200-202.

(159) Carlos de Carvalho — op. cit., art. 158.

(160) Carlos de Carvalho — op. cit., art. 159; Lacerda de Almeida — op. cit., pag. 201.



Quanto ás estrangeiras, diz o Codigo: Art. 20, § unico. da Introduccão — «Dependem de approvaçãõ do Governo Federal os estatutos ou compromissos das pessoas juridicas estrangeiras de direito privado, para poderem funcionar no Brasil por si mesmas ou por filiaes, agencias, estabelecimentos que as representem, ficando sujeitas ás leis e aos tribunaes brasileiros».

Todas as outras pessoas juridicas de direito privado, nacionaes, adquirem livremente capacidade juridica, uma vez que sua constituicão e seu funcionamento obedeçam ás prescripcões legais.

Differentes como são as fórmãs e figuras que assumem essas entidades, torna-se difficil uma regra unica para todas ellas; tendo em vista a sua natureza, o seu character especifico, o interesse do conhecimento de sua existencia para todos ou para uma certa classe de individuos, a lei prescreve formalidades que variam conforme a especie de cada uma. Assim (antes do Codigo Civil):

a) As sociedades em nome collectivo e em commandita simples, quando commerciaes, adquirem personalidade juridica, archivando o respectivo contracto no registro da Junta Commercial do Districto em que tenham de se estabelecer. (161) Quanto ás civis, na falta de disposicão expressa de lei, attendendo-se a que as formalidades se destinam principalmente a tornar publica a existencia da sociedade, si dispensam a inscripcão ou registro, só adquirem plena capacidade juridica, com a publicacão do contracto ou dos es-

(161) Cod. Com., art. 301.



tatutos pelo «Orgão Official» do Estado, em que tiverem a sua séde. (162)

b) As associações chamadas de fins ideaes (não economicos), isto é, que se fundarem para fins religiosos, moraes, scientificos, artisticos, politicos, ou de simples recreio, poderão adquirir individualidade jurídica, inscrevendo o contracto social no registro civil da circumscripção onde tiverem a sua séde; além disso, antes da inscripção, os estatutos serão publicados no jornal official do Estado onde a associação se estabelecer. (163)

c) As sociedades anonyms e em commandita por acções, civis ou commerciaes, tambem podem constituir-se sem auctorisação do Governo; basta que, para se formarem, satisfaçam os requisitos legaes, isto é, precisam de contracto escripto ou estatutos assignados por todos os socios, de subscripção de todo o capital social e deposito da decima parte deste em um banco ou estabelecimento de credito, fiscalizado pelo Governo. Devem ser então archivados na Junta Commercial do Districto o contracto ou os estatutos, a lista nominal dos subscriptores, com indicação do numero de acções e entradas de cada um, certidão do deposito, em dinheiro, da decima parte do capital subscripto, acto de installação da assembléa geral e nomeação dos

(162) Vide o que a respeito escreve Lacerda de Almeida — op. cit., pags. 204-205. Quando taes sociedades assumem a forma das sociedades commerciaes, na difficuldade de em tudo se lhes «applicar a lei commercial no estado presente do nosso Direito,» parece que é sufficiente a publicação do contracto pelo «Orgão Official», para que adquiram personalidade jurídica. É, em todo caso, de grande conveniencia a inscripção no registro civil da circumscripção onde estabelecerem a sua séde.

(163) Lei n. 173 de 10 de Setembro 1893, arts. 1.º e 4.º



administradores. É também necessaria a publicação, na folha official, dos estatutos ou do contracto social, com declaração da data em que foram archivados e dos nomes, profissão e morada dos administradores. (164)

d) Quanto ás fundações, apesar das lacunas e das duvidas que se encontram em nosso direito positivo, pode-se afirmar, que adquirem personalidade independentemente de auctorisação, uma vez que seus fins não sejam prohibidos por lei. Quando provêm de doação ou disposição de ultima vontade, submettem-se ás respectivas regras dos actos juridicos com que se fundam. É prohibida a instituição de capellas vinculadas, como o é egualmente a clausula de inalienabilidade de todo o patrimonio ou parte delle. (165)

O Codigoo Civil simplificou a materia:

«Art. 16, § 1.º As sociedades mencionadas no n. I (so-

(164) Dec. n. 434 de 4 de Julho de 1891, arts. 79 e 80.

(165) Carlos de Carvalho — Consolidação cit., art. 155: Escreve Ferreira Alves — Leis da Provedoria, pag. 359 e seg.: «Bens vinculados (ou *vinculos*) são, em sentido restricto, aquelles que foram declarados inalienaveis *in perpetuum* pelos instituidores, com certos encargos. Podem ser de duas especies: *capellas* e *morgados*. *Capella* é o vinculo, cujos rendimentos são destinados, no todo ou maior parte, ao cumprimento de encargos pios, para continuação da piedade do instituidor. *Morgado* é o vinculo, cujos rendimentos são reservados ao administrador e sua successão em ordem prefixada, para conservação do lustro e nobreza da familia. Os *morgados*, *capellas* e quaesquer outros vinculos de qualquer natureza e denominação que sejam, são considerados como não escriptos e nullos. (Dec. n. 834 de 2 de Out. de 1851, art. 43, § 5.º; L. de 6 de Out. de 1835, art. 1.º; Sent. do Sup. Trib. de Just. na «Rev.» n. 8.432 de 6 de Dez. de 1873; Acc. da Rel. do Rio, de 9 de Set. de 1883, «Direito», vol. de 15 de Jan. de 1874, pags. 34 a 36).» Vide também o parecer citado do Cons. Duarte de Azevedo, in fine.

iedades civis de qualquer natureza) só se poderão constituir por escripto lançado no registro geral (art. 20, § 2.º), e reger-se-ão pelo disposto a seu respeito neste Código, parte especial.

§ 2.º As sociedades mercantis continuarão a reger-se pelo estatuido nas leis commerciaes.

Art. 18. Começa a existencia legal das pessoas juridicas de direito privado com a inscripção dos seus contractos, actos constitutivos, estatutos ou compromissos no seu registro peculiar, regulado por lei especial, ou com a auctorisación ou approvação do Governo, quando precisa.

Parapho unico. Serão averbadas no registro as alteraçõs que esses actos soffrerem.

Art. 19. O registro declarará:

I. A denominação, os fins e a séde da associação ou fundação.

II. O modo porque se administra e representa, activa e passiva, judicial e extra-judicialmente.

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 do seu patrimonio nesse caso.

Art. 20, § 2.º As sociedades enumeradas no art. 16, que, por falta de auctorisación ou de registro, se não reputarem pessoas juridicas, não poderão accionar a seus membros, nem a terceiros; mas cstes. poderão responsabilisal-as por todos os seus actos».



Sobre as fundações tem o Código Civil regras especiais:

«Art. 24. Para crear uma fundação, far-lhe-á o seu instituidor, por escriptura publica ou testamento, dotação especial de bens livres, especificando o fim a que a destina, e declarando, se quizer, a maneira de administrá-la.

Art. 25. Quando insufficientes para constituir a fundação, os bens doados serão convertidos em titulos da dívida publica, se outra cousa não dispuzer o instituidor, até que, augmentados com os rendimentos ou novas dotações, façam capital bastante.

Art. 26. Velará pelas fundações o Ministerio Publico do Estado, onde situadas.

§ 1.º Se estenderem a actividade a mais de um Estado, caberá em cada um delles ao Ministerio Publico esse encargo.

§ 2.º Applica-se ao Districto Federal e aos territorios não constituidos em Estados o aqui disposto quanto a estes.

Art. 27. Aquelles a quem o instituidor commetter a applicação do patrimonio, em tendo sciencia do encargo, formularão logo, de accordo com as suas bases (art. 24), os estatutos da fundação projectada, submittendo-os, em seguida, á approvação da auctoridade competente.

Parapho unico. Se esta lh'a denegar, suppril-a-á o juiz competente no Estado, no Districto Federal, ou nos territorios, com os recursos da lei.

Art. 28. Para se poderem alterar os estatutos da fundação, é mister:

I. Que a reforma seja deliberada pela maioria absoluta dos competentes para gerir e representar a fundação.



II. Que não contrarie o fim desta.

III. Que seja approvada pela auctoridade cômpetente.

Art. 29. A minoria vencida na modificação dos estatutos poderá, dentro em um anno, promover-lhe a nullidade, recorrendo ao juiz competente, salvo o direito de terceiros.

Art. 30. Verificado ser nociva, ou impossivel a manutenção de uma fundação, ou vencido o prazo de sua existencia, o patrimonio, salvo disposição em contrario no acto constitutivo, ou nos estatutos, será incorporado em outras fundações, que se proponham a fins eguaes ou semelhantes.

Parapho unico. Esta verificação poderá ser promovida judicialmente pela minoria, de que trata o art. 29, ou pelo Ministerio Publico».

Seja qual fôr a sociedade, não tem direito á personalidade civil si tiver um fim illegal ou immoral. Nas mesmas condições se acham as sociedades secretas que se consideram sempre illicitas. (166)

A nacionalidade das pessoas juridicas depende do logar onde foi celebrado o acto de sua constituição, resulta da soberania que originariamente lhes reconheceu a personalidade e não da nacionalidade das pessoas naturaes que as compõem ou vierem a compôr, conservando-a enquanto não houver mudança de séde ou domicilio. (167)

Considera-se nacional:

a) toda sociedade constituída no territorio da Republica e auctorisada por lei;

b) a sociedade em nome colectivo ou em commandita

(166) C. de Carvalho — Consolidação cit., art. 153, §§ 2.º e 3.º.

(167) C. de Carvalho — op. cit., art. 160.



simples, constituída exclusivamente por brasileiros fóra do territorio da Republica, si tiver contracto archivado no Brasil e a firma inscripta no registro;

c) as sociedades estipuladas em países estrangeiros com estabelecimento e objecto no Brasil. Para a aquisição de embarcação brasileira não basta que a sociedade seja nacional; é necessario que a maioria dos socios seja de brasileiros, não se tratando de sociedade anonyma. (168)

As pessoas juridicas têm o seu domicilio no logar em que têm a sua séde, conforme a declaração de seus estatutos ou do contracto de constituição. (169)

A auctorisação concedida ás pessoas juridicas estrangeiras, para funcionarem no Brasil, não importa na perda de seu domicilio de origem. (170)

Termina a existencia das pessoas juridicas: (171)

a) pelos modos de direito internacional; o facto de um Estado perder a sua qualidade de membro da sociedade internacional tira-lhe a de pessoa juridica de direito publico externo;

b) pela incorporação dos Estados e Municipios entre si e annexação a outros; (172)

c) nos casos previstos em seus estatutos, compromissos ou contractos;

d) por acto do Governo;

(168) A. e Op. cits., art. 161.

(169) Cod. Civ., art. 35, IV; C. de Carvalho — op. cit., art. 165.

(170) A. e op. cits., art. 166.

(171) De accordo com a legislação em vigor antes do Codigo Civil.

(172) Const. Féd., arts. 4 e 68.



e) por disposição de lei;
f) por sentença judicial;
g) cessando o fim ou tornando-se impossível preencher-o;

h) pelo consenso de todos os seus membros;

i) pela perda de todos os seus membros. (173)

Dissolvem-se também as sociedades anônimas:

a) por deliberação da assembléa geral;

b) por insolvabilidade;

c) por cessação do pagamento das dívidas;

d) pela redução do número de sócios a menos de sete;

e) pela perda de três quartos ou mais do capital social. (174)

Por insolvabilidade, cessação de pagamento das dívidas e perda de três quartos ou mais do capital social, pode ser declarada a liquidação forçada destas sociedades. (175) O Código Civil (176) prevê apenas três modos de perda da personalidade jurídica:

(173) C. de Carvalho — Consolidação, art. 167.

(174) Dec. n. 434 de 4 de Julho de 1891, art. 148.

(175) Dec. cit., art. 167.

(176) O Projecto primitivo dispunha a respeito: "Art. 27. Extingue-se a personalidade jurídica da sociedade e procede-se á sua liquidação: 1.º quando a maioria dos sócios tiver resolvido a sua dissolução ressalvados os direitos da minoria e de terceiros; 2.º quando cair em estado de insolvência judicialmente verificada; 3.º quando expirar o prazo estabelecido para a sua duração; 4.º depois de realizado o fim para o qual tiver sido constituída; 5.º sendo decretada a sua dissolução pela auctoridade competente; 6.º ficando o número de sócios reduzido a menos de sete, si ella tiver sido constituída sob a forma anônima, e a menos de três nos outros casos."

I. dissolução em virtude de deliberação de seus membros, resalvados os direitos da minoria e de terceiros;

II. dissolução em virtude de lei;

III. dissolução em virtude de acto do Governo, nos casos em que este cassar a auctorisação de que ella carecia para funcionar, por fraudar os seus fins ou comprometter o interesse publico. (177)

Os modos de dissolução das sociedades commerciaes são regulados pelo Codigo do Commercio. (178)

Qualquer corporação nacional, que reconhecer algum superior fóra da Republica e lhe prestar effectiva obediencia, será dissolvida. (179)

(177) Art. 21: Termina a existencia da pessoa juridica:

I. Pela sua dissolução, deliberada entre os seus membros, salvo o direito da minoria e de terceiros.

II. Pela sua dissolução, quando a lei o permite.

III. Pela sua dissolução em virtude de acto do Governo, cassando-lhe este a auctorisação de funcionar, quando a pessoa juridica incorra em actos oppostos aos seus fins ou nocivos ao bem publico.

Art. 22. Extinguindo-se uma associação de intuitos não economicos, cujos estatutos não disponham quanto ao destino ulterior dos seus bens, e não tendo os socios adoptado a tal respeito deliberação efficaz, devolver-se-á o patrimonio social a um estabelecimento municipal, estadual ou federal, de fins identicos, ou semelhantes.

Parapho unico. Não havendo no Municipio, no Estado, ou no Districto Federal, estabelecimento em taes condições, será devolvido o patrimonio á fazenda estadual ou nacional.

Art. 23. Extinguindo-se uma sociedade de fins economicos, o remanescente do patrimonio social compartir-se-á entre os socios ou seus herdeiros.

(178) Arts. 335 e segs.

(179) Codigo Penal, art. 103, § unico. No caso em que os seus membros se tornem a reunir debaixo da mesma, ou diversa denominação, com o mesmo ou diverso regimen, ser-lhes-ão impostas — aos che-



Uma vez reconhecida a personalidade independente (180) de uma associação, tem ella plena capacidade juridica, da mesma forma que a têm as pessoas physicas, com as restricções estabelecidas em relação aos direitos incompatíveis com sua propria natureza, isto é, aos direitos da Família. As associações que não tiverem personalidadade juridica, sejam civis ou commerciaes, serão consideradas méras sociedades de facto e reger-se-ão pelas regras do direito commum, (181) e pelo dispositivo especial do art. 20, § 2.º do Codigo Civil.

A capacidade das pessoas juridicas, quanto aos direitos patrimoniaes, deve comprehender, em regra, como bem salienta Amaro Cavalcanti: (182)

a) as obrigações (creditos e debitos), sejam convençionaes ou não;

b) *os direitos reaes* com os seus modos de aquisição, alienação, posse, etc.

fes a pena de prisão por um a seis annos e aos outros membros a de seis mezes a um anno.

(180) Como vimos, as pessoas juridicas são distinctas dos membros que as compõem. É isso expressamente reconhecido pela lei n. 173 de 1893, arts. 5 e 7. O Projecto Bevilaqua tambem julgou necessaria essa declaração expressa. Vide art. 23 da phase ultima; art. 24 do revisto; art. 25 do primitivo.

(181) Carlos de Carvalho — op. cit., art. 171; Lei n. 173 de 1893, art. 15.

(182) Op. cit., pag. 80. Expõe o distincto escriptor as duas opiniões contrarias: a da capacidade restricta, limitada, "marcada na lei", preferida coherentemente pelos sectarios da theoria da ficção, e a da capacidade plena, que, de accordo com a doutrina que julga ser a pessoa juridica uma entidade real, deve ser a adoptada. Vide as pags. 74 a 90 de seu excellente trabalho — Responsabilidade civil do Estado.

c) a aquisição de bens por sucessão testamentaria, em virtude de lei, ou por actos de terceiros.

«A capacidade juridica e a esphera de acção da pessoa juridica estrangeira são determinadas pela sua lei nacional; o reconhecimento dessa capacidade por acto da soberania brasileira não importa nova criação de personalidade, mas subordina essa capacidade ás leis territoriaes.» (183)

Em relação á capacidade da Santa Sé e das corporações e fundações, que são constituídas pela auctoridade ecclesiastica, devem ser observados os preceitos do direito canonico. (184)

A pessoa juridica só por meio de *representantes* pode tornar activa sua capacidade juridica, isto é, necessita de pessoas physicas que por ella pratiquem actos juridicos. (185)

Representante de uma pessoa juridica é quem opera em seu nome, tornando assim effectiva a capacidade juridica da entidade representada, de accordo com os fins de sua existencia. (186)

(183) C. de Carvalho — op. cit., art. 163.

(184) Vide Lacerda de Almeida — op. cit., pag. 116, especialmente a nota (4).

(185) Dizem Chironi e Abello: «A propria natureza da pessoa juridica, ainda quando tem por substracto a pluralidade de individuos, apta a determinar o phenomeno psychico collectivo, torna impossivel ao ente manifestar a sua vontade e proceder em conformidade com ella: d'ahi a necessidade de recorrer á representação, de ter uma ou mais pessoas physicas que por ella querem e procedem, necessidade perpetua e immanente de ter *syndicum et actorem*, cujos actos têm o valor que teriam si emanassem della directamente.»

(186) É legitima a acção dos *representantes*, conforme a justa apreciação de Chironi e Abello, quando está contida nos termos que expressamente são fixados como lei da representação, quer em seus



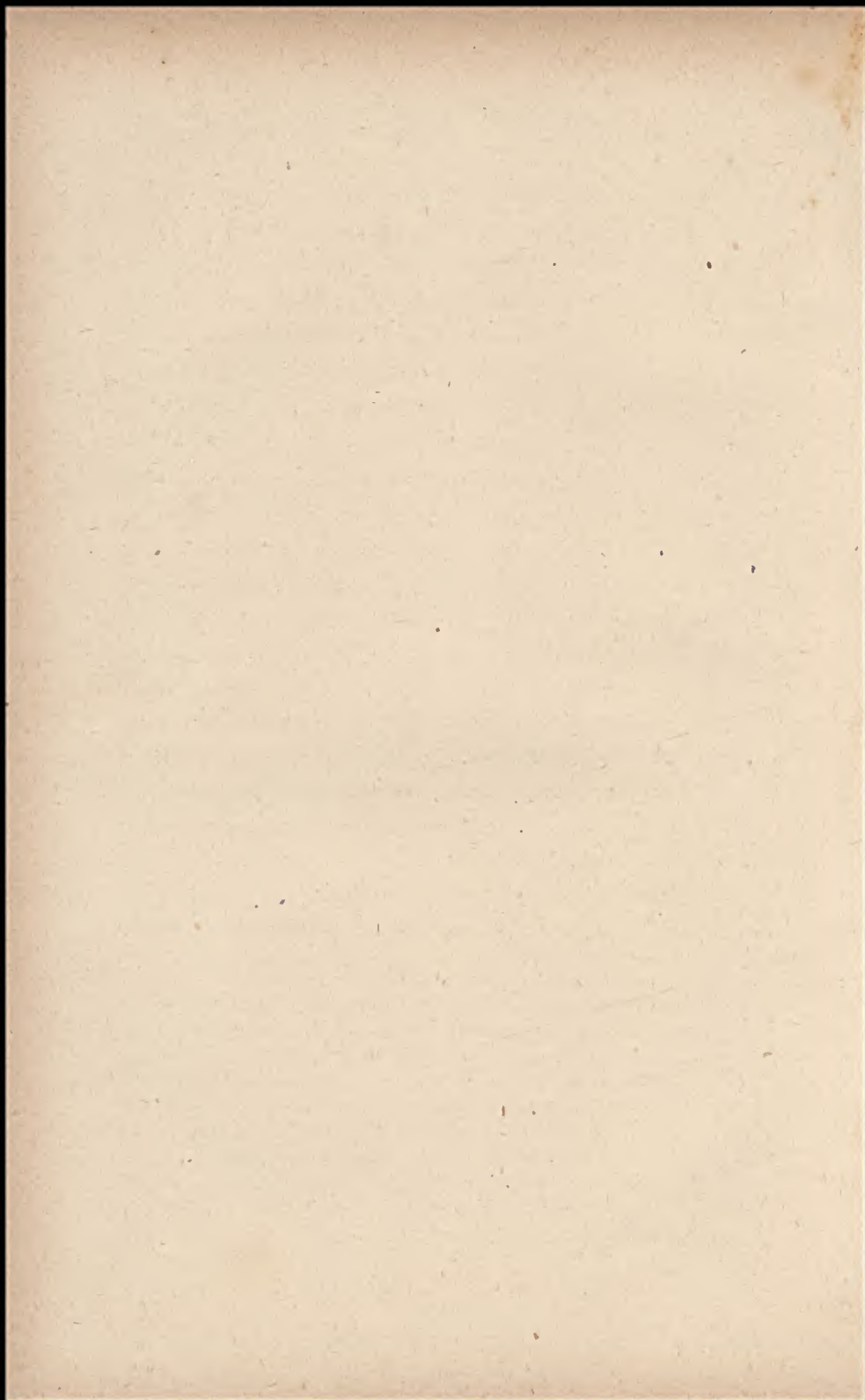
Ha, principalmente entre os organicistas, quem pretendam distinguir os *órgãos* dos *representantes*. (187)

É ordinariamente a propria *lei particular de constituição, contracto* ou *estatuto*, da pessoa juridica, que define a natureza e a extensão das attribuições confiadas ás pessoas physicas, que devem represental-as; assim ahi são indicadas as suas funcções e os limites ao seu poder de representação. É o que reconhece o Codigo Civil, art. 17: As pessoas juridicas serão representadas, activa e passivamente, nos actos judiciaes e extra-judiciaes, por quem os respectivos estatutos designarem, ou, não o designando, pelos seus directores. Quando os representantes, no exercicio de suas funcções, procedem dentro desses limites, os seus actos obrigam a pessoa juridica, ainda que sejam actos illicitos. (188) Prescreve o Codigo Civil: Art. 15. As pessoas juridicas de direito publico são civilmente responsaveis por actos dos seus representantes que, nessa qualidãde, causem damno a terceiros, procedendo de modo contrario ao direito, ou faltando a dever prescripto por lei, salvo o direito regressivo contra os causadores do damno.

principios geraes, quer em relação aos que determinaram a personalidade do ser representado.

(187) Assim, *órgãos* seriam as pessoas physicas, por meio das quaes se exprime a vontade unitaria dirigente, ao passo que *representantes* seriam as que são encarregadas, pelos *órgãos*, de um officio qualquer, a serviço da pessoa juridica. Vide a respeito a obra cit. de Chironi e Abello, pags. 160-161, onde é criticada esta distincção, principalmente quanto aos seus effeitos praticos.

(188) Vide sobre a responsabilidade das pessoas juridicas por actos de seus representantes a obra de Chironi — La colpa nel diritto italiano moderno, 2 vols. 1897-1906. Especialmente sobre a responsabilidade civil do Estado, a notavel obra, tantas vezes aqui citada, de Amaro Cavalcanti.



CAPITULO III

Do objecto do direito

- § 1.º *Das relações jurídicas consideradas sob o ponto de vista do seu objecto. Dos bens e do patrimonio.*
- § 2.º *Da classificação dos bens: a) considerados em sua propria natureza; b) em sua composição e em relação uns aos outros; c) em relação ao sujeito.*
- § 3.º *Do bem de família.*
-

§ 1.º *Das relações jurídicas consideradas sob o ponto de vista do seu objecto. Dos bens e do patrimonio.*

Em toda relação jurídica ha um objecto sobre o qual se manifesta o poder do sujeito. (I)

Este objecto pode ser corporeo e visivel, ou immaterial, produzido pelas necessidades da ordem juridica.

Com effeito, no campo do direito civil se apresentam distinctas, pela diversidade dos objectos, duas grandes categorias de relações jurídicas. A uma pertencem os direitos que recaem immediatamente sobre uma coisa material, fóra da pessoa a quem compete exercel-os; á outra os que con-

(I) Vide o § 2.º do Capitulo I.



sistem em relações directas entre o titular e outras pessoas. Esta comprehende os direitos da Família e os das obrigações; aquella os direitos reaes, também chamados direitos das coisas.

Nas relações de Família é algumas vezes a propria pessoa pertencente ao grupo familiar que é objecto da relação juridica: é o que verificamos nos direitos contidos nos institutos do poder marital e do patrio poder, os quaes têm por objecto a mulher e o filho. (2) Fóra desses casos, porém, não é mais a pessoa objecto das proprias relações familiaes; estas se apresentam sob a forma de obrigações reciprocas, como, por exemplo, no caso de alimentos. (3) Hoje, como justamente observava Brugi, (4) é completa a bilateralidade das relações familiaes.

Os direitos que se desenvolvem no circulo da Família e que se identificam nas relações pessoas entre os conjuges, ou entre paes e filhos, não têm o caracter de bens patrimoniaes ou economicos. A pessoa, quando constitue objecto do direito, não perde nenhuma de suas qualidades caracteristicas; assim, os principios estabelecidos, quando considerada sob o seu aspecto verdadeiramente especifico de sujeito das relações juridicas, aproveitam-na sempre que, excepcionalmente, passa a servir-lhes de objecto.

(2) Diz Crome: "So ist Objekt des ehemännlichen Rechts die Frau, des elterlichen die Kinder. Dagegen kann über den Kreis der Familien = und Individualiechte hinaus der Mensch in diesem Sinne nicht mehr Rechtsobjekt sein." Escreve também Planiol: "Les droits de puissance qu'une personne possède sur une autre... sont au nombre de deux: la puissance paternelle et la puissance maritale."

(3) *Vide* Brugi — *Ist. di dir. civ.*, 2.^a ed., 1907, pag. 126.

(4) *Loc. cit.*



Além desses direitos e dos direitos políticos, que saem da orbita de nosso estudo, não são também patrimoniaes ou economicos os direitos da personalidade e os sobre a propria pessoa. (5) Tanto uns como outros, consistindo, ou antes, tendo por objecto *bens* que estão intimamente ligados ao proprio sujeito, isto é, *bens* que formam os elementos naturaes (corporeos e incorporeos), (6) que compõem o *estado*, a *existencia juridica* da pessoa em que se acham e á qual pertencem, exactamente porque é *pessoa*, não permitem a separação do seu objecto para um estudo á parte. (7)

Aqui, portanto, só deve ser considerado o objecto dos direitos patrimoniaes, quer consista em uma coisa material, corporea, quer em uma prestação pessoal.

A palavra *bens*, que na Sciencia Economica pode ser empregada para exprimir tudo quanto é capaz de satisfazer as necessidades humanas, (8) na terminologia juridica indica, em sentido lato, tudo quanto é susceptivel de se tornar objecto do direito, e, em sentido restricto, significa apenas as coisas que são objecto dos direitos que

(5) *Vide* as paginas 243 e seguintes.

(6) Elementos corporeos, por ex., são: o direito á vida, á integridade corporal; elementos incorporeos — a honra, o nome, o estado geral da pessoa, etc.

(7) *Vide* Chironi e Abello — Trattato cit., pag. 306.

(8) Diz o notavel economista contemporaneo — Alfred Marshall: "In the absence of any short term in common use to represent all desirable things, or things that satisfy human wants, we may use the term *Goods* for that purpose." (Principles of Economics, 4.^a ed., 1898, vol. I.^o, pag. 123).



formam o nosso patrimonio (9) ou a nossa riqueza. (10)

(9) Escrevem Baudry-Lacantinerie et Chaveau: "On désigne, dans le langage traditionnel, sous le nom de *biens*, toutes les choses qui, pouvant procurer à l'homme une certaine utilité, sont susceptibles d'appropriation privée." (Traité, vol. V, 1905, pag. 11.) Às coisas (corpóreas) e às obrigações, diz Ribas, dá-se a denominação de *bens*. Carlos de Carvalho entende que sob a denominação de bens se comprehende tudo quanto pode ser objecto de propriedade. A Constituição Federal, art. 72, §§ 3 e 10, também falla nos *bens*: "adquirir *bens*," "entrar no territorio nacional ou delle sahir com a sua fortuna e *bens*."

(10) O conceito de *riqueza* em Economia Política corresponde exactamente ao de *bens patrimoniaes* em direito civil. Todos aquelles bens que constituem *objecto de direitos patrimoniaes* são elementos de *riqueza*. Explica muito bem Marshall: "All wealth consists of desirable things, or things that satisfy human wants; but not all desirable things are reckoned as wealth. The affection of friends, for instance, is an important element of wellbeing, but it is not reckoned as wealth, except by poetical licence." Para mostrar quaes são os bens que constituem riqueza, procede o eminente professor da Universidade de Cambridge á sua classificação. As coisas desejaveis, os bens, afirma elle, são materiaes, ou pessoas e immateriaes. Os *bens materiaes* consistem em coisas materiaes uteis e em todos os direitos de *possuir*, *usar* ou tirar proveito das coisas materiaes, e de recebê-las em um tempo futuro. Assim, nelles se comprehendem os dons physicos da natureza — terra e agua, ar e clima; os productos da agricultura, das minas, da pesca, da manufactura; as construcções, os machinismos, os instrumentos; as hypothecas e outros titulos de credito real; as acções de companhias publicas e particulares, todas as especies de monopolio, patentes de invenção, direitos de auctor; todos os direitos de transito e outros direitos de uso. Quanto aos *bens pessoas*, dividem-se em duas classes: na primeira comprehendem-se os beneficios que a pessoa tira de outras pessoas, taes como os serviços de toda especie; a segunda consiste nas proprias qualidades do individuo. Os bens que pertencem áquella podem chamar-se *externos*, os desta — *internos*. Os bens podem ser, além disso, *transferiveis* ou *não transferiveis*. Nesta ultima classe devem ser incluídas as qualidades e facultades da pessoa (seus bens internos); mas também as vantagens que derivam do clima, da luz, do ar, seus privilegios de cidadania e os direitos e opportu-



Alguns escriptores preferem designar com o termo

nidade de fazer uso da propriedade publica. Marshall indica do modo seguinte a sua classificação:

GOODS ARE	{	external	{	material	{	transferable
					}	non-transferable
			{	personal	{	transferable
			}	non-transferable		
		internal — personal — non-transferable				

ou então:

GOODS ARE	{	material-external	{		{	transferable
					}	non-transferable
			{	personal	{	external
			}			non-transferable
		internal — non — transferable				

Mas os bens, apesar de *transferíveis*, podem ser *livres*, concedidos pela natureza, sem necessidade do esforço humano. Só os bens transferíveis, que são limitados em quantidade, são *permutáveis*. Isto posto, quaes os bens que devem ser considerados como fazendo parte da riqueza de uma pessoa? Responde Marshall: "When a man's wealth is spoken of simply, and without any interpretation clause in the context, it is to be taken to be his stock of two classes of goods. In the first class are those material goods to which he has (by law or custom) private rights of property, and which are therefore transferable and exchangeable. In the second class are those immaterial goods which belong to him, are external to him, and serve directly as the means of enabling him to acquire material goods. Thus it excludes all his own personal qualities and faculties, even those which enable him to earn his living; because they are internal. And it excludes his personal friendships, in so far as they have no direct business value." Difficilmente se apresentariam de modo mais claro e pratico os bens economicos, os quaes são os elementos constitutivos dos direitos *patrimoniaes* de uma pessoa, ou de sua *riqueza*. É verdade que este



coisas o objecto dos direitos patrimoniaes. (II) Mas a palavra *coisa* ou é empregada em accepção lata e então comprehende «todo objecto dos sentidos ou do pensamento,

conceito da *riqueza* não corresponde ao que della formavam os economistas classicos, mas pode responder-se com John B. Clark (*Philosophy of Wealth*, 1894, pag. 5): «Having unduly limited their conception of wealth in one direction, the orthodox writers have unduly extended it in another. They have, for example, classed as wealth the acquired skill and the technical knowledge of the laborer. *Personal attainments*, as subjective and immaterial, are excluded from the meaning of the term. *They are not a possession; that implies externality to the possessor. They are what he is, not what he has.* Popular thought and speech broadly distinguish the *able man* from the *wealthy man.*» É verdade que o eminente professor do «Smith College» affirma que toda riqueza consiste em bens objectivos ao possuidor, *materiaes*, uteis e apropriaveis. Não se julgue, porém, que o economista norte-americano exclua da categoria de riqueza os serviços pessoais, mas é que elle considera o resultado do serviço e não o esforço em si; para elle — «the objective element inseparable from service is wealth.» Para mostrar que sem o elemento material o serviço não é riqueza, exemplifica: «Let an accomplished pianist advertisc a concert on one of Mr. Petersilea's mute piano-fortes, and promise to display a large amount of effort: how many tickets, at a dollar each, would he probably sell? Let a voiceless speaker attempt to entertain an audience by a similar display of effort; how long would the assembly remain together? Yet, in either case, absolutely nothing would be wanting but the *tenuous outward product*, — SOUND.»

(II) Assim, por ex., Brugi: «Diz-se coisa tudo aquillo que pode ser objecto de relações juridicas, o que equivale a dizer — tudo quanto pode offerrecer uma utilidade economica no circulo do direito civil.» Tambem Pacifici-Mazzoni entende por coisa, na linguagem juridica e em sentido technico, tudo o que pode ser objecto de um direito. Em Coelho da Rocha encontra-se o mesmo conceito: «Em sentido juridico dizem-se *coisas* ou *bens*, tudo aquillo, ou todos aquelles entes, que, servindo de utilidade aos homens, podem ser sujeitos ao seu poder, e, portanto, objecto de direitos.» A synonymia dos dois termos é igualmente estabelecida, entre nós, por C. de Carvalho: «Em geral coisas e bens têm a mesma accepção legal.»

omne quod EST aut COGITATUR, (12) ou em sentido restricto é designa simplesmente os objectos corporeos. (13) Costumam os auctores dizer que toda a pessoa, assim como tem direitos personalissimos, não patrimoniaes, tem equal-

(12) *Vide* Chironi e Abello — op. cit., pag. 301.

(13) Escreve Ribas: “No sentido ontologico *coisa* é tudo que existe ou pode existir; no sentido juridico racional é uma parte qualquer do mundo fatal. Tomada na primeira accepção, a palavra *coisa* é mais ampla do que *bens*, está para com esta na relação do genero para com a especie; tomada na segunda, si por um lado é mais ampla, por outro é mais restricta, porque não comprehende os *bens* de existencia apenas ideal, como os direitos e acções.” No mesmo sentido restricto é a palavra *coisa* empregada pelos cminentes jurisconsultos patrios — Lafayette e Lacerda de Almeida: o primeiro quando intitula — “Direito das coisas” seu monumental tratado sobre os direitos reaes; o segundo, quando afirma que “o patrimonio comprehende: 1.º *coisas*, objecto sobre que se exerce immediatamente o direito; 2.º *factos*, cuja realisação pode ser exigida de outrem” (Obrigações, pag. 2). O Cod. Civ all., art. 90, apresenta a definição de coisa, que, no sentido legal, exprime apenas os objectos corporeos: “*Sachen, im Sinne des Gesetzes sind nur körperliche Gegenstände.*” Commenta Planck — op. cit., pag. 160: — A expressão *objecto* (*Gegenstand*) indica, segundo o Cod. Civ. all., tanto as coisas como os direitos; a expressão *coisa* (*Sache*) significa um objecto corporco, isto é, um pedaço da natureza apropriado (*ein Stück der unfreien Natur*). Sobre a differença entre as palavras *Ding* e *Sache*, na terminologia juridica allemã, pode-se consultar com proveito a substanciosa nota *c* de Fadda e Bensa á excellente traducção das Pandectas de Windscheid — vol. 1.º, tomo II, pags. 545 e segs. — O projecto Bevilaqua (primitivo) tambem emprega o termo — *bens* — de referencia ao objecto dos direitos patrimoniaes (Parte Geral — Livro Segundo), e o termo *coisas*, quando se occupa dos direitos reaes (Parte Especial — Livro Segundo). O Projecto revisto, intitulado o Livro Segundo da Parte Geral — Das coisas, — emprega indifferentemente nos arts. que o compõem (57 a 96) as palavras *bens* e *coisas*, como objecto dos direitos patrimoniaes, entretanto denomina — *direito das coisas* — o direito que recáe sobre os bens corporeos (Parte especial — Livro Segundo). O Projecto actual voltou á terminologia do primitivo.



mente direitos que recâem sobre os bens economicos, tem um *patrimônio*.

O patrimonio é condição de existencia para toda pessoa physica ou juridica, diz Lacerda de Almeida. (14) Consiste o patrimonio, diz a doutrina, no conjuncto dos direitos e obrigações de uma pessoa, apreciaveis em moeda, (15) constituindo o que se chama *universalidade de direito*. Tal é o conceito dominante, maximè depois de exposta a theoria de Aubry et Rau. Observa Demogue: «il s'agit évidemment d'une notion se référant au sujet du droit envisagé dans ses rapports avec les personnes dont il est l'obligé actuel ou possible».

O patrimonio compõe-se de um activo e de um passivo; comprehende não só direitos exigiveis, como tambem as *obrigações* passivas ou *dividas*, (16) mas, cumpre insistir,

(14) Obrigações, pag. 2.

(15) Vide Planiol—Traité cit., pag. 675; Baudry-Lacantinerie et Chaveau—op. cit., pag. 2; Clovis Bevilacqua—Theoria Geral, pag. 216.

(16) Vide Planiol—loc cit.; Baudry-Lacantinerie et Chaveau—loc. cit. Merece attenção a seguinte passagem de Coviello: «Da non confondere col concetto di cosa è quello di patrimonio. Il patrimonio non è oggetto di diritti, in qualunque significato si adoperi questa parola. Infatti patrimonio può denotare l'insieme dei rapporti giuridica di una persona, valutabili in danaro e quindi l'insieme dei diritti non solo, ma anche dei debiti, e allora si parla di attivo e di passivo nel patrimonio. Può denotare anche l'insieme dei soli diritti valutabili in danaro spettanti a una persona, cioè delle sole attività, patrimonio lordo. E finalmente l'insieme dei valori che rimangano dopo detratti i debiti (*non sunt bona nisi deducto aere alieno*), patrimonio netto» (Manuale, vol. 1.º, pag. 239). E, criticando a theoria do patrimonio, accrescenta: «Intorno all'indole giuridica del patrimonio è dominante un'opinione assai singolare, fondata su astrazioni metafisiche, e senza base positiva, e perciò è bene prenderla in esame. Il patrimonio viene



nelle só se contêm os direitos e obrigações apreciaveis em dinheiro. Assim, como já vimos, no patrimonio só se incluem os *direitos reaes* e os *direitos das obrigações*, direitos estes que pertencem a duas classes caracteristicamente distinctas, cujos pontos differenciaes devem ser cuidadosamente assignalados.

Diz Planiol, com razão, que a differença, ou antes, «a distincção dos direitos reaes e das obrigações é uma das noções essenciaes do direito, e uma das mais difficeis de adquirir no principio dos estudos.» (17)

considerato come unità distinta e separata dai singoli elementi che lo compongono, i quali anzi sono indifferenti, perchè possono anche mancare del tutto senza che manchi il patrimonio: è una *universitas juris*, un *nomen juris*, una cosa incorporale. Sò unità del patrimonio deriva dall'unità della persona, poichè esso non sarebbe altro che un'emanazione della persona, anzi la persona stessa considerata nelle sue relazioni con gli oggetti esteriori, sui quali può o potrà avere dei diritti da esercitare; onde comprende non solo i diritti e i debiti attuali, ma anche quelli futuri e potenziali. Di qui le conseguenze che il patrimonio è *unico, indivisibile, inalienabile*, e che non v'ha persona senza patrimonio. Un tale concetto che, come risulta dalla stessa esposizione, è semplicemente artificioso, conduce a conseguenze assurde, si basa su una confusione di idee, e non ha poi alcuna importanza pratica. Invero, perchè possa concepirsi un patrimonio come unità distinta dai singoli elementi che lo compongono, bisogna ricorrere ad una finzione, giacchè realmente non esistono che più cose appartenenti in un dato tempo a una data persona. Ora la finzione può tollerarsi nell'opera del legislatore, non dell'interprete; ma nella legge nostra non troviamo che un solo caso in cui per determinati scopi il patrimonio viene considerato come unità giuridica, come *universitas juris*, quello della successione universale *mortis causa*; quindi non può estendersi la finzione, degna di critica anche in quel caso, ad altri non contemplati, e per scopi diversi. Eliminata la possibilità di tale finzione, cadono da sè le conseguenze». *Vide* também as de Fadda e Bensa, de Demogue e de Roguin.

(17) Escreve Maine — Ancien droit: — «a separação dos direitos



Nesta parte, pode afirmar-se com Pietro Cogliolo, o direito romano attingiu o mais alto gráo de evoluçáo e, por isso, a sua influencia sobre o direito medieval e sobre os direitos modernos foi maior ahi do que em qualquer outro ponto. (18) A distincçáo nítida entre OS DIREITOS REAES e OS DIREITOS PESSOAES, (19) afirma Cogliolo, é uma das maiores conquistas da jurisprudencia e é hoje uma verdade elementar. Entretanto o Codigo Napoleáo, (20) depois de

pessoaes dos reaes não tem sentido na infancia do direito; as distincções dos juristas posteriores só têm valor para os tempos posteriores." Citando esta passagem de Maine, pondera muito bem Cogliolo: "È ricerca storica quella che studia come dalla omogeneità primitiva sorse a poco a poco questa bipartizione del diritto, e non può farsi in modo generico, ma in rapporto ad un dato popolo: per il romano, per esempio, dovrebbero tener molto conto delle forme processuali, le quali contribuirono più che ogni altra cosa a contrapporre nelle formule il *meum esse* al *dare oportere*." Mas si nos povos primitivos não se distinguem sempre os effectos juridicos das duas classes de bens, não se segue que os seus objectos possam confundir-se e sob este ponto de vista não ha absolutamente homogeneidade, como o reconhece o proprio Cogliolo. Vide Filosofia del diritto, pag. 212 e Saggi di evoluzione, pag. 93. Como o criterio juridico para differencar os direitos reaes dos obrigacionaes é fornecido pelo estudo das noções mais geraes, e, por conseguinte, mais abstractas do direito, propõe Planiol um modo pratico de se estar sempre em terreno solido: "La famille des *droits réels* a pour principal représentant le droit de PROPRIÉTÉ; les *droits de créance* ont pour type l'obligation qui résulte d'un PRÊT D'ARGENT: être propriétaire d'une maison, être créancier de 500 francs qu'on a prêtés. voilà des notions élémentaires que tout le monde possède, même sans études juridiques."

(18) O trabalho logico e tecnico dos juristas romanos, diz ainda Cogliolo, foi, por este aspecto, insuperavel, e chegou a uma maravilhosa precisáo de conceitos juridicos. (Filosofia del diritto, pag. 212).

(19) A expressáo *direitos pessoaes* é ahi evidentemente empregada no sentido especial de direitos das obrigações.

(20) Não obstante o reconhecimento por parte dos compiladores



ter consagrado a inovação de se transmittir a propriedade pelo simples contracto, independentemente da tradição, comprehendeu as obrigações entre os modos de aquisição da propriedade. A este respeito pronuncia-se G. Giorgi do modo seguinte: «Os compiladores do Codigo Napoleão disseram nos arts. 711 e 1138 que a propriedade se adquire por effeito de obrigação: desnaturando assim o direito de obrigação e quasi reduzindo-o a não ser mais nada além de um modo de adquirir e transmittir a propriedade. Mas o vicio, que se nota no titulo e na disposição do terceiro livro do Cod. Francês, foi logo assignalado pela doutrina e reprovado nas academias.» (21)

Os pontos de distincção entre os dois grupos de di-

do codigo francês de que no direito romano se encontram as bases dos direitos civis, neste ponto essencial afastaram-se injustificadamente do classico modelo. «C'est là (no Digesto); dizia Bigot Prémeneau, que sont les développements de la science du juste et de l'injuste; c'est là que doivent s'instruire ceux qui voudront y faire quelques progrès, et en général tous ceux qui seront chargés de la défense des lois consignées dans le Code français.»

(21) Os compiladores do Codigo Civil Italiano bem comprehendem a confusão erronea sancionada por seu modelo; não tiveram, porém, a independencia precisa para evital-a de todo. O remedio proposto e adoptado foi insufficiente. Com effeito, o terceiro livro do Codigo Napoleão se inscreve: «Des différentes manières dont on acquiert la propriété»; o Codigo Civil italiano tem o seu «Libro Terzo» intitulado — *Dei modi di acquistare e di trasmettere la proprietà e gli altri diritti sulle cose*» e ahí também são prescriptas as regras das obrigações. Da mesma forma que o Codigo Napoleão, o italiano aboliu o principio romano — *traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur*. Os outros Codigos modernos têm, em geral, evitado cuidadosamente o erro do francês e restabelecido a distincção classica.



reitos, que constituem os bens patrimoniaes, podem resumir-se nos seguintes:

1.º Os direitos reaes consistem em relações directas entre uma pessoa e uma coisa; os direitos das obrigações se apresentam sob a forma de relações entre uma pessoa e outra pessoa. (22)

(22) G. Giorgi — *Obbligazioni*, vol. 1.º, pag. 3; Baudry-Lacantinerie et Chaveau — loc. cit. Pensam alguns auctores, entre os quaes Planiol, que o direito real é uma relação juridica estabelecida entre *uma pessoa*, como *sujeito activo e todas as outras*, como *sujeitos passivos*. Diz Planiol: «Le droit réel doit être conçu sous la forme d'un rapport obligatoire, dans lequel le sujet actif est *simple* et représenté par une seule personne, tandis que le sujet passif est *illimité en nombre* et comprend toute personne qui entre en relation avec le sujet actif. C'est le rôle effacé imposé à ces dernières, qui empêche de apercevoir et de se rendre compte de la nature du rapport qu'elles contribuent à former. Comme on ne leur demande qu'une abstention, qui est l'état normal, elles disparaissent, et on ne voit plus que le titulaire du droit en possession de la chose qui lui est attribuée. De là l'idée vulgaire du *rappor direct* d'une personne avec une chose idée superficielle, fausse comme conception juridique. Au fond, les personnes tenues de s'abstenir au profit du titulaire du droit réel n'existent pas moins; et *c'est par là seulement que le propriétaire diffère du voleur*, qui est tout autant que lui en rapport direct avec la chose: personne n'est tenu de respecter la possession du voleur: tout le monde est tenu de respecter celle du propriétaire.» Não procede a argumentação do notavel jurisconsulto francês. Nos direitos reaes não existem sujeitos passivos, ha um poder do titular sobre uma coisa; quando se oppõe qualquer obstaculo ao desenvolvimento deste poder, a garantia do titular consiste em fazel-o cessar, para que sua vontade se exerça livremente, pouco importa a pessoa que porventura o cause; mas si esta pessoa, eom seu procedimento, causa prejuizo ou-damnifica a coisa que constitue objecto do direito real, não se torna, por isso, sujeito passivo deste direito, mas de um direito de obrigação, produzido pelo delicto ou quasi delicto. *O proprietario não differe do ladrão*, porque todos são obrigados a respeitar a posse d'aquelle e não a deste. A differença está no seguinte: o primeiro tem um titulo de dominio, o se-



2.º Os direitos reaes subsistem plenos e perfeitos sem necessidade de outras pessoas diversas do titular; as obrigações não podem existir sem uma pessoa determinada, contra quem se dirige o *poder juridico* do sujeito. (23)

3.º O objecto do direito real é sempre uma *coisa*, considerada como util em si; o objecto do direito de obrigação é o *facto* de uma pessoa determinada, facto que pode consistir em *dar* alguma coisa, mas que tambem pode ser uma acção ou uma omissão. (24)

4.º Uma vez que os direitos reaes recaem sobre uma coisa, a actividade do proprietario desenvolve-se sobre esta coisa e a sua acção (o elemento-garantia de seu direito) se dirige, em principio, contra todos aquelles que tenham adquirido ulteriormente, de modo injuridico, qualquer poder

gundo não o tem; aquelle é garantido pela ordem juridica que lhe confere acção para que sua vontade se exerça livremente sobre uma coisa; este, ao contrario, está sujeito a uma repressão legal porque sua actividade se desenvolveu com offensa á ordem juridica. O que Planiol apresenta como causa é simples effeito.

(23) G. Giorgi—loc. cit.; Baudry-Lacantinerie et Chaveau—loc. cit.

(24) G. Giorgi—loc. cit.; Baudry-Lacantinerie et Chaveau—loc. cit. Dizem estes ultimos: "Le droit réel suppose necessairement une chose déterminée. Comment un droit *dans la chose, jus in re*, pourrait — il exister sur une chose indéterminée? Au contraire le droit personnel peut s'appliquer à une chose indéterminée. Ainsi je vous vends 20 hectares de terre à prendre dans mon domaine de N. qui'en contient 500; vous ne deviendrez propriétaire que lorsque le terrain qui doit vous être livré en execution de la vente aura été désigné d'un commun accord. Jusque là vous n'aurez contre moi qu'un droit personnel, *jus ad rem* à l'effet de me forcer à exccuter mon obligation. Pour pouvoir s'affirmer propriétaire, il faut nécessairement pouvoir dire: Voilà cc qui est à moi, *aito hanc rem esse meam*; or cela est impossible s'il s'agit d'une chose indéterminée."



sobre ella; os direitos das obrigações relativos como são, diminuem ou restringem unicamente a liberdade do devedor, contra quem é dada ao credor uma acção pessoal, para que seja satisfeita a prestação devida. (25)

5.º O direito real se extingue sempre que perece a coisa que constitue seu objecto; a obrigação, ao contrario, ainda quando tenha por objecto uma prestação que consiste em dar uma coisa, pode subsistir, apesar de ter esta perecido, transformando-se a divida em indemnisação. (26)

§ 2.º *Da classificação dos bens: a) considerados em sua propria natureza; b) em sua composição e em relação uns aos outros; c) em relação ao sujeito.*

A) *Dos bens considerados em si mesmos.* Considerados em sua propria natureza, os bens se dividem em:

- 1.º corporeos e incorporeos;
- 2.º moveis e immoveis;
- 3.º fungiveis e não fungiveis;
- 4.º consumiveis e não consumiveis;
- 5.º divisiveis e indivisiveis;
- 6.º presentes e fututos.

1.º *Bens corporeos e bens incorporeos.* Conforme ficou accentuado, o patrimonio compõe-se de direitos que têm por objecto bens materiaes ou corporeos e bens intellectuaes ou incorporeos.

(25) Giorgio Giorgi — Teoria delle Obliligazioni cit., vol. 1.º, pags. 3-4, 4.ª ed. 1903.

(26) G. Giorgi, loc. cit.



Os bens da primeira categoria, também chamados *coisas*, em sentido restricto (*res*), são objectos que existem na natureza, e cuja realidade concreta se manifesta de qualquer modo, ainda quando não caiam sob o dominio directo dos sentidos (coino, por ex., a electricidade); os outros (ea quæ in jure consistunt) são productos da ordem juridica, não têm existencia material, mas o direito os reconhece como objectos necessarios de relações juridicas. (1)

Esta distincção, observam Chironi e Abello, (2) serviu originariamente para separar a propriedade — dos direitos que sobre ella recaem. Os Romanos, com effeito, applicaram-na aos bens, não considerados como objecto das relações juridicas e sim como partes constitutivas do patrimonio, baseando-se no «erro logico» de identificar o direito de propriedade com a coisa que constitue o seu objecto. (3) Mas, como pondera Venzi, (4) «em um systema juridico rigoroso, só os direitos, entre os quaes o de propriedade, são partes componentes do patrimonio».

No direito moderno a distincção é rigorosamente scientifica em outro sentido: são INCORPÓREOS os bens que, constituindo verdadeiros e proprios objectos de direito, não têm uma existencia material, tangivel, corporea; a expressão —

(1) *Vide* Chironi e Abello — Trattato cit., pag. 309.

(2) Trattato cit., pags. 309-310.

(3) *Vide* Venzi — Notas a Pacifici-Mazzoni, vol. 2.º, pag. 296. Dizem Fadda e Bensa — (Notas a Windscheid, vol. 2.º, pag. 659): «Certamente não se pode pôr em duvida, que, não só na terminologia usual ou vulgar, mas até nas formulas, os Romanos tenham identificado o direito de propriedade com o seu objecto; mas é certo também que repetidas vezes as fontes separam nitidamente os dois termos.»

(4) Loc. cit.



quæ in jure consistunt é entendida como applicavel aos bens que procedem, ou melhor, que são reconhecidos por abstracção logico-juridica, bens que o direito, por conveniencia de seus fins, reconhece como existentes, mas que não têm consistencia material; (5) por outro lado, SÃO CORPOREOS, não sómente os bens que constituem objecto do direito de propriedade, como tambem os objectos dos outros direitos reaes, (6) pois são sempre coisas (*stricto sensu*), isto é, têm existencia material. (7)

2.º *Bens moveis e bens immoveis.* Esta distincção, que tem por criterio a possibilidade ou impossibilidade de serem retirados os bens do logar que occupam, sem prejuizo á sua integridade economica, apresenta grande interesse, quer sob o ponto de vista theorico, quer tomando-se em consideração

(5) Como affirmam Fadda e Bensa (loc. cit.), "é indiscutivel que o direito moderno conhece coisas incorporeas como objectos de direito e é extranha a critica de Leonhard (Centralblatt für Rechtswissenschaft, VI 98) contra esta terminologia, a qual, ao seu vêr, perturbaria a interpretação das fontes, pela possivel confusão com o conceito de coisa incorporea, no sentido de direito. As fontes entendem tambem a *res corporalis* no sentido de objecto de direitos; além disso, qualquer que fôsse a terminologia das fontes, não haveria obstaculo serio a que, uma vez admittido que o direito actual reconhece a possibilidade de relações juridicas sobre coisas incorporeas, a distincção das coisas, sob este ponto de vista, se impuzesse, uma vez que corresponde á realidade das coisas."

(6) Referindo-se ao Codigo Civil Italiano, dizem Fadda e Bensa: "Che il nostro codice riconosca le distinzioni fra beni corporali ed incorporali nel senso di oggetti di diritto è incontestabile."

(7) É muito discutida a conveniencia de se conservar esta classificacção: Rein considera-a illogica, Keller qualifica-a de falsa e impropria; outros, ao contrario, julgam-na logica em sua formula actual e de utilidade pratica. Vide a respeito Fadda e Bensa — Notas a Windscheid — II, pags. 658 e seqs.

as necessidades da pratica, porquanto corresponde ao conceito tradicional e aos principios dos varios direitos positivos modernos a maior importancia attribuida aos immoveis.

Estabelecido o principio fundamental — que os bens são, por sua natureza, moveis ou immoveis, não podendo pertencer, ao mesmo tempo, a ambas as categorias, — a distincção se estendeu até aos bens incorporeos, que, considerados em si mesmos, não poderiam ser nem moveis, nem immoveis. (8)

São BENS MOVEIS os que, sem deterioração na substancia ou na forma, podem transportar-se de um logar para outro, (9) quer sejam susceptiveis de movimento proprio (*res sese moventes*), quer mudem de logar só por effeito de força extranha (*mobiles in specie*). (10)

(8) Vide Chironi e Abello — Trattato, pag. 313. Escrevem estes auctores: "Grave assai è l'importanza di tal distinzione: e grave per più modi di considerarla. Già le ricerche intorno l'origine e la formazione della proprietà individuale verrebbero mostrare che questo potere, ond'ebbe origine e spinta una nuova economia umana e con essa l'inizio del viver civile, trasse l'esser suo dall'individualità caratterizzante il godimento degli animali assoggettati a sè dall'uomo: il sentimento del dominio individuale s'apri, dunque, in principio rispetto alle cose mobili e s'estese poi agli immobili, pel necessario sviluppo inerente alla entità psichica sua ed al bisogno economico che suscitava, contraddicenti alla forma del dominio collettivo. Nella storia del diritto la distinzione é rilevantissima per due aspetti: pel maggior valore che venne sempre attribuito agli immobili in confronto ai mobili, e perchè, d'altra parte, il modo d'intenderlo mostra che il considerar la cosa come un *bene* si fece pur dipendere, più che dalla sola natura di essa, dall'ufficio suo economico."

(9) É quasi *ipsis verbis* a definição que se encontra em Carlos de Carvalho — Consolidação cit., art. 179.

(10) Vide Chironi e Abello — loc. cit., Define o Código Civil:



Em sentido restricto e para o fim de estabelecer privilegio e preferencia, a palavra *moveis* se applica á *mobilia*, aos *trastes*, *alfaias*, ou objectos destinados ao uso e ornato das casas, taes como espelhos, paineis, estatuas. (11) Mas, em sentido amplo, não se limita aos que, por natureza, têm em si o caracter de *mobilidade*, no sentido de idoneidade a mudar em relação ao espaço; (12) abrange egualmente os bens a que tal qualidade é attribuida por disposição de lei. É assim que, além dos moveis propriamente ditos e dos semoventes, pertencem a esta classe:

a) os direitos reaes sobre bens moveis e as acções correspondentes; (13)

b) os direitos de obrigação e as acções respectivas; (14)

c) os direitos de auctor. (15)

Costumam, por isso, dizer os auctores que os bens moveis se dividem em:

a) moveis por natureza (moveis propriamente ditos e semoventes);

«São moveis os bens susceptíveis de movimento proprio, ou de remoção por força alheia» (art. 47).

(11) Vide C. de Carvalho — op. cit., art. 181; Ribas — Curso, pags. 228-229.

(12) Chironi e Abello — loc. cit.

(13) Cod. Civ., art. 48, I. Vide Ribas — loc. cit.; Chironi e Abello, op. cit., pag. 318; Planiol, op. cit., pag. 715; Baudry-Lacantinerie et Chaveau — op. cit., pag. 105.

(14) Cod. Civ., art. 48, II. Chironi e Abello — loc. cit.; Baudry-Lacantinerie — loc. cit.; C. de Carvalho — op. cit., art. 176.

(15) Cod. Civ. art. 48, III. Planiol — op. cit., pag. 716; Baudry-Lacantinerie et Chaveau — op. cit., pags. 129 e segs.; C. de Carvalho — op. cit., art. 175, a).



b) moveis por disposição de lei. (16)

A estas duas classes deve-se acrescentar uma outra, que comprehende: 1.º aquelles bens que, sendo immoveis presentemente, são destinados a se tornar moveis, e, assim, por

(16) Dispõe o Código Civil Francês: «Art. 527. Les biens sont meubles par leur nature ou par la détermination de la loi;» disposição essa que foi repetida pelo art. 416 do Código Civil Italiano: «I beni sono mobili per loro natura o per determinazione della legge.» Entretanto, escriptores recentes, tanto na França, como na Italia, julgam essa distincção insufficiente ou incorrecta. Diz a respeito Planiol: «Cet article (527) prête à la critique sur deux points. Tout d'abord la qualification donnée à la seconde classe de meubles est mal choisie; elle pourrait faire croire qu'il sagit de meubles *arbitrairement classés comme tels* par le Code, alors que ce sont des droits reconnus mobiliers à raison de leur objet. Il eût donc bien mieux valu employer une expression semblable à celle de l'art. 517, et parler de meubles «*par l'objet auquel ils s'appliquent.*» En outre, on verra qu'il existe en droit français une troisième classe de meubles, qui comprend des choses immobilières, que l'on traite comme meubles par *anticipation*, parce qu'elles sont destinées à le devenir prochainement.» Escrevem Baudry-Lacantinerie et Chaveau: «La loi désigne les immeubles incorporels sous le nom d'immeubles *par l'objet auquel ils s'appliquent*, tandis qu'elle désigne les meubles incorporels sous le nom de meubles *par la détermination de la loi*. Or, on se demande, sans en trouver de raison plausible, pourquoi le législateur emploie de formules différentes pour exprimer des idées identiques, ce qui ne peut que jeter de la confusion dans l'esprit. Puisqu'on avait choisi l'expression *d'immeubles par l'objet auquel ils s'appliquent* pour désigner les immeubles incorporels, il aurait fallu désigner parallèlement les meubles incorporels sous le nom de *meubles par l'objet auquel ils s'appliquent*. Ces expressions ont d'ailleurs l'avantage d'indiquer la raison d'être du classement des droits, soit dans la catégorie des meubles, soit dans celle des immeubles: elles contiennent en quelque sorte une définition de la chose qu'elles désignent; tandis que les expressions *immeubles ou meubles par la détermination de la loi* peuvent laisser croire que les droits sont rangés, soit dans la catégorie des meubles, soit dans celle des immeubles, en vertu d'une détermination arbitraire du législateur. Vide nota (22) *in fine*.



antecipação, a lei permite que, para certos fins especiaes, sejam considerados moveis desde logo, tendo-se em vista o seu estado futuro; (17) 2.º os que, sendo habitualmente considerados immoveis por destino ou por acto humano, podem todavia, em certos casos, ser tratados como os moveis. (18)

Pertencem a este grupo para o fim especial de serem dados em penhor (agricola):

1.º os fructos pendentes pelas raizes ou pelos ramos e a colheita futura; (19)

2.º os animaes de qualquer especie e outros objectos ligados ao serviço de uma situação rural e quaesquer accessorios da cultura, não comprehendidos em hypotheca convencional, ou separados della, depois de comprehendidos, com assentimento do credor hypothecario. (20)

O Codigo Civil contem ainda a seguinte disposição:

Art. 49. Os materiaes destinados a alguma construcção, enquanto não fôrem empregados, conservam a sua qualidade

(17) Dizem Chironi e Abello (loc. cit.): «Maggior gravità ha l'altra concernente a quelle cose che, immobili presentemente, son destinate a divenir *mobili* secondo la lor *natura*, o secondo *volontà* delle persone che, nella nuova forma che avranno, ne facciono oggetto di negozio giuridico: non lo stato presente, ma lo stato futuro determina, fissa cosi la natura della cosa.»

(18) C. de Carvalho — art. 180.

(19) C. de Carvalho — art. cit., letras *b*) e *c*); Chironi e Abello — loc. cit. A venda de uma colheita pendente não é venda de bens immoveis, como diz Ribas, considera-se antecipadamente a colheita separada. O Codigo Civil declara expressamente que o penhor agricola que recáe sobre immoveis é considerado immovel para os effeitos legais. Vide nota (30) *in fine*.

(20) C. de Carvalho — art. 180, letras *a*) e *d*).



de moveis, readquirindo essa qualidade os provenientes da demolição de algum predio.

São IMMOVEIS os bens que têm uma *situação fixa*. (21)

Os bens são immoveis:

- 1.º por natureza e por accessão natural ou originaria;
- 2.º por accessão physica artificial;
- 3.º por accessão intellectual (por destino);
- 4.º por character representativo e por disposição de lei. (22)

(21) Planiol — op. cit., pag. 693.

(22) Pelo Codigo Civil Francês e pelo Italiano, os bens immoveis se dividem em tres classes, conforme o são por natureza, por destino ou pelo objecto a que se applicam. A estas tres classes, dizem Baudry-Lacantinerie et Chaveau, deve-se acrescentar uma quarta — os immoveis por determinação da lei. Planiol, a seu turno, entende que a quarta classe deve comprehender os immoveis por declaração. Teixeira de Freitas, seguidó pelo Codigo Argentino, distingue tres grupos de immoveis: por natureza, por accessão e por character representativo. C. Bevilacqua, que no Projecto accitou um systema composto de elementos do francês e do de T. de Freitas, não apresenta uma classificação completa, quando assim enumera os grupos: 1.º Immoveis por natureza e por accessão natural; 2.º Immoveis por accessão physica artificial; 3.º Immoveis por accessão intellectual. Onde incluir os immoveis de que se occupa o seu Projecto, no art. 61 e seus tres numeros, isto é, aquelles que são considerados immoveis para os effeitos legaes? Nem mesmo no terceiro grupo são cabiveis, pois, além da denominação ser inteiramente inadapavel a taes objectos, é o proprio escriptor quem reconhece que elle só comprehende os immoveis por destino, segundo a terminologia do Direito francês. (Vide observações para esclarecimento do Cod. Civ. Bras., pag. 24): Acceitou-se aqui a terminologia do eminente civilista, acrescentando-se, porém, uma quarta classe — a dos immoveis por character representativo e por determinação ou disposição de lei; nella se incluem os immoveis pelo objecto a que se applicam do Cod. Francês e os por determinação de lei ou por declaração. Ao contrario do que pensam Baudry-Lacantinerie et Chaveau e Planiol, (vide nota 16), si não julgamos preferivel a denominação

Pertencem á primeira classe — o solo, com os seus accessorios e adjacencias naturaes, comprehendendo a superficie, as arvores e fructos pendentes, o espaço aereo e o subsolo. (23)

Cumprе notar que as arvores separadas do solo continuam a ser tidas por immoveis, *si destinadas á replantação*. (24)

que o Cod. Francês attribue aos moveis incorporeos, entendemos que a expressão — moveis ou immoveis pelo objecto a que se applicam, de referencia aos *bens* que são objectos de direito, pode levar a confundir o objecto incorporeo de um direito com a coisa sobre que aquelle recáe. É mais accetavel a expressão empregada por Teixeira de Freitas; reservando-se a denominação de immoveis por disposição de lei para aquelles objectos que, não apresentando caracter de immobilidade, nem mesmo a titulo representativo, são, em todo caso, por motivos especiaes de conveniencia publica, considerados immoveis pelo direito objectivo.

(23) São os termos em que apresenta os immoveis desta classe a emenda do Cons. Ruy Barbosa ao art. 46, I do Projecto Bevilaqua, que passou a constituir o art. 43, I do Codigo Civil. O direito do proprietario do terreno ao subsolo e ao espaço aereo é reconhecido pelo Codigo Civil Alemão até á altura ou á profundidade em que possa existir para elle algum interesse: Art. 905 — “Das Recht des Eigenthümers eines Grundstückes erstreckt sich auf den Raum über der Oberfläche und auf den Erdkörper unter der Oberfläche. Der Eigenthümer kann jedoch Einwirkungen nicht verbieten, die in solche Höhe oder Tiefe vorgenommen werden, dass er an der Ausschliessung kein Interesse hat.” Commenta Planck: Não é preciso que o interesse do proprietario seja rigorosamente um interesse patrimonial. Eis as suas palavras: Das Interesse des Eigenthümers braucht nicht gerade ein Vermögensinteresse zu sein, jedes nur irgendwie des Schutzes würdige Interesse, auch ein Affectktionsinteresse, sofern es nur in wahrnehmbarer Weise zu Tage tritt, genügt.” (Bürgerliches Gesetzbuch erläutert von Dr. Plank).

(24) Ribas — Curso, vol. 2.º, pag. 212. Deixam de ser immoveis por accessão natural, mas o são ainda por destino, por accessão intellectual. Deve-se tambem observar que, para serem considerados immo-



Na segunda classe se comprehende— 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, fratura ou damno. (25)

Não pertencem a esta categoria, e, assim, não são reputados immoveis os edificios e construcções apenas collocados sobre o solo, sem alicerces e em character provisorio, taes como os kiosques, pavilhões e barracas, em periodos de feiras e de festas. (26)

É immovel por accessão intellectual ou por destino— tudo quanto o proprietario mantiver intencionalmente empregado em exploração industrial, aformoseamento ou com-

veis os vegetaes de qualquer especie, devem brotar no proprio solo e não em vasos. Vide Planiol— op. cit., pag. 699. Sobre a possibilidade de serem considerados moveis os fructos pendentes, vide pag. 396 e nota (19).

(25) Emenda de Ruy Barbosa ao art. 46, II, do Projecto Bevilacqua. Exactamente nesses termos ficou redigido o art. 43, II, do Codigo Civil. No direito francês e no italiano os edificios e construcções são incluidos entre os immoveis por natureza. "*Les fonds de terre et les bâtimens sont immeubles par leur nature,*" diz o art. 518 do Cod. Civ. Francês, seguido pelo Italiano— art. 408. "Sono immobili per loro natura i terreni, le fabbriche, i mulini ed altri edifizi fissi su pilastre o formanti parte de una fabbrica." Entre nós os codificadores Felício dos Santos e Coelho Rodrigues, que adoptaram a terminologia francêsa, não incorreram no mesmo "erro logico." Escreve a respeito C. Bevilacqua (Ob. cit., pag. 24): "Diga-se, porém, em elogio dos auctores brasileiros, que não commetteram o erro de classificar entre os immoveis por natureza— as fabricas, os moinhos e outros edificios fixados sobre pilstras, como inadvertidamente fizeram os citados codigos."

(26) Vide Ribas— op. cit., pag. 214; Chironi e Abello— Trattato cit., pag. 323.

modidade dos immoveis das duas classes anteriores. (27)

Pertencem, portanto, a este grupo os instrumentos de agricultura, utensilios e machinismos de fabricas, os animaes pertencentes aos estabelecimentos agricolas e industriaes, emquanto, ao serviço delles, não puderem ser separados sem interrupção dos respectivos trabalhos. (28)

Constituem a quarta classe:

a) o usufructo dos bens immoveis; (29)

b) as servidões, (30) o uso, a habitação, as relações oriundas da emphyteuse, a hypotheca; (31)

c) os direitos de credito referentes á coisa immovel; (32)

(27) É, salvo o accrescimo das ultimas palavras, a redacção de Ruy Barbosa, art. 46, III do projecto no Senado, que passou a ser o art. 43, III do Codigo Civil.

(28) Vide Carlos de Carvalho—Consolidação, art. 177, § 2.º, letra b). Vide tambem pag. 396 e nota (20). Comp. a enumeração que, para o direito italiano, se encontra no excellente "Trattato" de Chironi e Abello, pags. 327-330. Sobre os motivos que justificam esta immobilisação, escreve Planiol: Pourquoi considère-t-on comme immeubles des objets qui, dans la réalité, sont mobiliers? Il y en a une *raison pratique*: on a voulu éviter que les objets mobiliers, qui sont les accessoires obligés d'un fonds, n'en soient *separés*, contrairement à la volonté du propriétaire et *au détriment de l'utilité générale*. Il importe que ces accessoires suivent le fonds, pour que celui-ci puisse rendre tous les services dont il est susceptible.

(29) Ribas—loc. cit.; C. de Carvalho—art. 177, § 3.º a). Conf. Chironi e Abello—op. cit., pag. 332; Baudry-Lacantinerie et Chaveau—op. cit., pag. 709.

(30) C. de Carvalho e Ribas referem-se unicamente ao usufructo e ás servidões, não aos outros direitos reaes sobre a coisa alheia. O Codigo Civil (art. 4) considera "immoveis para os effeitos legaes: I. Os direitos reaes sobre immoveis, inclusive o *penhor agricola*."

(31) Conf. Chironi e Abello—loc. cit.; Planiol—loc. cit.

(32) Conf. Chironi e Abello—loc. cit.; Planiol—loc. cit.

d) as acções destinadas a recuperar immoveis e as que nascem de um direito real immobiliario. (33)

Por disposição de lei são ainda immoveis para fins especiaes:

a) as embarcações para os fins do art. 478 do Codigo Commercial; (34)

b) as apolices nominativas da divida publica federal pertencentes a menores; (35)

c) as apolices da divida publica oneradas com a clausula de inalienabilidade; (36)

d) a indemnisação que no caso de sinistro fôr devida pelo segurador ao segurado, não sendo applicada á reparação do immovel hypothecado; (37)

e) a indemnisação por effeito da desapropriação, por necessidade ou utilidade publica, de immovel hypothecado; (38)

f) a indemnisação, pela qual fôr um terceiro respon-

(33) Fallam Ribas e Carlos de Carvalho sómente nas acções que tendem a reivindicar um immovel. Porque não — a confessoria e a negatoria, a hypothecaria, a de revogação de doações de immoveis, todas aquellas, emfim, que se originam de um direito real sobre coisas immoveis? Comp. as enumerações que se encontram nas obras de Chironi e Abello e Planiol. O Codigo Civil refere-se a todas as acções reaes sobre immoveis (art. 44, I, *in fine*).

(34) Ribas — loc. cit.; C. de Carvalho — loc. cit.; Cod. Com., art. 478.

(35) C. de Carvalho — Consolidação cit., art. 177, § 4.º, letra b), de referencia ao D. n. 937 de 1885.

(36) Cod. Civ., art. 44, II.

(37) C. de Carvalho — loc. cit., letra d), de referencia aos Decs. n. 169 A de 1890, art. 2.º, § 3.º e n. 370 do mesmo anno, art. 137, § 5.º

(38) C. de Carvalho — loc. cit., letra e), da referencia aos Decs. cits.



savel, em razão de perda ou deterioração de immovel hypothecado; (39)

g) o preço da arrematação solemne, em praça publica, de immovel hypothecado; (40)

h) o direito á successão aberta. (40-a)

Os immoveis por natureza e por accessão physica artificial denominam-se predios, e são rusticos, ou urbanos, (41) conforme a circumscripção territorial em que se acham situados. Os predios são tambem considerados allodiaes (livres), ou emphyteuticos, segundo sobre elles recáe o dominio pleno, ou o dominio directo de uma pessoa e o util de outra. (42)

Os bens immoveis por accessão intellectual ou por destino do proprietario podem ser, em qualquer tempo, mobilizados (Cod. Civ., art. 45). Não perdem o caracter de

(39) A. e op. cit.

(40) A. e op. cit.

(40-a) Cod. Civ., art. 44, III.

(41) C. de Carvalho — Consolidação cit., art. 178; Ribas — op. cit., pag. 224. São predios rusticos, quando situados fóra dos limites das cidades, villas e povoações: a) os terrenos destinados á agricultura, estejam ou não cultivados; b) as casas em que moram continuamente os fazendeiros e agricultores; os paiões, celleiros, armazens, curraes, sadegas, cavallariças; os engenhos, fabricas e quaesquer officinas; os moinhos de agua e de vento que não forem portateis; os ranchos, telheiros, aqueductos; os canaes, portos, estradas de ferro e quaesquer outros edifícios de qualquer denominação, forma e construção, quando forem immoveis; b) as datas de terras e aguas mineiras, estejam ou não aproveitadas e em uso. São urbanos todos aquellos que, estando comprehendidos nos limites das cidades, villas e povoações, segundo as demarcações administrativas: a) servem para habitação, commodidade e recreio; b) constituem chacaras, quintaes e jardins.

(42) Vide Ribas — loc. cit.; C. de Carvalho — loc. cit.

immoveis os materiaes provisoriamente separados de um predio, para nelle mesmo se reempregarem (Cod. Civ., art. 46).

3.º *Bens fungiveis e bens não fungiveis.*

BENS FUNGIVEIS são aquelles que podem substituir-se uns aos outros nos pagamentos (*quæ functionem in genere suo recipiunt per solutionem*) ou mais geralmente: *res quarum una vice alterius fungitur*, que, portanto, têm entre si uma relação de equivalencia. (43) Como esta qualidade pode ser attribuida ás coisas que se determinam por numero, peso e medida, (44) o Codigo Civil Allemão define-as, tomando em consideração este seu character, (45)

(43) Chironi e Abello — loc. cit.; Planiol — loc. cit. Pondera muito bem este ultimo escriptor: "La fongibilité est donc un rapport d'équivalence entre deux choses, en vertu duquel l'une peut remplir la même fonction liberatoire de l'autre. A la difference de la consomptibilité, la fongibilité s'apprécie toujours par voie de comparaison entre deux choses."

(44) Assim a distincção só é applicavel aos *bens corporeos moveis*, todavia entendem alguns auctores que em casos excepcionalissimos podem ser considerados fungiveis os immoveis; vide, por ex., Bensa — Ist. pag. 116. Quanto ao direito patrio admittem essa possibilidade — Ribas e C. de Carvalho. Este ultimo refere-se aos edificios construidos em solo alheio e aos vendidos para serem desmanchados (Consol., art. 188, § 3.º, in fine). O Projecto Bevilaqua, acompanhando o allemão, declarou expressamente que só aos moveis se applica a divisão; vide nota (46).

(45) É a seguinte a definição do Codigo Civil da Allemanha:

"Art. 91 — *Vertretbare Sachen im Sinne des Gesetzes sind bewegliche Sachen, der im Verkehre nach Zahl, Mass oder Gewicht bestimmt zu werden pflegen*", isto é, coisas fungiveis, no sentido da lei, são *coisas moveis*, que, na pratica, costumam ser determinadas por numero, peso e medida.



sendo neste ponto seguido em parte pelo Projecto Bevilaqua. (46)

BENS NÃO FUNGIVEIS são os que não podem ser substituídos por outros da mesma especie e qualidade, porquanto se apresentam como corpos certos e determinados (47) e assim não se tornam susceptíveis de uma apreciação por peso, numero e medida. (48)

O Codigo Civil define: Art. 50. São fungiveis os moveis que podem, e não fungiveis os que não podem, substituir-se por outros da mesma especie, qualidade e quantidade.

(46) Projecto Bevilaqua, art. 67: "São fungiveis os *bens moveis* que podem ser substituídos por outros da mesma *especie, qualidade e quantidade.*"

(47) Diz Brugi (Ist. di Dir. Civ., 2.^a ed., 1907, pag. 138): "Secondo la funzione economica delle cose, esse hanno un'individualità determinata e insurrogabile (un quadro del Michetti, un manoscritto con figure di un famoso miniatore, ecc.) ovvero possono essere surrogate da ogni altera dello stesso genere o della stessa specie, che qui si prende per genere. In questo caso la cosa si può dire indeterminata; onde la possibilità di usare, riguardo ad essa, il criterio della scelta e quello della restituzione nella stessa quantità e qualità, nella medesima specie e qualità."

(48) Sobre esta distincção, diz Dernburg — Pandette, pag. 217: "Alguns bens servem ás necessidades geraes do homem pelas qualidades de seu genero e de sua especie, sem que em nada importem seus caracteres particulares eventuaes. Por isso tambem o commercio, em regra, considera só o seu genero, especie e numero. Chamam-se coisas fungiveis ou representaveis, porque no commercio são igualmente consideradas e podem ser representadas; e quantidades ou coisas quantitativas, porque só se toma em consideração o seu numero, não a sua individualidade. Constituem o contraposto das coisas fungiveis as coisas individuaes *species*, nas quaes, em regra, se dá importancia ao individuo particular."



O caracter de fungibilidade das coisas não deriva propriamente de sua natureza intima e sim da estimação económica, das operações de commercio e muitas vezes da vontade individual. (49)

4.º *Bens consumiveis e bens não consumiveis*: Segundo as vantagens que offerecem, considerados em seu valor de uso, os bens se dividem em CONSUMIVEIS e NÃO CONSUMIVEIS; aos primeiros unem-se por affinidade os facilmente deterioraveis, diz Brugi. (50)

São CONSUMIVEIS (51) as coisas que se podem em-

(49) Vide Chironi e Abello — loc. cit. Baudry-Lacantinerie et Chauveau pensam que é sempre a intenção das partes, que faz a fungibilidade ou a não fungibilidade; de sorte que “uma mesma coisa pode, segundo as circumstancias, isto é, segundo a vontade das partes, ser, ora fungivel, ora não fungivel.” Mais exacto é Regelsberger quando affirma: “Die Vertretbarkeit ist keine natürliche (physikalische) Eigenschaft der Sachen. Sie beruht auf der Wertung und Behandlung der Sachen im Verkehr, sie ist eine wirtschaftliche Eigenschaft,” isto é — a fungibilidade não é uma propriedade natural (physica) das coisas. Ella se baseia sobre o valor e o tratamento das coisas no commercio, é uma propriedade economica. *Vide* Pandekten, pag. 379. Contra a opinião de Clovis — Commentario ao Codigo Civil, vol. 1.º, pag. 290, 1916, — pensa Spencer Vampré que essa divisão, accidental e relativa como é, se dispensára no Codigo. *Vide* Cod. Civ. bras. annotado, vol. 1.º, 1917, pag. 42.

(50) *Ist. cit.*, pag. 139.

(51) Dispõe o Cod. Civ. Allemão, art. 92: “Verbrauchbare Sachen, im Sinne des Gesetzes, sind bewegliche Sachen, deren bestimmungsmässiger Gebrauch in dem Verbrauch, oder Veräußerung besteht,” isto é, coisas consumiveis são as coisas moveis cujo uso regular consiste em destruição ou alienação. O Projecto Bevilaqua se inspirou no Codigo teutonico ao definir — “Art. 68 — São consumiveis os bens moveis que se extinguem pelo uso normal, seja porque o uso delles importa a destruição de sua substancia, seja porque são desti-



pregar no uso a que são destinadas sem que se gastem, quer naturalmente por meio de sua destruição material, quer juridicamente, sahindo do patrimonio da pessoa a quem pertencem. (52)

Os bens dizem-se NÃO CONSUMIVEIS, quando o seu uso é possível sem que a cada momento lhe corresponda uma destruição, ainda que parcial e insignificante, da coisa, e, em particular, si, para servirem ao uso que lhes é proprio, devem ser conservados. (53)

nados á alicnação.» Em phase posterior a redacção foi:— «Art. 54— Consumiveis são os moveis cujo uso lhes destróe para logo a substancia» (Emenda de Ruy Barbosa).

(52) Esta distincção, como a anterior, só se applica aos bens corporeos moveis. Escreve sobre o assumpto Planiol: «Tantôt la consommation est *matérielle*, c'est une *destruction*, comme pour les boissons et autres denrées; tantôt elle est *juridique*, c'est une aliénation, comme pour la monaie. Au fond c'est toujours un *acte de disposition*, c'est-à-dire, un acte tel que *celui qui l'a fait ne peut pas le renouveler*. Aussi dit-on que la chose est consommable par le premier usage.»

(53) Vide Chironi e Abello—loc. cit. Dizem estes civilistas: «Esta distincção não é identica á das coisas fungiveis e não fungiveis; ha, de certo, entre as duas categorias analogia relevante, porque as coisas consumiveis são ordinariamente fungivcis: entretanto, nem sempre são fungiveis as coisas consumiveis e não fungiveis as coisas não consumiveis.» Alguns auctores não evitam cuidadosamente a confusão, assim Coelho da Rocha, Carlos de Carvalho, Ribas e Carvalho de Mendonça—Doutrina e Prática das Obrigações, 1908, pag. 7; outros entendem que a distincção consiste em depender a fungibilidade da vontade das partes, ao passo que a consumibilidade é inherente á natureza das coisas. Não ha duvida que, si nem sempre a fungibilidade procede do arbitrio das partes, é, em todo caso, uma qualidade economica, implicando assim comparação com outros bens economicos e não uma propriedade natural da coisa, ao passo que a consumibilidade é, como diz Planiol, uma *qualidade de facto* de certas coisas, que as faz improprias para se tornarem objecto de um direito de gozo temporario, con-

Define o Código Civil: São consumiveis os bens moveis, cujo uso importa destruição immediata da propria substancia, sendo tambem considerados taes os destinados á alienação.

5.º *Bens divisiveis e bens indivisiveis.* São **DIVISIVEIS** os bens que são susceptiveis de uma divisão material (de facto) ou sómente intellectual (de direito). (54)

São **INDIVISIVEIS** aquelles para os quaes não existe uma tal possibilidade. (55) A divisibilidade é real, si cada uma das partes destacadas continúa a servir para o uso natural a que se destina, isto é, tem natureza identica á que tinha o todo no qual se comprehendia e, como tal, tem consistencia propria, determinada; é intellectual, quando o objecto não se pode dividir realmente, mas se concebe capaz de separação em partes ideaes ou quotas.

servando-se intactas. Esta qualidade se aprecia, considerando-se a coisa isoladamente, sem que haja necessidade de comparal-a com alguma outra do mesmo genero, ou mesmo de saber si existem outras semelhantes. Clovis e Spencer Vampre distinguem cuidadosamente a fungibilidade e a consumibilidade.

(54) C. de Carvalho, loc. cit., Ribas — loc. cit.; Chironi e Abello — Trattato cit.; Brugi — Ist., pag. 140; Bensa — Ist. cit., pag. 119.

(55) Chironi e Abello — loc. cit. Diz Unger — System., vol. 1.º, pags. 409-410: "Es ist für manche Rechtsverhältnisse von grosser Wichtigkeit und von praktischer Bedeutung ob eine Sache theilbar sei oder nicht. Die Teilbarkeit der Sachen im eigentlichen Sinne, der körperlichen Sachen ist eine zweifache: eine natürliche, reelle und eine juristische, intellectuelle," isto é, para muitas relações juridicas é da maior importancia e de conveniencia pratica saber si uma coisa é ou não divisivel. A divisibilidade das coisas em sentido proprio, isto é, dos bens corporcos é dupla; uma natural, real; a outra juridica, intellectual.



Como admiravelmente explica Gianturco, (56) sob o aspecto das sciencias naturaes todas as coisas (em sentido restricto) são divisíveis, mas sob o aspecto juridico só se considera real, physicamente divisível, a coisa que pode ser levada do estado de unidade ao de pluralidade, sem destruição da substancia (*sine interitu rei*) e sem consideravel diminuição de valor (*sine damno*). «Dividir (juridicamente) um *inteiro*, escreve o Professor italiano, não significa fazer delle tantas *partes* e sim *muitos inteiros* (*quod pro diviso nostrum sit id non partem, sed totum esse*): cada uma deve reproduzir em menores proporções a imagem do inteiro dividido. Os *immoveis* são em regra divisíveis: sendo terrenos, com a demarcação dos limites; sendo casas, com a construcção de uma parede. Os *moveis*, nos quaes a *forma* tem a principal importancia, e que, dividindo-se, perderiam grande parte do seu valor, são indivisíveis: são, ao envez, divisíveis os moveis nos quaes predomina a materia, como o metal bruto, o tecido, a madeira, etc.» (57)

As coisas (objectos corporeos), ainda que não sejam

(56) Ist. cit., pag. 94.

(57) A. e loc. cit. Exactamente no mesmo sentido se pronuncia Unger (loc. cit.): «Reell (natürlich) theilbar im juristischen Sinn sind also nur jene Sachen, welche ohne Zerstörung ihres Wesens und ohne beträchtliche Verminderung ihres Werthes, aus der Einheit in die Mehrheit zerlegt werden können.» As partes que deste modo se formam, accrescenta o civilista austriaco, devem ser semelhantes ao todo; ellas representam inteiros da mesma natureza; sómente as dimensões são menores (nur von beschränkterem Umfang). Em cada parte separada se manifesta a propriedade do todo. É por isso que não podem ser consideradas partes divididas de uma casa, as janellas, as portas, as paredes, etc.

physicamente divisíveis no sentido exposto, são susceptíveis de uma divisão jurídica, intellectual. (58)

Os bens incorpóreos, que não supportam divisão material, estão, em regra, igualmente sujeitos á divisão intellectual. Ha entretanto uma *indivisibilidade jurídica* e esta se manifesta sempre que, excepcionalmente, não se admite sobre um objecto a communhão de alguns individuos, tendo cada um delles uma parte ideal. Esta excepção deriva, em parte, de disposições particulares, em parte, de preceitos legais. (59) Emprega-se tambem a expressão *indivisibilidade jurídica* para indicar que uma coisa, em si mesma *realmente divisível*, se torna indivisível por uma determinação jurídica especial (disposição de lei ou vontade das partes). (60) O Codigo Civil tem sobre o assumpto as seguintes disposições:

Art. 52. — Cousas divisíveis são as que se podem par-

(58) Com effeito a divisão intellectual se verifica sempre que o direito sobre as coisas não divididas, ou indivisíveis materialmente, pertence a muitas pessoas, de sorte que a coisa se apresenta como distribuida em quotas ideaes (Vide Chironi e Abello — loc. cit.; Endemann Lehrbuch I, pag. 236, nota 5). Diz Unger: «A noção de divisibilidade intellectual de uma coisa suppõe antes de tudo a negação da divisibilidade real. Deve-se, portanto, dizer que a coisa não está realmente dividida, mas é considerada como si o estivesse (Es soll damit gesagt werden die Sache sei reell nicht getheilt, sie werde aber als getheilt gedacht).»

(59) Vide especialmente todo o excellente § 51 da obra de Unger. — O Projecto Bevilagua estabeleceu a distincção das coisas em divisíveis ou indivisíveis, encarando sómente a divisibilidade real.

(60) Vide Unger — op. cit., pag. 418. Comp. tambem a nota ultima *in fine*, sobre o projecto Bevilagua.



tir em porções reaes e distinctas, formando cada qual um todo perfeito.

Art. 53. — São indivisíveis:

I. Os bens que se não podem partir sem alteração na sua substancia.

II. Os que, embora naturalmente divisíveis, se consideram indivisíveis por lei, ou vontade das partes.

6.º *Bens presentes e bens futuros.* *Presentes* são os bens que têm uma existencia actual; ainda se consideram taes os que, segundo o curso natural dos acontecimentos, deverão tel-a em seguida (v. g. os fructos presumidos). (61) *Futuros* são os que, de facto, ainda não existem e que, entretanto, podem vir a existir; são tambem tidos por futuros os bens, que, embora estejam verdadeiramente *in rerum natura*, não se acham sujeitos ao poder juridico de alguma pessoa, ou daquelle que procede como si o tivesse. (62) A distincção, conforme observam Chironi e Abello, é relevante, porque as coisas futuras podem formar objecto de acto juridico e particularmente de obrigações. (63) «Os bens futuros, diz C. de Carvalho, podem ser objecto de direito e bem assim os incertos, que forem quantidades ou quantias.» (64)

(61) Chironi e Abello — Trattato cit., pag. 312.

(62) A. e loc. cits.

(63) Loc. cit.

(64) Consolidação, art. 189. Dispõe o Codigo Commercial, art. 192: «Ainda que a compra e venda deva recahir sobre coisa existente e certa, é licito comprar coisa incerta, como por exemplo lucros futuros.» Escrevem Baudry-Lacantinerie et Saignat (Traité, vol. 17, pag. 67): «On peut vendre une chose qui n'existe pas encore, pourvu qu'elle puisse exister plus tard. Cette règle résulte de l'art. 1130, aux



B) *Dos bens considerados em sua composição e em relação uns aos outros.* Segundo o modo porque são constituídos, os bens se dividem em SINGULARES ou INDIVIDUAES, que podem ser SIMPLES ou COMPOSTOS, e em COLLECTIVOS, isto é, UNIVERSALIDADE DE BENS, a qual pode ser DE FACTO ou DE DIREITO.

Todas as coisas, como bem accentua Unger, (65) na sua qualidade de objectos corporeos, materiaes, constam de partes; estas podem, em cada coisa, distinguir-se do todo e, sob o ponto de vista juridico, é muitas vezes de grande importancia considerar as relações que entre elles existem. Ha coisas que, por sua propria constituição natural, se apresentam formando um todo (*res unitæ*) e outras que tomam este caracter por acção do homem; nestas ultimas, ou as respectivas partes perdem a sua existencia physica anterior, quando entram a formar o objecto novo, ou não desapparecem, nem perdem necessariamente a condição juridica precedente. Em qualquer destes casos existe uma coisa SINGULAR OU INDIVIDUAL. É SIMPLES si constitue um todo formado naturalmente, ou então si, tendo sido feita por acto humano, as respectivas partes não conservaram sua condição juridica anterior. (66) É COMPOSTA quando diffe-

termes duquel — *les choses futures peuvent être l'objet d'une obligation.*” Observa Planiol: “Les ventes commerciales sont fréquemment des ventes de choses futures: il en est ainsi surtout des *commandes* adressées à des *fabricants* qui, au moment où ils les acceptent, n’ont pas, en général, les produits qu’ils s’engagent à livrer dans un délai donné, et souvent même, n’ont pas encore les matières premières nécessaires pour les fabriquer.”

(65) Unger — System cit., pag. 419.

(66) Diz Dernburg: “Chamamos simples as coisas corporeas, si



rentes objectos independentes se unem corporeamente em um todo, sem que desapareça a condição jurídica primitiva de cada um delles. (67) A coisa composta é, pois, um *corpus ex contingentibus*. (68)

Coisas *simples* são, por ex., os animaes, as arvores, etc., cujas partes têm necessariamente a mesma condição jurídica e que formam *naturalmente* um todo; (69) são também *simples* as coisas artificialmente feitas, quando seus elementos componentes desaparecem no todo, o qual constitue uma verdadeira unidade. (70) É o que se verifica muitas vezes na especificação, na confusão, na commixtão. (71)

São coisas COMPOSTAS — os edificios, as embarcações, etc.; o todo é designado como um objecto singular, não

todas as suas partes constitutivas têm necessariamente a mesma condição jurídica.» No mesmo sentido Unger, loc. cit.: «Man versteht unter einfachen Sachen jene, welche von Natur aus ein Ganzes ausmachen oder welche durch menschliche Thätigkeit aus einem Stück oder zwar aus verschiedenen Stücken oder Stoffen jedoch dergestalt zu einem Ganzen gebildet sind, dass die Bestandtheile in der Verbindung zum Ganzen ihre physische Existenz verlieren.»

(67) Vide Dernburg — loc. cit.; Unger — loc. cit.

(68) A. e op. cits. Comp. também Ribas — loc. cit.

(69) Pouco importa, para o conceito da unidade, como diz Dernburg, que a coisa seja formada de materias da mesma especie ou de especie diversa.

(70) Vide Unger — loc. cit. Escreve Dernburg que também como coisa simples deve tratar-se o complexo das coisas que isoladas são sem valor. Para o commercio toma-se em consideração sómente a massa. Por isso ella se considera juridicamente como uma simples coisa, apezar de corporeamente existir uma pluralidade.

(71) Vide Unger — System cit., especialmente a nota 6 ao § 52, pag. 420.



por sua natureza physica, mas pela consideração juridica das partes.

Diversas coisas singulares podem ser reunidas economicamente em um todo, que, até certo ponto, toma o caracter de unidade; é ao que se applica o nome de UNIVERSITATES FACTI. (72) São UNIVERSALIDADES DE FACTO — um rebanho, uma bibliotheca, uma collecção de quadros, um armazem de mercadorias, etc. (73)

A *universalidade de coisas* considera-se juridicamente unidade, sob certos pontos de vista economicos; mas, nem por isso, os individuos, que a constituem, deixam de ser objecto de propriedade, considerados isoladamente. (74) Às vezes, porém, é a propria lei que dá figura juridica a um complexo de bens, apresentando-os como idealmente unidos e sob uma denominação commum; é ao que se chama UNIVERSITAS JURIS.

Ao passo que a *universalidade de facto* se apresenta como um conjuncto de coisas (*stricto sensu*) ligadas por vontade particular, (75) a *universalidade de direito* consiste

(72) Dernburg — Pandette, pag. 197; Bekker — Pandekten, vol. 1.º, pag. 291; Chironi e Abello — loc. cit.; Brugi — loc. cit.; Ribas — Curso, vol. 2.º, pag. 236.

(73) Dernburg — loc. cit.

(74) Observa Dernburg que si se admittisse a propriedade sobre a universalidade de coisas como tal, nella incidiria qualquer cabeça de gado que corresse a juntar-se ao rebanho, qualquer livro alheio que se encontrasse em uma bibliotheca, pois se tornariam partes constitutivas da universalidade de coisas. Mas, acrescenta o mesmo escriptor, isso não seria certamente justo, nem tão pouco está de accordo com as fontes.

(75) "Por acto *inter vivos*, ou por disposição de ultima vontade



em uma pluralidade de relações jurídicas, que têm por objecto bens corpóreos ou incorpóreos, a que a lei, para certos efeitos, attribue o character de unidade. O *patrimônio*, isto é, o complexo de relações jurídicas de character economico, ou de direitos reaes e de obrigações, de uma pessoa, é o mais importante exemplo de uma *universalidade de direito*. (76) O Código Civil dispõe a respeito: Art. 54. As cousas, simples ou compostas, materiaes ou immateriaes, são singulares ou collectivas:

I. Singulares, quando, embora reunidas, se consideram de per si, independentemente das demais.

II. Collectivas ou universaes, quando se encaram aggregadas em todo.

Art. 55. — Nas cousas collectivas, só em desaparecendo todos os individuos, menos um, se tem por extincta a collectividade. Art. 56. — Na collectividade, fica subrogado ao individuo o respectivo valor, e vice-versa. Art. 57. — O patrimonio e a herança constituem cousas universaes, ou universalidades, e como taes subsistem, embora não constem de objectos materiaes.

podem ser constituídas universalidades de facto ou bens collectivos.”
C. de Carvalho — Consolidação, art. 192, § 1.º

(76) Diz Carlos de Carvalho (Cons. cit., art. 191): “Os bens moveis, immoveis, direitos e acções sómente podem formar um todo ou universalidade” (*juris*), “por disposição de lei e para os efeitos nella declarados, distinguindo-se dos demais bens da mesma pessoa ou de terceiro. Como taes são considerados: *a*) os bens de uma herança; *b*) os bens de cada uma das heranças do militar morto na guerra (Ord. do Liv. 4.º, tit. 83, 4); *c*) a massa fallida; *d*) os bens sociaes e os individuaes de cada socio; *e*) o activo que serve de garantia á emissão de obrigações ao portador ou *debentures*.”



Segundo as relações que existem entre os bens, podem estes distinguir-se em PRINCIPAES e ACCESSORIOS. Os primeiros têm existencia propria, independente; os segundos, ao envez, são dependentes de outros bens e servem aos mesmos fins economicos a que estes se destinam, pelo que são uns e outros considerados como uma quantidade unica.» (77)

«Principal é a coisa que existe sobre si, abstracta ou concretamente. Accessoria, aquella cuja existencia suppõe a da principal.» (78)

Esta divisão applica-se geralmente aos bens corporeos (coisas em sentido estricto), mas tambem as obrigações podem ser principaes e accessorias, (79) e a renda ou rendimento considera-se fructo (coisa accessoria) dos bens patrimoniales incorporeos, quando delles provêm. As coisas moveis podem ser accessorias de coisas immoveis ou de outras moveis. Em regra é a condição juridica da principal que determina a da accessoria.

Diz o Codigo Civil: Art. 59. Salvo disposição especial em contrario, a cousa accessoria segue a principal.

As coisas accessorias, quando não constituem parte integrante da principal, mas se destinam a conserval-a, garantil-a, facilitar-lhe o uso, denominam-se PERTENÇAS. (80)

(77) Dernburg — loc. cit.; Brugi — loc. cit.

(78) São as definições que se encontram no Codigo Civil, art. 58.

(79) As cauções são obrigações accessorias.

(80) Dizem Chironi e Abello: "Or importa assai di rilevare la qualità di pertinenza nella cōsa, perchè di regola ogni disposizione riflettente la cosa s'estende o meglio, si presume inerente alle pertinenze: cosi chi vende o loca la sua casa, il suo fondo, dispone senz'altro delle pertinenze che alla cosa principale appartengono, siano esse mobili od



São também considerados ACCESSORIOS — OS FRUCTOS (productos e rendimentos) e as BEMFEITORIAS. (81) Dispõe o Código Civil:

Art. 60. — Entram na classe das cousas accessorias os fructos, productos e rendimentos.

Art. 62. — Também se consideram accessorios da cousa todas as bemfeitorias, qualquer que seja o seu valor.

FRUCTOS são o producto normal de uma coisa ou de uma outra parte constitutiva do patrimonio — capital. (82)

«A economia humana, diz Dernburg, deve necessariamente, de um lado, distinguir o capital ou a substancia do patrimonio e, do outro, o *fructo* ou a *renda*. A esta distincção economica se associa o direito.» (83)

immobili.» A pertença, como observam estes mesmos auctores, si, em regra, forma *um objecto unico de commercio* com a coisa a que se applica, não se pode considerar parte da coisa principal. O conceito de pertença está comprehendido no mais amplo de *accessoriedade*; assim toda pertença é coisa accessoria, mas a reciproca não é verdadeira. Sobre o conceito de pertença no direito romano e no direito germanico, *vide* Dernburg — op. cit., § 77. — Comp. Carlos de Carvalho — Consolidação, art. 181: «Os bens são principaes ou accessorios. Estes comprehendem as pertenças e o são natural ou industrialmente.»

(81) Diz Carlos de Carvalho — Cons., art. 183: Consideram-se accessorios: *a*) as servidões activas com os immoveis; *b*) os fructos; *c*) as accessões naturaes e civis; *d*) as bemfeitorias.

(82) Dernburg — loc. cit.

(83) Deve ser aqui reproduzida a explicação de Dernburg: A theoria dominante não considera o conceito dos fructos, como um conceito economico, mas vê ali alguma coisa attinente ás sciencias naturaes, identificando os fructos com os *productos organicos* de uma coisa. Isso faz confusão. Certamente, pela maior parte, os productos organicos que nascem e se desenvolvem na terra são fructos seus. Mas, sómente quando constituem a renda normal da terra, têm o caracter

OS FRUCTOS, considerados quanto á sua origem, dividem-se em *naturaes* e *civis*. Á primeira classe pertencem os productos physicos e organicos periodicos dos bens corporeos (*quidquid ex re nasci et renasci solet*). Quando para determinar a sua producção intervem a obra do homem, os fructos naturaes recebem o nome de industriaes. *Fructos civis* são os rendimentos que se estabelecem por meio de uma relação juridica e consistem na vantagem patrimonial que se tira de bens determinados, corporeos, ou incorporeos.

São fructos civis o aluguel, os juros, os foros, as pensões, a renda da terra, etc.

Quanto á sua natureza, são os *fructos* — *vegetaes*, *animaes* e *artificiaes*, conforme provêm do solo, dos animaes ou da organização economico-social.

Considerados na diversidade dos efeitos juridicos com que se apresentam, os fructos são:

a) pendentes ou separados: sendo naturaes, com a sua separação do solo ou das plantas, deixam de ser pendentes; sendo civis, consideram-se pendentes até a epoca em que se tornam exigiveis; (84)

b) percebidos ou percipiendos: percebidos são os fru-

de fructos, o que se verifica nas colheitas, na percepção das fructas e das hervas; por isso, embora sejam productos do solo, as arvores em si não são consideradas fructos. De outro lado, algumas partes constitutivas da terra, por ex. pedras, mineraes, argilla, as quaes de certo não são productos da terra, são, comtudo, fructos, quando fornecem uma renda normal do terreno. O mesmo se deve dizer da renda da caça.» Nestes casos os rendimentos dos bens corporeos são considerados fructos civis.

(84) Vide Chironi e Abello — loc. cit.; Ribas — loc. cit. Os fructos pendentes tambem se chamam estantes (*stantes*).

ctos destacados e apreendidos pelo possuidor ou por al-
guem em seu nome; perciendos são os fructos que nor-
malmente podem ser tirados da coisa principal; (85)

c) existentes ou consumidos; conforme se acham ainda,
determinadamente ou não, em poder de quem os per-
cebeu. (86)

O Codigo Civil, prescreve no Art. 61.— São accesso-
rios do solo:

I. Os productos organicos da superficie.

II. Os mineraes contidos no sub-solo.

III. As obras de adherencia permanente, feitas acima
ou abaixo da superficie.

Commenta Clovis Bevilacqua: «A enumeração dos
accessorios do solo é incompleta, neste artigo, segundo se
pode vêr dos artigos 536 a 549 da Parte Especial, onde se
expõe a theoria legal da accessão em referencia aos immo-
veis. Tambem não se destacou o espaço aereo, como fizera
o Projecto Primitivo, e já o declarara o art. 43.»

Chamam-se *bemfeitorias* as obras feitas para a conser-
vação e melhoramento da coisa alheia, seja movel ou im-
movel. (87) Dividem-se em:

(85) Escreve Dernburg: «Fructos perciendos, *fructus percienden-
di*, constituem o producto, o liquido que se pode extrahir de um ca-
pital. Quem é obrigado a indemnisar os fructos, devc restituir tam-
bem o producto dos fructos que era possivel tirar. Isso facilita ao
auctor a execução de suas pretensões. Com effeito, muitas vezes diffi-
cilmente se poderá demonstrar aquillo que o réo realmente percebeu
do capital fructifero, mas é possivel, em regra, estabelecer, mediante
peritos, aquillo que o capital teria podido produzir.»

(86) Chironi e Abello — loc. cit.

(87) Coelho da Rocha — Instituições, pag. 56; Ribas — loc. cit.



a) bemfeitorias necessarias (*impensæ necessariae*) quando têm por fim conservar a coisa ou evitar que se deteriore; (88)

b) uteis ou proveitosas, quando augmentam ou facilitam o uso da coisa; (89)

c) volúptuarias, que são as de mero deleite ou recreio, que não augmentam o uso habitual da coisa, ainda que a tornem mais agradável ou sejam de elevado valor. (90)

Não se consideram bemfeitorias, nem são coisas accessorias:

I — a pintura em relação á tela;

II — a esculptura em relação á materia prima;

III — a escriptura e outro qualquer trabalho graphico, em relação á materia prima que os recebe. (91)

Prescreve ainda o Codigo Civil: Art. 64. Não se consideram bemfeitorias os melhoramentos sobrevindos á cousa sem a intervenção do proprietario, possuidor ou detentor.

C) Em relação ao valor economico que têm de satisfazer as necessidades humanas, e assim, de accordo com o

(88) Codigo Civil, art. 63, § 3.º

(89) Codigo Civil, art. 63, § 2.º

(90) Codigo Civil, art. 63, § 1.º Diz Coelho da Rocha: "Para alguns effeitos juridicos é necessario, emquanto ás *bemfeitorias necessarias* dos bens de raiz, distinguir entre simples reparos, como os concertos dos telhados e das janellas; e bemfeitorias importantes, como a reedificação dos edificios, que se arruinam. Alguns possuidores, como o usufructuario, são apenas obrigados ás primeiras.

(91) O Codigo Civil, depois do principio firmado no art. 60, transcripto paginas atrás, exceptúa exactamente os casos enumerados no texto.



critério da possibilidade de ser objecto de actos jurídicos, os bens se dividem em: bens que ESTÃO NO COMMERCIO e bens que ESTÃO FÓRA DO COMMERCIO. (92)

Verdadeiramente só os bens que estão no commercio se acham no circulo das relações de direito privado; entretanto, além dos que, por natureza, não têm character de commerciabilidade, ha bens que se consideram fóra do commercio, por expressa disposição de lei ou por vontade das partes. (93)

«São coisas fóra do commercio as insuspectíveis de apropriação e as legalmente inalienáveis», dispõe o Codigo Civil. (94) É assim que, por inapropriáveis, estão fóra do

(92) Chironi e Abello — loc. cit.; Brugi — loc. cit.

(93) Carlos de Carvalho — Consolidação, art. 193: «Consideram-se fóra do commercio os bens que não são susceptíveis de livre alienação, ou por expressa disposição da lei, ou por disposição de ultima vontade, ou pela convenção das partes. § 1.º A lei considera fóra do commercio, para o effeito de não serem penhorados, os bens particulares seguintes: *a*) os vencimentos de magistrados, empregados publicos e militares e bem assim os equipamentos destes; *b*) as soldadas de gente de mar, salarios de guarda-livros, caixeiros, feitores e operarios; *c*) os utensilios e ferramentas de mestres e officiaes de officios mechanicos, indispensaveis ás suas occupações ordinarias; *d*) as pensões, tenças, monte-pios, inclusive o dos servidores da Republica; *e*) o indispensavel para cama e vestuario, não sendo luxuoso; *f*) as provisões de comida; *g*) as apolices da divida publica federal, que não tiverem sido adquiridos em fraude de credores e salvos os casos expressos em lei, como o de nomeação pelo possuidor, caução ou fiança; *h*) as letras hypothecarias de emissão de sociedades de credito real, nos mesmos casos das apolices e no de falta absoluta de outros bens.» Vide tambem os §§ 2, 3 e 4 do mesmo art. A inalienabilidade dos bens particulares, seja absoluta ou relativa, é sempre temporaria. Vide art. 194, § unico da mesma Consolidação.

(94) Art. 69.

commercio os bens communs, que, por sua extensão no espaço, pela immensidade ou mobilidade de sua materia, fogem ao poder physico do homem, mas, inexgottaveis em si, podem ser por todos utilizados, taes como o *ar*, o *mar publico*. (95) Estão egualmente fóra do commercio de modo absoluto, embora apropriaveis, os bens publicos de uso commum, (96) porquanto pelo fim a que se destinam, não podem constituir objecto de acto juridico.

Os bens commerciáveis podem estar ou não *apropriados*. Os que não estão sujeitos ao direito de propriedade e, portanto, a ninguém pertencem, chamam-se *res nullius*; estes bens, objectos corporeos, ou nunca pertenceram a alguem, ou foram abandonados pelo antigo dono, e podem ser adquiridos por *ocupação*. (97)

Os bens corporeos apropriados, assim como os bens incorporeos podem ser *publicos* ou *privados*. São *bens publicos* os do dominio nacional, pertencentes á União, aos Estados ou aos Municipios. (98) Além dos bens pu-

(95) Chironi e Abello — loc. cit.

(96) “São bens publicos de uso commum, diz C. de Carvalho, art. 198:

a) os logradouros publicos; b) as estradas e caminhos, excluidos os de ferro e os vicinaes, si não forem servidões publicas; c) os rios navegaveis e os de que se fazem os navegaveis, si são caudaes que corram em todo o tempo; d) os lagos, si as margens são terras publicas; e) o mar territorial e os respectivos portos e canaes, excluidos os artificiaes e docas a cargo de emprezas particulares.”

(97) Vide Lafayette — Direito das Coisas, § 33, in princ.

(98) Código Civil, art. 65.



blicos de uso commum (99) existem outros que são patrimoniaes. (100) (100-a)

Enumerando as classes de bens publicos, diz o Codigo Civil:

Art. 66. Os bens publicos são:

I. Os de uso commum do povo, taes como os mares, rios, estradas, ruas e praças.

II. Os de uso especial, taes como os edificios ou terrenos applicados a serviço ou estabelecimento federal, estadual ou municipal.

III. Os dominiaes, isto é, os que constituem o patrimonio da União, dos Estados ou dos Municipios, como objecto de direito pessoal ou real de cada uma dessas entidades.

Pertencem á União:

a) no planalto central da Republica uma zona de 14.400 kilometros quadrados, para nella se estabelecer a futura Capital Federal; (101)

b) o territorio que fôr indispensavel á defesa das fron-

(99) Vide Chironi e Abello — loc. cit. e nota (96) supra. Dispõe o Proj. actual que «o uso commum dos bens publicos pode ser gratuito ou retribuido, conforme fôr estabelecido nas leis da União, dos Estados ou dos Municipios, a cuja administração pertencerem» (art. 71). Vide tambem C. de Carvalho — art. 197, § 1.º.

(100) Os bens publicos que não são de uso commum podem ser *de uso especial*, taes como os edificios ou terrenos applicados a serviço ou estabelecimento federal, estadual e municipal; e *dominiaes*, isto é, constituem objecto de direitos reaes ou pessoas da União, dos Estados, ou dos Municipios (Projecto Bevilaqua — art. 79, §§ 2.º e 3.º do primitivo e 69, II e III, com as emendas de Ruy Barbosa).

(100-a) «Todos os outros são particulares, seja qual fôr a pessoa, a que pertencerem» (art. 65, parte final, do Codigo Civil).

(101) Constituição Federal, art. 3.º Clovis — Comm.



teiras, fortificações, construcções militares e estradas de ferro federaes; (102)

c) os proprios nacionaes que forem pela União julgados necessarios aos seus serviços; (103)

d) os mares territoriaes, comprehendidos entre a costa e a linha de respeito; (104)

e) os rios, lagos e lagoas que servem de limites da Republica com as nações visinhas, comprehendendo os terrenos accrescidos ás margens dos rios, respeitadas os tratados e ajustes internacionaes; (105)

f) os terrenos de marinha e os accrescidos, salvo direitos adquiridos; as ilhas formadas nos mares territoriaes ou nos rios federaes; (106)

g) os bens vagos, quando se acharem em territorio da União ou quando ahi fôr domiciliado o antigo proprietario; (107)

(102) Constituição Federal, art. 64.

(103) Constituição Federal, art. 64, § unico.

(104) C. de Carvalho — Consol., art. 215, letra *h*); Projecto actual, art. 72, VII.

(105) C. de Carvalho — Consol., art. cit., letra *i*.

(106) São terrenos de marinhas, diz Ruy Barbosa (emenda ao art. 72, III) os que orlam a costa, em uma faixa de trinta metros de largo, da linha media da preamar para cima, estendendo-se pelas margens dos rios que desembocam no mar, até onde as aguas delles se resintam do fluxo e refluxo.

(107) Pelo Dec., n. 1.839 de 31 de Dezembro de 1907, art. 1.º: “na falta de descendentes e ascendentes, defere-se a successão *ab intestato* ao conjuge sobrevivivo, si ao tempo da morte do outro não estavam desquitados; na falta deste aos collateraes até o sexto gráo por direito civil; na falta destes aos Estados, ao Districto Federal, si o

h) os bens perdidos pelo criminoso condemnado pela justiça federal e pela do Districto Federal; (108)

i) os bens do evento na Capital Federal; (109)

j) as estradas de ferro, telegraphos, telephonios, fabricas, officinas federaes;

k) os terrenos devolutos sitos no Districto Federal, que não sejam do patrimonio deste;

l) os bens que foram do dominio da Coroa;

m) as margens dos rios navegaveis, no territorio do Acre. (C. Bevilaqua, op. cit.).

Pertencem aos Estados:

a) as terras devolutas situadas nos seus respectivos territorios, comprehendendo mattas, aguas e quaesquer accessões, exceptuada a porção que, para defeza das fronteiras e para construcções militares e de estradas de ferro, couber á União; (110)

b) as minas existentes nas terras devolutas mencionadas; (111)

c) as margens dos rios navegaveis e dos que se fazem os navegaveis na zona nellas reservada para servidão publica,

de-cujus fôr domiciliado nas respectivas circumscripções, ou á União si tiver o domicilio em territorio não incorporado a qualquer dellas.» Cod. Civil, arts. 1593 e 1594. Vide sobre as especies de bens vacantes a excellente monographia de Rodrigo Octavio — Do dominio da União e dos Estados, 1897, pag. 88 e segs.

(108) C. de Carvalho — loc. cit.; Rodrigo Octavio — op. cit., pag. 102 e segs.; Clovis — Comment.; Spencer Vampré — Comm.

(109) C. de Carvalho — loc. cit.

(110) Constituição, art. 64; C. de Carvalho — loc. cit.

(111) Constituição, art. 64; C. de Carvalho — loc. cit.

si por algum titulo legitimo não estiverem no dominio federal, municipal ou particular, respeitado o limite do dominio maritimo; (112)

d) as ilhas que se formarem nos rios publicos estaduais; (113)

e) os lagos e as lagoas encravados nas terras devolutas que lhes pertencem; ou forem navegaveis ou entregues ao uso publico; (114)

f) os bens perdidos pelo criminoso condemnado pela respectiva justiça; (115)

g) os bens vagos e do evento; (116)

h) os bens deixados pelos individuos domiciliados em seu territorio, que fallecerem sem testamento e sem conjuge ou parentes até o 6.º gráo por direito civil; (117)

i) os bens que constituirem seu dominio industrial; (118)

j) os proprios nacionaes, situados nos seus territorios, que não forem necessarios para o serviço da União; os terrenos dos antigos aldeamentos dos indios. (119)

Pertencem aos Municipios:

a) os bens que por qualquer titulo adquirirem;

(112) C. de Carvalho — loc. cit. Vide Proj. Bevilaqua (revisto e emendado), — art. 73 V.

(113) C. de Carvalho — loc. cit.; Clovis e Vampré — Comm. cit.

(114) C. de Carvalho — loc. cit.; Auctores e obras citadas.

(115) Cod. Penal, art. 69, a.; Auctores e obras citadas.

(116) C. de Carvalho — loc. cit.; Auctores e obras citadas.

(117) Lei n. 1839 de 31 de Dezembro de 1907; Cod. Civ., art.

(118) Constituição, art. 9, § 4.º e art. 13; C. de Carvalho — loc. cit.

(119) Constituição, art. 64, § unico, C. Bevilaqua e Vampré, obras citadas.

b) as minas existentes nos terrenos de sua propriedade; (120)

c) as concessões de terras publicas feitas pelo poder competente; (121)

d) as mattas, aguas e accessões dos terrenos de seu patrimonio. (122)

Bens particulares são os que pertencem:

a) ás pessoas naturaes;

b) ás pessoas juridicas estrangeiras de direito publico;

c) ás pessoas juridicas, nacionaes ou estrangeiras de direito privado. (123)

§ 3.º *Do bem de familia*

O Código Civil brasileiro adoptou, embora em moldes differentes, o *homestead* da legislação norte-americana. Deu-lhe o nome de *bem de familia*, como o fizera a lei franceza de 12 de Julho de 1909.

E assim o regula:

Art. 70. É permittido aos chefes de familia destinar um predio para domicilio desta, com a clausula de ficar isento de execução por dividas, salvo as que provierem de impostos relativos ao mesmo predio.

Paragrapho unico. Essa isenção durará enquanto vi-

(120) Constituição, art. 64, § unico.

(121) Constituição, art. 72, § 17; C. de Carvalho — loc. cit.; Rodrigo Octavio — loc. cit.

(122) C. de Carvalho — loc. cit.

(123) Vide C. de Carvalho — op. cit., art. 195, § 2.º



verem os conjuges, e até que os filhos completem sua maioridade.

Art. 71. Para o exercicio desse direito é necessario que os instituidores, no acto da instituição, não tenham dividas, cujo pagamento possa por elle ser prejudicado.

Paragrapho unico. A isenção se refere a dividas posteriores ao acto, e não ás anteriores, se se verificar que a solução destas se tornou inexequível, em virtude do acto da instituição.

Art. 72. O predio, nas condições acima ditas, não poderá ter outro destino, ou ser alienado, sem o consentimento dos interessados e dos seus representantes legais.

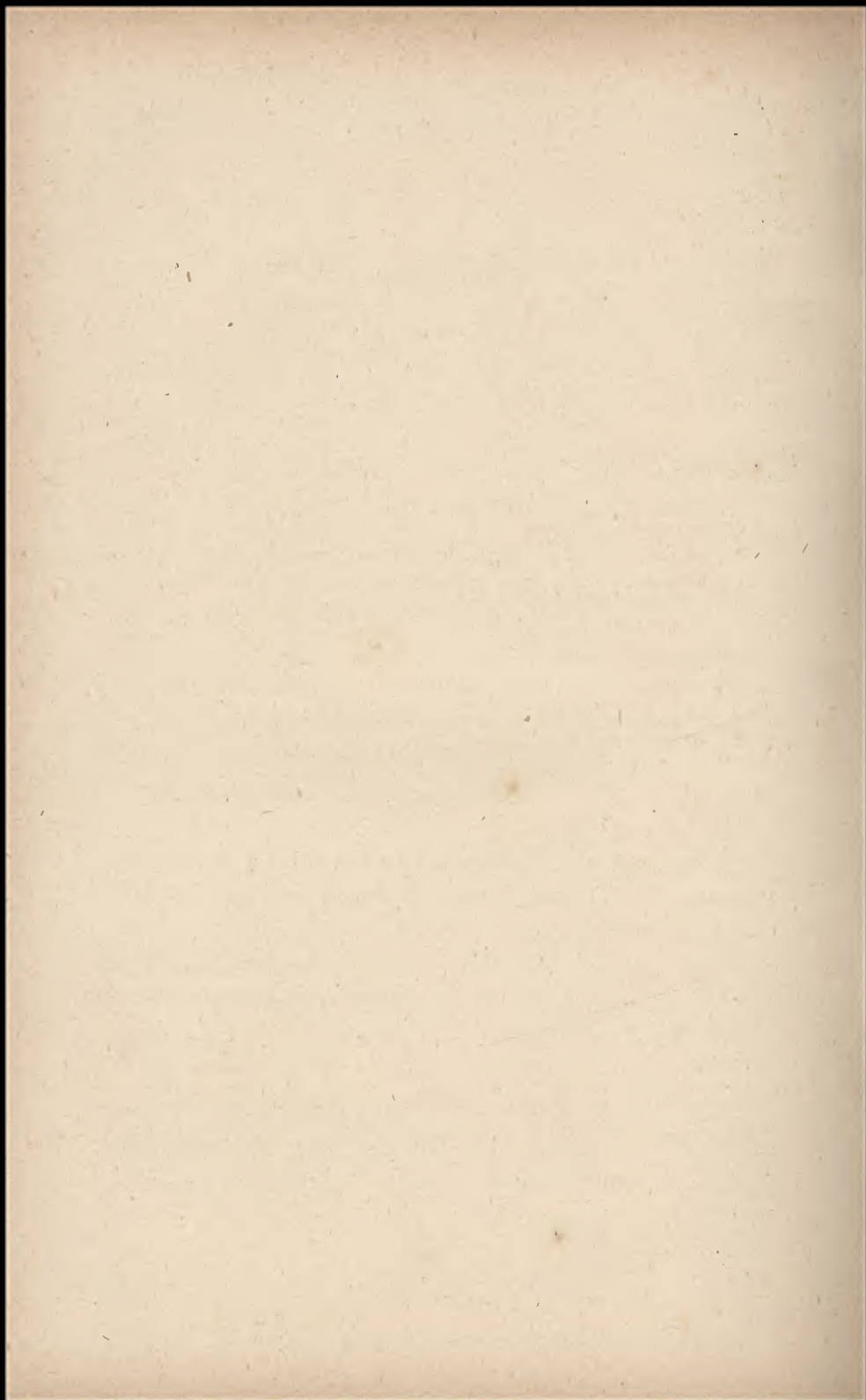
Art. 73. A instituição deverá constar de instrumento publico inscripto no registro de immoveis, e publicado na imprensa local, e, na falta desta, na capital do Estado.

É fóra de duvida, porém, que o instituto está ahi deslocado. Muito bem escreveu o Dr. Clovis Bevilacqua: «Para obedecer, em tudo, aos reclamos da classificação juridica, deveria ter a Comissão transposto os arts. 70 a 73 para a Parte Especial, pois se trata de uma relação juridica de caracter particular, e não de um elemento do direito, nem de um preceito de caracter geral. Na parte especial, o seu ponto mais conveniente seria no Direito da Família applicado. Todavia, não estaria mal no Direito das Coisas.»

Estudal-o-emos, em suas minudencias, no volume dedicado aos direitos da família.

Algumas idéas praticas de grande alcance se encontram no estudo do notavel jurista bahiano Dr. Odilon Santos, em um volume de Estudos Juridicos em honra do Prof. Filinto Bastos — Bahia — 1916.





CAPITULO IV

Dos factos juridicos

- § 1.º Da aquisição, modificação e perda dos direitos. Dos factos juridicos e suas especies.
 - § 2.º Dos actos juridicos e da declaração da vontade: *a)* noção e especies de actos juridicos; *b)* seus elementos essenciaes; *c)* declaração da vontade e interpretação dos actos juridicos; *d)* representação e ratificação; *e)* elementos accidentaes dos actos juridicos; *f)* inexistencia e annullabilidade dos actos juridicos.
 - § 3.º Dos actos de terceiros e da culpa propria. Do acaso e da força maior.
 - § 4.º Da influencia do tempo sobre os direitos: *a)* dos prazos legaes e da data; *b)* da prescripção.
-

§ 1.º *Acquisição, modificação e perda dos direitos.* *Dos factos juridicos e suas especies*

Elemento necessario de todo direito subjectivo é, como vimos, (1) um facto ou um acontecimento que estabeleça a relação juridica entre o sujeito e o objecto. Verdade é que se poderia conceber a existencia de um direito, de uma relação juridica entre o sujeito e o objecto, em abstracto, mas, como diz Unger, «da mesma forma que o mundo na-

(1) Vide pag. 280.



tural é um conjunto de existencias reaes, assim tambem o mundo juridico é constituído por um complexo de relações juridicas concretas.» (2) D'ahi a importancia de se conhecer como se formam e como se extinguem essas relações. (3) «A aquisição, a modificação e a perda dos direitos ligam-se a factos, de accordo com a ordem juridica», escreve Dernburg. (4) É por isso que se costuma afirmar que esses factos produzem o nascimento, as alterações e a extincção

(2) Unger — System des oesterreichischen allgemeinen Privatrechts, vol. II, 1892, pag. 1: — *Wie die Naturwelt aus einer Fülle realer Existenzen besteht, so wird die Rechtswelt durch eine Mass concreter Rechtsverhältnisse gebildet.*

Como diz Savigny — System, vol. 3.º, § 104, as relações juridicas, que são estudadas pela sciencia do direito, não têm a sua base na natureza humana como tal, mas devem ser consideradas como accrescimos que lhe vêm do mundo exterior.» Só a possibilidade e a necessidade de taes relações juridicas, isto é, só o seu germen se encontra egualmente na natureza de todo homem, constituindo assim uma necessidade intrinseca; o desenvolvimento deste germen é uma coisa particular e contingente e revela esta sua natureza na medida tão varia que se encontra nos direitos pertencentes a cada individuo. Mas seria um erro pretender determinar a nossa asserção, de modo a reduzi-la a significar, que todos os direitos de uma pessoa só se poderão adquirir no curso de sua vida. Isso é verdade, sem duvida, quanto à maxima parte dos direitos; ha, todavia, muitos e importantes que começam a existir com o nascimento do titular, occorrido em circumstancias particularcs.» Mas, é exactamente por isso que o nascimento, do mesmo modo que a morte, é um facto juridico.

(3) Pondera Unger — loc. cit.: — «*Hier wie dort (no mundo natural) ist die Frage, wie diese Existenzen und Verhältnisse sich bilden wie sie entstehen und untergehen, von der grössten Bedeutung.*» (loc. cit.)

(4) Bürgerliches Recht, 3.ª ed., vol. 1.º, 1906: *Erwerb, Veränderung und Untergang der Rechte knüpfen sich nach der Rechtsordnung an Thatsachen.*

dos direitos, (5) mas a verdade é que o facto em si e por si não produz taes effeitos; é a ordem juridica que lh'os attribue. (6) De qualquer modo, é sempre por meio delles que se concretisam as relações juridicas, e, exactamente por esta sua importancia na vida do direito, recebem o nome de *factos juridicos*. (7)

O *nascimento* de um direito se verifica no instante em que elle começa a existir em relação ao sujeito; assim, todo

(5). Embora sejam muitas vezes empregados como synonymos os termos — aquisição e nascimento, por um lado, e, pelo outro, perda e extinção, ha entre elles differença. Vide a respeito a pagina 281, nota, (25); a obra de Bensa ahi citada e as Pandekten de Windscheid, vol. 1.º, pag. 261.

(6) Diz Windscheid (Pand., § 63, pag. 254): “*Man sagt von diesem Thatbestande dass er das Recht erzeuge, aufhebe, verändere; das eigentliche Wirkende ist der an diesen Thatbestand angeknüpfte Spruch der Rechtsordnung;*” isto é, costuma-se dizer desse facto que elle crêa, supprime, modifica o direito; mas o que verdadeiramente produz esses effeitos é a determinação da ordem juridica, ligada a esse facto. Da mesma forma Unger: “*Die Entstehung und Endigung der Rechtsverhältnisse wird im Allgemeinen durch das Eintreten von Umständen bewirkt, an welche des positive Recht die fragliche Wirkung knüpft.*” Vide tambem Chironi e Abello: “*Non è invero il fatto per sè che opera in questo senso, ma la pronuncia dell’ordinamento giuridico commune a questo fatto*”; Crome — System, pag. 311; Endemann — Lehrbuch, § 57, pag. 258.

(7) Como observa Dernburg, si é verdade que o facto só possui efficacia de direito com o reconhecimento e defesa da ordem juridica, não deve esta ser concebida como um *deus ex machina*, de modo que arbitrariamente ligue aos factos effeitos juridicos. “*Invece, accrescenta, l’efficacia dei fatti giuridici più importanti, per es, dei rapporti di discendenza, del matrimonio, della compra-vendita, del mutuo, ha fondamento sulla necessità della umana convivenza, e sulla natura caratteristica del relativo popolo e Stato. Ai fatti giuridici sono immanenti forze creatrici del diritto, che reclamano il riconoscimento del diritto.*” (Pand., trad. ital., vol. 1.º, pag. 230).

direito, ao nascer, liga-se a uma pessoa e, só excepcionalmente e de modo transitorio, pode admittir-se a existencia de um direito sem sujeito. (8)

A attribuição do direito a uma pessoa chama-se *acqui-sição*. (9) O conjuncto dos factos sobre os quaes repousa a aquisição do direito designam uns pelo nome de *causa*, outros pelo de titulo. (10) É de grande importancia para a existencia do direito saber si a sua aquisição é *originaria*, isto é, si independe de qualquer outra pessoa, porque sua attribuição ao sujeito coincide com o seu apparecimento objectivo, ou si é, *derivada*, isto é, si o sujeito adquire um direito que já existia ligado a uma outra pessoa, da qual se torna successor.

A importancia pratica da distincção se encontra na dependencia em que fica o direito, que se adquire por modo derivado, das condições em que se achava quando pertencente ao titular anterior: *nemo plus juris transferre potest quam ipse habet*. (11)

Costuma-se tambem distinguir a *aquisição gratuita* da

(8) Vide o Capitulo I desta Parte Segunda, § 2.º Conf. Regelsberger — Pandekten, §§ 15 e 119.

(9) É o que muito bem diz Regelsberger: *“Die Verbindung eines Rechts mit einer Person bildet den Erwerb.”*

(10) Vide Regelsberger — loc. cit.: *“Die Gesamtheit der That-sachen, auf welchen der Erwerb eines Rechts beruht, ist der Erwerbs-grund, causa. Die Neueren gebrauchen dafür auch die Bezeichnung Titel”* (Pandekten, pag. 441). Conf. Unger, loc. cit.

(11) Para mais amplos desenvolvimentos sobre este assumpto, vide a obra de Unger e especialmente os paragraphos 119-122 do esplendido livro de Regelsberger. Como os modos de aquisição differem conforme a classe a que pertencem os direitos, só na parte especial poderão ser elles estudados.



onerosa: na primeira não ha, como na segunda, um sacrificio por parte do adquirente. (12)

Os direitos podem ser *modificados* tanto em relação ao conteúdo, como em relação ao sujeito. (13)

Prescreve o Codigo Civil: Art. 74. Na aquisição dos direitos se observarão estas regras: I. Adquirem-se os direitos mediante acto do adquirente, ou por intermedio de outrem. II. Pode uma pessoa adquirir-os para si, ou para terceiros. III. Dizem-se actuaes os direitos completamente adquiridos, e futuros os cuja aquisição não se acabou de operar. Paragrapho unico. Chama-se deferido o direito futuro quando sua aquisição pende sómente do arbitrio do sujeito, não deferido, quando se subordina a factos ou condições falliveis.

Art. 75. A todo o direito corresponde uma acção que o assegura.

Art. 76. Para propôr, ou contestar uma acção é necessario ter legitimo interesse economico ou moral. Paragrapho unico. O interesse moral só autoriza a acção, quando toque directamente ao autor, ou á sua familia.

O conteúdo do direito pode tornar-se outro, quantitativa ou qualitativamente. (14) Com effeito, o estado actual do direito pode ter um augmento, por accessão, v. g., ou

(12) Vide Unger — op. cit., vol. 2.º, pag. 6.

(13) Conf. Windscheid: "Eine Veränderung kann mit den Rechten Rorgehen sowohl in Betreff ihres Inhalts, als in Betreff eines Subjekts;" e Regelsberger: "Die Aenderung kann die Subjekte oder den Inhalt der Rechtsverhältnisse betreffen."

(14) Windscheid — loc. cit.; Schey — Ueber Rechtsverwandlungen. Grünhuts Zeitschrift, VII, pag. 746 e seg., VIII, pag. 110 e segs.



soffrer uma diminuição, como si o credor é satisfeito em parte; (15) mas também é possível que o poder comprehendido no direito receba outro conteúdo, (16) como, por ex., quando, na impossibilidade da prestação de uma coisa certa, por culpa do devedor, o direito do credor se transforma em uma indemnização pecuniaria.

Tambem pode mudar o sujeito do direito. Neste caso o primeiro titular é substituído por outra pessoa, sem que tenha havido alteração intrinseca na substancia do direito; nas obrigações a modificação tanto pode ser em relação ao sujeito activo, como ao passivo.

A esta substituição de um sujeito a outro dá-se o nome de *successão*. Nem todos os direitos supportam modificação no sujeito; é ella applicavel principalmente aos direitos patrimoniales. Quando a successão é de todo o patrimonio de uma pessoa, denomina-se *universal* e entre nós só é possível *mortis causa*; quando se refere a certa parte dos bens patrimoniaes, chama-se successão *singular*. (17)

Pode ainda modificar-se o direito em relação ao sujeito, admittindo-se uma pluralidade, quando havia uma pessoa unica ou o contrario. Em ultima analyse a modificação proveniente da substituição de um sujeito por outro consiste na aquisição derivada para o novo e na perda para o an-

(15) Windscheid — loc. cit.; Schey — loc. cit.

(16) Como diz Windscheid — “*der in dem Recht enthaltene Rechtsbefehl erhält einen Inhalt anderr Art.*”

(17) Windscheid — loc. cit. Unger — loc. cit. É de grande importancia a distincção entre successão universal e successão singular; como diz Regelsberger: “*der Unterschied zwischen Universal = und Singularsuccession ist nicht quantitativ, sondern qualitativ.*”



tigo titular. Pode tambem succeder, como observam Chironi e Abello, (18) que a modificação, sem se reflectir de modo directo, especial, sobre um ou sobre o outro destes elementos, actue por virtude sua propria, sobre o organismo da relação, de modo a ser diminuída a sua efficacia normal. (19)

Perda de um direito é a sua separação do sujeito ao qual se achava ligado. A perda do direito é *subjectiva* quando não coincide com a sua extincção; é *objectiva* quando o direito, desligando-se do titular, não passa a outrem, deixa, portanto, de existir. (20) As causas pelas quaes os direitos se perdem e se extinguem variam de accordo com a natureza destes. Direitos ha que são, em regra, permanentes, outros, de conformidade com o seu destino, têm character transitorio. Á primeira categoria pertencem a propriedade, as servidões, a emphyteuse, etc.; á segunda — o usufructo, que é ligado á vida do usufructuario, as obrigações, o penhor, etc. (21) Assim é ordinariamente *subjectiva* a perda d'aquelles e *objectiva* a destes. (22) Os direitos se perdem e se extinguem por causas naturaes e por causas juridicas. Destas a mais geral é a vontade do interessado, o qual pode *renunciar* e pode *alienar*. (23)

(18) Trattato cit., pag. 352.

(19) Vide diversos exemplos nas obras cits. de Windscheid, Chironi e Abello.

(20) Vide Unger — loc. cit.

(21) Dernburg — Pandette, pag. 239.

(22) Isso não quer dizer que não possam passar a outros sujeitos todos os direitos transitorios; os creditos, por ex., são susceptiveis de alienação e, neste caso, o antigo titular perde o direito, mas este não se extingue; a perda é simplesmente *subjectiva*.

(23) Dernburg — op. cit., pag. 240; Regelsberger — op. cit., pag.



Estatue o Código Civil:

Art. 77. Perece o direito, perecendo o seu objecto.

Art. 78. Entende-se que pereceu o objecto do direito:

I. Quando perde as qualidades essenciaes, ou o valor economico.

II. Quando se confunde com outro, de modo que se não possa distinguir.

III. Quando fica em lugar de onde não pode ser retirado.

Art. 79. Se a coisa perecer por facto alheio á vontade do dono, terá este acção, pelos prejuizos, contra o culpado.

Art. 80. A mesma acção de perdas e danos terá o dono contra aquelle que, incumbido de conservar a coisa, por negligencia a deixe perecer; cabendo a este, por sua vez, direito regressivo contra o terceiro culpado.

A *renuncia* (*renuntiatio*) consiste na declaração do titular, no sentido de abolir um seu direito. (24) A renuncia é ás vezes puramente abdicativa, outras vezes traslativa de direitos; (25) pode ella ser expressa, e tacita quando resulta inequivocamente de factos ou omissões. (26)

A *alienação* (*alienatio*) é a transferencia de um direito a outrem, por acto volitivo do titular; assim, produz a perda subjectiva do direito e não a objectiva. A alienação requer

448 e segs. Kuhlénbeck — Von den Pand. zum B. G. B., pag. 304 e segs.

(24) Dernburg — loc. cit.

(25) Vide Atzeri — Delle rinunzie, 1910, pags. 44 e segs. Sobre o conceito de Regelsberger, que se encontrava na primeira edição, vide Manual do Código Civil, 3.º volume.

(26) Vide Dernburg — loc. cit.; C. de Carvalho — Cons., art. 334, § 2.º.



um acto positivo, por isso o facto de se permittir uma usucapão não é alienação. (27) Tambem não é alienação a passagem do patrimonio do defuncto aos seus herdeiros. (28)

Essas differentes phases da vida do direito são determinadas sempre por acontecimentos ou *factos* a que a ordem juridica, pelas necessidades da convivencia social que ella regula, attribue effeitos juridicos. É por isso que pode affirmar-se com Abello e Chironi: «*Effetto immediato del fatto giuridico è, come s'è or detto, la nascita, la modificazione, il fine del diritto, delle relazioni cioè che la legge fa derivare dall'avverarsi di quelle circostanze che appunto per tal virtù, assumono nome e contenuto di fatti giuridici.*» (29)

Não é possivel uma classificação dos factos juridicos que se apresente capaz de indicar os seus caracteres geraes e as variedades especificas em que elles se desenvolvem. Entretanto, de modo geral, attendendo-se ás causas de que provêm, os factos juridicos formam dois grupos principaes: de um lado — factos humanos, isto é, actos da pessoa, voluntarios ou involuntarios; de outro lado — factos inteira-

(27) Dernburg — loc. cit.

(28) A. e loc. cits. A alienação é, pois, um modo de perda do direito para uma pessoa e de aquisição derivada para outra; mas nem toda aquisição derivada se verifica por meio de alienação; tem excessiva amplitude o conceito de Chironi e Abello — «la perdita del diritto che avvien per virtù del fatto derivativo, è in modo generale detta *alienazione.*»

((29) Trattato cit., pag. 355. Quanto á distincção entre effeitos juridicos geraes e especiaes, conforme se referem ao patrimonio como tal ou aos direitos de uma pessoa, singularmente considerados, não tem importancia para os fins de nosso estudo. Vide A. e op. cits., especialmente nota (2) da pag. 355.



mente occassionaes, acontecimentos independentes da vontade do titular ou de outras pessoas.

Ao primeiro grupo pertencem:

1.º os actos directos e voluntarios do proprio sujeito do direito, quer sejam simples declarações de vontade, como, por ex., os testamentos, quer dependam do accordo de uma outra vontade, como os contractos, quer sejam actos reaes, em que a declaração da vontade se ligue a um outro facto, v. g. a posse, a tradição; (30)

2.º os actos involuntarios do proprio titular, a sua culpa e negligencia;

3.º os actos voluntarios e involuntarios de terceiras pessoas.

No segundo se incluem:

1.º os acontecimentos extraordinarios, taes como o acaso e a força maior;

2.º os acontecimentos ordinarios, dos quaes o principal é o decurso do tempo.

Para maior facilidade da exposição e pela grande importancia que têm, serão em distinctos paragraphos estudados — os actos voluntarios do titular e os factos que provêm do decurso do tempo. (31) Todos os outros, quer consistam em actos humanos, quer em acontecimentos naturaes, serão considerados em um paragrapho unico. (32)

(30) A vontade tambem pode manifestar-se em omissões, que, por isso, são chamadas actos negativos e constituem uma sub-especie dos actos.

(31) Vide §§ 2.º e 4.º seguintes.

(32) Vide § 3.º seguinte.



§ 2.º *Dos actos juridicos e da declaração da vontade: a) noção e especies de actos juridicos; b) seus elementos essenciaes; c) declaração da vontade e interpretação dos actos juridicos; d) representação e ratificação; e) elementos accidentaes dos actos juridicos; f) inexistencia e annullabilidade dos actos juridicos.*

A) *Noção e especies de actos juridicos.*

A *vontade*, dizem Chironi e Abello, (1) movendo-se e desenvolvendo-se nos termos que lhe são assignalados pela lei, determina o nascimento, a modificação e a extinção dos direitos.

«Affinchè la volontà manifestata sia efficace e possa seguirne lo scopo cui è volta, bem accentuam os mesmos escriptores, è mestieri abbia un contenuto giuridico, ch'è come il tema della relazione che si vuol costituire, e che, considerato oggettivamente, è prodotto separato della volontà che la determinò; della persona che la volle. E fin qui s'avrebbe la manifestazione di volontà avente contenuto giuridico, ma non ancora la volontà giuridica, la volontà diretta ad un fine giuridico; a ciò occorre che la volontà manifestata divendi *dichiarazione*, ch'è il momento in cui essa si determina come prodotto, com'entità giuridica indipendente che si separa cioè dalla persona: se il primo momento è dato dal volere un giuridico contenuto, quest'ultimo è dato dal volere manifestare siffatta volontà, perchè sia produttiva del effetto giuridico cui s'intende. E non rileva,

(1) Trattato cit., pag. 369.



in questa disanima della dichiarazione di volontà per sè, se sia fatta ad una persona determinada, oppure no, chè tal ricerca si riferisce all'efficacia sua.» (2)

O *acto juridico*, ou *negocio juridico*, como preferem chamal-o os auctores allemães. (3) vem a ser uma declaração de vontade, privada, manifestada de modo valido, no intuito de produzir effeitos juridicos. (4)

(2) Op. cit., pag. 370.

(3) O termo allemão é *Rechtsgeschäft*. Vide Karlowa — Das Rechtsgeschäft und seine Wirkungen, 1877; Zitelmann — Irrthum und Rechtsgeschäft, 1879; Kindel — Das Rechtsgeschäft und sein Rechtsgrund; Enneceerus — Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin, 1888-1889; Bornemann — Von Rechtsgeschäften und Verträgen, 1883; Affolter — Zur Lehre des Rechtsgeschäfts, 1888; Isay — Die Willenserklärung in Thatbestande des Rechtsgeschäfts, 1899; Danz — Die Auslegung der Rechtsgeschäfte, 1897; Crome — System, § 79; Regelsberger — Pandekten, § 135; Cosack — Lehrbuch, § 51; Dernburg — Pandette, § 91; Die allgemeinen Lehren des bürgerlichen Rechts, § 106; Kühlenbeck — Von den Pandekten zum B. G. B., pags. 316 e segs.; Windscheid — Pandekten, § 69; Mathias Lehrbuch, § 46; Leonhard — Der allg. Theil, § 68; Endemann — Lehrbuch, § 60; Bechmann — Kauf, pags. 1-58; Lenel — Iherings Jahrbuch, vol. 19, pag. 154; Bierling — Juristische Prinzipienlehre, vol. 2.º, pag. 117; Scherer — Die fünf ersten Jahre des B. G. B., 1.º, 1905, pags. 296 e segs. Sobre esta expressão diz Regelsberger: «Das Wort Rechtsgeschäft, das heutzutage zum unentbehrlichen Sprachschatz des Juristen gehört, ist von verhältnismässig jungen Datum. Es findet sich zuerst bei Hugo — Lehrb. der Pand. 3. Aufl. 1805.» Os escriptores italianos mais modernos empregam tambem a expressão — *negozio giuridico*: — Chironi e Abello — Trattato, pags. 369 e segs.; Brugi — Ist., pags. 146 e segs.; Fadda — Il negozio giuridico, 1896; Ferrini — Intenzione e efficacia nei neg. giur. in Rend. Ist. Lomb., vol. XX, pags. 825 e segs.; Scialoja — Responsabilità e volontà nei negozi giuridici, 1885; Segrè — Studi sul conc. del neg. giur., 1900. Diz Bensa — Ist. cit., pag. 131: «Devesi per altro riconoscere che oramai la tendenza universale della dottrina italiana è quella di adottare e di svolgere la figura sintetica del negozio giuridico.»

(4) Windscheid — Pandekten, § 69; Chironi e Abello — loc. cit.;



Define o Código Civil:

Art. 81. Todo o acto lícito, que tenha por fim immediato adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos, se denomina acto jurídico.

O conceito do negocio jurídico, afirma Dernburg, (5) é um producto da systematica moderna. Recentemente alguns escriptores têm-se pronunciado contra a justificação de um conceito generico; assim, cada especie de acto jurídico, da forma por que se manifesta na vida, deve ser tomada em consideração, mas o estabelecimento de regras communs não é possível. Esta critica, assevera Dernburg, é injustificada, porquanto, apesar de toda a diversidade das especies singularmente consideradas, existem principios fundamentaes communs. O acto jurídico «é, em geral, o instrumento da determinação autonoma no campo do direito privado.» (6)

Na esphera do direito privado attribue-se aos individuos um vasto campo, no qual pode desenvolver-se livremente a sua actividade, estabelecendo as relações jurídi-

Dernburg — loc. cit. Escreve este ultimo (Pandette, trad. ital., pag. 269): «Negozii giuridici sono le dichiarazioni di volontà le quali sono dirette alla costituzione, alla modificazione od all'annullamento di un rapporto giuridico, senza differenza, se ciò avvenga per effetto della dichiarazione soltanto, ovvero in connessione con altri fatti, come per es. il pagamento di un debito, l'occupazione di cose senza padrone, ad csempio della selvaggina atterrata dal cacciatore; neanche importa se l'agente acquisti coscienza dell'effetto del suo atto. Al contrario le disposizioni dell'autorità, specialmente le sentenze, non sono negozi giuridici.» Sobre este ultimo ponto manifesta-se de opinião contraria — Brinz — Pandekten — vol. IV, § 52^b, nota 19.

(5) Loc. cit.

(6) Dernburg — loc. cit.



cas que julgarem convenientes á satisfação dos seus interesses. (7)

É esta a alçada do acto juridico: assim, qualquer que seja a sua especie, são os mesmos os principios de capital importancia, que se referem á capacidade de agir, á declaração da vontade, á allegação de seus vicios e, portanto, á impugnação de sua validade, como tambem ao effeito juridico desejado. (8)

É a vontade do individuo que determina qualquer acto juridico, mas, como dizem Chironi e Abello, (9) o direito objectivo não reconhece a qualidade de acto juridico ao facto voluntario a que falte a intenção de adquirir ou de agir juridicamente. Comprehende-se que tal intenção deve ser determinada de accordo com o conteudo legal da relação. (10) Ponderam Chironi e Abello: «la volontà si determina, s'esplica, dando vita e movimento reale allo schema legale del rapporto, come astrattamente è pensato e descritto dalla legge incarnandolo in sè e ad esso informandosi: quindi volere un fatto è volerlo in quel modo e con quella virtù che la legge regola.» (11) Tem razão Regelsberger,

(7) Vide Regelsberger — op. cit., pag. 487. «Es ist die Sphäre der sogenannten Privatautonomie,» escreve este auctor.

(8) Conf. Dernburg — loc. cit.

(9) Loc. cit.

(10) Diz Ferrarini (apud Chironi e Abello) que o acto juridico está para a relação de direito como o meio está para o fim, deduzindo como consequencia que, do mesmo modo que o meio se concebe preexistente ao fim, assim tambem o *acto juridico* é preexistente á relação de direito a que tende, e faz parte das idéas do acto juridico a consideração de sua aptidão a realisar a relação de direito.

(11) Loc. cit.



quando afirma: Não é ficção, mas corresponde á experiencia da vida que a base do acto juridico se encontra na vontade dirigida a um effeito juridico e não simplesmente a um effeito economico, como pretende Lenel, ou empirico, como admite Bechmann. (12)

Ultimamente muito se tem discutido sobre a relação immediata entre a vontade e o effeito juridico.

Constituiram-se duas escolas de concepções diametralmente oppostas. Uma entende que as consequencias do acto juridico são exclusivamente devidas á ordem juridica e nunca á vontade dos interessados; esta vontade, com a sua declaração, daria movimento ou impulso á ordem juridica, por assim dizer, de um modo mechanico. É a theoria de Thon, (13) sustentada por Kohler (14) e, até certo ponto, por Lotmar, (15) que foi o primeiro a desenvolver o conceito que «tendo a declaração de vontade consequencias juridicas, por effeito do direito (objectivo), é indifferente a vontade de taes consequencias juridicas nos agentes.» (16)

(12) Pandekten, pag. 489: «Es ist also nicht Fiktion sondern der Erfahrung des Lebens entsprechend, dass bei den Rechtsgeschäften ein auf Rechtswirkung gerichteter Wille zu Grunde liegt, nicht bloss ein wirtschaftlicher (Lenel) oder empirischer» (Bechmann). Coviello toma em consideração o fim pratico a que se dirige a vontade: «Per negozio giuridico si deve intendere la manifestazione di volontà di una più persone, le cui conseguenze giuridiche sono dirette ad attuarne il fine pratico».

(13) Rechtsnorm, pag. 371.

(14) Apud Dernburg — loc. cit.

(15) Ueber causa, 1875, pag. 15, cit. por Dernburg — loc. cit.

(16) Contra esta doutrina têm-se pronunciado muitos escriptores. Para a critica de Thon *vide* os auctores citados por Dernburg — loc. cit., nota (10).



A outra escola sustenta exactamente o contrario: «quem quer uma obrigação de locação, diz Bruns, (17) quer implicitamente todas as consequencias que o direito (objectivo) lhe attribue.» É esta, como affirma Dernburg, a opinião dominante, mas cumpre reconhecer que só por uma pura ficção, que absolutamente não corresponde á realidade das coisas, se poderiam admittir taes consequencias extremas.

Ambas as theorias são egualmente exaggeradas: nem o effeito juridico é indifferente á declaração da vontade, nem todas as consequencias juridicas são sempre, de modo explicito ou implicito, previstas e queridas pelos interessados. Está com a verdade a opinião intermediaria, sustentada por Bulow, Hartmann, Regelsberger, Dernburg, Chironi e Abello, Brugi e outros.

Diz Dernburg: «A questão é: que effeito juridico é produzido pela vontade? A isto deve responder-se: a constituição, a annullação, a modificação de uma relação juridica. Eu quero ser herdeiro, e torno-me tal; conluo um contrato de compra e venda e torno-me comprador, ou vendedor. A relação entre a vontade e *este* effeito juridico é manifesta. Mas, que effeito tenha, além disso, a relação juridica, uma vez constituída, não pode ser determinado exclusivamente pela vontade daquelle que a constituiu.» (18)

Explicam Abello e Chironi: «Vero che può anche concorrere un fine mediato cui non si dà, per ordinario, importanza, ma ciò non toglie che il negozio esista giuridicamente solo in quanto ha un fine giuridico al qual tende la manifes-

(17) Apud Dernburg—loc. cit.

(18) Loc. cit.



tazione della volontà volta a certe conseguenze, che, producendo determinati effetti giuridici, son perciò dirette a questi.

Si dichiara cioè di volere un effetto giuridico, e l'ordine giuridico fa ch'esso avvenga per *ciò ch'è voluto*; basta che la volontà sia diretta a quel fine giuridico secondo è nell'ordinamento legale concepito e fissato e non si rileva se, oltre a questo, essa è rivolta anche ad altro scopo che, senza entrare essenzialmente a comporre la struttura del negozio, secondo lo schema ch'è nella legge, vien pure, in quei modi che questa consente, a costituire il negozio voluto.» (19)

Quanto á observação de que muitas vezes não existe a vontade de produzir efeitos determinados, que se ignora mesmo algum efeito que venha a ser produzido pelo acto juridico, dizem os mesmos auctores: «Dal momento che il rapporto è voluto si deve ben ritenere che la volontà diretta a costituirlo, benchè non specialmente volta ad ottenere tutti gli effetti che son determinata dalla legge, sia diretta a tutti gli effetti ch'esso, secondo la legge, può produrre.» (20)

De modo ainda mais pratico se exprime Brugi:

«Nell'atto giuridico noi ravvisiamo il carattere fondamentale del corrispondere l'effetto alla intenzione dell'agente.

L'effetto è uno di quelli consentiti e regolati dal diritto: ma sarebbe esagerato trasportare qui il concetto filosofico di causalità e credere che chi compie tali atti vegga tutte le conseguenze giuridiche di essi. Alcune dipendono dall'

(19) Loc. cit.

(20) Loc. cit.



ordinamento giuridico, più che dalla volontà dei privati.» (21)

Esta distincção entre os effeitos juridicos previstos e queridos pelos interessados, ao se constituir o acto juridico, e os effeitos puramente legaes, não considerados pelas partes, pode ser esclarecida com o exemplo seguinte: no contracto de compra e venda pretende-se, de um lado adquirir juridicamente a propriedade de um objecto, de outro lado alienar-o mediante um certo preço; é clarissimo o effeito juridico declaradamente querido pelos contratantes: a aquisição de um direito real, do dominio sobre certos bens para uma parte e a consequente perda do mesmo direito para a outra parte. O vendedor aliena a coisa e adquire o preço; o comprador adquire aquella e aliena este. Os motivos psychologicos, as vantagens economicas, que cada qual suppõe tirar da relação juridica effectuada, são inteiramente estranhos ao acto juridico; é-lhe, porém, essencial a consideração de que a *vontade das partes se declarou no sentido de produzir um effeito juridico*.

Entretanto este mesmo acto poderá produzir, em vez

(21) Ist. cit., pag. 148. Como observa Dernburg, um negocio juridico só existe quando as partes querem *adquirir um direito* ou *vincular-se juridicamente*. É inexacta a exposição de Lenel, afirma o mesmo auctor, — que os interessados, na conclusão de seus negocios juridicos, tenham em vista um fim economico e social e que a configuração juridica emane exclusiva e directamente do direito (objectivo). É verdade que as partes têm muitas vezes representações que não são rigorosamente determinadas, e até ás vezes croneas, ácerca da forma juridica sobre que recáe o seu acto, e que para ellas esta questão de regra não é decisiva. Mas os motivos psychologicos, que, segundo Lenel, determinariam o acto, só por excepção entram em conta, ao ser elle considerado (*ratio legandi legato non coheret.*).



do effeito desejado, outros effeitos, dos quaes as partes nem siquer cogitaram. (22) É o que succede, por ex., quando o objecto vendido tem certos vicios occultos ou não pertence ao vendedor, que ignorava esta circumstancia. Deve-se, porém, reconhecer que a vontade das partes se dirigia ao effeito ordinario do acto juridico, effeito que não se obteve por se tratar de um caso, por assim dizer, pathologico.

Pode ainda succeder que as partes chamem compra e venda o acto que só poderá valer juridicamente como locação, considerem deposito o que tem os caracteres de verdadeiro mutuo, tenham por locação de serviços o que bem pode ser contrato de sociedade. Com effeito, na organização das sociedades civis o direito se encerra em um systema de principios difficilmente accessiveis a todos. (23) Mas a questão se resolve no seguinte: a vontade do individuo só é efficaz dentro dos limites que lhe são traçados pela ordem juridica: si esta, por meio de uma regra coactiva, absoluta, (24) estabelece formalidades para certos actos juridicos, poderão os individuos deixar de entrar na relação juridica correspondente, mas si entram, si querem os effeitos juridicos que de taes actos decorrem, têm de fatalmente submeter-se ao principio legal, cuja ignorancia não poderá ser allegada. (25) Assim, o effeito juridico declaradamente

(22) Vide os exemplos citados por Dernburg (loc. cit.).

(23) Escreve Brugi: "Appena nei più usuali atti giuridici si fa a meno del consiglio dell'uomo di legge; la maggior parte richiede quest'intervento. È di somma opportunità offrire oggi alle classi non abbienti una gratuita consulenza legale".

(24) Vide Parte Primeira.

(25) Vide Parte Primeira.



querido não pode ser alcançado sinão de accordo com a norma. Si, de outro lado, são diferentes do desejado os efeitos da declaração da vontade, ou isso se verifica porque principios legais subsidiarios supprem a vontade dos interessados, ou então porque preceitos absolutos regulam a relação jurídica validamente constituída. É que a vontade dos individuos só é efficaz até o ponto em que o admite a ordem jurídica. (26) Em todos os casos regulados por

(26) É digna de nota a explicação de Chironi e Abello: «Il contenuto del negozio giuridico è costituito dal fine voluto, dalla volontà intesa ad un fine determinato: ma in questa volontà v'è una parte che forma lo schema legale del voluto, ma *volontà legale* attorno a cui il volere particolare della persona si muove, lavora a fine giuridico: ed i momenti di tal lavoro son dichiarati nella distinzione che si dà degli elementi, ond'è formato il contenuto del negozio giuridico, in *essenziale, naturali, accidentali*. Sono *essenziali* quelli che costituiscono l'entità del negozio e gli attribuiscono una determinata figura giuridica: secondo l'ordinamento legale debbono concorrere affinché esista un negozio giuridico di una data specie: così, poichè *emptiones substantia constitit ex pretio*, se mancassero a ragion di simulazione l'elemento del prezzo, non s'avrebbe vendita, ma donazione, se fosse questa la figura di negozio voluta. *Naturali* son gli elementi che ineriscono al negozio, per effetto di positiva disposizione di legge, tuttochè non siano stati espressamente voluti; e, a seconda dell'entità della legge che li ordina, diverso è il modo col quale opera la volontà rispetto all'ordinamento suo: alcuni valgono per diretta virtù della legge sol che la volontà non contraddica espressamente, altri invece per diretta virtù della volontà che si suppone presunta dalla legge suppletiva. *Accidentali*, od anche determinazioni accessorie del negozio, son tutti gli elementi ch'esistono soltanto per via della particolare volontà che li deduce nel contenuto del negozio. Altro è poi discernere il grado col quali questi elementi concorrono nel contenuto del negozio; perchè, se la volontà non può alterare il contenuto legale (volontà legale) del fatto che costituisce, può elevare all'ufficio di elementi essenziali anche i naturali e gli accidentali: l'efficacia loro nel contenuto dipende dunque dall'ufficio che in questo, a ragion del fine voluto, venne assegnato dalla volontà.»



normas de direito não coactivo (27) é soberana a vontade dos interessados, e ahí não ha como negar a relação immediata entre a declaração da vontade e os effeitos juridicos do acto, que ella pretenda constituir.

Diz muito bem Dernburg: «As relações juridicas não se podem crear arbitrariamente, segundo idéas subjectivas. A vida juridica move-se em formas typicas, determinadas, de negocios. É extremo este rigor no campo dos direitos da Familia. Para a conjuncção dos sexos só existe a forma juridica do matrimonio, nenhuma outra é permittida. Pode-se adoptar alguém como filho, não como irmão.» (28) Maior liberdade offerecem os direitos patrimonias, principalmente os das obrigações.

Os actos juridicos podem ser:

- 1.º *Inter vivos* e *mortis causa*;
- 2.º Unilateraes e bilateraes;
- 3.º Onerosos e gratuitos.

1.º Quanto ao tempo em que devem produzir effeito, os actos juridicos se consideram constituídos *inter vivos* ou *mortis causa*. Alguns actos juridicos se destinam a regular os direitos patrimonias de um individuo depois de sua morte. Estes actos são ordinariamente unilateraes e ficam dependendo da morte do declarante; (29) só produzem

(27) Vide Parte Primeira.

(28) Dernburg — loc. cit.

(29) Dispõe o direito romano (L. 32 de *mortis causa donat.* 39, 6): *Non videtur perfecta donatio mortis causa facta, antequam mors insequatur*. Por ahí se vê que tambem existem actos bilateraes *mortis causa*, como, por ex., a doação. Vide Crome — System, pag. 325.

effeito depois de verificado este acontecimento (30) e são caracteristicamente revogáveis: subsistem si antes da morte não tiverem sido revogados. (31) São dessa natureza os testamentos e codicillos; as doações *mortis causa* têm caracter bilateral, mas podc-se affirmar com Regelsberger que entre os actos juridicos *mortis causa* preponderam os unilateraes e que são ordinariamente bilateraes os *inter vivos*. (32) É claro que toda e qualquer declaração de vontade, que não é destinada a produzir effeito juridico após a morte do declarante, constitue, nos limites impostos pela ordem juridica, actos ou negocios juridicos entre vivos.

2.º Os actos juridicos são *unilateraes* quando consistem na declaração da vontade de uma só pessoa (testamento, renuncia de herança, occupação, abandono); (33) são bila-

(30) Por isso têm o nome de declarações de ultima vontade. Conf. C. de Carvalho — Cons., art. 221 — «A efficacia dos actos juridicos pode ou não depender do fallecimento daquelles de cuja vontade emanaram e assim ou são entre vivos ou disposições de ultima vontade.»

(31) Chironi e Abello — loc. cit. Vide C. Carvalho — Consolidação, art. 221, § unico — «Todos os actos ordenados para o tempo da morte se podem revogar até a morte, salvas as clausulas ou estipulações nos pactos ante-nupciaes.»

(32) Regelsberger apresenta logicamente as disposições de ultima vontade como sub-especie dos actos juridicos *mortis causa*: «Eine Unterart, diz elle, der Rechtsgeschäfte von Todeswegen sind die letztwilligen Rechtsgeschäfte.» O Codigo Civil brasileiro não admite as doações revogáveis *mortis causa*, nem os pactos successorios. Vide quanto ás doações antenupciaes os arts. 312 a 314 do Codigo e o artigo «Dos pactos successorios nos contractos antenupciaes», que publicamos no volume de «Estudos Juridicos dedicados ao Prof. Filinto Bastos» (1916).

(33) Escriutores ha que não consideram a occupação e o abandono como actos juridicos; desse pensar é Sintenis (apud Chironi e Abello). Em sentido contrario — Wächter — Pandekten I, § 83, nota (2); Unger — System, II, § 78; Chironi e Abello — loc. cit.

teraes quando exigem o concurso de vontade de duas ou mais pessoas, para accordemente obter um fim juridico. (34)

Quanto aos actos juridicos unilateraes costuma-se ainda distinguir, segundo a declaração da vontade subsiste por si, ou precisa ser estabelecida em presença de outrem, como nos protestos, notificações, etc. (35) «Negozzi unilaterali tra vivi, escreve Dernburg, sono segnatamente le notificazioni della volontà, che si compiono col pervenire all'altra parte. Alcune di esse sono destinate alla preparazione di negozi, come le procure, le offerte obbligatorie, altre servono alla continuazione di essi, come le denunzie, gli avvisi.» (36)

Actos bilateraes são os contratos. Além destes, não haverá outros actos bilateraes? Affirma Regelsberger: *Zweiseitige Rechtsgeschäfte sind die Verträge, UND NUR DIE VERTRÄGE.* (37) É tambem a opinião de Windscheid, Dernburg, Crome e da maioria dos auctores. Pretendem, todavia, alguns escriptores que além dos contratos, outros actos juridicos existem com o character de bilateralidade. Desse modo de pensar são Bekker, Gierke, Kuntze, Baron, Chironi e Abello. Escrevem estes ultimos: «Nè i soli contratti partecipano del carattere di *bilateralità* come negozi giuridici: perchè son pure negozi bilaterali gli atti *complex-*

(34) Dernburg — loc. cit.; Chironi e Abello — loc. cit.; Regelsberger — Pand., pag. 541: «Für manche (Rechtsgeschäfte) genügt die Willensbethätigung einer Partei, andere erheischen das Zusammenwirken mehrerer Parteien.»

(35) Chironi e Abello — loc. cit.; Gierke — D. Privatrecht, pag. 284, nota (4).

(36) Pandette, trad. ital., pag. 274.

(37) Pode-se traduzir: negocios juridicos bilateraes são os contractos e só os contractos. Vide Pandekten, pag. 542.



sivi o *collettivi*, consistenti nella riunita o simultanea azione di più persone volta a raggiungere un unico scopo giuridico in rapporto ai terzi, per dar vita in conspetto ai terzi, o coi terzi ad un negozio giuridico che solo può perfezionarsi con la cooperazione di più partecipanti, i quali non stanno tra loro in rapporto di *parte*; nell'alto complessivo, a differenza di quanto avviene nel contratto, i soggetti non stanno uno di fronte all'altro, ma l'uno *accanto* all'altro: non hanno interessi opposti ma convergenti, benchè possano averli separati e diversi». (38) Não nos parece, e neste ponto estamos de acordo com Fadda e Bensa, que esta vontade colectiva constitua por si um acto juridico, isto é, que se forme um acto juridico bilateral entre os participantes com interesses convergentes. (39) Escreve Coviello: «Dal negozio giuridico bilaterale o contratto bisogna distinguere l'atto complessivo o complesso* o collettivo (Gesammtakt), figura delineata dalla recente dottrina tedesca. Anche l'atto complesso, come il contratto, è l'unione di più volontà, ma ne differisce pel modo e per l'efficacia di tale unione. Nel contratto vi sono due soggetti, l'uno all'altro

(38) Loc. cit. É digno tambem de consideração um trabalho de Kuntze, publicado em 1892, como homenagem da Faculdade Juridica de Leipzig para o jubileu doutoral de O. Müller e intitulado "Der Gesammtakt — ein neuer Rechtsbegriff."

(39) Dizem Fadda e Bensa: "A noi sembra, chè per sè questa volontà collettiva non costituisca negozio giuridico, e che in quanto entra in questo, ne sia solo un elemento. Specialmente poi è erroneo considerare il tipo in esame ora come negozio bilaterale, ora come unilaterale. Esso infatti costituisce una dichiarazione di volontà da una sola parte, e quindi potrà entrare a formare l'una o l'altra sorta di negozio, ma non lo è di per sè." Notas a Windscheid, pag. 846.



contrapposti, nell'atto complesso vi sono più soggetti che agiscono della stessa parte; là c'è manifestazione di volontà che s'incrociano, qui c'è manifestazione di più volontà parallele.»

Os contratos, que são sempre *actos juridicos bilateraes*, podem, por sua vez, ser unilateraes ou bilateraes. A antithese em um caso é bém distincta da estabelecida no outro. O acto juridico, dizem Fadda e Bensa, é unilateral ou bilateral conforme o effeito juridico é devido á declaração da vontade de uma parte ou ás declarações accordes de duas ou mais partes. O contrato é bilateral, quando produz obrigações reciprocas para os contrahentes; é unilateral si delle decorre obrigação só para uma das partes. A antithese que no primeiro caso se refere á perfeição do acto, no segundo visa o seu effeito. O contracto, que *pode ser bilateral ou unilateral quanto aos seus effeitos, é sempre bilateral quanto ao modo de sua formação.* (40)

3.º Em relação ao conteúdo da declaração ou das declarações de vontade e, assim, considerando-se o fim querido, os actos juridicos se dividem em *onerosos* e *gratuitos*. Onerosos são aquelles em que á vantagem obtida corresponde um sacrificio; gratuitos são os em que á concessão de uma utilidade não corresponde para a parte que a obtem um sacrificio equivalente. (41)

Ainda sob este ponto de vista tem-se a distincção dos actos juridicos em *materiaes* ou *causaes* e *abstractos*: nestes, dizem Chironi e Abello, a vontade declarada é causa em si

(40) Notas a Windscheid — loc. cit.

(41) Vide Chironi e Abello — loc. cit.



mesma; nos causas a declaração é feita em atenção á causa que a provocou. (42) Podem ser assignaladas outras especies de actos, tomando-se em consideração o conteúdo: assim, podemos distinguir os actos *obrigatorios*, os *reaes*, os *familiaes*, os *successorios*. (43)

Coviello tambem se refere a uma subdivisão dos actos juridicos parimoniaes em actos de administração e actos de disposição.

B) *Elementos essenciaes dos actos juridicos*. Cada especie de acto juridico tem requisitos seus proprios, mas alguns requisitos ha que a todos são communs.

Têm este caracter:

- 1.º a capacidade do agente;
- 2.º a declaração da vontade, feita de modo valido (consentimento);
- 3.º o conteúdo juridico.

Diz o Codigo Civil:

Art. 82. A validade do acto juridico requer agente capaz (art. 145 n. 1) objecto licito e forma prescripta ou não defesa em lei (arts. 129, 130 e 145).

1.º *A capacidade do agente*. As pessoas que pretendem constituir um acto juridico devem possuir a capacidade particular requerida para esse fim. Neste sentido é juridicamente capaz quem, de accordo com a determinação do direito objectivo, está em condições de poder querer, de

(42) Loc. cit.

(43) Crome—System: "Die Rechtsgeschäfte sind, je nach der Art des dadurch begründeten (veränderten oder aufgehobenen) Rechtsverhältnisses, entweder obligatorische, dingliche, familien = oder erbrechtliche Geschäfte." Vide tambem Chironi e Abello—loc. cit.

modo a produzir os efeitos legalmente permitidos. (44)

Dizem Chironi e Abello: «Onde apparisce come la capacità giuridica significa qui, secondo i principi generali capacità di *volere giuridicamente*: possibilità di volere secondo la legge, che, fondata per ordinario sulla possibilità naturale, talvolta esiste a sè per via dell'ordinamento legale determinato a ciò da necessità sociali, sia economiche, sia dello sviluppo dei concetti di etica giuridica. E tal possibilidade di volere, che val possibilidade di produrre gli effetti giuridici inerenti alla dichiarazion di volontà, è riconosciuta ad ogni persona naturale pel necessario rapporto in cui è col concetto di personalità; può tuttavia mancare, in tutto o in parte, nella realtà, come esercizio, como attuazione nella vita della semplice possibilidade astratta, inerente all'organismo ed alle funzioni psychiche.» (45).

Assim, pois, a capacidade é a regra, porque a personalidade supõe um poder de vontade capaz de estabelecer relações jurídicas. Mas esta presumpção desaparece deante de certas causas, que naturalmente excluem a plenitude de vontade, ou deante dos limites estabelecidos pela ordem jurídica, ora no interesse da propria pessoa, ora no interesse geral. D'ahi o estado excepcional de incapacidade nas duas formas sob que se apresenta: *natural* e *legal*.

É, com effeito, a vontade o primeiro factor do acto juridico; assim haverá incapacidade todas as vezes que exista um motivo qualquer, que impossibilite ou torne defeituoso o desenvolvimento e o funcionamento das faculdades

(44) Chironi e Abello — Trattato, pag. 378.

(45) A. e loc. cit.



psychicas. Essa falta, esse defeito provém, como já se viu na apreciação da capacidade em geral, (46) da idade ou de molestias mentaes: no primeiro caso não têm as faculdades psychologicas o desenvolvimento necessario; no segundo estão alteradas ou aniquilladas. (47)

Em alguns casos, porém, existe a possibilidade natural de querer, mas o direito objectivo não a reconhece nem lhe dá consistencia juridica, por motivos de ordem publica; nestes casos a incapacidade se restringe a certos e determinados actos juridicos.

Assim, a capacidade pode faltar inteiramente ou ser incompleta: na primeira hypothese ha verdadeira incapacidade, na segunda — uma capacidade limitada. (48)

Os incapazes não podem praticar directamente actos juridicos; são, porém, representados em todos os negocios de seus interesses por outras pessoas, que tomam o nome de *representantes legaes*. Estes são em primeiro lugar o *pae* e a *mãe*, na qualidade de protectores naturaes de seus filhos menores; na sua falta ou impedimento, o *tutor*, e em alguns casos, ou quando a incapacidade não provém da menoridade — o *curador*.

(46) Vide o § 1.º do Cap. II da Parte Segunda.

(47) Observam Chironi e Abello que, no caso de alteração da psyché, quando tal estado é passageiro ou derivado da culpa do agente (como, por ex., na embriaguez), a *responsabilidade* pode exercer a sua acção integrante para supprir a vontade defeituosa.

(48) Crome — System, pag. 362: "Die Geschäftsfähigkeit kann entweder ganz fehlen (hier reden wir von Geschäftsunfähigkeit) oder eine unvollkommene sein (beschränkte Geschäftsfähigkeit)." Costuma-se, todavia, fallar em incapacidade absoluta e incapacidade relativa. Vide o § 1.º do Cap. II da Parte Segunda.



Prescreve o Código Civil:

Art. 84. As pessoas absolutamente incapazes serão representadas pelos pais, tutores ou curadores, em todos os actos jurídicos (art. 5); os relativamente incapazes, pelas pessoas e nos actos, que este Código determina (arts. 6, 154 e 427, n. VII).

Na capacidade limitada não se torna precisa essa representação em todos os casos. A pessoa que se acha em tal condição deve ter, para certos actos, o consentimento ou auctorisação de outra pessoa, sob cuja dependencia está. (49)

Como observam, entre outros, Regelsberger e Crome, não basta que uma pessoa tenha capacidade, para que se tornem juridicamente effectivos os actos que nesse intuito pratique. (50) Tratando-se de um acto juridico, em que se contenha a disposição (Verfügung) de um objecto patrimonial, á capacidade de agir deve associar-se o poder juridico de dispôr deste objecto de um modo determinado. (51)

A incapacidade de dispôr, ou provém de alguma prohi-

(49) Esta condição poderá ser melhor apreciada no exame de cada especie de acto juridico.

(50) Diz Crome — System, pag. 371: "Um ein Rechtsgeschäft abzuschliessen, genügt nicht, dass man die persönliche Fähigkeit besitzt, überhaupt rechtsgeschäftlich thätig zu werden."

(51) É o que observa Regelsberger (Pand. cit., pag. 538): "Enthält der Rechtsgeschäftliche Akt die Verfügung über einen Vermögensgegenstand, so muss sich zur Geschäftsfähigkeit die rechtliche Macht gesellen, über diesen Gegenstand in der bestimmten Weise zu verfügen." Escreve tambem Crome: "Man muss, sofern es sich bei dem Geschäft um eine Rechtsübertragung, Rechtsänderung oder Aufhebung bestehender Rechte handelt, auch die Befugniss haben über den Gegenstand des Geschäfts zu verfügen."



bição legal, ou da circumstancia de a outra pessoa pertencer o objecto patrimonial.

Diz Crome: «Vi sono oggetti dei quali è impossibile una disposizione con efficacia giuridica, in maniera che, se avvenga, sia immediatamente nulla.» (52)

Em regra, tem capacidade de dispôr dos objectos, que lhe pertencem, quem possui a capacidade de agir.

Quando os objectos se acham sob o poder juridico de outrem, é, em principio, indispensavel o seu consentimento para uma alienação valida. (53)

Ha tambem uma capacidade limitada ou uma incapacidade relativa de disposição, quando o agente, pessoa *sui juris*, precisa do consentimento de outrem para empregar validamente o seu poder de disposição sobre um objecto que lhe pertence; é o que succede ao marido, relativamente aos immoveis do casal. (54)

Como determina o Codigo Civil (art. 83), a incapacidade de uma das partes não pode ser invocada pela outra,

(52) Parte generale del diritto franc. moderno, pag. 287. Refere-se o auctor aos arts. 1126 e segs. do Cod. Civ. Francês, que se occupam do objecto dos contratos.

(53) Escreve Crome: «La capacità de disporre manca in generale sopra gli oggetti sottoposti al potere giuridico di un terzo, quando manchi il consenso di questo; una disposizione, fatta senza questo consenso, é nulla.» (Parte generale del diritto priv. franc. mod., pag. 286). Vide tambem — System., 1.º vol., pag. 371 e Regelsberger — Pandekten, I, pag. 539. Este consentimento é um acto juridico unilateral, diz o ultimo escriptor.

(54) Vide C. de Carvalho — Cons. (art. 1039, letra *b*): Não pode vender o marido, sem outorga da mulher, os immoveis do casal; (art. 726, § 3.º) — Depende de outorga da mulher, qualquer que seja o regimen de bens no casamento, a hypotheca convencional feita pelo marido.



em proveito proprio, salvo se fôr indivisivel o objecto do direito ou da obrigação commum.

2.º *Declaração da vontade, feita de um modo valido (consentimento)*. Escreve Dernburg: «No espirito do agente se forma a idéa do negocio juridico. Ela vem a ser realisada mediante as declarações correspondentes.»

Antes de ser externada, pode mudar-se a bel prazer, assim como é desprovida de valor juridico. A declaração deve ser consciente e querida de modo preciso (*avuta in mira*). Não ha declaração, ainda que existam intenções longamente nutridas, no delirio da febre, ou em uma embriaguez inconsciente. São, por consequencia, distinctas a vontade do acto, isto é, a vontade de realisar o typo de negocio que tenhamos, porventura, mentalmente formado, e a vontade da declaração, em virtude da qual aquella outra vontade encontra a sua manifestação e por esta maneira alcança o seu fim.» (55)

Si a declaração da vontade se destina a fazer apparecer exteriormente a vontade interna, para lhe attribuir valor juridico, é claro que, para esse effeito, tem ella sempre necessidade de uma forma, sob a qual se manifeste. (56)

(55) Pandette, trad. ital., pag. 281. Conf. Regelsberger — Pandekten, pag. 492: «Um rechtliche Bedeutung zu gewinnen, muss der Willensentschluss, praktisch in die Aussenwelt einzugreifen, geäußert sein. Das will besagen: der Vollende muss sinnlich wahrnehmbar gemacht haben, dass jene praktische Absicht in seinem Innern vorhanden sei;» isto é, para ter valor juridico deve a determinação de vontade entrar praticamente no mundo exterior; ou por outra, o agente deve mostrar de modo sensivel que aquella intenção pratica existe em sua consciencia.

(56) Crome — Parte gen., pag. 251. Diz Windscheid — Pand., § 72:

«*Forma*, definem Chironi e Abello, é o modo juridico sob o qual a manifestação deve ser feita, para haver declaração de vontade.» (57) A forma mais elementar é a expressão da vontade por meio de palavras ou de signaes que, por serem communmente intelligiveis, são entendidos com tanta segurança como a propria linguagem fallada. (58) «Meios idoneos de manifestação da vontade, diz Regelsberger, são sómente aquelles sons, signaes, actos, que, segundo os usos e costumes, são proprios para despertar em outrem a representação da existencia da vontade, pois a manifestação deve ser intelligivel.» (59)

Muitas vezes a declaração, para ser valida, tem de chegar ao conhecimento de uma pessoa determinada, á qual se dirige. É o que succede nos actos bilateraes e em alguns unilateraes. Outras vezes é a declaração emittida de um modo geral; mas, ainda assim, deve haver escolha de meios, pelos quaes a declaração possa tornar-se reconhecida por aquelles que nella têm algum interesse. (60)

«Para a validade da declaração de vontade, exige-se tambem que tenha a conveniente conformação exterior.»

(57) Trattato cit., pag. 382. Vide tambem Loewe — Die Form der Rechtsgeschäfte, 1899; Völdendorf — Die Form der Rechtsgeschäfte nach allgemeinen Grundsätzen und positiven Rechte; Uranitsch — Die Formverfügung bei Rechtsgeschäften, 1890.

(58) A. e loc. cit.

(59) Pand. cit., pag. 493: «Rechtlich brauchbare Aeusserungsmittel sind aber nur diejenigen Töne, Zeichen, Handlungen, welche nach Sitte und Brauch geeignet sind, in einem andern die Vorstellung von dem Dasein des Willens zu erwecken, denn die Aeusserung müsse verständlich sein.»

(60) Dernburg — loc. cit. Observa Kohler (apud Dernburg) ácerca da addição da herança: «L'atto deve seguire in modo che rechi in sé il carattere di un negozio; chi adisce l'eredità davanti al suo cameriere,



Não é indispensavel que a declaração da vontade seja *expressa*; pode ser uma *declaração indirecta* ou ainda *verdadeiro silencio* (declaração tacita).

Declaração expressa, chamada tambem directa, immediata, explicita, é a que se manifesta por meio dos signaes usualmente apropriados a esse fim. A ella se oppõe a declaração *tacita* (indirecta, mediata, implicita), a qual se deduz *dos facta concludentia*, ou pode consistir no puro silencio. Com effeito, a declaração pode apresentar-se de modo indirecto, por meio de actos que têm outros fins independentes, mas que auctorisam a concluir a existencia da vontade e que por isso são chamados *factos concludentes*. (61) A conclusão deve ser logicamente necessaria, embora não de modo absoluto, pois é muitas vezes sufficiente uma illação tirada da experiencia da vida, (62) capaz de produzir uma

difficilmente ha adito con efficacia giuridica.» A isso accrescenta Dernburg: «Ma se veramente in favore del cameriere fosse stato dal testatore disposto un legato, e questo fosse stato pagato, l'adizione dell'eredità non sarebbe da por si in dubbio. Infatti questo atto ha il carattere di un negozio che il Kohler a ragione richiede.»

(61) Vide Dernburg — loc. cit.; Burckhard — *Civilistische Präsumtionen*, pag. 270.

(62) Escreve Regelsberger: Die Aeusserungsmittel stehn sich an Zuverlässigkeit (certeza absoluta) nicht gleich. Absolute Sicherheit bietet keines von ihnen, selbst nicht das Wort, da auch bei ihm ein Vergreifen, eine un genaue Wahl unterlaufen und die Verschiedenheit des Sprachgebrauchs das Verständnis stören kann. Noch weiter liegen vom ziel der absoluten Zuverlässigkeit die schlüssigen Handlungen ab, die meistens nicht in der Absicht der Willenskundgebung ihren Anlass haben, sondern diesen Dienst nur zugleich verrichten, gewissermassen Willensverrater sind. Indes muss die Rechtsordnung wie das Leben mit relativen Grössen rechnen und sich mit derjenigen Sicherheit begnügen, welche die durchschnittliche Erfahrung an die Hand giebt. Der Wille, der nach menschlicher Erfahrung mit einer wörtlichen oder



certeza moral da existencia da declaração de vontade. Diz muito bem Pescatore: «Nel tema generale del tacito consenso la *deduzione* procede in due modi: o per modo di conseguenza *necessaria*, la quale dà per risultato la certeza matematica, la certeza absoluta; o per via de presunzioni, le quali secondo il vario loro valore danno per risultato o una semplice *probabilità*, ovvero una piena convinzione, e la *certeza morale*, *jus communè*, la *probabilità* non ha virtú di estinguere un diritto *certo* dall'altra parte, dovechè la certeza morale è la prova ordinaria generalmente ammissibile, perochè nel giudicare dei casi e dei rapporti della vita civile mal si potrebbe esigere di regola generale la certeza absoluta.» (63) De taes conclusões se distinguem, como observam Fadda e Bensa, (64) as presumpções legais.

werkthätigen Aeusserung verbunden zu sein pfllegt, ist für das Recht der Wille des einzelnen Falls. Auf diesen Willen kann sich der Handelnde berufen, für diesen wird er verantwortlich gemacht. In diesem Sinn ist die Forderung zu verstehen, das sich der Wille aus dem Aeusserungsthatbestand mit Sicherheit ergeben muss. Bei der Würdigung des Verhaltens ist da von auszugehen, dass eine Person vernünftig und redlich gehandelt habe. Niemand kann die Verantwortung für seine Handlungsweise mit der Berufung bekämpfen, er sei in unredlicher Weise zu Werk gegangen.» Pandekten, pags. 503 e 504. Para o notavel pandectista a ordem juridica, como a vida, «deve fazer calculo com as grandezas relativas e contentar-se com a segurança que nos offerece a experiencia ordinaria.» Assim o juizo deve-se formar e inspirar nas regras ordinarias de convieção. O criterio a seguir ha de ser necessariamente pratico. «A vontade, que costuma estar praticamente ligada a uma manifestação por palavras, ou por actos, é para o direito a vontade do caso contemplado.» «Ao se apreiar um comportamento, deve-se partir daquillo que tenha feito uma pessoa, de modo racional e honesto.»

(63) Apud Fadda e Bensa — Notas a Windseheid, pags. 898-899.

(64) Loe. cit. De opinião contraria é Ramponi; mas, ao passo que



Questão interessante é a que se refere ás consequencias juridicas do simples silencio, deante de uma proposta ou da declaração de outrem. (65) O principio — *qui tacet consentire videtur* — não tem em si valor juridico, (66) mas, em geral se considera que o silencio equivale ao consentimento, quando a boa fé ou a razão pratica teriam requerido uma opposição, caso não houvesse accordo (Dernburg). (67)

Em sentido estricto entende-se por forma da declaração uma solemnidade que vae além do officio de manifestar exteriormente a vontade. Dispõe o Codigo Civil: Art. 129.

a declaração tacita é o resultado de uma argumentação a que se procede, tomando por base as circumstancias particulares do caso conereto, a presumpção é a consequencia que a ordem juridica tira *a priori* da existencia de um ou mais factos. *Vide* os auctores citados.

(65) Sobre este assumpto, além dos tratados de direito civil, podem ser consultadas com vantagem as seguintes monographias: Ehrliche — Die Stillschweigende Willenserklärung, 1893; Klemmer — Ueber die stillschweigend-übernommene Verbindlichkeit zur Bezahlung des Kaufpreises unbestellt empfangener Waaren, 1894; Ranelletti — Il silenzio nei negozi giuridici, 1892; Sraffa — Il silenzio nella conclusione dei contratti, 1895; Simoneelli — Il silenzio nel diritto civile, 1897; A. Vigli — Il silenzio nella conclusione dei contratti, 1899; Borgna — Il silenzio dei negozii giuridici, 1901.

(66) Diz Regelsberger: "Der landläufige Satz: *qui tacet consentire videtur* ist" eine unrichtige Verallgemeinerung eines richtigen Gedankens.

(67) Affirma tambem Regelsberger: "Schweigen gilt nämlich dann als Zustimmung, wenn es nach den Umständen des Falls in einem Beteiligten berechtigterweise das Vertrauen in die Zustimmung des Schweigenden erweckt und wenn dem Schweigenden eine Verletzung der im Verkehr gebotenen Redlichkeit zur Last fallen würd, falls sein Wille auf Verweigerung der Zustimmung gerichtet ist." Fadda e Bensa declaram que: "Dottrina e giurisprudenza propendono a ritenere, che una norma generale vi sia, ma non si mostrano troppo sicure sulla portata di questa. Prevale in genere l'avviso che il silenzio valga dichiarazione, quando vi è la possibilità e l'obbligo di pronunciarsi." Notas a Windscheid, pag. 900.

A validade das declarações de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei, expressamente, a exigir (art. 82). Muitas vezes, porém, para se realizar um negocio juridico, exige a lei alguma coisa mais do que uma declaração ordinaria de vontade.

Nesses casos costuma-se dizer que a declaração é *formal* ou que os actos, a que se refere, são *solemnes*; (68) não se trata, simplesmente de uma declaração *material*, mas de uma declaração *legal* da vontade.

A forma legal, ora é requerida para a perfeição e acabamento do acto, é requisito essencial de uma declaração valida, ora se destina a provar a existencia de uma vontade efficazmente manifestada; no primeiro caso a formalidade é imposta *ad pompam et solemnitatem*; no segundo — *ad probationem tantum*. (69)

(68) Crome — System, pag. 384: "Die Erklärung ist dann eine *formelle*. Man spricht auch von feierlichen oder solennen Rechtsgeschäften."

(69) A distincção entre as duas especies de formalidades, conforme o fim a que se destinam, é bem exposta por Unger, nos seguintes termos: "Die *Solennitätszeugen* unterscheiden sich von den *Beweiszeugen* dadurch, dass jene zur Entstehung des Rechtsgeschäfts notwendig mitwirken müssen, während diese an der Hervorbringung des Rechtsgeschäfts selbst keinen Antheil nehmen, sondern nur zur Sicherung des Beweises des ohne ihre Mitwirkung entstandenen Geschäfts dienen; deshalb müssen die Solennitätszeugen handlungsfähig sein, rogirt d. h. zur Theilnahme aufgefordert werden und ihr freiwillig Folge leisten, während die Beweiszeugen weder handlungsfähig noch rogirt zu sein brauchen und selbst gezwungen anwesend ihren Zweck erfüllen, da der Zwang die blosse Sinneswahrnehmung nicht ausschliesst." O que quer dizer: as testemunhas do acto solemne distinguem-se das testemunhas de prova, por isso que aquellas devem concorrer necessariamente para o nascimento do acto juridico, ao passo que estas não fazem parte propriamente do acto, servem apenas para segurança



Nos tempos antigos, conforme observa Dernburg, (70) as formas tinham muitas vezes uma natureza dramatica: assim, particularmente as velhas formas romanas de transmissão de propriedade — a *mancipatio* e a *in jure cessio*.

A grande vantagem da forma legal, no direito moderno, consiste na segurança e certeza de que cerca os actos de maior importancia para os interesses sociaes. (71)

da prova do negocio, que se constituiu sem a sua cooperação; por isso as testemunhas do acto solemne devem ser capazes e voluntariamente concorrer para elle, ao passo que ás testemunhas de prova não se exige capacidade e podem ter assistido o acto contra a sua vontade, pois a violencia não exclue a simples percepção dos sentidos. Vide System, vol. 2.º, pag. 132, nota 13. Critica ahí tambem o mesmo escriptor a distincção de Ihering.

(70) Loc. cit.

(71) Como diz Dernburg, as vantagens de taes formas de negocios são diversas. Ellas fazem adquirir certeza da seriedade do acto, concentram a discussão, designam de modo preciso a conclusão e, muitas vezes, asseguram a prova. Mas, acrescenta o mesmo auctor, ellas são mais ou menos incommodas, dispendiosas e fazem perder tempo; têm por natureza o defeito de tornar sem força, por erro formal, declarações de vontade seriamente entendidas. Demais, envelhecem e se tornam impopulares; surge então o antagonismo entre a norma de direito, que manda observar a forma e o commercio, que tenta libertar-se de suas peias. Escreve Savigny: «Neste modo de tratar os negocios juridicos, manifesta-se principalmente no direito um sentimento artistico, mas, a par deste lado esthetico dos actos symbolicos, não se deve perder de vista o lado pratico. Nada mais proprio que uma forma symbolica, para provocar nas partes aquelle estado de attenção reflexiva, que é tão desejavel em todos os actos serios. Além disso, uma decisão sobre coisas importantes raras vezes amadurece de repente. Costuma precedel-a um estado de indecisão, e a passagem desta a aquella se faz por grãos successivos e imperceptiveis, de sorte que distinguil-a do pleno querer pode ser tão difficil quanto é necessario para o juiz que mais tarde tenha de decidir. Ora, a forma symbolica serve como signal infallivel da natureza da deliberação.» System, vol. 3.º, § 130.



As formas legaes consistem:

1.º em *acto publico*, que é a declaração recebida, de accordo com a lei, por um notario ou por outro official publico; pelo que ao acto se attribue fé publica;

2.º o escripto particular, que é a declaração da vontade escripta ou subscripta por quem a faz; neste caso, em certos negocios se torna preciso o *reconhecimento da firma* por um tabellião. (72)

Tanto em um como no outro caso, é ordinariamente requerida a presença de um certo numero de testemunhas e, algumas vezes, a inscripção do acto em registros especiaes. (73)

O Codigo Civil tem as seguintes disposições:

Art. 130. Não vale o acto, que deixar de revestir a forma especial, determinada em lei (art. 82), salvo quando esta commine sancção differente contra a preterição da forma exigida.

Art. 131. As declarações constantes de documentos assignados presumem-se verdadeiras em relação aos signatarios.

Paragraplio unico. Não tendo relação directa, porém, com as disposições principaes, ou com a legitimidade das partes, as declarações enunciativas não eximem os interessados em sua veracidade ao onus de proval-as.

Art. 132. A annuencia ou autorização de outrem, necessaria á validade de um acto, provar-se-á do mesmo modo

(72) Chironi e Abello — loc. cit.

(73) Considerem-se, como exemplos mais notaveis, a transcripção na venda de immoveis, o registro da hypothecás e outros onus reaes.



que este, e constará, sempre que ser possa, do proprio instrumento.

Art. 133. No contracto celebrado com a clausula de não valer sem instrumento publico, este é da substancia do acto.

Art. 134. É, outrosim, da substancia do acto o instrumento publico:

I. Nos pactos antenupciaes e nas adopções.

II. Nos contractos constitutivos ou translativos de direitos reaes sobre immoveis, de valor superior a um conto de reis, exceptuado o penhor agricola.

Art. 135. O instrumento particular, feito e assignado, ou sómente assignado por quem esteja na disposição e administração livre de seus bens, sendo subscripto por duas testemunhas, prova as obrigações convencionaes de qualquer valor. Mas os seus effeitos, bem como os da cessão não se operam, a respeito de terceiros (art. 1067) antes de transcripto no registro publico.

Paragrafo unico. A prova do instrumento particular pode supprir-se pelas outras de character legal.

Pensam Chironi e Abello que «di regola, e ciò particolarmente avviene rispetto ai negozi bilaterali, l'interpretazione della volontà in riguardo alla forma ordinata induce a ritenere, che, in diffetto d'alcuna rigorosa disposizion contraria, s'intenda detta forma in quei termini nei quali è intesa e adoperata nel commune commercio: cosichè la formalità della *scrittura* voluta per un contratto, ben risulterà dello scambio *di lettere* o di telegrammi.» (74)

(74) Loc. cit. É claro que se referem ahi á escriptura particular e não á publica: esta não poderá ser supprida por esses meios.



A vontade é a razão directa efficiente do acto juridico, sempre que se determina de accordo com as prescripções legaes. (75) Mas, apezar da segurança com que a ordem juridica, principalmente nos casos de maior significação social, procura cercar, por meio de formas solennes, a declaração da vontade, pode succeder, e é o que frequentemente se verifica, que a vontade, tal como se deduz de sua manifestação exterior, não corresponda á verdadeira intenção do agente. Si este é o caso nos negocios *solemnes* ou *formaes*, com maioria de razão o antagonismo se encontra nos actos *não formaes*. (76)

A divergencia entre a vontade *real* e a vontade *declarada* pode existir tanto em actos unilateraes como em actos bilateraes; em relação á pessoa que faz a declaração, pode ser querida ou não querida.

Na primeira hypothese temos a *simulação* em sentido lato, que pode revestir a forma de:

- a) simulação propriamente dita;
- b) reserva mental;
- c) vontade declarada por gracejo (*Scherz, scherzo*). (77)

No segundo caso existem vicios de vontade, que deter-

(75) Segundo a observação de Dernburg, a declaração do negocio deve concordar com as representações dos declarantes. Palavras e vontade devem coincidir.

(76) Aos actos solennes chamam alguns — *negocios formaes* e aos outros — actos de forma livre ou *não formaes*.

(77) Vide Chironi e Abello — op. cit., pag. 395; Crome — loc. cit.; Dernburg — loc. cit.; Regelsberger — Pandekten, pag. 515 e segs.



minam o desaccordo entre a intenção real e a vontade aparente.

Estes vícios são:

- a') o erro;
- b') o dolo;
- c') a violencia.

a) *Simulação*. A simulação (78) consiste no facto de mostrar o declarante querer um fim juridico, ao passo que realmente quer dissimular uma intenção diversa. Negocios simulados, define Dernburg, (79) são os concluidos por apparencia. Os individuos que nelle figuram estão de accordo em não querer aquillo que exteriormente dão a entender: ou na realidade não querem celebrar acto algum, ou pretendem fazer negocio de especie differente, ou então sua vontade real é constituir um acto da mesma especie, mas sob outras modalidades não declaradas. A simulação ordinariamente se verifica em negocios bilateraes; pode, entretanto, existir tambem nos unilateraes.

O Codigo Civil (80) declara haver simulação, nos actos juridicos em geral:

I—Quando apparentarem conferir ou transmittir di-

(78) Além dos tratados geraes, devem ser indicadas as obras seguintes: Vogel—Mentalreservation und Simulation nach B. G. B., Kohler—Studien über Mentalreservation und Simulation; Fourcade—De la simulation; Glasson—De la simulation; Ferrara—De la simulação.

(79) Pandette cit.

(80) *Vide* tambem Clovis—Theoria Geral, § 54 e Commentario ao art. 102 do Codigo Civil, bem como Martinho Garcez e Spencer Vampré.



reitos a pessoas diversas das a quem realmente se conferem, ou transmittem. (81)

II — Quando contiverem declaração, confissão, condição ou clausula não verdadeira. (82)

III — Quando os instrumentos particulares forem antedatados ou posdatados. (83)

Pode a simulação ter caracter *absoluto* ou *relativo*.

É *absoluta*, quando não ha vontade real de concluir acto juridico de qualquer especie; é *relativa* quando, sob a apparencia de um acto, se pretende na realidade praticar acto diverso.

Na primeira hypothese o acto é insubsistente, pois nada se quiz, na verdade; é um acto *ficticio*. Na segunda existe um acto de natureza diversa do real, mas só este, sendo juridicamente possivel, se considera existente. (84)

Estava de accordo com estes principios o Projecto Bevilacqua, quando dispunha:

Art. 105. Haverá simulação nos actos entre vivos:

I — Absoluta, quando as partes os tiverem celebrado sem intenção de realisar o acto apparente, ou qualquer outro.

II — Relativa, quando as partes os tiverem simulado para encobrir acto diverso. (85)

(81) Art. 102, I.

(82) Art. cit., II.

(83) Art. cit., III.

(84) Vide Chironi e Abello — loc. cit.

(85) Emenda de Ruy Barbosa. O projecto remettido pela Camara accrescenta a estes dois casos um terceiro — "III. Quando a data dos instrumentos particulares não fôr verdadeira." A esse respeito observa

Art. 107. Si a simulação fôr absoluta, sem intento de prejudicar a terceiros, ou violar disposição de lei, provado isso a requerimento de algum dos contraentes, julgar-se-á inexistente o acto. (86)

Art. 108. Verificadas as mesmas circumstancias, na simulação relativa, julgar-se-á nullo o acto apparente, e valido o real, desde que neste character seja licito aos contraentes. (87)

Estes principios, porém, não foram admittidos expressamente no Codigo Civil. Ahi se estabelecem as seguintes regras:

Art. 103. A simulação não se considerará defeito em qualquer dos casos do artigo antecedente, quando não houver intenção de prejudicar a terceiros, ou de violar disposição de lei.

Art. 104. Tendo havido intuito de prejudicar a terceiros, ou infringir preceito de lei, nada poderão allegar, ou requerer os contraentes em juizo, quanto á simulação do acto, em litigio de um contra o outro, ou contra terceiros.

Art. 105. Poderão demandar a nullidade dos actos simulados os terceiros lesados pela simulação, ou os representantes do poder publico, a bem da lei ou da fazenda.

com muita razão Ruy Barbosa: "Discriminando entre simulações *absolutas e relativas* nos actos *inter vivos*, este artigo indigita como *absoluta* a contemplada sob o n. I, classifica de *relativa* a considerada sob o n. II: Depois consagra o n. III á terceira especie de simulação. Esqueceu-lhe, porém, dizer si a inscreve entre as absolutas ou as relativas. Ora, variando os efeitos da simulação, conforme couber na primeira, ou na segunda categoria, não é de leve monta a lacuna."

(86) Emenda de Ruy Barbosa.

(87) Emenda de Ruy Barbosa.



O Código Civil Alemão também considera os negócios simulados, em seus próprios efeitos, como envolvendo simulação absoluta ou relativa. (88)

Os auctores em geral estabelecem a distincção entre negócios propriamente simulados e negócios dissimulados: os primeiros são fictícios (simulação absoluta); os segundos occultam um acto realmente querido (simulação relativa). (89)

Dessas duas especies ainda se differençam os *actos fiduciarios*, nos quaes a relação externa é diversa da interna.

Em um negocio fiduciario attribue-se externamente, por exemplo, a condição de proprietario de uma coisa ou de credor de uma obrigação a uma certa pessoa, conferindo-lhe assim os respectivos direitos, ao passo que internamente esta

(88) Art. 117. "Wird eine Willenserklärung, die einem Anderen gegenüber abzugeben ist, mit dessem Einverständnisse nur zum Schein abgegeben, so ist sie nichtig. Wird durch ein Scheingeschäft ein anderes Rechtsgeschäft verdeckt, so finden die für das verdeckte Rechtsgeschäft geltenden Vorschriften Anwendung," isto é, si uma declaração de vontade, que é feita a uma outra pessoa, foi só apparente e esta tem disso conhecimento, é nulla. Si um acto juridico é dissimulado sob a forma de um outro acto, devem ser applicadas as disposições legaes que se referem ao acto real. Como diz Planck, o que caracteriza a simulação é (nos actos bilateraes) nenhuma das partes ter sido illudida: "Das Charakteristische des Scheingeschäfts besteht darin, dass eine Täuschung des anderen Teiles nicht beabsichtigt ist, dass vielmehr beide Teile darüber einverstanden sind, dass die Willenserklärung nicht gelten solle und nur deshalb abgegeben werde, um einen anderen Zweck zu erreichen, der regelmässig darin besteht, Dritte zu täuschen. Im Begriffe der Nichtigkeit liegt es, dass sie auch Dritten gegenüber die durch das Scheingeschäft getäuscht worden sind, geltend gemacht werden kann."

(89) Vide Dernburg — Pandette cit.



pessoa, que se chama fiduciaria, não passa de simples mandatario ou procurador do declarante. (90)

Tanto nos contractos *simulados* como nos *dissimulados* e nos *fiduciarios*, a intenção das partes é fazer constar a existencia de um acto que realmente não constituiram. Em suas relações reciprocas, é facil a posição juridica de cada um dos contrahentes: havendo verdadeira simulação, como na realidade não quizeram effectuar acto algum, conscios, como estão, de que sua vontade, aparentemente declarada, não occulta uma intenção verdadeira de obter qualquer effeito juridico, são os actos, assim praticados, tidos como inexistentes; si houve dissimulação, não vale o que exteriormente manifestaram querer, mas aquillo que era sua intenção occulta, porém real, levar a effeito; este mesmo principio se applica aos actos fiduciarios; por isso o fiduciario que abusa de sua condição, empregando em proveito proprio a coisa que lhe é confiada, commette malversação. (91)

Realmente, sabem os contrahentes muito bem que a declaração de sua vontade não se dirige a effeito juridico de

(90) Escreve Regelsberger: Das *fiduziarische* Geschäft kennzeichnet sich dadurch, dass den Parteien für ihren praktischen Zweck ein Rechtsgeschäft gewählt wird, dessen rechtliche Wirkungen, wie ihnen bewusst ist, über jenen Zweck hinausgehen, Z. B. Eigentumsübertragung zur Sicherung einer Forderung, Cession einer Forderung zum Zweck der Beitreibung. Vide tambem Crome — System, pags. 333 e segs.; Cosack — Lehrbuch, pag. 219; Kühlenbeck — Von den Pandekten Zum B. G. B., pags. 398 e segs.; Dernburg — Die allgemeinen Lehren, pag. 565, Pandette, pag. 295; Endemann — Lehrbuch, pag. 296; Planck — Kommentar, pag. 212; Goltz — Das fiduziarische Rechtsgeschäft, 1901.

(91) Dernburg — Pandette cit., pag. 295; Schultze — Treuhänder nach geltendem bürgerlichen Recht, 1901.

qualquer especie, ou então procurava um effeito differente do que elles na apparencia queriam. Assim, nenhuma intenção poderia haver de uma parte illudir a outra.

Não é a mesma, porém, a posição de terceiros. Com effeito, a simulação de um acto juridico ordinariamente tem por fim fazer passar aos olhos de terceiros, como realmente constituídos, negocios ficticios, ou então evitar certas prescripções legaes. (92) Os terceiros não têm justo motivo de saber que a declaração extrinseca da vontade não corresponde á intenção verdadeira, e, desse modo, estão de bôa fé: não podem ser prejudicados com a prova successiva da natureza apparente do negocio. (93) Ahi, como dizem Chironi e Abello, (94) o conceito da responsabilidade vem em auxilio do outro da vontade, e o declarante deve supportar as consequencias do seu acto. Quanto á simulação *in frau-*

(92) Ponderam Chironi e Abello: "Costuma-se recorrer á simulação relativa, afim de fugir a certas prescripções legaes, ou para evitar as difficuldades e as formalidades prescriptas pela lei, para a constituição d'aquelle negocio juridico, que realmente se pretende; mas a simulação não tira a obrigação de observar todas as normas que forem determinadas para o acto, não obstante a vontade das partes de evital-as."

(93) Só desse modo estarão sufficientemente protegidos os interesses d'aquelles que, de bôa fé, tenham entrado em relações com os pseudos contrahentes. É por isso que Dernburg pensa que, "si o comprador apparente vende depois a um adquirente de boa fé a coisa simuladamente comprada, este se torna proprietario; o vendedor apparente não lh'a pode reivindicar (Pandette, pag. 294). De accordo com essa opinião se manifestaram: Kohler, Hartmann, Leonhard e Ennecerus; não ha duvida que tal solução está de accordo com os principios da boa fé do adquirente e da responsabilidade do declarante. Regelsberger entende que assim deve succeder apenas nas aquisições por titulo oneroso.

(94) Trattato cit., pag. 396, nota (1).



dem legis, além de não aproveitar ao declarante, submete-o às penas da lei.

O direito patrio sempre considerou «nullos e de nenhum vigôr todos os contractos simulados, em que ambas as partes fingem com malicia obrigações que realmente não queriam contrahir, e para o fim de prejudicarem a terceiros, ou fraudarem o pagamento de impostos e disposições de qualquer lei.» (95)

b) *Reserva mental*. A *reticencia* ou *reserva mental* é outra forma de *simulação (lato sensu)* e consiste na divergencia entre a vontade declarada e a vontade real do declarante e da qual a outra parte não tem conhecimento; assim, pode-se dizer que é uma *simulação unilateral*. (96)

(95) T. de Freitas — Consolidação, art. 358; C. de Carvalho — Consolidação, art. 231, § unico; Ord., L. 3.º, tit. 34, 1; tit. 59, 25; L. 4.º, tit. 71. É concebido nos seguintes termos este ultimo titulo: «Dos contractos simulados. — Considerando Nós os muitos enganões, que se seguem dos contractos simulados, que algumas pessoas fazem maliciosamente em prejuizo de seus credores, e de outras pessoas e de nossos Direitos, e por defraudar nossas Leis e Ordenações; querendo nisso prover, mandamos que pessoa alguma, de qualquer estado e condição que seja, não faça contracto algum simulado, avença, convença, escambo, permutação, aforamentos, rendas, apenhamentos, empréstimos, guardas e depositos, doações, promissões, estipulações, obrigações..., que simulados sejam, em que digam e declarem, ou confessem simuladamente alguma coisa que na verdade, entre elles, nos taes contractos, não seja contractada nem convinda. E fazendo o contrario, queremos que por esse mesmo feito quaesquer dos sobreditos contractos... — sejam nenhuns e de nenhum vigôr e lhes não seja dada auctoridade alguma. E além disso cada uma das partes contrahentes perca a cousa, quantia... declaradas simuladamente nos ditos contractos... Da qual quantia será uma terça... para as pessoas em cujo prejuizo fôr feita a simulação.» *Vide* sobre a fraude contra credores os arts. 106 a 113 do Codigo Civil.

(96) Prescreve o Cod. Civ. Allemão, art. 116: «Eine Willenser-



De accordo com os principios fundamentaes do acto juridico deveria ter pleno effeito a vontade real, mas ahi tambem favorece a parte de boa fé o principio da responsabilidade do declarante, que procedeu de má fé (*malitijis non est indulgendum*).

c) *Vontade declarada por gracejo*. Quando a declaração da vontade é feita simplesmente por gracejo (*ludendi gratia*), como, por ex., si as palavras ou signaes empregados bem indicam a intenção de não produzir effeitos juridicos, não pode constituir um acto valido. Como considera Regelsberger, em uma declaração innocente, sem character serio, as circumstancias deixam vêr no declarante a falta de intenção de concluir um negocio juridico. (97) Assim, a inefficacia juridica de tal declaração está fóra de duvida. (98)

Neste sentido é expresso o Codigão Civil Allemão: Art. 118 — «*Eine nicht ernstlich gemeinte Willenserklärung, die in der Erwartung abgegeben wird, der Mangel der Ernstlichkeit werde nicht verkannt werden, ist nichtig.*» (99)

klärung ist nicht deshalb nichtig, weil sich der Erklärende insgeheim vorbehält, das Erklärte nicht zu wollen. Die Erklärung ist nichtig, wenn sie einem Anderen gegenüber abzugeben ist und dieser den Vorbehalt kennt:» isto é, uma declaração de vontade não é nulla pelo facto de ter entendido, por meio de reserva mental, aquelle de quem emana, não querer o que declarou. Esta declaração é nulla, quando tem de ser dirigida a um terceiro e este tinha conhecimento da reserva mental do declarante.

(97) Pandekten, pag. 515.

(98) «Die rechtliche Wirkungslosigkeit steht dann ausser Frage,» diz Regelsberger. «Hier fehlt bewusstermassen zur Erklärung der Wille. Die Erklärung bezw. das Geschäft ist daher nichtig», escreve Crome (System, pag. 416).

(99) É a seguinte a traducção: Toda declaração de vontade, que



Ao passo que á figura jurídica da reserva mental ou reticencia é essencial o elemento do dolo ou da *culpa lata*, na declaração feita por gracejo não deve existir intenção maliciosa.

a') *Erro*. O *erro* (100) não induz propriamente incapacidade, mas falsa representação das qualidades de um objecto ou da natureza de uma relação jurídica. Assim, o erro leva muitas vezes á conclusão exterior de negocios, que os interessados não quizeram. É o que pode acontecer por muitos modos: pode o erro referir-se ao conteúdo da vontade em seu complexo, e, desse modo, a propria declaração não está de accordo com a intenção do declarante; pode recahir sobre a natureza da relação jurídica, sobre a pessoa que para ella concorre, ou sobre a coisa que lhe constitue objecto. (101)

Philosophicamente se distingue o *erro* da *ignorancia*,

não é feita seriamente, e que se apresenta de tal modo que se deva esperar que esta falta de character serio não possa ser desconhecida, é nulla. Vide a respeito deste artigo os commentarios citados de Planck e Hölder e o curioso livro de Saleilles — De la déclaration de volonté, 1901, pags. 10-11.

(100) Além dos tratados geraes existem muitas monographias sobre a materia; entre outras, — Leonhard — Der Irrthum bei nichtigen Verträge; Bähr — Ueber Irrungen in Contrahieren; Jacobi — Die fehlerhaften Rechtsgeschäfte; Holländer — Zur Lehre v. error, 1898; Fubini — La dottrina del errore, 1902; Coviello — Ignoranza ed errore di diritto, Antologia Giuridica, 1904; Pfersche — Die Irrstumslehre des österreichischen Privatrechts. Toda a materia dos vicios do consentimento será mais amplamente estudada no volume 2.º desta obra, ao serem considerados os contractos como fonte de obrigações; porquanto a sua maior importancia se verifica em relação aos actos jurídicos bilateraes.

(101) Vide Savigny — System, vol. 3.º, § 135.

porque esta significa uma ausencia completa de conhecimento e aquelle consiste no conhecimento inexacto e incompleto ou então na falta parcial do conhecimento das circumstancias do acto juridico. Em ambos, diz Ribas, (102) é commum a ausencia da idéa verdadeira da coisa. Juridicamente, porém, não tem importancia a distincção. O que interessa é saber qual seja o erro que importa falta de verdadeira vontade e, por consequencia, tambem de um acto juridico valido. Não é o erro em si, abstractamente considerado, em sua opposição ao real, que invalida o acto juridico, mas a sua influencia sobre a vontade ou sobre a acção do declarante.

«O ultimo fundamento da nullidade, escreve Dernburg, não está no erro, mas na falta de vontade do negocio.» (103)

Mas, para que o erro vicie a vontade, afastando-a do fim que alcançaria si fôsse normal, é preciso que recaia sobre os elementos essenciaes, por cuja consideração se determinou o *querer* do declarante.

Assim, pois, o primeiro caracter que deve revestir o erro, para produzir o effeito de annullar o acto juridico, é

(102) Curso de Direito Civil Brasileiro, vol. 2.º, pag. 350. Vide tambem o recentissimo livro de M. I. Carvalho de Mendonça — Doutrina e Pratica das Obrigações, 1908, pag. 667.

(103) Pandette, pag. 297. Diz tambem Crome (Parte Generale, pag. 260): «Se pertanto solo a quell'errore che esclude la concordanza della volontà con la dichiarazione è da attribuirsi valore giuridico, è chiaro che in tal caso ciò che interessa non è tanto l'errore quanto la divergenza cui esso dà luogo.» É o que Savigny chama erro improprio. Este auctor considera erro proprio o que é fundamento positivo de um effeito juridico; como, por ex., o erro sobre a existencia de um debito que leva a um pagamento, do qual surge a *condictio indebiti*.

ser *essencial*, isto é, recahir «sobre elementos que devam concorrer para formar a estrutura do negocio, como se apresentava no pensamento e na vontade do agente ou dos agentes». (104)

Prescreve o Código Civil, art. 86: «São annullaveis os actos juridicos, quando as declarações de vontade emanarem de erro substancial.

Art. 87. Considera-se erro substancial o que interessa a natureza do acto, o objecto principal da declaração, ou alguma das qualidades a elle essenciaes.

Art. 88. Tem-se igualmente por erro substancial o que disser respeito a qualidades essenciaes da pessoa, a quem se refira a declaração de vontade.

Art. 89. A transmissão erronea da vontade por instrumento, ou por interposta pessoa, pode arguir-se de nullidade nos mesmos casos em que a declaração directa.

Art. 90. Só vicia o acto a falsa causa, quando expressa como razão determinante ou sob forma de condição. (105)

(104) Chironi e Abello — Trattato, pag. 469. Como accrescentam estes anctores, o consentimento não é viciado pelo erro *incidens* sobre as qualidades accidentaes da coisa, nem pelo erro accessorio em geral. Contudo, uma vez que se tem de argumentar com a vontade das partes, pode haver erro substancial, por terem ellas considerado essencial o que em regra não passa de accessorio. (Vide loc. cit., nota (1).

(105) Dispõe a respeito o Código Civil Allemão: «Art. 119. Aquelle que, emittindo uma declaração de vontade, estava em erro sobre o seu conteúdo, ou que não tinha absolutamente querido emittir uma declaração, cujo conteúdo fôsse o que na realidade foi, pode invalidar sua declaração, quando ha logar para se admittir que elle a não teria feito, si conhecess o verdadeiro estado das coisas e para suppôr de sua parte uma apreciação razoavel da situação. Pode-se considerar como erro sobre o conteúdo da declaração o que recáe sobre



Art. 91. O erro na indicação da pessoa, ou coisa, a que se referir a declaração da vontade, não viciará o acto quando, por seu contexto e pelas circumstancias, se puder identificar a coisa ou pessoa cogitada.»

Com effeito, pode haver erro substancial sobre o objecto da declaração de vontade, erro que ou recáe sobre o proprio *corpo* (*error in corpore*), ou sobre a *substancia* e a *qualidade*.

Desta especie de erro a forma mais simples é, como se exprime Savigny, a da relação juridica que tem por objecto uma coisa individualmente determinada e esta é trocada por outra: *error* ou *dissensus in corpore*. (106)

Que ahi não existe negocio juridico valido, está fóra de duvida, affirma Savigny. (107)

O erro sobre o *corpo*, dizem Chironi e Abello, vicia a vontade e produz por completo sua efficacia perturbadora, recahindo sobre a identidade da coisa, sobre sua determinação, e mostra evidentemente a falta de correspondencia da vontade real á declarada: a coisa effectivamente querida não é a que se deduz da declaração da vontade. (108)

O erro tambem é essencial quando recáe sobre a substancia da coisa e por isso toma o nome de erro substancial

certas qualidades da pessoa ou da coisa, que sejam de tal natureza que, sob o ponto de vista da pratica dos negocios, devem ser reputadas essencias.» O notavel escriptor francês Raymond Saleilles apresenta um estudo magnifico sobre esse artigo, em sua monographia já citada — De la déclaration de volonté, pags. 12 e segs.

(106) Savigny — System, vol. 3.º, § 136.

(107) Loc. cit.

(108) Trattato cit., pag. 472.



(*error in substantia*). É necessario distinguir as qualidades da coisa, que formam a sua substancia, das que são meramente accidentaes. Ordinariamente a distincção é feita de accordo com a natureza do objecto, mas, por excepção, pode a vontade considerar como substanciaes qualidades que, na comprehensão commum, são tidas por accidentaes. (109)

Pode haver egualmente *erro essencial sobre a pessoa*, quando a consideração das suas qualidades individuaes entra no negocio juridico como parte de seu conteúdo, isto é, quando influuiu e determinou a formação da vontade, afim de constituir o acto juridico.

Conforme observam Chironi e Abello, «l'errore nella persona determina cosi l'invalidità di quei negozi informati, secondo l'esser loro, al sentimento di fiducia o di benevolenza personale, come avvien in particular modo del matrimonio e dei contratti di mandato e di locazion d'opera che si debba prestare immediatamente dalla persona che s'assunse il servizio, di deposito, di comodato, di prestito gratuito e di società: in ispecie dagli atti di liberalità, poichè chi fa la liberalità vuol farla ad una determinata persona e non a persona diversa da quella a cui l'intenzione sua (nel senso di volontà reale ed effettiva) si riferisce.» (110)

(109) Savigny mostra que, além do *erro in corpore*, os casos, a que se attribue a força de erro essencial, devem ser considerados como excepções rigorosamente limitadas e que, si quizessemos admitir como regra que todo erro sobre uma qualidade qualquer do objecto da relação juridica exclue a vontade, destruiriamos com isso completamente a segurança do commercio juridico. Vide tambem Chironi e Abello, pag. 473 e nota (2); Dernburg — Pandette, pags. 300-301 e as respectivas notas.

(110) Trattato, pags. 470-471.



Relevante é o erro sobre a *identidade* do outro contraente; (III) não é, porém, essencial, o erro que recae simplesmente sobre a nome (II2) ou sobre as qualidades que não individualisam a pessoa, e assim não influíram na determinação da vontade.

A *causa* do negocio é do mesmo modo susceptível de *erro essencial*. A declaração da vontade tem em vista obter um resultado juridico, assim a causa é a razão juridica pela qual a vontade se determinou: ha erro essencial quando foi a falsa causa que determinou a declaração da vontade.

Não basta, porém, que o erro seja essencial, isto é, que recaia sobre os elementos que devem entrar na composição do acto juridico; é preciso attender-se ainda ao modo por que se conduziu o declarante: ahi se combinam os dois principios — da efficacia da vontade real e da responsabilidade do declarante pelo que exteriormente manifestou.

Por isso é que o erro *essencial* deve ser *excusavel*. Escrevem Chironi e Abello: «Il carattere di *essenziale*, che l'errore ha, determina la *possibilità oggettiva* sua; e l'altro di *scusabile* ne determina la *possibilità soggettiva*: e tal elemento significa che, in riguardo alla falsa conoscenza ch'ebbe, deve l'errante trovarsi in tal condizione di condotta, da non poterglisi imputare così da esserne responsabile.» (II3)

(III) Vide Dernburg — loc. cit. Como acrescenta o notável juriconsulto, a vida do commercio moderno conhece, todavia, numerosos negocios, por ex., vendas a dinheiro, os quaes, em regra, podem ser concluidos com qualquer pessoa, sem a menor distincção.

(II2) Notam Chironi e Abello que o erro sobre o *nomen*, que é erro na designação, por seu character accessorio e exterior, não induz aquella causa perturbadora, que é propria do erro sobre a identidade.

(II3) Trattato cit., pag. 475.



Liga-se a este conceito a distincção entre o ERRO DE FACTO e O ERRO DE DIREITO: ao passo que é em geral escusavel o erro de facto, considera-se inescusavel o erro de direito, de accordo com a regra — *neminem ignorantia legis excusat*. (114)

Esta regra não deve ser entendida de modo absoluto, e, além das atenuações admittidas no direito romano, legislações modernas ha que permittem a annullação do acto, quando o erro de direito foi a causa unica de sua constituição. (115)

Parece-nos, ainda neste ponto, que se deve attender á natureza das normas objectivas, que regulam a especie subjectiva a considerar. Tratando-se de normas coactivas, é sempre inescusavel o erro de direito; não é necessario, porém, este rigor, quando não são coactivas as regras sobre que recáe o erro, porque ali se deixa um vasto campo ás construcções arbitrarías do individuo. (116)

Observa, porém, Coviello: «L'errore di diritto è in tutto e per tutto equiparato all'errore di fatto. Perciò può rendere annullabile qualsiasi negozio, tranne quelli eccezzuati dalla legge avuto riguardo alla loro stessa natura. Così il matrimonio non può essere annullato per errore di diritto: non v'ha che un solo errore di fatto, quello sulla persona, che è possibile invocare. Ancora non può invocarsi per im-

(114) Vide a respeito — Wilhelm — Was ist Rechtsirrtum und ist er entschuldbar? 1898.

(115) Vide, por ex., o art. 1109 do Cod. Civ. Italiano, e, sobre elle, Coviello — Manuale cit., 1910, pags. 370-371.

(116) Vide Parte Primeira, Cap. I, § 2.º, especialmente as paginas 73-78. Comp. o Trattato de Chironi e Abello, pags. 476 e 481.



pugnare la transazione. Non ha nemmeno efficacia nell'accettazione d'eredità.»

b') *Dolo*. O dolo, (117) *dolus* em sentido estricto, em seu conceito liga-se ao erro, porquanto é a provocação voluntaria de um erro. (118) Existe o dolo quando o erro, em virtude do qual a declaração de vontade está em desacordo com a vontade real, foi provocado por manobras de outrem, por falsas noções dadas com má fé, por artificios ou machinações fraudulentas. (119)

A essencia do dolo consiste, pois, no engano intencional, nos expedientes reprovaveis, empregados com o fim de prejudicar a outrem, em um acto juridico.

É, por esse modo, alguém levado a declarar querer aquillo que, sem taes processos, não determinaria seu acto volitivo. Ainda mais grave que o erro é este vicio da vontade.

Para bem apreciar a influencia que sobre a vontade exerceram as manobras fraudulentas, cumpre considerar o comportamento do prejudicado e vêr si, com uma attenção ordinaria, poderia conhecer o artificio. Neste caso se encontra a figura romana do *dolus bonus*, que não se considera vicio do consentimento. É desta natureza o processo hoje usadissimo da *réclame*. (120)

(117) Além das obras citadas, consult. tambem — Ziegler — *Betrug beim Vertragsabschluss*.

(118) Crome — *Parte Generale del dir. priv. franc.*, pag. 264. É dolo, segundo a noção classica, *omnis calliditas, fallacia, machinatio ad circumveniendum, fallendum, decipiendum alterum adhibita*.

(119) Chironi e Abello — *loc. cit.*

(120) Escrevem Chironi e Abello: "In questa figura vengono le dissimulazioni dei difetti e le esagerazioni delle buone qualità delle

Para que exista uma determinação viciosa da vontade, é necessario que, além de haver intenção de prejudicar, sejam os actos praticados capazes de surprehender a boa fé da outra parte; haja correspondencia entre os effeitos juridicos, a que se destina a declaração de vontade e os artificios dolosos; tenham estes procedido de um dos contratantes. (121)

Quanto á efficacia do dolo sobre a vontade, e, por conseguinte, sobre o acto juridico, costuma-se distinguir o *dolo principal* e o *dolo incidente* ou *accidental* (*dolus causam dans* e *dolus incidens*). O caracter desta distincção é bem differente do que determina a divisão do erro em essencial e accidental. De facto, no erro não se attende á *quantidade do effeito* exercido sobre a vontade da pessoa que nelle incorreu. O dolo, porém, apresenta o caracter de *dolo essencial*, quando sem elle certamente a pessoa enganada não teria querido aquillo que declarou querer; a causa determinante da vontade deve-se encontrar exclusivamente no dolo; é *dolo*

persone intervienti o delle cose dedotte nel negozio, le lodi prodigate a persona vanitosa per indurla ad atto giuridico, la persuasione blanda usata verso il dichiarante. In genere s'ha il *dolus bonus* quando si tratta di tali espedienti che la persona, rispetto alla quale questo dolo fu esercitato, pur tenendo conto della natura speciale del negozio, poteva accorgersi facilmente, od almeno doveva accorgersi, della non esattezza dei fatti, delle considerazioni a lei presentate, e quindi dell'errore in cui si voleva farla cadere, come cadde.»

(121) Como dizem Chironi e Abello, não é motivo para annullar os contractos o dolo empregado por terceiro, a não ser que a parte, a quem a declaração é feita, já conhecesse a fraude, porque em tal caso, valendo-se conscientemente da condição creada pelo dolo, faz seu o procedimento illicito e torna-se responsavel, como si o acto fôsse directamente seu.



accidental, quando sem elle a pessoa teria querido, mas de um outro modo, ou dentro de outros limites, o acto sobre o qual se pronunciou a sua vontade.

O dolo essencial torna o acto annullavel; o incidente obriga á satisfação de perdas e damnos. (122)

Quando ambas as partes procedem dolosamente, nenhuma poderá allegar esse vicio, para annullar o acto ou reclamar indemnisação. (123)

c') *Violencia*. A violencia, (124) em sentido juridico, é uma coacção exercida sobre a pessoa, com o fim de determinar a declaração de sua vontade em um certo sentido, declaração que não se faria si fôsse livre o declarante (*necessitas imposita contraria voluntati*).

A violencia influe sobre o processo psychologico da formação da vontade juridica, tirando-lhe, não a consciencia, o conhecimento exacto do negocio e dos effeitos de sua

(122) Dispõe sobre a materia o Codigo Civil: Art. 92. Os actos juridicos são annullaveis por dolo, quando este fôr a sua causa. Art. 93. O dolo accidental só obriga á satisfação das perdas e damnos. É accidental o dolo, quando a seu despeito o acto se teria praticado, embora por outro modo. Art. 94. Nos actos bilateraes o silencio intencional de uma das partes a respeito de facto ou qualidade essencial, que a outra parte haja ignorado, constitue omissão dolosa, provando-se que sem ella se não teria celebrado o contracto. Art. 95. Pode tambem ser annullado o acto por dolo de terceiro, se uma das partes o soube. Art. 96. O dolo do representante de uma das partes só obriga o representado a responder civilmente até á importancia do proveito que teve.

(123) Codigo Civil, art. 97.

(124) Cons., além das obras citadas, Schliemann — Die Lehre von Zwang; Voigt — Archiv. f. d. civ. Praxis, vol. 53, pags. 404-432; Lange — Zwang, 1886; Gradenoneitz — Ungültigkeit obligatorischer Rechtsgeschäfte; Schlossmann — Die Lehre vom Zwang, 1874.



declaração, mas a espontaneidade que deve existir quando o processo é normal. (125)

A vontade declarada por effeito de violencia não é a vontade real. (126)

A violencia pode ser de ordem a dispensar toda a apparencia de vontade, como succede quando é exercitada physicamente sobre a pessoa, e então chama-se *vis absoluta*: ahi não existe simplesmente um vicio da vontade, mas *falta absoluta de vontade*. (127)

Mais commum é, porém, a violencia que determina o movimento psychico conducente á declaração de vontade. Ahi o vicio consiste na coacção moral (*vis compulsiva*); ha manifestação de vontade, não ha duvida, mas a vontade real está longe de lhe corresponder.

A *vis compulsiva* pode effectuar-se de dois modos: ou por meio de um mal feito immediatamente ao violentado (*vis*); ou pela ameaça de um mal que venha a soffrer depois (*metus*). Entretanto os dois conceitos se reduzem a este ultimo, pois, segundo a observação de Chironi e Abello, (128) é sempre o medo das consequencias do mal que determina o movimento volitivo.

Para viciar o consentimento deve o mal, de onde se

(125) Chironi e Abello — Trattato, pag. 485.

(126) Não nos parece que tenha razão Crome, quando affirma: «Le minacce non possono dar luogo a divergenza fra la volontà e la dichiarazione. *Qui coactus voluit, voluit tamen.*» Não vemos como se poderá negar a grande divergencia entre a vontade declarada em virtude de coacção (conscientemente embora) e a verdadeira intenção do agente, isto é, a vontade real, o querer intimo.

(127) Chironi e Abello — loc. cit.

(128) Op. cit., pag. 488.



origina a violencia, estar em relação directa de causalidade com a vontade manifestada e reunir em si os caracteres seguintes: deve ser *grave, fundado e injusto*.

Diz o Código Civil: «Art. 98. A coacção, para viciar a manifestação da vontade, ha de ser tal que incuta ao paciente fundado temor de damno á sua pessoa, á sua familia ou a seus bens, imminente e igual, pelo menos, ao receiavel do acto extorquido». (129)

Está ahi indicado o criterio para se aquilatar a gravidade do mal. Si o temor é fundado, só por meio de considerações objectivas e subjectivas se poderá vêr em cada caso; para isso devem ser observadas não só as circumstancias que acompanham o facto, mas tambem as condições subjectivas particulares de idade, sexo, saude em que se encontra a pessoa ameaçada. (130)

Ordinariamente o temor, produzido pela deferencia ou pelo respeito que se deve a um ascendente ou a um superior (*metus reverentialis*), não vicia o consentimento.

O mal deve ser tambem injusto; si, por ex., a ameaça consiste no exercicio de um direito, não se considera viciada a declaração da vontade (*non videtur vim facere qui jure suo utitur*).

Prescreve o Código Civil:

«Art. 100. Não se considera coacção a ameaça do exer-

(129) É precisamente o que dispunha o Projecto na emenda de Ruy Barbosa.

(130) Dispõe a respeito o Código Civil: «Art. 99. No apreciar a coacção, se terá em conta o sexo, a idade, a condição, a saude, o temperamento do paciente e todas as demais circumstancias, que lhe possam influir na gravidade».



cicio normal de um direito, nem o simples temor reverencial.»

Entre os vícios do consentimento é incluída por alguns direitos positivos a *lesão*. No direito vigente entre nós, antes do Código Civil, «a excedia de metade do justo valor do objecto;» (131) podia ser allegada em qualquer contracto commutativo. (132)

O Projecto Bevilacqua propoz-se, á semelhança do Cod. Cív. Português, do Allemão e de muitos outros, e conseguiu fazer desaparecer o instituto da *lesão*. (133)

Estabelece ainda o Código Civil:

«Art. 101. A coacção vicia o acto, ainda quando exercida por terceiro.

§ 1.º Se a coacção exercida por terceiro fôr previamente

(131) C. de Carvalho — Consol., art. 232.

(132) T. de Freitas — Consol., art. 359.

(133) Tivemos algures de escrever: «A *lesão* na theoria dos vícios do consentimento é uma presumpção *juris et de jure* do erro, da violencia ou do dolo. É uma instituição anachronica, já definitivamente condemnada pela sciencia jurídica e banida dos Codigos modernos. O direito francês não faz da *lesão* uma causa geral de rescisão das obrigações; elle admite-a sómente para certos contractos que são a partilha e a venda de immoveis (Planiol — *Traité Elem.*, pag. 523). Quanto ao direito italiano, escreve Giorgi (*Obbl.*, vol. 4.º, pag. 167) que a divisão (partilha) e a venda de immoveis são os unicos contractos em que o Código reconhece o remedio da *lesão*. Acrescenta o mesmo escriptor que a *lesão* não é e nunca será um instituto juridico fundado sobre a equidade natural. O principio supremo de razão que governa a materia contractual é a plena liberdade dos contrahentes, tanto na determinação do valor das coisas commutaveis, como em tudo que diz respeito a seu interesse privado. Não podia, pois, a lei, sem se afastar deste principio e sem se inspirar em meras considerações de conveniencia, achar uma presumpção de erro, violencia ou dolo, na simples desigualdade dos valores.»

conhecida á parte a quem aproveite, responderá esta solidariamente com aquelle por todas as perdas e damnos.

§ 2.º Se a parte prejudicada com a annullação do acto não soube da coacção exercida por terceiro, só este responderá pelas perdas e damnos.»

3.º *Conteúdo juridico. Causa.* O effeito que se quer obter com o acto, diz Brugi, (134) deve ser consentido pela ordem juridica. Todo acto juridico deve ter uma *causa*, (135) correspondente á figura consagrada no instituto a que pertence.

O conceito de causa é muito discutido por sua difficuldade intrinseca. Escreve Bensa que ella pode definir-se a *razão de ser intrinseca* do negocio e deve distinguir-se do *motivo*, que é a *sua razão de ser extrinseca*, e que, em regra, é indifferente ao direito. (136)

As attribuições patrimonias, como observa Dernburg, não são *fin* em si mesmas. Constituem os meios para alcançar os fins que formam o seu fundamento, a sua *causa*; esta pode consistir em uma vantagem ou na manifestação de uma generosidade. A vantagem pode consistir em obter um credito contra o outro contrahente (*credendi causa*), como, por ex., no emprestimo de uma somma de dinheiro; em extinguir os proprios debitos (*solvendi causa*); em uma vantagem que se obtenha para terceiro (*donandi causa*); etc.

(134) Ist. cit., pag. 153.

(135) Consult. Hachenburg—Das Bürgerliche Recht für das deutsche Reich, 1900; Brissaud—De la cause, 1879; Timbol—De la cause, 1882; Venezian—Della causa, 1892; Seferiades—De la cause, 1897; Brusa—Il concetto di causa nei negozi giuridici, 1901.

(136) Ist. cit., pag. 160. Vide tambem Coviello—op. cit., pag. 394.



Uma attribuição patrimonial sem um desses fins é um acto destituído de sentido e de conceito. (137)

Accrescenta o illustre jurisconsulto: «Uma vez que a attribuição patrimonial é apenas um meio de alcançar o fim prefixado, parece natural que ella só se verifique no caso de realização desse fim. Todavia esta dependencia natural é muitas vezes interrompida. Isto acontece por motivos de utilidade, e, particularmente, por commodidade e segurança do commercio. D'ahi resulta uma distincção importante para todo o systema dos direitos patrimoniaes. Uma classe de negocios é constituida por negocios causaes ou materiaes, a outra por negocios abstractos ou formaes». (138)

Nos negocios causaes é essencial a realização do fim determinante; os negócios abstractos subsistem ainda sem que se realice a causa que levou á sua conclusão. Estes podem ser necessaria ou arbitrariamente abstractos. (139)

C) *Declaração da vontade e interpretação dos actos juridicos.* A vontade, como elemento constitutivo do acto juridico, deve ser declarada de modo a bem se comprehen-

(137) Pandette, trad. ital., pag. 279.

(138) Loc. cit. Identicamente Coviello — loc. cit.

(139) Diz Dernburg — loc. cit.: «Nei negozi astratti il concatenamento naturale con la loro causa è interrotto, ma non è punto rimosso. Se in seguito risulta che la causa non ha, o non acquista consistenza obbiettiva, con ciò appunto se vede, che l'una parte ha sofferto una perdita patrimoniale senza giusta causa, *sine justa causa*, e l'altra parte ha fatto un acquisto patrimoniale senza giusta causa. Questo risultato non equo vien di nuovo rimosso, e propriamente ciò avviene in principal modo mediante il rimedio giuridico della *condictio*».



der a causa de sua determinação e os efeitos legalmente permitidos a que visa. (140)

Muitas vezes a verdadeira intenção do declarante não se manifesta com sufficiente clareza, de sorte que se torna preciso um trabalho interpretativo.

A interpretação dos actos juridicos consiste, pois, no esclarecimento da vontade dos interessados, de accordo com o complexo de clausulas, com que o acto se apresenta e tendo-se em vista os efeitos juridicos nelle reconhecidos.

Este processo não se limita, no direito evoluido, á apreciação do significado litteral; (141) é de notar que o Codigo Civil Allemão julgou necessario consagrar expressamente este principio. (142)

Assim tambem o Codigo Civil brasileiro:

«Art. 85. Nas declarações de vontade se attenderá mais á sua intenção que ao sentido litteral da linguagem.»

Com effeito, o negocio juridico, no dizer de Erich Danz, (143) é uma norma de direito (*lex privata*) como o é a norma estabelecida pelo Estado.

(140) Segundo a expressão de Chironi e Abello — «la volontà può e deve essere chiarita a fin d'accertare, dove s'abbia in ciò dubbio, quanto s'è voluto e qual effetto, a fin, cioè di determinare il contenuto vero della dichiarazione e del negozio costituito». (Trattato cit., pag. 403).

(141) Como escreve Dernburg (Pandette, trad. ital., pag. 370): «l'interpretazione dei negozi giuridici non si accontenta nel diritto pro-gredito, come invece nelle epoche anteriori, del significato letterale.»

(142) Art. 133 — «Bei der Auslegung einer Willenserklärung ist der wirkliche Wille zu erforschen und nicht an den buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften;» isto é, ao interpretar-se uma declaração de vontade, deve-se procurar a vontade real e não-se limitar ao sentido litteral da expressão.

(143) Die Auslegung der Rechtsgeschäfte, 1897, pag. III (Vor-



Diz muito bem Saleilles: «La règle dominante du droit moderne est celle de l'autonomie de la volonté en matière d'actes privés: les parties peuvent tout ce qu'elles veulent, pourvu que leurs conventions n'aient rien de contraire aux bonnes mœurs, à l'ordre public ou aux principes posés par la loi. Elles peuvent donc, non seulement imaginer à l'infini des conventions non prévues par la loi; mais elles peuvent également, à propos d'un contrat que la loi ait prévu et réglementé, introduire toute une variété des clauses différentes de celles consacrées par les textes.» (144)

Assim, do mesmo modo que na interpretação do direito objetivo é de capital importancia comprehender e representar o sentido, o conteúdo da norma interpretada, assim também interpretar uma declaração de vontade quer dizer representar a verdadeira intenção do declarante.» (145)

Diz Crome: «A interpretação do acto jurídico é um processo, em geral, paralelo ao da interpretação legal.» (146)

wort): «Das Rechtsgeschäft ist eine Rechtsnorm (*lex privata*) wie die vom Staat aufgestellte Rechtsnorm.»

(144) De la Déclaration de volonté, 1901, pag. 196.

(145) Escreve Danz (loc. cit.): «Es wird regelmässig unterschieden eine Auslegung der Rechtsnormen, der staatlichen Gesetze und eine Auslegung der Rechtsgeschäfte. Die Auslegung der Rechtsgeschäfte ist nun — in der Hauptsache — gar keine andere als die der Gesetze; denn das Rechtsgeschäft *ist* LEX, *ist* Gesetz, *ist* Norm. Nimmt man dies nicht an, so behauptet man nichts Anderes, als der Richter in unzähliger Fällen eine Entscheidung abzugeben habe, ohne die Entscheidung auf eine Norm gründen zu können.» É, assim, opinião do illustre professor de Iena, que, apesar de ordinariamente se estabelecer distincção entre, o processo interpretativo das normas de direito e o dos actos juridicos, forçoso é reconhecer que na *essencia* um não differe do outro, porquanto o negocio juridico é LEX, é lei, é norma.

(146) System, pag. 407: «Diese Auslegung ist eine Thätigkeit,

É a manifestação externa da vontade que fornece os elementos pelos quaes pode ser comprehendida a intenção do declarante; por isso deve-se attender á forma por que é feita a declaração, bem como á accepção em que pelo seu auctor foram empregados os termos de que se serviu. Este processo do exame das palavras empregadas na declaração equivale ao da interpretação grammatical da lei: em um como no outro caso, a analyse da significação das palavras tem por fim representar a intenção (*mens legis* ou *vontade real do declarante*). Mas o esclarecimento das dubiedades que se encontram na declaração não pode resultar do puro *processo grammatical*, é sempre indispensavel o trabalho interpretativo logico. Quando ha contraste entre a significação que se deduz das palavras e a que se deprehe de da vontade, segundo a natureza e o fim da declaração, prevalece esta ultima. (147)

As difficuldades de uma boa interpretação ainda mais avultam nos negocios bilateraes.

Da mesma forma que a interpretação do direito objectivo, a dos actos juridicos pode ser *authentica* ou *doutrinaria*. «As explicações das partes, diz Dernburg, servem para a interpretação authentica do negocio, tenham sido fornecidas antes ou depois de sua conclusão. Nas disposições de ultima vontade são decisivas as elucidações do testador;

welche in Allgemeinen der Gesetzesauslegung parallel geht.» É claro que, sendo assim, as observações feitas no estudo da interpretação do direito objectivo se applicam, geralmente e de modo igual, aos actos juridicos.

(147) Chironi e Abello — Trattato, pag. 405.



nos negocios bilateracs deve haver accordo em qualquer explicação que se invoque. (148)

A maior importancia dos processos interpretativos verifica-se, porém, quando a representação da verdadeira vontade do declarante deve ser feita por pessoas estranhas ao acto, principalmente pelo juiz que tem de se pronunciar sobre os seus effeitos juridicos.

Das regras de interpretação, as mais geralmente observadas podem ser resumidas do modo seguinte:

1.º As clausulas duvidosas serão entendidas pelas que o não forem e que as partes tiverem admittido; as antecedentes e subseqüentes, que estiverem em harmonia, explicarão as ambiguas. (149)

2.º O facto dos contrahentes, posterior ao acto, que tiver relação com o objecto principal, será a melhor explicação da vontade que as partes tiveram na celebração do acto. (150)

3.º Nos casos duvidosos que não possam resolver-se de accordo com os dois principios anteriores, decidir-se-á:

a) em favor do devedor; (151)

(148) Pandette cit., pag. 371. *Vide* Coviello — op. cit., pag. 392.

(149) C. de Carvalho — op. cit., art. 285. Conf. Chironi e Abello: "Secondo il fine contenuto nella dichiarazione com'è, le parti d'un negozio si devono chiarire le une per mezzo delle altre, dando a ciascuna il senso che risulta dall'atto intiero, cosichè se contengono espressioni dubbie o non certe sian chiarite col sussidio di quelle su cui non cade dubbio, presumendosi non esista contraddizione tra la volontà com'è nell'atto intiero, e quella ch'è dichiarata rispetto alle singole sue parti." Coviello — loc. cit.

(150) C. de Carvalho — op. cit., art. 286; Cod. Commercial, art. 131, n. III.

(151) C. de Carvalho — op. cit., art. 288. Escreve Dernburg: "Nel

b) em favor da sucessão legítima; (152)

c) em favor da validade do acto. (153)

4.º As partes da declaração examinada devem entender-se como *compreendidas* na vontade, ainda que não expressas, si derivam da equidade, do uso, da lei. (154)

5.º Sempre em relação ao fim, presume-se ter o declarante querido aquillo que em sua condição quererá a generalidade das pessoas. (155)

6.º Si, para designar moeda, peso ou medida, se usar

dubbio deve ammettersi l'onere e l'obbligazione più lieve; una obbligazione deve riconoscersi soltanto, quando essa sia dimostrabile." Conf. Ulpiano — "*Semper in obscuris quod minimum est sequimur.*" Coviello — loc. cit.

(152) C. de Carvalho — loc. cit.

(153) Vide Ribas — Curso, vol. 2.º, pags. 423 e 424: Deve-se preferir a intelligencia que faz valer o acto á que o torne insubsistente; deve-se entender que as partes quizeram conformar-se com a lei. Coviello — loc. cit.

(154) Vide Chironi e Abello — loc. cit. São justas as considerações destes auctores: "ordinamento questo ch'è suppletivo, sebbene in principio una distinzione vera tra leggi suppletive ed interpretative non possa farsi, valendo una legge suppletiva pur come interpretativa, e l'interpretativa come suppletiva. La differenza si riduce tutta al modo di riferirla alla *volontà*, solo in quanto la legge suppletiva è determinata non da chiarimento del volere, sibbene dall'ordinamento generale, non così rilevante tuttavia, che non possa cedere alla diversa volontà speciale." Cumpre notar que esta regra não é do mesmo modo applicavel á interpretação da lei.

(155) Chironi e Abello, loc. cit., escrevem que este "criterio interpretativo é de especial importância nei negozi giuridici bilaterali per via del concetto di responsabilità che può inerire alla formazione loro, poichè, come avviene già di osservare, la persona cui la volontà è dichiarata é in diritto di credere, secondo i principii governanti la colpa (c. in contrahendo) che il dichiarante siasi reso ben conto di ciò che manifesta come volontà vera, scia; e poi, perchè il fine s'intende secondo é oggettivato nella volontà commune."



de termos genericos, que convenham a valores ou quantidades diversas, regulará o que estiver em uso nos actos de igual natureza. (156)

7.º Tratando-se de expressões referentes, cumpre observar que não attribuem mais direito ou titulo do que aquellas a que se referem. (157)

D) *Representação e ratificação*. A declaração da vontade no intuito de produzir efeitos juridicos, pode ser o facto pessoal do sujeito que a faz, ou o de uma outra pessoa, constituido de tal modo que a declaração de vontade, que elle determina, se considere como da pessoa em cujo nome e interesse a outra procedeu. (158)

(156) C. de Carvalho — loc. cit., art. 289.

(157) C. de Carvalho — loc. cit., art. 287.

(158) Chironi e Abello — loc. cit. Como accrescentam os mesmos escriptores, "la costruzione rigidamente logica dei concetti primitivi intorno la volontà, qual causa efficiente di rapporti giuridici, non consentiva eccezioni al principio della personalità nella dichiarazione, onde gli espedienti pensati a fin di riferire in modo diretto all'interessato l'azione dell'intermediario: le necessità economiche e l'attività degli scambi e delle relazioni erano ben più forti della picciolezza degli schemi giuridici elementari rispetto ai quali si pensò poi, che la volontà, qual fatto giuridico, può ben esistere in relazione al suo fine, anche in rispetto a chi in realtà non l'ebbe e non la manifestò, quando questo abbia dichiarato o dichiara di riferirla come sua, o come tale la legge a lui la riferisca. Così avvenne, che la volontà si possa separare da chi la manifestò per essere, nella sua entità di fatto giuridico, condotta ad altri come vero ed unico dichiarante: e tal possibilità, cui la legge ebbe eccitamento a comporre dalla necessità di promuovere, supplire, integrare e moltiplicare l'attività giuridica d'ogni singola persona e rendere possibile l'esercizio della personalità a taluno che per sè non potrebbe farlo, a ragion d'incapacità giuridica a ciò (minore, interdetto) o d'impossibilità naturale (persone giuridiche), esclude per sè la finzione."

Representação (159) é, pois, o instituto pelo qual uma pessoa opera juridicamente por meio de outra, exhibindo mediante a manifestação de vontade feita por esta, uma declaração de vontade propria. (160)

A representação se divide em:

- 1.º *Representação geral* ou *de modo generico*, e *representação especial* ou *de modo especifico*.
- 2.º *Representação originaria* e *subsequente*.
- 3.º *Representação mediata* e *immediata*.
- 4.º *Representação convencional* e *legal*.

1.º Quanto ao seu conteúdo, a representação pode ser *geral*, quando se refere a todos os negocios do representado; e *especial*, quando não se estende além de actos certos e determinados; mas a simples qualificação *geral* do mandato limita-o aos actos de administração. (161)

(159) Consult. Frese — Die gemeinliche Lehre von der beauftragten Vermögensverwaltung und Willensvertretung, 1882; Mittcis — Die Lehre von der Stellvertretung, 1885; Buchka — Die Lehre von der Stellvertretung bei der Einebung von Verträgen, 1882; Biermann — Lehre von der Vertretung und. Vollmacht, 1900; Schlossmann — Die Lehre von der Stellvertretung, 1900; Tartufari — Dalla rappresentanza nella conclusione dei contratti, 1892.

(160) Vide Coviello — op. cit., pags. 381 e segs., Clovis — Theoria Geral, pags. 315 e 316.

(161) Alguns escriptores fallam em representação geral e especial em um outro sentido, que corresponde á representação na vontade e a na declaração (Vide Windscheid — Pand., § 73, nota (21). Chironi e Abello assim expõem a antithese: "Esiste rappresentanza in modo generale nel fatto di chi agisca non per sè, sibbene nell'interesse e a nome d'altri, cui quel fatto, come azion giuridica, si riferisce; ossia si valga del fatto di altri perchè operi in certo modo a nome suo. A questa maniera di rappresentanza generica, in senso non proprio, si riferisce pure l'impiego d'una persona (*nuntius*) o d'una cosa (come



2.º A representação, considerada em relação ao tempo em que surge, é *originaria*, si nasce de um acto para o qual foi validamente constituída, de modo expresso ou de conformidade com a lei (interpretativa ou suppletiva); é *subsequente*, si procede de uma declaração de vontade posterior ao facto para o qual é constituída, e na qual o interessado affirma sua intenção de considerar o facto como realisado em seu nome, attribuindo, assim, ao agente a qualidade de seu representante (*ratihabitio mandato comparatur*). (162)

3.º Quanto aos seus effeitos em relação a terceiros, a representação pode ser *immediata* ou *directa*, quando apparece como parte no negocio o interessado e não o represen-

avviene di certi apparecchi automatici) a fin di *manifestare* ad altri la propria volontà: impiego ch'è semplice fatto. Il nunzio è semplice strumento del rappresentato: nell'azion sua non si ha che il fatto materiale di trasmettere la volontà propria, mentre nella rappresentanza vera il rappresentato asserisce per *sua* la volontà dichiarata dal rappresentante." Assim, na representação de modo generico é o representado que declara e manifesta a sua vontade por intermedio de outra pessoa, da mesma forma por que o pode fazer mechanicamente, por intermedio de um aparelho, como, por ex., o phonographo; na representação de modo especifico é o representante que manifesta por acto seu a vontade do representado. Em ambos os casos a vontade é do representado: no primeiro, o representante é um simples instrumento de que o representado se utiliza para declarar a sua vontade; no segundo, o representante é quem faz a declaração de vontade, embora em nome e no interesse do representado. Vide tambem Regelsberger—§§ 159 e segs.; Fleck—Der Bote (*nuntius*); Platner—in Archiv für civ. Praxis; Unger—op. cit., vol. II, § 90. Dispõe o Projecto Bevilaqua (actual), art. 1295: "O mandato em termos geraes só confere poderes de administração. Para alienar, hypothecar, transigir ou praticar actos que excedam a administração ordinaria, deve a procuração conferir poderes especiaes e expressos."

(162) Chironi e Abello—loc. cit. Vide as pag. seguintes sobre a ratificação.



tante pessoalmente; é *mediata* ou *indirecta*, quando o representante, nas relações com terceiros, procede em nome proprio, ainda que no interesse do representado. (163) O conceito da representação immediata não é o mesmo para todos os auctores: uns entendem que o representante é o verdadeiro contrahente, mas os efeitos do negocio concernem unicamente ao interessado; assim — Buchka, Laband, Goldschmidt, Schlossmann, Windscheid (164) e a opinião dominante; outros pensam que o proprio interessado é o contrahente, mas admittem que o representante coopera com elle, de accordo com a extensão do mandato, e que o negocio é produzido pela vontade de ambos; neste sentido — Dernburg, Mitteis, (165) Leonhard, Hölder, Randa. É innegavel que este ultimo conceito se harmonisa melhor com a responsabilidade dos participantes pela culpa *in contrahendo*, e, por esse motivo, deve ser o preferido. (166)

4.º Em relação ás fontes de que procede, a representação é *convencional*, ou *voluntaria*, quando constituida pela livre vontade do interessado; é *legal* ou *necessaria*, quando determinada pela lei, no intuito de tutelar e proteger o incapaz, quer substituindo-o inteiramente, quer limitando-se

(163) Muskat — Der Vertrag des Stellvertreters mit sich selbst, 1897.

(165) Diz Windscheid (Pand. vol. II, § 313, nota (4) que “a declaração de vontade do representante é juridicamente concebida, de modo ficticio, como declaração de vontade do representado.”

(165) Foi Mitteis quem de modo mais preciso accentou este segundo conceito: para elle (op. cit., pag. 109), na representação directa, tanto o representado como o representante procedem juridicamente e juntos formam o negocio.

(166) Vide Mitteis — loc. cit.



a assistil-o. Quanto a esta ultima, existe ainda uma distincção, estabelecida por Unger: a representação *legal* diz-se *formal* (*formelle Mitwirkung*) nos casos em que a cooperação ou representação é necessaria para a forma do acto, como quando se requer a intervenção do juiz, do notario ou do official publico, *ad substantiam actus*; é *material*, quando se refere ao conteúdo dos negocios, na hypothese em que determinadas pessoas devam intervir, de algum modo, no negocio, para declarar ou completar a vontade do sujeito como, por ex., na tutela ou na curatela. (167)

A representação produz os seus effeitos, de modo que os actos praticados pelo representante são, dentro dos limites do mandato, imputados á pessoa que elle representa; é claro, portanto, que fóra desses limites são os seus actos juridicamente inefficazes.

Para a determinação da responsabilidade, deve-se dizer com Abello e Chironi: «se nei suoi risultati l'atto del rappresentante vien asserito al rappresentato, nei suoi elementi giuridici dev'essere considerato in rispetto a chi l'ha compiuto. Se, per cogliere l'entità giuridica speciale d'un fatto, si deve badare al momento psicologico in cui fu determinato, s'osservarà come il fatto del rappresentante debba essere considerato rispetto a lui, alla sua condizion particolare. Così per quanto riflette la responsabilità del rappresentato pei fatti illeciti del rappresentante contro al diritto dei terzi, sol quando l'azione commessa dal rappresentante gli sia imputabile la si potrà di rimbalzo imputare a lui: mal poten-

(167) Vide Unger, vol. 2.º, pag. 131; Endemann, § 80.



dosi staccare il fatto ingiurioso, oggettivamente considerato, dall'elemento che l'accompagna, componendosi così la struttura giuridica dell'ingiuria.» (168)

A ratificação (ratihabitio), que etymologicamente significa aprovação ou confirmação, (169), se destina a sanar as faltas de um acto por si inefficaz, por ter sido praticado por quem não estava investido da qualidade de representante do interessado, ou além dos poderes do mandato. Pode ser *expressa* ou *tacita*: aquella deve reproduzir a substancia do acto que se quer ratificar e a competente declaração; esta se constitue pela execução voluntaria de todo ou de parte do acto que se ratifica. (170)

Os effeitos da ratificação devem ser considerados em relação:

1.º *ao declarante e ao agente*: considera-se o facto realiado desde o principio por conta do ratificante, e assim se reputam formadas desde então as relações de character representativo; (171)

(168) Trattato, pag. 425; vide tambem Chironi — Colpa contrattuale, 2.ª ed., pags. 445 e segs.; Crome — System, pags. 467 e segs.; Mitteis — loc. cit.; Dernburg — Pandette, trad. ital., pag. 353, nota (10) e os textos romanos ali citados.

(169) Conf. Maiweg — Einyillung und Genehmigung im B. G. B., 1899; Junker — Die Genehmigung im B. G. B., 1899; Barassi — La ratifica del contratto annullabile, 1898.

(170) Vide Alves Moreira — op. cit., pags. 457-459.

(171) "Al ratificante si riferiranno i diritti e le obbligazioni derivanti dal fatto ratificato, come se l'opera intermedia dell'agente non fosse per alcun modo intervenuta od a lui s'estenderà pure la responsabilità verso i terzi dell'ingiurie commesse dall'agente in qualità di rappresentante. La ratifica cioè opera retroattivamente, pel riferirsi della volontà ad un fatto giuridico che si ritiene sia del dichiarante." (Chironi e Abello — loc. cit.)



2.º a terceiros: não ficam prejudicados os direitos que elles tenham adquirido anteriormente. (172)

Quanto ao tempo em que pode ser feita a ratificação:

1.º é cabivel ainda depois da morte do agente (representante);

2.º depois da morte do interessado pode ser dada por seus herdeiros. (173)

E) *Elementos accidentaes dos actos juridicos*. Os pandectistas e civilistas modernos, como dizem Fadda e Bensa, procuraram reduzir a uma categoria unica as qualidades ou modalidades particulares das declarações de vontade, que os antigos consideravam isoladamente, reunindo-as apenas sob um ponto de vista negativo, isto é, em opposição ás declarações puras e simples.

Os escriptores, pela maior parte, empregam para designal-as em suas varias figuras a denominação commum — «disposições ou determinações accessorias dos actos juridicos;» ha, entretanto, alguns que preferem a expressão — «auto-limitações da vontade.» (174)

(172) Vide, porém, Alves Moreira — loc. cit.

(173) A. e loc. cit. É claro que, para ser valida, a ratificação deve ser feita por pessoa capaz e que esta capacidade é medida de accordo com o acto que se ratifica.

(174) Neste grupo se reuñem, como adeante se verá, a condição, o termo e o modo. As denominações empregadas para designar o grupo têm sido objecto de fortes controversias. Quanto ao termo — «auto-limitação» escrevem Fadda e Bensa: «L'espressione «autolimitazione» (Selbstbeschränkung) si suole far risalire al Savigny, il quale parla di restrizione, che il volere stesso apporta alla sua estensione. "La dichiarazione di volontà può assumere un carattere particolare per ciò che essa limite sè stessa, e quindi diminuisca l'estensione (Umfang) che altrimenti avrebbe" (Sist., III, § 116, p. 120, cfr. § 114, p. 99). Ri-

São desta natureza:

- a) a condição;
- b) o termo;
- c) o modo.

producono l'espressione quelli che il Bekker (§ 115, app. II, p. 326) scherzosamente chiama i generali d'Allessandro (Diadochen), e altri recenti scrittori, ma spesso modificandone più o meno il significato.» A favor desta denominação se pronunciam modernamente — Keller, Unger, Baron, Windscheid, Hölder, Crome (Parte Generale del dir. fr.), Bonfante, Bensa. Por ahi se vê que não tem razão Manenti, quando afirma que o conceito da auto-limitação encontrou pouquissimos sectarios e que isso é natural. As censuras a este conceito são, entretanto, fortes e numerosas. Conforme dizem Fadda e Bensa «esse si rivolgono non solo contro il modo con cui intese il concetto il Savigny, ma anche contro le modificazioni e spiegazioni dè più recenti. Il Bekker fa le grandi meraviglie per la buona accoglienza fatta all'iniziativa savigniana. A suo avviso, per non considerare come un controsenso il concetto di un volere, che limita sè stesso, restringendo la propria estensione, si dovrebbe ritenere la identità del volente col voluto in guisa assolutamente diversa dall'identità fra madre e figlio, poichè se per fatto della madre, il figlio fosse riescito più piccolo, giammai la madre avrebbe limitato sè stessa.» Tenendosi lontano da questo misticismo non resterebbe altro scampo che attribuire al Savigny una confusione grossolana (eine grobe Verwechslung. "Poichè le nostre idee sul volere, prosegue il Bekker, non sono da per tutto le più chiare, e poichè noi ci siamo abituati a chiamare collo stesso nome il produttore e il prodotto, in quanto all'occasione chiamiamo volere tutto due le cose (il volente ed il voluto), perciò Savigny dice, che la *volontà* limita sè stessa; non meglio che se si dicesse, che il *soldato*, il quale ha sparato contro un altro *soldato*, ha ucciso sè stesso. No, limitare può solo la cosa volente, limitato è solo il voluto, e queste due cose non diventano *unum idemque* per ciò che l'uso del linguaggio, in modo affatto non lodevole, le designi cogli stessi segni. Del resto, come l'evidenza mostra anche, il volere volente (*der wollende Wille*), vogliasi per questo intendre l'uomo volente o una qualche particolare facoltà di esso, non è affatto limitato in guisa rilevante da dichiarazioni condizionali, a termine, etc., ma il volente, anzi, se avesse amesso tali dichiarazioni incondizionatamente o senza termine, sarebbe in più

a) Condição. A condição (175) é uma clausula pela qual o declarante faz depender de um acontecimento futuro e incerto a efficacia juridica da declaração de sua vontade.

alto grado gravato e quindi limitato.” Tutto ponderato, ci pare che questa disputa — cosa non rara nella dottrina della condizione — sia stata trascinata in un terreno irto di sottiglieze, tutt’altro che propizio per fissare e semplificare le idee. La prima parte delle censure del Bekker passa indubbiamente il segno. Nè Savigny, nè alcuno di coloro che da lui accettarono l’espressione “autolimitazione” hanno mai intesa questa nel senso, che il Bekker mostra assurdo. La limitazione si riferisce sempre al *vóluto*, salvo che più partitamente da vari si fa cadere sull’estensione, sul contenuto, sull’efficacia, sull’esistenza del *vóluto*.” É exactamente neste sentido que entendem a expressão todos os outros escriptores que a criticam, como Dernburg, Regelsberger, Ennecerus. Quanto á outra denominação, não existe tambem accordo. Bekker faz as seguintes distincções: a) *declaração accessoria* é toda declaração efficaz no campo do negocio juridico, que vem unida aos elementos de facto, em si sufficientes, que o constituem; b) *disposição accessoria* é a declaração que aos elementos naturaes do negocio juridico substitue elementos accidentaes; c) *negocio accessorio* é a declaração accessoria que, sem prejudicar os elementos naturaes, attribue ao acto consequencias que de outro modo não se verificariam. Com a designação que preferimos e que corresponde á de Dernburg — “Clausulas accessorias dos negocios juridicos”, — procuramos evitar qualquer equívoco, comprehendendo no grupo sómente a condição, o termo e o modo, que, não sendo requisitos das actos juridicos (vide a critica de Giorgi — *Obblig.* vol. 3.º, pag. 42), podem nelles apparecer como elementos accidentaes. Vide tambem as *Ist. cit. de Bensa*, § 74.

(175) Consult. Szachowski — *Des effets de la condition*, 1872; Delogu — *Delle condizioni nei testamenti*, 1878; Adickes — *Zur Lehre von den Bedingungen*, 1876; Borgna — *Contributo alla dottrina delle determinazioni accessorie*, 1891; Manenti — *Dell’apponibilità delle condizioni ai negozi giuridici*; Panier Oscar — *Théorie générale des conditions impossibles*, 1899; Dieckerhoff — *Welche von den praktisch bedeutsamen gemeinlichen Folgen des Unterschiedes zwischen Bedingung und Befristung treffen noch zu für das B. G. B.?* 1899; Sobtzick — *Die bedingte und die befristete Obligation*, 1898.

É requisito essencial da condição que o acontecimento em que consiste, seja:

- 1.º querido juridicamente;
- 2.º futuro;
- 3.º incerto.

Não são, portanto, condições, no sentido *proprio e juridico* da palavra:

1.º as condições *meramente potestativas* e as *impossíveis*;

2.º as que se referem a um acontecimento *não futuro*;

3.º as condições *necessarias*. (176)

1.º São condições *meramente potestativas* as que encerram um facto deixado exclusivamente ao arbitrio do declarante (*quæ in mera voluntate consistunt*), como, por ex. — exigirei tal prestação, si eu quizer; ou então — obrigo-me a fazer isto, si o entender.

No primeiro caso, como dizem Chironi e Abello, (condição meramente potestativa por parte do credor) o accrescimo é inutil; no segundo (condição meramente potestativa por parte do devedor), não existe declaração alguma de vontade: «chi dichiaara di volere si vorrà, effettivamente, quando dichiaara non ha ancora voluto.» (177)

É necessario distinguir, observam os mesmos escriptores, as condições potestativas, dependentes *meramente* da vontade do declarante, das que dependem de um facto especial ou de uma circumstancia que limite o arbitrio abso-

(176) Vide Pinto Coelho — Das Clausulas accessorias nos negocios juridicos, vol. 1.º, 1909, pags. 73 e segs.

(177) Chironi e Abello — loc. cit.



luto (*quæ in facto a voluntate pendente consistunt*): «cosi, la dichiarazione di obbligarsi *in quantum potuero* non dipende dalla libera ed assoluta volontà dell'obbligato, nè può dirsi costituita sotto condizione puramente potestativa, come non potrebbe dirsi tale quella per cui alla persona tenuta all'adempimento d'un'obbligazione fosse data facoltà di liberarsi disponendo o provvedendo a che altrimenti sia soddisfatta.» (178)

Condições impossiveis são as que consistem em um facto que não pode ocorrer ou que é juridicamente inadmissível: ha, pois, condições naturalmente impossiveis e condições juridicamente impossiveis. A impossibilidade natural, chamada tambem *physica* ou *material*, provém de circumstancias *physicas*; assim, por ex., quando se diz — «*si digito calum tetigero*;» (179) a juridica deriva de prohibição de lei — «*quæ jure impleri non potest.*» (180)

Define o Codigo Civil, art. 114: Considera-se condição a clausula, que subordina o effeito do acto juridico a evento futuro e incerto.

Dispõe ainda o Codigo Civil:

Art. 115. São licitas, em geral, todas as condições, que a lei não vedar expressamente. Entre as condições defesas

(178) A. e loc. cit.

(179) É exactamente o exemplo que apresentam Chironi e Abello.

(180) Como affirmam os mesmos escriptores acima citados, ha tambem uma especie de impossibilidade, que pouco se verifica na pratica, chamada pelos interpretes *impossibilidade logica*, que se encontra naquellas condições que envolvem uma contradicção e foram chamadas — *perplexas* — no direito romano; por ex. — «*si Titius heres erit Seius heres esto: si Seius heres erit Titius heres esto.* Italianus inutilem esse institutionem scribit cum exisere non posset.»



se incluem as que privarem de todo effeito o acto, ou o sujeitarem ao arbitrio de uma das partes.

Art. 116. As condições physicamente impossiveis, bem como as de não fazer coisa impossivel, têm-se por inexistentes. As juridicamente impossiveis invalidam os actos a ella subordinados. (181)

2.º Uma vez que o acontecimento a que se refere a condição tem de ser futuro, é claro que são condições improprias as que submettem o acto a occurrencias passadas ou presentes: «in tal caso, sebbene sia esso ignorato da chi lo inserisce nella propria volontà, s'ha fin da principio un negozio giuridico incondizionato, oppure inefficace, poichè non è incerto. Si può ben avere incertezza soggettiva: ma non oggettiva, bastando di accertare se il fatto posto qual condizione sia o no accaduto; e per la condizione propria occorre l'incertezza così rispetto al *se* che al *quando*.» (182)

3.º Não constituem tambem condição propria os factos que devem necessariamente occorrer; neste caso deixaria de haver incerteza quanto á efficacia do acto juridico e elle seria puro e incondicionado: taes são os acontecimentos que não podem deixar de ser (*omnimodo extiturae sunt*) e as chamadas *conditiones juris* (*quæ tacite inesse videntur*). (183)

(181) Emendas de Ruy Barbosa.

(182) Chironi e Abello — loc. cit.

(183) Exemplificam os auctores acima referidos: "Tale sarebbe, ad es.: la celebrazione del matrimonio rispetto al contratto di dote. Non si tratta di vera condizione, perchè essa non è un elemento *accidentale del negozio*, ma un elemento necessario per legge e inerente alla natura del negozio giuridico stesso. Però eccezionalmente anche le mere *conditiones juris* possono assumere il caratteri di condizioni proprie se tale fu la volontà delle parti o del testatore."



Tambem o Codigo Civil declara:

Art. 117. Não se considera condição a clausula, que não derive exclusivamente da vontade das partes, mas decorra necessariamente da natureza do direito, a que accede. (184)

As *condições proprias* se dividem:

a) Quanto ao modo de se manifestar, em *expressas* e *tacitas*: são expressas as que resultam de uma declaração de vontade feita de modo explicito; tacitas as que se enunciam por meio de uma vontade tacitamente manifestada ou as que são presumidas pela lei suppletiva ou integrante.

b) Em relação ao modo de conceber a existencia do acontecimento, em *affirmativas* ou *positivas* e *negativas*: aquellas se referem á existencia do facto, ao passo que as ultimas supõem e dependem de sua não existencia.

c) Attendendo ás causas de que procede o acontecimento, em *casuaes*, *potestativas* e *mixtas*: são casuaes, quando o facto é inteiramente fortuito; *potestativas* si dependem da vontade dos declarantes ou de um delles; (185) *mixtas* si a existencia do acontecimento está subordinada ao mesmo tempo á vontade de uma ou de ambas as partes e á vontade de terceiro ou ao puro acaso.

d) Quanto ao modo porque influiram sobre o acto juridico, as condições podem ser *suspensivas* e *resolutivas*:

(184) Assim já dispunha o Projecto na emenda de Ruy Barbosa (art. 122).

(185) Cumpre distinguir as *condições proprias potestativas* das *meramente potestativas*, que são condições improprias: naquellas é o facto que depende da vontade dos interessados; nestas é o proprio effeito juridico. Vide pag. 576 anterior e nota (177).

subordinado a uma condição suspensiva só com a sua superveniencia o acto existirá; dependendo de uma condição resolutive, produz efeitos desde que é constituído, mas sobrevivendo a condição, considera-se inefficaz desde o principio. Como dizem Chironi e Abello, as condições suspensivas «impediscono che prima del loro avvenimento il negozio abbia esistenza;» as resolutive «col loro avvenimento pongono nel nulla il negozio stesso, come mai avesse avuto luogo.» (186)

e) A respeito da existencia ou da inexistencia do facto

(186) Accrescentam os mesmos auctores (Trattato cit., pag. 441): «Vero è, che questa distinzione parrà non corretta a chi pensi che ogni condizione sia suspensiva e si possa a questa specie ridurre anche la resolutive, quasichè sia condizione suspensiva della resolução (*par negotius q. sub conditione resolvitur*): ma la tradizione, cui il diritto patrio s'informa, è contraria a tal concetto, pel quali la resolução dovrebbe costituire un negozio a sè, independente da quello a cui riguardo è fissata. Può certo avvenire che la resolução sia considerata così; allora non s'ha vera, propria condizione resolutive, sibbene condizione suspensiva del negozio di resolução: la condizione resolutive propria è legata intimamente alla dichiarazion principale e se ha essenza comune con la suspensiva, perchè come in questa, dal suo avvenimento dipende l'efficacia giuridica ultima del negozio, ne è poi diversa pel modo in cui, mentre è pendente, opera in rispetto al negozio stesso.» Dispõe o Codice Civil: «Art. 118. Subordinando-se a efficacia do acto a condição suspensiva, enquanto esta se não verificar, não se terá adquirido o direito, a que elle visa. Art. 119. Si fôr resolutive a condição, enquanto esta se não realisar, vigorará o acto juridico, podendo exercer-se desde o momento deste o direito por elle estabelecido; mas, verificada a condição, para todos os efeitos se extingue o direito, a que ella se oppõe. Paragrapho unico. A condição pode ser expressa ou tacita; operando no primeiro caso de pleno direito, e por interpellação judicial no segundo. Art. 120. Reputa-se verificada, quanto aos effeitos juridicos, a condição cujo implemento fôr maliciosamente obstado pela parte, a quem desfavorecer. Considera-se, ao contrario, não verificada a condição maliciosamente levada a effeito por aquelle, a quem aproveita o seu implemento.»



contido na condição, pode ella ser — *realizada, pendente e falha*: é *realizada* ou *existente* si o acontecimento se verifica de accordo com a declaração de vontade; é *pendente* emquanto domina a incerteza sobre sua futura existencia; *falha* ou *deficiente*, quando não se verificou ou se adquire certeza de que não se verificará. (187)

Em regra pode a condição applicar-se a qualquer declaração de vontade; ha, todavia, actos juridicos que, por sua importancia social, devem apresentar-se com tal certeza e segurança, que difficilmente se poderiam admittir condições a que se subordinassem: o matrimonio, a legitimação, a emancipação, a adopção pertencem a esta classe. (188)

Quanto aos effeitos da condição, deve-se considerar que, em principio, uma vez verificada, ella retroage até ao dia em que se constituiu o acto. (189)

O Codigo Civil firma as seguintes regras:

Art. 121. Ao titular do direito eventual, no caso de

(187) Vide Valverde y Valverde — Tratado, vol. 1.º, pag. 458.

(188) Escreve Clovis Bevilacqua: "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 do filho, a compensação, a acceitação e o repudio da herança ou legado, a acceitação da testamentaria."

(189) "Siccome la dichiarazion condizionata è la stessa dichiarazione di volontà di costituire il negozio giuridico, s'intende perchè, quando s'avveri la condizione contenutavi, si deve ritenere che l'esistenza di tal volere, che all'avverarsi della condizione intimamente, immediatamente si connette, si retrotragga al giorno in cui essa fu manifestata, quando non siasi diversamente dichiarato." Chironi e Abello — loc. cit. Vide tambem Lind — Die Lehre v. d. Rückwirkung der erfüllten Resolutivbedingung mit Rücksicht auf das B. G. B., 1898. Mais amplo desenvolvimento da materia se encontrará no volume 2.º desta obra.

condição suspensiva, é permitido exercer os actos destinados a conservá-lo.

Art. 122. Se alguém dispuzer de uma coisa sob condição suspensiva, e, pendente esta, fizer quanto áquella novas disposições, estas não terão valor, realizada a condição, se com ella forem incompatíveis.

2.º *Termo*. O termo, considerado como elemento accidental dos actos juridicos, consiste em uma limitação, acrescentada á declaração de vontade, pela qual se dispõe que a efficacia juridica do acto dependerá de um certo momento futuro; isto é, que o acto terá vigor juridico até uma epoca determinada ou desde essa epoca. (190)

O termo pode ser:

a) *expresso* ou *tacito*, conforme deriva de manifestação explicita da vontade, ou da propria natureza do acto; este ultimo tambem se denomina *implicito* ou *necessario*; (191)

b) *inicial* e *final*: o primeiro (*dies a quo, ex die*), chamado tambem *suspensivo*, determina o tempo em que o acto deve ter efficacia juridica; o final (*dies ad quem, ad diem*), tambem denominado *extinctivo* ou *resolutivo*, determina o tempo ao qual se applica o valor juridico do acto; (192)

(190) Escreve Ribas — Curso cit., vol. 2.º, pag. 402: “O termo (dies) é o limite posto no tempo á efficacia de uma relação juridica. Este limite pode ser *primordial* ou *final*, isto é, pode referir-se ao começo ou ao fim da relação juridica.” O Codigo Civil emprega as expressões mais proprias de termos *inicial* e *final* (arts. 123 e segs.)

(191) Trata-se de um termo necessario sempre que, por sua propria qualidade, o negocio juridico só pode produzir efeito depois de certo tempo, como, por ex., na venda de colheitas futuras.

(192) Diz o Codigo Civil: “Art. 123. O termo inicial suspende o exercicio, mas não a aquisição do direito. Art. 124. Ao termo

c) certo e incerto: é certo (*dies certus quando*), si se refere directamente a um dia determinado, (193) ou indirectamente, por meio de um acontecimento futuro, que se ha de verificar em um momento que desde o principio se poderia precisar; (194) é incerto (*dies incertus quando*) sempre que se refere a um acontecimento futuro que certamente ocorrerá, sem que seja possível determinar a epoca. (195)

Quanto aos prazos estabelece o Código Civil:

Art. 125. Salvo disposição em contrario, computam-se os prazos, excluindo o dia do começo, e incluindo o do vencimento.

§ 1.º Se este cahir em dia feriado, considerar-se-á prorogado o prazo até o seguinte dia util.

§ 2.º Meiado considera-se, em qualquer mez, o seu decimo quinto dia.

inicial se applica o disposto, quanto á condição suspensiva, nos arts. 121 e 122, e ao termo final, o disposto acerca da condição resolutive no art. 119.

(193) Assim, por ex.: obrigo-me a satisfazer tal prestação no dia 10 de Maio de 1810.

(194) Ex.: no dia da maioridade de meu filho, isto é, quando completar 21 annos, farei, etc.

(195) Diz Bensa — Istit. cit., pag. 172: "Il termine è futuro e certo, nel senso che il termine deve necessariamente giungere: non è necessario, però, che vi sia la certezza del tempo preciso in cui deve giungere: un rapporto ad esempio che debba cessare o cominciare col decesso di un individuo, è a termine e non a condizione, perquanto eminentemente incerta sia l'ora della morte. Quindi suol dirsi che la condizione è un *dies incertus an*, il termine un *dies certus an*, che può essere *certus od incertus quando*: il *dies incertus quando* può assurgere a condizione, qualora sia messo in ipotesi come dovente venire entro un tempo determinato il che lo converte in un *dies incertus an*: per es.: "se Tizio morrà prima di Cajo."

§ 3.º Considera-se mez o periodo successivo de trinta dias completos.

§ 4.º Os prazos fixados por hora contar-se-ão de minuto a minuto.

Art. 126. 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 estabeleceu a beneficio do credor, ou de ambos os contraheutes.

Art. 127. Os actos entre vivos, sem prazo, são exequíveis desde logó, salvo se a execução tiver de ser feita em logar diverso, ou depender de tempo.

3.º *Modo*. O modo é uma clausula pela qual se impõem certos encargos a aquelles, em cujo proveito se constitue um direito ou se pratica um acto de liberalidade. (196)

Modus, define Dernburg, é o onus ligado a uma liberalidade. (197)

A forma do modo é muitas vezes a seguinte — «sob a condição, que,» mas nem por isso se confunde elle com a condição em sentido technico. (198)

(196) Vide Pfeiffer — Von den wesentlichen Unterschiede und dem Kennzeichen des *modus* und der *conditio*, insonderheit bei Legaten.

(197) Pandette cit., pag. 345.

(198) Ribas aponta as seguintes differenças: 1.º Que o *modo* é coercitivo e não suspensivo, emquanto a *condição* é suspensiva e não cocrcitiva; pelo que aquelle não impede a aquisição do direito. 2.º Que se pode dar caução para a execução do modo. 3.º Que si o modo se torna impossivel, esta impossibilidade não torna insubsistente e nullo o acto modal. O projecto Bevilaqua se refere á distincção entre os dois elementos accidentaes do acto juridico, quando dispõe: Art. 133. O encargo não suspende a aquisição nem o exercicio do direito, salvo



Como escreve Dernburg: «Non da tutti i giuristi moderni il *modus* viene riconosciuto come una particolare forma di negozi. Per molti esso si trasforma nel concetto della *presupposizione*.» (199)

Com effeito Windscheid, creador desta doutrina, chama *presupposição* (*Voraussetzung*) toda representação que determinou uma parte a concluir um negocio, considerando alguma coisa como realisada, ou esperando que se verifique no futuro.

Não é necessario que seja isso expressamente declarado. Si falha a coisa presupposta deve-se considerar que a vontade declarada não é real. Assim a *presupposição* é uma condição não desenvolvida. (200)

Commenta Dernburg com razão: «Ma ciò significa minare i contratti. Ciò che si è bilateralmente stabilito e convenuto dovrebbe essere posto in questione a causa di rappresentazioni delle parti; nemmeno dichiarate! Con ciò sarebbe posta in pericolo la sicurezza e la fiducia del commercio.» (201)

quando expressamente imposto no acto, pelo disponente, como condição suspensiva.

(199) Loc. cit.

(200) Pandekten, § 97: «Die Voraussetzung ist eine unentwickelte Bedingung (eine Willensbeschränkung, die nicht zur Bedingung entwickelt ist).» A theoria da *presupposição* tem provocado ultimamente fortes discussões. Esta inovação de Windscheid, producto de uma extraordinaria força de abstracção, encontrou na Austria e na Italia alguns adeptos, mas, ainda no primitivo projecto de Código Civil Alemão, se reconhecia não ter attingido aquelle rigor de elaboração que se torna preciso para uma construcção legislativa. Vide a respeito Fadda e Bensa — Notas a Windscheid, pags. 1035 e segs.

(201) Loc. cit.

Diz o Código Civil:

Art. 128. O encargo não suspende a aquisição, nem o exercício do direito, salvo quando expressamente imposto no acto, pelo disponente, como condição suspensiva.

F) *Inexistencia e annullabilidade dos actos juridicos.* (202) Muitas vezes um facto, que tem a apparencia de acto juridico, não produz, todavia, os effeitos de que são susceptiveis os actos juridicos normaes.

Esta situação anomala, em que pode achar-se o negocio juridico, provém da inobservancia das prescrições com que o direito objectivo procura assegurar uma declaração de vontade real: em alguns casos o acto se considera *nullo, inexistente*; em outros simplesmente *annullavel*.

Até bem pouco tempo se costumava apontar a separação aguda da nullidade e da annullabilidade, como sendo mais um signal da grandeza do direito romano. Actualmente muitos escriptores não reconhecem que a distincção se justifique conceitualmente; para elles a differença é puramente historica: em Roma os actos juridicos seriam algumas vezes inefficazes perante o direito civil e, portanto, nullos; outras vezes sua invalidade seria devida á jurisprudencia pretoria — negocios annullaveis. Sendo assim, uma vez que já não

(202) Comp. Bradenwitz—Die Ungültigkeit obligatorischer Rechtsgeschäfte, 1887; Christians—Ueber d. s. g. relative Nichtigkeit, 1899; Jacobi—Die fehlerhaften Rechtsgeschäfte, in Arch. f. die civ. Praxis, vol. 86, pag. 51 e segs.; Priem—Gebietes einer Mittelstufe zwischen Nichtigkeit und Anfechtbarkeit, 1899; Pize—Essai d'une théorie générale sur la distinction de l'inexistence et de l'annulabilité des contrats, 1897; Barsanti—Contributo alla teoria degli atti giuridici inesistenti od annullabili, in Archivio Giuridico, vol. 59, 1897; Martinho Garcez—Nullidades dos actos juridicos, 1896.

existe a dualidade do direito civil e pretório, teria cessado a razão de ser da differença. (203)

Entretanto, deve-se reconhecer com Dernburg, que «nelle singole norme può darsi che lo sviluppo storico del diritto romano abbia determinato i limiti tra nullità e annullabilità in modo piuttosto fortuito. Ma il contrapposto stesso è fondato nella cosa, ed è anche oggi importante.» (204)

Tanto os actos *nullos* como os *annullaveis* podem ser comprehendidos sob a denominação commum de *actos invalidos*. (205)

A invalidade apresenta as seguintes formas:

- 1.º *absoluta* e *relativa*;
- 2.º *total* e *parcial*;
- 3.º *originaria* e *subsequente* ou *consecutiva*;
- 4.º *sanavel* e *insanavel*;
- 5.º de *inexistencia* e de *annullabilidade*.

1.º A invalidade é *absoluta*, quando pode ser allegada por todos aquelles que concorreram para a constituição do acto, ou que têm qualquer interesse n'elle; é *relativa*, quando só aproveita a certas e determinadas pessoas, em cujo beneficio a lei a estatuiu; taes como a mulher casada, os menores, etc.

2.º Ha invalidade *total*, quando abrange o acto juridico inteiro; *parcial*, quando se limita a uma de suas partes.

(203) Assim Lenel — Exceptionen; Schlossmann — Zwang.

(204) Pandette, trad. ital., pag. 365.

(205) Savigny empregou a expressão «negocios invalidos»; de então para cá tornou-se commumente aceita. Comp. as obras citadas de Gradenwitz e Mitteis. Dernburg emprega o termo «negocios viciosos».

3.º É *originária* sempre que a causa de invalidade existe desde o momento em que foi o acto constituido; é *subsequente ou consecutiva*, si o motivo appareceu depois de tal constituição.

4.º A invalidade é *sanaavel*, todas as vezes que são admitidos meios de revalidar o acto; *insanaavel*, quando tal possibilidade é inteiramente excluida.

5.º Pode enfim a invalidade apresentar-se sob os modos especiaes que já foram considerados: a *inexistência* ou *nullidade de pleno direito* e a *annullabilidade*. (206) Os actos *nullos*, *inexistentes*, são apparentemente negocios juridicos, mas falta-lhes a essencia, e a declaração de vontade, de que provém, considera-se, em regra, como não tendo sido feita; a sua invalidade é tambem absoluta e insanaavel. Os actos annullaveis conservam o seu valor enquanto não é pronunciada a invalidade e até então, apesar do vicio constitutivo, se considera a declaração de vontade existente como facto juridico.

As causas de inexistencia do acto são:

a) falta *natural* e *absoluta* de algum de seus elementos essenciaes: falta absoluta de capacidade, ausencia de vontade, de conteúdo ou causa;

b) inobservancia das formalidades impostas pela lei,

(206) O Prof. Gondim, da Faculdade do Recife, escreveu (na Rev. da Fac. de Direito) que houveramos omitido as nullidades de pleno direito, e observou: "Comprehendeu-as sob a denominação de insanaaveis. Isto importaria equiparal-as ás absolutas, o que não julgo acertado, mesmo porque, com a interpretação que dou ao art. 687, as de pleno direito, mas relativas, são sanaaveis." Entretanto, facil fóra vêr que não houve em nosso trabalho omissão ou confusão: as de pleno direito são as invalidades de inexistencia.

para a constituição do acto e existencia de uma declaração eficaz (*ad pompam et solemnitatem*); ou violação de certas prescripções legais, impostas por necessidades de ordem publica e em attenção aos bons costumes.

A annullabilidade provém:

a) de vicios que atacam a vontade, de sorte que o facto juridico da declaração não corresponde ao querer intimo;

b) de uma falta relativa de capacidade para uma declaração de vontade valida.

Dispõe a respeito o Codigo Civil:

Art. 145. É nullo o acto juridico:

I. Quando praticado por pessoa absolutamente incapaz (art. 5).

II. Quando fôr illicito, ou impossivel, o seu objecto.

III. Quando não revestir a forma prescripta em lei (arts. 82 e 130).

IV. Quando fôr preterida alguma solemnidade que a lei considere essencial para a sua validade.

V. Quando a lei taxativamente o declarar nullo ou lhe negar effeito.

Art. 146. As nullidades do artigo antecedente podem ser allegadas por qualquer interessado, ou pelo Ministerio Publico, quando lhe couber intervir.

§ Unico. Devem ser pronunciadas pelo juiz, quando conhecer do acto ou de seus effeitos e as encontrar provadas, não lhe sendo permittido suppril-as, ainda a requerimento das partes.

Art. 147. É annullavel o acto juridico:

I. Por incapacidade relativa do agente (art. 6).



II. Por vício resultante de dolo, erro, coacção, simulação ou fraude (arts. 86 a 113).

Art. 148. O acto annullavel pode ser ratificado pelas partes, salvo direito de terceiro.

A ratificação retroage á data do acto.

Art. 149. O acto de ratificação deve conter a substancia da obrigação ratificada e a vontade expressa de ratificá-la.

Art. 150. É escusada a ratificação expressa, quando a obrigação já foi cumprida em parte pelo devedor, sciente do vício que a inquinava.

Art. 151. A ratificação expressa, ou a execução voluntaria da obrigação annullavel, nos termos dos arts. 148 a 150, importa renuncia a todas as acções ou excepções, de que dispuzesse contra o acto o devedor.

Art. 152. As nullidades do art. 147 não têm effeito antes de julgadas por sentença, nem se pronunciam de officio. Só os interessados as podem allegar, e aproveitam exclusivamente aos que as allegarem, salvo o caso de solidariiedade ou indivisibilidade.

§ único. A nullidade do instrumento não induz a do acto, sempre que este puder provar-se por outro meio.

Art. 153. A nullidade parcial de um acto não prejudicará a parte valida, quando esta fôr separavel. A nullidade da obrigação principal implicará a das obrigações accessorias, mas a nullidade destas não induz a da obrigação principal.

Art. 154. As obrigações contrahidas por menores, entre 16 e 21 annos, são annullaveis (arts. 6 e 84), quando resultem de actos por elles praticados:

I. Sem autorização de seus legitimos representantes.



II. Sem assistencia do curador que nelle houvesse de intervir.

Art. 155. O menor, entre 16 e 21 annos, não pode, para se eximir a uma obrigação, invocar a sua idade, se dolosamente a occultou, inquerido pela outra parte, ou se, no acto de se obrigar, espontaneamente se declarou maior.

Art. 156. O menor, entre 16 e 21 annos, equipara-se ao maior, quanto ás obrigações resultantes de actos illicitos, em que fôr culpado.

Art. 157. Ninguem pode reclamar o que, por uma obrigação annullada, pagou a um incapaz, se não provar que reverteu em proveito delle a importancia paga.

Art. 158. Annullado o acto, restituir-se-ão as partes ao estado, em que antes delle se achavam, e não sendo possível restituil-as, serão indemnizadas com o equivalente.

§ 3.º *Dos actos de terceiros e da culpa propria.*

Do acaso e da força maior

Nos limites estabelecidos pela ordem juridica no interesse da coexistencia social, pode a livre actividade dos individuos desenvolver-se de modo a satisfazer mais ou menos cabalmente as exigencias de sua propria personalidade: no vasto campo dos actos juridicos é que esta actividade legal se manifesta normalmente, estabelecendo as relações de dependencia em que para com o sujeito se acha o objecto do direito subjectivo.

Afastando-se dos preceitos das normas de direito, o comportamento do individuo, longe de encontrar a protecção



legal, a garantia que cerca e defende o direito subjectivo, acarreta para o auctor a responsabilidade pelos damnos ou prejuizos, que porventura tenham causado os seus actos, que, por esse motivo, se chamam *actos illicitos*. (1)

Assim, os actos juridicos se destinam á aquisição, modificação ou extincção dos direitos subjectivos, em beneficio d'aquelles que os constituem ou de terceiros; os actos illicitos não aproveitam aos que os praticam e as relações juridicas, que produzem, se destinam á reparação da injuria e dos damnos soffridos pelo titular do direito violado. (2)

Conforme o conceito admiravelmente exposto por Chironi e Abello, «effeito da injuria, em sentido lato, é a *responsabilidade*, que traz como consequencia a indemnisação do prejuizo causado e tem sua razão de ser no concurso dos dois elementos necesarios á formação da injuria: 1.º elemento objectivo (violação do direito); 2.º elemento subjectivo (culpa, imputabilidade).» (3)

Comprehendida e encarada sob o ponto de vista objectivo, a injuria, o acto illicito de terceiro, importa a violação de um direito, seja elle qual fôr; pode consistir em um factio positivo ou em uma omissão: não ha injuria objectiva, não ha lesão, quando o acto ou a omissão provém do exercicio correcto e normal dos proprios direitos (*qui jure suo utitur neminem lædit*), ou quando são queridos por aquelle a quem offendam (*volenti non fit injuria*).

Si é a offensa, o prejuizo causado ao titular do direito,

(1) Os actos illicitos do direito civil não se confundem com os delictos das leis penaes.

(2) Vide Windscheid — Pandekten, § 101.

(3) Trattato cit., pag. 513.



que constitue o elemento ou o *substractum material* da injuria, todavia não basta em si e por si para determinar a responsabilidade do agente; é necessario que ao facto corresponda o elemento subjectivo da injuria, isto é, o comportamento illicito de quem o pratica.

Ao elemento subjectivo da injuria se referem as duas figuras de:

- a) responsabilidade por facto proprio;
- b) responsabilidade por facto alheio.

No primeiro caso a responsabilidade é directa, immediata do agente, provém de um acto illicito por elle praticado ou por seu representante, no exercicio regular do mandato; no segundo caso, a responsabilidade é determinada pela posição em que se acha o auctor material da injuria, em relação ao responsavel.

Escreve a respeito auctoridade da maior competencia: «Il concetto fondamentale, sul quale riposa la responsabilità pel fatto illecito altrui, è una presunzione di colpa riferita alla condizione speciale in cui il responsabile fosse verso l'agente, e che a lui faceva l'obbligo della sorveglianza; l'ingiuria commessa parrebbe determinata dall'omissione di tal dovere (*culpa in vigilando*). (4)

(4) Chironi e Abello — Trattato cit., pag. 519. Mostrando a differenza entre a responsabilidade pelo facto alheio e a por facto do representante, dizem os mesmos escriptores: «Cosicchè, questa negligenza sta in riguardo del fatto illecito come causa ad effetto, ritenendosi, che, senza il difetto di sorveglianza, non si sarebbe potuto commettere: nella qual nozione ben risaltano le differenze che separano la responsabilità pel fatto altrui dalla responsabilità pel fatto del rappresentante e dalla garanzia. Da quella si separa perchè in essa è mantenuto costante il principio che non v'ha responsabilità senza *colpa* onde sia



O termo geral com que se designa o elemento subjectivo da injuria é, em direito civil, empregado em sentido muito mais lato do que em direito penal: é o vocabulo — *culpa*. A culpa (*lato sensu*) significa em geral qualquer factu illicito: a violação dolosa de um direito, da mesma forma que a injuria resultante de uma negligencia impu- tavel. (5) A culpa é susceptivel de gradações: além do dolo, existem a culpa grave, a leve e a levissima; si o dolo comprehende o *animus injuriandi*, a culpa em sentido estricto o repele, qualquer que seja o seu gráo. Excluida a intenção de prejudicar, será *grave* a culpa sempre que houver falta do cuidado e da attenção commumente empregados na pratica do acto que a produz; a culpa *leve* deriva da falta da diligencia habitual em *um bom pae de familia*; a *levissima* consiste na omissão do cuidado que tem *um diligentissimo pae de familia* e assignala o limite entre a culpa e o caso fortuito. (6)

determinata, mentre per l'ingiuria commessa dal rappresentante la responsabilità risale al rappresentato pel solo fatto giuridico della rappresentanza (*missione*) in genere, senza ricerca di colpa personale al responsabile, il quale è quindi obbligato pel fatto di cui il *representante debbo egli rispondere*: si separa poi dalla garanzia, perchè qui la riparazione è dovuta, senza ricerca di colpa veruna ed anche il semplice avvenimento fortuito può indurne la giuridica consistenza. Vi è analogia tra queste figure solo perchè il fatto materiale dell'ingiuria (ingiuria oggettiva) è commesso dallo stesso obbligato a risponderne od a riparare il danno.»

(5) Em sentido estricto, como o emprega a sciencia do direito penal, o termo — *culpa* se emprega em opposição ao *dolo*, excluindo-se de seu conceito, de modo absoluto, a intenção directa de prejudicar, que é elemento essencial do dolo.

(6) Entende Pollock — *The Law of Torts*, 7.^a ed., que se trata aqui de uma distincção puramente psychologica e que jurisprudencia

A culpa se chama *contractual*, quando a lesão que produz é relativa a uma obrigação pre-existente, a cujo cumprimento era o agente obrigado para com o offendido; denomina-se *extra-contractual* ou *aquiliانا*, quando a injúria é independente de um vinculo anterior. (7)

Nas duas especies a culpa é sempre uma e identica, mas os seus effeitos variam. Podem ser apontadas as seguintes differenças:

1.º Na responsabilidade pela culpa aquiliana «*et levissima culpa venit*»: (8) ali, pois, não tem importancia a graduação do facto culposo; a levissima, quando contractual, não obriga o agente; prevalece o principio, applicavel com maior ou menor rigor, de que só se deve responder pela culpa leve. (9)

2.º Na culpa contractual não é responsavel quem não tem capacidade para contractar; na aquiliana não é necessaria uma capacidade juridica especial.

3.º Na culpa aquiliana o *onus probandi* incumbe a quem pretende ter sido injustamente offendido; na contractual é o devedor obrigado a provar que, por ex., não cumpriu a obrigação, por caso fortuito ou força maior.

não é psychologia. Não vemos como se poderá desconhecer a extraordinaria importancia que, nesta, como em outras partes do direito civil, exerce o conhecimento dos principios da psychologia. Têm razão Chironi e Abello quando affirmam: «Non sembra si debba senz'altro respingere questa classica partizione della colpa in tre gradi (*lata, levis, levissima*) rispidente alla concezione astratta di essa, e fondata sulla natura stessa delle cose.»

(7) É de notar que o conceito tradicional de culpa contractual comprehende tambem a lesão que provém do quasi-contracto.

(8) Chironi — La colpa nel dir. civ. ital.

(9) Chironi — La colpa contrattuale, cap. III.



A culpa extra-contractual ou aquiliana é regida por normas geraes, que abraçam o dolo, a negligencia, a imprudencia, o facto proprio do agente e das pessoas confiadas á sua guarda, a falta de fiscalisação, etc. Nella se comprehendem os factos mais diversos: a intenção de prejudicar, a impericia do advogado, do medico, do pharmaceutico, a negligencia do conductor de animaes, a imprudencia dos cyclistas, dos *chauffers*, a falta de cuidado na guarda de animaes offensivos, a omissão do vigia, o abuso dos proprios direitos, etc. (10)

Prescreve o Codigo Civil: Art. 159. Aquelle que, por acção ou omissão voluntaria, negligencia, ou imprudencia, violar dircito, ou causar prejuizo a outrem, fica obrigado a reparar o damno.

Do mesmo modo que o facto de terceiro pode prejudicar os direitos de alguém, pode o prejuizo provir de facto do proprio titular. É claro que nesse caso não se trata de indemnisação nem de responsabilidade; em regra não existe ahí um acto illicito. Pode, entretanto, succeder que, além do facto do titular, concorra para o prejuizo um acto de terceiro. Para se apurar a responsabilidade deste, cumpre examinar si o prejuizo foi devido essencialmente ao facto

(10) Vide Brugi — loc. cit.; Minozzi — Responsabilità e colpa, 1900; Chironi — Colpa extra-contrattuale, 2 vols., 2.^a ed., 1906; Sourdat — Traité général de la responsabilité, 1902; Brunetti — Il delitto civile, 1906; Josserand — De l'abus des droits, 1906; Müller — Der Begriff der unerlaubten Handlung im B. G. B., 1900; Gasca — I delitti della stampa, 1905; L. Rixens et J. Lafont — Législation et jurisprudence du cyclisme et de l'automobilisme, 1902; Dubrac — Traité de jurisprudence médicale et pharmaceutique, 1893; Cresson — Règles de la profession d'avocat, 1900.



que praticou, ou si, ainda sem elle, para determiná-lo seria sufficiente o acto do titular; neste caso, embora o acto do terceiro fôsse em si capaz de causar a offensa, não se poderia fallar em injuria e consequentemente em responsabilidade (*quod quis ex culpa sua damnum sentit non intelligitur damnum sentire*). (11)

Conforme anteriormente se viu, atóra os factos humanos, acontecimentos outros ha que produzem effeitos juridicos. Além do tempo, cuja influencia será examinada no paragrapho seguinte, são dessa natureza o acaso e a força maior.

Escreve Chironi: «La responsabilità, secondo la intima ragione giuridica sua, deriva dal concorso che nel fatto ingiurioso abbiano avuto la intelligenza e la libertà dell'agente; or se dolo non vi è senza capacità di volere, e mal volere; se la colpa manca quando non vi sia capacità di diligenza, e quindi possibilità giuridica di provvedere; o quando, essendovi nell'agente tal capacità, l'abbia egli esercitata in guisa di uomo diligentissimo, regolandosi in quel modo che la comune degli uomini avrebbe fatto nelle identiche circostanze di persona, tempo e luogo in cui l'agente operò, non vi è condotta illecita, e scompare con la ingiuria soggettiva anche la responsabilità.» (12)

(11) Vide Crome — System, § 111 e Parte gén., § 37. Como diz o notavel escriptor e professor em Bonn: «si vi è concorso nella colpa, ciascuno è responsabile non solo pel fatto proprio, ma anche per quello dei suoi soci, senza distinguere se si tratti di fatto doloso o colposo. È solo decisivo il punto se il socio abbia voluto produrre il danno anche servendosi dell'opera del consocio, o se avrebbe ad ogni modo potuto prevedere che pel concorso di quell'opera sarebbe derivato quel danno.»

(12) Chironi — Colpa extra-contrattuale, vol. 2.º, 1906, pag. 560.



A este ultimo phenomeno, isto é, á impossibilidade de previsão por quem procede com diligencia, liga-se o caso fortuito. (13)

Costuma-se distinguir entre o *acaso* (*quod nullum humanum consilium providere potest*); e a *força maior* (*vis cui resisti non potest*), mas os effeitos são os mesmos e em identicas condições se acha o chamado *estado de necessidade*. (14) Qualquer que seja o valor da distincção, o certo é que as tres figuras se referem a acontecimentos que não podem ser considerados actos illicitos, ou porque não poderiam ser normalmente previstos, ou porque eram inevitaveis. (15)

A não responsabilidade pelo caso fortuito, pela força maior e pelo estado de necessidade, inporta, comtudo, para quem causou o damno, o dever de indemnização na medida do enriquecimento indebito que o facto lhe proporcionou. (16)

(13) *Vide* segundo volume deste Systema, pags. 357 e segs.

(14) A. e op. cit. Vide tambem a monographia de Gon. Chironi — La stato di necessità nel diritto privato, 1905. Como considera este escriptor, no estado de necessidade não ha *possibilidade de escolha* na providencia a tomar, sem culpa do agente; assim, por ex., o medico que, chamado com urgencia, sem poder prevêr a forma da molestia e procurando salvar o enfermo de um perigo imminente, improvisa instrumentos chirurgicos, opera em *estado de necessidade*. No mesmo caso, porém, não se encontra aquelle que, avisado da natureza do mal, se esquece de levar os instrumentos necessarios.

(15) Chironi, loc. cit. Comp. Exner — Der Begriff der höheren Gewalt, 1883; Kafner — Ueber den Begriff der höheren Gewalt, 1886; Tuhr — Ueber den Nothstand im Civilrecht, 1888; Coviello — Il caso fortuito, 1892; Cod. Civ. All., arts. 228 e 904; Cod. Civ. Japonês, art. 720, alinéa.

(16) Chironi — loc. cit.



É claro que a efficacia das tres figuras mencionadas e, portanto, a irresponsabilidade, cessa quando são precedidas de culpa ou dolo do agente. Neste caso, como bem accentua Chironi, «il fatto illecito si connette allora al comportamento giuridicamente anormale, nè sarà valevole l'eccezione liberatoria, perchè inutilizzata dal dolo o dalla colpa precedente: da tale stato illecito ebbe esistenza diretta l'ingiuria, sebben paia derivata dal caso fortuito o dalla forza maggiore». (17)

Estatue o Codigo Civil:

Art. 160. Não constituem actos illicitos:

I. Os praticados em legitima defeza, ou no exercicio regular de um direito reconhecido.

II. A deterioração ou destruição da coisa alheia, afim de remover perigo imminente.

Paragrapho unico. Neste ultimo caso, o acto será legitimo, sómente quando as circumstancias o tornarem absolutamente necessario, não excedendo os limites do indispensavel para a remoção do perigo.

§ 4.º *Da influencia do tempo sobre os direitos: a) dos prazos legaes e da data; b) da prescripção*

A) *Dos prazos legaes e da data.* O tempo tambem influe sobre os direitos, da mesma forma que sobre todas as

(17) Loc. cit. Conf. Crome— Parte générale del dir. priv. fr., pags. 339-340. Sobre as varias applicações possiveis destes principios, deve ser consultada a obra exhaustiva de Gianpietro Chironi, que acaba de ser citada, e a monographia de Gon. Chironi sobre o estado de necessidade.



coisas humanas. A doutrina antiga, partindo de uma analyse defeituosa das fontes romanas, reunia em um conceito unico — a prescripção (acquisitiva ou extinctiva) — todas as differentes figuras sob que se manifestava a influencia do tempo na vida do direito subjectivo. Uma theoria scientifica mais racional, devida principalmente a Donello, Fick, Brinz, Unger, Grawein, propoz-se a separar as varias figuras injustificadamente confundidas.

Grawein (1) apresenta os seguintes casos de influencia do tempo, que não representam um phenomeno juridico de caracter unitario:

1.º A temporalidade do direito ou termo legal (*Rechtstemporalität oder Legalbefristung*). O tempo como medida para a duração dos effeitos de um facto gerador de direitos.

2.º A prescripção (extinctiva) e phenomenos semelhantes. O tempo como medida para a extensão de um facto destruidor de direitos, o qual se effectua, estendendo-se no tempo (*in zeitlicher Ausdehnung sich vollziehenden*).

3.º O usucapião (prescripção acquisitiva) e phenomenos semelhantes. O tempo como medida para a extensão de um facto creador de direitos, que se effectua, estendendo-se no tempo.

4.º Os termos presumptivos (*die Vermuthungsfristen*). O tempo como medida para duração de um estado de facto, que forma a base para a presumpção da cessação de um direito.

5.º Os termos preclusivos do direito material (*die ma-*

(1) Verjährung und gesetzliche Befristung, 1880.



terrellrechtlichen Präclusivfristen). O tempo como medida para a duração da possibilidade de praticar um acto com efficacia juridica. (2)

Não ha duvida que é possivel e util estabelecer distincção entre a temporariedade (3) e a prescripção, ou entre esta e a decadencia. (4)

Além da prescripção, têm importancia, por sua influencia sobre os direitos, os *prazos legaes*, relativos á existencia de um direito, os termos para sua acquisição (5) e a *data* de seu nascimento. (6)

(2) Vide a exposição e a critica que a respeito se encontram nas Notas a Windscheid, por Fadda e Bensa, e no op. cit. de Pugliese.

(3) É a distincção adoptada pela theoria allemã. Entre outros Hölder entende que a própria temporariedade encerra figuras que não são essencialmente identicas.

(4) É a theoria franco-italiana. Sobre esta distincção escreve Crome: «la differenza fra questa ipotesi (decadenza) e la prescrizione (differenza in concreto non sempre riconoscibile a prima vista) sta in ciò che nella prescrizione è il decorso del tempo il solo mezzo che opera la estinzione del diritto: mentre in questi casi il reale e immediato fondamento di questa estinzione deve ricercarsi soltanto nella originaria limitazione del diritto.» Parte gén. del dir. priv. fr., pag. 342.

(5) Vide a distincção que entre as duas figuras se encontra em Bekker — Pandekten, vol. 1.º, pag. 123. No *termo* a influencia do tempo é devida á convenção das partes; nos prazos legaes á determinação da lei.

(6) É tambem de grande importancia a questão da data dos direitos, principalmente dos direitos reaes. Com effeito, conforme observa Dernburg, os direitos reaes se coordenam entre si, de accordo com o tempo; em caso de collisão o direito real anterior precede o mais recente. Em regra não ha duvida quanto á data de acquisição dos direitos, ainda quando resultam de factos diversos; entretanto, si estes factos se verificam em momentos differentes, é necessario distinguir os que formam e constituem a condição propria de existencia do direito, d'aquelles que influem sobre os seus effeitos. É claro que estes não têm valor ao se considerar a data do direito.

Escreve Dernburg: «La logica sembra richiedere, che i diritti datino



Mas, como facto juridico em sentido proprio, o decurso do tempo deve ser considerado principalmente na prescripção. (7)

B) *Prescripção*. A prescripção (8) consiste na trans-

soltanto dal momento in cui si sono compiuti tutti i fatti che sono condizione della loro esistenza. Ma per nulla è così. Si devono piuttosto distinguere i fatti *creativi* del diritto, *costitutivi* e quelli che confermono il diritto, *confirmatorii*. Il diritto data dal compimento dei fatti costitutivi, presupposto veramente, che più tardi si realizzino del pari i fatti confirmatorii. Nel tempo intermedio il diritto è in pendenza: *in pendentis*. Se i fatti confirmatorii si realizzino, ha luogo la retrotrazione, cioè si rileva in seguito, che il diritto in questione è esistito sin dal compimento dei fatti costitutivi." Vide tambem Crome — System, pag. 502: "Ein Recht datirt von seiner wirksamen Entstehung ab. Was dazu gehört, ist bei den einzelnen Rechten auszuführen. Beruht das Recht auf einem zusammengesetzten Thatbestande, so ist schon ausgeführt, dass es erst von dem Eintritt des letzten zu seiner Entstehung erforderlichen Thatbestandsstücks datiren kann; es sei denn, dass mit dem Eintritt desselben die Entstehung auf einem früheren Zeitpunkt zurückbezogen wird (Rückwirkung)."

(7) Nesta parte é considerada unicamente a prescripção extinctiva ou liberatoria, em suas generalidades, porque ainda quando se pretendesse admittir a unidade do instituto, não poderia haver duvida sobre a posição da usucapião ou prescripção aqquisitiva, que é um meio de adquirir os direitos reaes (vide Lafayette — Direito das coisas, vol. 2.º, pag. 165); e a propria prescripção extinctiva, considerada quanto aos prazos necesarios para produzir efeitos juridicos, tem applicações especiaes, de accordo com as relações juridicas a que se refere.

(8) Unterholzner — Ausführliche Entwicklung der gesamten Verjährungslehre, 1858; Taddei — Della prescrizione presuntiva, 1887; Heymann — Das Vorschützen der Verjährung, 1895; Hermann — Civilrechtliche Fristen und Verjährungen der d. Reichsgesetze, 1900; Zrodlowiski — Die Verjährung nach oesterr. Recht, 1878; Weber — Unterschied zwischen Verjährung und Befristung, 1898; Schaner — Die Verjährungsfristen des B. G. B., 1900; Friedenthal — Einwendung und Einrede; Abegg — Die Verjährung der Einreden, 1903; Hölder — Ueber Ansprüche und Einreden, 1902; Weiss (Christian) — Verjährung und gesetzliche Befristung, 1905; Jourdan — La prescription d'après



formação de um estado de facto em uma situação de direito pelo decurso do tempo. (9)

Esta transformação pode tanto referir-se á aquisição como á perda dos direitos: d'ahi a distincção entre prescripção *acquisitiva* e prescripção *extinctiva*.

Muito ainda hoje se discute sobre o fundamento juridico e sobre a taxinomia do instituto. Quaesquer que sejam os argumentos com que se procure combater ou justificar theoreticamente a prescripção, não ha como negar a sua utilidade social e a sua correspondencia ás necessidades indeclinaveis da segurança dos direitos, elemento dos mais importantes da coexistencia harmonica da humanidade. (10)

le code civil allemand, 1906; Baudry-Lacantinerie et Tissier—De la prescription, 3.^a ed., 1905; Guillaouard—Traité de la prescription, 2.^a ed., 1902; Pugliese—Tratatto della prescrizione estintiva, 2.^a ed., 1903; Mirabelli—Della prescrizione, 1901; Matteo Galdi—Della prescrizione, 1905.

(9) Conf. Crome—System, pag. 503: Verjährung nennen wir die durch das Gesetz anerkannte Verwandlung eines *thatsächlichen Zustands* in einen *rechtlichen* durch Zeitablauf."

(10) Diz Matteo Galdi—op. cit., pag. 1: "L'istituto giuridico della prescrizione si è ritenuto attraverso le varie legislazioni in tutti i tempi ed in tutti i luoghi (a affirmação de modo absoluto, como está, não corresponde á verdade; vide Post—Grundriss der ethnologischen Jurisprudenz, vol. 2.^o, pag. 613), come una necessità sociale, e non ostante che esso è una consacrazione della mutabilità del diritto per opera del tempo, pure da alcuni si è voluto guardare con poco favore, e si è arrivato sino all'esagerazione di chiamarlo *impium præsidium*. Il diritto, preso come una idealità fuori delle contingenze della vita sociale, è assoluto ed immutabile, e su di esso il decorso del tempo nessun mutamento potrebbe portare. Però se vuolsi considerarc che questa idealità è patrimonio commune degli uomini, i quali lo adattano alle contingenze della vita individuale, e per mutuo accordo, lo modificano e trasformano per le esigenze sociali, le quali tendono a sviluppare le singole individualità, nella vita collettiva, allora dovrà ritenersi, che



Mas, serão sempre os mesmos o seu conceito, a sua justificação, os modos de reconhecimento e efficacia, tratando-se de uma ou de outra especie? É exactamente o mesmo instituto, quando a influencia do tempo transforma o estado de facto em um modo de aquisição de direitos e quando produz a extincção de seus effeitos?

As opiniões dividem-se: de um lado affirma-se que as duas especies não são mais do que faces differentes de um mesmo phenomeno; de outro lado pretende-se estabelecer uma distincção rigorosa entre a prescripção acquisitiva e a extinctiva, pois, além do nome, nenhuma semelhança existe entre ellas. (II)

São exaggeradas ambas as doutrinas.

Ha regras communs ás duas especies, assim como tambem principios peculiares e proprios, que perfeitamente assinalam os pontos essenciaes de sua divergencia.

l'istituto delle prescrizione è un necessario complemento di quegli altri istituti giuridici, creati dalla legge, per armonizzare le singole individualità, e per frenarne le trasmodanze, nel comune interesse. Il fondamento razionale dunque del istituto della prescrizione è l'interesse commune per l'ordine giuridico, il quale richiede nelle stato sociale riconoscere la stabilità di uno stato di fatto, convalidato dal decorso del tempo sanzionato dalla legge."

(II) Jourdan — op. cit., pag. 388, criticando o systema do Codigo Allemão, exclama: "La séparation que le législateur de 1900 a établie entre la prescription acquisitive et la prescription extinctive ne trouve donc d'arguments pour se justifier ni dans le Code, ni dans les travaux préparatoires, ni chez ses interprètes, ni dans l'œuvre de Savigny à laquelle ceux-ci renvoient. Quel peut être le mobile qui a décidé le législateur allemand et séduit ses commentateurs?" Fadda e Bensa (loc. cit.) também admittem a unidade substancial do conceito da prescripção, mas reconhecem que ha entre as duas figuras differenças profundas e que, sem difficuldade, se pode conceder a oportunidade de disciplinar separadamente na lei os varios institutos.

O elemento commum ás duas figuras é a duração de um estado de coisas por tempo determinado; por isso, são as mesmas as regras que se referem ao calculo do prazo necessario; não assim, porém, as causas de suspensão e de interrupção.

As differenças principaes são as seguintes:

1.º A prescripção acquisitiva tem essencialmente por base a posse, e assim exige a boa fé; a prescripção extinctiva, em regra, dispensa a posse, (12) não exige da parte do devedor o requisito da boa fé. (13)

2.º A prescripção acquisitiva pode ser fonte de uma acção ou de uma excepção em proveito do adquirente; a extinctiva, sendo praticamente um meio de repellir a acção, se apresenta sempre como excepção. (14)

3.º O campo da prescripção acquisitiva não é tão vasto como o da extinctiva: a primeira limita-se á acquisição da propriedade e dos direitos reaes; a extinctiva abrange todo o domínio do direito civil, applica-se a todos as classes de relações juridicas. (15)

Este ultimo ponto de distincção bem indica o lugar que,

(12) Baudry-Lacantinerie et Tissier, op. cit., pag. 31.

(13) Lacerda de Almeida — Obrigações, pag. 416.

(14) Baudry-Lacantinerie et Tissier — loc. cit. Escreve Lafayette — Direito das coisas, vol. 1.º, pags. 166-167: «A *extinctiva* é negativa; nasce da inercia, e tem por effeito dissolver a obrigação, paralyndo desta arte o direito correlato: não gera direitos. D'ahi dois corollarios: I. Nuncá pode tomar a forma de *acção*; II. Mas reveste sempre a natureza da *excepção* peremptoria da acção.»

(15) Baudry-Lacantinerie et Tissier — loc. cit. «A *acquisitiva*, diz Lafayette (loc. cit.), tem por objecto o dominio e os direitos reaes (*jura in re aliena*), presuppõe como condição a posse.» Exceptuam-se, como elle proprio observa, — a hypotheea, o penhor e a antichrese.

em um tratado systematico de direito civil, deve occupar o instituto: o elemento commum — que é a influencia do tempo, o modo de se computar — deve ser contemplado na Parte Geral; ahi tambem encontram posição propria os principios geraes ou communs da prescripção extinctiva, á parte, bem entendido, as applicações e a consideração de prazos, que especialmente se referem a cada uma das classes dos direitos subjectivos.

Ao estudo dos direitos reaes pertence a analyse das regras e dos effeitos da usucapião ou prescripção acquisitiva; em cada uma das classes de relações juridicas têm de ser consideradas as applicações dos principios estabelecidos na Parte Geral, quanto ao que ha de generico em materia de prescripção extinctiva, e, especialmente, os prazos em que produz os seus effeitos liberatorios o decurso do tempo. (16)

(16) Referindo-se á disposição que no Projecto do Codigo Civil adoptou para a contemplação do instituto escreve C. Bevilaqua: "Incontestavelmente o methodo preferivel é expôr, na parte geral, os preceitos sobre a prescripção propriamente dita (extinctiva), pois que não se applicam elles sómente a uma classe especial de relações juridicas, mas a todas, privando-as do remedio juridico que as garante contra as violações. A usucapião, conservemos o nome romano, que nos ajudará a evitar a ambiguidade reinante, occupa seu posto natural entre os modos de adquirir a propriedade. Esse foi o methodo adoptado pelo Codigo Civil allemão, que aliás não realisou uma innovação, como é facil verificar, consultando os civilistas." Parece-nos comtudo que, tanto o distincto jurisconsulto, como o Codigo que neste ponto preferiu para modelo, vão além das generalidades, quando entram na apreciação, não só do prazo ordinario da prescripção extinctiva, mas tambem de prazos especiaes referentes a actos juridicos considerados *in specie*; é de notar que não podendo ahi contemplar todos esses prazos, dispõe o Projecto Bevilaqua (primitivo), art. 208. São regulados pela

Decurso do tempo. Elemento indispensavel da prescripção, seja acquisitiva ou extinctiva, é o decurso do tempo, determinado pela lei e variavel de accordo com a natureza do direito e das circumstancias que lhe são connexas. Para a acquisitiva começa a correr o tempo *da data da posse*; para a extinctiva, em geral, da epoca em que devia a acção, que protege e garante o direito, ser exercida pelo titular. (17)

Para produzir os effeitos da prescripção, deve o tempo ser contínuo. Divide-se elle em determinadas partes, que são consideradas como unidades: as principaes são o dia, o mez e o anno. Ordinariamente se conta por annos o periodo da prescripção; mas, especialmente de referencia á prescripção extinctiva, ha prazos calculados por mezes.

O prazo da prescripção extinctiva ordinaria é de 30 annos e o da acquisitiva ordinaria de 10 annos entre presentes e 20 annos entre ausentes. (18)

Não é necessario que o tempo da prescripção decorra entre as mesmas pessoas. Si, por successão juridica, passa o

parte especial outros casos de prescripção de curto prazo. O projecto actual procura especificar todos esses prazos; não comprehendemos, ainda assim, as vantagens que provêm de se enxertarem desse modo principios especiaes na parte geral. Conf. Regelsberger, op. cit.; Crome — op. cit., Dernburg — op. cit. Nesta segunda edição, porém, indicamos na Parte Geral os varios prazos de prescripção extinctiva consignados no Codigo Civil brasileiro. *Vide* parte final deste paragrapho.

(17) Conf. Dernburg — op. cit., pag. 451: "Con la nascita del diritto di agire per l'adempimento, *actio nata*, incomincia il corso della prescrizione. Ciò vale in generale."

(18) Na exposição que nos propomos fazer aqui, não cabe a analyse dos differentes prazos que são determinados por motivos de conveniencia, de acordo com a natureza caracteristica dos diversos direitos subjectivos. *Vide*, porém, os prazos do Codigo Civil no fim deste paragrapho.



direito ou a obrigação a outra pessoa, continua a prescrição a correr inalterada. (19)

Ha, entretanto, certas causas que impedem ou suspendem a prescrição e outras que a interrompem. Até certo ponto differem estas causas, conforme se trata da usucapião (20) ou da prescrição extinctiva; por isso aqui se consideram unicamente as que de modo geral se referem á prescrição liberatoria.

Não corre nem começa a prescrição:

1.º Contra os menores de 16 annos (14 annos antes do Código Civil): depois dessa idade a prescrição correrá contra elles, mas, pelo direito patrio vigente antes do Código Civil, podiam valer-se opportunamente do beneficio de restituição. (21)

2.º Contra os ausentes no serviço do Estado. (22)

3.º Contra os que estiverem na armada ou no exercito, em tempo de guerra. (23)

4.º Entre os conjuges na constancia do matrimonio. (24)

(19) Windscheid — Pandette, § 110.

(20) Assim, por ex., impedem a prescrição acquisitiva as causas que excluem de modo absoluto algum dos requisitos de uma posse juridica. Vide Lafayette — Dir. das Coisas, vol. 1.º, pag. 196.

(21) C. de Carvalho — Consolidação, art. 967 e § unico. Diz o Cod. Civ.: Art. 169. Também não corre a prescrição: I. Contra os incapazes de que trata o art. 5.

(22) Lacerda de Almeida — Obrigações, pag. 423; Código Civil, art. 169, n. II.

(23) C. de Carvalho — Consolidação, art. 968; Cod. Civ., art. 169, n. III.

(24) Lacerda de Almeida — loc. cit.; Código Civil, art. 168, I.



5.º Entre ascendentes e descendentes, durante o patrio poder. (25)

6.º Entre tutelados e curatelados e seus tutores ou curadores, durante a tutela ou curatela. (26)

7.º Em favor do credor pignoratício, do mandatário e, em geral, das pessoas que lhes são equiparadas, contra o depositante, o devedor, o mandante e as pessoas representadas, ou seus herdeiros, quanto ao direito e obrigações relativas aos bens confiados á sua guarda (Cod. Civ., art. 168, IV).

Em todos esses casos a prescrição se considera *suspensa*, não começa e deixa de correr enquanto existe qualquer dos impedimentos.

«O efeito da *suspensão*, diz Lacerda de Almeida, é eliminar do tempo da prescrição todo o periodo de impedimento do prescribente; a prescrição, porém, continua a correr até se completar com a addição de prazo igual ao eliminado.» (27)

A prescrição interrompe-se:

(25) Cod. Civ., art. 168, n. II.

(26) Cod. Civ., art. 168, n. III. Não nós parece necessario especificar, como o faz o referido Projecto, que a prescrição tambem não corre: 1.º pendendo condição suspensiva; 2.º não estando vencido o prazo; 3.º pendendo acção de evicção.

(27) Obrigações cit., pag. 424. Diz ainda o Cod. Civ.: Art. 170. Não corre igualmente (a prescrição): I. Pendendo condição suspensiva. II. Não estando vencido o prazo. III. Pendendo acção de evicção. Art. 171. Suspensa a prescrição em favor de um dos credores solidarios, só aproveitam os outros, se o objecto da obrigação fôr indivisivel.



1.º Pela citação do devedor, ainda que ordenada por juiz incompetente. (28)

2.º Pelo protesto feito na forma devida. (29)

3.º Pela apresentação do título de crédito em juízo de inventário, ou em concurso de credores. (29-a)

4.º Pela propositura da acção, (30) ou por qualquer acto judicial que constitua o devedor em móra. (31)

5.º Pelo reconhecimento expresso ou tacito (actos inequívocos, ainda que extrajudiciaes) do direito, por parte do devedor. (32)

Nestes casos a prescrição se diz *interrompida*.

«O effeito da interrupção é tornar perdido e de nenhum proveito para o prescribente todo o tempo anterior á interrupção: a prescrição *começa a correr de novo*.» (33)

(28) C. de Carvalho, art. 982, *a*; Lacerda de Almeida — op. cit., pag. 424; Cod. Civ., art. 172, I.

(29) C. de Carvalho, art. cit., *c*; Lacerda de Almeida — loc. cit.; Cod. Civ., art. 172, II.

(29-a) Cod. Civ., art. 172, III.

(30) C. de Carvalho, art. cit., *b*; Lacerda de Almeida — loc. cit. Neste caso, porém, a interrupção se faz em virtude da citação; por isso o Projecto Bevilaqua não o especificou.

(31) Cod. Civ., art. cit., n. IV.

(32) C. de Carvalho — art. cit., *d*; Lacerda de Almeida — loc. cit.; Cod. Civ., art. cit., n. V.

(33) Loc. cit. Dispõe o Código Civil: Art. 173. A prescrição interrompida recomeça a correr da data do acto que a interrompeu, ou do ultimo do processo para a interromper. Art. 174. Em cada um dos casos do art. 172, a interrupção pode ser promovida: I. Pelo proprio titular do direito em via de prescrição. II. Por quem legalmente o represente. III. Por terceiro que tenha legitimo interesse. Art. 175. A prescrição não se interrompe com a citação nulla por vicio de forma, por circumducta, ou por se achar perempta a instancia, ou a acção.

Pode também o devedor renunciar á prescripção, de modo expresso ou tacito, mas sómente depois de consummada: enquanto pende o prazo pode haver interrupção, porém não renuncia.

Dispõe o Codigo Civil, art. 161:

A renuncia da prescripção pode ser expressa ou tacita, e só valerá, sendo feita, sem prejuizo de terceiro, depois que a prescripção se consummar.

Tacita é a renuncia, quando se presume de factos do interessado, incompativeis com a prescripção.

Art. 162. A prescripção pode ser allegada, em qualquer instancia, pela parte a quem aproveita.

Art. 163. As pessoas juridicas estão sujeitas aos effeitos da prescripção, e podem invocal-os sempre que lhes aproveitar.

Art. 164. As pessoas, que a lei priva de administrar os proprios bens, têm acção regressiva contra os seus representantes legaes, quando estes, por dolo, ou negligencia, derem causa á prescripção.

Art. 165. A prescripção iniciada contra uma pessoa continua a correr contra o seu herdeiro.

Art. 176. A interrupção da prescripção por um credor não aproveita aos outros. Semelhantemente, a interrupção operada contra o co-devedor, ou seu herdeiro, não prejudica aos demais co-obrigados. § 1.º A interrupção, porém, aberta por um dos credores solidarios, aproveita aos outros; assim como a interrupção effectuada contra o devedor solidario envolve os demais e os seus herdeiros. § 2.º A interrupção operada contra um dos herdeiros do devedor solidario não prejudica aos outros herdeiros ou devedores, senão quando se trate de obrigações e dicitos indivisiveis. § 3.º A interrupção produzida contra o principal devedor prejudica o fiador.

Art. 166. O juiz não pode conhecer da prescrição de direitos patrimoniaes, se não foi invocada pelas partes.

Art. 167. Com o principal prescrevem os direitos accessorios.

Efeito da prescrição extinctiva. Não existe accordo na doutrina quanto aos efeitos da prescrição liberatoria; reconhecem todos os auctores que, decorrido sem interrupção o tempo requerido, não pode mais o titular do direito recorrer á garantia (*acção*) que lhe fornece o direito objectivo. Entretanto affirmam uns, de conformidade com o direito romano, que o direito subjectivo continúa a existir e só a *acção*, isto é, o meio juridico de tornal-o effectivo, pereceu. Assim escreve Lacerda de Almeida: «A prescrição... tem o effecto, não de extinguir a obrigação de modo directo, mas de inutilisal-a, sujeitando a demanda a ser perimida mediante a allegação d'aquelle factu. Ao contrario dos verdadeiros modos de extincção, incompativeis todos com a subsistencia ulterior da divida, uma vez operados, a prescrição deixa incolume o vinculo juridico, ainda depois de realisada, não destróe o direito, paralisa-lhe o exercicio, collocando-o em posição de mera passividade, de activo que era dantes.» (34)

Outros entendem que si, por motivos especiaes os Romanos consideravam ainda existentes os direitos depois de prescriptas as respectivas *acções*, nenhuma razão existe para se conservar este conceito, que não corresponde á realidade e vae de encontro aos principios geraes, que apresentam como elemento essencial de todo direito a garantia, a *acção*

(34) Loc. cit.



judicial. Já pela inconveniência da conservação eterna de taes direitos desprovidos de acção, foi preciso elaborar-se uma applicação especial da prescripção, destinada a extinguir os direitos — a prescripção immemorial. (35)

Mas, qual a conveniência de taes distincções?

Tem razão Lafayette, quando escreve: «no direito moderno a prescripção extinctiva tem por objecto as obrigações pessoaes; a extincção da obrigação importa necessariamente a extincção do direito correlato,» (36) e ainda mais Chironi e Abello: «con la prescrizione s'estingue il diritto e insieme l'azione che lo protegge.» (37)

É verdade que o pagamento de uma obrigação prescripta não dá logar á repetição do indebito, mas isto succede porque, extincto o direito subjectivo, subsiste, todavia, uma obrigação natural, um dever de consciencia: em identicas condições se acha o pagamento integral effectuado depois de cumprida uma concordata na fallencia; entretanto, ahí não foi a prescripção que extinguiu a acção do credor, mas o pagamento de parte do debito com o effeito de livrar de todo elle o devedor. Ora, ninguem dirá que o pagamento, ainda effectuado nestas condições, seja um meio de extinguir a acção, conservando-se o direito que ella garante.

De accordo com o Codigo Civil brasileiro, são os seguintes os prazos da prescripção:

Art. 177. As acções pessoaes prescrevem ordinariamente em trinta annos, as reaes em dez entre presentes e, entre

(35) Windscheid — Pandekten, § 105, in fine.

(36) Direito das coisas, vol. 1.º, pag. 167.

(37) Trattato, pag. 687.



ausentes, em vinte, contados da data em que poderiam ter sido propostas.

Art. 178. Prescreve:

§ 1.º Em dez dias, contados do casamento, a acção do marido para annullar o matrimonio contrahido com mulher já deflorada (arts. 218, 219, n. IV, e 220).

§ 2.º Em quinze dias, contados da tradição da coisa, a acção do comprador contra o vendedor, para haver abatimento do preço da coisa movel vendida com vicio redhibitorio, ou para rescindir a venda e reaver o preço pago, mais perdas e damnos.

§ 3.º Em dois mezes, contados do nascimento, se era presente o marido, a acção para este contestar a legitimidade do filho de sua mulher (arts. 338 e 344).

§ 4.º Em tres mezes:

I. A mesma acção do paragrapho anterior, se o marido se achava ausente, ou lhe occultaram o nascimento; contado o prazo do dia de sua volta á casa conjugal, no primeiro caso, e da data do conhecimento do facto, no segundo.

II. A acção do pae, tutor, ou curador para annullar o casamento do filho, pupillo ou curatelado, contrahido sem o consentimento daquelles, nem o seu supprimento pelo juiz; contado o prazo do dia em que tiverem sciencia do casamento (arts. 180, n. III, 183, n. XI, 209 e 213).

§ 5.º Em seis mezes:

I. A acção do conjuge coacto para annullar o casamento; contado o prazo do dia em que cessou a coacção (arts. 183, n. IX, e 209).

II. A acção para annullar o casamento do incapaz de



consentir, promovida por este, quando se torne capaz, por seus representantes legaes, ou pelos herdeiros; contado o prazo do dia em que cessou a incapacidade, no primeiro caso, do casamento, no segundo, e, no terceiro, da morte do incapaz, quando esta occorra durante a incapacidade (art. 212).

III. A acção para annullar o casamento da menor de 16 e e do menor de 18 annos; contado o prazo do dia em que o menor perpez essa idade, se a acção fôr por elle movida, e da data do matrimonio, quando o fôr por seus representantes legaes (arts. 213 a 216).

IV. A acção do comprador contra o vendedor para haver abatimento no preço da coisa immovel, vendida com vicio redhibitorio, ou para rescindir a venda e haver o preço pago, mais perdas e damnos; contado o prazo da tradição da coisa.

V. A acção dos hospedeiros, estalajadeiros, ou fornecedores de viveres destinados ao consumo no proprio estabelecimento, pelo preço da hospedagem ou dos alimentos fornecidos; contado o prazo do ultimo pagamento.

§ 6.º Em um anno:

I. A acção do doador para revogar a doação; contado o prazo do dia em que souber do facto que o auctoriza a revogal-a (arts. 1181 a 1187).

II. A acção do segurado contra o segurador, e vice-versa, se o facto que a autoriza se verificar no país; contado o prazo do dia em que o interessado tiver conhecimento do mesmo facto (art. 178, § 7.º, n. V).

III. A acção do filho, para desobrigar e reivindicar os immoveis de sua propriedade, alienados ou gravados pelo



pae, fóra dos casos expressamente legaes; contado o prazo do dia em que chegar á maioridade (arts. 386 e 388, n. I).

IV. A acção dos herdeiros do filho, no caso do numero anterior, contando-se o prazo do dia do fallecimento, se o filho morreu menor, e bem assim a de seu representante legal, se o pae decahiu do patrio poder, correndo o prazo da data em que houver decahido (arts. 386 e 388, ns. II e III).

V. A acção de nullidade da partilha, contado o prazo da data em que a sentença de partilha passou em julgado (art. 1085).

VI. A acção dos professores, mestres ou repetidores de sciencia, litteratura ou arte, pelas lições que derem, pagaveis por periodos não excedentes a um mez; contado o prazo do termo de cada periodo vencido.

VII. A acção 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.

VIII. A acção dos tabelliães e outros officiaes do juizo; porteiros do auditorio e escrivães, pelas custas dos actos que praticarem; contado o prazo da data daquelles por que ellas se deverem.

IX. A acção dos medicos, cirurgiões ou pharmaceuticos, por suas visitas, operações ou medicamentos; contado o prazo da data do ultimo serviço prestado.

X. A acção dos advogados, solicitadores, curadores, peritos e procuradores judiciaes, para o pagamento de seus honorarios; contado o prazo do vencimento do contracto, da decisão final do processo, ou da revogação do mandato.

XI. A acção do proprietario do predio desfalcado contra o do predio augmentado pela avulsão, nos termos do



art. 541; contado do dia, em que ella occorreu, o prazo prescribente.

XII. A acção dos herdeiros do filho para prova da legitimidade da filiação; contado o prazo da data do seu fallecimento, se houver morrido ainda menor ou incapaz.

§ 7.º Em dois annos:

I. A acção do conjuge para annullar o casamento nos casos do art. 219, ns. I, II e III; contado o prazo da data da celebração do casamento; e da data da execução deste Codigo para os casamentos anteriormente celebrados.

II. A acção dos credores por divida inferior a cem mil reis, salvo as contempladas nos ns. VI a VIII do parographo anterior; contado o prazo do vencimento respectivo, se estiver prefixado, e, no caso contrario, do dia em que foi contrahida.

III. A acção dos professores, mestres e repetidores de sciencia, litteratura ou arte, cujos honorarios sejam estipulados em prestações correspondentes a periodos maiores de um mez; contado o prazo do vencimento da ultima prestação.

IV. A acção dos engenheiros, architectos, agrimensores e estereometras, por seus honorarios; contado o prazo do termo dos seus trabalhos.

V. A acção 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 (art. 178, § 6.º, n. II.)

VI. A acção do conjuge ou seus herdeiros necessarios, para annullar a doação feita pelo conjuge adúltero ao seu cumplice; contado o prazo da data do desquite, ou da annullação da sociedade conjugal (art. 1177).



VII. A acção do marido, ou dos seus herdeiros, para annullar actos da mulher, praticados sem o seu consentimento desse recurso necessario (art. 252).

§ 8.º Em tres annos:

A acção do vendedor para resgatar o immovel vendido; contado o prazo da data da escriptura, quando se não fixou no contracto prazo menor (art. 1141).

§ 9.º Em quatro annos:

I. Contados da dissolução da sociedade conjugal, a acção da mulher para:

a) 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);

b) annullar as fianças prestadas e as doações feitas pelo marido, fóra dos casos legaes (arts. 235, n. III, e 263, n. X);

c) rehavér do marido o dote (art. 300), ou os outros bens seus confiados á administração marital (arts. 233, n. II, 263, ns. VIII e IX, 269, 289, n. I, 300 e 311, n. III).

II. A acção dos herdeiros da mulher, nos casos das letras *a*, *b* e *c* do numero anterior, quando ella falleceu, sem propôr a que allí se lhe assegura; contado o prazo da data do fallecimento (arts. 239, 295, n. II, 300 e 311, n. III).

III. A acção 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 a 296).

IV. A acção do interessado em pleitear a exclusão do herdeiro (arts. 1595 e 1596), ou para provar a causa de sua desherdação (arts. 1741 a 1745), e bem assim a acção

do desherdado, para a impugnar; contado o prazo da abertura da successão.

V. A acção de annullar ou rescindir os contractos para a qual se não tenha estabelecido menor prazo; 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 realizar o acto ou o contracto;

c) quanto aos actos dos incapazes, do dia em que cessar a incapacidade;

d) quanto aos actos da mulher casada, do dia em que se dissolver a sociedade conjugal (art. 315).

§ 10.º Em cinco annos:

I. As prestações de pensões alimenticias.

II. As prestações de rendas temporaveis ou vitalicias.

III. Os juros, ou quaesquer outras prestações accessorias pagaveis annualmente, ou em periodos mais curtos.

IV. Os alugueres de predios rusticos ou urbanos.

V. A acção dos serviços, operarios e jornaleiros, pelo pagamento de seus salarios.

VI. As dividas passivas da União, dos Estados e dos Municipios, e bem assim toda e qualquer acção contra a Fazenda Federal, Estadual ou Municipal; devendo o prazo da prescripção correr da data do acto ou facto, do qual se originar a mesma acção.

Os prazos dos numeros anteriores serão contados do dia em que cada prestação, juro, aluguer ou salario fôr exigivel.

VII. A acção civil por offensa a direitos de autor; contado o prazo da data da contrafacção.



VIII. O direito de propôr acção rescisoria de sentença de ultima instancia.

IX. A acção por offensa ou damno causados ao direito de propriedade; contado o prazo da data em que se deu a mesma offensa ou damno.

X. A acção, de que trata o art. 109; contado o prazo do dia em que judicialmente se verificou a insolvencia.

Art. 179. Os casos de prescripção não previstos neste Codigo serão regulados, quanto ao prazo, pelo art. 177.



CAPITULO V

Da garantia (acção judicial civil)

§ 1.º Da acção e da excepção.

§ 2.º Da prova: a) onus da prova; b) meios de prova.

§ 1.º *Da acção e da excepção*

A formação ethico-social do direito subjectivo induz, como dizem Chironi e Abello, (1) o poder do titular de exigir e obter protecção contra qualquer offensa que lhe seja illicitamente feita, não se admittindo no conceito do phenomeno juridico, estar desacompanhado o poder de agir de accordo com a lei do poder de repellir as offensas, que se dirijam contra o exercicio do direito.

A propria natureza do homem, o aspecto economico da sociedade tornam inevitavel e constante a violação do direito. (2) É neste ponto que o direito privado se encontra com o direito publico, (3) o qual lhe fornece a força e a garantia de uma defeza social.

(1) Trattato cit., pag. 509.

(2) Lessona — Manuale di procedura civile, 3.ª ed., 1906, pag. 2. Comp. o estudo de Garofalo — La Superstition socialiste.

(3) Vide Liszt — Die Grenzgebiete zwischen Privatrecht und Strafrecht.



Só em casos excepcionalísimos, para evitar um damno imminente, se permite a defeza privada, isto é, repellir com a força individual qualquer attentado contra o exercicio dos proprios direitos: (4) o *moderamen inculpatæ tutelæ* é um direito, que todas as leis reconhecem, diz Gianturco. (5) Comprehende-se bem que a defeza privada, prompta, immediata, seja o meio mais efficaz e rapido de impedir a injustiça; mas, como escreve Dernburg, (6) lo «Stato è costretto di tracciare ad essa stretti confini. Di fatti alla difesa privata facilmente si collegano eccessi da ambo le parti. Inoltre sotto il pretesto della difesa privata si potrebbero rigogliosamente sviluppare l'arbitrio e la violenza.» (7)

Por isso, para melhor segurança do direito, a ordem juridico-social concedeu um meio particular de defeza, que é a *acção judicial*. (8)

(4) Conf. Bähr — Ueber die strafrechtliche Bedeutung der Selbsthülfe, 1892; Die Selbsthülfe in rechtsch, dogmat. Darstellung, 1898.

(5) Istit. cit., pag. 342. *Vim vi repellere licet*.

(6) Pandette, trad. ital., pag. 376.

(7) *Non est singulis concedendum quod per magistratum publice potest fieri, ne occasio sit majoris tumultus faciendi*.

(8) Chironi e Abello — Trattato, pag. 585. Sobre a attitude do offendido, escreve Lessona (loc. cit.): «Verificatasi la lesione del diritto altrui, il leso può: a) subire in pace codesta lesione, se così esige il suo temperamento, se così gli consiglia il suo interesse: codesta inerzia non pregiudica la futura reazione, tranne l'influenza della prescrizione; b) procurare amichevolmente di comporre la vertenza, stipulando, all'uopo, una transazione; c) cedere l'azione o il diritto litigioso; d) invocare direttamente la tutela dello Stato. Tutti questi mezzi sono facoltativi nel senso che nessuno è obbligato a subire la lesione del diritto, a comporre amichevolmente le vertenze, a cedere l'azione, a invocare la tutela dello Stato. Ma l'inerzia del leso può autorizzare i creditori, pel conseguimento di quanto è loro dovuto, ad esercitare tutti



A acção (9) é o meio normal de se conseguir, com o auxilio da auctoridade judiciaria, a reintegração e o reconhecimento do direito violado: *actio nihil aliud est, quam jus perseguendi in judicio quod sibi debetur.* (10)

Como escrevem Chironi e Abello: «Il diritto esiste nella sua pienezza se munito di azione, ch'è la «forza» determinante la signoria giuridica, il potere costituito nel «diritto»: forza sociale posta a tutela e servizio del singolo. L'azione dunque forma il diritto, e lo esprime, trasformandolo in quel che è, da semplice interesse. Onde il risultato che, dove l'azione manchi, vien pur meno il concetto di «diritto» nel senso di potestà di costringere altri a rispettare una facoltà, e i due termini diritto ed azione sono indissolubili e formano un concetto solo. L'azione non è un accessorio del diritto o d'una qualità al medesimo inerente, non ha entità distinta dal diritto, ma ne è elemento essenziale e costitutivo, anzi è il diritto stesso in atto.» (11) Affirma Unger em linguagem imaginosa: «Das Klagrecht ist gleichsam das Recht auf dem Kriegsfuss, das Recht in sago,

i diritti e tutte le azioni del debitore, eccettuati quei diritti che sono esclusivamente inerenti alla persona del debitore.»

(9) Landi — Del diritto e dell'azione, 1893; Brugi — Azione, in Digesto italiano; Windscheid — Die Actio des römischen Civilprozess, 1856; Bekker — Die Actionen des römischen Privatrechts, 2 vols., 1871; Kroll — Klage und Einrede nach deutschem Recht, 1884; Paalzow — Zur Lehre von den Popularklagen, 1889; Langheinecken — Der Urtheilsanspruch, 1899; Hellwig — Anspruch und Klagrecht, 1900; Droop — Der Rechtsweg in Preussen, 1899.

(10) Gianturco — loc. cit.

(11) Trattato cit., pags. 587 e 588.

zum Unterschied von dem friedlichen Recht, dem Recht *in toga*.» (12)

Hoje as acções não são mais enumeradas de modo preciso e absoluto, nem tão pouco têm todas ellas, como no antigo direito romano, um *nomen juris*; (13) entretanto, por conveniências de utilidade publica, e para melhor segurança da verdade juridica, obedecem a certas e determinadas formas, cuja inobservancia torna de nenhum effeito a pretenção do offendido.

Aquelle que intenta una acção em juizo, chama-se *auctor* (actor); a pessoa, contra quem é proposta a acção, denomina-se *réo* (*reus*); mas, nos tres *judicia duplicia: communi dividundo, familiae herciscundae e finium regundorum*, é cada um dos litigantes ao mesmo tempo *auctor* e *réo*.

A acção compete unicamente a quem tem interesse legi-

(12) O direito de acção é até certo ponto o direito em pé de guerra, vestido de *sago* (saio militar), diversamente do direito em estado de paz vestido de *toga* (System — vol. 2.º, pag. 354).

(13) Ainda no seculo XVI, escreve Brugi, se propunha a questão *utrum nomen actionis sit exprimendum in libello* e se affirmava que esta obrigação tinha cessado em virtude do direito canonico ou do proprio direito civil. Encontra-se, com effeito, uma fonte canonica de 1160, que ordena ao juiz não procurar a acção typica (*cujus modi actio non intentetur*). Entre os post-glossadores se ensinava ser sufficiente que o libello fôsse proposto opportunamente, *etiam si nomen actionis ineptum proponeretur*. «L'ordinamento giuridico odierno, accrescenta Brugi, è scaturito da un profondo rinnovamento sociale che parte da una solenne dichiarazione dei diritti; in base alla quale tutto si deve ritenere concesso all'individuo, quanto non è esplicitamente vietato. Perciò il diritto non ha bisogno di un esplicito riconoscimento, caso per caso: i tribunali non decidono più sull'ammissibilità dell'una o dell'altra actio, come nel sistema romano.»



timo no reconhecimento ou na reintegração do direito violado.

Prescreve o Código Civil:

Art. 76. Para propôr, ou contestar uma acção, é necessario ter legitimo interesse economico ou moral.

Parapho unico. O interesse moral só autoriza a acção, quando toque directamente ao auctor, ou á sua familia.

As acções dividem-se:

1.º Em *reaes e pessoaes*, conforme a natureza dos direitos que protegem: as primeiras garantem um direito real e se exercitam *erga omnes*, distinguem-se por um certo character de objectividade; (14) as outras, estabelecidas, como são, em fâvor de direitos pessoaes, em regra se intentam contra a pessoa obrigada, (15) ou contra seus herdeiros.

* (14) A acção real, como observa Gianturco, conserva o seu character originario, ainda quando o auctor pretenda indemnisação pelo damno causado á *res*, ou por outras relações juridicas puramente pessoaes. Em taes casos, porém, as acções na verdade são duas, uma real e outra pessoal.

(15) Escreve Gianturco: "Le azioni rimangono personali, per la *causa*, quando anche siano esperibile avverso persone non obbligate direttamente per essere *universali nell'esercizio (in rem scriptæ)*; però in tali casi i terzi sono anche obbligati, personalmente, da un rapporto quasi contrattuale d'indebito arricchimento, da delitto o quasi delitto: cosi per *indebito arricchimento* la Pauliana, che è azione personale, si sperimenta contro l'acquirente a titolo gratuito, non partecipe della frode, e per *delitto* contro l'acquirente a titolo oneroso, *particeps fraudis*." Bem considera Mortara (Princ. di Proc. cit., 2.ª ed., 1901, pag. 51) que não ha differença substancial no exercicio das duas especies de acções e assim não ha resultado proveitoso em discutir si existem acções *mixtas*, isto é, pessoaes e reaes ao mesmo tempo. Conf. Chironi e Abello: "in realtà nel diritto odierno in cui all'azione si dà il

2.º Quanto ao objecto do direito tutelado, em *mobiliarias* e *immobiliarias*: as primeiras se destinam a proteger direitos que têm por objecto coisas moveis (*quæ tendunt ad quid mobile*); as *immobiliarias* se applicam aos direitos sobre immoveis (*quæ tendunt ad quid immobile*). As acções mobiliarias são ordinariamente pessoaes e as *immobiliarias* reaes; pode, todavia, succeder que as duas divisões não coincidam. (16)

3.º Em relação ao fim a que tendem, em *petitorias* e *possessorias*: as *petitorias* protegem um direito real ou pessoal, servem para restabelecer um direito injustamente alterado; as *possessorias* garantem a simples situação de facto que se chama *posse* e os direitos que ella confere. (17)

4.º Quanto ao tempo em que podem ser propostas, em *perpetuas* e *temporarias*: as primeiras podem ser exercitadas em qualquer epoca; as *temporarias* estão sujeitas á prescripção extinctiva ordinaria ou de prazos mais curtos. Embora no direito moderno esteja muito reduzida a importancia desta distincção, por serem *temporarias* quasi to-

carattere che le vien dal rapporto giuridico di cui è razion giudiziaria, questo nome non si può più giustificare. Si hanno rapporti, in cui le ragioni che n'escono si determinano con figura reale o personale: e quindi reale o personale sarà l'azione, a seconda del contenuto che la ragione ha.»

(16) Escreve Mortara: «Se *rivendico* una cosa immobile esercito una *azione reale immobiliare*; se chieggo che l'inquilino sgomberi la casa da me appigionatagli, spiego un'*azione personale relativa a bene immobile*.»

(17) Conf. Mortara—loc. cit.; Mattiello—Trattato di Dir. Giudiz., 5.ª ed., vol. 1.º, ns. 25 e segs.

das as acções, conservam-se algumas imprescriptíveis. (18)

5.º Sob certas considerações de *causa* e de *origem*, em *directas* e *contrarias*: as primeiras derivam *essencialmente* das relações contractuaes; as segundas procedem *eventualmente* de circumstancias determinadas, attinentes a um acto juridico bilateral (contracto). (19)

6.º Attendendo-se ao character que assumem em juizo, em: a) *principaes* e *accessorias*; b) *concorrentes* e *collidentes*: *principal* é toda acção que se propõe separadamente em juizo; *accessoria* é a que depende de outra; *concorrentes* são as que se podem exercer cumulativamente; *chamam-se collidentes*, quando o exercicio de uma exclue o da outra. (21)

As acções ainda se chamam *prejudiciaes*, (22) quando não tendem a obter a condemnação do réo *ad dandum* ou *ad faciendum*, mas a obter um *reconhecimento* do direito, estabelecendo-se assim um facto juridico, que serve para justificar e instruir outras acções.

No direito civil moderno perdeu quasi toda a importancia a distincção entre acções *privadas* e acções *populares*, porquanto já não se reconhecem *acções civis populares*. (23)

(18) Quanto ao direito patrio vide, sobre as acções imprescriptíveis, C. Bevilaqua — Direito da familia, § 66 e Almeida Oliveira — Prescripção, pag. 375.

(19) Brugi — Ist. cit., pag. 246.

(21) Lessona — op. cit., pag. 96; Mortara — op. cit., pag. 52.

(22) Brugi chama-as *pregiudiziali o dichiarative o di accertamento*. Vide tambem, Gianturco — loc. cit.

(23) As acções populares entre nós ainda foram defendidas pelo Cons. Andrade Figueira, ao discutir-se o Projecto Bevilaqua perante a Comissão especial da Camara dos Deputados (vol. 4.º, pags. 221-222).

Cessando também o conflicto entre o *jus strictum* e a *æquitas*, perdeu todo o valor a divisão em *actiones bonæ fidei* e *actiones stricti juris*. (24)

Pode haver *concurso de acções*, tanto em sentido *subjectivo* como *objectivo*.

Ha concurso subjectivo quando: a) *muitas acções* competem a *uma pessoa* contra *muitas*; (25) b) *muitas pessoas* têm acção contra *uma ou mais pessoas*. (26)

Ahi, porém, não ha pluralidade de acções concorrentes, mas uma acção unica concernente a cada uma das pessoas, de modo que, extincta em relação a uma, se extingue também em relação ás outras; a prevenção determina, pois, em quem e contra quem se concentra o poder de agir.

Assim, o concurso subjectivo não é verdadeiro concurso. Em sentido proprio ha concurso de acções (*objectivo, electivo*), quando de um mesmo facto ou de factos intimamente ligados nascem muitas acções, com as quaes se tende ao mesmo fim; mas o exercicio de uma impede, no todo ou em parte, o exercicio das outras (*bona fides non patitur, ut bis in idem exigatur*). (27) Intentada a primeira acção, ás outras se oppõe a *exceptio rei judicatæ*; (28) mas é presupposto essencial do concurso que as acções se dirijam ao mes-

(24) Vide Gianturco — loc. cit.

(25) Por ex.: contra os devedores solidarios (vide Gianturco, loc. cit.).

(26) Por ex.: a acção dos credores solidarios contra o unico devedor, ou contra este e o fiador (vide Gianturco, loc. cit.).

(27) Gianturco — loc. cit.

(28) A. e op. cit.

mo *fin* e tenham o mesmo *fundamento juridico*. (29)

Contra a acção do *auctor* pode o *réo* defender-se: *a*) negando no todo ou em parte os factos juridicos que servem de fundamento da acção; *b*) allegando um facto que importe modificação ou extincção do direito; *c*) oppondo ao direito do auctor *outro direito*, que torne aquelle parcial ou totalmente inefficaz. Nos dois primeiros casos tem o procedimento do *réo* o nome tecnico de *defeza*: a do primeiro é *negativa*, a do segundo — *affirmativa*. A opposição do terceiro caso chama-se *excepção*. (30)

Como faz notar Gianturco, as *defezas* se referem sempre ao *merito*, as *excepções* podem tambem tratar de *inadmissibilidade* da acção; além disso a importancia da distincção se manifesta quanto ao onus da prova, ao effeito das allegações e ao poder e officio do juiz. (31)

À excepção pode o auctor oppôr uma *replicatio* (*exceptio exceptionis, contraria exceptio*).

As excepções são:

1.º *Relativas e absolutas* (*personæ* ou *rei cohærentes*): as primeiras são intransmissiveis, porque se fundam sobre motivos pessoaes; as outras podem fazer-se valer por qualquer pessoa e contra quem quer que mova a acção. (32)

(29) Ainda se falla em concurso *successivo* ou *formal, substitutivo, total e parcial* (vide Chironi e Abello, loc. cit., e os tratadistas de direito judiciario).

(30) Muitas vezes se emprega o termo *excepção* em sentido lato, para significar toda e qualquer impugnação; esta impropriedade de linguagem se encontra, por ex., no Cod. Civ. Italiano.

(31) Gianturco — loc. cit.

(32) A. e op. cit.

2.º Temporarias ou dilatorias e perpetuas ou peremptorias: temporarias são as que só por certo tempo impedem ou suspendem o exercicio do direito do auctor; (33) perpetuas ou peremptorias são as que tendem a excluir a acção de modo definitivo. (34)

3.º De merecimento e de juizo, conforme se referem á legitimidade do direito ou a causas meramente processuaes.

Além da acção judicial que se destina a garantir o direito, restabelecendo o seu estado anterior á offensa injusta, existem outros meios de defeza, que visam a conserval-o, protegendo-o contra occurrencias futuras; taes são:

- a) o protesto;
- b) a reserva ou resalva;
- c) a retenção;
- d) o arresto ou sequestro;
- e) a detenção pessoal;
- f) a caução;
- g) a interpellação judicial. (35)

(33) Define Teixeira de Freitas (a Pereira e Souza): Excepções dilatorias vêm a ser as exclusorias do libello articulado contra o réo, sem excluir correlativos direitos do auctor. Subdividem-se "em tres classes: 1.º ou por excluir em juizes; 2.º ou por excluir em partes; 3.º ou por excluir em acções."

(34) Excepções peremptorias, diz T. de Freitas (loc. cit.) vêm a ser as exclusorias do libello articulado contra o réo e tambem dos direitos correlativos do auctor. Subdividem-se "em tres classes: 1.º ou por excluir em direitos extinctos; 2.º ou por excluir em direitos annullaveis; 3.º ou por excluir em direitos nullos."

(35) C. de Carvalho — Consolidação, art. 332.

§ 2.º *Da prova: a) onus da prova; b) meios de prova*

A) *Onus da prova.* (1) «A sciencia do direito, diz Carlo Lessona, (2) deixando á *psychologia* o estudo dos órgãos do conhecimento humano e á logica o dos processos intellectivos intimos, com os quaes o homem occupa os seus órgãos discernitivos para chegar ao conhecimento, limita-se a reconhecer uma necessidade pratica, isto é, que nas controversias civis se devem *provar* os factos allegados deante do juiz».

Prova, em accepção geral, é o meio de fazer conhecer a verdade, de se apurar a existencia de um facto juridico. (3)

A cada uma das partes compete provar os factos que allega (*onus probandi incumbit ei qui dicit*). (4) Assim, o

(1) Consult. Lessona — Teoria delle prove nel diritto giudiziario civile italiano, 2.ª ed., 1904-1908; Betzinger — Die Beweislast, in Civilprozessrecht, 1894; Leonhard — Die Beweislast, 1904; Rosenberg — Die Beweislast nach der C. P. O. und dem B. G. B. 1900; Beckh — Die Beweislast nach dem bürgerlichen Gesetzbuch, 1899; Brodmann — Zur Lehre von der Beweislast, in Archiv für die Civilistische Praxis, vol. 48 da nova serie, 1905, pag. 66 a 167.

(2) Teoria delle prove cit., vol. 1.º, 1904, pag. 1.

(3) Muitas são as definições de prova e um grande numero dellas se encontram na excellente obra de Carlo Lessona, citada nas notas anteriores. Escreve este auctor: «*Provare*, in questo senso, significa dare al giudice la certezza dell'essere e del modo di essere dei fatti controversi.»

(4) C. de Carvalho — Consolidação, art. 298: «Quem afirma o facto deve prová-lo.» Com isso, porém, não se quer dizer que a *negativa* dispense sempre a prova. Vide a respeito especialmente Lessona, vol. 1.º, pags. 160 e segs. Dizem muito bem Chironi e Abello:

auctor deve provar os factos constitutivos do direito que procura garantir por meio da acção: uma vez provada a existencia do facto, não lhe compete mais demonstrar a ausencia de vicios, nem tão pouco a continuação de seu vigor juridico, porque tudo isso é materia de *excepção* e a prova da excepção compete ao réo que a allega (*agere etiam is videtur, qui exceptione utitur, nam reus in exceptione actor est.*)»

Escreve Lessona: «L'influenza che esercita la qualità giuridica di chi invoca la prova, dà luogo alla regola seguente: *l'attore deve provare il fondamento della sua azione; — il convenuto quello della sua eccezione.*»

B) *Meios de prova.* Bentham distingue as provas em *preconstituídas e simples* ou *causaes*; as primeiras preexistem á propositura da acção; as outras se constituem em juízo. (5) As provas são preconstituídas sempre que a lei impõe certas formas aos actos juridicos para o fim de tornar manifesta a sua existencia, indicando assim que só por esse meio poderão ser provados.

Os meios de prova admittidos pelo direito patrio são:

- a) os instrumentos publicos;
- b) os instrumentos particulares, entre os quaes as cartas e os telegrammas;

«...Per il che si vede come non sia accoglibile la massima «*negativa non sunt probanda*», da cui si dedusse spettare alla parte avversaria di provare l'affermativa. Certo la prova d'un fatto negativo, a ragione dell'indeterminatezza sua, è sempre difficile, e non può essere così piena come quella d'un fatto positivo: talora è addirittura impossibile *non quia negativa sed quia absoluta, indefinita*: ma da ciò non si può inferire che si debba invertire l'onere della prova.»

(5) *Traité des preuves judiciaires*, vol. 1.º, pags. 24 e segs.

- c)* a confissão;
- d)* a afirmação judicial ou juramento;
- e)* as testemunhas;
- f)* as presumpções;
- g)* a vistoria e o arbitramento;
- h)* os jornaes officiaes e, em alguns casos, os não officiaes. (6)

São instrumentos publicos;

- a)* os traslados dos livros dos tabelliães e officiaes publicos;
- b)* os instrumentos de approvação dos testamentos cerrados ou mysticos;
- c)* os actos judiciaes;
- d)* as certidões extrahidas dos autos;
- e)* os protestos de letras;
- f)* as notas dos corretores, quando extrahidas de livros regularmente escripturados;
- g)* os actos authenticos passados em país estrangeiro e legalizados pelos consules brasileiros.

O instrumento publico produz prova plena absoluta, porque é effectivamente o meio mais seguro de se demonstrar a veracidade do facto que se allega.

Os instrumentos particulares fazem prova plena contra aquelle que os firmou: (7) valem contra terceiro depois de reconhecida a firma por notario publico, apresentação em

(6) Cod. Civ., art. 136; C. de Carvalho — Consolidação, art. 299.

(7) Constitue prova plena absoluta o instrumento feito e assignado de proprio punho com duas testemunhas (C. de Carvalho, Consolidação, art. 324, *c*).



juízo ou fallecimento do signatario. Si a escriptura é a prova mais segura, as testemunhas constituem a mais fallivel e por isso não é em muitos casos admittida sem outra prova a que se una como subsidiaria ou complementar. (8)

Têm tambem grande valor em materia processual as presumpções leaes, que, até certo ponto, importam dispensa de prova.

(8) Assim, por ex., não é admissivel, no direito patrio, para provar os contractos cujo valor excede de 1:000\$000 (Cod. Civ., art. 141).



INDICE ALPHABETICO-ANALYTICO

A

- Abrogação* da lei, 76.
Acaso e força maior, 508.
Acção judicial (garantia do direito subjectivo) 281-621.
Acções reaes e pessoas, 625.
— mobiliarias e imobiliarias, 266.
— pctitorias e possessorias, 626.
— perpetuas e temporarias, 626.
— directas e contrarias, 627.
— principaes e accessorias; concurrentes e collidentes, 627.
— prejudiciaes, 627.
— civis e populares, 627.
— concurso de acções, 628.
Actiones bonæ fidei, 628.
— *stricti juris*, 628.
Accidentalia negotii, 88.
(*V. Elementos accidentaes dos actos juridicos.*)
Acquisição, modificação e perda dos direitos, 281-499.
— originaria e derivada, 502.
— gratuita e onerosa, 502.
— a titulo singular e a titulo universal, 504.
(*V. Successão.*)
Actio injuriarum, 311.
— *nihil aliud est quam jus persequendi in judicio quod sibi debetur*, 623.
Actividade humana limitada e regulada pelo direito, 23 e segs.
Actori incumbit onus probandi, 631.
Acto publico, 539.
Actos clandestinos, 117.
— no direito internacional privado, 254.
— do estado civil, 366 e segs. (*V. Registro.*)
— de terceiros, 508 e segs.
— juridicos em geral, 509.
— bilateraes e unilateraes, 520.
— *inter vivos e mortis causa*, 520.
— collectivos, 522.
— gratuitos e onerosos, 523.
— materiaes e causaes, 523.
— obrigatorios, reaes, familiaes e successorios, 524.
— formaes, 538.
— fiduciarios, 542.
— do representante (*v. Responsabilidade.*)
— illicitos, 592.
Ad finitas non parit ad finitatem, 336.
Affinidade, 336.
Alienação dos direitos, 506.
Analogia juridica, 185.
— *juris e analogia legis*, 185.
— no projecto Bevilacqua, 186.
Analogismo entre o mundo biologico e o social, 394.
Anotações nos actos do estado civil, 372.
Annulabilidade dos actos juridicos, 586.
— differe da inexistencia, 587.

Annulabilidade (causas de), 588.

— (efeitos da), 586.

Apparentes (negocios)— (v. *Simulação*.)

Argumentos interpretativos: a contrario sensu, a majori ad minus, a minori ad majus, 184-185.

Ascendentes (v. *Parentesco*.)

Assentos do registro civil, 376.

Associação (v. *Pessoa jurídica*.)

Auctor (v. *Acção*.)

Auctoridade da coisa julgada, 58-59.

Ausencia, 357.

— presumida, 358.

— declarada, 359.

— seus efeitos nas relações familiaes, 365.

Ausente (Curador ao), 363.

— Successão do ausente com propriedade resolúvel, 363.

Ausente, incerteza acerca de sua existencia, 365.

Authentica (v. *Interpretação*.)

Auto-mutilação, 300.

Autonomia, 78.

Avisos, 81.

B

Bemfeitorias, 488.

Bens no direito internacional privado, 242-253.

— objecto do direito subjectivo, 447.

— no direito e na sciencia economica, 449.

— (Classificação de Marshall), 450.

— corporeos e incorporeos, 460.

— moveis, 462.

— immoveis, 465.

— considerados moveis para fins especiaes, 466.

Bens (Classificação), 467.

— fungiveis, 473.

— não fungiveis, 474.

— consumiveis, 475.

— não consumiveis, 476.

— divisiveis e indivisiveis, 477.

— presentes e futuros, 480.

— considerados em sua composição, 481.

— singulares ou individuaes, 481.

— collectivos, 482.

— considerados reciprocamente, 485.

— principaes e accessorios, 485. (V. *Bemfeitorias e Fructos*.)

— que estão no commercio, 490.

— que estão fóra do commercio, 490.

— apropriados e não apropriados, 491.

— publicos e privados, 491.

— da União, 492.

— dos Estados, 494.

— dos Municipios, 495.

Bôa-fé não é necessaria na prescripção extinctiva, 605.

Bôa-razão (Lei da), 96.

Bons costumes não constituem costume juridico, 106.

C

Capacidade no direito internacional privado, 215, 243, 250, 251 e 253.

— em geral, 323.

— natural e legal, 323.

- Capacidade* do estrangeiro no Brasil, 328.
- da mulher, no direito civil moderno, 340.
 - limitada da mulher casada, 341.
 - da pessoa jurídica, 443.
 - clemente essencial dos actos jurídicos, 524.
 - de dispor, 527.
- Capital e patrimonio*, 486.
(*v. Fructos.*)
- Capitis deminutiones*, 326.
- Cartas missivas* (figura jurídica), 303.
- como meio de prova, 310.
- Casamento*, no direito internacional privado, 243.
- do conjugue do ausente, 365.
- Caução judicatum solvi*, 330.
- Causa*, 560.
- Certidão* do registro civil, 371.
- Citação* interrompe a prescrição, 609.
- Classificação* dos direitos civis, 282-283.
- Clausulas* (*v. Elementos accessorios dos contractos.*)
- Coacção* no direito objectivo, 28.
- Codificação*, 5 e segs.
- Código civil* (*v. Projectos.*)
- Coisas* (*v. Bens.*)
- Collateraes* (*v. Parentesco.*)
- Commorientes*, 318 e segs.
- Communhão de direito* (Theoria de Savigny), 234 e segs.
- Concepção* não é o inicio da personalidade humana, 312.
- Concurso de acções*, 628-629.
- Condição* seus requisitos, 575.
- Condições* impropriias: meramente potestativa, impossivel, não futura e necessaria, 576 e segs.
- Condições* expressas e tacitas, 579.
- positivas e negativas, 579.
 - casuaes, potestativas e mixtas, 579.
 - realisadas, pendentes e fallhas, 581.
 - suspensivas e resolutivas, 580.
 - seus effectos, 581.
- Confissão* (*v. Provas.*)
- Conflictio das leis*, 202.
- Conjuges*, 333.
- Consentimento* (Theoria do consentimento tacito do legislador — *Gestattungstheorie*), 124.
(*V. Declaração de vontade.*)
- Consideração civil*, 343.
- Constitucionalidade* das leis, 75.
- Consuetudo abrogatoria*, 35-136.
- Contractos* — sempre bilateraes, quanto á sua constituição, podem ser bilateraes ou unilateraes, quanto aos seus effectos, 523.
- Convicção juridica* (*v. Costumes*)
- Corpo moral* (*v. Pessoa juridica.*)
- Corporação* (*v. Pessoa juridica.*)
- Costumes* — fonte mediata do direito, 99.
- sua posição subordinada á da lei, 102.
 - natureza e fundamento de sua força obrigatoria, 106.
 - (*A opinio necessitatis*), 108.
 - seus requisitos, 112 e segs.
 - sua prova; é-lhe applicavel o principio — *jura novit curia*, 119 e segs.



- Costumes* — efficacia ou extensão de sua força obrigatória, 123.
 — *secundum legem, præter legem, contra legem*, 124.
 — (Theoria de Gény), 128.
 — sua classificação, 136.
Credores — fraude contra, 543-544.
 (v. *Simulação*.)
Culpa, 593.
 — contractual, 595.
 — aquiliana, 595.
- D
- Damno* (v. *Injuria e Responsabilidade*.)
Data dos direitos, 601.
Decadencia — distingue-se da prescripção, 589.
 (v. *Prescripção*.)
Decisões ministeriaes, 81.
Declaração da vontade, 509, 529 e segs.
Decretos, 80.
Decurso do tempo, 607.
Defeza do direito (v. *Garantia*.)
Derogação da lei, 77.
Descendentes (v. *Parentesco*.)
Destino (v. *Bens immoveis*.)
Desuetudo, 124.
 — differe da *consuetudo abrogatoria*, 136.
Devedor (*Onus probandi* na culpa contractual), 595.
Direito Civil Brasileiro, 4.
 — em geral, 23.
 — e moral, 27 e segs.
 — publico e privado, 34.
 — — e leis de ordem publica, 42.
 — — suas divisões, 43.
 — privado, suas divisões, 48.
- Direito civil*, objecto do seu estudo, 44.
 — — e (direito commercial, 44.
 — internacional privado (Denominação mais propria — v. *Theoria do direito internacional privado*.)
 — objectivo e subjectivo, 46 e segs.
 — subjectivo e faculdade, 48 e 270.
 — e *direitos*, 49.
 — civil objectivo — (Definição), 53.
 — anomalo ou «singularidades do direito», 92.
 — romano — fonte do direito patrio, 60 e segs.
 — *consuetudinario*, (v. *Costumes*.)
 — principios geraes (Fonte do direito objectivo), 137.
 — das nações cultas, 145 (*Fonte do direito patrio*.)
 — (Limites no tempo.) (v. *Retroactividade*.)
 — subjectivo (Noção), 263.
 — — As idéas — poder e vontade no direito subjectivo, 264.
 — — (A *utilidade* e o *interesse*), 265 e segs.
 — Elementos que o constituem, 273.
Direitos adquiridos (v. *Retroactividade*)
 — subjectivos publicos, 47.
 — sem sujeito, 274 e segs.
Direitos civis subjectivos (Classificação), 282,
 — relativos e absolutos, 283:
 — patrimonias e não patrimonias, 283.

- Direitos civis subjectivos* — das obrigações, reaes, familiaes e de successão (Ordem de estudo na parte especial), 284.
- sobre direitos, 287.
 - personalissimos, 311 e segs.
 - essenciaes da pessoa, 295.
 - sobre a propria pessoa, 296.
 - sobre o corpo humano, 296 e segs.
 - sobre o nome, 304.
 - sobre o pseudonymo, 307.
 - sobre coisas immateriaes ou incorporeas, 308.
 - de auctor, sobre marcas industriaes e commerciaes, sobre cartas missivas e retratos, 309 e segs.
 - distincção entre possuil-os e exercel-os, 322.
 - contidos no instituto do poder marital, 448.
 - aquisição, modificação e perda dos direitos, 499.
- (v. *Acquisição, modificação e perda*)
- Divisibilidade real* dos bens, 477.
- *intellectual* ou juridica dos bens, 479.
- Divorcio* no direito internacional privado, 245.
- Dolo*, 554.
- principal e incidente (*dolus causam dans, dolus incidens*), 555.
- Dolus bonus*, 554.
- Domicilio* e auencia, 344.
- e residencia, 345.
 - como *relação juridica* e como *lugar*, 348 e segs.
 - e exercicio dos direitos, 349.
- Domicilio*—suas vantagens practicas, 350.
- politico e civil, 351.
 - geral e especial, 352.
 - legal e electivo, 352.
 - — (Pessoas que o têm), 353.
 - voluntario seus elementos, 355.
 - (Mudança de), 355.
 - (Pluralidade de), 356.
 - sua falta, 356.
- Donatio sub modo* (v. *Fundações particulares*)
- Doutrinaria* (v. *Interpretação*.)
- Duplicia judicis*, 624.

E

- Edade*, 338.
- no direito romano, 399.
- Editaes* dos proclamas, 368.
- Effeitos* da nullidade e da annullabilidade, 586 e segs.
- Efficacia* do direito consuetudinario (v. *Costumes*.)
- Egreja* (v. *Pessoa juridica*.)
- Electivo* (v. *Domicilio*.)
- Elementos* accidentaes dos actos juridicos (v. *Condição, termo e modo*.)
- essenciaes do acto juridico, 524.
 - constitutivos do direito subjectivo, 273.
- Equidade* e analogia, 59.
- Erro* e ignorancia, 547.
- substancial, 549.
 - accidental, 551.
 - relevante, 552.
 - de direito e erro de facto, 553.
- Errore in corpore*, 550.
- *in substantia*, 551.

Erros rectificação dos actos do estado civil, 372.

Espectativas de direitos, 209.

Estabelecimentos (v. *Fundações. Institutos e Pessoas jurídicas*)

Escriptura publica e privada (v. *Prova*)

Estado e capacidade das pessoas, no direito internacional privado, 237 e 250.

— da pessoa como parte da sociedade politica, 327.

— da pessoa como parte da sociedade familiar, 332.

— da pessoa considerada em si mesma, 338.

— civil (v. *Actos do estado civil*.)

— pessoa do direito internacional, 408.

— como entidade teleologica, 398.

— seus órgãos e funcionarios (Jellinek), 399.

Estados que compõem a Republica Brasileira, 407.

— estrangeiros como sujeitos de direitos privados, 408.

Estatutos (Theoria dos estatutos no direito internacional privado), 229.

— reaes e pessoas, 230.

Excepção em que se distingue da *defeza* propriamente dicta, 629.

— O *onus probandi* incumbe ao réo, 631.

Excepções absolutas e relativas, 629.

— dilatorias e peremptorias, 630.

Existencia. Início da existencia das pessoas naturaes, 311.

— Fim da existencia das pessoas naturaes, 317.

Existencia das pessoas juridicas, 431 e segs.

Extraterritorialidade das leis (v. *Theoria do direito internacional privado*.)

Estrangeiro, sua capacidade no direito civil brasileiro, 327 e segs.

(v. *Caução judicatum solvi*.)

F

Facta concludentia na manifestação da vontade, 531.

Factos juridicos, 499 e segs.

— humanos, 507.

(v. *Actos juridicos e Actos illicitos*)

— independentes da vontade, 508.

(v. *Acaso, Tempo e Prescrição*.)

Faculdade e direito subjectivo, 48 e segs.

— natural de agir (torna-se juridica pelo reconhecimento do direito objectivo), 269.

Faculdades abstractas, 211.

— de lei distinguem-se dos direitos adquiridos *ex lege*, 213. (v. *Espectativas e direitos adquiridos*)

Facultas abutendi seus limites, 301.

Falsa causa, 531.

(v. *Erro*)

Familia Os direitos da familia constituem uma parte especial do direito civil, 283-284.

(v. *Classificação dos direitos civis*.)

- Fiador* (v. *Concurso de acções*.)
Fiança às custas (v. *Caução judicatum solvi*.)
Ficção (*Theoria da ficção*, no conceito da pessoa jurídica), 382 e segs.
 — legal, 382.
 — dogmatica, 384.
 — historica, 386.
Fiduciarios (v. *Actose Simulação*.)
Filhos (v. *Parentesco*.)
Firma commercial, 303.
 — Transferencia (Kohler e Luigi di Franco), 309 e segs. (v. *Nome e Marca industrial*.)
Fisco estrangeiro sua capacidade, 409.
Fonte immediata do direito objectivo (v. *Lei*.)
Fontes do direito civil objectivo, 53.
 — do direito civil moderno, 54.
 — do direito objectivo differem das fontes do direito subjectivo, 56.
 — do direito objectivo e fontes historicas da sciencia do direito (Savigny), 55.
Fontes mediatas (v. *Costumes. Principios geraes do direito. Direito romano e Direito das nações cultas*.)
Força individual e força social (v. *Garantia*.)
Forma da declaração da vontade, 530 e segs.
 — imposta *ad pompam et solemnitatem*, 534.
 — *ad probationem tantum*, 534. (v. *Provas*.)
Formas legaes, 456. (v. *Actos formaes*)
- Fructos*, 486.
 — e rendas, 486.
 — vegetaes, animaes e artificiaes, 487.
 — pendentes, separados, percebidos, percipiendos, existentes e consumidos, 487.
Funcionarios ou *organstrüger* distinguem-se dos órgãos do Estado (Jellinek), 398 e 399.
Fundação — Personalidade da fundação, 424.
 — e instituto, 425.
Fundações de caracter official, 426.
 — particulares, 426.
 — Acquisição de personalidade das fundações, 3 e 84.
Fungiveis (v. *Bens*.)
- G
- Garantia* Elemento do direito subjectivo, 273 e segs. (v. *Acção, Acções e Excepções*)
Genese historica da expressão «corpo moral» (v. *Pessoa juridica*.)
Gráo (v. *Parentesco*.)
- H
- Habilis ad nuptias, habilis ad pacta nuptialia*, 339.
Herança jacente não é pessoa juridica, 429-430.
Humanos (v. *Factos*)
- I
- Identidade de motivos* na applicação da lei (v. *Analogia*.)
Illegitimos (v. *Filhos*.)

Illicitos (v. *Actos*.)
Immobilia reguntur legeloci, 242.
Immoveis (v. *Bens*.)
Impericia (v. *Culpa aquiliana*.)
Impossiveis (v. *Condições*.)
Imprudencia (v. *Culpa aquiliana*.)
Inadmissibilidade de prova testemunhal, 632.
Incapacidade absoluta e relativa, 339.
 — da mulher casada, 340-341.
 — de dispor, 527.
Inexistencia (v. *Nullidade*.)
Injuria, 539.
Inscrição do acto juridico, 539.
 (v. *Acto juridico*.)
Integração das normas juridicas, 180.
Interesse no direito subjectivo (Ihering), 265.
Interpretação Principios fundamentaes, 149.
 — grammatical, 152 e 155.
 — logica, 153 e 158.
 — Elemento historico e systematico (Savigny), 161.
 — authentica legal, 162 e segs.
 — — usual, 163.
 — doutrinaria scientifica, 168.
 — — pratica, 168 e 169.
 — no Projecto Bevilacqua, 173 e 174.
Interpretativa (v. *Lei*.)
Interpretativos (v. *Argumentos*)
Invalidade (v. *Nullidade e Annullabilidade*.)
Irretroactividade Principios da irretroactividade, 189 e seguintes.
 — na Constituição Brasileira, 207.
 (v. *Retroactividade*.)

J

Jura novit curia, 118.
Jurisprudencia dos tribunaes como fonte do direito, 58 e segs.
 — dos tribunaes na constituição dos principios geraes do direito, 137.
Jus cogens (v. *Leis coactivas*.)
 — *dispositivum, jus suppletivum*.
 (v. *Leis não coactivas*.)
 — *privatum sub tutela juris publici latet*, 41.
 — *singulare*, 92.

L

Leges perfectæ, minus quam perfectæ e imperfectæ, 85.
Legislação brasileira, 4, 94-98.
Legitimos (v. *Filhos*.)
Lei da Boa razão, 96.
 — Fonte immediata do direito objectivo, 62.
 — Conceito moderno da lei, 63.
 — Phases de sua formação, 65.
 — Systemas de publicação, 70.
 — (Obrigatoriedade da), 73.
 — inconstitucional, 75.
 — *Abrogação, derogação, subrogação e obrogação*, 76.
Lei Actos que lhe são equiparados, 78-80.
Leis (Classificação das leis civis), 82.
 — coactivas, 82.
 — de ordem publica, 84.
 — que derivam necessariamente da natureza caracteristica de um instituto juridico, 84.

- Leis* imperativas e prohibiti-
vas, 84.
— não coactivas, 87.
— subsidiarias ou integrantes,
hypotheticas ou auctori-
santes, 87.
— *communis* e especiaes, 89 e
90.
— geraes e particulares, fede-
raes e estaduaes, substan-
tivas e adjectivas, 89.
— novas e leis interpretativas
(Distincção), 165.
— Trabalhos preparatorios da
lei, 167.
— retroactivas, 192.
— interpretativas; efficacia re-
troactiva, 223 e segs.
 (v. *Interpretação e Irretro-*
 actividade.)
— seu imperio no espaço, 226.
— pessoas, 236.
 (v. *Estatutos.*)
— nacionaes e leis do domici-
lio, 238.
— pessoas e territoriaes (v.
 Theoria do direito interna-
 cional privado.)
Leis (v. *Conflictio das leis.*)
Lesão, 559.
Lex est commune jussum populi,
64.
— *fori* e o divorcio, 245.
— *loci* e os direitos reaes e obri-
gacionaes, 241 e 242.
— *in privos lata* (v. *Privilegio.*)
Liberdade Requisito essencial
da personalidade, 293.
Licitos (v. *Actos.*)
Linha recta, collateral, ascen-
dente e descendente (v. *Pa-*
 rentesco.)
- Locus regit actum*, 233, 236,
246, 254 e 255.
— *regit formam actus*, 244 e
259.
Ludendi gratia, 546.
- M
- Maioridade* e menoridade, 338.
Malitiis non est indulgendum,
546.
Mandante Responsabilidade pe-
los actos do mandatario,
571.
Marcas industriaes e commer-
ciaes, 301 e segs.
Massa fallida não é pessoa ju-
ridica, 429-430.
Maternidade (v. *Parentesco.*)
Meios de prova e applicação
da lei nova, 221.
— — sua admissibilidade no di-
reito patrio, 632.
Metus, 557.
— *reverentialis*, 558.
 (v. *Violencia.*)
Moderamen inculpatæ tutelæ,
622.
 (v. *Deseza.*)
Mobilia personam sequuntur,
230.
Mobiles in specie, 463.
Modo Elemento accessorio do
acto juridico, 584.
— e presuposição (*Windscheid*)
585.
 (v. *Representação.*)
Modificação dos direitos, 503.
— quanto ao conteúdo, 504.
— quanto ao sujeito (v. *Successão*)
— sobre o organismo da relação
(*Chironi e Abello*), 505.

- Moral* e direito; relações, 27 e segs.
- Móra* do devedor, 609.
- Morte* natural — fim da personalidade humana, 317.
- civil abolida pelo direito moderno, 317.
- presumida, 318 e segs.
- de diversas pessoas simultaneamente (*v. Commorientes*)
- Motivos* (*v. Causa.*)
- Moveis* (Definições de bens moveis), 463.
- por natureza, 464.
- por disposição de lei, 465.
- Mulher* brasileira casada com estrangeiro, 329.
- (*v. Capacidade e Sexo.*)
- Mundium* no direito germanico, 340.
- Município* Pessoa juridica de direito publico, 408.
- N
- Nacional* (*v. Lei.*)
- Nacionalidade* das pessoas juridicas, 439.
- brasileira (Acquisição e perda), 328 e segs.
- Nacionaes e estrangeiros*, 328.
- Nascimento* Início da personalidade humana, 311.
- (*v. Registro dos nascimentos.*)
- Nasciturus pro jam nato habetur, quum de ejus commodo agitur*, 315.
- Natural* (*v. Pessoa.*)
- Naturalia negotii*, 88.
- Negativa* Allegação negativa não isenta de prova, 631.
- Negocio* juridico, 522.
- Negocios* formaes e não formaes, 538.
- simulados, em face do codigo civil allemão, 542.
- simulados, dissimulados e fiduciarios, 543.
- (*v. Actos juridicos.*)
- Nemo plus juris transferre potest quam ipse habet*, 502.
- Necessitas imposita contraria voluntati*, 556.
- Nome* Direito ao nome, 302 e segs.
- proprio, patronymico e pseudonymo, 304 e 309.
- Normas juridicas* Seu conceito e conteúdo, 162.
- latentes, 173.
- Nullidade* dos actos juridicos, 588.
- Causas, 588.
- Efeitos, 587 e 588.
- total e nullidade parcial, 590.
- Nullos Actos nullos* no direito civil brasileiro, 590.
- Nuntius* (*v. Representação.*)
- O
- Obito* (*v. Registro.*)
- Objecto* Elemento do direito subjectivo, 273, 279, 447 e segs.
- Obra scientifica* dos juristas, 138.
- Obrigações* (Direito das obrigações — estudo da parte especial), 284 e segs.
- Obrigatoriedade* (*v. Lei.*)
- Offensa* (*v. Injuria.*)
- Onus probandi incumbit qui dicit*, 631.

Ordem juridica (v. *Direito objetivo*)

— publica (v. *Leis*.)

Órgãos differem dos funcionarios do Estado, 398 e 399.

Organismo social (v. *Pessoa juridica*.)

P

Parentesco, 335.

— Linhas e graus, 335.

— Seus effeitos sobre a capacidade de agir, 336.

— Schemas para exemplo de parentesco, 337.

Paternidade, 333.

Patrio poder, 334.

Patrimonio e riqueza, 450.

— constitue universalidade de direito, 454.

— Seu activo e passivo, 454.

— Diferença entre os direitos que o compõem, 456 e segs.

— destinado a um fim, 389.

(v. *Pessoas juridicas*.)

Perda de direitos, 505.

(v. *Alienação e Renuncia*.)

Persona Significação primitiva do vocabulo, 292.

Personalidade humana e direitos personalissimos, 291.

— juridica (v. *Pessoa juridica*.)

Persönliche Rechte, Personenrechte, 315.

Personificação (*Theoria da Personnenrolle*), 385.

Pertenças, 485.

Pessoa juridica Requisitos de sua existencia, 81 e segs.

— Sua nacionalidade, 426.

Pessoas que figuram nos actos do estado civil, 368 e segs.

Pessoas juridicas de direito publico, 406 e segs.

— de direito privado, 406, 414 e segs.

— Sua capacidade quanto aos direitos patrimoniales, 443.

— Seus representantes, 444.

Pessoa natural Começo de sua existencia, 311 e segs.

— Seus requisitos: nascimento e vida extra-uterina, 314.

— Fim de sua existencia, 318 e segs.

— Estado civil, 314 e segs. (v. *Estados civis*.)

— Seu domicilio, 345 e segs.

— Effeitos de sua ausencia. (v. *Ausencia*.)

Photographias (Reprodução das), 311.

Poder legislativo, 65.

(v. *Legislação*.)

Posse necessaria para a prescripção acquisitiva, 604.

Potestativas (v. *Condições*), 264.

Prazos legaes, 599 e 601.

Pratica (v. *Interpretação*.)

— dos tribunaes (v. *Jurisprudencia*.)

Predios urbanos e ruraes (v. *imoveis*.)

Prescripção, 602.

Presunções (v. *Provas*.)

Presuposição (v. *Modo*.)

Principios geraes do direito, 57.

Privata privilegia, 93.

Privilegio no direito civil brasileiro, 94.

Processo (v. *Acção, Acções e Garantia*)

Propriedade (v. *Direitos reaes*.)

Puberes e impuberes Distincção do direito romano, 338 e 339.

Publicação da lei Systemas, 70 e segs.

Prova, 631.

— (Onus da), 631.

— (Onus da prova na excepção), 632.

— da negativa, 631.

— (Meios de), 632.

Provas preconstituídas e simples ou causaes, 632.

Q

Qui jure suo utitur neminem facit injuriam.

Quod quis ex culpa sua damnatum sentit non intellegitur damnatum sentire. 597.

Quod nullum humanum consilium providere potest (v. Acuso), 598.

R

Ratificação (Ratihabitio), 572.

— Efeitos em relação ao declarante e ao agente, 572.

— Efeitos em relação a terceiros, 573.

— Em que tempo pode ser feita, 573.

Rationes juris, 185.

Ratio legis, 181.

Réclame (v. Dolus bonus.)

Regimens matrimoniaes, sua influencia sobre a capacidade da mulher, 333.

Registro civil Actos que comprehende, 368.

Registro civil (Officiaes do), 369.

— (Redacção do), 370.

— (Copias e certidões do), 371.

— (Publicidade do), 371.

— (Provas das certidões do), 371.

— Rectificação e annotações, 372.

— dos nascimentos, 373.

— dos casamentos, 376.

— de obitos, 377 e segs.

Registros parochiaes, sua importancia primitiva, 366.

— das pessoas juridicas, 435 e segs.

Regulamentos, 78.

Relações de direito e institutos juridicos, 270 e 271.

(v. *Direito subjectivo.*)

Renuncia expressa e tacita, 506.

— á prescripção, 612.

Replicatio (v. Acção e Excepções.)

Representação, 567.

— geral e especial, 568.

— originaria e subsequente, 569.

— mediata e immediata, 569 e 570.

— convencional e legal, 570.

— Seus efeitos, 571.

Residencia (v. Domicilio.)

Rescisão (v. Annullabilidade.)

Resolutiva (v. Condição.)

Résponsabilidade do representante e do representado, 571.

— e culpa (v. *Culpa.*)

— por factio proprio, 593.

— por factio alheio, 593.

Reticencia ou *reserva mental*, 545.

(v. *Simulação.*)

Rectificação (v. *Registro civil*.)
Retorno (*Theoria do*). 247.
Retroactividade justa e injusta, 197.
 — (*Theoria da*), 197.
 — e direitos adquiridos, 201 e segs.
Retroactivas (v. *Leis*.)
Réo (v. *Acção*.)
Riqueza (v. *Património*.)

S

Sanção do presidente da Republica, 66 e 68.
 — Casos em que não é necessaria, 68.
 — do direito objectivo, 82, 85 e 87.
 (v. *Leges perfectæ, etc.*)
Santa Sé como pessoa do direito internacional privado, 412.
Saúde, 342.
Séde da relação jurídica, no direito internacional privado (Savigny), 235.
 — da pessoa jurídica (v. *Domicilio*.)
Sentença passada em julgado e effeitos da lei nova, 215.
Separação de corpos e separação de bens (Influencia sobre o estado conjugal), 333.
Sexo, 340.
Silêncio, Seu effeito na declaração da vontade, 531.
 (v. *Declaração da vontade e Facta conclusentia*.)
Simulação (Divergencia entre a vontade real e a vontade declarada), 539.

Simulação absoluta e relativa, 540.
 —, dissimulação e actos fiduciarios, 542.
 (v. *Reiçencia e Vontade declarada por gracejo*.)
Sociedade internacional, 250.
Sociedades civis, 416.
 — no direito dos povos cultos, 415.
Sociedades commerciaes, 421.
 — anonymas, 424.
 — de fins ideaes, 435.
 — para fins illicitos ou immoraes, 439.
 — secretas, 439.
 — (*Dissolução das sociedades*), 442.
 — de facto, 443.
Spes hominis, 312, 317 e 336.
Subjectivo (v. *Direito*.)
Successão dos direitos, 504.
 — universal e singular, 504.
 (v. *Modificação*.)
Sujeito Elemento de direito subjectivo, 273.
 — em geral, 291 e segs.
 (v. *Pessoa natural e pessoa jurídica*.)

T

Tempo Influencia do tempo sobre os direitos, 499 e 599.
 (v. *Prazos legaes, Data e Prescripção*.)
 — (*Decurso do*), 607.
Temporalidade e prescripção, 601.
Temporalidade de direito ou

termo legal (*Rechtstemporalität oder Befristung. Gra-
wein.*)

Termo. Elemento accidental dos
actos juridicos, 582.

Termo expresso e tacito, 582.
— inicial e final, 582.
— certo e incerto, 583.

Termos *présumptivos*, *Vermu-
thungsfristen*, 600.
— *preclusivos* (*Präclusivfristen*),
601.

Territorialidade das leis, 229.

Testimunhas do acto do estado
civil, 369.
— *ad solemnitatem, ad probatio-
nem* (Unger), 534.
(*v. Declaração da vontade e Pro-
vas.*)

Testamentos (*v. Actos mortis
causa.*)

*Theoria do direito internacio-
nal privado*, 225 e segs.

Titulo (*v. Causa.*)

*Tot sunt gradus quot sunt ge-
nerationes; tot sunt genera-
tiones quot personæ dempto
stipite* (*v. Parentesco*), 335.

Transferencia de marcas com-
merciaes e industriaes (Ko-
hler), 309 e segs.

Tutela, no direito internacio-
nal privado, 229 e 246.
— (*v. Estado.*)

U

União Pessoa do direito publico.
— (*v. Bens.*)

Universitas juris et facti, 483 e
484.
(*v. Patrimonio.*)

Uso longo e constante na for-
mação do costume juridi-
co, 112.

Utilidade (*v. Interesse.*)

V

Vacantes (*v. Bens.*)

Vacatio legis, 72.

Veto, 66.

Vícios do consentimento.
(*v. Erro, Dolo e Violencia.*)

Vim vi repellere licet, 622.

Violencia, 556.
— e *metus reverentialis*, 558.
— e uso dos direitos, 558 e 559.

Vis absoluta, 557.
— compulsiva, 557.

Vitalidade, 315.

Volenti non fit injuria (*v. Culpa
propria.*)

Vontade, no nascimento, na
modificação e na perda dos
direitos, 509.
— declarada e vontade real, 538.
— (*v. Declaração de vontade e
Simulação.*)

