

# MANDATUM IN REM SUAM

DOMINGOS SAVIO BRANDÃO LIMA

Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso e Professor Titular da Faculdade Federal de Direito de Mato Grosso

Omisso no direito anterior ao atual Código Civil Brasileiro, conforme Clóvis Beviláqua <sup>(1)</sup>, desconhecido em diversos outros sistemas legislativos alienígenas, sem definição, regulamentação ou qualquer justificação plausível, o **mandatum in rem suam** surgiu, em nosso Código, na referência que lhe faz o art. 1.317, n.º 1, incluindo-o entre os casos de irrevogabilidade daquele contrato.

"As idéias não podem ser claras se as palavras que servem para designá-las não forem, primeiro, cuidadosamente, definidas". Aproveitando o ensinamento de CONDILLAC <sup>(2)</sup> e a perspicuidade de MONTESQUIEU, ao garantir que "é preciso esclarecer a história pelas leis e as leis pela história", com um pouco de amor à pesquisa, vamos imergir nas origens do instituto, para sondar-lhe as profundezas léxicas, históricas e jurídicas.

**Mandatum**, etimologicamente, (**manum** + **dare**), na interpretação de CHARLES MAYNS e FILIPPO SERAFINI <sup>(3)</sup>, significa dar, conferir poderes.

TRINDADE <sup>(4)</sup>, cuja opinião é sufragada por VICENTE DE FARIA COELHO <sup>(5)</sup>, advoga a tradução de "mão dada", explicando-nos que o vocábulo assim se denominou "por-

- 1) Clóvis Beviláqua — Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado — 1954 — V/51
- 2) Condillac apud Henri de Page — *Traité Élémentaire de Droit Civil Belge* — 1936 — III/389;
- 3) Charles Maynz — *Cours de Droit Romain* — Paris 1891 — II/252, § 220; Filippo Serafini — *Instituzioni di Diritto Romano* — Firenze — 1873 — II/87;
- 4) Trindade — *Procurações Extrajudiciais* — 1862, pág. 21;
- 5) Vicente de Faria Coelho — *Mandato (Direito Privado)* in *Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*, 32/358, n.º 1;

que o mandatário apertava a mão de seu constituinte em sinal de que lhe prometia desvelar-se em o negócio comissionado: era êsse o símbolo de fidelidade na antiguidade", arrimando-se, ainda, na citação de IZIDORO (Origin. 5, 24, 20): "*mandatum dictum quod in commissio negotio alter alteri manum dabat*".

Infelizmente, jamais poderíamos perfilhar semelhante opinião. Evidentemente, encontramos no léxico latino "*manus data*", querendo dizer mão dada; no biógrafo Cornelius Nepos ou no orador Fronto, sua tradução pode ser efetuada como "dar mãos à palmatória, render-se, dar-se por vencido". No sentido jurídico, bem mais diferente se nos afigura sua etimologia.

Em sua argúcia, frisara IHERING que o direito privado romano não possuía seu sustentáculo no do Estado, mas no *paterfamilias*, que lhe era muito anterior, pertencendo em seus delineamentos essenciais à ancianíssima organização grupal. "Este poder originário, — comenta PIETRO DE FRANCISCI (6) — unitário, que extrai sua eficácia da mesma autoridade do *pater* que o cria, o afirma e o desempenha, foi designada, por isso, em seus princípios, indistintamente, com os termos *manus* ou *potestas*".

*Manus* significa, portanto, a autoridade originariamente ilimitada; o poder soberano, auto-suficiente que se concentrava na pessoa do *paterfamilias*, segundo se lê em GAUDEMET e GALLO (7). No procedimento das *legis actiones*, a *manus injectio* — procedimento de direito comum para forçar o *judicatus* ou *damnatus* a executar a condenação, a *manum depellere*, a *conventio in manum*, a *traditio brevi manu* todos trazem em si o mesmo sentido de poder e de autoridade.

No linguajar romano, o que confere poderes recebe o nome *mandans*, *mandator* ou, ainda, *dominus* (8) e quem os recebe, *mandatarius*, *procurator* (9) e, em Juízo, *cognitor* ou *procurator* (10).

"Em realidade, mandato e procuração — ensina HENRI DE PAGE (11) — são duas coisas diferentes. O mandato é o contrato; a procuração é o poder dado, na execução do contrato ao mandatário, com a finalidade de permitir comprovar sua qualidade perante terceiros e de tratar com êles nesta qualidade".

Nosso Código Civil, mais objetivo e prático, seguindo o critério romano, não enveredou pela confusão que se observa no art. 1.984 do "*Código de Droit Civil*" e, sem tergiversações, no art. 1.288, ao conceituar o mandato, especificou que a procuração constitui o seu instrumento.

O mandato, que, na conceituação de PLANIOL e RIPERT (12) "é o contrato pelo qual uma pessoa, chamada mandante, confere a outra, chamada mandatário, fa-

- 6) Pietro de Francisci — *Sintesis Historica del Derecho Romano* — Madrid — 1954 — pág. 154, § 2;
- 7) Gaudemet — *Observations sur la "manus"*, AHDO-RIDA, 2 (1953) pág. 330 ss; Callo — *Studi De Francisci*, II/200 ss.;
- 8) Édouard Cuq — *Les Institutions Juridiques des Romains* — Paris — 1904 I/239, nota I;
- 9) Robert Villers — *Droit Romain* — Paris — 1953 — II/115;
- 10) Gaston May — *Éléments de Droit Romain* — Paris — 1909, pág. 611, n.º 284;
- 11) Henri de Page — *Traité Élémentaire de Droit Civil Belge* — Bruxelles — 1952 — V/374;
- 12) Planiol e Ripert — *Tratado Prático de Derecho Civil Frances* — Habana — 1946 — XI/765, n.º 1.427;

*culdades para realizar em seu lugar e disposição um ou vários atos jurídicos*" (13), trazendo implícita, no direito francês e nas legislações que lhe seguiram a esteira, a noção da representação, assim não fôra concebido em sua gênese romana, onde não se encontravam vinculadas as idéias de representação e mandato, como ainda hoje podemos notar nos códigos modernos, como o suíço, o alemão e o italiano de 1942.

"A antiga **procuratio**, exclusiva dos cidadãos, — historia ALVARO D'ORS (14) — não tinha base contratual, fundava-se no dever cívico ou particular de certas pessoas subordinadas como clientes (**officium**): consistia na gestão total, ou potencialmente total, dos interesses de um **dominus negotii**, e, naturalmente, sem remuneração, o que seria indigno de um cidadão consciente de seu **officium**". Palavra essa que, na *elucidação de URSINO ALVAREZ* (15), deve ser entendida como "uma espécie de dever moral, que nos obriga a ser úteis a outra pessoa, e a prestar-lhe nossos serviços de modo desinteressado"; tal a sua importância moral que Cícero não relutou em incluí-lo em seu "Tratado dos Deveres", consagrando-lhe o capítulo XVIII.

Anota J. ARIAS RAMOS (16) que, durante muito tempo, esta figura de administrador geral de uma casa romana — designado, em princípio, ainda não com a denominação de **procurator omnium bonorum**, mas com a de **procurator** simplesmente, — não estava enquadrada no contrato consensual de mandato. Não nascia dela nem se regia por suas regras. Era uma instituição social à parte, originada, consoante BONJEAN (17), exclusivamente, da amizade ou da religião, inteiramente gratuita e de modo geral (18) derivada, no dizer de ALEXANDRE CORRÊA e GAETANO SCIASCIA (19), "de uma defesa da liberdade, ou do organismo político da família, ou, como é mais simples e provável, da circunstância de fato de o sujeito **sui juris, pater familias**, ter à sua disposição uma série de indivíduos a êle subordinados, capazes de funcionar como **nuncii**, isto é, como instrumentos materiais de transmissão de sua vontade".

Em Juízo, sob os fastos do direito romano arcaico, durante o primitivo e tacanho sistema das **legis actiones**, a representação voluntária foi sempre impossível, com crédito nas pesquisas de GASTON MAY e VITTORIO SCIALOJA (20), restringindo-se aos quatro casos exclusivos — **pro populo**, em defesa de um interesse público; **pro libertate**; **pro tutela**, em defesa do pupilo; **ex lege Hostilia**, nas ações de furto sofrido por um ausente. Nos demais casos, o conceito da representação era absolutamente

- 13) ver outras definições em — Trindade — Procurações Extrajudiciais, 1862, pág. 21; J. Ribeiro — Das Procurações — 1920 — pág. 9; Dalloz — Dictionnaire de Droit 12.º edição pág. 873, vb. mandant; Dionísio Gama — Das Procurações — 2.º ed. — 1913 — pág. 20; Legrand — Dictionnaire usuel de droit, ed. Larousse, pág. 473, vb. mandat; Guido Danatuti — Nuovo Digesto Italiano, 1939 — VIII/51, vb. mandato;
- 14) Alvaro D'Ors — Elementos de Derecho Privado Romano — Pamplona — 1960 — pág. 343, § 282;
- 15) Ursino Alvarez — Curso de Derecho Romano — Madrid — 1955, I/155, § 63;
- 16) J. Arias Ramos — Derecho Romano — Madrid — 1954 — II-III/670, - 240;
- 17) Bonjean — Explication Méthodique des Institutes de Justinian — Paris — 1880 — II/481 — 2 n.º 2.821 bis; Pasquale Voci — Istituzioni di Diritto Romano — Milano — 1954 — pág. 397; Édouard Cuq — Institutions Juridiques des Romains — Paris — 1904, I/239, nota 1; Paulus — Dig. XVII, 1, 1, 4; Berlier, apud Henri de Page — Traité Élémentaire de Droit Belge, Bruxelles — 1952 — V/354;
- 18) Ulpiano — Dig. III, 3, 1, pr.: *procurator est qui aliena negotia mandatu domini administrat*;
- 19) Alexandre Corrêa — Gaetano Sciascia — Manual de Direito Romano — 1957 — I/75, § 32;
- 20) Gaston May — Éléments de Droit Romain — Paris — 1909 — pág. 584, n.º 269; Vittorio Scialoja — Procedimiento Civil Romano — Buenos Aires — 1954 — pág. 189, § 20;

estranho, traduzindo-se o seu rigorismo, aliás bem quitário, nas máximas: "*Nemo alieno nomine agere potest*" e "*per extraneam personam nobis adquiri non posse*".

Uma das inovações fundamentais do procedimento formulário consistiu na faculdade de poderem as partes ser representadas pelos "*cognitores*" ou "*procuratores*"<sup>(21)</sup>, sendo os primeiros constituídos pela própria parte, diante do magistrado *in jure* com tôdas as solenidades; os últimos, sem qualquer formalidade<sup>(22)</sup>. Nascia, destarte, em seus rudimentos, a representação ativa e passiva processuais.

"Em torno dessa intervenção — enfatizam PAUL JORS e WOLFGANG KUNKEL — se introduziram uma série de princípios, nada simples, como é o que se referia à necessidade de que se garantisse a parte contra os prejuízos que lhe podia produzir o fato da não intervenção pessoal de seu adversário". Esta garantia se fazia efetiva mediante cauções processuais; por parte do autor, o procurador prestava a chamada *cautio ratam rem dominum habiturum*, cujo objeto era assegurar ao demandado de que o autor aceitava o resultado do processo; e, por parte do demandado, a *cautio judicatum solvi*, para garantir o cumprimento da sentença, levando-se em aprêço que tôda a condenação era pecuniária e seus efeitos se produziam sôbre a pessoa do representante, nunca sôbre a do *dominus litis*.

Com o perpassar inconsciente dos tempos, quando da compilação de Justiniano, não mais havia lugar para o "*cognitor*"<sup>(23)</sup>, diante das dificuldades que se lhe exigiam, usando-se quase sempre o "*procurator in rem suam*", segundo o esclarecimento que nos apresenta GIRARD<sup>(24)</sup>.

Embora fôsse considerado um *officium*, em seus primórdios, inteiramente desvinculado do sistema obrigacional, o *mandatum* jamais poderia ter sua evolução insulada ou independente, senão condicionada aos progressos, lentos e constantes, por que passavam as relações obrigacionais, conseguidos à custa de ingentes sacrifícios.

Roma não passaria incólume, pela índole egocentrista de seu *Jus Quiritium*, pelos extremados poderes que detinha o *pater familias*, pela influência dos outros sistemas jurídicos imperantes. No Egito, deparamo-nos, mesmo depois de Bocaris, com o sistema obrigacional em sua mais ingênua infância, um gama variegado de preceitos jurídicos, morais e religiosos, sob a intransigência das castas e do absolutismo teocrático dos soberanos. Na Índia, semelhantemente ao Egito, o Código Manú não conseguiu minorar a divisão entre os que tinham posses e os que nada tinham nem poderiam ter. O povo hebreu não acusou diferenças dos demais orientais na rigidez obrigacional. Licurgo, na Lacedemônia, e, na Ática, Solon, legislando em diverso sentido, introduziram reformas radicais.

O gradual e progressivo desenvolvimento das relações obrigacionais e as lutas empreendidas na sua consolidação deixaram profundos e imemoráveis marcos em nossa civilização. O reconhecimento do direito de obrigar-se, primeiro, na família, depois, no indivíduo; a igualdade dos direitos obrigacionais; a substituição da obrigação, em caso de inadimp'emento, pela pessoa do obrigado; a luta para modificar a substância

21) P. Jors — W. Kunkel — Derecho Privado Romano — Barcelona — 1965, pág. 525, secção terceira, § 10;

22) Mario N. Oderigo — Sinopsis de Derecho Romano — Buenos Aires — 1957 — pág. 142, n.º 145;

23) Vittorio Scialoja — Procedimiento Civil Romano — Buenos Aires — 1954 — pág. 189, § 20, nota 12;

24) Paul Frédéric Girard — Manuel Élémentaire de Droit Romain — Paris — 1906 — pág. 730, nota 3;

e a forma nos contratos — são suas etapas mais duras e mais decisivas em que se empenhou a humanidade <sup>(25)</sup>.

Perquirindo, cuidadosamente, os arcanos do Direito Romano, encontramos soterrada a primitiva concepção que possuía a **obligatio**, como um vínculo, intrinsecamente pessoal e intransferível, superior a qualquer outro supremo interesse, que sujeitava o devedor ao credor, conceito êsse que solidificava a impossibilidade de ceder a outro as faculdades que tinha contra o primeiro.

Mesmo parecendo absurdo, nada mais justo e explicável, face à restrição da vida econômica dos romanos quiritários, cujos elementos de riqueza eram fundamentalmente as propriedades imobiliárias, o gado e os escravos, chamados **res mancipi**, razão por que se torna desnecessário considerar crédito como elementos ativos do patrimônio, suscetíveis de circulação.

Além do mais, esclarece ÉDOUARD CUQ <sup>(26)</sup>, “nos primeiros séculos de Roma, a noção abstrata da obrigação inexistia; não se conhece mais que obrigados... (de **obligare**) por alusão aos liames que os prendem. O obrigado é um cidadão atado a outro, cujo direito se resume no cumprimento da obrigação”. E, a responsabilidade, atualmente, patrimonial, era, no julgamento de PASQUALE VOGLI <sup>(27)</sup>, “segundo direito arcaico, pessoal: o devedor insolvente vai adjudicado ao credor, e perde a sua qualidade de homem livre”, o que, infelizmente, comprovamos em tôdas as outras civilizações contemporâneas.

Contudo, com o desenrolar dos tempos, intensificou-se a vida comercial da antiga aldeia, incrementaram-se os negócios jurídicos da Metrópole Mundial e a complexidade de sua economia fêz aparecer esta necessidade.

Graças à peculiar predisposição dos romanos em matéria de evolução jurídica, surgiram os primeiros contornos com fisionomia defeituosa e, após os necessários retoques, ditados pela experiência e prudência, redundando num procedimento que possibilitou a cessão de créditos, satisfazendo às aspirações e reclamos do progresso e, “as regras das obrigações, subtraídas ao formalismo primitivo, se ampliaram até ao ponto em que acabaram por constituir um fundo comum, aplicável a povos de costumes e de civilizações diferentes”, no conceituá-lo de EUGENE PETIT <sup>(28)</sup>.

A **delegatio nominis** foi uma das primeiras iniciativas. “A novação com permuta de credor ou de devedor — afirma PAUL JORS <sup>(29)</sup> — foi antigamente a única forma possível de transferir a outros sujeitos o direito ou a obrigação derivados de uma relação obrigatória. No conceito romano da obrigação, esta novação apenas sob o ponto de vista econômico era uma transposição; juridicamente, tratava-se de uma substituição de uma obrigação por outra entre pessoas diferentes: a identidade da obrigação era, segundo a concepção romana, inseparável das pessoas interessadas nela”.

Admitida a representação, desde longa data, narra ROBERT VILLERS: “de todos os contratos consensuais, o mandato é o que se encontra nos textos mais antigos (o

25) Ver a respeito José D'Aguianno — *Genesis y Evolucion del Derecho* — 1943 — Buenos Aires — pág. 547/585, n.ºs 262/277;

26) Edouard Cuq — *Les Institutions Juridiques des Romains* — 1904 — I/103;

27) Pasquale Vogli — *Istituzioni di Diritto Romano* — Milano — 1954 — pág. 301;

28) Eugene Petit — *Tratado Elemental de Derecho Romano* — 1958 — Buenos Aires — pág. 365, n.º 262;

29) Paul Jors — Wolfgang Kunkel — *Derecho Privado Romano* — Barcelona — 1965 — pág. 284, § 124, n.º 2, “a”;

que não significa que êle seja o mais antigo realmente) <sup>(30)</sup>, pois, noticia ROBERT VON MAYR <sup>(31)</sup>, o procurador já aparece nos comédias de Plauto, seguindo-se a **procuratio in rem suam** que, desde o procedimento formulário, se encontra instituída mais no interesse do mandatário que do mandante.

Logo os romanos, com sua reconhecida habilidade, se valeram dessa possibilidade de "**litigare pro alio**" para operar uma transmissão, uma vez que — é o magistrado de CHARLES MAYNZ — "o credor não cede a obrigação em si, — o que é contrário à essência do direito, — mas encarrega a outrem de seu agrado de demandar o pagamento na justiça como mandatário. Isto é o que se chama **mandare** ou ceder a ação. O mandatário, depois de obter a condenação, a executa e recebe o montante para si próprio, em vez de entregá-lo a quem o havia constituído" <sup>(32)</sup>, pois, como acentua PIETRO BONFANTE <sup>(33)</sup>, "o procurador como administrador estável, constituído por vontade do principal, representa a êste também no **animus**", acrescentando ainda que "a faculdade de alienar pode competir a outra pessoa que não seja proprietário. No direito antigo ela se incumbia integralmente como parte da administração do tutor, ao curador do furioso, ao procurador, ao administrador ou representante estável constituído ao efeito pelo proprietário" (pág. 273).

A finalidade exclusiva do **mandatum in rem suam** se resumia, na síntese de J. ARIAS RAMOS <sup>(34)</sup>, no seguinte: "o credor cedente nomeava ao cessionário procurador (ou **cognitor**) para que instaurasse a ação contra o devedor e o dispensava da obrigação de prestar-lhe contas, transferindo-lhe o obtido na sentença, pelo que o procurador atuava realmente para si, era um procurador na coisa sua", oferecendo duas vantagens, no considerar de RENÉ FOIGNET e EMILE DUPONT <sup>(35)</sup>: "permite a dispensa do consentimento do débito cedido; a dívida era cedida com tôdas as suas garantias".

Sua figura pode ser caracterizada pelo perfil que lhe traça RAYMOND MONIER <sup>(36)</sup>: "mandatário judicial que age por sua própria conta, em virtude de uma cessão de crédito ou da cessão de uma ação real e que está dispensado pelo titular do direito em justiça, de transferir-lhe o benefício da condenação pecuniária obtida contra o devedor ou o possuidor".

Especificando as atribuições, MACKENZIE <sup>(37)</sup> nos adianta que "o credor que queria transmitir as vantagens de uma obrigação a outro, só o podia efetuar dando-lhe poder para exercitar a ação correspondente, tornando seu o que fôsse recebido. A isto se chamava mandar ou ceder a ação. O mandatário, depois de haver obtido a execução da sentença, dispunha do recebido em seu benefício próprio e se chamava procurador em causa própria. Desta maneira, os direitos que nasciam das obrigações eram transferíveis a uma terceira pessoa em virtude de uma venda, permuta, doação ou outro título".

Observamos ainda que tanto o **mandatum** quanto a **emptio venditio** romanos são contratos consensuais, originários da incrementação dos negócios jurídicos. Para

30) Robert Villers — Droit Romain — Paris — 1963 — II/116;

31) Robert Von Mayr — Historia del Derecho Romano — Barcelona — 1926 — II/361;

32) Charles Maynz — Cours de Droit Romain — Bruxelles — 1891 — II/78-9, § 187;

33) Pietro Bonfante — Instituciones de Derecho Romano — Madrid — 1959 — pág. 367;

34) J. Arias Ramos — Derecho Romano — Madrid — 1954 — II/707;

35) René Foignet — Emile Dupont — Le Droit Romain des Obligations — Paris — 1945 — pág. 199;

36) Raymond Monier — Vocabulaire de Droit Romain — 4.<sup>a</sup> ed. — Paris — 1949 — pág. 257 — vb. procurator;

37) Mackenzie — Derecho Romano — Gongora — 1876 — pág. 283;

GIRARD, os efeitos dêste contrato se firmaram mediante estipulações recíprocas que deram mais tarde, por sua simplificação, nascimento à venda contratual, enquanto que ÉDOUARD CUQ pretende encontrar a gênese das vendas privadas nas vendas públicas ou adjudicações, efetuadas pelo censor sempre precedidas de um regulamento de condições, prática essa imitada e acolhida integralmente pelos particulares.

Seja qual fôr a origem, desde aquêles tempos memoráveis que todos reconhecem e proclamam os três elementos clássicos constitutivos da venda — **res, pretium, consensus**, cuja ocorrência sempre se comprovou no **mandatum in rem suam**.

**RES** — esclarece JOSÉ ARIAS (38) — é “o objeto da venda, pode ser material ou imaterial; presente ou futura, mas deve necessariamente achar-se em comércio. Os escravos podem ser vendidos, se bem que se lhe acorde uma condição especial; **PRETIUM**, deve ser em dinheiro. Esta é a opinião dos Proculianos e foi admitida pelo direito posterior (Inst. III, 23, 2). Deve ser determinado, certo, real e verdadeiro; **CONSENSUS**, consentimento que pressupõe capacidade desde logo”.

E, com bastante acuidade, arremata FRANCISCO JORQUERA F. (39) “formada assim a instituição com caracteres específicos de uma figura jurídica na legislação de Justiniano a cessão de direitos passa a ser a simples alienação de um bem, pela qual o cessionário se converte em credor”.

Como evidenciamos à saciedade, desde sua mais remota origem, o **mandatum** ou a **procuratio in rem suam** nunca correspondeu ao instituto que o vocábulo especifica, pois, assevera ACCARIAS, “veio aqui suplementar aos modos de alienação direta” (40), onde nos afiança ORTOLÁN (41) “não há, pois, verdadeira transmissão de crédito; não se chega a um resultado análogo senão indiretamente, por meio de procações”.

#### Que será o **mandatum in rem suam**?

Em Roma jamais foi um contrato. Em nosso Direito também não o é, pois, nas palavras de CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, “nosso direito não guarda fidelidade ao Romano nem implica a orientação germânica (B.G.B., Código Suíço), para a qual mandato não implica em representação”, prosseguindo, “no direito brasileiro, como no francês, no português, etc. a representação é essencial, e a sua falta desfigura o contrato para locação de serviços” (42).

Constituir-se-ia mais uma maneira de transmissão das obrigações, numa época onde, no afirmar de ARTHUR MONTENEGRO (43), “a palavra **obligatus** começou por designar o estado material do obrigado”, uma verdadeira **cessio**, uma representação fictícia em que o representante exerce uma ação, não por conta do representado, (como deveria ocorrer no mandato), senão em seu próprio nome e vantagem, uma novação mais fácil que a **expromissio**, onde, diz Juan IGLESIAS, “o credor que quer

38) José Arias — Manual de Derecho Romano — Buenos Aires — 1949 — pág. 363;

39) Francisco Jorquera F. — Manual de Derecho Romano — Santiago — 1949 — II/403 — n.º 1.171;

40) Accarias — Précis de Droit Romain — Paris 1891 — II/384; n.º 640;

41) Ortolán — Compendio del Derecho Romano — Buenos Aires — 1947 — pág. 141, n.º 71;

42) Henri de Page, Traité, vol. V. n.ºs 355 e 361; Espinola, Dos Contratos Nominados, n.º 162; Serpa Lopes, Curso, vol. IV, n.º 530; Clóvis Beviláqua, Comantários, ao art. 1.288; De Plácido e Silva, Mandato, vol. I, n.ºs 11 e 12; Washington de Barros Monteiro, Curso, Obrigações, vol. II, pág. 271 — apud Caio Mário da Silva Pereira — Instituições de Direito Civil, Rio, 1963 — III/263, n.º 252;

43) Arthur Montenegro — O Antigo Direito de Roma — Coimbra — 1898 — pág. 215;

ceder a outro o crédito de que é o titular, outorga-lhe mandato para obrar judicialmente contra o devedor — devedor cedido". (44)

"A cessão de direitos — manifesta-se G. MARTY — é a operação pela qual o credor de uma obrigação transmite seu crédito a outra pessoa, sem o consentimento do devedor" e, continua: "no direito romano se considerava impossível a realização direta da cessão de direitos. Recorria-se a procedimentos indiretos, o principal dos quais era a *procuratio in rem suam*. O credor concedia mandato ao cessionário para cobrar o crédito ao devedor cedido. Portanto, o cessionário obrava como mandatário do cedente. Por outra parte, o cedente dispensava ao cessionário de prestar contas e, em tais condições, este último conservava o benefício do recebimento do crédito" (45).

"Aquele a quem se queria transmitir o crédito, acentua DERNBURG (in Pandette, vol. II, § 47) era nomeado procurador na lide, com autorização de refer para si a soma obtida". Destarte, jamais poderia ser considerado um mandatário, no lídimo sentido jurídico da expressão, mas um cessionário da ação, com pleno *dominium litis*, pois, convencem ALEXANDRE CORRÊA E GAETANO SCIASCIA (46), "o credor cedente constituiu seu procurador o cessionário, o qual, intentando por procuração ação contra o cedido (devedor), obtém do pretor uma fórmula, cuja *intentio* indica o nome do cedente e cuja *condemnatio* assinala o nome dêle próprio cessionário (fórmula de transposição de sujeitos) a quem o devedor réu será condenado a pagar".

No direito lusitano, o antigo instituto nunca significou um mandato, senão uma cessão. A Ord Liv. 3.º tit. 45, § 7.º, utilizava-se de fórmula que elucidava bastante a situação: "procurador em causa sua própria, a quem pertence todo o proveito e dano da demanda".

"A cessão do direito moderno — argumenta LUIZ DA CUNHA GONÇALVES — é uma progressiva transformação da *procuratio in rem suam* do direito romano. Os romanos, nos primeiros tempos, não concebiam a possibilidade legal da transmissão dos créditos, por título singular, transmissão que as necessidades impunham. No decurso dos tempos, porém, quando se admitiu que os créditos podiam ser reclamados nos tribunais por um procurador, descobriu-se nisto um meio indireto de se realizar a transferência dos créditos: liberando-se o mandatário, encarregado da cobrança dêles, da obrigação de prestar contas. Mas, como o mandato se extinguia por morte do mandante e o crédito, enquanto não fôsse reclamado em juiz, se considerava pertencente ao mandante, que podia tornar a dispor dêle, adotaram-se os expedientes de se notificar ao devedor a constituição do mandato, *denunciatio*, ou o de reconhecer aquêle o mandatário como seu credor, e, por fim, o de se considerar irrevogável o mandato, quando conferido *in rem suam*. Esta concepção vigorou em Portugal até à publicação dêste Código, e continua a refletir-se no Código Civil Brasileiro, que, no seu art. 1.317, declara irrevogável a procuração dada em causa própria. Deve notar-se que os praxistas, admitindo a procuração em causa própria, também se ocupavam da cedência ou cessão, considerando-a como uma espécie de sub-rogação convencional" (47).

44) Juan Iglesias — Instituciones de Derecho Privado — Derecho Romano — Barcelona — 1958 — pág. 484;

45) G. Marty — Derecho Civil — México — II/157-8;

46) Alexandre Corrêa — Gaetana Sciascia — Manual de Direito Romano — S. Paulo — 1957 — I/251;

47) Coelho da Rocha, Instituições, §§ 115 e 799; Correia Teles — Digesto Português, III, art. 651; Pereira e Souza, Primeiras Linhas, notas 252 e 263; Nov. Ref. Jud. art. 255, parágrafo único, n.º 4.º e 634 — apud Luiz da Cunha Gonçalves — Tratado de Direito Civil — 1954 — vol. V, tomo I/72-3, n.º 629;

Nosso direito moderno, mesmo diante dos caracteres jurídicos do mandato, diante da influência do direito germânico, consistente na despersonalização do crédito, admitindo livremente a cessão de crédito, em vez de postergá-lo como anacrônico e destituído da razão de existir, consagrou-o no art. 1.317, n.º 1, de nosso Código Civil.

Destarte, o arcaico instituto da *procuratio in rem suam* tornou-se, por sua natureza e efeitos, irrevogável, tal como o era no vetusto direito romano: "condition que ce mandat n'aît pas été révoque", (48), na expressão de GIRARD. E, como escreve ORLANDO GOMES, "de procuração, tem apenas a forma, ou, quiça, a aparência. Trata-se, a rigor, de um negócio, seja por cessão gratuita, ou onerosa" (49).

Mesmo assim, inexistente unanimidade entre nossos juristas e doutrinadores, cujas opiniões se distanciam.

Uns entendem que a cláusula *in rem propriam*, consignada nos instrumentos de mandatos, jamais significa no direito moderno uma cessão ou transferência de direito ou coisa, referida no mandato, senão a concessão de poderes irrestritos, conforme LAFAYETTE, RUI BARBOSA e INGLÊS DE SOUZA (50). Outros, fundamentados na origem e evolução do instituto, defendem a tese de que o *mandatum agendí* materializa uma cessão do direito e da ação do constituinte, entre eles CORREIA TELES, COELHO ROCHA, PEREIRA e SOUZA, RAMALHO e DUARTE DE AZEVEDO (51).

Concordamos, inteiramente, com CORREIA TELES (52): "o procurador *in rem propriam* subtende-se cessionário do direito e ação do constituinte. Se aquêlê direito lhe foi cedido liberalmente, é doação; se por preço, é compra e venda".

"Admitir que a procuração em causa própria não envolva transmissão de propriedade — preleciona o Ministro MÁRIO GUIMARÃES — é, até, desvirtuar o seu nome. Porque o termo o está dizendo: procurador em causa própria, isto é, em causa que pertence ao procurador. O procurador é o dono do negócio. Se a causa continua a pertencer ao outorgado, é uma aberração lingüística falar de procurador em causa própria. Próprio e propriedade são desenvolvimentos do mesmo étimo *proprius*. Contêm a mesma raiz. Participam da mesma idéia. Próprio diz-se daquilo que é propriedade nossa" (53).

Nossa jurisprudência e doutrina vêm entendendo que se a procuração em causa própria contiver todos os requisitos da *res, pretium e consensus*, vale como compra-e-venda, constituindo título hábil para a transmissão de direitos reais e conseqüente *inscrição imobiliária*:

Outra não é a lição de CARVALHO DE MENDONÇA: "De maneira que, se a intenção das partes, ao constituírem uma procuração com tal cláusula, fôr, na verdade, a de efetuar uma cessão, ela deverá conter os requisitos desta, isto é, os requisitos

48) Paul Frédéric Girard — Manuel Élémentaire de Droit Romain — Paris — 1906 — pág. 731;

49) Orlando Gomes — Contratos — Rio — 1959 — pág. 388, n.º 263;

50) Cf. Lafayette, Pareceres n.º 293; Rui Barbosa — Parecer, in Direito, vol. 87/28; Inglês de Souza — Pandectas Brasileiras, V/105;

51) Correia Teles — Digesto Português, III, n.º 651; Coelho da Rocha, Direito Civil, II, § 799; Pereira e Souza — Primeiras Linhas, § LVIII; Ramalho — Praxe, § 61; Duarte de Azevedo — Controvérsia Jurídica, XXIV, pág. 133;

52) Correia Teles — Digesto Português, Liv. III, n.º 651;

53) *apud* — Mário Ferreira — Do Mandato em Causa Própria, pág. 78;

da doação se fôr gratuita, os da venda, se fôr onerosa; a saber, deve ter a designação do preço neste último caso e naquela insinuada, quando estiver dentro das taxas em que a lei exige esta formalidade". (54)

DE PLÁCIDO e SILVA também afirma: "vale a procuração em causa própria como instrumento ou escritura de cessão de direitos e como escritura de compra e venda de imóveis. Como bem se exprimiu MÁRIO FERREIRA, em locução anteriormente citada, a procuração em causa própria é representação na forma e alienação na essência. O instrumento da procuração em causa própria consubstancia a escritura do negócio ali mencionado, desde que se tenham atendidos os preceitos legais e particulares à cessão ou à venda, mesmo de imóveis" (55).

"Cláusula desnaturadora do mandato, que, entre nós — afirma CLÓVIS BEVILÁQUA, (56) \*em sido capa de abusos e fonte inesgotável de contendas judiciárias", cujos efeitos, no julgamento de SÍLVIO RODRIGUES (57), "por longo tempo serviu para evitar o pagamento de imposto de transmissão inter vivos", a procuração em causa própria, como título apto à transferência de direitos reais ou pessoais, equiparar-se-á à compra-e-venda, caso represente uma combinação sinalagmática (58), continuando a gerar tôdas as complicações e controvérsias atuais.

Acertado foi, portanto, o art. 105 da Lei Estadual n.º 2.731, de 14-12-1966 que, ao regulamentar o imposto sobre a transmissão de bens imóveis e de direitos a eles inerentes, considerou, como fato gerador, o *mandatum in rem suam* uma verdadeira transmissão ou cessão, decretando-lhe a incidência tributária, evitando que, além das complicações de ordem jurídica, se continuasse a lesar o fisco.

Pensávamos que, na pretendida reforma de nossa legislação, fôsse a procuração em causa própria abolida, extirpada por completo de nosso sistema, entretanto, o Projeto de Código de Obrigações, em seus artigos 632-3-634, incluiu a *procuratio in rem suam*, como se ainda não bastassem as inúmeras discórdias e debates que este arcaico e desnecessário instituto tem suscitado entre nossos doutrinadores e julgadores.

Consta da exposição de motivos que "foi simplificada a matéria relativa à irrevogabilidade na *procuratio in rem suam* e estipulação da irrevogabilidade, com menção expressa de converter-se em indenização a infringência da cláusula (art. 632). Mas se vinculado a um contrato bilateral ou constituir meio de cumprimento de obrigação contratada, não se revoga pela só vontade do mandante (art. 633). Ficou expresso que a cláusula da irrevogabilidade só tem cabimento na procuração por instrumento público" (59).

Já é tempo de tentarmos adaptar nossa legislação ao nosso meio e ao nosso tempo, corrigindo-lhe as incongruências e falhas, suprimindo-lhe as deficiências, evitando-lhe as controvérsias, tornando-o mais fácil e inteligível para uma melhor compreensão do povo e maior harmonia social.

... E, diante de todos os fatos indicados e estudados, ainda seria justo persistirmos na manutenção do *mandatum in rem suam*?...

54) M. I. Carvalho de Mendonça — Contratos no Direito Civil Brasileiro — 1957 — I/208, n.º 95;

55) De Plácido e Silva — Tratado do Mandato e Prática das Procurações — I/467, n.º 324;

56) Clóvis Beviláqua — Código Civil Comentado — 1954, V/52;

57) Sílvio Rodrigues — Direito Civil — Dos Contratos — III/320;

58) Eduardo Espínola — Questões Jurídicas e Pareceres, nova série, pág. 325;

59) Projeto do Código de Obrigações, 1965 — pág. XXII — Imprensa Nacional.